מבוא- 3 שאלות שיש לשאול:

1. **סמכות:**
2. האם בהמ"ש מוסמך לדון
3. האם בהמ"ש מוכן לדון
4. **ברירת הדין:**
* האם בכלל יש מתקל בין הדינים
* לשים לב באיזה תחום אנחנו- נזקין, חוזים או קניין (כולל ירושה ויחסי ממון).
* שינוי בגישה:
1. הגישה המסורתית לברירת הדין: **חוליות הקישור**
* חוליות קישור אישיות (מקום מושב, מקום המגורים הרגיל, אזרחות)
* חוליות קישור עובדתיות (מקום ביצוע העוולה, מקום עריכת החוזה, דין הסיטוס)
1. הגישה החדשה לברירת הדין: **מירב הזיקות**- (בבקוק נ' ג'קסון)

הדין שיש לו הקשר האמיץ ביותר עם העניין הנדון.

1. **קליטת פסקי חוץ**

דרכים להקניית סמכות לבהמ"ש בישראל:

1. **המצאה לנתבע הנמצא בארץ (כלל התפיסה)**

תקף גם כאשר הנוכחות בארץ היא **נוכחות זמנית** בלבד (מהראני, פימקפקו).

**תק' 484 לסד"א**: המצאה לתאגיד בארץ.

1. **המצאה למורשה בארץ (תק' סד"א 483, 477, 482)**
* **477**: די בהמצאה למורשה או לעורך הדין שלו (אם יש כזה).

פס"ד זדה: עוה"ד צריך לייצג את הנתבע באותו עניין.

הרש"פ נ' גולדמן: ייפוי כוח כללי לעו"ד- יספיק לצורך סעיף 477.

* **483**: די בהמצאה לממונה על המקרקעין.

פס"ד פלוני: אין צורך בייפוי כוח פורמלי כדי להיחשב לממונה על המקרקעין.

* **482**: המצאה למורשה בהנהלת עסקים- כשהתביעה בעניין עסק או עבודה, מספיק להמציא למנהל או למורשה, העוסק באותה שעה מטעמו של הנתבע בהנהלת העסק בישראל.
* **מבחן אינטנסיביות הקשר**- לצורך הקביעה אם אכן מדובר במורשה מטעמו.

ג'נרל אלקטריק: הכרה ב**סוכן מכירות** כמורשה- ככל שיהיו יותר סממנים של שת"פ עסקי, נכיר בו כמורשה.

קמור נ' חמו: הכרה ב**יבואן** של רכב כמורשה.

רפפורט: הכרה **בסניף בארץ** של החברה הזרה כמורשה.

מיתג: לא מספיק שהחברה הישראלית תכריז על עצמה כמורשה-נדרש **קשר אובייקטיבי**.

פיליפ מוריס: **יבואן**, שגם **ייצג** בכנסת את החברה הזרה- הוכר כמורשה.

רייזל נ' הג'יהאד: **בכירי הארגון** שישבו בכלא הוכרו כמורשים מטעם הארגון.

וסטל נ' אמפה: עובד שאינו בכיר ובעל **סמכות מוגבלת- לא ייחשב** למורשה מטעם החברה. **באוביטר**- קיים **טעם לפגם** בהמצאת תביעה כשמטרת הביקור היא הידברות לגביה, לא ברור אם זה יהפוך בעתיד לשיקול בשאלת הסמכות.

1. **המצאה לנתבע הנמצא בשטחי יו"ש ("האזור")**

אזור=כל שטח המוחזק בידי צה"ל למעט שטחי המועצה הפלשתינית.

דינו כדין ישראל- ניתן להמציא בדרך הקבועה בישראל (כלל התפיסה).

1. **המצאה לנתבע הנמצא בשטחי הרש"פ**
2. ההמצאה תינתן **לנציג מוסמך** מטעם המועצה הפלשתינית, והוא יעבירה לממונה.
3. ההמצאה צריכה להיות **מתורגמת לערבית**.

הרש"פ נ' גולדמן: התרגום תלוי במיקום הפיזי של מקבל הזימון- אם המקבל נמצא בישראל אין דרישת תרגום.

1. **המצאה לנתבע הנמצא בחו"ל (תקנה 500)**

המצאה כזו דורשת רשות מבהמ"ש, והיא תינתן רק אם התקיימה אחת מהעילות שבתקנה.

1. **כפיפות לשיפוט (המשפט המקובל)**

כפיפות= הסכמת הנתבע לסמכות בהמ"ש.

1. **כפיפות מראש**- ע"י **תניית שיפוט** בהסכם. (מסכימים לשיפוט בפני בהמ"ש בישראל)
2. **כפיפות בדיעבד**- **התנהגות** שמעידה על הסכמה.

הלאומית חב' לביטוח: למרות שההמצאה לא ניתנה כדין לממונה (בשטחי הרש"פ), העובדה **שעוה"ד קיבל וחתם** עליה מעידה על הסכמה לשיפוט.

מחאג'נה: למרות שההמצאה לא ניתנה כדין לממונה, **בקשת עוה"ד לארכה** מעידה על הסכמה לשיפוט.

אינגר: שליחת מסמכים ללא הצהרה על חוסר הסכמה, נחשבת **לזניחת הטיעון** של חוסר סמכות ולהסכמה לשיפוט.

1. **כללי סמכות מיוחדים**
* הגנה על קטין או חסוי (חוק הכשרות המשפטית)
* ירושה

עילות לסירוב להפעיל סמכות

3 סוגי עילות:

1. **תניית שיפוט זרה**
2. **הליכים תלויים ועומדים בחו"ל**
3. **פורום לא נאות**

הנתבע הוא שיצטרך לבקש מבהמ"ש לא לדון בשל אחת מהעילות הללו. כל התניות לא שוללות את הסמכות-אלא בהמ"ש הוא שיחליט אם להפעיל את סמכותו.

1. **תניית שיפוט זרה**

**מקבילה**=מקנה סמכות לבימ"ש מסוים, ללא שלילת הסמכות מבימ"ש אחרים.

**בלעדית**=מעניקה סמכות לבימ"ש אחד בלבד.

פס"ד נברום: אם זו תניה בלעדית- בהמ"ש יסרב להפעיל סמכותו, אלא אם התובע יוכיח שקיימת **סיבה טובה לדון** בישראל למרות תניית השיפוט.

פס"ד ננטוקר: בהמ"ש יפרש את **כוונת הצדדים**- למרות שהתניה לא שללה בבירור את הסמכות, לאור כוונת הצדדים ראו שהכוונה הייתה כן לשלול סמכות וראו בה תניה בלעדית.

לייק מריון: לא תתקבל תניה בלעדית אם היא **תניה מקפחת** בחוזה אחיד.

**"סיבה טובה לדון בארץ על אף התניה הבלעדית":**

1. **התובע לא יקבל צדק במדינה הזרה**

אוניון נ' עזרא: (עירק) **אפליה לרעה** במדינה הזרה זו סיבה טובה.

פס"ד נברום: (רומניה) רק **חוסר צדק ממש** יהיה סיבה מספיק טובה. העובדה שהמדינה הזרה היא פורום לא נאות לא תהא סיבה מספיק טובה.

1. **פיצול הליכים (ריבוי תובעים/נתבעים)**

פס"ד ננטוקט: הבחנה בין שני מצבים:

1. **ריבוי תובעים**- ורק לאחד מהם יש תניית שיפוט עם הנתבע. **יש הצדקה** לדון בארץ על אף תניית השיפוט, כי ממילא בהמ"ש בארץ יצטרך לדון בזה בשאר התביעות כך שזה לא באמת מקפח את הנתבע.
2. **ריבוי נתבעים**- כאן יש חשש מהתנהגות שלילית (חיפוש נתבעים נוספים כדי לחמוק מתניית שיפוט בלעדית), ולכן רק אם מדובר **בתו"ל**- בהמ"ש יבחן אם יש מקום לדון בארץ.
3. **התניה על כללים קוגנטיים ישראליים**

פס"ד אורן: לא נכבד תניית שיפוט אם היא מפרה תנאים קוגנטיים שלנו. (חב' שרצתה לחמוק מחובת פרסום).

[אדרת שומרון: התיישנות במדינה הזרה לא נחשבת לסיבה מוצדקת לדון בארץ על אף תנית שיפוט בלעדית]

1. **הליכים תלויים ועומדים**

סוכנות מכוניות לים התיכון: לא עכבו את ההליכים למרות ההליך שבחו"ל, בגלל שהוא לא התחיל עדיין באופן ממשי- ערכו **איזון** בין **הליך שעוד לא החל** ממש לבין **זכות היסוד של התובע לגישה לערכאות** בישראל.

פרופ' פסברג: אין מקרים בהם בהמ"ש עיכב הליכים רק על בסיס עילה זו, אלא זה הופיע תמיד יחד עם פורום לא נאות.

חדר נ' רזק: חצי שנה אחרי דברי פסברג, בהמ"ש לא דן רק בשל הליך תלוי ועומד.

1. **פורום לא נאות**

פס"ד הספיליאדה: בהמ"ש יעכב הליכים אם **הנתבע הוכיח כי קיים פורום זר מוסמך** שבאופן ברור הוא הטבעי יותר (הנטל על הנתבע), **אלא אם התובע יוכיח שלא יקבל צדק** באותו פורום זר (הנטל על התובע).

פס"ד אבוג'קלא: אימצו את מבחן הפורום הלא נאות.

איך נקבע האם הפורום נאות או לא? ע"פ **מבחן מירב הזיקות:**

1. **הזיקות האובייקטיביות עם שני הפורומים-**
2. ***הזיקות העובדתיות***-

מקום מגורים, מקום האירוע, שפת המסמכים. 🡸היום יש פחות דגש על הנוחות.

1. ***הדין החל*** (זיקה משפטית)-

פרופ' קרייני: לדעתה יש לתת משקל כבד לדין החל- אך **לא זאת הגישה של בהמ"ש**-

מסיקה נ' דולנס: קבעו שישראל היא הפורום הנאות, וכלל לא דברו על הדין החל.

הגבס: למרות שהדין החל הוא של אילינוי, קבעו שהדיון יתקיים בישראל.

אשבורן: אפילו אם יחול הדין הזר, זה לא ייטה את מאזן הזיקות לטובת הפורום הזר. (זה שיקול, אך לא כבד).

1. ***האפשרות לאכוף את פסק הדין***-

הגבס: ש' אור- זה יכול להיות שיקול לגיטימי אך לא מפי הנתבע

 ש' טירקל- שאלת האכיפה היא שיקול חיצוני להליך המשפטי, **מה גם שהמצב עשוי להשתנות בעתיד**.

ירון מרקוס: לעיתים, גם אם לא ניתן לאכוף את פסה"ד, ייתכן והנתבע כן יכבד אותו משיקולים מסחריים (לא לפגוע במוניטין), ולכן יש מקום לדון כאן גם אם לא נוכל לאכוף.

קציר נ' ZAO: אין לייחס לשיקול האכיפה משקל מכריע. במקרה הזה, התחשבו במובן שנתנו לתובע סעד זמני (צו על הבית), כדי שיהיה ניתן לאכוף יותר מאוחר את פסה"ד הרוסי).

1. **ציפיות הצדדים-**

מבחן אובייקטיבי-הציפיות המשוערות של הצדדים.

הגבס: אם יש בחוזה סעיף ברירת דין אך אין תניית שיפוט, זה מעיד שלצדדים לא היה חשוב באיזה בימ"ש ידונו.

ארבל נ' TUI: חברה שמשווקת את שירותיה במדינה אחרת, צריכה לצפות שייתכן ויתבעו אותה שם.

1. **אינטרסים ציבוריים-**
2. ***העומס על בתי המשפט:*** האינטרס הכי שכיח.

אבוג'חלא, HECKE: כששני הצדדים לא מישראל, אין מקום לאפשר להם להתדיין כאן כי מעמיס על ביהמ"ש ויבוא על חשבון המתדיינים הישראלים.

1. ***שהתובע לא ייפול נטל על המדינה:***

מסיקה נ' דולנס: אם התובע לא יצליח בתביעה בחו"ל ולא יזכה, הוא יהווה בסוף נטל על המדינה. וזו סיבה להתדיין בארץ, אם כאן יוכל לקבל פיצוי- כדי שלא יהווה נטל על המדינה.

1. ***אינטרס ערכי:***

קופנרס נ' פרי: בגלל שמדובר בתביעות של ניצולי שואה, יש לישראל אינטרס ערכי לדון בזה, כי ערכאות זרות לא יבינו את גודל המהות והעניין.

1. ***אינטרס חיובי של מדינה זרה:***

מסטרקארד: (שיווק תרופות באמצעות האינטרנט) לארה"ב היה חשוב לדון כי זה נגע לכל מע' המשפט שלהם. כאשר למדינה הזרה יש אינטרס חזק לדון, ולנו אין אינטרס כזה- זה יהווה שיקול לקבוע שאנו פורום לא נאות.

**מהו "חוסר צדק" שיכול התובע לטעון שיביא לכך שבהמ"ש ידון בארץ למרות שזה פורום לא נאות:**

* **הבדלים ברמת הפיצוי או הסעדים**

אבוג'חלא: **פיצוי נמוך** יותר במדינה הזרה, **לא ייחשב** כחוסר צדק.

הרודס (בואנוס איירס): **חוסר של סעד** מסוים במדינה הזרה, זה **לא ייחשב** לחוסר צדק.

* **התיישנות**

בניגוד לתניית שיפוט- כאן **התיישנות תיחשב לחוסר צדק**. (כי בתניית שיפוט התובע ידע שתהיה התיישנות).

אבוג'חלא, HECKE: התביעה בפורום הזר התיישנה, ובהמ"ש קבע שהוא מוכן לא לדון, בתנאי שהנתבע מתחייב לא להעלות את טענת ההתיישנות במדינה הזרה.

* **אפליה**

מוחמד נ' בנק הקווייט: התובע הוכיח שיפלו אותו לרעה בעירק אחרי המלחמה, ולכן בהמ"ש באנגליה כן דן.

* **חוסר יכולת לתבוע ללא סיוע משפטי**

קונלי: באופן עקרוני, טענה זו לא תתקבל. כאן איפשרו אותה בגלל מורכבות הנושא המחייב ייצוג מקצועי.

**🡸רק במקרים נדירים התובע יצליח להוכיח שלא יקבל צדק בפורום הטבעי.**

* האם דוק' פורום נאות עדיין רלוונטית?

**דעות שלא-**

הגבס: בעקבות הגלובליזציה וההתפתחות הטכנולוגית, כבר אין ממש בטענת פורום לא נאות.

**דעות שכן-**

פרופ' קרייני: כללים כמו "כלל התפיסה", עשויים להביא למקרים שאין באמת זיקה ביניהם לישראל, ולכן חייבים דוקטרינה משלימה שתאפשר לבהמ"ש שק"ד שלא לדון.

אלביט- ש' ריבלין: פורום נאות, לא נובע רק מנוחות הצדדים אלא גם מציפיותיהם ומהיכולת לניהול הליך יעיל.

איריס קנו: דווקא בעקבות הגלובליזציה, כדי לעודד חופש תנועה ושאנשים לא יחששו, צריך דוקטרינה כזו.

חזרה לנושא רכישת הסמכות-

האפשרות להמציא הזמנה לנתבע בחו"ל, ע"פ תקנה 500. כאשר התובע מבקש אישור כזה מבהמ"ש הוא צריך להוכיח

3 דברים (מצטברים):

1. **קיומה של אחת מ-10 העילות בתקנה**
2. **להראות שקיימת שאלה רצינית שיש לדון בה (תצהיר המעיד על בסיס לעתירה)**
3. **שק"ד לבהמ"ש-פורום נאות.**

העילות מחולקת ל:

1. עילות כלליות
2. עילות ספציפיות (מקרקעין, חוזים, נזיקין)

**העילות הכלליות:**

* **עילה 1:** סעד נגד אדם שמקום מושבו או מגוריו הרגיל בתחום המדינה. (אדם שנסע לשבתון למשל).
* **עילה 8:** בקשה לאכוף פסק חוץ.
* **עילה 10:** כאשר יש יותר מנתבע אחד, והנתבע הנוסף שבחו"ל הוא בעל דין דרוש או נכון. בתנאי שהתביעה הראשונה היא תביעה כנה.

אטלנטיק: התביעה הראשונה הייתה תביעת סרק ולא כנה ולכן לא אישרו להמציא לנתבע בחו"ל.

ירון מרקוס: תבע את משרד החינוך, וצירף את הארגון האוסטרי- ובהמ"ש אישר זאת.

אינבסיס: צירף גם את היבואן וגם את היצרן לתביעה. (למרות שבין היבואן ליצרן הייתה תניה בלעדית לאנגליה).

כים ניר: (תאונת מסוק בישראל) תבע את מד"י על שלא פיקחה כראוי, וכן את היצרן הזר- ואישרו לו.

אקלון נ' EAZ: גם כאשר נתבע רוצה להשתמש בעילה 10 כדי לצרף צד ג', לא יוותרו על הדרישה שיראה שיש שאלה רצינית לדון בה, למרות שזה מהווה ניגוד עניינים בשבילו (שיטען לחילופין).לא סוחבים סתם אנשים מחו"ל.

**עילות ספציפיות בעניין מקרקעין:**

* **עילה 2:** נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה.
* **עילה 3:** מבקשים לעשות פעולה כלשהי בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה.

**עילות ספציפיות בעניין חוזים:**

* **עילה 4(א):** החוזה נעשה בתחום המדינה.

תיקו נ' פורום: נערך דיון שלם לפי דיני השטרות כדי לדעת איפה זה נחשב שנערך השטר בסופו של דבר.

* **עילה 4(ב):** החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה או באמצעותו.

פס"ד אטלס: אמנם בד"כ תספיק לנו תקנה 482, אך במקרה שהמורשה פשט רגל, לא יהיה לנו למי להמציא- ואז העילה הזו תסייע לנו, מה גם שכאן לא צריך להוכיח את מבחן אינטנסיביות הקשר אלא רק להראות שהעסקה המדוברת נעשתה דרך המורשה הזה. יש לזה גם הסבר- כי ת' 482 נועדה לוודא שהתביעה תגיע לנתבע, ואילו כאן ממציאים אותה ישירות לנתבע ולכן אין צורך במבחן אינטנסיביות הקשר.

* **עילה 4(ג):** על החוזה חלים דיני מד"י מכתבו או מכללא 🡸בודקים קודם איזה דין חל כדי לדעת אם יש סמכות.
* **עילה 5:** החוזה הופר בישראל.

הגבס: השתמשו בעילה הזו. כדי לדעת מה מקום ההפרה צריך לדעת איפה היה אמור בכלל להתקיים החוזה.

RAS נ' שמיר: נקבע שהחוזה הופר בישראל- כאשר חב' הביטוח הייתה צריכה לשלם את התגמולים ליורשים, והיורשים היו בארץ.

**עילות ספציפיות בעניין נזיקין ומחדלים נוספים:**

* **עילה 7**: התובענה מבוססת על מעשה או מחדל בתחום המדינה.

אך מה יהיה **בעוולה חוצת גבולות?**

מזרחי נ' נובלס: בהמ"ש קבע ש**העילה** **לא מתקיימת אם רק** **הנזק אירע בישראל**. (העוולה הייתה בסקטולנד)

וילנסקי: קבעו **כמו במזרחי**- אם העוולה נעשתה בצרפת והנזק בארץ העילה לא מתקיימת. אך כן אמרו שאולי יש מקום להרהר האם זו הלכה מוצדקת.

כים ניר (מחוזי): השופטת **קוראת לתקן את העילה**, כך שתתקיים גם במקרים שהנזק אירע בארץ.

מחדלים אחרים-

אשבורן: **מו"מ שנעשה בחוסר תו"ל**-נחשב למחדל לפי עילה 7. (הרי העילה לא דורשת עוולה אלא מחדל).

פלונית: **לידה** נחשבת למעשה לצורך עילה 7.

לגבי הוכחת הפורום הנאות-

בהמ"ש מפעיל את שיקול דעתו לפי דוק' פורום לא נאות.

ישנה מחלוקת על מי הנטל להוכיח פורום נאות- **הגישה המסורתית: על התובע**, ואילו יש פסיקה שאומרת שעל הנתבע. המחלוקת היא בין שופטי העליון, ולכן אין לנו דרך להכריע- אם כי ניתן לראות לאחרונה חזרה לגישה המסורתית.

סייגים לסמכות

סייגים לעצם קיום הסמכות למרות שקיימת סמכות מכוח "כלל התפיסה" או כלל אחר:

1. **מקרקעין זרים**

הלכת מוזמביק: אין סמכות לדון במקרים בהם מעורבת (במישרין/בעקיפין) שאלה של בעלות מקרקעין זרים.

חריגים להלכת מוזמביק-

1. **עילת התביעה מבוססת על התחייבות אישית של נתבע**: הפרת חוזה מכירת מקרקעין. אם המוכר לא מוסר את הבעלות ניתן לתבוע אותו, וייתכן פשוט שלא תינתן אכיפה בעין אלא פיצויים.
2. **התביעה מבוססת על מרמה במקרקעין זרים**
3. **ירושה:** כשבהמ"ש דן בירושה, הוא מוסמך לדון בכל הנכסים- כולל הנכסים שבחו"ל.

עבד אלקאדר: הלכת מוזמביק לא חלה על מקרקעין ב"אזור".

1. **חסינות ריבון זר**

אין לבהמ"ש סמכות נגד מדינה שנחשבת לריבון זר.

חריג לחסינות-

**תביעה שעילתה מסחרית** (נחקק בעקבות פס"ד שוחט)

אדלסון נ' קנדה: המבחן אם מדובר בעסקה מסחרית או לא מתייחס לאופי העסקה ולא למטרתה. (הממשלה ניסתה לטעון שמטרת ההשכרה היא למעשי הדיפלומטיים, אך בגלל אופי העסקה-השכרה-זה נחשב מסחרי.

צווים חוסמים

**צו חוסם= אוסר על פתיחת או המשך הליך בחו"ל.**

**נטל ההוכחה**: מבקש הצו יצטרך להוכיח שהנזק שייגרם לו מההתדיינות בחו"ל גדול מהנזק שיגרום הצו החוסם לתובע.

LEE KUIJAK: בהמ"ש בברונה קבע שההליך בטקסס הוא מציק וטורדני, וכן שזה יביא לפיצול הליכים- כי היצרן יצטרך אח"כ לנהל הליך נוסף בארץ אחרת כדי לקבל שיפוי🡸וזו תהיה הפגיעה בו.

פריסקל: המבחן אם לתת צו או לא יהיה ע"י עריכת איזון בין הפגיעה לשני הצדדים:

1. **פגיעה למבקש הצו** מהתביעה בחו"ל-

אם פוגע **בעקרונות הצדק**, או אם **התביעה נובעת ממניעים פסולים**.

🡸לא די באי נוחות, ולכן לא תספיק לא תספיק טענה שכבר מתנהלים הליכים בארץ.

1. **פגיעה לתובע בחו"ל** מהצו החוסם-

פגיעה **בזכות היסוד** שלו להגיש תביעה, ובעיה של מראית עין- **התערבות בעניינים של מדינה זרה**.

זמורוס נ' וייס: בהמ"ש נתן צו חוסם בגלל חוסר תו"ל בתביעה. (והוכיח פגיעה חמורה יותר למבקש הצו מלתובע).

🡸אמנם רק במקרים בודדים ניתן הצו, אך עצם האפשרות יכולה למנוע מאנשים מלהגיש תביעה במקום אחר.

מטרות כללי ברירת הדין

1. **קידום אינטרסים פרטיים: עשיית צדק עם בעלי הדין**

הפרמטר העיקרי-**מימוש ציפיות הצדדים**. כך בוחנים איזה דין של מדינה ראוי יותר שיחול על המקרה הנדון.

1. **אחידות התוצאה בכל פורום:** שאותו דין יחול גם אם ההתדיינות תהיה במדינות שונות.
2. ע"י אמנות בינלאומיות המכתיבות את כללי ברירת הדין
3. אימוץ חד צדדי של כללי ברירת הדין הנפוצים במדינות אחרות.
4. **נוחות, פשטות ויעילות בהליך השיפוטי**

שפירא: זו מטרה פחות חשובה בתחום ברירת הדין כי המקרים הם מאוד ייחודיים.

ריבלין: לא מסכים, ודווקא מדגיש את החשיבות בפשטות כללי ברירת הדין.

1. **הגנה על האינטרס הציבורי:** הבחנה בין תקה"צ פנימית לחיצונית.
2. **קונצנזוס**- בהמ"ש לא יחיל דין שנוגד את **תקה"צ החיצונית** של הפורום. אך תקה"צ החיצונית זה רק כללים שהם עקרונות בסיסיים ביותר אצלנו כך שלא ייתכן שנפעל בניגוד להם. דוגמא: כשדין זר מפלה יהודים.
3. **מחלוקת**- האם יש בכללי הדין מטרה של הגנה על האינטרס הציבורי?
	* בעד: ***"ניתוח אינטרס ממשלתי"-*** לכל מדינה יש אינטרס שהדין שלה יחול במקרים בהם היא מעונינת בתוצאה מסוימת. ניתן לראות בישראל רמזים להשפעת הגישה הזו למרות שזה לא נאמר בבירור.
		+ **מתקל שווא**- בבקוק: בהמ"ש מיישם את הגישה ובוחן את האינטרסים של כל מדינה, וקובע שרק לניו יורק יש כאן אינטרס, ולכן זה בכלל "מתקל שווא".
		+ **הקושי בזיהוי אינטרסים**- קל נ' הנדרסון: אותו מקרה כמו בבקוק, רק שקבעו שלשתי המדינות יש אינטרס. מראה לנו על הקושי בזיהוי האינטרסים.
		+ **מתקל אמיתי**-
4. פרופ' קארי- ***גישת הפורום***: נחיל את דין הפורום הדן.
5. פרופ' בקסטר- ***הפגיעה הפחותה***: בהמ"ש צריך לבדוק איזה אינטרס ייפגע יותר אם אותו דין לא יחול.

פס"ד ברנרד: ת"ד בקליפורניה, הנתבע מנוואדה. בהמ"ש בקליפורניה בודק איזו מדינה תיפגע יותר אם לא יחילו את הדין שלה- וקובע שהאינטרס של קליפורניה חזק יותר.

* + נגד: למדינות עצמן אין אינטרס בהפעלת דין מסוים, אלא רק אינטרס שייעשה צדק בין בעלי הדין.

התפתחות כללי ברירת הדין בנזיקין:

בתחילה- אמצנו את **המשפט המקובל**: דין הפורום + דין מקום ביצוע העוולה.

פס"ד BOYS: באנגליה- אימצו **חריג** לכלל: אם החלת דין מקום ביצוע העוולה **תגרום** **לאי צדק**, **ויש דין אחר** שיש לו קשר אמיץ לעוולה, יש להחיל באופן חריג את אותו הדין. 🡸הדין האחר נקבע לפי "**מירב הזיקות**".

פס"ד קפלן: **אימץ את החריג**. אמנם התאונה הייתה בסיני, אך נקבע שמירב הזיקות הן לישראל.

פס"ד בלאו: ש' בן פורת באוביטר- לדעתה **יש לאמץ את "גישת מירב הזיקות**" במקום המשפט המקובל.

🡸בערכאות הנמוכות אימצו את האוביטר שלה ומחילים את מבחן מירב הזיקות.

פס"ד ינון: ריבלין- דוחה את גישת מירב הזיקות, וקובע כלל חדש: **מקום ביצוע העוולה בכפוף לחריג**.

🡸וזוהי ההלכה היום.

**החריג לכלל**: זה **לא יהיה צודק** להחיל את הכלל, אם **הקשר בין העוולה לבין מקום ביצוע העוולה הוא מקרי בלבד**.

🡸אם מתקיים החריג, אז נחיל את הדין המתאים לפי מבחן מירב הזיקות.

שלב א: הוכחת קיום החריג.

שלב ב: בדיקת הדין שיחול ע"פ מירב הזיקות.

בינון, קבעו שהחריג מתקיים בגלל שדובר בעובד ערבי, במפעל ישראלי, בשטח על הגבול, ורוב העובדים ישראלים. נקבע שחוסר הצדק כאן הוא שוויון. והמקריות נובעת מהמצב הייחודי שבו דינים שונים חלים על תושבים שונים.

* מהו מקום ביצוע העוולה כשמדובר **בעוולה חוצת גבולות?** -2 גישות, שאין הכרעה חד משמעית ביניהן.
1. **מקום המעשה או המחדל**

סקאלר- ש' ארבל באוביטר: לדעתה צריך לחול דין מקום המעשה, ומתבססת על היקש לתקנה 507.

מזרחי- נקבע לגבי תקנה 507 שהעילה לא מתקיימת בגלל שהולכים לפי מקום ביצוע המעשה.

1. **מקום התרחשות הנזק**

חוק האחריות למוצרים פגומים: החוק לא יחול על נזק שנגרם מחוץ לישראל 🡸נראה שהחוק מתנגד לגישה הראשונה.

אמנת רומה 2: הדין שצריך לחול הוא דין מקום הנזק.

החוק האנגלי: הדין שיחול הוא דין מקום הנזק.

פס"ד אזוז: לכאורה תומך בגישת "מקום הנזק", אך לדעת המרצה השופטים לא הבינו שמדובר בעוולה חוצת גבולות.

* **מהי "מקריות"?**

סקאלר: מקריות זה כאשר **הסביבה האינטימית רבת משמעות יותר מהסביבה הגאוגרפית**🡸זוהי ההלכה היום.

* **מהו "אי צדק"?**

סקאלר- הרוב: אין חריג נפרד של חוסר צדק מעבר לדוק' תקנת הציבור. תקה"צ צרה יותר, ולכן לא כל חוסר צדק ייחשב לפגיעה בתקה"צ.

סקאלר- ש' חיות: כן צריך להפעיל חריג של חוסר צדק.

* **האם ישנם חריגים נוספים?**

ריבלין בפס"ד הרש"פ: משתמע מדבריו שאין רשימה סגורה ויש מקום לחריגים נוספים.

סקאלר- דעת מיעוט של ארבל: יש לקבוע חריג של מקום מושב משותף, ובכך היא מתבססת על אמנת רומא 2.

* **מה יהיה כאשר מקום ביצוע העוולה הוא ישראל?** 🡸כיצד נפרש את **ס' 3** לפק' הנזיקין, הקובע כי "כל מי שנפגע מעוולה שנעשתה בישראל יהיה זכאי לתרופה לפי הפקודה"? האם נחיל זאת מיד או נבדוק אם מתקיים חריג המקריות?
1. שילה- נחיל את הפקודה בכל מקרה.
2. בן פורת- נבדוק קודם אם מתקיים חריג המקריות, ורק אם לא-נחיל את דין ישראל ואת ס' 3.
3. חשין- אם חל החריג, נבדוק את הדין הזר. אם הוא נותן פחות-נחיל את ס' 3. ס' 3 הוא **רף מינימום**.
* **איזה דין חל על חישוב הפיצויים?**
1. לגבי **ראשי הנזק**: מדובר בעניין **מהותי**, ויחול דין מקום ביצוע העוולה.
2. לגבי **שיעור הנזק**: **מחלוקת** את זה פרוצדוראלי או מהותי:

בן פורת: מהותי

בייסקי: אין סיווג נוקשה-תלוי בנסיבות

לוין: חישוב אובדן השתכרות- מהותי, חישוב כאב וסבל- פרוצדוראלי (וחל דין הפורום).

1. כאשר מדובר ב"**הסדר שלם**"= חוק המסדיר גם את היקף האחריות וגם את רמת הפיצוי: **מחילים את כל ההסדר** ולא מפצלים בין ראשי הנזק לבין שיעור הנזק.

כללי ברירת הדין בחוזים

**"הדין החל על החוזה יהיה דין החוזה".**

בג"ץ עמותת קו לעובד: שני שלבים לקביעת דין החוזה-

1. **האם הצדדים הסכימו ביניהם איזה דין יחול (בכפוף לחריגים)**
2. **אם לא הסכימו מראש- ייקבע הדין לפי "מירב הזיקות".**

החריגים לכיבוד רצון הצדדים (כאשר יש בחירה מפורשת בחוזה):

1. **בחירת הדין אינה מבטאת את רצונם האמיתי של הצדדים**

נחושתן: נדרשת **הסכמה אמיתית** לאותו דין, מתוך הכרה קודמת עם הדין ומודעות להוראותיו.

1. **בחירת הדין נוגדת את תקנת הציבור של הפורום**
2. **כללים קוגנטיים של הפורום המיועדים לחול יגברו על הדין שנבחר**

המטרה היא לא לאפשר למעביד לעקוף כללים קוגנטיים.

בכל מקרה נידרש לבחון האם הכללים הקוגנטיים מיועדים לחול או לא.

פס"ד גבעת זאב- באוביטר: **הכללים הקוגנטיים שלנו נועדו להגן על עובדים שמבצעים את עבודתם בישראל**. ולכן, עובד תאילנדי שבא לעבוד בארץ, גם אם רשום בחוזה שחל דין תאילנד- חוקי העבודה הישראליים יגברו.

אם יהיה עובד ישראלי שעובד בחו"ל עבור חברה ישראלית, לא ברור אם הכללים הקוגנטיים חלים עליו. אם גויס בארץ- אולי זה יהיה חיזוק להחלת הכללים הקוגנטיים של ישראל. **במבחן- לומר שאין הכרעה**.

פס"ד לייק מריון: נקבע שתניית השיפוט בטלה משום שהיא **תניה מקפחת בחוזה אחיד**.

לדעת המרצה- יש לדון בכל מקרה לגופו האם חוק החוזים האחידים מיועד לחול על המקרה הקונקרטי או לא.

פס"ד וייל נ' פייסבוק: בהמ"ש הסכים שתניית השיפוט לקליפורניה היא תניה מקפחת בחוזה אחיד ונתנת לפסילה.

כאשר אין בחירה של דין החוזה: מבחן מירב הזיקות:

בג"ץ קו לעובד: רשימת זיקות עיקריות: **מקום כריתת החוזה, מקום עריכת המו"מ, מקום ביצוע החוזה, זהות הצדדים, שפת החוזה, מטבע התשלום**.

השקלול בין הזיקות נעשה לאור **שיקולי מדיניות**.

למשל: שיקולי המדיניות בדיני עבודה-שוויון בין עובדים.

אסוציונה: קבעו את הדין לפי התשלום שנעשה במטבע איטלקי.

וויסטוורט': בודקים את הקשר למע' המשפט ולא למדינה. ולכן, הסתכלו על המונחים המשפטיים שהיו בחוזה.

אוניון: קבעו שלצרפת יש את מירב הזיקות בהתבסס על מקום כריתת החוזה ומקום ביצוע החוזה.

עמותת קו לעובד: נותנים משקל גם למטבע הישראלי ולשפה הישראלית.

לפי המשפט המשווה-

אמנת רומא 1: קובעת **חזקות הניתנות לסתירה** (כאשר אין בחירה של הדין בחוזה).

* **חזקה כללית: יחול דין מקום מגוריו הרגיל (או העסק) של הצד שביצועו מאפיין את החוזה.**

למשל: חוזה מכירה- דין מקום מגורי המוכר או מקום העסק שלו.

* **חזקות ספציפיות**: חוזה עבודה- המקום בו העובד מבצע את העבודה כרגיל. חוזה צרכנות- מקום מגורי הצרכן.

תפקידו של דין החוזה

**דין החוזה חל על פרשנות החוזה, תוצאות הפרתו, תוצאות ביטולו, ועניינים הקשורים לביצועו.**

ישנם עניינים אחרים עליהם חל דין אחר, או שילוב עם דין החוזה:

1. **כריתת החוזה**

אלבקו: כאשר השאלה היא האם יש חוזה בכלל, יבדקו מה הדין החל על "החוזה המשוער"- ובהתאם לו יחליטו אם מתקיים חוזה או לא.

1. **תוקף צורני של החוזה**

מנורה בע"מ: בדרישות צורניות, ניתן להסתפק במענה על דרישת מקום עריכת החוזה, ולאו דווקא דין החוזה.

1. **כשרות משפטית**

על ענייני חוק הכשרות יחול דין מקום המושב של הקטין (ולא דין החוזה).

**חריג**: פעולה משפטית שנעשתה בישראל בין אדם בעל כשרות משפטית מוגבלת, לבין מי שלא ידע או לא היה עליו לדעת על כך, תהא תקפה (אלא אם יש בה נזק של ממש לאדם הלא כשיר או לרכושו).

1. **אי חוקיות: לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי -**
2. ע"פ דין החוזה
3. ע"פ דין הפורום
4. ע"פ דין מקום ביצוע החוזה
* לגבי אכיפת חוזה שהוא בלתי חוקי ע"פ מקום עריכת החוזה:

**המשפט המקובל- לא אוכפים.**

**בישראל: אין עמדה ברור**ה.

אולימפיק אירווייס-הש' נתניהו: משתמע שהיא בגישת המשפט המקובל אך זה לא ברור.

כללי ברירת הדין בקניין

1. **העברת נכס מוחשי:**

גריפין- הש' שמגר באוביטר: אימצנו את **המשפט המקובל**- החלת **דין מקום הימצאות הנכס בעת יצירת זכות הקניין**.

פס"ד קאמל: אם יש העברה בעייתית, נבדוק את מקום הימצאות הנכס בעת אותה העברה, ולפי דין אותו מקום נבדוק האם ההעברה תקפה ותקינה.

1. **העברת נכס לא מוחשי-2 גישות:**
2. **הגישה המסורתית: "דין הסיטוס"- דין המקום שם הזהות מתממשת.**

רוזין: זכות התביעה היא נכס לא מוחשי, ודין הסיטוס שלה הוא מקום מימושה: במקרה הזה-ישראל.

1. **הגישה החדשה: מירב הזיקות- הדין שיש לו הקשר הקרוב ביותר עם הנכס המועבר.**

פלאטו שרון: הלכו לפי הגישה החדשה, אך זה פס"ד יחיד ומחוזי ולכן לא ברור לגמרי שזו ההלכה.

1. **יחסי ממון בין בני זוג (אוניברסלי)**

ס' 15 לחו"י ממון:

רישא: על יחסי ממון יחול חוק **מושבם** בשעת עריכת הנישואין

סיפא: אולם רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה בשעת עשיית ההסכם.

* איך קובעים מהו "מקום מושבם"?
1. הגישה האובייקטיבית (והמובילה)-

ששון: מבחן **מירב הזיקות**.

1. הגישה הסובייקטיבית-

נפיסי-גולדברג: יש לתת משקל גם **לכוונת הזוג לעבור** לארץ אחרת, בלבד שכוונה זו תהא רצינית וברורה.

* מהו "מקום מושבם" כאשר כל אחד גר במקום אחר?

ששון: לפי מקום המגורים **המיועד** + שעברו אליו **תוך זמן סביר** לאחר הנישואין.

* פתרונות נוספים של בהמ"ש להחיל בכ"ז את דין ישראל:
1. **זכויות מוקנות –** (מסייע רק למי שהתחתנו לפני 74)

אזוגי: חוק יחסי ממון לא פוגע בזכויות מוקנות שהיו לאישה ברכוש בעת חקיקתו (היא עדיין זכאית לחזקת השיתוף).

1. **הסכם מכללא/מיוחס**

נפיסי: מייחסים לזוג שעלה לארץ הסכם מכללא לסיפא של ס' 15 (לשינוי היחסים בהתאם לדין ישראל).

> מה ההיקף של ההסכמה מכללא?

1. **הגישה הצרה**: חל רק על נכסים שנרכשו לאחר גיבוש ההסכם.
2. **הגישה המרחיבה**: חל גם על נכסים שנרכשו לפני העליה לארץ. (אמנם זה הרוב, אך זה רק **אוביטר**).

פס"ד פלוני: באופן עקרוני קבלו את גישה המרחיבה, אך מסיבות אחרות לא החילו אותה בסוף.

> כאשר יש הסכם מפורש על רכוש נפרד – לא תהיה הסכמה מכללא.

1. **אי החלת הדין הזר**

נפיסי- ש' חשין: אין להחיל את הדין הזרכאשר הוא **נוגד את עקרון השוויון בין המינים** (פוגע באישה).

ס"א נ' מ"א: אין להחיל את הדין הזר כאשר הוא **נוגד את תקה"צ**.

1. **ירושה (אוניברסלי)- 2 חלופות בס' 136 לצורך סמכות בהמ"ש:**
2. מקום **מושב המנוח** היה בישראל
3. **הניח נכסים** בישראל

אקוודור: אם הניח נכסים בישראל, סמכות השיפוט היא **על כל העיזבון**.

 אלדומן: ס' 136 מתייחס לסמכות שיפוט רק לגבי הירושה עצמה, ולכן תביעה שהיא לא שאלה של מי יורש, היא תביעה אזרחית רגילה וס' 136 לא רלבנטי- ולבהמ"ש יש סמכות.

 >מהו "מקום מושב"? ס' 135: המקום בו נמצא מרכז חייו.

 שטרק: מבחן אובייקטיבי של מירב הזיקות.

 **ברירת הדין: מקום מושב המוריש בשעת מותו, בכפוף לחריגים.**

האפוטרופוס: מדובר בסעיף קוגנטי ולא ניתן להתנות עליו כלל.

אמנת האג: אדם יכול לבחור את הדין בתנאי שזה דין מקום מגוריו הרגיל או דין אזרחותו ביום מותו.

**החריגים לכלל החלת דין מקום מושבו בעת מותו:**

1. **ס' 138: נכסים העוברים בירושה לפי מקום המצאם בלבד, יחול על ירושתם אותו דין**

כהנא: נכס שנמצא במדינה מסוימת, והדין באותה מדינה לגביו הוא "דין הסיטוס" (מקום הימצאות הנכס)- מתקיים החריג, ונחיל רק את דין אותה מדינה.

**בפועל**- זה מתקיים רק כשמדובר במדינה של המשפט המקובל.

**חריג לחריג**: מקרקעין שנמצא בישראל, אך מקום מושבו של המנוח היה בחו"ל- לא נחיל את החריג, ונאפשר להחיל את הדין הזר.

1. **ס' 140: כשרות צוואה מבחינת צורתה- 9 חוליות קישור חלופיות.**

ברגות: קיום צוואה בע"פ, למרות שדין מקום המושב לא מכיר בזה, בגלל שזה תקף לפי הדין שלנו. (חוליה 1)

1. **ס' 142: כשחל דין מדינה אחרת, אם היא מפנה לדין חוץ- לא נפנה, ונחיל את דין אותה מדינה, אך אם היא מפנה לישראל- נחיל את דין ישראל.**

הרציונל: יעילות.

1. **ס' 143: לא נפעיל דין חוץ אם הוא מפלה או סותר את תקה"צ בישראל.**

תקנת הציבור- מפורשת בצורה מצמצמת.

פס"ד רוסי: שוני מהדין הישראלי לא יספיק לצורך פגיעה בתקה"צ.

\*חוק שמפלה בין ירושת בנים לבנות- בספרות חושבים שזה ייחשב לפגיעה בתקה"צ.

בעיות מתודולוגיות-בעצם ההסכמה לברירת הדין ולהחלת דין זר

בעיה ראשונה: פרוצדורה מול מהות. מהי ההגדרה? ע"פ הפסיקה:

פרוצדורה= המנגנון

מהות=התוצר

3 תחומים שקשה לסווגם:

1. **שיעור הנזק-**
* **ראשי הנזק**- **מהותי** (לפי פס"ד BOYS)
* **שיעור הנזק** (חישוב הפיצויים)- **אין תשובה חד משמעית**.

בן פורת: מהותי

בייסקי: תלוי בנסיבות

לוין: שיעור הנזק בעניין כאב וסבל- פרוצדוראלי. (אך הוא לא עוזר לנו לגבי שאר סוגי השיעורים).

* **הסדר שלם: שיעור הנזק ייחשב למהותי**.
1. **התיישנות-** שני סוגי התיישנות:
2. כלל התיישנות שרק **חוסם את הסעד** 🡸 **פרוצדוראלי**. (יסייע בתור הגנה או קיזוז)
3. כלל התיישנות **שמפקיע את הזכות** 🡸 **מהותי**.

למשל: סימן 6 לפק' הובלת טובין בים: אחרי שנה, הזכות מופקעת, ולא ניתן להשתמש בה כלל גם לא לקיזוז.

מוסא: כאשר יש הסדר שלם-מיישמים את הדין הזר, כולל בהקשר של התיישנות.

1. **קיום שיעבוד ימי-**

גריפין- דעת הרוב: **מהותי**. בגלל אינטרס ההסתמכות של הנושים- שמחשבים את השיעבוד שלהם בהתאם לדין הזר שיודעים שיחול.

מיעוט- ש' נתניהו: **פרוצדוראלי**. כדי שנוכל להחיל את דין ישראל.

**לגבי קדימות השעבודים-**

הרוב: **פרוצדוראלי**. (גם כדי להישאר נייטרלים ולא לבחור צד של אחד מהנושים)

מיעוט: **מהותי**. אבל בפועל, אם חלים דינים שונים על שני השעבודים, נחיל את דין הפורום.

בעיה שניה: הוכחת דין זר.

1. תביעה העוסקת **בזכויות צפות**: זכויות שנובעות מענייני חיובים (בעיקר **נזיקין וחוזים**).

🡸אם לא תהיה הוכחה טובה לדין הזר, **יפעילו את חזקת השוויון** בין הדינים.

מסיקה, גריפין: לא הביאו הוכחה לדין הזר, ולכן החילו את החזקה.

1. תביעה העוסקת **בזכויות מעוגנות**: זכויות המעוגנות במע' משפט מסוימת (בעיקר **סטטוס וקניין**)

🡸אם לא תהיה הוכחה לדין הזר, **לא יפעילו את החזקה**, והתביעה תידחה. (אלו זכויות קוגנטיות ולא ניתן להחיל דין אחר עליהן).

**>האם יחסי ממון זה זכויות צפות או מעוגנות?**

נפיסי-חשין: זכויות **צפות**.

גולדברג: חידוש- גם אם מדובר בזכויות צפות, **לא מפעילים בכל מקרה את החזקה**, אלא רק כשקיים בסיס להנחה שבאמת יש **דמיון בין הדינים** (נניח מדינה מהמשפט המקובל). איראן- הבדלים מהותיים, ואין בסיס להנחה כזו.

פרופ' שאווה: החזקה היא **פיקציה**, ולכן **לא נדרש דמיון**.

ששון: השארת השאלה **בצריך עיון**.

המרצה: זכויות **צפות** כי זה לא קוגנטי.

קליטת פסקי חוץ זרים:

**אכיפה**= הטלת חיוב אישי. 🡸מבקשים להוציא לפועל את פסה"ד הזר.

**הכרה**= פס"ד הצהרתי, או פס"ד שקובע סטטוס.

🡸 3 אפשרויות להכרה:

1. מבקשים **להצהיר** על פסק הדין
2. **להכיר בו אגב דיון** (בתביעת מזונות, צריך אגב דיון לקבוע אם מכירים בנישואין)
3. להכיר **במעשה בית דין** (תביעה שנדחתה בחו"ל, והנתבע מבקש בהליך בארץ להסתמך עליה ולא לדון שוב כי זכה).

גולדהר: בהמ"ש מכיר בפסה"ד הצרפתי שניתן ויוצר "מעשה בי"ד" ולכן דוח על הסף את התביעה נגדה.

מסלול האכיפה:

בעקרון- ישנו חוק אכיפת פסקי חוץ.

רוזנבאום, לבדקין: גם לאחר חקיקת החוק ניתן לתבוע בהליך של תביעה עצמאית שעילתה היא הפסק הזר (המסלול של המ' המקובל)

מסלול ההכרה:

1. **הכרה ישירה**: פסק החוץ מהווה את עיקר עילת התביעה.

אגם: צו הצהרתי להכרה בירושה בנוואדה- זו הכרה ישירה.

1. **הכרה אגבית**: פסק החוץ עולה אגב דיון בנושא אחר.

סלעית האדומים: אגב דיון בתביעה לסילוק פולש, עולה הדיון בצו הירושה של בימ"ש זר- שעליה מתבסס התובע.

לוין נ' יזהר: הכרה אגבית זה רק כאשר יש סמכות עצמאית לדון בשאלה העיקרית. (וכל הנושא של פסילת מתנה, אפשרי רק כשיש הכרה בפסק של פש"ר, שהרי בלי פש"ר אין כלל סמכות לפסול מתנה).

הסדר החוק בהכרה אגבית: ס' 11(ב): "אגב דיון רשאי..להכיר בפסק חוץ, אם ראה שמן הדין ומן הצדק לעשות כן"

**>מה פירוש "מן הדין ומן הצדק"?**

1. פרשנות לאור **המשפט המקובל**: בן דיין.
2. פרשנות לאור **הגנות האכיפה בחוק**: גולדהר: אם יש הגנה, כנראה שלא יהיה זה מן הדין להכיר בפסה"ד הזר.
3. פרשנות אחרת: ר.ב יורשי עיזבון: אם **לא קיבלה ייצוג הולם** באותו פס"ד זר שמבקשים להכיר בו אגב דיון, לא יהיהזה מן הדין ומן הצדק להכיר בפסה"ד הזר.

הסדר החוק בהכרה ישירה: ס' 11(א): האם הוא במקום המשפט המקובל?

אגם: **ההסדר בחוק מחליף את המשפט המקובל. 🡸לכאורה זו ההלכה.**

פלונית-ברק באוביטר: מביע ספקות בהחלפת הסעיף את המשפט המקובל.

לוין- ש' הנדל: תומך בהלכת אגם.

פס"ד בז'ן: 3 דרכים איך לפרש את ס' 11(א)(3)-איזה מהתנאים באכיפה רלוונטיים גם לעניין הכרה ישירה:

1. **הגישה המינימליסטית**: רק התנאי שזה צריך להיות פס"ד ולא החלטה מנהלית.
2. **הגישה המקסימליסטית**: כל התנאים.
3. **גישת ביניים**: צריך להחליט מה יהיה קו אדום (למשל-הליך תלוי ועומד בישראל)-ורק הוא יהיה רלוונטי.

🡸בפועל: מי שצריך הכרה ישירה, האתגר שלו יהיה להפוך את התביעה כך שתהיה אגבית.

חוק אכיפת פסקי חוץ

-אם היה הליך פלילי בחו"ל, ובתוכו נתנו פיצוי כספי לנפגע- יהיה ניתן לאכוף את הפיצוי.

שיקול דעת: פס"ד קפלן: **אם מתקיימים התנאים לאכיפה, ואין הגנה, לא יהיה לבהמ"ש שק"ד והוא חייב להכריז על אכיפה.**

התנאים להכרזת פסק חוץ כאכיף:

1. **ס' 3: סמכות שיפוט (פנימית):** בהמ"ש הזר היה מוסמך.
2. **ס' 3: פס"ד חלוט:** כשכבר לא קיימת זכות ערעור. (האפשרות לבקש שינוי לא מונעת את היותו חלוט).

**חריג**-ס' 8: פורש בצורה מרחיבה בפס"ד טאוור אייר: ניתן לאכוף פס"ד בכל נושא גם אם עוד לא חלוט, כל עוד יש הצדקה לכך.

1. **ס' 3: החיוב שבפסה"ד ניתן לאכיפה ע"פ דיני האכיפה בישראל**
2. **ס' 3: תוכנו של הפסק אינו סותר את תקה"צ:** בפועל המבקש טוען זאת באופן סתמי.

אשכר: פרשנות מצמצמת-רק תקנ"צ קיצונית.

1. **ס' 3: הפסק הוא בר-ביצוע במדינה בה ניתן:** אין מניעה משפטית (פסה"ד בוטל/שונה/התיישן).
2. **ס' 4 –הדדיות:** קסון: הדדיות **כללית**- פסק לא יוכרז כאכיף אם ניתן במדינה שלא אוכפת פסיקה שלנו. בהמ"ש יוצא מנק' הנחה שקיימת הדדיות (גישה מקלה). 🡸ניתן להתגבר על התנאי ע"פ בקשת היועמ"ש.
3. ס' 5-**התיישנות**: לא יאכפו אחרי 5 שנים ממתן הפסק. אלא אם יש **הסכם אחר** בין המדינות, או שישנן **סיבות מיוחדות המצדיקות את האיחור**:

הוכמן: האם לא ידעה היכן נמצא האב ולא יכלה לתבוע-זו סיבה מוצדקת.

ההגנות שבס' 6: מספיקה הגנה אחת כדי שפסה"ד לא ייאכף.

1. **הפסק הושג במרמה**. בסיליוס: גישה **מצמצמת**-רק מרמה שמתבססת על טענות חדשות וחיצוניות לפסק. אך יש פסיקה מאוחרת שטוענת שזה לא מחייב, ויש לאמץ את הגישה המרחיבה- גם פגם פנימי בהליך הזר.
2. **חוסר הזדמנות לטעון**: פורש בצמצום. אינדורקסיס: מבחינה אובייקטיבית-ההמצאה לאשתו נחשבת טובה.
3. **סמכות שיפוט בינלאומית**: בהמ"ש יבחן אם בהמ"ש שדן היה מוסמך-אבל ע"פ כללים שלנו, שהם לפי המ' המקובל:
4. **מגורים**- גם זיקה ארעית או מזדמנת. (תאגיד- אם הוא מנהל את עסקיו במדינה הזרה ייחשב למקום מגוריו)
5. **או הסכמה לשיפוט**. מראש או בדיעבד (אך רק השתתפות בדיון לגופו של עניין תיחשב).

 בלהם ברטה: לא כיבדו את הפסק בצרפת, כי הוא היה למרות תניית שיפוט ייחודית ובניגוד לה.

1. **מעשה בית דין**: לא יאכפו אם כבר יש פס"ד ישראלי/שהוכר כאן באותו עניין בין אותם צדדים.
2. **הליכים תלויים ועומדים בישראל**: לא יאכפו, אם בעת הגשת התביעה במדינה הזרה היה הליך תלוי ועומד באותו עניין ואותם צדדים בישראל.

**ס' 7**: פסק חוץ לא יוכרז אכיף אם אכיפתו עלולה לפגוע בריבונות המדינה או בביטחונה. המבקש יטען בצורה סתמית ועל הנתבע יהיה להוכיח אחרת.