



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

לפני כב' השופטת גילה כנפי-שטייניץ, סגנית נשיא

בעניין:

1. יהודית קרווה

2. דורית גאון

3. אילה גמליאל

4. שרי דהרי

ע"י ב"כ עו"ד לירון פרמינגר

המבקשות

נגד

חברה קדישא גחש"א קהלת ירושלים

ע"י ב"כ עו"ד אשר אקסלרד

המשיבה

### פסק דין

1. לפניי בקשה לאישור תובענה ייצוגית שהוגשה נגד המשיבה, חברה קדישא גחש"א קהלת ירושלים, עמותה המנהלת חלק מבית העלמין "הר המנוחות" בירושלים והמספקת שירותי קבורה מכוח רישיון שניתן לה לפי תקנות שירותי הדת היהודיים (חברות לעניני קבורה), התשכ"ז-1966. מדובר בבקשת אישור ייחודית ורגישה שעניינה בטענה שבשלהי שנות ה-70, כיסתה המשיבה בשכבת עפר את קבריהם של כ-400 ילדים, תינוקות ונפלים, ומכרה חלקות קבר חדשות בשכבה החדשה שהונחה, והכל מבלי לקבל את הסכמתן של משפחות הנפטרים הקבורים בשכבה הראשונה או השנייה.

תמצית טענות המבקשות

2. המבקשת 1, יהודית קרווה, היא אמו של התינוק המנוח ישראל קרווה ז"ל, והמבקשת 2, דורית גאון, היא אחותו של המנוח. המבקשת 1 עלתה מתימן בגיל 16, נישאה והביאה לעולם את בנה ישראל ז"ל. בהיותו כבן שנה וחצי, אושפז בנה בבית החולים שערי צדק וכעבור כשבוע נמסר לאם כי בנה נפטר ונקבר, זאת מבלי שניתנה לה האפשרות לראותו, לזהותו או להשתתף בהלווייתו, וגם על מקום קבורתו לא נאמר לה דבר. לימים הוקמה ועדת חקירה ממלכתית בפרשת היעלמם של



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

ילדי תימן והתאפשר למבקשת 2 לעיין בתיק הרלוונטי לאחיה המנוח שבארכיון המדינה. אז נתגלה לה, לטענתה, מתעודת הזמנת קבורה שמצאה בתיק, כי אחיה המנוח נקבר ע"י המשיבה ביום 16.7.1953, בגוש ו' 1 חלקה ה' בהר המנוחות בירושלים.

3. המבקשת 2, אשר ביקשה לאתר את קבר אחיה המנוח ולהתייחד עמו, פנתה למשיבה. אז התברר לה שעוד בשנות השמונים כיסתה המשיבה את חלקה ה', בה היה קבור אחיה, וכן חלקות קבר נוספות בהן נקברו כ-400 ילדים, תינוקות ונפלים, בשכבת אדמה, על מנת ליצור שכבה נוספת של קברים מעליה. כן התברר לה כי ברבות השנים נקברו בשכבה העליונה מאות נפטרים אחרים באופן שכיום לא ניתן לאתר את קברו של אחיה או את קבריהם של כל אותם ילדים שנקברו בחלקות אלה.

4. המבקשת 3, אילה גמליאל, היא בתם של המנוחים דבורה וחיים ארצי קעה ז"ל אשר רכשו מן המשיבה עוד בחייהם, ביום 3.2.1987, שתי חלקות קבר סמוכות בהר המנוחות בגוש י"א חלקה ח'. משהלכו לבית עולמם, חיים ז"ל ביום 22.5.09 ודבורה ז"ל ביום 10.12.15, נקברו בחלקות הקבר שרכשו. המבקשת 3 טוענת כי קבריהם של הוריה מצויים מעל הקברים שכוסו. עוד היא טוענת כי הוריה לא ידעו כי חלקות הקבר מצויות מעל קברים אחרים ואילו ידעו על כך לא היו רוכשים אותן.

5. המבקשת 4, שרי דהרי, היא בתם של המנוחים נעמה ושלוש כלף ז"ל, קרובי משפחתם של בני הזוג ארצי קעה ז"ל, אשר רכשו מן המשיבה עוד בחייהם (באותה עסקת רכישה של בני הזוג ארצי קעה), ביום 3.2.1987, שתי חלקות קבר סמוכות בהר המנוחות בגוש י"א חלקה ח'. משהלכו לבית עולמם, בשנת 2007, נקברו בחלקות הקבר שרכשו. גם המבקשת 4 טוענת כי קבריהם של הוריה מצויים מעל הקברים שכוסו. עוד היא טוענת כי הוריה לא ידעו כי חלקות הקבר מצויות מעל קברים אחרים ואילו ידעו על כך לא היו רוכשים אותן.

6. המבקשות טוענות כי על פי תנאי רישיונה של המשיבה, כמו גם נהלי המשרד לשירותי דת, המעודכנים למועד הגשת בקשת האישור והמעגנים לטענת המבקשות מסורת רבת שנים של קבורה יהודית, חלה על המשיבה החובה לקבור נפטרים, לרבות תינוקות, עוברים ונפלים, באופן שיאפשר זיהוי מדויק של מקום קבורתם לאורך ימים על מנת לאפשר לבני משפחותיהם לעלות לקברם ולהתייחד עם זכרם. כן הן טוענות כי חל איסור לערוך חפירה במקום בו קיים חשש שישנו קבר



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

עתיק או עצמות, אלא עם קבלת אישור בכתב מ"הרב הפוסק". חרף זאת, כך לפי הנטען, פעלה המשיבה לכיסוי והעלמת קברים שהיו מצויים בחלקות א, ב, ג, ה בגוש 11 (סימול ישן) של בית העלמין, ואף סללה כביש על גבי חלק מן הקברים. המבקשות טוענות כי במעשיה המתוארים הפרה המשיבה את חובותיה האמורות, תוך חילול זכרם וכבודם של המתים, וכי כיום אין אפשרות מעשית לאתר את קבריהם של הנפטרים בשכבה התחתונה ונמנע מבני משפחותיהם לפקוד את קברם.

7. המבקשות מוסיפות וטוענות כי אופן התנהלותה של המשיבה מקים להם ולחברי הקבוצות אותם הם מבקשים לייצג, עילת תביעה של אי גילוי לפי ס' 4 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, רשלנות, הפרת חובה חקוקה בזיקה לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הסגת גבול במקרקעין, וכן עשיית עושר ולא במשפט, המזכות את חברי הקבוצה בפיצויים בגין נזקיהם שהוערכו (ב"הערכה ראשונית") ב-100 מיליון ₪. אציין כי בסיכומיהן מיקדו המבקשות את טענותיהן בעילות נזיקיות של רשלנות והפרת חובה חקוקה, וכן בעילה של אי גילוי מידע לרוכשי חלקות הקבר העליונות בניגוד להוראת ס' 4(א)(1) לחוק הגנת הצרכן (ס' 61 – 66 לסיכומי המבקשות).

8. המבקשות טוענות כי המשיבה, כמי שמספקת שירותי קבורה, היא "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, וניתן להגיש את בקשת האישור בעניינה מכוח פרט 1 לתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, שעניינו ב"תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו".

9. המבקשות חפצות לייצג בתובענתן שתי קבוצות עיקריות: האחת, בני משפחותיהם של הילדים המנוחים שקבריהם כוסו ע"י המשיבה ללא קבלת הסכמת משפחותיהם (קבוצה א'), והשנייה, בני משפחותיהם של המנוחים שנקברו בשכבה השנייה מבלי שנתקבלה הסכמת המנוחים לקבורתם על גבי חלקות הקבר שכוסו (קבוצה ב').

10. הסעדים שנתבקשו הם פיצוי בגין עוגמת הנפש והרגשות השליליים שנגרמו לחברי הקבוצות בשל מעשי המשיבה, וכן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. המבקשות העמידו פיצוי זה ע"ס 150,000 ₪ לכל חבר קבוצה א' וע"ס 100,000 ₪ לכל חבר קבוצה ב'. עוד ביקשו לחייב את המשיבה להשיב לחברי קבוצה ב' את הסכומים ששולמו בגין חלקות הקבר שנרכשו.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

11. להשלמת טיעוני המבקשות אציין, כי בתגובה לחוות דעת הלכתית שהוגשה מטעם המשיבה הגישו המבקשות חוות דעת הלכתית של הרב רון אל אהרון. על פי חוות דעת זו, לא קיים היתר לקבור נפטרים זה על גבי זה וכן חל איסור לכסות בעפר מקום קבורה כל עת שיש מקום אחר לקבורת המתים. עוד לפי חוות הדעת, חובה להשאיר את מצבות הנפטרים שבשכבה התחתונה בגובה העליון במקומן המדויק כנגד המקום התחתון המקורי בו היו, על מנת שיהיה מקום תפילה וזיכרון להולכים. אוסיף ואציין כי המבקשות הבהירו כי הן נסמכות בתובענתן על הדין האזרחי הישראלי ולא על ההלכה היהודית, וכי חוות דעתו של הרב רון אל אהרון הוגשה אך בתגובה לחוות דעתו של הרב יעקב רוז'ה שהוגשה מטעם המשיבה (ר' בעמ' 29 לפרוטוקול הדיון).

תמצית טענות המשיבה

12. המשיבה מאשרת בתשובתה כי אכן כיסתה קברי ילדים, תינוקות ונפלים בחלקות המתוארות בשכבת עפר, ויצרה חלקות קבר חדשות מעל לקברים הקיימים. המשיבה ציינה בתשובתה כי פרקטיקת קבורת תינוקות וילדים שהיתה מקובלת באותם ימים היתה שונה לחלוטין מזו הנהוגה כיום. נטען שבעבר נקברו תינוקות וילדים בחלקות ילדים, רובם ללא מצבה וחלקם בקבר משותף, וכי רבים מהם הוכאו לקבורה לאחר פטירתם ממחלה, מבלי שמשפחותיהם הזמינו את ההלוויה או נכחו בה. המשפחות אף לא עלו לקבר ולא היתה כל זיקה בין המשפחה לחברות הקבורה.

13. המשיבה מציינת כי בין השנים 1951 ועד 1953 קברה בגוש ו1, 361 נפטרים, בהם 174 נפלים והיתר תינוקות וילדים עד גיל 3, עד שהגוש התמלא באופן שלא ניתן היה לקבור עוד בתחומו (ס' 12 לסיכומיה). המשיבה הקפידה על רישומו של כל נפטר בפנקס הקבורות ואף ערכה מפות סכמטיות של מיקום הקברים. המשיבה מוסיפה וטוענת כי עד לשנת 1978, במשך כ-25 שנים, עמדו חלקות א-ג ו-ה, בשימונן. מצבות הוקמו על קברים בודדים בלבד ואיש כמעט לא פקד את הקברים. משגברה מצוקת המקומות לקבורה בשטחו של בית העלמין, נקטה המשיבה בפתרון הלכתי של כיסוי חלקות א'-ג' ו-ה' בגוש ו'1 בשכבת עפר עבה ויצירת מקומות נוספים לקבורה, וזאת בלוי הרב הפוסק של המשיבה דאז, הרב בצלאל זולטי ז"ל, ששימש כרבה האשכנזי הראשי של ירושלים. מצבות בודדות שהיו קיימות בשכבה התחתונה הוגבהו לגובה החלקות החדשות. נטען שחלקות





## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

אלה נבחרו בשל מיעוט המצבות שהיו בהן ומאחר שהקברים בהן לא נפקדו במשך עשרות שנים באופן שנחזה כניתוק מוחלט של הקשר בין המשפחות לבין הנפטרים בחלקות אלה. כן צוין כי החלקות כוסו בשכבת עפר של כמטר אחד מבלי שנערכו במהלך הכיסוי כל עבודות חפירה, הכיסוי נעשה בעפר בלבד בזהירות מרבית ותוך הקפדה על כבוד המת, לא נסלל כל כביש בחלקות, קברים לא "נעלמו", ויש בידי המשיבה להצביע על מיקומו של כל קבר כפי שהוא מצוי מתחת לשכבת הקברים העליונה.

14. המשיבה טוענת שעל פי ההלכה היהודית, שמהווה מקור סמכות לפעילותה, אין כל מניעה לקבור נפטרים זה על גבי זה באופן בו נהגה וללא צורך בקבלת הסכמת משפחות הנפטרים. לשם תמיכת טענתה זו צירפה לתשובתה חוות דעת הלכתית של הרב יעקב רוז'ה ולפיה מאז ומעולם היה נהוג לקבור נפטרים זה מעל זה, וכי קבורה כזו בתנאים הנדרשים לפי ההלכה אינה פוגעת בכבוד המת. כן צוין כי אין מקור הלכתי הדורש יידוע או הסכמה של משפחות הנפטרים לקבורה זו, בין אלה הקבורים בשכבה התחתונה ובין אלה שבשכבה העליונה. בענין זה הוסיפה המשיבה והגישה חוות דעת הלכתית משלימה של הרב רוז'ה גם לענין קבורת נפלים.

15. המשיבה מוסיפה וטוענת כי פעלה גם בהתאם לדברי החקיקה אשר חלו עליה במועדים הרלוונטיים לתובענה, אשר לא אסרו קבורת נפטרים זה על גבי זה. דבר החקיקה הרלוונטי המרכזי היה פקודת בריאות העם, 1940 אשר הגדירה "בית עלמין חדש" (הטעון אישורו של "המנהל") ככולל גם "הוספה על, או הרחבה של, בית עלמין" (ס' 7(7) לפקודה). כל חוזרי המנכ"ל, הנהלים, החוקים והתקנות הקיימים כיום לא היו קיימים בתחילת שנות ה-50, ובנוהל לקבורת נפלים, עוברים, תינוקות וילדים מיום 31.8.14 אף צוין כי "לאורך השנים נושא אופן קבורתם של נפלים, עוברים, תינוקות וילדים - לא היה מוסדר ולא היה נוהל אחיד המסדיר את העיסוק בנושא..." (נספח י"ג לתשובת המשיבה).

16. באשר לילד המנוח ישראל קרווה ז"ל מציינת המשיבה כי קבורתו הוזמנה, על פי רישומיה, ביום 16.7.1953 ובמועד זה נקבר. הפרטים היחידים שנודעו לה הם מקום פטירתו, סיבת פטירתו (שיתוק ילדים), שם אביו, עדתו, משלח יד אביו ומקום מושבו. לא צוין מי הזמין את הקבורה. מיעוט פרטים זה לא היה יוצא דופן באותם ימים לגבי תינוקות וילדים שנפטרו. תמורת הקבר והוצאות הקבורה לא שולמו ע"י איש. המשיבה מוסיפה ומדגישה כי אין לה יד ורגל בפרשה המצערת של



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

היעלמות ילדי תימן ואין היא אחראית למעשים ולמחדלים הנטענים בעניינם של המדינה או בתי החולים בפרשה זו.

17. באשר למנוחים ארצי קעה וכלף ז"ל טוענת המשיבה כי אלה רכשו אחוזת קבר בחייהם ביום 3.2.1987 תמורת 1,500 ₪ לכל אחוזת קבר. המשיבה טוענת כי אמנם לא חלה עליה חובה ליידע את הרוכשים על כיסוי החלקה. עם זאת, רבים מן הרוכשים אשר פנו לראות במו עיניהם את מיקום חלקות הקבר שבחרו, התעניינו אצל רושם המקומות דאז, מר חנניה שחור (לימים מנכ"ל המשיבה), מדוע מצויות מצבות קטנות על החלקה הריקה, והוסבר להם כי מתחת לחלקה קבורים תינוקות וילדים שחלקתם כוסתה וכי המצבות הקטנות הן מצבותיהם שהוגבהו. המשיבה מוסיפה ומציינת כי אין בידי המבקשות 3 ו-4 כל אינדיקציה לכך שהוריהן לא ידעו על כיסוי החלקות או שאילו ידעו לא היו רוכשים את החלקות, וטרונייטן בענין זה היא בגדר ספקולציה גרידא. כן היא טוענת כי רק כמה עשרות חלקות קבר נרכשו ע"י הנפטרים בעודם בחיים, וברוב חלקות הקבר בוצעה קבורה בלא שנגבה תשלום מן הנפטרים או קרוביהם ובהתאם לתקנות הביטוח הלאומי (דמי קבורה), תשל"ו-1976. המשיבה מוסיפה וטוענת בעניינן של המבקשות 3 ו-4 כי הסכם רכישת חלקות הקבר קובע כי "בכל מקרה של חילוקי דעות בין הרוכש לבין הח"ק בכל הנוגע לרכישה יובא הענין להכרעה בפני בית הדין הרבני האזורי בירושלים בלבד" (ס' ה לתנאי הרכישה), ולפיכך סמכות השיפוט הייחודית בתובענתן מסורה לבית הדין הרבני האזורי בירושלים ובית משפט זה אינו מוסמך לדון בתובענת המבקשות 3 ו-4.

18. המשיבה טוענת כי יש לסלק את בקשת האישור על הסף מחמת התיישנות. באשר לקבוצה א' טוענת המשיבה כי גם אם דבר הקבורה בגוש ו'1 וכיסוי החלקות לא התגלה למבקשות 1-2 במועד כיסוי החלקות, הרי שזה התגלה להן לכל המאוחר בשנת 2001, מועד פרסומן של מסקנות ועדת קדמי שחקרה את היעלמם של ילדי תימן. נטען שהמבקשת 1 הופיעה בפני וועדות שלגי וקדמי לחקירת היעלמם של ילדי תימן, וכי ועדת קדמי אף שלחה למשפחות מכתבי סיכום פרטניים בעניינם של קרובי משפחתם. מכאן, שכבר בשנת 2001 או בסמוך לכך נודע למבקשות 1-2 על מקום קבורתו של ישראל ז"ל, ומכל מקום, ניתן היה לגלות את העובדות המהוות את עילת תובענתן בשקידה סבירה. המבקשות לא ביררו את שניתן היה לברר כבר אז ובחלוף הזמן נגרם למשיבה נזק ראייתי ניכר. באשר לקבוצה ב' נטען, כי עילת תביעתן של המבקשות 3-4, ככל שקיימת, נולדה עם רכישת חלקות הקבר בחודש פברואר 1987, ולפיכך גם תביעתן התיישנה.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

19. המשיבה טוענת כי המבקשות עותרות לקבלת סעד בגין אירועים שהתרחשו לפני למעלה מ-63 שנים ולפני למעלה מ-38 שנים, כשהן מבקשות לבחון אירועים אלה במשקפיים של ימינו, אנו, תוך התעלמות מהמצב העובדתי והמשפטי ששרר באותם ימים וכן מהתיישנותה של תביעתן.

20. באשר לעילות התביעה טוענת המשיבה כי חוק הגנת הצרכן נחקק שנים ארוכות לאחר קבורת הילד ישראל קרווה ז"ל ואינו חל בעניינו, ומכל מקום המבקשות 1-2 אינן "צרכן" ולא היו כלל צד ל"עסקה". גם המבקשות 3-4, שלא הן אשר רכשו את חלקות הקבר, אינן "הצרכן" והוריהן הם בעלי הזכות הבלעדית לתבוע. המבקשות 3 ו-4 אף אינן בעלות זכות התביעה מכוחם של הוריהן ולא ברור מהו מעמדן המשפטי. המשיבה מוסיפה וטוענת כי לא התרשלה וכי פעולותיה נעשו כדין, כי לא הפרה כל חובה חקוקה, ואף לא הוכח כי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מטיל עליה חובה בענין הנדון, שהיא הפרה את החובה, שהחוק נועד לטובתן של המבקשות וכי ההפרה גרמה להן נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו התכוון המחוקק.

21. ולסיום נטען כי בקשת האישור אינה כשירה להתברר כתובענה ייצוגית. נטען כי בנסיבות ענייננו המשיבה אינה מהווה "עוסק" לענין חוק הגנת הצרכן, המבקשות אינן "צרכן" כאמור והתובענה אינה בקשר לענין שבינה לבין לקוח ולפיכך אין היא נכנסת לגדרו של פרט 1 לתוספת השניה. כן נטען כי התביעה נעדרת עילה, כי הסיכויים כי תוכרע לטובת הקבוצה קלושים, כי היא איננה מעוררת שאלות מהותיות משותפות וכי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין. ולבסוף נטען שניהול ההליך כתובענה ייצוגית עלול לערער קשות את יציבותה הכלכלית של המשיבה ולגרום נזק חמור לציבור המשתמשים בשירותיה.

ההליך הדיוני

22. בקשת האישור נדונה בתחילה ע"י כב' השופטת ת' בזק-רפפורט ובהמשך הועברה לדיון לפניי מטעמי מניעות. עוד בטרם העברתה, פנו הצדדים להליך גישור ממושך לפני כב' השופטת (בדימוס) ה' גרסטל שלא צלח.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

23. עם מיצוי הליך הגישור הגישה המשיבה בקשה למתן היתר להגשת הודעת צד ג' נגד המדינה, זאת בטענה שהמדינה - משרד הבריאות והמשרד לשירותי דת - בהתנהגותה, אישרה את פעולותיה, ולחלופין, נמנעה מלפקח על פעילותה. בהחלטת בית המשפט מיום 16.6.19 נדחתה הבקשה בהעדר תשתית עובדתית וראייתית ראויה לטענות המשיבה נגד המדינה, הגם שהבקשה נבחנה מתוך גישה דיונית מקלה בהתחשב במועד התרחשותם של האירועים מושא בקשת האישור.

24. עוד באותה החלטה, ולנוכח הסוגיות הציבוריות הנכבדות העולות מבקשת האישור, סברתי כי ראוי לקבל את עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה (לרבות עמדת הרגולטור המופקד על התחום), בסוגיות המרכזיות העולות מבקשת האישור. היועץ המשפטי לממשלה הודיע לבית המשפט כי לאחר שבחן את הדברים לא מצא לנכון להתייצב בהליך "בשלב הנוכחי, לפני שהוכרעה טענת ההתיישנות, שהיא שאלה משמעותית שעולה בהליך זה". עוד ציין שככל שבית המשפט יסבור, לאחר שתוכרע שאלת ההתיישנות, כי נדרשת התייחסות היועץ המשפטי לממשלה או המאסדר הרלוונטי, ניתן יהיה לשקול עמדה זו בשנית.

דיון והכרעה

25. על פי חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, יאשר בית המשפט תובענה כייצוגית אם מצא שהתקיימו התנאים הבאים:

- א. התביעה נמנית עם התביעות שניתן להגיש בעניינן תובענה ייצוגית כמפורט בתוספת השניה לחוק.
- ב. התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה.
- ג. יש אפשרות סבירה שהשאלות הנדונות יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה.
- ד. תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.
- ה. קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת ובתום לב.

26. אקדים ואומר כי לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, וחרף הסוגיה האנושית המיוחדת שתובענה זו מעלה, הגעתי למסקנה כי לנוכח מועד ביצוע המעשים העומדים ביסוד התובענה,





## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

ולנוכח טענת ההתיישנות והמורכבות הכרוכה בכירורה בהתייחס לכל אחד מחברי הקבוצה, תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין. לפיכך, דינה של בקשת האישור להידחות. למותר לציין כי אין בהחלטה זו כדי לפגוע בזכותו של כל אחד מחברי הקבוצה להגיש תביעה פרטנית נגד המשיבה במסגרתה ניתן יהיה לברר בצורה יעילה והוגנת הן את עילת תביעתו והן את טענת ההתיישנות הנטענת ע"י המשיבה, על בסיס העובדות הרלוונטיות לעניינו.

סוגיית ההתיישנות

27. כפי שתואר לעיל, טענות המבקשות נסמכות על אירועים שאירעו בסוף שנות ה-70 של המאה הקודמת, לפני כארבעים שנה, אז כיסתה המשיבה את חלקות הקבר הקיימות בשכבת עפר ויצרה חלקות קבר חדשות מעליהן. ההחלטה על כיסוי החלקות התקבלה בשנת 1978 ובסוף שנת 1981 החלה המשיבה בקבורה בחלקות הקבר העליונות (ר' עדות מר חנניה שחור, מי שהיה מנכ"ל המשיבה ועבד במשיבה כרשם במועדים הרלוונטיים לתובענה, בעמ' 68 לפרוטוקול, ור' גם ס' 4 לסיכומי המבקשות). לנוכח מועדים אלה, שאינם שנויים במחלוקת, טוענת המשיבה כי חלה התיישנות על כל עילות התביעה. המבקשות טוענות מנגד כי חרף מועד ביצוע המעשים העומדים ביסוד התובענה, לא חלה התיישנות על עילות תביעתן מן הטעמים שיפורטו להלן.

28. בכל הקשור לעילות תביעתן, מיקדו המבקשות בסיכומיהן את עיקר טענותיהן בשתי עילות נזיקיות: התרשלות לפי ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] והפרת חובה חקוקה לפי ס' 63 לפקודה. ההתרשלות המיוחסת למשיבה היא התרשלות הן במעשה - כיסוי החלקות באופן שאינו מאפשר זיהוי הקברים, והן במחדל - אי יידוע משפחות הנפטרים על הכוונה לכסות את החלקות ואי קבלת הסכמתן לכך (ס' 40, ס' 61 וס' 64 לסיכומיהן). במעשים ובמחדלים אלה, כך לפי הנטען, פגעה המשיבה בזכותם של חברי קבוצה א' לעלות לקבריהם של יקיריהם, להקים עליהם מצבה ולהתייחד עם זכרם. בהתייחס לקבוצה ב' נטען כי המשיבה לא גילתה לרוכשי חלקות הקבר בשכבה העליונה כי מתחת לקברים מצויים קברי ילדים, תינוקות ונפלים ולא נתנה להם את זכות הבחירה האם לרכוש את חלקות הקבר, זאת בניגוד להוראת ס' 4(א)(1) לחוק הגנת הצרכן המחייבת "עוסק" לגלות לצרכן "כל פגם או איכות נחותה או תכונה אחרת הידועים לו, המפחיתים באופן משמעותי מערכו של הנכס". כן נטען כי בהתנהלותה זו התרשלה המשיבה (ס' 92 לבקשת האישור).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

29. בתשובה לטענת המשיבה להתיישנות עילות התביעה, מעלות המבקשות שלושה סוגי טענות: ראשית, טענות לגבי מועד תחילת מרוץ ההתיישנות מכוח ס' 89(1) ו-89(2) לפקודת הנזיקין, שנית, טענות להיות העוללות שבענייננו עוללות נמשכות או מתחדשות, ושלישית, טענות להשעיית מרוץ ההתיישנות מכוחם של ס' 7 ו-8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958. אדון בטענות אלה להלן.

מועד תחילת מרוץ ההתיישנות

30. תקופת ההתיישנות בנזיקין היא 7 שנים מכוח הכלל הקבוע בסעיף 5 לחוק ההתיישנות. ס' 6 לחוק ההתיישנות קובע כי תקופת ההתיישנות "מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה". באשר למועד "שבו נולדה עילת התובענה" נסמכות המבקשות על הוראת ס' 89 לפקודת הנזיקין, על שני ראשיו. המבקשות טוענות כי לפי הוראת ס' 89(1) לפקודת הנזיקין כאשר מדובר במעשה או מחדל "נמשך והולך" תחל תקופת ההתיישנות ב"יום בו חדל", וכי לפי הוראת ס' 89(2) לפקודה ככל שלא התגלה הנזק ביום שאירע, תחל תקופת ההתיישנות ב"יום שבו נתגלה הנזק" (ס' 54 ו-40 לסיכומיהן).

31. אכן, על התיישנות בנזיקין חלות שתי מערכות דינים: ההסדרים הכלליים הקבועים בחוק ההתיישנות, וכן ס' 89 לפקודת הנזיקין המגדיר מהו היום שבו נולדה עילת התובענה בתובענה על עוללות כדלהלן:

"לענין תקופת התיישנות בתובענות על עוללות - "היום שנולדה עילת התובענה" הוא אחד מאלה:

- (1) מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך – היום שבו חדל;
- (2) מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק."





## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

32. יובהר כי סעיף 89(1) לפקודת הנזיקין אינו רלוונטי לענייננו. ס' 89 המגדיר מהו היום שבו נולדה עילת התובענה בנזיקין מבחין בין שני סוגים של עוולות: עוולות שבהן הנזק אינו אחד מיסודות העוולה (כגון תקיפה, הסגת גבול, כליאת שווא), ובין עוולות שבהן הנזק הוא אחד מיסודות העוולה (כגון רשלנות והפרת חובה חקוקה). נקבע לא אחת כי שני סעיפיו הקטנים של ס' 89 לפקודה עורכים הפרדה "קטגורית" בין הסדרי התיישנות שונים החלים על שני סוגי עוולות: סעיף 89(1) חל על עילת תובענה שהיא מעשה או מחדל ואשר נזק אינו אחד מיסודותיה, ואילו סעיף 89(2) חל כאשר נזק הוא אחד מיסודות העילה. לפיכך, על עולת הרשלנות ועולת הפרת חובה חקוקה, כמו גם העוולה הצרכנית לפי ס' 4(א)(1) לחוק הגנת הצרכן (ור' ס' 31 לחוק הגנת הצרכן), שבכולן נזק הוא אחד מיסודות העילה, חל ס' 89(2) לפקודה בלבד (ע"א 7707/01 צורף נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, 24.11.05, ע"א 3139/05 כלפון נוה ארזים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה, 31.1.08, פסקה 31, ע"א 2919/07 מדינת ישראל-הוועדה לאנרגיה אטומית נ' גיא ליפל, 19.9.10, פסקה 33, טל חבקין, התיישנות, 2014, בעמ' 300).

33. אשר לסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין. על פי הוראה זו, בעוולות בהן הנזק הוא חלק מיסודות העילה ייפתח מרוץ ההתיישנות במועד בו אירע הנזק ואם הנזק לא התגלה במועד שאירע יושעה מרוץ ההתיישנות עד לגילוי. ואולם, הוראה זו מציבה רף עליון של 10 שנים מיום אירוע הנזק (ולא גילוי) ועד להגשת התביעה. כלומר, התביעה תתיישן בחלוף "מחסום זמן" סופי של עשר שנים מהמעשה או המחדל שגרם לנזק (הועדה לאנרגיה אטומית, שם, ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת הישוב-חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(2) 535 (2000) פסקה 5, ע"א 4275/10 מולהי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, 22.2.12, פסקה 8). במילים אחרות, בחלוף עשר שנים מיום קרות הנזק מתיישנת התביעה, וזאת אף אם טרם חלפו שבע שנים מיום שנודע לתובע על דבר הנזק (צורף, שם, פסקה 8).

34. בענייננו חלפו, כאמור, עשרות שנים מן המועד בו כיסתה המשיבה את חלקות הקבר התחתונות בעפר ויצרה את חלקות הקבר העליונות. מועד כיסוי החלקות הוא המועד בו אירע הנזק בכל המתייחס לתביעתן של המבקשות 1-2 (וקבוצה א', קבוצת קרובי הנפטרים שנקברו בשכבה התחתונה), ולפיכך אין בהוראת ס' 89(2) כדי למנוע את התיישנות עילת תביעתן. לטענת המבקשות כי מדובר בעוולה נמשכת ולא באירוע עולתי חד פעמי אתייחס בהמשך.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

35. אשר למבקשות 3 ו-4 (וקבוצה ב', קבוצת קרובי הנפטרים שנקברו בשכבה העליונה). אלה טוענות לרשלנות המשיבה וכן להפרת חובת הגילוי לפי ס' 4(א) לחוק הגנת הצרכן, ובעניינן עולה השאלה מהו המועד בו אירע הנזק: האם המועד בו נרכשה חלקת הקבר ככל שנרכשה (לטענת המשיבה רוב הנפטרים נקברו בחלקות הקבר בהתאם להוראות חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב, תשנ"ה-1995 ולתקנות הביטוח הלאומי (דמי קבורה), תשל"ו]? האם מועד הקבורה? האם המועד בו נודע לרוכשים או חליפיהם על המידע שלפי הנטען לא גולה ונגרמו להם תחושות שליליות (נזק תוצאתי סובייקטיבי) בשל שלילת חופש הבחירה? המבקשות, שמיקדו טיעוניהן בסוגיית ההתיישנות בעניינה של קבוצה א', לא העלו טענות סדורות בענין זה. ואולם גם מבלי להכריע בשאלה זו, ניתן לקבוע כי הכרעה בסוגיית ההתיישנות טעונה בירור פרטני בענייניו של כל חבר קבוצה מקבוצה ב' בשאלות הבאות: האם הנפטר רכש את חלקת הקבר או האם נקבר מכוח הוראות חוק הביטוח הלאומי, ואם רכש, מתי רכש? מתי נקבר בחלקת הקבר? האם ידע בעת הרכישה על "הפגם" או ה"איכות הנחותה" הנטענים של הנכס (ור' הסיפא לס' 4(א) ולפיו "תהא זו הגנה לעוסק אם הוכיח כי הפגם, האיכות או התכונה...היו ידועים לצרכן"), וככל שלא ידע, מהו המועד בו נתגלה המידע לנפטר או לבני משפחתו ונגרם הנזק הנטען. ברי כי התשובות לשאלות אלה אינן זהות לכל חברי הקבוצה. כפי שיפורט בהמשך, הצורך בבירור פרטני כזה לגבי כל חבר קבוצה מעלה קשיים בכל הקשור להתאמת התובענה לבירור במסגרת תובענה ייצוגית.

עוולה נמשכת

36. המבקשות מוסיפות וטוענות כי נזקיה של קבוצה א' (קרובי הנפטרים שנקברו בשכבה התחתונה) נובעים ממעשה או מחדל נמשכים היוצרים עילות תביעה חדשות מידי יום, זאת כל עוד המשיבה אינה יכולה להצביע על מקום קבורתו של כל נפטר. המבקשות טוענות, בהסתמך על פסק הדין שניתן בע"א (מחוזי חיפה) 58374-03-15 המועצה הדתית עכו נ' חכון ז"ל (18.6.15) וברע"א 4892/15 המועצה הדתית עכו נ' עיזבון חכון ז"ל (16.8.15), כי חוסר יכולתה של המשיבה לאתר את מיקום הקברים בשכבה התחתונה הוא מחדל מתמשך וכי כל יום שחולף בו אין היא מצליחה לאתרם יוצר עילת תביעה חדשה למבקשות.

37. אכן, גם במקרה שאחד מיסודות העוולה הוא נזק, נקבע כי תכנה נסיבות שבהן האירוע העוולתי הוא מתמשך ומוליד במהלך התרחשותו עילות תביעה חדשות מידי יום ביומו כל עוד נמשך





## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

מצב העניינים הפוגע. עילות תביעה חדשות אלה תתיישנה בחלוף 7 שנים ממועד היווצרות כל עילת תביעה. ההבחנה בין אירוע עוולתי חד פעמי הגורם לנזק מתמשך ובין אירוע עוולתי מתמשך המקים עילות תביעה חדשות מדי יום אינה פשוטה. לצורך הבחנה בין השניים אופיינה בספרות המשפטית העילה הנמשכת במספר מאפיינים, כדלקמן:

"מאפייניה של תופעה נמשכת הם שניים: חזרה ורציפות. תנאי ראשוני לקיומה של הימשכות על פני זמן הוא, שבכל יחידת זמן רלבנטית תחזור התופעה על עצמה. מתי תיחשב תופעה ככזו החוזרת על עצמה? כאשר קיימת זהות מהותית בין תופעה מאוחרת ובין תופעה מוקדמת...מאפיין הכרחי אחר של תכונת ההימשכות הוא רציפות החזרה. בהעדר רציפות מאבדת התופעה החוזרת על עצמה את אחידותה והופכת מתופעה נמשכת אחת לשורת תופעות זהות על פני ציר הזמן... כדי שעילה קונקרטית תיחשב כנמשכת, צריכים – לדעתנו – כל מרכיביה לקיים אחר תכונת ההימשכות. מרכיביה של העילה הקונקרטית הם, כזכור, ה"אשם" שהתנהגות זו יוצרת וגרימת הנזק על ידי ה"אשם". הימשכות מרכיב אחד של עילת התביעה, שאינה מלווה בהימשכות מרכיבה האחר, אינה יוצרת – לדעתנו – עילה נמשכת לצורך התיישנות" (י' גלעד, התיישנות בנוזיקין – הצעה לשינוי החוק, משפטים י"ט, התשמ"ט, בעמ' 81).

"תופעה היא 'נמשכת' אם מאפייניה המהותיים חוזרים על עצמם ברציפות. מעשה או מחדל (אשם) ייחשב לנמשך אם וכל עוד הוא מקיים את תכונת החזרה (זהות מהותית בין מאפייני האשם שמתרחשים ביחידת זמן מאוחרת לה) והרציפות (גילויי האשם צריכים להיות תכופים דיים כדי להיחשב לאשם אחד ולא לאשמים נפרדים). השאלה אימתי מתקיימים תנאים אלה – חזרה ורציפות – היא שאלה נורמטיבית הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. כשעולה גורמת נזק, היא תיחשב לנמשכת כל עוד האשם ממשיך להתקיים ותורם



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

להיווצרותן של יחידות נזק חדשות מאותו סוג. ככלל, אשם חד-פעמי שהסתיים לא ייחשב לעוולה נמשכת אף אם הנזק שגרם נמשך או שהיקפו גדל" (טל חב'קין, התיישנות, 2014, בעמ' 302-303, ההדגשות במקור).

מלבד תכונת החזרה והרציפות צוין בספרות המשפטית כי מעשה או מחדל ייחשבו כנמשכים כאשר יש ביכולתו של העושה להפסיק את מעשהו או מחדלו, ולהפסיק לגרום לנזק:

"...לדעתנו יראה הדין, עקרונית, מעשה או מחדל כ"נמשכים", וכמולידים עילות תובענה מעת לעת, באותם מקרים בהם נתון הדבר בכוחו של העושה (או החדל) להפסיק מעשהו או מחדלו ובדרך זו שלא עוד לעשות עוולה או לגרום נזק (ובלבד שאותה 'המשכיות' אינה נסמכת לאחור אל מעשה חד-פעמי..." (דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית, בעריכת ג' טדסקי, הוצאת מאגנס מהדורה שניה, בעמ' 724, ה"ש 7).

"יכולתו של הנתבע להפסיק את התרחשות הנזק היא, כמובן, תנאי הכרחי לאפיון התנהגותו כ'מחדל'. ללא יכולת זו לא מתקיים התנאי הבסיסי של 'אשם' נמשך" (י' גלעד, התיישנות בנזיקין, בעמ' 97, ה"ש 42).

38. כך, למשל, נפסק בענין קלינמן כי מדובר בעילת תביעה נמשכת, לאחר שנקבע כי נזקיה של התובעת נגרמו בעקבות השיפה יומיומית של התובעת לחומרים כימיים מזיקים במסגרת עבודתה אצל הנתבעת. צוין כי במצב דברים זה נוצרת עילת תובענה חדשה מדי יום, כל עוד נמשכת השיפתה של התובעת לחומרים המזיקים. כן נקבע כי התובעת רשאית להיפרע בשל אותם חלקי עוולה הנמצאים בתוך תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק, אף שמעשה העוולה הראשון אירע מחוץ לו (ע"א 590/67 קלינמן נ' ד"ר מירון חרושת כימית בע"מ, פ"ד כב(2) 929 (1968)).

39. אם כן, הפרת חובה באופן מתמשך עשויה להוליד עילת תביעה חדשה מידי יום. עם זאת, במקרה של עילת תביעה נמשכת אין התובע זכאי לפיצוי על נזק שנגרם לו מעבר לתקופת





## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

ההתיישנות, ויש לבחון את "תקופת ההתיישנות ביחס לכל עילת תביעה בנפרד והעילות המצויות מחוץ לתקופת ההתיישנות יידחו" (ור' ע"א 9292/07 חברות שדמות הדרום בע"מ נ' וועדה מקומית לתכנון ובנייה "שמעונים", 6.1.10). התובע יהיה רשאי להיפרע, אפוא, בשל אותן עילות שנוולדו בתוך התקופה שטרם התיישנה (7 השנים שקדמו להגשת התביעה) גם אם מעשה העוולה הראשון אירע מחוץ לתקופה זו. אולם הוא לא יוכל להיפרע על חלקי הנזק אשר אירעו במהלך התקופה שחלה לגביה התיישנות. לגבי נזק זה, תתיישן התביעה (ענין כלפון נוה ארזים, פסקה 32, ע"א 9413/03 אלנקווה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה, 22.6.08, פסקה 32).

40. נחזור לטענות המבקשות הנסמכות על פסקי הדין בענין חכון. הסוגיה של "היעלמות" קברי נפטרים עלתה לדיון מספר פעמים בערכאות השיפוטיות השונות, בכל המתייחס לקברי נפטרים בבית העלמין הישן בעכו. במספר תביעות שהוגשו נגד המועצה הדתית עכו ע"י בני משפחות נפטרים נטען לרשלנותה של המועצה הדתית, המופקדת על רישום חלקות הקבר ומעקב אחר מיקומן המדויק, בשל אי היכולת לאתר את קברי יקיריהם. בתביעות אלה נבחנה גם טענת התיישנות שהועלתה ע"י המועצה הדתית. בית משפט השלום בקריות קבע בענין חכון כי מדובר בעוולה המתחדשת מידי יום כל עוד אין המועצה הדתית מצליחה לאתר את חלקות הקבר, ובית המשפט המחוזי בחיפה דחה את ערעור המועצה הדתית על מסקנתו זו. בית המשפט העליון (כב' השופט א' רובינשטיין), בדונו בבקשת רשות ערעור על פסק דין זה, אישר את מסקנותיהן של ערכאות השלום והמחוזי וקבע אף הוא כי אכן מדובר בעוולה "נמשכת" או "מתחדשת" כמצוטט להלן:

"אם כן, מתי תמה נתגבשה העוולה ותחל תקופת ההתיישנות להמנות? יהיו מקרים, וענייננו אחד מהם, שבהם עסקינן ב"עוולה נמשכת" או "מתחדשת". יפים לעניין זה דבריו של המלומד ט' חבקין "תופעה היא 'נמשכת' אם מאפייניה המהותיים חוזרים על עצמם ברציפות. מעשה או מחדל (אשם) ייחשב לנמשך אם וכל עוד הוא מקיים את תכונת החזרה (זהות מהותית בין מאפייני האשם שמתרחשים ביחידת זמן מוקדמת לבין מאפייני האשם שמתרחשים ביחידת זמן מאוחרת לה) והרציפות (גילויי האשם צריכים להיות תכופים דיים כדי להיחשב אחד ולא אשמים נפרדים). השאלה אימתי מתקיימים תנאים אלה – חזרה ורציפות – היא שאלה נורמטיבית הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט..." כך





## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

גם בנידון דידן; מחדלה של המבקשת להסדיר את תחום אחריותה ולברר היכן קבורים ילדי המנוח נמשך שנים רבות. חוסר הסדר בבית העלמין לא נשתנה, והקברים לא אותרו. לפיכך, מדובר במקרה של עילה נזיקית נמשכת, שלא התישנה במועד הגשת התביעה על-ידי המנוח (רע"א 4892/15 המועצה הדתית עכו נ' עזבון המנוח פליקס חכון ז"ל, 16.8.15).

41. על יסוד פסק דין זה, קבע בית המשפט המחוזי בחיפה גם בענין ג'הסי את אחריותה של המדינה לאי איתור מקום קבורתו של אחי התובעים אשר נלקח סמוך לעלייתו ארצה לבית חולים וזמן קצר לאחר מכן נמסר כי נפטר מבלי שנמסר מקום קבורתו. בית משפט השלום בחיפה שדן בענין ג'הסי דחה את התביעה מחמת התיישנותה לאחר שקבע כי מדובר במעשה עוולתי חד פעמי שגרם לנזק מתמשך. בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור וקבע, על יסוד פסק הדין בענין חכון כאמור, כי "מחדלה של המשיבה לברר ולהודיע לתובעים היכן קבור המנוח... מקיים את תכונת החזרה ומכאן שמהוה עוולה נמשכת שלא התישנה" (ע"א (מחוזי חיפה) 58443-02-19 ג'הסי נ' מדינת ישראל, 4.9.19). בקשת רשות ערעור שהוגשה ע"י המדינה על פסק דין זה תלויה ועומדת בבית המשפט העליון בהרכב שלושה (רע"א 6614/19 מדינת ישראל נ' ג'הסי).

42. רק להשלמת התמונה אציין כי במקרה אחר באותה פרשה של "היעלמות" קברי נפטרים בבית העלמין הישן בעכו, בחר בית המשפט העליון (כב' השופט צ' זילברטל) לבחון את סוגיית ההתיישנות על בסיס הוראת ס' 8 לחוק ההתיישנות וקבע:

"למשיבים נודע רק בשנת 2005, עם פרסומה של פרשת שמעילוב, על האפשרות של 'היעלמות קברים' בבית העלמין הישן בעכו. זהו מועד התרחשות הנזק וגילוי העובדות המקימות את עילת התביעה. בין אם נבחן את הסוגיה לרקע הוראת סעיף 8 לחוק ההתיישנות ובין אם לרקע הוראת סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין, אין מדובר בהתיישנות (השוו למקרה, המורכב בהרבה, שנדון בע"א 4275/10 מולהי נ' מדינת ישראל (22.2.2012), שגם בו נודעו לתובע עובדות המבססות את עילת תביעתו רק בעקבות הליכים משפטיים שהתקיימו בסוגיה דומה, וממועד זה





## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

החלה להימנות תקופת ההתיישנות). ניתן לדמות את עובדת פרסומה של פרשת שמעילוב לביקור של המשיבים בבית הקברות, לאחר שנים רבות שלא באו בשעריו, שבמהלכו התברר להם לראשונה שלא ניתן לאתר את הקברים. כאמור, אין לדרוש מקרובו של הנפטר לערוך "ביקורת תקופתית" כדי לוודא שהקבר נמצא במקומו. הקרוב רשאי להחליט שאינו מעוניין לבקר בבית הקברות מטעמיו-שלו, ולעיתים אף לא תהיה לו אפשרות מעשית לעשות כן, מחמת מגבלות שונות או מגורים בארץ רחוקה וכו'. ואולם, ביום בו יחליט לפקוד את המקום ויתחוויר לו כי לא ניתן לאתר את הקבר, או (כמבקרה דנן) ביום בו יתברר לו בדרך אחרת כי כך הם פני הדברים, או-אז תיוולד עילת התביעה שלו נגד המופקד על הנושא" (רע"א 3946/12 המועצה הדתית עכו נ' תורג'מן, 5.6.12).

43. המבקשות טוענות על יסוד הפסיקה בעניין חכון ובעניין ג'הסי כי עילת התביעה של משפחת קרווה נולדה "רק לאחר שנודע למשפחה בוודאות היכן קברו של ישראל קרווה ז"ל (זאת בשנת 2016) ורק לאחר שהם גילו כי לא ניתן למצוא את הקבר שכן החלקה כוסתה בעפר ומעליהם קברו נפטרים אחרים" (ס' 51 לסיכומים).

44. האם בענייננו מדובר במעשה עוולתי חד פעמי שארע בסוף שנות השבעים ובעטיו נגרם נזק מתמשך, או שמא מדובר באירוע עוולתי מתמשך המקים עילות תביעה חוזרות ונשנות החל מסוף שנות השבעים ועד היום? הנני סבורה כי האירוע המתואר בבקשת האישור, ושעליו נסמכים נזקי המבקשות 1-2, הוא אירוע חד פעמי - כיסוי הקברים בשכבת עפר - ואין לראותו כמעשה נמשך או מתחדש. זהו האירוע שגרם לנזק בעניינה של קבוצה א'. אירוע זה אינו מקיים את תכונת החזרה והרציפות הנדרשת למעשה עוולה נמשך: אין מדובר במעשה החוזר על עצמו מידי יום אלא במעשה חד פעמי של כיסוי הקברים. גם ההפרות הנטענות הינן הפרות חד פעמיות ולא הפרות נמשכות או מתחדשות.

45. אף אין מדובר במעשה שיש ביכולתה של המשיבה להפסיקו. חלקות הקבר המקוריות כוסו ונוצרו מעליהן חלקות קבר חדשות בהן נקברו נפטרים אחרים, וכיום לא ניתן להשיב את הגלגל לאחור. כך טוענות, למעשה, גם המבקשות. אלה מציינות באופן מפורש כי מדובר ב"מעשה



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

עשוי... שאין כל דרך להשיבו לאחור" (ס' 38 לבקשת האישור), כי כיום לא ניתן לאתר את מקום קבורתם של הנפטרים, וכי גם אם ניתן היה לעשות כן, הרי לנוכח כיסוי החלקות בקברים חדשים, לא ניתן להציב עליהם מצבות (ס' 7 וס' 39 לבקשת האישור, ס' 22 – 24 וכן ס' 40 לסיכומיהן. ור' גם ס' 11 לתשובה לתשובה לענין העדר הגישה לקברים בשכבה התחתונה). אוסיף ואציין כי המבקשות אינן מצביעות על אירוע עולתי שאירע בשבע השנים האחרונות שלפני הגשת התביעה, ואף אינן מגבילות את תביעתן לאותם עילות ונזקים שאירעו על פי הנטען בשבע השנים הללו. מסקנתי היא, אפוא, כי כיסוי החלקות בעפר מהווה מעשה עולתי חד פעמי הגורם לנזק מתמשך ואין לראותו כעוולה נמשכת.

השעיית מרוץ ההתיישנות

46. המבקשות טוענות גם להשעיית מרוץ ההתיישנות מכוח ס' 7 ו-8 לחוק ההתיישנות. בענין זה טוענות המבקשות כי המשיבה הודתה כי היא לא הודיעה לאיש מחברי הקבוצה על כיסוי החלקות, וכי נודע להן על כיסוי החלקות רק בשנת 2016, זמן קצר לפני הגשת התובענה הייצוגית. לפיכך, הן טוענות כי יש להחיל בעניינן את הוראת ס' 8 לחוק ההתיישנות, ולפיה תחל תקופת ההתיישנות "ביום בו נודעו לתובע עובדות אלה". המבקשות נסמכות גם על הוראת ס' 7 לחוק ההתיישנות וטוענות כי בכיסוי החלקות ואי יידוע המשפחות על כך, הטעתה המשיבה את חברי הקבוצה בדרך של אי גילוי ביודעין של העובדות המהוות את עילת התובענה, ולפיכך יש למנות את תקופת ההתיישנות החל ממועד גילויין.

47. ס' 8 לחוק ההתיישנות שעניינו "התיישנות שלא מדעת" קובע כי –

נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאף בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה.

הסדר זה - כלל הגילוי המאוחר - חל על כל רכיביה של עילת התובענה למעט רכיב הנזק, בעניינו חל כאמור מחסום 10 השנים לפי ס' 89(2) לפקודת הנזיקין.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

48. לצורך הסתמכות על כלל הגילוי המאוחר על התובע להוכיח שני תנאים מצטברים: האחד, כי לא ידע בפועל אחת או יותר מהעובדות המהוות את עילת התובענה (אי ידיעה סובייקטיבית). והשני, כי עובדות אלה נעלמו ממנו "מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן" (ענין מולהי, פסקאות 11-12, רע"א 1101/20 שירותי בריאות כללית נ' פלוני, 21.5.20). מבחן אחרון זה, "מבחן הגילוי האובייקטיבי", בוחן אם אי הידיעה עומדת במבחני סבירות אובייקטיביים לפי אמות המידה של האדם הסביר, ומחייב, למעשה, את התובע-הניזוק לנקוט באמצעים סבירים לבירור זכויותיו. מכאן, שבגדרו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות נבחנת הן הידיעה בפועל והן הידיעה בכוח של התובע על פי מבחן אובייקטיבי של האדם הסביר (הועדה לאנרגיה אטומית, פסקה 56). נטל ההוכחה כי התקיים כלל הגילוי המאוחר רובץ על הטוען לו (הועדה לאנרגיה אטומית, פסקה 41).

49. לצורך יישום מבחן הגילוי האובייקטיבי, בחנה ההלכה את היקף המידע שהיה ברשות התובע בהתייחס לעובדות המהוות את עילת תביעתו, וקבעה כי יראו תובע כמי שנעלמו ממנו עובדות המהוות את עילת התביעה אם לא היה בידו "קצה חוט", חשד או בסיס לסברה (בפועל או בכוח) בדבר קיומן של אותן עובדות. בהתאם לכך נקבע כי "תקופת ההתיישנות של תובענה תחל במועד בו התעוררו בפועל אצל התובע חשד או סברה בדבר קיומן של העובדות המהוות את עילת התביעה, או במועד בו אדם סביר בנסיבות הענין היה צריך לחשוך בקיומן של העובדות האמורות" (ענין שירותי בריאות כללית, פסקה 16, ההדגשות במקור). עוד נקבע בענין זה כי "...חשד המתעורר אצל תובע ואף חשד בכוח (צריך היה לחשוך) ייחשב כ'קצה חוט' המתחיל את מירוץ ההתיישנות ומבטל את השעיית המירוץ לפי סעיף 8" (הועדה לאנרגיה אטומית, פסקה 47).

50. המבחנים להחלת כלל הגילוי המאוחר ולהשעיית מרוץ ההתיישנות מכוחו, מלמדים כי על מנת ליישמו אין מנוס מלבחון את הנתונים האינדיבידואליים בעניינו של כל תובע ותובע. יש לבחון בעניינו של כל תובע מהו המועד בו נודע לו על כיוסי הקברים, וככל שהדבר נעלם מעיניו יש לבחון מה היקף המידע שהיה בידו, והאם היה בידו אותו "קצה חוט" המתחיל את מרוץ ההתיישנות קודם לכן. הצורך בבירור פרטני כזה לגבי כל חבר קבוצה מעלה כאמור קשיים בכל הקשור להתאמת התובענה לבירור במסגרת תובענה ייצוגית כפי שיורחב בהמשך.



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

51. ניתן להדגים את הצורך בבירור הטענה להשעיית מרוץ ההתיישנות בהתייחס לכל תובע, על פי נתוניו האינדיבידואליים, באמצעות עניינן הפרטני של המבקשות 1-2. כרקע לדברים אציין כי בדברי ימי המדינה עסקו שלוש וועדות בפרשת היעלמותם של ילדי תימן: "ועדת בהלול-מינקובסקי" שהיתה ועדה בינמשרדית שפעלה בשנים 1967-1968; "ועדת שלגי" שהיתה ועדת בירור לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968 שפעלה בשנים 1988-1994; וכן ועדת החקירה הממלכתית הידועה כ"ועדת קדמי" שפעלה בשנים 1995-2001 (ר' בג"צ 8236/19 גבאי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 22, 31.5.20).

52. המבקשות 1-2 טענו בבקשת האישור כי רק כחצי שנה לפני הגשת הבקשה נודע להן על מקום קבורתו של ישראל ז"ל, וזאת לאחר שהמבקשת 2 עיינה בתיקו האישי של ישראל ז"ל בוועדת קדמי המצוי בארכיון המדינה. עוד טענו המבקשות כי זמן קצר לאחר מכן התחוויר להן כי חלקת הקבר של ישראל ז"ל, וכן של מאות ילדים אחרים, כוסתה באופן שלא ניתן לאתר את קברו. ואולם, פרוטוקולי ועדת קדמי שהוגשו ע"י המשיבה מלמדים לכאורה כי פרטים על מקום קבורתו של ישראל ז"ל נודעו לבני המשפחה כבר מדו"ח ועדת שלגי. מפרוטוקולים אלה עולה כי בשנת 1995 העידו האם, המבקשת 1, ובנה רחמים קרווה לפני ועדת קדמי. רחמים מסר בעדותו, בין היתר, כי מדו"ח ועדת שלגי למדה המשפחה פרטים שונים על גורלו של ישראל ז"ל, וביניהם שהוא קבור בהר המנוחות. עוד הוסיף, כאמור בשנת 1995, את הדברים הבאים: "הלכנו כל המשפחה לפני מספר חודשים לבית הקברות לחפש אם יש קבר כזה, לא יכלו לענות לנו איפה זה בדיוק החלקה הזאת, הסתובבנו בכל בית הקברות ולא מצאנו... את החלקה ואת הגוש שהם מציינים כאן, לא מצאנו כלום" (בעמ' 754 לפרוטוקול מיום 10.7.95). עוד ראוי לציין כי מסקנות ועדת קדמי בענייניו של המנוח ישראל קרווה, אשר המבקשות צירפו לבקשת האישור, מפרטות כי המנוח נפטר ממחלת הפוליו ביום 14.7.53 ונקבר ביום 16.7.53 בהר המנוחות בירושלים, תוך ציון מקום קבורתו "בגוש או חלקה ה' שורה י"ב קבר מס' 6" (נספח 4 לבקשת האישור. יצוין כי בפנקס הקבורות של המשיבה, נספח ה' לתשובת המשיבה, נרשם כי ישראל ז"ל נקבר בגוש ו/1 חלקה ה' שורה י"ב קבר מס' 6).

53. המבקשות טוענות כי מסמכי ועדת החקירה, לרבות פרוטוקולי הוועדה, הן בגדר עדות שמיעה ואין להסתמך עליהם כראיה לאמיתות תוכנם. כן הן טוענות כי הסכימו להגשתם ש"לא לעצם אמיתות תוכנם" ולפיכך היה על המשיבה להזמין לעדות את מר רחמים קרווה ולעמת אותו עם הדברים. ואולם, הדברים העולים מפרוטוקול ועדת החקירה אושרו גם בחקירתן של המבקשות



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

2-1. המבקשת 2, דורית גאון, אישרה בעדותה כי אחיה ואמה העידו לפני וועדת החקירה בשנת 1995, וכבר אז נאמר להם שישראל ז"ל נקבר בהר המנוחות. כן העידה שבאותה תקופה, בשנת 1995, עלה אחיה עם שני הוריהם להר המנוחות על מנת לנסות לאתר את קברו של ישראל ז"ל אך הם לא מצאו דבר (בעמ' 45 לפרוטוקול). האם, המבקשת 1, אישרה אף היא את הדברים בעדותה (בעמ' 47-48). נוכח עובדות אלה לא ניתן לשלול מראש, וללא בירור פרטני, את טענת המשיבה לפיה ידעו המבקשות על העובדות המהוות את עילת התובענה כבר בשנות התשעים או למצער היה ברשותן "קצה חוט" אשר יש בו כדי ליצור חשד בדבר קיומן של העובדות המהוות את עילת תביעתן.

54. אדגיש כי אין בדברים האמורים, שנאמרו באופן לכאורי בלבד, כדי להכריע בסוגיית ההתיישנות בעניינן של המבקשות 2-1, אולם יש בהם כדי להדגים את הצורך בבירור הטענה להשעיית מרוץ ההתיישנות באופן פרטני בהתייחס לכל תובע ותובע (ור' לענין זה גם את עדותו של מר חנניה שחור, אשר עבד אצל המשיבה החל משנת 1979 וציין כי בעקבות מסקנות וועדת קדמי קיבל טלפונים מאנשים שונים שנודע להם מוועדת קדמי "שהתינוק זה וזה קבור במקום זה וזה", בעמ' 78 לפרוטוקול). למותר לציין כי גם אם תתקבלנה טענותיהן הפרטניות של המבקשות 2-1 באשר למועד בו נודע להן על העובדות המהוות את עילת התובענה, אין בכך כדי להצביע בהכרח על המועד בו נודע הדבר ליתר חברי הקבוצה.

55. הטענה להשעיית מרוץ ההתיישנות טעונה בירור פרטני גם בעניינה של קבוצה ב', לרבות לגבי השאלה האם ידעו רוכשי חלקות הקבר כי מתחת לחלקת הקבר שרכשו ישנם קברים שכוסו, וככל שלא ידעו על כך במועד הרכישה, באיזה מועד הדבר התגלה לכל אחד מחברי הקבוצה. יצוין כי ככל שהרוכש המקורי ידע את העובדות המהוות את עילת התביעה, או צריך היה לדעת אותן, עילת ההשעיה מכוח כלל הגילוי המאוחר אינה יכולה לעמוד לחליפיו (הועדה לאנרגיה אטומית, פסקאות 64 ו-77).

56. המבקשות טוענות להשעיית מרוץ ההתיישנות גם מכוחו של ס' 7 לחוק ההתיישנות שעניינו השעיית מרוץ ההתיישנות עקב התנהגות פסולה של הנתבע. סעיף זה, בנוסחו בעת הגשת בקשת האישור, קובע כי -



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

מרוץ תקופת ההתיישנות של תביעה יושעה כל עוד נמנע התובע מלהגיש תובענה בשל כך שהנתבע, או מי מטעמו, מטעה ביודעין את התובע, מפעיל נגדו כוח, מאיים עליו או מנצל את מצוקתו; לעניין זה, "הטעיה" – לרבות בדרך של אי-גילוי ביודעין של עובדה מהעובדות המהוות את עילת התובענה.

באופן דומה, גם לצורך בחינת טענת המבקשות להשעיית מרוץ ההתיישנות מכוחו של ס' 7 לחוק ההתיישנות יש לערוך בירור פרטני בשאלת התקיימותם של תנאי ס' 7 לחוק, לרבות הכרעה בשאלות מהו הטעם לעיכוב בהגשת התובענה ומהו המועד בו גילה כל חבר קבוצה בפועל את מלוא העובדות המהוות את עילת התובענה (והשווה לפסקי הדין המתייחסים לס' 7 בנוסחו הקודם: רע"א 5337/17 כץ נ' כץ, פסקה 30, 31.7.17, ע"א 1206/16 חברת יהלומי סמואל-רוזנבאום (1992) בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 35 לפסק דינו של כב' השופט ד' מינץ ופסקה 3 לפסק דינם של כב' השופטת ד' ברק-ארז וכב' השופט נ' הנדל, 9.10.18).

יעילות והוגנות הדיון

57. הצורך בבחינת סוגיית ההתיישנות באופן פרטני בהתייחס לכל חבר קבוצה מעורר את השאלה האם בנסיבות אלה ראוי לדון במחלוקת בגדרה של תובענה ייצוגית. כידוע, אחד התנאים לאישור ניהולה של תובענה כתובענה ייצוגית הוא ש"תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין" (ס' 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות). בגדרו של תנאי זה אין להסתפק בבדיקת קיומן של שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה אלא "יש להוסיף ולבדוק את משקלן של השאלות האינדיבידואליות המצריכות בירור פרטני לעומת משקל השאלות המשותפות. כאשר משקל השאלות האינדיבידואליות הוא גדול יותר, אזי לא מדובר בקבוצה הומוגנית אשר ניתן לנהל למענה תובענה ייצוגית באופן יעיל והוגן" (א' פלינט וח' ויניצקי, תובענות ייצוגיות, הוצאת נבו, 2017, בעמ' 211).

58. בפסק הדין בענין רזניק (ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות, 20.7.10) דן בית המשפט העליון בשאלה מתי משקל השאלות האינדיבידואליות,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

בהקשר לטענת התיישנות, יגבר על משקל השאלות המשותפות באופן שגורלה של בקשת האישור ייגזר לדחייה. מדובר היה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית בה נתבע מתן פיצוי לבעלי מניות שחברותם במשיבה הופקעה בהחלטת האסיפה הכללית של המשיבה משנת 1975 תוך שנקבע כי בעלי המניות יוכלו לפדות את מניותיהם בערכן הנקוב, וזאת מבלי שניתנה לבעלי המניות הודעה אישית על כך. המבקש טען נגד תוקפה של ההחלטה ותבע פדיון ראוי למניות שהופקעו לכל בעלי המניות שחברותם הופקעה (12,000 מתוך 13,000 בעלי המניות במשיבה). בגדרו של הערעור דן בית המשפט העליון בשאלה, האם ניתן לאשר תובענה ייצוגית כאשר המשיבה מעלה טענת התיישנות וההכרעה בטענה עשויה להיות שונה לגבי כל חבר קבוצה. בית המשפט העליון קבע כי במקרה זה תובענה ייצוגית אינה הדרך ההוגנת והיעילה לבירור הסכסוך בשל המימד האינדיווידואלי הכרוך בליבון סוגיית ההתיישנות, תוך שקבע כדלהלן:

"נראה, כי אין לקבוע כלל גורף באשר להשלכה של טענת התיישנות על התאמת תובענה לבירור כתובענה ייצוגית. השיקולים אותם יש לשקול כאשר סוגיה של התיישנות מבחינה בין חברי הקבוצה אינם שונים במהותם מאלו שיש לשקול כאשר קיים נושא אחר המצריך בירור פרטני. כאמור, אין אנו נדרשים במקרה שבפנינו לקבוע את קו הגבול בסוגיית האינדיווידואליות. זאת, שכן גם אם ננקוט גישה מקלה אין מנוס מן המסקנה, כי במקרה הנוכחי המימד האינדיווידואלי הכרוך בליבון סוגיית ההתיישנות אינו מאפשר את אישור התובענה הייצוגית. לטענת המערער, יש לצאת מנקודת הנחה לפיה כל חברי הקבוצה לא ידעו על החלטת האסיפה הכללית לשנות את התקנון כך שתופקע חברותם. אפשר שהיה מקום לשקול אימוץ של חזקה מעין זו אילו לא הייתה ההחלטה משנת 1975 מקבלת כל פרסום פומבי. נכון אני להניח, כי המודעות שפורסמו בעיתונות בשנת 1975 ובהן נמסר על כינוס האסיפה אינן נחשבות לפרסום של תוכן ההחלטה שהתקבלה לאחר מכן באסיפה. משכך, מתייתר הצורך בראיות הנוספות שביקשו יורשי המערער להגיש והבקשה להבאתן נדחית. כך או אחרת, אין חולק כי בשנת 1978 פירסמה המשיבה בשני עיתונים יומיים מודעה הקוראת לבעלי המניות הפרטיים לבוא ולפדות את המניות שברשותם, בהתאם לזכותם על פי החלטת האסיפה הכללית. בנסיבות אלו,



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

ברי כי אין מקום לאמץ חזקה לפיה כל חברי הקבוצה לא היו מודעים להחלטה. עוד יש להדגיש, כי אין מדובר במקרה בו מוגשת תביעה זמן קצר לאחר תום תקופת ההתיישנות. התביעה והבקשה לאישור הוגשו כעשרים ושלוש שנים לאחר שנוצרה עילת התביעה, וכעשרים ושתיים שנים לאחר שניתן היה ללמוד על העובדות שהקימו אותה ממודעה שפורסמה בעיתונות. זאת ועוד, בהתחשב בהוראת המעבר הקבועה בסעיף 45(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התקופה שחלפה לעניין התיישנות הינה ארוכה עוד יותר (כשלושים שנים!). הזמן הרב שחלף מוסיף לקושי לבסס טענה גורפת לפיה במשך כל התקופה לא היה אף אחד מחברי הקבוצה, או כמעט אף אחד מהם, מודע להחלטה שהתקבלה על ידי המשיבה. כמו כן, בנסיבות העניין, בירור פרטני של שאלת מודעותו של כל אחד מחברי הקבוצה אינו בגדר אפשרות מעשית. פעולה כזו תדרוש איתור של בעלי המניות וחקירת כל אחד מהם בשאלה האם ומתי נודע לו על החלטת האסיפה הכללית. לאור הזמן שחלף וטיב השאלה שעל הפרק, מדובר במהלך לא מעשי ולמצער הוא יצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה. בנסיבות המקרה, לא ניתן גם להעריך באופן מושכל, ולו תוך עיגון מינימאלי בעובדות, כמה מחברי הקבוצה לא היו מודעים להחלטה ועל כן חל על עניינם סעיף 8 לחוק ההתיישנות. לאמור יש להוסיף, כי לגבי אלו מחברי הקבוצה שהינם יורשים, וברי כי לכל הפחות מדובר בחלק שאינו מבוטל, יש לבדוק כאמור גם אם לא חלה התיישנות בשל התקופה שחלפה מאז מות המוריש. כפי שהוסבר לעיל, תקופת ההתיישנות לגבי יורשים מתחילה שנתיים לאחר מות המוריש. בענייננו, חלה התיישנות על תביעה שנולדה לפני 12.3.99 (שבע שנים לפני כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות). הווה אומר, תביעתו של יורש אשר מורישו נפטר לפני 12.3.97, התיישנה. התיישנות תביעתם של יורשים אלו אינה קשורה להחלטת האסיפה הכללית של המשיבה משנת 1975, וספק אם בעניינם יש רלוונטיות לסעיף 8 לחוק ההתיישנות. מכל מקום, הדבר מוסיף למורכבות הכרוכה בבירור נושא ההתיישנות ותורם למסקנה כי תובענה ייצוגית אינה הדרך ההוגנת והיעילה לבירור הסכסוך" (ענין רזניק, פסקה 30).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

59. אם כן, בית המשפט העליון הגיע בעניין רזניק למסקנה, שלא ניתן לצאת מתוך הנחת מוצא מחברי הקבוצה לא ידעו על העובדות המהוות את עילת התובענה, וזאת מכמה טעמים: האחד, פרסום פומבי שנעשה במודעות בעיתונות בו נקראו בעלי המניות הפרטיים לבוא ולפדות את מניותיהם, נסיבות בהן אין מקום לאמץ חזקה לפיה כל חברי הקבוצה לא היו מודעים להחלטת האסיפה הכללית. שנית, התקופה הארוכה בת 23 שנים שחלפה מאז היווצרות עילת התביעה ועד להגשת בקשת האישור, תקופה המקשה לבסס טענה גורפת לפיה אף לא אחד מחברי הקבוצה לא היה מודע להחלטה שנתקבלה ע"י המשיבה. שלישית, צוין כי בירור פרטני של שאלת מודעותו של כל אחד מחברי הקבוצה להחלטת האסיפה הכללית אינו בגדר אפשרות מעשית, מאחר שפעולה כזו תדרוש איתור של חברי הקבוצה וחקירת כל אחד מהם, מהלך שאיננו מעשי ואשר יצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה. מטעמים אלה נקבע כי תובענה ייצוגית אינה הדרך ההוגנת והיעילה לבירור הסכסוך.

60. הנני סבורה כי כל הטעמים שהועלו בעניין רזניק מתקיימים גם בענייננו. ראשית, בכל הקשור לילדי תימן שהובאו לקבורה בחלקות האמורות, וכפי שפורט לעיל, פרשת היעלמם של ילדי תימן נדונה לאורך השנים בשלוש ועדות חקירה, אשר פעלו החל משנות ה-60 של המאה הקודמת ועד לשנת 2001. לגבי מרבית הילדים נקבע ע"י ועדות החקירה השונות שהם נפטרו והובאו לקבורה. ועדת קדמי אשר פעלה בין השנים 1995-2001 אף מסרה דווח פרטני לבני המשפחות על ממצאיה באשר לנסיבות היעלמותו או פטירתו של בן המשפחה ועל מקום קבורתו. בנסיבות אלה, וכפי שהודגם בעניינה של משפחת קרווה, לא ניתן לצאת מתוך ההנחה שהעובדות המהוות את עילת התביעה, ולמצער אותו "קצה חוט" בדבר קיומן של העובדות המהוות את עילת התביעה, לא היו ידועים לכל חברי הקבוצה. שנית, מאז היווצרות עילת התביעה ועד להגשת בקשת האישור חלפו כ-35-38 שנים, תקופה המקשה, כבעניין רזניק, לבסס טענה גורפת לפיה אף לא אחד מחברי הקבוצה לא היה מודע לעובדות המהוות את עילת התביעה. שלישית, גם בענייננו, לנוכח מועדי האירועים, איתור של כל חברי הקבוצה ובירור פרטני של שאלת מודעותו של כל אחד מהם לעובדות המהוות את עילת התובענה אינו מעשי ויצריך הקצאת משאבים בלתי סבירה. לנוכח השונות בין חברי הקבוצה בסוגיית ההתיישנות, לא ניתן להתגבר על קשיים אלה באמצעות המנגנונים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, ואף המבקשות לא הציגו כל מנגנון לניהול ההליך באופן המאפשר להתגבר על קשיים אלה (ור' פלינט וויניצקי, בעמ' 217-219 ובעמ' 225-226).



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

61. לנוכח משקלן המהותי והמשמעותי של השאלות הפרטניות בסוגיית ההתיישנות, כאשר רק מן הבירור הפרטני ייגזר עצם קיומה של עילת תביעה לגבי כל חבר קבוצה, אין בהכרעה בשאלות המשותפות כדי לקדם באופן ממשי את בירור המחלוקת בעניינו של כל חבר הקבוצה (ור' פלינט וויניצקי לענין התאמת התובענה למסלול של תובענה ייצוגית כאשר הבירור הפרטני נוגע לעצם קיומה של עילת תביעה במובחן משאלת גובה הנזק, שם, בעמ' 214), בנסיבות אלה, תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת לדון בענין, שכן אין בה כדי להוביל לחיסכון במשאבים או בזמן שיפוטי (פלינט וויניצקי, בעמ' 204).

62. שאלת הוגנות הדיון בתביעה כתביעה ייצוגית מעלה בנסיבות המיוחדות של עניינו קשיים נוספים. ככלל, התביעה הייצוגית באה להחליף מספר רב של תביעות אינדיבידואליות בתביעה אחת שבה מיוצגת קבוצה של תובעים. הליך קולקטיבי ייצוגי זה, המתבצע ללא כל הסמכה מפורשת מטעם חברי הקבוצה, שולל למעשה את זכותו של כל תובע למנות את השלוח שייצגו בבית המשפט ואף מגביל את השתתפותו האישית של כל תובע בהליך:

"יש לזכור שהתביעה הייצוגית, מעצם מהותה כהליך קולקטיבי, פוגעת בהשתתפותו האישית של כל תובע בהליך וביכולתו להשפיע עליו. היא שוללת ממנו את האוטונומיה להחליט אם וכיצד לנהל את ההליך שהוא צד לו ושתוצאתו תחייב אותו בעתיד, ולפיכך פוגעת בערכים ההליכיים העומדים ביסוד זכות הגישה לבית המשפט. ערכים אלה דורשים השתתפות פעילה של התובע בהליך ובהחלטות המתקבלות בו, אולם אינם תלויים בתוצאתו – בניגוד להרתעה ולפיצוי. כך, החלטות הנוגעות לתובע ומתקבלות ללא השתתפותו ובלא שיש לו אפשרות לשנותן, עלולות לפגוע בכבודו באשר הוא אדם ובתחושת הסולידריות החברתית והרגשת המחויבות שלו למדינה ולחוקיה, ללא תלות בשאלה האם ההחלטות שהתקבלו לגביו צודקות והאם הן מטיבות או מרעות את מצבו" (א' קלמנט, גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות, משפטים, כרך ל"ד, תשס"ד-2004, ע' 301, בעמ' 324-323)



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

קשיים אינהרנטיים אלה של ההליך הייצוגי אך מתחזקים בנסיבות ענייננו. מדובר בתביעה רגישה ביותר המתייחסת לקבורת בני משפחתם הקרובים של חברי הקבוצה, בהם ילדים, עוברים ונפלים. ספק בעיניי אם יש מקום לטפל בעניין כה רגיש, העשוי להיות כרוך בפתיחת פצעים ישנים ולעורר רגשות צער וכאב, בכלים הקולקטיביים הגסים משהו של תובענה ייצוגית, השוללים, למעשה, את זכותו של כל חבר קבוצה להחליט אם ברצונו "להעיר" את כאבי העבר לאחר עשרות שנים ובאיזה עיתוי, ואת זכות הגישה האישית של כל חבר קבוצה לקבל את יומו ואת "הצדק שלו" בבית המשפט. עוד יש לציין כי מדובר בתביעות שככל שלא התיישנו, סכום הנזק שלצדן עשוי להיות ניכר, וניהול התובענה כתובענה ייצוגית עשוי לפגוע באינטרסים של חברי קבוצה אשר להם עילת תביעה טובה ואף מענה לטענת ההתיישנות. בנסיבות אלה, ייתכן שחברי הקבוצה יעדיפו לנהל הליך פרטני ולשלוט על גורל ההליך לרבות הסעדים הנתבעים בגדרו (פלינט וויניצקי, בעמ' 231).

63. לאור כל האמור מסקנתי היא כי בנסיבות העניין תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. למותר לציין שאין בדחיית הבקשה לאישור כדי לפגוע בזכות הגישה של חברי הקבוצה לערכאות או בזכותם המהותית לתבוע את נזקיהם בתביעה פרטנית. אוסיף ואציין כי כבר הוגשו תביעות פרטניות בכל הקשור לאירועים מושא כתב התביעה (ור' למשל הודעת יהודית גמליאל ואחרים על רצונם שלא להיכלל בתובענה הייצוגית בשל תביעה פרטנית שהגישו בת"א 60186-01-15 של בית משפט השלום בירושלים).

הערה לפני סיום

64. מבלי לנטוע מסמרות אוסיף ואעיר כי ספק אם התביעה נמנית עם התביעות שניתן להגיש בעניינן תובענה ייצוגית כמפורט בתוספת השניה לחוק תובענות ייצוגיות. המבקשות טוענות כי המשיבה, המספקת שירותי קבורה, היא "עוסק" כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-198 וניתן להגיש את בקשת האישור בעניינה מכוח פרט 1 לתוספת השניה שעניינו ב"תביעה בין עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לעניין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". אכן, גם אם המשיבה כמספקת שירותי קבורה היא "עוסק", הרי בכל הנוגע לחברי קבוצה א', ואולי גם חלק מקבוצה ב', אין מדובר בעוסק עמו התקשרו חברי הקבוצה בעסקה או התכוונו להתקשר בעסקה ואף לא עוסק עמו היו ביחסים צרכניים כלשהם (זאת גם אם המשיבה קיבלה מן המדינה תמורה בגין הקבורה כטענת המבקשות):



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

"כוונת המחוקק בהקשר זה הייתה להגביל את אפשרות התביעה נגד עוסק, ולא לאפשר הגשת תביעה נגד כל עוסק באשר הוא, אלא רק נגד עוסק שהלקוח התקשר עמו או התכוון להתקשר עמו בעסקה. במילים אחרות, העובדה שמאן שהוא עונה על הגדרת עוסק כמשמעות בחוק הגנת הצרכן אינה מספקת כדי להגיש נגדו תביעה ייצוגית, אלא יש להראות שהתובע הוא לקוח קיים או פוטנציאלי של אותו עוסק בכל הנוגע לשירות או למוצר מושא התביעה.... בהתאם, בתי המשפט שבו ודחו בקשות לאישור תובענה ייצוגית שבהן לא התקיים קשר צרכני ממשי או פוטנציאלי בין הלקוח לבין הנתבע " (א' פלינט וח' ויניצקי, בעמ' 301-300).

ואכן, נפסק לא אחת כי תכלית פרט 1 לתוספת השניה נועדה להכניס לגדרו של החוק תביעות בעניינים הנושאים אופי צרכני (ר' דברי ההסבר להצעת החוק, ע"א 3481/17 גורודיש נ' WAZE מובייל בע"מ, 28.1.19, ת"צ (מחוזי י-ם) 25015-10-10 דאוס נ' סיטיפס בע"מ, 11.5.11, וע"א 4757/11 דאוס נ' סיטיפס, 4.6.12, ת"צ (מחוזי י-ם) 11319-04-11 בראונר נ' GOOGLE INC., 23.11.11, וע"א 230/12 בראונר נ' GOOGLE INC., 11.9.13, ת"צ (מחוזי מרכז) 16584-10-11 פלג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ, 17.5.15). בענייננו, ולכל הפחות בכלל הקשור לחברי קבוצה א', נראה לכאורה שאין מדובר ביחסי לקוח-עוסק או בענין הנושא אופי צרכני.

סוף דבר

65. מכל הנימוקים שפורטו לעיל הגעתי, כאמור, למסקנה כי לנוכח מועד ביצוע המעשים העומדים ביסוד התובענה, ולנוכח המורכבות הכרוכה בבירור פרטני של סוגיית ההתיישנות בהתייחס לכל אחד מחברי הקבוצה, תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין. לפיכך, דינה של בקשת האישור להידחות.

66. כפי שצוין לעיל, אין בדחיית בקשת האישור כדי לפגוע בזכותן של המבקשות ויתר חברי הקבוצה להגיש נגד המשיבה תביעה פרטנית, במסגרתה יוכלו להתברר בצורה יעילה והוגנת הן



## בית המשפט המחוזי בירושלים

11 אוקטובר 2020

ת"צ 20007-06-16 קרווה נ' חברה קדישא גחש"א

עילת תביעתם והן טענת ההתיישנות הנטענת ע"י המשיבה, על בסיס העובדות הרלוונטיות לענייננו של כל חבר קבוצה.

67. בנסיבותיו המיוחדות של הענין, לא ראיתי לעשות צו להוצאות.

מזכירות בית המשפט תמציא את פסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, כ"ג תשרי תשפ"א, 11 אוקטובר 2020, בהעדר הצדדים.



גילה כנפי-שטייניץ, שופטת