



בבית המשפט העליון

רע"א 7484/05

בפני :
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עמית

The United States of America המבקשת :
נ ג ד

- המשיבים :
1. יוסף שוחט ז"ל
2. המספנות המאוחדות בישראל "עוגן" בע"מ
3. לטוניה פלאמר ו-17 תובעים אח'
4. בובי סטיוארט ו-9 תובעים אח'
5. מדינת ישראל
6. מינהל הספנות והנמלים
7. היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בחיפה בתיק ה"מ 28032/97 שניתן ביום 4.5.2005 על ידי
כבוד השופט י' גריל

תאריך הישיבה : כ"ה בשבט התש"ע (11.1.2010)

בשם המבקשת : עו"ד א' כרמון, עו"ד ח' כרמון, עו"ד ר' כרמון
בשם המשיבים 1-2 : עו"ד ג' נשיץ, עו"ד ע' מוטולה
בשם המשיב 7 : עו"ד נ' זמרת

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. עניינו של פסק דין זה בהיקף חסינות הריבון של מדינה זרה במסגרת תביעת נזיקין שהוגשה בישראל בגין אירוע שאירע בישראל, והוא מונח לפתחנו במסגרת בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט י' גריל), לפיה נדחתה בקשת המבקשת לדחות על הסף הודעת צד ג' אשר נשלחה לה על ידי המשיב 2, בטענה לחסינות ריבונית.

בהסכמת הצדדים ניתנה רשות ערעור והוחלט לדון בבקשה כבערעור. כן נתבקש היועץ המשפטי לממשלה למסור עמדתו ולהתייצב לדיון.

רקע עובדתי והשתלשלות ההליכים

2. ביום 21.12.1990 הובילה ספינת ה"אלטוביה" (להלן: הספינה או האלטוביה) אנשי צוות של נושאת המטוסים של צי ארה"ב "U.S.S.-SARATOGA" (להלן: הסראטוגה) מרציף נמל חיפה אל מקום עגינת הסראטוגה, עת שבו אנשי הצוות

מחופשת חוף. למרבה הצער, הספינה טבעה טרם הגיעה למחוז חפצה, בעודה מצויה במימיה הטריטוריאליים של ישראל. כעשרים אנשי צוות טבעו למוות ואחרים נפגעו.

3. האירוע הטרגי המתואר לעיל, גרר בעקבותיו תביעת נזיקין מצד הנפגעים ומצד שאיריהם של המנוחים, הם המשיבים הפורמאליים 3 ו-4. התביעה הוגשה נגד המשיב 1, שהיה קברניט הספינה בעת התאונה, ונגד המשיבה 2, בעליה של האלטוביה. אלה האחרונים הגישו בשנת 1997 הודעת צד ג' הן נגד המערערת והן נגד המשיבים הפורמאליים 5 ו-6 (משרד התחבורה ומנהל הספנות, בהתאמה) (להלן: הודעת צד ג').

בהודעת צד ג' כנגד המערערת נטען כי הצי האמריקאי "נהג ברשלנות ו/או תוך הפרת חובותיו, ובכך גרם לתאונה ולנזקים שנגרמו". בפירוט הדברים נטען כי הצי אישר את כשירות הספינה להובלת חיילי הצי, אישר את השיט לכיוון הסראטוגה והעלה על סיפונה 101 חיילים, כל זאת חרף מצבה של הספינה ותנאי מזג האויר אשר שררו באותה העת; כי הצי הורה על קשירה באזיקים של חלק מהחיילים בעודם על סיפון האלטוביה בשל היותם שיכורים ובכך מנע בעדם מלהינצל מפגיעה; כי הצי הורה לחיילים להתגורר בחלקה האחד של הספינה, או לכל הפחות לא מנע זאת מהם, דבר שגרם להפרת איזון הספינה ולהתרחשותה של התאונה; וכי הצי פעל ברשלנות בפעולות ההצלה שנעשו לאחר טביעת הספינה.

4. המערערת הגישה בקשה לדחיית ההודעה לצד ג' על הסף, לנוכח החסינות הריבונית העומדת לה, להשקפתה, בהיותה מדינה זרה. החלטת בית המשפט המחוזי מיום 4.5.2005, לפיה נדחתה בקשת המערערת, היא העומדת במוקד ערעור זה.

במאמר מוסגר אציין כי ביני לביני ניתן פסק דין בתביעה העיקרית ובהודעת צד ג' נגד כל הצדדים האחרים זולת המערערת. התביעה העיקרית נגד הבעלים של האלטוביה (המשיבה 2) הסתיימה בהסדר פשרה שקיבל תוקף של פסק דין, ובהודעת צד ג' נגד משרד התחבורה ומנהל הספנות ניתן פסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. המערערת נותרה אפוא בעל הדין היחיד שעניינו בפרשה טרם הסתיים.

החלטת בית המשפט המחוזי

5. לאחר סקירה של דוקטרינת הריבון הזר וההלכה הנוהגת, דן בית המשפט המחוזי בסיווגה של פעולת הסעת החיילים בספינה מן החוף אל נושאת המטוסים. בית

המשפט קבע כי מהות הפעולה עצמה, על רקע העדויות ונסיבותיו הקונקרטיות של האירוע, מעלה כי לא מדובר בפעולה ריבונית או מלחמתית, אלא בפעולה בעלת אופי מסחרי-פרטי, ולפיכך אין עומדת למבקשת חסינותה הריבונית.

מסקנתו של בית המשפט התבססה, בין היתר, על התייחסותה של המערערת עצמה להפלגת האלטוביה ולהפלגות מסוגה כאל שירות של מונית ימית או מעבורת מסחרית ("water taxis", "commercial passenger ferries", "commercial liberty boat"). כן הזכיר בית המשפט כי הצי השישי נמנע מלהתקיף הנחיות מסודרות לגבי הסעות מסוג זה – להבדיל מנוהלים כתובים ביחס לסירות הצבאיות הקטנות של ה"סראטוגה" עצמה – מה שמעיד על כך, שהצי לא ראה בהשטת החיילים מנושאת המטוסים אל החוף וחזרה, פעולה בעלת אופי צבאי.

על האופי ה"פרטי" של ההתקשרות למד בית משפט קמא גם מהעובדה שבמברק התיאום אשר נשלח אל הנספח הימי בשגרירות, הוזמנה, לצד שכירת שירותי האלטוביה, שורה ארוכה של דרישות "אזרחיות" מובהקות, כגון רשימת קניות של מצרכי מזון, שירותי איסוף אשפה ועוד כהנה וכהנה. על בסיס האמור, ולנוכח היעדר שיקולים "שלטוניים" המלווים את כריתתו של חוזה ההסעה, הסיק בית משפט קמא כי החוזה לשכירת שירותי הספינה הוא מתחום המשפט הפרטי, באשר כל אדם יכול להיות צד לו.

בדונו בשאלה אם יש מקום לטענה כי הסעת החיילים מהווה פעולה "צבאית", "מלחמתית" או "ריבונית", עמד בית המשפט על כך שלחיילים לא נשקפה כל סכנה מבחינה צבאית, שכן דובר בפעולת הסעה רגילה שנועדה להשיב חיילים מחופשה; כי החיילים ירדו לחוף בביגוד אזרחי, מבלי שהוטלו עליהם משימות צבאיות וללא שהוטלו עליהם מגבלות (למעט הגבלות כגון שעת החזרה לאוניה ואיסור על ביקור בגדה המערבית ובחבל עזה); כי רבים מהמלחים שתו לשכרה בעת שהותם על החוף; וכי עצם הירידה לחוף אינה חלק מחובותיהם של חיילי הצי. סיכומם של דברים, בית המשפט דחה את הטענה כי חייל אשר נמצא בדרכו לחופשה או בחזרה ממנה נחשב כממלא חלק מפעולה "צבאית-מלחמתית-ריבונית". כן נדחתה טענת המערערת כי די בכך שחלק קטן (אפילו אחד) מהחיילים היה בדרכו לחוף במסגרת תפקידו על מנת להגדיר את ההפלגה כצבאית. בית משפט קמא הבהיר כי ההסתכלות על פעולת ההסעה הספציפית צריכה להיות "ממעוף הציפור", ודי בכך שהספינה נשכרה למטרת הסעת חיילים לחופשה, כדי לסווגה כפעולה לא צבאית.

6. בית המשפט התייחס גם ל"חריג הנזיקין", ולפיו, ככלל, בהתמלא מספר תנאים, כאשר מדובר במקרים של נזק גופני או נזק לרכוש, לא תעמוד למדינה הזרה חסינותה הדיונית. בית המשפט הביע את עמדתו, למעלה מן הדרוש, כי חריג הנזיקין חל בין אם מדובר בפעולה "פרטית" ובין אם מדובר בפעולה "ריבונית", ובלבד שאין המדובר בפעולה שהיסוד הדומיננטי בה הוא בעל אופי שלטוני או בפעולות "מלחמתיות". בהקשר זה דחה בית המשפט את טענת המערערת, המבוססת על החוק האמריקאי, כי החלת "חריג שיקול הדעת" מונעת את שלילת חסינותה. בית המשפט ציין, בין היתר, כי חריג שיקול הדעת לא מצא את ביטויו במשפט הבינלאומי המנהגי, ומכל מקום, האסמכתאות אשר הובאו על ידי המערערת בעניין זה אינן מסייעות לה לשם ביסוס עמדתה, בהיותן עוסקות בעיקר בפעולות ריבוניות או צבאיות. למעלה מן הצורך, בית המשפט ציין כי ראוי שהחריג לחסינות הריבון הזר לא יחול על מקרה נזיקין אשר מקורו בפעולה מלחמתית. בית המשפט נעזר בפרשנות הפסיקה הישראלית למונח "פעולה מלחמתית" בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, אשר צמצמה את מובנו ל"פעולת מלחמה במובן הצר והפשוט" (ע"א 5964/92 עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (2002)), והטעים כי משאין מדובר בענייננו בפעולה מלחמתית מהסוג המתואר, אין מניעה להחיל את חריג הנזיקין.

על החלטה זו נסב הערעור שבפנינו.

עיקר טענות המערערת

7. טענתה הראשונה והעיקרית של המערערת הינה כי הטענות הכלולות בהודעת צד ג' אשר נשלחה אליה מתבססות על דיני הנזיקין, בעוד הכרעתו של בית המשפט המחוזי מבוססת על הקביעה כי הסכסוך בין הצדדים מקורו בחוזה פרטי. במילים אחרות, אף שלא נכללה בהודעת צד ג' כל טענה "מסחרית" כלפי המערערת, סיווג בית המשפט המחוזי את פעילותה כ"מסחרית-פרטית", ועל בסיס האמור דחה את טענתה לקיומה של חסינות ריבונית. לטענת המערערת, לצורך הקביעה אם עומדת למדינה זרה חסינותה הריבונית, יש לאתר את הפעולה הרלוונטית ולקבוע את אופיה, במובחן מ"הרקע" לפעולה. לגישה, אפילו נקבל את גישת המשיבים כי יש לבחון את הרקע לפעולה, הרי שהרקע הרלוונטי הוא הכנותיה של המערערת למלחמת המפרץ, אשר במסגרתן שהתה במימיה הטריטוריאליים של ישראל, הכנות שאין חולק כי נחשבות הן לפעולה ריבונית-מלחמתית.

המערערת מוסיפה וטוענת כי שגה בית משפט קמא בקביעתו העובדתית כי המערערת עצמה ראתה בשכירת האלטוביה פעולה פרטית, ולטעמה, עצם בחינת השאלה מהווה חדירה לשיקוליה כריבון זר. המערערת אף קובלת על כך שבית המשפט נעזר בפסיקה ובחקיקה ישראלית לשם בחינת אופיה המלחמתי של הפעולה. לטענתה, דיני החסינות הריבונית נשאבים בשלמותם מהדין הבינלאומי, והחקיקה הישראלית והפסיקה המפרשת אותה אינן רלוונטיות לעניין זה.

בנוסף, המערערת טוענת כי אין רלוונטיות לשאלה אם המלחים היו בחופשה בעת קרות התאונה, כאשר המלחים היו תחת מרות הצי גם בעת האירוע. על פי הדין חסינות הריבון היא הכלל, בעוד הנטל להראות כי מתקיים אחד החריגים מוטל על כתפי התובע. לטענת המערערת, בית משפט קמא הפך את נטל הראיה, והמשיבים לא הרימו את הנטל להוכיח שהמלחים לא היו כפופים למרות הצי. כן טוענת המערערת כי שגה בית המשפט בייחסו משקל לעובדה שהמלחים לא היו נתונים בסכנה כלשהי במהלך ההפלגה ובמשך שהותם על החוף, ובמסקנתו כי הדבר מעיד על כך שאין המדובר בפעולה צבאית.

8. לטענת המערערת, לא היה מקום להחיל את "חריג הנזיקין" לכלל החסינות הריבונית, מכיוון שפעולות המערערת היו פעולות "צבאיות-מלחמתיות". הוסיפה המערערת וטענה כי חריג הנזיקין לא חל מקום בו מדובר בתביעות שיבוב או השתתפות, אלא רק בין מזיק לניזוק, ורק בתאונות דרכים. מכל מקום, גם אם היתה תחולה לחריג הנזיקין, הרי ש"עקרון שיקול הדעת", המהווה חריג לחריג, שולל את תחולת חריג הנזיקין ומותיר את חסינותה הריבונית על כנה.

עיקר טענות המשיבים

9. לטענת המשיבים, עניינו של ההליך דנן הוא בהכרעה בטענת הסף של המערערת באשר לחסינותה הריבונית. משכך, השאלה העומדת על הפרק היא סיווג פעילותה, אם ריבונית היא אם פרטית, ולשם כך אין כל רלוונטיות לעובדה שהתביעה העיקרית עוסקת בשאלת אחריותה של המערערת בנזיקין. המשיבים תומכים יתדותיהם בפסק דינו של בית משפט קמא, וטוענים כי המדובר בפעולה של הסעת חיילים בשוכם מחופשת חוף, שבמהלכה לא היו כפופים להוראות הצי. פעילות המערערת בנסיבות המקרה דנן הייתה פעילות מסחרית-פרטית, וככזו אינה מקנה למערערת חסינות. גם מהתייחסות הצי עצמו עולה ששירותי המעבורת היו בעלי אופי מסחרי-פרטי. כך עולה

מהגדרת הצי את הספינה כ- "commercial", וכך עולה מהתנהלותו בפועל, מכך שלא ניתן תדרוך לחיילים העולים על הספינה ומכך שלא נמצא קצין אחראי על גבי הספינה.

10. בהתייחסם לתחולתו של "חריג הנזיקין", המשיבים טוענים כי אירועים בהם התרחש נזק לגוף או לרכוש אובחנו באופן כללי כמקרים בהם לא קיימת חסינות ריבונית למדינה הזרה, ומאחר שבמקרה דנן אין מדובר בפעולה מלחמתית, יש מקום להחיל את החריג.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

11. היועץ המשפטי לממשלה הגיש את עמדתו בסוגיה שלפנינו, משנתבקש לעשות כן על ידי בית משפט זה. זאת, מכוח סמכותו לפי סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש] המסמיכה את היועץ המשפטי לממשלה להתייצב בכל הליך אם נוכח לדעת "כי זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או ענין ציבורי עלולים להיות מושפעים או כרוכים" באותו הליך.

היועץ המשפטי לממשלה נמנע מלהביע את עמדתו באשר לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה דנן ועמדתו מתמצה בתיאור המצב המשפטי נכון למועד הגשת עמדתו.

12. היועץ המשפטי לממשלה נסמך בדבריו על פסק דינו של בית משפט זה ברע"א 7092/94 Her Majesty the Queen in Right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא(1) 625 (1997) (להלן: עניין קנדה), בו סקר הנשיא ברק את המצב המשפטי בסוגיית חסינותו של ריבון זר על רקע התפתחותו במשפט הבינלאומי. ההתדיינות בעניין קנדה נסבה על סכסוך חוזי בין משכיר נכס מקרקעין לבין ממשלת קנדה, ששכרה את הנכס על מנת שישמש כמעונו של שגריר קנדה. היועץ המשפטי לממשלה עמד על ההבחנה שנקבעה בפסק הדין, בין פעולות "שלטוניות" של המדינה הזרה לגביהן חלה חסינות, לבין פעולות "פרטיות" לגביהן לא עומדת למדינה הזרה חסינות. המבחן המכריע לסיווגה של פעולת המדינה הינו מבחן הטיב והמהות של הפעולה, אשר תיבחן תמיד בהקשר במסגרתו נתבצעה.

עוד הפנה היועץ המשפטי לממשלה להצעת חוק חסינות מדינות זרות, תשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 357 (להלן: הצעת החוק), אשר ביני ביני כבר זכתה למעמד של חוק חרות בשם חוק חסינות מדינות זרות, תשס"ט-2008 (להלן: חוק

חסינות מדינות זרות או החוק). היועץ המשפטי לממשלה הצביע על חריג "הפעולה המסחרית" הקבוע כיום בסעיף 3 לחוק ולפיו "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה שעילתה עסקה מסחרית", וכן על "חריג הנזיקין" הקבוע כיום בסעיף 5 לחוק ולפיו "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה בשל עוולה שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי, ובלבד שהעוולה נעשתה בישראל".

בסוף דבריו ציין היועץ המשפטי לממשלה כי "חריג שיקול הדעת" המצוי בחקיקה האמריקאית לא אומץ בהצעת החוק הממשלתית וממילא לא מצא את מקומו בנוסחו הסופי של החוק.

דיון

13. חסינות הריבון הזר מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי מימים ימימה, ומכוחה נגזר הכלל לפיו אין מדינת הפורום רשאית לכפות על מדינה זרה, ללא הסכמתה, להתדיין בערכאות השיפוט שלה בתביעה בה מעורבת המדינה הזרה. סוגיית חסינותו של הריבון הזר נדונה בהרחבה בפסק דינו של הנשיא ברק בהלכת קנדה, במסגרתו נסקרו מעמדה של החסינות, התפתחותה והיקפה, הן בדין הבינלאומי והן במשפט הישראלי. משכך, איני רואה צורך לשוב ולפרט את שנאמר, ודי שאציין כי בהיעדר חקיקה ישראלית סותרת, מהווים דיני החסינות של המדינה הזרה חלק מהמשפט הישראלי מכוח היותם משפט בינלאומי מנהגי, הנקלט לתוך הדין הישראלי (ראו, לדוגמא: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 14.12.2006), סעיף 19 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 785/87 עפ"נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4, 35 (1988); עניין קנדה, סעיף 12 לפסק הדין והאסמכתאות שם. ליישום הלכת קנדה בפסיקה ולסקירת משפט משווה בנושא החסינות, ראו פסק דינה המקיף של השופטת למשטרייך-לטר בת.א. 67468/90 המ' 13049/97 (שלום חיפה) פלוני'ת נ' United States of America שם נתבעה ממשלת ארה"ב באחריות שילווחית למעשה אינוס שבוצע על ידי מלח של הצי השישי בעת שהותו בחופשת חוף בחיפה. נציין כי פסק הדין שניתן כנגד ממשלת ארה"ב בוטל בהסכמה בערכאת הערעור, ככל הנראה לאחר שהצדדים התפשרו מחוץ לכתלי בית המשפט).

גורלו של ערעור זה יוכרע, אפוא, על פי כללי הדין הבינלאומי המנהגי כתוקפו

בישראל.

14. כאמור, אך לפני זמן קצר נכנס לתוקפו חוק חסינות מדינות זרות, שנחקק בעקבות עצתו של הנשיא ברק בפסק דינו בעניין קנדה, בו הפנה את תשומת לב המחוקק לצורך להסדיר את הסוגיה בחוק (סעיף 35 לפסק הדין). סעיף 24 לחוק מחיל את הוראותיו על הליכים שהוגשו לבית המשפט לפני כניסת החוק לתוקף "ובלבד שטרם החל הדיון בהם". במקרה דנן, הדיון בתיק כבר החל טרם כניסתו של החוק לתוקף, ומשכך, אין תחולה להוראותיו. עם זאת, אין מניעה להיעזר בהוראות החוק ובדברי ההסבר לחוק לצורך פרשנות, באשר החוק מבוסס על המשפט הבינלאומי כפי שהתגבש עם השנים (וראו: דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 334) ולאור החזקה כי בעצם חקיקת החוק ביקש המחוקק להתאים עצמו למשפט הבינלאומי (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 576 (תשנ"ו) והאסמכתאות שם).

15. בטרם נפנה לבחינת טענות המערערת לגופן, נזכיר כי נקודת המוצא היא שההכרה בחסינות הדיונית של המדינה הזרה נעשית על דרך הצמצום, ובמקרה של ספק יש להכריע לטובת סמכותו של בית המשפט (עניין קנדה, עמ' 26).

אקדים ואומר כי דעתי כדעת בית המשפט המחוזי, וכי יש לדחות את טענת המערערת לקיומה של חסינות דיונית בהיותה ריבון זר. עם זאת, הגם שמסקנתי הסופית זהה לזו של בית משפט קמא, הנימוקים העומדים בבסיסה שונים במעט.

ומכאן, לגופו של דיון.

חסינות המדינה הזרה - כללי

16. חלפו-עברו להם הימים בהם זכו מדינות זרות לחסינות מוחלטת במדינת הפורום בגין פעולה שביצעו, היא אופייה אשר יהא, ומזה עשרות בשנים מבססת תפישת החסינות "המוגבלת" או "היחסית" (restrictive immunity) את מקומה כדין הנוהג במשפט הבינלאומי (ראו: M.N. Shaw, International Law (Cambridge, 5th ed.) I. Brownlie, Principles of Public International Law (להלן: Shaw); 2003, p. 625-631 A. Cassese, International Law (להלן: Brownlie); (Oxford, 7th ed.) 2008, p. 330-339) (להלן: Cassese); (Oxford, 2nd ed.) 2005, p.100) עניין קנדה, סעיפים 15-21 לפסק הדין).

ככלל, חסינותה של מדינה זרה שרירה וקיימת, כל עוד לא חל אחד החריגים השוללים את תחולתה. גישה בסיסית זו מקובלת בדין הבינלאומי הנוהג, והיא באה

לידי ביטוי בדברי חקיקה במדינות הים, הקובעים עקרון חסינות כללי תוך פירוט החריגים לו (וראו, בין היתר: סעיף 1 ל-State Immunity Act 1978 האנגלי (להלן: החוק האנגלי); סעיף 1604 ל-Foreign Sovereign Immunities Act 1976 האמריקאי (להלן: החוק האמריקאי); סעיף 3 ל-State Immunity Act 1985 הקנדי (להלן: החוק הקנדי); וסעיף 9 ל-Foreign States Immunities Act 1985 האוסטרלי (להלן: החוק האוסטרלי)). בדומה, כלל זה אומץ בסעיף 5 ל-United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2005) (להלן: אמנת האו"ם בדבר חסינות מדינות או אמנת האו"ם. לסקירת סעיפי אמנת האו"ם וניתוחם, ראו: D.P. Stewart, "Current Development: The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property" 99 *A.J.I.L.* (2005) 194. הכלל האמור מצא כיום את ביטויו גם בסעיף 2 לחוק חסינות מדינות זרות, הקובע כי "למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל...בכפוף להוראות חוק זה".

עם זאת, אף שחסינותה של המדינה הזרה אינה מוחלטת, הנטל להראות כי קמה עילה בגינה יש לשלול מהמדינה הזרה את חסינותה, רובץ לפתחו של בעל הדין המבקש מבית המשפט המקומי לקנות סמכות שיפוט כלפיה (רובי סיבל משפט בינלאומי 256 (2003)).

17. לענייננו, שניים הם החריגים אשר לקיומם טוענים המשיבים: חריג העסקה המסחרית, המכונה בדין הזר "commercial transaction" או "commercial activity", וחריג הנזיקין. בית משפט קמא, ביישמו את הלכת קנדה ומבחניה, ביסס את עיקר הכרעתו על ההבחנה בין פעולה שלטונית במישור הציבורי, לבין פעולה מסחרית במישור הפרטי, וקבע כי מדובר באירוע שהוא באופיו פעולה מסחרית פרטית. בתום דיונו אודות "מסחריות" הפעולה, ציין השופט כי ניתן להחיל בנסיבות מקרה זה אף את חריג הנזיקין, וכי האופי "הפרטי" של הפעולה אינו תנאי מקדמי להחלת חריג הנזיקין.

בצעדם בנתיבי פסק דינו של בית משפט קמא, האריכו הצדדים בעיקרי הטיעון מטעמם בסוגיית חריג העסקה המסחרית, ודומה כי השליכו עיקר יהבם על השאלה אם יש מקום להחילו בענייננו. לכשעצמי, סבור אני כי דרך המלך בענייננו היא דווקא בהחלתו של חריג הנזיקין. למרות זאת, אלך בעקבות הצדדים ובעקבות פסק דינו של בית משפט קמא, אדון תחילה בשאלת תחולתו של חריג העסקה המסחרית, ומשם אפנה לבחינת תחולתו של חריג הנזיקין.

18. על היקף חסינותה של המדינה הזרה עמד הנשיא ברק בהרחבה בפסק דינו בעניין קנדה, שם אומצה אמת המידה המוכרת במשפט הבינלאומי המנהגי, המבחינה בין פעולה שלטונית (*jure imperii*) לבין פעולה פרטית או מסחרית (*jure gestionis*) (סעיף 25 לפסק הדין). הרציונאל העומד בבסיס חריג זה נגזר מתהליך המעבר מחסינות מוחלטת לחסינות יחסית, ולפיו אין הצדקה להעניק חסינות למדינה זרה מקום בו היא מסירה את כובעה השלטוני ונוקטת פעולות ככל אדם הכפוף להוראות הדין הפרטי (וראו: *Cassese*, p. 100).

סיווגה של פעולה ומהותה על פי ההבחנה בין פעולה שלטונית לבין פעולה מסחרית אינה תמיד פשוטה. קולמוסים רבים נשכרו בנסיונות לשרטט קו גבול מדויק המפריד בין פעולה "שלטונית" לפעולה "פרטית", ומלומדי משפט ושופטים התחבטו בנושא זה (ראו, למשל: עניין קנדה, סעיף 29 לפסק הדין; פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Saudia Arabia v. Nelson* 507 U.S. 349 (1993) (להלן: עניין H. Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford 2002) 157, ; *Saudia Arabia v. Nelson* A. Bernay, "Comment: Finding the Nexus: Measuring ; (Fox :להלן: 201, 272 Jurisdiction under the First Clause of the Commercial Activity Exception to the ; (Bernay :להלן: 1581 *Foreign Sovereign Immunities Act*" 77 *U. Cin. L. Rev.* (2009) 1581 M. Mofidi, "The Foreign Sovereign Immunities Act and the "Commercial Activity" Exception: The Gulf between Theory and Practice" 5 *J. Int'l Legal Stud.* (1999) 95 במהלך השנים פותחו מספר מבחנים המסייעים לשרטט הבחנה זו, ביניהם: מבחן האדם הפרטי – האם גם אדם פרטי יכול להיות צד לעסקה או שמא מדובר בעסקה שרק מדינה יכולה להיות צד לה; ומבחן המבנה המשפטי של העסקה – לפיו יש לבחון אם עסקינן במבנה משפטי "שלטוני" (כגון שההסמכה היא מכוח חוק) או שמא במבנה "פרטי" (כגון חוזה). המגמה הברורה בדין הבינלאומי היא להעביר את כובד המשקל ממטרת הפעולה (purpose) לטובת טיב הפעולה (nature) (וראו: עניין קנדה, סעיפים 30-25 והאסמכתאות שם; דברי ההסבר של ה-International Law Commission של האו"ם לטיוטת אמנת האו"ם בדבר חסינות מדינות – Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 1991, p. 20; *Shaw*, p. 633; *Fox*, p. 285).

19. האם הפעולה הרלוונטית בענייננו היא "מסחרית-פרטית" בטיבה ובמהותה? בית משפט קמא, ביישמו את המבחנים בהלכת קנדה, ענה על שאלה זו בחיוב בהצביעו על האינדקציות הבאות: גם אדם פרטי יכול לכרות חוזה לשכירת מעבורת; כריתת

החוזה אינה מלווה בשיקולים שלטוניים; אין שוני מהותי בין חוזה לשכירת מבנה לשימוש השגרירות (כבנסיבותיו של עניין קנדה) לבין חוזה לשכירת שירותי ספינת מעבורת שנועדה להסיע חיילים לחופשה. נקבע כי אין להחיל את חסינות המדינה הזרה על פעולות "פרטיות" של המדינה, ועל כן "מתבקשת המסקנה, כי בדרך כלל אין להחיל את חסינות המדינה לעניין מחלוקות הקשורות לחוזי שירות, או לשכירתם של אובייקטים כאלה או אחרים" (סעיף י"ד לפסק הדין). על רקע האמור, הגיע בית משפט קמא למסקנה כי דין טענת המערער לקיומה של חסינות ריבונית להידחות.

20. להשקפתי, החלת חריג העסקה המסחרית על בסיס יישום הלכת קנדה ומבחניה, אינה חפה מקשיים במקרה דנן. אכן, צדק בית משפט קמא בקבעו כי ככלל, מחלוקות הקשורות לחוזי שירות או לשכירת אובייקטים אינן מצדיקות הכרה בחסינותן הריבונית של מדינות זרות, וכי שכירת שירותי "מוניות ימיות" היא במהותה פעולה פרטית ולא ריבונית. ברם, להבדיל מנסיבותיו של עניין קנדה, בו מוקד הסכסוך בין הצדדים נגע לתנאי חוזה השכירות, המחלוקת במקרה דנן אינה קשורה לחוזה שכירות המעבורת, ולא פעולתה "המסחרית" של המערער היא העומדת בבסיס עילת התביעה. אין מדובר בסכסוך בגין הפרת חוזה או בנוגע לפרשנות תנאי חוזה. המבנה המשפטי של פעולת המערער אינו מבנה של חוזה. הודעת צד ג' שנשלחה למערער מתבססת על עילה נזיקית, והמערער נתבעת בגין רשלנות או הפרת חובה שגרמה או תרמה, כטענת המשיבים, לתוצאה הטרגית של טביעת המלחים. הנה כי כן, השאלה הניצבת לפתחנו מתמקדת בתחולת חריג העסקה המסחרית על תביעת נזיקין שהרקע להתרחשותה הוא פעולה מסחרית על פי טיבה ומהותה, בדמות שכירת הספינה כמעבורת לשם הסעת החיילים לחופשת חוף. במילים אחרות, מה הקשר הנדרש בין הפן המסחרי של הפעולה לבין העילה הנזיקית של התביעה, אשר קיומו יאפשר את החלת חריג העסקה המסחרית? לסוגיה זו נפנה עתה.

תחולת חריג העסקה המסחרית לגבי תביעות נזיקין

21. ככלל, התפישה המקובלת בדין הבינלאומי אינה רואה בקיומו של חריג הנזיקין הסדר שלילי, המונע באופן קטגורי תחולתם של חריגים אחרים בקשר לתביעות נזיקיות. לשון אחר, גם בנסיבות בהן תביעה נזיקית אינה חוסה תחת כנפיו של חריג הנזיקין, אין בכך, בהכרח, כדי לחסום את התובע מלטעון לתחולתו של חריג העסקה המסחרית (ראו: Fox, p. 162, 206, 312; וכן דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 337). עם זאת, לשם החלת חריג העסקה המסחרית לגבי תביעה נזיקית, על האחרונה להיות

קשורה לעסקה מסחרית, והשאלה הרלוונטית לענייננו היא הקשר הנדרש בין העוולה הנזיקית לבין הפעולה המסחרית.

22. כפי שנזכר לעיל, סיווג הפעולה כמסחרית או שלטונית אינו פשוט כלל ועיקר. ההסדרים הקבועים בחוקי המדינות השונות לא נותנים תשובה אחידה לשאלה אימתי תישלל החסינות ממדינה זרה תחת כנפיו של חריג העסקה המסחרית, ומהן סוג התביעות הנכנסות לגדרו. כך, למשל, סעיף 1605(a)(2) לחוק האמריקאי כולל דרישה כי התביעה תהיה "מבוססת על פעילות מסחרית":

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—

...

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state...

שאלת פרשנות הסעיף, והצורך לקבוע אימתי תיחשב פעולה כ"מבוססת על" עסקה מסחרית, התגלגלה לפתחו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Saudia Arabia v. Nelson*. עיקרם של דברים, בין נלסון לבין בית חולים ממשלתי בערב הסעודית נכרת חוזה, במסגרתו נשכרו שירותיו של נלסון כמהנדס בקרת מערכות. במהלך עבודתו התריע נלסון במשך מספר חודשים על ליקויי בטיחות אשר היוו, להבנתו, סכנה לחיי אדם, אולם מנהלי בית החולים הורו לו להתעלם מהם. באחד הימים זומן נלסון על ידי מנהלי בית החולים למשרדי האבטחה של בית החולים, שם נעצר על ידי סוכני משטרה סעודיים. לטענת נלסון, במהלך תקופת מעצרו הוא עונה, הוכה ואולץ לחתום על מסמכים בערבית שאת טיבם לא הבין. כעבור 39 ימי מעצר, ולאחר התערבות אישית מצד סנאטור אמריקני, שוחרר נלסון. עם חזרתו לארה"ב הגיש נלסון תביעת נזיקין נגד ערב הסעודית, בין היתר בגין תקיפה, עינויים וכליאת שווא, ורשלנות בשל אי אזהרתו מפני הסכנות הצפויות לו אם יטול על עצמו את התפקיד.

שופטי בית המשפט העליון נחלקו בדעותיהם, בין היתר ביחס לשאלה אם התביעה עונה על דרישת החוק ואם היא "מבוססת על" פעולה מסחרית. דעת הרוב קיבלה את טענת החסינות של ערב הסעודית, בקבעה כי אין להסתפק בקשר כלשהו בין קרות הנזק לבין האופי המסחרי של הפעולה, וכי אין להחיל את החריג מקום בו הנזק נגרם בשל הפעלת סמכות שלטונית כדוגמת פעולת שיטור ומעצר. יצויין כי חלק מהשופטים סברו כי בפעילותו המסחרית הכללית של בית החולים – לרבות תגובתו של בית החולים לאקט חשיפת הליקויים על ידי נלסון (whistleblowing) – יש כדי

לראות את התביעה כ"מבוססת על" פעולה מסחרית. בנוסף, דעת המיעוט סברה כי תביעת נלסון בעילה של רשלנות בגין אי אזהרתו מפני הסכנות הצפויות לו, עונה אף היא על דרישות החוק להחלת החרג, בהיותה קשורה במישרין לכריתת ההסכם בין הצדדים. אציין כי פסק הדין זכה להתייחסות ביקורתית בספרות, וראו לעניין זה: D.E. Whelan "The Commercial Activity Exception in the Foreign Sovereign Immunities Act: *Saudia Arabia v. Nelson*" 27 *Creighton L. Rev.* (1994) 1069. המחבר מייחס לבית המשפט גישה לפיה לא די בקשר סיבתי בין הפעולה המסחרית לבין קרות הנזק, ועל הפעולה המסחרית גופא להיות גורם הנזק. כן ראו ביקורתו על דחיית תביעת נלסון בעילה של רשלנות בגין אי אזהרתו מפני הסכנה הצפויה לו (והשוו לפסק דינו של בית המשפט העליון האמריקאי אשר ניתן כשנה קודם לכן בעניין *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 112 S. Ct. 2160 (1992); אשר עסק במעמדה של פעולת הנפקת אגרות חוב על ידי ממשלת ארגנטינה, וכן: A. Lew "Republic of Argentina v. Weltover, Inc.: Interpreting the Foreign Sovereign Immunity Act's Commercial Activity Exception *Fox, ; Bernay, ibid ; to Jurisdictional Immunity*" 17 *Fordham Int'l L.J.* (1994) 726 (p. 197-202, 206, 312).

23. גישה דומה, אך לא זהה, אומצה על ידי המחוקק באנגליה, הקובע בסעיף 3 לחוק האנגלי כי מדינה זרה לא תיהנה מחסינות מקום בו מדובר ב"הליכים המתייחסים לעסקה מסחרית":

(1) A State is not immune as respects proceedings relating to—
 (a) a commercial transaction entered into by the State;
 or
 (b) an obligation of the State which by virtue of a contract (whether a commercial transaction or not) falls to be performed wholly or partly in the United Kingdom.

זאת לצד הגדרה מה תיחשב עסקה מסחרית:

(a) any contract for the supply of goods or services;
 (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and
 (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority;

הסדר דומה ניתן למצוא בסעיף 11 לחוק האוסטרלי ובסעיף 5 לחוק הקנדי (אף שזה האחרון אינו כולל פירוט של רשימת מקרים המדגימים מהי "עסקה מסחרית").

בדומה לחוק האמריקאי, אף מלשוננו של תת סעיף (c) לחוק האנגלי עולה כי אין הכרח שעילת התביעה תהיה חוזית, ומקובל לומר כי הלשון רחבה דיה כדי לכלול גם תביעות נזיקין הנובעות מפעילות מסחרית (Fox, p. 312). עם זאת, בדומה לחוק האמריקאי ולפרשנותו המקובלת, על פעולת המדינה הנקשרת לתביעה לענות על שתי דרישות: האחת – להיות מסחרית באופיה, והשניה – לא להיות *actus imperii*, קרי, פעולה הנובעת מהפעלתה של סמכות שלטונית (C.J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity* (3rd ed., 1990) 44).

נזכיר בהקשר זה את פסק הדין האנגלי בעניין *Australia and New Zealand Banking Group Limited v The Commonwealth of Australia* Fo 47 (1989) (Transcript:Nunnery), (להלן: עניין *Australia and New Zealand Banking Group*), אשר דן באפשרות להטיל אחריות בנזיקין על המדינות החברות ב-Council International Tin, ארגון בינלאומי אשר עסק בסחר בבדיל עם החברות בכורסת לונדון למתכות (ה-London's Metal Exchange), ואשר הגיע לכדי פשיטת רגל בשנת 1985 בגין חובות אליו נקלע. בקליפת אגוז, התובעים טענו כי הארגון כרת את החוזים בידיעה שלא יוכל לעמוד בהתחייבויותיו ללא תמיכת המדינות החברות, ובכך יצר כלפיהם מצג שווא. בית המשפט קבע כי כריתת חוזי ההלוואה והמסחר בין הארגון לבין התובעים הינה פעולה מסחרית. לכן, ככל שיוכח על ידי התובעים שהמדינות החברות בארגון אישרו יצירת חוזים אלו, מהווה עצם האישור פעולה מסחרית המאפשרת לתובעים לתבוע את המדינות בעילות הנזיקיות של תרמית ומצג שווא (זאת אף שהמדינות לא היו צד לחוזים ולא קמה להן חובה על פי תנאיהם). בית המשפט האנגלי עמד על דרישה לקשר מסחרי כפול: האחד – עצם כריתת חוזי המסחר וההלוואה, והשני – אישור המדינות את החוזה, היא הפעולה בגינה הוגשו תביעות הנזיקין (וראו: Shaw, p. 642).

24. לעומת סעיפי החוק המתוארים לעיל, אמנת האו"ם בדבר חסינות מדינות נוקטת לשון מצמצמת יותר, וקובעת מפורשות כי חסינותה של מדינה זרה תישלל בהליכים הנובעים מהעסקה המסחרית, כאשר "מתעוררים חילוקי דעות בנוגע לעסקה המסחרית":

Commercial transactions

1. If a State engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person and, by virtue of

the applicable rules of private international law, *differences relating to the commercial transaction* fall within the jurisdiction of a court of another State, the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in *a proceeding arising out of that commercial transaction*.

הניסוח לעיל מהווה נוסחת פשרה בין גישות שונות לחריג העסקה המסחרית (ראו בעמ' 34 לדברי ההסבר לאמנה Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries, 1991). נציין כי אמנת האו"ם, אשר הועמדה לחתימתן של המדינות בינואר 2005, אמורה לשקף את הדין הבינלאומי נכון לכתיבתה, והצפי בספרות המשפטית הוא כי בתי המשפט באנגליה יתייחסו אליה ככזו (Shaw, p. 344).

25. הגישה המצמצמת מצאה את ביטויה גם בסעיף 11 ל-European Convention on State Immunity 1972 (להלן: האמנה האירופית בדבר חסינות מדינה או האמנה האירופית), אשר נכון להיום אושררה על ידי שמונה מתוך תשע המדינות החתומות עליה:

Subject to the provisions of Article 5, a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State *if the proceedings relate to an obligation of the State, which, by virtue of a contract, falls to be discharged in the territory of the State of the forum*.

כפי שניתן להיווכח, על פי לשון האמנה החריג מוגבל לתביעות הקשורות להתחייבות חוזית. בדומה לאמנת האו"ם בדבר חסינות מדינות, סעיף 27 לדברי ההסבר לאמנה האירופית (ה-Explanatory Report) מבהיר כי חילוקי הדעות בין הצדדים הם ביחס לאי מילוי אחר ההתחייבות החוזית. כן נזכר כי הן אמנת האו"ם והן האמנה האירופית שוללות את תחולת החריג מקום בו הפעולה נבעה מהפעלת סמכות שלטונית.

26. עינינו הרואות כי במענה לשאלה אימת תישלל חסינות תחת גדרה של עילת העסקה המסחרית, ניתן להצביע על מספר ניסוחים, המשקפים קשת של גישות במשפט המשווה: החל מגישה מרחיבה השוללת חסינות ביחס להליכים הקשורים בעסקה המסחרית, דרך גישה השוללת חסינות כאשר התביעה מבוססת על עסקה מסחרית, וכלה בגישה מצמצמת לטעמי, השוללת חסינות כאשר עניינה של התביעה קשור לחילוקי

דעות בנוגע לעסקה המסחרית, או כאשר מדובר במחלוקת הנוגעת לחיוב חוזי. ככלל, ניתן לסכם ולומר כי התפישה המקובלת בדין המנהגי מחילה את חריג העסקה המסחרית גם על תביעת נזיקין בגין פעולה הקשורה לעסקה המסחרית, ובלבד שקיים קשר מהותי בין הפעולה המסחרית לבין העוולה הנזיקית ושאינן מדובר בפעולה הנובעת מהפעלת סמכות שלטונית (ראו: Fox, p. 312).

27. על רקע האמור, מעניין לבחון את ההסדר אשר עוגן זה לא מכבר על ידי המחוקק הישראלי. עיון בלשונו של חוק חסינות מדינות זרות מעלה כי הגם שההסדר אשר אומץ שונה במעט מאלו המתוארים מעלה, נוטה הוא במידת מה לכיוונה של הגישה המצמצמת. וזו לשון סעיף 3 לחוק, בצירוף ההגדרה הקבועה בסעיף 1 לחוק:

"עסקה מסחרית" – כל עסקה או פעולה שהיא מתחום המשפט הפרטי ובעלת אופי מסחרי, לרבות הסכם למכר טובין או שירותים, הלוואה או עסקה אחרת, למימון, ערובה או שיפוי, ואשר איננה כרוכה, במהותה, בהפעלת סמכות שלטונית.

3. למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה שעילתה עסקה מסחרית.

ודוק: בניגוד לגישה הרווחת בדין האנגלי, האוסטרלי והקנדי, המסתפקת ב"הליך הקשור לעסקה המסחרית", מציב החוק בישראל דרישה ולפיה לשם שלילת החסינות – על עילת התביעה להיות העסקה המסחרית. עיון בדברי ההסבר לחוק מעורר ספק אם מאחורי ניסוח זה אמנם עמדה כוונת מכוון לצמצם את היקפו של החריג. עם זאת, מדו"ח הוועדה הציבורית להכנת חוק חסינות מדינות זרות (משרד המשפטים, משרד החוץ, 2005) (להלן: דו"ח הוועדה הציבורית להכנת חוק חסינות מדינות זרות) אשר שימשה בסיס להצעת החוק, עולה באופן ברור כי המחוקק היה מודע למורכבות שאלת תחולתו של חריג העסקה המסחרית ולהיעדר קווי הנחיה ברורים לזיהוי הפעולה המכרעת לצורך החלתו (שם, עמ' 26).

מכל מקום, ספק אם קיומה של עילת תביעה חוזית הוא תנאי שאין בלתו לתחולתו של חריג העסקה המסחרית. זאת, נוכח ההגדרה הרחבה של המונח "עסקה מסחרית" ככוללת "כל פעולה שהיא מתחום המשפט הפרטי ובעלת אופי מסחרי", כך שתיתכן גם פרשנות מרחיבה לפיה "פעולה בעלת אופי מסחרי" שהצמיחה עוולה נזיקית, נכנסת בגדרה. עם זאת, ובדומה לדין הבינלאומי המנהגי, על תביעות נזיקין

מעין אלו לנבוע מפעולה אשר במהותה אינה כרוכה בהפעלת סמכות שלטונית (וראו דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 336).

28. מעניין להיווכח בהקשר זה, כי ההיסטוריה החקיקתית של החוק מלמדת כי הגדרת המונח "עסקה מסחרית" בסעיף 1 לחוק, שונה מזו שהוצעה מלכתחילה. כך, בדברי ההסבר להצעת החוק משנת תשס"ח-2008, מופיעה ההגדרה הבאה:

"עסקה מסחרית" – עסקה או כל פעולה אחרת שאין בה הפעלת סמכות שלטונית.

נראה כי בניגוד למחשבתו הראשונית, שדגלה בהגדרה שיורית למונח "עסקה מסחרית", ככזו הכוללת כל פעולה שאין בה הפעלת סמכות שלטונית, בחר המחוקק בסופו של דבר להגביל את התיבה "פעולה" באמצעות התיאור "שהיא מתחום המשפט הפרטי ובעלת אופי מסחרי", תוך הדגמתה באמצעות רשימת פעולות בלתי ממצה. בהקשר זה עשויה להתעורר השאלה מה היחס בין שתי ההגדרות, קרי, האם יש פעולות הננקטות על ידי מדינות אשר אינן כרוכות בהפעלת סמכות שלטונית, אך גם אינן מתחום המשפט הפרטי ואין הן בעלות אופי מסחרי. ואולם, משאין הוראות החוק חלות על המקרה דנן, אין השאלה מתעוררת בענייננו, וניתן להותירה לעת מצוא (עוד בעניין הבחנה זו ראו: עניין *Australia and New Zealand Banking Group*, p.24).

חריג העסקה המסחרית – מן הכלל אל הפרט

29. על בסיס האמור לעיל, דומני כי החלת חריג העסקה המסחרית בנסיבות המקרה דנן, כפי שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא, אינה נקייה מספקות.

כפי שתואר, אין מניעה עקרונית לקרוא לתוך חריג העסקה המסחרית עוולות נזיקיות הנובעות מפעילות בעלת אופי מסחרי. ברם, מהדין הבינלאומי עולה כי הכללתן של עוולות מסוג זה כפוף להיותן תוצאה של הפעלת סמכות שאינה "שלטונית". לכן, כאשר על הפרק עומדת תביעת נזיקין שהרקע ללידתה הוא מסחרי (כגון חוזה שכירות), אולם מקורה הישיר של העוולה הוא בהפעלת סמכות שלטונית נקודתית (כגון מתן פקודה), אין לומר באופן גורף כי יש לשלול את חסינותה של המדינה הזרה מכוח חריג העסקה המסחרית.

30. בנסיבותיו של המקרה שלפנינו, אני מתקשה לקבוע כי כל עילות התביעה הנזיקיות המוזכרות בהודעת צד ג' ששלחו המשיבים למערערת הופכות את התביעה

לכזו "הקשורה לעסקה מסחרית", ובוודאי שאין המדובר בתביעה "שעילתה עסקה מסחרית", או בתביעה הנוגעת "לחילוקי דעות ביחס לעסקה מסחרית או הנובעות מהחיוב החוזי". ודוק: אין פירוש הדבר כי חריג העסקה המסחרית אינו יכול לחול בענייננו כלל. ניתוח פרטני של עילות התביעה הכלולות בהודעת צד ג' מטעם המשיבים מעלה כי ניתן להחיל את חריג העסקה המסחרית באופן חלקי, בגין חלק מהפעולות הנטענות בהודעת צד ג'. הבחנה מעין זו בין ההיבט הפרטי לבין ההיבט השלטוני אפשרית גם בגדרה של פעולה נתונה (עניין קנדה, סעיף 30 לפסק הדין), וקל וחומר שהדבר אפשרי כאשר ההבחנה נערכת לגבי מספר "פעולות", הגם שהן נכללות כולן בכתב תביעה אחד. כללו של דבר, העובדה שבמסגרת ביצועו (או אי ביצועו) של חוזה שכירות הספינה ננקטו על ידי המערערת פעולות "שלטוניות", אין בה כדי להעניק למערערת חסינות בגין הפעולות ה"פרטיות" שבוצעו. ולהיפך, נקיטת פעולות בעלות אופי "פרטי" אינה מפקיעה את זכותו של ריבון זר לחסינות באשר לפעולות "השלטוניות" בהן נקט בו בעת (וראו: *Australia and New Zealand Banking Group*, p.24). יש לבחון כל פעולה לגופה, ואין פעולה אחת נטמעת ברעותה ומאבדת עקב כך את צביונה כ"שלטונית" או "פרטית".

בהשלכה לענייננו, יש קושי להחיל את חריג העסקה המסחרית לגבי טענות המשיבים בדבר קשירת מלחים שיכורים באזיקים (טענה שנדחתה בשאט נפש על ידי המערערת); מתן הפקודה להתגודד בצד אחד; והרשלנות בפעולות החילוץ שכללו הורדת סירות מנושאת המטוסים והפעלתם של מסוקי הצי. כל אלה פעולות הכרוכות לכאורה בהפעלת סמכות שלטונית ואשר היחס בינן לבין "מסחריות" הפעולה הוא אגבי. לא כך לגבי רשלנותה הנטענת של המערערת בבחינת כשירותה של הספינה טרם ההפלגה, ולגבי היעדר מודעות לתנאי מזג האויר אשר שררו באותה העת. פעולות ומחדלים אלה קשורים בטבורם לסממן המסחרי של שכירת הספינה. יישומו של "מבחן האדם הפרטי", התקף גם בחריג תביעות הנזיקין (Fox, p. 279), מחזק אף הוא מסקנה זו.

בית משפט קמא החיל את חריג העסקה המסחרית על כלל העילות הכלולות בהודעת צד ג' שנשלחה על ידי המשיבים. כמפורט לעיל, ספק אם ניתן להחיל את חריג העסקה המסחרית על כל הפעולות הנזכרות בהודעת צד ג', והפעלת החריג אפשרית רק ביחס לאותן פעולות מוזכרות אשר לא נעשו מתוך הפעלת סמכות שלטונית.

31. כפי שפתחתי ואמרתי, לטעמי, דרך המלך במקרה דנן היא בהחלתו של חריג הנזיקין. כפי שנראה להלן, החלתו של חריג הנזיקין מובילה לתוצאה זהה לזו אליה

הגיע בית משפט קמא, קרי, שלילת חסינותה הריבונית של המערערת. ממילא, הצורך לקבוע מסמרות לגבי גבולות הגיזרה המדויקים של חריג העסקה המסחרית ולגבי ההבחנה בין "מסחריות" פעולה לבין "ריבוניותה", אינו נדרש במסגרת פסק דין זה. ככל שתתעוררנה בעתיד שאלות בסוגיה זו, וככל שאין הן נוגעות להליכים תלויים ועומדים שהדיון בהם החל לפני כניסתו של חוק חסינות מדינות זרות לתוקף, תוכרענה אלה לאור הוראותיו של החוק הגוברות על דין בינלאומי מנהגי סותר, ככל שישנו כזה.

וכעת, לבחינת תחולתו של חריג הנזיקין.

חריג הנזיקין - כללי

32. חריג הנזיקין, אשר נהוג להכתירו גם כחריג החל לגבי "non-commercial torts" (ראו, למשל: P.A. Kindall, "Comment: Immunity of States for Noncommercial Torts: A Comparative Analysis of the International Law Commission's Draft" 75 Calif. L. Rev. (1987) 1849 (להלן: Kindall); Fox, p. 206), מהווה כיום חלק בלתי נפרד מהדין הבינלאומי המנהגי. החריג מצא את מקומו בהסדרים חקיקתיים במשפט המשווה כסעיף עצמאי השולל חסינותן של מדינות זרות, מקום בו מדובר בהליכים הקשורים למקרי מוות, נזקי גוף או נזק לרכוש, וכאשר אירוע הנזק התרחש במדינת הפורום. כך, למשל, נקבע בסעיף 5 לחוק האנגלי:

Personal injuries and damage to property

A State is not immune as respects *proceedings in respect of*—

(a) death or personal injury; or

(b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom.

כן ראו סעיף 13 לחוק האוסטרלי, הקובע הסדר דומה. נדייק ונאמר כי בכל האמור לגבי נזק רכושי, תחולתו של חריג הנזיקין בדין האוסטרלי ובדין האנגלי מוגבלת להליכים הקשורים בנזקי גוף או בנזק לרכוש מוחשי. הרציונאל הניצב בבסיס צמצומו של החריג לנזק מסוג זה מוסבר על ידי המלומד Fox בהאי לישנא:

"The limitation to torts causing physical damage reflects the general reluctance of States to adjudicate on statements made by other states, where and however published and whether malicious or not".

(Fox, p. 162).

בדומה, מסביר ה-Australian Law Commission (כמובא אצל Fox, עמ' 309,

בטקסט הצמוד להערה 150) את צמצום החריג לנזק גופני באופן הבא:

“... because words are very much the stock in trade of diplomacy and international relations, yet Australia libel laws are arguably insufficiently sensitive to the ‘free speech’ element in balancing the rights of plaintiff and defendant”.

ובאשר לדרישת “מוחשיות” הרכוש:

“as the appropriateness of asserting jurisdiction where economic loss occurs in the forum is disputed, especially since economic loss is frequently indirect”.

מטבע הדברים, הבסיס תחת רציונאל זה נשמט, מקום בו מדובר בגרימת נזקי גוף או רכוש מוחשי. יצויין כי המחוקק הקנדי, אף שאימץ בסעיף 6 לחוק הסדר הדומה במאוד להסדר האנגלי ולהסדר האוסטרלי, בחר לזנוח את דרישת “מוחשיות” הרכוש הניזוק.

33. הסדר שונה במעט נקבע בסעיף 1605(a) לחוק האמריקאי, הקובע כדלקמן:

(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which *money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property*, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to—

(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or

(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights;

חריג הנזיקין בדין האמריקאי יחול, אפוא, כאשר מדובר בתביעה כספית נגד מדינה זרה בגין מקרה מוות, נזקי גוף או נזק רכושי. מעניין להיווכח כי שלא כמו בחוק האנגלי, בחר המחוקק האמריקאי, כשכנו הקנדי, שלא להגביל את תחולת החריג לתביעות בגין נזק לרכוש “מוחשי”. בד בבד, סעיפי המשנה (A) ו-(B) מהווים חריגים לחריג הנזיקין, ומחזירים את תחולתה של חסינות המדינה הזרה בשני סוגי מקרים:

האחד – כאשר התביעות מבוססות על הפעלת שיקול דעת (או על כשלון בהפעלתה) מצד המדינה (discretionary function) (להלן: חריג שיקול הדעת); והשני – כאשר התביעה מוגשת בגין רשימת העילות המנויות בתת הסעיף: עוולת הנגישה; הוצאת דיבה ולשון הרע; מצג שווא; תרמית; גרם הפרת חוזה. נציין בהקשר זה את ההבחנה הפרשנית לפיה תחולתו של חריג זה היא ביחס לתביעות המוגשות בגין עוולה הנגרמת בדרך, או לחילופין הנגרמת באופן מילולי, שאז לא יחול חריג הנזיקין וחסיונות המדינה תיוותר על כנה (Fox, p. 207).

34. למען השלמת הסקירה ההשוואתית, נזכיר גם את ההסדר הקבוע בסעיף 12 לאמנת האו"ם בדבר חסיונות מדינות, אשר בדומה לדין האנגלי מגביל את חריג הנזיקין לתביעות בגין מוות, נזק גופני או נזק לרכוש מוחשי, כאשר המדובר בהליך הקשור לתביעת פיצויים כספית.

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent *in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property*, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission;

(לניתוח טיוטת ה- International Law Commission של האו"ם, ראו: Kindall, (p.1855-1856, 1878-1789).

35. כן נזכיר את סעיף 11 לאמנת האירופית בדבר חסיונות מדינה, המגבילה אף היא את תחולת החריג לתביעות הקשורות לנזקי גוף או לרכוש מוחשי:

A Contracting Party cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting Party in *proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property*, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.

36. סיכומו של דבר, המכנה המשותף בין הגישות המתוארות שולל את חסיונות המדינה הזרה, כל אימת שמדובר בתביעה הקשורה לפעולה מצד המדינה אשר הובילה

למוות, נזק גופני או נזק לרכוש מוחשי. מעבר לכך, החוק הקנדי והחוק האמריקאי מרחיבים את תחולת החריג גם לנזק לא מוחשי, כאשר זה האחרון מוסיף ומסייג את תחולת החריג למקרים המנויים בתתי סעיף (A) ו-(B). כן יוזכר כי בדומה לאמנת האו"ם, מגביל החוק האמריקאי את תחולת החריג לתביעות פיצויים כספיות.

37. הסדר דומה אומץ זה לא מכבר בחוק הישראלי. וזו לשונו של סעיף 5 לחוק חסינות מדינות זרות:

למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה בשל עוולה שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי, ובלבד שהעוולה נעשתה בישראל.

הנה כי כן, המחוקק הישראלי אימץ חריג נזיקין בנוסח החוק באנגליה ובאוסטרליה ואמנת האו"ם והאמנה האירופית, והגביל את תחולת החריג לתביעות בגין נזקי גוף או רכוש מוחשי (וראו דברי ההסבר להצעת החוק בעמ' 337 וההבחנה בין נזקים אלו לבין נזקים כלכליים ונזק לשמו הטוב של אדם). ניתן להבחין כי שלא כבחריג העסקה המסחרית, אין דרישה כי "עילת התביעה" תהא העוולה הנזיקית, ודי לה לתביעה שתוגש "בשל עוולה" שבשלה נגרם נזק גוף או רכוש.

חריג הנזיקין – העדר הבחנה בין *jure imperii* לבין *jure gestionis*

38. סקירת חוקי החסינות במשפט המשווה מעלה כי ההבחנה בין פעולה "שלטונית" לבין פעולה "פרטית" – הבחנה העומדת ביסוד תחולת חריג העסקה המסחרית – נזנחה ביחס לחריג הנזיקין, והיא נעדרת הן ממפת החקיקה הזרה והן מהחוק בישראל (וראו: *Fox*, p. 312).

39. ואכן, הפסיקה האמריקאית יישמה את לשון החוק כפשוטה, ושללה את חסינותן של מדינות גם בנסיבות בהן דובר בתביעות בגין אקט "שלטוני" מובהק כגון התנקשות, וראו: *Letelier v. Republic of Chile* 488 F Supp. 665 (DD 1980) המוזכר גם אצל *Fox*, p. 313. המקרה עסק בתביעת שאירייהם של שגריר צ'ילה בארצות הברית ושר החוץ הצ'יליאני נגד רפובליקת צ'ילה, בטענה כי ממשלת צ'ילה אחראית למותם באמצעות הטמנת מטען נפץ ברכבם. באורח דומה, ציין בית המשפט לערעורים של ה-Ninth Circuit בעניין *Kozorowski v. The Russian Federation* (1997 U.S. App.) Lexis 26266 באמרת אגב, כי אין מניעה עקרונית להחיל את חריג הנזיקין על הוצאתם להורג של קרובי משפחת התובעים על ידי ברית המועצות. באותו מקרה הוגשה התביעה

בעקבות טבח אשר בוצע על ידי ברית המועצות במהלך מלחמת העולם השנייה בכ- 4,500 אסירים פולנים, שהוצאו להורג בידי קליע לראשם ונקברו בקבר אחים (התביעה נדחתה בסופו של דבר מנימוקים אחרים).

40. המשפט המקובל, לעומת זאת, לא זנח לחלוטין את ההבחנה בין פעולה שלטונית לפעולה פרטית במסגרת חריג הנזיקין. כך, למשל, בפסק הדין בעניין *Littrell v United States of America* [1994] 4 All ER 203, קבע בית המשפט כי טיפול רפואי שניתן לתובע, איש חיל האוויר האמריקאי, בבית חולים של צבא ארצות הברית בבסיס צבאי של ארה"ב באנגליה, הוא בבחינת *acta jure imperii*, ועל כן יש להכיר בחסינותה הריבונית של ארצות הברית מפני תביעת הרשלנות שהוגשה בגין הטיפול הרפואי. כן ראו והשוו לפסק דינו של בית המשפט לערעורים באנגליה בעניין *Jones v Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* [2004] EWCA Civ 1394 שם נקבע כי ניתן לקבל טענת חסינות של מדינה זרה. נציין כי באותו מקרה הוגשה תביעה לנזקי גוף בגין עינויים שעבר התובע, לטענתו, בערב הסעודית. נקבע כי אמנם עומדת חסינות למדינה, להבדיל מתביעה נגד נציג המדינה (state official), שיהיה מושתק מלטעון כי הוצאת העינויים מן הכוח אל הפועל היא בבחינת ביצוע פונקציה ריבונית (exercise of a state function).

41. קשה, אפוא, לחלץ דין מנהגי חד וברור בשאלת ההבחנה בין פעולה שלטונית לפעולה פרטית במסגרת חריג הנזיקין. ביטוי לעמימות הדין הבינלאומי הנוהג בשאלה זו ניתן למצוא בפסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג בעניין *McElhinney v. Ireland* (App. no. 31253/96, 2001). על פי המתואר בפסק הדין, התובע חצה עם רכבו את הגבול לאירלנד בנקודת מעבר, שם התנגש במחסום הגבול. חייל במשטרה הצבאית הבריטית ניגש לתובע וביקש ממנו לעצור, אך הלה התעלם, המשיך בנסיעה והתנגש בחייל, שמעד ומצא את עצמו על הנגרר שהיה צמוד לרכב. התובע המשיך והרחיק כשני מייל לתוך אירלנד, לטענתו מבלי שהיה מודע לכך שהחייל נמצא על הנגרר. במהלך הנסיעה ירה החייל הבריטי ששה כדורים, אשר חלקם פגעו ברכב, אך איש לא נפגע. התובע (שהיה בעצמו שוטר אירי בחופשה), ששמע את היריות וסבר, לטענתו, כי נקלע למתקפת טרור, המשיך בנסיעה עד להגיעו לתחנת משטרה מקומית. או-אז, החייל הבריטי שתואר על ידי עדים כמי שהיה במצב של פאניקה, דרש מהתובע והנוסעים שהיו עמו לרדת מהרכב ואיים עליהם באמצעות הנשק ואף סחט את ההדק, אך בשל תקלה בנשק לא נפלט כדור. התובע הגיש תביעה נגד אירלנד ובריטניה בעילה של תקיפה בגין הירי במהלך הנסיעה ובשל האיומים שהשמיע כלפיו החייל.

תביעתו של התובע נדחתה על ידי בית המשפט באירלנד ועל כך הוגש ערעור לבית הדין האירופאי לזכויות אדם. בפסק הדין נדחה הערעור בדעת רוב, ונקבע כי הגם שישנה נטיה ("trend") בדין הבינלאומי לצמצם את חסינותן של מדינות זרות כאשר מדובר בנזקי גוף אשר אירעו במדינת הפורום, אין לומר כי פסק דינו של בית המשפט העליון באירלנד, בו נעשתה הבחנה בין פעולה שלטונית לבין פעולה פרטית, חורג מסטנדרטים בינלאומיים מקובלים. מנגד, שלושה משופטי המיעוט, שהתבססו על ניתוח הדין הבינלאומי, חלקו על קביעה זו, בצטטם את דברי ההסבר של ה- International Law Commission לטיוטת אמנת האו"ם בדבר חסינות מדינות:

"... no distinction shall be drawn between the torts resulting from the exercise of the *jus imperii* and those flowing from acts or omissions falling into the category of *jus gestionis*"

42. סיכומו של דבר, חוקי המדינות הזרות והאמנות הבינלאומיות לא מבחינים לעניין חריג הנזיקין בין פעולה בעלת אופי שלטוני לבין פעולה בעלת אופי פרטי. הפסיקה האמריקאית צועדת בדרך זו ומיישמת גישה זו כפשוטה, במובחן מהפסיקה האנגלית והאירופית בה קיימת פסיקה העורכת הבחנה כאמור. הגם שמוקדם לקבוע אם אבד הכלח על הבחנה זו לחלוטין (וראו: Stewart, p. 203), דומה כי ברבות השנים מתפתחת מגמה המבטאת חזרה מהבחנה זו, ונראה כי ההכרה בכך שתחולתו של חריג הנזיקין מנותקת משאלת אופיה של הפעולה בגינה מוגשת התביעה – אם פרטי או שלטוני – הולכת ומתבססת לאטה גם בשיטות משפט אלו.

43. בחירתו של המחוקק הישראלי להימנע מאזכורה של ההבחנה בין פעולה שלטונית לפעולה פרטית בחריג הנזיקין הקבוע בסעיף 5 לחוק חסינות מדינות זרות, מתיישבת עם המגמה המתוארת. כאמור, החוק משקף את המשפט הבינלאומי כפי שהתגבש לאורך השנים, ויש להניח כי שתיקתו של המחוקק לגבי הבחנה זו (בניגוד, למשל, לבחירתו להגביל את תחולת החריג לנזק לרכוש מוחשי), מעידה על תפישתו כי חריג הנזיקין חל בין אם מדובר בפעולה בעלת אופי "פרטי" ובין אם מדובר בפעולה בעלת אופי "שלטוני". דו"ח הוועדה הציבורית להכנת חוק חסינות מדינות זרות (עמ' 93) מחזק אף הוא מסקנה זו.

חריג הנזיקין – מן הכלל אל הפרט

44. עיקר טענותיה של המערערת נגד החלת חריג הנזיקין מתמקדות בנקודות הבאות: חריג הנזיקין חל אך ורק בתאונות דרכים; חריג הנזיקין אינו חל כתביעות

השתתפות אלא רק בין מזיק וניזוק; חריג הנזיקין אינו חל כאשר מדובר בפעולות מלחמתיות, ושגה בית משפט קמא כשנעזר בחקיקה ישראלית לשם פרשנות המונח "פעולה מלחמתית"; גם אם חריג הנזיקין חל, הרי ש"חריג שיקול הדעת" שולל את תחולתו ומשיב את החסינות על כנה. נדון בטענות אלה אחת לאחת.

45. טענתה של המערערת כי חריג הנזיקין חל אך ורק לגבי תאונות דרכים היא טענה מופרכת, וטוב לה שלא היתה מועלית. אכן, אין לכחד כי בעיקרה, תכליתו המקורית של החריג היתה לתת מענה לנפגעי תאונות דרכים אשר נפגעו מרכב הנהוג בידי נציג של מדינה זרה (ראו: Kindall, p. 1878; Fox, p.309), אך הטענה כי חריג הנזיקין חל כיום אך ורק לגבי תאונות דרכים היא משוללת יסוד. די לעיין בפסיקה ובספרות המשפטית המוזכרות לעיל כדי להיווכח כי הטענה עומדת בסתירה מוחלטת לדין הבינלאומי המנהגי בעשרות השנים האחרונות. הטענה אף אינה עולה בקנה אחד עם חלק מפסקי הדין עליהם מסתמכת המערערת עצמה בכתיב טענותיה.

46. גם אין ממש בטענת המערערת כי חריג הנזיקין אינו חל בתביעות השתתפות אלא רק בין מזיק לבין ניזוק. המערערת לא הביאה כל תימוכין לטענה זו ולא הצביעה על כל רציונל להבחנה במסגרת חריג הנזיקין בין תביעה ביחסי ניזוק-מזיק לבין הודעת צד ג' שהוגשה על ידי המזיק כלפי מזיק אחר. לצורך הדיון, אני נכון להניח כי המערערת נתכוונה לכך שיש לראות את תביעת ההשתתפות כתביעה לנזק כלכלי, ועמדנו לעיל על ההבחנה בין נזקי גוף ורכוש לבין נזק כלכלי טהור העומדת בבסיס החוק האנגלי, האוסטרלי, אמנת האו"ם והאמנה האירופית, אשר הגבילו את תחולת החריג לקיומם של נזקי גוף או רכוש מוחשי (וראו: G.M. Badr, *State Immunity – An Analytical and Prognostic View* (1984) 119 (להלן: Badr); Fox, p. 309). כאמור, גם המחוקק הישראלי היה ער להבחנה זו, כפי שעולה מנוסח סעיף 5 לחוק חסינות מדינות זרות. ברם, המקרה שבפנינו לא מעורר שאלה של נזק כלכלי טהור, באשר תביעת הנזיקין כנגד הבעלים של הספינה הוגשה בגין מקרי מוות ונזקי גוף, והודעת צד ג' נשלחה כנגד המערערת כמעוולת במשותף, אשר רשלנותה הנטענת גרמה או תרמה להתרחשות הנזק. אשר על כן, פשיטא שהודעת צד ג' בענייננו נכנסת בגדר "הליך קשור לתובענה בגין נזקי גוף או רכוש מוחשי" (וראו לעניין זה: Badr, *Ibid*), המציינ כי שלילת החסינות תתאפשר מקום בו מדובר בתביעה בגין נזק מוחשי, או בתביעה בגין נזק לא מוחשי הנובע מעוולה אשר הובילה לנזק מוחשי. חסינותה של מדינה זרה תעמוד, אפוא, רק כאשר מדובר בתביעה בגין נזק לא מוחשי אשר אינו קשור לנזק מוחשי).

נוסיף ונדגיש את הברור מאליו: התביעה בענייננו אינה נסבה על עוולות מסוג אלה המנויות בסעיף 1605(a)(5)(B) לחוק האמריקאי, לגביהן אין חריג חל, כמו הוצאת לשון הרע, תרמית, מצג שווא, או תביעה בגין נזק כלכלי טהור המנותקת מפעולה אשר גרמה לנזקי גוף או רכוש (על המורכבות הכללית של סוגיית מתן פיצויים בגין נזק מסוג זה, ראו: ת' גדרון "בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערה במבט השוואתי" הפרקליט נ(1) (2008) 95). ענייננו בתביעה בגין נזקי גוף הקשורה במישרין לאירוע טביעתה של הספינה על חלק מנוסעיה, נסיבות הנכנסות בריור לגדרו של חריג הנזיקין על פי הדין הבינלאומי.

47. בדין המקומי, מקובל להעניק חסינות למדינה בתביעות נזיקין המוגשות נגדה בעקבות פעולות לחימה. כך במשפט האמריקאי והאנגלי וכך גם בישראל על פי סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב-1952 הקובע כי "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל". אחד הרציונלים העומדים בבסיס תפיסה זו הוא שיש אינטרס לפטור את המדינה המבצעת מחובת זהירות שעלולה להביא לנקיטת זהירות יתר באופן המקשה על פעולות הלחימה, וראו א' יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מפעולה מלחמתית" משפטים לג(1) (2003) 107, (להלן: א' יעקב). המחבר סוקר את פרשנות המונח "פעולה מלחמתית" בחוקי המדינות במשפט המשווה ודן בהצדקות התיאורטיות למתן חסינות בגין פעולות מסוג זה (וראו והשוו: בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הבטחון, (לא פורסם, 12.12.2006), סעיף 38 לפסק הדין וסקירת המשפט האמריקאי והאנגלי שם).

לגישתה של המערערת, האירוע מושא התביעה מהווה פעולה "מלחמתית" באופיה ועל כן אין תחולה לחריג הנזיקין, בדומה לדין המקומי המעניק חסינות לפעולה מלחמתית. אומר בקצרה כי בנסיבותיו הקונקרטיים של המקרה דנן כפי שתוארו ונותחו בהרחבה בפסק הדין של הערכאה הראשונה, נחה דעתי כי שכירת שירותי המעבורת הפרטית לשם העברת המלחים לחוף ובחזרה למטרת חופשה כפי שבוצעה בענייננו, אינה במהותה פעולה מלחמתית, בין על פי דיני המלחמה הנוהגים, בין על פי הוראות החוק הישראלי. כפי שציין בית משפט קמא, גם התייחסותה של המערערת עצמה לשכירת האלטוביה יכולה לשמש אינדיקציה לכך שאין מדובר בפעולה בעלת אופי מלחמתי.

לכן, איני רואה קשר בין המקרה שבפנינו לבין האסמכתאות הנוספות שצירפה המערערת לטיעוניה. שניים מהמקרים עניינם בתביעה בגין פעולות של גרמניה במהלך מלחמת העולם השנייה, פעולות אשר לגבי אחת מהן נקבע כי היא פעולה "מלחמתית" (*c-292/05 Lechouritou v. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias Germanias* (2007)); ; ולגבי השניה נקבע כי היא "פשע בינלאומי" (*Ferrini v Germany, Appeal*) (decision, no 5044/4; ILDC 19 (IT 2004)). פעולה שממילא אינה ממין הפעולות לגביהן תיהנה מדינה זרה מחסינותה הריבונית, וממילא כל היקש מהאמור בהן לענייננו הוא בעירבון מוגבל. ואילו פסק הדין בעניין *Filt-Cgil Trento v. United States of America* (Decision no. 530/2000) לא דן כלל בתביעה בגין נזקי גוף או רכוש, אלא בבקשה למתן צו מניעה, אשר יורה לארצות הברית לחדול מביצוע טיסות אימון בגובה נמוך בשמי מחוז טרנטו שבאיטליה במסגרת חברותה בברית נאט"ו. נקבע כי אימונים צבאיים הם בגדר פעולה "צבאית" לגביה יש חסינות. איני רואה כיצד יכולה המערערת להיבנות מפסק דין זה לענייננו.

יפה לעניינינו פסק דין אוסטרלי שנזכר במאמרו של א' יעקב *Shaw Savill and Albion Co. Ltd v. The Commonwealth* [1940] 66 344 ושעליו נסמך בית המשפט באנגליה בעניין אחר. באותו מקרה נדונה תביעה לפיצויים כספיים בגין נזק שהתרחש בזמן מלחמת העולם השנייה, כאשר ספינה של חיל הים של צבא אוסטרליה התנגשה באוניית סוחר. בית המשפט הבחין בין פעילות מבצעית לפעילות אחרת, המתקיימת אף היא בעיתות מלחמה, בקובעו כי ניתן להחיל את דיני הנזיקין ואת חובת הזהירות גם על ספינת מלחמה שמתמרנת בין ספינות אחרות בנמל. מכאן, שלא כל פעילות בעת מלחמה נחשבת לפעילות מלחמתית המקנה חסינות למדינה (א' יעקב, עמ' 124-126). אמנם, האירוע התרחש באוסטרליה ונדון על פי עקרון החסינות בדין המקומי, שלא באספקלריה של חסינות הריבון הזר. עם זאת, ניתן לגזור מהמקרה גזירה שווה לענייננו, לצורך פרשנות המונח "פעולה מלחמתית", ושמה אף על הדרך של קל וחומר, שהרי, בענייננו, הפעילות של הסראטוגה לא נעשתה בעת מלחמה. בהקשר זה, איני רואה לקבל את טענת המערערת כי הגעתה של הסראטוגה לחופי ישראל מספר חודשים לפני מלחמת המפרץ במסגרת הכנות הצי למלחמה, הופכת את כלל הפעולות הקשורות להפלגת האלטוביה ל"מלחמתיות". אימוץ גישת המערערת מביא לתוצאה לפיה כל פעולה של חיילי הצי, יהא אופיה "פרטי" ככל שיהיה, תזכה לחסינות אוטומטית, מאחר שהרקע להגעת החיילים לארץ הוא בעל אופי "מלחמתי". תוצאה גורפת זו אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הבינלאומי ועם הפסיקה דלעיל, ודינה להידחות.

סיכומו של דבר, שאין מדובר ב"פעולה מלחמתית" או מעין מלחמתית, אף לא במובן הרחב ביותר שניתן לתת למונח זה, ולכן לא עומדת למעוררת הטענה כי אין להחיל את חריג הנזיקין.

48. המעוררת ביקשה לסמוך על חריג שיקול הדעת הקבוע בחוק האמריקאי (ראו סעיף 33 לעיל) 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 המעוררת "ההחלטה כיצד לשנע חיילים", היא בגדר הפעלת סמכות ביצוע מובהקת, להבדיל מעניין שבמדיניות, שעליו חל חריג שיקול הדעת במשפט האמריקאי (על ההבחנה בין שיקול דעת שבמדיניות של (policy) ושיקול דעת בביצוע (operational) ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" (חלק א) משפט וממשל ב (תשנ"ה) 339, 363–366. על חריג שיקול הדעת במשפט האמריקאי ראו סקירתו של הנשיא שמגר בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 71–73 (1994)).

מכל מקום, בחינת הדין הבינלאומי מעלה כי קביעת בית משפט קמא, ולפיה חריג זה לא מצא את מקומו במשפט המנהגי, בדין יסודה. חריג זה אינו מבטא דין בינלאומי נוהג, ובארצות הברית עצמה ישנם קולות הקוראים לביטולו, תוך מתיחת ביקורת נוקבת על עצם חקיקתו (ראו, למשל: S. Yee, "Note: The Discretionary Function Exception under the Foreign Sovereign Immunities Act: When in America, do the Romans Do as the Romans Wish?" 93 *Colum.L.Rev.* (1993) 744, 746, 774–780, והאסמכתאות שם). בחירתו של המחוקק הישראלי – העולה בקנה אחד עם גישתן של אנגליה, אוסטרליה, קנדה ועם לשון אמנת האו"ם והאמנה האירופית – להשמיט חריג זה מהחוק, מתיישבת אף היא עם מסקנה זו. אין, אפוא, מקום לקבל את טענת המעוררת בדבר החלתו של חריג זה.

מספר הערות לפני סיום

49. המעוררת הכבירה מילים על עקרון ייחוד העילה על פי הדין הנוהג בארה"ב, והחסינות הגורפת בתביעות של אנשי צבא ואנשי שירות כנגד המדינה על פי דוקטרינת *Feres* הנוהגת משנות החמישים (*Feres v. United States*, 340 US 135 (1950)). חסינות רחבה זו מעוגנת בתפיסה כי במסגרת השירות הצבאי זכאי החייל או שאריו לתגמולים נדיבים על פי חוקי התגמולים הנוהגים בארה"ב וכי החלת הדוקטרינה

משפרת את התפקוד של הצבא והמשמעת הנהוגה בו (א' יעקב, 117-118). דוקטרינה זו כוחה יפה ליחסים בין המערערת לבין התובעים בענייננו (קרי, הניצולים שניזוקו והשארים של חללי הצי האמריקאי), אך היא אינה יכולה לעמוד ביחסים בינה לבין המשיבים בהודעת צד ג'.

50. חוק ההסכם בדבר מעמדם של אנשי סגל ארה"ב של אמריקה, תשנ"ג-1993 נכנס לתוקפו רק ביום 12.1.94, כארבע שנים לאחר האירוע וממילא אינו חל על המקרה דנן. מכל מקום, מטרתו של חוק זה היא להסדיר מכלול של עניינים הקשורים באנשי הסגל הצבאי והאזרחי של ארצות הברית הנשלחים לישראל לביקורי כלי שיט וכלי טיס, לתרגילים צבאיים ולפעילויות צבאיות אחרות. בין היתר, החוק קובע כי חברי הכוח לא יהיו כפופים לשיפוט האזרחי של בתי המשפט בישראל בשל מעשים או מחדלים שנעשו בביצוע תפקידיהם הרשמיים. כפי שציין גם בית משפט קמא בהחלטתו, אין בחוק זה הוראה המצמצמת את חסינותה של ארה"ב לגבי תביעות נזיקין.

51. אזכיר את המובן מאליו, כי כל הדיון דלעיל נערך במסגרת בקשתה של המערערת לדחות את ההליך כנגדה על הסף. מובן כי אין בפסק דין זה כדי להביע עמדה כלשהי באשר לטענות שהועלו כנגד המערערת במסגרת הודעת צד ג' ובשאלת חבותה של המערערת בנזיקין, אם בכלל, לאירוע מושא כתב התביעה. מקומן של השאלות העובדתיות והמשפטיות הקשורות בנושא החבות להתברר בהליך לגופו, ובית המשפט רשם לפניו את מחאתה הנמרצת של המערערת על ההאשמות המכפישות, לטענתה, שהופנו כלפיה על ידי המשיבים.

52. במהלך הדיון בפנינו נטען על ידי ב"כ המערערת כי ההוצאות המשפטיות של המערערת בתביעה דכאן כבר עלו על מליון דולר. בהתחשב בכך שהמשיבים היו נכונים להתפשר עם המערערת בסכומים המגיעים למספר עשרות אלפי דולרים, כפי שנעשה עם צדדים שלישיים אחרים, התקשיתי להבין את סירובה של המערערת להביא לסיום ההליכים בפשרה. מה עוד, שביני לביני נכנס לתוקפו חוק חסינות מדינות זרות, וגם העניין "העקרוני" בגינו עמדה המערערת על מיצוי ההליך איבד טעמו. מכל מקום, יש להצר על התארכות ההליך בשל עמדתה של המערערת, ובחלוף 20 שנה מהאירוע הטרגי, יש לקוות כי הצדדים ישכילו להביא הליך זה לכלל סיום.

53. למערערת לא עומדת חסינותה הריבונית כלפי הודעת צד ג' שהוגשה על ידי המשיבים, בהיותה הליך הקשור לתביעה בגין נזקי גוף או רכוש מוחשי, וככזו עונה היא על דרישות הדין הבינלאומי המנהגי להחלתו של "חריג הנזיקין", השולל חסינותן של מדינות זרות בנסיבות מעין אלו.

אף חריג העסקה המסחרית מוביל לתוצאה דומה, אם כי רק ביחס לחלק מהפעולות המוזכרות בהודעת צד ג', בהיותן קשורות לפעולה בעלת אופי מסחרי-פרטי בהתאם למבחני הדין הבינלאומי.

אשר על כן, דין הערעור להידחות. המערערת תישא בשכר טרחת משיבה 2 בסך 75,000 ₪ בצירוף מע"מ.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:
אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:
אני מסכימה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן ביום, כ"ג באב התש"ע (3.8.2010).

תוקן היום, י"א בחשון התשע"א (18.10.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

