

1. [redacted], ת.ז.
  2. חברת [redacted], ע.מ.
- ע"י ב"כ עוה"ד מיכל לופט ו/או אסנת כהן-ליפשיץ ו/או מורן גור  
ו/או מוריה פרידמן שריר  
מעמותת "גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע"  
רחוב הרכבת 42 תל אביב, 67770  
טלפון: 03-6244120; פקס: 03-6244130

#### המערערים

- נגד -

1. שר הביטחון
  2. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
  3. רשות המעברים היבשתיים במשרד הביטחון
- כולם ע"י פרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים  
רח' צלאח א-דין 31, ירושלים  
טלפון: 02-6466590, פקס: 02-6467011

#### המשיבים

### הודעת ערעור מינהלי

בהתאם לסעיפים 33(א) ו-44 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000 ונוכח פגרת חג הסוכות-

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כבוד השופט חגי ברנר) מיום 9.9.2017. בפסק הדין דחה בית המשפט קמא את עתירת המערערים לביטול צו תפיסה מינהלי שהוציא משיב מס' 1, כנגד ציוד דנטלי שביקשו להכניס לרצועת עזה- חומר לסתימות שחורות בשיניים המכונה "אמלגם" (להלן: **אמלגם**). המערערים חויבו לשלם למשיבים 15,000 ₪ הוצאות.

העתק פסק הדין בעת"מ 17-05-17520 [redacted] ואח' נ' שר הביטחון ואח' מצ"ב ומסומן נספח ע/1.

לצד ערעור זה, מוגשות בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין של בית משפט קמא לעניין תשלום ההוצאות וכן בקשה לפטור מהפקדת עירבון.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את הערעור ולבטל את צו התפיסה המינהלי כך שיוחזר האמלגם לרשות בעליו, המערערים.

#### תמצית הערעור

1. הערעור דן עוסק בסתימות שחורות לחורים בשיניים. ליתר דיוק, הערעור דן עוסק ב-9,000 קפסולות קטנטנות של חומר לסתימות שחורות בשיניים, בשווי 1,046 דולר, שנרכשו על ידי המערערים מחברה אוסטרלית, הובאו לישראל, הוסעו למעבר כרם שלום בין ישראל לעזה

ואז נתפסו על ידי הרשויות הישראליות ב-16.2.2017. הקפסולות היו מיועדות להימכר ברצועת עזה למרפאות שיניים ציבוריות ופרטיות, למען בריאותם הטובה של תושבי עזה.

2. התפיסה אירעה, כך לטענת המדינה, משום שלחומר לא היה רישיון ציוד "דו-שימושי" הדרוש לשם הכנסתו לעזה. ואולם, המערערים לא ידעו שעליהם להנפיק רישיון עבור חומר זה, אותו הכניסו בשנים האחרונות ללא קושי. למעשה, **המשיבים אישרו בפני בית משפט קמא כי עד למועד התפיסה הם לא דרשו כי רישיון כזה יונפק עבור חומר לסתימות שחורות, עקב טעות מצדם**. למרות זאת, המשיבים ביקשו להחיל על המערערים באופן רטרואקטיבי את הדרישה החדשה, ולהענישם בגין אי הנפקת רישיון. לצד טענת העדר הרישיון, המשיבים הוסיפו, בשלב מאוחר יחסית, כי כנגד המערער מס' 1 עומד מידע ביטחוני המצביע על קשרים עם ארגוני טרור (זאת, מבלי להתייחס לרכוש עצמו שנתפס).

3. בית משפט קמא אישר עמדה זאת של המשיבים תוך שהוא מיישם, לדעת המערערים באופן שגוי, הן את כללי המשפט המינהלי ביחס להחלת שינויי מדיניות למפרע והן את הוראות חוק המאבק בטרור החדש, הנוגעות לתפיסת רכוש בהליך מינהלי. בנוסף, בית המשפט קמא, בכל הכבוד הראוי, יישם בצורה שגויה את הסמכות שהקנה לו המחוקק להעביר **ביקורת שיפוטית מורחבת** על החלטת המשיבים. כך, במקום להיכנס לנעליו של שר הביטחון ולבחון אם ההחלטה הייתה מוצדקת ואם נשקלו לפני קבלתה כלל השיקולים הרלוונטיים, כל שקבע בית המשפט קמא היא שההחלטה לא חרגה ממתחם הסבירות. עוד שגה בית המשפט קמא כאשר הורה למערערים לשלם למבקשים 15,000 ₪ הוצאות בגין הגשת העתירה.

4. לאור האמור לעיל, **בהינתן נסיבות התפיסה והחשיבות של ההכנסה לעזה של אמלגם, שהוא מצרך חיוני עד מאד ברצועת עזה הענייה, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, להפוך את פסק דינו של בית משפט קמא ולהורות על ביטול צו התפיסה כנגד האמלגם, וכן ביטול ההוצאות.**

**ואלה נימוקי הערעור:**

### **עיקרי העובדות הצריכות לעניין**

5. חברת "Solila Dental Center", פועלת ברצועת עזה מאז שנת 1968. החברה עוסקת ברכישת ציוד דנטלי מחברות שונות בישראל, בגדה המערבית ובחוף ושיווקו ברצועת עזה למרפאות שיניים פרטיות וציבוריות, כמו גם לפקולטות לרפואת שיניים בעזה. נוכח פעילותה רבת השנים בתחום, לחברה קשרים עסקיים שוטפים וטובים עם חברות וסוחרים ישראלים, והיא מוכרת לרשויות הישראליות כמי שמכניסה לעזה ציוד רפואי הדרוש לקיומם ולבריאותם הטובה של תושבי הרצועה. **החברה פועלת לפי הנהלים המפורסמים של המשיב מס' 2 בכל הנוגע להכנסת שחורות לעזה, ומקפידה לנהוג לפי החוק.**

6. מערער מס' 1 (להלן: **המערער**) הינו מנהלה בפועל של החברה. בעל החברה הינו אחיו של המערער, המתגורר בשנים האחרונות באיחוד האמירויות.

7. כפי שהיא עושה מדי כמה חודשים, בחודש פברואר 2017 ביקשה החברה להכניס לרצועת עזה משלוח גדול של ציוד דנטלי, הכולל מחטי הרדמה, חומרי טשטוש, חומר לסתימות שחורות

(אמלגם), קערות וכפות מפלסטיק, מחזיקי לסת ועוד. **החומרים הוזמנו ונרכשו מארבע חברות:** שתי חברות ישראליות בשם "הנרי שיין שוודנט" ו"דנטל סנטר א.ר בע"מ", חברה מטייוואן בשם "glows" וחברה מאוסטרליה בשם SDI (משם הוזמן ונרכש האמלגם). **שווי הסחורה עומד על כ-110,700 ₪, לא כולל עלויות מכס והובלה למעבר כרם שלום.**

8. החברה נקטה שורה של פעולות מקדימות לשם הכנסת המשלוח לעזה. ראשית, הסחורה שהגיעה מאוסטרליה וטייוואן קיבלה בנמל אשדוד **אישור להיכנס לארץ לצורך הכנסתה לרצועת עזה** (בנמל אשדוד יושבים אנשי מכס וכן גורמי ביטחון שעוברים על כל משלוח). במקביל, עבור סחורה זו החברה קיבלה **אישור יבוא לשטחים** ממשרד הבריאות הישראלי (אגף אמ"ר). בתיאור הטובין מאוסטרליה ציין המשרד שלושה סוגי טובין- "סתומות", "ציוד דנטלי" ו"דבק לסתימה". באישור נכתב כי:

"הטובין אסורים לשימוש, למכירה ולהפצה במדינת ישראל ומוגבלים לתחומי הרשות הפלשתינאית".

9. לאחר קבלת אישורים אלו, וריכוז כל הסחורה במחסן בישראל, פעלה החברה מול המשיב מס' 2, לצורך תיאום הכנסת הסחורה דרך מעבר כרם שלום לעזה. החברה פעלה על פי נוהל "תיאום הכנסת סחורות" של המשיב מס' 2, והודיעה- דרך וועדת הסחורות הפלסטינית- על כוונתה להכניס משלוח של ציוד דנטלי לעזה. **עובדי מת"ק עזה אישרו את הכנסת הסחורה, תיאמו אותה ליום 16.2.2017 ונתנו לה מספר תיאום- 169**. לאחר קבלת האישור, שילמה החברה לחברת הובלות שהובילה את המשלוח לכרם שלום ביום 16.2.2017.

#### התפיסה-

10. למרות התיאום המוקדם, כאשר הגיע המשלוח למעבר כרם שלום ביום 16.2.2017, החליטו נציגי המשיבים **לתפוס את כלל הסחורה וסירבו להכניסה לרצועת עזה**. למוביל המשלוח לא הוסבר פשר התפיסה וכל שנמסר לו הוא "טופס הודעה על תפיסה של טובין וכוונה לחלטם". על פי הטופס, הרכוש נתפס משום ש"יש טעם לחשוד כי הטובין הינם רכוש הקשור לעבירת טרור או לארגון טרור...לאור ניסיון העברתם לרצועת עזה ללא אישור כנדרש ובשים לב לחזקה הקבועה בסעיף 56(ה) לחוק המאבק בטרור". למעט פסקה גנרית זו המופיעה באופן מובנה בטופס, בטופס לא פורטה סיבת התפיסה של המשלוח הספציפי. כל שנכתב הוא כי נתפסו "3 משטחים, רכב מסחרי ועגלה" (הטופס צורף לעתירה וסומן נספח עמ/9).

11. בטופס נכתב כי הרואה עצמו נפגע מהתפיסה ומכוונת שר הביטחון להוציא צו תפיסה מינהלי כנגד הטובין, רשאי לפנות בכתב ליועץ המשפטי למערכת הביטחון בתוך 10 ימים ממועד תפיסת הטובין.

12. המערערים לא ידעו מדוע נתפס המשלוח וסורבה הכנסתו לעזה. יודגש כי בכל שנות פעילותם, מעולם לא נתפסה סחורה שרכשו ומעולם לא סורבה הכנסתה לעזה. **זאת, גם כאשר הסחורה כללה חומר לסתימות שחורות לשיניים מסוג אמלגם, כפי שהיה בשנת 2014 ובשנת 2015.**

13. יצוין כי כשבוע לאחר התפיסה, הודיעה וועדת תיאום הסחורות הפלסטינית לסוחרים בעזה כי ישראל החליטה להתנות מעתה את הכנסת האמלגם לרצועת עזה בקבלת רישיון מיוחד.

כלומר, שמעתה ייחשב אמלגם כ"ציווד דו-שימושי" ולכן יהיה צורך להשיג עבור הכנסתו לעזה רישיון "דו-שימושי", מכוח חוק הפיקוח על ייצוא ביטחוני, 2007 וצו הפיקוח על ייצוא ביטחוני (ציווד דו שימושי המועבר לשטחי האחריות האזרחית הפלשתינית), 2008. הודעה זו גרמה למערערים לחשוב שאולי המשלוח האמור נתפס משום שכלל אמלגם אך לא הייתה כל אינדיקציה לכך בטופס שהתקבל מהמשיבים.

14. משיחות עם יבואני אמלגם אחרים ברצועת עזה, הבין המערער שהוא אינו היחיד שציווד דנטלי שהזמין ורכש ממיטב כספו נתפס על ידי מדינת ישראל באותם הימים. אכן, בירור מול סוחרים אחרים ברצועת עזה ושיחות עם עורכי דין ישראלים, העלו כי בסמוך לתפיסת הסחורה של המערערים תפסו המשיבים משלוחים אחרים של ציווד דנטלי, שכללו גם הם אמלגם. כך היה למשל ביום 19.2.2017 וביום 1.3.2017. המשיבים אישרו זאת בתשובתם לבקשת חופש מידע מיום 23.5.2017, שם כתבו כי "מוכרים 4 מקרים בהם נתפס "אמלגם" במעבר "כרם שלום", במהלך החודשים פברואר-מרץ 2017. לא מוכרים מקרים נוספים".

15. מכאן עולה המסקנה שהחל מחודש פברואר 2017 החליטו המשיבים להנהיג מדיניות חדשה המתנה את הכנסת אמלגם לרצועה בקבלת רישיון של "ציווד דו-שימושי". מדיניות זו לא הייתה נהוגה קודם לכן, ואמלגם היה נכנס לרצועה בתיאום בלבד. המדיניות הוחלה באופן מידי ורטוראקטיבי, כך שמי שלא הציג רישיון דו-שימושי לאמלגם במעבר כרם שלום, כבר ביום בו הוחלט להנהיג את המדיניות, סחורתו נתפסה על ידי המשיבים והוא נחשב כעברייין לפי חוק המאבק בטרור. זאת, למרות שהמשיבים לא פרסמו את הדרישה החדשה ברבים ולא נתנו זמן להיערך ולפנות בבקשה להנפקת רישיון דו-שימושי לגורמים הרלוונטיים (בחנית בקשה כזו יכולה להימשך עד 45 ימים). עם זאת, העובדה כי המשיבים עידכנו את הגורמים הפלסטיניים על שינוי המדיניות (כאמור, רק כשבוע לאחר תפיסת רכושו של העותר) מלמדת כי המשיבים היו מודעים לחובתם להודיע מראש על שינוי המדיניות.

#### מיצוי הליכים מול המשיבים

16. מיד לאחר שיצרו המערערים קשר עם עמותת "גישה" לשם קבלת ייצוג משפטי בעניינם, מיהרה הח"מ וביום 9.3.2017 הגישה מכתב השגה למשרד הביטחון כנגד תפיסת המשלוח. ביום 16.3.2017 נשלח מכתב נוסף ובו השלמת טענות בצירוף אסמכתאות.

17. משלא התקבלה תשובה, ביום 23.3.2017 פנתה הח"מ למשרד יועמ"ש משרד הביטחון על מנת לברר אם הוצא צו תפיסה מינהלי, שאם לא כן החוק מחייב לשחרר את הסחורה לאלתר (סעיף 62ג) (לחוק המאבק בטרור). רק במענה לפנייה התברר כי אכן המשיב מס' 1 הוציא צו תפיסה מינהלי כנגד המשלוח של העותר וזאת כבר ביום 2.3.2017. הידיעה על הוצאת הצו לא נמסרה לאיש, ועותק ממנו נשלח לח"מ רק באותו היום. המשלוח של העותר תואר בצו כך:

"4. משלוח של ציווד רפואי שכלל בין היתר גם כספית שנתפס ביום 16.2.2017 במעבר כרם שלום ע"ג משאית ל"ז 89-750-32".

18. רק מתיאור המשלוח התפוס בצו, ניתן היה ללמוד לראשונה- וגם זאת במרומז- מה הייתה לשיטת המשיבים סיבת התפיסה: המשלוח כלל כספית. כספית מוגדרת כ"ציווד דו-שימושי" שעבור הכנסתו לעזה יש להנפיק רישיון מוקדם (סעיף 6 לתוספת הראשונה לצו הפיקוח על

יצוא ביטחוני (ציוד דו שימושי המועבר לשטחי האחריות האזרחית הפלשתינית), (2008). אמלגם, אותו חומר לסתימות שחורות בשיניים, שהיה כלול במשלוח של המערערים, מכיל כספית בכמויות מזעריות. אמלגם מגיע בצורת קפסולה. הקפסולה מכילה בדרך כלל כספית ומתכת אחרת כמו כסף, כאשר בין שני החומרים מפרידה ממברנה. על מנת ליצור סתימה, יש להכניס את הקפסולה לתוך מכונה, אשר שוברת את הממברנה ומערבבת בחוזקה את המתכות. **כמות הכספית שיש בכל קפסולה הינה מזערית, כחצי גרם**. להלן תמונה מקטלוג של קפסולות אמלגם:



19. כאמור לעיל, למרות שאמלגם כולל כספית, המוגדרת על ידי המשיבים כ"ציוד דו-שימושי", משך שנים התירו המשיבים להכניס לעזה אמלגם ללא צורך ברישיון מיוחד אלא בכפוף לתיאום בלבד. זה היה הדין גם לגבי אמלגם שהכניסו המערערים בשנים האחרונות.

20. בהמשך לכך, ביום 26.3.2017 נשלח מכתב השגה "רשמית" למשרד הביטחון כנגד צו התפיסה. המכתב הפנה למכתבים הקודמים מיום 9.3.2017 ו-16.3.2017 והוסיף עליהם. ביום 2.4.2017 נשלחה הבהרה ביחס לחלק מהטיעונים והעובדות שצינו בהשגה זו.

21. ביום 23.4.2017, משחלף כחודש מאז נשלחה ההשגה ויותר מחודשיים מיום התפיסה, נשלח מכתב התראה לפני פנייה לערכאות. במכתב צוין כי משום שמדובר בציוד רפואי-הומניטארי המיועד לרווחתם ולבריאותם הטובה של תושבי רצועת עזה, יש לקבל בדחיפות החלטה בהשגה שכן עיכוב הציוד בישראל גורם לפגיעה הן באיכות החומרים והן בתושבי עזה הזקוקים לטיפול שיניים.

22. יום למחרת, ביום 24.4.2017 התקבלה תשובת המשיב מס' 1 להשגה, לפיה:

"לאחר בחינת טענות מרשך על ידי הגורמים הרלוונטיים במערכת הביטחון, הוחלט לקבל את ההשגה מטעמים הומניטאריים ולשחרר את הציוד הרפואי שבעלות מרשך."

23. מלשון ההודעה ניתן היה להבין שכלל המשלוח של המערערים ישוחרר, לרבות האמלגם. ואולם, רק משיחה עם עובד יחידת החילוט של האפוטרופוס הכללי במשרד המשפטים התברר כי הוא קיבל הנחיה ממשרד הביטחון שלא לשחרר לידי המערערים את האמלגם.

לאחר בירור חוזר עם משרד יועמ"ש משרד הביטחון, ביום **26.4.2017** נמסר כי החלטתם אכן אינה נוגעת לאמלגם, אלא לשאר המשלוח. באשר לאמלגם, נמסר כי החלטה תימסר בהמשך.

#### הליכים משפטיים

24. ביום **9.5.2017**, נוכח עיכובים במסירת הציוד המותר לשחרור, הוגשה נגד המשיבים עתירה מינהלית דחופה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו, היא העתירה נשוא הערעור (עת"מ 17520-05-17 ■■■■■ נ' **שר הביטחון ואח'.**) בעתירה התבקשו שני סעדים - הראשון, לשחרר ולהכניס בדחיפות לשטח רצועת עזה את הציוד הרפואי-הומניטארי שרכשה החברה ואשר הוחלט לשחררו מתפיסה זמנית של משרד הביטחון. השני, להשיב להשגה שהגישו המערערים בעניין האמלגם ולשחררו גם כן מתפיסת משרד הביטחון.

25. ביום **17.5.2017** הגישו המשיבים תגובה לבקשה לקיום דיון דחוף. בתמצית, נטען כי שחרור הציוד (המותר לשחרור) ממחסני המשיבים בקרית ביאליק יתאפשר באותו היום, ה-17.5.2017 וכי ביחס לאמלגם טרם התקבלה תשובה. בהתאם לכך, באותו היום קבע בית המשפט קמא (כב' השופט ברנר) כי דיון מוקדם בעתירה יתקיים ב-27.9.2017, וכי המשיבים יגישו כתב תשובה בתוך 30 ימים.

26. ביום **22.5.2017** התקבלה החלטת המשיב מס' 1 ביחס לאמלגם, לפיה הוחלט לדחות את השגת העותר ולהורות על חילוט האמלגם לטובת מדינת ישראל (להלן: **ההחלטה**). לאור האמור, ולנוכח הציפייה כי הציוד שאושר לשחרור אכן יימסר במלואו לידי המערערים, אישר בית משפט קמא למערערים לתקן את העתירה ולמקדה בתקיפת החלטת המשיבים להורות על חילוט האמלגם. העתירה המתוקנת הוגשה ביום **7.6.2017**, לצד בקשה להקדמת הדיון.

27. יצוין כי רק בנוסח ההחלטה מיום 22.5.2017 מסרו המשיבים נימוק מסודר וברור להחלטה לתפוס את המשלוח שלושה חודשים קודם לכן. בהחלטה נכתב כי משום שהמערערים לא הצטיידו באישור הנדרש לשם העברת האמלגם, המכיל כספית, לרצועת עזה, האמלגם נתפס וזאת מכוח הוראות חוק המאבק בטרור. המשיבים הפנו בהחלטתם לסעיף 56(ה)(1) לחוק הקובע חזקה, לפיה "רכוש שנתפס במעבר גבול בין ישראל לחבל עזה, שלא דווח והייתה חובה לדווח עליו, בלא היתר שנדרש, הוא רכוש של ארגון טרור או רכוש שנעברה בו עבירת טרור חמורה, אלא אם הוכח אחרת" (להלן: **החזקה**).

28. בנוסף, נכתב כי "ההחלטה בדבר דחיית ההשגה מבוססת גם על מידע מודיעיני חסוי אשר מטעמים של ביטחון המדינה לא ניתן לחשוף אותו, אולם ניתן לציין כי בידי גורמי הביטחון מידע ממנו עולה כי **מרשך** חשוד כמי שעומד בקשרים עם פעילי טרור וכן חשוד במעורבות ברכש וייבוא חומרים לשימוש גורמי הטרור" (סעיף 6 להחלטה, הדגשה שלי, מ.ל.).

29. זו הייתה הפעם הראשונה שבה המשיבים העלו טענה ביטחונית כנגד המערערים או הרכוש התפוס, שאינה קשורה לאי הצגת רישיון ציוד דו-שימושי (קרי, שאינה קשורה לחזקה הקבועה בסעיף 56(ה)(1) לחוק), ואשר לכאורה מצדיקה את חילוט הרכוש.

30. ביום **9.7.2017** הגישו המשיבים תגובה מקדמית לעתירה וביום **6.9.2017** התקיים דיון מקדמי בפני כב' השופט ברנר. לאחר עיון בחומר חסוי במעמד צד אחד, שמיעת הצדדים וכן קבלת

הסכמה לראות בתגובה המקדמית משום כתב תשובה, נתן כבי' בית משפט קמא את פסק דין ביום 9.9.2017. פסק הדין דחה את העתירה ואישר לחלט את האמלגם לטובת המדינה. כמו כן נפסקו לטובת המשיבים 15,000 ₪ הוצאות.

31. לשם השלמת התמונה העובדתית יצוין כי על אף שהמשיבים אישרו לשחרר מתפיסה זמנית את כלל המשלוח של הציוד הדנטלי של המערערים, למעט האמלגם, הסחורה עד היום לא נמסרה לידי המערערים משום שהיא ככל הנראה הלכה לאיבוד על ידי מי מהמשיבים או יחידת החילוט באפוטרופוס הכללי שאמונה על אחסנת הרכוש התפוס. **נכון להיום אף פריט מהמשלוח הגדול של הציוד הדנטלי של ה-16.2.2017 לא הגיע לידי המערערים.** בגין התנהלות קלוקלת זו של המשיבים ושל משרד האפוטרופוס הוגשה לאחרונה בקשה למתן הוראות לאפוטרופוס (נע"ד (י-ם) 31066-10-17 ■■■■■ נ' האפוטרופוס הכללי).

### **נימוקי הערעור – שגיאות בפסיקת בית המשפט קמא**

32. המערערים סבורים כי, בכל הכבוד הראוי, בית המשפט קמא שגה בכך שדחה את העתירה והתיר את חילוט האמלגם לטובת המדינה. באופן מפורט, המערערים סבורים כי פסק הדין מתבסס על מספר קביעות משפטיות שגויות:

א) בית המשפט קמא שגה בפרשנות שהעניק לשינוי המדיניות למפרע שביצעו המשיבים וביישום כללי שינוי המדיניות במשפט המינהלי.

ב) בית המשפט קמא שגה בהתייחסותו לנוהל תיאום סחורות.

ג) בית המשפט קמא שגה בפרשנות שהעניק להוראות חוק המאבק בטרור, ביחס לקיומה של חזקה כאמור בסעיף 56(ה)(1) וביחס לרלוונטיות של החומר הביטחוני נגד המערער.

ד) בית המשפט קמא שגה בהתייחסותו לאמלגם כמצרך לא חיוני בעזה.

ה) בית המשפט קמא שגה ביישום תפקידו להעביר ביקורת שיפוטית מורחבת על החלטות שר הביטחון לתפוס רכוש.

ו) בית המשפט קמא שגה בקביעותיו לגבי החובות ההומניטאריות של מדינת ישראל מכוח המשפט הבינלאומי.

ז) בית המשפט קמא שגה בפסיקתו לעניין ההוצאות.

אלו יפורטו להלן:

### **א. בית המשפט קמא שגה בפרשנות שהעניק לשינוי המדיניות למפרע שביצעו המשיבים וביישום כללי שינוי המדיניות במשפט המינהלי**

33. המשיבים ביססו את החלטתם לתפוס את האמלגם על סעיף 56(ה)(1) לחוק המאבק בטרור הקובע חזקה לפיה "חזקה שרכוש שנתפס במעבר גבול בין ישראל לחבל עזה, שלא דווח והיתה חובה לדווח עליו, בלא היתר שנדרש... הוא רכוש כאמור בסעיף זה, אלא אם כן הוכח אחרת". לאורך ההליכים טענת המערערים הייתה כי אין מדובר ברכוש שהיה נדרש היתר

בעניינו או חובה לדווח עליו, במועד תיאום הכנסתו לעזה. זאת, משום שכאמור המשיבים מעולם לא דרשו רישיון דו-שימושי עבור אמלגם ובעבר התירו את כניסתו בכפוף לתיאום בלבד.

34. בתגובתם המקדמית המשיבים הודו כי עד לחודש פברואר 2017 הם לא התייחסו לאמלגם כציוד דו-שימושי ולא התנו את הכנסתו לעזה בהצגת רישיון. זאת, משום שלטענתם רק בחודש זה "עוררו גורמי המעבר (רמ"מ) וגורמי הביטחון את העובדה כי אמלגם הוא למעשה חומר המכיל כספית" (סעיף 49 לתגובה). לפיכך, הם טענו כי אין מדובר בשינוי מדיניות פר סה אלא בתיקון טעות. עם זאת, הם המשיכו להפנות אצבע מאשימה כלפי המערערים שלא פעלו מיוזמתם להנפקת רישיון דו-שימושי מבעוד מועד.

35. הגם שקשה להלום טענה זו כשהיא נשמעת מפי המדינה, שמאשרת (ובודקת ודוגמת) כל פריט ופריט שנכנס לעזה מזה שנים, המערערים הבהירו שהם אינם חולקים על סמכותם של המשיבים לשנות את מדיניותם ביחס לאמלגם או לתקן את טעותם. ואולם, המערערים עמדו על כך שבהתאם לכללי המשפט המינהלי החלטה כזו לגבי תיקון הטעות או שינוי המדיניות והעלאת דרישה חדשה בפני היבואנים צריכה לחול באופן פרוספקטיבי, כך שיבואנים שכבר רכשו אמלגם ותיאמו את הכנסתו לרצועה מול המשיבים - יהיו רשאים להכניסו ללא תנאי נוסף, וכמובן מבלי להסתכן בהחרמת רכושם.

36. החלה מכאן והלאה של הדרישה החדשה מתחייבת למען ההגנה על אינטרס ההסתמכות של יבואני האמלגם, והמערערים בפרט, שכבר רכשו את הסחורה, תיאמו את הכנסתה מול כל גורם רלוונטי (לרבות נציגי המשיבים) והובילו למעבר כרם שלום. ייתכן שהם אף התקשרו בחוזה למכירתה ברצועת עזה ללקוח מסוים. החלה פרוספקטיבית מתחייבת גם מהעובדה הפשוטה שהוצאת רישיון דו-שימושי אורכת זמן (ועל פי חוק הפיקוח על הייצוא הביטחוני, עד 45 ימים), ולכן אם המדינה דורשת כעת מהיבואנים לנקוט בהליך של הוצאת רישיון, עליה לתת להם את השהות המספקת להיערך לכך ולכלכל צעדיהם בהתאם.

37. זאת ועוד, אם רק בחודש פברואר 2017 "עוררו" גורמי המעבר את העובדה כי אמלגם הוא למעשה חומר המכיל כספית וככזה צריך להוציא עבורו רישיון, ודאי הגורמים האמונים על הנפקת רישיונות לציוד דו-שימושי לא היו מודעים לעובדה זו גם כן. לפיכך, המערערים ואחרים כדוגמתם לא היו יכולים להנפיק רישיון לאמלגם גם אם היו רוצים, ואם היו פונים בבקשה כזו היו ודאי נענים בתשובה שאין צורך ברישיון. מכאן נובע שגם גורמי המשיבים שאמונים על הנפקת רישיונות יצטרכו כעת זמן מה על מנת ללמוד את המטרייה, לקבל בקשות לרישיונות דו-שימושי לאמלגם ולאשרן.

38. החלה רטרואקטיבית של הדרישה החדשה פסולה גם מן הטעם שהיא הביאה לתוצאה פוגענית באופן קיצוני של החרמת הרכוש לידי המדינה והכתמת המערערים כמי שהפרו את הוראות חוק המאבק בטרור. ודוק: המשיבים יכלו להחליט שהם מחילים את המדיניות החדשה באופן מידי במובן זה שאמלגם שהגיע למעבר ללא רישיון לא יורשה להיכנס לרצועה, ובעליו יופנו להגשת בקשה לרישיון. במקום זאת, המשיבים בחרו באמצעי פוגעני ומרחיק לכת הרבה יותר - החרמת האמלגם מידי בעליו וחילוטו לטובת המדינה. לפיכך, גם אם היו



המערערים מעוניינים להגיש בקשה להנפקת רישיון דו-שימושי לאמלגם שרכשו, אין הם יכולים לעשות כן כעת שכן הרכוש הוחרם מידיהם.

39. כתמיכה לטענותיהם המערערים הפנו לפסיקה ולספרות הנוגעת לשינוי מדיניות של רשויות מינהל ולאופן בו ראוי להחיל שינוי זה (בין היתר, בג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד (1) 673, 676; בג"ץ 7691/95 ח"כ גדעון שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 598; בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד נב(2) 193; בג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש-הממשלה, פ"ד נד(3) 270; דפנה ברק-ארז, "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי", משפטים כז 17 (1996); דפנה ברק-ארז, "הגנת הציפייה במשפט המינהלי" עיוני משפט כז 209 (2003)). כך למשל, בבג"ץ 1398/07 לביא-גולדשטיין נ' משרד החינוך פס' 25 ו-33 (פורסם בנבו, 10.5.2010) נאמר:

"במצב של פעילות ממושכת של רשות מינהלית על פי מדיניות מסוימת, החלטות הרשות יוצרות מעין-מצג לגבי החלטותיה במקרים דומים בעתיד, ומצג זה מעודד הסתמכות. מצג כזה נוצר גם בהיעדר הצהרה מפורשת של הרשות ביחס לעתיד, וזאת כפועל יוצא מחובת הרשות לנהוג בשוויון ובהגינות" (פס' 33).

40. למרות האמור, בית המשפט קמא קיבל את עמדת המשיבים וקבע שאין מדובר בשינוי מדיניות אלא בתיקון טעות שנפלה אצל גורמי הביטחון. מבלי להתייחס למרבית טענות המערערים שהוצגו לעיל לגבי ההשלכות הקשות של החלת הדרישה החדשה באופן מידי, בית המשפט קבע כי:

"העדר דרישה בעבר להצטיידות ברישיון לציוד דו-שימושי בנוגע לאמלגם, אינה צריכה להחשב כמדיניות של גורמי הביטחון, אלא כמחדל שהתגלה ובא אל תיקונו מרגע שהתגלה." (פס' 17 לפסק הדין- נספח ע/1).

41. ואולם, גם אם מדובר ב"תיקון טעות" ולא ב"שינוי מדיניות", מדוע שתיקון הטעות ייעשה באופן רטרואקטיבי כך שיוביל להחרמת רכוש שלא הוצג לו רישיון כאמור? הפסיקה היחידה אליה הפנה כב' בית המשפט היא אותה פסיקה אליה הפנו המשיבים, בג"ץ 10777/03 ליאור ארצי ו-44 אח' נ' ראש המטה הכללי של צה"ל (פורסם בנבו, 25.11.2009) (להלן: עניין ארצי). בית המשפט קמא ציטט את הדברים הבאים:

"רשות ציבורית המגלה כי פעלה מחוץ לגדרי הדין חייבת לתקן את נוהלי פעולתה, וליישר קו עם הוראות הדין המחייבות, המגדירות את מרחב כוחה וסמכותה. אך ברור הוא, כי בנסיבות כאלה אדם אינו רוכש זכות מוקנית לקבלת תנאים מיטיבים שמקורם בפרקטיקה מוטעית, ולא עומדת לו זכות לחייב את הרשות להנציח גם להבא את טעותה." (פס' 38 לפסק הדין)

42. פסק הדין האמור אינו סותר את טענות המערערים, להיפך, הוא מחזק אותן. ראשית, המערערים לא ביקשו מהמשיבים להנציח את טעותם הלאה אלא רק ביקשו כי יותר להם להכניס את האמלגם שכבר תואם לעזה- עם או בלי רישיון דו-שימושי. ייאמר שוב: לו המשיבים היו רק מונעים את הכנסת האמלגם לעזה ולא מחרימים אותו, המערערים ודאי היו פועלים על מנת לקבל עליו רישיון דו-שימושי לפי הדרישה החדשה. יוזכר כי העתירה

לא כוונה כנגד ההחלטה הכללית לראות מעתה באמלגם כציוד דו-שימושי אלא כנגד ההחלטה להחיל את הדרישה החדשה על האמלגם שהמערערים רכשו ותיאמו כבר את הכנסתו לעזה.

43. שנית, באותו עניין קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה, בפסקה הקודמת לזו שצוטטה על ידי המשיבים ובית המשפט קמא כי:

"דרך כלל, שינוי מדיניות של רשות ציבורית אינו אמור לחול למפרע, אלא עליו לצפות פני עתיד, כדי שלא תפגענה זכויות או ציפיות לגיטימיות שנתגבשו על-פי המצב טרם השינוי (בג"צ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, (לו) 673, 676 (1975) (להלן: עניין סאי-טקס); בג"צ 134/67 ואנונו נ' משרד התחבורה, פד"י כא(2) 710 (1967); ברוך ברכה המשפט המנהלי ב 273 (1996)). אלא, שבמקרה זה לא נרכשו זכויות או ציפיות מוקנות, בנות הגנה במשפט" (פסי 37).

44. מכאן, שגם בעניין ארצי חזר בית המשפט הנכבד על ההלכה הפסוקה לעניין איסור תחולה למפרע של שינויי מדיניות או תיקוני "פרקטיקה". הפסקה שצוטטה על ידי בית המשפט קמא (פסי 38) נכתבה על ידי כב' השופטת פרוקצ'יה נוכח הקביעה העובדתית של בית המשפט, בפסקה הקודמת, כי העותרים שם לא רכשו זכויות או ציפיות בנות הגנה במשפט, קרי לא הוכחה הסתמכותם על המדיניות הקודמת. אולם, במקרה נשוא הערעור ודאי שישנה הסתמכות וציפייה לגיטימית מצד המערערים - המערערים הוציאו כספים לרכישת האמלגם מאוסטרליה והסעתו לנמל אשדוד בישראל, ומשם למעבר כרם שלום. הם תיאמו מול נציגי המשיבים את הכנסתו לרצועה וקיבלו מספר תיאום. בכך, הם פעלו בדיוק לפי אותה שרשרת פעולות שביצעו בכל פעם שביקשו להכניס אמלגם לעזה בשנים עברו. לא הייתה להם שום יכולת לדעת שפעולות אלו אינן מספיקות וכי כעת המשיבים דורשים דרישות נוספות.

45. שלישית, בעניין ארצי, מרגע שגילו המשיבים שם כי נפלה טעות בהתנהלותם הם קבעו הוראת מעבר שתכליתה לבטל באופן הדרגתי את המדיניות הקודמת, וזאת על מנת שלא לפגוע במי שכבר הסתמכו על מדיניות זו (ר' פסי 9, 11, 28 לפסק הדין). לא רק זאת, אלא שבעקבות הגשת העתירה ניאותו המשיבים שם להאריך את תקופת המעבר (ר' פסי 15, 35 לפסק הדין). באופן לא מפתיע המשיבים בערעור דנו לא ציינו עובדה זו בפני בית המשפט, וממילא לא נימקו מדוע הם לא החילו הוראת מעבר לגבי דרישת הרישיון עבור האמלגם, כך שיבואנים שכבר תיאמו את הכנסתו לעזה (עד תאריך מסוים) יוכלו להכניסו ללא רישיון. בית המשפט קמא לא עמד על נקודה זו כלל ולא התייחס אליה בפסק דינו, הגם שהיא מהווה נקודת מפתח בפסיקה הנוגעת לשינויי מדיניות למפרע.

46. מכאן, שעניין ארצי אינו תומך בעמדת המשיבים להחיל באופן מידי וללא הוראת מעבר את הדרישה החדשה לגבי הנפקת רישיון לאמלגם כתנאי להכנסתו לעזה. להיפך, הוא תומך בעמדת המערערים כי בהעדרה של הוראת מעבר ונוכח ההסתמכות הלגיטימית של המערערים, ההחלה למפרע הינה פסולה, גם אם מדובר בתיקון מתחייב של טעות.

47. יצוין כי בית המשפט קמא הטיל ספק בשאלה אם ניתן לכנות את המדיניות שהייתה נהוגה על ידי המשיבים מזה שנים, שלא לדרוש רישיונות לאמלגם, משום מדיניות. הוא סבר כי "כדי לקבוע שאכן קיימת מדיניות מסוימת של רשות מינהלית, יש לבחון תחילה את השאלה האם

ישנה או היתה מודעות מצידה של הרשות לקיומו של מצב עובדתי מסויים. רק כאשר ישנה מודעות כזו, ניתן להגדיר את התנהלותה של הרשות ביחס לאותו מצב דברים, כמדיניות... ברם, לא כך הם פני הדברים בענינו. " (פס' 17 לפסק הדין).

48. בין אם נכנה את אופן ההתנהלות של המשיבים כמדיניות ובין אם נכנה אותה בשם אחר- פרקטיקה, מצג, נוהג- ברי כי מדובר בהתנהלות מודעת, סדורה ושיטתית, שחזרה על עצמה מזה שנים והוחלה ביחס לכל יבואן אמלגם. כלל היבואנים, ללא יוצאים מן הכלל, יכלו להכניס אמלגם לעזה ללא צורך ברישיון. **אף אם המדינה לא הייתה מודעת לכך שאמלגם מכיל כספית, היא הנהיגה פרקטיקה עקבית של מתן היתרים להכנסת ציוד דנטלי לעזה מבלי לבחון פריטים ספציפיים בו.** אם בחרה המדינה לשנות כעת את הפרקטיקה ולהתחיל לבחון פריטים מסוימים ולדרוש עבורם רישיונות, מדובר בשינוי מצב עליו חלים כללי המשפט המינהלי.

### **ב. בית המשפט קמא שגה בהתייחסותו לנוהל תיאום סחורות**

49. אחד הטענות המרכזיים של המערערים לשם הוכחת תום ליבם והעובדה שהם פעלו לפי נהלי המשיבים שהיו נהוגים בעת הכנסת האמלגם לעזה, היה שהם פעלו לפי נוהל "תיאום סחורות" של משיב מס' 2. על פי הנוהל, וכפי שנהגו תמיד, המערערים עדכנו את הרשויות הישראליות במת"ק עזה (באמצעות וועדת הסחורות הפלסטינית) על כוונתם להכניס לעזה משלוח גדול של ציוד רפואי-דנטלי. בתשובה, נציגי המשיבים במת"ק עזה אישרו את המשלוח וסיפקו למערערים מספר תיאום-169.

50. בתגובת המשיבים לעתירה הם טענו כי תיאום הכנסת המשלוח לפי הנוהל אינו מספיק וכי אם המערערים ידעו שאמלגם מכיל כספית עליהם היה גם לבקש עבורו רישיון (סעיף 43 לתגובתם). עוד הם טענו כי במסמכי התיאום המערערים הגדירו את המשלוח כ"ציוד רפואי" מבלי לפרט איזה בדיוק ציוד רפואי נכלל בסחורה, לא כל שכן לא ציינו את דבר הכנסת האמלגם (סעיף 44 לתגובתם).

51. בית המשפט קמא קיבל עמדה זו של המשיבים. בפסק דינו הוא קבע:

"העותרים לא דיווחו שמדובר במשלוח של אמלגם, וגם לא ביקשו וממילא לא קיבלו רשיון לציוד דו-שימושי בנוגע אליו. במסגרת המסמכים שהציגו בפני גורמי הבטחון, הם תיארו את הציוד כולו במונח "ציוד רפואי", שכיום ברור כי מדובר בתיאור שהוא מטעה מבחינת גורמי הביטחון, בבחינת גילוי טפח וכיסוי טפחיים" (פס' 16).

וכן:

"הליך התיאום הוא הליך טכני שעניינו יכולת הספיקה של מעברי הגבול. אין בכל כדי ליתר את הצורך בקלת אישור מראש להכנסת ציוד דו-שימושי, דבר שלא נעשה במקרה דנן, לא מראש וגם לא בדיעבד. יתר על כן, במסגרת התיאום האמור לא ציינו העותרים כי הציוד שהם מבקשים להכניס לרצועה כולל אמלגם המכיל כספית, אלא הסתפקו באמירה הכללית לפיה מדובר בציוד רפואי" (פס' 22 לפסק הדין).

52. בכך, בכל הכבוד, שגה בית המשפט. "נוהל תיאום הכנסת סחורות לרצועת עזה", אשר צורף כנספח לעתירה (עמ/20), מבהיר כי הפרוצדורה לתיאום הכנסת סחורות לעזה היא באמצעות שליחת רשימה של כל הסחורות המיועדות לכניסה לעזה, כיממה לפני מועד ההעברה, מהצד הפלסטיני לצד הישראלי במת"ק עזה (סעיף 5(א) לנוהל). על פי הנוהל:

"מפקד המוקד הכלכלי יבצע ברשימות בדיקה כי המוצר המבוקש אינו דורש אישורים מיוחדים נוספים. במידה והמוצר דורש אישורים נוספים להכנסה, לא תתאפשר תיאום [כך במקור] הכנסת משאית הסחורה המבוקשת, אלא בכפוף לאישור פרטני". (סעיף 5(ה) לנוהל).

53. עוד נכתב בנוהל כי הרשימה תכלול את סוג הסחורה, מקורה, פרטי הגורם המקבל בצד הפלסטיני ופרטי המוביל הישראלי (סעיף 4(ב)). הנוהל אינו מציין את רמת הפירוט הנדרשת ביחס לסחורה ונוקט בלשון "סוג הסחורה". בהתאם, הנוהל אינו דורש צירופה של חשבונית רכישה או תעודת משלוח המפרטת את כל הפריטים השונים הנמצאים על גבי המשלוח. כמו כן, הנוהל אינו כולל דוגמא של רשימת סחורות המועברת מהצד הפלסטיני וכן אינו כולל בנספח את טופס התיאום אותו נדרשים היבואנים העזתיים להגיש לוועדת הסחורות הפלסטינית. ואולם, עיון בטופס זה, שעותק ממנו נמצא בידי ב"כ המערערים, מעלה שאין בו כל מקום לפרט מה כלול במשלוח מלבד רובריקה למלא מהו "סוג הסחורה" בתמציתיות.

54. מכאן, שהמשיבים אינם דורשים, לפי נהליהם הם, כי הסוחרים העזתיים יפרטו ברמת פירוט גבוהה מהם הפריטים השונים המופיעים במשלוח שאותו הם רוצים להכניס לעזה, ואינם דורשים כי לרשימות המגיעות מהצד הפלסטיני תצורפנה חשבוניות רכישה - למרות שהדבר אפשרי ואולי אף ראוי. זאת ועוד, הנוהל מטיל עליהם חובה לבצע ברשימות בדיקה כי הסחורה המבוקשת אינה דורשת אישורים נוספים (סעיף 5(ה) לעיל) ולכן ככל שהמשיבים בחרו במקרה דנן לתת אישור למשלוח של המערערים, אין להם על מי להלין אלא על עצמם.

55. יש להלין על כך שהמשיבים בחרו לתאר את התנהלות המערערים כחסרת תום לב וכמי שניסו להסתיר מידע חשוב מהמשיבים - תיאור אשר אומץ על ידי בית משפט קמא. זאת, כאשר ברור מעיון בנוהל הרלוונטי שלא היה שום מקום למסור מידע נוסף וכי הנוהל עצמו אינו דורש זאת. מעל הכל, טענת המשיבים, שאומצה גם היא על ידי בית משפט קמא, כאילו התיאום הינו טכני בלבד ועל המערערים היה לבקש רישיון עבור האמלגם, כאמור אינה הגיונית אם הם מודים שעד למועד הכנסת המשלוח בפברואר 2017 הגורמים לא ידעו כי עליהם להנפיק רישיון שכזה.

56. כתמיכה בטענה זו הוצג תיאום שניפקה מתאמת הבריאות של המנהל האזרחי של משיב מס' 2 להכנסת אמלגם מהגדה המערבית לעזה, במקרה של סוחר אחר, באותו חודש ממש - פברואר 2017 (נספח עמ/21 לעתירה). התיאום ניתן מבלי שהמתאמת ציינה בפני הסוחר כי אמלגם הינו ציוד דו-שימושי ומבלי שהיא תפנה אותו להגשת בקשה לרישיון לפריט זה בטרם תנפיק את הרישיון. מסמך זה מעיד כי הגורם הרלוונטי ביותר בקרב המשיבים לאישור בקשות להכנסת ציוד רפואי-דנטלי לעזה כלל לא ידע, במועד ההחרמה של הסחורה נשוא הערעור, כי מדובר בציוד דו-שימושי.

**ג. בית המשפט קמא שגה בפרשנות שהעניק להוראות חוק המאבק בטרור, ביחס לקיומה של חזקה כאמור בסעיף 56(ה)(1) וביחס לרלוונטיות של החומר הביטחוני נגד המערער**

57. המשיבים תפסו את האמלגם לפי סמכות החילוט המינהלית שהוקנתה להם בחוק המאבק בטרור החדש, שנכנס לתוקף בנובמבר 2016. החוק מתיר לשר הביטחון לתפוס רכוש בהליך מינהלי, בשני מקרים מרכזיים: **האחד**, כשיש מידע **שהרכוש עצמו** שייך לארגון טרור או לפעיל טרור, או שהוא מיועד לביצוע עבירת טרור חמורה, או שנעברה בו עבירה כזו (סעיף 56(ב)(1) לחוק). **השני**, כאשר הרכוש נתפס במעבר גבול בין ישראל לעזה מבלי שהיה עבורו היתר שנדרש. במקרה כזה ישנה חזקה, ניתנת לסתירה, שהרכוש שנתפס הוא רכוש כאמור באופציה הראשונה (סעיף 56(ה)(1) לחוק).

58. בית המשפט קמא נדרש לפרשנותן ויישומן של הוראות אלו במסגרת פסק דינו ולדעת המערערים שגה בקביעותיו המשפטיות, שכן הוא לא העניק משקל מספק ללשון החוק כמו גם לתכליות החוק ולתכלית החילוט המינהלי בפרט. **פרשנות תכליתית ובהתאם לכוונת המחוקק, ויישומה על נסיבות המקרה דנן היו צריכים להוביל לקבלת העתירה, שכן תפיסת האמלגם אינה מה שהמחוקק חזה כהפעלה ראויה של סמכויות המשיבים**. חוק חשוב זה לא נועד לשם חילוט ציוד דנטלי שלא הושג עבורו רישיון, מקום בו המשיבים כלל לא דרשו רישיון שכזה וכאשר אין שום ראיה שהציוד עצמו היה מיועד לביצוע עבירת טרור חמורה.

59. לשם הבהירות ומתוך הנחה כי הערעור דנן הינו אחד המקרים הראשונים בהם מובאות הוראות החילוט המינהלי בחוק לבחינה בפני בית המשפט הנכבד, יובאו הוראות החוק כלשונו. לאחר מכן תוצג ההיסטוריה החקיקתית וכוונת המחוקק לגביהן ולאחר מכן תפורט עמדת בית משפט קמא השגויה כאמור לדעת המערערים.

60. סימן ב' בחוק המאבק בטרור עוסק בתפיסה וחילוט מינהליים. לפי **סעיף 56 לחוק**:

"ב) שר הביטחון רשאי להורות בצו על תפיסה זמנית של רכוש כמפורט להלן...

(1) רכוש של ארגון טרור או של פעיל טרור שהוכרו לפי סעיפים 4, 6 או 11, או רכוש שמיועד לביצוע עבירת טרור חמורה – אם שוכנע שהדבר דרוש כדי לסכל פעילות של ארגון טרור ולפגוע ביכולתו לקדם את מטרותיו או כדי לסכל עבירת טרור חמורה;

(2) רכוש שנעברה בו עבירת טרור חמורה או ששימש במישרין לביצוע עבירה כאמור;

(3) רכוש שהושג כשכר או כתגמול בעד ביצוע עבירת טרור חמורה או יועד להיות שכר או תגמול כאמור;

(4) רכוש כאמור בפסקאות (1) עד (3) שהתגלה לאחר מתן גזר הדין..

ג) שר הביטחון רשאי, לבקשת ראש שירות הביטחון הכללי או ראש רשות ביטחון אחרות באמצעות ראש שירות הביטחון הכללי, להוציא צו תפיסה מינהלי גם לגבי רכוש של חבר בני אדם שאינו ארגון טרור מוכרז, אם התקיימו כל אלה...

ד) לעניין סעיף זה, היה הרכוש כסף...

ה) לעניין סעיף זה –

(1) חזקה שרכוש שנתפס במעבר גבול בין ישראל לחבל עזה, שלא דווח והיתה חובה לדווח עליו, בלא היתר שנדרש או שהיה ניסיון להסתירו ולהבריחו, הוא רכוש כאמור בסעיף זה, אלא אם כן הוכח אחרת;

(2) חזקה שרכוש שבאמצעותו הועבר או הוסתר רכוש כאמור בפסקה (1), שימש במישרין לביצוע עבירת טרור חמורה, אלא אם כן הוכיח מי שהרכוש נמצא בבעלותו, בחזקתו או בשליטתו כי לא ידע שבאמצעות רכושו יועבר או יוסתר רכוש כאמור בפסקה (1);

(3) "עבירת טרור חמורה" – למעט עבירה לפי סעיף 31.

61. עד לחקיקתו של חוק המאבק בטרור, תפיסה מינהלית של רכוש בוצעה לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שהתנו את התפיסה בכך שהרכוש שימש או היה מיועד לביצוע עבירה או מתן שירותים להתאחדות בלתי מותרת (תקנות 74, 84, 85 (1) ו-120) (ר' בג"ץ 4356/16 חסאן מצלאח נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 23.4.2017)).

62. חוק המאבק בטרור נתן בידי שר הביטחון סמכות נוספת, מרחיבה הרבה יותר, לתפוס רכוש בצו מינהלי ובהמשך לחלטו, רק מן הטעם שאותו רכוש הגיע למעבר הגבול בין ישראל לרצועת עזה כשאינן עברו היתר שנדרש עבור הכנסתו לרצועה. במקרה כזה, קבע המחוקק **חזקה** לפיה יראו ברכוש שכזה כרכוש המיועד לביצוע עבירת טרור חמורה או השייך לארגון טרור. חזקה זו ניתנת לסתירה, כאשר הנטל להפריכה הוא על הטוען לזכות ברכוש.

63. חזקה זו נוספה לחוק במהלך הדיונים על הצעת החוק, לאור הערות מצד מערכת הביטחון ומשרד המשפטים, שהעידו על הקשיים בהתמודדות עם בעיית ההברחות של ציוד צבאי ו"דו-שימושי" לרצועת עזה, בכלים החוקיים הקיימים (ר' לעניין זה את דברי המשיבים בתגובתם המקדמית לעתירה, סעיפים 26-27). בדיונים בועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ציינו נציגי הממשלה כי ישנו קושי ראייתי להעמיד לדין ולהרשיע את תושבי עזה בגין הברחה או ניסיון הברחה של ציוד אסור לעזה, ולכן זקוקים הם לכלי מינהלי יעיל ורחב, שיתפוס בחכתו כמה שיותר מקרים (ר' הדיון בפרוטוקול מס' 94, מיום 11.1.2016). כך אמר למשל שרון פרידמן, ראש תחום אכיפה בפרקליטות המדינה:

"ניסינו ללכת בקטע הפלילי בכרם שלום מתוך העשרות והמאות תיקים. לא רק שניסינו, הקדשנו לזה חוליה. אני נסעתי לשם כמה פעמים וניסינו לעשות פלילי. אחרי השקעה אדירה הצלחנו לעשות שלושה תיקים... אני חוזר ואומר שהצלחנו שלושה מקרים מתוך 150 להביא פלילי ולא בכולם הצלחנו בבית משפט." (פרוטוקול מס' 113, מיום 8.2.2016, עמ' 13).

64. לאור אמירות אלו ואחרות, ניסחה היועצת המשפטית של הועדה, עו"ד סיגל קוגוט, חזקה:

"הצעתי גם איזושהי חזקה לגבי מעבר הגבול עם עזה. כי לפי מה שתיארו כאן, החפצים נתפסים או לפי מידע מודיעיני או לפי איזושהי בדיקה אקראית. כשרוצים לחלט רכוש זה רכוש שמנסים להבריח, רכוש שמנסים להחביא או שמנסים להעלים אותו כשצריכים לקבל עליו היתר, אם זה רכוש דו-שימושי שצריך לגבנו היתר. ואז הצעתי שמחד גיסא יוכלו לתפוס את הרכוש הזה, וגם תהיה חזקה שמי שניסה להבריח רכוש במעברים זה אכן מיועד לארגון טרור. זאת חזקה שניתנת לסתירה והיא יכולה להיות נכונה במקרה של עזה. היא יכולה באמת להיות נכונה ברוב המקרים, אז היא גם לא תהיה חסרת צדק, ואז יהיה הליך מינהלי עם יכולת למצות את הטענות בהליך המינהלי." (פרוטוקול מס' 126, מיום 22.2.2016, עמ' 3).

65. עו"ד קוגוט הוסיפה שלהערכתה מי שרכושו נתפס והוא באמת ניסה להבריא את הרכוש לטובת עבירת טרור, לא יגיש עתירה מינהלית לשם ביטול צו התפיסה. כה אמרה:

"בדרך כלל זה יסתיים בזה, כי לארגון הטרור אין זכות עמידה, וכי אדם אחר שהוא בקשר עם ארגון הטרור לא ירצה לקרב את עצמו לארגון הטרור. כך שהרכוש הזה בדרך כלל בהיעדר טענה יוחרם בסופו של דבר. אבל אם תעלה טענה, ובדרך כלל טענה לגיטימית תעלה מצד ג', אז זה יועבר למסלול של בירור..." (שם. ר' גם דברי א' ממשרד ראש הממשלה באותו הדיון, בעמ' 12).

וכן:

"כמות האנשים שאחרי המיצוי של הבירור המינהלי עדיין יהיו להם טענות כי הם צריכים בזה להודיע ולהודות שהם קשורים איכשהו לארגון טרור או שלחלוטין הם חפים מפשע, וזה בכלל רכוש שלהם שנמצא אצל אדם אחר, הרי ברגע שאתה מודה שאתה בקשר עם ארגון טרור, אתה כבר מסתבך בעבירות אחרות. ולכן, המוטיבציה של אנשים סתם כך להגיד שהם קשורים לארגון טרור היא נמוכה. **מתי בכל זאת יהיה מישהו שירצה לטעון בבית-משפט? כשהוא לחלוטין תם-לב, זה הכול. ובשביל אנשים תמי-לב, שזה מיעוט המקרים, לא נורא שיהיה הליך כזה, לפני שאתה מחלט להם את כל מה שזו, ועוד חילוט בשווי."** (פרוטוקול מס' 150, מיום 14.3.2016, עמ' 49. הדגשה שלי, מ.ל.).

66. בדיון ביום 7.3.2016 חזרה עו"ד קוגוט על הצעת החזקה:

"הצעתי חזקה שכשמדובר במעברים ומנסים להסתיר את הרכוש ולא לקבל את ההיתרים שצריכים לקבל עליו אז הנטל יעבור לשני. הצעתי את החזקה הזאת כי חשבתי שלגבי מי שמנסה להבריא, כשמדובר במעברים לעזה, לא ליהודה ושומרון, זה יכול להיות באמת נכון בהרבה מקרים. ובגלל שחשבתי שצריך פה בירור אמיתי בבית-משפט, רציתי גם להקל כדי שהאדם שניסה להסתיר ולהבריא הוא זה שיצטרך להסביר. ברור שהחזקה הזאת לא כל-כך רלוונטית כשמדובר בהליך מנהלי. אבל כשמדובר בבירור בבית-משפט זה יכול לעזור למדינה בהליך". (פרוטוקול מס' 143, מיום 7.3.2016, עמ' 64).

67. יצוין כי החזקה נוספה להצעת החוק בשלב בו עדיין התלבטו נציגי הממשלה וחברי הכנסת אם ראוי שהליך החילוט יהיה כולו הליך שיפוטי (כלומר, שבית המשפט יאשר כל תפיסה ותפיסה) או שהוא יישאר, כפי שהיה בתקנות ההגנה, הליך מינהלי הכפוף בסופו לביקורת שיפוטית. כאמור לעיל, **עו"ד קוגוט הניחה שהחזקה המוצעת אינה רלוונטית כשמדובר בהליך מינהלי שמתחיל ונגמר אצל שר הביטחון** (שם, בעמ' 65-64. ר' גם דבריה בדיון מיום 14.3.2016, פרוטוקול מס' 150 בעמ' 48) **ככל הנראה משום שהדבר יוביל לשימוש נרחב ופוגעני מידי בחזקה.**

68. בסופו של יום, התקבלה עמדת מערכת הביטחון לפיה תפיסה וחילוט מינהליים יישארו הליכים מינהליים שבסמכות שר הביטחון, כאשר ניתן יהיה להעביר עליהם ביקורת שיפוטית (אם כי מורחבת) בסופם (פרוטוקול דיון מס' 160 מיום 21.3.2016). לצד זאת, אושרה החזקה

האמורה, באופן המותיר לשר הביטחון סמכות רחבה למדי לתפוס רכוש רק בגין אי הצגת רישיון הכנסה לעזה (שם, בעמ' 6-7). חזקה זו הוחלה רק על מעבר הסחורות עם עזה.

69. ואכן, **מאז נובמבר 2016 המשיבים עושים שימוש ניכר ונרחב בחזקה**. בטופס הגנרי "הודעה על תפיסה של טובין וכוונה לחלטם- מעבר "כרם שלום"" של משרד הביטחון, שנמסר בעת תפיסת רכוש במעבר, כתוב באופן מובנה: "הואיל ויש טעם לחשוד כי הטובין הינם רכוש הקשור לעבירת טרור או לארגון טרור...לאור ניסיון העברתם לרצועת עזה ללא אישור כנדרש ובשים לב לחזקה הקבועה בסעיף 56(ה) לחוק המאבק בטרור..." (הטופס צורף לעתירה וסומן **נספח עמ/9**). **מכאן, שכל תפיסה אקראית של רכוש המתבצעת במעבר כרם שלום מבוססת על החזקה שנקבעה בחוק.**

70. גם המערערים בערעור דן קיבלו את הטופס האמור ביום 16.2.2017, ובמכתבי ההשגה שהגישה הח"מ בשםם לייעוץ המשפטי של משרד הביטחון, מיקדה היא את טענותיה בכך שהחזקה הקבועה בסעיף 56(ה) לא מתקיימת בעניין זה, משום שכאמור המדינה לא דרשה עד לאותו מועד כי יוצא רישיון לאמלגם. כלומר, מבחינה לשונית לא התקיים הרכיב בסעיף 56(ה) לחוק בו נכתב: "בלא היתר **שנדרש**". משום שההיתר לא נדרש במועד בו הגיע האמלגם למעבר, החזקה לא מולאה.

71. בהחלטת המשיבים מיום **22.5.2017**, נמנעו הם מלהשיב לטענות המערערים כי לא היה היתר "נדרש" במועד התפיסה ועמדו על כך שהחזקה מתקיימת ולא נסתרה. עם זאת, הם הוסיפו עילה נוספת לתפיסת הרכוש והיא: "מידע מודיעיני חסוי אשר מטעמים של ביטחון המדינה לא ניתן לחשוף אותו.. ממנו עולה כי **מרשך חשוד כמי שעומד בקשרים עם פעילי טרור** וכן חשוד במעורבות ברכש וייבוא חומרים לשימוש גורמי הטרור" (סעיף 6 להחלטה, צורפה לעתירה וסומנה **נספח עמ/19**) (הדגשה שלי, מ.ל.).

72. על עמדה זו חזרו המשיבים בתגובתם המקדמית לעתירה. הם טענו כי ה"עניין הביטחוני" הובא בפני המערערים כבר בטופס התפיסה שנמסר להם בכרם שלום (סעיפים 58-59 לתגובה)- טענה **שאינה נכונה** שכן הטופס אינו מפנה כלל לסעיף 56(ב) אלא רק לחזקה הקבועה בסעיף 56(ה). מצד שני הם טענו כי רק לאחר התפיסה ולאחר הגשת ההשגה בוצעה בדיקה נרחבת בעניינם של המערערים ועלה המידע המודיעיני האמור (סעיפים 61-62 ו-91 לתגובה). המשיבים הואילו בתגובתם למסור פרפראזה מצומצמת למידע:

"במשלוח על שם העותר, אותו חומרים המוגדרים זו שימושיים מבלי שקיבל היתר להכנסתם כנדרש. לאור חשד כי **העותר עומד בקשרים על פעילי טרור, הוחלט על תפיסתם**". (סעיף 63 לתגובה).

73. כמו כן הם הציעו לבית משפט קמא להתרשם במסגרת הדיון שיתקיים בעתירה מהמידע הקיים **בעניינו של העותר** (ר' סעיף 64). לאורך התגובה הם חזרו על כך שהמידע המודיעיני נוגע לעותר, ולא לאמלגם הספציפי שנתפס (ר' סעיפים 65, 67, 77, 91, 92).

74. בדיון המקדמי שהתקיים בעתירה, חזרה ב"כ המשיבים על כך שהמידע המודיעיני נוגע לעותר וביקשה כי בית המשפט יעיין בחומר חסוי לעניין זה. חרף התנגדות ב"כ המערערים התיר בית משפט קמא להציג בפניו חומר חסוי במעמד צד אחד. לצד זאת, **בדיון הועלתה בפעם**



הראשונה טענה שגם כמות האמלגם שביקשו המערערים להכניס לעזה הייתה בעייתית ומעידה על כוונות רעות לכאורה (עמ' 3, שורה 23; עמ' 6, שורה 20; עמ' 7, שורה 11 לפרוטוקול). טענה זו לא הועלתה על ידי המשיבים לפני כן, בהחלטתם בהשגה או בתגובה לעתירה, ולא גובתה בנימוק או הסבר מדוע כמות האמלגם שביקשו המערערים להכניס הינה בעייתית. בהתאם, המשיבים לא סיפקו נתונים באשר לכמויות האמלגם שאישרו להכניס בעבר לעזה וכן לא הוכיחו כי הכמות הנוכחית חורגת מהכמויות שאושרו בעבר.

75. בפסק דינו, קיבל בית משפט קמא את עמדת המדינה- הן לעניין התקיימות החזקה הקבועה בסעיף 56(ה) והן לעניין הרלוונטיות של המידע הביטחוני כנגד העותר לצורך תפיסת האמלגם. בפס' 12 לפסק דינו קבע בית המשפט:

"השיקול הבטחוני הוא השיקול העיקרי והמרכזי ששומה על המשיבים לשוות לנגד עיניהם בבואם לדון בהשגה על החלטה לתפוס רכוש...תפיסתו של המשלוח נעשתה על יסוד החזקה לפי סעיף 56(ה)(1) לחוק...היא החזקה בדבר קיומה של זיקה בין הרכוש שנתפס לבין פעילות טרור. כדי לסתור חזקה זו נודעת חשיבות רבה לשאלה האם בעל הרכוש קשור באופן כלשהו לארגוני הטרור אם לאו. ממילא, מדובר לא רק במידע רלבנטי, אלא במידע חיוני מאין כמותו לצורך קבלת הכרעה מושכלת בשאלה האם ישנו חשש סביר שהרכוש עלול לשמש את ארגוני הטרור...". (הדגשה שלי, מ.ל.)

76. בפס' 13 לפסק דינו הוסיף בית המשפט וקבע:

"מלכתחילה, תפיסת המשלוח נעשתה מכוחה של החזקה לפיה ישנה זיקה בין המשלוח לבין פעילות טרור, קרי, מטעמים בטחוניים...ההשגה שהגישו העותרים נדחתה מטעמים ביטחוניים, נוכח החשש לקיומם של קשרים הדוקים בין העותר לבין פעילי טרור...".

77. בית המשפט קמא הוסיף כי "הובהר מתוך החומר הסודי מהו השימוש שארגוני הטרור עלולים לעשות בכספית המצוייה בתוך קפסולות האמלגם, והמשמעות החמורה הנובעת ממשקלה הרב של הכספית שנתפסה במקרה דנן. בזהירות המתבקשת אציין כי נוכח כמות החומר בה מדובר, אין רבותא בעובדה שהעותרים מנהלים עסק של שיווק מוצרים דנטליים, שכן בחומר שנתפס יש די והותר על מנת לשרת גם צרכים דנטליים וגם צרכים אחרים" (פס' 14).

78. בהתייחסו לחזקה הקבועה בסעיף 56(ה) קבע בית משפט קמא כי משום שהמערערים ניסו להכניס לרצועת עזה אמלגם, המכיל כספית שמוגדרת כ"ציוד דו-שימושי", וזאת מבלי לקבל על כך רישיון מראש, מתקיימת החזקה (פס' 16-18). כב' בית המשפט חזר וציין כי לפי החזקה שנקבעה בחוק, הרכוש שנתפס ייראה כרכוש שיש לו "זיקה לטרור" (פס' 15, 18, 19). הוא קבע כי המידע החסוי מצביע על "חשדות של ממש בנוגע לטיב פעילותו הצדדים של העותר ולקשריו עם פעילי טרור. נוכח קיומו של מידע זה, לא עלה בידי העותרים לסתור את החזקה בדבר קיומה של זיקה בין האמלגם שנתפס לבין פעילות טרור" (פס' 19).

79. בקביעותיו אלה שגה בית המשפט קמא ופעל, בכל הכבוד, בניגוד ללשון ולתכלית החקיקה ובניגוד לעובדות שהוצגו לפניו. להלן ריכוז של טענות המערערים לעניין נקודה זו:

• יישום החזקה הקבועה בסעיף 56(ה) צריך להיעשות בזהירות ובמקרים החמורים ביותר

80. תכליותיו של חוק המאבק בטרור הן לקבוע סמכויות אכיפה מינהליות ופליליות לצורך מאבק בטרור, למנוע את הקמתם, קיומם ופעילותם של ארגוני טרור ולמנוע ולסכל עבירות טרור (סעיף 1 לחוק). ר' גם פס' 11 לפסק דינו של בית משפט קמא; ע"פ 6434/15 **מדינת ישראל נ' עבד אל חכים שביר פס' 51** (פורסם באר"ש, 4.7.2017). לצד תכליות נעלות אלו, קובע החוק כי מדינת ישראל מחויבת להיאבק בטרור ברוח האמנות הבינלאומיות שהיא צד להן ותוך איזון עם מחויבותה לזכויות האדם ולאמות המידה המקובלות במשפט הבינלאומי.

81. סמכות החילוט המינהלי של רכוש, שעוגנה בחוק בסעיף 56, מסייעת בהגשמת תכליות המאבק בטרור, אך היא גם פוגעת באופן אנוש בזכות יסוד של האדם- **זכות הקניין**. לפיכך, יש להפעיל סמכות זו בצורה זהירה, קפדנית ומידתית, תוך הקפדה על ההוראות והפרוצדורות שנקבעו בחוק. זו הייתה העמדה של מנסחי החוק, כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק: "מוצע כי בהמשך להכרזה על ארגון כארגון טרור, יהיה ניתן, בהחלטה מינהלית, לתפוס את הרכוש של אותו ארגון, לקראת חילוטו בהמשך, והכול **בתנאים ובסייגים המוצעים בפרק המוצע, שמטרתם העיקרית למנוע פגיעה בלתי- מידתית במי שעלול להיפגע מתפיסה וחילוט כאמור**". (הצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה 2015, ה"ח 949, 31.8.2015, בעמ' 1128. הדגשה שלי, מ.ל.).

82. גם במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הצעת החוק הודגשה הרגישות בה צריך להידרש לסמכות החילוט לנוכח הפגיעה האינהרנטית בזכות הקניין. כך למשל אמרה עו"ד נעמה פויכטינגר ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים:

"בפרק החילוט, שאני מקווה שנגיע אליו במהרה בימינו, יש שורה של הגנות שהשתדלנו לתפור בצורה מדויקת מאוד, הוועדה ודאי תדון בהן בהרחבה לגבי איך אדם יכול לבוא ולטעון שיש לו זכות לגיטימית ברכוש והרכוש הזה איננו בר חילוט. הכוונה בהחלט שכאשר יש לאדם זכות קניינית שראויה להגנה, הזכות הזאת תזכה להגנה, וזה מה שהוא יצטרך לטעון בלי להפליל את עצמו כחבר בארגון הטרור". (פרוטוקול מס' 53, מיום 26.10.2015, בעמ' 52).

83. וראו דבריה של עו"ד סיגל קוגוט, היועצת המשפטית של הוועדה:

"אני רוצה להגיד כמה דברים שבעיני הם מושכלות יסוד. אנחנו לא מדברים פה סתם על הליך מנהלי פשוט, **מדובר כאן בזכות חוקתית שנפגעת בצורה קשה וליבת הזכות פגיעה מוחלטת על-ידי הממשלה**. לעשות את הדבר הזה צריך גורם שהוא זה שמקבל את ההחלטות אחרי שהממשלה מביאה את ראיותיה, כשמוציאה מהאדם. הרשות השופטת היא זו שצריכה להכריע בדבר הזה. זה עניין חוקתי משטרי, גם מבחינת זכויות אדם וגם מבחינת הפרדת רשויות." (פרוטוקול מס' 113, מיום 8.2.2016, בעמ' 14. הדגשה שלי, מ.ל.).

וכן דבריו של עו"ד רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) באותו הדיון:

"בנושא של חילוט יש פגיעה בזכות יסוד חשובה היא זכות הקניין. חילוט של רכוש זה בוודאי זכות שאף אחד לא מקל בה ראש." (שם, בעמ' 5).

84. בהתאם לאמור, אנשי משרד הביטחון וראש הממשלה הבהירו שסמכות החילוט המינהלי נועדה (ותופעל) על מנת לתפוס את הציוד הצבאי והדו-שימושי המסוכן ביותר. כך אמרה למשל עו"ד רינת המאירי ממשרד הביטחון בדיון:

"הדבר העיקרי שאנחנו מחפשים, זה לא כמו הרושם שנוצר שאולי אנחנו מדברים במיקסרים או בכלים לאפייה. ברוב המקרים זה לא. אנחנו מדברים על חומצות ועל חומרים מסוכנים שמעצם טיבם אתה יכול להבין שכנראה זו לא סחורה תמימה." (פרוטוקול מס' 113, דיון מיום 8.2.2016, עמ' 34. הדגשה שלי, מ.ל).

א' ממשרד ראש הממשלה אמר גם הוא באותו דיון-

"אני רוצה לתת רשימה חלקית של דברים, שלא נחשוב שאנחנו מדברים על דירות ועל דברים כאלה. אני מדבר על בלדרים עם שקי כסף, לא פחות מזה. אנחנו מדברים על אלקטרודות. אנחנו מדברים על חלקי גנרטורים. אנחנו מדברים על כלי חפירה מכאניים. אנחנו מדברים על מחרטות או על חלקי מחרטות. אנחנו מדברים על דשנים, חומצות, אלה סוגי הדברים. זה הרוב המכריע של הדברים שאנחנו מצליחים לתפוס" (שם, עמ' 32).

85. נוכח אמירות אלו, המבטאות את כוונת המחוקק ועל בסיס התכליות הקבועות בסעיף 1 לחוק, וכן נוכח הפגיעה הברורה בזכות לקניין של הפרט, ברור כי סמכות החילוט נועדה על מנת לאפשר למשיבים לתפוס את הרכוש המסוכן ביותר, קרי רכוש השייך לארגוני הטרור או נועד לביצוע עבירות טרור חמורות- ככתוב בסעיף 56(ב)(1).

86. החזקה הקבועה בסעיף 56(ה) לעומת זאת, המתירה לשר הביטחון לתפוס רכוש רק מעצם העובדה שלא היה לו היתר בעת שהגיע למעבר כרם שלום, מוסיפה עילה משנית לחילוט רכוש. חילוט רכוש מן הטעם שהוא הגיע למעבר כרם שלום ללא היתר שנדרש עבורו הוא חילוט שאינו בליבת החוק. הוא אמנם נועד לסייע למערכת הביטחון להיאבק באפקטיביות בגורמי הטרור הפועלים בעזה באמצעות סיכול ניסיונות הברחה, אך הוא גם עלול לתפוס בחכתו מקרים רבים "תמימים"- כמו המקרה דנן. בשל כך, ונוכח העובדה שלפי סעיף זה אין צורך בהוכחה- ולו בראיות מינהליות- כי הרכוש שייך לארגון טרור, או מיועד לעבירת טרור חמורה (שכן מדובר בחזקה), ראוי להשתמש בו בזהירות ובקפדנות, וביחס למקרים החמורים ביותר.

87. לאור האמור המערערים סבורים כי אישור החילוט במקרה דנן על ידי בית משפט קמא היה שגוי, שכן המשיבים בחרו להשתמש בחזקה הקבועה בחוק על מקרה פריפריאלי ואזוטרי מאין כמותו, של 9,000 קפסולות של חומר לסתימות "שחורות" בשיניים. אין מדובר ב"חומרים מסוכנים שמעצם טיבם אתה יכול להבין שכנראה זו לא סחורה תמימה", אין מדובר בחומצות, דשנים, אלקטרודות ועוד. מדובר בציוד אזרחי מובהק, שלא לומר ציוד רפואי-דנטלי, שהשימוש הצבאי שניתן לעשות בו הוא לא ישיר ולא אינטואיטיבי כלל. מעבר לכך, נסיבות התפיסה של האמלגם- כאשר המשיבים עצמם לא דרשו עד לאותו רגע רישיון

עבור האמלגם, וכאשר לא היה שום ניסיון הברחה או הטמנה של החומר באופן שיכול להעיד על חוסר תום לב מצד המערערים- מלמדות שאין זה המקרה שראוי להיכנס לחזקה הקבועה בסעיף 56(ה)(1).

88. בית המשפט קמא לא דן כלל בפסק דינו בזכות הקניין של המערערים, ולא איזן בינה לבין האמצעי הפוגעני בו בחרו המשיבים- תפיסת האמלגם (ובהמשך חילוט) להבדיל ממניעת כניסתו לעזה בלבד. מיותר לציין שזכות הקניין מוקנית גם למערערים, הגם שהם תושבי רצועת עזה (ר' לעניין זה הי"ת (ב"ש) 30954-09-15 **עואד צעידי נ' מדינת ישראל**, פס' 27 (פורסם בנבו, 6.3.2016)). בית המשפט קמא גם לא פנה לדברי המחוקק שהוצגו לעיל ואשר מבהירים כי החזקה נולדה מתוך רצון להקל עם המשיבים בטיפול בניסיונות הברחה ולא על מנת להעניש את כל מי שמסיבה כלשהי לא הצטייד ברישיון דו-שימושי. **במקרה נשוא הערעור אין ספק כי לא היה שום ניסיון הברחה. המערערים לא הטמינו את האמלגם מוסתר בתוך ציוד אחר. חשבוניות הרכישה המפרטות את כל תכולת המשלוח הועברו לכל דורש, ועל בסיסן המערערים קיבלו אישור מהמכס ואישור יבוא ממשרד הבריאות (שציין במפורש באישורו כי המשלוח כולל "סתומות").**

89. לסיכום עניין זה, בפסיקתו בית המשפט קמא פעל בניגוד ללשון ותכלית החוק, אישר פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין של המשיבים ופתח רחב מאוד לניצול לרעה של סמכות החילוט שהוקנתה לשר הביטחון ולניצול ושימוש-יתר של החזקה שנקבעה בסעיף 56(ה). מסיבות אלו יש לקבל את הערעור ולהפוך את החלטת בית המשפט.

• חומר מודיעיני לגבי המערער אינו יכול להסמיך תפיסת רכוש

90. בית המשפט קמא גם שגה כאשר הסתפק ב"זיקה" בין הרכוש לבין "פעילות טרור" וכאשר סבר, בהתאם לעמדת המשיבים שהוצגה לו, שחומר מודיעיני לגבי קשריו לכאורה של המערער עם ארגוני טרור הם רלוונטים ויכולים להסמיך את תפיסת האמלגם.

91. כאמור לעיל, סעיף 56(ב)(1) נוקט לשון ברורה- הרכוש אותו מבקשים לתפוס צריך להיות רכוש של ארגון טרור או של פעיל טרור שהוכרז, רכוש שמיועד לביצוע **עבירת טרור חמורה** או רכוש **שנעברה בו עבירה** שכזו. ודוק: הסעיף אינו מדבר כלל על המחזיק ברכוש, מעשיו או מחשבותיו. הטיפול באדם אינו מעניינו של סעיף 56(ב)(1) ולשם כך נקבעו בחוק המאבק בטרור אמצעים אחרים- פליליים ומינהליים. סעיף 56(ב)(1) מתרכז ברכוש עצמו, ומקנה סמכות תפיסה וחילוט של הרכוש נוכח השימוש בו- בעבר או בעתיד.

92. מנסחי החוק עמדו על הבחנה זו בין הטיפול באדם לבין הטיפול ברכוש. עו"ד רז נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) אמר בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט כי –

"פרקים ו' וז' – פרקים שנוגעים להסדרים שונים שעניינם תפיסה וחילוט של רכוש שקשור בטרור, של תשתית כלכלית כזאת או אחרת...אכן, בהקשר הזה צריך להתמודד לא רק בלתפוס את האדם עצמו, את המפגע עצמו לשים אותו מאחורי סורג ובריח, אלא גם יכולת לחלט רכוש של ארגוני טרור, ולתפוס רכוש חילוט גם תוך כדי ההליך המשפטי, וכמובן החילוט בסוף ההליך המשפטי..". (פרוטוקול מס' 42, מיום 12.10.2015, בעמ' 12. הדגשה שלי, מ.ל).

93. עו"ד נעמה פויכטינגר ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים הבהירה זאת בדיון בחוק כמה חודשים לאחר מכן :

"מדובר על רכוש שקשור לעבירה. יש הגדרה שאומרת שזה רכוש שיועד לשמש לביצוע עבירה, הוא שימש לביצוע עבירה...**חשוב לי להבהיר את זה כי אנחנו מדברים פה על רכוש, שהוא עצמו רכוש נגוע במובן הזה שנעשית בו פעולה לא כשרה והוא מיועד לפעולה לא כשרה. הנושא שלנו איננו האדם שעשה את הפעולה. האבחנה הזאת חשובה"** (פרוטוקול מס' 113, מיום 8.2.2016, בעמ' 21)

94. למרות לשון החוק הברורה ולמרות כוונת המחוקק, המשיבים לא בחלו מלטעון כי המידע המודיעיני שישנו לכאורה כנגד המערער רלוונטי לעניין תפיסת הרכוש ויכול להצדיק אותה. יובהר- **המשיבים לא טענו ולו טענה אחת ביחס לאמלגם הספציפי שנתפס במעבר כרם שלום ביום 16.2.2017**. לא נטען כי הוא שייך לארגון טרור או לפעיל טרור ולא נטען כי נעברה בו עבירת טרור חמורה או שהוא שימש במישרין לביצוע עבירה כאמור. כמו כן, לא נטען כי **אמלגם זה, באופן ספציפי, ולפי מידע מודיעיני שיש ברשות המשיבים, מיועד לביצוע עבירת טרור חמורה. המשיבים- ואחריהם בית המשפט קמא- רק טענו כי המערער קשור לגורמי טרור וכי לאמלגם באופן כללי יש פוטנציאל להיות בשימוש על ידי ארגוני הטרור.**

95. טענות כלליות אלו באשר לשימוש הפוטנציאלי באמלגם וטענות הנוגעות למעשיו של המערער, אינן יכולות להצדיק את הפעלת סמכות התפיסה והחילוט של רכוש שהוקנתה למשיבים בחוק. הן גם אינן יכולות להצדיק את השימוש בחזקה. **יודגש כי בית המשפט קמא שגה מבחינה משפטית כאשר קבע שמהות החזקה היא בדבר קיומה של זיקה בין הרכוש שנתפס לבין פעילות טרור** (פסקה 12 לפסק הדין. ור' גם פס' 15, 18 ו-19). לדברי בית המשפט לא צורפו תימוכין אך מעיון בלשון החוק, בתכליותיו ובדברי המחוקק ברור כי זוהי אינה מהות החזקה. הסעיף אינו מדבר על קיומה של זיקה ואינו מסתפק בהוכחת קשר ערטילאי בין הרכוש לבין "טרור". **החזקה כאמור נועדה לקשור ולגשר בין מצב עובדתי של ניסיון הברחה של ציוד לעזה למצב משפטי של "רכוש שניתן לתפסו"**. היא נועדה לקבוע כלל אצבע לפיו בכל פעם שרכוש יגיע למעבר כרם שלום ללא היתר שנדרש או תוך ניסיון להסתירו יראו אותו כרכוש שניתן לתפסו, לפי התנאים הקבועים בסעיף 56(ב).

96. מכאן, שהדרך לסתור את החזקה היא בעיקר לנסות ולהפריך את המצב העובדתי כי היה ניסיון הברחה ולחסביר מדוע הגיע הרכוש ללא היתר שנדרש. דרך נוספת לסתור את החזקה היא אם יטען צד ג' כי הרכוש שייך לו ואין לו כל קשר לאירועים שקרו במעבר הגבול. אכן, המחוקק הניח כי **היחידים שינסו לסתור את החזקה בהליך שיפוטי יהיו אנשים תמי לב**, שיש בפיהם הסבר המניח את הדעת מדוע רכושם הגיע למעבר הגבול ללא היתר (ר' ההפניה בפס' 65 וכן דבריו של א' ממשרד ראש הממשלה בדיון מיום 8.2.2016, בעמ' 33). מכאן, שקביעת בית המשפט קמא לפיה "כדי לסתור חזקה זו נודעת חשיבות רבה לשאלה האם בעל הרכוש קשור באופן כלשהו לארגוני הטרור אם לאו" אין לה על מה לסמוך ולכן היא שגויה מעיקרה.

• כמות האמלגם שנתפסה הייתה קטנה ביחס לכמות שהוכנסה בעבר

97. בית המשפט קמא שוכנע מעמדת המשיבים, כי כמות האמלגם שביקשו המערערים להכניס לעזה ביום 16.2.2017 הייתה רבה מאוד. למערערים לא ידוע איזה מידע הוצג בפני בית המשפט במסגרת החומר החסוי, ואם נחשף בית המשפט קמא לנתונים על משלוחים קודמים של אמלגם שהותרו להיכנס לעזה. עם זאת ברור כי **המשיבים ובית משפט קמא לא הפנו תשומת ליבם לנתונים שהוצגו בפניהם לגבי כמות האמלגם שהמערערים הכניסו בעבר, מהם עולה בבירור כי כמות האמלגם שהייתה במשלוח נשוא הערעור הייתה למעשה הקטנה ביותר בשנים האחרונות.**

98. לכתב העתירה צורפו בנספח **עמ' 2** שתי חשבוניות רכישה של אמלגם מהחברה האוסטרלית SDI (אותה חברה ממנה רכשו המערערים את האמלגם במשלוח דנן). בחשבונית מחודש 10.12.2014, הזמינו המערערים **כמות של 22,500 קפסולות של אמלגם** (450 חבילות של אמלגם, כאשר כל חבילה כוללת 50 קפסולות). משלוח זה הוכנס לעזה, באישור המשיבים וללא צורך ברישיון, ביום 19.2.2015.

99. בחשבונית מחודש 10.9.2015, הזמינו המערערים **כמות של 27,000 קפסולות של אמלגם** (ששה ארגזים של אמלגם, כאשר כל ארגז כולל 4500 קפסולות). משלוח זה הוכנס לעזה, באישור המשיבים וללא צורך ברישיון, ביום 9.11.2015.

100. לעומת זאת, בחשבונית הרכישה של המשלוח נשוא הערעור, מחודש 9.12.2016, הזמינו המערערים **כמות של 9,000 קפסולות של אמלגם** (שני ארגזים של אמלגם, כאשר כל ארגז כולל 4,500 קפסולות). **כמות זו אם כן קטנה יותר משני המשלוחים הקודמים של אמלגם שהוזמנו מאוסטרליה והוכנסו לעזה.**

101. **מכאן, שטענת המשיבים- שאומצה באופן מוחלט על ידי בית משפט קמא- לפיה תפיסת האמלגם מוצדקת בין היתר לנוכח כמות האמלגם הרבה שהייתה במשלוח, הייתה שגויה ומטעה. הנתונים לעיל מעלים את התהייה הכיצד מדינת ישראל אישרה למערערים להכניס בעבר כמויות אמלגם גדולות יותר, אם לדבריה מדובר בכמות מסחרית שיכולה להגיע לידי החמאס? טענה מטעה ושגויה זו אף הובילה להכתמת המערערים בניסיון לסייע לארגוני טרור ובכך פגעה היא בשמם הטוב ובמוניטין שלהם. די בנקודה זו על מנת להוביל לביטול פסק דינו של בית המשפט קמא.**

• המערערים משווקים את האמלגם בעזה רק לאוכלוסייה אזרחית

102. המשיבים טענו בתגובתם כי המערער חשוד בקשרים עם פעילי טרור וכן חשוד במעורבות בייבוא חומרים לשימוש גורמי הטרור. במהלך הדיון הם ככל הנראה הציגו חומר חסוי לעניין זה לבית המשפט קמא, אם כי **בית המשפט לא קבע או רמז בפסק דינו כי למשיבים ראיות המצביעות על כך שהמערערים עסקו בפועל בשיווק של ציוד מסוכן לארגוני טרור.** לעומת זאת, בית המשפט דיבר על השימוש שארגוני הטרור "עלולים לעשות בכספית" ועל כמות החומר שיש בה "די והותר על מנת לשרת גם צרכים דנטליים וגם צרכים אחרים" (פס' 14).

103. למערערים לא הייתה הזדמנות להתגונן מפני האשמות אלו, שהועלו בפעם הראשונה במסגרת ההליך קמא. ככתוב בעתירה, המערער גם מעולם לא נעצר, נחקר או עוכב על ידי רשויות הביטחון ולכן מעולם לא הטיחו בפניו האשמות מסוג זה על קשר עם גורמי טרור, ומעולם לא

הייתה לו הזדמנות להפריכן. חברת [ ] כשלעצמה היא חברה שומרת חוק, הסוחרת עם ישראל (ודרכה) מזה שנים ומעולם לא הוחרמה סחורה שביקשה להכניס לעזה.

104. ניתן להניח שאם היה בסיס לטענות המשיבים כי המערער מעורב בייבוא חומרים לשימוש ארגוני הטרור, הם היו מונעים את ההכנסה של משלוחי אמלגם קודמים שהחברה רכשה. לא רק משלוחי האמלגם נכנסו באישור המשיבים וללא קושי, אלא משלוחים נוספים של ציוד דנטלי אושרו להיכנס לעזה אף לאחר התפיסה נשוא הערעור, ביום 23.5.2017 ו- 29.5.2017.

105. בכפוף לאישור בית המשפט הנכבד, המערערים יבקשו להציג חשבונות מהשנים האחרונות המעידות על זהות לקוחותיהם בתוך רצועת עזה ועל סוג וכמות הסחורה שנמכרה להם. בין לקוחותיהם, כאמור, מרפאות שיניים פרטיות, מרפאות שיניים ציבוריות (כגון מרפאות של ארגון האו"ם אונר"א) ופקולטות לרפואת שיניים באוניברסיטאות.

#### ד. בית המשפט קמא שגה בהתייחסותו לאמלגם כמצרך לא חיוני בעזה

106. בפסק הדין קבע בית המשפט כי "יש מידה רבה של הגזמה בתיאור המצוקה אליה ייקלעו תושבי רצועת עזה אם לא יותר להכניס אמלגם לשטח הרצועה. העותרים עצמם מציינים כי ניתן להשתמש בסתימות לבנות כתחליף לסתימות אמלגם, הגם שמחירן גבוה יותר. בסתימות אלה אין כלל כספית" (פס' 23 לפסק הדין).

107. קביעה זו של בית המשפט, בכל הכבוד הראוי, אינה במקומה ובנוסף היא שגויה. כפי שיעיד כל רופא שיניים, אמלגם הינו פריט חובה בכל מרפאת שיניים, גם במרפאת שיניים במדינה מודרנית בה ישנה נגישות (פיזית וכלכלית) לסתימות לבנות. מדובר בציוד רפואי אלמנטרי, שלא ניתן להסתדר בלעדיו. הוא דרוש לשם ביצוע סתימות "שחורות" לחורים בשיניים, שהן אמנם מיושנות אך לעתים אין להן תחליף. מי שלא יכול להרשות לעצמו סתימה לבנה, או שהיא אינה בנמצא, עלול להיות עם חור בשיניים, על כל המשתמע מכך לבריאות השן והחניכיים.

108. אמלגם הינו מצרך הכרחי במיוחד ברצועת עזה, אזור עני ביותר הסובל מתשתיות ירודות ומהעדר נגישות לשירותי בריאות מתקדמים ואיכותיים. הרוב הכמעט מוחלט של סתימות שנעשות בשיניים של תושבי עזה הינו סתימות "שחורות". אין מדובר בבחירה מושכלת של תושבי עזה; אין להם ברירה אלא לבצע סתימות שחורות. סתימות אלו הן זולות באופן משמעותי יותר מסתימות "לבנות" והן עמידות הרבה יותר. סתימה שחורה היא הסתימה היחידה שעמידה בסיטואציה בה אין חשמל שוטף ומים זורמים, אין פלואור במים, התברואה וההיגיינה במצב ירוד, אין מודעות לבריאות השיניים ואין בנמצא מכשור מקצועי ורופאים מומחים לביצוע סתימות לבנות.

109. משרד הבריאות הישראלי אישר גם הוא כי סתימת האמלגם טובה יותר:

"סתימת האמלגם היא סתימה חזקה, יציבה ועמידה לאורך זמן (יותר מאשר סתימה לבנה). עלותה נמוכה והיא קלה ונוחה לעבודה בתנאים קשים...[סתימה לבנה] דורשת מיומנות מיוחדת של הרופא מאחר והיא רגישה לנוכחות של רוק ומים בזמן הביצוע, משך הביצוע שלה ארוך, עלותה גבוהה והיא פחות יציבה ועמידה

([www.health.gov.il/Subjects/Dental\\_health/information/Pages/DentalFilling.aspx](http://www.health.gov.il/Subjects/Dental_health/information/Pages/DentalFilling.aspx)).

110. המערערים צירפו לכתב העתירה שלושה תצהירים של תושבי עזה (מלבד תצהירו של מערער מס' 1) המעידים על הנחיצות והחשיבות שבהכנסת אמלגם לרצועה. כך למשל העיד ד"ר עלי עזאיזה, רופא שיניים עצמאי מאז שנת 2003 שהוא גם חבר איגוד רופאי השיניים בעזה, כי סתימות האמלגם הן סתימות זולות בהרבה מסתימות לבנות וככאלו נגישות לציבור רחב יותר בעזה. להערכתו, בעוד שחבילה של אמלגם עולה בין 135 ₪ עד 200 ₪, חבילה של סתימות לבנות עולה בערך 250 ₪. במקביל, חבילה של אמלגם מספיקה לביצוע 20-25 סתימות בזמן שחבילה של סתימה לבנה יכולה להספיק לביצוע 5-7 סתימות, ובמקרים נדירים מספיקה ל-9 סתימות. מכאן, **שלא ניתן לזלזל ביעילות של השימוש באמלגם במקום עני וצפוף כמו רצועת עזה.**

111. בדומה, מר **מוסא חצוואן**, יבואן של ציוד דנטלי כדוגמת המערערים, העיד שהמחסור שנוצר באמלגם במרפאות השיניים בעזה משפיע לרעה על יכולתם של תושבי עזה לבצע טיפולי שיניים. מר חצוואן העיר כי להערכתו מחיר סתימה לבנה עולה לצרכן כמעט פי 10 מסתימת אמלגם ולכן רוב תושבי עזה יתקשו לעמוד במחיר.

112. עדותו של ד"ר **גמאל נעים**, יו"ר איגוד רופאי השיניים ברצועת עזה ודיקן הפקולטה לרפואת שיניים באוניברסיטת "פלסטין" בעזה, הייתה המטרידה ביותר. ד"ר נעים העיד כי ברצועת עזה ישנן כ-800 מרפאות שיניים פרטיות וכ-200 מרפאות ציבוריות המופעלות על ידי אונר"א, משרד הבריאות ועמותות שונות. להערכתו, בכל אחת מהמרפאות הפרטיות עושים מדי יום 5 סתימות אמלגם ובמרפאות הציבוריות בין 60-100 סתימות ביום, כמעט כולן של אמלגם. משמע, **מדי יום מבצעים ברצועת עזה כ-5000 סתימות אמלגם לפחות.**

113. ד"ר נעים סיפר כי מאז שישראל שינתה את המדיניות שלה וסירבה להכניס אמלגם לרצועת עזה ללא רישיון מוקדם, מורגש המחסור באמלגם בשוק, גם לשימוש במרפאות וגם לשימוש בשתי הפקולטאות לרפואת שיניים שפועלות ברצועה. לעניין אחרון זה, ומתוקף תפקידו כדיקן הפקולטה לרפואת שיניים באוניברסיטת "פלסטין", העיד ד"ר נעים כי כחלק מהלימודים, הסטודנטים נדרשים להתנסות בביצוע 15-20 סתימות אמלגם (על תותבות). בשל המחסור באמלגם, ההתנסויות בוצעו באמצעות אמלגם שפג תוקפו ושאינו יכול להיות בשימוש על בני אדם, וברוב המקרים סגל הלימודים פשוט ויתר על הדרישה של ההתנסויות בביצוע סתימות אמלגם. כתוצאה מכך, **ישנם כיום מאות סטודנטים לרפואת שיניים בעזה שלא התנסו בביצוע סתימות אלו במסגרת לימודיהם.**

114. עדויות אלו, על המחסור באמלגם בעזה ועל השלכותיו הרחבות, לא קיבלו כל התייחסות בפסק דינו של בית המשפט קמא. הנתונים על אודות השימוש הנרחב באמלגם ברצועת עזה וחוסר היכולת להחליפו בסתימות לבנות מפאת זמינותו, עמידותו וכמובן מחירו הזול יותר של האמלגם, הגם שלא נסתרו על ידי המשיבים או בית המשפט, לא קיבלו שום ביטוי בפסק הדין ולא השפיעו על החלטת בית משפט קמא. במקום זאת, בחר כב' בית המשפט קמא לקבוע כי תושבי עזה לא ייקלעו למצוקה רבה מדי אם לא יותר להכניס את האמלגם.



115. קביעה זו, שיש בה גם משום חוסר הבנה (בכל הכבוד הראוי) של המציאות קשת-היום של תושבי עזה, אינה במקומה וכאמור אין לה במה לתמוך. ככל שקביעה זו תרמה להחלטתו של בית המשפט קמא לאשר את צו התפיסה המינהלי שהוציאו המשיבים כנגד האמלגם, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על ביטולה. יודגש שוב כי **המחסור באמלגם מאז פברואר 2017 הוא מחסור חמור ואקוטי. הוא מוביל לפגיעה ברורה ביכולתם של תושבי עזה לקבל טיפולי שיניים מתאימים וכן מוביל לפגיעה בהכשרתם של רופאי השיניים לעתיד.** מחסור זה לא יכול להתמלא באמצעות סתימות לבנות שכן תושבי עזה רבים אינם יכולים להרשות לעצמם לרכוש אותם. לפיכך, רבים מהם פשוט יוותרו בליט ברירה על הטיפול הנדרש וכך תיפגע משמעותית בריאותם.

**ה. בית המשפט קמא שגה ביישום תפקידו להעביר ביקורת שיפוטית מורחבת על החלטות שר הביטחון לתפוס רכוש**

116. הדיונים בהצעת חוק המאבק בטרור בכנסת ניטשו במשך שבועות ארוכים לגבי היקף הביקורת השיפוטית שתהיה לבתי המשפט בכל הנוגע לתפיסה וחילוט מינהליים- האם, נוכח הפגיעה בזכות הקניין מעצם התפיסה, הם יידרשו לאשר כל תפיסה ותפיסה בהליך שיפוטי או האם יעבירו ביקורת שיפוטית "מינהלית רגילה" לאחר ששר הביטחון יתפוס.

117. בתום דיונים ארוכים התקבלה פשרה בין חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט והיועצת המשפטית של הוועדה עו"ד קוגוט, לבין נציגי משרד המשפטים והביטחון, לפיה הליך החילוט יהיה הליך מינהלי מתחילתו ועד סופו, אך **בית המשפט יהיה מוסמך להעביר ביקורת שיפוטית מינהלית מורחבת בדונו בהחלטות שר הביטחון לתפוס או לחלט רכוש.**

118. כך אמרה לעניין זה עו"ד קוגוט:

"מדובר בשלילה של זכות-יסוד, פגיעה בליבת הזכות, וזה לא מתאים לביקורת שיפוטית חלשה של סבירות... " (פרוטוקול מס' 150, מיום 14.3.2017, בעמ' 47)

וראו דבריה של עו"ד פויכטינגר ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים:

"מכיוון שאנחנו כן שמענו את הטענות של סיגל ושל חברי הוועדה לגבי הקושי להבנתם בהיקף הזה...אנחנו יכולים כן לשקול להכניס פה הסדר יוצא דופן בהיבט הזה, שבמסגרתו בית-המשפט לעניינים מינהליים, כאשר מוגשת עתירה נגד התפיסה הזאת של השר הביטחון, יפעיל שיקול-דעת באופן יותר רחב. זאת אומרת, לא יבחן אך ורק את הסבירות של ההחלטה כן או לא בהיבט הצר, אלא יעשה **בחינה מעמיקה יותר, יהיה לו טווח רחב יותר של אפשרויות לבחון, לקבל החלטה, לשנות את ההחלטה.**" (שם, בעמ' 73. הדגשה שלי, מ.ל.)

119. את ההחלטה להקנות לבית המשפט ביקורת שיפוטית רחבה יותר סיכם עו"ד נזרי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה:

"בהמשך לישיבה הקודמת קיימו גם דיונים פנימיים וגם דיונים עם סיגל, בניסיון להגיע לפתרונות כאלה ואחרים, שמצד אחד, ייתנו מענה למה שדיברתי בישיבה לפני שבועיים, לצרכים ולצורך לשמור על מנגנון חילוט יעיל, ומצד שני, זה יעשה בצורה

שתשמר עד כמה שאפשר את הזכויות של הנפגעים הפוטנציאליים, שגם להם אנחנו כמובן חושבים שצריך לוודא שההליך ייעשה בצורה תקינה...

אנחנו מסכימים, וזה אחרי דיון פנימי שעשינו אצלי, שהביקורת השיפוטית תהיה מורחבת, קראנו לזה, **ביקורת דה-נובו**, כלומר יוכל בית המשפט לא רק לבחון מה שאנחנו קוראים ביקורת שיפוטית מינהלית רגילה – האם מעשיו של הגורם המינהלי שהחליט, האם לצורך העניין שר הביטחון שהחליט על חילוט, פעל בתוך מתחם הסבירות, ולפסול את זה רק אם ההחלטה שלו לקתה בחוסר שביעות קיצונית – זה מה שנקרא ביקורת שיפוטית מצומצמת... מתוך רצון להגיע להבנות והסכמות, הסכמנו שזה ייעשה בביקורת שיפוטית מורחבת. (פרוטוקול מס' 160, מיום 21.3.2016, בעמ' 4. הדגשה שלי, מ.ל.).

120. ואכן, בסופו של יום נוסח סעיף 64 לחוק כך:

"בעתירה על החלטה של שר הביטחון לפי פרק זה רשאי בית משפט לעניינים מינהליים לאשר את החלטת השר, לשנותה, לבטלה או לקבל החלטה אחרת במקומה, ובלי לגרוע מכלליות האמור רשאי בית המשפט לשקול כל שיקול שהיה השר רשאי לשקול לשם כך."

121. המערערים הפנו את בית משפט קמא להוראה זו ומכוחה הוא התבקש לבחון לא רק אם החלטת השר לתפוס את האמלגם הייתה סבירה או מידתית, אלא **האם היא הייתה מוצדקת, לאור כל השיקולים הרלוונטיים לעניין**. בית המשפט קמא נדרש להיכנס בנעלי המשיבים ולבחון "דה נובו" אם ראוי היה לקבל את ההחלטה.

122. המשיבים מצדם, הגם שוודאי היו מודעים ללשון החוק ולרקע החקיקתי שקדם לה, טענו בתגובתם, תוך הטעיית בית משפט קמא, כי "התערבות בית משפט נכבד זה מוגבלת רק למקרים של חוסר סבירות קיצונית ומהותית של ההחלטה המינהלית" (פס' 83 לתגובה). הם טענו שההחלטה לתפוס את האמלגם הייתה "במתחם הסבירות" ואין בה כל חריגה מסמכות שתצדיק את התערבות בית המשפט.

123. למרות לשון החוק הברורה וטענות המערערים, **בית המשפט קמא הפעיל בפסק דינו ביקורת שיפוטית רגילה ומצומצמת** על החלטת השר. הוא קבע כי הוא לא שוכנע שהחלטת השר "חורגת ממתחם הסבירות", כי לא ניצבה בפני השר "דרך פעולה סבירה אחרת" וכי ההחלטה הייתה "סבירה, מידתית ושקולה" (פס' 20-21 לפסק הדין).

124. אמנם, בית משפט קמא הוסיף כי "מבלי לקבוע מסמרות, **יתכן ויש ממש בטיעונים של העותרים** כי היקף הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות המתקבלות לפי חוק המאבק בטרור הוא רחב הרבה יותר מהיקף הביקורת השיפוטית בדרך כלל על החלטות מינהליות בתחומים אחרים". עם זאת, וגם לאחר שהחיל על המקרה דין "מבחן התערבות שיפוטית רחב הרבה יותר", קבע בית המשפט כי אין בכך כדי לשנות את מסקנתו. זאת, שכן החומר החסוי שהוא נחשף אליו "מבסס את המסקנה כי הן ההחלטה לתפוס את משלוח האמלגם והן ההחלטה להורות על חילוטו, היו החלטות סבירות ומתחייבות, וספק אם היתה בפני שר הבטחון דרך פעולה סבירה אחרת" (פס' 24 לפסק הדין).

125. המערערים סבורים שבכך שגה בית המשפט. לא רק שיש ממש בטיעוניהם כי היקף הביקורת השיפוטית הוא רחב הרבה יותר מהיקף הביקורת השיפוטית בדרך כלל, אלא שזוהי לשון החוק. **סעיף 64 נקבע כאמור מתוך רצון להגביר את מעורבות בתי המשפט בהליך של תפיסה וחילוט של רכוש, הפוגעים באופן קשה בזכות הקניין של בעלי הרכוש.** על מנת לצקת תוכן אמיתי לסעיף זה, בית המשפט נדרש לא רק לבחון אם ההחלטה הייתה סבירה אלא האם היא הייתה מוצדקת והאם היה ראוי לקבלה, לו הוא היה נכנס בנעלי שר הביטחון. זאת, על אחת כמה וכמה כשהחלטה התבססה על קיומה של חזקה ולא על קיומן של ראיות המוכיחות שהרכוש התפוס היה של ארגון טרור או מיועד לביצוע עבירת טרור חמורה.

126. בית המשפט קמא קיבל את הסמכות לשקול "כל שיקול שהיה השר רשאי לשקול לשם כך" אך הוא לא שקל שיקולים רלוונטיים ביותר כמו: נסיבות תפיסת האמלגם, העובדה שהמשיבים הודו שעד למועד התפיסה לא דרשו רישיון לאמלגם (גם אם מדובר בטעות), הפגיעה בזכות הקניין של המערערים וכן בחופש העיסוק ובמוניטין שלהם ומעל הכל- העובדה כי מדובר בציד רפואי בעל אופי הומניטארי הדרוש לבריאות השיניים של תושבי עזה. דהיינו, אין מדובר בציד בעל אופי מסחרי גרידא, אלא בציד חיוני שנועד למערך בריאות השיניים ברצועת עזה. סירוב הכנסתו לעזה גורם לפיכך לפגיעה באוכלוסייה שלמה- לא רק במערערים וביכולתם לנהל את עסקיהם אלא בכל האוכלוסייה האזרחית בעזה.

127. כמו כן, בית המשפט לא שקל אם מתקיימים במקרה דנן שיקולים רחבים יותר כמו הרתעת בעל הרכוש והרתעת החברה כולה (ר' פירוט השיקולים שעל בית המשפט לשקול, בדיוני וועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 8.2.2016, פרוטוקול מס' 113, בעמ' 15): האם בחילוט האמלגם יש משום יצירת תמריץ שלילי למערערים? האם החילוט יוביל להתעתם שלא לנהוג כך בעתיד? האם חילוט האמלגם משדר מסר כלשהו לשאר היבואנים מעזה או לחברה כולה?

128. ברי לאור נסיבות התפיסה כי התשובה לשאלות הללו היא בשלילה. **חילוט האמלגם מידי המערערים לא לימד אותם לקח ולא ילמד תושבים אחרים לקח.** זאת משום שהחילוט נבע משינוי מדיניות פתאומי של המשיבים, ולא מהתנהלות פסולה כלשהי של המערערים. המערערים לא ביצעו שום עבירה בכך שניסו להכניס את האמלגם בתיאום בלבד ולכן לא יצאו נשכרים מחטא כלשהו אם יקבלו בחזרה את האמלגם. להיפך, בכך ייעשה עימם צדק. מעבר לכך, אם יש מסר כלשהו שעבר בשל ההחרמה לקהילת היבואנים בעזה ולכלל אוכלוסיית עזה היא שמדינת ישראל משנה את מדיניותה תדיר לגבי הכנסת סחורות לעזה ולכן לא ניתן לדעת כיצד היא תנהג ביחס לשום סחורה, אפילו כשמדובר בציד רפואי הומניטארי.

129. מעבר לכך, בית המשפט קיבל את הסמכות "לקבל החלטה אחרת במקומה" של החלטת השר, ובמסגרת זו יכול היה לקבוע כי האמלגם לא יחולט לטובת מדינת ישראל אלא יימסר בחזרה למערערים, כאשר כניסתו לעזה תותנה בהנפקת רישיון דו-שימושי בהתאם לדרישה החדשה של המשיבים. פתרון שכזה היה גם מרכז ומאיין את הפגיעה בזכות הקניין (האמלגם יוחזר לבעליו והם יוכלו לעשות בו כרצונם) וגם ממלא אחר הדרישה המהותית של

**המשיבים כי מעתה אמלגם יוכנס לעזה רק ברישיון.** הצעה זו הועלתה במהלך ניהול העתירה והדיון, אך בית המשפט לא היה קשוב לה ובחר לדחות את העתירה באופן מלא.

130. מתן האפשרות למערערים להגיש בקשת רישיון לאמלגם (לאחר שיימסר לרשותם) מתיישבת עם דברי המשיבים בתגובתם כי "גם אם תתקבל העתירה ויוחלט כי יש להשיב לעותרים את האמלגם אשר נתפס, הרי שלשם הכנסתו לרצועת עזה, עדיין יהיה על העותרים לקבל אישור להכנסת ציוד דו-שימושי ולתאם את העברת הציוד לרצועת עזה" (פס' 74 לתגובת המשיבים).

131. בהתאם, המשיבים הבהירו בתגובתם שהכנסת אמלגם לרצועת עזה אינה אסורה, אלא שמחודש פברואר 2017 יש להוציא רישיון דו-שימושי עבור חומר זה כתנאי להכנסתו לעזה. המשיבים ציינו כי "בקשות חדשות אשר הוגשו לצורך קבלת הרישיון הנדרש להכנסת האמלגם, נמצאות בבחינה, וככל שלא יהיה טעם ביטחוני שלא לאשר, יתקבלו האישורים הנדרשים" (פס' 76 ו-93 לתגובתם המקדמית).

132. דברים אלו אושרו בתשובת המשיב מס' 2 לבקשת חופש מידע מעמותת "גישה", שנמסרה מיום 23.5.2017. בבקשה המשיב נשאל כמה בקשות לרישיון דו-שימושי לאמלגם הוגשו ואושרו על ידי המשיבים בשבע השנים האחרונות (הבקשה צורפה לעתירה בנספח עמ' 23). בתשובה נכתב כי אין בידי הגורמים הרלוונטיים במתפ"ש ובמת"ק עזה נתונים באשר למספר הבקשות להכנסת המוצר הפרטני "אמלגם" לרצועת עזה לאורך השנים. זאת, משום שהבקשות השונות אינן שמורות במערכת בצורה המאפשרת לפלחן בהתאם למוצר פרטני. עם זאת, המשיב הוסיף כי לאחר שקידה, מצאו גורמי המקצוע כי **במהלך החודשיים האחרונים הוגשו שמונה בקשות חדשות לקבלת רישיון ציוד דו-שימושי לאמלגם ובקשות אלו עודן נמצאות בבחינה** (התשובה צורפה לעתירה בנספח עמ' 3).

133. גם במהלך הדיון חזרו המשיבים על טענתם כי בחודשים האחרונים הוגשו בקשות לקבלת רישיון ציוד דו-שימושי לאמלגם. לאחר שנשאלה מה הייתה ההחלטה לגבי שמונה הבקשות, השיבה ב"כ המשיבים: **"מבדיקות שאנחנו ראינו תלויה ועומדת בקשה אחת קונקרטיית בלבד"**. (עמ' 2 שורה 23 לפרוטוקול הדיון מיום 6.9.2017). ב"כ המשיבה לא פירטה אם שאר הבקשות אושרו והאמלגם הוכנס לרצועת עזה, ובית משפט קמא לא עמד על נקודה זו.

134. מעניין לציין כי רק לאחר הדיון ולאחר מתן פסק הדין התברר כי **טענות אלו של המשיבים היו שגויות ולא מבוססות, וכי למעשה עד היום לא הוגשו וממילא לא אושרו בקשות לרישיון דו-שימושי לאמלגם**. עובדה זו התגלתה בתשובה לבקשת חופש מידע נוספת שהגישה הח"מ למשיב מס' 2, ואשר נתקבלה ביום 1.10.2017.

135. תשובה זו מעידה הן על המחסור הגדול באמלגם בעזה, שכן חומר חיוני זה לא הוכנס לרצועה מאז פברואר 2017 ועד היום (ורי' לעניין זה פס' 23 לפסק הדין), והן על חוסר תום הלב של המשיבים שניסו ליצור מצג כאילו בקשות לרישיון לאמלגם מוגשות באופן שגרת, ונענות. תשובה זו גם מעידה על האפקט המצנן שיצרה התנהלות המשיבים בפברואר ומרץ 2017, עת החרימו ארבע משלוחים שכללו אמלגם בעודם במעבר כרם שלום. **תשובה זו מחזקת את עמדת המערערים כי לשחרר את האמלגם לידיהם ולאפשר להם להכניסו לעזה בלי רישיון דו-שימושי (על בסיס המדיניות הקודמת) או עם רישיון חדש (על בסיס המדיניות החדשה).**

1. בית המשפט קמא שגה בקביעותיו לגבי החובות ההומניטאריות של מדינת ישראל מכוח המשפט הבינלאומי

136. בית משפט קמא התייחס בפסקה אחת בפסק דינו לסוגיה של החובות ההומניטאריות המוטלות על ישראל מכוח המשפט הבינלאומי. הוא הפנה לבג"ץ המכונן לעניין זה, **אלבסיוני**, אך בכל הכבוד שגה באופן יישומו במקרה דנן. לאחר ציטוט עניין **אלבסיוני**, קבע בית המשפט: "לא מצאתי שהחלטתו של שר הביטחון בעניינם הפרטני של העותרים, מהווה פגיעה מכוונת באוכלוסייה האזרחית של רצועת עזה" (פס' 25 לפסק הדין).

137. ואולם, את החלטת שר הביטחון לתפוס ולחלט את האמלגם לא ניתן לבחון רק בפריזמה של דיני המלחמה, לפיהם על ישראל להימנע מפגיעה מכוונת באוכלוסייה האזרחית ולהבחין בינה לבין ארגוני הטרור. אלא, **החלטה זו צריכה להיבחן לאור החובות של מדינת ישראל מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטארי**, חובות שעודן חלות במערכת היחסים בין ישראל לרצועת עזה לאחר ההתנתקות (ור' גם סעיף 1 לחוק המאבק בטרור). בית המשפט הנכבד בעניין **אלבסיוני** קבע כי מדינת ישראל מחויבת למלא את הצרכים ההומניטאריים החיוניים של תושבי עזה, ובמסגרת זו לאפשר ולספק לתושבים את הטובין הדרושים לשם כך. חובות אלו, כך נקבע:

"נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל" (בג"ץ 9132/07 **גבר אלבסיוני אחמד נ' ראש הממשלה פס' 12** (פורסם באר"ש, 30.1.2008)).

באותו אופן נקבע בעניין **הפורום המשפטי לא"י**:

"על חובתו של הממשל הישראלי לדאוג לקיום הצרכים ההומניטאריים הבסיסיים של תושבי איו"ש והרצועה עמדה פסיקת בית משפט זה לא אחת. גם אם רצועת עזה נשלטת כיום על ידי תנועת החמאס, אשר הוכרזה ארגון טרור, חיים בה תושבים הזקוקים לשירותים חיוניים לקיום איכות ורמת חיים סבירה ואנושית. ישראל נדרשת להושיט עזרה כדי לאפשר סיפוק צרכים הכרחיים לאוכלוסייה המקומית, שבלעדיה לא יקבלו מענה. בשירותים חיוניים אלה עשויים להיכלל גם היתרים להזרמת כספים הנחוצים לתשלום משכורות לעובדים... הציבור התמים המתגורר ברצועת עזה אינו יכול להיוותר מנותק מאמצעי קיום וקווי אספקה בסיסיים הנחוצים לחיים בכבוד, ומקום שהבטחת אמצעים אלה מותנית בשיתוף פעולה של ישראל, רשאית הממשלה, ולעיתים אף חייבת מכוח אחריותה, לסייע בהעברתם ליעדם." (בגץ 1169/09 **פורום משפטי למען ארץ ישראל - ע.ר. נ' ראש הממשלה פס' 21** (פורסם באר"ש, 15.6.2009). הדגשה שלי, מ.ל).

138. יישום קביעות אלו על המקרה דנן צריך היה להוביל למסקנה כי החלטת המשיבים לחלט את האמלגם לקופתם ולמנוע את הכנסתו לעזה הפרה את חובותיה ההומניטאריות של מדינת

ישראל הקבועות במשפט הבינלאומי. ההחלטה פוגעת בצרכים ההומניטאריים החיוניים של תושבי עזה שכן היא הובילה כפי שתואר לעיל למחסור חמור באמלגם ובכך לפגיעה בשירותי בריאות השיניים שמקבלים התושבים. מקום בו כניסת אמלגם לרצועת עזה יכולה להתבצע אך ורק דרך ישראל ובאישורה, ומשום שמדובר בציווד דנטלי חיוני, ישראל מחויבת לאפשר את הכנסתו לרצועה.

#### ז. בית המשפט קמא שגה בפסיקתו לעניין הוצאות

139. כאמור, בית המשפט קמא השית על המערערים הוצאות בסך 15,000 ₪. בנסיבות העניין השתת הוצאות אינה מידתיות ואינה סבירה (קל וחומר בסכום כה גבוה). החלטה זו פוגעת בזכות החוקתית של המערערים לגישה לערכאות ומפרה את האיזון הכלכלי בין הצדדים לטובת המשיבים.

140. פסיקת הוצאות מטרתה, בין השאר, להרתיע אנשים מפני הכבדת העומס על הרשויות. בפסיקה נקבעו מספר מבחנים להשתת הוצאות משפט בהליך המנהלי: האם היה צידוק בפתיחה בהליך המשפטי, האם מוצו ההליכים טרם הפתיחה בהליך, האם היה שיהוי מצד יוזם ההליך והאם פתיחת ההליך הובילה לקבלת הסעד (בג"ץ 842/93 נסאסרה נ' שר הבינוני והשיכון פ"ד מח(4) 217,219 (1994); בג"ץ 9591/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל ואח' נ' מועצת מנהל מקרקעי ישראל ואח' (פורסם בנבו, 20.3.14)).

141. ככלל, הצד שהפסיד בהליך הוא שנושא בהוצאות המשפט לטובת הזוכה. לצד זאת, בפסיקה נקבע כי גם ההכרעה בנוגע לסכום ההוצאות מחייבת איזון בין מספר שיקולים "שבניניהם שמירה על זכות הגישה לערכאות, קניינם של בעלי הדין ושוויון בין בעלי הדין (עניין מחצבות כנרת, בעמ' 612-613)" (עע"מ 4620/11 קישאוי ואח' נ' שר הפנים ואח' פס' 9 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 7.8.12)). כך, בהתאם לדברים אלו, בעת פסיקת הוצאות על בית המשפט ליתן משקל למהות ההליך, מיהות הפונים, ולשאלת ההכבדה על ההליך.

142. בעניינינו מדובר בעתירה אשר הוגשה כנגד החלטת המשיבים להחרים ציווד שרכשו המערערים וזאת בהתבססם על חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. מדובר בסמכות חדשה שהוקנתה למשיבים בחוק בנובמבר 2016. המשמעות היא, שהיקפה של סמכות זו ואופן מימושה טרם נדונה בבית המשפט ולא זכתה לפרשנות.

143. העתירה הוגשה לאחר מיצוי הליכים מדוקדק ומבלי שהמערערים הכבידו על המשיבים במאום (והמשיבים אף לא טענו בשום שלב כי התנהלות המערערים או באת כוחם הכבידה עליהם. נהפוך הוא, התנהלותם הרשלנית של המשיבים היא שהכבידה על המערערים, שנאלצו לפתוח בהליכים משפטיים עקב עיכוב בשחרור הציווד הרפואי שאושר לשחרור ועקב עיכוב במתן מענה בהשגה לגבי האמלגם. הגשת העתירה ללא ספק הייתה מוצדקת- רק בעקבותיה הואילו המשיבים להורות על שחרור הציווד הדנטלי (ציווד שבסופו של עניין לא נמסר למערערים) ורק בעקבותיה נבחנה התקיימותה של החזקה הקבועה בסעיף 56(ה)(1) שעל בסיסה האמלגם נתפס.

144. כפי שתואר לעיל, מנסחי חוק המאבק בטרור הניחו כי בירור התקיימותה של החזקה ייערך רק בפני בית המשפט ולכן גם העניקו לו סמכות להעביר ביקורת שיפוטית מינהלית מורחבת. לפיכך, ודאי שהייתה הצדקה להגיש את העתירה.

145. מעבר לכך, השתת הוצאות כה גבוהות על **תושבי רצועת עזה** הינה בלתי סבירה במיוחד, בשל מספר טעמים. **ראשית**, לתושבים פלסטינים אין אפשרות לפעול כנגד החלטות המדינה המתקבלות בעניינם אלא באמצעות הגשת עתירות לבתי המשפט. חיוב תושבים אלו, כדוגמת המערערים, בהוצאות **יגרום ל"אפקט מצנן" בלתי ראוי ויוביל לצמצום שרירותי בלתי נמנע במספר העתירות והערעורים שמגישים תושבים פלסטינים לבתי המשפט בישראל**. דבר זה יפגע באופן בלתי סביר ובלתי מידתי בזכות הגישה לערכאות של תושבים אלו, זכות בסיסית המהווה תנאי ליכולת מימושן של זכויות יסוד אחרות (רע"א 2146/04 מדינת ישראל נ' **עזבון המנוח באסל נעים איבראהים ואח'**, פ"ד נח(5) 865).

146. **שנית**, העתירה שהוגשה אך ממחישה עד כמה קשה מצבם הכלכלי של המערערים ועד כמה בעייתית קיומה של פעילות מסחר עבור תושבי רצועת עזה לנוכח ההגבלות שמטילה ישראל ושינוין השכם וערב. המערער הוא סוחר המתגורר ברצועת עזה הנאבק על מנת לשרוד כלכלית ולייבא לרצועה ציוד דנטלי שהוא חיוני לבריאותם ורווחתם של התושבים. החרמת האמלגם פגעה פגיעה כלכלית קשה בעותר, הגם שמדובר לשיטת בית משפט קמא בסכום פעוט. יודגש כי **בשל מצבו הכלכלי הקשה של העותר הוא אף פנה אל עמותת "גישא" שתייצג אותו ללא תשלום**.

147. מאידך, המשיבים הם מדינת ישראל. פערי הכוח בין המערערים למשיבים עצומים, ברורים מאליהם ומשכך אין צורך להכביר מילים אודותיהם. לנוכח פער זה, פסיקת הוצאות כנגד המערערים בשיעור כה גבוה לטובת המדינה אינה סבירה באופן קיצוני. ודוק: רק בשל הגשת העתירה פעלו המשיבים לשחרור (לכאורי) של החלק הארי של הציוד שנתפס. השתת הוצאות על המערערים לטובת המדינה (אשר בהתנהלותה הקלוקלת והרשלנית כבר גרמה להם נזק כספי קשה) בנסיבות האלו היא שגויה מהיסוד.

148. **שלישית**, אין כל טענה, ובית משפט קמא לא קבע, כי מדובר בעתירה מופרכת או מחוסרת יסוד. ההפך הוא הנכון, כמפורט בהרחבה בערעור דנן. זאת, במיוחד לנוכח העובדה שהוראות החוק מכוחם קיבלו המשיבים את ההחלטה להחרים את האמלגם טרם פורשו על ידי בית המשפט; מכיוון שהמשיבים שינו את מדיניותם מהקצה אל הקצה באופן מפתיע ומבלי שהמערערים יכלו להיערך לכך; מכיוון שמדובר בתפיסת ציוד שיש לו ערך הומניטארי והכנסתו לרצועת עזה חיונית לבריאותם של התושבים. אין לכתחילה כי העתירה והערעור מעוררות שאלות קשות, שהאינטרס הציבורי דורש כי ילובנו על ידי בית המשפט, ומכאן שהשתת הוצאות הייתה שגויה.

## סיכום

149. חוק המאבק בטרור הינו חוק חשוב וראוי, הקובע סמכויות אכיפה מינהליות ופליליות למאבק בטרור, תוך הקפדה על פרוצדורות וערבויות להגנה על זכויות הפרט. סמכות החילוט

המינהלית שניתנה בחוק לשר הביטחון גם היא סמכות חשובה, שכן ללא ספק חילוט רכוש של ארגוני טרור הוא חלק חשוב במאבק בהם ובסיכול פעילותם. ואולם, **החוק לא נועד לחילוט של 9,000 קפסולות של חומר לסתימות שיניים**. שימוש בחוק באופן הזה מהווה ניצול לרעה של סמכויות שר הביטחון על חשבון זכויות הפרט.

150. נסיבות תפיסת האמלגם של המערערים ביום 16.2.2017 מעידות כי לא היה כאן ניסיון הברחה של חומר מסוכן לידיים שוחרות רעות בעזה, אלא טעות במצב הדברים מצד המשיבים- שלא דרשו עד לאותו הרגע רישיון דו-שימושי עבור אמלגם. אם דרישה זו הייתה מועלית מבעוד מועד בפני המערערים ומפורסמת כדבעי, הם ודאי היו פועלים על מנת להנפיק את הרישיון המיוחל. המערערים עומדים על כך שפעלו בתום לב ומסיבה זו גם הגישו את העתירה נשוא הערעור.

151. לא בכדי מיוצגים המערערים על ידי עמותת "גישה", עמותה ציבורית ללא מטרות רווח הפועלת לקדם את זכויות תושבי עזה ולקדם את חופש התנועה של אנשים וסחורות אל ומרצועת עזה. העמותה חשה שבהתנהלות המשיבים נפל פגם מינהלי חמור, עם הם החילו באופן רטרואקטיבי דרישה חדשה להצטייד ברישיון על מנת להכניס אמלגם לעזה. התנהלות זו אופיינית למשיבים בכל הנוגע להכנסת סחורות לעזה- המדיניות משתנה תדיר, רשימת הציוד הדו-שימושי אינה ברורה או מדויקת ודרישות ותנאים חדשים מועלים בן לילה, ללא פרסום וללא הודעה מראש. כאשר הסנקציה המוטלת על תושבי עזה עקב אי-עמידה בתנאים אלו היא סנקציה של חילוט רכושם, מדובר בהתנהלות בלתי מידתית ופוגענית במיוחד.

152. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור של המערערים ולהפוך את החלטת בית משפט קמא כך שצו התפיסה המינהלי על האמלגם יבוטל וכניסתו לעזה תתאפשר בהקדם האפשרי. כמו כן מתבקש בית המשפט לבטל את ההוצאות שהוטלו על המערערים ולחייב את המשיבים בהוצאות העתירה והערעור, בשכ"ט עו"ד ומע"מ.

153. הערעור נתמך בתצהיר המערער שנחתם בפני עורכת דין ברצועת עזה ונשלח לח"מ, לאחר תיאום טלפוני. בשל הקושי בקיום מפגשים בין המערער לבין ב"כ, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את התצהיר ואת ייפוי הכוח שנחתמו ונשלחו בפקס.



מיכל לופט, עו"ד

ב"כ המערערים

1.11.2017