



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6982/12

רע"א 6968/12

לפני :
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט צ' זילברטל

המערערים בע"א 6982/12
והמבקשים ברע"א 6968/12 :
1. עזבון המנוחה Rachel Aliene Corrie ז"ל
2. Craig R. Corrie
3. Cynthia A. Corrie
4. Christopher R. Corrie
5. Sarah E. Simpson

נ ג ד

המשיבה בע"א 6982/12 :
מדינת ישראל, משרד הביטחון

המשיבים ברע"א 6968/12 :
1. פרופסור יהודה היס
2. מדינת ישראל – משרד הבריאות
3. בית משפט השלום בראשון לציון

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 28.8.2012 בת"א 371/05 שניתן על ידי כב' השופט ע' גרשון ובקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת מיום 4.7.2012 ברע"א 42765-03-12 שניתן על ידי כב' סגן הנשיא א' אברהם

תאריך הישיבה :
כ"א באייר התשע"ד (21.05.14)

בשם המערערים בע"א 6982/12 והמבקשים ברע"א 6968/12 :
עו"ד חוסיין אבו חוסיין ; עו"ד ג'מיל דקואר ;
עו"ד מוחמד לביב ; עו"ד רים מסארווה ;
עו"ד אנס אבו חוסיין

בשם המשיבה בע"א 6982/12 והמשיבים ברע"א 6968/12 :
עו"ד אירית קלמן-ברום ; עו"ד ניר גנצ'רסקי

פסק-דין

השופטת א' חיות:

רייצ'ל קורי המנוחה (להלן: רייצ'ל או המנוחה) נהרגה במהלך פעולת הישוף קרקע שביצעו כוחות צה"ל בחודש מרץ 2003 בציר פילדלפי שברצועת עזה. בע"א 6982/12 עולה השאלה האם, כקביעת בית המשפט המחוזי בחיפה, פטורה מדינת ישראל מאחריות נזיקית למותה של רייצ'ל משום שמדובר בפעולה מלחמתית. ברע"א 6968/12, שהדיון בה אוחד עם הערעור הנ"ל, עומדת להכרעה השאלה האם צדק בית המשפט המחוזי בנצרת בקובעו כי יש למחוק על הסף, בשל "כפל תביעות", תביעה נוספת שהגישו בני משפחתה של רייצ'ל הנוגעת לנסיבות נתיחת גופתה.

רקע עובדתי

1. רייצ'ל נולדה בשנת 1979 במדינת וושינגטון שבארצות הברית והייתה פעילה בארגון ה-ISM – International Solidarity Movement (להלן: הארגון) אשר נוסד בשנת 2001 ושם לו למטרה לסייע להתנגדות העממית של האוכלוסייה הפלסטינית ולחזקה. זאת, על פי המוצהר, תוך נקיטה בפעולות מחאה לא-אלימות וכן בפעילות ישירה (Direct Action), שהוגדרה על ידי הארגון כפעילות הכוללת:

Participating in non-violent demonstrations, creatively disrupting activity by the Israeli occupation forces, accompanying farmers to their fields and residing with or near families whose homes are threatened with eviction, demolition or harassment by settlers.
<http://palsolidarity.org/about>; לעניין אופי פעילותו של הארגון ולפוטנציאל הסיוע לארגוני טרור הקיים בעקבותיה ראו: חוות הדעת של מרכז המידע למודיעין ולטרור, מוצג מש/טו, עמ' 40-56

ב-25 בינואר 2003, לאחר שסיימה את לימודיה בקולג' הגיעה רייצ'ל לישראל והתייצבה במשרדי הארגון בבית סאחור, ממזרח לבית לחם, שם עברה הדרכה וסמוך לאחר מכן, ב-27 בינואר 2003, נשלחה לרצועת עזה. רייצ'ל נכנסה לרצועה עם חבר דרך מעבר ארז, הגיעה למשרדי הארגון ברפיח והחלה ליטול חלק בפעילות הארגון באזור זה.

2. ביום 16.3.2003 (להלן: יום האירוע) ביצעו כוחות צה"ל פעולות חישוף קרקע באזור ציר פילדלפי, המצוי במרחק של כחמישים מטרים מהגבול עם מצרים. הפעולות בוצעו באמצעות שני דחפורים מסוג D9R ובחיפוי של נגמ"חון (נושא גייסות משוריין בעל גחון משוריין), במטרה לגלות מטעני חבלה ולהרוס מקומות מסתור למחבלים במקום. קבוצה של פעילי הארגון ובהם רייצ'ל ניסו לשבש את פעולת הדחפורים, ועקב כך שינה הכוח הצה"לי במהלך היום את מיקומו ונע דרומה. סמוך לשעה 17:00 פסעה רייצ'ל לעבר אחד הדחפורים, נעמדה במרחק של כעשרה עד עשרים מטרים ממנו וכרעה ברך. בשלב מסוים, הסתובב הדחפור ונע לכיוונה של רייצ'ל במהירות של 1 קמ"ש כשהוא נושא בכפו ערימת עפר. רייצ'ל טיפסה על ערימת העפר אך נלכדה בה ונפלה וכתוצאה מכך כוסה חלק מגופה בעפר. חבריה של רייצ'ל החלו לרוץ לעבר הדחפור וסימנו למפעילו בידיהם לעצור. כשהבחינו בהם מפעיל הדחפור ומפקדו שהיה אף הוא על הדחפור, הם עצרו את הדחפור אך חלק ניכר מגופה של רייצ'ל כבר היה מכוסה בעפר ובבית החולים אלנג'אר ברפיח אליו פונתה, נקבע מותה לאחר כעשרים דקות. גופתה של רייצ'ל הועברה אל המכון לרפואה משפטית באבו-כביר (להלן: המכון), שם נותחה על-ידי פרופסור יהודה היס, מנהל המכון דאז (להלן: פרופ' היס). שלב זה בפרשה הוליד אף הוא טענות מצד בני משפחתה של רייצ'ל, עליהן נעמוד להלן.

3. עזבונה של רייצ'ל, הוריה, אחיה ואחותה (המערערים 1-5, בהתאמה) הגישו לבית המשפט המחוזי בחיפה תביעה נזיקית נגד המדינה בה עתרו לפיצוי בשורה של עילות ובהן עוולת התקיפה ועוולת הרשלנות וכן בעילות הנסמכות על המשפט הבינלאומי ההומניטארי ועל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המערערים טענו כי בנסיבות העניין לא עומדת למדינה חסינות מפני אחריות נזיקית מכוח סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים), משום שהפעולה שביצעו כוחות צה"ל לא הייתה פעולה מלחמתית. עוד טענו המערערים כי נגרם להם נזק ראייתי בשל האופן הלא-רציני והמוטה, כדבריהם, שבו ניהלה המשטרה הצבאית את חקירת האירוע. לבסוף טענו המערערים כי חוקרי המשטרה הצבאית ועובדי המרכז לרפואה משפטית, הפרו צו

שיפוטי בכך שאפשרו את נתיחת גופתה של רייצ'ל ללא נוכחות נציג של שגרירות ארצות הברית במקום.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (ת.א. 371-05)

4. בית המשפט המחוזי בחיפה דחה את התביעה וקבע כי הפעולה הצבאית שבמסגרתה נהרגה רייצ'ל היא "פעולה מלחמתית" כהגדרתה בחוק הנזיקים האזרחיים, ומשכך ומכוח הוראת סעיף 5 לחוק זה, המדינה אינה נושאת באחריות לנזקים שנגרמו למערערים בעקבות הפעולה. בית המשפט הוסיף וקבע על סמך הראיות שהונחו בפניו כי ציר פילדלפי, בו התרחש האירוע דנן, שימש באותה העת לתנועת כוחות צה"ל שהופקדו על אבטחת הגבול עם מצרים ופעלו למניעת פיגועים והסתננות של מחבלים לשטח מדינת ישראל וכן למניעת הברחות, לרבות הברחות אמל"ח, דרך הגבול. בית המשפט קבע כי ציר פילדלפי היה אחד המוקדים לפעילות טרור ברצועת עזה, וכי במהלך תקופה של כשנתיים וחצי שקדמו ליום האירוע הושלכו במרחב הציר אלפי רימונים אל עבר כוחות צה"ל, בוצעו כ-1400 ניסיונות ירי וצליפה על ידי מחבלים, הונחו כמאה וחמישים מטעני צד, וכן נורו מאות טילים נגד טנקים ועשרות פצצות מרגמה, שגרמו למותם של רבים. עוד נקבע כי משנת 2001 ועד ליום האירוע, נחשפו במקום עשרות מנהרות הן בצד הישראלי והן בצד המצרי, ששימשו כמנהרות להברחת אמצעי לחימה או כמנהרות תופת וכן הופעלו כלפי כוחות צה"ל שפעלו במרחב מכוניות תופת. בית המשפט הוסיף וקבע כי ציר פילדלפי היה אחד הצירים המסוכנים ברצועת עזה וכי הטרור שהופנה בו כלפי חיילי צה"ל נעשה בחסות המבנה הטופוגרפי של הציר שאפשר למחבלים למצוא בו מקומות מסתור ולהתארגן לפעילותם החבלנית. אשר לפעילותם של כוחות הצבא בציר ביום האירוע קבע בית המשפט כי משימתם של שני הדחפורים הייתה חישוב קרקע, וכי פעילות זו היא פעילות מבצעית המלווה בנוהל קרב מתאים ואנשי הארגון שהגיעו לציר פילדלפי באותו יום פעלו בניגוד להוראות צו אלוף שהכריז על האזור כ"שטח צבאי סגור". בית המשפט המחוזי קבע, אפוא, כי הפעולה שבמהלכה נהרגה רייצ'ל הייתה "פעולה מלחמתית" ועל כן, כך הוסיף וקבע, מוקנית למדינה חסינות מפני אחריות בנזיקין בגין הפגיעה ברייצ'ל.

בבחינת למעלה מן הצורך ואף שדחה את תביעתם בנימוק האמור, הוסיף בית המשפט המחוזי והתייחס לטענות שהעלו המערערים לגוף הדברים וקבע על סמך העדויות שנשמעו בפניו, לרבות חוות דעת המומחים שהוגשו מטעם שני הצדדים, כי אף אחד מן הלוחמים שהיו מעורבים בפעילות באותו היום לא ראה את רייצ'ל בעת שעמדה מול הדחפור וזאת משום שניצבה ב"שטח מת" מבחינת יושבי הדחפור. לכן, כך הוסיף וקבע, אין מקום לייחס ללוחמי צה"ל פגיעה מכוונת ברייצ'ל ומשכך גם אלמלא החסינות המוקנית למדינה אין מתקיימים בנסיבות המקרה דנן יסודותיה של עוולת התקיפה. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי החקירה שבוצעה על ידי המשטרה הצבאית נוהלה במקצועיות רבה ובאופן מקיף וממצה וכי לא היו שיבושי חקירה במהלך גביית עדויות המעורבים באירוע. בית המשפט דחה את טענת המערערים למחדל בטיפול בקלטת ה"פסקל" - מצלמה שתיעדה את אזור האירוע והוסיף ודחה את הטענות שהעלו כלפי התנהלות המכון לרפואה משפטית. נוכח דחיית טענות אלו של המערערים, קבע בית המשפט המחוזי כי הם לא עמדו בנטל להוכיח כי נגרם להם נזק ראייתי שפגע ביכולתם להוכיח את טענותיהם, או כי המדינה גרמה כתוצאה ממחדל רשלני לנזק הראייתי הנטען. אשר לעוולת הרשלנות קבע בית המשפט המחוזי כי כוח צה"ל פעל ביום האירוע בצורה סבירה וזהירה בשים לב לסכנה שנשקפה ללוחמים, ואין מקום לייחס לו הפרה של חובת זהירות כלשהי. עם זאת דחה בית המשפט את טענת המדינה בדבר החלת הגנת ה"הסתכנות מרצון" והוסיף וציין כי אין מקום לקיים דיון בשאלת ה"אשם התורם" שמקומה בשלב הטיעונים לנזק ולא בשלב שבו דנים בשאלת האחריות וכי נוכח המסקנות שאליהן הגיע מתייתר ממילא הצורך לדון בסוגיה זו. לבסוף קבע בית המשפט המחוזי כי אין מקום לפסוק למערערים פיצויים בגין עוולה חוקתית בהסתמך על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום שבנסיבות העניין המדינה לא הפרה את זכותה של רייצ'ל לחיים.

ההליך ברע"א 6968/12

5. כחמש שנים לאחר פתיחת ההליך בבית המשפט המחוזי בחיפה הגישו המערערים ביום 18.3.2010 תביעה לבית המשפט השלום בנצרת (ת.א. 32966-

03-10) נגד פרופ' היס, נגד משרד הבריאות ונגד בית משפט השלום בראשון לציון (הם המשיבים 1-3 בהתאמה ברע"א 6986/12 ויכוננו להלן: המשיבים). תביעה זו תוקנה כשנה לאחר הגשתה ובה עתרו המערערים לקבלת פיצויים בסך של 1 מליון ש"ח בגין כאב וסבל, עוגמת נפש ופגיעה בכבודה של רייצ'ל ובכבוד קרובי משפחה (תביעה זו תכונה להלן: התביעה בבית משפט השלום). לטענת המערערים, התגלה להם במהלך עדותו של פרופ' היס בהליך בבית המשפט המחוזי בחיפה כי בעת נתיחת גופתה של רייצ'ל ניטלו ממנה איברים ורקמות מבלי שהדבר דווח למשפחה, ולא ידוע מה עלה בגורלם וממילא לא ניתנה למשפחה האפשרות לקבלם ולהביאם לקבורה. עוד נטען כי פרופ' היס וצוות המשטרה הצבאית שהופקדו על חקירת נסיבות מותה של רייצ'ל, לא המציאו את דו"ח הנתיחה לבית משפט השלום בראשון לציון, אשר נעתר בשעתו לבקשת המשטרה הצבאית והורה על פתיחת הליך חקירת סיבות מוות (חס"מ 3/1009) (להלן: הליך החס"מ). המערערים הוסיפו וטענו כי פרופ' היס ומשרד הבריאות התרשלו בכל הקשור לנתיחת גופתה של רייצ'ל והסבו להם בכך נזקים. עוד נטען כי בנסיבות העניין חל הכלל הראייתי "הדבר מעיד בעד עצמו" ויש להעביר את נטל ההוכחה בהליך אל כתפי המשיבים. כמו כן טענו המערערים כי המשיבים אחראים כלפיהם בעוולות של הפרת חובה חקוקה וברשלנות וכי בית משפט השלום בראשון לציון התרשל בכך שלא עקב אחר הליך החס"מ ולא קיים את חובתו המקצועית כרשות שיפוטית סבירה ועל-כן נגרם להם נזק ראייתי.

6. המשיבים הגישו בתגובה בקשה לסילוק על הסף של התביעה בבית משפט השלום וטענו לכפל תביעות, להתיישנות ולחסינות שיפוטית. בקשה זו נדחתה ברובה על ידי בית משפט השלום בנצרת (כב' השופט אחסאן כנעאן), למעט הקביעה לפיה יש לסלק על הסף את התביעה נגד בית משפט השלום בראשון לציון בשל חסינות שיפוטית. המדינה הגישה בקשת רשות ערעור על החלטה זו לבית המשפט המחוזי בנצרת (רע"א (מחוזי נצרת) 42765-03-12; כב' השופט א' אברהם) וזה קיבל את הבקשה והורה כי יש למחוק על הסף את התביעה כולה בשל כפל תביעות. בהחלטתו ציין בית המשפט המחוזי בנצרת כי חרף השלב המתקדם שבו מצוי ההליך בבית המשפט המחוזי בחיפה, נעתר בית המשפט שם לבקשת

המערערים והתיר להם לתקן את כתב התביעה, לצרף את המכון לרפואה משפטית כנתבע ולהוסיף במסגרתה סעד של פיצויים. למרות זאת, כך קבע, ימים אחדים בלבד לאחר תיקון כתב התביעה הגישו המערערים את התביעה בבית משפט השלום. בית המשפט המחוזי בנצרת קבע כי התביעה הנדונה בבית המשפט המחוזי בחיפה וזו שהוגשה לבית המשפט השלום בנצרת, עוסקות באותה עילת תביעה במובנה הרחב, כי מדובר באותה פרשה אשר לגביה שמע בית המשפט המחוזי בחיפה עדים רבים וכי המערערים קיבלו את יומם בבית המשפט המחוזי בחיפה ומיצו את עילתם. לפיכך הורה, כאמור, בית המשפט המחוזי בנצרת למחוק על הסף את התביעה בבית משפט השלום.

להשלמת התמונה יצוין כי המערערים ערערו אף הם על החלטתו של בית משפט השלום בנצרת למחוק על הסף את התביעה ככל שהופנתה נגד בית משפט השלום בראשון לציון (ע"א 22130-04-12), אך ערעור זה נתייתר ונמחק על הסף ביום 20.11.2012 (כב' הרשם י' בן חמו), בעקבות פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת אשר, כאמור, מחק על הסף את התביעה כולה.

7. ההליכים הערעוריים שבפנינו נסובים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה אשר, כאמור, דחה את התביעה העיקרית בנימוק שמדובר ב"פעולה מלחמתית" (ע"א 6982/12) וכן על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת אשר קיבל את ערעור המשיבים והורה למחוק על הסף את התביעה נגדם (רע"א 6968/12).

הדיון בהליכים הערעוריים הנ"ל אוחד אמנם אך לצורך הכרעה בהליכים הערעוריים דנן ולמען בהירות ההכרעה, נציג בנפרד את טיעוני הצדדים בכל אחד מן ההליכים וכן את הדיון וההכרעה בהם.

טענות הצדדים בע"א 6982/12

8. המערערים טוענים כי הפעולה הצבאית שבה מצאה רייצ'ל את מותה לא הייתה פעולה מלחמתית. לגישתם, אף אם תתקבל טענת המדינה כי מדובר בגזרה

עם היסטוריה של הנחת מטענים, למשימה הספציפית של חישוב הקרקע לא קדמו דיווחים מודיעיניים אודות סיכונים מיוחדים והעובדה כי הציר מסוכן ומתקיים בו ירי לעתים, אינה הופכת את פעולת החישוב לפעולה מלחמתית. המערערים מוסיפים כי המדינה לא טענה ולא הוכיחה כי בשלב כלשהו נשקפה לחיילי צה"ל סכנה וכי פעולת החישוב הייתה פעולה שגרתית ויזומה, אותה ביצע צה"ל מספר פעמים בשבוע באמצעות כוחות הנדסה. לטענת המערערים פעולה זו לא התפתחה לפעולה מלחמתית והעובדה שהלוחמים תפקדו תחת לחץ או היו נתונים בסכנת חיים אין די בה כדי לשוות אופי של מלחמה לפעולה. לשיטת המערערים, אופיו של הציר כציר מסוכן היא נסיבה אחת מתוך צבר נסיבות, והפגיעה ברייצ'ל נגרמה כתוצאה מהתרשלות של מפעיל הדחפור ומפקדיו. עוד טוענים המערערים כי שגה בית המשפט המחוזי בקובעו כי הלוחמים לא הבחינו ברייצ'ל, וכי היה מקום לקבל את טענת המומחים מטעמם כי הלוחמים בדחפור יכלו להבחין בה ממרחק של 20 מטרים. לחלופין טוענים המערערים כי אין משמעות לשאלה אם מפעיל הדחפור ראה את רייצ'ל, שכן ממכלול הראיות שהוצגו לבית המשפט עולה כי התקיימו במקרה דנן יסודותיה של עוולת הרשלנות. המערערים אף סבורים כי היה על מפעיל הדחפור לסרב להמשיך בפעולות החישוב, למרות הוראה מפורשת שקיבל, משום שמדובר לשיטתם בפקודה בלתי חוקית בעליל ולמצער רשלנית שהביאה למותה של רייצ'ל. המערערים מוסיפים כי לא הוכח שהוצא צו אלוף שאסר את הכניסה לציר פילדלפי ובנוסף לא הוכח כי ננקטו הליכים נגד זרים באזור, על כן אין לומר כי שהייתה של רייצ'ל וחבריה באזור הייתה בלתי חוקית.

אשר לקלטת ה"פסקל" וחקירת המשטרה הצבאית, שבים המערערים על טענותיהם ומוסיפים כי המדינה מחקה מקלטת ה"פסקל" את הרגעים בהם נפגעה רייצ'ל וכי לא היה מקום לקיים תחקירים מבצעיים לפני שהחלה חקירת המשטרה הצבאית. עוד הם טוענים כי המדינה לא הציגה ראיות לקיומו של נוהל חישוב והדבר פועל לחובתה. המערערים מוסיפים ומצביעים על שורה של נסיבות המעידות לגישתם על בעיות בחקירת המשטרה הצבאית, ובהן התנהלות בעייתית של חיילי גדוד הסיור המדברי שחלק מלוחמיו היו מעורבים באירוע; אי התייעצות עם מומחה תאונות ובטיחות ואי תפיסתן של תמונות מזירת האירוע. עוד נטען כי

לא היה מקום לדחות את טענות המערערים בדבר עוולת הרשלנות והעוולה החוקתית וכי על המדינה לפצות את המערערים על מותה של רייצ'ל מכוח הוראות המשפט הבינלאומי.

9. המדינה מצידה סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי וטוענת כי הערעור נסוב רובו ככולו על קביעות עובדתיות מובהקות הנסמכות על ניתוח מעמיק של העדויות והמסמכים שהוצגו בפני בית המשפט במהלך שישה עשר דיוני הוכחות, בהם נשמעו עשרים ואחד עדים, הוגשו חוות דעת מומחים ושלל ראיות נוספות. המדינה מוסיפה וטוענת כי פעולת החישוף בציר פילדלפי הינה פעולה מלחמתית לכל דבר ועניין וכפי שהוכח בפני בית המשפט המחוזי, בציר פילדלפי התקיימה באותה תקופה מלחמה של ממש ממנה נשקפה ללוחמים סכנת חיים. המדינה מונה מספר סממנים המעידים לשיטתה על כך שמדובר בפעולה מלחמתית ובהם: אופי המשימה, ביצועה באמצעות כלי מלחמה, זהות הכוח הצבאי, וסכנת החיים שנשקפה לכוח. עוד מוסיפה המדינה וטוענת כי העובדה שפעולת החישוף חזרה על עצמה מספר פעמים, אין בה כדי להופכה לפעולה שגרתית וזאת נוכח מאפייניה הנטענים לעיל והסכנה שנשקפה במהלכה לכוחות הלוחמים. המדינה מוסיפה ומציינת כי ניתן ללמוד על נחיצות הפעולה ועל אופייה בין היתר מכך שכשבועיים לאחר יום האירוע נפגע טנק של צה"ל ממתען במרחק של כמאה מטרים מהמקום שבו נהרגה רייצ'ל.

עוד טוענת המדינה שהוכח כי הארגון מבצע פעולות בלתי לגיטימיות ואלימות בניגוד למטרותיו המוצהרות, גורם באופן שיטתי ומכוון לכך שאנשיו יישלחו לאזורי לחימה מסוכנים, בניגוד לחוק ותוך סיכונם האישי בין היתר בהתבצרות בבתי טרוריסטים ומעולם לא ניסה לפעול על פי הכללים המסדירים את שהייתם של ארגונים בינלאומיים ואזרחים זרים באזורי לחימה. המדינה מוסיפה כי היא עמדה בנטל ההוכחה להראות כי במועד האירוע עמד בתוקפו צו אלוף שאסר על כניסה לציר פילדלפי. כמו כן הוכח כי באותו מועד הוציאה ממשלת ארצות הברית אזהרת מסע לאזור זה. אשר לעוולת הרשלנות טוענת המדינה כי יסודותיה של עוולה זו לא התקיימו בנסיבות המקרה דנן וכי קיומו של נזק הוא לבדו אינו

מעיד על הפרת הוראה או על התרשלות. המדינה מוסיפה וטוענת כי יש לאמץ את קביעותיו של בית המשפט המחוזי בכל הנוגע לחקירת המשטרה הצבאית וקלטת ה"פסקל" ומציינת כי המערערים הם שסירבו להגשת תיק החקירה המלא כראייה. עוד טוענת המדינה בהקשר זה כי בעת שהתרחש האירוע לא הייתה מצלמת ה"פסקל" מכוונת אל המקום שבו התרחש והיא כוונה אליו רק עם קבלת ההודעה ברשת הקשר. המדינה מוסיפה כי המערערים בדקו את הכלים המשוריינים שהיו מעורבים באירוע ונעזרו במומחה בטיחות מטעמם. לטענת המדינה קיבלו המערערים את כל הסיוע שהתבקש לכך מידי צה"ל שאף ערך מצידו שחזור של האירוע, והיא מדגישה כי למעשה המומחים מטעם שני הצדדים הגיעו למסקנה ששדה הראיה של מפעיל הדחפור בעת האירוע היה מוגבל.

דיון והכרעה בע"א 6982/12

10. כפי שציינו בפתח פסק הדין השאלה המרכזית העולה בערעור זה היא - האם פעולת החישוף אשר במהלכה מצאה רייצ'ל את מותה הייתה פעולה מלחמתית ועל כן מוקנית למדינה בקשר אליה חסינות מפני אחריות בנזיקין?

פקודת הנזיקין [נוסח חדש] בנוסחה המקורי (פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944) העניקה למדינה חסינות מלאה מפני תביעות בנזיקין בהשראת הכלל הנוהג במשפט המקובל ולפיו The King can do no wrong (ראו: ע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 5 (2002) (להלן: עניין בני עודה)). שנים ספורות לאחר הקמת המדינה חוקקה הכנסת את חוק הנזיקים האזרחיים שסייג את החסינות המוחלטת שהוקנתה למדינה מפני תביעות בנזיקין, אולם לפי סעיף 5 לאותו החוק נשמרה חסינותה של המדינה מקום שבו מדובר ב"פעולה מלחמתית", וכך נקבע באותו הסעיף:

5. אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל.

סייג זה לאחריות המדינה בנזיקין נובע מן ההכרה כי פעולות מלחמתיות המבוצעות על-ידי המדינה ומטעמה והנובעות מצרכים ביטחוניים, אינן מתאימות

מעצם טיבן ל"שדה הנזיקי" של המשפט, בשל הסיכונים המיוחדים הכרוכים בפעולות מסוג זה ובשל חוסר ההתאמה הקיימת לכתחילה בין אופיין של פעולות אלה ותוצאותיהן ובין העקרונות ותפיסות היסוד של דיני הנזיקין (להרחבה ראו: אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'" משפטים לג(1) 107, 125-135 (2003) (להלן: אסף יעקב); עניין בני עודה, בעמ' 7; בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פסקה 33 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (12.12.2006) (להלן: עניין עדאלה); ע"א 1459/11 חרדאן נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט י' עמית (16.6.2013) (להלן: עניין חרדאן)). גישה דומה נהוגה מאותם טעמים גם בשיטות משפט אחרות (לסקירת המשפט המשווה ראו: אסף יעקב, בעמ' 115-125; עניין עדאלה, בפסקה 38; דבריו של השופט Reinhardt ב: Koohi v. United States 976 F.2d 1328, 1334-1335 (9th Cir. 1992) (להלן: עניין Koohi)). בארצות הברית מעוגנת תפישה זו בחוק פדראלי 28 U.S. Code § 2680(j) המקנה למדינה חסינות מפני אחריות בנזיקין לגבי פעולות מלחמתיות (combatant activities) שבוצעו בזמן מלחמה (during time of war), ובתי המשפט בארצות הברית פירשו את צירוף המילים "בזמן מלחמה" באופן רחב וקבעו כי לשם החלת החסינות אין צורך בהכרזת מלחמה רשמית. עוד קבעו בתי המשפט האמריקאיים כי פעולה מלחמתית היא כל פעולה הכרחית אשר יש לה קשר ישיר לפעילות עוינת ולא רק פעולה הכרוכה בהפעלת אלימות פיזית (עניין Koohi, בעמ' 1334-1336; עניין בני עודה, בעמ' 7; ראו גם: Ibrahim v. United States, 556 F.Supp.2d 1 (D.D.C. 2007); Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763, 779 (1950); Saleh v. Titan Corp. 580 F.3d 1, 7 (D.C. Cir. 2009)).

11. לאורך השנים נדרש בית המשפט הישראלי לפרש את המונח "פעולה מלחמתית" וליישמו במקרים שונים שהונחו לפתחו. עוד בשנת 1960 קבע בית משפט זה כי לשם הכרעה בשאלה אם הפעולה היא מלחמתית אם לאו "יש לבחון את הפעולה ולא את המלחמה" (ע"א 311/59 מפעל תחנות הטורקטורים נ' חייט, פ"ד יד 1609, 1613 (1960); לסקירת התפתחות הפסיקה בנושא זה ראו: עניין עדאלה, פסקאות 4-1 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; אסף יעקב, בעמ' 152-169; עניין חרדאן, פסקאות 13-22). בעניין בני עודה משנת 2002 שב בית משפט זה וקבע בהרכב מורחב כי בעת בחינת השאלה האם פעולה כלשהי היא "פעולה

מלחמתית", יש לבחון את מאפייניה של הפעולה ללא קשר לשאלה האם נערכה תוך כדי מלחמה. עוד נקבע באותו עניין כי גם פעולות נגד ארגוני טרור ולא רק פעולות נגד צבא סדיר עשויות להיחשב כפעולות מלחמתיות לעניין החסינות המוקנית למדינה בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים, ובלשונו של הנשיא א' ברק:

אופייה הלחימתי של הפעולה המכוונת כנגד אויב (בין צבא מאורגן ובין גופי טרור) המבקש לפגוע בחיילים הוא שעלול ליצור את הסיכון המיוחד המצדיק הענקת חסינות למדינה. [...] הנה-כי-כן, במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא "מלחמתית" יש לבחון את כל נסיבות האירוע. יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה ונצפה ממנה, את עוצמת הכוח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה. (עניין בני עודה, בעמ' 7-9)

נראה כי התובנה לפיה לחימה בגופי טרור ראויה אף היא לבוא בגדר המונח "פעולה מלחמתית", חוזרת בשנים האחרונות לתודעתו של העולם כולו נוכח הצורך ההולך ומתרחב במדינות רבות ולא רק בישראל לנקוט פעולות מלחמתיות כאלה נגד מעשי אלימות קשים שמבצעים גופי טרור כלפי חיילים וכלפי אזרחים. אכן, המלחמה המודרנית לובשת ופושטת צורה. במידה רבה אין מדובר עוד במלחמה שמנהל צבאה של מדינה אחת מול צבאה של מדינה אחרת אלא במלחמה, לעתים יומיומית, מול איומים חדשים שלא היכרנו בעבר שיוצרים גורמי טרור שונים בזירה הישראלית המקומית ובזירה הבינלאומית (על הצורך לעצב מחדש ולעדכן את דיני המלחמה על מנת להתאימם למציאות החדשה ראו: בג"ץ 8091/14 המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון, פסקה 2 לחוות דעתי (31.12.2014); כן ראו באותו עניין: דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' זיראני, פסקאות 46-49 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס; פסקה 8 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; פסקה א' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (15.1.2015)).

12. בעקבות פסק הדין בעניין בני עודה חוקקה הכנסת את חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002 (להלן: תיקון מס' 4). תיקון זה, אשר נכנס לתוקף ביום 1.8.2002 הוסיף לחוק הגדרה של המונח

"פעולה מלחמתית". לימים תוקנה הגדרה זו בחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012 (להלן: תיקון מס' 8), אך במועד הרלוונטי לאירוע נושא ערעור זה עמדה בתוקפה ההגדרה שבתיקון מס' 4 ועל כן, מן הראוי להביאה כלשונה. וכך קובעת הגדרת המונח "פעולה מלחמתית" שבתיקון מס' 4:

"פעולה מלחמתית" - לרבות כל פעולה של לחימה
בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם
מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות שנעשתה
בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף.

הנה כי כן, הגדרה זו מפרטת ומבהירה על דרך הריבוי כי כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות וכן פעולה למניעתם של אלו שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף מהווה פעולה מלחמתית המקנה למדינה חסינות מפני אחריות בנזיקין (עניין עדאלה, בפסקה 35 ובפסקה 40; ע"א 8384/05 טאלם נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (7.10.2008); רע"א 8484/06 ניצן נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (10.6.2007)). כפי שצוין, תוקנה הגדרת המונח "פעולה מלחמתית" בתיקון מס' 8 לחוק ולפיו הוחלפו המילים "שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף" במילים "שהיא פעולה בעלת אופי לוחמתי, בהתחשב במכלול נסיבותיה, ובכלל זה במטרת הפעולה, במיקומה הגיאוגרפי או באיום הנשקף לכוח המבצע אותה". אך בענייננו חלה, כאמור, ההגדרה שבתיקון מס' 4 ועל פיה יש לבחון את האירוע נושא הערעור דנן.

לצורך פירוש המונח "פעולה מלחמתית" נדרש בית משפט זה מעת לעת להבחנות בין סוגים שונים של פעולות צבאיות ובעשותו כן יצק תוכן למונח כהגדרתו, בין היתר, בתיקון מס' 4. כך קבע בית המשפט בע"א 8384/05 טאלם נ' מדינת ישראל (7.10.2008) (להלן: עניין טאלם) כי סיור שגרתי של כוח צבאי - המסווג כפעולת שיטור - הפך לפעולה מלחמתית עקב שינוי נסיבות ועקב היקלעות הכוח במהלך הסיור למצב של מצוקה ולאיום ממשי על חייהם ושלומם של החיילים. בהקשר זה לא למותר להדגיש עם זאת כי כאשר מדובר לכתחילה בפעולה מלחמתית (ולא בפעולת שיטור שהפכה למלחמתית כבעניין טאלם), אין לראות בשאלת הסיכון לכוחות חזות הכל (ראו: רע"א 3866/07 מדינת ישראל נ'

אלמקוטי, פסקה 27 (21.3.2012) (להלן: עניין אלמקוטי); עניין חרדאן, פסקה 21). לסיווגם של מקרים שונים נוספים שעלו בפסיקה ראו גם: רע"א 10482/07 עלאונה נ' מדינת ישראל (17.3.2010); עניין אלמקוטי, פסקאות 17-19; עניין חרדאן, פסקאות 17-18.

מן הכלל אל הפרט

13. הפעולה שבמהלכה מצאה רייצ'ל את מותה היתה, כאמור, פעולת חישוב שביצע כוח צבאי. הכוח כלל לוחמים שהפעילו שני דחפורים משוריינים ולווה על-ידי נושא גייסות משוריין בעל גחון משוריין (נגמ"חון). בית המשפט המחוזי קבע כמצא שבעובדה כי פעולה זו נועדה לחשוף מקומות מסתור בציר פילדלפי, אשר שימשו מחבלים לפעולות טרור ובהן התגנבות והנחת מטעני חבלה שנועדו לפגוע בלוחמי צה"ל. עוד נקבע כי הפעולה לא סבלה דיחוי נוכח הסיכון שנשקף לכוחות במקום ונוכח הצורך המבצעי לאפשר לתצפיות הצבא לאתר את המחבלים המסתתרים בציר ולסכל את פעולותיהם. ממצאיו אלה של בית המשפט המחוזי נסמכים על העדויות שנשמעו בפניו ובהן עדותו של אל"מ (במיל') פנחס זוארץ, מפקד החטיבה הדרומית באוגדת עזה (להלן: זוארץ) ועדויות של מפקדים ולוחמים שהיו מעורבים בביצוע הפעולה (ראו למשל סעיפים 8 ו-10 לתצהירו של זוארץ; וכן עדויותיהם של זוארץ, בעמ' 1186-1187 לפרוטוקול הדיון; עדותו של ס.ר., מפקד הפלוגה אליה משתייך הכוח שביצע את החישוב בשטח, בעמ' 890 לפרוטוקול). בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע על סמך הראיות שהוצגו בפניו, כי הפעולה הייתה מלווה בסיכון רב לכוחות המבצעים מצד מחבלים שביקשו לפגוע בהם באמצעות ירי צלפים, טילים והפעלת מטעני חבלה וכי בשל סכנה זו חל איסור מוחלט לצאת מן הכלים הממוגנים, אף לא לשם עשיית צרכים. חיזוק לכך מצא בית המשפט ביומן המבצעים ממנו עלה כי נזרק לעבר הכוחות הלוחמים רימון חי, סמוך לפני האירוע שבו מצאה רייצ'ל את מותה.

עיקר טרונייתם של המערערים לעניין סיווגה של פעולת החישוב מופנית כנגד מרכיב הסיכון שנשקף לכוחות שפעלו בשטח. לשיטתם, לא נשקפה לכוחות בשום שלב סכנה מן האזרחים הזרים ששהו במקום או מן המשפחות הפלסטיניות

המתגוררות בסמוך לציר. בהקשר זה טוענים המערערים, בין היתר, כי זריקת הרימון הנזכרת ביומן המבצעים אינה זריקת רימון על-ידי מחבלים בציר לעבר כוחות צה"ל אלא זריקת רימון עשן על ידי הכוחות לעבר הפלסטינים. אין ממש בטענות שהעלו המערערים בהקשר זה. קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה ציר פילדלפי היה מוקד לאלפי אירועים של ירי צלפים, ירי טילים והנחת מטענים נגד כוחות צה"ל, אשר במהלכם נפגעו חיילים רבים, לפני ואחרי יום האירוע נושא הערעור, היא קביעה מבוססת המעוגנת היטב בחומר הראיות שהוצג בפניו ואין להתערב בה. ממצאים אלה ממחישים בעליל כי מדובר בציר שהפך לזירה של לחימה מתמשכת בין כוחות צה"ל לארגוני הטרור. על כן, גם אם נקבל את הטענה כי לא נשקפה לכוחות סכנה מצד רייצ'ל וחבריה לארגון, אין בכך בשום אופן כדי לנטרל את הסיכון שנשקף להם בנסיבות שתוארו מן המחבלים שפעלו בציר כל העת. מסקנה זו הסיק בית המשפט קמא - ובצדק - בהסתמכו, בין היתר, על יומן המבצעים הגדודי שהוצג אשר שרטט את תמונה של גיזרת לחימה מבצעית פעילה (למשקלו הראייתי של יומן המבצעים בתביעות נזיקין נגד המדינה ראו: עניין סאלם, פסקה 6 לפסק הדין; עניין אלמקוסי, פסקה 29 לפסק הדין). כמו כן נסמך בית המשפט המחוזי בהקשר זה על דבריו של מפקד החטיבה זוארץ אותם לא למותר לשוב ולצטט:

“אנחנו מדברים כאן על שטח שנלחמים בו כל יום, זו לא שאלה של מתי או אם יירו עליך. כל יום יורים שם. כל יום מפוצצים שם מטענים, כל יום מנסים לחטוף חיילים באזור הזה, זה שטח של מלחמה!” (עדויותו של זוארץ, בעמ' 1186 לפרוטוקול).

נוכח ממצאים מובהקים אלה באשר לאופי הזירה שבה בוצעה פעולת החישוף ובאשר לפעילות המלחמתית שהתנהלה בה כמתואר בתקופה הרלוונטית, אני סבורה כי השאלה אם נזרק או לא נזרק רימון לעבר הכוחות סמוך לפני האירוע שבו מצאה רייצ'ל את מותה, אין בה כדי לשנות מן המסקנה כי פעולת החישוף הייתה בנסיבות העניין פעולה מלחמתית. והוא הדין באשר לטענה הנוספת שהעלו המערערים ולפיה לא הוכח כי הוצא צו אלוף המכריז על השטח כשטח צבאי סגור. למעלה מן הצורך אציין עם זאת כי עיון ביומן המבצעים (דף 14 שעה

16:18) מלמד כי על-פי פשוטו של הכתוב מדובר אכן כקביעת בית המשפט המחוזי בזריקת רימון אל עבר הכוחות במרחב 22א, סמוך לפני האירוע שבו מצאה רייצ'ל את מותה, ולא בזריקת רימון על-ידי הכוחות כפי שניסו המערערים לטעון (ראו והשוו תיאור זריקת רימון נוספת ביום שלמחרת בדף 23 בשעה 10:31). אשר לצו האלוף, אף שהצו לא הוצג בטענה כי לא אותר, העיד על כך זוארץ ובית המשפט קיבל את עדותו (חקירתו הנגדית של זוארץ בעמ' 1185-1182 לפרוטוקול הדיון מיום 10.7.2011). יתרה מכך, בהינתן ההתרחשויות בציר פילדלפי כמתואר לעיל, נראה כי גם בלא הצגת הצו מדובר בממצא הגיוני ומסתבר.

14. הנה כי כן פעולת החישוף אשר במהלכה נפגעה רייצ'ל עונה לכל אמות המידה שנקבעו בפסיקה לצורך סיווג הפעולה כפעולה מלחמתית ובהן: מקום האירוע, הכוח הלוחם, מטרת המשימה והסיכון לכוחות. בכך שונה המקרה שבפנינו באופן מהותי מפעולת החישוף שנדונה ברע"א 3675/09 מדינת ישראל – משהב"ט נ' דאוד (11.8.2011) אותה הזכירו הצדדים בטיעוניהם. באותו עניין פסק בית המשפט המחוזי כי אין מדובר בפעולה מלחמתית ועל כן הטיל על המדינה אחריות בגין התרשלות של מבצעי פעולת החישוף (ת.א. 1409/02 דאוד נ' שר הביטחון (26.3.2009)). בבקשת רשות הערעור אשר נדונה בבית משפט זה נקבע כי לא הייתה בנסיבות העניין התרשלות מצד המדינה ועל כן נתייתה ההכרעה בשאלה האם מדובר בפעולה מלחמתית ובית משפט זה לא הכריע בה. למעלה מן הדרוש יצוין כי בחינת הנתונים הרלוונטיים בהקשר זה מעלה שבעניין דאוד, להבדיל מענייננו, מדובר היה באירוע שהתרחש באזור המשמש לחממות שאיננו אזור של לחימה פעילה; כי הכלים המעורבים לא היו כלי צבאיים ממוגנים אלא כלי עבודה רגילים של המנהל האזרחי; מבצעי הפעולה היו אנשי המנהל האזרחי ולא כוחות לוחמים; ומטרת הפעולה הייתה הריסת החממות ולא חשיפת זירות מטענים ומקומות מסתור של מחבלים.

משסווגה הפעולה כפעולה מלחמתית מוקנית למדינה החסינות הקבועה בסעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים, ואין להטיל עליה אחריות בגין האירוע שבו מצאה רייצ'ל את מותה.

15. המסקנה שאליה הגענו מייתרת את הצורך לדון בטענות שהעלו המערערים ככל שהן נוגעות לגופן של העוולות הנטענות על-ידם. עם זאת, אציין כי גם בעניין זה מקובלים עלינו ממצאי העובדה והמסקנות המשפטיות שאליהן הגיע בית המשפט קמא ולפיהן אין לייחס למדינה אחריות בנזיקין משום שלא התקיימו במקרה דנן היסודות המרכיבים איזה מן העוולות הנזיקיות הנטענות ואף לא את העוולה החוקתית שמכוחן ביקשו המערערים להטיל אחריות על המדינה. עוד אוסיף ואציין - ואף זאת למעלה מן הדרוש - כי לא מצאתי ממש בטענה נוספת שהעלו המערערים בהקשר זה בדבר נזק ראייתי שנגרם להם, כביכול, בשל האופן שבו ניהלה המשטרה הצבאית את חקירת האירוע ובשל האופן שבו בוצעה נתיחת גופתה של רייצ'ל, ובדבר הפגיעה שנגרמה להם כביכול בשל נזק ראייתי זה ביכולת להוכיח את יסודותיהן של העוולות שלהן טענו.

16. כפי שנפסק לא אחת, נזק ראייתי מתבטא בהיעדר אפשרות לתובע להוכיח רכיב מסוים בתביעתו, בשל כך שהנתבע גרם לגריעתה של ראיה רלוונטית. במקרים בהם הוכח קיומו של נזק ראייתי שהנתבע גרם לו, כאמור, יעבור נטל ההוכחה לגבי אותו רכיב עובדתי אל כתפי הנתבע (ראו: ע"א 6991/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (24.10.2011)); גיא שני חזקת הרשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 304-303 (2011)). השאלה הנשאלת, אפוא, היא מהם אותם רכיבים עובדתיים בתביעת המערערים לגביהם נגרם להם לטענתם נזק ראייתי ובהנחה שאכן נגרם נזק כזה, האם הוא נובע ממעשה או מחדל של המדינה. עיקר טרונייתם של המערערים בהקשר זה, כך נראה, מתמקדת בקלטת ה"פסקל" ובטענתם כי "ככל הנראה [מישהו] הקפיד למחוק ממנה [את] אותם רגעים קריטיים של דריסת המנוחה". טענתם זו של המערערים לא הוכחה באופן כלשהו והיא נותרה כתיאוריה בלבד. מנגד טענה המדינה - וטענתה זו נתמכה בתצהיריהם של ש.ר., סגן מפקד הגדוד הרלוונטי, ובדבריהם של זוארץ ועודד, שהיה חבר בצוות החקירה במשטרה הצבאית - כי מצלמות ה"פסקל" שהיו באותה תקופה חדשות בגזרה, נועדו לסרוק את השטח על-מנת לזהות איומים על כוחות צה"ל וכי ברגע האירוע המצלמה לא הייתה מכוונת למקום האירוע. עוד הוסבר כי הקלטה

במכשיר זה מבוצעת רק בהתרחש אירוע, ואין מדובר בהקלטה רציפה (סעיף 17 לתצהיר ש.ר.; סעיף 11 לתצהיר זוארץ; סעיף 8 לתצהיר עודד). צפייה בקלטת ה"פסקל" (מוצג י"ח למוצגי המדינה), תומכת בטענה זו ומעלה כי המצלמה אכן הוסטה למקום האירוע עם הדיווח בקשר. עוד הפנו המערערים לכך כי בשלב כלשהו ניתן לשמוע דובר ערבית האומר בקשר "יא מותהו?" [הרגת אותו?] ונענה במילים "אללה ירחמה". הלוחמים שאיישו את הדחפורים העידו כי אין מדובר בדברים שנאמרו מפיהם וכי הם כלל אינם דוברי ערבית והאזנה לפס הקול המלווה את הסרטון ממצלמת ה"פסקל" אכן תומכת בכך כי מדובר בקולות של דוברים אחרים ברשת הקשר. מכל מקום לא ברור כיצד טענתם של המערערים בהקשר זה תומכת בטענתם לנזק ראייתי.

זאת ועוד כל מקורות המידע שהיו זמינים לחוקרי המשטרה הצבאית היו זמינים גם למערערים: חברה של רייצ'ל שהיו עדים לאירוע; לוחמי צה"ל ומפקדיו שהיו מעורבים באירוע; יומן המבצעים; קלטת הפסקל; קלטות השמע של רשת הקשר; חוות דעת המומחים; שחזור האירוע ודו"ח הניתחה. על כן, גם אם נניח לצורך הדיון - ויודגש כי איננו מקבלים טענה זו - שחוקרי המשטרה לא העמיקו חקר ולא מיצו את כל שניתן למצות בחקירת האירוע, לא נגרם למערערים נזק ראייתי כלשהו בעקבות כך. בהקשר זה לא למותר להזכיר כי הצבא ערך שחזור של האירוע שעליו הופקד ראש מחלקת תורת הלחימה, האמל"ח והכשירויות בצה"ל, והשתתפו בו הלוחמים המעורבים. כמו כן הופקה הדמייה של האירוע (נספח יט למוצגי המשיבה). עוד יש לזכור כי המומחה מטעם המערערים הגיע לבסיס ברמת הגולן שם הועמדו לבדיקתו דחפורי D9 צה"ליים ואף הוא הגיע אל המסקנה כי "בעמדה שבה הנגמחון ושני ה-D9, שני הדחפורים עמדו, הם לא היו יכולים לראות את המנוחה, אם המנוחה הייתה מאחורי ערימת העפר" (פסקה 194 לסיכומי המערערים בהליך בבית המשפט קמא – חוות הדעת לא צורפה לערעור). לבסוף ראוי לציין כי המערערים התנגדו להגשת תיק החקירה במלואו ולזימונם של עדים רלוונטיים (ראו למשל עמודים 386, 949, 1453-1454 ו-1820-1822 לפרוטוקול הדיון), והתנהלות זו אף היא אינה מתיישבת עם טענה לנזק ראייתי שנגרם להם כביכול.

אשר לנתיחת הגופה. בהקשר זה טענו המערערים כי הנתיחה נעשתה בניגוד לצו השיפוטי בהליך החס"מ בשל היעדרו של נציג מטעם השגרירות האמריקאית וכן משום שלא נשמרה הקלטת מהלך הנתיחה. המערערים לא הבהירו כיצד יש בטענותיהם אלה, גם אם הן נכונות, כדי לגרום להם נזק ראייתי לצורך הוכחת העוולות שנטענו. אך מכל מקום ראוי לציין כי לעניין היעדרו של נציג מטעם השגרירות האמריקאית התברר כי הטענה אינה נכונה וזאת משהוצג במהלך עדותו של פרופ' היס פקס שנתקבל אצלו מן השגרירות האמריקאית (ת/6) בו הובהר כי המשפחה של רייצ'ל מאשרת את ביצוע הנתיחה, וזאת לאחר שפנה אליהם ובירר האם הם מתכוונים לשלוח נציג מטעמם (ראו: עדותו של פרופ' היס בעמ' 304-306 ו-329 לפרוטוקול הדיון). אשר לתיעוד מהלך הנתיחה, העיד פרופ' היס ועדותו לא נסתרה, כי על-פי הנהוג באותה עת הוקלט מהלך הנתיחה (משום שלא ניתן להקליד במהלכה), וכן כי לאחר מכן הועתקו הממצאים והקלטות מוחזרו משיקולי תקציב (עמ' 329-330 לפרוטוקול הדיון). בלא להביע עמדה לגבי תקינותם של נהלים אלה (הטענות שהעלו המערערים במסגרת רע"א 6968/12 לעניין מהלך הנתיחה, ידונו להלן בנפרד), לא ניתן למצוא בעמדת המערערים בסיס לטענה כי בשל נוהל ההקלטה המתואר לעיל נגרם להם נזק ראייתי בהוכחת איזה מיסודות העוולות שלהן טענו. בהקשר זה לא למותר לציין כי המערערים לא העלו טענות באשר לחוות הדעת המקיפה שהוגשה מטעם המכון לרפואה משפטית, בכל הנוגע לנסיבות המוות.

17. לבסוף יש לדחות טענה נוספת שהעלו המערערים ולפיה על המדינה לפצותם בגין מותה של רייצ'ל מתוקף משפט זכויות האדם הבינלאומי ומתוקף המשפט ההומניטארי הבינלאומי. בלא להביע עמדה לגופן של הטענות שהועלו בהקשר זה, הכלל הוא כידוע כי "הוראת-חוק מפורשת של הכנסת גוברת על הוראות מן המשפט הבינלאומי" (ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 לפסק דינה של הנשיאה ד' בייניש (11.6.2006)). הוראות חוק הנזיקים האזרחיים במקרה זה ברורות, כאמור, ונוכח חסינותה של המדינה מפני אחריות בנזיקין אין מקום לחייבה בפיצויים מכוח המשפט הבינלאומי.

בשל כל הטעמים שפורטו לעיל, אני סבורה כי יש לדחות את הערעור (ע"א 6982/12). מכאן אפנה לדון בטענות שהעלו הצדדים ברע"א 6968/12 ובעניין זה, כפי שיפורט להלן, מסקנתי שונה.

טענות הצדדים ברע"א 6968/12

18. בבקשה זו טוענים המערערים כי במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי בחיפה בתיק העיקרי ובעקבות עדותו של פרופ' היס, התברר להם כי ניטלו מגופתה של רייצ'ל רקמות או איברים לצורך בדיקות שונות ולא ידוע מה עלה בגורלם. המערערים מדגישים כי עובדות אלה הן שעמדו ביסוד התביעה הנוספת שאותה הגישו בבית משפט השלום בנצרת וכי שגה בית המשפט המחוזי בנצרת בקובעו כי מדובר בכפל תביעות ובאותה עילה שעמדה ביסוד התביעה העיקרית שהתנהלה בבית המשפט המחוזי בחיפה. המערערים מדגישים כי התיקון שהותר להם לערוך בכתב התביעה העיקרית שהוגש בבית המשפט המחוזי בחיפה, התייחס לטענות בדבר נזק ראייתי - עליהן עמדנו לעיל - אשר נגרם להם לטענתם בשל ביצוע הנתיחה ללא נוכחות נציג של השגרירות האמריקאית ובשל אי-שמירת הקלטת שתיעדה את מהלך הנתיחה. לטענתם נפגעה בשל נזק ראייתי זה יכולתם להוכיח את נסיבות התרחשות האירוע שבו מצאה רייצ'ל את מותה וטענות אלה אכן נוספו לתביעה העיקרית לאחר תיקון כתב התביעה בשנת 2008. אך טענות אלה דבר אין להן, כך מדגישים המערערים, עם הטענה הנוספת בדבר נטילת רקמות או איברים במהלך הנתיחה, אשר נתבררה להם רק בשנת 2010 בעקבות עדותו של פרופ' היס, כאמור. על כן, כך לטענת המערערים, שגה בית המשפט המחוזי בנצרת בכך שכרך את טענותיהם בעניין זה עם הטענות המועלות בתביעה העיקרית ובקובעו כי מדובר באותה עילה. המערערים מוסיפים וטוענים כי דחיית תביעה על הסף היא סעד קיצוני וכי מן הטעמים שפורטו לא הייתה כל הצדקה להורות כך בעניינם.

19. המדינה טוענת מנגד כי הבקשה אינה עומדת בתנאים שנקבעו בפסיקה לעניין מתן רשות ערעור בגלגול שלישי ולגופם של דברים היא טוענת כי המונח "עילת תביעה" פורש בפסיקה באופן רחב לצורך הכלל של "מעשה בית דין" וכי

על-פי פרשנות רחבה זו קיימת, כקביעת בית המשפט המחוזי בנצרת, זהות עילות בין התביעה העיקרית שהוגשה בבית המשפט המחוזי בחיפה ובין התביעה שהוגשה בבית משפט השלום בנצרת. זהות העילות, כך נטען, נלמדת מכך שבשתי התביעות כיוונו המערערים לפגיעה בכבוד המת שכן בתביעה בבית המשפט המחוזי בחיפה נכללו, בין היתר, טענות בדבר ביצוע הנתיחה בניגוד להסכמת המשפחה. המדינה מוסיפה וטוענת כי בשתי התביעות מועלות טענות המעוגנות באינטרסים דומים המשלימים זה את זה - האינטרס בדבר השמירה על כבוד המת והאינטרס בדבר השמירה על שלמות הגוף - וכי משתקנה התביעה העיקרית ונוספה בה עילת תביעה נגד המכון לרפואה משפטית שעניינה נתיחה ללא הרשאה או חריגה מהרשאה, היה על המערערים לכלול את כל הטענות בעניין זה בתביעה אחת. עוד טוענת המדינה כי אם סברו המערערים שעילת התביעה בהליך בבית המשפט המחוזי בחיפה לא כוללת את כל הפרטים שהתגלו או את כל היקף הסעד הנדרש, היה עליהם לבקש תיקון נוסף של כתב התביעה באותו הליך או להרחיב חזית במהלך הדיון שם, אך אין מקום לאפשר פתיחתו של הליך נוסף בנסיבות אלה המופנה כנגד אותם בעלי דין ואף יצריך שמיעה של אותם עדים שכבר נשמעו במסגרת התביעה העיקרית.

20. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, אני סבורה כי יש לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות ערעור והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה, וכן אני סבורה כי יש לקבל את הערעור, לבטל את פסק-דינו של בית משפט המחוזי בנצרת בדבר דחייתה על הסף של התביעה שהגישו המערערים בבית משפט השלום בנצרת, להחזיר על-כנה את החלטתו של בית משפט השלום מיום 16.2.2011 לפיה מדובר בעילות שונות (בכפוף למחיקת התביעה נגד בית משפט השלום בראשון לציון, כאמור באותה החלטה), ולהחזיר את הדיון בה אל בית משפט השלום.

הכלל הנוגע למעשה בית דין קובע, בין היתר, כי אם תביעה נדונה לגופה והוכרעה לא ייזקק בית המשפט לתביעה נוספת בין אותם צדדים או חליפיהם, ככל שהיא מבוססת על עילה זהה ובמקרה כזה קם "השתק עילה" החוסם את התביעה הנוספת (ע"א 1545/08 מוסקונה נ' סולל בונה בע"מ, פסקה 7 (4.3.2010)) והאסמכתאות שם (להלן: עניין מוסקונה)). כפי שנפסק לא אחת, בחינת העילות

אינה תהליך של השוואה "מתמטית". היא חורגת מבחינתם הפרטנית של שני כתבי התביעה ומתמקדת בשאלה האם מבחינה מהותית מדובר בשתי התדיינויות הנוגעות לאותו עניין עצמו והאם הזכות או האינטרס המוגן בהם עוסקות שתי התביעות - זהים. לצורך כך יש לבחון, בין היתר, גם את מידת הדמיון בתשתית העובדתית הניצבת ביסוד שני ההליכים (עניין מוסקונה, שם; ע"א 1650/00 זיסר נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נז(5) 166, 181 (2003); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 176-177 (מהדורה אחת עשרה, 2013)).

21. בחינת המקרה דנן על-פי אמות מידה אלה מוליך על-פי גישתי אל המסקנה כי שגה בית המשפט המחוזי בנצרת בקובעו כי העילה הנטענת בתביעה שהוגשה בבית משפט השלום בנצרת זהה לאחת העילות שנתבעו בבית המשפט המחוזי בחיפה בתביעה העיקרית. ראשית, וכפי שציין בצדק בית משפט השלום בנצרת בהחלטתו מיום 16.2.2011, העובדה שהמכון לרפואה משפטית נתבע בכל אחת מאותן התביעות היא לבדה אין די בה על-מנת לקשור את שתי העילות לאגודה אחת. שנית, מבחינה מהותית אין מדובר באותן עילות וזאת בשל היעדר זהות ברוב המכריע של היסודות העובדתיים והמשפטיים שמהן מורכבת כל אחת מעילות אלה. עיון בכתב התביעה המתוקן שהגישו המערערים לבית המשפט המחוזי בחיפה ביום 3.7.2008 מעלה כי התביעה בבית המשפט המחוזי בחיפה ממוקדת בנסיבות מותה של רייצ'ל ובהקשר זה נטען כי חוקרי המשטרה הצבאית ועובדי המרכז הלאומי לרפואה משפטית הפרו צו שיפוטי משום שאפשרו את נתיחת גופתה ללא נוכחותו של נציג של השגרירות האמריקאית (סעיף 27.1 לכתב התביעה המתוקן) וכי נציגי או שליחי המרכז הלאומי לרפואה משפטית "[ש]השמידו ו/או טשטשו קלטת שתיעדה את נתיחת גופתה של המנוחה", ובכך הסבו נזק ראייתי למערערים באופן שגרע ראיות וממצאים אשר ייתכן שהיה בהם כדי לתמוך בגרסתם לגבי נסיבות התרחשות האירוע שבו מצאה רייצ'ל את מותה (סעיף 31.1 לכתב התביעה המתוקן). בשל ההתנהלות המיוחסת לנתבעים אלה התבקש בית המשפט המחוזי בחיפה, בין היתר, לפסוק נגד המדינה ונגד שליחיה פיצויים עונשיים. לעומת זאת, כתב התביעה שהוגש לבית משפט השלום בנצרת מתמקד בנסיבות נתיחת גופתה של רייצ'ל ולא בנסיבות התרחשות האירוע שבו מצאה את מותה. כך, למשל, נטען

כי המערערים הסכימו לנתיחת הגופה מבלי שהוסבר להם על האפשרויות השונות לנתיחה ומבלי שהסכימו לנתיחה כוללת שלא הייתה נחוצה לטענתם בנסיבות העניין (סעיף 19 לכתב התביעה המתוקן). עוד טענו המערערים כי פרופ' היס - הנתבע אף הוא באופן אישי בתביעה זו - העיד בהליך בבית המשפט המחוזי בחיפה כי נטל מגופתה של המנוחה רקמות או איברים לבדיקות שונות ואינו יודע מה עלה בגורלם מאז. הנה כי כן, העילות שעליהן מבוסס כתב התביעה שהוגש לבית משפט השלום בנצרת תחומות להליך הנתיחה בלבד ולסעדים שהמערערים זכאים להם בשל העוולות שבוצעו בו, לטענתם. זאת, ללא קשר לנסיבות שהוליוכו למותה של רייצ'ל בהן מתמקד כאמור ההליך בפני בית המשפט המחוזי בחיפה. בנסיבות אלו, שגה בית המשפט המחוזי בנצרת בקובעו כי ההליך העיקרי שהתנהל בבית המשפט המחוזי בחיפה עסק ב"אותו סיפור מעשה, אותה פרשה, שבמסגרתה נשמעו עדויות לרוב" וכי המערערים "קיבלו את יומם בבית המשפט המחוזי [נ]מיצו את עילתם".

למען הסר ספק, אדגיש עם זאת כי המסקנה שאליה הגעתי בדבר חוסר זהות בעילות הנתבעות בשני ההליכים, אינה שוללת את האפשרות להעלות טענות בדבר "השתק פלוגתה", ככל שסוגיות מסוימות נדונו והוכרעו בתביעה העיקרית שפסק הדין בה הפך חלוט עם דחיית הערעור עליו. בהיבט זה של הכלל בדבר "מעשה בית דין", שמורות לצדדים מלוא טענותיהם.

22. סיכומם של דברים - אציע לחבריי לדחות את הערעור בע"א 6982/12 ולקבל את הערעור ברע"א 6968/12, אשר נדון על פי הרשות שניתנה במובן זה שיבוטל פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנצרת המורה למחוק על הסף את התביעה בת.א. 32966-03-10 בפני בית משפט השלום בנצרת, והיא תתברר כסדרה.

נוכח התוצאות שאליהן הגעתי בשני ההליכים אוסיף ואציע לחבריי שלא לעשות צו להוצאות.

הנשיאה מ' נאור :

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופט צ' זילברטל :

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ג בשבט התשע"ה (12.2.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה