

בית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבות לצדק

בג"ץ 1292/14

בג"ץ 1785/14

קבוע: 6.1.16

חמידאת

על ידי ב"כ עוה"ד גויאד בולוס ואח'
ירושלים, ת.ד. 51960

טלפון: 050-5465516; פקס': 02-6285828

תעותר בבג"ץ 1292/14

ד"ר צראווי ואח'

על ידי ב"כ עוה"ד טל שטיינר ואח'

המוקד לחגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

טלפון: 02-6283555; פקס': 02-6276317

תעותרים בבג"ץ 1785/14

נ ג ד

המשיב

1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

טלפון: 02-6466305; פקס': 02-6467011

המשיב 2 בבג"ץ 1292/14

2. בית המשפט הצבאי בעופר

תגובה מקדמית מטעם המשיב

1. בהתאם להחלטת כבי' השופט עמית מיום 4.11.14, ולקראת הדיון בעתירות הקבוע ליום 6.1.2016, מתכבד המשיב להגיש תגובתו המקדמית לעתירות.

2. עניינן של העתירות בהחלטות המפקד הצבאי, מכוח סמכותו בתקנות 84 ו-120 לתקנות החגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **תקנות החגנה**), להורות על חרמת סכומי כסף, אשר נתפסו על-ידי כוחות הביטחון ברשות העותר בבג"ץ 1292/14 (להלן: **חמידאת**) וברשות העותרת 1 והעותר 2 בבג"ץ 1785/14 (להלן: **צראווי וחור** בחתאמה) (להלן: **צווי החרמה**).

במסגרת העתירות תוקפים העותרים, בעילות שונות, את הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 36) (יהודה ושומרון) (מס' 1732), התשע"ד-2013, מיום 25.12.13 (להלן: **תיקון מס' 36**), אשר עיגן בצו את עמדת המשיב ולפיה החלטת המפקד הצבאי להחרים רכוש לפי תקנות החגנה אינה ניתנת לערעור בפני בית המשפט הצבאי.

נבקש להעיר, כבר בשלב זה, כי בהמשך לתיקון מס' 36, ביום 27.11.2014 חתם המשיב על הצו בדבר הוראות ביטחון (תיקון מס' 36) (תיקון) (יהודה ושומרון) (מס' 1751), התשע"ה-2014 (להלן – תיקון מס' 36 (תיקון)), אשר הבהיר כי הצו שנחתם במסגרת תיקון 36 מתייחס בכל הנוגע לסעיף 61 אך לסמכותו המינהלית של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, אשר מופעלת מטעמים ביטחוניים ושלא אגב הליך פלילי.

העותרים טוענים כי תיקון מס' 36 פוגע במעמדם החוקי של בתי המשפט הצבאיים באיו"ש וכי התיקון יוצר אפליה בין תושבי איו"ש לישראלים.

צילומי צווי ההחרמה של העותרים בבג"ץ 1292/14 צורף לעתירה כנספח ת/16.
צילומי צווי ההחרמה של העותרים בבג"ץ 1785/14 צורפו לעתירה כנספחים ע/8 ו-ע/10.

צילום תיקון מס' 36 לצו בדבר הוראות ביטחון מצורף ומסומן נספח מש/1.
צילום תיקון מס' 36 (תיקון) לצו בדבר הוראות ביטחון מצורף ומסומן נספח מש/2.

3. המשיב יטען כי דין העתירות להידחות, בהיעדר עילה להתערבותו של בית משפט נכבד זה בהחלטתו להתרים את כספיהם של העותרים. ההחלטה להפעיל את הסמכות להחרים את כספיהם של העותרים התקבלה בהתבסס על מידע מודיעיני לפיו מדובר בכסף שמקורו במפקדת החמאס, ולאחר שניתנה לעותרים האפשרות להציג את גרסתם, אשר נדחתה לאחר שנבחנה על-ידי המשיב.

אף באשר לטענות העותרים ביחס לתיקון 36, יטען המשיב כי דינו של אלו להידחות. לעמדתו של המשיב, בתי המשפט הצבאיים מעולם לא קנו סמכות לדון בהחלטות המפקד הצבאי מכוח סעיפים 84 ו-120 לתקנות ההגנה. תיקון מס' 36 אך הבהיר מצב משפטי קיים זה, ועל כן דינו של העותרים להידחות אף לעניין זה.

נוכח המפורט כדלקמן, יטען המשיב כי יש לדחות את העתירה תוך חיוב העותרים בהוצאות המשיב.

עובדות חצריכות לעניין בבג"ץ 1292/14

4. ביום 2.5.2013 ביקש חמידאת להיכנס דרך מעבר "אלנביי", מירדן לאיו"ש, כאשר באמתחתו סכום כסף בסך 50,000 אירו, מוסתר בתוך ביטנה תפורה במכנסיו. חמידאת עוכב בידי גורמי הביטחון, והכסף שברשותו נתפס, לאחר שנאסף מידע, לפיו הכסף שברשותו שייך לארגון החמאס, ארגון המוגדר על-פי החוק כהתאחדות שאינה מותרת.

בהתאם לצו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש מיום 25.2.1996, הוכרז ארגון החמאס כהתאחדות בלתי מותרת כמשמעותה בתקנה 84 לתקנות ההגנה. בעקבות ההכרזה, כספי ורכוש הארגון הם ברי החרמה.

5. **חמידאת** נחקר ושוחרר, משום שלא נמצאו די ראיות להעמדתו לדין פלילי. ואולם, הכספים נותרו תפוסים והרשויות המוסמכות החלו בתהליך של בחינת אפשרות החרמת הכספים בהליך מנהלי, מכוח תקנות ההגנה.
6. **חמידאת**, באמצעות בא כוחו, פנה לבית המשפט הצבאי ביהודה בבקשה להורות על החזרת הכספים (בי"ש 3415/13). הבקשה צורפה כנספח ת/1 לעתירה.
- "ע"ע"ר" זה (כך לפי בית המשפט הצבאי ביהודה), נמחק על חסף ביום 2.7.2013, בעילה של "אי מיצוי הליכים" זאת משום שלא נעשתה פנייה מוקדמת למשיב. החלטה זו צורפה כנספח ת/6 לעתירה.
7. ביום 15.7.2013 הגיש **חמידאת** למשיב באמצעות בא-כוחו את נימוקיו בכתב באשר לטעמים המצדיקים הימנעות מהחרמת הכספים. מכתב זה צורף כנספח ת/7.
8. ביום 1.10.2013, מבלי להמתין למענה לגופם של דברים ולסיום הליך הבדיקה בעניינו של **חמידאת**, הגיש בא כוחו של **חמידאת** לבית המשפט הצבאי בקשה נוספת להשבת הכספים לידיו (בי"ש 5211/13). בקשה זו צורפה כנספח ת/10 לעתירה. במענה לבקשה זו, ציין המשיב כי הליך הבדיקה טרם הסתיים, וכי המשיב אף דרש בעניין זה, כי יוצג לו המידע המודיעיני הגולמי על ידי גורמי הביטחון, ולאחר מכן יתקיים דיון בשאלת האפשרות להחרים את הכספים. מטעם זה ביקש המשיב, כי תינתן לנו שהות נוספת לחגיש תגובה לגופם של דברים. מסמך בעניין זה צורף ת/12 לעתירה.
9. במסגרת בחינת הנושא, קיים המשיב דיון בו הוצג המידע המודיעיני הרלוונטי בעניינו של **חמידאת**. ביום 17.11.2013, עם סיום הליך הבדיקה, החליט המשיב להפעיל את סמכותו ולחזרות על החרמת הכספים. זאת, לאחר שהשתכנע, כי המידע המודיעיני מצביע על כך כי המדובר בכספים השייכים לארגון החמאס, שהינו התאחדות בלתי מותרת, ולפיכך ניתן להפעיל לגביהם את סמכות החרמה לפי תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה. כאמור, צו החרמה צורף כנספח ת/16 לעתירה.
10. **בעניינו** עולה מן המידע המודיעיני, כי סכום הכסף בסך 50,000 אירו שנתפס ברשות **חמידאת** הינו כספי חמאס, והוא נועד לצורך מימון פעילות חמאס באיו"ש.
11. נציין כי המסקנה המתבקשת מן המידע המודיעיני לפיה **חמידאת** היה שליח של כספי חמא"ס מתחזקת, נוכח העובדה ש**חמידאת** הסתיר את הכספים בבטנה תפורה במכנסיו.
12. ביום 19.11.2013 נשלח לבא כוחו של **חמידאת** מכתב ובו החלטת המפקד, תוך פירוט הנימוקים הגלויים שבבסיסה. מכתב זה צורף כנספח ת/17.

13. ביום 25.12.2013 חתם המשיב על תיקון מס' 36, אשר נועד להבהיר את גדר סמכותם של בתי המשפט הצבאיים באיו"ש בעניינים כגון זה של העותר. ביום 6.1.2014, בעקבות תיקון מס' 36, הורה בית המשפט הצבאי ביחודה על התייחסות הצדדים למשמעות התיקון והשפעתו על ההליך שבענייננו.
14. ביום 8.1.2014 התקיים דיון בבית המשפט הצבאי, בסופו החליט להיענות לבקשת בא כוחו של חמידאת לדחות את מועד הדיון לצורך הגשת עתירה לבג"ץ כנגד התיקון. החלטה זו צורפה כנספח ת/21. ביום 19.2.2014 הוגשה העתירה דן.
15. כאמור בראשית הדברים, בהמשך לתיקון מס' 36, ביום 27.11.2014 חתם המשיב על תיקון מס' 36 (תיקון), אשר הבהיר כי הצו שנחתם במסגרת תיקון 36 מתייחס בכל הנוגע לסעיף 61 אך לסמכותו המינהלית של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, אשר מופעלת מטעמים ביטחוניים ושלא אגב הליך פלילי. הודעה על חתימת המשיב על הצו נשלחה לבא-כוח העותר ביום 26.3.2015.

עובדות הצריכות לעניין בבג"ץ 1785/14

עניינה של צראווי

16. ביום 13.1.2013, עת עברה צראווי במעבר "אלנבי", נתפס מידיה סכום כסף בסך 1,000 ד"ר ירדני. על פי מידע מודיעיני שהיה בידי גורמי הביטחון, העבירה צראווי כספי חמאס מירדן לטובת אחיה, סאמי האני צראווי, אשר הורשע בשנת 2003, בין היתר, בעבירה של קשירת קשר לגרימת מוות בכוונה ונדון לעונש של מאסר בפועל בן שמונה שנים.
17. צראווי נחקרה באזרה על-ידי שוטר משטרת ישראל שהזדהה בפניה ומסרה גרסתה, לפיה היא עובדת בבית חולים בירדן ומרוויחה 600 ד"ר לחודש. לדברית, הכסף שנתפס ברשותה נועד לסייע למשפחתה. עם סיום החקירה, קיבלה צראווי טופס אישור בדבר תפיסת הכספים, ובו צוין כי הכספים נתפסו משום שקיים חשד כי הללו שייכים להתאחדות שאינה מותרת, וכי באפשרותה להביא טיעוניה בעניין בכתב בפני המשיב. טופס זה צורף כנספח ע/4 לעתירה.
18. על פי הנטען בעתירה, ביום 21.3.2014 פנה עו"ד מטעמה של צראווי למשיב בעניינה, וציין כי העותרת דוחה את הטענות לפיהן מקורו או מטרתו של הכסף היו בחתאחדות בלתי מותרת, ועל כן ביקש לחשיבו לידיה. המכתב צורף כנספח ע/7 לעתירה.
19. גרסתה של צראווי, כפי שנמסרה בחקירתה ובמכתבו של בא כוחה, נשקלה ונבחנה אל מול המידע המודיעיני שנאסף בעניינה וביום 14.4.2013 חורה מפקד כוחות צה"ל על החרמת הכסף שנתפס מידיה.

זאת, לאחר שבחן את המידע המודיעיני בעניינה של צראווי ומצא כי מידע זה, המצביע על כך שמדובר בכספים השייכים להתאחדות בלתי מותרת הינו מהימן, ועומד בסתירה לגרסתה. צו החרמה ומכתב בעניין זה צורפו כנספח ע/8 לעתירה.

20. בשולי הדברים נבקש לציין, בהתייחס לנטען בעתירה באשר לפניות "המוקד להגנת הפרט" בעניינה של צראווי, כי על פי הנמסר מיועמ"ש איו"ש, לא התקבלה כל פנייה בחודש מרץ 2013, והתקבלו רק התזכורות שנשלחו בשלהי חודש אפריל 2013. בתגובה לכך, נשלח מכתב המבהיר כי למיטב הידיעה, את צראווי מייצג עו"ד שאינו מהמוקד להגנת הפרט. בהמשך לכך, הבהירו גורמי "המוקד להגנת הפרט" כי הם המייצגים את העותרת. בתגובה לכך הוצא מענה, כבר ביום 12.8.2013, המבהיר כי הכספים הוחרמו משום שהם שייכים להתאחדות שאינה מותרת, וזאת על בסיס המידע המודיעיני בעניין.

עניינו של חור

21. ביום 20.3.2013, עת עבר חור במעבר "אלנבי", נתפס מידי סכום כסף בסך 2,224 דינר ירדני. הסכום נתפס, משום שעל פי המידע המודיעיני שהיה בידי גורמי הביטחון, חור נשא באמתחתו כספי חמאס.

22. חור נחקר באזהרה על ידי שוטר משטרת ישראל שהזדהה בפניו והציג את גרסתו, לפיה מדובר בכספים אישיים. חור מסר כי בעת שיצא לירדן לקח עימו סכום של 2,800 דינר ירדני וסכום הכסף שנתפס הוא מה שנשאר מסכום זה. לאחר מכן, קיבל חור טופס אישור בדבר תפיסת הכספים, בו צוין כי הכספים נתפסו משום שקיים חשד כי הללו שייכים להתאחדות שאינה מותרת, ובאפשרותו להביא טיעונו בעניין בכתב בפני המשיב. העתק ההודעה צורף כנספח ע/6.

23. ביום 2.6.2013, הורה המשיב על החרמת הכספים, לאחר שנמצא כי המידע המודיעיני שנאסף בעניינו של חור מצביע על כך שמדובר בכספים השייכים לארגון החמאס, כמתואר לעיל. צו החרמה ומכתב בעניין זה צורפו כנספח ע/10 לעתירה.

24. באשר לפניות "המוקד להגנת הפרט" בעניינו של חור – ביום 25.7.2013 פנה חור למשיב באמצעות נציגו וטען, כי מדובר בכספו הפרטי (גרסה שהועלתה כבר בחקירתו, ונבדקה אל מול המידע המודיעיני). עוד באותו יום נשלח מכתב מענה, המודיע על החרמת הכספים משום שכספים אלו מקורם בהתאחדות שאינה מותרת.

25. כאמור בעתירה, ביום 29.8.13 הוגשו שני "עררים" בעניינם של העותרים (ב"ש 4735/13 וב"ש 4737/13) לבית המשפט הצבאי ביתודה. בית המשפט הצבאי החליט לדון בשני העניינים במאוחד.

26. כמתואר לעיל בעניינו של תמיזאת, ביום 25.12.13 חתם מפקד כוחות צה"ל באיו"ש על תיקון מס' 36, אשר נועד כאמור להבהיר את גדר סמכותם של בתי המשפט הצבאיים באיו"ש בעניינים כגון זה של העותרים וביום 27.11.2014 חתם מפקד כוחות צה"ל באיו"ש על תיקון מס' 36 (תיקון). הודעה על חתימת המשיב על התיקון לתיקון נשלחה לבא-כוח העותרים ביום 26.3.2015.
27. השתלשלות האירועים בפני בית המשפט הצבאי מפורטת בעתירה, והחלטות הרלוונטיות אף צורפו אליה, ועל כן, ועל מנת שלא להאריך שלא לצורך, לא נידרש אליהן בשלב זה.
28. ביום 9.3.2014 חוגשה העתירה בעניינם של צראווי וחור.

החלטה לתורות על החרמת כספים

29. הפעלת הסמכות להחרים כספים, כנגדה מופנות העתירות, בוצעה על ידי המשיב בצו כתוב, בהתאם לסמכות שניתנה לו הן על פי תקנה 84(2)(ב) לתקנות ההגנה, והן על פי תקנה 120 לתקנות ההגנה.
30. נציין כי תקנה 84(2)(ב), המקנה למפקד הצבאי את הסמכות לתורות על החרמת כספים ורכוש השייכים להתאחדות שאינה מותרת, היא הבסיס המרכזי להחרמה בעניין זה - ותקנה 120, אשר הסמכות המוקנית בה רחבה הרבה יותר - חוספה כאן כסמכות מקבילה ונוספת על הסמכות העיקרית שבתקנה 84(2)(ב) הנ"ל.
31. סמכויות המשיב להחרים כספים נועדו בעיקרן להתמודד בלחימה המתמשכת של מדינת ישראל בארגוני הטרור, ומתוך הבנה כי התשתית הארגונית-כלכלית של ארגוני הטרור הינה חלק אינטגרלי ומהותי בפעילותם.
- בחינתן אופי הפעולה של ארגוני הטרור, בהם ה"תשתית הצבאית" נסמכת על תמיכה כלכלית-ארגונית רחבה המשרתת אותה, קיים הכרח להיאבק בארגוני הטרור גם במישור הכלכלי, בין היתר, בדרך של החרמת כספים ורכוש השייכים לאותם ארגונים. בעניין זה, יפים דבריו של בית המשפט הנכבד בע"פ 3827/06 פלוני נ' מזינת ישראל (פורסם באתר חרשות השופטות, 27.3.2007):

"ישראל ניצבת בחזית המאבק בטרור. מאבק זה, כפי שכבר הובהר, אינו כמאבק במפגעים ומשלחיהם בלבד, אלא הוא מופנה נגד כל מי שמשמן בצורה זו או אחרת את גלגלי הטרור. אכן, כל רמה מרמות הפעילות של ארגוני הטרור, כל חוליה מחוליות שרשרת המוות, כפי שכינה זאת בית המשפט המחוזי, צריכה למצוא מענה משפטי הולם במסגרת המלחמה בטרור".

וראו גם דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1169/09 **חפורים משפטי למען ארץ ישראל**
 נ' ראש חממשלה (פורסם באתר הרשות השופטת, 15.6.2009):

"פעילות טרור מתאפשרת לא רק על ידי התארגנות
 ואימונים לפעילות מבצעית, אלא, לא פחות מכך, גם
 באמצעות פעילות ארגונית החותרת להגשים את התכלית
 המבצעית בדרך של השגת מימון שיזרים חמצן לפעילות
 הארגון."

32. אשר על כן, השימוש בכלים מינהליים כגון ההוראות שהוזכרו לעיל, ובעיקרן תקנה
 184(2)(ב) לתקנות ההגנה, הכרחי לשם המאבק בתמיכה התשתיתית בארגוני הטרור –
 ובבסיסה, במימון הטרור. כך גם ציין ביהמ"ש העליון בבג"ץ 10244/06 **חברת אלעג'ולי**
לחלפנות נ' שר הביטחון (פורסם באתר הרשות השופטת, 9.2.2011) (להלן – "עניין
 אלעג'ולי"), באומרו לגבי תקנה 84 כי:

"הוראה זו משמשת כלי למאבק בטרור, על ארגוניו.
 השימוש בה נעשה על יסוד התפיסה כי המאבק בארגוני
 הטרור מחייב מאבק גם במישור הכלכלי ובעיקר במימון
 הכספי הנדרש לשם ארגון פעילותם".

הנה כי כן, הוראות דין אלו נועדו לתכלית שעיקרה מניעת מימון של ארגוני הטרור
 הפועלים בשטח ומסכנים את ביטחון האזור (וראו גם בג"ץ 7437/11 **מחמד נצאר** נ'
המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון (פורסם באתר הרשות השופטת, 10.2.2013)) (להלן
 – "עניין נצאר").

33. נדגיש, כי הגם שפעולות אלו התומכות בתשתית הטרור שייכות לכאורה, לתחום
 "האזרחי" של ארגוני הטרור, אין חולק כי עסקינן בפעולות בדרגת חומרה ומסוכנות
 גבוהה ביותר (ראו למשל החלטת כבי השופט ע' פוגלמן מיום 4.9.2007 בבש"פ 6506/07
אחמד קורד נ' מדינת ישראל). פעולות כאלו מצריכות כאמור שימוש בכלים מינהליים,
 אשר יאפשרו להיאבק בהן בעוצמה הנדרשת.

34. באופן דומה, פועלות רשויות הביטחון ביהודה ושומרון להחרמת כספי טרור מידי
 מוטבים המקבלים לידיהם כספי טרור (ראו למשל: בג"ץ 3233/07 **שרים נ' מפקד כוחות**
צה"ל באיו"ש (פורסם באתר הרשות השופטת, 8.3.2008) בג"ץ 4166/11 **לחאם נ' מפקד**
כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באתר הרשות השופטת, 18.7.2013)), חלפנים המשמשים
 כמעין "בנקים" של ארגוני טרור (ראו למשל עניין **אלעג'ולי**, עניין **נצאר**), ובלדרים
 המעבירים כספי טרור בעבור אחרים (ראו לעניין זה בג"ץ 4166/11 **לחאם נ' מפקד כוחות**
צה"ל באיו"ש (פורסם באתר הרשות השופטת, 18.7.2012); בג"ץ 2494/09 **חברת גוד**
אונסתי בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באתר הרשות השופטת,
 11.7.2010)).

תיקון מס' 36 לצו בדבר הוראות ביטחון

חוקע לתיקון

35. בדומה לישראל, מתנהלים באזור יהודה ושומרון הליכים פליליים רבים. זאת מתוך תפיסה לפיה דרך המלך להתמודד עם הסיכונים שנגרמים כתוצאה מפעילות ביטחונית עוינת היא באמצעות העמדה לדין פלילי.

יחד עם זאת, לצד הכלים הפליליים הנתונים בידי גורמי הביטחון, המצב הביטחוני השורר באזור (והפוטנציאל המתמיד להידרדרות) מצריך, באופן טבעי, לתת בידי הרשויות גם כלים מינהליים אפקטיביים ומשמעותיים להתמודדות עימו. לא למותר לציין, כי "כלים מינהליים" אלו נתונים גם לרשויות הביטחון במדינת ישראל.

36. בענייננו, המדובר בכלי מינהלי המשמש להחרמת רכוש. תכלית השימוש בכלי החרמת הכספים היא בעיקרה תכלית מניעתית-סיכולית, שנועדה לאפשר תפיסה וחרמה של רכוש וכספים השייכים לארגוני טרור ופעילי טרור. על פי רוב, תפיסות וחרמות אלו נעשות מכוח הסמכויות המוקנות למפקד הצבאי בתקנות ההגנה ובהסתמך על חומר מודיעיני חסוי. המדובר במקרים מורכבים, אשר לא אפשרי לתת מענה לסיכון החמור הנשקף מהם אלא בדרך זו.

37. מפעם לפעם, טענות נגד הפעלת הסמכות להחרים רכוש מצד רשויות האזור הובאו במסגרת עתירות לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ, אך לא בפני ערכאות אחרות. וראו למשל החרמת רכוש ששימש לפעילות טרור, מכוח תקנה 74 לתקנות ההגנה, בשנת 1982 (בג"ץ 683/82 אלדין נ' משטרת ישראל, פורסם ב"נבו", 14.7.1983) (להלן – עניין אלדין); מקרה של החרמה מכוח תקנה 84 לתקנות ההגנה, בדומה למקרה שלפנינו, משנת 2007 (בג"ץ 3233/07 שרים נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פורסם באתר הרשות השופטת, 8.3.2008) (להלן – עניין שרים); מקרה של החרמת רכוש טרור מכוח תקנות 120 ו-84 לתקנות ההגנה, משנת 2008 (בג"ץ 4303/08 אל בירה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פורסם באתר הרשות השופטת, 24.6.2008) (להלן – עניין אל בירה); מקרה של החרמת כספים מכוח תקנה 84(ב) לתקנות ההגנה, משנת 2013 (עניין נצאר) ומהעת האחרונה, מקרה של החרמת כספים מכוח תקנה 84(ב) לתקנות ההגנה (בג"ץ 3037/14 אבו ספא נ' משרד הפנים והמנהל האזרחי (פורסם באתר הרשות השופטת, 7.6.2015) (להלן: עניין אבו ספא).

למיטב ידיעת המשיבים, ולאחר בדיקה מקיפה, בכל אותם מקרים מעולם לא הועלתה טענה של אי מיצוי הליכים באשר לקיומה של סמכות לבתי משפט אחרים.

38. בחודש אוגוסט 2010, נתן בית המשפט הצבאי ביהודה את פסק דינו בב"ש 84/10 שבלי נ' היועץ המשפטי לאיו"ש (פורסם ב"נבו", 26.8.2010) (להלן – עניין שבלי), ובו קבע לראשונה, כי לבית המשפט הצבאי באיו"ש נתונה הסמכות לדון ב"ערעור" (כך במקור) על החלטות מפקד כוחות צה"ל באיו"ש מכוח תקנות ההגנה, זאת בהתבסס על תקנה 147א' לתקנות ההגנה, ובהתבסס על זכות הגישה לערכאות כזכות בעלת מעמד נורמטיבי גבוה במיוחד.
39. בהסתמך על פסיקה זו, ועל "אמירת אגב" של בית המשפט הצבאי לערעורים בב"ש 1779/08 אחמד חסין נ' התביעה הצבאית (פורסם ב"נבו", 21.11.2010), החלו בתי המשפט הצבאיים באיו"ש לדון ב"ערעורים", "עתירות", "בקשות" (כאשר המדובר בשמות שונים לאותו סוג הליך) להליכים אשר לא מצאו ביטוי בצו בדבר חוראות בטחון או תקנות ההגנה, אשר הוגשו לבתי המשפט על ידי פרטים שנתפס והותרם מידיהם רכוש, שחיה שייך להתאחדויות שאינן מותרות, בהליך מנהלי.
- לא למותר לציין, כי נציגי המשיב שבו והבהירו את עמדתם, הן בהליכים באותו עניין והן בכל הליך והליך שחתנהל לאחר מכן, לפיה אין בתי המשפט הצבאיים מוסמכים לדון בתפיסות והחרמות בהליכים מנהליים.
40. בשנתיים שחלפו לאחר מכן, אמנם ניתנו מספר החלטות של בית המשפט הצבאי באיו"ש לגופם של "ערעורים", אך בכולם הוחלט שלא להתערב בהחלטות החרמה שהתקבלו ע"י המשיב. לנוכח תוצאת פסקי הדין שלא התערבו בהחלטות המשיב, לא ניתן היה לערער לבית המשפט הצבאי לערעורים על עצם אי-קיומה של סמכות בתי המשפט הצבאיים בכגון דא.
41. ביום 18.12.2012 נתן בית המשפט הצבאי לערעורים את פסק דינו בעד"י 2169/12 חסין נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם ב"נבו") (להלן – עניין חסין). בפסק הדין נקבע, לראשונה בערכאת ערעור, כי בתי המשפט הצבאיים אכן מוסמכים לבקר את החלטות מפקד כוחות צה"ל באיו"ש להורות על החרמה של רכוש מכוח תקנות ההגנה.
- לשם השלמת התמונה, נציין כי המדובר בערעור שהגיש המשיב בו טען להיעדר סמכות של בתי משפט צבאיים לדון בהחרמות מכוח תקנות ההגנה, לנוכח פסק דין של בית המשפט הצבאי ביהודה, אשר חורה על השבת סכום כסף שהותרם מכוח תקנות ההגנה.
42. על אף שלגופה של החרמה לבסוף בעניין חסין לא שונתה החלטתו של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, ונוכח חשיבות הנושא, בחן המשיב את האפשרות לעתור נגד החלטת בית המשפט הצבאי לערעורים בשאלת סמכות בתי המשפט הצבאיים.

43. ביום 11.3.2013 כונס דיון בנושא בראשות מנהלת מחלקת הבג"צים ובסיומו הוחלט כי מאחר ולגופו של עניין בית המשפט אישר את החלטת המפקד הצבאי, אין לפעול בדרך של הגשת עתירה, וחלף זאת ראוי לפעול באמצעות תיקון חקיקתי שיבהיר כי בתי המשפט הצבאיים נעדרים סמכות לדון בעניינים הנוגעים להפעלת סמכות מינהלית של החרמת רכוש.
44. ביום 25.12.2013 חתם מפקד כוחות צה"ל באיו"ש על תיקון 36, אשר הוסיף את סעיף 61א' לצו בדבר הוראות ביטחון (נוסח משולב) (יהודה וחשומרון) (מס' 1651), התשי"ע-2009 (להלן – "הצו בדבר תוראות ביטחון"). סעיף זה בא להבהיר את המצב המשפטי הקיים, לשיטת המשיב, לפיו הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חליכי תפיסה וחרמה מכוח תקנות ההגנה, ועל החרמה של המפקד הצבאי מכוח סמכותו המינהלית לפי סעיף 61 לצו בדבר הוראות ביטחון, אינה נתונה בידי בתי המשפט הצבאיים באיו"ש.
45. כאמור לעיל, בהמשך לתיקון 36, ביום 27.11.2014 חתם המשיב על התיקון לתיקון מס' 36, אשר הבהיר כי הצו שנחתם במסגרת תיקון 36 מתייחס בכל הנוגע לסעיף 61 אך לסמכותו המינהלית של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, אשר מופעלת מטעמי ביטחון ושלא אגב הליך פלילי. עניין זה חורג מהעתירות שלפנינו, שעניינן תפיסה וחרמה מינהלית מכוח תקנות 84 ו-120.

משמעות תיקון מס' 36

46. עמדת המשיב, כפי שיפורט מייד, כי תיקון 36 לא בא אלא לשם הבהרת המצב המשפטי הקיים, קודם לפסיקה בעניין שבלי ובעניין חסין, לפיו בתי המשפט הצבאיים באיו"ש נעדרים סמכות לדון בשאלות הנוגעות לחליכי החרמה מנהליים.
47. ככלל, קיימים שני מסלולים נפרדים המאפשרים חילוט רכוש באיו"ש. האחד, חילוט רכוש בהליך פלילי והאחר – חילוט רכוש בהליך מינהלי, מכוח החלטה של מפקד כוחות צה"ל באיו"ש לחזרות על חילוט רכוש שלא אגב הליך פלילי. כך, החרמת רכוש טרור או רכוש ששימש לביצוע פיגוע, אשר מבוססת על מידע מודיעיני, נעשית בערוץ המינהלי. יובהר כי תיקון מס' 36 עוסק אך ורק במסלול המינהלי ואינו מתייחס כלל למסלול הפלילי.
48. עמדת המשיב היא כי תיקון מס' 36 לא שינה מן המצב המשפטי הקיים. המשיב יטען, כי גם עובר לתיקון, לבתי המשפט הצבאיים לא הייתה סמכות לדון במקרים הנוגעים למסלול המינהלי, בדומה למקרים מושא עתירות אלו, בהם החליט המשיב לחרים כספים מכוח תקנות ההגנה.

49. תיקון מס' 36 אף לא שינה את סמכותם של בתי המשפט הצבאיים להמשיך ולדון בתפיסות והחרמות הקשורות בהליך הפלילי שנעשים על-ידי כל חייל או פקח, ובכלל זאת – תפיסה, חילוט ושחרור של ראיות חפציות, שנתפסו במסגרת חקירה פלילית בעניינו של אדם. אין חולק, כי במקרים אלו לבתי המשפט הצבאיים נתונה סמכות וממילא התיקון לא משפיע בעניינם.
50. תיקון מס' 36, וכן תיקון לתיקון שנחקק בעקבותיו, חידד והדגיש כי הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית בעניינים שאינם "במסלול הפלילי", כלומר להעביר ביקורת שיפוטית **בהליכים מינהליים** בלבד, בעלי תכליות מניעתיות-סיכוליות מכוח תקנות ההגנה, או הליכי החרמה מטעמים ביטחוניים שלא אגב הליך פלילי, המתבצעים על ידי **מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** – אינה נתונה בידי בתי המשפט הצבאיים באיו"ש.
51. אשר לביטוי "אין אחריו ולא כלום" המופיע בסעיף 61א במסגרת תיקון מס' 36. ביטוי זה, מקורו בחקיקה הישראלית במגוון רחב של נושאים, ונעשה בו שימוש כל אימת שמבקש המחוקק להבהיר, כי הסמכות היחידה לבקר את החלטתו באותו עניין נתונה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ.
- כך, מופיע הביטוי "אין אחריו ולא כלום" בסעיף 74 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984; בסעיף 18 לחוק בתי הדין לעבודה, התשכ"ט-1969; בסעיף 12 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; בסעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970; בסעיף 7 לחוק המועצה לייצור ולשיווק של אגוזי אדמה, התשי"ט-1959.
- ממילא, ובניגוד לטענות העותרים, אין משמעות הביטוי, ואין משמעות תיקון מס' 36 בכללותו, כי המשיב "חיסן" עצמו מפני ביקורת שיפוטית. נחזור ונדגיש, כי עד לשנת 2010, מעולם, **בכל שנות התפיסה הלוחמתית, לא נטען כי לבתי המשפט הצבאיים סמכות לדון בהחרמה מינהלית שבוצעה על ידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש**, וחביקורת השיפוטית על החלטות שכאלה נעשתה במסגרת עתיאות שהוגשו לבית משפט נכבד זה.
52. נושא תקנה 147א, ובעניין זה נפרט מייד, עלה לראשונה בעניין שבלי אשר נוחל, לעמדת המשיב, ובכבוד הראוי, בחוסר סמכות, ובהמשך, בעניין **חסינ**, שם קבע בית המשפט הצבאי לערעורים כי תקנה 147א מקימה לשיטתו סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על צווי החרמה מינהליים גם שלא אגב הליכים פליליים.
- הטענה לפיה לבתי המשפט הצבאיים סמכות לדון בהחרמה שנעשתה מכוח תקנות ההגנה היא **טענה חדשה**, אשר אושרה במקרה אחד בלבד בבית המשפט הצבאי לערעורים.

סמכות שיפוטית - רק מכוח חוק

53. הלכה ידועה היא, כי אין לה לערכאה שיפוטית שהוקמה מכוח חוק, אלא חסמכויות אשר ניתנו לה על פי החוק מכוחו היא פועלת. וראו דבריה של כבי' השופטת פרוקצייה בבג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם באתר הרשות השופטת, 6.4.2006) בעניין סמכויותיו של בית הדין הרבני:

"לכל ערכאת שיפוט ממלכתית, ובית הדין הדתי בכלל זה, אין אלא את אותן סמכויות שיפוט שחוק המדינה העניק לה; החוק הוא שהקימה, הוא שהגדיר את סמכויותיה, והוא שייחדן לה. בעשותו כן, הניח החוק, כחלק מתפיסת יסוד בממשל דמוקרטי, כי במתן סמכויות שיפוט טמונות בה בעת, גם מגבלות כוח השיפוט. כל אשר לא ניתן לערכאה השיפוטית, מצוי מחוץ ומעבר לכוחה, ואל לה לחרוג מגדרי פעולתה המוכרים אל עבר תחומים שלא הופקדו בידה, ובאחריותה". (החדגשות אינן במקור-הח"מ)

54. בדומה לסמכויות בית הדין הרבני, ובדומה לכל ערכאת שיפוט בישראל, כך גם, להבדיל, בתי המשפט הצבאיים באיו"ש חוקמו מכוח תחיקת הביטחון והיא אשר הקנתה להם סמכויות. סמכויות בתי משפט אלו, מוסדרות בצו בדבר הוראות ביטחון. סעיף 9 לצו קובע את זהות בתי המשפט הצבאיים באזור, וזו לשונו:

9. אלה בתי המשפט הצבאיים באזור, שסמכות שפיטה נתונה בידיהם:
(1) בתי משפט צבאיים של ערכאה ראשונה, שיכוננו בידי מפקד כוחות צה"ל באזור בהודעה.
(2) בית המשפט הצבאי לערעורים."

סעיף 10 קובע את הסמכות של בתי המשפט הצבאיים, והיא - סמכות שיפוט על עבירות פליליות:

"בית משפט צבאי מוסמך לדון בכל עבירה שהוגדרה בתחיקת בטחון ובדין".

55. כעולה מסעיפי הצו, נקודת המוצא היא כי בתי המשפט צבאיים חוקמו ונועדו לחליכים פליליים בלבד. כמובן, המפקד הצבאי, שהוא גם המחוקק באזור, רשאי להסמיך את בתי המשפט לנהל חליכים אחרים, וכך אכן החליט בעניין המעצר המינהלי (ראו סעיפים 275-280 לצו בדבר הוראות ביטחון), אך ככלל, מבחינה מהותית ובהתאם לחוק, מוסד בית המשפט הצבאי לא חוקם כגוף ביקורת כללי על החלטות מפקד צבאי, ולא ניתנה לו סמכות כללית לבקר החלטות אלו.

56. כבית משפט פלילי, הסמכויות שניתנו לבית המשפט הצבאי נוגעות בעיקרן לניהול ההליך הפלילי. מקום בו רצה המחוקק באזור להעניק לבית המשפט סמכות נוספת לסמכויות אלו, קבע זאת המחוקק במפורש בצו וליווה אותה בהסדרה פרוצדוראלית מתאימה, לרבות קביעות לגבי תחולתם או אי תחולתם של דיני הראיות והסדרה בדבר אופן הצגת חומר מודיעיני במעמד צד אחד. באופן דומה, נקבעה סמכות לדון במעצרים מינהליים.

נקודת המבט של המשפט הבינלאומי

57. כפי שנפרט מייד, עמדת המשיב עולה בקנה אחד עם דיני התפיסה הלוחמתית, לפיהם בתי משפט המוקמים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הינם בתי משפט פליליים באופיים וטבעם, והקמתם נעשית מכוח סמכותו הכוללת של המפקד הצבאי.

58. בתי משפט צבאיים אינם מוזכרים כלל בתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני ומנהגי המלחמה ביבשה (1907) (להלן – תקנות האג). תקנה 43 קובעת כי המפקד הצבאי הוא האחראי על הביטחון והסדר בכלל באזור, וניתן להסיק שבתי המשפט פועלים מכוחו חו"א. ראו בחקשר זה: Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge Uni. Press, 2009), pp. 137 (להלן: "דינשטיין").

59. אזכור לחקמת בתי משפט צבאיים, כעניין מחייב, מופיע בסעיף 66 לאמנת ג'נבה בדבר הגנה על אזרחים בזמן מלחמה (להלן – אמנת ג'נבה הרביעית):

"In case of a breach of the penal provisions promulgated by it by virtue of the second paragraph of Article 64, the Occupying Power may hand over the accused to its properly constituted, non-political military courts".

מנוסחו של הסעיף עולה בבירור, כי הכוונה היא לבתי משפט שנועדו לצורך שפיטה של אנשים בגין עבירות פליליות שבוצעו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. מסקנה זו אף מתיישבת עם מיקומו של הסעיף במכלול הסעיפים באמנת ג'נבה הרביעית העוסקים בחליך הפלילי – סעיף 64, העוסק בחקיקה פלילית ובסמכות המפקד הצבאי לשנותה; סעיף 65 המחייב פרסום של החוראות העונשיות; סעיף 67 הדן בדין שעל בתי המשפט ליישם, ומדבר על "עבירות"; וסעיף 68 העוסק בסוגי עונשים שניתן להטיל במשפט פלילי.

60. למען הסדר הטוב, נציין כי דיני התפיסה הלוחמתית מכירים בשני סוגי ערכאות שיפוטיות -

בתי המשפט המקומיים, כלומר אלו שהיו קיימים טרם כניסת הכוחות הלוחמים לשטח, המוסמכים לדון על פי סמכויות שהוגדרו להם בחקיקה הקיימת - בין בתחום הפלילי, ובין בתחום האזרחי. לעניין זה, ראו תקנה H)23 לתקנות האג (האוסרת סגירתם של בתי המשפט המקומיים), סעיף 64 לאמנת ג'נבה הרביעית (המגדיר את אפשרותם לדון בעניינים פליליים בהתאם לחוקים התקפים, כפי שתוקנו על ידי המפקד הצבאי), וכן בספרו האמור של דינשטיין, בעמ' 132-135, בו מוסבר כי סמכותם של בתי המשפט הללו חלה גם על עניינים אזרחיים, ככל שאלו לא שונו על ידי המפקד הצבאי.

ובתי המשפט הצבאיים, אשר תפקידם לשפוט ולהעניש את אלו שעברו על הוראות תחיקת הביטחון והדין הפלילי. לעניין זה, ראו בספרו של דינשטיין, בעמ' 136-137, ואצל המלומדת הילה אדלר, "דיני כיבוש" (בתוך משפט בינלאומי, רובי סייבל, הוצאת נבו, מהדורה שנייה-2010), עמ' 566-567.

61. בהקשר זה נבקש להבהיר, כי בתי המשפט הצבאיים בשטח תפוס לוחמתית, שונים הם מבתי המשפט המדינתיים (בישראל או במדינות דומות), ומן התפקיד המסור להם בתוך השיטה המשפטית. לזו השיטה המשפטית הישראלית, ותפקיד בית המשפט בתוכה, תואר במילים אלו על-ידי כב' השופט חשין בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל פ"ד נט(2) (2004), 14 :

"זוהי עיקרה של הנוסחה: לכל אחת משלוש הרשויות העושות שילטון מוקצית חלקה משלה ובה היא שליטה בלבדית - חלקת-מחוקק, חלקת-מבצע, חלקת-שופט. בה-בעת מתזיקה כל רשות בקרניהן של שתי הרשויות האחרות ומוחזקת היא בקרניה על-ידי שתי הרשויות האחרות, לבל תנגח רשות את רעותה ולכל תשתלט רשות על חלקותיהן של אחיותיה הרשויות האחרות. הרשויות נפרדות אפוא אשה מרעותה, אך גם קשורות הן ביניהן-לבין-עצמן. מדברים אנו במעין-סחך־תך וזה שלוש כנפיים".

כלומר, בבסיס המשפטי של שיטת הממשל בישראל התפיסה כי הרשות השופטת היא אחת משלוש הרשויות ה"עושות שלטון". כאמור, כל רשות שוות ערך לשתי רעותיה ובעלת יכולת לבקר את מעשיהן, מתוך תפיסה של הפרדת רשויות וקיומם של "איזונים ובלמים" בהתנהלותן.

62. ואולם, במשטר נורמטיבי כדוגמת זה החל בשטח התפוס לוחמתית, אין זה המצב - בשיטה זו אין שלוש רשויות בעלות "חלקות משלחן", אלא מפקד צבאי העומד בראש, ומספר גופים תשואבים כוחם ממנו.

63. המלומד וון גלאן מצייין, כי גם בפרקטיקה וגם על פי הדין, ניתן לציין שלושה סוגים של בתי משפט "של חכוח הכובש" (כלומר, בתי משפט צבאיים) - בתי משפט צבאיים שנועדו להעמדה לדין של חיילים ואנשי מינהל אזרחי שביצעו עבירות כלפי התושבים המקומיים; בתי משפט שנועדו להעמיד לדין תושבים מקומיים שפגעו בביטחון האזור; ובתי משפט שנועדו להעמיד לדין את התושבים המקומיים על הפרות של הוראות חוקיות שנתן המפקד הצבאי. לעניין זה ראו -

Gerhard von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* (The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1957), pp. 110-111
(לחלק: "יוון גלאן").

בהתאם לכך, הוקמו בתי המשפט הצבאיים באיו"ש כבתי משפט שנועדו לשפוט ולהעניש את אלו שהפרו את הדין הפלילי החל באזור, מכוח הוראות המפקד הצבאי.

64. מהאמור לעיל עולה כי אף בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי חמפקד הצבאי חייב לייסד באזור בתי משפט צבאיים פליליים בלבד, ומשמעות הדבר היא שבידי בתי המשפט הצבאיים, סמכויות הקשורות להליך הפלילי וכן בידם סמכויות נוספות ככל שבחר חמפקד הצבאי ליתן בידם במפורש. לצד זאת, רשאי חמפקד הצבאי להעניק לערכאות שיפוטיות סמכויות אחרות לבד מסמכויות פליליות, כפי שאכן עשה המשיב בעניין מעצרים מינהליים, אולם אין חובה בדין לעשות כן.
65. אכן, כפי שקבע ביחמ"ש הצבאי לערעורים בעניין חסינ, זכות הקניין היא מן הזכויות המוגנות בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. ואולם, מעצם היותה של זכות "מוגנת" באמנות הבינלאומיות העוסקות בנושא, לא מתחייב כי חמפקד הצבאי חייב לייסד ערכאה שיפוטית (או אף מעין שיפוטית) אשר תעביר את החלטות חמפקד הצבאי תחת שבט ביקורתה.
66. הן בתקנות האג והן באמנות גינבה אין חובה בדבר הקמת טריבונאלים שיפוטיים הדנים בנושא הקניין. במקרים אחרים, כגון בנושא הקמת ערכאות ערעור פלילית, או בעניין מעצרים מינהליים ותיחום מגורים, המליצו מנחסי האמנה על הקמת ערכאות שיפוטיות כאמור – ובענייננו, לא עשו כן.

מסור הסמכות הנטעו בתקנות החגנה

67. חוראות החוק מכוחן נתפסו והוחרמו הכספים בענייננו, ומכוחן נתפס ומוחרם רכוש בעל זיקה לטרור ברגיל, הינן תקנות 84 ו-120 לתקנות החגנה. אין חולק, כי בנוסחן הן, אין כל מקור סמכות לבתי משפט, וכי התקנות עוסקות על פי לשונן אך בסמכויות מינהליות של בעלי תפקידים מינהליים. במצב המשפטי באיו"ש, הכוונה היא למפקד כוחות צה"ל באזור.
68. ואכן, בתי המשפט הצבאיים באיו"ש לא ביססו בפסקי דינם את הסמכות לדון בתפיסות והחרמות שבוצעו מכוח תקנות החגנה על סעיפים אלו. התקנה העומדת בבסיס סמכותם, לדעת בתי המשפט הצבאיים, היא תקנה 147א'.
69. וזו לשונה של תקנה 147א', בעברית ובאנגלית (במקור):

147א. ערר על תוקפן של החרמות

מקום שכתוקף התקנות האלה, או בתוקף כל תיקון לכל פקודה שנעשה בתקנות אלה, הוחרם כל רכוש, בין מטלטלים ובין מקרקעים, אלא שבית המשפט לא ציווה או לא קיים התראה כזאת, לא ידון שום בית משפט או שום פקיד ממשלה בכל קושיה על תקפה של החרמה, אלא אם כן התביעה המשפטית או ההליכים, שבהם מעררים על תקפה של החרמה, הוחל בהם לא יותר משלושה חדשים לאחר שאדם המערער על התוקף ידע לראשונה על דבר החרמה;

ולצרכי התקנה הזאת, בלי לפגוע בכללותה של ההוראה שלעיל ייחשב אדם כאילו הוא יודע על דבר החרמתו של כל רכוש, אם נמסרה מאת הרשות החובעת את ההחרמה, או מטעמה, הודעה בכתב לו או לקודמו בזכות הקניין, אם בדרך אישית או במכתב הערוך על שמו או על שם קודמו בזכות- הקניין אל מקום-מגוריו או מקום-עסקיו הרגיל או הידוע לאחרונה, או אם הדעת ההחרמה נתפרסמה ברשומות."

"Where, by virtue of these Regulations or by virtue of any amendment of any Ordinance made by these Regulations, any property, whether movable or immovable, is forfeited but such forfeiture has not been ordered or confirmed by a court, no question as to the validity of the forfeiture shall be entertained in any court, or before any officer of the Government unless the action or proceeding in which the validity of the forfeiture is challenged was commenced not more than three months after the person challenging the validity first had knowledge of the forfeiture; and, for the purposes of this Regulation, and without prejudice to the generality of the above provision, a person shall be deemed to know of the forfeiture of any property if written notice of the forfeiture has been served upon him or his predecessor in title by or on behalf of the authority claiming the forfeiture either personally or by letter addressed to him or his predecessor in title at his usual or last known place of abode or business, or if notice of the forfeiture has been published in the Gazette"

70. מלשון תקנה זו, הסיק בית המשפט הצבאי לערעורים כי לבתי המשפט הצבאיים באיו"ש ישנה סמכות לדון בהחרמות מכוח תקנות 84 ו-120, וכך קבע, בעניין חסין:

"ברור כי המשמעות הלשונית של סעיף זה הינה כי לבית המשפט סמכות לדון בערעור על החלטת החרמה כלשהי (בין לפי תקנה 84 ובין לפי תקנה 120). אמנם, הלשון הינה לשון ארכאית, אולם אני מתקשה להבין את התיבה "לא ידון שום בית משפט ... אלא אם כן התביעה המשפטית או החליכים ... הוחל בהם לא יותר משלושה חודשים..." ככזו השוללת סמכות מבית המשפט. המשמעות של הדברים לטעמי הינה כי בית המשפט הצבאי מוסמך לדון, אלא אם החלו בהליכים לאחר שלושה חודשים. המסקנה לפיה בית המשפט אינו מוסמך לדון כלל, אינה מתיישבת עם התיבה המתחילה במילים "אלא אם כן". תיבה זו מניחה שאם הוחל בהליכים לפני שחלפו שלושה חודשים, בית המשפט ידון בערעור על החרמה. לכל היותר ניתן לומר כי הסעיף קובע מגבלה דיננית באשר למועד פתיחת ההליך של שלושה חודשים – מגבלה שעניינה המועדים הרלוונטיים להגשת הערעור, ולא מגבלה מהותית על עצם הגשתו. יתר על כן, נראה כי המחוקק סבר כי לבית המשפט יש סמכות, ויש להגביל את האפשרות להתחיל בהליכים אלה לפרק זמן קצר במיוחד, אך ודאי לא לשלול אותה לחלוטין."

71. כעולה מהציטוט, בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין חסין הסתפק בקביעה שתקנה 147א' "אינה שוללת" סמכות לביקורת שיפוטית על החלטות המפקד הצבאי לפי תקנות ההגנה, או לכל היותר היה מוכן להניח, כי יש כאן סמכות משתמעת לבתי המשפט, זאת מבלי שמצא הסמכה מפורשת לכך בחקיקה הקיימת.

72. עמדת המשיב היא כי תקנה 147א' עניינה, בקביעה פרוצדוראלית לפיה כל פניה לרשויות המוסמכות בחשגה על החרמה יש לבצע תוך שלושה חודשים, כאשר פנייה שתבוצע לאחר התקופה הזאת - לא תשמע. תכלית התקנה הייתה לתחום בזמן אפשרות השגה על החלטות המפקד הצבאי, במקרים בהם כבר קיימת אפשרות להשיג עליהם, ולא להעניק לבתי המשפט הצבאיים סמכות כזאת, מקום בו היא איננה קיימת בחוק.
73. כך, תקנה 147א אינה כוללת חוראות אשר הן מהותיות לקביעת סמכות. בין היתר, התקנה לא מציינת איזה בית משפט ואיזו ערכאה שיפוטית מוסמכים לדון בהשגה על החלטת החרמה. וזוק: כאשר תקנות ההגנה מעניקות סמכות לערכאות שונות הן מציינות זאת במפורש, וראו בעניין זה: תקנה 15 שדנה בסמכות בתי משפט צבאיים לדון בעבירות; תקנה 56א שדנה בבתי משפט תכופים; תקנה 68, שמסמיכה בתי משפט אזרחיים לדון בעבירות מסוימות.
74. עוד נציין כי נוסח תקנה 147א, ובייחוד לאור היותה תוספת מאוחרת לתקנות, מלמד כי התקנה לא נועדה להעניק סמכות שאיננה קיימת. דגש התורה, כמו גם האופן התחבירי של ניסוחה, מצביעים על כך כי היא מתמקדת במימד הזמן בלבד. כך, למשל, כלל הסיפא של התקנה נועד לדון בשאלה כיצד תוחמים את הזמן (כלומר, ממתי יש לספור את שלושת החודשים בהם אפשר להשיג על ההוראה).
75. מילות התקנה במקור, שעל פי הטענה הן שמקימות את הסמכות, מנוסחות כך: "no question as to the validity of the forfeiture shall be entertained in any court, נוסח כזה, המנוסח בצורה נגטיבית, בוודאי לא בא להקים סמכות לבית משפט, אלא, לכל היותר, בא להגביל את סמכותו.
- יתר על כן, חביטוי "any court" לא מתייחס לבית משפט מוגדר, אלא קובע כי ככל שנתונה סמכות לבית משפט מסויים, יש לסמכות זו מגבלה בזמן. כך, קבע למעשה המחוקק מגבלת זמן גורפת שתחול על כלל אפשרויות ההשגה על החרמה, מבלי יוצא מהכלל.
76. חיזוק לעמדה זו, ניתן למצוא בכך שהתקנה מתייחסת באופן משותף הן לבית משפט והן ל"פקיד ממשלה". לכאורה, לפי הפרשנות הקובעת שהתקנה נותנת סמכות לבית משפט, אפשר היה לקבוע, כי התקנה נותנת סמכות ל officer of the Government דווקא. ואולם, ראינו כי כאשר התקנות ביקשו לתת סמכות מסוימת לרשות המבצעת, הן ציינו זאת במפורש.
- מכיוון שהתייחסות אל פקיד הממשלה ואל בית המשפט הינו כמעט כתיבה אחת, הרי עולה השאלה מאין המסקנה, כי המחוקק התכוון שדווקא לבית המשפט (ודווקא לבית משפט צבאי שטרם הוקם במועד התקנת התקנות) תהיה הסמכות לדון בהשגה על החרמה ולא ל"פקיד ממשלה"! הרי התקנה לא מפרידה ביניהם.

במילים אחרות - השימוש המשותף בשני המונחים מצביע על כך שמדובר בתקנה פרוצדוראלית ולא בתקנה הקובעת סמכות.

77. עולה מתמקובץ, כי תקנה 147א איננה קובעת סמכות. קביעת התקנה היא כך: במקום שבו יש רצון להשיג לגורם כלשהו על החרמה - ומדובר בגורם שהוא מוסמך לדון באותה השגה - אזי על החשגה להיות מוגשת תוך שלושה חודשים מיום שבו נודע למשיג על תחרמה, וזאת למעט במקרים בהם מי שחורה על החרמה תינו בית משפט או שבת משפט אישר החרמה זו.

ישאל השואל - אז מי הוא בית המשפט אליו התכוון המחוקק במילים "any court", שהרי המחוקק לא משחית מילותיו לריק? לכך נשיב, כי אין המדובר בבית משפט שהוסמך מכוח תקנות ההגנה (שהרי אין בנמצא תקנה מסמיכה בעניין זה), אלא בתי משפט שהיו מוסמכים לדון בעניינים אלו, קרי בתי משפט שהיו מוסמכים לדון בעתירות נגד חרשות.

78. נבקש לציין עוד לעניין זה כי בתי המשפט המוקמים בתקנות ההגנה (תקנה 12) הינם בתי משפט פליליים שנועדו לדון על עבירות (תקנה 15). בהתאם, נקבעה הפרוצדורה בה ידונו בתי המשפט (תקנות 34 עד 46ב), והוגדרו עבירות (חלק ג' וחלק ד' לתקנות). בתי המשפט הצבאיים שלפי תקנות ההגנה לא נועדו לשמש ערכאות ערעור או ביקורת על החלטות המפקד הצבאי, והם לא הוסמכו לעשות כן, וממילא על בתי משפט צבאיים אלו לא נועדה לחול בכלל תקנה 147א.

79. על כל פנים, בתי המשפט הצבאיים באיו"ש לא הוקמו מכוח תקנות ההגנה אלא הוקמו על פי הוראות הצו בדבר הוראות ביטחון, (ולפניו, בהתאם להוראות הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התשי"ל-1970, ולפניו, בהתאם להוראות המנשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות ביטחון (אזור הגדה המערבית) (מס. 3), תשכ"ז-1967) והם אינם בתי המשפט הרלוונטיים לתקנה זו.

80. לאור האמור לעיל, ובניגוד להנמקתו של בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין חסין, תקנה 147א לא נועדה לחעניק סמכות לבתי משפט צבאיים, זאת לנוכח לשון התקנה ומחותה הפרוצדורלית, שנועדה לקבוע מגבלת זמן דיונית על חגשת החשגה.

81. עוד בנוגע לתקנה 147א, קובע בית המשפט הצבאי לערעורים בפסק הדין בעניין חסין כי קמה לבתי המשפט סמכות לדון בהחרמת רכוש לפי תקנות ההגנה, לשיטתו, מכוח פרשנות תכליתית.

בהתאם לפסק הדין, החרמת רכוש לפי תקנות ההגנה משמעה פגיעה בזכות קניינית של תושבים מוגנים, ומכאן שראוי הוא לפרש את דברי החקיקה הנוגעים בדבר כמעניקים סמכות לבתי משפט, לצורך הבטחת החליף הראוי בהחרמות מעין אלו.

82. אלא שגם אם קיימת "חזקה", כפי שכתב בית המשפט הצבאי לערעורים, לפיה יש לפרש כל דבר חקיקה בנושא הפוגע בזכויות כדבר חקיקה שמעניק סמכות לבית המשפט ואינו שולל סמכות זו – הרי שמדובר במקום בו הלשון סובלת את הפרשנות התכליתית האמורה. ובמילותיו של פרופ' אהרן ברק, "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון". כלומר, מקום בו ברור לחלוטין, כפי שברור לחלוטין בענייננו, כי המחוקק לא התכוון להעניק זכות גישה לערכאות – הרי שלא ניתן ללמוד זכות זו מדברי החקיקה הקיימים רק משום ש"כך ראוי".

כך למשל, בבג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש פ"ד מב(1) 353 (1988), אף שסבר בית המשפט העליון כי ראוי ליתן זכות ערעור לאדם שהורשע בפלילים בערכאה ראשונה באיו"ש (ובאזח"ע, באותה העת), קבע כי ככל שאין הדבר קבוע במפורש בחקיקה, אין בנמצא זכות כזו.

83. לסיכום נקודה זו, המשיב יטען כי תקנה 147א' אינה מקימה סמכות לדון בעניינים הנוגעים לחליכי החרמה מנהליים מכוח תקנות 84 ו-120 לתקנות ההגנה. הדבר ברור לחלוטין מלשונה ומהגיונה הפנימי. אין בכוחה של פרשנות "תכליתית" כדי לשנות מצב דברים זה, ולא ניתן ללמוד סמכות מקום בו ברור על פניו כי היא אינה קיימת.

84. אשר על כן, המשיב יטען כי שגה בית המשפט הצבאי לערעורים, כשקבע כי קיימת סמכות לבתי המשפט הצבאיים לדון במקרים, כגון המקרה נשוא עתירה זו, בפני בתי המשפט הצבאיים באיו"ש, והמסקנה המשפטית הנכונה היא כי בתי המשפט הצבאיים נעדרים סמכות לדון בנושא זה, משום שלא הוסמכו לכך במפורש בדין ובתחיקת הביטחון. לפיכך, ולאחר עיון בפסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים, עמדת המשיב היא כי תיקון מס' 36 נועד רק להבחיר מצב קיים.

תמצב המשפטי בישראל ובאיו"ש ביחס לתקנות ההגנה, לאורד השנים

85. כמתואר בתגובה זו, נדונה סוגיית החרמת רכוש טרור בהתאם לתקנות ההגנה בפני בית משפט זה במספר לא מועט של הזדמנויות, הן במקרים שארעו באיו"ש (ראו בהקשר זה: עניין שרים, עניין אלעג'ולי ועניין אלדין) והן במקרים שארעו בישראל, והכול בהתבסס על אותן תקנות ההגנה. באשר למקרים שארעו בישראל, ראו למשל בג"ץ 1656/00 אלמנאר נ' שר האוצר (פורסם באתר הרשות השופטת, 9.12.2001); בג"ץ 4731/09 קדורה נ' שר הביטחון (פורסם באתר הרשות השופטת, 13.10.2010); בג"ץ 1355/08 שורפה נ' שר הביטחון (פורסם באתר הרשות השופטת, 28.9.2008).

נציין, כי בית משפט נכבד זה נתן פסק דין עקרוני בסוגיית ההחרמה בעניין נצאר, שם אישר בית המשפט בשבתו כבג"ץ את החלטת המפקד הצבאי לחחרים את כספו של חלפן כספים. זאת לאחר שהתקבל פסק דינו של בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין חסין.

בחודש יוני האחרון, אישר בית המשפט הנכבד בעניין אבו ספא את החלטת המפקד הצבאי להחרים את כספו של סוחר פלסטיני מכוח תקנה 84(2) לתקנות ההגנה

86. בהתאם לדין ולנוכח הפרקטיקה הנוהגת בכל הנוגע להחלטות חרמה לפי תקנות ההגנה באיו"ש וכן בישראל, הרי שהסמכות להעביר ביקורת שיפוטית על החלטות אלו הייתה נתונה מאז ומתמיד רק לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ולא לערכאות אחרות.

כך נפסק בבג"ץ 4303/08 אגודת הצדקה המוסלמית אלבירה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון (פורסם באתר הרשות השופטת, 24.6.2008), עת דחה בית המשפט את העתירה מכיוון שהוגשה בטרם התקבלה תשובתו של המפקד הצבאי על השגה שהוגשה אליו על ידי העותרת:

"בית-משפט זה לא יידרש לסוגיה נשוא העתירה בטרם תתקבל החלטה סופית בעניין על-ידי המפקד הצבאי, אותה תוכל העותרת להעמיד לביקורתו של בית-משפט זה, ככל שתהיה לה עילה לכך. העותרת תוכל, אם תרצה, לפנות לבית-משפט זה בעתירה חדשה, בנוגע להחלטתו של המפקד הצבאי בהשגה, ככל שיהא צורך בכך." [החדגשות אינן במקור – הח"מ]

87. נבקש להדגיש כי זהו מצב הדברים גם ביחס לתקנות אחרות המסמיכות את המפקד הצבאי להחרים (או לשמוט) רכוש. כך, תקנה 119 מסמיכה את המפקד הצבאי להורות בצו שישמטו לטובת רשויות האזור נכסי דלא נידי, אשר תושביהם עברו עבירה ולאחר מכן אף לאטום או להרוס אותם.

בעת האחרונה, ולאורך השנים, הופעלה סמכות זו הן באזור והן בישראל כלפי בתיחם של מפגעים. בחלק גדול מהמקרים, צווים אלו הגיעו לביקורת שיפוטית של בג"ץ ומעולם לא נטען כי הסמכות לדון בנושא נתונה לבית משפט צבאי בישראל או באזור, לפי העניין. ברור לכל כי לבית משפט נכבד זה נתונה הסמכות הבלעדית בשבתו כבג"ץ לדון בצווים לפי תקנה 119 לתקנות ההגנה, ולא לערכאה אחרת.

88. למעלה מן הצורך, נציין כי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בנצרת ב"ש (נצרת) 3301/02 בדר נ' מדינת ישראל, קבע בית המשפט המחוזי מפורשות כי ערכאה שאינה בג"ץ נעדרת סמכות לדון בחשגות בעניין חרמות מכוח תקנה 120 לתקנות ההגנה. עוד נקבע כי סמכות ההכרעה בהשגה על צו ההחרמה איננה מוענקת לבית המשפט אלא לשר הביטחון, אשר הוציא את הצו.

89. אמנם, בעניין חסין התייחס בית המשפט הצבאי לערעורים לפסק דין זה שהובא בפניו על-ידי המשיב, אך קבע כי פסיקת המחוזי אינה מחייבת אותו ולגופם של דברים - ככל הנראה תקנה 147א' לא עמדה לנגד עיניו של בית המשפט המחוזי.

בכבוד הראוי - מזה למעלה משישים שנה סברו כלל הערכאות בישראל כי הסמכות לדון בעניינים הנוגעים להחרמות מינהליות מכוח תקנות ההגנה נתונה אך ורק לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ואינה מסורה לערכאות אחרות. ההנחה המתבקשת כי תקנה 147א' נעלמה מעיניהן של כלל הערכאות השיפוטית שדנו בעניין היא בלתי סבירה ואינה תכליתית.

90. לנוכח פרשנות זו של בתי המשפט הצבאיים באשר לסמכותם כביכול לדון בהחרמות לפי תקנות ההגנה, ביקש המשיב להבהיר את המצב המשפטי הקיים ומכאן חוקק תיקון מס' 36.

בתי המשפט הצבאיים אינם הפורום המתאים

91. כפי שצוין לעיל, בתי המשפט הצבאיים באיו"ש הוקמו, והם פועלים עד היום, כבתי משפט פליליים. ברי הוא, כי הליכים של ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות שנתקבלו, שונה בתכלית מניהול משפט פלילי, ובתי המשפט הצבאיים ח"בנויים" וה"מתפקדים" כבתי משפט פליליים לכל דבר ועניין, נעדרים את המומחיות הנדרשת לדון בעניינים הקשורים בביקורת על החלטות מינהליות. תחריג לכך הוא החלטות בענייני מעצר מינהלי באיו"ש, שלגביהם הוסמכו בתי המשפט הצבאיים במפורש על-ידי המפקד הצבאי.

92. יתר על כן – אין באיו"ש חקיקה הנוגעת לסדרי דין, והתנהלות ההליכים בפועל נגזרת מסדרי דין שאינם ברורים ומשלבים - בבחינת שעטנו - בין סדרי דין בחליכי פליליים ובין אלו בחליכים מינהליים ואף אזרחיים.

93. כך, על פי הניסיון המצטבר, בתי המשפט הצבאיים מתייחסים להליך השגה על צו החרמה לא כאל חליך של ביקורת מינהלית, אלא כמעין חליך פלילי (בו הם מורגלים) - תן במובן של שמיעת עדים וקביעת מימצאים (בניגוד לביצועה של בחינת שיקול דעתו של המפקד הצבאי), והן בנוגע להוכחות הנדרשות (כך, קבע בית המשפט הצבאי במספר מקרים, כי "לא הוכח בפניו" מימצא זה או אחר, זאת חלף בחינת שאלת שיקול דעתו של המפקד הצבאי, כאמור).

94. לסיכום עניין זה נאמר, כי בתי המשפט הצבאיים באיו"ש, אשר נטלו לעצמם סמכות לדון בעניינים הנוגעים לתפיסות והחרמות במישור המינהלי, אינם "הפורום הנאות" לבחינת הליכים אלו וגם אין להם את הכלים הפרוצדורליים המתאימים לכך. הדבר פוגם, בסופו של יום, באפקטיביות של הפעלת הכלים המינהליים הללו, הדרושים לצורך לחימה בטרור כפי שהוסבר לעיל.

הפרודגטיבה של המפקד הצבאי ואופו יישומה בעניין ביקורת מינהלית

95. המפקד הצבאי רשאי לקבוע מנגנון ביקורת מינהלית, בתצורה זו או אחרת, על החלטותיו. ואכן, המפקד הצבאי החליט בכמה עניינים כי נכון להקים ערכאות שיפוטיות מינהליות. יחד עם זאת, ביקורת מינהלית של ערכאות שיפוטיות באיו"ש כנגד פעולות של המפקד הצבאי או מי משלוחיו, אינה עניין של מה בכך.

מלבד המקרים החריגים של ביקורת מינהלית על מעצרים מינהליים ועל צווי פיקוח, הנתונה לבתי המשפט הצבאיים באיו"ש (ומוצדקת לאור התריגות והקיצוניות המגולמת בכלים מינהליים אלו), ראוי לציין, כי מרבית הביקורת השיפוטית באיו"ש על החלטות מינהליות נתונה לועדת העררים הצבאית, שהיא ככלל בגדר גוף הממליץ למפקד כוחות צה"ל באיו"ש לשנות מהחלטתו או מהחלטת הכפופים לו, ולא בגדר גוף המוסמך ליתן החלטות שמחייבות את המפקד הצבאי.

96. במספר פסקי דין בית משפט נכבד זה אף אישר את העיגון החוקי של אפשרות המפקד הצבאי או מי מטעמו לדחות את המלצת הוועדה במקרה המתאים, תוך שהוא מבסס זאת על אחריותו של המפקד הצבאי והפועלים מטעמו (ובעניין ההוא, ראש המינהל האזרחי) על הסדר הציבורי והביטחון באזור. וראו לעניין זה בג"ץ 5439/09 עבדאלקאודר נ' ועדת העררים (פורסם באתר הרשות השופטת, 20.3.2012). ראו גם: בג"ץ 1299/11 צורים 2000 נ' ראש המנהל האזרחי, (פורסם באתר הרשות השופטת, 5.4.12), ובג"ץ 1285/93 עזבון שטר נ' מפקד אזור יחודה והשומרון, (פורסם ב"נבו", 8.12.1996).

אישור עיגון חוקי זה מצביע ללא ספק על הכרה בייחוד של מבנה הביקורת השיפוטית הפנימית באיו"ש, ועל ההכרה בפרודגטיבה של המפקד הצבאי להבנות אותה בחתאם לצורכי האזור, כפי שהוא רואה אותם לנכון.

97. ההחלטה בדבר קביעת נושאים אשר תידון בהן ערכאת שיפוט בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, נתונה היא למפקד הצבאי. המפקד הצבאי הוא בעל הסמכות לקבוע את היקף הביקורת המינהלית וצורתה בתוך השטח הנתון לתפיסה לוחמתית, מכוח היותו בעל סמכות החקיקה (וכלל סמכויות הריבון) באזור.

98. ככל שנתונה למפקד הצבאי הסמכות לקבוע מנגנוני ביקורת שיפוטית מצומצמים יותר מאלו החלים בישראל, הרי שמכוח קל וחומר רשאי הוא לחליט שמנגנון הביקורת יהיה זהה לזה הקבוע בישראל, קרי, עתירה לבג"ץ בלבד. יוזכר כי הדין בישראל קובע, כי סמכויות הנתונות לרשויות מינהליות בכירות לחורות על החרמה של רכוש מכוח הסמכויות המינהליות בתקנות ההגנה, יחיו ניתנות לתקיפה רק בפני בג"ץ.

99. בשולי הדברים נאמר, כי הקמה וייסוד של מנגנון ביקורת שיפוטית בתחום כגון החרמת רכוש טרור מחייבת בחינה מעמיקה, במסגרתה ייבחנו המשאבים הנדרשים להקמת ערכאה שכזו, והתאמת סדרי הדין שלה ונהלי העבודה של כלל העוסקים במלאכה. על כן, מן הראוי הוא שהרחבת סמכות כאמור תיעשה על ידי מי שביכולתו להקצות את המשאבים ולחלקם באופן המתאים, ולא בדרך של "חקיקה שיפוטית", אשר מטבע הדברים אינה לוקחת בחשבון שיקולים מבניים ותקציביים.

סבירות החלטות המפקד הצבאי ותיקוף ההתערבות בשיקול הדעת

100. בחינת פעולותיו של המפקד הצבאי באיו"ש נעשית בשני שלבים – בשלב הראשון, יש להצביע על מקור סמכות לפעול כפי שפעל ובשלב השני, יש לבחון את סבירות הפעלת שיקול הדעת (ראו לעניין זה בג"ץ 2150/07 אבו צפייה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (פורסם באתר הרשות השופטת, 29.12.2009) (להלן – עניין אבו צפייה)). אשר לבחינת הסמכות, ברי כי המפקד הצבאי הוא בעל סמכות החקיקה באזור, ובהיעדר חובה במשפט הבינלאומי לחקים ערכאה שיפוטית המבקרת את החלטותיו באשר להחרמת רכוש – הרי שהיה מוסמך להוציא תחת ידו את הצו האמור.

101. אשר לבחינת סבירות שיקול הדעת. חלכה ידועה היא כי גם בהחלטות המפקד הצבאי, כבהחלטותיה של כל רשות מנהלית אחרת, יימנע בית המשפט העליון מלהתערב כל עוד זו נופלת בגדר "מתחם הסבירות". וכך קבע בית המשפט העליון בעניין אבו צפייה:

"בית משפט זה אינו יושב כ"מפקד צבאי עלי", ואינו ממיר את שיקול דעת המפקד הצבאי בשיקול דעתו שלו, אלא רק בוחן את חוקיות פעולותיו".

נבקש להדגיש כי אין מדובר בהפעלת סמכות קונקרטית מצד המפקד הצבאי בתחום זה או אחר, אלא במעשה חקיקה של המפקד הצבאי. במקרה זה, מוגבלת עוד יותר ביקורתו של בית המשפט העליון, שכן חקיקה מעצם טיבעה כוללת בתוכה משמעויות רחבות חיקף של אפקטיביות והתנהלות, משמעויות תקציביות, ומשמעויות אחרות, אשר הן מסוג הדברים המצויים בידיעתו ובמתחם שיקול דעתו של מי שהוסמך לחוקק – ובענייננו, המפקד הצבאי. וראו, בהשאלה בלבד, את דבריו של בית המשפט בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4), 367 (1998):

"בית המשפט לא בא לחלף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי".

חיקף הביקורת השיפוטית על מעשי חקיקה, מרוסן הוא הרבה יותר מחיקף ביקורת שיפוטית על מעשה מנהלי המשפיע על אדם זה או אחר. כך יש גם לראות את תיקון 36, בהתבסס על כלל השיקולים אשר הובאו לעיל.

סוף דבר

102. כמפורט, המשיב יטען כי דין העתירות להידחות, תוך חיוב העותרים בהוצאות המשיב.
103. באשר להחרמת כספיהם של העותרים במקרים הפרטניים, עמדת המשיב כי ההחרמה מבוססת על מידע מודיעיני מוצלב המשתלב עם הגלוי, אשר המסקנה המתבקשת ממנו היא כי מדובר בכספים השייכים לארגון החמאס, המוכרז על-פי צו כהתאחדות בלתי מותרת. אשר על כן, הכספים שנתפסו והוחרמו מידי העותרים הם ברי החרמה, בהתאם לסמכויות הנתונות למשיב בהתאם לתקנה 84 ותקנה 120 לתקנות ההגנה.
104. באשר לתיקון מס' 36, עמדת המשיב כי תיקון זה חוקק במסגרת שיקול חדעת המסור למשיב. זאת לנוכח תכלית התיקון, אשר נועד להבהיר מצב קיים, בעקבות פסיקת בתי המשפט הצבאיים באיו"ש שיסודה בטעות. אף לגוף התיקון, יטען המשיב כי העותרים לא הצביעו על עילה המצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

חיום,

י"ח טבת תשע"ו

30 דצמבר 2015

דועי שויקה, עו"ד
סגן בכיר בפרקליטות המדינה