

ע' 3443/09

ע' 3443/09

בית המשפט הצבאי לערעורים
באזור יהודה והשומרון

בפני הרכב: אל"ם אהרון משניות - אב"ד
 סא"ל נתנאל בנישו - שופט
 סא"ל צבי לקח - שופט

המערערות: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ סא"ל ארז חסון)

נגד

המשיב: גאלב פריד סלים אבו עלאן, ת"ז XXXXXXXXXX (באמצעות ב"כ עו"ד מוחמד עודה)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' השופט רס"ן אמיר דהאן)

בתיק מס' 481/09 מתאריך 2.11.09

(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 17 בינואר 2010, ב' בשבט התש"ע.

ספרות:

א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ה, פרשנות הצוואה (ת)

חקיקה שאוזכרה:

[פקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\) \[נוסח חדש\], תשכ"ט-1969: סע' 34, 39, 40, בפרק הרביעי](#)[פקודת המכס \[נוסח חדש\]](#)[פקודת היבוא והיצוא \[נוסח חדש\], תשל"ט-1979](#)[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' 74, 75, 76, 120, 147א](#)[חוק הפרשנות, תשמ"א-1981: סע' 18](#)[חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955: סע' 3, 525, 526](#)

ש

ס

"

א

(

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ה, פרשנות הצוואה \(תשס"א\)](#)[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ה, פרשנות הצוואה \(תשס"א\)](#)[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ה, פרשנות הצוואה \(תשס"א\)](#)[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ה, פרשנות הצוואה \(תשס"א\)](#)[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

מיני-רציו:

* אותה סמכות לביקורת שיפוטית שקיימת ביחס להחלטות מנהליות של חילוט והחרמה שמתקבלות ע"י המפקד הצבאי בשלב המשמורת של החפץ התפוס, מחוץ למסגרת ההליך הפלילי, אפשרית לא רק ביחס למי שאינו מעורב בביצוע העבירה, אלא גם למי שמעורב או חשוד במעורבות בביצוע העבירה.

* צבא – חילוט והחרמת חפץ – ביקורת שיפוטית

* דיון פלילי – חילוט – ביקורת שיפוטית

ערעור על פסק דינו של בית המשפט הצבאי יהודה ושומרון, שעל פיו נדרשה משטרת ישראל להשיב למשיב חפץ אשר נתפס על ידה שנחשוד כגנוב. בית המשפט קמא פסק, כי קיימת סמכות לבתי המשפט הצבאיים לדון בבקשות להחזרת חפצים תפוסים. על החלטה זו הגישה התביעה ערעור מפורט ונימקה בהרחבה את עמדתה, ולפיה טעה בימ"ש קמא בהחלטתו.

בית המשפט דחה את הערעור בדעת רוב ופסק כלהלן:

הפרשנות הנכונה של המושגים חילוט והחרמה, משמעה כי "חילוט" הוא פעולה מנהלית מוגבלת בזמן, ואלו "החרמה" היא פעולה משפטית, בדרך כלל בעקבות החלטה שיפוטית, שמשמעה הפקעת זכות הבעלות לצמיתות. אולם מלשון הצו בדבר הוראות ביטחון עולה משמעות הפוכה ולפיה הפקעת הבעלות בעקבות החלטה שיפוטית מוגדרת כחילוט, ואילו פגיעה בזכויות הבעלים בעקבות פעולה מנהלית של המפקד הצבאי היא תפיסה והחרמה. אין להחזיק בחפצים שנתפסו מבלי לפתוח תוך זמן סביר בהליכים לחילוטם. יש ומשך הזמן הסביר נקבע בחוק ויש והוא נקבע בפסיקה.

לפי הדין בישראל ברירת המחדל היא שהחפץ התפוס נשמר ברשות המשטרה, ואם היא מבקשת לנהוג אחרת, היא יכולה לפנות לבית המשפט שיכריע בבקשתה. הזכות לפנות לבית המשפט בשלב זה נתונה כאמור גם לכל אדם הטוען לזכויות בחפץ התפוס. לעומת זאת, לפי הדין באזור למפקד הצבאי יש שיקול דעת מוחלט לקבוע מה ייעשה בחפץ בשלב הביניים, ואין הוא נזקק לאישור בית המשפט. זאת ועוד, גם בשלב סיום התפיסה, יש הבדל בין הדינים, כאשר לפי הדין בישראל, אם החפץ התפוס אינו

מוגש כראיה, ברירת המחדל היא שהמשטרה משיבה את החפץ לאדם שמידיו נלקח, ואילו לפי הדין באזור יש לשחרר את החפץ, בהתאם להוראות מפקד האזור, ולא דווקא להשיבו לאדם שמידיו נלקח.

כאשר מדובר בטובין השייכים לנאשם שהורשע, קיימים למעשה שני מסלולים חלופיים כיצד לנהוג בהם: המסלול האחד הוא המסלול השיפוטי, ולפיו רשאי בית המשפט להורות על חילוט הטובין, בנוסף לכל עונש אחר, והמסלול האחר, החלופי לקודמו, הוא המסלול המנהלי, שבו מוקנית סמכות דומה למפקד הצבאי. עם זאת, ראוי לשוב ולציין כי סמכותו של המפקד הצבאי אינה מוגבלת רק להחרמת טובין לאחר הרשעה בדין, אלא היא משתרעת גם על דרך הטיפול בטובין בשלב המשמורת.

על שני המסלולים כאחד יש רשות למי שטוען לבעלות על הטובין, ואינו מעורב בביצוע העבירה, לפנות לבית המשפט ולבקשו להחזיר לרשותו את הטובין. שכן לבית המשפט יש סמכות לקיים ביקורת שיפוטית מסוימת גם בשלב המשמורת שלפני הרשעה. סמכותו של המפקד הצבאי מרחיקת לכת. שהרי, מדובר למעשה ברשות מנהלית, שקבלה סמכות לשלול מאדם זכויות קנייניות בטובין שברשותו, תוך פגיעה קשה בזכויות יסוד בסיסיות, ולא ברור כלל מה טעם מוקנית סמכות כה מרחיקת לכת למפקד הצבאי בחקיקת משנה, כאשר קיימת סמכות זהה שמוקנית לבית המשפט בחקיקה הראשית, לפחות ביחס לחילוט לאחר הרשעה.

חוק הפוגע בזכויות יסוד בסיסיות, יש לפרשו באופן מצמצם ודוקני. שכן חוק השולל מהאזרח זכויות או מצמצמן צריך לפרשו פירוש דוקני. גם הסמכות לתפוס חפצים פוגעת קשות בזכות הקניין של הבעלים או כל מי שיש לו זכויות בחפץ התפוס, הן בעצם התפיסה והן בהמשך ההחזקה של החפץ התפוס. עיון בניסוח שבו השתמש המחוקק, הן בחקיקה הראשית בצו, והן בחקיקת המשנה בהוראות, מלמד כי המחוקק לא הקפיד על אבחנה מושגית ברורה בין חילוט ובין החרמה, והשתמש פעם אחת במושג של חילוט, ופעם אחרת, במושג של החרמה, בכדי לבטא את אותה פעולה של הפקעת בעלות לצמיתות. לכן, כשמדובר במושגים שהמחוקק משתמש בהם בערבוביא, לא ניתן לפרש פירוש דוקני מקום בו בוחר המחוקק להשתמש באחד המושגים.

כאשר המחוקק קבע כי ניתן לפנות לבית המשפט ביחס לטובין שחולטו, אין הכרח לפרש כי כוונתו רק למקרים בהם הופקעה זכות הבעלות לצמיתות. זאת, לא רק מפני שהפירוש הנכון של המושג חילוט הוא פגיעה זמנית בזכות הבעלות, ודווקא המושג החרמה מבטא הפקעת בעלות לצמיתות, אלא גם מפני שהמחוקק עצמו גילה דעתו שאין הוא מקפיד להבחין בין המושגים הללו, מפני שפעם הוא משתמש במושג זה, ופעם במושג אחר, בכדי לבטא את אותה משמעות.

הרחבת סמכות הביקורת השיפוטית על החלטותיו של המפקד הצבאי, לא רק אלה שיש בהן הפקעה לצמיתות של זכות הבעלות בטובין, משמעה למעשה הגבלה וצמצום בהיקף הסמכויות שמוקנות למפקד הצבאי, והיא עולה בקנה אחד עם העקרונות הפרשניים של פרשנות מצמצמת של כל דבר חקיקה שפוגע בזכויות יסוד, קל וחומר לדבר חקיקה שמקנה סמכות לרשות מנהלית לפגוע בזכויות יסוד, ובכלל זה גם זכות הקניין.

תכליתה של הוראת החוק שבה עסקינן, לאפשר ביקורת שיפוטית על החלטות שיש בהן פגיעה בזכות הקניין, וזכות קניינית של אדם יכולה להיפגע לא רק מהחלטה על שלילה לצמיתות של זכות זו, אלא גם מהחלטות אחרות, ובכלל זה החלטה על דרך של מחדל, להמשיך להחזיק בחפץ תפוס, בהיעדר החלטה על השבתו לאחר שבטלה עילת התפיסה. לכן, אין כל סיבה מדוע על החלטה של חילוט תהיה זכות לביקורת שיפוטית, ואילו ביחס להחלטה אחרת, שפגיעתה בזכות הקניין של הפרט קשה אף היא, תישלל הזכות לביקורת שיפוטית.

פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם עקרונות המשפט הבינלאומי, וכלל הוא שכאשר יש כמה אפשרויות לפרש דבר חקיקה, יש להעדיף את הפרשנות שאינה מתנגשת עם עקרונות המשפט הבינלאומי. הפרשנות שמרחיבה בהיקף הביקורת השיפוטית, מגינה מפני פגיעה יתירה בזכות הקניין, בכך שהיא מאפשרת פנייה לקבלת סעדים מבית המשפט, ולכן היא עולה בקנה אחד גם עם עקרונות המשפט הבינלאומי.

בעניין החלטות מנהליות של חילוט והחרמה שמתקבלות על ידי המפקד הצבאי קיים חסר בניסוח הדין באזור, אשר יש להשלימו באנאלוגיה מהדין בישראל, ולקבוע כי אותה סמכות לביקורת שיפוטית שקיימת ביחס להחלטות מנהליות של חילוט והחרמה שמתקבלות ע"י המפקד הצבאי בשלב המשמורת של החפץ התפוס, מחוץ למסגרת ההליך הפלילי, אפשרית לא רק ביחס למי שאינו מעורב בביצוע העבירה, אלא גם למי שמעורב או חשוד במעורבות בביצוע העבירה, שגם הוא יכול לפנות לבית המשפט ולבקש סעד מתאים, בדומה לסמכות הקיימת בפקודת סדר הדין הפלילי, שאינה מוגבלת רק למי שאינו מעורב בביצוע עבירה.

מצד אחד אין לקונה בנושא הביקורת השיפוטית על פעולות השלטונות בכל הנוגע לתפיסת חפצים וחילוטם, שמחייבת השלמה בדרך של העתקת ההסדר בישראל אל תוך דיני האזור, מפני שכאמור קיים הסדר חוקי בדיני האזור, גם אם הוא שונה בחלק מפרטיו מהדין בישראל. זאת, למעט עניין אחד שבו אכן נדרשת השלמה פסיקתית, בעניין זכותו של המעורב בביצוע עבירה לפנות לבית המשפט ביחס להחלטות שפוגעות בקניינו בשלב המשמורת בחפץ התפוס.

שלב התפיסה והמשמורת של טובין שנתפסו בחשד למעורבות כלשהי בביצוע עבירה, מסור כולו בידיה של הרשות המנהלית המבצעת, היינו כוחות צה"ל באזור ומשטרת ישראל, בהתאם לסמכויות הנתונות להם. אין מדובר בתכלית העומדת בפני עצמה, אלא כשלב ראשון בתהליך שהמשכו בנקיטת הליכים משפטיים, הן באשר לאשמתו של בעל הטובין, והן באשר למעמד הטובין עצמו.

דעת המיעוט: שאלת קיומה של לקונה בחוק חייבת להיבחן על בסיס מכלול ההוראות החוקיות הקיימות בנושא ובזיקה הדוקה להיסטוריה החקיקתית של אותן הוראות. באזור, נדרשים אנו אף להשוואה לחוק הישראלי, האזרחי והצבאי, ממנו שאב ושואב המחוקק הצבאי את השראתו ברוב רובם של המקרים. עולה, כי המחוקק ביקש במודע להותיר למפקד הצבאי את ההחלטה בנוגע לתפוסים במשפט שטרם הוכרע ולא להעניק סמכויות בתחום זה לבית המשפט. בפנינו על כן הסדר שלילי.

פסק דין

הנשיא אל"ם א' משניות:

א. כללי

ביום 31 במאי 2009 נתפס ע"י משטרת ישראל פטיש אוויר השייך למשיב. כחודשיים לאחר מכן, ביום 5 באוגוסט 2009, לאחר שפנייתו של המשיב למשטרה (תחנת מעלה אדומים) לא נענתה, פנה המשיב לבית משפט קמא וביקש את סעדו. ימים אחדים לאחר מכן ניתנה החלטה ובה התבקשה

המשטרה לפרט עניינים שונים הקשורים לתפיסת החפץ, ואילו התביעה התבקשה להגיב עניינית לבקשה. ככל הנראה, קשיי תקשורת מנעו העברת החלטה למשטרה, ואילו התביעה טענה לחוסר סמכות, ונמנעה מלהתייחס באופן ענייני לטענות המשיב.

בדיון שנערך ביום 15 באוקטובר 2009 מסר התובע כי נמסר לו מהמשטרה שהחפץ התפוס חשוד כגנוב, אולם הוא לא הביא את תיק החקירה ולא יכול היה להשיב לשאלות בית המשפט. לדבריו, נמנע מלהביא עמו את תיק החקירה, בשל טענתו לחוסר סמכות. בית המשפט הורה להביא את התיק למועד קרוב אחר, ושוב נמנעה התביעה מלהביא את תיק החקירה. בסופו של דבר, ביום 2 בנובמבר 2009 ניתנה החלטת בימ"ש קמא, והשופט הנכבד קמא קבע כי בהיעדר התייחסות עניינית של המשיבים, הוא מורה על השבת החפץ למשיב, תוך שהוא מעכב את ביצוע החלטה, בכדי לאפשר לתביעה לערור על החלטה.

בימ"ש קמא ציין בהחלטתו כי שאלת סמכותו לדון בבקשות מעין אלה הוכרעה בעבר בבימ"ש קמא, ואף הוכרעה בפסק דין מפורט של בימ"ש זה בעניין **כרשאן** ([עד"י 2768/09](#)), [פורסם בנבו] אשר בו קבע חברי כב' השופט לקח כי קיימת סמכות לבתי המשפט הצבאיים לדון בבקשות להחזרת חפצים תפוסים. על החלטה זו הגישה התביעה ערעור מפורט ונימקה בהרחבה את עמדתה, ולפיה טעה בימ"ש קמא בהחלטתו. נוכח השאלות העקרוניות שעלו בפרשה זו, נעתרתי לבקשת התביעה להרחיב את מותב השופטים שדן בתיק, ולכן התיק נשמע בפני מותב תלתא, אף שניתן היה לדון בו בדן יחיד.

להלן אביא בקצירת האומר את העקרונות שנקבעו בעניין **כרשאן**, אפרט את טענות הצדדים, ואדון בטענות העקרוניות שהוצבו לפתחנו. אוסיף עוד כי תהליך הכתיבה של פסק הדין היה ממושך למדי, ובמהלכו לובנו סוגיות משפטיות סבוכות בין שופטי ההרכב. התהליך היה דינמי, ובכמה פסקאות מתוך פסק הדין גרסה קודמת פינתה מקומה לגרסה חדשה. נדמה לי שיש בכך, כמו גם בעובדה שבסופו של דבר לא הצלחנו להגיע להסכמה פה אחד, כדי ללמד על המורכבות של הנושא שנדון בפסק דין זה. בסופו של יום אין לי אלא להודות לחבריי להרכב, על ההפריה המחשבתית, ועל ההערות המועילות שבזכותן הדברים בהירים יותר מכפי שהיו בתחילה.

ב. פרשת כרשאן

בפרשת **כרשאן**, נדון עניינו של אדם שהורשע בעבירות תעבורה חמורות, ובימ"ש קמא הורה על חילוט הרכב לצורך השמדתו, בהיותו רכב שהוצאה עליו הוראת איסור שימוש, בנוסף לרכיבי ענישה נוספים שהשית על אותו אדם, **כרשאן** שמו. על קביעתו של בימ"ש קמא בעניין החילוט הוגש ערעור, ובית משפט זה דן בהרחבה בשאלת הסמכות העקרונית של בתי המשפט לדון בעניינים של תפיסה וחילוט טובין, תוך שהוא משווה בין ההסדר החוקי בישראל, כפי שנקבע [בפרק הרביעי לפקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\)](#) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: הפסד"פ), ובין המצב המשפטי באזור, אשר מוסדר בסעיפים 80 – 80 לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל - 1970 (להלן: הצו).

לא למותר לציין כי בינתיים נכנס לתוקפו הנוסח המשולב של הצו, אשר שינה את מספור הסעיפים, וכיום מדובר בסעיפים 60 – 66, אשר מהווים את סימן ד' לפרק ג' של הנוסח המשולב. עם זאת, מאחר ופסק דין זה מתייחס להחלטות קודמות שניתנו בהתאם למספור הסעיפים על פי הנוסח הקודם של הצו, גם אזכור הסעיפים בפסק דין זה יהיה בהתאם לנוסח הקודם של הצו, אולם בחלקים אחדים של פסק הדין אציין בסוגריים את המספור הנוכחי לפי הנוסח המשולב.

בכל אופן, ההשוואה האמורה הביאה את בית המשפט למסקנה כי **"... ההסדר הקיים באזור הינו הסדר לקוני, המנוסח באופן בעייתי, ומותיר לקונה באשר להסדרים שונים הנוגעים לתפיסה וטיפול בטובין שנתפסו..."**, ולכן יש להשלים את החסר ע"י אימוץ העקרונות הנהוגים בישראל, ושלושה טעמים בדבר: הטעם האחד הוא מניעת אפליה ומניעת פגיעה בעיקרון השוויון בין תושבי האזור ובין תושבי ישראל; הטעם השני נוגע לחזקה לפיה תכלית דבר חקיקה היא להעניק סמכות שפיטה לרשות השופטת ולא לשלול אותה: **"תוצאה לפיה אין לבית המשפט סמכות לדון בסכסוך בין אזרח לרשות בנוגע לטובין שנתפסו במסגרת סמכויות תפיסה שהופעלו, אינה מתיישבת עם חזקת התכלית האמורה ועם עקרונות משפט מקובלים, ופוגעת בשלטון החוק"**, כלשונו של כב' השופט לקח; והטעם השלישי הינו טעם מעשי: **"... שיקולים מעשיים של מתן אפשרות פניה לרשות השופטת באזור, לה היכרות ומומחיות מיוחדת באשר למשפט הפלילי ולהליכים הנלווים לו באזור, מצדיקים כי ייקבע שלבתי המשפט באזור סמכות לדון בכל סוגיה הנוגעת לתפיסה וחילוט של טובין"**.

בסופו של דבר, בא בית המשפט למסקנה כי יש להחיל באזור את ההוראות החלות בישראל, כמפורט בפקודת סדר הדין הפלילי האמורה, ובהתאם להוראות אלה, החליט לקבל את הערעור, לבטל את חילוט הרכב ולאפשר למערער לקבל את הרכב לרשותו בכפוף למילוי תנאים אחדים שפורטו בהחלטה. כאמור, בימ"ש קמא (כב' השופט דהאן), ראה להסתמך על החלטה זו, כאשר החליט להורות על החזרת החפץ התפוס לבעליו.

ג. טענות הצדדים

הפרקליט המלומד שייצג את התביעה הצבאית, כתב את הודעת הערעור בפירוט רב, אולי רב מדי, וגם טען בפנינו את תמצית טענותיו. הטיעון המרכזי בדבריו הוא כי בדיני האזור קיימים למעשה שני מסלולים נפרדים ושונים זה מזה בכל הנושא של תפיסת טובין: המסלול האחד הייחודי לאזור, הוא המסלול המנהלי, הנתון להחלטת מפקד כוחות צה"ל באזור, אשר מוסדר בסעיף 80 לצו (סעיפים 60 – 64 בנוסח המשולב), ועוסק בתפיסת חפצים וחילוטם בשלב שלפני הגשת כתב אישום או כאשר כלל לא מוגש כתב אישום; ואילו המסלול השני הוא המסלול הפלילי, שנתון לסמכות בית המשפט, אשר מוסדר בסעיף 80א לצו (סעיף 65 לנוסח המשולב), ועוסק בחילוט לאחר הרשעה, כחלק מההליך הפלילי, בדומה לדין בישראל.

לטענת הפרקליט, במסלול המנהלי סמכותו של בית המשפט מוגבלת רק לשני מצבים, ואין בלתם: המצב האחד, כאשר יש תביעות סותרות לחזקה בטובין, לאחר שהסתיימה עילת התפיסה, בית המשפט אמור להכריע במחלוקת, בהתאם להוראות סעיף 80(ד) לצו (סעיף 63 בנוסח המשולב);

המצב השני הוא כאשר אדם שלא היה מעורב בביצוע העבירה טוען לבעלות על טובין שנתפסו ופונה לבימ"ש, אולם סמכות בית המשפט במצב זה מותנית בכך שהמפקד הצבאי הורה קודם לכן על חילוט הטובין, שאם לא כן – אין סמכות לבית המשפט, וכל זאת, בהתאם לאמור בסעיף 80ב לצו (סעיף 66 לנוסח המשולב). לכן, משלא ניתנה בנסיבות שלפנינו הוראת חילוט ע"י המפקד הצבאי, לא הייתה כלל סמכות לבית המשפט לדון בבקשת המשיב להחזרת החפץ התפוס.

בהמשך ההודעה מפרט הפרקליט את טענותיו ביחס להלכת **כרשאן**, אשר לטענתו לא נדרשה לצורך הכרעה בעניין הספציפי שנדון שם, שאין חולק כי הייתה בו סמכות לבית המשפט להורות מה ייעשה ברכב התפוס, מפני שהוראות בית המשפט ניתנו לאחר הרשעתו בפלילים של המחזיק ברכב. הפרקליט מוסיף וטוען כי לא ניתנה לצדדים הזדמנות להשמיע טיעוניהם, בסוגיה העקרונית של השלמת הלקונה החקיקתית, בדרך של השוואת הדינים לדין בישראל. לעצם העניין, טען הפרקליט כי אין מדובר כלל בלקונה, אלא בהסדר חקיקתי שונה בחלק מהפרטים, וכי עצם קיומו של הבדל בין הדין באזור לדין בישראל, אשר נובע בין היתר מהמעמד הסטטוטורי והביטחוני המיוחד של האזור, אין בו כשלעצמו כדי להצדיק אימוץ פסיקתי של נורמות מהדין בישראל.

לעומת זאת, הסנגור טען כי אין לשנות מהלכת **כרשאן**, וכי הרשויות נהגו שלא כדין כאשר עכבו בלא הצדקה את החפץ התפוס, תוך גרימת נזק כספי רב למשיב, ולכן נדרשה התערבותו של בית המשפט, כדי להגן על המשיב מהתעמרותם של השלטונות. לא למותר לציין לעניין זה, כי לאחר מועד הדיון וקודם שהסתיימה כתיבת פסק הדין, הודיעה התביעה כי החפץ התפוס הוחזר לבעליו. למרות זאת, בקשו הצדדים כי תינתן החלטה בשאלות העקרוניות שעלו בפרשה זו.

ד. האם מדובר בלקונה?

השאלה הראשונה שעלינו לשאול את עצמנו היא האם אכן מדובר בלקונה שיש צורך להשלימה על דרך של אימוץ פתרונות חקיקתיים ממקום אחר, או שמא לפנינו הסדר חקיקתי שלם, שגם אם הוא שונה בפרטים אחדים מההסדר המקביל בישראל, עדיין אין מדובר בחסר שמחייב השלמה. כי זאת לדעת: **"... לקונה קיימת במקום שהסדר משפטי הוא בלתי שלם, וזועק להשלמה, וכאשר אי שלמות זו נוגדת את תכליתו של ההסדר... חשוב להבחין בין קיומו של 'חסר' בחוק לבין הסדר שלם בחוק שאינו תואם את המדיניות הרצויה על פי עמדת הטוען. חשוב לזכור את האבחנה הבאה, ולהחילה לא רק בשיח המשפטי, אלא גם בהפעלת סמכויותיה של הרשות הציבורית בחיי המעשה..."** ([בש"פ 4972/07](#) **עאטף פואז נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] תק-על-2008(1), 4807, עמ' 4816).

חברי השופט לקח, סבור כי המצב המשפטי באזור הוא כי אין סמכות לבית המשפט לדון בסכסוך בין אזרח לרשות ביחס לטובין שנתפסו במסגרת סמכויות תפיסה שהופעלו, וכי מצב זה אינו מתיישב עם עקרונות משפט מקובלים, אינו ראוי ומהווה פגיעה בשלטון החוק. לכן לדידו מדובר בלקונה שיש להשלימה ע"י אימוץ העקרונות של הדין בישראל, באופן שייקבע כי קיימת סמכות לבתי המשפט הצבאיים, לדון ולתת סעדים בנושא זה. דא עקא, כפי שיפורט להלן, עיון בהוראות

הרלבנטיות בתחיקת הביטחון, מגלה כי יש גם יש סמכות לבתי המשפט הצבאיים לדון במחלוקת שבין האזרח לרשות בענייני תפיסה וחילוט, אף כי בדרך שונה מזו שנקבעה בחוק בישראל.

המצב המשפטי בישראל

כרקע לבחינת המצב המשפטי באזור, נתאר בקצירת האומר את המצב המשפטי בישראל בכל הנוגע לתפיסת חפצים: קיימת סמכות לשוטרי לתפוס חפץ "אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור, עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה או שניתן כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמצעי לביצועה", כלשון סעיף 32(א) לפסד"פ. המשטרה רשאית לשמור על החפץ ברשותה, עד שיוגש לבית משפט, ובית משפט רשאי להורות מה ייעשה בחפץ, לבקשת שוטר או אדם הטוען לזכות בחפץ. אם בתום 6 חודשים מיום התפיסה לא הוגש כתב אישום, ולא ניתנה הוראה של בימ"ש מה ייעשה בחפץ, חייבת המשטרה להחזיר את החפץ לבעליו, אולם בימ"ש רשאי להאריך את התקופה. אם הוגש כתב אישום, והחפץ הוגש כראיה, רשאי בית המשפט להורות מה ייעשה בו, בין אם בפסק הדין ובין אם בצו נפרד; אם החפץ לא הוגש כראיה, על המשטרה להחזיר את החפץ לבעליו, אלא אם ניתנה הוראה אחרת של בית המשפט.

ההוראות מתייחסות אפוא לשלושה שלבים של תפיסת החפץ: השלב הראשון הוא עצם התפיסה וקביעת הסמכות מי רשאי לתפוס את החפץ; השלב השני הוא סדרי המשמורת בחפץ התפוס, והשלב השלישי הוא סיום התפיסה. המחוקק קבע פרק זמן של 6 חודשים כברירת מחדל: אם בתוך פרק זמן זה לא הוגש כתב אישום שבו החפץ אמור לשמש כראיה, על המשטרה להחזיר את החפץ לבעליו, אלא אם מורה בית המשפט אחרת לבקשת אחד הצדדים. בית המשפט רשאי גם להאריך את התקופה. פרוצדורה דומה חלה אם הוגש כתב אישום אך החפץ לא הוגש כראיה: על המשטרה להשיב את החפץ לבעליו אלא אם מורה בית המשפט אחרת. אם החפץ הוגש כראיה – יורה בית המשפט מה ייעשה בו. מעורבות בית המשפט הכרחית רק אם הוגש כתב אישום, והחפץ התפוס הוגש כראיה. בכל מקרה אחר רשאי בית המשפט להתערב לבקשת מי מהצדדים, אולם מעורבותו איננה הכרחית.

המצב המשפטי באזור

נבחן עתה את המצב באזור, ביחס לכל אחד משלושת השלבים, כפי שהוא עולה מסעיף 80 לצו בדבר הוראות ביטחון. אציין שוב כי מספור הסעיפים להלן הינו בהתאם לנוסח הקודם של הצו. תחילה אביא את הוראות החוק הצריכות לענייננו כלשונן:

<p>80. (א) רשאי כל חייל או רשות מוסמכת שנתמנתה לכך לתפוס ולעצור סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות או דברים שיש להם טעם לחשוד שנעברה או שעומדים לעבור לגביהם עבירה על צו זה, או שניתנו כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמור או כאמצעי לביצועה, או שהשתמשו בהם בעשיית כל עבירה כאמור או כאמצעי לביצועה, או שהשתמשו בהם בעשיית כל עבירה כזאת או לשם הקלת ביצועה, או שיש להם טעם להאמין כי הם עשויים לשמש כראיה לכל מעשה עבירה על צו זה.</p>	<p>תפיסה והחרמה תיקון מס' 12 מס' 20 מס' 21 מס' 38 מס' 63 מס' 82</p>
--	---

(ב) סחורות חפצים, בעלי חיים, תעודות, או דברים שלגביהם נעברה עבירה על צו זה, או שניתנו כשכר בעד ביצוע עבירה כאמור או כאמצעי לביצועה או שהשתמשו בהם בעשיית כל עבירה כזאת או לשם הקלת ביצועה, ייעשה בהם ככל שיוורה מפקד האזור.

(ג) נתפסו סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות או דברים לפי סעיף זה ונמצא לאחר מכן שלא השתמשו בהם לעשיית כל עבירה על צו זה או למתן שכר בעד ביצוע עבירה כאמור או כאמצעי לביצועה או לשם הקלת ביצועה או שאין הם עשויים עוד לשמש ראייה למעשה עבירה על צו זה - ישוחררו בהתאם להוראות מפקד האזור.

(ד) ניתנה הוראה לשחרר סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות או דברים שנתפסו מכוח סעיף זה (להלן - "הטובין"), והוגשו שתי תביעות שונות לזכות בטובין המכחישות זו את זו, יפנה תובע צבאי לנשיא בית משפט צבאי של ערכאה ראשונה או למי שהנשיא יקבע לעניין זה בבקשה לצוות מה ייעשה בטובין; הוגשה בקשה כאמור, רשאי כל אדם הטוען לזכות בטובין להופיע בפני נשיא בית המשפט או מי שהנשיא קבע לעניין זה ולתבוע זכותו בטובין.

תיקון מס' 38
מס' 58
מס' 63
מס' 82

(ה) בעליהם של סחורות, חפצים, בעלי חיים, תעודות או דברים שנתפסו לפי סעיף זה (להלן - "הטובין"), או מי שהחזיק טובין בעת תפיסתם, יהיה חייב בתשלום הוצאות תפיסת ואחזקת הטובין, בהתאם להוראות מפקד כוחות צה"ל באזור.

80א. (א) בית משפט רשאי, בנוסף על כל עונש שיטיל, לצוות על חילוט טובין שנתפסו לפי 80 (א) -

חילוט טובין
תיקון מס' 69

(1) אם הורשע אדם בעבירה שנעברה לגביהם או אם הטובין ניתנו כשכר בעד ביצוע העבירה או כאמצעי לביצועה או אם השתמשו בהם לשם הקלת ביצועה; או

(2) אם החזקתם של הטובין אסורה על פי דין או תחיקת בטחון.

(ב) לא יחולטו טובין לפי סעיף קטן (א) אם יוכיח בעל הטובין כי לא היה מעורב בביצוע העבירה, ועשה מצידו כל שניתן לעשות כדי למנוע ביצועה ובלבד שהחזקתם של הטובין אינה אסורה על פי דין או תחיקת בטחון.

(ג) צו חילוט לפי סעיף זה יכול שינתן בין בגזר הדין ובין על פי עתירה מטעם תובע.

80ב. (א) היה אדם שאיננו מעורב בביצוע העבירה טוען לבעלות על טובין שחולטו מכח סעיף 80 או מכח סעיף 80א או לזכות בהם, רשאי הוא לבקש מאת בית המשפט לבטל את הצו ורשאי בית המשפט לעשות כן ולצוות על מסירת הטובין למבקש, לבעלותו או לשם מימוש זכותו בלבד, הכל לפי העניין.

טענת בעלות
או זכות

(ב) בוטל צו חילוט לגבי טובין שנמכרו, יבואו דמי מכרם במקומם. אבדו הטובין - רשאי בית המשפט, אם שוכנע שהיתה פשיעה או רשלנות בשמירתם, לחייב את מי שהיה אחראי לשמירתם בשיפוי הנזק בסכום שייקבע.

הנוסח של הסעיפים הללו מעורר קושי פרשני. המושג "החרמה" שנוכח בכותרת השוליים של סעיף 80, אינו נזכר כלל בגוף הסעיף, לא הוא ולא נגזרותיו, אולם מלשון הסעיף עולה כי הוא מתייחס לפעולות מנהליות שנקטות ע"י מפקד האזור. לעומת זאת, המושג "חילוט" שנוכח בכותרת השוליים של סעיף 80א, מופיע גם בגוף הסעיף, ולפי ההקשר שבו הוא מוזכר, הוא מתייחס להפקעת הבעלות בנכס בעקבות נקיטת הליכים משפטיים. דא עקא, מהפסיקה עולה כי משמעות המושגים הללו הפוכה מהמשמעות שניתנה להם בצו, כאמור לעיל.

שני המושגים הללו נזכרים גם [בפקודת המכס](#), ובית המשפט העליון דן בפרשנות המושגים הללו בע"א 545/96. בשל חשיבות הדברים, אביאם כלשונם:

"סעיף 204 לפקודה קובע, אמנם, אילו טובין הם טובין "מחולטים", אולם נשאלת השאלה כיצד יש לפרש את המונח "חילוט". ההגדרה למונח אינה מופיעה בפקודת המכס, כך גם אין התייחסות למונח זה בפקודת הפרשנות או בחוק הפרשנות. זאת ועוד המונח "חילוט" והמונח "החרמה" המופיע אף הוא בפקודה משמשים בחוסר שיטתיות כאשר שני המונחים מתייחסים להפקעת זכויות בטובין...

כך כותרתו של סעיף 230 לפקודה עניינו ב"כוחה של הרשעה ככוחו של חילוט", בעוד שבסעיף גופו משתמש המחוקק במונח "החרמה". השימוש במונחים אלו, פעם כמונחים חלופיים בעלי משמעות זהה ופעם כמונחים נבדלים בעלי משמעות שונה, מחייב את המשפטן בבחינה מקיפה של ההסדר המותווה בדיני המכס.

7. המונח "חילוט" הוא למעשה התרגום של המונח האנגלי Forfeiture ואילו המונח "החרמה" בא לתרגם את המונח האנגלי Condemnation... החילוט לפי פקודת המכס היא "פעולה, מעשית, מנהלית" בעוד ההחרמה היא "פעולה משפטית". החילוט אינו מוטל לאחר בירור משפטי בו ימצא בעל טובין אשם בעבירה, אלא מוטל מכוח החוק במישור האזרחי- מנהלי. אמנם יש בחילוט משום "עונש" לבעל הטובין אולם הסנקציה עומדת במישור אחר ושונה מהסנקציה הפלילית (ראה [בג"צ 335/82 יעקב למדן ואח' נ' מנהל אגף המכס פ"ד לו\(791-790-785\) 4](#)).

הליך ההחרמה, להבדיל מהחילוט, הוא כאמור פעולה משפטית המתגבשת באמצעות קביעה שיפוטית או בהתקיים נסיבות מסוימות על פי הפקודה. החילוט אם כן הוא שלב ביניים שזמן קיומו מוגבל. הטובין המחולטים לטובת המדינה מופקעים מבעליהם, אולם ההפקעה היא הפקעה זמנית בלבד... ההחרמה מפקיעה מידי הבעלים את הזכויות בנכס באופן סופי בעוד החילוט

SHERIDON EXIM 545/96 (ע"א 545/96) "מפקיע את אותן זכויות באופן זמני בלבד..."
LTD נ' רשות הנמלים והרכבות, פ"ד נג' 289, עמ' 301-302.

עינינו הרואות כי הפרשנות הנכונה של המושגים הללו משמעה כי "חילוט" הוא פעולה מנהלית מוגבלת בזמן, ואלו "החרמה" היא פעולה משפטית, בדרך כלל בעקבות החלטה שיפוטית, שמשמעה הפקעת זכות הבעלות לצמיתות. כאמור לעיל, מלשונו של סעיף 80 עולה משמעות הפוכה ולפיה הפקעת הבעלות בעקבות החלטה שיפוטית מוגדרת כחילוט, ואילו פגיעה בזכויות הבעלים בעקבות פעולה מנהלית של המפקד הצבאי נמצאת בסעיף שכותרת השוליים שלו היא תפיסה והחרמה. בכל אופן עולה מפסיקת בית המשפט העליון כי ההליך המנהלי מטבעו הוא "שלב ביניים שזמן קיומו מוגבל", כלשון בית המשפט.

על רקע האמור, נבחן את הוראות החוק שלפנינו. סעיף 80(א) (סעיף 60 לנוסח המשולב) מתייחס לשלב הראשון של התפיסה, ומקנה סמכות ל"כל חייל או רשות מוסמכת שנתמנתה לכך" לתפוס חפצים, אשר יש חשד כי הם קשורים לביצוע עבירות, וההוראות בקשר לעצם התפיסה לפי סעיף זה, דומות למדי להוראות המקבילות בישראל. סעיפים 80(ג) ו-80(ד) (סעיפים 63 ו-64 לנוסח המשולב), מתייחסים לשלב השלישי של סיום התפיסה, כאשר בסעיף קטן ג נאמר שאם התברר כי בחפץ התפוס לא נעשה שימוש כלשהו למטרות פליליות, או שאין הוא יכול לשמש כראיה למעשי עבירה, יש לשחרר את החפץ "בהתאם להוראות מפקד האזור", ואילו בסעיף קטן ד נאמר כי אם יש כמה טוענים לזכות בחפץ תפוס שניתנה הוראה לשחררו, יפנה התובע הצבאי לנשיא בימ"ש צבאי של ערכאה ראשונה, ויבקשו להורות מה ייעשה בחפץ.

על פני הדברים אין בצו עצמו התייחסות לשלב השני של המשמורת בחפץ התפוס. המיקום הטבעי של הוראות ביחס לשלב זה הוא בסעיף 80(ב), אולם סעיף זה (סעיף 61 לנוסח המשולב) מתייחס לפי לשונו לחפצים שלגביהם נקבע כבר כי הם קשורים לביצוע עבירות, ולא לחפצים שיש לגביהם רק חשד כי הם מעורבים בביצוע עבירות, והם ממתנינים במשמורת לקביעת ממצאים בעניינם.

התייחסות מפורשת לשלב הביניים של המשמורת בחפץ התפוס נמצאת בהוראות בדבר תפיסת טובין בקשר לביצוע עבירה, תשל"ד - 1974 אשר נחתמו ע"י מפקד כוחות צה"ל באזור, ונכנסו לתוקף ביום 1 באוגוסט 1974 (להלן: ההוראות). בשל חשיבות ההוראות, אביא כלשונם מקצת מהסעיפים הצריכים לענייננו:

הוראות בדבר תפיסת טובין בקשר לביצוע עבירה

בתוקף סמכותי לפי סעיף 80 לצו בדבר הוראות ביטחון ויתר סמכויותי כמפקד כוחות צה"ל באזור, הנני מורה בזה כי סחורות, חפצים, תעודות או דברים שנתפסו מכוח סעיף 80(א) (להלן – "טובין") ייעשה בהם כדלקמן:-

1(א). חייל או שוטר שתפס טובין חייב למסרם מיד לתחנת המשטרה הקרובה.

...

3(א). עד לגמר ההליכים המשפטיים, או עד שיחליט תובע צבאי שלא לנקוט

בהליכים משפטיים יישארו הטובין בידי המשטרה כחלק מחומר החקירה.

(ב). על אף האמור בסעיף קטן (א), רשאי מפקד צבאי אף לפני תום ההליכים המשפטיים להורות כי טובין שעצם החזקתם אינה מהווה עבירה, יוחזרו למי שייקבע על ידי המפקד הצבאי ובתנאים שייקבע ובלבד שלא תינתן הוראה כאמור ללא התייעצות מוקדמת אם היועץ המשפטי.

4. בטובין ינהגו כדלקמן:

(א) (1) טובין שנמצא כי לא היו קשורים בביצוע עבירה - יוחזרו לבעלים או למי שהחזיק בהם כדין ואם אינו ידוע, או שהוא נעדר מהאזור - לממונה על הנכסים הנטושים (רכוש הפרט).

(2) טובין שנמצא כי היו קשורים בביצוע עבירה לא יוחזרו לבעלים או למי שהחזיק בהם כדין אלא אם הבעלים והמחזיקים גם יחד הוכיחו כי לא היו מעורבים בביצוע עבירה ועשו מצדם כל שניתן לעשות כדי למנוע ביצועה.

(3) טובין שבבעלות החשוד שנמצאו בידו ואינם קשורים בביצוע העבירה - יוחזרו בין אם הורשע ובין אם לאו.

(4) טובין א/שר שימשו ראיה לביצוע עבירה אולם אינם קשורים בביצוע העבירה ועצם החזקתם אינה מהווה עבירה, יוחזרו למי שנלקחו ממנו.

(ב) (1) טובין אשר מצאו בידי נאשם שהורשע ואשר היו קשורים בביצוע העבירה, הינם מוחרמים.

(2) טובין אשר ברור כי קשורים בביצוע עבירה אלא שהמשפט לא התקיים עקב מותו של הנאשם או מסיבה אחרת כלשהי כגון שהוא ברח או נקבע בלתי שפוי, הינם מוחרמים.

5(א). מפקד צבאי יורה מה ייעשה בטובין שהגיעו למשטרה מכוח הוראה זו לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי או נציגו ובשים לבל להוראות סעיף 4. הודעה על ההחלטה תועבר על ידי המשטרה לכל אדם שהחלטה נוגעת לו.

...

6. הוראות אלה תחולנה לגבי כל תפיסה של טובין לפי סעיף 80 לצו בדבר הוראות ביטחון למעט אותם סוגים של טובין אשר לגביהם נקבעו הוראות מיוחדות.

הכלל העולה מההוראות הללו הוא כי בשלב המשמורת, הטובין אמורים להיות בידי המשטרה "עד לגמר ההליכים המשפטיים, או עד שיחליט תובע צבאי שלא לנקוט בהליכים משפטיים...". כעולה מסעיף 3(א) להוראות, אולם המפקד הצבאי רשאי להורות על מסירת הטובין לגורם שיקבע, עוד לפני תום ההליכים, לאחר התייעצות עם היועמ"ש.

סעיף 4 להוראות מפרט כיצד על מפקד האזור לנהוג בבואו להפעיל את הסמכויות הנתונות לו בסעיף 80 לצו, ולכאורה מדובר בסמכויות שניתן להפעילן, גם כאשר מתקיימים הליכים פליליים בפני בית המשפט, כפי שעולה מלשון סעיף קטן (ב)1 אשר עוסק בנאשם שהורשע, וגם כאשר לא מתקיימים הליכים כאלה, כפי שמשמע מיתר סעיפי המשנה של סעיף 4 הנ"ל. סעיף 5 להוראות הללו קובע במפורש כי המפקד הצבאי יורה כיצד לנהוג בטובין, "בשים לב להוראות סעיף 4".

בכל אופן לסעיף 80 לצו יש הוראה משלימה בסעיף 80ב(א) (סעיף 66א) לנוסח המשולב), אשר בו ניתנת רשות לאדם שאינו מעורב בפלילים, ואשר טוען לבעלות או לזכות כלשהי "על טובין שחולטו מכוח סעיף 80 או מכוח סעיף 80א" לפנות לבית המשפט ולבקש את ביטול הצו, ובית המשפט רשאי לתת הוראות שונות בבקשה זו. לא למותר לציין כי בסעיף ההגדרות לצו בדבר הוראות ביטחון, "בית משפט" הינו "בית משפט צבאי שסמכות שפיטה באזור נתונה בידו לפי צו זה".

השוואה בין הדין באזור לדין בישראל מגלה כי אף שקיים הבדל בין הדינים בכמה עניינים, הדומה רב על השונה, במיוחד ביחס להליכים בשלב הראשון של עצם התפיסה, ובשלב האחרון של ביטול התפיסה. אולם בשלב הביניים של המשמורת בחפץ התפוס, קיימים כמה הבדלים בולטים בין הדין בישראל לדין באזור. הבדל בולט אחד הוא בכך שבישראל נקבע פרק זמן מוגבל של 6 חודשים, לנקיטת הליכים משפטיים ביחס לחפץ התפוס. אם לא ננקטו הליכים בפרק הזמן האמור, חייבת המשטרה להחזיר את החפץ לאדם שמידיו נלקח. מדובר אפוא בביררת מחדל, אולם גם במהלך תקופה זו רשאי כל אדם הטוען לזכות בחפץ, לפנות לבית המשפט ולבקש את סעדו. אין הוראה מקבילה מפורשת בדיני האזור, ובכך אכן הדין באזור לוקה בחסר, ועוד נדון בכך בהמשך. עם זאת, מדובר כאמור בהליך מנהלי שמעצם טבעו מהווה הליך ביניים שמוגבל בזמן, ובשיטות משפט אחרות שבהן לא נקבעה בחקיקה מגבלת זמן לנקיטת הליכים ביחס לחפץ תפוס, בתי המשפט מלאו את החסר באמצעות פסיקה. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין עובדיה:

"כלל הוא, כי אין להחזיק בחפצים שנתפסו מבלי לפתוח תוך זמן סביר בהליכים לחילוטם (United States v. remises Known as 608 Taylor Ave., 584 F.2d 1297 p. 1102 (1978) p. 1102 (1976) United States v. Wilson, 540 F.2d 1100 (1976)). יש ומשך הזמן הסביר נקבע בחוק ויש והוא נקבע בפסיקה. אי נקיטה בהליך תוך זמן סביר הביא להחלטות המורות על החזרת התפוסים לבעליהם ונקבע כי המשך החזקתם נוגד את החוקה ((Robinson v. United States 734 F. 2d 735 (1984)). תקופות של 11 חודש, 6 חודשים, 4 חודשים ואף 3 וחצי חודשים מאז תפיסת הרכוש מבלי שנפתח על ידי הרשות הליך חילוט, נחשבו בעיני בית המשפט בלתי סבירות והוא הורה על החזרת התפוסים לאחר ששקל, כפי שנעשה בכל מקרה, את הסיבות לשיהוי בפתיחת ההליך ונבדקה סבירותו... " (בש"פ 6686/99 אליהו עובדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 464, עמ' 473-472).

הבדל בולט נוסף הוא באשר להיקף הסמכויות של המפקד הצבאי בשלב הביניים ובשלב הסיום של הליך התפיסה. עצם מעורבותו של המפקד הצבאי מובן, מפני שבהיות האזור נתון לתפיסה לוחמתית, מפקד כוחות צה"ל באזור משמש למעשה כריבון, וגם פעילות המשטרה נעשית מכוח הסמכתה ע"י המפקד הצבאי. כך נקבע בצו בדבר כוחות משטרה הפועלים בשיתוף עם צה"ל (אזור הגדה המערבית) (מס' 52), תשכ"ז – 1967, שנחתם ע"י מפקד כוחות צה"ל באזור ביום 14 ביולי 1967 (הוראות הצו האמור משולבות היום בסעיפים 4 ו-5 לנוסח המשולב של הצו בדבר הוראות ביטחון).

עם זאת, היקף הסמכויות המוקנות למפקד הצבאי בעניין חפצים תפוסים, רחב יותר מהסמכויות המוקנות למשטרה על פי הדין המקביל בישראל, בעיקר בשלב הביניים של המשמורת בחפץ התפוס: לפי הדין בישראל ברירת המחדל היא שהחפץ התפוס נשמר ברשות המשטרה, ואם היא מבקשת לנהוג אחרת, היא יכולה לפנות לבית המשפט שיכריע בבקשתה. הזכות לפנות לבית המשפט בשלב זה נתונה כאמור גם לכל אדם הטוען לזכויות בחפץ התפוס. לעומת זאת, לפי הדין באזור למפקד הצבאי יש שיקול דעת מוחלט לקבוע מה ייעשה בחפץ בשלב הביניים, ואין הוא נזקק לאישור בית המשפט.

זאת ועוד, גם בשלב סיום התפיסה, יש הבדל בין הדינים, כאשר לפי הדין בישראל, אם החפץ התפוס אינו מוגש כראיה, ברירת המחדל היא שהמשטרה משיבה את החפץ לאדם שמידיו נלקח, ואילו לפי הדין באזור יש לשחרר את החפץ, בהתאם להוראות מפקד האזור, ולאן דווקא להשיבו לאדם שמידיו נלקח.

בכל מקרה, עניינו הרואות כי גם על פי הדין באזור, יש הוראות מפורטות בחוק - שאמנם שונות בכמה פרטים מהדין בישראל - כיצד לנהוג בכל אחד משלושת השלבים של תפיסת חפצים ע"י רשויות השלטון. אמנם קיימת אי בהירות מסוימת באשר לסמכותו של המפקד הצבאי בהתאם לסעיף 80(ב) (סעיף 61 לנוסח המשולב), ועוד נדון בכך בהמשך, אולם המחוקק הגדיר את הסמכויות ואף הקנה סמכות לבית המשפט להתערב בשלבים מסוימים של התהליך. בנסיבות אלה, אינני סבור כי ניתן לומר שקיימת לקונה בדיני האזור שמחייבת השלמה, בהיקף כה נרחב, כפי שעולה מפסק דינו של חברי השופט לקח בעניין **כרשאן**.

ה. סמכויות המפקד הצבאי והיקף הביקורת השיפוטית - פרשנות סעיף 80 לצו בדבר הוראות ביטחון

כאמור לעיל, סעיף 80 מקנה סמכות לבית המשפט ליתן הוראות ביחס ל"טובין שחולטו מכוח סעיף 80 או מכוח סעיף 80א", לבקשת מי שאינו מעורב בביצוע עבירה וטוען לבעלות או לזכות אחרת על הטובין. מדובר בסעיף שמקנה לבית המשפט סמכות לבטל צו חילוט שניתן קודם לכן, והוא דומה לדין בישראל כפי שנקבע בסעיף 40 לפסד"פ, אלא שבישראל קיימת מגבלת זמן של שנה מיום מתן צו החילוט, ואין מגבלה דומה בדיני האזור.

נוסח הסעיף מתיישב היטב עם הסעיף הקודם לו, סעיף 80א, אשר עוסק בחילוט טובין ע"י בית המשפט, אולם הוא מעורר שאלה לא פשוטה ביחס לפרשנות סעיף 80, שבו לא נזכרת כלל סמכות של חילוט, בין הסמכויות המוקנות למפקד האזור. במאמר מוסגר אציין כי להלן אתייחס למונח "חילוט" במשמעות של שלילת זכות הבעלות לצמיתות, שזו הייתה ככל הנראה כוונת המחוקק בצו, אף שהמונח הנכון יותר להליך של הפקעה לצמיתות של זכויות הבעלות בחפץ ע"י בית המשפט שנזכר בסעיף 80א הוא "החרמה", כפי שפירטנו בהרחבה לעיל.

כאמור, המילה "חילוט" אינה נזכרת בסעיף 80 לצו, וגם בכותרת השוליים של הסעיף נזכרים המונחים "תפיסה והחרמה", ואין זכר ל"חילוט". עם זאת, סמכות מעין זו קיימת לכאורה בחקיקת המשנה, בסעיף 4(ב)(1) להוראות אשר זה לשונו: "טובין אשר נמצאו בידי נאשם

שהורשע ואשר היו קשורים בביצוע העבירה, הינם מוחרמים". אמנם לא נאמר במפורש כי המפקד הצבאי הוא שצריך להורות על ההחרמה, אולם מדובר בהוראות שהוצאו מכוח סעיף 80 לצו, אשר עוסק בעיקרו בסמכויות התפיסה וההחרמה של המפקד הצבאי, ולכן יש לפרש כי הסמכות הקבועה בסעיף 4(ב)1 להוראות, מוקנית אף היא למפקד הצבאי.

לכאורה, משמעות האמור לעיל היא כי כאשר מדובר בטובין השייכים לנאשם שהורשע, קיימים למעשה שני מסלולים חלופיים כיצד לנהוג בהם: המסלול האחד הוא המסלול השיפוטי, אשר נזכר בסעיף 80א לצו, ולפיו רשאי בית המשפט להורות על חילוט הטובין, בנוסף לכל עונש אחר, והמסלול האחר, החלופי לקודמו, הוא המסלול המנהלי, אשר מעוגן בסעיף 4(ב)1 להוראות הנ"ל, שבו מוקנית סמכות דומה למפקד הצבאי. עם זאת, ראוי לשוב ולציין כי סמכותו של המפקד הצבאי אינה מוגבלת רק להחרמת טובין לאחר הרשעה בדין, אלא היא משתרעת גם על דרך הטיפול בטובין בשלב המשמורת, כפי שראינו לעיל.

על שני המסלולים כאחד יש רשות למי שטוען לבעלות על הטובין, ואינו מעורב בביצוע העבירה, לפנות לבית המשפט ולבקשו להחזיר לרשותו את הטובין, כעולה מסעיף 80ב(א) לצו. כפי שהזכרנו לעיל, הסעיף האמור מקנה סמכות לבית המשפט ביחס ל"טובין שחולטו מכוח סעיף 80 או מכוח סעיף 80א". אמנם סעיף 80א עוסק בסמכויות בית המשפט לחלט טובין לאחר הרשעה בדין, אולם סמכויות המפקד הצבאי לפי סעיף 80 כוללות גם סמכות ליתן הוראות בשלב המשמורת לפני הרשעה, כפי שמפורט בהוראות של מחוקק המשנה בדבר הפעלת הסמכויות שלפי סעיף 80, והמסקנה המתבקשת מכך היא כי יש סמכות לבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית מסוימת גם בשלב המשמורת שלפני הרשעה.

השאלה העומדת לפתחינו היא מה היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיו של המפקד הצבאי? סעיף 80א מפרט לכאורה שני תנאים לסמכות הביקורת של בית המשפט: התנאי האחד, פנייתו לבית המשפט של אדם שאינו מעורב בביצוע העבירה, אשר טוען לבעלות או לזכות בטובין, והתנאי השני שמדובר בטובין שחולטו. להלן נדון בתנאים הללו, אולם נקדים ונאמר בפתח הדיון כי סמכותו של המפקד הצבאי מרחיקת לכת. מדובר למעשה ברשות מנהלית, שקבלה סמכות לשלול מאדם זכויות קנייניות בטובין שברשותו, תוך פגיעה קשה בזכויות יסוד בסיסיות, ולא ברור כלל מה טעם מוקנית סמכות כה מרחיקת לכת למפקד הצבאי בחקיקת משנה, כאשר קיימת סמכות זהה שמוקנית לבית המשפט בחקיקה הראשית, לפחות ביחס לחילוט לאחר הרשעה.

בדיקת ההיסטוריה החקיקתית של הצו מגלה כי סעיפים 80א ו-80ב נוספו בתיקון מס' 69 לצו בדבר הוראות ביטחון (בשמו המלא: צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 69) (יהודה והשומרון) (מס' 1382), (התשנ"ג – 1992), אשר נכנס לתוקפו ביום 23 בדצמבר 1992, ומדובר למעשה בהוראת חוק שמאוחרת להוראות בדבר תפיסת טובין, שכאמור נכנסו לתוקפן ביום 1 באוגוסט 1974. כידוע "מוסכם על הכול כי חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, וכי בכוחו של חוק מאוחר לשנות מהוראותיו של חוק מוקדם..." (בג"ץ 6194/97 שלמה נקש נ' בית הדין הארצי לעבודה ו-3 אח', פ"ד נג(5) 433, עמ' 454-455), והדברים אמורים בקל וחומר בנסיבות שלפנינו, שבהן התיקון המאוחר נעשה בחקיקה ראשית, וברור שיש לכך עדיפות על פני הוראותיו של מחוקק המשנה.

יתירה מזו, דומה כי ניתן ללמוד על "כוונת המחוקק" מהמכתב של לשכת יועמ"ש איו"ש, שנלווה לעדכון אודות תיקון החקיקה האמור, וניתן לראות בו מעין "דברי הסבר" לתיקון האמור. מכתב נלווה כאמור, הוצא ביום 5 בינואר 1993 ע"י סא"ל אילן כ"ץ, הממונה על התביעה הצבאית באיו"ש (כתוארו אז). בסעיף הראשון של המכתב נאמר כי התיקון האמור הוא אחד התיקונים החשובים שיצאו לאחרונה, ובסעיף 4 נכתבו הדברים הבאים: **"הסעיף המרכזי בתיקון מס' 69 הינו סעיף 6 לפיו הוספו סעיפים 80א ו-80ב לצו בדבר הוראות ביטחון. סעיפים אלה מקנים לביהמ"ש סמכות חלוט טובין ומונעים הצורך להעביר ההחלטה בעניין טובין למפקד צבאי בנפרד מההליך המשפטי"**. בסעיף שלאחר מכן אף ניתנו הנחיות אופרטיביות לתובעים, **"לעשות שימוש בסעיפים אלו ולבקש מבתי המשפט הצבאיים ליתן החלטות באשר למוצגים שבתיקים"**.

הנה כי כן, הכוונה המקורית הייתה ככל הנראה שהקניית הסמכות לבתי המשפט, לפחות ביחס לחילוט לאחר הרשעה, תבוא במקום הסמכות שהוענקה קודם לכן למפקד הצבאי, אלא שכנראה לא נקבעה הוראה מתאימה בתיקון החקיקה שמבטלת את ההוראות הקודמות בעניין זה, וכך נותרו עם סמכויות מקבילות. אכן, אילו הייתה סתירה ברורה בין שתי הנורמות, היינו יכולים לקבוע בנקל כי הנורמה המאוחרת בחקיקה הראשית, גוברת על הנורמה המוקדמת שבחקיקה המשנית, אולם ספק בעיני אם באמת מדובר בסתירה חזיתית בין שתי נורמות שלא ניתן לישבן זו עם זו.

על הדילמה הפרשנית בנסיבות דומות עמד כב' השופט חשין (כתוארו אז) בלשונו הייחודית, בפרשת **בנק המזרחי**, וכך אמר בין היתר:

"... מה דין במקום שנורמה מאוחרת אינה מבטלת מפורשות נורמה שקדמה לה? על כך נאמר שני אלה: ראשית לכל, נעשה כמיטבנו ליישב את הנורמות זו עם זו, ננסה ולו במאמץ לשלב את ידי השתיים זו-בזו ולהכניסן תחת חופה אחת. ואף נצא מגדרנו להשלים בין הצרות-לכאורה. וכך נאמר אל עצמנו: לו ביקש המחוקק בנורמה-של-היום לבטל נורמה-של-אתמול, יכול היה להודיענו כוונתו זו במשיכת-קולמוס קלה: לבטל במפורש את הנורמה הקודמת. משלא עשה כן, חזקה עליו שביקש כי גם נורמה-של-אתמול גם נורמה-של-היום ישלטו בנו, זו-בצד-זו. ואם זו הייתה כוונתו-לכאורה - נעשה אנו כמיטבנו להוציאה מן הכוח אל הפועל על דרך הפרשנות, ולו באורח דחוק. ואולם, אם כלו-כל-הקיצים, וכל דרכי-מחשבה - אף פיתולי-מחשבה - לא יעמדו לנו, או-אז נאמר אל ליבנו: ככל-הנראה נשמטה מן המחוקק אותה סתירה שבין הנורמות; ומתוך שחזקה עלינו מצוותו היום - והיא נורמה-של-היום - נסיק מכללא את כוונתו כי נורמה-של-אתמול תיבטל (כדי הסתירה)..." (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221**, עמ' 589-588).

הצורך בפרשנות מצמצמת של סמכות המפקד הצבאי

בכל אופן, גם אם ביטול מפורש של הנורמה הקודמת אין כאן, קריאת כיוון פרשנית, יש גם יש. בעניין דומה, שבו ניתנה סמכות לרשות המכס להחרים לצמיתות טובין שנעברה בהן עבירת מכס, נקבע בפסיקה כי יש לפרש סמכות זו פירוש דווקני ומצמצם: "נקבע בבית משפט זה לא אחת, שסמכויות כה רחבות הנתונות בחיקוק מימי המנדט לרשויות מנהליות, יש לפרשן בצורה מצרה... בפרשנו, אם כך, את היקף הסמכות הנתונה לרשויות המכס על פי סעיף 8(א) **לפקודת היבוא והיצוא**, עלינו לקחת בחשבון את זכות היסוד של האדם לבל יפגעו בקניינו" (ע"א 666/88 **מדינת ישראל נ' מונגיל תעשיות מזון בע"מ, פ"ד מו(4) 1**, עמ' 10-11).

עקרון פרשני זה עולה בקנה אחד עם כלל פרשני דומה שנקבע מקדמת דנא, ולפיו חוק הפוגע בזכויות יסוד בסיסיות, יש לפרשו באופן מצמצם ודווקני. כך נקבע כבר בראשית ימיה של המדינה בע"א 165/50, מפי כב' השופט צלטנר כי "כלל ידוע הוא שחוק השולל מהאזרח זכויות או מצמצמן צריך לפרשו פירוש דווקני" (ע"א 165/50 **עפשטיין נ' זילברשטיין, פ"ד ו(2) 1201**, 1220). כיוצא בזה נקבע בשורה ארוכה של החלטות ופסקי דין בבית המשפט העליון ובערכאות נמוכות יותר, (ראו א' ברק, **פרשנות במשפט, מהדורת 1994, כרך שני**, עמ' 555 ואילך), והדברים ברורים.

גם הסמכות לתפוס חפצים שאנו דנים בה בהחלטה זו, פוגעת קשות בזכות הקניין של הבעלים או כל מי שיש לו זכויות בחפץ התפוס, הן בעצם התפיסה והן בהמשך ההחזקה של החפץ התפוס. עמדה על כך כב' השופטת פרוקצ'יה בעניין לרגו:

"בצד זכותו של אדם לחופש אישי עומדת גם זכותו לקניין, המקבלת ביטוי מיוחד במהלך הליך פלילי ביחס לחפצים של חשוד או נאשם (או צד שלישי) הנתפסים ומוחזקים בידי המשטרה בהקשר לחשד לביצוע עבירות...

... כשם שלעניין מעצר תיבחן השאלה האם קימת עילת מעצר, ואם כן, האם ניתן להגשים את תכליתו באמצעות חלופה שפגיעתה פחותה, כך הוא ביחס להמשך החזקת חפץ תפוס. יש לבחון האם מתקיימת עילה להמשך תפיסתו בידי המשטרה; ואם כן, האם ניתן להגשים את תכלית התפיסה באמצעות שחרור החפץ בכפוף להגבלות מידתיות אשר תגשמה את התכלית הטמונה בתפיסה, בד בבד עם מיתונה והחלשתה של הפגיעה בזכות הקניין של האדם. השאלה היא, במילים אחרות, אם קימת "חלופת תפיסה" אשר תגשים את מטרת התפיסה בדרך שתפגע פחות בזכות קניינו של בעל הזכויות בנכס".

(בש"פ 342/06 חב' לרגו עבודות עפר בע"מ נ' מדינת ישראל, [פורסם בבנו] תק-על-1)2006, 3416, עמ' 3419).

דרישת החילוט

על רקע האמור לעיל, נבחן את הסוגיה שלפנינו, ונדון תחילה בתנאי של החילוט: "טובין שחולטו" כלשון המחוקק. על פי לשונו, סעיף 80 מאפשר פנייה לבית המשפט רק למי שטוען לבעלות על טובין שחולטו, ויכולה להיטען טענה כי סמכותו של בית המשפט מוגבלת רק לצו של המפקד

הצבאי אשר מורה לחלט, היינו להחרים לצמיתות, טובין שנעברה בהן עבירה. לפי גישה זו, מכלל ההן אתה למד על הלאו, כי כל צו אחר של המפקד הצבאי חסין מפני ביקורת שיפוטית. זו למעשה עמדתה של התביעה הצבאית, ולכן היא סבורה כי לא ניתן היה לפנות לבית המשפט בעניין החלטתו של המפקד הצבאי לעכב טובין בלא הגבלת זמן, כפי שנעשה בנסיבות שלפנינו, מפני שלא מדובר בצו חילוט של המפקד הצבאי, ולכן אין הוא נכנס לתחולתו של סעיף 80 לצו.

דא עקא, עיון בניסוח שבו השתמש המחוקק, הן בחקיקה הראשית בצו, והן בחקיקת המשנה בהוראות, מלמד כי המחוקק לא הקפיד על אבחנה מושגית ברורה בין חילוט ובין החרמה, והשתמש פעם אחת, בסעיף 80 לצו, במושג של חילוט, ופעם אחרת, בסעיף 4(ב)1 להוראות, במושג של החרמה, בכדי לבטא את אותה פעולה של הפקעת בעלות לצמיתות. לכן, כשמדובר במושגים שהמחוקק משתמש בהם בערבוביא, לא ניתן לפרש פירוש דווקני מקום בו בוחר המחוקק להשתמש באחד המושגים.

במילים אחרות, אני סבור כי כאשר המחוקק קבע בסעיף 80 כי ניתן לפנות לבית המשפט ביחס לטובין שחולטו, אין הכרח לפרש כי כוונתו רק למקרים בהם הופקעה זכות הבעלות לצמיתות. זאת, לא רק מפני שהפירוש הנכון של המושג חילוט הוא פגיעה **זמנית** בזכות הבעלות, ודווקא המושג החרמה מבטא הפקעת בעלות לצמיתות, כפי שראינו לעיל בע"א [545/96](#), אלא גם מפני שהמחוקק עצמו גילה דעתו שאין הוא מקפיד להבחין בין המושגים הללו, מפני שפעם הוא משתמש במושג זה, ופעם במושג אחר, בכדי לבטא את אותה משמעות.

הרחבת סמכות הביקורת השיפוטית על החלטותיו של המפקד הצבאי, לא רק אלה שיש בהן הפקעה לצמיתות של זכות הבעלות בטובין, משמעה למעשה הגבלה וצמצום בהיקף הסמכויות שמוקנות למפקד הצבאי, והיא עולה בקנה אחד עם העקרונות הפרשניים של פרשנות מצמצמת של כל דבר חקיקה שפוגע בזכויות יסוד, קל וחומר לדבר חקיקה שמקנה סמכות לרשות מנהלית לפגוע בזכויות יסוד, ובכלל זה גם זכות הקניין.

הפרשנות המרחיבה של היקף הביקורת השיפוטית שבסעיף 80 מתבקשת לטעמי גם מההפניה המפורשת שעשה המחוקק, לסעיף 80 לצו, שכאמור כלל לא נזכר בו המונח חילוט, והיא עולה בקנה אחד גם עם התכלית החקיקתית של החוק. כבר נפסק לא אחת כי יש לפרש דבר חקיקה בהתאם לתכליתו. כך למשל נאמר בעניין קניג כי "**... החוק אינו אך טקסט בלשני גרידא. החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית. והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק...**" [\(ד"נ 40/80 פאול קניג נ' יהושע כהן, פ"ד לו\(3\) 701, עמ' 714-713\)](#). כיוצא בזה נפסק בשורה ארוכה של פסקי דין, ראו בספר **פרשנות במשפט** שנוכר לעיל, עמ' 143 ואילך.

תכליתה של הוראת החוק שבה עסקינן, לאפשר ביקורת שיפוטית על החלטות שיש בהן פגיעה בזכות הקניין, וזכות קניינית של אדם יכולה להיפגע לא רק מהחלטה על שלילה לצמיתות של זכות זו, אלא גם מהחלטות אחרות, ובכלל זה החלטה על דרך של מחדל, להמשיך להחזיק בחפץ תפוס, בהיעדר החלטה על השבתו לאחר שבטלה עילת התפיסה. לכן, אין כל סיבה מדוע על

החלטה של חילוט תהיה זכות לביקורת שיפוטית, ואילו ביחס להחלטה אחרת, שפגיעתה בזכות הקניין של הפרט קשה אף היא, תישלל הזכות לביקורת שיפוטית.

זאת ועוד, מדובר בפרשנות שמחילה סטנדרטים משפטיים מתקדמים יותר, ומחזקת את מעמד הביקורת השיפוטית על מעשי הרשות המנהלית, בדומה לדין בישראל. לא למותר לציין כי קיימת זיקה עמוקה בין המשפט הישראלי למשפט באזור. בית המשפט העליון עמד על כך בשורה של פסקי דין, וכבר לפני 25 שנים ציין כי "... תחיקת הביטחון מאמצת את עקרונות סדרי הדין ודיני הראיות הנוהגים במשפטים פליליים בישראל. היינו, במערכת השיפוט הצבאי הישראלי בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית משמשים אותם עקרונות פרוצדוראליים ואותן דרכי הוכחה, הנוהגים גם בשפיטה בבתי המשפט הפועלים על פי המשפט הישראלי הפנימי" (בג"צ 87/85 [גימאל אחמד ג'בר ארגוב נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב \(1\) 353, עמ' 374-373](#)).

לאחרונה, עמד על כך בית המשפט העליון בעניין **אלחרוב**, וכך ציין כב' השופט רובינשטיין:

"... דעת לנבון נקל כי לאורך ארבעים ושתיים שנה שלאחר מלחמת ששת הימים, נוצרה קרבה מוסדית ומהותית בין מערכות המשפט בישראל ובאזור, ואף שהן ישויות משפטיות נפרדות, יש פעפוע טבעי מן המשפט בישראל למשפט באזור. מראית העין של דגל ישראל, שופטים ישראלים ותובעים ישראלים, וכמובן מחוקק תחיקת הביטחון שהוא ישראלי – אינה עניין של מה בכך..." (בג"ץ 7392/08 **אלחרוב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח'**, פורסם בנבו).

גם בית משפט זה עמד על כך בפסיקתו, וקבע כי ככלל ראוי לאמץ את הסטנדרטים המשפטיים הנוהגים בבתי המשפט בישראל, מקום בו אין הדבר עומד בסתירה ללשון החוק:

"... מכירים אנו במעמדה המיוחד של מערכת המשפט הישראלית, אשר קנתה לה מוניטין והנחשבת מתקדמת וראויה על פי כל קנה-מידה. גם מערכת משפט צבאית יכולה וצריכה לשאוף לסטנדרטים אלה, ועל כן, ככל שאימוצם של סטנדרטים אלה אינו עומד בסתירה לחוק, או אינו נמצא בלתי-מתאים באופן אחר למציאות המיוחדת הנובעת ממעמדו של האזור ומצרכיו הביטחוניים המיוחדים, הרי שיהיה מקום לאמצם וללכת לאורם" (ע' איו"ש 353/03 **התוב"ץ נ' אבו-סנינה**) [פורסם בנבו].

יוצא אפוא כי ככלל, יש להעדיף פרשנות שעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד ועם השיטה המשפטית בישראל, וכזו היא האפשרות הפרשנית המרחיבה של סעיף 80ב, אשר מקרבת את המצב המשפטי באזור לדין בישראל, מבחינת היקף הביקורת השיפוטית בשלבים השונים של תפיסה וחילוט של טובין, כפי שפירטנו לעיל.

יתירה מזו, מדובר בפרשנות שעולה בקנה אחד גם עם עקרונות המשפט הבינלאומי, וכלל הוא שכאשר יש כמה אפשרויות לפרש דבר חקיקה, יש להעדיף את הפרשנות שאינה מתנגשת עם עקרונות המשפט הבינלאומי: "... הלכה רווחת היא אצלנו, בעקבות ההלכה האנגלית, שבית-

משפט בישראל 'פרש חוק חרות מקומי, אם אך תכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי'... " בג"צ 302/72 שיח' סולימאן חסיין עודה אבו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז (2) 169, עמ' 178-177.

תקנה 46 לתקנות בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, אשר מופיעות כנספח לאמנה בדבר הדינים והמנהגים של המלחמה ביבשה (האג 1907), ואשר כלולה בפרק שכותרתו "השלטון הצבאי על שטח מדינה אויבת" קובעת כי אין להחרים רכוש פרטי. מדובר בתקנות שמשקפות את כללי המשפט הבינלאומי המנהגי, ולכן הן מהוות חלק מהדין הפנימי בישראל, כפי שנקבע בפסיקה, כמו למשל בג"צ 3969/06 אשר קבע כי " ... **סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית. כללים אלה מעוגנים, בעיקרם, באמנת האג הרביעית... ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי...**" בג"צ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', [פורסם בנבו] תק-על 2009(4), 714, עמ' 718.

כאמור לעיל, הפרשנות שמרחיבה בהיקף הביקורת השיפוטית, מגינה מפני פגיעה יתירה בזכות הקניין, בכך שהיא מאפשרת פנייה לקבלת סעדים מבית המשפט, ולכן היא עולה בקנה אחד גם עם עקרונות המשפט הבינלאומי.

בשולי הדברים בעניין זה, אני מבקש לציין כי בנוסח של סעיף 66(א) לנוסח המשולב, אשר בא במקום סעיף 80ב(א) בנוסח הקודם של הצו, אין הפניה לסעיפים קונקרטיים, ונאמר בו כי הוא מתייחס ל"טובין שחולטו מכוח סימן זה". אולם הנוסח המשולב אינו יוצר כשלעצמו שינויים מהותיים בחקיקה, ולכן נראה לי כי אין בשינוי הנוסח כדי לשנות מהיקף הסמכות המוקנית לבית המשפט, בהתאם לפרשנות שראינו לתת לפי הנוסח הקודם של הסעיף.

דרישת אי מעורבות בביצוע העבירה

אשר לתנאי הנוסף של "אדם שאיננו מעורב בביצוע העבירה" שנזכר אף הוא בסעיף 80ב לצו, מדובר בדרישה שעל פני הדברים מגבילה את סמכותו של בית המשפט ליתן סעד רק למי שאינו מעורב בביצוע עבירה, וטוען לזכויות בחפץ. משמע לכאורה כי לחשוד בביצוע העבירה עצמו לא ניתנת בשום שלב הזכות לבקש את סעדו של בית המשפט, גם כאשר הפגיעה בקניינו קשה מאוד. מצב זה אינו ראוי, ובתחילה אף חכתי בדעתי שמא לפי העיקרון שקבעתי לעיל באשר לצורך בפרשנות מרחיבה של הביקורת השיפוטית, וכפועל יוצא מכך – פרשנות מצמצמת של סמכויות המפקד הצבאי, ניתן להסתמך על חזקת החפות שעומדת לכל אדם, ולקבוע כי כל עוד לא הורשע אדם בעבירה הקשורה לטובין שנתפסו, הוא רשאי לפנות לבית המשפט ולבקש את סעדו בקשר לאותם טובין, אולם בסופו של דבר באתי לכלל מסקנה כי מדובר בפרשנות מאולצת, שספק אם ניתן ליישב אותה ולו בדוחק עם לשון הסעיף.

נשאלת אפוא השאלה האם מדובר בלקונה? לא אכחד כי התלבטתי רבות בשאלה זו, וההכרעה בה קשתה עלי נוכח המסקנה שאליה הגעתי לעיל כי ככלל נקבעו באזור הוראות גם באשר לקיומה של ביקורת שיפוטית בשלבים השונים של הטיפול בחפצים תפוסים, וכי גם אם יש שוני בין ההוראות

הללו ובין הדין בישראל, אין די בכך כדי לקבוע כי קיימת לקונה בדיני האזור שמחייבת השלמה. בסופו של יום באתי לכלל מסקנה כי בעניין זה, ולטעמי בעניין זה בלבד, אכן צודק חברי השופט לקח בטענתו כי קיים חסר בניסוח הסעיף המתאים בצו, ואין מנוס מהשלמתו של חסר זה, בדרך של אנאלוגיה מהדין בישראל. מאחר והגעתי למסקנה זו בדרך שונה במקצת מזו שבה הלך חברי, אפרט מעט את עמדתי, שמבוססת בעיקר על בחינה השוואתית של הדין באזור לדין בישראל.

כפי שציינתי לעיל, סעיפים 80א ו-80ב נוספו בתיקון מס' 69 לצו בדבר הוראות ביטחון, וקשה שלא להבחין בדמיון הרב שבין שני הסעיפים הללו ובין סעיפים 39 – 41 בדין המקביל בישראל, בפקודת סדר הדין הפלילי. סעיף 39 לפסד"פ מקנה סמכות לבית המשפט לצוות על חילוט חפץ תפוס **"בנוסף על כל עונש שיטיל"**, וכך גם סעיף 80א מאפשר לבית המשפט לצוות על חילוט טובין שנתפסו **"בנוסף על כל עונש שיטיל"**. בשני הסעיפים קיימת גם הוראת פרוצדורה זהה בלשונה ולפיה **"צו חילוט לפי סעיף זה יכול שיינתן בין בגזר הדין ובין על פי עתירה מטעם תובע"**.

סעיף 40 לפסד"פ, שכותרת השוליים שלו היא **"טענת בעלות או זכות מצד אדם"** מאפשר ל"צד שלישי" להשיג על צו החילוט שהוציא בית המשפט: **"היה אדם שאיננו שותף לעבירה טוען לבעלות על החפץ שחולט או לזכות בו, רשאי הוא, תוך שנה מיום מתן צו החילוט או תוך מועד נוסף שנקבע באותו צו, לבקש מאת בית המשפט שציווה על החילוט לבטל את הצו, ורשאי בית המשפט לעשות כן ולצוות על מסירת החפץ למבקש, לבעלותו או לשם מימוש זכותו בלבד, הכול לפי העניין"**.

כנגדו, סעיף 80ב(א) לצו בדבר הוראות ביטחון נוקט לשון דומה, ובכדי להקל על ההשוואה אביא אותו שוב בלשונו: **"היה אדם שאיננו מעורב בביצוע העבירה טוען לבעלות על טובין שחולטו מכוח סעיף 80 או מכוח סעיף 80א או לזכות בהם, רשאי הוא לבקש מאת בית המשפט לבטל את הצו ורשאי בית המשפט לעשות כן ולצוות על מסירת הטובין למבקש, לבעלותו או לשם מימוש זכותו בלבד, הכול לפי העניין"**.

נקל להבחין בדמיון הרב שבין הסעיפים, אולם לצד זה קיימים גם שני הבדלים בולטים בין הדין באזור לדין בישראל: ההבדל האחד הוא היעדר הגבלת הזמן של שנה מיום מתן צו החילוט, והבדל נוסף הוא אזכור הסעיפים שעליהם חלה הסמכות של בית המשפט לפי סעיף זה. על משמעותו של הבדל זה אבקש לעמוד בכמה משפטים: על פי מיקומו ובהשוואה לסעיף המקביל בישראל, סעיף 80ב נועד בעיקרו של דבר לאפשר לצד שלישי שנפגע מצו חילוט שהוציא בית המשפט, לפנות לבית המשפט ולבקש סעד מתאים. מטבע הדברים מדובר במי שאינו מעורב בביצוע העבירה, ואף אינו צד להליכים הפליליים, שהרי המעורב בביצוע העבירה עצמו, יש לו את יומו בבית המשפט והוא יכול לטעון את טענותיו במסגרת ההליך הפלילי, אשר מספק את מלוא האפשרויות למעורבים בפלילים להגן על עצמם.

אכן, אילו רק את זאת ביקש הסעיף לומר, לא היה צורך לאזכר את הסעיפים שאליהם הוא מתייחס, מפני שניתן היה להניח שהסעיף מתייחס לסעיף שקדם לו, כפי [שסעיף 40](#) לפסד"פ מתייחס [לסעיף 39](#) שקדם לו, בלי להזכירו במפורש. אולם בתיקון 69 המחוקק ביקש לעשות צעד

נוסף, והרחיב את מעגל הביקורת השיפוטית לא רק ביחס לאנשים שזכאים לפנות לבית המשפט, היינו צד שלישי שנפגע מצו חילוט שיפוטי שניתן בהליכים שהוא לא היה צד להם, אלא גם ביחס להחלטות שבהן יכול ויינתן סעדו של בית המשפט, היינו החלטות של המפקד הצבאי שניתנות לפי סעיף 80 לצו בדבר הוראות ביטחון.

מדובר בהחלטות מנהליות שניתנות מחוץ למסגרת ההליכים הפליליים, ונראים הדברים כאילו המחוקק ביקש בתוספת זו של סעיף 80, להשלים פגם ממשי שהיה בהליכי החילוט עד אז, בכך שלא הייתה כל ביקורת על החלטותיו של המפקד הצבאי, למרות שמשמעותן הייתה פגיעה קשה בזכות הקניין שהוכרה כזכות חוקתית. אלא שפגם זה פגע לא רק בזכויותיו של צד שלישי תמים, אלא גם בזכויותיו הבסיסיות של העבריין, או מי שחשוד כעבריין, שנמנעה ממנו האפשרות לטעון טענותיו כנגד החלטות המפקד הצבאי, אלא במסגרת עתירה לבג"ץ, שיש לה כללים מיוחדים והנגישות אליה מוגבלת מאוד למרבית תושבי האזור.

נוצר אפוא מצב אבסורדי, שנאשם שנמצאו די ראיות נגדו להגשת כתב אישום, יכול היה לטעון נגד הפגיעה בזכויותיו הקנייניות ע"י בית המשפט במסגרת ההליך הפלילי שמתנהל כנגדו, ואילו חשוד בביצוע עבירות, שלא נמצאה בעניינו תשתית ראייתית מספקת להגשת כתב אישום, נמנעה ממנו למעשה האפשרות לטעון כנגד הפגיעה בזכויות אלה ע"י המפקד הצבאי. כאמור, נראה לי כי הכללתו של סעיף 80 בנוסח סעיף 80 נועדה לתקן עיוות זה, אולם היא נעשתה כהוספת טלאי על גבי טלאי בתפר גס, מבלי שנעשו ההתאמות הלשוניות המתאימות.

זאת ועוד, לא מתקבל על הדעת שעל סמכות החרמה שאינה מוגבלת להליכים פליליים דווקא, אשר קבועה [בסעיף 120 לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945, תהיה זכות ערר, כפי שנקבע בסעיף [147א](#) לתקנות הללו, ואילו על סמכות החרמה או חילוט, שנועדה להיות נלווית להליכים פליליים, לא תהיה קיימת זכות ערר כלשהי, ותישלל האפשרות לביקורת שיפוטית עליה, למרות שמדובר בסמכות מרחיקת לכת שעלולה לפגוע קשות בזכויות חוקתיות.

מכל הטעמים הללו באתי כאמור לכלל מסקנה כי **בעניין זה בלבד** אכן קיים חסר בניסוח הדין באזור, אשר יש להשלימו באנאלוגיה מהדין בישראל, ולקבוע כי אותה סמכות לביקורת שיפוטית שקיימת ביחס להחלטות מנהליות של חילוט והחרמה שמתקבלות ע"י המפקד הצבאי בשלב המשמורת של החפץ התפוס, מחוץ למסגרת ההליך הפלילי, אפשרית לא רק ביחס למי שאינו מעורב בביצוע העבירה, אלא גם למי שמעורב או חשוד במעורבות בביצוע העבירה, שגם הוא יכול לפנות לבית המשפט ולבקש סעד מתאים, בדומה לסמכות הקיימת [בסעיף 34](#) לפסד"פ, שאינה מוגבלת רק למי שאינו מעורב בביצוע עבירה.

חברי השופט לקח סבור כי קיימת לקונה שמחייבת השלמה פסיקתית גם ביחס לסמכותו של בית המשפט להתנות בתנאים את הסעד שהוא נותן, סמכות שזכרת במפורש בישראל, [בסעיף 34](#) לפסד"פ. לטעמי, אין צורך לפנות בעניין זה לדין בישראל, וניתן ללמוד על קיומה של סמכות זו מדיני הפרשנות באזור, מהאמור בסעיף 20 לצו בדבר פרשנות (אזור יהודה ושומרון) (מס' 130), תשכ"ז – 1967, אשר קובע כי **"הסמכות ליתן תחיקת בטחון תתפרש ככוללת את הסמכות לקבוע**

או להוסיף תנאים, לבטלם, לשנותם או להפסיקם לשעה", בשים לב להגדרה הרחבה של המושג "תחיקת ביטחון", בסעיף 1(39) לצו האמור.

ו. סיכומם של דברים

סיכום דברינו עד כה מביא למסקנות הבאות: מצד אחד אין לקונה בנושא הביקורת השיפוטית על פעולות השלטונות בכל הנוגע לתפיסת חפצים וחילוטם, שמחייבת השלמה בדרך של העתקת ההסדר בישראל אל תוך דיני האזור, מפני שכאמור קיים הסדר חוקי בדיני האזור, גם אם הוא שונה בחלק מפרטיו מהדין בישראל. זאת, למעט עניין אחד שבו אכן נדרשת השלמה פסיקתית, בעניין זכותו של המעורב בביצוע עבירה לפנות לבית המשפט ביחס להחלטות שפוגעות בקניינו בשלב המשמורת בחפץ התפוס, כפי שפירטנו בהרחבה לעיל.

מצד שני, אף אין מדובר בהסדר שלילי שמוציא את כל דיני התפיסה והחילוט, מתחום סמכותו של בית המשפט, שהרי בסעיף 80ב (סעיף 66 לנוסח המשולב) המחוקק מקנה סמכות לבית המשפט להחליט ביחס לטובין שנתפסו, הן בשלב שלאחר הרשעה והן בשלב המשמורת בחפץ, כפי שפירטנו בהרחבה לעיל. בכך, אגב, שונה העניין שלפנינו מהעניין שנדון בב"ש 3328,3376/09 בעניינו של ג'מיל חטיב, אשר הוזכר בהודעת הערעור של הפרקליט הנכבד, מפני שבשונה מהחלטה על סגירת שטח לפי סעיף 90 לצו (סעיף 318 לנוסח המשולב) שנדונה בפרשת חטיב, שבה המחוקק לא הזכיר כל אפשרות לפנות לבית המשפט, ולכן נקבע באותה החלטה כי לא ניתן להקנות סמכות לביקורת שיפוטית יש מאין, הרי בעניין שלפנינו ביחס להחלטות על תפיסה וחילוט של טובין, המחוקק קבע במפורש את האפשרות לפנות לבית המשפט גם ביחס להחלטות של המפקד הצבאי, ולכן מדובר בסמכות של ביקורת שיפוטית שמוקנית לבית המשפט בחקיקה מפורשת, שאת היקפה יש לקבוע בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים, כפי שפירטנו בהרחבה לעיל.

שאלת קיומו של מסלול חילוט מנהלי נפרד מוטלת בספק, לאחר שבחקיקה ראשית מאוחרת יותר הוקנתה סמכות כזו לבתי המשפט הצבאיים, אולם גם אם נניח כי המחוקק באמת התכוון להותיר סמכות כזו גם בידי המפקדים הצבאיים, ובכך ליצור למעשה שני מסלולים מקבילים, והרחבתי לעיל בשאלה זו, אין מדובר במסלולים שנפרדים זה מזה מתחילתם ועד סופם, אלא בשני מסלולים של חילוט שקיימים **לאחר הרשעתו** בדין של בעל הטובין.

במילים אחרות, שלב התפיסה והמשמורת של טובין שנתפסו בחשד למעורבות כלשהי בביצוע עבירה, מסור כולו בידיה של הרשות המנהלית המבצעת, היינו כוחות צה"ל באזור ומשטרת ישראל, בהתאם לסמכויות הנתונות להם בסעיף 80 לצו ובהוראות בדבר תפיסת טובין. אין מדובר בתכלית העומדת בפני עצמה, אלא כשלב ראשון בתהליך שהמשכו בנקיטת הליכים משפטיים, הן באשר לאשמתו של בעל הטובין, והן באשר למעמד הטובין עצמם. כך נאמר במפורש בסעיף 3(א) להוראות: "**עד לגמר ההליכים המשפטיים, או עד שיחליט תובע צבאי שלא לנקוט בהליכים משפטיים יישארו הטובין בידי המשטרה כחלק מחומר החקירה**". כך מתבקש גם מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי: "**העיקרון לפיו אין הרשעה אלא אם כן יש ראיות לאשמה שמידתן מעבר לכל ספק סביר, הוא אבן היסוד של המשפט הפלילי...**" (ע"פ 7474, 7384, 7415/02 [איציק](#)

[כהן נ' מדינת ישראל](#), [פורסם בנבו] תק-על 2003(3), 2312, עמ' 2316), ומדובר במלאכה שמסורה לבתי המשפט, שרק הם מוסמכים לקבוע באשר לאשמתו בפלילים של אדם שעומדת לו חזקת חפות.

רק לאחר הרשעתו של אדם בעבירה הקשורה לטובין שנתפסו, רשאי בית המשפט להורות על חילוט הטובין, בנוסף לכל עונש אחר שיטיל, כעולה מסעיף 80א לצו. סמכות מקבילה קיימת לכאורה גם בידי המפקד הצבאי, לפי סעיף 4(ב)(1) להוראות כמפורט לעיל, ושני המסלולים יחדיו כפופים לביקורת שיפוטית, בהתאם לאמור בסעיף 80ב לצו. עם זאת, סמכותו של בית המשפט לפי סעיף 80ב אינה מוגבלת רק לשלב החילוט שלאחר הרשעה, אלא היא משתרעת גם על שלב המשמורת שלפני נקיטת הליכים פליליים, ביחס לסמכויות שמוקנות למפקד הצבאי בסעיף 80 לצו, כפי שפירטנו בהרחבה לעיל.

ז. סוף דבר

בחינת הנסיבות שלפנינו על רקע העקרונות שפורטו בהרחבה לעיל, מביאה לתוצאה כי בית המשפט הצבאי היה מוסמך לדון בבקשתו של המשיב כי יושב לו פטיש האוויר שהוחרם ממנו, אף כי מטעמים שונים מאלה שפורטו בהחלטה. לפיכך אני סבור כי יש לדחות את הערעור של התביעה הצבאית אשר טענה לחוסר סמכות לבית המשפט, וכך אני מציע לחבריי.

בשולי הדברים, וטרם חתימה, אני רואה להצטרף בכל לב להערתו של חברי המשנה לנשיא, באשר לעירוב התחומין, הבעייתי מאוד בעיניי, שבין המסלול הפלילי והמסלול המנהלי בסוגיית החילוט. במהלך הדיון בפנינו לא נטענה ע"י התביעה טענה בדבר שיקולים ביטחוניים שמצדיקים את הסמכות הרחבה שניתנת למפקד הצבאי בנושא זה של תפיסת חפצים. עם זאת, אם קיים צורך ביטחוני כזה או אחר, בקיומו של מסלול מנהלי נפרד, ראוי לייחד לכך מסגרת נורמטיבית נפרדת, תוך קביעת הסדרים מתאימים לצורך הייחודי, בכדי שניתן יהיה לתת מענה טוב יותר לצרכים אלו, וראוי כי המחוקק ידרש בהקדם לעניין זה.

בסיום דברי, אני מבקש להביא פסקה אחת מתוך פסק דינו של בית המשפט העליון שניתן לפני כשנה ומחצה בעניין **חורש**, אשר עומד על הקשיים הרבים שמעוררת החקיקה בישראל בעניין מורכב זה, ונראים הדברים כאילו נאמרו גם על המצב המשפטי המורכב באזור, שעליו עמדנו בהרחבה לעיל. הדברים מדברים בעד עצמם, וכל המוסיף גורע:

"אם ישנה סוגיה עליה ניתן לומר כי מתקיימים בה, זה לצד זה, הכלל " Hard cases make bad law" והיפוכו, היינו, "Bad law makes hard cases", הרי היא זו הנוגעת למעמדם של המתנגדים לחילוט רכוש, שהושג או ששימש בעבירה. מעשה הטלאים בו נרקמו הסדרי החילוט במשפטנו והלשון המוקשית של חלקם, הובילו לכך שבחוקים שונים מעוגנות כיום הוראות חילוט נבדלות זו מזו אשר לא תמיד ניתן ליישבן האחת עם רעותה... לוליינות משפטית ניכרת עלולה להידרש במאמץ - המתחייב - להציע תפישה רעיונית משותפת לכל אותם הסדרים, ולספק בתוך כך מענה לשלל המקרים שמשפיקת מציאות החיים עמה הם ביקשו

להתמודד. מן הפסיקה המתגבשת בענייני חילוט הולכת ומתחזקת המסקנה כי כבר עתה קיים קושי ממשי בביסוסה של גישה קוהרנטית, המקיפה את מקרי החילוט השונים ומציידת עושי-משפט בכלים ברורים לטיפול בהם. כוחה של הפסיקה בעניין זה הוא מוגבל. עיקר המלאכה מונח לפתחם של משרד המשפטים ושל המחוקק, וככל שאלה יקדימו ויתנו דעתם לדבר, כן ייטב". (ע"פ 1428/08 ["ע"פ 1428/08"](#) עו"ד אורי חורש - המנהל המיוחד של חברת דור עדן חן בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח', [פורסם בנבו] תק-על-2009(1), 4032, עמ' 4035).

השופט סא"ל צ' לקח:

עיינתי בחוות דעתו המקיפה והמנומקת של חברי הנשיא. אני סבור כי מסקנותיו תואמות את דעתי כפי שנכתבה בעניין **כרשאן** ביחס למרבית העניינים הקשורים בסוגיה זו, ואם נותר פער בינינו, נוגע הוא לעניין אחד, שאף הוא לא משפיע על התוצאה אליה הגיע חברי אלא על הדרך בלבד.

ראשית, אדגיש כי גם לדעתי, את סמכותו של בית המשפט לדון בטובין יש ללמוד בראש ובראשונה מנוסח הסעיפים הרלוונטיים בצו בדבר הוראות בטחון. יש מי שיסבור מקריאת פסק דינו של חברי כי בעניין **כרשאן** אימצתי את ההסדר הקיים בישראל תוך התעלמות מהדין באזור ועל ידי קביעה כי קיים חסר (לאקונה) בדין האזור, ולא היא. אף שהתביעה בחרה להציג את עניין **כרשאן** כאימוץ שלם של הסדר חקיקתי חיצוני, לא זו ההלכה שנקבעה בעניין **כרשאן**, ונדמה כי התביעה לא דקא פורתא בקריאת פסק דיני. כפי שציינתי בעניין **כרשאן** "לטעמי, הגם שסעיפים 80-80 מנוסחים באופן חסר, נראה כי המחוקק באזור בחר לאמץ את העקרונות המופיעים בפסד"פ". לאחר שנימקתי בפרוטרוט בעניין **כרשאן** את הטעמים לאמץ פרשנות רחבה לסעיף 80, כזו המעניקה סמכות לבית המשפט לדון בכל עניין של תפיסה וחילוט, ובכלל זה לבקר את החלטות המפקד הצבאי, סיכמתי את עמדותי במילים הבאות:

"לסיכום נקודה זו, הן מטעם של שוויון ומניעת אפליה, הן מהטעם שתכלית החקיקה הינה להעניק את סמכות השפיטה לרשות השופטת, והן מטעם מעשי, המסקנה המתבקשת הינה כי לבית המשפט הצבאי סמכות לדון בכל עניין של טובין שנתפסו בהתאם לסעיף 80 לצו בדבר הוראות בטחון".

לפיכך, גם לשיטתי, סמכותו של בית המשפט נובעת מדבר החקיקה באזור, באמצעות עקרונות פרשנות מקובלים. יחד עם זאת, כאמור, לדעתי, סעיפים 80-80 נוסחו באופן חסר. בייחוד לנוכח אותם פערים שאפרט להלן, הדרך הנכונה והקוהרנטית לפתרון שלם של הסוגיה היא זו אותה הצעתי בעניין **כרשאן**, היינו, יש לראות בהסדר החקיקתי הקיים באזור לא כהסדר שלם, אלא כהסדר חסר, שסמכותו של בית המשפט נובעת ככלל מהסדר זה, אולם בעניינים מסויימים ומצומצמים, עקב קיומו של חסר, מן הראוי להשלים את החסר על פי הדין המקביל בישראל.

כך למשל, וכפי שעמד על כך הנשיא, קיים חסר בהוראות הדין באזור, ככל שמדובר באדם הטוען לזכות בטובין גם כשהוא העבריין, שכן לשונו המפורשת של סעיף 80ב, מאפשרת רק ל"אדם שאיננו מעורב בביצוע העבירה" וטוען לבעלות או זכות בטובין, לפנות לבית המשפט. דומני כי לשונו המפורשת של סעיף 80 בהקשר זה, משמיטה את האפשרות ממי שביצע עבירה, לבוא ולדרוש את הטובין שנלקחו ממנו. בעניין זה, סברתי, וכך אף כתבתי בעניין **כרשאן**, שמדובר בלאקונה אותה יש להשלים בהיקש מהדין המקביל בישראל. חברי הנשיא הסביר בפרוטרוט את הטעמים לכך שמדובר בלאקונה אותה יש להשלים ולא אחזור על דבריו. עם זאת, מצאתי לנכון להדגיש ולחזק את הטעמים לעמדה זו.

פעמים רבות, דווקא מי שביצע את העבירה הוא בעל הטובין ולו האינטרס לשחרר את התפוס. החזקת טובין של אדם הינה בעלת משמעות רבה, ויכולות להיות לה השלכות רבות ופוגעניות. כך לדוגמה, ייתכן כי משאית ששווייה הינו מאות אלפי שקלים תיתפס כמוצג בגין עבירה של חניה במקום אסור שביצע בעליה. במקרה כזה, החזקת המשאית הינה בעלת משמעות כלכלית אדירה מבחינתו של הבעלים, אולם מכיוון שהוא ביצע את עבירת החניה, קיימת סמכות לרשויות החוק ליטול את המשאית, בלא אפילו מגבלה הקבועה בחוק לזמן ההחזקה של אותה משאית. האם יעלה על הדעת כי תישלל במקרה כזה זכות הפנייה לערכאות? האם אותו אדם שביצע עבירת חניה שבגינה נתפסה משאיתו לא יוכל לפנות לבית המשפט ולומר כי מעשה הרשות פוגע באופן שאינו מידתי בזכותו הקניינית?

חיזוק לעמדה זו, ולקיומו של חסר אותו יש להשלים, ניתן לראות בהוראות הצו בדבר חילוט רכבים (הוראת שעה) (מס' 1410), התשנ"ד – 1994. שם נקבעה סמכות חילוט של רכב לקצין משטרה, וזכות הערר נתונה לכל אדם הטוען לזכות ברכב, ולאו דווקא לאדם שאיננו מעורב בעבירה.

האם ייתכן כי לגבי רכב מזויף או נחשד כגנוב תינתן זכות ערר לכל אדם, ואילו לגבי טובין אחרים, שהבעלות עליהם אינה שנויה במחלוקת לא תינתן זכות פנייה לערכאות אלא רק לאדם שיוכיח קודם כי אינו מעורב בעבירה? התשובה על שאלה זו הינה ברורה, ומתבקשת במיוחד באותם מקרים בהם החזקת הטובין גורמת נזק גדול ולא פרופורציוני לזכותו הקניינית של אדם, ביחס לעבירה המינורית אותה ביצע, והדוגמה שהבאתי לעיל תוכיח.

בנוסף, לשיטתי, קיים חסר בנקודה נוספת. חסר זה מתבטא בכך שאין בהוראות החוק הקיימות באזור אפשרות לבית המשפט לקבוע למשל, תנאים להחזרת טובין. ודוק: בדין בישראל נקבעה סמכות זו מפורשות בהוראות סעיף 34 לפסד"פ. לעומת זאת, בדין האזור, אין הוראה המעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב להורות הוראות שונות ולקבוע תנאים באשר לאותם טובין. עקב כך, בעניין **כרשאן** לא דובר בהחלטה אגב אורחא, אלא בהחלטה שנדרשה כחלק מטעם הפסק, ועל מנת לאפשר לבית המשפט לקבוע תנאים לשחרור הטובין תוך הפקדת ערובה כספית מתאימה. חברי הנשיא סבור כי פתרונו של עניין זה בא מקריאת הצו בדבר פרשנות ולפיו "**הסמכות ליתן תחיקת בטחון תתפרש ככוללת את הסמכות לקבוע או להוסיף תנאים, לבטלם, לשנותם או להפסיקם לשעה**". דומני כי הגדרה זו אינה חלה בעניינו של בית המשפט. בית המשפט אינו נותן

תחיקת ביטחון, שכן הגדרת תחיקת ביטחון הינה "מינשר, צו, הודעה, מודעה, דרישה, רשיון, מינוי, או כל מסמך אחר, שניתנו על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, על ידי מפקד צבאי, או על ידי רשות אחרת שפעלה מכוחם, מטעמם, או באישורם, בין לפני תחילתו של צו זה ובין לאחריה". אינני סבור כי הוראה זו מתייחסת לסמכויות שיפוטיות. יתר על כן, אף אין בצו בדבר פרשנות הוראה המקבילה [לסעיף 18 לחוק הפרשנות](#) החל בישראל, הקובע שסמכות לדון בהשגה ובערר משמעה גם לאשרה בשינויים או להחליט החלטה אחרת במקומה. מכיוון שכך, המדובר גם במקרה זה בחסר אותו יש להשלים בהיקש מהדין בישראל. בנקודה זו, ובנקודה זו בלבד, שונה דעתי מדעתו של הנשיא, וגם זאת רק בדרך ולא בתוצאה המעשית של הדברים.

לאור מסקנותיי אלה אותן פירטתי כבר בעניין **כרשאן**, אף אני סבור כי קיימת לבית המשפט סמכות לדון בשאלות של תפיסה, חילוט והחרמה של טובין. על כן אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא, אם כי דעתי שונה במעט בנקודה אחת, באשר לדרך המשפטית בה יש לפתור את הסוגיה.

המשנה לנשיא סא"ל נ' בנישו:

קראתי את חוות דעתם של חבריי, ועל אף שהתוצאה המעשית של פסיקתם ראויה בעיניי, לא שוכנעתי כי תואמת היא את דין האזור כפי שזה משתקף מהחקיקה בתוקף לעת הזו. אומר בתמצית כבר בשלב זה כי, לטעמי, הוראות הדין באזור יוצרות הסדר כולל השולל את סמכות בית המשפט מלהזדקק לבקשות להחזרת תפוסים אשר אינן מוגשות אגב הכרעה בהליך הפלילי או לאחר שהמפקד הצבאי הביע את דעתו העקרונית בדבר שחרור התפוס. אנסה לנמק את עמדתי בקצרה, שכן כאמור, נותרתי בדעת מיעוט.

עוד אקדים כי לגישתי המצב החוקי כיום, לפיו נותרת ההכרעה בנוגע לתפוסים בסיטואציות המתוארות לעיל בידי הרשות המנהלית ללא כל פיקוח שיפוטי פנימי, אינו ראוי ואף ספק אם הוא עולה בקנה אחד עם החובות החוקתיות המוטלות על המפקד הצבאי כריבון באזור מכוח המשפט הבינלאומי ומכוח עקרונות חוקי היסוד שנקלטו באזור.

שאלת קיומה של לקונה בהוראות הצו עמדה במרכז הכרעתם של חבריי. לגישתי, שאלת קיומה של לקונה בחוק חייבת להיבחן על בסיס מכלול ההוראות החוקיות הקיימות בנושא ובזיקה הדוקה להיסטוריה החקיקתית של אותן הוראות. באזור, נדרשים אנו אף להשוואה לחוק הישראלי, האזרחי והצבאי, ממנו שאב ושואב המחוקק הצבאי את השראתו ברוב רובם של המקרים.

לטעמי, מתוך הבחינה האמורה אין מנוס מהמסקנה כי המחוקק ביקש במודע להותיר למפקד הצבאי את ההחלטה בנוגע לתפוסים במשפט שטרם הוכרע ולא להעניק סמכויות בתחום זה לבית המשפט. בפנינו על כן הסדר שלילי.

הוראותיו של סעיף 60 לצו בדבר הוראות ביטחון בנוסחו המשולב (סעיף 80 לצו משנת 1970) לא עברו שינויים מפליגים במהלך השנים. ההוראות העקרוניות כפי שתוארו בטוב טעם על ידי חברי הנשיא מתייחסות למצב בו חייל או רשות מוסמכת תפסו חפץ כלשהו בקשר לעבירה. הסמכות הכללית להורות מה יעשה באותם חפצים ניתנת למפקד כוחות צה"ל באזור. מכוח סמכות זו נקבעו אף ההוראות בדבר תפיסת טובין בקשר לביצוע עבירה, תשל"ד-1974. כמו כן, הוענקו סמכויות לבתי המשפט הצבאיים במצבים בהם המפקד הצבאי הכריע בדבר שחרור התפוס (סעיף 80(ד) לצו משנת 1970, סעיף 63 לנוסח המשולב) או כאשר מתקבלת ההחלטה אגב הליך פלילי המתנהל בפני בית המשפט (סעיפים 80א(א) לצו משנת 1970, סעיף 65(א) לנוסח המשולב). אלא שכאמור, סמכות זו ניתנת באופן נקודתי, כאשר מרצף הסעיפים עולה בבירור כי הסמכות הכללית נותרה בידי המפקד הצבאי. ואכן, אביו מולידו של הצו משנת 1970, הצו בדבר הוראות ביטחון, תשכ"ז-1967 הסתפק בהוראה יחידה אשר קבעה:

"(2) סחורות, חפצים, תעודות, או דברים שלגביהם נעשתה עבירה על צו זה או שהשתמשו בהם לעשיית כל עבירה כזו או לשם הקלת ביצוע כל מעשה כזה יהיו מוחרמים לכוחות צה"ל ויעשה בהם ככל שיורה מפקד האזור.

(3) סחורות... שנתפסו לפי סעיף זה כצפויים להחרמה או כראיה למעשה עבירה ונמצא לאחר מכן שאינם צפויים או משמשים לכך – ישוחררו"
(סעיף 61(2) ו-3).

הווה אומר, כי באותו שלב לא הבחין המחוקק בין החרמה לחילוט, ובשני המקרים הוענקה הסמכות באופן בלעדי למפקד הצבאי. בצו משנת 1970 אמנם לא מוזכרת אותה החרמה, אך נראה כי המפקד הצבאי גילה דעתו כי סמכות החרמה שרירה וקיימת בסעיף 4(ב)(1) להוראות משנת 1974 שנחקקו מכוח הצו.

לטעמי, הרקע לשוני בין הדין באזור לבין ההוראות הקיימות בישראל נעוץ במקורות החקיקה של סעיף 61 לצו משנת 1967. בשונה מבנוגע להוראות אחרות, דומני כי בעניין חיפוש, תפיסה וחילוט, לא התבסס המחוקק באזור על הדין הפלילי הישראלי, אלא על [תקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945. ואכן מעיון בנוסח סעיף 61 הנ"ל במקביל לעיון בלשון [תקנה 74](#) לתקנות ההגנה, נקל להבחין בדמיון הרב שבין ההוראות. לא זו אף זו, כי הרציונל העומד מאחורי ההוראות זהה והוא אף תואם את הסמכות המקבילה המצויה ב[תקנה 120](#) ובמסגרתו רצון להעניק סמכות החרמה לריבון, לו ניתנת סמכות ההכרעה הבלעדית, ללא צורך בהליך שיפוטי. מסקנתי כי מקורות ההשראה של המחוקק באזור מצויים בתקנות ההגנה האמורות מתחזקת אף למקרא רצף [התקנות 74-76](#) ולהשוותן לרצף הסעיפים 80-83. נראה, על כן, כי עד לשלבים מאוחרים יותר אימץ המחוקק באזור את הגישה שנקבעה בתקנות ההגנה, לפיה סמכויות התפיסה והחילוט אינן כפופות לביקורת שיפוטית.

אגב כך, נראה כי אכן קיים הבדל בשימוש שנעשה במינוח "החרמה" באזור לבין השימוש הנעשה במונח זה בישראל. באזור מדובר בשלילה תמידית של זכות הבעלות אף ללא צורך בהליך שיפוטי, בעוד בדין הישראלי משמעות מונח זה הינה כפי שתיאר הנשיא, החלטה אשר לרוב הינה תוצאה של הליך שיפוטי. אם כי בעניין זה יש לציין שהמחוקק השמיט את המילה "החרמה" מכותרת המשנה של סעיף 60 בנוסח המשולב, עובדה אשר לא מצאתי לתת לה משמעות מופלגת לאור השמירה על נוסח הסעיף.

ואכן, נדרש היה להמתין עד לשנת 1982 על מנת שלראשונה יכיר המחוקק בסמכות שיפוטית כלשהי בסוגייתנו. תיקון 38 לצו בדבר הוראות ביטחון, תש"ל-1970 קבע את סעיף 80(ד) (סעיף 63 לנוסח המשולב) המעניק סמכות לנשיא בית משפט צבאי של ערכאה ראשונה להכריע באשר לגורלם של טובין שהמפקד הצבאי שיחררם ללא קביעה למי יימסרו. אך יודגש כאמור, כי סמכות זו מותנית בהחלטה עקרונית של המפקד הצבאי ואינה סמכות עצמאית.

לראשונה הוענקה סמכות עצמאית לבית המשפט בתיקון 69 לצו, אליו התייחס הנשיא בחוות דעתו. אך סמכות זו, לטעמי, הוגבלה באופן ברור למצב בו קבע בית המשפט שהטובין אכן קשורים לעבירה, ועל כן, נדרש לחלטם, בין אם במסגרת גזר הדין ובין אם בהחלטה אחרת על פי עתירה מטעם התובע (סעיף 80א(ג), סעיף 65(ג) לנוסח המשולב). ושוב נדגיש כי גם באפשרות אחרונה זו המדובר בשלב שלאחר ההכרעה בהליך המשפטי העיקרי.

אשר על כן, לטעמי, לא ניתן לרכוש סמכות שיפוטית על יסוד הוראה זו בכל הקשור למצב בו טרם הוכרע הדין.

חבריי סבורים כי בפנינו, על כן, חסר, אותו יש להשלים, כאשר כל אחד מציע לעשות זאת בווריאציה שונה במקצת.

אודה כי אילו סברתי אף אני שבפנינו חסר, הייתי מצטרף לדעת חברי כבי' השופט לקח כי יש להשלימו בדרך המוצעת על ידו, תוך אימוץ עקרונות ההסדר הישראלי, כנהוג על ידנו בסוגיות רבות.

אלא שהשוואת ההוראות עליהן עמדנו עם החקיקה המקבילה בישראל תלמד כי בכל מצב נתון החקיקה הישראלית העניקה סמכויות עצמאיות לבית המשפט (לכל הפחות מאז שנת 1969 עת נכנסה לתוקף [פקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\)](#) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969).

כאמור, המחוקק באזור בחר במתווה שונה לחלוטין בנוגע לטיפול בטובין שנתפסו כאמור. בחירה זו מלמדת, לטעמי, על אמירה פוזיטיבית של המחוקק נגד אימוץ הסדר דומה להסדר הישראלי. לא זו אף זו, כי נראה שהמחוקק אף סטה מההוראות של [חוק השיפוט הצבאי](#), תשט"ו-1955, אשר שימש אף הוא מקור השראה לא מבוטל לחקיקה באזור בשלביה הראשונים (ראה [סעיפים 525](#), [526](#) עם כי פרשנות [סעיף 525](#) כמעניקה סמכות אף טרם סיום ההליך הפלילי אינה נקייה מספקות).

גישתי אף מתחזקת לאור העובדה כי תחיקת הביטחון תוקנה מספר פעמים מבלי שהמפקד הצבאי ראה לנכון לאמץ את ההסדר הישראלי או חלקים ממנו כנהוג במקרים רבים.

הנה כי כן, הליכה עצמאית זו של המפקד הצבאי להסדרה שונה מזו המקובלת בחקיקה הישראלית הרלוונטית מחייבת, לטעמי, מסקנה כי היה בכוונת המחוקק לקבוע אופן טיפול אחר בסוגייתנו.

יתכן כי שינוי הגישות נובע מאותו ערוב מושגים עליהם עמד הנשיא בנוגע להחרמה. מההוראות עליהן עמדנו לעיל נראה כי המפקד הצבאי ביקש להותיר לעצמו סמכות תפיסה והחרמה ללא זיקה להליך שיפוטי כלשהו. ואכן, הרשויות נוהגות במקרים מסוימים לעשות שימוש בסמכות מנהלית זו על מנת להחרים חפצים האסורים בהחזקה או הקשורים בעבירה (זאת במקביל לשימוש שנעשה בסמכות הקבועה [בתקנה 120 לתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945). על כן, גם אם בדין הישראלי דרך המלך לשלילת בעלות מוחלטת הינה בפנייה לבית המשפט, נראה שבאזור נקבע במודע דין שונה, כאשר סמכויות החרמה נותרו בכוונת מכוון בידי הרשות המנהלית.

לנוכח האמור, לא אוכל להצטרף לאבן הפינה עליה ביסס חברי כב' השופט לקח את חוות דעתו, היינו כי קיימת לקונה מצומצמת אותה ניתן להשלים באמצעים עליהם עמד.

למסקנה דומה הגיע כב' הנשיא, אשר גם לשיטתו אין כאן הסדר שלם. אולם, לגישתו ניתן לקרוא את סמכות בית המשפט בהוראות סעיפים 80א-ב (סעיף 65 ו-66 לנוסח המשולב) כפי שנוספו בתיקון 69. לגישתי, אף אפשרות זו אינה מתיישבת עם לשון הצו והכוונה העומדת מאחוריו.

כבר עמדנו על כך שתיקון 69 הביא לשינוי משמעותי במצב החוקי, כאשר לראשונה הוכרה סמכות בית המשפט להורות מה יעשה בטובין תפוסים, ללא תלות בהחלטת שחרור מנהלית קודמת.

כפי שהובהר, התיקון מאפשר התערבות של בית המשפט בשני מצבים. הראשון מקנה סמכות לבית המשפט לצוות על חילוט טובין, בנוסף על כל עונש, אגב גזר דין או לאחריו בעתירה של התובע, וזאת אם הורשע אדם בעבירה בקשר לטובין או אם החזקתם אסורה (סעיף 80א(א) ו-ג), סעיף 65(א) ו-ג(ג) לנוסח המשולב). הסמכות השנייה חלה במצב בו חולטו טובין בהחלטת המפקד הצבאי או בהחלטת בית המשפט, ואז בסמכות מי אשר טוען לבעלות על הטובין לפנות לביטול ההחלטה (סעיף 80ב(א), סעיף 66(א) לנוסח המשולב). נבחן את משמעות הוספת סמכויות אלה לפי סידרן.

באשר לסעיף 80א (סעיף 65 לנוסח המשולב), נראה בעליל שהמחוקק ביקש להגביל את סמכות בית המשפט למצב בו התנהל הליך משפטי עד תומן ושאלת מעמדו של התפוס כקשור לעבירה הוכרע. זאת ועוד, מלשון הצו אפשר ללמוד כי הסמכות מבטאת רכיב עונשי: **"בנוסף על כל עונש שיטיל"**. המדובר, על כן, בסמכות נפרדת שתכליתה עונשית ביסודה, זאת בשונה מסמכות המפקד הצבאי אשר כפי שהוסבר הינה רחבה הרבה יותר.

אגב כך, יש לומר כי גם אם תתקיים במקרים רבים חפיפה בין התכליות, נראה שספקטרום תחולת סמכות המפקד הצבאי רחב הרבה יותר מזה של בית המשפט, וכולל בחובו את הטיפול בתפוס שלא אגב גזירת העונש או למצער סיום ההליך השיפוטי.

איני סבור כי יש בדברי הממונה על התביעות דאז, סגן אלוף אילן כץ, במכתב הנלווה לתיקון, כדי להביא לפרשנות המרחיבה אותה ביקש הנשיא לאמץ. המכתב הנלווה אינו מתייחס במפורש לאופציות השונות להתערבות בית המשפט, אלא קורא לתובעים לעשות שימוש בסמכות החדשה שניתנה לבית המשפט מבלי שפורש על אילו מצבים מתפרסת סמכות זו.

לא זו אף זו, כי לו רצה המפקד הצבאי להקנות סמכות לבית המשפט אף אגב ההליך השיפוטי וטרם גזירת הדין מן הראוי היה שיוורה על ביטול ההוראות הנלוות לסעיף 80 (סעיף 60 לנוסח המשולב). אי ביטול ההוראות בחקיקה או למצער במכתב הנלווה, מלמדים, על כן, לטעמי כי לא הייתה בכוונת המחוקק להקנות סמכות לבית המשפט בכל הנוגע להליכים טרם גזירת הדין. הדברים עולים בפרט [מסעיף 3](#) הקובע כברירת מחדל סמכות של מפקד צבאי להורות כל החזרת טובין לבעליהם בתנאים מסוימים ובהתייעצות עם היועץ המשפטי, וללא כל אזכור של בית המשפט.

אשר על כן, לי נראה כי לא ניתן להתנתק מהמשמעות הלשונית הפשוטה של סעיף 80א (סעיף 65 לנוסח המשולב), היינו כי סמכות בית המשפט תלויה בסיום ההליך המשפטי.

הדברים אינם שונים באשר לסעיף 80ב (סעיף 66 לנוסח המשולב). גם כאן נראה כי מדובר בסמכות נלוות של בית המשפט אשר נועדה להסדיר מצבים ייחודיים בהם צד שלישי שלא היה מעורב בהליך המשפטי טוען לבעלות על טובין לגביהן כבר ניתנה החלטה מנהלית או שיפוטית. במצב שכזה הסמיך המפקד הצבאי את בית המשפט להכריע בשאלת הבעלות, בדומה לסמכות הקבועה בסעיף 80(ד) (סעיף 63 לנוסח המשולב). כוונת הסעיף הינה, על כן, להרחיב את מעגל הזכאים לטעון לבעלות על הטובין.

מכאן כי, לגישתי, לא ניתן לקרוא את הוראות הצו אף לאחר תיקון כמעניקות סמכות לבית המשפט להכריע בדבר גורל טובין בטרם ניתנה החלטת חילוט על ידי הרשות המנהלית המוסמכת או מכוח החלטה שיפוטית. ודוק, הסעיף מתייחס לאפשרות לטעון בנוגע לטובין שחולטו, היינו שניתנה לגביהם החלטה ולא באשר לטובין שמעמדם טרם התברר.

מן הטעמים האמורים, לא אוכל להצטרף לעמדת חבריי ועלי לקבוע כי על פי המצב החוקי השורר כיום באזור אין לבית משפט צבאי סמכות להורות מה יעשה בטובין שטרם נפתח לגביהם הליך שיפוטי או שהליך שכזה לא הושלם, אלא אם שוחררו הטובין על ידי המפקד הצבאי. המדובר בהסדר שלילי אשר אינו מותיר מקום להשלמה פסיקתית רחבה או מצומצמת יותר.

אלא שגם אם זהו הדין המצוי, לא אוכל שלא להתייחס בקצרה לדין הרצוי לטעמי. בעניין זה כבר הקדמתי וקבעתי כי גם לשיטתי נעילת שעריו של בית המשפט בפני אנשים מהן נשללה זכות קניינית אגב חקירה, אינה ראויה. אין צורך לחזור ולהבהיר כי הותרת סמכות כה דרסטית בידי

רשות מנהלית, גם אם זו מבצעת את תפקידה ביעילות ובהתאם לכל כללי המנהל התקין עלולה להביא לפגיעה מיותרת בזכויות הפרט. חבריי עמדו בהחלטותיהם על כך כי פיקוח שיפוטי הינו הערובה הטובה ביותר למניעת התעמרות ולשמירה על זכויות יסוד. אין לי אלא להצטרף לקביעות אלו.

דומה כי זו הייתה התכלית אותה ביקש המחוקק הישראלי לקדם מקדמת דנא כאשר קבע פיקוח וסמכות הכרעה למערכת השיפוטית בנוגע לתפוסים בקשר לעבירה. מעניין אף לציין כי זו הייתה גם דעתו של המחוקק הירדני, אשר בסעיף 44 לחוק הפלילי הירדני, 1960, קבע את סמכות בית המשפט להחליט על גורלם של טובין שנתפסו בקשר לעבירה.

ואכן, עקרונות המשפט הציבורי המקובלים במחוזותינו מחייבים מתן אפשרות לפנות לערכאות בכל רצף התהליכים המתרחשים, החל בפתיחת חקירה פלילית וכלה בסיום הדיון המשפטי. אין כל הגיון להחריג את נושא שחרור טובין שנתפסו אגב חקירה מהכלל האמור.

ואם כך ברמה העקרונית, הרי שגם ברמה המעשית נראה כי מוצדק יהיה לאמץ הסדרים דומים אלה הקבועים במשפט הישראלי. במסגרת הדיון בערעור זה לא העמקנו בשאלת התשתית העובדתית, אולם נטען בפנינו כי המפקד הצבאי מתמהמה עד מאוד בתשובותיו לפונים בבקשות לשחרור טובין. מבלי לקבוע מסמרות בסוגיה זו, לגביה לא ביקשנו את תגובת נציג המפקד הצבאי, אין ספק כי הפיקוח השיפוטי עשוי להטיב ולייעל אף את הטיפול המנהלי.

כפי שהובהר, גישתי הינה כי ההסדר הקבוע בסעיף 80 (סעיף 60 לנוסח המשולב) כיום כולל שני סוגים נפרדים של סמכויות. הראשונה, פלילית ביסודה, ונועדה לתפוס טובין אגב חקירה אשר המשכה הטבעי בהעמדה לדיון ובהחלטה שיפוטית בדבר גורלם של טובין אלה. השנייה, מטרתה שלילת קבע של הבעלות בנוגע לתפוסים בצעד מנהלי וללא תלות בהליך משפטי מקביל או עוקב. לטעמי, עירוב תחומים זה אינו ראוי. ככל שיש מקום להותיר למפקד הצבאי סמכויות מנהליות לתפיסה והחרמת טובין, בדומה לסמכותו הקבועה [בתקנות ההגנה \(שעת חירום\)](#), 1945 (לגביהן, לטעמי, אין סמכות ביקורת לבתי המשפט הצבאיים, אף לא לאור [תקנה 147א](#) שהוזכרה על ידי חברי הנשיא), יש לטעמי מקום להפריד באופן ברור בין הסמכויות וליחד הוראות שונות לשני המסלולים.

אגב כך, והגם ששאלה נכבדה זו לא עלתה לדיון בערעור הנוכחי, מצאתי לציין כי לגישתי ספק רב עד כמה ההוראות החוקיות הקיימות היום השוללות כל פיקוח שיפוטי [ישיר](#) (שלא אגב שחרור הטובין על ידי המפקד הצבאי) על החזקה ושחרור תפוסים לפני ההעמדה לדיון או במהלכה תואם את עקרונות המשפט הבינלאומי וחוקי היסוד לאורם פועל השלטון הצבאי באזור. עמדנו לא אחת על תחולת עקרונות אלה בדיון האזור:

"ישומה של תורה זו לענייננו, הוא כי מדיניות המשיב והחקיקה באזור חייבים להתאים לתכליות של הגנה על האוכלוסייה המוגנת, שמירה על שלטון החוק והמשטר בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, וגם להתאים, בכפוף לאמור, לעקרונות המשפט המנהלי והמשפט החוקתי של מדינת

ישראל, שכן אנשי המערכת עושים את מלאכתם בנושאי משרות ותפקידים במסגרת המערכת המנהלית (הצבאית ברובה) שמפעילה מדינת ישראל באזור יהודה ושומרון" (ו. ערר 9/08 תנופה פיתוח והשקעות בע"מ נ' ראש המינהל האזרחי [פורסם בנבו] וראה גם בנושא תחולת עקרונות המשפט הבינלאומי וחוקי היסוד ו. [ערעורים 5/06 שורץ נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש](#), פסד"ן מנהלי, כרך ב', 127, ו. [ערעורים 1/10 עקיבא הכהן נ' התוב"ץ](#)).

על פי עקרונות אלה אין לפגוע בזכות קניינית באופן העולה על הנדרש. זאת ועוד, הצורך לאפשר גישה לערכאות ופיקוח שיפוטי עובר כחוט השני בהוראות שני גופי המשפט האמורים (בשתי סוגיות אלה ראה עניין **תנופה פיתוח והשקעות בע"מ הנ"ל**).

משכך, מתקשה אני לראות איך ההסדר החוקי הקיים כעת בסוגייתנו עומד בקנה אחד עם העקרונות עליהם עמדתי בקצרה.

לנוכח תוצאת החלטות חבריי אין נדרשת הכרעה בסוגיה מורכבת זו, ואולם אם יבחר המפקד הצבאי לומר את דברו פעם נוספת בחקיקה עדכנית סבורני כי טוב יהיה אם ישקול את דבריי דלעיל.

העולה מן המקובץ, כי לו דעתי הייתה נשמעת היינו מקבלים את ערעור התביעה, תוך קריאה רמה למפקד הצבאי לתקן את הצו על מנת להסדיר פיקוח שיפוטי הולם בסוגיית התפיסה, ההחרמה והחילוט של טובין אגב חשד לעבירה.

הוחלט ברוב דעות וכנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיא לדחות את ערעור התביעה.

ניתן היום, 6 באוקטובר 2010, כ"ח בתשרי התשע"א, בלשכה. מזכירות ביהמ"ש תעביר העתק החלטה זו לידי הצדדים.

אהרון משניות 3443/09-54678313

שופט

אב"ד

שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן