 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **אלופה אורלי מרקמן** | **-** |  נשיאה  |
| **תא"ל נועה זומר** **אל"ם מאיה גולדשמידט** |  **-** **-** |  המשנה לנשיאה  שופטת |

בעניין:

**ח/\*\*\*\*\*\*\* טוראי ד' צ' –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן נעמאן חטיב; סרן יוסי אלבז)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן שני שחר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי מרכז שניתן בתיק מרכז (מחוזי) 176/22 (סא"ל שאול ארבל - אב"ד; רס"ן אמיתי גרינוולד - שופט; רס"ן עומר קדם - שופטת) ביום 12.12.2022. התיק הוחזר לבית הדין קמא.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המערער, טור' ד' צ' , הורשע על פי הודאתו בעבירות של סחר בסם מסוכן, לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג – 1973, החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו- (ג) רישה לפקודה, שימוש בסם מסוכן והחזקת סם מסוכן, לפי סעיפים 7(א) ו-(ג) סיפה לפקודה והוצאת רכוש מרשות הצבא, לפי סעיף 77(א)(1) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955. בית הדין קמא כיבד הסדר טיעון שנקשר בין הצדדים וגזר עליו עונש של 364 ימי מאסר בפועל, עונש מאסר מותנה ועונש של פסילת רישיון נהיגה למשך 16 חודשים.
2. בין הצדדים לא הושגו הסכמות בנוגע לרכיב הקנס, וכן באשר לבקשת התביעה לחלט אופנוע, אשר שימש את המערער לביצוע העבירות, וצוין לגביו, כי אין מחלוקת כי הוא בבעלות אמו של המערער. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים, גזר בית הדין קמא קנס של 2,000 ש"ח על המערער וכן החליט להורות על חילוט האופנוע. זאת משנקבע, כי עניינו של המערער עונה על התנאים שנקבעו בסעיף 36א(א) לפקודת הסמים, דהיינו כי המערער הורשע בעבירה של "עסקת סמים" וכי אין מחלוקת שהאופנוע שימש לביצוע עבירת הסחר בסם.
3. ערעורה של ההגנה מופנה כנגד החלטת בית הדין בעניין החילוט, תוך שנטען כי בית הדין קמא לא בחן ולא שקל את הפגיעה שתיגרם לאמו של המערער, בעלת האופנוע לפי הנטען, כתוצאה מן החילוט; ואכן מפרוטוקול הדיון ומהחלטת החילוט עלה כי לא נשמעו עדויות בפני בית הדין קמא, ולא הובאו ראיות בנושא (למעט מספר ראיות המלמדות באופן כללי על קושי כלכלי של המערער ומשפחתו).
4. במהלך הדיון בערעור, לבקשתנו, הציגה ההגנה לעיוננו את רישיון הרכב, ממנו עולה כי האופנוע משועבד לחברה מסחרית (אי. אר. אן ישראל בע"מ); וכן נטען כי הוא נקנה בתשלומים, המשולמים על ידי אמו של המערער מדי חודש בחודשו. רישיון הרכב האמור לא הוצג בפני בית הדין קמא; והתחוור אפוא, כי לא הוצג בפניו, בטרם קבלת החלטתו, נתון משמעותי עד מאוד שעניינו, כי ישנו צד שלישי שנחזה להיות בעל זכות קניינית ביחס לאופנוע, ושתגובתו לבקשת החילוט כלל לא התבקשה.
5. נוכח האמור לעיל, ולאחר שמיעת הערותינו, הסכימו הצדדים כי יש להשיב את הדיון לבית הדין קמא, על מנת לקיים דיון בנוגע לזכויות הטוענים ברכוש. הצדדים חלוקים, עם זאת, באשר להיקפו של הדיון שייערך בפני בית הדין קמא. ההגנה מבקשת כי תינתן לה ההזדמנות להציג גם ראיות באשר לפגיעה שתיגרם לאמו של המערער ולמשפחה כולה, באם יחולט האופנוע; תוך שנטען כי קשיים רפואיים מנעו את שמיעת עדותה ביום שבו נערך הדיון בפני בית הדין קמא. מנגד סבורה התביעה, כי הדיון נדרש להתקיים אך ביחס לזכות החברה בעלת השעבוד, וכי ההגנה מושתקת מלהציג ראיות באשר לפגיעה שתיגרם למשפחת המערער, בשים לב לכך שניתנה לה ההזדמנות להציג ראיותיה בפני בית הדין קמא במועד הטיעונים לעונש, והיא נמנעה מלעשות כן.

**דיון והכרעה**

1. נוכח מצב העניינים כפי שבואר לעיל, המלמד על כך שהדיון בנושא החילוט התקיים באופן חסר, ומבלי שהובאה בפני בית הדין קמא תשתית ראייתית מספקת לשם קבלת החלטה בסוגייה, מצאנו להרחיב קמעא באשר לסוגיה זו.
2. בסעיף 36א(א) לפקודת הסמים המסוכנים נקבע כי:

"הורשע אדם בעבירה של עסקת סמים, יצווה בית המשפט, זולת אם סבר שלא לעשות כן מנימוקים מיוחדים שיפרט, כי בנוסף לכל עונש יחולט לאוצר המדינה כל רכוש שהוא:

(1) רכוש ששימש או נועד לשמש כאמצעי לביצוע העבירה או ששימש או שנועד לשמש כדי לאפשר את ביצוע העבירה".

1. כידוע, תכליתה המרכזית של הוראת החילוט היא הרתעתית, במטרה לפגוע בתמריץ הכלכלי שיש לעבריין בביצוע העבירה (ע"פ 7464/21 **רוגוזניצקי נ' מדינת ישראל,** פסקה 23 (16.12.2021)); ע/5,6/22 **סמל ירדן ישראל נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד**, פסקה 26 (2022)); ומכאן שדרך המלך היא לצוות על חילוט, מקום שבו מתקיימים התנאים המצדיקים זאת. עם זאת, החוק קובע גם את המתווה להליך זה. ראשית נקבע בסעיף 36א(ג) לפקודת הסמים המסוכנים כי:

"לא יצווה בית משפט על חילוט כאמור בסעיף זה אלא לאחר שנתן לנידון, וכן אם הם ידועים לבעל הרכוש, למי שהרכוש נמצא בחזקתו או בשליטתו ולמי שטוען לזכות ברכוש הזדמנות להשמיע את טענותיהם".

ובסעיף 36ג'(א) לפקודת הסמים המסוכנים נקבע סייג לפיו:

"בית המשפט לא יצווה על חילוט רכוש לפי סעיפים 36א או 36ב, אם הוכיח מי שטוען לזכות ברכוש כי הרכוש שימש בעבירה ללא ידיעתו או שלא בהסכמתו או שרכש את זכותו ברכוש בתמורה ובתום לב ובלי שיכול היה לדעת כי הוא שימש או הושג בעבירה".

1. באשר לסייג זה נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי עניינו במקרים שבהם צד שלישי מחזיק בזכות קניינית או מעין קניינית ברכוש; וכי במקרים אלו, יש לשקול להימנע מחילוט הרכוש אם צד שלישי רכש את זכותו ברכוש שלגביו התבקש החילוט בתמורה ובתום לב (ע"א 6180/20 **ד"ר וינברג ושות' נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (13.6.2021)). זאת בשים לב לכך שהחילוט, על אף שהוא משרת אינטרס ציבורי מובהק, אינו מוחלט אלא יחסי, באיזון הנערך אל מול זכות הקניין. בהתאם לכך, נקבעו כאמור בחקיקה הסדרים המורים כי האינטרס הציבורי שבבסיס החילוט עשוי לסגת מפני אינטרס קנייני מוכח של צד שלישי בעל זכות ברכוש המיועד לחילוט (בש"פ 6817/07 **מדינת ישראל נ' סיטבון,** פסקה 35 (31.10.2007)). עם זאת, האינטרס קנייני אכן עשוי לסגת מקום שבו הטוען לרכוש אינו עומד בנטל להוכיח כי רכש את הזכויות בנכס בתום לב (ע"א 7025/17 **קמור רכב (1990) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פסקאות 12-13 (25.5.2014)).
2. מהמקובץ לעיל עולה, כי סוגיית החילוט הוכרעה מבלי שהתקיים דיון הכרחי בנסיבות העניין, בפני בית הדין קמא ביחס לבירור זכותו של טוען אפשרי לזכות קניינית באופנוע והפגיעה שתיגרם לו. ראשיתם של דברים בכך שהצדדים כלל לא הציגו בפני בית הדין קמא את רישיון הרכב, ולא מסרו גם בעל פה כי מדובר בכלי רכב הנתון לשעבוד, על כל המשתמע מכך. בהמשכם של דברים, ההגנה גם לא ביססה באמצעות ראיות, מתבקשות בנסיבות הענין, את טענתה לגבי זכויותיה של אמו של המערער ברכב ומידת הפגיעה בה אם יחולט, מעבר להצגת ראיות באופן כללי בנוגע לקושי כלכלי של המשפחה. גם לא הוצג המודל הקנייני באשר לבעלות באופנוע, נוכח הטלת השעבוד, על מנת שניתן יהיה למפות מיהם הטוענים בעלי הזכות הקניינית בו.
3. בנסיבות העניין, אין אפוא מנוס, מהשבת התיק לבית הדין קמא, על מנת שיערוך דיון מסודר, תוך קבלת עמדתם של הטוענים הנוספים לזכות באופנוע, באשר לסוגיית החילוט, בהתאם למתווה שנקבע בדין. אשר לשאלה שלגביה נחלקו הצדדים, האם יש לשמוע במסגרת דיון זה גם את עדות אמו של המערער בנוגע לנזק שייגרם לה, הרי שסברנו כי יש להותירה להכרעת המותב הנכבד, אשר יחליט בעניין זה כחוכמתו – כמובן, בשים לב לכך שיש לבחון ולמפות במסגרת הדיון על החילוט את כלל השאלות הקנייניות באופנוע, לשם קבלת הכרעה בסוגיה.
4. הערעור מתקבל אפוא, במובן האמור.

ניתן והודע היום, י"ט בטבת התשפ"ג, 12 בינואר 2023, בלשכה, ויועבר לצדדים על ידי קצין בית הדין.

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 הנשיאה המשנה לנשיאה שופטת

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור**

 **סרן כפיר לב**

**תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**