



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1

לפני: השופט יעקב שפסר

התובעים

1. אדוארד יוספוב
 2. אלבינה איברגימוב
 3. רעיה תמרוב
 4. פורים יעקובוב
 5. סלומון יעקובוב
 6. חנוכה יעקובוב
 7. אמיר רגולסקי
 8. פרלה גלקוביץ'
 9. נתן גלקוביץ'
 10. שרון גלקוביץ'
 11. אורין גלקוביץ'
 12. רותי זהבי
 13. מיכאל סלוצקר
 14. נטליה סלוצקר
 15. איגור סלוצקר
 16. יונתן אבוקסיס
 17. סימה אבוקסיס
 18. רן אבוקסיס
 19. יעקב תמיר אבוקסיס
 20. שלומית אבוקסיס
 21. קרן אבוקסיס
 22. יוחנן כהן
 23. אדיר משה בסעד
 24. מתן כהן
- כולם ע"י ב"כ עוה"ד נ' דרשן-לייטנר ועוה"ד ר' כוכבי

נגד

הנתבעת:

הרפובליקה הערבית של מצרים
ע"י ב"כ עוה"ד א' סעדי ועוה"ד ע' יאסין

2

3

פסק דין

4

5 חסינות הרפובליקה הערבית של מצרים כריבון זר, מפני שיפוט בתובענה זו בישראל, מכח כללי

6 המשפט הבינלאומי המנהגי ומכח חוק החסינות, זו עיקרה של המחלוקת העומדת להכרעה

7 במסגרת פסק דין זה.

8



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

רקע

1
2
3 1. בקשת המבקשת - הנתבעת, הרפובליקה הערבית של מצרים, לסילוק התביעה כנגדה
4 על הסף, הן מהטעם שאינה ראויה לדיון ולהכרעה בהכרעה שיפוטית או שאינה מקימה
5 עילה, והן מאחר ומוקנית לה חסינות דיונית מפני שיפוט, בהיות התובענה נוגעת
6 לעניינים מדיניים ושלטוניים של המבקשת, ליחסים בינלאומיים בין המבקשת לבין
7 מדינת ישראל ולהסכמים מדיניים.

8
9 לחילופין, עותרת המבקשת למחיקת התביעה כאן ולהעברת הדיון בה לבית המשפט
10 המוסמך ברפובליקה הערבית של מצרים, הוא הפורום המתאים לדיון בתובענה.
11
12 לחילופי חילופין, עותרת המבקשת להחלת הדין החל במצרים על בירור התובענה.

13
14 2. רקע הבקשה הינו תביעה נזיקית בסך של 260,000,000 ₪, שהוגשה על ידי 24
15 תובעים בגין מות יקיריהם ונזקי גוף שנגרמו להם, תוצאת ירי רקטות קסאם לשטח
16 ישראל מתוך רצועת עזה.

17
18 תמצית הטענות כנגד המבקשת הינה כי היא לא מנעה, ואף תמכה ועודדה, הברחות
19 ואספקה של אמצעי לחימה וטרור, מבוקשים, כספים ומומחי טרור וחבלה מתוך שטחה,
20 לרבות שטחי גבול המוחזקים על ידה ובאחריותה ובכלל זה ציר פילדלפי, לרצועת עזה,
21 תוך יישום מדיניות שיטתית וקבועה בשטחה שאיפשרה את האמור לעיל ואף תמכה
22 בו, ובכך איפשרה וסייעה לביצוע פעולות טרור מתוך רצועת עזה, לרבות אלה אשר
23 הביאו לפגיעות נשוא התובענה.

24
25 התובעים טוענים כי המבקשת עוולה כלפיהם בעוולת התקיפה ובעוולת הרשלנות, תוך
26 שהם מייחסים למעשיה התנהגות זדונית ומכוונת, שבאה לידי ביטוי בשיתוף פעולה
27 מלא של כוחות הבטחון המצריים עם ארגוני טרור, והענקת סיוע לוגיסטי מובהק, פעיל
28 ושיטתי מצדם לארגוני הטרור. נוכח האמור עותרים הם לפיצוי אשר יהא בו כדי לבטא
29 הן את נזקי התובעים והן את הסלידה ממעשי המבקשת, ואף יכלול אלמנט עונשי
30 והרתעתי.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

3. מכח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], הודיע היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו בהליך זה ונתן עמדתו לבקשת הסילוק, לרבות לשאלת החסינות.
- לאחר קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה, הודיעה המבקשת כי לאור עמדתו בשאלת החסינות עותרת היא לדחיית התביעה כנגדה.
- לעמדת היועץ המשפטי לממשלה וכן לבקשה לסילוק על הסף נתבקשה ונתקבלה תשובת התובעים (המשיבים בבקשה).

תמצית טענות המבקשת

4. המבקשת טוענת בתמצית כדלקמן:
- א. ההכרעה הנדרשת נוגעת למדיניות המיוחסת לישות מדינית ריבונית זרה ובמישורים שלטוניים וציבוריים מובהקים, דוגמת הטענות כנגד מדיניותה של מצרים בקשר עם אכיפת החוק והסדר הציבורי בשטחיה, מדיניות הביטחון בה היא נוקטת, וחובותיה עפ"י הסכמים מדיניים ובינלאומיים. דיון והכרעה בעניינים אלה בבית משפט ישראלי, עפ"י הדין הישראלי בכלל ודיני הנזיקין (המשפט הפרטי) בפרט, עלולים לגרום לתוצאות בלתי רצויות הן במישור המשפטי הפנימי של מדינת ישראל והן במישור יחסיה הבינלאומיים. במסגרת זו אין לאפשר התערבות שיפוטית במהלכים מדיניים וביחסיה הבינלאומיים של מדינת ישראל, ופגיעה של אמון הציבור במערכת המשפט. שפיטה כאמור מנוגדת לכללי המשפט הפנימי בישראל ועומדת בסתירה גם למשפט הבינלאומי הפומבי.
- ב. הפעולות וההתנהגויות המיוחסות למבקשת, אינן יכולות להשתייך למישור המשפט הפרטי-מסחרי, ולפיכך זוכות הן לחסינות.
- ג. המעשים המיוחסים למבקשת הינם כאלה אשר בוצעו בתוך שטחה הריבוני, ולפיכך אין תחולה גם לחריג העוולות הנזיקיות.
- ד. אי השפיטות נובעת אף מן הדוקטרינה בדבר "מעשי מדינה" (Act of State). המעשה החבלני גופו, אינו שפיט מעיקרו, בהיותו "מעשה מלחמה", זאת עפ"י הוראת סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

תמצית עמדת היועץ המשפטי לממשלה

5. כאמור, נתן היועץ המשפטי לממשלה עמדתו לבקשה, שמשמעותה המעשית היא הצטרפותו לבקשה. להלן תמציתה:

א. למבקשת חסינות מפני שיפוט בתובענה זו, שעניינה נושא מדיני-שלטוני מובהק של ריבונות, ענייני ביטחון ויחסי חוץ. בנסיבות העניין, משמדובר בתקיפת התנהלותה של המבקשת כמדיניות ובפועל, הכרה בחסינותה עולה בקנה אחד עם הרציונאליים העומדים בבסיס סוגיית חסינות הריבון הזר, ומכח המשפט הבינלאומי המנהגי, אשר עוגן לאחרונה אף בחקיקה מפורשת, במסגרת חוק חסינות מדינות זרות, תשס"ט-2008 (להלן: "חוק החסינות" או "החוק").

ב. חריג הנזיקין הקבוע בסעיף 5 לחוק, אשר שולל את החסינות מן המדינה הזרה אינו חל בענייננו, זאת נוכח אימוצה של הגישה הדורשת כי הנזק ייגרם ע"י פעולה או מחדל שנעשו בתוך מדינת הפורום, ולא די בקורות הנזק בלבד במדינת הפורום.

ג. המקרה הנדון הינו מקרה מובהק בו ראוי ונכון להכיר בכלל חסינות הריבון הזר, והחריג הנזיקי וודאי לא נועד לחול על מקרה כגון זה. דיון בערכאות בתביעת נזיקין שעניינה בחינת פעולות מדינה זרה בשטחה הריבוני, עלול להוביל להתערבות של בית המשפט בשאלות של מדיניות, בהן נמנעים בדרך כלל בתי המשפט מלהתערב. מובן, כי ניהול הליך כאמור, על כל משמעויות הדבר, עלול להביא לפגיעה קשה בריבונותה של המבקשת ולפגיעה ביחסי החוץ בין המדינות, ואף עלול לחשוף את מדינת ישראל לתביעות בבתי המשפט במדינה המבקשת ובמדינות אחרות.

ד. אף לטענות בדבר הפרת התחייבויות מכח הסכמים בינלאומיים אין מקום, נוכח ההלכה המושרשת לפיה אין הפרה כאמור עשויה להוות עילת תביעה לפרט.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

תמצית טענות המשיבים

6. תמצית טענות המשיבים הינה כדלקמן:

- א. למבקשת לא קמה חסינות מפני שיפוט בתביעה זו, ועמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה מבוססת על שיקולים פוליטיים לבר-משפטיים, שמקומם לא יכירם בבית המשפט והנעדרים נפקות משפטית.
- ב. חוק החסינות אינו חל על התובענה בענייננו, זאת מאחר שבענייננו תחילתו של החוק מאוחרת למועד הגשת הבקשה לסילוק ולתחילת הדיון בה, ואין מקום לתחולתו הרטרואקטיבית.
- ג. על פי המשפט הבינלאומי המנהגי, אין למדינה חסינות בשל עוולה נזיקית שהיא אחראית לה, לרבות ובמיוחד בשל מעשי טרור. תמיכה לכלל האמור ניתן למצוא בנטייה לצמצום תחולת חסינות הריבון, ובפרט כשהמדובר במעורבות בביצוע מעשי טרור.
- ד. אספקת האמל"ח והכספים משטח המבקשת לרצועת עזה והעברת מבוקשים דרך שטחה, מבטאים מדיניות שיטתית של המבקשת המכוונת להסב נזקים למדינת ישראל ולאזרחיה, ומעשיה אף עולים כדי פשע נגד האנושות, פשע מלחמה ורצח עם, וסיוע לאמור. בגין מעשים תומכי טרור אלה, רשאים התובעים להגיש תביעה אזרחית נגד גורמי הטרור, לרבות כנגד ריבון, ואין עומדת לו חסינות בגינם.
- ה. מעשיה ומחדליה של המבקשת הינם הפרת נורמות מוחלטות *Jus Cogens*, בבחינת הפרות חמורות של זכויות אדם המגיעים לדרגה של פשעים בינלאומיים וכלליה- *Jus Cogens* גוברים על זכות החסינות.
- ו. לקביעת היקפו של חריג הנזיקין הקבוע בסעיף 5 לחוק החסינות אין לפנות לכללי המשפט הבינלאומי המנהגי, שכן חוק החסינות הינו בבחינת יצירה ישראלית מקומית ומקורית, אשר שאיפתה הינה ליצור מצב משפטי חדש ושונה ביחס למצב שקדם לה.
- ז. אין מקום לטענת פורום לא נאות, הן לאור המגמה הכללית להפחתת משקלה של דוקטרינה זו, והן לאור מכלול הציפיות והאינטרסים המגולמים בעניין הנדון.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

דיון

המסגרת הנורמטיבית

7. שורשיה הנורמטיביים של השאלה המרכזית העומדת לדיון במסגרת בקשה זו, היינו שאלת חסינותה של המבקשת מפני שיפוט בתובענה, נעוצים הן בכללי החסינות מן המשפט הבינלאומי המנהגי, והן בחוק החסינות.

אף כי המשיבים חולקים על עמדת היועמ"ש בדבר תחולתו של חוק החסינות בטענה להעדר תחולה רטרואקטיבית במקרה הנדון, נראה לי, לאחר עיון בכתבי הטענות ולפי המטריה המשפטית הרלוונטית, כי למשיבה אכן קמה חסינות מפני שיפוט בהליך זה. כפי שיפורט בהמשך, קמה לה חסינות זו, בין אם מכח חוק החסינות ובין אם מכח כללי החסינות מן המשפט הבינלאומי, ולפיכך לא נדרשת למעשה הכרעה בשאלה זו.

יודגש, כי מסקנה זו מתקבלת במופרד מתחושת האמפטיה המרובה נוכח הסבל והצער אשר פקדו, וודאי ממשיכים לפקוד את המשיבים ובני משפחותיהם, עקב המאורעות הקשים המתוארים בתובענה. ברם, במובחן מן האמור, המסקנה המתחייבת, כפי שיובהר להלן, הינה כי ההליך הננקט כאן אינו מהווה מסגרת מתאימה לפיצוי המשיבים על נזקיהם.

על אף העדר הכרח בהכרעה כאמור לעיל ועל מנת שלא להותיר את הדף "חלק" אציון, כי בניגוד לטענת המשיבים, אין לדעתי כל וודאות שחוק החסינות אינו חל רטרואקטיבית במקרה הנדון.

תחולתו של חוק החסינות מוסדרת בסעיף 24 בו, המחיל אותו במפורש גם על הליכים שהוגשו לבית המשפט לפני תחילתו, "ובלבד שטרם החל הדיון בהם". המשיבים מפנים לפרשנות המונח "תחילת הדיון" שניתנה ע"י בית הדין האזורי לעבודה בירושלים בתע"א (י-ם) 1145/07 עזאם חסן קיק נ. מדינת ארה"ב (מיום 6.9.10, טרם פורסם), לפיה יש לפרשו בהעדר הגדרה בחוק באופן המצמצם את ההליכים עליהם יוחל החוק, ובהתאם לכך נקבע, כי מעת שהוגש כתב הטענות של הנתבע, הדיון בהליך החל.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

עמדה פרשנית זו התקבלה ע"י בית הדין לעבודה לאור מסקנתו כי עשויות וודאי להיות בחוק קביעות בעניינים בהם שוררת אי בהירות לגבי הדין במשפט הבינלאומי המנהגי, לפיכך אף אין לשלול אפשרות של סתירה בין הוראות החוק לבין ההסדרים הקיימים במשפט הבינלאומי המנהגי, ולכך מכוונת העמדה המצמצמת את תחולתו הרטרואקטיבית של החוק, אשר בצידה פגיעה מופחתת בציפיות ובזכויות מוקנות של המתדיינים.

כך, מציין בית הדין בפסק דינו כי:

"אם החוק אינו אמור ליצור שינוי מהותי בדיני החסינות החלים בישראל (ממילא) כחלק של המשפט הבין-לאומי המינהגי, מדוע להגביל את התחולה הרטרואקטיבית להליכים בהם טרם הוחל הדיון?"
(סעיף 24 לפסק הדין).

אלא שעמדה זו אינה תואמת את אדניו של חוק החסינות ויכול שאף יש בה כדי לכרסם במידת מה במטרת החלתו הרטרואקטיבית, זאת מאחר ומטרת חקיקתו של החוק הינה, בהגדרה, עיגונם של כללי המשפט הבינלאומי המנהגי הנוגעים לסוגיית החסינות, באשר **"מושג החסינות משקף כאמור משפט בין-לאומי מנהגי אשר גם בלא חקיקה מהווה חלק ממשפט הארץ"** (ר' דברי ההסבר לסעיף 24 בהצעת חוק החסינות, הצ"ח הממשלה תשס"ח, 357 בעמ' 344).

עוד נאמר בדברי ההסבר:

"הצעת החוק מעגנת את הכללים המהותיים אשר מן הראוי שבית משפט יישם במקרים אלה – כללים המשקפים את המקובל במרבית המדינות. לפיכך אין מניעה להחיל את הוראות החוק המוצע גם על עילה שנוצרה קודם כניסתו לתוקף."

החלתו הרטרואקטיבית של החוק מובנת אם כן על הרקע האמור, מקום שאין החוק בא ככלל אלא לעגן את אותם הכללים הקיימים אל תוך דבר חקיקה מוסדר וכחלק בלתי נפרד מקודקס החקיקה של ישראל, כפי שאמנם ראוי היה שתעשה מדינה ריבונית, וכפי שנעשה זה מכבר במדינות רבות בעולם.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

מכאן, כי עד לתחילתו ממש של הדיון בהליך, הכרוך בהיערכות הנדרשת מן הצדדים לשם כך, לא צפויה פגיעה של ממש באינטרס מוגן של מי מהמתדיינים, בעצם החלטתו הרטרואקטיבית של החוק.

אולם, כאמור, מאחר ולפי המסקנה המתקבלת בכל אחד משני האפיקים אינני נדרש להכרעה בשאלה זו, אשאירה לעת הזו בצריך עיון.

8. הרציונל המונח בבסיס מוסד החסינות הינו, כי מדינה כריבון זר, אינה שפיטה בשל עניינים שבמדיניותה בבתי משפט מקומיים של מדינה אחרת.

מכאן ניתן להבין את מגמת הצמצום בתחולת חסינות הריבון שחלה עם השנים, לפיה מוגבלת החסינות לפעולות שלטוניות של המדינה הזרה בתחום המשפט הציבורי, בעוד שהיא לא תחול מקום שהמדינה הזרה פועלת בתחום הפרטי- מסחרי, ככל האדם.

מקורה של מטרת הענקת החסינות נעוץ ברעיון השוויון בין ריבונים, השואב את כוחו ומעמדו לכתחילה מחסינותו של הריבון המקומי. רעיון זה טומן בחובו גם רצון מצד מדינת הפורום לזכות בהדדיות למול ריבונים זרים אחרים בנוגע לפעולות שלטוניות שלה.

(לעניין זה ר' "הוועדה הציבורית להכנת חוק חסינות מדינות זרות, תשס"ה-2005", (מסמכי הוועדה בהוצ' משרד המשפטים ומשרד החוץ, בעמ' 15).

המדובר אם כן, במטרות מוצהרות ולגיטימיות, הנלוות למוסד החסינות, ולא אך בשמירה על אינטרסים פוליטיים לבר-משפטיים ופסולים, מטרות אשר אילולא התקיימו, ייתכן וכלל לא היה הכרח בקיומו של מוסד חסינות, בבחינת הכל שפיט וכולם שפיטים.

נקודת המוצא אם כן, היא קיומה של חסינות, דהיינו, הכלל השולט בכיפה הינו כי לא ניתן לכפות על מדינה ליישב מחלוקות בהן היא מעורבת, בפורום זה או אחר, ללא הסכמתה. לכלל זה ישנם כמובן יוצאים מן הכלל, חריגים לכלל החסינות המעוגנים הן בכללי המשפט הבינלאומי המינהגי והן בחוק החסינות.

ר' האמור בדברי ההסבר הכללי להצעת החוק, שם בעמ' 334:



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1 "הצעת החוק המתפרסמת בזה מטרתה להעניק למדינות זרות חסינות
2 דיונית מפני סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל וכן להעניק לנכסיהן
3 חסינות מפני ביצוע הליכי הוצאה לפועל בישראל...

4 תולדות חסינות המדינה הזרה מראה על התפתחות בשני מסלולים
5 מקבילים אשר נמשכה גם בעשורים הראשונים של המאה ה-20. מדינות
6 המשפט המקובל גרסו כי חסינות זו היא חסינות מוחלטת החלה בכל פעם
7 שמדינה זרה נתבעת בבית משפט בלא קשר לעילת התביעה. מנגד, גישת
8 מדינות היבשה האירופית היתה כי החסינות מוגבלת, וחלה רק על מעשי
9 המדינה הזרה במסגרת תפקידה השלטוני (*acta jure imperii*) להבדיל
10 ממקרים שבהם עורכת המדינה עסקאות מסחריות פרטיות (*acta jure*
11 *gestionis*).

12 במחצית המאה ה-20 החלו מדינות המשפט המקובל להתקרב לגישת
13 מדינות היבשת. כנראה שהגורם העיקרי לשינוי זה היה בכך שמדינות
14 רבות החלו לעסוק בעסקאות מסחריות בתחום המשפט הפרטי. החסינות
15 נתנה לאותן מדינות יתרון לא הוגן ביחסיהן המסחריים."

16
17 9. בענייננו לא יכולה לקום מחלוקת, כי המעשים ו/או המחדלים המיוחסים למבקשת עפ"י
18 כתב התביעה עצמו הינם בגדר "מדיניות מצרית" וקביעת "מדיניות עקרונית", בשטחה
19 שלה, ובתור שכאלה מהווים פעולות במסגרת תפקידה השלטוני, וודאי שלא ניתן לייחס
20 להם כל פן פרטי-מסחרי (להגדרת המעשים כפעולות שבמדיניות ר' למשל סעיפים 12,
21 27 ו-82 לכתב התביעה).

22
23 הכרה בחסינות דיונית במקרה דנן תואמת לחלוטין את הרציונל למתן חסינות
24 לכתחילה, והיא אף עולה בקנה אחד עם העקרונות המבססים את החסינות היחסית,
25 מאחר ופריצת הגדר בתחולתה של החסינות המוחלטת נבעה כאמור לעיל מהצורך
26 למנוע יתרון בלתי הוגן למדינה המתקשרת ככל אדם פרטי בעסקה מסחרית (או מזיקה
27 ככל אדם אחר ע"י מעשה נזיקי), דהיינו בפעולה מן המשפט הפרטי, אך וודאי כיוונה
28 להותיר תחת כנפי החסינות פעולות שאינן באות בגדרו של המשפט הפרטי, ומהוות
29 הפעלת סמכויות שלטוניות במשפט הציבורי.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

אף לגישה ההפוכה והמחמירה (שאיננה הגישה הרווחת), לפיה נקודת המוצא היא כי
מדינה זרה כפופה לסמכות שיפוט ככל אדם ואילו החסינות תחול רק במקרים מוגבלים,
תקום חסינות במקרים בהם המדינה הפעילה סמכות ריבונית בתוך שטחה.
ר' עמדת היסוד של הוועדה הציבורית להכנת חוק חסינות מדינות זרות, בעמ' 5
למסמכי הוועדה:

"החוק בא להסדיר את מעמדו של ריבון זר בפני רשויות המשפט בישראל.
השאלה הראשונה שעמדה בפני הוועדה הייתה אם יש לאמץ את העיקרון
הבסיסי שלפיו אין חסינות אלא במקרים מנויים, או שמא את העיקרון
הבסיסי שלפיו יש חסינות מלבד במקרים מנויים. כאמור, בית המשפט
העליון הביע עמדה שראוי לבטל את החסינות כליל, ולנקוט עמדה
שהחסינות ניתנת רק במקרים מוגבלים. כך גם סבור המלומד Sinclair,
הדוגל בקביעת העיקרון שמדינה זרה כפופה לסמכות שיפוט ככל אדם
(ובהמשך בהערת השוליים: 'הוא ממשיך ואומר': ... מלבד במקרים שבהם
היא הפעילה סמכות ריבונית בתוך שטחה". הנחתו היא שמדינה אינה
רשאית להפעיל סמכות ריבונית מחוץ לשטחה ואינה ראויה לחסינות בגין
פעולות כאלה, וכי היא אינה חסינה גם ביחס לפעולות בתוך שטחה שאינן
פעולות ריבוניות'). אולם הגישה הרווחת בעולם היא שהניסוח מתחיל
מרעיון של חסינות שמגבילים אותה, במקום מרעיון של כפיפות שיש לה
חריגים."

כך, גם בפסה"ד המנחה בסוגיה זו, רע"א 7092/94 **Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' שלדון** (מיום 3.6.97, לא פורסם), על אף העמדה אשר באה
לידי ביטוי במסגרתו, לצמצום תחולת החסינות, ניתן ללמוד במובהק כי עמדה זו
שואבת כוחה מתוך השינוי המהותי שחל בכל הנוגע למעורבותן של מדינות בתחום
הפרטי-עסקי, וכי היא עושה הבחנה ברורה בין פעולות פרטיות לבין פעולות שלטוניות
מן המשפט הציבורי, טרם הכרעה בשאלת קיומה של חסינות.

ר' האמור בס' 16 לפסק הדין:

"ביסוד שינוי זה במינהג הבינלאומי טמון, בין השאר, שינוי שהתרחש
בפעילות המדינה. זו נטלה על עצמה יותר ויותר פעילויות שאינן בעלות
אופי שלטוני, ושהן בעלות אופי מסחרי. המדינה המודרנית החלה להתנהג,



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

בעניינים שונים, כאחד הפרטים. על רקע זה הורגש הצורך – הן במדינות המשפט המקובל והן במדינות המשפט הקונטיננטלי – לצמצם את חסינות המדינה, ולהעמידה על ההיבט השלטוני בלבד...
אכן, מדינה זרה היורדת ל"שוק" של המשפט הפרטי, צריכה להיות כפופה לכללי ה"שוק". מדינה זרה המבקשת לשאת ולתת עם הבריות, צריכה לקיים את הדינים החלים על משא ומתן זה ותוצאותיו."

בהמשך בס' 24 לפסה"ד:

"הגישה המקובלת – לעניין חסינות המדינה הזרה – במשפט הבינלאומי המינהגי היא זו המבחינה בין שני סוגים של פעילות המדינה הזרה. הסוג הראשון, עניינו פעולת המדינה הזרה כשלטון (ה-*acta jure imperii*)... לעניין פעולות אלה נהנית המדינה הזרה מחסינות. הסוג השני של פעולות, עניינו בפעולות "פרטיות" של המדינה הזרה... לעניין פעולות אלה אין המדינה הזרה נהנית מחסינות. הקושי הוא, כמובן, בקביעת קו הגבול בין שתי הקטגוריות הללו. קו גבול זה צריך להיקבע בדרך של איזון ראוי בין שתי מערכות של שיקולים נוגדים. המערכת האחת עניינה זכות הפרט, עיקרון השוויון בפני החוק, ועיקרון שלטון החוק. השיקול האחר עניינו אינטרס המדינה הזרה להגשים את מטרותיה הפוליטיות ללא ביקורת שיפוטית הנעשית במדינה זרה."

ובהמשך החל מס' 26 לפסה"ד:

"הדעה המקובלת – גם אם לא האחידה – במשפט הבינלאומי המינהגי הינה, כי המבחן המכריע – גם אם לא הבלעדי – הוא מבחן הטיב והמהות (ה- *nature*) של פעולת המדינה ולא מבחן המטרה (ה- *purpose*) של הפעולה...
עלינו לגבש הבחנה שתתחשב בערכי היסוד החשובים לנו – ובהם זכויות האדם, השוויון בפני החוק ושלטון החוק – אך נאפשר גם למדינה הזרה להגשים את מטרותיה השלטוניות, בלא שאלו יעמדו לבחינה שיפוטית בבית משפט המצוי במדינה זרה...
רק במקרים חדים וברורים יש להכיר בחסינות המדינה. המאפיין במקרים אלה הוא, שחסינות המדינה באה למנוע דיון בפני בית משפט של מדינה



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1 זרה בפעולות מדינה אחרת, שהיסוד הדומיננטי בהן הוא בעל אופי

2 שלטוני."

3 (כל ההדגשות אינן במקור – י.ש.)

4
5 10. המסקנה המתקבלת במקרה הנדון הינה, כי המיוחס למבקשת הינו בבחינת הפעלת
6 מדיניות בשטחה הריבוני, תוך שיש לזכור, כי לא מיוחס למבקשת ביצוע פעולות הירי
7 גופן, אשר אין מחלוקת כי בוצעו מתוך שטח רצועת עזה שאינו חלק משטחה הריבוני
8 של המבקשת.

9 חריג הנזיקין

10
11
12 11. נוכח העובדה שתביעות נזיקיות מהוות חריג עצמאי לכלל החסינות, הן במשפט
13 הבינלאומי המינהגי והן במסגרת החוק, תיבחן שאלת החסינות גם מפן זה.

14
15 חריג הנזיקין מוסדר בחוק החסינות בסעיף 5 לחוק, וזו לשונו:

16
17 "למדינה זרה לא תהיה חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה בשל עוולה
18 שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי, ובלבד שהעוולה נעשתה
19 בישראל."

20
21 בין הצדדים נטושה מחלוקת בנוגע לשאלת עוצמת הזיקה הטריטוריאלית הנדרשת,
22 והיא רלבנטית גם בבואנו לבחון את שאלת תחולתו של חריג הנזיקין עפ"י כללי
23 המשפט הבינלאומי המינהגי.

24
25 סוגיית הזיקה הטריטוריאלית רלבנטית לדיון נשוא ענייננו בשני האפיקים האמורים,
26 לאור העובדה כי הוראת חוק החסינות הנוגעת לתביעות נזיקין שואבת את מקור כוחה
27 מתוך כללי המשפט הבינלאומי, ופרשנותה נשענת על הוראות חוקי חסינות ממדינות
28 העולם.

29
30 על מנת לקבוע האם חריג החסינות חל בענייננו אם לאו, יש לבחון את פרשנות הוראת
31 החוק בעניין זה בהתאם לתכליתה, למטרת הענקת החסינות ככלל ולרציונל הטמון



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

בבסיסו, באופן שיהיה בו כדי למלא את הכלל הנורמטיבי בתוכן, תחת ריקונו או איונו, וע"י מתן פרשנות מגשימה לתכליות האמורות.

בחינה כאמור מובילה למסקנה, כי חריג הנזיקין אינו מכון לחול על המקרה דנן, היות ותחולתו מכוונת לעוולות נזיקיות הנגרמות אמנם בידי ריבון זר, ואולם התרחשותן מאופיינת במישור המשפט הפרטי, ולא באפיון מדיני-שלטוני.

12. חריג הנזיקין אמנם כולל בהגדרתו את סוג התביעה (נזק לגוף או לרכוש מוחשי, ולא תביעות אחרות, כגון תביעות בגין לשון הרע, תביעות בגין נזקים כלכליים וכדומה), ואת הזיקה הטריטוריאלית הנדרשת, זאת, מבלי להתייחס לשאלת אופי הפעולה, כפרטית או ציבורית. אולם, הגדרה כאמור אינה נובעת אלא מאופיים השונה של מעשי הנזיקין (למול עסקאות מסחריות למשל), ועצם תיחומה של ההגדרה לסוגי תביעה ולאפיון טריטוריאלי, מטרתה שמירת גבולות החריג לחסינות בתוך גבולות מטרתה הראשונית והבסיסית, על מנת שלא לאיינה.

כך, ניתן לראות בעמדתה הברורה של הוועדה הציבורית להכנת חוק חסינות מדינות זרות, בעמ' 95 למסמכי הוועדה:

"... ניתן להצדיק גם גישה הגורסת כי תביעות שאינן עונות לתנאים שפורטו לעיל (סוג התביעה והזיקה הטריטוריאלית – י.ש.) אינן כה חשובות או שהן טומנות בחובן סיכונים גדולים יותר למעורבות בתי המשפט המקומיים בנושאים של פוליטיקה בינ"ל. כך למשל, ניתן לטעון כי תביעות לפיצוי בגין נזקים כלכליים הינן פחות חשובות וספק אם הן מצדיקות את "הסיכון הפוליטי" המתלווה פעמים רבות בניהול תביעות משפטיות נגד מדינות זרות. כך גם באשר לתביעות נזיקין "בין-גבוליות" (למשל, זיהום בין-גבולי) שדיון בהם עלול לגרור את בתי המשפט לדון במדיניות כלכלית או חברתית של מדינות אחרות..."

התנאי כי מעשה הנזיקין יתרחש בתוך הטריטוריה של מדינת הפורום הוא הגורם המגביל ביותר בפועל את החלת סמכות השיפוט של בתי משפט מקומיים על מדינות זרות שבצעו פעולות נזיקיות. ברור שניתן לפרש את הדרישה שמעשה הנזק "ייגרם בתוך" מדינת הפורום במספר דרכים. כמו



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1 כן, ברור שמתן פרשנויות שונות בדבר עוצמת הזיקה הטריטוריאלית
2 הנדרשת בין מעשה הנזיקין לבין המדינה עשוי להצר או להרחיב במידה
3 משמעותית את היקף חסינות הריבון בתחום זה. השאלה הקשה ביותר
4 בעניין זה נוגעת כמובן למעשי נזיקין בין-גבוליים: מקרים שבהם פעולות
5 הממשלה הזרה בוצעו בתוך השטח הריבוני שלה אך אלה גרמו לנזקים
6 בטריטוריה של מדינת הפורום.

7
8 בדיקת חוקי המדינות והמסמכים הבינ"ל מגלה שלושה דפוסים עיקריים
9 בעניין זה: (1) חוקים הדורשים כי הנזק ייגרם ע"י פעולה או מחדל בתוך
10 המדינה. כך בחוק הבריטי... (2) מסמכים בינ"ל הדורשים במפורש כי מבצע
11 הפגיעה ישהה בתוך הטריטוריה של מדינת הפורום בעת הפגיעה. כך
12 באמנה האירופית וכך גם בטיוטת הועדה למשפט בינ"ל... (3) החוק של
13 ארה"ב מורה כי הנזק צריך להתרחש בתוך ארה"ב...

14
15 עם זאת, יש לציין כי בתי המשפט של ארה"ב צמצמו במידת מה את
16 תחולת הכלל והם סרבנו, למשל, להחיל את סמכות שיפוטם על נזקים
17 עקיפים. בשני פסקי דין של בתי המשפט לערעורים נפסק שעל התובע
18 להוכיח, בנוסף לכך שהפגיעה התרחשה בתוך ארה"ב, גם שפעולות
19 מסויימות (של המדינה הנתבעת) התרחשו בתוך ארה"ב...

20
21 נראה כי החלה של הגישה האמריקאית, ומתן סמכות לבתי המשפט
22 בישראל ליישב תביעות נזיקין בין-לאומיות תוביל את בתי המשפט
23 למעורבות רבה בשאלות של מדיניות (כלכלית, חברתית, פוליטית) של
24 מדינות זרות. נראה כי דבר זה אינו רצוי. על כן מוצע לאמץ את הגישה
25 האירופית. עם זאת, גם אם מקבלים את הגישה האירופית, ניתן עדיין
26 להשאיר מרחב מסוים לבתי המשפט ע"י אימוץ ניסוח הדומה לזה של
27 החוק הבריטי (והחוקים שנוסחו בעקבותיו) שאינו מורה במפורש כי מבצע
28 הפעולה הפוגעת צריך להיות נוכח בתוך המדינה בעת הפגיעה."
29 (ההדגשות אינן במקור – י.ש.).



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1 אין ספק כי בדרישות המתוארות לעיל, לתחולתו של חריג הנזיקין, יש כדי להגשים את
2 הרציונל המהווה בסיס לקיומו לכתחילה של מוסד החסינות ולהסכנת מדינות העולם
3 עם המשך קיומו, ואף יש בהן כדי להגשים את אינטרס שמירת הריבונות הבסיסית של
4 כל מדינה ומדינה, על אף מגמת הצמצום הנובעת מעידן הגלובליזציה.

5
6 בענייננו, לא יכולה לקום מחלוקת כי המעשים נשוא התובענה המיוחסים למבקשת,
7 הינם במובהק פעולות של ממשלה זרה, שבוצעו לכאורה בתוך השטח הריבוני שלה,
8 אך גרמו כנטען לנזקים בטריטוריה של מדינת הפורום.

9
10 על פעולות כגון דא התכוון חריג הנזיקין בבירור לפסוח, מסקנה המבססת את תכלית
11 הענקת החסינות - לבל יתערבו בתי המשפט המקומיים של מדינת הפורום בשאלות
12 מדיניות של מדינה זרה. כל פרשנות אחרת תביא לסיכול מטרת החסינות על כל
13 המשתמע מכך, ואף לריקון תנאי חריג הנזיקין מתוכן.

14
15 תמיכה נוספת לכוונת תחולתו האמורה של חריג הנזיקין על מעשי נזיקין של מדינה
16 בכובעה כ"מעוול פרטי", ניתן למצוא בדברי ההסבר לסעיף 5 בהצעת החוק:

17
18 **"במדינות המסדירות בחקיקה את נושא חסינות המדינה הזרה קיימת**
19 **הסכמה כמעט מלאה לעניין שלילת החסינות מן המדינה הזרה בתביעות**
20 **נזיקין בהתקיים תנאים אלה:**

21 **(1) המדובר בתביעות פיצויים כספיות בשל פגיעות גוף או בשל פגיעה**
22 **ברכוש מוחשי...**

23 **(2) מעשה הנזיקין נעשה בשטח מדינת הפורום.**

24
25 **לתנאים אלה נזקקת גם הצעת חוק זו, ועל פי המוצע בה, בהתקיימם, לא**
26 **תיהנה המדינה הזרה מחסינות. במקרים אלה קיים על פי רוב, הסדר**
27 **ביטוחי, ואין לראות במבטח גורם הראוי לחסינות לפי החוק המוצע."**

28
29 (ההדגשות אינן במקור – י.ש.)



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

13. בשולי הדברים האמורים בנוגע לחריג הנזיקין, יש לציין כי אף לשיטתו של החוק האמריקאי, מוחרגות מתוך החריג אותן תביעות המבוססות על הפעלת שיקול דעת ע"י המדינה הנתבעת, או על כישלון בהפעלתו, "חריג שיקול הדעת" כפי כינויו, והפעלת מדיניות כזו או אחרת ע"י מדינה הינה בוודאי עניין שבהפעלת שיקול דעת.

ר' לעניין זה האמור בסעיף 48 לפסה"ד ברע"א 7484/05 **The United States of America נ' יוסף שוחט ז"ל ואח'** (ניתן ביום 3.8.10, טרם פורסם):

"המערערת ביקשה לסמוך על חריג שיקול הדעת הקבוע בחוק האמריקאי... המהווה חריג לחריג הנזיקין, ומחזיר על כנו את חסינות המדינה.

אומר בקצרה כי איני רואה מה לחריג זה ולענייננו. העברת חיילי הצי מהסראטוגה לחוף וחזרה בספינת האלטוביה, וכלשון המערערת "ההחלטה כיצד לשנע חיילים", היא בגדר הפעלת סמכות ביצוע מובהקת, להבדיל מעניין שבמדיניות, שעליו חל חריג שיקול הדעת במשפט האמריקאי".

(ההדגשה אינה במקור – י.ש.).

מעשי טרור

13. אמת נכון הנאמר בכל הנוגע להתגברות איום הטרור בעת האחרונה, איום אשר הניע את הקהילה הבינלאומית לנקוט בצעדים מגוונים לשם דיכוי, לרבות ובעיקר אמצעים מדיניים-כלכליים. כך גם אין מחלוקת בדבר חומרתם של מעשי טרור בכלל וירי רקטות הקסאם, נשוא התובענה, בפרט.

על הרקע האמור, ניתן להבין את המגמה הכללית להכרה באירועי טרור ככאלה המקימים עילת תביעה נזיקית לנפגעים.

אולם, יחד עם זאת, בצדק לא הסכינה הקהילה הבינלאומית עם התערבות בוטה בניהול מדיניותה של מדינה ריבונית, במסגרתה של תביעת נזיקין מן המשפט הפרטי המנוהלת בבית משפט מקומי של מדינה ריבונית אחרת, ככל שאותה מדינה אינה מזוהה ע"י הקהילה כמדינה תומכת טרור.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1
2 ברי, כי ניהולה של תובענה בקונסטלציה האמורה אינו מתקבל על הדעת, שאם לא כן,
3 ייווצר מצב בלתי אפשרי בו כל מדינה אשר תהא חשודה בעיני פרט זה או אחר בניהול
4 מדיניות שיש בה כדי לתמוך בפעולת חבלה כזו או אחרת, תהא חשופה לביקורת ע"י
5 ריבון אחר – בשל מדיניותה כשלעצמה, ונמצאו מרוקנים מתוכן את כלל החסינות
6 ותכליתה.

7
8 כאמור, אין חולק בדבר אופיים החמור של פיגועים חבלניים כמעשי הטרור, וזאת אף
9 מבלי להידרש לשאלה איזו מבין ההגדרות בטיעוני המשיבים הולמת אותם יותר. אלא,
10 ששאלת קיומה של חסינות אינה מוכרעת עפ"י מבחן התוצאה, חמורה ככל שתהא.
11 באופן דומה, אין לומר כי נטילת החסינות ממדינה מפני דיון אזרחי בעניין שכירות ופינוי
12 מושכר הינה תולדה של קולת המעשים והיותם נטולי חומרה, אלא נובעת היא מאופיים
13 המסחרי, שהוא גופו אינו מצדיק הקניית חסינות.

14
15 14. לאור האמור, ומתוך ההכרח לאזן בין האינטרסים הנוגדים, דהיינו, מחד לאפשר תביעת
16 נזקים ממדינות המעורבות במעשי טרור, ומאידך, לשמור על מוסד החסינות בכל הנוגע
17 למדיניותה של מדינה זרה, ניכרת המגמה להסיר במקרים כאלה את החסינות ממדינות
18 אשר הינן **בהגדרה מדינות תומכות טרור** ואשר הוכרזו או הוכרו ככאלה ע"י הקהילה
19 הבינלאומית או למצער ע"י מדינת הפורום.

20
21 פרופ' **Beth Van Schaack** במאמרה **Finding the Tort of Terrorism in**
22 **International Law** (2008) The University of Texas School of Law, (28
23 Rev. Litig. 381) דנה באפשרות של הגשת תביעות אזרחיות כנגד גורמי טרור,
24 לרבות מדינות, מכח חקיקה אמריקאית מפורשת, ע"י אזרחי ארה"ב, בעוד ישנה אי
25 וודאות באשר לאפשרות האמורה בנוגע למי שאינם אזרחיה.

26
27 **Van Schaack** מפנה במאמרה לחוק החסינות האמריקאי (**Foreign Sovereign**
28 **Immunity Act**) לפיו אמנם תוכר תביעה בגין מעשי טרור כנגד מדינה (ולא תוחל
29 חסינות), בהתקיים אחד משני תנאים: המדינה הוכרזה כמדינה תומכת טרור ע"י משרד
30 החוץ של ארה"ב, או בהתקיים אחד החריגים לכלל החסינות הקבועים בחוק.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1 "U.S. victims and claimants may also sue states and state
2 agents implicated in acts of terrorism under the Foreign
3 Sovereign Immunity Act (FSIA), so long as the state itself
4 has been specifically designated as a "sponsor of
5 terrorism" by the Department of State or where the
6 circumstances otherwise satisfy one of the codified
7 exceptions to foreign sovereign immunity."

8
9
10 "Largely in response to the 1988 bombing of Pan Am Flight
11 103 over Lockerbie, Scotland, Congress amended the FSIA
12 to create an additional exception to immunity for acts of
13 torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage
14 taking, or the provision of material support or resources for
15 such acts as part of the Anti-Terrorism and Effective Death
16 Penalty Act of 1996 (AEDPA). The exception is only
17 applicable to states designated by the State Department as
18 sponsors of terrorism, effectively re-politicizing certain
19 determinations of foreign sovereign immunity."

20 (עמ' 383-395 למאמר. ההדגשות אינן במקור – י.ש.)

21
22 15. לבד מן הכלל האמור הקבוע בחוק האמריקאי (שאף הוא מסווג כאמור), לא אומצה
23 בתחיקת יתר מדינות העולם האפשרות להגשת תביעות נזיקין נגד מדינות ריבוניות
24 בגין מעשי טרור נטענים.

25
26 ר' לעניין זה האמור בספרו של ד"ר רובי סייבל, "משפט בינלאומי", (מהד' שניה
27 תש"ע-2010, בהוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל
28 סאקר, האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים), בעמ' 297:

29
30 "סוגיה משיקה נוגעת להענקת חסינות למדינה ביחס לפעולות טרור
31 הנתמכות על ידה. האם בנסיבות אלו יש לשלול את חסינותה? המחוקק



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

האמריקני השיב על שאלה זו בחיוב. בשנת 1996 תיקנה ארצות הברית את החוק האמריקני בדבר חסינות מדינות זרות על מנת לאפשר הליך תביעה אזרחית בארצות הברית נגד מדינה זרה, בגין מעשי טרור שלה, בתנאי, בין היתר, שהמדינה הזרה כלולה ברשימה (המופצת על ידי ממשלת ארצות הברית) של מדינות תומכות טרור. ואולם שאר מדינות העולם לא אימצו חריג דומה, ולפיכך החריג האמריקני לא זכה, לעת עתה, למעמד מנהגי, כפי שהדבר מוצא ביטוי, ולו במשתמע בפסיקת בית הלורדים בבריטניה וכן בפסיקה הישראלית.

16. אף הפסיקה בישראל, בבואה לבחון תובענות מסוג זה מן הפן המוסרי שלהן, מתייחסת למדינות הדוגלות במדיניות של הרג וטרור, מדינות המעודדות ו/או שותפות בביצוע מעשי-טרור.

ר' למשל דברי כב' השופטת ד' גנות בבש"א (ת"א) 9767/08 הרשות הפלשתינית נ' פלד (מיום 25.12.08, לא פורסמה), שם אמנם נדחתה הטענה לחסינותה של הרשות הפלשתינית מהטעם שהיא לא הוכרה כריבון או מדינה, אך הובעה דעה התומכת ככלל בהגשת תביעות נזיקין נגד מדינות המעודדות ו/או שותפות בביצוע מעשי טרור, משנטען במקרה זה כי הארגון לשחרור פלשתינ (אש"פ), הקשור בקשר ענייני ומשפטי הדוק לרשות הפלשתינית, הוכרז כארגון טרור עפ"י פקודת מניעת טרור, תשי"ח-1948, וכך גם בחקיקה האמריקאית.

17. נוכח כל האמור, ומשהמדובר במדינה אשר לא זו בלבד שאין לגביה כל הכרזה כאמור, אלא היא אף מצויה ביחסי שלום עם מדינת ישראל ועם יתר מדינות העולם, לא ניתן לאפשר תביעה נגדה המופנית כנגד הפעלת מדיניותה בשטחה הריבוני, בטענה למעורבות במעשי טרור.

סיכום

18. סיכומי של דבר – טענת החסינות מתקבלת, ובהתאם הנני קובע, כי למבקשת, הרפובליקה הערבית של מצרים, חסינות מפני שיפוט בתובענה זו.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

13 פברואר 2011

ת"א 5006-08

1 מובן, כי לאור תוצאה זו מתייטר הצורך לדון בטענות החילופיות המובאות בבקשת
2 המבקשת לסילוק התובענה.

3
4 התביעה נדחית.

5
6 בנסיבות הייחודיות העומדות ביסוד פסק דין זה, לא מצאתי לנכון לעשות צו להוצאות.

7
8 זכות ערעור לבית המשפט העליון בתוך 45 יום מהמצאת פסק הדין.

9
10 **המזכירות מתבקשת להמציא עותק פסק הדין לב"כ הצדדים.**

11
12 ניתן היום, ט' אדר א תשע"א, 13 פברואר 2011, בהעדר הצדדים.

13
14
15
16
17
18
19

יעקב שפירא, שופט