**מחברת מצטברת – משפט בינלאומי פרטי**

**תוכן עניינים**

הרצאה מס' 1- מבוא למשפט בינלאומי פרטי ותחילת דיון בכללי סמכות שיפוט בינלאומית2

הרצאה מס' 2- סיום הדיון בכללי סמכות שיפוט בינלאומית ותחילת דיון בסירוב להפעיל סמכות7

הרצאה מס' 3- המשך דיון בסירוב להפעלת סמכות13

הרצאה מס' 4- סיום הדיון בסירוב להפעיל סמכות ותחילת הדיון בהמצאה לאנשים בחו"ל17

הרצאה מס' 5- סיום הדיון בהמצאה לאנשים בחו"ל ודיון בסייגים לסמכות וצווים חוסמים24

הרצאה מס' 6- מטרותיהם של כללי ברירת הדין ודיון בכללי ברירת הדין בנזיקין31

הרצאה מס' 7- סיום הדיון בכללי ברירת הדין בנזיקין ותחילת הדיון בכללי ברירת הדין בחוזים37

הרצאה מס' 8- המשך הדיון בכללי ברירת הדין בחוזים34

הרצאה מס' 9- סיום הדיון בכללי ברירת הדין בחוזים ותחילת הדיון בכללי ברירת הדין בקניין84

הרצאה מס' 10- המשך הדיון בכללי ברירת הדין בקניין- יחסי ממון52

הרצאה מס' 11- סיום הדיון בכללי ברירת הדין בקניין- דיני ירושה57

הרצאה מס' 12- בעיות מטודולוגיות והכרת פסקי חוץ62

הרצאה מס' 13- סיום הדיון בהכרת פסקי חוץ ודיון באכיפת פסקי חוץ69

18.10.20

**הרצאה מס' 1- מבוא למשפט בינלאומי פרטי ותחילת דיון בכללי סמכות שיפוט בינלאומית:**

**מנהלה:**

* ככל הנראה כל הקורס יתקיים באופן מקוון.
* הקורס מלווה במצגות- המרצה תעלה את המצגת ואת ההרצאות המוקלטות לאתר.
* בכל שבוע המרצה תעלה חומרי קריאה לאתר עבור שבוע הבא.
* בנוגע לבחינה, המרצה תעדכן בהמשך בהתאם למתווה בו הוא יועבר.
* ציון מיטיב, של עד 5 נקודות, יינתן בגין השתתפות פעילה בהרצאות לסטודנטים עם מצלמה פתוחה.

**במה עוסק משפט בינלאומי פרטי?**

משפט בינלאומי פרטי עוסק בסכסוכים שיש בהם אלמנט זר:

* יכול להיות סכסוך בין אנשים ממדינות שונות, דבר השכיח במסגרת אנשי עסקים המבצעים עסקות עם זרים;
* יכול להיות סכסוך שהנושא המרכזי שלו מערב אלמנט זר; ועוד.

לגבי סכסוכים אלו יכולות לעלות **שלוש שאלות**:

1. **סמכות שיפוט בינלאומית**- באיזו מדינה הדיון יתקיים?
2. **ברירת הדין**- איזה דין יחול על הסכסוך?[[1]](#footnote-1)
3. **קליטת פסקי חוץ**- האם ניתן להכיר/לאכוף פסק דין שניתן על ידי בית משפט זר?

**מטרת הקורס-**

* חשיפת הסטודנטים לעקרונות וכללים של המשפט הבינלאומי הפרטי, תוך התמקדות בסוגיות בעייתיות שעלו בפסיקה בישראל ובעולם.
* ללמוד את הכללים הבסיסיים בכל אחד משלושת התחומים כדי שנועל לנתח את ההשלכות המשפטיות של מקרים שכרוך בהם גורם זר.

**תוצרי למידה-**

* נדע לזהות מקרה (בחיים המקצועיים או היומיומיים) שבו עולה שאלה של משפט בינלאומי פרטי;
* נדע באיזו נסיבות וכיצד ניתן להקנות לבית משפט בישראל בסכסוך שבו כרוך אלמנט זר, ובאיזה נסיבות בית המשפט יסרב להפעיל את סמכותו;
* בהינתן סכסוך בתחום נזיקין, חוזים וקניין שבו כרוך אלמנט קשור למדינה/ות זרה/ות, נדע לזהות את הדין (של איזה מדינה) שעל פיו בית המשפט הישראלי יכריע בסכסוך;
* בהינתן מקרה שבו כבר ניתן פסק דין במדינה זרה, תדעו איזה תנאים צריכים להתקיים כדי שיהיה ניתן להכיר או לאכוף את פסק הדין בישראל.

**מקרה לדוגמה- דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר:**

מקרה של אחריות נהג ישראלי כלפי נוסע ישראלי שנפגע בתאונת דרכים בניו זילנד- סמכות וברירת הדין. מדובר בזוג ישראלים שרכשו רכב במשותף בניו-זילנד ולמזלם הרע באחד הימים, בדרך לנמל התעופה, סקאלר שהייתה הנהגת עשתה תאונת דרכים ויובינר נפגע קשה בתאונה ונשאר משותק לכל החיים. בהתאמה, הוא היה מעוניין בקבלת פיצויים.

בניו זילנד אין עילת תביעה לגבי פיצויים בתאונות דרכים, אלא ישנה קרן פיצויים מסוימת עבור נפגעי תאונות דרכים. במקרה הזה, גם תושב זר בניו זילנד זכאי לפיצויים, אך רק למשך התקופה בה היה במדינה. ברגע שהוא הועבר להמשך טיפול רפואי בישראל הוא איבד את הזכאות. השאלה העולה היא **איזה דין צריך לחול?** במידה והדין הישראלי חל הוא יצטרך להוכיח את רשלנותה במסגרת הליך נזיקי, אך במידה והדין הניו-זילנדי לא יתקבלו שום פיצויים עקב אי-הכרה של החוק הזר בזכות לפיצויים עקב תאונות דרכים.

בדיון הראשון בעליון נקבע ברוב כי הדין הישראלי יחול. השופטת ארבל נימקה את ההחלטה בכך עקב העובדה שלשני הצדדים מקום מושב משותף בישראל ולפיכך ניתן להחיל דין ישראלי, בעוד השופטת חיות נימקה את המקרה בנימוק של מדיניות, עקב חוסר הצדק שנובע מהמקרה. בדיון הנוסף התהפכה ההחלטה ונקבע כי ההחלטה צריכה להתקבל על פי מקום ביצוע העבירה וכי הנימוקים שהיו בדיון הקודם אינם מתאימים למקרה.

**מה ההבדל בין משפט בינלאומי פרטי לבין משפט בינלאומי פומבי?**

* סכסוכים בעלי אופי פרטי (בני אדם פרטיים או תאגידים) לעומת יחסים בין מדינות (בעיקר).
* המשפט הבינלאומי הפרטי מהווה חלק מהמשפט המוניציפלי המקומי המשתנה ממדינה למדינה לעומת מערכת משפט נפרדת, אוניברסלית המשותפת לכל המדינות.
* מדינות במובן המשפטי (מערכת משפט נפרדת למדינות בשיטה פדרלית) לעומת מדינות באופן הפוליטי (כולל פדרציות החותמות בשם ההתאגדות המדינית כולה על הסכמים ואמנות לדוגמה).

**מעמדם של יהודה ושומרון במשפט בינלאומי פרטי:**

* יהודה ושומרון אינם חלק ממדינת ישראל בהיבט המשפט הבינלאומי הפרטי, כל עוד אין סיפוח והחלת ריבונות.
* סמכות שיפוט בינלאומית- כללים מיוחדים לגבי המצאה לאנשים שנמצאים ביהודה ושומרון ובשטחי הרשות.
* הדין החל ביהודה ושומרון:
  + המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מס' 2), ה'תשכ"ז- "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ה באייר ה'תשכ"ז (07.06.67) יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה ו לכל מנשר או צו שינתנו על ידי".
  + תקנון המועצות המקומיות (יהודה ושומרון), ה'תשמ"א-1981- נספח 6 קובע רשימה של חוקים בישראל, בעיקר בנושאי דיני המשפחה, אשר יחולו על אזרחים ישראלים החיים ביהודה ושומרון. לגבי כל החוקים האחרים, כעיקרון, אין תחולה.
  + במקרים בהם מעורבים תושבים פלסטינים וישראלים, עולה השאלה האם חל הדין הישראלי או הדין הירדני וזו מוכרעת על פי ככלי ברירת הדין שנלמד בהמשך.

**סמכות שיפוט בינלאומית:**

כאשר אנו מדברים על סמכות שיפוט במקרה שמגיע לבית המשפט, עליו לבחון את הנושא בשלושה מישורים-

1. **האם בית המשפט מוסמך?** **3 סוגי סמכות-**

* **בינלאומית**- האם לבתי המשפט בישראל יש סמכות?
* **עניינית**- האם לבית המשפט מסוג זה יש סמכות?
* **מקומית**- האם לבית המשפט במקום זה יש סמכות?**[[2]](#footnote-2)**

1. **האם בית המשפט מוכן?**

בית המשפט רשאי לסרב להפעיל את סמכותו על פי בקשתו של הנתבע בנסיבות מסוימות (למשל, אם מוכח שישראל פורום לא נאות- ישנה סמכות טכנית, אך הנתבע מוכיח כי מדינה אחרת מהווה פורום מיטבי יותר).

**ברירת הדין:**

* **ככלי ברירת הדין קובעים איזה דין חל.**
* **קיימים ככלי ברירת דין שונים לכל תחום במשפט הפרטי**, כגון דיני נזיקין, דיני חוזים ודיני קניין.
* **כיצד השופט יודע את התוכן של הדין הזר?** ישנן מדינות הנוקטות בגישה שבית המשפט יזמן מומחה לדין זר בפני עצמו וישנן מדינות שבהן קיימים מכונים האמונים על כך. בישראל, הצדדים אמונים על הבאת המומחים והידע של הדין הזר. האתגר בא לידי ביטוי אצל השופט אשר אמור לבחור בין שני חוות דעת שונות על מערכת דינים שזרה לו.
* **מה קורה כאשר הדין הזר לא הוכח?** ייתכן שבית המשפט יידחה את התביעה או "חזקת שוויון בין הדינים"- בהקשרים מסוימים בית המשפט מוכן לסמוך על "חזקת פיקציה" המניחה שהדין הזר שווה לדין הישראלי.

ישנן שתי גישות מקובלות לכללי ברירת הדין:

1. **גישה מסורתית- גישת חוליית קישור:**

* בכל כלל ברירת הדין יש חוליית קישור אחרת שמפנה למערכת משפט מסוימת.
  + לדוגמה- "על ירושה חל דין מקום מושבו של הנפטר ביום מותו", ס' 137 לחוק הירושה, ה'תשכ"ה-1965).[[3]](#footnote-3) חשוב לציין כי לא מדובר במקום פטירתו של הנפטר, אלא מקום מושבו- חשוב לבחינה!
* יש חוליות קישור "אישיות":
  + מקום מושב ("דומיסיל")- כמו בירושה ויחסי ממון למשל.
  + אזרחות- כמו בנישואין.
* יש חוליות קישור "עובדתיות":
  + מקום ביצוע העוולה.
  + מקום הימצאות הנכסים ("סיטוס")- בדיני קניין למשל בנוגע להעברת נכסים.

1. **גישה חדשה לברירת הדין- "מירב הזיקות", ה-PROPER LAW:**

מחילים את הדין שיש לו הקשר האמיץ/הקרוב/המשמעותי ביותר עם הדיין הנדון- הדין הנאות.

דוגמה לכך היא בפסק הדין **Babcock v. Jackson**. מדובר בזוג אנשים שמתגוררים בניו-יורק בשנות השישים של המאה הקודמת והם מעוניינים לנסוע לטיול ברכב של ג'קסון המבוטח ורשום בניו-יורק. בעת המעבר גבול לקנדה (אונטריו) למזלם הרע הם עוברים תאונת דרכים, בה הגברת בברוק נפגעת והיא מגישה תביעה נגד ג'קסון בבית המשפט בניו-יורק.

עולה השאלה- **איזה דין חל?** חשוב לציין כי עניין זה רלוונטי רק במקרים בהם ישנם הבדלים בין הדינים. הדין באונטריו כולל את "חוק האורח", הקובע כי כאשר אדם נפגע בתאונת דרכים כשהיה סטטיסט לא יהיה זכאי לפיצוי אלא אם יוכיח רשלנות רבתית. לעומת זאת, בניו-יורק תידרש רשלנות רגילה. ברור לנו כי לפי הגישה המסורתית הדין שהיה נבחר הינו הדין הקנדי על פי מקום ביצוע העוולה.

הגישה שנבחרה על ידי בית המשפט היא הגישה החדשה ועל פיה נקבעה כי מירב הזיקות נוגעות לדין של מדינת ניו-יורק, עקב ההיכרות המקדימה המתבססת בניו-יורק, העובדה כי הרכב מבוטח ורשום במדינת ניו-יורק וכו'. מקרה זה מזכיר לנו את פסק הדין הישראלי על תאונת הדרכים בניו-זילנד, אך המקרים שונים במהות, עקב מספר זיקות מועטות לישראל, פרט להיות שני המעורבים אזרחים ישראלים.

**קליטת פסקי חוץ:**

* **באיזה מקרים בעל דין יהיה מעוניין באכיפה/הכרה בפסק דין זר?** אכיפה זה בעת הרצון להוציא דבר לפועל (כמו פסק דין מזונות למשל הניתן לטווח ארוך).
* הכללים נמצאים ב**חוק אכיפת פסקי חוץ, ה'תשי"ח-1958**.

**דוגמת סיכום- רע"א 2903/96 מסיקה נ' דולנס:**

מדובר על מר מסיקה שהוא תושב ישראל שגילה על גידול בראש עקב כאבים חוזרים ונשנים. הוא קיבל המלצה על פרופ' דולנס המומחה בהסרת גידולים עם מוניטין בינלאומי, אשר במקורו מסלובניה. עקב הדחיפות, מסיקה נוסע לבצע את הניתוח בסלובניה, שם הגידול מוסר, אך מסיקה הופך להיות משותק לחלוטין. לאחר התייעצות עם עורכי דין, הוא מגיע למסקנה כי מדובר בתוצאה הנובעת מרשלנות של פרופ' דולנס.

דבר ראשון שנבחן הוא **האם בית המשפט מוסמך?** במקרה זה, מתבצע שימוש ב"כלל התפיסה" המבוצע כאשר הן התובע והן הנתבע נמצאים בישראל. פרופ' דולנס טוען שמדינת ישראל לא מוסמכת לדון בנושא, או לכל הפחות מהווה הפורום הלא נאות, עקב מיקום ביצוע העוולה שהיה בסלובניה. עם זאת, חשוב לציין כי ישנו אינטרס ישראלי לדון במקרה, עקב הרצון לסייע לאזרח ישראלי שנפגע קשה עקב ההליך. נקבע כי ישראל היא פורום נאות ובית המשפט מוכן לדון בנושא.

שנית, **איזה דין חל?** ישנם שני היבטים בעייתיים באימוץ הדין הסלובני- הראשון, היא תקופת התיישנות של שלוש שנים בסלובניה, זמן שכבר חלף. השני, הוא היות מסיקה חולה פרטי שנותח בבית חולים ציבורי- על פי הדין הסלובני לא חלה אחריות במקרה שבוצע ניתוח בבית חולים ציבורי לרופא עצמו, אלא לבית החולים. במקרה זה, מר מסיקה לא יוכל לתבוע את בית החולים, כיוון ש"כלל התפיסה" לדוגמה לא יתקיים בוודאות. **האם נבחרה הגישה החדשה או המסורתית?** השופט בערכאה הראשונה הולך בכיוון המדיניות וטוען כי לפי גישת "מירב הזיקות" יש להחיל את הדין הישראלי. בערכאה השנייה, התהפכה ההחלטה ונקבע כי מקום ביצוע העוולה קובע. פרופ' דולנס הביא מומחה מטעמו לדין הסלובני, אך המומחה לא התייצב לחקירה הנגדית ועל פי כללי סדר הדין האזרחי נדחית חוות דעתו, ולכן הדין הסלובני לא הוכח. **לכן,** הופעלה חזקת שוויון בין הדינים, אשר מחילה בפועל את הדין הישראלי והרופא נמצא אשם.

שלישית, **האם התובע יוכל לאכוף את פסק הדין הישראלי בחו"ל?** בפועל מסיקה לא הצליח להביא לאכיפת פסק הדין.

**כללי סמכות שיפוט בינלאומית:**

כללים אלו חשובים במיוחד בכדי למנוע את תופעת ה-FORUM SHOPPING, במסגרתו אנשים מחפשים את הפורום המשפטי הנוח להם ביותר במסגרתו הם יוכלו להשיג את התוצאה הרצויה להם, גם ללא קשר מעשי למקום התביעה. דבר נוסף, במידה ותימצא מערכת משפט מיטבית המאפשרת השגת תוצאות חיוביות לנתבעים רבים, ייתכן עומס קשה על אותה המערכת אשר יפגע בנגישות המשפטית עבור האזרחים המקומיים של אותה המדינה.

**מה המטרה של המצאה?**

* סעיף 158 לתקנות סד"א משנת 2018 קובע כי "מטרת ההמצאה היא להביאה לידיעת הנמען את תוכנו של מסמך שנדרש שיהיה בידיעתו, ולעניין כתב הטענות הראשון המוגש, גם להחיל על הנתבע את מרות בית המשפט". המשמעות היא שלא די בהוכחה שהנתבע ידע על התביעה על מנת להקנות סמכות (נקבע ב**בע"מ 1378/07** ציפורה יוסף זדה נ' אליהו יוסף זדה).

**הכללים:**

1. **המצאה לנתבע בישראל- "כלל התפיסה":**

* המקור לכלל הינו בתקנות סדר דין אזרחי משנת 1984- תקנות 475, 476, 481 ו-484.
* במסגרת התקנות החדשות מינואר 2021- תקנות 148 ו-163.
* מדובר בכלל שנלקח מהמשפט המקובל.מדובר בהמצאת הזמנה לדין לנתבע בזמן שהוא נמצא בישראל המקנה לבית משפט ישראלי סמכות (לפי **פס"ד אברומסקי**).
* שתי דוגמות ל-FORUM SHOPPING:
  + נוכחות זמנית- **Mabaranee of Baroda**: מדובר באישה שקנתה ציור מזויף והיא מצאה כי הגשת תביעה באנגליה, שאינה קשורה לכל הנושא, תביא לה לתוצאות חיוביות. היא שוכרת חוקר פרטי המגלה כי האדם שמכר לה את התמונה אוהב תחרויות סוסים ובכוונתו להגיע לאנגליה לטובת תחרות ל-24 שעות, במהלכן הוא מקבל הזמנה לדין.
  + **Pimcapco v. Hecke**- פסק דין ישראלי המערב שני גרמנים. אחד מהמעורבים הגיע להעיד במסגרת הליך פלילי אחר. גרמני אחר תפס את ההזדמנות לתבוע אותו בישראל, לאחר שהעילה עליה הוא רצה לתבוע כבר התיישנה בגרמניה.
  + סייג הינו כאשר הנתבע או נציגו הגיעו לישראל כדי לכפור בסמכות עד 14 יום ממתן החלטה לגבי הטענה בעניין זה, לפי **תקנה 169**.
* **תקנה 163(ב)**- "באין אפשרות למצוא את הנמען, די בהמצאת הכתב **[בביתו]** לאחד מבני משפחתו הגרים עימו ושלפי מראית כין מלאו לו שמונה עשרה שנים" (מתבסס על מקור מתקנה 481).

**יתרונות וחסרונות לכלל התפיסה:**

* **יתרונות:**
  + קל ליישם;
  + תואם עיקרון הריבונות הטריטוריאלית;
  + תואם את ציפיות הצדדים.
* **חסרונות:**
  + מאפשר FORUM SHOPPING;
  + נוכחות הנתבע אינה מבטיחה קשר עניין בין התביעה לישראל.

**המצאה לתאגיד:**

* **תקנה 163(ה)** קובעת כי "אם הנמען תאגיד, יומצא המסמך למשרד או למען הרשום של התאגיד, ולתאגיד שהוקם בחוק- למשרדו של מנהל התאגיד." מדובר בשינוי נוסח קל ולא מהותי מ**תקנה 484 הישנה**.
* **סעיף 346 לחוק החברות** קובע כי ישנה החובה לרישום חברות חוץ. חשוב בעיקר סעיף קטן (ב)(3)- "הבקשה לרישום תוגש לרשם בתוך חודש לאחר הקמת מקום העסקים ויצורפו לה מסמכים אלה: (3) השם והמען של אדם היושב בישראל המורשה לקבל בעבור החברה כתבי בי-דין והודעות שיש להמציא לחברה".

1. **המצאה למורשה/נציג בישראל לקבלת כתבי בי-דין:**

* המקור הינו בתקנות סד"א משנת 1984- תקנות 477, 482 ו-483.
* במסגרת התקנות החדשות מינואר 2021- **תקנה 163**. הקובעת בסעיף קטן (א) כי "ההמצאה תהיה ככל האפשר לנמען עצמו; אם הנמען מיוצג בידי עורך דין, יש להמציא לו במקומו; אם מינה לשם ההמצאה מורשה מטעמו- ניתן להמציא למורשה במקומו."
* מדובר בשינוי מ**תקנה 477 הישנה** המאפשרת לבחור את הגשת כתב בי-הדין בין אם לנמען ובין אם לעורך דינו, בעוד התקנה החדשה מחייבת את ההגשה לעורך דין במקום בו הנמען מיוצג. שינוי התקנה מעלה תהייה לגבי המשמעות המשפטית של הגשת כתב בי-דין לנמנע במקרה בו הוא מיוצג על ידי עורך דין- האם ההמצאה תהיה טובה? נכון להיום אין תשובה בנושא. מאמרים בנושא גורסים כי ההמצאה לא תיחשב כתקפה.
* **תקנה 478 הישנה** קובעת כי כל אדם יכול להתמנות כ"מורשה לקבלת כתבי בי-דין, כאשר החיוב היחיד מתייחס לצורת המינוי- בכתב וחתום על ידי המרשה. פירוט זה על אופן מינוי המורשה וצורת המינוי לא נכלל בתקנה 163.

**פסיקה בעניין המצאה לעורך דין:**

* לא כולל עורך דין בעניין אחר- **בע"מ 1378/07 זדה נ' זדה**: במידה ויש עורך דין המייצג את פלוני בסוגיה מסוימת, זה לא אומר באופן אוטומטי כי הוא רשאי לקבל בשם אותו פלוני כתב בי-דין בסוגיה אחרת. במידה וקיים ייפוי כוח כללי אשר נותן לו סמכות לקבל כתבי בי-דין בכל דבר ועניין הדבר שונה כמובן. במקרה הנדון, מדובר על תביעה בתחום דיני המשפחה (תביעת גירושין), במסגרתה הגבר עובר להתגורר באנגליה, בעוד האישה והילדים ממשיכים להתגורר בישראל. הייתה התדיינות בבית הדין הרבני והבעל מינה עורך דין מסוים בכדי שייצג אותו בפני בית הדין. האישה רצתה להגיש תביעה להגשת תביעת מזונות ילדים בפני בית המשפט לענייני משפחה והיא מגישה את ההזמנה למשפט לאותו עורך המייצג את הבעל בפני בית הדין הרבני- עולה השאלה האם הוא מורשה לקבל כתב בי-דין בדבר תביעת המזונות? האם מדובר באותו עניין או עניין אחר? **נקבע בפסק הדין** כי מדובר בעניין אחר, וכי ההרשאה שהתקיימה מהבעל לייצוג הייתה אך ורק עבור הייצוג בפני בית הדין הרבני בתביעת הגירושין.
* ייפוי כוח מסויג- **פרשת אוסטפלד נ' בהירי**: גם במידה ופלוני מחליט לשכור את שירותי של עורך דין ומעניק לו ייפוי כוח על מנת שיפעל בסוגיות מסוימות בשמו, הוא יכול לסייג את ייפוי הכוח, ולציין באופן מפורש כי ייפוי הכוח לא מקנה לעורך הדין את הסמכות לקבל כתבי בי-דין. יש לציין, כי באופן כמעט אוטומטי, מרבית ייפוי הכוח המנוסחים על ידי עורכי הדין מהווים ייפוי גורף, כולל סמכויות לקבלת כל כתבי בי-דין, וזאת כמובן מתוך מניעים כלכליים של עורך הדין. המרצה גורסת כי המעבר לתקנות החדשות לא יישנה את האפשרות הקיימת לסייג את ייפוי הכוח.

25.10.20

**הרצאה מס' 2- סיום הדיון בכללי סמכות שיפוט בינלאומית ותחילת דיון בסירוב להפעיל סמכות:**

**כללי סמכות שיפוט בינלאומית:**

**2. המשך- המצאה למורשה/נציג בישראל לקבלת כתבי בי-דין:**

**המצאה לממונה על המקרקעין:**

* **תקנה 483(א)** הישנה- "הייתה התובענה בעניין מקרקעין, וכל כתב בת-דין שאי אפשר להמציאו לנמען גופו, די בהמצאתו למורשהו הממונה על המקרקעין".
* **תמ"ש 26864-07 פלוני נ' פלונית-** מדובר בידועים בציבור לשעבר, כאשר הגבר עבר לגור בחו"ל. האישה טוענת שמגיע לה מחצית מהבית שרשום על שמו, מתוקף חזקת השיתוף. הוא אינו נמצא בישראל והיא צריכה להמציא לבית המשפט סמכות, ויש לו בן דוד המתגורר בארץ ומטפל בכל העניינים הנוגעים לבית. האישה הגישה הזמנה לדין לבן הדוד האמור. עולה השאלה האם הוא מורשה. הנתבע טען כי הוא אינו מורשה עקב כך שאין שום הרשאה רשמית, בעוד האישה טוענת כי הוא הממונה לאור העובדה שהוא מטפל בכל ענייני הבית. בית המשפט החליט כי אכן מדובר בממונה וכי אין צורך בהרשמה פורמלית.
* אין תקנה מקבילה בקובץ החדש. השאלה האם זה ייכנס בתוך **תקנה 163(ג)?**

**המצאה ל"נציג מטעמו" (מורשה בהנהלת עסקים):**

* **תקנה 163(ג)**- "התגורר הנמען מחוץ לתחום המדינה ויש לו בתחומי המדינה נציג מטעמו המייצג אותו באופן קבוע בקשר לענייניו בישראל, ניתן להמציא לנציג אם התביעה נוגעת לאותו עניין".
* תקנה חדשה זו הייתה המקבילה של **תקנה 482 הישנה**- "הייתה התובענה בעניין עסק או עבודה נגד אדם שאינו גר באזור השיפוט של בית המשפט המוציא כתב בי-דין, די בהמצאת הכתב למנהל או למורשה, העוסק אותה שעה בעצמו מטעם האדם בהנהלת אותו עסק או אותה עבודה באותו אזור שיפוט".
* **מהי המשמעות של השינויים בנוסח התקנה?** כעת התקנה מדברת על "נציג מטעמו"- האם זו אותה כוונה או שזה שונה "מאדם שעוסק בעצמו מטעם האדם בהנהלת אותו עסק"? בית המשפט ככל הנראה ימשיך באותו קו שהיה תחת התקנות החדשות- לא צפויה הרחבה של יריעת התקנה, אלא מדובר בניסוח מעט יותר בהיר. בנוסף, ישנה התייחסות בתקנה הישנה לא רק לסמכות שיפוט בינלאומית, אלא גם לסמכות שיפוט מקומית (אזורים ומחוזות בישראל).
* **כיצד נגדיר "מנהל עסקים"?** המבחן שפותח בפסיקה הוא **מבחן "אינטנסיביות הקשר"**- "ככל שניתן יהיה לדלות מן העובדות יותר סממנים של שיתוף פעולה עסקי בין הנתבע לבין מנהל "עסקיו", כן תגבר הנטייה לראות ב"סוכן מכירות" "מורשה"" (**רע"א 39/89 GENERAL ELECTRIC**).
  + דוגמה להמחשה- במידה ואדם מייבא סחורה לעיתים רחוקות, פעם בשנה או שנתיים, מיצרן כלשהו, ככל הנראה הקשר שביניהם לא יעלה להגדרה של קשר אינטנסיבי. לעומת זאת, קשר וייבוא רציף או הסכם זכיינות, הבא לידי ביטוי בקשר יומיומי יעלה כדי קשר אינטנסיבי.
* **דוגמות מהפסיקה בעניין תקנה 482**- השפעה של השינוי בנוסח?
  + **תביעה נגד חברת BMW נמסרה ליבואן של רכב וסוכנות ממנה הרכב נרכש (רע"א 11556/05 קמור רכב בע"מ נ' חיים חימו)-** מקרה של תביעה נגד יצרן רכבים על ידי לקוח שטען שהרכב שרכש אינו תקין. אותו הלקוח הגיש תביעה לאחד היבואנים בארץ. השאלה שעלתה היא האם היבואנים של הרכבים נתפסים כ"מורשים" לצורך התקנה? במקרה האמור הוכח כי הקשר המתקיים בין השניים הוא כמעט יומיומי, ולאור העובדה שהוא מהווה זכיין, מביא לכך שהתקנה מתקיימת.
  + **החברה הישראלית מופיעה כ"סניף" באתר של החברה הזרה (בש"א 6811/07 אידקס אין ליין נ' רפפורט)-** החברה הישראלית שאליה הומצא ההזמנה לדין מופיעה כ"סניף" באתר של החברה הזרה. החברה הזרה מנסה לטעון כי החברה הישראלית אינו מורשית. האם נתון זה מספיק לשם קיום התקנה? המצג הקיים, שהחברה מוצגת כסניף וכמורשה, מביא לכך שהתקנה מתקיימת.
  + **החברה הישראלית הצהירה שהיא מורשה של הנתבע הזר (רע"א 3148/06 MAYTAG CORPORATION נ' פישמן)-** החברה רושמת באתריה כי היא המורשית של הנתבע הזר- האם זה מחייב את הנתבע הזר? החברה לא יכולה לחייב את הנתבע הזר, ולכן פרט זה אינו מספיק ויש צורך לעמוד במבחן האינטנסיביות בכדי לעמוד בתקנה.
  + **החברה הזרה הצהירה שהחברה הישראלית אינה רשאית לקבל כתבי בי-דין עבורה (ע"ר 59443-03-19 בן זאב נ' BOOKING.COM)-** התקיימה תביעה ייצוגית נגד האתר העולמי. ההמצאה לדין הומצאה עבור חברת BOOKING ישראל המהווה חברת תמיכה. החברה הזרה, הולנדית, טענה שהחברה הישראלית אינה מורשה שלה- כתוב באתר של BOOKING העולמי שאין לסניפים במדינות השונות סמכות לקבל כתבי בי-דין מטעמם. בנוסף, החברה טוענת שהחברה הישראלית אינה עוסקת בהזמנות מול הלקוחות, אלא יותר עוסקת בקשר עם בתי-מלון וכו' בארץ. הניסוח האמור מזכיר במאפייניו את ייפוי הכוח המסויג שהזכרנו קודם, אך כאן אנו בוחנים את התקיימות התקנה מתוך העובדות בשטח. הערכאה הראשונה קיבלה את הטענה של החברה העולמית, אך בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור, בטענה כי לא ניתן לבטל את אינטנסיביות הקשר באמצעות תנאי מגביל.
  + **החברה הישראלית ייצגה את האינטרסים של החברה הזרה בכנסת (רע"א 11822/05 PHILIP MORRIS USA INC**. **נ' יובל אל רואי)-** מדובר בתביעה ייצוגית נגד החברה היצרנית על ידי אנשים מעשנים וההזמנה לדין הוגשה לחברה ישראלית שמייבאת את הסיגריות. החברה זו לא רק מייבאת את הסיגריות, אלא גם מייצגת את האינטרסים של היצרן בישראל, בכנסת לדוגמה (לובי). נקבע לפיכך כי התקנה מתקיימת עקב התקיימות קשר אינטנסיבי.
  + **מסירה לסגן נשיא של AMAZON שהגיע לכנס בישראל (רע"א 1607/16 AMAZON נ' פריימר)-** אדם רצה לתבוע את אמזון, אך ככל הנראה לא היה שום נציג בארץ שנחשב למורשה, והתברר שסגן הנשיא של אמזון אמור להגיע לישראל לטובת כנס הקשור לעסקי חברה. השליחים מטעם התובע הגיעו לבית המלון בתל אביב, בו השתכן סגן הנשיא, והביאו לו את ההזמנה לדין כשהוא נכנס לכנס, בטענה כי הוא מורשה של אמזון. נקבע שכיוון שהוא נציג בכיר הוא נחשב כמורשה לפי התקנה. עולה השאלה האם התשובה תהיה שונה על פי התקנות החדשות? ככל הנראה הדין יהיה שונה, כיוון שהתקנה החדשה דורשת שהאדם ייצג את ענייניו של הנתבע בישראל באופן קבוע. יש הטוענים כי פסק דין זה, שהיה שנוי במחלוקת, היווה את הבסיס לניסוח המסוים הזה של התקנה החדשה.
  + **מסירה לעובד של החברה הזרה שהגיע לישראל להידברות (בש"א 13292/08 VESTEL FOREIGN TRADE CO. נ' אמפא מוצרי צריכה בע"מ)-** ווסטל היא חברה טורקית שהייתה בקשר עסקי עם אמפא. היה סכסוך עסקי בין שתי החברות והחברה הטורקית רצו לפתור את הסכסוך בדרכי נועם והם שלחו נציג לישראל בכדי לבצע משא ומתן לטובת פתרון. במהלך השהות של הנציג בישראל אמפא הציגו לו הזמנה לדין בטענה שהוא מורשה לפי תקנה 482. החברה הטורקית הצליחה להוכיח כי מדובר בעובד לא בכיר ללא סמכויות רחבות, דבר שנראה מעט תמוה לאור התפקיד והמשימה שהוא בא לבצע, ונקבע כי לעובד אין סמכות לקבל כתבי בי-דין. לטענת המרצה, ישנה בעייתיות גם עם תום הלב במקרה הנדון, לאור הניצול של כוונתה הטובה של החברה הטורקית. בדומה למקרה הקודם, לפי התקנות החדשות, התביעה לא הייתה יכולה להצליח.
  + **תביעה נגד ארגוני טרור נמסרה למנהיגים של הארגונים בכלא בישראל** **(ע"א 3426/09 שמחה רייזל נ' ארגון הג'יהאד האיסלאמי ואח')-** הייתה תביעה נגד ארגוני הטרור על ידי אנשים שנפגעו בפיגועי טרור או שבני משפחותיהם נפגעו/נרצחו בפיגועים. נאמר כי אומנם אין להם נציגות בישראל, עקב היותם ארגונים בלתי-חוקיים, אך נטען כי הפעילים היושבים בבתי הסוהר הם נציגים של הארגונים לפי תקנה 482, לפי ראיות שהציגו כי הם עדיין בקשר עם הארגונים. בית המשפט קיבל את התביעה על בסיס הקשר הקיים בין האסירים לארגונים, אך ייתכן כי התביעה התקבלה במידה רבה גם על פי שיקולי מדיניות. האם ההחלטה הייתה משתנה לאור התקנות החדשות?

1. **המצאה לנתבע הנמצא בשטחים המוחזקים (ב"אזור")-**

* המקור הינו בתקנות סדרי-דין (המצאת מסמכים לשטחים מוחזקים), ה'תש"ל-1969 (לאחר תיקונים).
* **תקנה 2** קובעת כי המצאה לנתבע שנמצא ב"אזור"- בדרך הקבועה להמצאה בתוך ישראל (כלומר- "כלל התפיסה") עם תרגום לערבית. תרגום זה לא נדרש כאשר הנתבע הוא יהודי-ישראלי.
  + **רע"א 72426-01-19 ארץ הצבי- חברה לעבודות בניין בע"מ ואח' נ' חמדאן ואח'.**
* מדובר על החלה עבור שטחי C בלבד, וחל על כל הנוכחים בשטחים אלו, יהודים ולא-יהודים כאחד. ה"אזור" מוגדר ב**תקנה 1** (הגדרות) כ"כל אחד מן השטחים המוחזקים בידי צה"ל", למעט שטחי המועצה הפלסטינית.

1. **המצאה לנתבע בשטחי הרשות הפלסטינית-**

* המקור הינו בצו שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה- שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), ה'תשנ"ט-1999.
* על מנת להמציא לנתבע בשטחי הרשות הזמנה לדין, יש להעביר את המסמך לנציג מוסמך מטעם המועצה הפלסטינית, כלומר- הרשות הפלסטינית ממנה גורם מורשה שתפקידו הוא להעביר הזמנות לדין. התובע עצמו לא שולח את ההזמנה לנתבע עצמו, אלא דרך הגורם הממונה. גם עצם המסירה עצמה צריכה להתבצע דרך משרד המשפטים, שם קיים ממונה המקביל למורשה ברשות.
* גם כאן נדרש תרגום המסמך לערבית, מאושר על ידי עורך דין ישראלי.
* **מטרת ההסדר**, כפי שנקבע על בית המשפט (**רע"א 9048/07 רש"פ נ' גולדמן**) הוא מתן הסדר ביניים כיוון שהרשות הפלסטינית לא נמצאת בשליטה מלאה ישראלית. מצד שני, איננו מכירים ברשות כמדינה ריבונית ולכן לא היה רצון לקיים הסכם כמו אלו המתקיימים בין ישראל לבין מדינות אחרות.

1. **המצאה לנתבע בחו"ל- (נעסוק בהרחבה בהמשך)**

* המקור הינו בתקנות סד"א משנת 1984- תקנות 500-502.
* במסגרת התקנות החדשות מינואר 2021- תקנות 166-169.
  + ההמצאה תתבצע רק עם היתר מבית המשפט כאשר מתקיימת אחת מהעילות ב**תקנה 166** (**תקנה 500 הישנה**).

1. **כפיפות לשיפוט-**

* הנתבע הסכים לסמכות של בית המשפט, אך התחרט לאחר מכן.
* **כפיפות מראש- תניית שיפוט:**
  + מקרה בו הצדדים מסכימים מראש שלבית המשפט בישראל יהיה סמכות במסגרת תניה בהסכם.
  + גם אם מדובר בתניית שיפוט מקבילה, זה מקנה לבית המשפט הישראלי סמכות. בנוסף, מומלץ לקבוע בחוזה שגם דין ישראל חל עליו (**דין מהותי**).
  + **תקנה 161(1)** מעגנת את ההסכמה לשיפוט כעילה להמציא לחו"ל.
  + היום לא ברור איך מקנים סמכות כי אין עילה להמציא לחו"ל.
* **כפיפות בדיעבד:**
  + מצב בו הנתבע הביע, לפי ההתנהגות שלו, הסכמה לכפיפות לשיפוט במערכת המשפט הישראלית.
  + הופעה בדיון או כל פעילות במהלך התדיינות רק על מנת להכחיש סמכות אינה כפיפות כל עוד הטיעון של חוסר סמכות לא נזנח. ניתן, במקביל להכחשת הסמכות, להעלות טענה חילופית, לפיה למרות שההמצאה לא הייתה תקינה, להתייחס לגופו של עניין. במסגרת **פרשת אינגר** (**ע"א 464/65 אינגר נ' פריס ישראל סרטים בע"מ**) הנתבע טען חוסר סמכות במקביל לטענות לגופו של עניין, אך בשלב מסוים הזניח את טענת חוסר הסמכות וזה כבר היה מאוחר מידי.
  + דוגמות להמחשה (שניהם מערבים את הרש"פ):
    - **בר"ע 3384/07 הלאומית- חברה לביטוח נ' עדלי חמדאן-** הנתבע זה חברה ביטוח שמנהלת את עסקיה בשטחי החברה הרשות הפלסטינית והחברה הזו ביטחה את המשאית של התובע, אך היא שילמה פיצויים עבור התובע לאחר שזה ביצע תאונה עם המשאית. לכן, הוא מעוניין להגיש תביעה ובניגוד לתקנות, הגיש את כתב התביעה למשרדי החברה. עם זאת, עורך הדין של החברה קיבל את ההזמנה לדין וחתם על כך. לאחר מכן, הנתבעת באה וטוענת כי אין סמכות כיוון שההמצאה לא תואמת לדין. בית המשפט מסכים לך שאין המצאה, אך ישנה כפיפות לאור החתימה והקבלה של עורך הדין.
    - **ע"ע 723/07 מחאג'נה נ' עמותת מרכז הדמוקרטיה וזכויות העובדים-** עורך הדין מחאג'נה עבד כיועץ משפטי של העמותה האמורה, אשר יושבת ברמאללה ופועלת בכדי להגן על זכויות עובדים פלסטינים. עורך הדין אזרח ישראלי ומתגורר באום אל פאחם ומייצג מעת לעת פלסטינים בערכאות ישראליות. על פי טענת התובע החברה פיטרה אותו מבלי לשלם לו את מה שמגיע לו, אירוני לאור תפקיד העמותה. עורך הדין רצה להגיש תביעה בבית הדין לעבודה בארצה והוא עצמו המציא את ההזמנה למשרדי החברה, שוב, בדומה למקרה הקודם, בניגוד לתקנות. עצם ההמצאה לא מקנה סמכות לבית המשפט, אך עורך דין אחר של העמותה לא ידע זאת והוא הגיש בקשה לבית הדין לעבודה וביקש ארכה להכנת כתב ההגנה שלו. רק לאחר המעשה הוא הבין את גודל המעשה שלו וטען כי אין סמכות לבית הדין לאור צורת ההמצאה. עם זאת, בית הדין קבע כי הוקנה סמכות לאור התנהגות העמותה- בקשת ארכה.

עד כה דנו בכללי סמכות רגילים, הרלוונטיים לרוב התביעות האזרחיות. ישנם בחוקים מסוימים כללי סמכות מיוחדים להקשרים מסוימים.

**7. כללי סמכות מיוחדים- דוגמות:**

* **סעיף 76** לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ה'תשכ"ב-1962: "בתי המשפט בישראל מוסמכים... (2) לפי הפרק השני והשלישי לחוק זה בכל מקרה שהצורך לעשות כן התעורר בישראל". אנו עדים כאן לכלל סמכות מאוד מרחיב, המקנה סמכות בכל מקרה שעלה צורך. כמובן שניתן לראות זאת כמתאים לתפיסה שבית המשפט רואה עצמו כאב ליתומים, ולכן ישנה כאן הרחבה בנוגעת לילד/ה הנמצא/ת בישראל ובית המשפט סבור שיש לדון בעניינו/ה.
* **סעיף 136** לחוק הירושה, ה'תשכ"ה-1965: "בית משפט בישראל מוסמך לדון בירושתו של כל אדם שמושבו ביום מותו היה בישראל או שהניח נכסים בישראל".
  + אנו יכולים לראות כי נושא ההמצאה והכפיפות אינם נכנסים בסעיף זה, אלא יש לנו שני עילות חילופיות- מקום מושבו של הנפטר ביום מותו והנחת נכסים בישראל, להקמת סמכות לבית המשפט בישראל.
  + מה המשמעות של **"בירושתו"**? מה ייחשב לתביעות ירושה?
    - **ע"א 2846/03 אדלרמן נ' ארליך-** תביעה של מנהל העיזבון נגד חייב:התובע הוא מנהל העיזבון של מנוח שנפטר בארצות הברית והוא טוען שהנתבע הנמצא בישראל חייב כסף לעיזבון ושמתוקף סמכותו לבצע את התביעה, בעוד הנתבע טוען כי אין סמכות לאור שמקום מושבו של הנפטר לא היה בישראל והוא לא הניח נכסים בישראל. בית המשפט קובע כי העובדה שהתובע הוא מנהל עיזבון אינה הופכת את התביעה לתביעת ירושה, וכי מדובר בתביעת חוב עם **סעד** של אכיפת חוב.
    - **ת"א 2301-03-16 ברני נ' קוהרי-** תביעה כספית של יורש "חדש" נ' היורשים: פה מדובר על מנוח שמקום מושבו היה באוסטריה וצו הירושה ניתן על ידי בית משפט אוסטרי. המנוח לא הותיר צוואה ולא היו לו ילדים וקרובי המשפחה הכי קרובים היו זוג אחיות ישראליות שככל הנראה היו בנות דודו והן קיבלו את כל העיזבון. לאחר מכן, צץ תושב גרמניה המגלה על פטירת המנוח וטוען כי הוא קרוב משפחה באותו דרגת קרבה של שתי האחיות הללו, מהצד השני של המשפחה, ולכן מגיע לו שליש מהעיזבון. על פי הדין האוסטרי אין אפשרות לתקן צו ירושה ועל פי הדין האוסטרי הסעד המשפטי היחיד שלו הוא להגיש תביעה נגד שתי האחיות ולבקש שיפוי. היורש החדש מגיש תביעה בישראל, כיוון שלבית המשפט האוסטרי אין סמכות כלפי האחיות. האחיות טוענות שמדובר עניין בירושה וכי אין סמכות כיוון שמקום מושבו של הנפטר לא היה בישראל וכי הוא לא הניח נכסים בישראל. לעומת זאת, עורך דינו של היורש החדש לא טוען כי מדובר בתביעה של ירושה ולכן אין לשפוט לפי הכלל ב**סעיף 136**. בית המשפט קובע שלא מדובר בעניין של ירושה, וכי על מנת לדעת האם מדובר בתביעת ירושה יש להסתכל על הסעד שהתובע מבקש, וכאן הסעד המבוקש הוא שיפוי כספי.לא מדובר בבקשה לחלוקה של עיזבון, כיוון שזה כבר חולק, אלא ישנה בקשה לקבל פיצוי מהאחיות.
  + אנו יודעים כי במידה ומקום מושבו של הנפטר היה בישראל בעת הפטירה בית המשפט הישראלי היה מקבל סמכות על כל העיזבון, אך מה קורה כאשר הסמכות מתקבלת על פי העילה השנייה- הניח נכסים בישראל. **האם הסמכות היא רק על הנכסים בישראל או על כל העיזבון?** בעניין זה הייתה מחלוקת בין המלומדים במשך כמה עשורים, ולאור כך שלא הייתה פסיקה בנושא במשך כל התקופה הזו, הנושא נותר זמן רב במחלוקת.
    - **היקף הסמכות-** לבסוף, בשנת 2009, 40 שנים לאחר חיקוק החוק, בית המשפט קובע כי "כאשר מתקיימת אחת מהחלופות בסעיף 136, נקנית סמכות השיפוט **על כל העיזבון**, כולל נכסים בחו"ל- **בע"מ 9914/09 פלונית נ' פלוני**: במקרה זה היה מדובר במנוח שמקום מושבו היה באקוודור (מדובר היה באדם עשיר עם נכסים בכמה מדינות, כולל ישראל), ואלמנתו ושניים מבניו עדיין התגורר שם, אך יש לו בת שגרה בישראל והיא כנראה חששה שאם עניין הירושה ידון שם האינטרס שלה יקופח ולכן היא "מקדימה תרופה למכה" ומגישה בישראל בקשה לצו ירושה. האלמנה והבנים טוענים כי אין סמכות על כל העיזבון, אלא רק על הנכסים בישראל, בעוד הבת טוענת על סמכות על כל העיזבון ובית המשפט מקבל את טענת הבת, בהסתמך על ניסוח החוק שלא מגביל את היקף התחולה, בנוסף לדברי ההסבר לחוק, אשר שם הוסבר כי בנושאי ירושה ישנו רצון למנוע פיצול דיוני.
    - **אולם:**

1. בית המשפט רשאי לסרב להפעיל את סמכותו אם הוכח שישראל פורום לא נאות. לכן, אם בית משפט סבור שיש מדינה אחרת שהיא הפורום הטבעי הוא לא יפעיל את סמכותו;
2. בית המשפט לא ייתן צו מעשי כגון מינוי מנהל על נכסים בחו"ל, שלא יהיה אפקטיבי בחו"ל.

**יישום הכללים:**

1. דני, אזרח ותושב ישראל, מעוניין להגיש תביעה בישראל נגד GLOBAL INC., חברה אמריקאית, בטענה שהחברה הפרה הסכם, על פיו, יורשה להפיץ את מוצריה בישראל באופן בלעדי. האם דני יכול להמציא את כתב התביעה לידיו על עורך הדין נחמני, עורך דין ישראל המייצג את החברה בתביעת נזיקין שהוגשה נגדה בישראל בקשר לשימוש באחד ממוצריה?
2. כן, אם ההסכם נעשה בישראל.
3. לא, כי עורך הדין נחמני מייצג את החברה בעניין אחר.
4. לא, כי ישראל אינה פורום נאות לבירור התביעה.
5. כן, כי מקום ביצוע החוזה היה ישראל.
6. מוחמד, תושב ישראל, ביטח את רכבו באמצעות החברה הפלסטינית לביטוח היושבת ברמאללה (בשטחי הרשות). החברה מסרבת לכסות נזק שנגרם לרכבו בתאונת דרכים שהתרחשה ביהודה ושומרון. ברצונו של מוחמד לתבוע את החברה בישראל. איזה מהמשפטים הבאים הינו נכון?
7. בית המשפט לא יהיה מוסמך לדון בתביעה כי התאונה התרחשה ביהודה ושומרון.
8. מוחמד יכול להקנות סמכות לבית המשפט על ידי המצאה של כתב התביעה למשרד של החברה ברמאללה.
9. על מוחמד להמציא את כתב התביעה דרך הממונה מטעם הרשות הפלסטינית.
10. על מוחמד לקבל היתר להמציא לחו"ל על פי תקנה 500 לתקנות סד"א.
11. פדרו, תושב ברזיל נפטר והשאיר נכסים בעשר מדינות, כולל ברזיל וישראל. ביתו שגרה בארץ מעוניינת לפנות לבית המשפט בישראל על מנת לקבל צו ירושה.
12. לבית משפט בישראל אין סמכות כיוון שמקום מושבו של הנפטר היה בברזיל.
13. לבית משפט בישראל יש סמכות רק על הנכסים בארץ.
14. לבית משפט בישראל יש סמכות על כל העיזבון, רק במידה ויותר ממחצית הנכסים נמצאים בישראל.
15. לבית המשפט בישראל יש סמכות על כל העיזבון, כיוון שהמנוח הניח נכסים בארץ.

**סירוב להפעיל סמכות:**

כעת, כשאנו יודעים מתי לבית המשפט קמה סמכות, נדון באיזה מקרים בית משפט מסרב להפעיל סמכות, וזאת עקב טענות ובקשות מטעם אחד הצדדים. בית המשפט מיוזמתו לא יסרב להפעיל סמכות. במסגרת נושא זה, נברר מהם התנאים לפיהם בית המשפט יסרב להפעיל את סמכותו.

**ישנן שלוש עילות לסירוב להפעיל סמכות:**

* **תניית שיפוט זרה­-** תניה בחוזה, כי התדיינות/בוררות הנובעת מהחוזה תתקיים במדינה מסוימת בחו"ל (Foreign jurisdiction clause).
* **הליכים תלויים ועומדים-** כבר קיימים בחו"ל הליכים תלויים ועומדים בין הצדדים באותו עניין (Lis alibi pendens).
* **פורום לא נאות-** ישראל אינה הפורום המתאים לדון בעניין, כי קיים פורום זר טבעי יותר (Forum non conveniens).

**החלטה לסרב להפעיל סמכות- מינוח:**

* מילים נרדפות לתאר את החלטת בית המשפט לסרב להפעיל את סמכותו, על פי בקשת הנתבע.
* "מעכב", "דוחה", "מפסיק", "מעמיד", "מוחק", "מסלק על הסף".

**1. תניית שיפוט זרה:**

* **הבעיה**- התנגשות בין שני עקרונות:
  + **עיקרון הריבונות הטריטוריאלית**, שעליו מבוסס כלל התפיסה שאומר שבמקרה הזה המציאו את ההזמנה לדין לנתבע בתוך ישראל או למורשה שלו, ולכן לבית המשפט סמכות וכיצד יכול להיות שאחד הצדדים יגרעו מסמכות זה באמצעות הסכם- "סמכות שיפוט היא אחד מכוחות הריבון, שאין הצדדים בני חורים לגרוע מהם או להתנות עליהם"- השופט זוסמן ב**ע"א 433/64 נברום מריטים בע"מ נ' הסמה**.
  + **כיבוד הסכמים**, ישנו עיקרון חופש החוזים וכיבוד הסכמים- האם כרגע אנו נפעל בצורה שתביא להפרת הסכמים.
* **הפתרון**:
  + תניית שיפוט זרה אינה שוללת את הסמכות של בית המשפט הישראלי, **אולם-**
  + כאשר יש תניית שיפוט **בלעדית ותקיפה**, בית המשפט יסרב להפעיל את סמכותו את הנתבע מבקש. **אלא אם-**
  + **התובע מוכיח** שקיימת **סיבה טובה** להתדיינות בישראל, על אף תניית השיפוט.
* משמע- לבית המשפט יש סמכות, מתוקף המצאה תקפה למשל, אך הוא יסרב להפעיל את סמכותו אם הנתבע מבקש. כמובן, ייתכן כי הנתבע יוותר. עם זאת, כיבוד הסכמים זה לא חזות הכל וייתכן כי בכל זאת תופעל הסמכות בכפוף להוכחת התובע.
* המקור של פתרון זה בפסק הדין **ע"א 433/64 נברום מריטים בע"מ נ' הסמה** המסתמך על פסק דין אנגלי- The Fehmarn- פתרון של המשפט המקובל.

**תניית שיפוט בלעדית או מקבילה?** ישנם שני סוגים של תניות שיפוט:

* **תניית שיפוט בלעדית/ייחודית-** הסכמה להגיש תביעות רק לבית המשפט מסוים וזר, ושולל אפשרות להגיש תביעה לכל בית משפט חוץ מזה שנקבע בתניית השיפוט בחוזה/הסכם.
* **תניית שיפוט מקבילה-** הסכמה להקנות סמכות לבית משפט מסוים וזר, ללא שלילת אפשרות שהסכסוך יתברר בערכאה אחרת. ישנה כוונה להקנות סמכות לבית משפט מסוים, אך הם לא מגבילים את האפשרות להקנות סמכות לבית משפט אחר.
* על בית המשפט לפרש מה הצדדים התכוונו בחוזה/הסכם. נקבע כי הפרשנות תהיה **פרשנות תכליתית** ב**ע"א 4601/02** **ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ**. משמע- **מה הייתה כוונת הצדדים? מה הייתה מטרתם?**
* אין צורך שהתניה תשלול **באופן מפורש** סמכות של בתי משפט אחרים (**רע"א 6767/15 דיפכום נ' WACKER**).

**דוגמות להמחשה-**

* **סמכות בלעדית-** "Any conflicts between the parties shall be submitted before the respective courts in Thailand"- **רע"א 8135 NANTUCKET נ' עמיקם**.
* **סמכות בלעדית, התלויה בנסיבות-**"Place of jurisdiction is Frankfurt am Main. If the employee is not ordinary resident of Germany at the time of court action, place of jurisdiction shall be Zurich"- **סע"ש 64621-12-14 רויטמן נ' בנק הפועלים**.

**תניית שיפוט תקפה:**

* על פי דיני החוזים של הפורום (**ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' FACEBOOK**). משמע- במידה והתביעה הוגשה בישראל, ההחלטה האם התניה תקפה לצורך סמכות תתקבל על פי דיני החוזים בדין הישראלי, גם אם כתוב כי דין זר חל על החוזה.
  + **התניה נכללה בהסכם בין הצדדים**- **רע"א 6574/12 סאמיט פאנד ניהול השקעות בע"מ נ' בן יעקב**- היה הסכם, אך שכחו להכניס במסמך סעיף של תניית שיפוט. מדובר היה בהסכם להשקעה בין חברה לבין אב ובת, כאשר המסמכים מול כל אחד מהם נעשו בנפרד. המסמכים מול האב כללו תניית שיפוט, בעוד זה נשמט מהמסמכים מול הבת.
  + **התניה אינה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, שבטל על פי סעיף 4 חוק החוזים האחידים, ה'תשמ"ג-1982**:
    - **סעיף 4(8)-** חזקה של קיפוח במקרים של "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות...", **ו-**
    - **סעיף 4(9)-** חזקה של קיפוח במקרים של "תנאי המתנה על הוראות דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט...".
    - חזקות אלו ניתנות לסתירה.
    - חזקות אלו באות לידי ביטוי בפסקי הדין במקרים של **LAKE MARISON** ו-**FACEBOOK**.

**שאלה למחשבה לקראת המפגש הבא-**

בעקבות פסק הדין בעניין FACEBOOK שהתבקשנו לקרוא להיום, החברה שינתה את ההסכם התקשרות, וציינה כי עבור צרכנים, סכסוכים ידונו במקום מושבו של הצרכן. עם זאת, ההתניות נשארו זהות עבור מי שאינם צרכנים. בפסקי דין במהלך חצי השנה האחרונה עולות שאלות לגבי מה קורה לגבי אנשים שמבצעים שימוש מעורב ברשת החברתית- הן שימוש אישי והן שימוש עסקי (אנשים שאף רכשו חבילת פרסום)?

01.11.20

**הרצאה מס' 3- המשך דיון בסירוב להפעלת סמכות:**

**סירוב להפעיל סמכות:**

**תניית שיפוט תקפה:**

* על פי דיני החוזים של הפורום (**ת"צ 46065-09-14 בן חמו נ' FACEBOOK**). משמע- במידה והתביעה הוגשה בישראל, ההחלטה האם התניה תקפה לצורך סמכות תתקבל על פי דיני החוזים בדין הישראלי, גם אם כתוב כי דין זר חל על החוזה.
  + **התניה נכללה בהסכם בין הצדדים**- **רע"א 6574/12 סאמיט פאנד ניהול השקעות בע"מ נ' בן יעקב**- היה הסכם, אך שכחו להכניס במסמך סעיף של תניית שיפוט. מדובר היה בהסכם להשקעה בין חברה לבין אב ובת, כאשר המסמכים מול כל אחד מהם נעשו בנפרד. המסמכים מול האב לא כללו תניית שיפוט, בעוד שבמסמכים מול הבת.
  + **התניה אינה מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד, שבטל על פי סעיף 4 חוק החוזים האחידים, ה'תשמ"ג-1982**:
    - **סעיף 4(8)-** חזקה של קיפוח במקרים של "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות...", **ו-**
    - **סעיף 4(9)-** חזקה של קיפוח במקרים של "תנאי המתנה על הוראות דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט...".
    - חזקות אלו ניתנות לסתירה.
    - חזקות אלו באות לידי ביטוי בפסקי הדין במקרים של **LAKE MARISON** ו-**FACEBOOK**. ב**רע"א 99/06 LAKE MARISON GOLF ESTATES נ' פרוור ואח'** תושבים ישראלים רכשו נדל"ן בארצות הברית דרך מתווך ישראלי, ולאחר מכן הם טענו כי היה מצג שווא שבעקבותיו הם רכשו את הנדל"ן. הם הגישו את התביעות בישראל גם כלפי החברה האמריקאית שמכרה וגם נגד החברה הישראלית המתווכת. על פי ההסכם, ישנה תניית שיפוט לפלורידה בלבד, ולכן החברה האמריקאית מבקשת לעכב את ההליכים. בית המשפט קובע כי מדובר מתנאי מקפח בחוזה אחיד, שכן לקונים הישראלים לא הייתה אפשרות לשנות/להשפיע על החוזה.
  + **מה קורה אם לא מדובר בחוזה עם צרכן, אלא אם מדובר בחוזה בין עסקים? (ת"א 18081-03-18 קיבוץ רמת יוחנן נ' AWETTA G&P B.V)** מדובר בהסכם בין קיבוץ רמת יוחנן לבין יצרן הולנדי, שלפיו הקיבוץ הפך להיות סוכן המכירות והנציג הבלעדי של היצרן בישראל. בהסכם הייתה תניית שיפוט לטובת בית המשפט בהאג. מדובר היה בטופס סטנדרטי, ללא משא ומתן לפניו. לאחר מכן, הקיבוץ טוען כי היצרן הפך את ההסכם והגיש תביעה נגדו בישראל. היצרן כמובן מבקש מבית המשפט בישראל להפסיק את ההליכים, כיוון שמדובר בהפרה של תניית השיפוט. הקיבוץ טוען מנגד כי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד. בית המשפט קבע שלא מדובר בתנאי מקפח כי מדובר בלקוח עסקי ולא בצרכן- "תכליתו של חוק החוזים האחידים היא לאזן את חוסר השוויון שבין הספק והלקוח". פסק הדין מבצע הבחנה בין שני סוגי חוזים- חוזים צרכניים (BTC) ולא עסקות בין עסקים (BTB).
    - **מיהו צרכן?** בעקבות פסק הדין בעניין FACEBOOK ובן חמו, החברה שינתה את ההסכם התקשרות, וציינה כי עבור צרכנים, סכסוכים ידונו במקום מושבו של הצרכן. עם זאת, ההתניות נשארו זהות עבור מי שאינם צרכנים. בפסקי דין במהלך חצי השנה האחרונה עולות שאלות לגבי מה קורה לגבי אנשים שמבצעים שימוש מעורב ברשת החברתית- הן שימוש אישי והן שימוש עסקי (אנשים שאף רכשו חבילת פרסום)? שני מקרים הגיעו לבית המשפט הישראלי. במקרה **ת"צ (ת"א) 1393-01-17 אלי נכט נ' FACEBOOK IRELAND LTD** הייתה תביעה ייצוגית שכללו אנשים שהשתמשו בפייסבוק הן לצרכים פרטיים והן לצרכים עסקיים, ואף שילמו על חבילת פרסום, ועלתה הטענה כי החברה סגרה את חשבונם ללא התראה. פייסבוק טענה כי הם לא צרכנים, כיוון שמדובר בשימוש מעורב. בית המשפט קובע כי מדובר בצרכן, כיוון שמדובר היה בשימוש אישי בעיקר וכיוון שפערי הכוחות הם עצומים בין הצדדים. לא הרבה זמן לאחר מכן היה את מקרה **ת"צ 27761-09-17 גל נ' FACEBOOK IRELAND LTD**, שם התביעה התייחסה רק לשימוש עסקי ומדובר בתובעים שהם קנו חבילת פרסום מפייסבוק ועלתה הטענה כי החברה חסמה את הפרסום ללא התראה מראש. גם במקרה זה פייסבוק טענה כי מדובר במקרה עסקי ולכן בית המשפט לא צריך להתערב בחוזים עסקיים. בית המשפט דוחה את טענת פייסבוק, כיוון שטענתם לא עומדת במבחן המציאותי, כיוון שמדובר ביחסים עסקיים חד-צדדיים ואין יכולת מיקוח מבחינת המשתמשים או לשנות את תנאי השיפוט המוכתבים על ידי אחד הצדדים.

**מהי סיבה טובה לתבוע בארץ על אף תניית שיפוט בלעדית ותקיפה?**

* **התובע לא יקבל צדק במדינה הזרה- ע"א 165/60 אוניון חברה לביטוח בע"מ נ' עזרא יצחק משה:** מדובר בחוזה ביטוח חיים בין יהודי, המתגורר בעיראק, לבין חברה שהנהלתה יושבת בצרפת. בחוזה תניית שיפוט בלעדית לפיו כל הסכסוכים ידונו בעיראק. לימים התובע עלה לישראל ולאחר מכן הוא ביקש החזרי פרמיות, אך החברה סירבה להחזיר לו את הפרמיות, ולכן הוא הגיש תביעה בישראל. החברה הסתמכה על תניית השיפוט הייחודית וכי יש להפסיק את ההליכים. בית המשפט קבע שיהודי תושב ישראל לא יקבל צדק בעיראק, הוא יופלה לרעה עקב היותה מדינת אויב, וזו סיבה טובה לא לקיים את התניה.
* **התיישנות במדינה הזרה-** מצב בו עילת התביעה כבר התיישנה לפי המדינה הזרה ועלינו לדון בה לפי תניית השיפוט, ולכן התובע טוען כי אם הוא ידון במדינה הזרה הוא לא יזכה לצדק ותביעתו תידחה על הסף. מצד אחד, התובע צודק כיוון שהוא לא יקבל סעד לאור תניית השיפוט, אך מצד שני הוא היה מודע לכך מראש והיה עליו לקחת את זה בחשבון ולהגיש את ההליכים בזמן (ייתכן אף שתובע ימתין בכדי לבצע FORUM SHOPPING). במשפט הישראלי, ישנן שתי גישות:
  + **גישה מחמירה-** "על צד המתקשר בחוזה מסחרי הכולל תניית שיפוט זר, לבחון את השלכותיה על זכויותיו וחובותיו. משלא עשה כן, ובהיעדר נסיבות מיוחדות ונימוקים כבדי משקל, לא יוכל להשתחרר מהתחייבותו בטענה כי לא היה מודע לנפקויותיה המשפטיות של התניה"- **רע"א 6767/15 דיפוכם (1989) בע"מ נ' WACKER:** מדובר בתביעה בה התובע הוא צרכן שהגיש תביעה נגד יבואן ישראלי בגין פגמים במוצר שרכש. היבואן ביקש לצרף את היצרן הגרמני כצד ג'. היצרן הגרמני הגיע ובעצם מביא את ההסכם בינו לבין היבואן, הכולל תניית שיפוט בלעדית לטובת בתי המשפט בגרמניה. ההצדקה של היבואן היא כי טענת הצרכן כבר התיישנה בגרמניה, כעבור שלוש שנים כפי שקבוע בחוק. האם היבואן יוכל לצרף את היצרן? האם זה משנה האם התביעה על ידי הצרכן הוגשה לפני או אחרי תקופת שלוש השנים? בית המשפט לא עונה על זה, אך לא ברור אם זה משנה את המצב בכלל. במקרה הזה הצרכן הגיש את התביעה טרם ההתיישנות האמורה, והייתה ליבואן זמן לפנות ולערב את היצרן. עם זאת, בית המשפט אומר באוביטר כי "ייתכן מקרים בהם פערים בתקופת ההתיישנות בין מדינות שונות יובילו למצב כי תיחסם דרכו של צד לחוזה מלהגיש הודעת צד ג' נגד הצד השני".
  + **גישה מקלה-** "משמעות קבלת טענת ההתיישנות היא, כמובן, כי התביעה לא תידון לגופה באף אחד מבתי המשפט. עמידת בעלת האונייה על טענה זו מובילה למסקנה כי... "הצדק המעשי" דורש שלא לכבד את תניית השיפוט הזר במקרה הנדון"- **ע"א 8205/16** **CONTRASTOCK נ' HORIZON** מדובר על מצב בו חברה קנתה עץ מספק בפינלנד שהגיע לארץ באמצעות אונייה. לאחר מכן התובעות גילו כי באונייה הייתה תקלה שגרמה לעיכוב בהגעה לישראל ולכן העצים נרקבו, מה שהוביל את התובעות למכור את העצים במחיר מופחת. בהסכם הייתה תניית שיפוט בלעדית לטובת בית המשפט בלונדון, אך התובעות הגישו תביעה בישראל, לעומת זאת בעלי האונייה ביקשו לדחות את התביעה עקב תניית השיפוט. בינתיים, בלונדון עילת התביעה כבר התיישנה. לאחר קבלת טענה זו בערכאה הראשונה, מוגש ערעור המתקבל ברוב דעות, בטענה כיוון שהתובעות התנהגו באופן סביר, תניית בעלי האונייה מובילה למסקנה כי התובעות לא יקבלו צדק באנגליה. לפי **גישה** זו, המבחן הוא **"מבחן ההתנהגות הסבירה"**- האם התובעים התנהגו בצורה סבירה. כעיקרון, הכוונה היא לברר האם התובע התנהל בתום לב ולא מנסה לשנות את מקום השיפוט מטעמי FORUM SHOPPING. לדעת המרצה, מה שהוביל לגישה המקלה במקרה הזה היה טשטוש ובלבול בין מקרים של תניית שיפוט לבין מקרים של פורום לא נאות. אך יחד עם זאת גם בדין האנגלי אין הבחנה ברורה בין שתי הסוגיות.
* **פיצול הליכים:** מצבו בו הליכה בעקבות תניית השיפוט תוביל להליכים משפטיים מקבילים גם בישראל וגם במדינה הזרה שנבחרה בתניית השיפוט. מצב זה יכול להיגרם על ידי שני מצבים ויש להבחין ביניהם:
  + **ריבוי נתבעים-** מצב בו יש לתובע תניית שיפוט עם נתבע א', אך לא עם נתבע ב'. אם בית המשפט יפסיק את ההליכים עם נתבע א' לפי תניית השיפוט, משמע שהתובע יצטרך לנהל הליכים מקבילים הן בארץ והן בחו"ל. למשל, **ע"א 433/64 נברום מריטים בע"מ נ' הסמכה**- מדובר על תביעה של חברת ביטוח ישראל נגד חברת אוניות רומנית, אשר ביקשה שיפוי על סכומים שהיא שילמה למבוטח על כך שהסחורה שהובאה באונייה הייתה חסרה. התביעה הוגשה גם נגד נמל חיפה וחברות הקשורות לה. בהסכם ההתקשרות מול חברת האוניות ישנה תניית שיפוט לבית המשפט בבוקרשט. כך, הליכה בעקבות תניית השיפוט תוביל לפיצול הליכים. מבחינה אובייקטיבית, זה לא יעיל שבתי משפט ידונו באותה השאלה בשני מקומות והליכים נפרדים. בית המשפט קבע כי פיצול הליכים לא נחשב סיבה טובה וכל עוד שהתובעת לא יכלה להוכיח כי היא לא תקבל צדק ברומניה, פיצול הליכים לכשעצמה לא מהווה סיבה טובה לא לכבד את תניית השיפוט. מאז התווספו שני פסקי דין שמעלים בספק את הלכה זו:
    - **רע"א 99/06 LAKE MARISON GOLF ESTATES נ' פרוור ואח'-** בערכאה הראשונה השופט נימק כי הוא לא מפריד את ההליכים כיוון שתניית השיפוט מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד וכי הנימוק השני היה פיצול הליכים, כיוון שהיה במקביל תביעה נגד המתווכים הישראלים, וזה לא יעיל לפצל את ההליכים. בבית המשפט העליון הערעור נדחה, אך הסתמכו רק על הנימוק הראשון שמדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד ונטען כי אין צורך להכריע בנימוק השני.
    - **רע"א 8135/12 NANTUCKET נ' עמיקם-** נאמר כי "ככלל אין בצירוף הנתבע כדי להביא לאי כיבוד תניית השיפוט בין התובע לבין הנתבע הראשון, שאם לא כן היה הדבר משמש תמריץ לתובעים לצרף לתביעתם נתבעים נוספים באופן מלאכותי, ונמצא עיקרון כיבוד תניית השיפוט נעשה פלסטר". יחד עם זאת, בית המשפט העליון אומר כי במקרים שאין חשש לצירוף תכסיסי יש לבחון את ההשלכות של פיצול ההליכים בכל מקרה לגופו וייתכן שיהיו מקרים שבהם נסיבות המקרה כן יצדיקו אי כיבוד תניית השיפוט.
    - חשש נוסף הינו כי פיצול הליכים עשוי להוביל לתוצאות שונות באותה שאלה משפטית.
    - **ת"א 17408-05-18 סי.די.-לוג בע"מ נ' S-LINK INTERNATIONAL PTE. LTD**-מדובר על נתבע שני אשר אכן דרוש לביצוע ההליך, ובית המשפט המחוזי דן במתח בין אינטרס של יעילות מצד אחד ובין אינטרס כיבוד ההסכמים מצד שני. הוחלט כי למעט חריגים, כיבוד הסכמים עדיף על יעילות דיונית.
  + **ריבוי תובעים-** ישנו נתבע אחד ויש שניים או יותר תובעים. אם תובע א' יש תניית שיפוט עם הנתבע, אך לתובע ב' אין. במצב זה הנתבע מבקש כי ההליכים יופסקו, אך תובע א' טוען כי במידה וההליך יופסק, עדיין יהיה דיון באותו נושא בארץ. במקרה של **רע"א 8135/12 NANTUCKET נ' עמיקם** הבת חתמה על מסמכים עם תניית שיפוט, בעוד האב לא חתם על שום תניית שיפוט. גם האב וגם הבת הגישו תביעות בישראל. החברה מבקשת להפסיק את ההליכים על בסיס תניית השיפוט. בית המשפט רואה את הטענה של הנתבע כפחות לגיטימי, כיוון שאותו הנתבע יצטרך בכל אופן להתדיין בישראל, ולא כמו המקרים הקודמים בהם הנתבע לא חייב להתדיין במקביל בשתי מקומות. לכאורה, הנתבע פועל בצורה שמעוניינת להקשות על התובע. כביכול, מדובר באינטרס יעילות של החברה עצמה. במקרים האלה, בית המשפט ייתן יותר משקל לטיעון של פיצול הליכים, כיוון שלכאורה זה לא פוגע בנתבע ובאינטרסים הלגיטימיים שלו.

**תניות בוררות זרות:**

* לעיתים ניתקל בחוזים בהם מוסכם כי במידה ויקום סכסוך הם יופנו לבוררות במדינה זרה. ישנם כמה מקומות בעולם המבצעים בוררות בינלאומית מסחרית, כאשר המרכזיים יושבים בפריז ובלונדון. ישנה **אמנת ניו-יורק** משנת 1958, שמדינת ישראל חתומה עליה, עוסקת בתניית בוררות. אמנה זו, המעוגנת בחוק הבוררות שלנו, קובעת כי כאשר יש תניית בוררות זרה בית המשפט חייב לעכב את ההליכים. **סעיף 2(3)** לאמנה קובע כי "בית המשפט של מדינה מתקשרת, שעה שהובאה לפניו תובענה על עניין שלגביו עשו בעלי הדין הסכם במשמעות סעיף זה, יפנה את בעלי הדין לבוררות, לפי בקשת אחד מהם, זולת אם הוא מוצא שההסכם בטל ומבוטל, או משולל כוח פעולה או איננו בר-ביצוע". במקרה **ת"א 56420-03-14 טיולי הגליל נ' JORDANIAN AIRLINES-** מדובר בחוזה בין סוכנות נסיעות ישראלית עם חברת התעופה הירדנית, הקובע כי הם הסוכן הישראלי שלהם. לפי טענת התובעת, מישהו שעבד אצלם עברה לעבוד בחברת טיולים אחרת והיא שידלה את חברת התעופה להפר את ההסכם עם הסוכנות ולעבור לעבוד עם אותה החברה האחרת. התביעה מוגשת בישראל, בעוד בחוזה בין הסוכנות לחברת התעופה יש תניית בוררות זרה, הכולל מנגנון לבחירת בורר זר. חברת התעופה מבקשת מבית המשפט לכבד את תניית הבוררות ולהפסיק את ההליכים נגדה. הסוכנות טוענת כי לא מדובר בטענת בוררות בלעדית (לא טענה מרכזית) וכי מדובר בפיצול הליכים ויהיה צורך לעשות בוררות בחו"ל נגד חברת התעופה מצד אחד ותביעה נגד הגורמים הישראליים בארץ מצד שני. בית המשפט דוחה את הטיעון הזה כיוון שלא מדובר באחד החריגים באמנת ניו-יורק.
* **כפוך לחריגים באמנה-** אם בית המשפט סבור שעיכוב הליכים נוגד את תקנת הציבור זו תהיה סיבה שלא לעכב את ההליכים, מעבר לאמנת ניו-יורק. זה נקבע ב**רע"א 1817/08 טבע תעשיות פרמצבטיות נ' PRONAURON BIOTECHNOLOGIES-** מדובר בסכסוך בין שתי חברות פרמה, כאשר בהסכם ביניהן הייתה תניית בוררות לטובת לונדון. הבסיס לתביעה הייתה כי המבקשת, חברת טבע, ביצעה ניסוי קליני רשלני אשר סיכן את המשתתפים שלקחו בו חלק על בסיס מצג שווא. חברת טבע מבקשת שלא לדון בישראל עקב תניית הבוררות, תוך הסתמכות על אמנת ניו-יורק. בית המשפט קובע כי רשימת החריגים באמנה אינה סגורה, וכי הוא אינו חייב לעכב הליכים כאשר תקנת הציבור דוחה זאת, במקרים בהם קיימת חשיבות מיוחדת לקיום הדיון בערכאה ציבורית מדינית להבדיל מהליך פרטי הרחוק מעין הציבור ומהביקורת השיפוטית והציבורית.

**2. הליכים תלויים ועומדים:**

* מקרים בהם אדם מגיש תביעה בישראל, כאשר מתקיימים הליכים מקבילים בחו"ל בין אותם הצדדים. קיום הליכים מקבילים בחו"ל אינו שולל את סמכותו של בית המשפט. עם זאת, לבית המשפט יש שיקול דעת האם לעכב את ההליכים. אפשר לטעון נגד הליכים אלו מטעמי יעילות, שכן הליכים כאלו יוצרים עומס על מערכת בתי המשפט, ייתכנו תוצאות סותרות בין שני ההליכים, ומדובר בהוצאות שעל פניו נראות "מיותרות". מן הצד השני, ניתן לחשוב על זכות הגישה לערכאות, בנוסף למחשבה האם בהליך המקביל ישנו סיכוי ממשי לתוצאה צודקת עבור התובע. ב**רע"א 5394/09 סוכנות מכוניות לים התיכון נ' KIA** – במקרה זה הייתה תביעה שהוגשה בחו"ל, אך לא נעשה בה כלום, ולכן השיקולים מעט משתנים- למה שבית המשפט הישראלי לא ידון ושהשני ישהה את ההליכים? נקבע כי ההליך הזר הינו תיאורטי בלבד. **הרציונל** שעומד מאחורי עיכוב הליכים כאלו היא מניעת ניהול הליכי סרק וחיסכון בזמן שיפוטי וכן מניעת הכבדה מיותרת על הצד שכנגד. (**רע"א 2812/13 קולומביה**), מנגד ציינו את הזכות לגישה לערכאות במקרה **KIA**.
* מהפסיקה עולה כי ישנם כמה שיקולים שבית המשפט ייקח בחשבון, עת הוא בוחן האם להשהות את ההליכים- זהות השאלות במחלוקת, זהות בעלי הדין, יעילות הדיון, חיסכון בזמן שיפוטי, הימנעות מכפל התדיינויות ומאזן הנוחות (**רע"א 2812/13 קולומביה**). אין צורך בזהות מוחלטת בין הצדדים או השאלות המשפטיות בשני ההליכים, כל עוד הקביעות בהליך הזר יצמצמו את השאלות בהליך המקומי.
* בדרך כלל שיקול הליכים תלויים ועומדים מהווה שיקול בתוך **הדוקטרינה של "הפורום הלא נאות"**, אבל עשוי להיות לעיתים דוקטרינה עצמאית.
  + **ת"א 16562-12-12 חדר נ' רזק-** הסכם לבניית בית ביריחו. שני הצדדים, גם בעל המקרקעין וגם הקבלן היו אזרחים ישראליים מהמגזר הערבי המתגוררים בירושלים. בעל המגרש טען שהקבלן איחר בסיום העבודה, דבר שגרם לו להפסדים, וכי ישנם ליקויים משמעותיים בביצועים, ולכן הוא לא משלם. הקבלן הגיש תביעה נגדו ביריחו ודורש ממנו לשלם. בעל המגרש מגיש תביעה נגד הקבלן בבית המשפט בישראל, בה הוא טוען שנגרמו לו הפסדים עקב האיחור והליקויים. הקבלן מבקש מבית המשפט לעכב את ההליכים, עקב ההליך העומד והתלוי ביריחו. בית המשפט מקבל את הבקשה הזו ומעכב את ההליכים. לא מדובר כאן בפורום לא נאות, כיוון שישראל בוודאי מהווה פורום נאות עקב היות שני הצדדים ישראלים. הבסיס לעיכוב ההליכים היה רק ההליכים התלויים והעומדים והחשש ליצור תוצאות סותרות.
  + **ת"א 71245-10-18 PATH TO RICHES LLC נ' CARDIOLYNCE INC-** מדוברבמחלוקת בין חברה ישראלית והבעלים שלה לבין חברה אמריקאית והמייסדים שלה. הסכסוך נבע על בעלות של קניין רוחני. החברה האמריקאית הגישה תביעה נגד החברה הישראלית בניו-יורק והחברה הישראלית הגישה שם תביעה שכנגד. לאחר מכן, החברה הישראלית ובעליה הגישו תביעה נפרדת נגד החברה האמריקאית במדינת דלאוור בארצות הברית. בית המשפט בדלאוור מעכב את ההליכים על בסיס שהיא פורום לא נאות, ולדעתה הפורום הנאות הוא דווקא ישראל. לאחר מכן, החברה הישראלית מגישה תביעה בישראל. החברה האמריקאית טוענת כי ישנם הליכים תלויים ועומדים בניו-יורק ובית המשפט בארץ מקבל את טענתה. זאת לאור כי אותה מסכת עובדות עומדת בפני שני בתי המשפט.

**3. דוקטרינת "הפורום הלא נאות":**

* המקור לדוקטרינה הוא במשפט המקובל, על הרקע שכלל התפיסה אינו יכול להבטיח קשר ענייני עם הפורום, והצורך למנוע FORUM SHOPPING. עד שנות השמונים היו גישות שונות בממלכה המאוחדת ובארצות הברית, כאשר חילוקי דעות בין תומכי ומתנגדי הדוקטרינה. המתנגדים למשל, טענו כי לא ראוי למנוע גישה לאנשי העולם גישה למערכת המשפטית האנגלית "הנהדרת". לבסוף, בשנת 1987 בית הלורדים **THE SPILIADA** , קובע מבחן אשר הופך להיות הבסיס למבחן גם במערכת הישראלית.
* **בית המשפט יעכב הליכים אם:**

1. הנתבע מוכיח כי קיים פורום זר מוסמך שהינו באופן ברור פורום טבעי יותר- נטל על הנתבע. **אלא אם-**
2. התובע מוכיח שלא יקבל צדק בפורום הזר- נטל על התובע.

* **ע"א 2705/91 אבו ג'חלה נ' חברת החשמל של מזרח ירושלים-** תושב פלסטיני מיהודה ושומרון נפגע כתוצאה מהתחשמלות מחוט חשמל שהיה מונח על אדמה בשטחי יהודה ושומרון והוא תובע את החברה האחראית על הפעלת התשתית ביהודה ושומרון. התושב מגיש את התביעה בישראל והחברה טוענת כי ישראל מהווה פורום לא נאות, כיוון שהאירוע כולו מתקיים ביהודה ושומרון. על אף שמדובר בחברה הרשומה בישראל, היא אכן פועלת אך ורק בשטחי יהודה ושומרון. בית המשפט מקבל את הטענה הזו. היו גם טענות שהתובע לא יקבל צדק ביהודה ושומרון, אך טענות אלו נדחו. זו הדוגמה לאימוץ הדוקטרינה בישראל.
* **כיצד המבחן הזה אומץ ויושם בפסיקה בארץ?**
  + קביעת טבעיות הפורום מתבצע על פי **מבחן "מירב הזיקות"**- האם מאזן הזיקות נוטה באופן ברור לפורום הזר? מדובר במבחן איכותי ולא כמותי, על אף השם. על פי הפסיקה המבחן כולל שלושה רכיבים:
    - זיקות אובייקטיביות עם שני הפורומים;
    - ציפיות הצדדים;
    - אינטרסים ציבוריים.

**זיקיות אובייקטיביות:**

* **זיקות עובדתיות**, כגון- מקום המגורים של הצדדים ושל העדים; מקום האירוע; מקום הנזק; שפת המסמכים. לא מדובר ברשימה ממצה. בעבר שמו יותר משקל על נוחות הצדדים, כיוון שבעבר כאשר העדים היו בחו"ל והיה צורך להביאם לארץ, כמו גם הבאת מסמכים, היה תהליך הרבה יותר מסובך. כיום, פרט לתקופת הקורונה החריגה, הרבה יותר קל לנוע בין מדינה למדינה, ואף ישנה הצורך להעביר עדות מרחוק. לכן, כיום המשקל לתנאים טכניים כגון נוחות על ידי בתי המשפט הרבה יותר קטנה.
* **הדין החל?** האם זה משנה איזה דין חל? האם זה צריך להיות שיקול? בוודאי שהאפשרות הנוחה ביותר עבור ישראלי היא כי הדין הישראלי יחול, דבר אשר יחסוך הבאת מומחים לדין זר, מצד שני כל הבסיס של משפט בינלאומי פרטי כולל אפשרות להחלת דין זר ויש סיבות לכך, אשר נלמד בהמשך. ישנה מחלוקת בנושא זה- מצד אחד פרופסור קרייני שוקל כי זה כן שיקול חשוב, לעומת זאת בלא מעט מקרים בית המשפט לא מייחס חשיבות לשיקול זו, כגון- **מקרה מסיקה**.
* **האפשרות לאכוף את פסק הדין בחו"ל?** האם העובדה שהעניין ידון בישראל יוביל לכך שיהיה קשה לדון בנושא בחו"ל?

08.11.20

**הרצאה מס' 4- סיום הדיון בסירוב להפעיל סמכות ותחילת הדיון בהמצאה לאנשים בחו"ל:**

**3. דוקטרינת "הפורום הלא נאות":**

**זיקיות אובייקטיביות:**

* **זיקות עובדתיות** הקשורות לנושא התביעה, כגון- מקום המגורים של הצדדים ושל העדים; מקום האירוע; מקום הנזק; שפת המסמכים. לא מדובר ברשימה ממצה. בעבר שמו יותר משקל על נוחות הצדדים, כיוון שבעבר כאשר העדים היו בחו"ל והיה צורך להביאם לארץ, כמו גם הבאת מסמכים, היה תהליך הרבה יותר מסובך. כיום, פרט לתקופת הקורונה החריגה, הרבה יותר קל לנוע בין מדינה למדינה, ואף ישנה הצורך להעביר עדות מרחוק. לכן, כיום המשקל לתנאים טכניים כגון נוחות על ידי בתי המשפט הרבה יותר קטנה.
* **הדין החל?** האם זה משנה איזה דין חל? האם זה צריך להיות שיקול? בוודאי שהאפשרות הנוחה ביותר עבור ישראלי היא כי הדין הישראלי יחול, דבר אשר יחסוך הבאת מומחים לדין זר, מצד שני כל הבסיס של משפט בינלאומי פרטי כולל אפשרות להחלת דין זר ויש סיבות לכך, אשר נלמד בהמשך. ישנה מחלוקת בנושא זה- מצד אחד פרופסור קרייני שוקל כי זה כן שיקול חשוב, לעומת זאת בלא מעט מקרים בית המשפט לא מייחס חשיבות לשיקול זו, כגון **רע"א 2903/96 מסיקה נ' דולנס**.
* **האפשרות לאכוף את פסק הדין בחו"ל?** האם העובדה שהעניין ידון בישראל יוביל לכך שיהיה קשה לדון בנושא בחו"ל? האם מדובר בנושא רלוונטי לקבלת ההחלטה האם לדון בנושא או לא? מדובר בשיקול לגיטימי, אך לא מצידו של הנתבע הטוען כי לא ניתן יהיה לאכוף נגדו את פסק הדין. נטענו אף דעות כי מדובר בשיקול חיצוני להליך השיפוטי המתייחסים למצב הנוכחי, שיכול להשתנות בעתיד.
  + **דנ"א 7059/01 FORUM BRUNO KRIESKI נ' ירון מרקוס**- מדובר היה בבחור ישראלי שנסע למשלחת עם תלמידי תיכון ישראליים לסמינר באוסטריה. במהלך הסמינר, הם שיחקו בשדה תוך כיסוי העיניים, ומכשיר חקלאי דרס אותו וכרת את רגליו. הוא הגיש תביעה בישראל נגד משרד החינוך ונגד הארגון האוסטרי שארגן את הסמינר, והארגון האוסטרי טען שמדובר בפורום לא נאות, בין היתר, מתוך הטענה כי אם פסק הדין יינתן בישראל הוא לא יהיה אכיף באוסטריה. בית המשפט אומר כי אם הוא היה מתחשב בחוסר יכולת לאכוף זה יצמצם את הסמכות הבינלאומית של בית המשפט וכי גם אם פסק הדין לא ניתן לאכיפה באופן פורמלי, קרי בית המשפט באוסטריה לא יאכוף את פסק הדין, זה לא אומר שהפסק יביא למשמעות מסחרית ברמה הבינלאומית וייפגע במוניטין החברה. בנוסף, בית המשפט לא קיבל את הנימוק מצד הנתבע.
  + **רע"א 10250/08 קציר נ' ZAO**- מדובר בתביעה של בנק רוסי נגד אזרח ישראלי ממוצא רוסי, והבנק טען כי בוצע הונאה מצידו של הנתבע בתקופה בה הוא היה גר ברוסיה. קציר טוען כי מדובר בפורום לא נאות, בעוד הבנק הרוסי טוען כי אם הם יצטרכו להגיש תביעה ברוסיה, בינתיים קציר יוכל להבריח את נכסיו לישראל מרוסיה בצורה שלא תאפשר לאכוף את פסק הדין. בית המשפט המחוזי מקבל את טענת התובע חרף הזיקות המכוונות אל הפורום הרוסי כפורום הטבעי. קציר ערער לעליון, וזה אמר כי הטיעון של קושי באכיפת פסק הדין זהו טיעון רלוונטי, כאשר התובע מעלה, אך לא מדובר בחסות הכל, וכי הפורום הנאות הוא ברוסיה. עם זאת, בית המשפט נתן אפשרות לעיקול זמני של נכסיו בישראל בכדי לאפשר את אכיפת פסק הדין לאחר מכן.

**ציפיות הצדדים-** הציפיות המשוערות של הצדדים:

* מה המשמעות של סעיף שקובע ברירת הדין, בניגוד לתניית השיפוט. במקרה **הגבס** (**רע"א 2705/97**) הוחל דין מדינת אלינוי- האם עלינו להסיק כי הייתה כוונה שמקום השיפוט צריך להיות גם כן במדינת אלינוי? בית המשפט העליון קבע כי כאשר יש גוף מסחרי שמייצא סחורה להרבה מדינות בעולם, היצרן הזה צריך לצפות שיתבעו אותו במדינות אליהן הוא מייצא.
  + דוגמה נוספת קיימת ב**רע"א 2737/08** **ארבל נ' TUI AG**, שם היה תייר ישראלי שנסע לנופש בטורקיה, שם הוא נפגע במהלך החופשה, כאשר הוא נפגע במקום שהיווה חלק מהנופש. לאחר מכן הוא תבע את החברות שארגנו את הנופש, והחברות הזרות שטענו כי ישראל מהווה פורום לא נאות, כאשר אחת השאלות שעלו הייתה מה הן הציפיות של הצדדים? מה יקרה במצב בו תייר נפגע- ייתבע בטורקיה או במדינת מוצאו? בית המשפט המחוזי קבע כי "ניהול הליכים במדינת מוצאו של התייר שהגיע לנפוש בארץ זרה בגדר הסיכון הטבעי והצפוי שנטלו על עצמם החברות". לעומת זאת, בית המשפט העליון הפך את ההחלטה וקבע כי "גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין".

**אינטרסים ציבוריים:**

* עומס על בית המשפט- ב**ע"א 2705/91 אבו ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח-ירושלים** התייחסו לנושא זה. שני הצדדים היו זרים במקרה הזה, ואין סיבה שהם יגרמו להגברת העומס במערכת בתי המשפט. גם ב**רע"א 9810/05** **HECKE** **נ' PIMCAPCO** הצליחו להקנות סמכות, חרף העובדה שלאף אחד מהצדדים אין קשר לישראל, ואחד מהטיעונים שבית המשפט העלה היא כי במקרה זה בהם שני הצדדים אינם קשורים לישראל, יתווסף עומס מיותר על מערכת בתי המשפט.
* התובע לא ייפול נטל על המדינה- ייתכנו מקרים בהם, אם ייקבע כי ישראל אינה פורום נאות, אנו נוביל למצב בו לא נאפשר, הלכה למעשה, לממש את זכויותיו המשפטיות
* לתת סעד לישראלים שנפצעים ביעד תיירות פופולרי- **עידו באום** רשם מאמר בו הוא מציג מגמה בה ניתן משקל כבד יותר לאינטרסים ציבוריים במסגרת מצב בו ישראלים נפגעים ביעד תיירות פופולרי.
* אינטרס "ערכי"- ב**ש"א 5730/06 CONFERENCE OF JEWISH CLAIMS נ'** **פרי** מדובר בתביעה שהוגשה על ידי יורשים של נכסים שהופקעו מיהודים על ידי הנאצים. התביעה הייתה נגד החברה שהייתה אמורה לסייע ליהודים לתבוע את הנכסים מגרמניה בטענה כי הארגון התרשל בתפקידו. הארגון יושב בארצות הברית ומחזיק במשרדים בכמה מקומות בעולם, כולל ישראל. התביעה הוגשה בישראל והארגון טען כי גרמניה היא הפורום הטבעי, כיוון שמירב פעילותם אמור להיות בגרמניה ולכן הם ביקשו להפסיק את ההליכים. בית המשפט לא מקבל את הטיעון של הפורום ומדגיש את האינטרס הערכי "למערכת המשפט הישראלית קיים אינטרס ערכי מובנה להיות מופקדת על סוגיות הקשורות מעין אלה הייחודיות לעם היהודי. בערכאות זרות, למרות שבוודאי יטיבו לדון בהם ולהעניק סעד הולם במידה וקיימת הצדקה לכך, עדיין לא יחושו את משמעותה הרחבה ואת חשיבותה העקרונית". מדובר בטיעון מרוכך יחסית המדגיש את הקשר המיוחד הקיים בין נושא זה לבין המדינה היהודית, והועדף על פני ניסוח קשה יותר לפיו לא יינתן צדק בגרמניה.

**מה קורה אם התובע מוכיח כי הוא לא יקבל צדק במדינה הזרה?**

* מה נחשב "חוסר צדק" שיצדיק המשך הדיון בפורום הלא נאות? במקרה **MOHAMMED V. BANK OF KUWAIT** באנגליה היה לא הרבה אחרי מלחמת המפרץ הראשונה. מוחמד היה אזרח עיראקי ורצה לתבוע את מעסיקו שפיטר אותו ולא שילם לו פיצויים, והוא תבע את בנק כווית בלונדון. הבנק טוען כי הפורום הטבעי הוא בכווית ויש להפסיק את ההליכים. מוחמד טוען שעקב היותו עיראקי הוא יופלה לרעה בכווית ולא יקבל החלטה צודקת שם.
* הבדלים ברמת הפיצוי או הסעדים? ב**ע"א 2705/91 אבו ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח-ירושלים** היה מדובר בתביעה נגד חברת החשמל המזרח-ירושלמית, והנתבע הצליח להוכיח כי מדינת ישראל היא הפורום הלא נאות. התובע טען כי הוא לא יקבל צדק בשטחים עקב ההבדל המשמעותי בסכום הפיצויים שיינתן על ידי הערכאות הזרות. נאמר על ידי בית המשפט כי לכל מדינה ומערכת משפט יש את התעריפים שלה. אחד מהמניעים העיקריים ל-FORUM SHOPPING הוא חיפוש אחר פורום בו ייפסקו פיצויים גבוהים.
* התיישנות במדינה הזרה? ראינו את הטענות הללו בהקשרי התניית מקום השיפוט, אך ייתכן כי מדובר בטענה רלוונטית גם לגבי פורום לא נאות. בפעם הראשונה אנו עדים לכך בפסק הדין **אבו ג'חלה** (^), שם החברה התחייבה שהיא לא תעלה את טענת ההתיישנות בדיון המשפטי הרשות- ככל הנראה היא חשבה שמדובר יהיה בטיעון מנצח, אך היא מוכנה לוותר עליו לטובת העברת הדיון לרשות. האם בית המשפט יכול להתנות את הפסקת ההליכים בישראל בכך שהנתבע לא ייעלה את טענת ההתיישנות? בפסק הדין **HECKE** שני הצדדים היו גרמניים, כאשר אחד הצדדים "נתפס" בישראל והוכח כי הפורום הטבעי הוא בגרמניה וכי הטענה התיישנה כעבור שלוש שנים. בית המשפט מתנה את הפסקת ההליכים הישראליים בכך שהנתבע לא ייעלה את טענת ההתיישנות שם, כך שאם התובע ייתבע את הנתבע בגרמניה וזה ייעלה את טענת ההתיישנות, ההליכים יוכלו לחזור לישראל. לא תמיד בית המשפט יעשה זאת, כמו במקרה **ע"א 4025/13 ויליאם נ' DEUTSCHE** שם מדובר באיש עסקים אנגלי התובע חברה גרמנית. הסכסוך ביניהם היה קשור להפרת חוזה הקשורה להשקעה בחברה ישראלית, אך מדובר בקשר די חלש למערכת המשפט הישראל. בוצע גישור בגרמניה, אך זה נכשל. לאחר מכן הוגשה תביעה בישראל תוך שימוש בכלל התפיסה תוך המצאת תביעה למנהל של החברה שהיה בביקור בישראל. החברה טוענת כי ישנו קשר קלוש לישראל וכי מדובר בפורום לא נאות, והתובע טוען מצידו כי התביעה התיישנה בגרמניה והוא לא יקבל שם סעד וצדק. בית המשפט קובע כי הוא פורום לא נאות ולא מתנה את הפסקת ההליכים בישראל בדרישה לאי-העלאת טענת ההתיישנות בגרמניה, כי ההתנהגות של התובע לא הייתה סבירה.

**האם מדובר בדוקטרינה שאבד עליה הכלח?**

* "העולם כולו הולך והופך ל"כפר אחד גדול""- במקרה **הגבס** (**רע"א 2705/97**); נאמר בפסק הדין כי אין כבר את אותה המשמעות המכבידה שהייתה בעבר להתדיינות בחו"ל ולכן אין להפריז במשקל שניתן לקשייו של נתבע לבוא עם עדיו למדינה זרה.
* עם זאת, "פורום לא נאות הוא לא רק עניין של נוחות הצדדים. כל עוד ימשיכו כללי הסמכות להישען על זיקות סמכות שיכולות להיות תולדה של מהלך ענייני מקרי, נחוצה לנו דוקטרינת סמכות משלימה ורחבה"- **קרייני** במאמרו.
* דברים אלה באו לידי ביטוי ב**רע"א 3144/03** **אלביט נ' HAREFUAH SERVICOS**, שם נאמר כי "ראיית הפורום בעל מירב הזיקות לעניין כפורום הטבעי אינה נובעת רק מנוחות הצדדים, אלא גם מציפיותיהם הסבירות של הצדדים ומהיכולת לנהל הליך יעיל בארץ".
* לסיכום, ציטוט נוסף מהמאמר של **קנאור**- "העולם הגלובלי מוזן מחופש תנועה של אנשים... כדי לעודד חופש תנועה יש להבטיח שאנשים המממשים את זכותם לחופש תנועה... לא יחששו מן האפשרות שבתי משפט נטולי כל זיקה אליהם, או בכלי זיקה קלושה ירכשו עליהם סמכות בינלאומית".

**יישום הכללים- שאלות לדוגמה:**

**1.** כאשר בהסכם יש תניה הקובעת כי לבית משפט זר תהיה סמכות שיפוט ייחודית לדון בתביעות הקשורות להסכם, איזה מהמשפטים הבאים נכון?

1. לבית המשפט הישראלי אין סמכות לדון בתביעות הקשורות בהסכם.
2. לבית המשפט הישראלי יש סמכות לדון בתביעות הקשורות בהסכם, אולם הוא לא יפעיל סמכות זו אלא אם קיימת סיבה טובה לכך.
3. לבית המשפט הישראלי יש סמכות לדון בתביעות הקשורות בהסכם והוא יתעלם מתניית השיפוט.
4. לבית המשפט הישראלי יש סמכות לדון בתביעות הקשורות להסכם רק אם התביעות התיישנו במדינה אליה מפנה התנייה.

**2.** גדי וצביקה, חברים תושבי ואזרחי ישראל החליטו לנסוע לטיול בירדן, ברכבו של גדי. זמן קצר אחרי שעברו את הגבול מישראל לירדן, הייתה תקלה ברכב והוא נגרר למוסך הקרוב ביותר, מוסכו של עבדול- תושב ואזרח ירדן. אחרי תיקון הרכב, נסעו השניים בחזרה לישראל. זמן קצר לפני שעברו את הגבול עם ישראל, הרכב התנגש במשאית וצביקה נפצע קשה. על פי חוות דעת של חוקר התאונה, הסיבות לתאונה היו מהירות מופרזת ביחד עם תקלה בבלמים שנבעה מרשלנותו של המוסכניק, עבדול.

צביקה מעוניין לתבוע את עבדול והוא גילה כי:

1. עבדול מגיע לישראל מפעם לפעם לביקור אצל דודו שגר בכפר ערבי בגליל;
2. בבתי המשפט בירדן חלים עיכובים של עשר שנים;
3. על פי החוק הירדני, התעריף בגין פיצויים בגין כאב וסבל הינו שליש מהתעריף המקובל בישראל.

* לפי נקודה א' בית המשפט הישראלי יכול להיות מוסמך עקב יכולת להפעיל כלל תפיסה;
* בחינה של כללי הפורום לא נאות יוביל להיעדר מוכנות לדון- עבדול צריך להוכיח כי ישראל היא הפורום הלא נאות, ואז צביקה צריך להוכיח כי הוא לא יקבל צדק בירדן. בשאלה זו חשוב מאוד המבנה של התשובה ולאו דווקא השורה התחתונה, ולכן במידה ונתקל בשאלה כזו בבחינה עלינו לבחון את כל רכיבי הדוקטרינה של פורום לא נאות.

**המצאה לאנשים בחו"ל:**

על פי התקנות הישנות, ישנם 3 תנאים מצטברים להמצאה לנתבע בחו"ל באישור בית המשפט:

1. מתקיימת אחת מהעילות בתקנה 500;
2. לגופו של עניין, קיימת שאלה רצינית שיש לדון בה;
3. שיקול דעת בית המשפט (פורום נאות).

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשמ"ד-1984:**

**תקנה 500- המצאה מחוץ לתחום השיפוט:**

רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה:

1. מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל בתחום המדינה;
2. נושא התובענה הוא כולו מקרקעין המצויים בתחום המדינה;
3. מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה;
4. התובענה היא לאכוף חוזה, לבטלו, להפקיעו או לפסלו, או לעשות בו על דרך אחרת, או לקבל דמי נזק או סעד אחר בשל הפרתו, באחד המקרים האלה:
5. החוזה נעשה בתחום המדינה;
6. החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה, או באמצעותו, מטעם מרשה העוסק או המתגורר מחוץ לתחום המדינה;
7. על החוזה חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא;
8. תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה, ואין נפקא מינה היכן נעשה החוזה, אפילו קדמה לאותה הפרה, או נלוותה אליה, הפרה מחוץ לתחום המדינה אשר שללה את האפשרות לקיים אותו חלק מן החוזה שצריך היה לקיימו בתחום המדינה;
9. מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או העומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;
10. התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה;

7א. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה

לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף

משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:

1. אדם השולט בתאגיד;
2. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
3. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).
4. מבקשים לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, ה'תשי"ח-1958, או פסק-בוררות- חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, ה'תשכ"ח-1968;

8א. מבקשים לבטל פסק בוררות חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, ה'תשכ"ח-1968, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית

המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה, או לפי דיניה, ניתן הפסק.

1. מגישים בקשה על פי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), ה'תשכ"ט-1969;
2. האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה.

במסגרת התקנות החדשות, יש עדיין עילות והן מקבילות בחלקן ל**תקנה 500** ומעוגנות ב**תקנה** **166**, וצריך להתקיים אחד מהתנאים הקבועים בתקנה זו. עולה השאלה, מה יעלה בגורל שני התנאים שנקבעו בפסיקה?

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשע"ט-2018:**

**תקנה 166- המצאה מחוץ לתחום המדינה:**

בעל דין רשאי להמציא כתב טענות מחוץ לתחום המדינה בהתקיים אחת מאלה ובכפוף לתקנות 167 ו-168:

1. נקבע בחיקוק שמבחינה בין-לאומית בית משפט בישראל מוסמך לדון בהליך פלוני או אם הוסכם בין בעלי הדין על סמכות כאמור;
2. מבוקש סעד נגד אדם שמקום מושבו הוא בתחום המדינה;
3. נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה;
4. התובענה היא בקשר לחוזה, ומתקיים אחד מהמקרים האלה:
5. החוזה, כולו או מקצתו, נעשה או הופר בתחום המדינה או שנשללה האפשרות לקיימו בתחומה;
6. על החוזה חלים דיני מדינת ישראל;

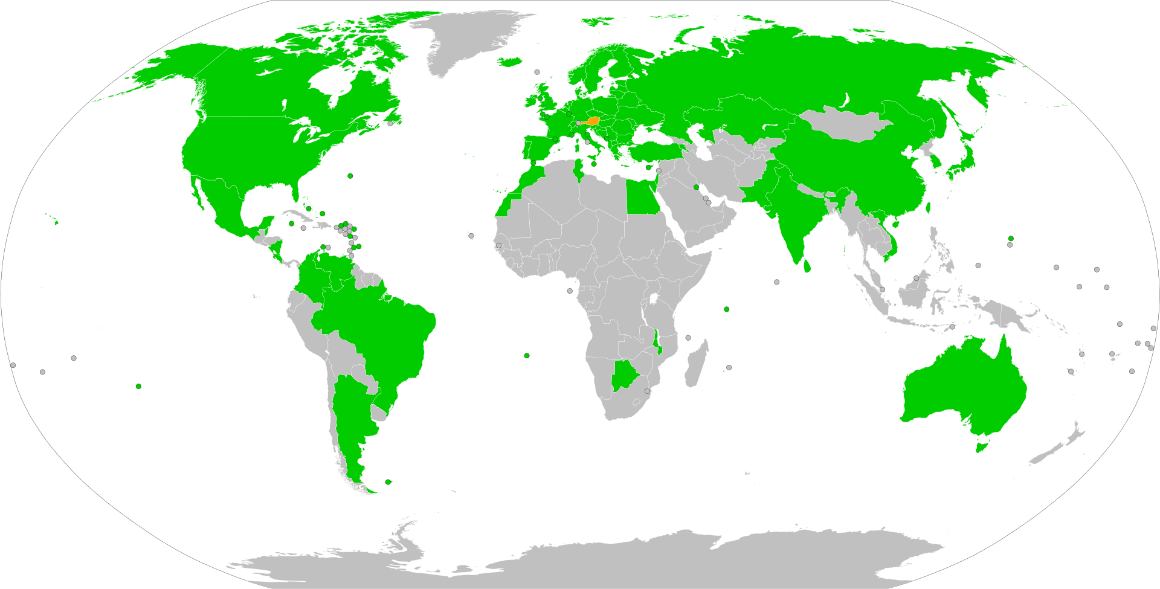
4א. התובענה מבוססת על מעשה או מחדל שאירע בתחום המדינה;

1. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:
2. אדם השולט בתאגיד;
3. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
4. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).
5. מבוקש צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבוקש למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבוקשים דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;
6. מבוקש לאכוף פסק-חוץ, כהגדרתו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, או פסק בוררות חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם;
7. מבוקש שלא לאכוף פסק בוררות חוץ, כהגדרתו בחוק הבוררות, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה ניתן הפסק;
8. האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש או נכון בתביעה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר;
9. האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין בתובענה שלגבי אחת מעילותיה באותה תובענה נגדו יש זיקה מהזיקות המפורטות בתקנה זו.

**מה קורה כאשר בית המשפט נותן את ההיתר?** ישנן תקנות המצאת מסמכים לפי אמנת האג 1965, ה'תשל"ו-1975. מדובר באמנה שחתומה על ידי 75 מדינות וכל מדינה ממנה רשות מרכזית לצורך המצאה, הכולל שני מסלולים- המסלול העיקרי עובר דרך הרשויות המרכזיות. לדוגמה, בית המשפט נותן הרשאה להמציא לנתבע בצרפת והתובע מעביר את התביעה דרך בית המשפט הנשלחת לרשות המרכזית בצרפת, וזו ממציאה את ההזמנה לדין לנתבע בצרפת, בהתאם לפרוצדורה המקומית, והוא שולח אישור חזרה לישראל באמצעות אותו ההליך. בנוסף, ישנה אפשרות להמציא באופן ישיר לנתבע בדואר, דבר התלוי בהסכמת המדינה. בנוסף ייתכנו דרישות נוספות של המדינות, כמו הדרישה ביפן להמצאת המסמכים בשפה היפנית.

כאשר הנתבע מקבל את ההזמנה לדין, הוא יכול לבוא לבית המשפט ולבקש לבטל את ההיתר ולתקוף את כל אחד משלושת התנאים שהוכחו בעיני בית המשפט הישראלי. בנוסף, הוא יכול לטעון בפני בית המשפט כי מדובר בפורום לא נאות.

להלן המדינות החברות באמנת האג:



כאשר המדינה לא חתומה על האמנה, יש להמציא בדואר ולהוכיח את ההמצאה הזו לבית המשפט לטובת המשך ההליכים. חשוב לציין כי לעניין ההמצאה המסוימת הזו לחו"ל, דרישות המדינות המקומיות לא רלוונטיות, אלא אך ורק הדרישות הישראליות לטובת קיום ההליך.

**השוואה בין התקנות:**

|  |  |
| --- | --- |
| **תקנה 500 הישנה** | **תקנה 166 החדשה** |
| "רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה...".  לבית המשפט יש שיקול דעת ("רשאי"), אך לא מפורט מה שיקול הדעת כולל ועל איזו קריטריונים הוא מבוסס. במקרה זה, ההלכה הפסוקה קבעה כי יש לתת היתר כאשר ישראל הינה פורום נאות.  עם זאת, **מתקיימת מחלוקת** בעניין נטל ההוכחה:   * על התובע-   + **ע"א 4601/02 ראדא תעשיות נ' BOLDSTRAY**   + **ת"א 67847-03-18 ברבי נ' GOOGLE INC.** * על הנתבע-   + **רע"א 2705/97 הגבס א' סיני בע"מ נ' THE LOCKFORMER CO**   הגישה המסורתית, שאומצה מהמשפט המקובל, לפיה על התובע יש לשכנע כי מדובר במקרה שראוי שבית המשפט ידון בו ושישראל היא הפורום הנאות. עם זאת, ישנה תפיסה נוספת, לפיה יש לצאת מנקודת הנחה כי לבית המשפט ישנה סמכות לדון בעניין. רק אם האיזון בין הזיקות לפורום הישראלי לבין הפורום הזר נוטה בבירור ובאופן משמעותי לפורום הזר, יחליט בית המשפט כי אין הוא הפורום הנאות. משמע, ברגע שהתובע הוכיח שמתקיימת אחת מהעילות הנטל עובר לנתבע שעליו להוכיח, חרף התקיימות העילה, כי בית המשפט הישראלי מהווה פורום לא נאות. בשנים האחרונות אנו רואים חזרה אל הגישה המסורתית, המנומקת בכך שהתובע הוא זה שבעצם "מבצע מרדף" אחר הנתבע. מדוע השופט ב**מקרה הגבס** לא אמר כי בכוונתו לשנות את הגישה? לדעת המרצה השופט התבלבל בין ההקשר של פורום לא נאות לאחר שבית המשפט כבר מוסמך לדון, בו ברור שנטל ההוכחה לפורום לא נאות מוטל על הנתבע, לבין המצב הנוכחי בו לא הוקנתה סמכות. עם זאת, המרצה חושבת כי יש היגיון בגישה שלו- אם מדובר בכלל התפיסה, בית המשפט רוכש סמכות על בסיס זיקה קלושה ביותר. במצב הזה אנו מבקשים מהנתבע לשכנע את בית המשפט כי ישראל היא פורום לא נאות. לעומת זאת, כאשר אנו מדברים על המצאה לחו"ל התובע הוכיח שכבר קיים קשר אמיתי וענייני עם ישראל (העילות), אולי קל וחומר שנטל ההוכחה על הנתבע. | "בעל דין רשאי להמציא כתב טענות מחוץ לתחום המדינה בהתקיים אחת מאלה ובכפוף לתקנות 167 ו-168... **167(ב)-** בית המשפט יורה על דרך ביצוע ההמצאה... והוא רשאי להורות שבנסיבות העניין אין להמציא את המסמכים מחוץ לתחום".  **מה השינוי?** כביכול הסעיף מתחיל בכך שלבעל הדין יש זכות לבצע המצאה של כתב טענות ללא אישור של בית המשפט. עם זאת, מופיע כי זאת בכפוף לתקנות 167 ו-168, אך שם לכאורה התפקיד של בית המשפט הוא רק טכני. לבסוף, ככל הנראה בסופו של יום לא מדובר בשינוי. מה לגבי נטל ההוכחה? האם השינוי בניסוח רלוונטי לנטל ההוכחה? אפשר היה לחשוב שיש הבדל, אך המרצה לא בטוחה שיש. השאלה של הפורום הלא נאות עולה כבר שנעשתה ההמצאה והנתבע מבקש לבטל אותו. בשלב הזה כבר לא מדובר על השאלה הם בית המשפט מורה על ביצוע ההמצאה או לא, שכן ההמצאה נעשתה. דברי ההסבר נאמר כי הנוסח החדש "משקף את המצב בפועל, לפיו רוב רובם של הבקשות להיתר מתקבלות". ככל הנראה בית המשפט לא מקשה. |

**עילות המצאה כלליות של תקנה 166:**

1. עילה מס' 1- נקבע בחיקוק שמבחינה בינלאומית בית משפט בישראל מוסמך לדון בהליך פלוני או אם הוסכם בין בעלי הדין על סמכות כאמור. עילה זו לא התקיימה בתקנה 500- לכאורה זה בא לפתור בעיה טכנית, כיוון שבמקרים שמוגדרים כאן, שלפי החוק יש סמכות או הסכמה, אנו לא צריכים את ההמצאה בכדי להקנות סמכות- הסמכות כבר קיימת. עם זאת, תמיד הייתה שאלה כיצד מיידעים וממציאים, וזה אמור לפתור את הנושא הזה.
2. עילה מס' 2- מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו בתחום המדינה. מדובר באדם שמקום מושבו הוא בישראל, אך הוא לא נמצא כעת בארץ. בתקנה 500 מדובר בעילה 1, תוך מחיקה של החלופה "או מקום מגוריו הרגיל". **מה ההבדל** בין מקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל? לא ברור מה ההבדל וככל הנראה זו הייתה המסקנה של מנסחי התקנות החדשות.
3. עילה מס' 6- מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם במקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו. בתקנה 500 העילה המקבילה היא 6. ב**ת"א 9872-06-13 אשכנזי נ' MARCUS** הייתה תביעה על לשון הרע, בטענה כי הנתבע משמיץ את התובע השמצה גם בחו"ל וגם בישראל, ולכן התובע מבקש פיצוי וגם צו מניעה שהנתבע יפסיק את ההשמצות.
4. עילה מס' 7- "מבקשים לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ ה'תשי"ח-1958, או פסק בוררות-חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, ה'תשכ"ח-1968." בתקנה 500 העילה המקבילה היא עילה 8. במקרה זה התובע מבקש לאכוף פסק דין זר בישראל מהווה עילה מספקת להמציא לחו"ל.
5. עילה מס' 8- מבוקש שלא לאכוף פסק בוררות חוץ, כהגדרתו בחוק הבוררות, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה ניתן הפסק. עילה זו לא התקיימה בתקנה 500. מדובר במצב בו יש פסק בוררות חוץ נגד תושב ישראל והתושב סבור כי יש בעיה עם פסק בוררות זו. כעיקרון, הוא אמור לפנות למדינה ששם ניתן הפסק בוררות. עם זאת, ככל הנראה הוא חושש לעשות זאת כיוון שהוא לא חושב שהוא יקבל צדק בחו"ל, והוא לא מעוניין לחכות עד שהצד השני יבקש לאכוף את פסק הבוררות בישראל, אלא הוא רוצה להקדים תרופה למכה ולכן הוא מגיש תביעה בישראל. בעבר לא הייתה אפשרות כזו, אלא היה צריך לחכות בחיבוק ידיים עד לרגע בו הצד השני היה פועל נגדו. כעת ניתן לתושב הישראלי, במידה והוא סבור שיש לבטל את פסק הבוררות, וכמובן עליו להוכיח כי הוא לא יקבל צדק בערכאה הזרה, בית המשפט כן יהיה מוכן. המרצה מניחה שלא תהיה עילה שכיחה.

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשמ"ד-1984**:

**תקנה 500- המצאה מחוץ לתחום השיפוט:**

רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה:

1. מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל בתחום המדינה;
2. נושא התובענה הוא כולו מקרקעין המצויים בתחום המדינה;
3. מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה;
4. התובענה היא לאכוף חוזה, לבטלו, להפקיעו או לפסלו, או לעשות בו על דרך אחרת, או לקבל דמי נזק או סעד אחר בשל הפרתו, באחד המקרים האלה:
5. החוזה נעשה בתחום המדינה;
6. החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה, או באמצעותו, מטעם מרשה העוסק או המתגורר מחוץ לתחום המדינה;
7. על החוזה חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא;
8. תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה, ואין נפקא מינה היכן נעשה החוזה, אפילו קדמה לאותה הפרה, או נלוותה אליה, הפרה מחוץ לתחום המדינה אשר שללה את האפשרות לקיים אותו חלק מן החוזה שצריך היה לקיימו בתחום המדינה;
9. מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או העומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;
10. התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה;

7א. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה

לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף

משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:

1. אדם השולט בתאגיד;
2. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
3. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).
4. מבקשים לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958, או פסק-בוררות- חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968;

8א. מבקשים לבטל פסק בוררות חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית

המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה, או לפי דיניה, ניתן הפסק.

1. מגישים בקשה על פי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), התשכ"ט-1969;

האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה.

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשע"ח-2018:**

**תקנה 166- המצאה מחוץ לתחום המדינה:**

בעל דין רשאי להמציא כתב טענות מחוץ לתחום המדינה בהתקיים אחת מאלה ובכפוף לתקנות 167 ו-168:

1. נקבע בחיקוק שמבחינה בין-לאומית בית משפט בישראל מוסמך לדון בהליך פלוני או אם הוסכם בין בעלי הדין על סמכות כאמור;
2. מבוקש סעד נגד אדם שמקום מושבו הוא בתחום המדינה;
3. נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה;
4. התובענה היא בקשר לחוזה, ומתקיים אחד מהמקרים האלה:
5. החוזה, כולו או מקצתו, נעשה או הופר בתחום המדינה או שנשללה האפשרות לקיימו בתחומה;
6. על החוזה חלים דיני מדינת ישראל;

4א. התובענה מבוססת על מעשה או מחדל שאירע בתחום המדינה;

1. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:
2. אדם השולט בתאגיד;
3. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
4. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).
5. מבוקש צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבוקש למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבוקשים דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;
6. מבוקש לאכוף פסק-חוץ, כהגדרתו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, או פסק בוררות חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם;
7. מבוקש שלא לאכוף פסק בוררות חוץ, כהגדרתו בחוק הבוררות, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה ניתן הפסק;
8. האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש או נכון בתביעה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר;

האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין בתובענה שלגבי אחת מעילותיה באותה תובענה נגדו יש זיקה מהזיקות המפורטות בתקנה זו.

15.11.20

**הרצאה מס' 5- סיום הדיון בהמצאה לאנשים בחו"ל ודיון בסייגים לסמכות וצווים חוסמים:**

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשמ"ד-1984**:

**תקנה 500- המצאה מחוץ לתחום השיפוט:**

רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה:

1. מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל בתחום המדינה;
2. נושא התובענה הוא כולו מקרקעין המצויים בתחום המדינה;
3. מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה;
4. התובענה היא לאכוף חוזה, לבטלו, להפקיעו או לפסלו, או לעשות בו על דרך אחרת, או לקבל דמי נזק או סעד אחר בשל הפרתו, באחד המקרים האלה:
5. החוזה נעשה בתחום המדינה;
6. החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה, או באמצעותו, מטעם מרשה העוסק או המתגורר מחוץ לתחום המדינה;
7. על החוזה חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא;
8. תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה, ואין נפקא מינה היכן נעשה החוזה, אפילו קדמה לאותה הפרה, או נלוותה אליה, הפרה מחוץ לתחום המדינה אשר שללה את האפשרות לקיים אותו חלק מן החוזה שצריך היה לקיימו בתחום המדינה;
9. מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או העומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;
10. התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה;

7א. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה

לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף

משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:

1. אדם השולט בתאגיד;
2. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
3. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).
4. מבקשים לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958, או פסק-בוררות- חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968;

8א. מבקשים לבטל פסק בוררות חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית

המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה, או לפי דיניה, ניתן הפסק.

1. מגישים בקשה על פי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), התשכ"ט-1969;

האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה.

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשע"ח-2018:**

**תקנה 166- המצאה מחוץ לתחום המדינה:**

בעל דין רשאי להמציא כתב טענות מחוץ לתחום המדינה בהתקיים אחת מאלה ובכפוף לתקנות 167 ו-168:

1. נקבע בחיקוק שמבחינה בין-לאומית בית משפט בישראל מוסמך לדון בהליך פלוני או אם הוסכם בין בעלי הדין על סמכות כאמור;
2. מבוקש סעד נגד אדם שמקום מושבו הוא בתחום המדינה;
3. נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה;
4. התובענה היא בקשר לחוזה, ומתקיים אחד מהמקרים האלה:
5. החוזה, כולו או מקצתו, נעשה או הופר בתחום המדינה או שנשללה האפשרות לקיימו בתחומה;
6. על החוזה חלים דיני מדינת ישראל;

4א. התובענה מבוססת על מעשה או מחדל שאירע בתחום המדינה;

1. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:
2. אדם השולט בתאגיד;
3. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
4. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).
5. מבוקש צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבוקש למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבוקשים דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;
6. מבוקש לאכוף פסק-חוץ, כהגדרתו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, או פסק בוררות חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם;
7. מבוקש שלא לאכוף פסק בוררות חוץ, כהגדרתו בחוק הבוררות, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה ניתן הפסק;
8. האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש או נכון בתביעה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר;

האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין בתובענה שלגבי אחת מעילותיה באותה תובענה נגדו יש זיקה מהזיקות המפורטות בתקנה זו.

**עילות המצאה כלליות של תקנה 166:**

1. **עילה מס' 1-** נקבע בחיקוק שמבחינה בינלאומית בית משפט בישראל מוסמך לדון בהליך פלוני או אם הוסכם בין בעלי הדין על סמכות כאמור. עילה זו לא התקיימה בתקנה 500- לכאורה זה בא לפתור בעיה טכנית, כיוון שבמקרים שמוגדרים כאן, שלפי החוק יש סמכות או הסכמה, אנו לא צריכים את ההמצאה בכדי להקנות סמכות- הסמכות כבר קיימת. עם זאת, תמיד הייתה שאלה כיצד מיידעים וממציאים, וזה אמור לפתור את הנושא הזה.
2. **עילה מס' 2-** מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו בתחום המדינה. מדובר באדם שמקום מושבו הוא בישראל, אך הוא לא נמצא כעת בארץ. בתקנה 500 מדובר בעילה 1, תוך מחיקה של החלופה "או מקום מגוריו הרגיל". **מה ההבדל** בין מקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל? לא ברור מה ההבדל וככל הנראה זו הייתה המסקנה של מנסחי התקנות החדשות.
3. **עילה מס' 6-** מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם במקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו. בתקנה 500 העילה המקבילה היא 6. ב**ת"א 9872-06-13 אשכנזי נ' MARCUS** הייתה תביעה על לשון הרע, בטענה כי הנתבע משמיץ את התובע השמצה גם בחו"ל וגם בישראל, ולכן התובע מבקש פיצוי וגם צו מניעה שהנתבע יפסיק את ההשמצות.
4. **עילה מס' 7-** "מבקשים לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ ה'תשי"ח-1958, או פסק בוררות-חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, ה'תשכ"ח-1968." בתקנה 500 העילה המקבילה היא עילה 8. במקרה זה התובע מבקש לאכוף פסק דין זר בישראל מהווה עילה מספקת להמציא לחו"ל.
5. **עילה מס' 8-** מבוקש שלא לאכוף פסק בוררות חוץ, כהגדרתו בחוק הבוררות, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה ניתן הפסק. עילה זו לא התקיימה בתקנה 500. מדובר במצב בו יש פסק בוררות חוץ נגד תושב ישראל והתושב סבור כי יש בעיה עם פסק בוררות זו. כעיקרון, הוא אמור לפנות למדינה ששם ניתן הפסק בוררות. עם זאת, ככל הנראה הוא חושש לעשות זאת כיוון שהוא לא חושב שהוא יקבל צדק בחו"ל, והוא לא מעוניין לחכות עד שהצד השני יבקש לאכוף את פסק הבוררות בישראל, אלא הוא רוצה להקדים תרופה למכה ולכן הוא מגיש תביעה בישראל. בעבר לא הייתה אפשרות כזו, אלא היה צריך לחכות בחיבוק ידיים עד לרגע בו הצד השני היה פועל נגדו. כעת ניתן לתושב הישראלי, במידה והוא סבור שיש לבטל את פסק הבוררות, וכמובן עליו להוכיח כי הוא לא יקבל צדק בערכאה הזרה, בית המשפט כן יהיה מוכן. המרצה מניחה שלא תהיה עילה שכיחה.
6. **עילה מס' 9-** האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה כנגד אדם אחר, משמע- כבר קיימת תביעה בישראל והתובע המצוי בחו"ל קשור לעניין ולכן הוא נתפס כ"בעל דין דרוש או נכון". בתקנה 500 העילה המקבילה היא עילה מס' 10, אך בסוף היו עוד כמה מילים- "שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה"- הנתבע הראשון צריך להיות בישראל או המורשה שלו ורק כך היה אפשר להוסיף נתבע בחו"ל. לפי התקנות החדשות, אין צורך בכך, ישנו רק הצורך בעילה לגבי הנתבע הראשון. על פי הפסיקה ישנו הצורך שהתביעה הראשונה תהיה תביעה כנה ומבוססת כלפי הנתבע הראשון- אם מדובר רק בתביעת סרק רק בכדי להביא נתבע מחו"ל, זה לא נחשב.כנות התביעה נגד הנתבע הנמצא בישראל- **ע"א 481/84 אטלנטיק בע"מ נ' ASTILLEROS S.A.**

* דוגמות לשימוש בתביעה:
  + **רע"א 9141/00 FRANZ LANG נ' ירון מרקוס**- המקרה של הבחור הישראלי שנסע לסדנה באוסטריה ושם במסגרת משחק רשלני בשדה תוך עצימת עיניים נקטעו רגליו על ידי מכשיר חקלאי. הוא רצה לתבוע את הארגון האוסטרי. הוא הגיש תחילה תביעה נגד משרד החינוך, המצוי בישראל כמובן, ואז ביקש לצרף את הארגון האוסטרי לתביעה, ובקשה זו התקבלה.
  + **רע"א 11119/05 INVENSYS נ' אריה ביטוח**- מדובר היה במקרה שבו הייתה שריפה בתחנת רדיו ובעלי התחנה קיבלו תגמולי ביטוח מחברת אריה ביטוח. חברה זו הגישה תביעה נגד היבואן של הציוד, שלטענתה גרם לשריפה. הכיס העמוק היה היצרן כמובן, והוא רצה לצרף את היצרן, וזה התקבל לאחר התביעה נגד היבואן הישראלי. במקרה הזה הייתה אפשרות נוספת שהיבואן עצמו יבקש את היצרן כצד ג' לתביעה, דבר שגם נעשה לפי העילה האמורה, אך במקרה הזה התובע ביקש לצרף את היצרן, לאחר שבחוזה בין היבואן לבין היצרן הייתה תניית שיפוט ייחודית לטובת בית המשפט באנגליה, ולכן היבואן לא יכל מעשית לצרף אותו כצד ג'.

1. **עילה מס' 10-** האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין בתובענה שלבי אחת מעילותיה באותה תובענה נגדו יש זיקה מהזיקות המפורטות בתקנה זו. מדובר בעילה חדשה שלא מופיעה בתקנה 500. לפי דברי ההסבר לתקנות, הרציונל העומד בבסיס החלופה הזו הוא שכאשר ישנה זיקה אחת כלפי הנתבע שהיא בסיס לעילה אחת, אך אותה תביעה מבוססת גם על עילה שנייה ולגביה אין זיקה מתאימה בתקנות, הרי שיש היגיון ביצירת סמכות גם לגבי העילה השנייה, שכן אחרת ייאלץ התובע לפצל את התביעה, כאשר עילה אחת בישראל ועילה אחת מחוצה לה. מצב שלתובע יש כמה עילות תביעה נגד הנתבע, נגיד עילה אחת נזיקית ועילה אחת חוזית, ולגבי החוזה כן מתקיימת אחת מהעילות, אך לא לגבי העילה הנזיקית, אז העילה הזו מאפשרת להקנות סמכות לבית המשפט במקרה זה. זה כמובן צריך להיות באותו עניין ולא להיות תביעה נפרדת לגמרי.

**עילות בעניין מקרקעין:**

1. **עילה מס' 3-** נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה. בתקנה 500 זו הייתה עילה מס' 2, ובחידוש נמחקה המילה "כולו" אחרי המילה "הוא", כלומר- אפשר להמציא כתב תביעה גם במקרה בו התובענה לא עוסקת אך ורק במקרקעין באופן בלעדי, אלא גם בנושאים הקשורים לכך.

* עילה מס' 3 הישנה שנמחקה ("מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה), כללה חפיפה די גדולה בינה לבין עילה מס' 2 הישנה, ועם הסרת המילה "כולו" מעילה מס' 3 החדשה, העילה נהפכה להיות מרחיבה מספיק בכדי לכסות על כל האפשרויות שעשויות היו לצוף מתוקף עילה מס' 3 הישנה.

**עילות בעניין חוזים:**

1. **עילה מס' 4-** "התובענה היא בקשר לחוזה, ומתקיים אחד מהמקרים האלה: החוזה, כולו או מקצתו, נעשה או הופר בתחום המדינה או שנשללה האפשרות לקיימו בתחומה; על החוזה חלים דיני מדינת ישראל". מה השתנה? תת-עילה ב' נמחקה ומספיק מעכשיו כי רק חלק מהחוזה ("מקצתו") נעשה או הופר בישראל.

בתקנה 500 העילה המקבילה הייתה גם כן עילה מס' 4 וזו הייתה מחולקת ל-3 תת-עילות שונות. בנוגע לתת-עילה ב'- יכול להיות שהוא מורשה לצורך תקנה 500, אך אין מספיק אינטנסיביות של קשר לצורך תקנה 482 או שאולי הוא היה מורשה בעת עשיית החוזה, שנעשה באמצעותו, אך יכול להיות שהוא כבר לא מורשה שלו כיום. בנוסף, העילה לא ממציאה למורשה, אלא לנתבע עצמו בחו"ל, פשוט העובדה שהחוזה נעשה באמצעות מורשה בישראל זה הקשר שהצדיק את התביעה נגד הנתבע בחו"ל. בנוגע לתת-עילה ג'- נראה הפרת חוזה בתחום המדינה, כאשר ביצוע החוזה היה אמור להתקיים במדינת ישראל. בנוסף, בתקנה 500 ישנה עילה מס' 5 הקובעת כי "תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה". מתוך כך עולה השאלה מתי חוזה מופר בתחום המדינה? כיצד אנו יודעים היכן החוזה הופר דוגמות:

* **רע"א 2705/97 הגבס א' סיני בע"מ נ' THE LOCKFORMER CO**- היה מדובר בהתחייבות של היצרן לספק בישראל מכונה תקינה שעובדת, ולכן כאשר המכונה לא עבדה בתוך תקלה, ראו בכך כהפרת חוזה בתחום המדינה. צריך להבין מתוך החוזה היכן נקבע מקום הביצוע. לעומת זאת, אם יש ספק שצריך לספק בחו"ל, כלומר- חובתו הוא לספק מוצר לנמל ניו-יורק ואז בעת ההגעה לישראל המכונה לא עובדת, ייתכן כי ההפרה בוצעה בחו"ל.
* **ת"א (ת"א) 15620-07 RAS נ' שמיר**- במקרה הזה אביו של התובעת היה חי ונפטר בבולגריה והתובעת טוענת כי חברת הביטוח RAS ביטחה את חייה של אביה ולא שילמה את תגמולי הביטוח והיא מעוניינת לתבוע את חברת הביטוח בישראל. היא טוענת שחברת הביטוח הפרה את חוזה הביטוח בישראל, שכן על הביטוח לשלם למוטב ולכן יש לבצע את החוזה בישראל ועם אי התשלום, ראו את מקום ההפרה בישראל.

**עילות בעניין נזיקים ומעשים ומחדלים אחרים:**

1. **עילה מס' 4א-** "התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל שאירע בתחום המדינה". בתקנה 500 העילה המקבילה היא עילה מס' 7. דוגמות:

* **ע"א 565/77 מזרחי נ' NOBLES EXPLOSIVES**- מדובר בתביעה על ידי עובד בניין כנפגע כאשר הוא השתמש בחומר נפץ שהיה פגום. העובד רצה להגיש תביעה נגד החברה היצרנית הסקוטית. ככל הנראה לא היה להם מורשה בישראל, ולכן הוא ביקש היתר לפי תקנה 500(7). בית המשפט אמר כי העובדה שהנזק התקיים בארץ לא מספיק.
* **מקרה ולנסי**- מדובר הייתה בתביעה של אדם שעשה צלילה בישראל והוא השתמש במכולה של חמצן והיצרן היה צרפתי. הוא הגיש תביעה נגד היצרן, כיוון שהיבואן פשט את הרגל. התובע ניסה להתגבר על הבעיה של מזרחי, כיוון שהמחדל ככל הנראה נעשה בצרפת בעת הייצור הפגום, והוא טען שהם היו צריכים להודיע על הפגם. הרשמת בבית המשפט בערכאה הראשונה קיבלה את התביעה, אך בבית המשפט העליון התביעה לא התקבלה.
* **בר"ע 200602/98 פלונית נ' אלמוני-** מדובר בילדה שנולדה לאישה ישראלית כתוצאה מרומן שהיא ניהלה עם גבר טורקי בטורקיה. בינתיים האב של הילדה נפטר, והילדה רוצה להגיש תביעה בישראל כנגד העיזבון שלו, והיא טוענת שמדובר במעשה או מחדל התקיים בישראל, שכן המעשה שמהווה בסיס לתביעתה זו לידתה.
* **ת"א 9872-06-13 אשכנזי נ' MARCUS-** מדובר הייתה בתביעת לשון הרע, שהתבססה על שיחת טלפון בין חו"ל לבין ישראל, כאשר האדם שקיבל את המילים נשואות התביעה היה בישראל. בית המשפט קבע כי התביעה מתקבלת על כך שיעד השיחה היה ישראל.
* בשנים האחרונות עלו תהיות לגבי דברים שהועלו לאינטרנט. לפני פסק הדין של **אמזון** כל המקרים בהם נטען כי פרסום באינטרנט מהווה בישראל, התקבלו רק אם הוכח כי האתר יועד לישראלים. בערכאה הראשונה הרשמת קבעה כי האתר הוא באנגלית ולא מיועד לישראלים, אך במחוזי קבעו כי העובדה שיש גישה לישראלים רבים ולכן מי שמעלה את התכנים מודע לכך שהפרסום יגיע לישראלים, ולכן זה נתפס כמעשה או מחדל שאירעו בתחום המדינה.

1. **עילה מס' 5-** "התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי". עילה זו נכנסה כבר לתוקף כתיקון לתקנה 500 ומעוגנת כרגע כעילה 7א, והיא נובעת מפסק הדין מזרחי ומהווה תגובה לו.

**יישום הכללים:**

1. אורה ודקלה הן בעלות דירות שכנות בבניין משותף. דקלה בנתה מרפסת אשר מטילה צל על החלון של אורה, וחוסמת ממנה את אור השמש. אורה מעוניינת להגיש תביעה נגד שכנתה בגין הנזק שנגרם לה. דקלה מגוררת מזה כמה שנים באיטליה. האם בית המשפט הישראלי רשאי להתיר המצאה אל דקלה על מנת לרכוש סמכות שיפוט?
2. כי הצו מתבקש לגבי מקרקעין שבישראל המצויים התחום ישראל.
3. כן, כי אורה תושבת ישראל.
4. לא, כי בית משפט ישראלי אינו רשאי להתיר המצאה לחו"ל.
5. לא, כי התביעה אינה קניינית.
6. "יופי" היא חברה ישראלית היוצרת מוצרי קוסמטיקה הטוענת שחברה צרפתית בשם "ביוטי" משווקת דרך אתר האינטרנט שלה מוצרים המפירים פטנטים שלה ברחבי העולם ומעוניינים לתבוע אותה בישראל. חברת "יופי" רוצה לדעת האם תוכל להקנות סמכות לבית המשפט בישראל לדון בתביעתה נגד חברת "ביטוי", בהנחה שאין לה מורשה בישראל.
7. לא, אלא אם אתר האינטרנט שלה תורגם לעברית.
8. כן, אם חברת "ביוטי" הייתה יכולה לצפות שייגרם נזק בישראל.
9. כן, כיוון שנעשה מעשה או מחדל בישראל.
10. תשובות ב' ו-ג' נכונות.
11. עבדול, תושב ואזרח ירדן, עבד בירדן במפעל של מוחמד, אף הוא תושב ואזרח ירדן. עבדול נפצע כאשר המכונה עימה עבד התפרקה. יצרן המכונה הינו "משין בע"מ, חברה ישראלית, שמייצרת מכונות במפעלה באשדוד לצורך ייצוא לחו"ל. ברצונו של עבדול לתבוע גם את "משין בע"מ" וגם את מוחמד בבית משפט בישראל. עבדול טוען שהתאונה נגרמה כתוצאה מפגמים הן בייצור המכונה והן בהתקנת המכונה על ידי המעסיק. האם בית משפט בישראל יהיה מוסמך ומוכן לדון בתביעות של עבדול נגד "משין בע"מ" ונגד מוחמד?

כאן יש צורך בהפעלת כלל התפיסה כלפי החברה הישראלית, שכן היא ישראלית. עולה השאלה האם אפשר לצרף את המעסיק הירדני כבעל דין דרוש או נכון (לפי עילה מס' 9 החדשה)? לכאורה כן כי מדובר באותו אירוע, אך השאלה מי מהם הוא האחראי? מדובר בשאלה של שיקול דעת האם באמת ישראל מהווה פורום נאות לגבי התביעה כלפי המעסיק. בנוסף, יש לשקול ענייני יעילות ולשקול בירור במסגרת תובענה אחת מי האחראי במקום לבצע פיצול הליכים, עקב היות המעסיק והתובע ירדני. גם בשאלה זו החשיבות המרכזית היא לבצע דיון.

**סייגים לסמכות:**

עד כה דיברנו על איך להקנות סמכות בינלאומית לבית משפט ישראל, אך יש שני סייגים עיקריים לסמכות זו.

**סייג מס' 1-** **מקרקעין זרים:**

סייג זה מבוסס על הלכת מוזמביק, משנת 1883, לפיה בית המשפט לא מוסמך לדון בתביעות שבהן מעורבת, במישרין או בעקיפין, השאלה של בעלות מקרקעין זרים (כפוף לחריגים). מה הרציונלים העומדים מאחורי כלל זה?

* פגיעה אפשרית בריבונות של המדינה הזרה;
* חוסר אפקטיביות של פסק הדין.

חריגים להלכת מוזמביק:

1. עילת התביעה מבוססת על התחייבות אישית של הנתבע:

* לדוגמה, תביעה בגין הפרת חוזה מכירת מקרקעין- במקרים כאלו הסוגייה נוגעת יותר לפן החוזי של העסקה ולא לפן הקנייני שלה ולכן בית המשפט יהיה מוכן לדון בנושא וביכולתו להורות על ביצוע בעין של החוזה או לפסוק פיצויים (**ברוך נ' לוי**).

1. תביעה מבוססת על מרמה במקרקעין זרים- לא מדובר בעילה שמבוצע בה שימוש רב, במסגרת פסק דין ישראלי , **בסיליוס נ' עדילה**, שקבע כי כיוון שמדובר במרמה של החברה שיוצרת חבות עצמאית של הנתבע עצמו.
2. **ירושה**- אם מדובר בעיזבון אנו נדון בחלוקת העיזבון, ואף כל העיזבון אם ישנה סמכות, במקרה בו מקום מושבו של הנפטר היה בישראל או אם הוא השאיר נכסים בישראל. המטרה היא שלא לגרום לפיצול בהחלטות הנוגעות לעיזבון. ייתכן כי בית המשפט לא ידון עקב היותו פורום לא נאות, אך העובדה שחלק מהנכסים נמצאים בחו"ל לא מונעת מבית המשפט לקבל סמכות בנושא.

עלתה השאלה האם הלכת מוזמביק חלה על מקרקעין ב"אזור" של יהודה ושומרון. במסגרת **בג"צ 332/11 עבד אלקאדר עבד אללה יונס קבהא נ' שר הביטחון**, בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ קבע כי הלכת מוזמביק לא חלה וכי אין בעיה לדון בנושאים הקשורים במקרקעין המצויים ביהודה ושומרון, כיוון שלא חלה פגיעה בריבונות של אף אחד ואין בעיה של חוסר אפקטיביות וקשיים באכיפה, כך ששני הרציונלים שעומדים מאחורי הלכת מוזמביק לא מתקיימים ביהודה ושומרון.

**סייג מס' 2- חסינות ריבון זר:**

סייג זה מבוסס כי אין לבית המשפט סמכות לדון כנגד מדינות זרות. עולה השאלה מי הוא ריבון זר ואיזו ישות תיחשב למדינה, שאלה אשר תענה על ידי שר החוץ. לדוגמה, הרשות הפלסטינית ביקשה להיחשב כריבון זר ולכן בית המשפט לא יוכל לדון בתביעות כנגדה, אך שר החוץ סירב להכיר בטענה זו.

כיום הסייג האמור מעוגן ב**חוק חסינות מדינות זרות, ה'תשס"ח-2008**, ומבוסס על אמנה בינלאומית, על אף פי שכיום כללים אלו מהווים כללים מנהגיים. העיקרון מעוגן ב**סעיף 2** לחוק. הרציונל הוא שריבון זר אינו שפיט בגין עניינים שבמדינתו. מדינה מקבלת החלטה על בסיס מגוון שיקולים מדיניים שלה ולא ראוי שבית משפט במדינה אחרת יבוא וישפוט את ההחלטות שלה. בנוסף, ישנו גם רציונל של שוויון בין ריבונים, כך שהמדינות מתנהלות בצורה כזו בינן.

**חוק חסינות מדינות זרות, ה'תשס"ט-2008:**

**סעיף 2- חסינות מדינה זרה מפני סמכות שיפוט:**

למדינה זרה תהא חסינות מפני סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל, למעט סמכות השיפוט בעניינים פליליים (בחוק זה- חסינות מפני סמכות שיפוט), בכפוף להוראות חוק זה.

דוגמה קלאסית לשימוש בחסינות הוא ב**ת"א 5006-08 יספוב ואח' נ' מצרים**- מדובר בתביעה של קרובי משפחה של הרוגים מטילי קאסם המשוגרים מרצועת עזה, שהגישו תביעה נגד מצרים בטענה כי היא לא עשתה מספיק למנוע את הירי, ואף עודדה וסיפקה חומרי לחימה למחבלים. התובעים טוענים, בין היתר, כי אין חסינות למדינת מצרים כיוון שהפעולות האמורות בוצעו לפני שהחוק חוקק. בית המשפט דוחה את התביעה ואומר כי מדובר בפעולות שלטוניות ולכן החסינות חלה ונאמר כי גם לפני החוק חלה חסינות מכוח המשפט הבינלאומי המנהגי ולכן לא קמה סמכות.

חריגים לחסינות מדינה זרה:

1. **סעיף 3** לחוק קובע חריג מסחרי, הקובע כי למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה שעילתה עסקה מסחרית, וזאת על בסיס הבחנה שביצע האמנה הבינלאומית. ב**ע"א 581/91 (ת"א) HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA נ' אדלסון** מדובר במקרה שבו ממשלת קנדה סחרה בית פרטי בהרצליה לשימוש על ידי הסגל הדיפלומטי שלה, ולאחר מכן עלה סכסוך בין הצדדים, ובעל הבית מגיש תביעה נגד ממשלת קנדה. הממשלה טוענת כי יש לה חסינות, והשאלה שעולה היא האם השכרת הבית לצורך מגורים לדיפלומטים מהווה פעולה שלטונית או מסחרית? האם המבחן הוא על פי האופי של העסקה (עסקה מסחרית שכל אדם יכול לבצע) או האם המבחן הוא על פי המטרה (קיום קשרים דיפלומטיים). בית המשפט קבע כי המבחן נוטה לפי האופי של העסקה ולא לפי המטרה.
2. **סעיף 5** לחוק קובע חריג נזיקי לגבי עוולות שנעשה בתוך המדינה, הקובע כי למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה בשל עוולה שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי, ובלבד שהעוולה נעשתה בישראל. אם הפעולה נעשתה בחו"ל אם נגרם נזק אגבי לישראל מתקיימת חסינות. ב**ע"א 7484/05 USA נ' שוחט** היה מדובר בתאונה בספינה, בה הספינה הישראלית לקחה מלחים מהצי האמריקאי מנמל חיפה אל אוניית הצי האמריקאי במים הבינלאומיים. ככל הנראה המלחים השתכרו במהלך השהות בספינה ועלתה הטענה מהנתבעת הראשונה שהפעילה את הספינה, כי המלחים פעלו באופן רשלני וזה מה שגרם לתאונה. הנתבעת הראשונה הגישו תביעה נגד ארצות הברית בטענה כי היא אחראית על הצי האמריקאי ועליה לשאת לפחות בחלק מהאחריות הזו. כתוצאה מהתאונה היו הרוגים, דבר שהוביל את היורשים לתבוע את חברת הספנות הישראלית, וזאת טענה כי לממשלת ארצות הברית רשלנות תורמת. ממשלת ארצות הברית טענה לחסינות. בית המשפט מצא קונסטרוקציה שמכניס את הנושא תחת החריג המסחרי הבינלאומי, אך ברור שכיום מדובר יהיה בחריג נזיקי, שאז לא היה מנהגי.
3. **סעיף 4** לחוק מעגן את חריג החוזה עבודה, שחל כאשר המדינה הזרה מעסיקה עובדים בישראל במקרים בהם אותם העובדים מחילים טענה כנגד אותה המדינה בשל טענות בדיני עבודה. על העובדים יש להיות תושבי ישראל (או להתגורר בה לכל הפחות תוך כדי העבודה) ושהעבודה תהיה מבוצעת בישראל. ככל הנראה גם פה כאשר בית המשפט מיישם את החריג הזה הוא גם מתייחס להבחנה בין פעילות מסחריות לבין פעולות שלטוניות, על אף פי שזה בכלל לא מאוזכר בסעיף החוק. את זה אנו לומדים מ**ע"ע 1127-10-14 ארצות הברית נ' בחאבא** שעבד בתפקיד רגיש תחת ארצות הברית והוא פוטר לאחר שבוטל סיווגו הביטחוני, והוא תבע את ארצות הברית על פיטורים שלא כדין ועל פגיעה בשמו הטוב. ממשלת ארצות הברית טענה לחסינות ובית המשפט קיבל את טענתה, בנימוק שהסיבה למגורים נגעה לשיקולי ביטחון של ארצות הברית ולכן יש חסינות על פי המשפט הבינלאומי המנהגי.
4. **סעיף 6** לחוק מעגן את חריג הזכויות הנכסים, וקובע כי למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה ובהליכים כאשר מדובר במקרקעין או בנכסים אחרים המצויים בישראל. לדוגמה, כאשר למדינה זרה יש בניין בבעלותה בישראל ואדם אחר טוען שחלק מהבניין שייך לו ואז המדינה הזרה יכולה לבוא ולטעון לחסינות, אך טענה זו לא תתקבל במקרה שכזה.

**צווים חוסמים:**

עד כה דיברנו על התדיינות בישראל, אך נושא זה עוסק במצב בו ישנה התדיינות בחו"ל, אך הנתבע שם רוצה למנוע את ההתדיינות בחו"ל וכי בית המשפט בישראל יאסור על התובע מהתחלת או המשכת ההתדיינות בחו"ל. צו חוסם הוא צו האוסר על "התובע" מלהתחיל או להמשיך הליכים בחו"ל. מטרת הצו היא למנוע FORUM SHOPPING שמבוצע בחו"ל (עד כה למדנו על דוקטרינת הפורום הלא נאות המופעל בערכאה ישראלית). כאשר בית המשפט נותן את הצו הוא מוציא צו "אישי" כנגד התובע ולא כנגד המדינה בה מתקיימת ההתדיינות, ובמידה והתובע מפר את הצו, מופעלת הסנקציה של ביזיון בית המשפט.

**כיצד בית המשפט מחליט האם להנפיק את הצו?** נטל ההוכחה מוטל על הנתבע בחו"ל המבקש את הצו, ועליו להוכיח כי ההתדיינות בחו"ל תגרום לו פגיעה העולה על הפגיעה שתיגרם לתבוע מהצו החוסם.

פסק הדין המנחה היחיד מבית המשפט העליון הוא **רע"א 714/96 נירה פריסקל נ' אבשלום אורנשטיין**. התביעה מתחילה כאשר האחות מגישה תביעה נגד האח בארץ הקשורה לחברה משפחתית. היא מקבלת בבית המשפט צו מניעה האוסר על האח לבצע פעולות כבעל המניות, ככל הנראה מחשש שעלה לה. האח מגיש תביעה נגד האחות בארץ הדורשת החזרת כספים, בטענה כי היא לקחה כספים שהיא לא הייתה רשאית לקחת.

האחות גרה באנגליה בחלק מהזמן, והאח מאיים על האחות כי במידה והיא לא תעביר לו כספים מסוימים, הוא יגיש תביעה כנגדה באנגליה, אך האחות מבקשת מבית המשפט בישראל צו חוסם נגד האח שיאסור עליו להחל הליכים באנגליה ובכך מלממש את איומו. בית המשפט קובע כי הוא לא נותן צו חוסם כיוון שהאחות לא הוכיחה כי הפגיעה הנגרמת לה גוברת על הפגיעה שתיגרם לאח אם יינתן הצו. בנוסף, אמרו כי העובדה שכבר התקיימה התדיינות כבר בישראל כשלעצמו לא מהווה סיבה להוציא צו מניעה.

מדובר במבחן יותר מחמיר מאשר זה של דוקטרינת הפורום הלא נאות, אך ישנו הצורך להוכיח כי במידה וההתדיינות תתבצע בחו"ל היא תגרום לו פגיעה, ופגיעה כזו שתהיה גדולה מאשר הפגיעה שתיגרם לאדם שיוצא נגדו צו חוסם.

**שיקולים בעד ונגד לצו החוסם:**

* בעד מתן הצו:
  + כאשר קיימת פגיעה בעקרונות הצדק;
  + מניעים פסולים או התנהגות פסולה;
  + לא די באי-נוחות;
  + לא די בכך שכבר מתנהלים הליכים בין הצדדים בארץ.
* נגד מתן הצו:
  + פגיעה בזכות יסוד להביא הליכים בכל ערכאה מוסמכת;
  + משום התערבות ממשית בהליכים במדינה זרה;
  + רק במקרים חריגים וקיצוניים ניתן להצדיק פגיעות אלו.

**דוגמה של מתן צו חוסם- SOCIETE NATIONALE INDUSTRIELLE AEROSPARIALE V. LEE KUI JAK:**

מדובר על פסק דין בערכאה של מועצת המלך, שדן בערעורים מקולוניות בריטיות שלא קיימת בהן ערכאת ערעור שלישית. מדובר בטייס מסוק שנהרג והטייס גר בברוניי (קולוניה) ואלמנתו מגישה בברוניי נגד חברת מלזית המפעילה את המסוק ונגד היצרן הצרפתי של המסוקים. בינתיים עורכי דין בארצות הברית שמעו על המקרה וראו בכך הזדמנות כלכלית והציעו לאלמנה שהם ייצגו אותו בארצות הברית וכך היא תקבל פיצויים גבוהים בהרבה. היא מסכימה, מבטלת את ההליכים בברוניי ומגישה תביעה בטקסס נגד יצרנית המסוקים, אך לא כנגד המפעילה, ככל הנראה בשל בעיות הנובעות ממקום התביעה.

היצרן הצרפתי מבקש מבית המשפט בברוניי צו חוסם נגד האלמנה האוסר עליה להמשיך את ההליכים בטקסס. הצו החוסם ניתן. מדובר ב-FORUM SHOPPING מובהק, אך גם עולה השאלה מה הפגיעה שיש ליצרן הצרפתי, שעל פיו ניתן הצו החוסם. בית המשפט קבע שמדובר בהליכים בטקסס היו מציקים וטורדני שכן הפגיעה ביצרן הצרפתי תגבר לאור העובדה שמפעילת המסוקים לא מעורבת במשפט, וייתכן כי היו בעיות שנבעו מהחברה המלזית, והחברה הצרפתית תצטרך לדון בנפרד במלזיה כנגד החברה- פיצול הליכים. הפגיעה הזו נתפסה כפגיעה גדולה יותר מאשר זו שתיגרם לאלמנה, כיוון שמדובר ב-FORUM SHOPPING.

**יישום הכללים:**

1. מוחמד, תושב רמאללה (בשטחי הרשות הפלסטינית) טוען שהוא הבעלים של מגרש בשומרון (ב"אזור"). ברצונו לתבוע את יואל שהניח את הקרוואן שלו על המגרש. יואל טוען שקנה את המגרש כדין.
2. הלכת מוזמביק חלה כי מדובר במקרקעין מחוץ לשטח מדינת ישראל.
3. הלכת מוזמביק לא חלה כי יואל קנה את המגרש.
4. הלכת מוזמביק לא חלה על מקרקעין ב"אזור".
5. הלכת מוזמביק חלה כיוון שהתובע הינו תושב זר.
6. אבי, תושב ישראל, טוען שנפצע כאשר נפל בתוך קבינת הנוסעים במטוס של "אל על" במהלך טיסה מישראל לאנגליה. הוא הודיע ל"אל על" שהוא מתכוון להגיש תביעה נגדה בטקסס בארצות הברית. החברה מעוניינת למנוע את האפשרות הזו.
7. בית משפט בטקסס יוצא צו חוסם נגד אבי אם החברה תוכיח שתביעתו הינה מציקה וטורדנית.
8. בית משפט בישראל יוציא צו חוסם נגד אבי אם החברה תוכיח שהפגיעה שתגרם לה (עקב אי מתן צו חוסם) עולה על הפגיעה שתיגרם לאבי (עקב מתן צו חוסם).
9. בית משפט בישראל יוציא צו חוסם נגד אבי אם החברה תוכיח שטקסס הינה פורום לא נאות.
10. אין אפשרות להוציא צו חוסם לפני התחלת ההליכים בטקסס.

22.11.20

**הרצאה מס' 6- מטרותיהם של כללי ברירת הדין ודיון בכללי ברירת הדין בנזיקין:**

חשוב לדעת את כללי ברירת הדין והאם הם מגשימים את מטרותיהם. אנו נראה כי חלק גדול מכללי ברירת הדין אינם מעוגנים בחוק, אלא קיימים מכוח ההלכה הפסוקה. פרופ' שפירא מזהה במאמר שלו 4 מטרות עיקריות:

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

האפשרות שכללי ברירת הדין יביא להחלתו של דין זר, עשוי לשמש כאינטרסים של גורמים פרטיים. יש צורך להבחין בין צדק מהותי, כאשר בכל תיק רוצים להגיע לתוצאה הנכונה ביותר. ישנה אסכולה שטוענת כי בכל מקרה בו יש אלמנט זר ויש שני סטי דינים שיכולים לחול על המקרה, על השופט להחליט איזה דין יביא לתוצאה צודקת יותר. מדובר באסכולה לא פופולרית שמקנה שיקול דעת מאוד רחב לשופט. מהצד השני אנו רואים צדק "מתקלי"- ישנו הצורך להחיל את מערכת הדינים שצודק/נכון להחיל על המקרה המסוים.

ב**דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר**, לפיו מי שנפגע בתאונת דרכים לא מקבל פיצוי וזו לא מהווה תביעה. אם במקרה הזה בית המשפט היה בא ושואל מהו צדק מהותי, ככל הנראה היינו רואים החלה של הדין הישראלי. השאלה היא האם זה צודק שיחול דין ישראל ולא הדין הניו-זילנדי? ההגדרה הרווחת ל**צדק** כי הוא מימוש הציפיות הלגיטימיות של הצדדים- מה הצדדים היו מצפים אילו אם היו חושבים על המקרה. במקרה האמור, מה היו הציפיות של הצדדים? האם היו מצפים שיחול הדין הישראלי או המקומי? הצדק המתקלי יבוא ויגיד כי ראוי להחיל על המקרה את הדין המקומי עקב מיקום התאונה, היות הרכב מקומי וכו', אך בחינה של הצדק המהותי ככל הנראה היה מוביל להחלה של הדין הישראלי.

בכל זאת, יכול להיות קושי בזיהוי הציפיות האלו. במקרים מסוימים יכול להיות כי צד אחד היה מצפה להחלת סט דינים אחד וצד שני היה מצפה להחלת סט דינים אחר. לא תמיד יהיה ברור לנו מהם הציפיות של הצדדים, ובהמשך נדון ונבדוק האם הכללים ממשים את הציפיות של הצדדים.

**2. אחידות התוצאה בכל פורום:**

לפי שיקול זה לא כל כך משנה באיזו מדינה הפעילות מתקיימת, אלא שיחול אותו דין. למה שנרצה שיחול דין דומה בכל פורום? בכדי למנוע FORUM SHOPPING- אם אחד הצדדים יידע כי לא משנה באיזה פורום הוא ייבחר תתקבל אותה התוצאה, יכול להיות ונראה ירידה משמעותית בנטייה לקיים את המנהג הזה. עם זאת, גם פעולה זו לא תפחית בצורה מוחלטת את המנהג, לאור כך שישנן מדינות שהפרוצדורה יותר נוחה, ולכן הן עדיין ימשכו זרים.

כיצד נדע מה כללי ברירת הדין במדינות אחרות? כיצד נדע שהכללים תואמים? במקרה של ניו-זילנד, המרצה לאחר ביצוע מחקר גורסת כי במידה והצדדים היו מתדיינים בניו-זילנד, סביר להניח שהשופטים המקומיים היו בוחרים בהחלת הדין הישראלי. קיימות אמנות בינלאומיות המאחדות כללי ברירת הדין- זו הדרך להגיע לאחידות בכללים. בחסות ועדת האג בעניין המשפט הבינלאומי הפרטי נחתמו עשרות אמנות שעוסקות בכל מיני תחומים, כאשר מדינת ישראל חתומה על חלק מהן.

גם כשאנו לא מצטרפים לאמנה, האם יש לנו פעולות בכדי לקדם את אחידות התוצאות? **אימוץ חד-צדדי של כללי ברירת דין נפוצים במדינות אחרות**- על השופטים במסגרת פסקי הדין ובעיקר על המחוקקים לבדוק מה המצב המתקיים במדינות אחרות, במטרה לזהות הליך נפוץ ולאמץ אותו בכדי לנסות ולהגביר את התאימות בין המדינות, וזאת כאשר לא מתקיימת אמנה בסוגיה המסוימת, למשל.

ב**ע"א 1432/03 ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון נ' מאג'דה קרעאן,** **השופט ריבלין** סקר מה קורה במדינות אחרות (יש לציין כי זה היה טרם אמנה אירופית שנוסדה בנדון) והוא אימץ את הכלל של מקום ביצוע העוולה, אשר מקובל על רוב מדינות העולם, לפי סקירה זו. באמצעות פעולות שכאלו, אנו רואים קידום של המטרה הזו.

**3. נוחות, פשטות ויעילות בהליך השיפוטי:**

מדובר במטרה יותר שנויה במחלוקת. לא מדובר במטרה מיוחדת למשפט הבינלאומי הפרטי, אלא מדובר במטרה כללית בכל תחום במשפטים, שזה יהיה פשוט ויעיל יותר. המטרה הזו מתורגמת לצורך בכללים ברורים, וודאיים וקלים ליישום. הם מטרות אלה פחות חשובות וקשות יותר להשיג במשפט בינלאומי פרטי? פרופ' שפירא אומר כי המטרה הזו קשה יותר להשגה במשפט הבינלאומי הפרטי כיוון שכל מקרה שונה מהאחר, עקב כמות משתנים גבוהה יותר והייחודיות של כל מקרה. התפיסה הזו עומדת מאחורי הגישה החדשה של מירב הזיקות, במסגרתה במקום ללכת לפי כלל ברור, כמו מקום ביצוע העוולה למשל, אנו פועלים בצורה יותר גמישה, אם כי לא הכרח יותר קלה ליישום. חרף הקושי, ייתכן כי זהו הפתרון המיטבי ביותר למשפט הבינלאומי הפרטי. שפירא אומר כי לדעתו יותר חשוב השיקול הראשון של קידום צדק בין הצדדים מאשר שיהיה לנו קל פשוט, נוח ויעיל. השופט ריבלין לא מסכים והוא מדבר על הוודאות כגורם החשוב והבולט בעינו- מקום ביצוע העוולה עם חריג הכי מצומצם שיש.

פרופ' קנאור אורמת כי כאשר אנו באים לנסח את כללי ברירת הדין אנו נמצאים בחיפוש מתמיד אחרי "הדרך המושלמת לאזן" בין "הצורך לשמור על וודאות וצפיות לבין גמישות וצדק במקרה הספציפי". אפשר לראות בדעתה כמעיין נקודת אמצע בין שפירא וריבלין.

**4. הגנה על האינטרס הציבורי: כחריג- קונצנזוס:**

כאן יש שני היבטים- הגנה על האינטרס הציבורי כחריג לכללים. יש קונצנזוס שבית המשפט לא יחיל דין שנוגד את תקנת הציבור החיצונית של הפורום.

לדוגמה, דין זר שמפלה נגד יהודים- **ע"א 74/81 אולימפיק אירוויס נ' קלימי** מדובר בפליטה מאירן שברחה משם לישראל וטסה בטיסה של אולימפיק אירוויז (חברת תעופה יוונית). במזוודה שלו היו טבעות מזהב והן נעלמו, ולכן היא תבעה את חברת התעופה על הפרת החוזה מולה. החברה טענה כי החוזה לא חוקי, כי על פי דין אירן היה אסור ליהודי אירן לקחת איתם נכסים. בית המשפט דוחה את הטענה על הסף כיוון שמדובר בטענה שמפלה כנגד יהודים ונוגדת את תקנת הציבור.

הבחנה בין תקנת הציבור החיצונית לבין תקנת הציבור הפנימית- **דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר**- אחת מהטענות של יובינר היה כי דין ניו-זילנד נוגד את תקנת הציבור וגורם למצב בו הוא לא יקבל פיצוי, אך בית המשפט לא קיבל את הטענה כיוון שאין מדובר באיזו שהוא ערך בסיסי הנפגע. תקנת ציבור חיצונית הוא מצב בו דין זר נוגד בצורה מהותית את ערכי היסוד של שיטה משפטית אחרת. לפיכך, אף מדינה לא תחיל דין זר המפר את תקנת הציבור שלה.

**האם מדובר במטרה עצמאית?**

* **בעד-** לכל מדינה יש אינטרס הדין שלה יחול במקרים בהם מדיניות הפנים שלה מעוניינת בתוצאה מסוימת.
  + זה הוביל ל**דוקטרינת "ניתוח האינטרס הממשלתי"**.
* **נגד-** למדינות אין אינטרס בהחלת דין מסוים. האינטרס שלהן הוא רק שייעשה צדק בין בעלי הדין.
  + זה מחזיר אותנו אל המטרה הראשונה- קידום אינטרסים פרטיים.

**דוקטרינת ניתוח אינטרס ממשלתי:**

בפסק הדין **Babcock v. Jackson**, מדובר בזוג אנשים שמתגוררים בניו-יורק בשנות השישים של המאה הקודמת והם מעוניינים לנסוע לטיול ברכב של ג'קסון המבוטח ורשום בניו-יורק. בעת המעבר גבול לקנדה (אונטריו) למזלם הרע הם עוברים תאונת דרכים, בה הגברת בברוק נפגעת והיא מגישה תביעה נגד ג'קסון בבית המשפט בניו-יורק.

עולה השאלה- **איזה דין חל?** חשוב לציין כי עניין זה רלוונטי רק במקרים בהם ישנם הבדלים בין הדינים. הדין באונטריו כולל את "חוק האורח", הקובע כי כאשר אדם נפגע בתאונת דרכים כשהיה סטטיסט לא יהיה זכאי לפיצוי אלא אם יוכיח רשלנות רבתית. לעומת זאת, בניו-יורק תידרש רשלנות רגילה. ברור לנו כי לפי הגישה המסורתית הדין שהיה נבחר הינו הדין הקנדי על פי מקום ביצוע העוולה.

הגישה שנבחרה על ידי בית המשפט היא הגישה החדשה ועל פיה נקבעה כי מירב הזיקות נוגעות לדין של מדינת ניו-יורק, עקב ההיכרות המקדימה המתבססת בניו-יורק, העובדה כי הרכב מבוטח ורשום במדינת ניו-יורק וכו'. מקרה זה מזכיר לנו את פסק הדין הישראלי על תאונת הדרכים בניו-זילנד, אך המקרים שונים במהות, עקב מספר זיקות מועטות לישראל, פרט להיות שני המעורבים אזרחים ישראלים.

במקרה הזה בית המשפט קבע כי הדין החל הוא דין ניו-יורק, לאחר בחינה של מירב הזיקות. בנוסף, נטען כי הבחירה בדין ניו-יורק מבטאת גם יישום של הדוקטרינה האמורה. בית המשפט בא ושואל האם לשתי המדינות יש אינטרס שהדין שלהן יחול? שאלה זו כוללת התייחסות לתוצאה, בניגוד לגישה המסורתית של כללי ברירת הדין הנוקשים.

האם למדינת ניו-יורק יש אינטרס שהדין שלה יחול? המדיניות של מדינת ניו-יורק קובעת כי במידה ומתקיימת רשלנות, מתקבל פיצוי. כאן מדובר בתובע ממדינת ניו-יורק ולכן ישנו אינטרס של המדינה שהתובע לא ייפול עליה כנטל וכי הוא יקבל פיצוי.

האם במקרה הזה יש אינטרס להחיל את דין אונטריו? המדיניות של מדינת אונטריו היא כי לא יתקבל פיצוי במידה ולא הוכחה רשלנות רבתית. על מי המדיניות הזו אמורה להגן? על חברות הביטוח, ככל הנראה מתוך חשש להונאות במסגרתן ינסו להפריז ברמת הנזק בכדי שחברת הביטוח תשלם סכומים גבוהים. האם במקרה הזה יש אינטרס של מדינת אונטריו להחיל את הדין שלה? המדיניות נובעת ממטרה להגן על חברות ביטוח קנדיות ולא מניו-יורק, ולכן למדינה אין אינטרס להחיל את הדין.

במקרה האמור אנו נתקלים ב**מתקל שווא**, במסגרתו לכאורה יש מתקל בין שתי מערכות דינים, אך כאשר אנו בוחנים את האינטרסים של שתי מערכות הדינים, אנו רואים כי רק לאחר מהן יש אינטרס במקרה האמור ובכלל לא מתקיים מתקל. זה היה הנימוק השני במסגרת פסק הדין האמור בדרך להחלת דין ניו-יורק.

**הקושי בזיהוי האינטרסים- פסק הדין KELL V. HENDERSON**- מדובר בשני תושבי אונטריו שביצעו תאונה במדינת ניו-יורק. גם במקרה זה לא התקיימה רשלנות רבתית והוא מבין כי לא כדאי לו להגיש תביעה באונטריו, אלא בניו-יורק. על בית המשפט להחליט איזה דין יש להחיל. האם יש אינטרס להחיל את דין אונטריו? כן, בכדי להגן על חברות הביטוח. לעומת זאת, האם יש למדינת ניו-יורק יש אינטרס להחיל את הדין שלה? כעיקרון היו יכולים להגיד שלא, אך בבית המשפט נקבע כי יש למדינת ניו-יורק שלושה אינטרסים- הראשון, שיש לה אינטרס להסדיר תוצאות של תאונות המתרחשות ברחבי המדינה, השני, שיש לה אינטרס לדאוג לכך שמי שנפגע בתאונת דרכים בניו-יורק ישלם לרופאים המקומיים את שכר הטרחה שלהם (אולי ללא הפיצוי זה לא יהיה אפשרי, וזאת לאור העובדה שבארצות הברית אין מערכת בריאות ממלכתית מוזלת), והשלישי, יש למדינה אינטרס אנושי לתת פיצוי במקרים של תאונות דרכים. כך, ניתן לראות מקרה הפוך וכמעט זהה לקודם, בו ישנו קושי לזהות את האינטרסים של מערכות הדינים. לבסוף, דין ניו-יורק הוחל במקרה זה.

**מה קורה כאשר יש מתקל אמיתי?** כיצד פותרים את המתקל? כיצד מחליטים איזה דין חל? ישנן שתי גישות בספרות ובפסיקה:

1. גישת הפורום- במאמר שנכתב בשנות השלושים של המאה הקודמת נאמר על ידי CURIE כי כאשר יש מתקל נעדיף את הגישה של הפורום, מטעמי נוחות ויעילות, כפי שקרה במקרה של **KELL V. HENDERSON**.
2. גישת "הפגיעה הפחותה"- מסתכלים ובוחנים את מידת הפגיעה לאינטרס של כל מדינה במידה והדין שלה לא יוחל.

* במקרה **BERNARD V. HARRAH'S CLUB** מדובר על תאונות דרכים בהקשר מעט שונה. מדובר על תובע שנפגע בתאונת דרכים שהתרחשה בקליפורניה, כאשר התאונה התרחשה בעת שהנהג היה שיכור. עם זאת, הנהג השתכר בפאב במדינת נבדה ולא בקליפורניה. בדין קליפורניה ישנו חוק הקובע כי כאשר בעל פאב מאפשר לאדם לשתות יותר מידי אלכוהול הוא אחראי על תוצאות הנהיגה שלו מכוח השכרות- כך מטילים אחריות על בעל הפאב. במקרה הזה, אם ניישם את דין קליפורניה ישנו הצורך להטיל אחריות על בעל הפאב ממדינת נבדה. לעומת זאת, במדינת נבדה אין כלל כזה, והכלכלה המקומית של המדינה הזו מתבססת בחלקה על צריכת אלכוהול. התובע מגיש תביעה בקליפורניה בנדון. כביכול, היה קל לבוא ולבחון את מקום המעשה בנבדה ומקום התאונה בקליפורניה, אך בית המשפט לא עושה זאת. בית המשפט אימץ את הדוקטרינה של ניתוח אינטרס ממשלתי ובוחן האם לשתי המדינות יש אינטרס שהדין שלהן יחול. האם לדין קליפורניה יש אינטרס לחול? מטרת הדין היא להגן על תושבי קליפורניה מתאונות דרכים ולכן האינטרס מתקיים. האם לדין נבדה יש אינטרס לחול? יש למדינה יש אינטרס להגן על בעל הפאב המקומי שלה ולאפשר את המשך ההגעה לפאבים מקומיים לטובת צריכת אלכוהול. כך אנו נתקלים במתקל אמיתי. בית המשפט צריך להכריע בין שני אינטרסים מתחרים ועושה זאת באמצעות גישת "הפגיעה הפחותה" ובוחן את מידת הפגיעה באינטרס של כל מדינה במצב בו הדין של המדינה השנייה יחול. נקבע כי האינטרס של מדינת קליפורניה ייפגע יותר ובית המשפט התמקד יותר במדיניות העומדת מאחורי החוק. לעומת זאת, למדיניות אין איזה שהוא אינטרס מסוים עליו מתבססת מדיניות. בנוסף, ככל הנראה הפאב האמור פרסם את עצמו בקליפורניה ומשך משם לקוחות, וזה היה ברור עבור בעל הפאב שאם תושב קליפורניה מגיע לפאב הוא יצטרך לנהוג חזרה לביתו בעצמו. לכן, ראו באי הטלת אחריות על בעל הפאב האמור כחתירה תחת המדיניות ומטרתה- כך כל מי שרוצה לנהוג יותר מידי ולנהוג, הוא יעשה זאת בנבדה ולא בקליפורניה, שם ייתנו לו לשתות לשוכרה.

הגישה הזו של ניתוח אינטרס ממשלתי לא אומצה כמנגנון הכרעה בישראל, אולם לעיתים רואים השפעה שלה בפסיקה. מידי פעם לפעם נגיד שהשופטים מייחסים ביטוי לרעיון הזה, אך בוודאי לא כגורם מנחה ומכריע.

**כללי ברירת הדין בנזיקין:**

**השופט ריבלין** טען כי מדובר בשאלה סבוכה והיא "נמנית על השאלות העיוניות המורכבות ביותר בדיני מתקל הדינים, בארץ ובעולם" במסגרת **ע"א 1432/03 ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון נ' מאג'דה קרעאן**. אכן אם מסתכלים בספרות, מדובר בשאלה הנדונה ביותר בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי.

**מדוע דווקא ברירת הדין בנזיקין היא שאלה כה סבוכה?** לכאורה ניתן להצביע על כלל הכרעה פשוט ההולך אחר מקום ביצוע העוולה. אך האם הקשר למקום ביצוע העוולה מספיק? האם תמיד יהיה קשר מהותי שיצדיק לקבוע לפי מקום ביצוע העוולה? אפשר לקחת דוגמה, שעד לא מזמן נחשבה אולי מאוד רחוקה בדמיון- אוטובוס של תיירים ישראלים נוסע ברחבי צפון אפריקה, וכרבע שעה לאחר מעבר הגבול ממצרים לסודן, אחד נוסעים שפך בטעות מים רותחים על הנוסע שלידו, והנוסע שנפגע מעוניין להגיש תביעה- האם יש היגיון בקביעה כי הדין שיחול על המקרה הוא הדין הסודני? בנוסף, כאשר אנו מדברים על מקום ביצוע העוולה, לא תמיד זה יהיה כזה ברור מה מקום הביצוע, לדוגמה- מוצרים פגומים ב**ע"א 565/77 מזרחי נ' NOBLES EXPLOSIVES**, תושב ישראלי נפגע מחומר נפץ שיוצר בסקוטלנד- היכן מקום ביצוע העוולה? האם בסקוטלנד או בישראל? במקרים כאלו, שהם חוצי גבולות, מקום ביצוע העוולה לא בהכרח יהיה הפתרון היעיל והנכון.

**התפתחות כרונולוגית בארץ של ברירת הדין בנזיקין:**

**1. אימוץ הכלל הכפול בפסק הדין PHILIPS-**

כאן אנו עדים בצורה לא מפתיעה לאימוץ הכלל מהמשפט המקובל. בעת קום המדינה, כל דבר שלא היה קיים בחקיקה ישראלית מקורית אומץ במלואו מהמשפט המקובל (האנגלי). רק לקראת סוף המאה ה-20 עיגנו את הנושא בחוק והמקורות בנושא היו פרי הפסיקה בלבד.

**פסק הדין PHILIPS** מהמאה ה-19 קבע כלל כפול שאומר שיש שני חלקים לכלל: הראשון- דין הפורום, משמע- העוולה צריכה להיות ברת תביעה בדין הפורום; השני- ההתנהגות לא הייתה מוצדקת על פי דין מקום ביצוע העוולה, משמע- לא היה מדובר בהתנהגות תמימה על פי הדין המקומי. רק כאשר שני הרכיבים הללו התקיימו היה אפשר להטיל אחריות משפטית על הנתבע. תמיד עלתה השאלה בנוגע לכלל זה, איזה מהחלקים הוא יותר דומיננטי? איזה מהם קובע את שיעור הנזק? את ראשי הנזק? בעניין הזה היו שינויים במהלך השנים. במשך שנים רבות באנגליה הייתה תפיסה לפיה החלק הראשון הוא הדומיננטי, לפיו ברגע שהעוולה הינה ברת תביעה באנגליה, הדין האנגלי יחול. במידה והחלק השני היה הדומיננטי, לא רק שהיינו צריכים להוכיח שההתנהגות אינה נתפסת כתמימה על פי דין מקום ביצוע העוולה, אלא היינו צריכים להחיל את הדין של מקום ביצוע העוולה במלואו.

בית המשפט בישראל אימץ את הגישה הזו במסגרת **פסק הדין בלאו** **נ' מדינת ישראל**, שם היה מדובר בתאונת דרכים שהתרחשה בחצי האי סיני בשנות החמישים, כאשר עוד היה מדובר בחלק ממצרים. מדובר בנתבע שהיה חייל צה"ל והתובע מגיש תביעה גם כנגד המדינה וטוען כי למדינה יש אחריות שילוחית בגין המעשים של חיילי צה"ל. המדינה אומרת כי חל דין מצרים וכי על התובע להוכיח כי דין מצרים קובעת אחריות שילוחית כלפי החייל- משימה לא כה פשוטה בשנות החמישים. בית המשפט לא מקבל את העניין ואומר כי ברור שמדובר ברשלנות ולא במעשה תמים על פי דין מצרים ולכן על השאלה האם יש אחריות שילוחית חל דין הפורום, שכן הדיון מתקיים בישראל. כך מאומץ הכלל עם הרכיב הדומיננטי הראשון, משמע- יחול דין ישראל כל עוד ההתנהגות אינה תמימה לפי הדין של מקום ביצוע העוולה, ובמקרה הזה- מצרים.

**2. אימוץ החריג של המדינה עם הקשר הקרוב ביותר מפסק הדין BOYS-**

במסגרת שלב זה מערכת המשפט באנגליה לא שינתה את הכלל, אלא שינתה את הפרשנות של הכלל, במסגרת **פסק הדין BOYS V. CHAPLIN** משנת 1970. בפסק הדין מדובר על תאונת דרכים במלטה, כאשר שני הצדדים היו חיילים בריטים ששירתו במלטה והיו ברכבים שונים. אחד החיילים מגיש תביעה כנגד החייל השני באנגליה. במקרה זה המתקל בין הדין האנגלי לבין הדין המלטזי היה בראשי הנזק- על פי הדין האנגלי החייל הנפגע היה מקבל סכום פיצוי משמעותי מכוח כאב וסבל (זאת משום שכל ההוצאות הרפואיות היו במימון הצבא הבריטי) ואילו על פי הדין המלטזי ככל הנראה לא היה באותה התקופה פיצויים מכוח ראש נזק של כאב וסבל. עולה השאלה- שני החלקים של הכלל הכפול מתקיימים (מדובר בעילת תביעה תקפה באנגליה; לא מדובר בהתנהגות תמימה במלטה)- אך איזה דין קובע האם תתבצע הכרה בראש הנזק של כאב וסבל? אם החלק הראשון הוא הדומיננטי, אז הדין האנגלי יחול והחייל יקבל פיצוי בגין ראש הנזק האמור, אך במידה והחלק השני הוא הדומיננטי, אז הדין המלטזי יחול והוא לא יקבל פיצוי.

הדיון מגיע לבית הלורדים, שהייתה הערכאה הגבוהה. כל חמשת השופטים הסכימו שחל דין אנגלי, אך היו ביניהם שלושה נימוקים שונים ולאף אחד מהנימוקים לא היה רוב. הסברה היחידה שאולי היה לגביה רוב, גרסה כי החלק השני צריך להיות החלק הדומיננטי ובכך הפכו את הכלל בתצורתו הראשון, וזאת מתוך הבנה כי הכלל בתצורתו הנוכחית יכול לגרום להגברת תופעת ה-FORUM SHOPPING. כפי שציינו, היו שלושה נימוקים להחלת הדין האנגלי:

* הנימוק הראשון, שלכאורה הפכה להיות הדעה הרווחת כיום, גורסת כי החלק השני הוא הדומיננטי, אך יש חריג. הטענה היא כי החריג מופיע בניסוח המקורי של הכלל במילים "בדרך כלל"- משמע, ישנו חריג במסגרתו במידה ויש מדינה אחרת שיש לה קשר קרוב ביותר- הדין שלה יוחל. במקרה הזה לדין מלטה אין את הקשר הקרוב ביותר, אלא אנגליה.
* הנימוק השני היה כי הרכיב הראשון של הכלל הינו הרכיב הדומיננטי (תמכו בהותרת הדוקטרינה כפי שהיא) ולכן הדין המוחל הינו הדין האנגלי.
* הנימוק השלישי טען כי הנושא של ראשי הנזק הינו דיון פרוצדורלי בלבד.

מבחינת הפסיקה הישראלית, לאחר פסק הדין האמור, ישנם עדיין שני הרכיבים של הכלל בעוד החלק הדומיננטי הוא החלק השני ולכן דין מקום ביצוע העוולה זה מה שקובע את ההיקף של האחריות, בכפוף לחריג. ב**פסק הדין קפלן נ' גבאי** היה מדובר בתאונת דרכים שהתרחשה בחצי האי סיני, טרם הסכם השלום עם מצרים. היה מדובר בכפר נופש ישראלי ואיזה שהוא נער שהיה בנופש שם נחבל על ידי ישראלי שעבד בכפר הנופש, ומכאן התביעה. בית המשפט צריך להחליט מה הדין החל על המקרה. ברור לחלוטין כי הרכיב הראשון של הכלל מתקיים, שכן מדובר בנושא שניתן לתבוע מכוחו במערכת המשפט הישראלית. גם התנאי השני מתקיים, שכן הניחו שגם על פי הדין המצרי התנהגותו של הנתבע לא תיתפס כתמימה. עם זאת, עולה השאלה מה ההיקף של האחריות? האם התובע צריך להביא הוכחה לפי הדין המצרי? במקרה הזה בית המשפט מאמץ את החריג של **BOYS V. CHAPLIN** וקובע כי חרף מקום ביצוע העוולה, הקשר הקרוב ביותר של הצדדים זה עם ישראל, כיוון ששני הצדדים ישראליים שהיו שם מכוח השליטה הישראלית, ולכן החריג הופעל.

**3. אימוץ הגישה האמריקאית של מירב הזיקות- ע"א 750/79 קלוזנר נ' ברקוביץ'-**

בית המשפט העליון במסגרת המקרה שלעיל אומר כי הוא לא כבול יותר למשפט המקובל האנגלי וכי הוא מעדיף את הגישה האמריקאית של מירב הזיקות, וכל זאת במסגרת אוביטר. במקרה זה מדובר על בחור אמריקאי שבא ללמוד למשך שנה בישראל, עם אפשרות להישאר לאחר מכן באמצעות אשרה מיוחדת עם תקווה שחלק מהנערים יישארו בארץ. הבחור נדרס על ידי נהג אגד והוא מגיש תביעה נגד הנהג. כאן ברור כי על פי שני החלקים חל דין ישראלים- ניתן לתבוע בנושא במסגרת הדין הישראל וישראל היא גם מקום ביצוע העוולה. בית המשפט העליון בכלל לא היה צריך להיכנס לשאלה של ברירת הדין, אך **השופטת בן-פורת** ראתה הזדמנות תוך כדי סקירת המצב המשפטי באנגליה ובארצות הברית- "אמנם האחידות גוררת וודאות משפטית, אך חשוב ממנו השיקול המוביל לדין המתאים לעניין". היא סבורה שעניין מירב הזיקות מאפשר לבית המשפט בכל מקרה להגיע לתוצאה הנכונה והמתאימה, תוך התייחסות לכל הפרמטרים הרלוונטיים.

**4. קביעת כלל של מקום ביצוע העוולה כפוף לחריג- ע"א 1432/03 ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון נ' מאג'דה קרעאן-**

במסגרת פסק הדין היה מדובר בתאונת עבודה שהתרחשה במפעל ישראלי ביישוב אלפי מנשה, הממוקם מעבר לכפר הירוק. העובדת שנפגעה הייתה תושבת פלסטינית והשאלה שעלתה היא איזה דין חל על הפיצוי שלה- דין ישראלי או דין ירדני, החל בתצורה מסוימת ביהודה ושומרון? **השופט ריבלין** עושה סקירה של הדינים השונים ומגיע למסקנה שיש לדחות את הגישות האמריקאיות המאוד אמורפיות וכי יש להחיל את מקום ביצוע העוולה, בכפוף לחריג. זה המצב המשפטי כיום!

**מקרה טיפוסי- תאונת עבודה ב"אזור":**

מרבית פסקי הדין שעסקו בנושא זה בין **מקרה קלוזנר** לבין **מקרה ינון** היו לגבי תאונות עבודה שהתרחשו ב"אזור". המקרה הטיפוסי הוא באותו אווירה של **מקרה ינון**, במסגרתו עובד פלסטיני שחווה תאונת עבודה טוען שחל דין ישראל (כי זה מיטיב איתו), בעוד המעסיק הישראלי טוען שחל דין ירדני (יש חוק עבודה ירדני שעדיין חל ביהודה ושומרון). הדין הירדני שחל באזור נמצא עודנו בתוקף באמצעות **המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מס' 2), ה'תשכ"ז**, שקובע כי "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ה באייר ה'תשכ"ז (07.06.1967) יעמוד בתוקפו עד כמה שאין משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו שיתנו על ידי".

בתקופה שבין **מקרה קלונזר** ל**מקרה ינון** המקרים שהגיעו לבתי המשפט נפתרו על ידי החלת גישת מירב הזיקות. במקרה טיפוסי, לאיזה כיוון מירב הזיקות ייטה? במסגרת בתי המשפט שלום ומחוזי נוצרו פסיקות סותרות, הממחיש בצורה ברורה את הקושי של בחינת מירב הזיקות ואת חוסר הוודאות שהשימוש במבחן יוצר. מבחינת מדיניות, רבים יגידו שמכוח השוויון יש להחיל את הדין הישראלי, אך בבחינה של הזיקות וציפיות הצדדים לא מדובר במבחן פשוט עם תוצאה ברורה מראש.

לאחר כל אלו, הגענו ל**פרשת ינון** בה נדחתה גישת מירב הזיקות. נציין כי במסגרת המקרה האמור היה מאבק בין הרצון להחיל את הדין הישראלי מצד העובדת לבין הרצון להחיל את הדין הירדני מצד המעביד. סכום הפיצויים שהיה מתקבל לפי הדין הישראל הינו 1.4 מיליון שקלים, בעוד על פי הדין הירדני היה מדובר על 187 אלף שקלים בלבד. עם זאת, התחושה שהדין הישראלי תמיד יטיב עם העובד אינו בהכרח נכון, וזאת לאור העובדה שהדין הירדני מחיל בסוג תאונות כאלו משטר של אחריות מוחלטת. בבית המשפט המחוזי בפרשה זו נקבע כי הדין הישראלי הוא הדין החל, אך הוא מגיע לתוצאה זו על ידי ניתוח מורכב של הזיקות ושל האינטרס, במסגרתו ניתן לראות את דוקטרינת ניתוח האינטרס הממשלתי.

בעת הגעת המקרה לבית המשפט העליון, **השופט ריבלין** דוחה את המסקנה הזו על הסף- "אכן, כאמור, חובה היא להותיר מקום לשיקול דעתו של השופט הדן בכל מקרה ומקרה, ברם חובה היא לשים גדרים לשיקול דעת זה. על בית המשפט להיות מונחה על ידי עיקרון, אף אם יותר לו לסטות ממנו. על החריג לצאת מן הכלל. כלל אמורפי שכולו שיקול דעת סופו שהוא מסכל את עצם האפשרות להפעיל שיקול דעת מושכל."

במסגרת פסק הדין ריבלין מחיל את מקום ביצוע העוולה כבסיס של הכלל, בהסתמך על שלושה נימוקים עיקריים:

* כלל שכיח במשפט משווה (על בסיס סקירה מקיפה);
* וודאות;
* עיקרון הטריטוריאליות.

לפיכך, **נוצר לנו כלל ברירת דין חדש** לפי **הלכת ינון**, במסגרתו הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה, אך לכלל זה ישנו חריג, על פיו לא יהא זה צודק להחיל את דין מקום ביצוע העוולה, מקום בו הקשר בין מקום ביצוע העוולה לעוולה הוא מקרי. המרצה לא מכירה את המקור לחריג שממנו שאב ריבלין את הרעיון/השראה, וזאת לאור כך שהיא לא מצאה דוגמה לכך. במידה והחריג מתקיים, על בית המשפט להחיל את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה העוולה. על כן, החריג הוא אינו מירב הזיקות, אך כאשר החריג מופעל חוזרים לבחון לפי מירב הזיקות. אם אנו חוזרים למבחן מירב הזיקות האמורפי? כיצד אנו פותרים את הבעיה עליה ריבלין עמד? אולי התקווה היא כאשר החריג יתקיים יהיה מדובר במקרה ברור ולא גבולי.

**כיצד יש להבחין את החריג?** האם החריג מורכב משני תנאים, דהיינו- חוסר צודק ומקריות, או שמא הוא דורש רק אחד מהם? האם המבחן מדבר על חריג של מקריות, דבר שמהווה בפני עצמו חוסר צדק? במסגרת **דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר**, **ריבלין** אומר כי המקרה היחיד להפעלת החריג זה מקריות המובילה לחוסר צדק.

על פי כל האמור, התוצאה אמורה להיות לפי מקום ביצוע העוולה ולכן יש לקבוע ב**מקרה ינון** כי הדין החל הוא הדין הירדני. עם זאת, **ריבלין** ששינה לחלוטין את תצורת המחשבה מפסק הדין של בית המשפט המחוזי לא שינה את התוצאה, משמע- הוא השתמש בחריג. כיצד בית המשפט מצליח להפעיל את החריג? היכן המקריות כאן? לכאורה זה לא כל כך מקרי שעובדת פלסטינית עובדת במקום, כיוון שהוא נמצא ביהודה ושומרון, שכן מדובר אם כן בדבר מאוד טבעי. **ריבלין** נימק כי "המצב המשפטי הייחודי באזור, לפיו דינים שונים חלים על תושבים שונים הינו חריג לעיקרון הטריטוריאלי, עליו מבוסס כלל החלת דין מקום ביצוע העוולה." לכן, לדעתו, הקשר בין העוולה לבין דין מקום ביצוע העבירה הינו מקרי.

יש שתי בעיות עם העמדה האמורה:

1. ראשית, זה לא נכון לגבי נזיקין- פקודת הנזיקין לא חלה באזור על אף אחד. כעיקרון, גם על העובדים הישראלים אמורים לחול הדין הירדני. בית המשפט במקרה נתון יכול להפעיל את מירב הזיקות, אך ברמה העקרונית נאמר דבר לא נכון.
2. שנית, האם זה מקריות שחלים דינים שונים על אנשים שונים? קשה קצת לראות את מבחן המקריות מתקיים במקרה.

המרצה אומרת כי ככל הנראה בעת ניסוח הכלל, **ריבלין** היה במחשבה מאוד ברורה לגבי יצירת מציאות מסוימת אל מול האזור, אך יצר מצב מאוד בעייתי כאשר יהיה מקרה ישראלי שיבחן החלת דין ישראלי אל מול דין זר אחר, דבר אשר בא לידי ביטוי ב**דיון הנוסף בפרשת סקאלר**, הממחיש את העיוות שנוצר בדין.

29.11.20

**הרצאה מס' 7- סיום הדיון בכללי ברירת הדין בנזיקין ותחילת הדיון בכללי ברירת הדין בחוזים:**

בפרשה של **דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר,** במסגרת הערעור הראשון נקבע ברוב כי יש להפעיל את החריג. המוטב כלל את **השופטות נאור, חיות** ו**ארבל**, כאשר **נאור** ו**חיות** נכחו גם במוטב ב**מקרה ינון**. ככל הנראה השופטות הבינו את החריג שנוצר ב**מקרה ינון**, שהן היו שותפות לו, בצורה שונה, שכן **נאור**, שהייתה בדעת מיעוט, חשבה שהחריג מדבר רק על מקריות, בעוד **חיות** חשבה שמדובר על חריג של צדק, שכן הפעלת הדין המקומי מביא לכך שהנפגע מהתאונה נותר ללא שום פיצוי. בנוסף אליה, **השופטת ארבל** ביקשה להחיל את דין ישראל לאור כך שמקום המושב המשותף של הצדדים הוא ישראל, כתת-חריג בתוך החריג הקיים.

סקאלר לא השלימה את תוצאת פסק הדין, ולכן היא ביקשה דיון נוסף, אשר אושר, ושם הפכו את ההחלטה ברוב דעות, בקביעה כי החריג מדבר רק על מקריות ואין חריג אחר ובמקרה הזה החריג לא מתקיים ולכן חל דן ניו-זילנד כמקום ביצוע העוולה. באותו המקרה, ישבו, בין היתר, ה**שופטות חיות** ו**ארבל** אשר נותרו בדעותיהן כמיעוט.

ישנן שלוש שאלות עיקריות שעולות לאחר **פרשות ינון** ו**סקאלר**:

**1. מהו מקום ביצוע העוולה לצורך הכלל בפרשת ינון במקרה של עוולה חוצה גבולות?**

עוולה חוצה גבולות היא עוולה שחלק מן הרכיבים של העוולה מתקיימים במדינה אחת וחלק מהרכיבים במדינה אחרת. האם מקום ביצוע העוולה הוא מקום המעשה או המחדל? לדוגמה, במקרה של מפעל המייצר מוצר חשמלי במדינה אחת ומייצא אותה למדינה שנייה, שם המוצר התפוצץ- מה נחשב למקום ביצוע העוולה? מקום הייצור או מקום הנזק (הפיצוץ)? עד היום אין בפסיקה הישראלית תשובה ברורה לשאלה הזו, שכן גם בפסקי הדין המרכזיים בנושא לא היה מדובר בעוולות חוצות גבולות ולכן השאלה נתפסה כלא רלוונטית לדיונים אלה.

האפשרות הראשונה היא מקום המעשה או המחדל/מקום הייצור. הטיעונים התומכים בגישה זו נשענים על היקש מהפסיקה בעניין **תקנה 500(7)** **לתקנות סדר הדין האזרחי** **הישנות**, שכן זו הייתה העילה היחידה להמצאת כתב תביעה לחו"ל במסגרת עוולות, תוך דרישה כי העוולה תתרחש במסגרת תחום השיפוט. פסק הדין המרכזי בנושא זה היה ב**ע"א 565/77 מזרחי נ' NOBLES EXPLOSIVES**, שם היה מדובר על ישראלי שעבד עם חומר נפץ שהתפוצץ מוקדם מידי. מזרחי רצה לתבוע את המפעל המייצר מסקוטלנד והוא הסתמך על התקנה האמורה, אך בית המשפט אמר כי המעשה/מחדל היה בסקוטלנד, שם מקום הייצור וכי מקום הנזק אינו מספיק. במידה ועושים היקש מהפסיקה הזו, אז מקום המעשה או המחדל, קרי מקום הייצור. **השופטת ארבל** מתייחסת לנושא בהערת אגב במסגרת **פרשת ינון** כהבדל בין הדין הישראלי לבין הדין האירופי, שם נקבע ב**אמנת רומא השנייה** (אמנה בעניין ברירת הדין בנזיקין) כי במקרה של עוולה חוצה גבולות הגורמת לנזק גופני, הדין החל הוא דין מקום הנזק.

**מה החולשה של הנימוק הזה?** מה הבעייתיות של ההיקש הזה? המבחן כאן במסגרת **מקרה ינון** הוא לא מקום המחדל, אלא מקום ביצוע העוולה- אנו לא מחפשים את מקום ביצוע המחדל, אלא מקום ביצוע העוולה. בדיני הנזיקין למשל, בעניין רשלנות העוולה הרי לא מושלמת עד שנגרם נזק. האם מקום ביצוע העוולה ומקום ביצוע המחדל זה אותו הדבר? הגרסה של **תקנה** **500** מהווה בתרגום של הדין האנגלי, שם מדובר במפורש בדין מקום ביצוע העוולה. לא מדובר באותו המונח, ולכן עולה השאלה האם ניתן לעשות היקש. **תקנה 500** היא לא "הקובעת הבלעדית" וישנו שיקול דעת לבית המשפט לקבוע האם מתקיימת במקרה סמכות. בנוסף, יש הבדל בין סמכות לבין ברירת הדין- ייתכן שיש ליותר מערכאה אחת סמכות בנושא מסוים. היום הטיעון של הסתמכות היקש עם **תקנה 500(7)** יותר חלש לאחר התיקון של התקנות החדשות, שכן יש את **תקנה 500(7א)** (המקביל ל**תקנה 166(5)** **החדשה**), הקובעת כי במקרים שבהם הנזק התרחש בישראל- ברירת הדין תיעשה לפי מקום הנזק. לכן, המרצה חושבת כי זה מוריד את הסבירות של הנימוק האמור.

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשמ"ד-1984**:

**תקנה 500- המצאה מחוץ לתחום השיפוט:**

7. התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה;

7א. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה

לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף

משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:

1. אדם השולט בתאגיד;
2. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
3. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).

**תקנות סדר הדין האזרחי, ה'תשע"ח-2018**:

**תקנה 166- המצאה מחוץ לתחום המדינה:**

1. התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין–לאומי או במתן שירותים בין–לאומיים בהיקף משמעותי; לעניין זה, "אדם קשור" - אם הנתבע הוא תאגיד, כל אחד מאלה:
2. אדם השולט בתאגיד;
3. תאגיד הנשלט בידי אדם כאמור בפסקה (1);
4. תאגיד הנשלט בידי מי מהאמורים בפסקאות (1) ו–(2).

האפשרות השנייה היא המקום בו התרחש הנזק, שכן לרוב ללא נזק אין עוולה. כאן יש שני נימוקים התומכים בגישה שמדובר דווקא במקום הנזק:

* הנימוק הראשון הינו היקש מ**סעיף 9(ב) לחוק אחריות למוצרים פגומים**, המטיל אחריות מוחלטת על יצרנים בגין מוצרים פגומים. סעיף זה קובע כי הוא לא יחול על נזק שנגרם מחוץ לישראל. אם אנו מאמצים את הגישה הראשונה של מקום מעשה או המחדל, אנו נוביל לכך שבכל פעם שתתקיים עוולה חוצה גבולות החוק לא יחול לאור התערבותו של אלמנט זר- מצב של ייצור בחו"ל ונזק בישראל או ייצור בישראל ונזק בחו"ל; נעיר לגבי האפשרות השנייה- החוק לא חל עקב היות הנזק בחו"ל. לגבי האפשרות הראשונה, מצב של ייצור בחו"ל ונזק בישראל- אם על פי כללי ברירת הדין חל מקום הביצוע או המחדל, החוק לא יחול. השאלה היא האם לכך מנסחי החוק התכוונו- האם הם חשבו שיש יותר משמעות למקום הנזק מאשר למקום המעשה או המחדל?
* הנימוק השני, שהוא חדש יחסית, הוא כי ישנה האפשרות לבצע כיום היקש מ**תקנה 500(7א)** **הישנה** או **תקנה 166(5) החדשה**, המאפשרת להמציא לחו"ל במקרה בו הנזק התרחש בישראל.
* הנימוק השלישי הוא ה**אמנה האירופאית בדבר הדין החל על חובות לא-חוזיות** (**אמנת רומא השנייה**), הקובעת, ב**סעיף 4(1)**, כי כאשר מדובר במקרה שנזק גופני או נזק לרכוש מתקיים, הדין שחל הוא דין מקום הנזק. בנוסף, בחוק האנגלי, טרם ההצטרפות ל**אמנה** האמורה, נקבע באופן מפורש כי במקרים של נזק גופני או נזק לרכוש, הדין החל הוא לפי מקום הנזק.

**לפיכך**, מה יותר סביר? מקום ביצוע המחדל או מקום ביצוע הנזק? במידה והיצרן יכול לצפות שנזק ייגרם במדינה אחרת, יכול להיות שכן צריך לבחור במקום ביצוע הנזק. לרוב, היכן הנפגע יגיש את הנפגע? במקום של הנזק, ולכן סביר להניח כי החלת דין מקום הנזק יוביל להחלת דין הפורום ולמניעת מאימוץ דין זר.

ב**ת"א 5984-08-07 אזוז נ' הרשות**, שם ככל הנראה התובעים לא שמו לב כי מדובר עוולה חוצה גבולות, עלתה השאלה העקרונית שהצגנו קודם. מדוברבתביעה שהוגשה על ידי נפגעי פעולות טרור בישראל ומשפחותיהם כנגד הרשות הפלסטינית, כאשר הפיגוע והנזק היה בישראל, בטענה כי הרשות אחראית לנזק שכן היא הסיתה ועודדה פעולות טרור. היכן מקום המעשה כאן? ההסתה הייתה ברשות והנזק היה בישראל. במקרה זה נאמר בבית המשפט כי חל דין ישראל כי המעשה, קרי הנחת המטען, בוצע בישראל. לטענת המרצה, השופט לא הבין כי מדובר בעוולה חוצה גבולות, אך עודנו מדובר בהחלטה שהובילה לתוצאה התומכת בגישה השנייה. לטענתה, השופט לא הבין כי המעשה המותקף לא הנחת המטען שבוצע בישראל, אלא ההסתה שביצעה הרשות הפלסטינית, דבר שנעשה בשטחי הרשות.

ב**רע"א 4060/03 הרשות הפלסטינית נ' דיין** מדובר באותן העובדות, והדיון הגיע לבית המשפט העליון אל לידיו של **השופט ריבלין**, אשר מודע לקושי ולכך שהעוולה בה מואשמת הרשות נעשתה בשטחי הרשות. עם זאת, הוא אומר כי "גם אם לא חל דין ישראל, יש לשקול החלת החריג, כי לדין ישראל העניין האמיתי בהסדרת הנושא ובגלל הקושי המובנה בבירור טענות בדבר עידוד טרור על ידי הרשות הפלסטינית על פי דין של אותה המדינה". לפיכך, **ריבלין** לא רואה צורך להחליט היכן מקום ביצוע העוולה, כיוון שגם אם מקום ביצוע העוולה הוא ברשות, בכוונתו להחיל את החריג. מה **ריבלין** אומר כל החריג? זה לא מסתדר עם מה שנאמר על ידי ב**מקרה ינון**, שכן המילה 'מקריות' לא מוזכרת כאן. מדובר בפסיקה שהתקיימה בין **מקרה ינון** לבין **מקרה סקאלר**. לדעת המרצה, הוא שינה את דעתו וחשב כי החריג הוא יותר רחב מאשר מקריות בלבד. ניתן אולי לראות את ההחלטה הזו כתומכת בדוקטרינת ניתוח אינטרס ממשלתי, כיוון שנטען כי לישראל יש את האינטרס לדון בנושא. עם זאת, ייתכן שגם לדין הרשות יש אינטרס לחול וכי מתקיים כאן מתקל אמיתי. לבסוף, זה לא מסתדר עם החריג שהוא הציג ב**מקרה ינון**.

לכן, אם השאלה עולה בבחינה יש צורך לכתוב כי אין תשובה חד משמעית ולפתור את השאלה לפי שתי הגישות. כאשר מתייחסים אל החריג, יש להתייחס אליו כפי שהוא מוצג ב**מקרה סקאלר**.

**2. היקף החריג שנקבע בפרשת ינון**:

השאלה המרכזית העולה בהקשר של החריג- מה זה מקריות? מאיפה מגיע החריג הזה? המרצה עשתה סקירה ענפה במשפט משווה והיא לא מצאה שום חריג המדבר על מקריות. המרצה חושבת כי יכול להיות שהמקור הוא בהערות שהיו ב**הכשרת היישוב נ' אוחנה**, שם מדובר על מקרה של אוטובוס של ישראלים שנסע לטיול במצרים וכאשר האוטובוס היה 25 מטרים בצד המצרי של מעבר טאבה האוטובוס דרס את אחד התיירים. הנדרס הגיש תביעה נגד חברת הביטוח, ונטען כי הדין החל הוא דין מצרים. מדובר על מקרה שהניה לפני **מקרה ינון**. במקרה זה **השופט גל** הבין כי הקשר עם מצרים היה מקרי. ייתכן כי האימוץ של הגישה הזו על ידי **השופט ריבלין** נשען על המקרה.

המרצה הגיעה למסקנה כי ישנם כמה מודלים של מקריות, במסגרת מאמר שהיא כתבה:

1. מקריות טהורה- לא הייתה אפשרות לצפות את מיקום ביצוע העוולה מראש. דוגמה לכך הוא מטוס שצריך לסטות ממסלולו בעקבות מזג האוויר ומתרסק במדינה פלונית. הקשר עם המדינה הזו הוא מקרי לגמרי, כיוון שלא היה אפשר לצפות זאת באופן סביר, כיוון שהמדינה לא הייתה חלק מהמסלול המקורי של הטיסה. מדובר במקרים מאוד נדירים.
2. מודל אינצידנטלי- הנוכחות במדינה בה בוצעה העוולה הייתה אינצידנטלית. דוגמה לכך היא במקרה שבה הנוכחות במדינה שבה בוצעה בעוולה הייתה אינצידנטלית למטרה של הצדדים ולא מטרה בפני עצמה. למשל, רכבת שנוסעת ממדינה א' למדינה ג' דרך מדינה ב', אך ללא מטרה לעצור במדינה זו. במידה ותתרחש תאונה עם רכבת זו במדינה ב' יהיה מדובר במקרים אינצידנטליים ולא מקריות טהורה, כיוון שלא היה רצון מצד אחד לעצור במדינה הזו, אך היה ניתן מהצד השני לצפות את המקרה עקב מעבר הרכבת במדינה האמורה.
3. המודל של אקראיות- לדעת המרצה מדובר במודל שמשקף בצורה הכי ברורה את האמרה היומיומית של המונח 'מקריות'. מדובר במצב בו באקראי העוולה התבצעה במדינה מסוימת ולא במדינה אחרת. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק הדין **Babcock v. Jackson**, שם ניתן להגיד כי באופן אקראי התאונה בוצעה באונטריו ולא בניו-יורק.
4. המודל של חוסר קשר- מודל שאומר שאין קשר ענייני בין העוולה לבין מקום הביצוע, פרט לכך שהעוולה בוצעה שם- אין קשר אחר בין מקום הנזק לבין העוולה. מדובר במודל שמעלה קווי דימיון לגישת מירב הזיקות. גם פסק הדין **Babcock v. Jackson** מתאר מצב דומה, שכן נטען שפרט לכך שהתאונה בוצעה באונטריו, אין שום קשר בין העוולה והצדדים למקום הנזק.

**איזו מודל נראה הכי מתאים לחריג?** המרצה, במאמרה לאחר מתן פסק הדין ב**מקרה ינון**, כתבה כי מדובר בחריג ממש לא ברור ומדובר בדבר אירוני, שכן **השופט ריבלין** מציג את הנוסחה החדשה שלו לברירת הדין בנזיקין בתור כזו שאמורה לספק וודאות. ב**מקרה סקאלר**, ככל הנראה **ריבלין** הבין כי עליו לספק איזה שהוא הסבר למה זה מקריות- "מקריות עשויה להשתקף במקרים שבהם הסביבה האינטימית היא רבת משמעות יותר מהסביבה הגיאוגרפית". אם כך, לאיזה מודל זה הכי קרוב? המודל הרביעי של חוסר קשר. **מה הבעיה עם החריג הזה?** איך אנו יודעים כי הסביבה האינטימית היא רבת משמעות יותר מהסביבה הגיאוגרפית? איך אנו יכולים לדעת אם הסביבה האינטימית היא משמעותית יותר? מדובר בחזרה לבחינה דרך מירב הזיקות. המרצה רואה בכך ש**ריבלין** מחזיר דרך הדלת האחורית את הבחינה של מירב הזיקות- מה שהוא הוציא בצורה חריפה מאוד ב**מקרה ינון** הוא מחזיר דרך **מקרה סקאלר**.

למה **מקרה סקאלר** לא נכנס אל החריג? למה **ריבלין** לא קבע כי שם הסביבה האינטימית משמעותית יותר מהסביבה הגיאוגרפית? ניתן לטעון כי לא מדובר בתושבים ישראליים וכי הסביבה האינטימית כולל גם את הרכב, שנקנה בניו-זילנד וכי הם נפגשו בניו-זילנד. וזאת לעומת **Babcock v. Jackson**, שם חלק משמעותי מהרכיבים הללו לא התקיימו/נוצרו באונטריו.

**לפיכך,** אנו למדים כי אין חריג של חוסר צדק מעבר לדוקטרינת תקנת הציבור, בניגוד לדעתה של **השופטת חיות**.

במשפט המשווה אנו מוצאים חריגים יותר הגיוניים מהחריג שלנו:

* ראשית, כפי שציינו קודם **השופטת ארבל** מצאה את חריג מקום המושב המשותף המופיע באמנת רומא השנייה, אך זה נדחה על ידי הרוב ב**פרשת סקאלר** בנימוק כי "אימוץ חריג מקום המושב המשותף אינו עולה בקנה אחד עם המטרות שעמדו בבסיס ההלכה שנקבעה בפרשת ינון- ובכללן הצורך בוודאות וביציבות". מדובר בנימוק לא מובן במיוחד, שכן לא ברור כיצד החריג פוגע בוודאות וביציבות, ולכן הנימוק גם אינו ברור עבור המרצה. יתרון שיכול להיות לחריג כזה זה דווקא יציבות, בניגוד לנאמר בדעת רוב ב**מקרה סקאלר**, שכן במקרה בו מעורבים רק ישראלים. מדובר בדבר שמתחזק עם מה שאמרנו קודם, שבמידה ושני הצדדים בעלי מקום מושב משותף, סביר להניח כי התביעה תתרחש באותה המדינה. המרצה חושבת כי מדובר בדבר שטעון חשיבה נוספת, אם יהיו מקרים נוספים בעתיד של מעורבות ישראלית בלעדית בחו"ל.
* שנית, קיים החריג של מירב הזיקות, חריג שקיים הן ב**אמנת רומא השנייה** והן בדין האנגלי. עם זאת, החריג נדחה הן ב**פרשת ינון** והן ב**פרשת סקאלר** בטענה כי מדובר בחריג שמקטין את הוודאות ויוצר שיקול דעת רחב לשופטים. חרף זאת, המרצה רואה היגיון בהכרה במבחן זה כחריג בלבד, שכן במקרי גבול, כדוגמת **מקרה סקאלר**, כאשר נטל ההוכחה יהיה על הנתבע, הוא ככל הנאה לא יצליח, אלא רק במקרים מאוד ברורים.
* שלישית, **השופט ריבלין** מתייחס למצב הביטוחי וטוען כי יש מקרים בהם מעורבים שני ישראלים בחו"ל, כי ביטוח הרכב הישראלי לא יכסה אותם. לטענתו, בהתאם לבעייתיות זו יש צורך לקחת ביטוח מקומי על פי מקום הנסיעה/מקום ביצוע העוולה.

**מהו הדין הרצוי?** במידה והיינו צריכים להציע הצעת חוק, מה היינו מציעים כדין הרצוי? המרצה חושבת, כפי שהיא כתבה במאמרה, כי כלל ברירת הדין בנזיקין הושפע על ידי מקרים בחו"ל, לפיהם ברירת המחדל יהיה מקום ביצוע העוולה, אך היה רצון למצוא חריג מתאים למצב ביהודה ושומרון, אך חריג זה משפיע בסופו של דבר על הכל.

**3. איזה דין חל על שיעור הנזק/חישוב הפיצויים?**

צריך קודם כל לבצע הבחנה בין שני היבטים של חישוב הפיצויים- מהותי או פרוצדורלי.

* ראשית, איזה ראש נזק חל? מדובר בעניין מהותי, ולכן הדין שחל הוא הדין שיחול על העוולה, כפוף לחריג. הדוגמה המובהקת של זה הוא **פסק הדין BOYS** על החיילים הבריטים במלטה, בו עלתה השאלה איזה דין חל בנוגע לראשי הנזק? וזאת כאשר ראש הנזק היחיד שדובר היה כאב וסבל, בעוד בדין מלטה לא הייתה הכרה לראש נזק זה. בפסק הדין דובר על כך שמדובר בעניין מהותי ולכן חל הדין שחל על העוולה, ובמקרה הזה הופעל חריג של מירב הזיקות והוחל הדין האנגלי.
* שנית, שיעור הנזק- כיצד מחשבים כמה מקבלים בעבור הנזק? מה קורה כאשר שני הדינים "המתחרים" מכירים בראש הנזק הנטען, אך על פי דין אחד התעריף הוא נמוך ועל פי הדין השני התעריף הוא גבוה יותר; דבר שקרה לדוגמה ב**מקרה ינון**. כאן מתקיימת מחלוקת בין מדינות שונות האם מדובר בעניין מהותי, ולכן יחול הדין שחל על העוולה, או פרוצדורלי, ואז יחול דין הפורום. מצד אחד, בדין האנגלי בפרט ובמשפט המקובל בכלל זה נחשב עניין פרוצדורלי. בבית המשפט העליון נטען כי מדובר בעניין פרוצדורלי ולכן יש להחיל את דין הפורום, כך שאם הדיון יתקיים בישראל יש לפצות על פי התעריפים המקומיים הישראליים. לעומת זאת, במדינות אחרות, ובהן חלק מהמדינות בארצות הברית, שיעור הנזק נחשב לעניין מהותי ולכן יחול הדין שחל על העוולה, וייתכן כי יחול דין זר. **איזו גישה אומצה בישראל?** אין תשובה חד משמעית גם לעניין זה. היה דיון בנושא ב**ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ** באוביטר. במקרה היה מדובר בבחור אמריקאי שנפגע על ידי אוטובוס אגד, ובית המשפט דיבר על השאלה האם עניין של שיעור הנזק הינו מהותי או פרוצדורלי. **השופטת בן-פורת** קבעה בצורה חד משמעית כי מדובר בעניין מהותי שאין כמוה, כיוון שבסופו של דבר זה מה שחשוב בעיניי התובע. **השופט בייסקי** אמר כי אין סיווג נוקשה וכי התפיסה יכולה להשתנות בהתאם לנסיבות. מצד שני, יש לנו את ב**ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' ג'ון כהן**, שם מדובר על בחור אמריקאי שנפל מצוק ותבע את מדינת ישראל ואת רשות הטבע והגנים, ועלתה השאלה איזה דין קובע כמה הוא יקבל בגין ראש הנזק של כאב וסבל? כהן טען כי יש לשלם לו על פי התעריף האמריקאי, כיוון שהוא חי בארצות הברית ושם הוא יסבול את הכאב והסבל. בית המשפט לא קיבל את הטיעון הזה, אך **השופט לוין** אמר כי מדובר בפיצוי, בגין כאב וסבל, שרירותי שלא מבוסס על מדע מדויק ולכן צריך להוביל לשוויון בין אלו שתובעים באותה המדינה, ובהקשר שלנו- בישראל. מה המשמעות של הרעיון הזה של השוויון? כיצד ניתן להגיע לזה? צריך לפיכך לסווג זאת כפרוצדורלי בכדי להגיע לתוצאה הזו.
* שלישית, ישנם מקרים שבהם כן קיימת תשובה ברורה, במקרים בהם מתקיים "הסדר שלם". מדובר בהסדר משפטי הקובע ומסדיר גם את רמת היקף האחריות וגם את רמת הפיצוי, כלומר- הסדר שכולל את אלמנט היקף האחריות וגם את היקף הפיצוי. בישראל קיים **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים** הקובע כי מתקיימת אחריות מוחלטת ובמקביל מתקיים מנגנון לפיצוי. נקבע כי במקרים כאלה כאשר מדובר בהסדר שלם, שיעור הנזק נחשב כעניין מהותי כיוון שמדובר יהיה פעולה מלאכותית לבצע הפרדה כאשר קיים הסדר שלם. ב**ת"א (ת"א) 1269/85 משה אמסלם נ' דני לוי** מדובר בתאונת דרכים ביהודה ושומרון וחל **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים** של יהודה ושומרון (כיום חל החוק הישראלי), שמהווה צו שעודכן על ידי המושל הצבאי, אשר כמעט זהה לישראלי, אך כולל הבדלים כמו למשל שיעור הנזק וניכויים מהפיצויים. לבסוף, החוק הישראלי היטיב עם התובע. התובע טוען כי חל החוק של יהודה ושומרון, ולפיכך ישנו משטר אחריות מוחלטת, אך הפיצוי מהווה עניין פרוצדורלי, תוך הסתמכות על הדין האנגלי, ולכן יש להחיל את דין הפורום. בית המשפט טוען כי החוק של יהודה ושומרון הוא הסדר שלם ולכן הוא חל גם על שיעור הנזק. ב**פרשת ינון** כל הוויכוח סב סביב שיעור הנזק- 1.4 מיליון שקלים לפי הדין הישראלי או 187 אלף שקלים לפי הדין הירדני. החוק הירדני מהווה הסדר שלם והוא קובע אחריות מוחלטת מצידו של המעסיק ויחד עם זאת מעגן תעריפים נמוכים. בית המשפט קובע כי אם חל דין ירדן, זה יחול גם לגבי שיעור הנזק.

**יישום הכללים:**

1. גד, תושב ישראל, שהה בחופשה במלטה. במהלך החופשה שכר רכב. בעקבות רשלנותו, הוא דרס את אלה, תושבת מלטה, שנפגעה קשה. אלה תבעה את גד בבית המשפט בישראל ומבקשת בין היתר פיצוי בגין כאב וסבל. על פי חוות דעת של מומחה, אין פיצויים עבור רכיב כאב וסבל על פי דין מלטה.
2. אלה תקבל פיצוי בגין כאב וסבל על פי הדין הישראלי כי מדובר בעניין פרוצדורלי.
3. אלה תקבל פיצוי בגין כאב וסבל על פי הדין הישראלי מכוח עיקרון הצדק.
4. אלה לא תקבל את פיצוי בגין כאב וסבל כי מלטה הינה המדינה בעלת מירב הזיקות למקרה.
5. אלה לא תקבל פיצוי בגין כאב וסבל כי חל דין מקום ביצוע העוולה.
6. לפני ארבע שנים, גדי וצביקה, חברים תושבי ואזרחי ישראל, הצטרפו לטיול באוטובוס באירופה. בטיול השתתפו תיירים ממדינות שונות, כולל אנדרו, מומחה בהשקעות מאנגליה. לקראת סוף הטיול, כאשר התיירים נמצאו במדינת יוון, צביקה ביקש מאנדרו עצה לגבי השקעותיו בחברות בינלאומיות. אנדרו הסכים לתת לצביקה עצה, תמורת שכר טרחה של 500 דולרים. בעקבות העצה צביקה מכר מניות בחברת א' וקנה מניות בחברה ב'. שלושה חודשים לאחר מכן, חברה ב' פשטה את הרגל, בעוד שחברה א' צמחה. עקב המהלך המתואר, צביקה הפסיד הרבה כסף ומעוניין לתבוע את אנדרו בישראל בגין רשלנות. יש להניח כי על פי החוק ביוון, לא ניתן לקבל פיצוי בגין עצה רשלנית. בהנחה שבית המשפט הישראלי ידון בתביעה נגד אנדרו, איזה דין יחול על שאלות הזכאות לפיצוי?

**תשובה-** מדובר בעוולה חוצה גבולות, במסגרתו המעשה קרי העצה, התרחש ביוון והנזק קרי ההפסד של צביקה, התרחש בישראל. לפיכך, מתקיימות שתי גישות- האחת דוגלת בהחלת דין מקום ביצוע העוולה, והשנייה דוגלת בהחלת דין מקום ביצוע הנזק. לפי הגישה הראשונה, יחול דין יוון, אלא אם מתקיים החריג של מקריות. האם הקשר עם יוון היה מקרי? לכאורה מדובר במיקום מקרי, אך האם מתקיימת ההגדרה של **השופט ריבלין** לגבי הסביבה האינטימית. במידה וזה מתקיים- איזה דין יחול? פונים למבחן מירב הזיקות. במידה ואנו הולכים לפי הגישה השנייה של דין מקום הנזק, אז יחול דין ישראל, ואין הצדקה להחלה של חריג.

1. בהמשך על ההיגיון מהשאלה הקודמת- ביום האחרון לטיול, כאשר התיירים היו ברומניה, צביקה שפך בשגגה מים רותחים על גדי. גדי סבל מכוויות ואושפז בבית חולים ברומניה למשך חודש עד שמצבו אפשר חזרה לארץ. לאחרונה גדי הגיש כנגד צביקה תביעה עקב האירוע הנ"ל. יש להניח שעל פי דין רומניה הפיצוי שניתן בגין כאב וסבל הינו נמוך מאוד. בתביעתו של גדי נגד צביקה, איזה דין יחול על שיעור הפיצוי בגין כאב וסבל?

**תשובה-** במידה וננקוט בגישה המהותית, נלך על מקום ביצוע העוולה שהוא רומניה, אך ישנה אפשרות להחיל את החריג, כך שנעבור למבחן מירב הזיקות ונחיל את הדין הישראלי. במידה וננקוט בגישה הפרוצדורלית, אז באופן אוטומטי יוחל הדין הישראלי כדין הפורום.

**כללי ברירת הדין בחוזים:**

**הדין החל על החוזה:**

ב**בג"צ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה** נקבע כי "העיקרון הבסיסי בדיני החוזים, של כיבוד אוטונומיית הרצון הפרטי של הצדדים במטרה להגשים את "ציפיותיהם הלגיטימיות", עומד גם ביסודם של כללי ברירת הדין בחוזים. לכן, ככלל, דין החוזה הוא הדין שהצדדים הסכימו לנהוג על פיו. אולם, במידה והצדדים לא גילו דעתם, עולה הצורך לקבוע איזהו הדין שקשר העסקה עימו הוא האמיץ והממשי ביותר." לא מדובר בפסק דין מחדש, אלא מדובר בחזרה על ההלכה הקיימת המבוססת על המשפט המקובל, אך מדובר בפעם הראשונה שבית המשפט העליון אומר זאת במפורש.

מדובר בהלכה שמחולקת למעשה לשני חלקים- הראשון, הדין שהצדדים הסכימו על פיו, והשני, במידה והראשון לא מתקיים, הדין שעימו הקשר הממשי ביותר עם החוזה, דהיינו- מירב הזיקות. מדובר באמרה של **השופט ריבלין**. לפיכך, מדוע הוא מאשר שימוש בגישת מירב הזיקות בהקשר של חוזים בעוד הוא דחה אותה בתוקף בהקשר של נזיקין? נענה על כך בשבוע הבא לאחר קריאת פסק הדין.

**בחירה מפורשת של דין החוזה:**

קודם כל חשוב מאוד להדגיש את ההבחנה בין תניית ברירת הדין לבין תניית מקום השיפוט, העוסקת במקום הדיון, לעומת ברירת הדין שקובעת איזה דין יחול על המקרה. בכל חוזה יכול להיות או אחד מהתניות הללו או שניהם (אין חובה להכיל את שניהם). לעיתים קרובות צדדים שחושבים על עניין המשפט הבינלאומי הפרטי יכללו את ההתניות. פעמים רבות תניית ברירת הדין ותניית מקום השיפוט יהיו זהות, כלומר- ייקבע בחוזה פלוני כי הדין הישראלי יחול וכי הדיון יתקיים במערכת המשפט הישראלית. עם זאת, ישנן דוגמות ומקרים בהם ייקבע כי מקום הדיון יהיה במדינה פלונית בעוד הדין שיחול יהיה של מדינה אלמונית. חשוב מאוד במהלך בחינה להבחין בין מקרים בהם השאלה עוסקת בתניית שיפוט, ואז ישנו הצורך לבחון את הסמכות של בית המשפט לדון במקרה לבין תניית ברירת הדין שקובעת איזה דין חל.

בכדי לקבוע האם תניית ברירת הדין תקפה מתבצע שימוש באמות מידה של דיני החוזים, הכוללים מודעות, הבנה ורצון אמיתי. אנו נראה כי פסקי דין רבים עוסקים במקרה מקביל ל**מקרה ינון**, בו מעסיק ישראלי ועובד פלסטיני ביהודה ושומרון מגיעים לסכסוך בנוגע לנושאי העסקה, בדרך כלל אחרי פיטורין של עובד. העובד בדרך כלל ייטה להעדיף את הדין הישראלי והמעביד ייטה להעדיף את הדין הירדני על החוזה. לרוב, בית המשפט יחיל את דין ישראל במקרים כאלו בהם אין תניית ברירת הדין. ניתן לראות כי חלק מהמעסיקים החלו להכניס בתוך חוזה העבודה תניה מפורשת שקובעת כי חל הדין הירדני. בכדי להוכיח כי התנייה הזו תקפה, צריך להוכיח כי העובד ידע על זה. ב**תע"א 5981/09 מוראד חאלד נ' טל אל איסוף** החוזה היה בעברית בעוד העובד לא ידע קרוא וכתוב בעברית. לכן, התנייה הזו לא עמדה באמות המידה של דיני החוזים.

דוגמה נוספת, ב**ע"א 418/06 נחושתן נ' קלאסיקה** היה מדובר בחוזה בין עובד ישראלי לבין מעביד ישראלי, אך באופן פורמלי המעביד היה חברה קפריסאית שנרשמה על ידי המעביד הישראלי (נסיבות מיסים) והעבודה בוצעה במדינות אפריקה- שיווק של מערכת חקלאית והעובד היה מומחה בנושאים הללו. בחוזה כתוב שחל דין קפריסין בין הצדדים. לאחר סיום העבודה, העובד תובע בבית הדין לעבודה לפי דיני העבודה הישראליים, בטענה כי לא ניתנו לו כל פיצויי הפיטורים. המעביד טוען כי חל דין קפריסין. העובד טען כי הוא לא ידע כי חל דין קפריסין וכי הוא לא ידע מה ההשלכות. אפשר להתחשב בכך שעובד לא ידע מה המשמעות של דין קפריסין וכי הוא לא בדק? הערכאה הראשונה סברה כי יש לכבד את תניית ברירת הדין. ערכאת הערעור מקבלת את הערעור בטענה כי לא הייתה כוונה אמיתית להחיל את דין קפריסין- "כאשר יש בחירה של דין זר שיבוא במקום חקיקת המגן הישראלי, ייתנו תוקף להסכמה הזאת רק כאשר תתקיים הסכמה ובחירה אמיתית של אותו דין מתוך הכרה קודמת שלו ומודעות להוראותיו". בית המשפט קובע כי הבחירה לא הייתה אמיתית, כיוון שפרט לענייני מיסים אין באמת דבר שמחבר את החברה לקפריסין או לדין הקפריסאי. מדובר בהחלטה בעייתית- אם היה מדובר בחוזה אחיד, יכולנו להגיד שמדובר בתנייה מקפחת שלא היה בכוחו של העובד לשנות, אך לא מדובר בחוזה אחיד והעובד ידע כי הוא חותם על תניית ברירת דין קפריסאית, גם אם לא ידע את המשמעות של הדין הקפריסאי.

06.12.20

**הרצאה מס' 8- המשך הדיון בכללי ברירת הדין בחוזים:**

**בחירה מפורשת של דין החוזה:**

קודם כל חשוב מאוד להדגיש את ההבחנה בין תניית ברירת הדין לבין תניית מקום השיפוט, העוסקת במקום הדיון, לעומת ברירת הדין שקובעת איזה דין יחול על המקרה. בכל חוזה יכול להיות או אחד מהתניות הללו או שניהם (אין חובה להכיל את שניהם). לעיתים קרובות צדדים שחושבים על עניין המשפט הבינלאומי הפרטי יכללו את ההתניות. פעמים רבות תניית ברירת הדין ותניית מקום השיפוט יהיו זהות, כלומר- ייקבע בחוזה פלוני כי הדין הישראלי יחול וכי הדיון יתקיים במערכת המשפט הישראלית. עם זאת, ישנן דוגמות ומקרים בהם ייקבע כי מקום הדיון יהיה במדינה פלונית בעוד הדין שיחול יהיה של מדינה אלמונית. חשוב מאוד במהלך בחינה להבחין בין מקרים בהם השאלה עוסקת בתניית שיפוט, ואז ישנו הצורך לבחון את הסמכות של בית המשפט לדון במקרה לבין תניית ברירת הדין שקובעת איזה דין חל.

**הגבלות על אוטונומיית הצדדים כללים קוגנטיים של הפורום שמיועדים לחול:**

כללים קוגנטיים של הפורום שמיועדים לחול יגברו על הדין שנבחר. לא ניתן להתנות על כללים קוגנטיים של הפורום על ידי בחירת דין אחר. לא כל דבר שהוא כלל קוגנטי בדין הפנימי מיועד לחול על מקרה שמערב אלמנט זר. איך אנו יודעים מהו היקף התחולה של הכללים הקוגנטיים? בדיני העבודה יש כל מיני כללים קוגנטיים, כגון שכר מינימום, ימי מנוחה וכו', אך מה אם קובעים בחוזה כי חל דין זר, ולפי דין זה אין שכר מינימום? נניח במקרה בו יש מעסיק זר מירדן ועובד מירדן. לאחר מכן, מאיזו שהיא סיבה, העובד מגיע לגור בישראל והוא מנסה לתבוע בישראל את המעסיק שלו בדרישה לשכר מינימום. נניח שיש סמכות, ברור לנו שהכללים הקוגנטיים שלנו לא מיועדים לחול לאף אחד מהצדדים כיוון שאף אחד מהם לא ישראלי והעבודה לא בוצעה בישראל. כאן מדובר במקרה ברור, אך יכול להיות כל מיני מקרים גבוליים, בהם פחות ברור אם הכלל הקוגנטי מיועד לחול. לדוגמה, ב**ע"ע 418/06 נחושתן נ' קלאסיקה** מדובר בשני ישראלים, בעוד המעסיק הינו באופן פורמלי חברה קפריסאית, העבודה לא בוצעה בישראל (אלא באפריקה)- האם הכללים הקוגנטיים של ישראל מיועדים לחול כאן?

על מי הכללים האלו מיועדים להגן? אין תשובה ברורה, מכיוון שלא כתוב בחוק, לעומת מדינות אחרות כמו אנגליה, שם כתוב בצורה מפורשת שהוראות מסוימות של החוק חלות כאשר מקום העבודה הרגיל זה באנגליה- לא משנה מה זהות הצדדים ומה כתוב בחוזה. אצלנו כל מקרה לגופו בעת הגיעו לבית המשפט. אין הרבה פסיקה בנושא, אך יש בעיקר הערות אוביטר שעוזרות לנו קצת להתמצא בנושא ולהבין את הפרשנות התכליתית של החוק:

* ב**בע"ע 300050/98 המועצה המקומית גבעת זאב נ' מחמוד** במסגרת הדיון השופטים נותנים דוגמה של עובד תאילנדי המגיע לישראל ועובד בחקלאות תחת מעסיק ישראלי. המעסיק מנסה להתחכם ולקבוע בחוזה שחל דין תאילנד. האם העובד נמצא תחת ההגנה של הדין הישראלי? השופטים אומרים שכן כיוון שהחוק מיועד לחול על כל העובדים שמבצעים את עבודתם בישראל.
* גם ב ב**ע"ע 418/06 נחושתן נ' קלאסיקה** עצמו אנו מוצאים התייחסות למקרה כזה- "כשם שמשפט העבודה המגן חל על עובד שסיכם עם מעבידו שייחשב לקבלן עצמאי, כך יש להחילו גם כלפי ישראלי העובד עבור מעבידו הישראלי מחוץ לישראל שזכויותיו העיקריות לפי אותו משפט לא הובטחו מראש". לפיכך, הכללים הקוגנטיים מיועדים לחול כאשר שני הצדדים ישראליים, גם אם העבודה נעשית בחו"ל.
* ב**בע"ע 48803-10-14 טארק סעדאת מחיסן נ' המנהל האזרחי** מדובר במקרה קלאסי שהיה מעורב גם ב**בג"צ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה** מדובר על עובדים פלסטינים שעבדו אצל המנהל האזרחי שפעלו בעבודות לטובת האוכלוסייה הפלסטינית ביהודה ושומרון. בחוזה העבודה שלהם היה סעיף שקובע כי חל דין ירדן, הוראה שהובהרה לחותמים גם בשפה הערבית. במקרה הזה לא היה ספק שהתנייה האמורה הייתה חלק מהחוזה. חרף זאת, העובדים תבעו כי חל דין ישראל על העסקתם וכי הם זכאים מכוחו, בין היתר, לשכר מינימום לפי החוק הישראלי, בנוסף לזכויות נוספות כמו הזכות להבראה. בית הדין האזורי לעבודה דחו את תביעתם לאור החוזה. הערעור התקבל על ידי בית הדין הארצי לעבודה לגבי שכר המינימום. נאמר כי על שכר המינימום יש להחיל את הדין הישראלי- כאשר מדובר בדיני עבודה "הסכמת הצדדים אינה חזות הכל, ותיתכנה סיבות חיצונית כגון תקנת הציבור, עיקרון השוויון והמשפט המנהלי אשר עשויות להצדיק את אי כיבוד ההסכם". כאן נקבע מה היקף התחולה של הכללים הקוגנטיים של דיני העבודה, במסגרת תקנת הציבור. לא ברור מה השפעת פסק הדין הזה לגבי תוקף תניית ברירת הדין, שכן ההחלטה התייחסה רק לשכר המינימום ובמקביל נקבע על ידי המפקד הצבאי כי בהעסקות דומות יש להחיל את שכר המינימום לפי הדין הישראלי. בנוסף, במקרה הזה המעסיק היה רשות ציבורית ולכן הוכנס גם הדין המנהלי וחובות נוספות שאינן חלות בדרך כלל על מעסיק פרטי.

משלוש המקרים הללו אנו יכולים להסיק כי הכללים הקוגנטיים מיועדים לחול כאשר העבודה נעשית בישראל וכאשר הן העובד והן המעסיק הינם ישראליים (ללא תלות במקום ביצוע העבודה). במקום שבו כן ניתן להתנות על הכללים, יחולו הכללים שבחרו בצדדים במסגרת החוזה שנחתם ביניהם. אך במקום בו קיימים כללים קוגנטיים, אלו יגברו על הדין שנבחר.

**באיזו תחומים אחרים יכולים להיות כללים קוגנטיים של הפורום אשר יגברו על הדין שנבחר על ידי הצדדים?** חוזים אחידים, ובפרט חוזי צרכנות. חוק החוזים האחידים וחוק ההגנה על הצרכן הועלו לדיון ב**רע"א 5860/16 בן חמו נ' FACEBOOK** שם הייתה תניית ברירת דין עבור הדין של מדינת קליפורניה. בית המשפט קבע כי תניית השיפוט היא תנייה מקפחת ולכן נקבע כי הדיון ימשיך בישראל, אך באותה המידה נקבע כי תניית ברירת הדין אינה תנייה מקפחת. לפיכך, הדיון יתקיים בישראל לפי דין מדינת קליפורניה. הקביעה הזו מבוססת על כמה דברים-

* לא מדובר בתנייה מקפחת כיוון שמדובר באינטרס לגיטימי שדין אחד יחול על כל התביעות כנגד החברה;
* דין המהותי בקליפורניה מפותח ואינו מקפח ולכן אין לחשוש שיהיה קיפוח מתוך הדין המהותי עצמו;
* יש לבחון בכל מקרה- ב**רע"א 11338-10-19 טרוים מילר בע"מ נ' FACEBOOK** התובעת טענה כי תניית ברירת הדין היא מקפחת והיא ניסתה להדגיש כי התביעה ב**מקרה בן חמו** מדובר היה בתביעה ייצוגית, לעומת זאת במקרה זה מדובר בעסק יחיד שקנה מפייסבוק פרסום ונטען כי היו שגיאות ואיחור והפרסום לא הגיע לקהל היעד ונטען כי לאור זאת הם חוו הרבה הפסדים. נאמר כי אם חל דין קליפורניה עוסק בודד יירתע מלהגיש תביעה במקרים שלא מדובר בתביעה ייצוגית. בית המשפט לא קיבל את הטיעון האמור וכי מדובר בתביעה גדולה והחלת הדין הזר לא ירתיע. עם זאת, נקבע כי יש לבחון את הנושא בכל מקרה לגופו ולא ניתן להגיד באופן גורף כי מדובר בתנייה מקפחת או לא. חשוב לציין כי בית המשפט מיישם את חוק החוזים האחידים הישראלי חרף כך שכתוב כי חל דין קליפורניה- כנראה שישנה הנחת יסוד כי חוק החוזים האחידים הישראלי חל למרות שהצדדים הסכימו להחיל את דין קליפורניה. ייתכן כי ישנה הכוונה כי חוק החוזים האחידים הינו חוק קוגנטי במקרים בהם התובע ישראלי פעל בתחום ישראל. עצם העובדה שהצדדים בחרו בדין קליפורניה לא מתנה על חוק החוזים האחידים.
* גם כשיש תנייה שחל הדין הזר. **מקרה בן חמו** מלמד אותנו שגם חוקים נוספים, פרט לחוק החוזים האחידים, עשויים להיות קוגנטיים ולחול גם כאשר יש תנייה שחל דין זר. במקרה זה **השופט מלצר** אומר כי צריך לתת תוקף להסכמת הצדדים להחיל את דין קליפורניה "ובלבד שלא יעשה בתנייה האמורה שימוש כדי "לעקוף" בעזרתה הוראות קוגנטיות שבדין הישראלי, למשל בדיני הגנת הצרכן". כאן ישנה הכרה בכך שישנן הוראות בדיני ההגנה לצרכן שהן קוגנטיות ושהן יחולו גם במקום בו נקבעה תניית ברירת דין זר. הוא לא אומר באילו מקרים יהיה מדובר בהוראות קוגנטיות, אך לכל הפחות כאשר הנתבעת הזרה פועלת בישראל ומכוונת את הפרסומים שלה עבור ישראלים. כמובן שזה יתקיים כאשר ההגנה של הדין הזר על הצרכן יהיו פחות מיטביות עם הצרכן מאשר הדין הישראלי. יש להניח כי מי שנוסע בחו"ל וקונה בחו"ל לא יוכל לומר כי חוקי הגנת הצרכן הישראליים חלים באותם המקרים.

בהתאם לדברי המרצה בנוגע לחוקי הגנת הצרכן, האם אי אפשר להרחיב את היריעה כלפי חוק החוזים האחידים ועניין התניות המקפחות? לדוגמה אדם שנוסע לחו"ל וחותם שם על חוזה הכולל תניית ברירת דין והוא הגיע לעסקה/חוזה שלא בדרך פרסום שמיועד ומכוון לישראלים. במקרה והוא נפגע, אין היגיון שהוא יתבע בישראל בטענה כי חל חוק החוזים האחידים. המרצה מסכימה ואומרת כי לכן עולה השאלה מתי החוקים האלו מיועדים לחול. המרצה חושבת כי חוק החוזים האחידים לא נועד לחול על כל החוזים שנעשו ברחבי העולם וישנו הצורך לבדוק מה התכלית של החוק, ולטעמה החוק מיועדים לחול על פעילות שנעשית בישראל.

נניח מקרה בו ישראל נוסע לחו"ל ושם הוא חותם על חוזה אחיד וכלול בו תניית ברירת דין, ובעת חזרתו לישראל הוא מגיש תביעה נגד אותה חברה זרה? האם גם במקרה כזה בית המשפט צריך לבחון את תניית ברירת הדין על פי חוק החוזים האחידים? האם חוק החוזים האחידים אמור לחול על כל התביעות שמוגשת לבית משפט בישראל? מצד אחד, קצת משונה שאנחנו מתיימרים להחיל את החוק הישראלי על כל מקרה שמתקיים בעולם (תוך זיקה מסוימת לישראל), אך מצד שני אפשר להגיד כי מהרגע שבו הוגשה תביעה בישראל מתקיימת זיקה מספקת להחלה של חוק החוזים האחידים. ייתכן כי מדובר בשאלה תיאורטית מידי.

**כאשר אין בחירה של דין החוזה- מבחן מירב הזיקות:**

מדובר במקרה בו הצדדים לא בחרו איזה דין חל במסגרת החוזה שלהם. במסגרת **מקרה עמותת קו לעובד** אומר **השופט ריבלין**, ללא שום ביקורת, כי במקרים כאלו יבוצע שימוש בגישת מירב הזיקות בהקשר של חוזים בעוד הוא דחה אותה בתוקף בהקשר של נזיקין. ממה נובע ההבדל בגישה?

* ההבדל הראשון היא כל מי שרוצה להימנע מחוסר וודאות בחוזה, יכול להימנע בקלות באמצעות קביעת תנייה של ברירת הדין, לעומת המצב בדיני הנזיקין.
* ההבדל השני הוא כי אין אפשרות טובה אחרת, בעוד בדיני הנזיקין יש וזה מקום ביצוע העוולה הקשור באופן הדוק לעוולה. לעומת זאת, כאשר מדובר בחיוב רצוני בחוזה, זה אינו קשור בהכרח למקום כריתתו או ביצועו.

**מה זה "מירב הזיקות"?** התחשבות בכל הזיקות והגורמים הרלוונטיים, אשר ב**פרשת עמותת קו לעובד** ישנה רשימה לא ממצה של הזיקות, הכוללת את מקום כריתת החוזה, מקום עריכת המשא ומתן, מקום ביצוע החוזה (ייתכנו כמה מקומות), זהות הצדדים, מקום הפעילות העסקית של הצדדים, שפת החוזה (פרט לאנגלית שפחות משפיעה), מטבע ביצוע החוזה וכו', וזאת תוך התחשבות בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין- החידוש של פסק הדין. מה היו שיקולי מדיניות רלוונטיים שעמדו במסגרת פסק הדין? בעיקר עניין השוויון, באמרה כי לפי דיני העבודה אסור להפלות עובד ויש לדאוג כי העובד לא יקופח בגלל מצבו החלש. יש לציין כי המעסיק המדובר העסיק במקביל ישראלים ולא ישראלים לפי דינים אחרים.

בפסיקה הישראלית יש מעט מאוד מקרים בהם היה צורך לקבוע מה הדין החל, כיוון שאו נקבע בחוזה או שהמקרים היו ברורים למדי. נביא שני פסקי דין אנגליים הממחישים את הקושי של מקרי גבול בקביעת ברירת הדין:

* **THE ASSUNZIONE-** מדובר בחוזה חכירת אונייה בין בעלי האונייה האיטלקיים לבין החוכרים הצרפתיים. הטופס חכירה היה באנגלית ומדובר היה בטופס סטנדרטי, מדובר באונייה איטלקית עם דגל איטלקי, ונקבע כי התשלום יהיה באיטליה במטבע איטלקי. בנוסף, על אף פי שהחוזה היה באנגלית הוסיפו שני משפטים בסוף בכתב יד בצרפתית. נאמר כי ישנן לא מעט זיקות כלפי צרפת ולא מעט זיקות כלפי איטליה- איך קובעים איזה דין הוא בעל מירב הזיקות? איטליה או צרפת? נקבע כי מקום התשלום ותצורת התשלום נקבעה לפי הצד האיטלקי, כי יחול הדין האיטלקי על החוזה.
* **WHITWORTH STREET ESTATES V. MILLER-** מדובר במקרה שהגיע לבית הלורדים באנגליה, בהכרעה של 3 מול 2. מדובר היה בחוזה בין קבלן סקוטי לבין חברה אנגלית שהיא בעלת בניין בסקוטלנד שנועד להסדיר שיפוץ של הבניין. המשא ומתן היה באנגליה והחוזה נחתם באנגליה, הטופס היה טופס סטנדרטי של האגודה הבריטית לאדריכלים שכללו גם אנגליים וסקוטיים והטופס כלל מונחים משפטיים אנגליים ולא סקוטיים. המקרה הגיע לבית הלורדים בבקשה להחליט איזה דין חל על המקרה? הרוב בבית הלורדים חידדו את המבחן ואמרו כי המבחן בודק את הזיקה והקשר הקרוב ביותר למערכת משפט ולא למדינה, ולכן מדובר בדין האנגלי עקב השימוש במונחים משפטיים אנגליים. דעת המיעוט חשבה כי מדובר בבחינת הקשר הקרוב ביותר למדינה, וכי אז התוצאה תהיה סקוטלנד, עקב מיקום ביצוע החוזה.

ב**ע"א 165/60 אוניון חברת לביטוח בע"מ נ' משה** אנו עדים למקרה נדיר בהם בית המשפט מסרב להכיר בתניית שיפוט תוך קביעה כי הישראלי לא יזכה לדין צדק במקום שנבחר כתניית מקום השיפוט. בעת הדיון בישראל עלתה השאלה איזה דין חל? לא היה כתוב בחוזה בין הצדדים איזה דין חל. לעיתים בחוזה יש רק תניית מקום שיפוט ואין תניית ברירת דין ולעיתים ההפך. בית המשפט היה צריך לבחון על פי הזיקות- חברת הביטוח ישבה במרכזה בצרפת וכפי שאנו יודעים בעת עשיית החוזה, שהיא העת הרלוונטית, הצד השני היה תושב עיראק ובעצם כל המשא ומתן וההצעה והקיבול היה בין עיראק לבין צרפת- מדובר היה בשני המקומות היחידים שרלוונטיים לנושא. בנוסף, נקבע כי דמי הביטוח ישולמו למוטב או בצרפת או באנגליה. בית המשפט קבע כי חל דין צרפת- מקום ההתקשרות, כיוון שהקיבול התבצע בצרפת וכי גם מקום הביצוע היה בצרפת (לפחות אחד ממקומות הביצוע). מדובר במקרה לא מורכב במיוחד.

בנוסף, ב**ע"א 2385/00 אפרימה חיים נ' HP** מדובר במקרה מעט מסובך, אך היה בחירה בין שני דינים, ועל פי אחד מהדינים החוזה לא היה תקף ובית המשפט אמר כי זו סיבה המובילה לבחירה בדין המכיר בחוזה כחוזה תקף, שכן לצדדים היה רצון שהחוזה יהיה תקף, וכך נוצרה העדפה להעדיף דין אחד על השני.

לעומת מרבית פסקי הדין בברירת הדין בנזיקין, שמערבים עסקות בינלאומיות, הרוב בתחום דיני החוזים עוסקים בחוזי העסקה בין מעסיקים ישראליים לעובדים פלסטיניים. ב**בג"צ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים** נחשב כפסק הדין המנחה ביחסי העבודה בין המעסיקים הישראליים לבין העובדים הפלסטיניים, אשר דן בשאלה איזה דין חל על יחסי העבודה בין העובדים הפלסטיניים המועסקים ביהודה ושומרון על ידי מעבידים ישראליים? לדין הירדני ניתן למנות זיקה טריטוריאלית ואת זהות העובדים. לדין הישראלי לעומת זאת ניתן למנות את זהות המעסיקים, חברות הרשומות בישראל, חוזה עבודה בעברית, מטבע התשלום (שקל) ואף זיקה טריטוריאלית עקב התפיסה הישראלית. כאן אנו עדים לזיקות עבור שני הצדדים ולכן עולה הקושי במקרי הגבול. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי מדובר בדין הירדני והוא מייחס משקל מאוד רציני עבור מקום ביצוע החוזה/העבודה וכי מדובר בשטחים המחוזקים בהם חל הדין הירדני ובית הדין גורס כי אין לייחס משקל משמעותי לזהות המעסיק, שפת החוזה ומטבע החוזה. בית הדין הארצי לעבודה קבע כי מירב הזיקות נוטה לירדן אך יחד עם זאת הוא קבע כי ייתכן שתקנת הציבור ידרוש כי יחול הדין הישראלי, אך זה תלוי בהפרש בין הדין הישראלי לבין הדין הירדני ולכן הוא שלח את הנושא לדיון חזרה בבית הדין האזורי לעבודה בכדי לברר את הסוגייה.

התובעים לא הסכימו לתוצאה והגישו, באמצעות עמותת סיוע, עתירה לבג"צ בבקשה כי זה יכריז כי הייתה טעות מהותית בפסק הדין. בג"צ אכן קבע כי חל דין ישראל והוא מתייחס באופן שונה למשקל הזיקות השונות- "בשל אופייה של הטריטוריה שבה עסקינן, מתמתן משקלה של הזיקה הטריטוריאלית; יש לתת משקל לזהות המעביד, מטבע ושפה." החידוש של פסק הדין הוא קביעת בג"צ כי "יש להתחשב בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין", שכפי שציינו קודם לכן מהווה בעיקר עניין השוויון, שכן המעסיקים הישראליים מעסיקים בין היתר גם ישראלים, אך תחת דינים שונים מאלו של העובדים הפלסטינים.

**גבולות בג"צ עמותת קו לעובד:**

* על עובדים במפעלים ישראליים באזור תעשייה ניצני שלום חל הדין הירדני:
  + ב**תע"א 2106/10** **מדנאבה** **נ' ימית סינון בע"מ** היו מדובר בעובדים פלסטינים שהועסקו על ידי מעסיקים ישראליים באזור התעשייה ניצני שלום, בין כביש 6 לבין טול כרם, שלא בתוך "מובלעת ישראלית". מדובר היה במפעל של 100 עובדים, מתוכם 97 היו עובדים פלסטינים. העובדים הללו מגישים תביעה לבית הדין לעבודה בטענה כי על החוזה שלהם צריך לחול הדין הישראלי לאור כך שמירב הזיקות נוטות לדין הישראלי וכי מגיע להם זכויות סוציאליות של מעל לשכר המינימום, פיצויי פיטורים וכו', וזאת תוך הסכמות על הבג"צ האמור. בית הדין הארצי לעבודה מבחין בין הבג"צ לבין מקרה זה, שכן לא מדובר על במפעל הממוקם ב"מובלעת ישראלית" וכי העובדים הפלסטינים לא עובדים "כתף אל כתף" עם עובדים ישראליים ולכן לא מתקיים מצב לא שוויוני.
* מקרים גבוליים?
  + ב**ע"ע 48803-10-14 טארק סעדאת מחיסן נ' המנהל האזרחי** ניתנה הערה בנוגע לעובדים כי במקרים בהם חלק מהעבודה מבוצע בתוך המובלעת, מחוץ למובלעת או עבודה צמודה לה, אשר נעשית בסמוך ליישובים ישראליים ולטובת התושבים הישראלים (כמו עבודות תשתיות). במקרים האלו יש להחיל את הדין הישראלי? אין תשובה בנושא.
* האם הדין הישראלי חל על כל הסוגיות העולות מיחסי העבודה של עובדים בתוך המובלעות?
  + ב**פרשת קו לעובד** **השופט ריבלין** אומר כי הדין "מירב הזיקות לאותו נושא". לפיכך, יכול להיות שדינים שונים יחולו על סוגיות שונות באותו מקרה. אין הכרעה בעניין הזה, אך מדובר באפשרות.
  + מעסיקים ישראלים הסתמכו על ההערה האמורה במסגרת **סע"ש 48438-02-15 פרשת ניתוב** שם היה מדובר בעובדים פלסטינים עובדים בתוך מובלעת שטענו כי מגיע להם תנאים פנסיוניים בדומה לעובדים הישראלים. עם זאת, חברות הביטוח לא מוכנות לבטח אותם, שכן קשה מאוד לאחר מכן לבדוק את האמת בנוגע למצבם (כמו בהצהרה כי העובד נפטר וכי משפחת העובד זכאים לתגמולי ביטוח) עקב מגוריהם בשטחי A ו-B. בבית המשפט נקבע כי מבחן מירב הזיקות לא חל הביטוח הפנסיוני. עמדת המדינה הייתה כי אין מקום לחייב מעבידים ישראליים בביטוח פנסיוני, אלא על המעבידים יש לשלם לעובדים את הסכומים שהיו משתלמים לפרמיות.
* מה קורה במצב של מעבידים פלסטינים ועובדים ישראלים?
  + ב**ע"ע 723/07 מחאג'נה נ' עמותת מרכז הדמוקרטיה וזכויות העובדים** היה מדובר על עורך דין ערבי-ישראלי שעבד בקרב עמותה פלסטינית שישבה ברמאללה שמטרתה הייתה לייעץ ולייצג עובדים פלסטינים ולאחר מכן תבע אותם בטענה כי הם פיטרו אותו תוך פגיעה בזכויותיו. מחאג'נה ניגש לרמאללה והמציא את התביעה למשרדי העמותה, בניגוד להוראות בנושא, אך עורך הדין העמותה לא חשב יותר מידי והגיש בקשה לבית הדין לעבודה בירושלים וביקש ארכה לטובת הגשת ארכה ורק לאחר מכן הוא הבין כי אין סמכות לבית המשפט בירושלים, אך כבר היה מאוחר מידי לאור הבעת כפיפות. העמותה טענה כי מדובר בפורום לא נאות ובית המשפט החליט כי על מנת לבחון זאת יש לבחון איזה דין חל על החוזה- דין ישראלי או דין הרשות? הבחינה נעשתה על ידי מבחן מירב הזיקות ובית המשפט אומר כי הסיבה הבלעדית להעסקתו הייתה היותו עורך דין ישראלי וכי כל העבודה שלו נעשתה מול ישראל ובעיקר בייצוג בבתי משפט ישראליים.
  + ב**בג"צ 1234/10 דינמיקה נ' המנהל האזרחי** היה מדובר במרכז של המדינה לספק למנהל האזרחי של עובדים במעבר ביטחוני. ההצעה שזכתה הייתה של קבלן פלסטיני כיוון שהיא הייתה נמוכה יותר לאור כך שהוא יצא מנקודת הנחה כי על היחסים בינו לבין העובדים הפלסטינים שלו יחול דין ירדן ומדובר בדין שמוביל להוצאות נמוכות יותר. דינמיקה טענה כי לא מדובר במצב נכון וכי אם העובדים הללו יעבדו במעבר ביטוניה יש להחיל עליהם את הדין הישראל, אך בג"צ השיב בשלילה שכן מדובר בחוזה העסקה בין מעביד פלסטיני לבין עובדים פלסטינים ולכן ראוי להחיל את הדין הירדני. ייתכן כי אפשר יהיה לעקוף כך את הצורך לעקוף את **בג"צ עמותת קו לעובד** תוך העסקה של עובדים פלסטינים באמצעות מעסיק פלסטיני באופן רשמי.

**הבעייתיות של שימוש בכללי ברירת דין רגילים במקרים מעורבים ביהודה ושומרון:**

אנו ראינו כי גם בנזיקין וגם בחוזים חלק גדול מהפסיקה לא מתייחסת למקרים בינלאומיים, אלא במקרים שמתרחשים אצלנו ביהודה ושומרון וכי בית המשפט מכריע בנושא של תנאי ההעסקה באמצעות המשפט הבינלאומי הפרטי. לטענת המרצה, הכללים של המשפט הבינלאומי הפרטי לא מיועדים להכרעה בנושאים הללו ואינם מתאימים. להלן ההדגמה:

* הקושי ביישום כללי ברירת הדין ביהודה ושומרון ("אקרובטיקה שיפוטית"):
  + הגישה הטריטוריאלית- מדובר במצב בעייתי עקב השליטה הישראלית והעירוב בין שטחים המצויים תחת הרשות לבין שטחים המצויים תחת המדינה. אנו עדים לבעיה זו ב**פרשת ינון**.
  + גישת הזיקות- כפי שראינו **בפרשת עמותת קו לעובד** לא תמיד תהיה תשובה ברורה. הרבה פעמים ניתן לבחון את הזיקות בצורות שונות ולעיתים אף לא באופן אובייקטיבי. ניתן לומר כי לעיתים זה יושפע גם על ידי תפיסת עולמו של השופט.
  + גישת האינטרסים- גם גישה זו לא תוכל לתת לנו פתרון לנושא, שכן האינטרס הישראלי אינו ברור במיוחד (האם זה רק להגן על המעסיק הישראלי או ליצור גם שוויון בין העובד הישראלי לעובד הפלסטיני) ומה האינטרס של הדין הירדני? הרי לא מדובר בריבון כיום, אלא הורשה של המושל הקודם על ידי קביעה ישראלית.
* ההשלכות של ניסיונות להתאים את כללי ברירת הדין למצב ביהודה ושומרון:
  + החריג של מקריות בכלל ברירת הדין בנזיקין- חריג זה נוצר ונבחר בשל הצורך ליצור פתרון טוב עבור המצב ביהודה ושומרון, אך כפי שהבהרנו בדיון בכללי ברירת הדין בנזיקין מדובר בחריג משונה המנוגד לכל החריגים הקיימים בעולם.
  + הוספת שיקולי מדיניות בכלל ברירת הדין בחוזים- זה הפתרון שנמצא בכדי להביא את התוצאה של מבחן מירב הזיקות לדין הישראלי. המרצה לא מצאה שום מדינה אחרת שבחרה במבחן מירב הזיקות במקביל להוספת שיקולי מדיניות. לכאורה, ההוספה היא לא רק במקרים הקשורים ליהודה ושומרון אלא תקפים כלפי כל המקרים המשלבים אלמנט בינלאומי, וכך נוצר עיוות של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי כולם.
* פתרונות:
  + למצוא דרך אחרת להסדיר את כל הנושאים שמערבים את יהודה ושומרון ולא באמצעות המשפט הבינלאומי הפרטי, אלא באמצעות של צווים של המפקד הצבאי למשל או חקיקה שמסדירה מקרים מעורבים ביהודה ושומרון.
  + בהיעדר חקיקה, הכרה על ידי בתי משפט שהם עוסקים בבירור היקף התחולה של דין הפורום הישראלי וכי זה קודם את שאלת ברירת הדין.

**מה יכול להיות אחרת?**

* ברירת הדין בחוזים באיחוד האירופי במסגרת **אמנת רומא הראשונה**, שם נקבע כי כאשר אין בחירה מפורשת, התקנה קובעת כללים לקביעת הדין החל בכל סוג של חוזה. ניתן לסטות מהכללים כאשר ברור מכל הנסיבות שבאופן ברור החוזה קשור יותר למדינה אחרת. ניתן למנות יתרונות בגישה כזו הקובעת כללים קבועים הניתנים לסתירה. דוגמות לכללים:
  + חוזה למכירת טובין- דין מקום מגוריו הרגיל של המוכר;
  + חוזה למתן שירותים- שין מקום מגוריו הרגיל של מספק השירותים;
  + חוזי עבודה- חל דין המקום שבו העובד מבצע את העבודה שלו באופן רגיל.

20.12.20

**הרצאה מס' 9- סיום הדיון בכללי ברירת הדין בחוזים ותחילת הדין בכללי ברירת הדין בקניין:**

דין החוזה חל על רוב העניינים הקשורים לחוזה- פרשנות החוזה, תוצאות הפעלת החוזה, תוצאות בטלות החוזה וכו'. אולם יש גם עניינים שחל עליהם דין אחר, או במקום דין החוזה או ביחד עם דין החוזה:

* כריתת החוזה;
* תוקף צורני של החוזה;
* כשרות משפטית;
* אי-חוקיות.

**1. הדין שחל על כריתת החוזה:**

מה הבעיה להחיל את דין החוזה על השאלה שאם בכלל חל חוזה? מה יכול להיות הקושי כאן? מדובר לדוגמה במצב שבו אחד מצדדים טוען לאי תקפות החוזה כתוצאה מאי קיבול וכד'. מה הבעיה להחיל את דין החוזה בכדי לקבוע האם קיים חוזה? מדובר בתשובה לוגית- הרעיון של דין החוזה יוצא מתוך נקודת הנחה שקיים חוזה וזה בעצם הקושי הקיים כאן- כיצד נפעיל את דין החוזה במידה ואנו לא בטוחים האם קיים בכלל חוזה?

הפתרון המובא מתוך המשפט המוקבל הוא כי הדין החל הוא דין החוזה המשוער (THE PUTATIVE PROPER LAW), כלומר- הדין שיחול אם יהיה חוזה. מדובר בפתרון מעט סמנטי. נביא לכך דוגמה מתוך המשפט האנגלי, וזאת משום שמדובר בשאלה שעולה לעיתים נדירות- **מקרה ALBEKO V. KAMBORIAN SHOE MACHINE.** מדובר במקרה שבו יצרן נעליים אנגלי שלח הצעה לסוכן בשוויץ, אשר הייתה הצעה לסוכן בשוויץ שיפיץ עבורו את הנעליים המיוצרות באנגליה. הסוכן בשוויץ טוען שהוא שלח הודעת קיבול בדואר, אך הקיבול לא הגיע ליצרן ולכן הוא התחרט וככל הנראה הוא בחר בסוכן אחר לטובת הפצת נעליו.

עם זאת, הסוכן בשוויץ רוצה לקיים את החוזה או לפחות לקבל פיצויים ולכן הוא תובע אותו. על פי הדין האנגלי יש כלל (POSTAL RULE) שקובע שברגע שהמוצע שם את הקיבול בתוך תיבת הדואר כבר הקיבול תקף והחוזה קיים. לעומת זאת, בדין השוויצרי, בדומה לישראל, הקיבול תקף רק כאשר הוא מגיע לידי המציע. כך אנו רואים כי קיים במקרה זה מתקל בין הדינים, כיוון שאם נחיל את הדין האנגלי יש לנו חוזה תקף ובמידה ונחיל את הדין השוויצרי אין חוזה. באופן אירוני, כל אחד מהצדדים מעוניין למעשה בתחולת הדין האחר לו.

עולה השאלה **מה הוא הדין המשוער?** במקרה הנדון לא דנו בהצעה או בקיבול איזה דין חל על החוזה, כך שעלינו לפעול במסגרת **מבחן מירב הזיקות**- לאיזה דין יש את הקשר הממשי ביותר? הדין השוויצרי כיוון שמדובר במקום ביצוע החוזה שמהווה את עיקר החוזה, ולפי הדין השוויצרי הקיבול לא התקיים במלואו ולכן לא קיים חוזה בין הצדדים. מהמקרה זה עולה השאלה מה היה קורה אם היה כתוב בהצעה שעל חוזה זה יחול דין אנגליה- האם זה היה משנה את התוצאה? יש שתי דעות בנושא זה- מלומדים מתוך המשפט המקובל כותבים שאין מקום להתייחס לכלל ברירת הדין בתוך החוזה כיוון שכל הדיון סב סביב השאלה האם החוזה תקף או לא, אז כיצד נוכל להסתמך על מה שכתוב בחוזה. עם זאת, לדוגמה, ב**אמנת רומא** נקבע כי במידה והצדדים קובעים זאת במסגרת החוזה ניתן להתייחס לסעיפים במסגרת החוזה על אף פי שהדיון הוא על תקפות החוזה עצמו.

**2. הדין שחל על תוקף צורני של החוזה:**

תוקף צורני מתעסק בדרישות צורניות של חוזים. בדין הישראלי למשל, חוזה מקרקעין חייב להיות בכתב, וגם במדינות אחרות יש דרישות דומות ודרישות נוספות לעיתים. ייתכנו מקרים בהם הדרישות הצורניות של מדינות שונות יהיו שונות בהתאמה. מכאן עולה השאלה איזה דין קובע את התוכן הצורני של החוזה? הכלל הוא שהחוזה יהיה תקף מבחינה צורנית אם מתמלאות הדרישות הצורניות של דין החוזה **או** של דין המקום ששם נערך החוזה. גם אם לא מילאנו את הדרישות הצורניות של דין החוזה (נניח שעל פי דין החוזה הוא היה אמור להיות בכתב) אך על פי דין מקום עריכת החוזה אין צורך באותה דרישה צורנית- החוזה יהיה תקף. מדובר בחלופות ודי בכך. **מדוע?** מדובר בציפיות הלגיטימיות של הצדדים, שמהווה את אחד מאבני היסוד של כללי ברירת הדין, במידה ואנשים מעוניינים לערוך חוזה במקום מסוים, סביר להניח כי הם יכלו להתייעץ עם עורך דין מאותו המקום ולכן סביר לתת להם לסמוך על דרישות הדין המקומיות. ב**אמנת רומא הראשונה** הכלל הוא שאם שני הצדדים הם ממדינות שונות די בכך שהחוזה ממלא את הדרישות הצורניות של אחת מהמדינות הללו במסגרת **סעיף 9**.

**מדוע די במילוי דרישות של מקום עריכת החוזה?** ב**ע"א 419/71 מנורה בע"מ נ' נומיקוס** היה מדובר בחוזה להובלות טובין בים מאיטליה לישראל והאונייה נדחפה על ידי חוף יפו והטובין נפגעו או נאבדו ולכן היה רצון להגיש תביעה נגד בעלי האונייה וגם נגד חברת הביטוח מנורה. בתוך החוזה להובלת טובין בים היה תנאי שמקצר את תקופת ההתיישנות. על פי חוק ההתיישנות הישראלי יש הוראה שקובעת שתנייה כזו המקצרת את תקופת ההתיישנות צריכה להיות בחוזה נפרד חתום על ידי מי שכלפיו רוצים להשתמש בקיצור תקופת ההתיישנות. כאן היה מדובר בפעולה שהנתבע בכלל לא היה מודע לה כיוון שהסעיף היה ממוקם בין כמויות מלל רבות.

על חוזה זה חל דין ישראל, אך על פי דין איטליה, שם נערך החוזה, אין דרישה כזו להפרדה לסעיף ההתיישנות. השאלה בסופו של יום היא האם התנייה היא תקפה או לא? כן, וזאת משום שהתקנה תקפה על פי דין מקום עריכת החוזה.

**3. הדין שחל על כשרות משפטית:**

בדין הישראלי יש לנו הוראה סטטוטורית ב**חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** משנת 1962, ששם ב**סעיף 77** נקבע כי "על ענייני חוק זה יחול דין מקום מושבו של הקטין, פסול הדין או החסוי; אולם- (1) פעולה משפטית שנעשתה בישראל בין אדם שכשרותו המשפטית מוגבלת או נשללה לבין מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, תהא בת תוקף זולת אם היה בה משום נזק של ממש לאותו אדם או לרכושו". לפיכך, במצב שהפעולה נעשתה בישראל, גם אם מקום מושבו של הצד הרלוונטי הוא במדינה שקובעת שאין לו כשרות משפטית, זה לא ימנע מהצד השני לאכוף את החוזה. לדוגמה, נניח שמגיע מדרום אירלנד בחור בן 19 והוא נכנס לחנות והוא רוצה לקנות גיטרה חשמלית וזה יקר והוא משלם בתשלומים ולאחר מכן המוכר לא מקבל את התשלומים והוא רוצה לתבוע אותו ולקבל את התשלום או את הגיטרה בחזרה. בתגובה אומר הקונה כי הוא בן 19 ולפי החוק האירי אין לו כשרות משפטית והוא לא יכול לעשות עסקה שכזו. כך אנו רואים שלפי הרישא יחול הדין האירי והחוזה הזה לא יהיה תקף, אך זה ייכנס בדיוק לסיפא, שכן מדובר בפעולה משפטית שנעשתה בישראל על ידי אדם שכשרותו המשפטית מוגבלת לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת על כך. המרצה לא יודעת להגיד באילו מקרים הסייג לסייג יופעל, שכן לדוגמה במקרה זה יש להניח כי ביכולת אותו הקונה להחזיר או למכור את הגיטרה ובכך מעין להשיב את המצב לקדמותו.

**4. הדין שחל בעניין אי-חוקיות:**

השאלה לאיזה דינים אנו נסתכל לראות אם החוזה לא חוקי:

* קודם כל, לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי על פי דין החוזה.
* כמו כן, לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי על פי דין הפורום. לדוגמה, גם במקרה בו חוזה תקף על פי דין מסוים אך לא תקף על פי הדין של מדינת הפורום, לא יתבצע אכיפה לחוזה עקב תקנת הציבור.
* בנוסף, לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי על פי דין מקום ביצוע החוזה- נקבע בפסיקה שגם במקרה זה לא נבצע אכיפה.
  + ב**ע"א 57/71 בן שטרית נ' בן שטרית** מתייחסים לכלל המנחה במשפט האנגלי (לפי ספר במשפט בינלאומי פרטי) המבוסס על **מקרה RALLI BROS V. COMPANIE NAVIERA**. מדובר במקרה של הובלת סחורה בים מהודו לספרד (בד יוטה) ובעלי האונייה היו ספרדים וחוכרי האונייה היו אנגלים. בחוזה כתוב שחל הדין האנגלי. הוסכם על מחיר לפי משקל הסחורה. לאחר שהאונייה יצאה מהודו, התקינו תקנות בספרד לגבי מחיר מקסימום של הובלת יוטה לספרד. מדובר בתעריף נמוך יותר מהתעריף שהיה בחוזה בין הצדדים. כאשר האונייה הגיעה לספרד החוכרים שילמו לא בהתאם לחוזה בין הצדדים אלא בהתאם לתקנות הספרדיות החדשות. לאחר מכן בעלי האונייה הגישו תביעה באנגליה וביקשו לקבל את ההפרש בין הסכום שחוכרי האונייה שילמו לבין הסכום שנקבע בחוזה, וזאת בהיזכר בכך שמדובר בדרישה שאסורה לפי הדין בספרד. בית המשפט קובע שהם לא יאכפו את החוזה לאור כך שמדובר במהלך לא חוקי על פי דין ספרד, שהוא מקום ביצוע החוזה.
* מה קורה אם החוזה הוא בלתי חוקי על פי דין מקום עריכת החוזה? ייתכן כי מדובר בחוזה שחוקי על פי דין החוזה, על פי דין הפורום, על פי דין מקום ביצוע החוזה אך הוא אינו חוקי על פי דין מקום עריכת החוזה. על פי המשפט המקובל אי חוקיות על פי דין מקום עריכת החוזה לא מונעת את אכיפת החוזה. מדובר קיימת סימן שאלה? בעקבות אוביטר בפסק דין ישראלי. ב**ע"א 74/81 אולימפיק אירוויס נ' קלימי** מדובר במקרה של גברת קלימי שהיא יהודייה שברחה מאיראן לישראל והיא טסה דרך חברת התעופה האמורה. במזוודתה היו טבעות זהב והן נאבדו והיא מגישה תביעה נגד חברת התעופה. החברה טוענת כי על פי דין איראן אסור להוציא רכש מאיראן ליהודים ולכן מדובר בחוזה לא חוקי שאין צורך באכיפתו. ה**שופטת נתניהו** אומרת כי "אי חוקיות הן לפי חוק מקום עשיית החוזה והן לפי הדין המהותי (דין החוזה) לא תוכר על ידי בית משפט בישראל מטעמים של עניין הציבור. במקרה של הפרת חוק זר שפגע ביהודים ובייחוד עבירה על חוקי המטבע, להיפך- לטובת הציבור הגולה להוציא את כספם ולהביאו ארצה". כאן אנו מבינים שאי חוקיות לפי מקום עשיית החוזה אכן בעייתית, ולכן ישנו הצורך במקרה הזה לבצע מהלך מסוים. המרצה אומרת כי קשה להבין מהמקרה כמה משקל יש לשים לעניין שכזה, מכיוון ש**נתניהו** לא מבצעת דיון, אלא גורסת במיידית כי מדובר בהוראה שנוגדת את תקנת הציבור. השאלה הנותרת היא מה המשקל שניתן לחוקיות על פי מקום עריכת החוזה. יש לציין, כי במקרה זה מדובר באמירת אוביטר.

**יישום כללים:**

1. עדינה, תושבת קנדה, וסוזנה, תושבת פרו, שתיהן ממוצא צרפתי, נפגשו באנגליה. הם הסכימו על כך שעדינה תמכור לסוזנה את דירתה שבנתניה, וכי על החוזה יחול הדין הצרפתי. הסכמה זו נעשתה בעל פה בלבד. לאחר מכן עדינה התחרטה והחליטה לא למכור את הדירה. סוזנה רוצה להגיש תביעה נגד עדינה בבית משפט ישראלי לאכיפת החוזה. היא מתייעצת עם עורכת דינה בשאלה אם יש חשיבות לכך שאין לה חוזה כתוב. עורכת הדין שולחת אותך, המתמחה, לבדוק את הדין החל בשתי מדינות. אלו מדינות עליך לבדוק?
2. צרפת וישראל.
3. קנדה וישראל.
4. צרפת ואנגליה.
5. אנגליה וישראל.
6. נציג של חברת "היי-טק" ישראלית נסע לאנגליה להחתים אנשי תוכנה מובחרים על חוזה עבודה. בין היתר, חתם הנציג על חוזה עם שאון, צעיר ירי מבריק בן 20 אשר ביקר באנגליה באותה עת. בהתאם לחוזה, שאון בא לעבוד בישראל, אך זמן קצר לאחר שהתחיל בעבודתו, מצא עבודה טובה יותר בחברה מתחרה ועזב את חברת "היי-טק". חברת "היי-טק" הגישה תביעה נגד שאון בבית המשפט בישראל, בגין הפרת חוזה העבודה. שאון מתגונן בכך שעל פי הדין האירי, גיל הכשרות המשפטית להתקשר בחוזה עבודה הוא 21. האם הגנה זו תתקבל?
7. כן, כיוון שחל דין מקום מושבו.
8. לא, כיוון שחל דין מקום עריכת החוזה.
9. לא, כי חל דין מקום ביצוע העבודה.
10. לא, כיוון שלא היה על חברת "היי-טק" לדעת את הדין האירי.
11. גד הסכים למכור 100 ארגזים של קוקה קולה לביל, תושב רוריטניה, ושלח אותם אליו באונייה. על פי החוזה חל דין ישראל על החוזה. לאחרונה ביל הודיע לגד שהוא צריך לבטל את העסקה כי על פי החוק ברוריטניה אסור לקנות קוקה קולה כיוון שזה הורס את השיניים. גד תובע את ביל בגין עלות 100 ארגזי הקוקה קולה.
12. בית המשפט בישראל יאכוף את החוזה כי דין ישראל חל על החוזה.
13. בית המשפט בישראל לא יאכוף את החוזה כי ביצועו לא חוקי על פי דין מקום ביצוע החוזה.
14. בית המשפט בישראל יאכוף את החוזה כי דין רוריטניה נוגד את תקנת הציבור.
15. בית המשפט בישראל יאכוף את החוזה כי הוא חוקי על פי דין הפורום.
16. גדי וצביקה, שנסעו לטיול באירופה, הזמינו את חדרי המלון מראש דרך סוכן נסיעות בארץ. רשום בטופס הזמנת החדרים שעל החוזה חל דין איטליה. כאשר לנו השניים בבית מלון באיטליה, הארנק של צביקה נעלם מהכספת בחדר שלו. בית המלון הכחיש אחריות וזאת בהסתמך על הרישום בתנאי הזמנת החדר. לפי הרשום, בית המלון אינו אחראי על חפציהם של אורחי המלון. על פי דין איטליה, תנאי זה תקף. יש להניח שהוא לא תקף על פי דין ישראל. צביקה רוצה לדעת:
17. איזה דין חל על החוזה והאם יש לו דרך לתקוף את התנאי שפוטר את בית המלון מאחריות? דין איטליה. הטיעון היחיד שיכול לעמוד לצידו של צביקה הוא העובדה שהוא אזרח ישראלי וחתם על החוזה בישראל, כך שהוא יכול לנסות לטעון כי חוקי הגנת הצרכנות הישראליים הם חוקים קוגנטיים שאמורים לחול על המקרה. סיכויי הצלחת הטיעון לא ידועים.
18. כיצד, אם בגלל, הייתה משתנה תשובתך אם לא היה סעיף ברירית דין בטופס ההזמנה? בוחנים על פי מירב הזיקות ויש לבחון האם ביצוע ההזמנה בארץ בין גורמים הישראליים גובר על העובדה שהחוזה בוצע באיטליה. לדעת המרצה, התשובה אינה ברורה וכי מדובר במקרה גבולי. עם זאת, המרצה חושבת כי המקרה נוטה יותר לכיוון איטליה.

**כללי ברירת הדין בקניין:**

ישנם כללי ברירת דין שונים הנוגעים לנכסי קניין שונים:

* העברות פרטיקולריות של נכסים מוחשים;
* העברות פרטיקולריות של נכסים לא מוחשים;
* יחסי ממון בין בני זוג (חל על רכוש בני הזוג, כעיקרון);
* ירושה (העברה אוניברסלית);
* פשיטת רגל (העברה אוניברסלית- לא נדון על זה).

**1. העברות פרטיקולריות של נכסים מוחשים- החלת דין מקום הימצאות הנכס:**

אין כלל סטטוטורי בנושא ואנו עודנו תלויים בכללים של המשפט המקובל. הדין שחל הוא דין מקום הימצאות הנכס- "כלל הברירה בדיני קניין קובע כי יש להחיל את דין מקום הימצאות הנכס בעת יצירת זכותה קניין (LEX SITUS)", שנאמר על ידי **הנשיא שמגר** ב**ע"א 352/87 גריפין קורפוריישן נ' כור בע"מ**.

לכאורה, מדובר בכלל מאוד ברור ליישום, וייתכן שעקב כך מספר הדיונים בנושא מאוד מצומצם. דוגמות של **כלל הסיטוס**:

* **CAMMELL V. SEWELL-** מדובר בהובלת טובין, עצים, בים ממוכר רוסי לקונה אנגלי. במהלך הנסיעה, האונייה עברה על ידי חופי נורבגיה ושם היא נדחפה על החוף ונתקעה שם, והקצין החליט למכור את העצים במכירה פומבית לאדם בשם קלאוסן. לאחר מכן, קלאוסן מכר את העצים לנתבעים, אשר סוחרים בלונדון ושלח להם את העצים לאנגליה. הגורם שביטח את הקונה המקורי פיצה אותו, אך הראשון גילה בדיעבד שהעצים בסופו של דבר הגיעו לאנגליה ולכן הוא מגיש תביעה נגד הסוחרים האנגליים בטענה שהעצים הללו שייכים למבטח, שכן הוא נכנס לנעלי המבוטח/הקונה המקורי. הדינים שיכולים להיות רלוונטיים הם נורבגיה ואנגליה. בנורבגיה יש את תקנת השוק שאומרת כי צד ג' שקונה בתום לב מקבל בעלות וברשותו להעביר את הבעלות לסוחרים באנגליה. על פי הדין האנגלי, תקנת השוק לא חלה במצב כזה ולקצין לא הייתה סמכות למכור ולכן קלאוסן לא קיבל בעלות, ולכן לא יכל להעבירה לבעלים החדשים. לכן, על פי הדין האנגלי העצים שייכים לקונה המקורי. בית המשפט קובע כי כלל ברירת הדין הוא לפי מקום הימצאות הנכס בעת יצירת הזכות- נורבגיה. יצירת הזכות היא של קלאוסן שקנה את העצים מהקצין בנורבגיה.
* **WINKWORTH V. CHRISTIE-** מדובר בתובע אנגלי עשיר עם נכסים בעלי ערך רבים. יום אחד ביתו נפרץ והפורץ לקח כמה יצירות אומנות ובאיטליה הוא מכר את התמונות לצד ג' העוסק בעתיקות. צד ג' זה העביר את התמונות לחברת קריסטי בלונדון, שעורכות מכירות פומביות. ככל הנראה, התובע פתח את קטלוג המכירה ורואה את התמונות שנגנבו מביתו, ולכן הוא מגיש תביעה נגד קריסטי בטענה כי התמונות האמורות שייכות לו. על פי דין איטליה, יש את תקנת השוק והסוכן קיבל בעלות טובה, אך על פי דין אנגליה, כפי שציינו קודם, לא חלה תקנת השוק והתובע נחשב כבעלי התמונות. במקרה זה חל הדין האיטלקי והתובע לא מקבל את התמונות שלו בחזרה. הוא ניסה לטעון כי התמונות יצאו וחזרו לאנגליה ולכן יש להחיל את הדין האנגלי, אך בית המשפט קובע כי כאשר הזכות נוצרה הנכסים היו בשטח איטליה.

27.12.20

**הרצאה מס' 10- המשך הדיון בכללי ברירת הדין בקניין- יחסי ממון:**

**2. העברות של נכסים לא מוחשיים:**

קיימות שתי גישות לעניין זה:

1. הגישה המסורתית- מקום הימצאות הנכס, לפי דין הסיטוס. עם זאת, עולה השאלה כיצד מזהים את הסיטוס (הפיקטיבי) של נכסים אלו, שאינם מוחשיים. לפיכך, עלינו למצוא איזה שהוא כלל שיצליח לסייע לנו לזהות את הסיטוס של נכסים אלו. עניין זה עולה ב**ע"א 418/86 רוזין נ' מנהל המכס** במסגרת השאלה מהו מקום הימצאות של נכס לא מוחשי. במקרה הזה מדובר בזכות תביעה- הנכס הרלוונטי הינו זכות תביעה. מדובר בתייר צרפתי שנפגע בתאונת דרכים בישראל ועורך הדין רוזין ייצג אותי בתביעה נגד הנהג בישראל. כאשר עורך הדין היה צריך לתת לו חשבון שכר טרחה, עלתה השאלה האם הוא צריך לגבות גם מע"מ- על פי הדין במידה ועורך דין מייצג תושב זר בעניין נכס בישראל, ישנו הצורך בתשלום מע"מ, אך אם עורך דין ישראלי מייצג תושב חוץ בעניין מימוש נכס שנמצא בחו"ל, אין צורך לשלם מע"מ. כאן הנכס היה זכות תביעה ועולה השאלה מה הסיטוס של אותה זכות תביעה- אם בישראל או האם זה בצרפת? נקבע כי מקום הימצאות הנכס הינו בישראל עקב כך שזה המקום הטבעי לממש אותו- המבחן בוחן היכן המקום הטבעי לממש אותו, וכיוון שהאירוע התרחש בישראל, זה המקום הטבעי לממש אותו. למשל, כאשר מדובר בפטנט, אלו מהווים דברים לאומיים, ובמידה והפטנט רשום בישראל, אזי המקום הטבעי לממשו הוא בישראל.
2. הגישה החדשה- גישת מירב הזיקות לפיה חל "הדין הנאות" (THE PROPER LAW), כלומר0 הדין שיש לו הקשר הקרוב ביותר עם ההעברה. עניין זה נדון ב**ת"א 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' שמואל פלאטו שרון**, שם מדובר בעולה מצרפת והתביעה התייחסה לדברים שהתרחשו טרם עלייתו ארצה. נטען ששרון ביצע מעשי מרמה נגד חברת אשראי צרפתית, כאשר היה תושב צרפת. אותה חברת אשראי החליטה להמחות ולהעביר את זכות התביעה לתובעת הנוכחית- מותר להעביר את זכות התביעה לגורם אחר על פי הדין הצרפתי, עם או בלי תמורה. התובעת רכשה את זכות התביעה ותובעת את שרון, שמתגורר כבר בישראל. השאלה שעולה היא האם ההמחאה הזו תקפה? כיוון שעל פי דין ישראל אין אפשרות להמחות זכות תביעה. המתקל בין הדינים מתקיים בין הדין הישראלי לבין הצרפתי ובשאלה איזה דין חל על שאלת התוקף של העברת זכות התביעה. צריך להבחין כאן בין ההיבט החוזי לבין ההיבט הקנייני- ההיבט החוזי מתמקד בתוקף של אותו חוזה/העברה, וכאן מדובר בדין הצרפתי, שכן החוזה נערך בצרפת בין שתי חברות צרפתיות. עם זאת, יש כאן היבט קנייני שעוסק בהעברות של זכויות ובשאלה האם בכלל ניתן להעביר אותן, ולכן התובע עשוי שלא להיות בעל זכות להגיש תביעה. השאלה היא על פי איזו גישה, המסורתית או החדשה, יש לפסוק? **השופטת בן עמי** מיישמת את שתי הגישות ואז היא מחליטה איזו גישה היא הגישה הנכונה. במידה ונבחר בגישה המסורתית, איזה דין חל? ישראל, כיוון שהנתבע מצוי בישראל והמקום הטבעי למימוש הזכות הינה בישראל. במצב כזה, הדין הישראלי יכול והתביעה לא תתאפשר. על פי הגישה החדשה, במידה ונבחן את הדברים את מירב הזיקות- לאיזה דין הקשר הקרוב ביותר עם העברת הזכויות? עם הדין הצרפתי, כיוון שכל הבסיס לזכות הזו התרחש בצרפת. **השופטת** מעדיפה את הגישה של מירב הזיקות, והנימוק העיקרי הוא שכיוון בכל אופן דין הסיטוס הוא פיקטיבי ויותר טוב שיהיה לנו מבחן יותר גמיש, וזה מבחן מירב הזיקות. דיברנו על החוסר של מירב הזיקות, והחוסר וודאות, אך גם מבחן הסיטוס הוא מבחן לא וודאי, ולכן יתרונות מירב הזיקות עולים על החסרונות. מדובר בפסיקה של בית המשפט המחוזי, אך ככל הנראה מדובר בגישה הנבחרת. במידה ומתקיים מקרה כאמור בבחינה, כדאי להזכיר את שתי הגישות.

**3. יחסי ממון:**

בעולם ישנן **4 גישות** לגבי משטרי יחסי ממון:

1. הגישה הראשונה המסורתית גורסת כי הנישואין לא משפיעים בכלל על בעלות של נכסים. שני הצדדים צריכים לבחון את הבעלות על הנכסים לפי דיני הקניין הרגילים. כמובן שבמידה והם רכשו נכס במשותף, אז כמובן שמדובר בבעלות משותפת, אך זאת לא בעקבות הנישואין, אלא בעקבות דיני הקניין. גישה זו חלה בעיקר במדינות ?
2. הגישה השנייה גורסת כי מתקיים שיתוף מיידי- ברגע שבני הזוג מתחתנים, כל הנכסים שנרכשים שייכים לשניהם באופן משותף. יכול להיות שינויים בין מדינות לגבי הנכסים שנכללים, כמו נכסים שנרכשו טרם הנישואין (עליהם לעיתים חל חריגה) או שהתקבלו במתנה או בירושה. בישראל אנו יכולים לראות עדות לכך ב**הלכת השיתוף**, שהיה חל במלואו טרם חקיקת **חוק יחסי ממון** וחל כיום על ידועים בציבור. גישה דומה קיימת בצרפת, שם גישה זו מהווה ברירת המחדל.
3. הגישה השלישית גורסת כי קיימת שיתוף דחוי- במהלך הנישואין כל אחד יכול לנהל את נכסיו כפי שהוא רוצה והם שייכים בנפרד לרוכש, אך בסיום הנישואין, אם על ידי גירושין או מוות, מתגבש שיתוף לאור הצורך לחלק את הנכסים. גם כאן ישנן תת-גישות לגבי האופן בו מתגבשת הזכות- זכות בעלות או זכות אובליגטורית. דוגמה לכך בישראל זה **חוק יחסי ממון** הכולל את **איזון המשאבים**. משטר זה חל בגרמניה לדוגמה, ובמדינות נוספות.
4. הגישה הרביעית, הפחות מוכרת, הינה חלוקה הוגנת. גישה זו גורסת כי במהלך הנישואין הכל נפרד לפי כללי דיני הקניין, אך בעת סיום הנישואין בגירושין לבית המשפט יש שיקול דעת איך לחלק את הנכסים בין בני הזוג. ישנן מדינות שבהן ישנה חזקה שהגינות הינה שוויון, כך שישנו הצורך לחלק שווה בשווה. מודל זה קיים באנגליה וברוב מדינות המשפט המקובל.

לפיכך, יכול להתקיים מתקל בין דינים שונים, אשר עשויים לבוא לידי ביטוי בהבדלים קטנים בין גישות דומות וכלה בהבדלים גדולים בין משטרי יחסי ממון שונים. **באיזה סוגים של מקרים בית המשפט בישראל יצטרך להחליט האם מתקיים המשטר הישראלי או משטר זר?** במקרים שבהם כרוך אלמנט זר:

1. "עולים";
2. "יורדים";
3. "תושבים זרים".

**שאלות שעולות בעניין הדין החל:**

* מה ההשפעה של הגירה על הדין שחל על יחסי הממון?
* האם יש להבחין בין רכוש שנרכש לפני ההדירה לבין זה שנרכש לאחר מכן?
* מה המשמעות של מקום הימצאות הנכס?
* עד איזו מידה בני הזוג יכולים להחליט איזה דין יחול על יחסי הממון שלהם?

**כלל ברירת הדין** בעניין יחסי ממון מעוגן ככלל סטטוטורי ב**סעיף 15 לחוק יחסי הממון**- "על יחסי הממון בין בני זוג יחול חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין, אולם רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה בהתאם לחוק מושבם בשעת עשיית ההסכם". לפיכך, ניתן לראות כי החוק מגדיר כברירת מחדל את החוק מקום מושבתם בשעת עריכת הנישואין, ומאפשר החלפה על ידי הסכם ממון- דבר שלא עולה בראשם של רבים ונעשה על ידי מעטים. מרבית הפסיקה הישראלית נאלצת להתמודד עם הרישא, אשר לא עולה בקנה אחד עם ציפיותיהם של הצדדים.

בעניין קביעת מקום המושב, לפי **סעיף 15 רישא**, אין הגדרה של מקום מושב בחוק יחסי ממון, ובתוך הפסיקה ניתן לראות שתי גישות:

* הגישה האובייקטיבית- "קביעת מקום מושב של אדם מחייבת, אפוא, בחינה של מכלול הנסיבות בכל מקרה לגופו", שנאמר על ידי **השופטת ביניש** ב**ע"א 7687/04 ששון נ' ששון**.
* הגישה הסובייקטיבית- "יש... לתת משקל בקביעת הגדרתו של "מקום מושבם" של בני הזוג, לכוונתם לקשור את גורלם בארץ אחרת, ולאמץ את אורח חייה ויסודותיה החברתיים, ובלבד שכוונה זו תהא רצינית וברורה", שנאמר על ידי **השופט גולדברג** ב**דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי**.

ב**מקרה נפיסי** ניתן לראות כי חרף העובדה שהמשיכו להתגורר באירן, לפי הגישה הסובייקטיבית הם נחשבו ככאלו שמקום מושבם הוא בישראל לאור רכישת החנות בארץ, המסמלת את כוונת הצדדים לקשור את גורלם בישראל. וזאת חרף העובדה שהם נישאו באירן, המשיכו להתגורר שם וחיו חיי נישואין במשך 40 שנים באירן.

שאלה נוספת העולה בהקשר ל**סעיף 15 רישא** היא **מה קורה כאשר לבני זוג אין מקום משותף?** בדרך כלל לבני זוג יש מקום מושב משותף אך לא תמיד, ולא מעט פעמים בבחינות יהיו מקרים של ישראלי/ת היוצאים לחו"ל ופוגשים זר/ה. **סעיף 15** לא אומר לנו מה לעשות במקרה כזה, ובפסיקה מולאה הלקונה על ידי **מבחן מקום המגורים המשותף**- "בהיעדר מקום מושב משותף לבני הזוג בעת הנישואין, יש לפרש מקום מושב כמקום המושב אותו הועידו בני הזוג בזמן הנישואין, למגוריהם המשותפים לאחר הנישואין, ואשר עברו אליו בפועל תוך זמן סביר לאחר הנישואין", מתוך **מקרה ששון**. מבחן זה כולל מבחן סובייקטיבי לגבי כוונות הצדדים, אך גם מבחן אובייקטיבי הבוחן האם כוונותיהם מומשו.

ב**ע"א 7687/04 ששון נ' ששון** מדובר על גבר שהוא במקור היה ישראלי, אך הוא התגורר במשך שנים רבות בהולנד ואף וויתר על אזרחותו הישראלית בכדי לקבל אזרחות הולנדית ובאישה ישראלית אשר הכירו בחופשה באילת. החל ביניהם רומן, הוא חזר להולנד והיא לאחר זמן קצר הצטרפה אליו. הם התחתנו בהולנד, אך היה ברור כי כוונותיהם הן לחזור לישראל ותוך כמה חודשים הם עברו לישראל. אחרי זמן לא רב, הנישואין התמוטטו ועלתה השאלה מה היה מקום מושבם בעת עריכת הנישואין, וכאן בית המשפט קובע כי הייתה להם כוונה לעבור לישראל והם עשו זאת תוך זמן סביר ולכן חל הדין הישראלי בעניינם.

**מה קורה כאשר עדיין לא החליטו איפה יקימו את ביתם?** נוקטים במבחן מירב הזיקות, ובוחנים את כל הנסיבות עד הרגע שבו החל המשבר בין בני הזוג.

**הבעייתיות של סעיף 15 רישא**-

הגישה שאימצו בסעיף זה מכונה בספרות המשפטית הלועזית היא גישה של IMMUTABILITY, משמע- אינו ניתן לשינוי. הדין שחל זה מקום מושבם בעת עריכת הנישואין וזה לא משתנה- הדין הזה ימשיך לחול לעד. זו הגישה שאומצה במדינות אירופה בעלות השיטה הקונטיננטלית. לפני כמה שנים, בעת האחדת דינים בחקיקה האירופית, גישה זו התקבלה בליווי חריגים מאוד צרים. המרצה כתבה בנושא מאמר וביקרה את הגישה תוך מתן דוגמות מהניסיון הישראלי.

גישה זו לא מתאימה לישראל, המהווה קיבוץ גלויות של אנשים המגיעים מקשת רחבה מאוד של מדינות, ולעיתים אף מגיעים תוך "הימלטות" ממדינת מקום המושב (כמו מדינות ערב לדוגמה) ולכן ניסיון להמשיך את האכיפה של הדין הזר, ממנו בני הזוג נמלטו, מביא ליצירת בעיה וקונפליקט. בעיה זו בעיה לידי ביטוי גם בבעייתיות המקורית בדין הזר עצמו, לדוגמה במדינות ערב, שם ננקטת הגישה של הפרדה רכושית פטריארכלית, בעוד תוך כדי הנישואין כל הרכוש נרשם על שם הבעל ובעת גירושין הוא מחזיק בכל הרכוש המשותף.

לאור כל הבעייתיות האמורה, בתי המשפט נאלצים להתמודד עם **סעיף 15 רישא**:

* "פטנט"- זכויות מוקנות:
  + **ע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי**- במקרה זה מדובר בבני זוג שהתחתנו במרוקו טרם חקיקת חוק יחסי ממון. לאחר עלייתם ארצה, הבעל רכש רכוש, שוב, טרם כניסת החוק לתוקף. הדבר הראשון שעלה במקרה בוחן האם ה**סעיף** חל על בני זוג שהתחתנו לפני 1974? חוק יחסי ממון לא מחריג את כולו מפני אלו שהתחתנו לפני 1974, לפי **סעיף 14**, שם **סעיף 15** אינו מוחרג, והוא חל גם על אלה שהתחתנו טרם 1974. לכאורה, היה צורך לקבוע כי הדין שחל על הצדדים הוא דין מרוקו. בית המשפט לא היה מוכן להשלים עם זה, ונקבע כי ישנה חזקה כללית, לפיה חקיקת חוק יחסי ממון אינה פוגעת בזכויות מוקנות שהיו לאישה ברכוש במועד חקיקת החוק- האם לאישה זו היו זכויות ב-31.12.1973, כי אם היו לה זכויות במועד זה, החזקה היא שהחוק לא בא בין לילה להפקיע לה את הזכויות. כיצד נבחן את זכויותיה הקנייניות רגע לפני כניסת החוק לתוקף? צריך לבחון מה כלל ברירת הדין טרם חקיקת החוק- הכלל שהיה הגיע מהמשפט המקובל לפי הבנת בית המשפט העליון, והוא קובע כי הדין החל הוא לפי מקום מושבם של בני הזוג בעת רכישת הרכוש- הגישה שחלה באנגליה זה מקום מושבם של בני הזוג בעת רכישת הרכוש. ולכן, ולאור העובדה שהרכוש שהיה במוקד הסכסוך נרכש בישראל לאחר המעבר ארצה נקבע כי הדין שחל הוא דין ישראל- **הלכת השיתוף**, המקנה לבת הזוג מחצית מהרכוש.
  + הפטנט הזה הינו מאוד מוגבל ולא פתר את הבעיה באופן כללי. מדוע? כיוון שהוא מתייחס לבני זוג שעלו לארץ לפני 1974 ושרכשו את הרכוש לפני 1974, ולאחר מועד זה הפטנט האמור לא יעבוד.
* "פטנט"- הסכם מכללא/מיוחס:
  + **דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי**- בני זוג שהתחתנו באירן בשנת 1944. הבעל קנה חנות בארץ בשנת 1979 ובני הזוג עלו לארץ בשנת 1983. לאחר מכן, תוך כמה שנים הנישואין התמוטטו והסכסוך נסב בעיקר סביב החנות, שהייתה רשומה על שם הבעל. במידה ונלך על פי הרישא של **סעיף 15** הדין שיחול על בעלות החנות הינה הדין הפרסי, שכן זה היה מקום מושבם בעת עריכת הנישואין. הפטנט של הרוב, בדיון נוסף, היה שקיים הסכם מכללא/מיוחס בהתאם ל**סעיף 15** **סיפא**, שעל פיו דין ישראל על בעלות החנות. לפיכך, חרף היעדר הסכם מפורש יש הסכם מכללא/מיוחס הקובע כי חל דין ישראל. פטנט זה מתבסס על פרשנות ל**סעיף 15 סיפא** שלא בהכרח דורש קיומו של הסכם ממון בכתב, אלא ניתן לכלול גם הסכם משתמעים. יש לשים לב שההסכם צריך להיות תקף על פי חוק מקום מושבם בעת עשיית ההסכם- במקרה שיש הסכם מכללא צריך להחליט מה היא שעת עשיית ההסכם. במקרה האמור, גישת הרוב אמרו כי שעת עשיית ההסכם הייתה בעת העלייה לארץ, ולכן מקום מושבם הוא ישראל וההסכם תקף. עם זאת, **השופטים גולדברג ודורנר** אמרו שמועד עשיית ההסכם היה כשהחנות נרכשה, וזאת לאור כך שמבחינתם ההסכם יכול לחול רק על נכסים שנרכשו לאחר מועד גיבוש ההסכם, ולכן הם נמנעו מלהכריז על מועד אחר בכדי לא להביא להחלת הדין הפרסי.
  + **ההבדל בין הסכם מכללא להסכם מיוחס**- לרוב לא באמת אכפת למה הצדדים בהם התכוונו והם מייחסים להם כוונות, על בסיס העלייה ארצה- מייחסים את הכוונות הללו. מדובר בגישתו של **השופט ברק**, שכן ההסכם מבוסס על עיקרון של שוויון בין המינים, וכי מדובר בעניין נורמטיבי המחייב ליחס להם את הכוונות הללו.
  + לאחר **מקרה נפיסי** יכולנו לחשוב שעניין השוויון יהיה רלוונטי רק כאשר הם עולים ממדינה שבה לא מוחל השוויון בחוק, אך עולה השאלה הם ניתן להסיק/לייחס הסכם גם כאשר בני הזוג עברו ממדינה מערבית עם משטר שוויוני? שאלה זו עלתה ב**רמ"ש 822-02-16 א.ש נ' א.ש** שם מדובר במקרה שישראלים גרו הרבה שנים בארצות הברית והתחתנו שם והחברה של הגבר בארצות הברית, שהייתה רשומה על שמו, הייתה מוצלחת מאוד. לאחר מכן, הם חזרו לישראל כתושבים חוזרים וזמן לאחר מכן, הנישואים התמוטטו ועלתה השאלה איזה דין חל על חלוקת הרכוש ביניהם. על פי הרישא של **סעיף 15** חל דין קליפורניה לפי מקום מושבם. האם במקרה הזה יש מקום להחיל את הסיפא, על כך שניתן להסיק או לייחס הסכם להחלת דין ישראל? במידה ונבצע את ההחלה האמורה, אנחנו הלכה למעשה, מרוקנים את **סעיף 15** מתוכן, כאשר בכל מקרה בו זוג עולה לישראל הרישא מתבטלת. טענת הגבר הייתה כי **הלכת נפיסי** לא מתקיימת כאן, לאור כך שמדובר בהלכה המתייחסת למשטרים שלא מקיימים שוויון בלבד. לבסוף, בית המשפט המחוזי לא קיבל את הטענה ונקבע כי גם במקרה הזה יחול הדין הישראלי. התחושה כאן הייתה שהגבר רק רוצה לגרום קושי לאישה ואם חל דין קליפורניה, האישה תצטרך להביא מומחה לדין וזה ייעלה לה לא מעט, ורצונו נתפס כרצון טקטי בלבד, וייתכן כי בית המשפט שם לב לכך. בנוסף, יש את ציפיותיהם הלגיטימיות של הצדדים, וייתכן כי ברגע שישראלים חוזרים ארצה, כאשר אין הבדלים משמעותיים בין המשטרים, אין להם ציפיות שיחול דין זר לגביהם. עם זאת, ניתן לראות כי פסיקה זו מרוקנת את **סעיף 15** מתוכן, כן עצם העלייה גורם להסכם מכללא, אין מקום להחלת הרישא, וזאת בהיזכר כי מרבית המקרים המגיעים למערכת המשפט בענייני עולים.
  + **מה קורה אם ישראלים יורדים לחו"ל?** האם גם כאן נסיק הסכם מכללא לכוונה להחיל את הדין הזר? ב**עמ"ש 51311-12-11 פלוני נ' פלונית** מדובר בזוג שירדו לדרום אפריקה לאחר 20 שנים והיה סכסוך לגבי דירה בישראל, שכן הרבה יורדים משאירים נכסים בארץ. בערכאה הראשונה נקבע עובדתית כי הוסכם מכללא כי בני הזוג רצו להחיל את הדין הזר. בערעור לבית המשפט המחוזי, נראה כי לבית המשפט לא נוח עם ההחלטה, אך לאור העובדה כי מדובר בהחלטה עובדתית, לא הייתה לו הרבה מה לעשות בנידון.
  + **מה היקפו של ההסכם?**
    - גישה צרה- לפי **השופטים גולדברג ודורנר** הקובעים כי הסכם מכללא חל רק על נכסים שנרכשו לאחר גיבוש ההסכם. הם באים ואומרים שאנשים עושים הסכם הם לא מתכוונים להחלה רטרואקטיבית. גישה זו מתקשרת לעניין הזכויות המוקנות- לא בטוח שהצדדים היו רוצים שבין לילה יהיה שינוי מהותי בחלוקה הרכושית ביניהם, אלא לבצע קביעה מעתה והלאה. לפיכך, הסכם מכללא הוא רק צופה פני עתיד.
    - גישה מרחיבה- גישת הרוב (**ברק, שטרסברג-כהן, לוין ואור**) הקובעים כי ההסכם המיוחס חל על כל הנכסים של בני הזוג, גם אלה שנרכשו לפני העלייה לארץ. מבחינתם, ההסכם חל על כל רכוש הצדדים ללא תלות במועד רכישת הרכוש. לפי המרצה, נכון לקרוא להסכם האמור לפי פרשנות זו הסכם מיוחס.
    - מ**פרשת נפיסי** עצמה לא הייתה אפשרות לקבוע מה ההבדל בין שתי הגישות, אך שתי הגישות הגיעו לאותה התוצאה, שכן ההבדלים הם באוביטר של פסק הדין ולא ברציו, שכן כולם הגיעו לאותה התוצאה, אך בדרך שונה. לעומת זאת, ב**מקרה א.ש** כל הרכוש נרכש לפני העלייה לישראל והסכסוך היה לגבי החברה האמריקאית. פסיקת בית המשפט במקרה זה בוחר באופן מובהק את הגישה המרחיבה ומחיל את ההסכם המיוחס על כל נכסי בני הזוג- גם על אלו שנרכשו לפני העלייה לארץ. לדעת המרצה, זו ההלכה כיום.
    - **איזו גישה עדיפה?** מבחינת הוודאות והיעילות, אין ספק שהגישה הצרה לא עושה חיים קלים, שכן נאלץ להחיל דינים שונים על נכסים שונים לפי מועד רכישתם. בנוסף, מה קורה כשקניתי דבר במדינה החדשה שאני מתגורר בה, אך למעשה הממון שאפשר לי לרכוש את הדבר הוא כתוצאה ממכירה של נכס מהמדינה הקודמת בה התגוררתי. מבחינה פרקטית, הגישה המרחיבה הרבה יותר נוחה ליישום. עם זאת, המרצה, במאמר שכתבה, מביעה תמיכה אוהדת בגישה הצרה עקב הזכויות המוקנות והציפיות של הצדדים.
  + **הגבולות של ההסכם- הסכם מפורש:**
    - ב**ע"א 291/85 אואליד נ' אואליד** מדובר בבני זוג שהתחתנו בצרפת ועשו הסכם ממון, שאימץ משטר של רכוש נפרד, בניגוד למשטר הקיים בצרפת של שיתוף מיידי. לאחר מכן, הם עלו ארצה והמשיכו לנהל חשבונות בנק נפרדים. הנישואין התמוטטו והאישה טוענת כי חל דין ישראל בעקבות עלייתם ארצה. בית המשפט דוחה טענה זו וקובע כי חל משטר של רכוש נפרד על פי ההסכם המפורש שנעשה על ידי בני הזוג בצרפת וכי העלייה לארץ כשלעצמה אינה משנה את ההסכם. כאשר ישנו הנטל, כאשר יש הסכם פורמלי, על מי שטוען שינוי בהסכם ועליו להוכיח זאת. לפיכך, במידה ויש הסכם מפורש במדינה הראשונה, הפטנט של הסכם מכללא/מיוחס לא יחול.
* "פטנט"- אי החלת הדין הזר:
  + ב**פרשת נפיסי** **השופט חשין** לא אוהד את הפטנט של ההסכם המיוחס והוא טוען כי מדובר בפיקציה. עם זאת, הוא מגיע לאותה תוצאה, כאשר הוא אומר שאין להחיל את דין איראן כיוון שהוא נוגד את עיקרון השוויון בין המינים. על אף פי שהוא לא אומר במפורש, הוא מתכוון לכך שדין איראן נוגד את תקנת הציבור.
  + ב**תמ"ש 860-09-09 ס.א נ' מ.א** אומצה הגישה הזו. במקרה זה מדובר על בני זוג שהתגוררו ברשות הפלסטינית, אך הם שיתפו פעולה עם שירותי הביטחון הישראליים ואז הגיעו למסקנה כי שיתוף הפעולה התגלה והם עברו להתגורר בישראל. הגבר רכש דירה בישראל, ולאחר כמה שנים הנישואין התמוטטו. האישה באה ומבקשת חצי מהדירה לאור חוק יחסי ממון- איזון משאבים. מנגד, הבעל טוען לתחולת הדין השרעי החל בשטחי הרשות הפלסטינית, ועל פי דין זה חל משטר של רכוש נפרד, ובמידה והדירה רשומה על שמו היא שייכת לו. בית המשפט נותן שני נימוקים חלופיים- האחד, הסכם מכללא- המעבר לישראל ולכן יש לייחס להם הסכם מכללא שיחול דין ישראל, והשני, כי הדין השרעי פוגע בשוויון ונוגד את תקנת הציבור.
  + מדוע אנו אומרים שדין איראן או דין הרשות פוגע בתקנת הציבור? מה בהם פוגע בשוויון? זה לא המשטר עצמו, משטר הרכוש הנפרד, שאפשר להחיל גם בישראל במידה ובני הזוג מעוניינים בכך, ותוך כדי יש להם את היכולת לבצע רכישות נפרדות ועצמאיות של רכוש. אנו נקבל את משטר הרכוש הנפרד כאשר בחברה, ממנה מגיע המשטר, יש שוויון הזדמנויות לאישה ולגבר.

**יחסי ממון בין ידועים בציבור:**

לכאורה, **סעיף 15** לחוק אינו חל על בני זוג לא נשואים. חרף דעות מסוימות בספרות המשפטית הטוענות כי ה**סעיף** אכן חל על ידועים בציבור, המרצה לא משוכנעות בדעות אלו.

בהנחה ש**סעיף 15** אינו חל על ידועים בציבור- איזה כלל ברירת הדין כן יחול? לדעת המרצה, מדובר בעניין של סיווג ועלינו להחליט לאיזה תחום שייכת שאלת הזכויות הרכושיות של הידועים בציבור:

* **קניין-** הבעלות של נכס מסוים. ברגע שלא מדובר ביחסי ממון, איננו יכולים להתייחס לכל הרכוש ביחס, אלא מדובר בכל נכס בצורה מסוימת. ולכן, כאשר נדון בנכסים של ידועים בציבור, דירה בדרך כלל, אנו נפנה לבחון את העניין באופן של העברות פרטיקולריות של נכסים מוחשיים, לפי מבחן הימצאות הנכס. לפיכך, אם הנכס מצוי בישראל יחול הדין הישראלי, דהיינו- מבחן השיתוף, ואם הדירה נמצאת בחו"ל יחול הדין של המדינה המסוימת.
* **חוזים-** מדובר באפשרות שגורסת כי כל היחסים של ידועים בציבור מבוססים על הסכם מכללא. כמובן, שאם בין בני הזוג קיים חוזה מפורש, ודבר זה קיים לא מעט פעמים- נלך לפי החוזה המפורש. במידה וחוזה זה נעדר, נאלץ לקבל החלטה לגבי הדין החל. כאן אולי נוכל לחזור לשאלת ברירת הדין בחוזים, לפיה הדין החל הינו המשוער, לפי **מבחן מירב הזיקות**. לדוגמה, בקרב בני זוג ישראלים המתגוררים בישראל, גם לגבי דירה בחו"ל יש להניח כי יחול הדין הישראלי. אך אם מדובר שבני הזוג זרים, נניח שהדין החל הוא הדין הזר. ובמידה ויהיה לנו זוג מעורב, אז נצטרך לבחון את הזיקות השונות.
* **מעמד אישי-** יש מדינות שמכירות את המעמד של הידועים בציבור ומדובר במעמד שונה מבני זוג נשואים. במידה ומקום מושבם הוא במדינה שמכירה במעמד האישי שלהם, אז אולי יהיה צורך להחיל את הדין של אותה המדינה, למרות שיש להניח שזה יוביל לאותה התוצאה דרך דיני החוזים.

למרצה אין מקרה שהגיע לדלתות בית המשפט, אך יש מקרה בו היא חוותה דעתה. מדובר בבני זוג ידועים בציבור תושבי בלגיה ונקנתה דירת נופש בארץ והיא רשומה על שם האישה, למרות שככל הנראה הגבר מימן את הדירה. מדובר בזוגיות השנייה של האישה. האישה נפטרה. על פי הדין הבלגי, הידוע בציבור אינו זכאי לשום דבר- הן מבחינת יחסי ממון והן מבחינת דיני הירושה. הבנים של האישה טענו שהם יורשים את הדירה האמורה ושלגבר אין שום זכויות בדירה הזו. כאשר מדובר במוות, יש איזה שהוא קשר בין יחסי ממון לבין ירושה- תמיד צריך קודם כל לדון בשאלה של יחסי הממון- להחליט למי שייכת הדירה הזו? רק לאישה ומדובר בעיזבון שלה ואז לעבור לדיני הירושה ולבחון איזה דין חל על הירושה, אך אם על פי הדין שחל על יחסי ממון נקבע כי הדין הישראלי, עקב מהות השאלה בדיני הקניין, אז חצי יהיה שייך לגבר והשאר ייחשב כעיזבון. אומנם המקרה לא הגיע להכרעה משפטית, אך הוא מעלה סוגיה מעניינת. בסופו של יום, ככל הנראה השאלה ביניהם, לגבי יחסיהם, היא שאלה חוזית, ולאור העובדה שהם תושבי בלגיה, ככל הנראה הדין מתאים לייחס ליחסים ביניהם הוא הדין הבלגי.

**יישום הכללים:**

* סוזן ופיאר, שניהם תושבי ואזרחי צרפת, התחתנו בצרפת בשנת 1990. לפני עריכת הטקס חתמו על הסכם ממון שלפיו אימצו משטר של רכוש נפרד. בשנת 2005, בני הזוג עלו לארץ ופיאר קנה דירה ורשם אותה על שמו בלבד. לאחרונה, הנישואין התמוטטו וסוזן רוצה לדעת האם היא זכאית למחצית הדירה.
  + כן, כי חל דין מקום הימצאות של הדירה.
  + לא, כי ההסכם ממון תקף על פי דין מקום מושבם של בני הזוג של בני הזוג בעת עשיית ההסכם.
  + לא, כי בני הזוג התחתנו בצרפת.
  + כן, כי העלייה לארץ מבטלת באופן מכללא את ההסכם.
* בשנת 1972 סוזן, תושבת צרפת, התחתנה בצרפת עם אלן, תושב אנגליה. אחרי החתונה בני הזוג גרו באנגליה. אלן הקים עסקה מוצלח והשקיע את הרווחים מהעסק בנכסים בישראל ובאנגליה, ושמם על שמו בלבד. בשנת 2012, בני הזוג עלו לארץ ואלן נסע לאנגליה לעיתים קרובות לצורך ניהול העסק. לאחרונה סוזן גילתה כי לאורך הנשים אלן ניהל רומן עם אנה, אישה אנגלייה והעביר לשמה נכסים באנגליה. היא מבקשת הצהרה כי מחצית מכל רכושו של אלן שייך לה. יש להניח שעל פי הדין האנגלי במהלך הנישואין חל משטר של רכוש נפרד, בעוד שבצרפת ובישראל חל משטר של שיתוף מיידי.
  + איזה דין יחיל בית המשפט על מנת לקבוע למי שייך הרכוש? יש להתחיל את התשובה עם הרישא- מקום מושבם בעת עריכת הטקס- לא היה מקום מושב משותף בעת החתונה, ולכן עלינו ליישם את המבחן של מקום המגורים המיועד- אנגליה. ולאחר מכן יש לבחון האם אפשר להוסיף להם הסכם מכללא שהם עולים לארץ- לכאורה, כן, ולכן חל הדין הישראלי ולהחיל את הגישה המרחיבה.
  + עד איזו מידה בכלל, תשובתך תשתנה אם בני זוג היו גרים כל השנים בצרפת ובמועד עריכת החתונה חתמו על הסכם ממון שקבע שיחול עליהם משטר של רכוש נפרד? יחול עליהם משטר של רכוש נפרד, שכן העלייה לארץ לא מבטלת הסכם מפורש.
  + עד איזו מידה תשובותיך היו משתנות אם סוזן עלתה לארץ לבד? על פי הרישא, חל דין אנגליה. מה לגבי הסיפא? אפשר להגיד כי מתקיים בין הצדדים הסכם כל שהוא לאור עלייתה ארצה לבד? לא.

03.01.21

**הרצאה 11- סיום הדיון בכללי ברירת הדין בקניין- דיני ירושה:**

כל נושא ברירת הדין בירושה מעוגנן ב**חוק הירושה**, בו יש פרק שלם העוסק בברירת הדין. אנו כבר דיברנו על הסוגייה של סמכות שיפוט בענייני ירושה, כאשר **סעיף 136** ל**חוק הירושה** קובע כי לבית המשפט יש סמכות אם מקום מושבו של הנפטר היה בישראל ביום מותו או שהוא הניח נכסים בישראל.

**חוק הירושה, ה'תשכ"ה-1965:**

**סעיף 135- הגדרה:**

בפרק זה "מושב של אדם"- המקום בו נמצא מרכז חייו; קטין, פסול ואדם שמונה לו אפוטרופוס, חזקה עליו שמושבו הוא במקום מושבו של נציגו כמשמעותו בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ה'תשכ"ב-1962, כל עוד לא הוכח שמרכז חייו נמצא במקום אחר.

**סעיף 136- סמכות בתי המשפט הישראליים:**

בית משפט בישראל מוסמך לדון בירושתו של כל אדם שמושבו ביום מותו היה בישראל, או שהניח נכסים בישראל.

**סעיף 137- ברירת הדין:**

על הירושה יחול דין מושבו של המוריש בשעת מותו, חוץ מהאמור בסעיפים 138 עד 140.

**קביעת מקום מושב לצורך סמכות שיפוט וברירת הדין:**

בניגוד לחוק יחסי ממון, שגם שם חוליית הקישור הוא מקום המושב, אך אין הגדרה לכך, ב**חוק הירושה** יש הגדרה, ב**סעיף 135**, הקובע כי מדובר ב"המקום בו נמצא מרכז חייו...". ברוב המקרים ברור היכן מקום מושבו של האדם נמצא, ואל בתי המשפט מגיעים מקרים גבוליים, כאשר לאדם יש קשרים ליותר ממקום אחד. לדוגמה, מנוח ששהה בחלק מהשנה בארץ וחלק מהשנה בחו"ל, עולה חדש שעלה ארצה לפני שבוע ונפטר, או עולה חדש שנפטר בדרכו ארצה ונפטר.

**מה עושים במקרה של העולה החדש?** פרופ' שילה טוען כי במקרה של עולה, לאור העובדה שהוא קיבל החלטה לקשור את גורלו עם ישראל, זה הדין שצריך להחיל, טענה המתכתבת עם דברי ההסבר של **חוק הירושה**. המרצה מעירה שנכון לתת דגש לרצונו של המת, לאור מטרת **חוק הירושה**. חרף זאת, בית המשפט העליון מסכים יותר עם הגישה שגורסת לגשת למבחן אובייקטיבי הבוחן את מירב הזיקות העובדתיות, לפי **ע"א 587/85 שטרק נ' בירנברג**. המרצה אומרת ההחלטה בנושא היה במסגרת אוביטר, שכן לא משנה באיזה מבחן היו בוחרים, התוצאה הייתה נותרת בעינה.

במשך שנים ארוכות לא היו דיונים בנושא, עד לפני שנה וחצי. ב**עמ"ש 42151-11-19 ש.י.ח נ' א.מ** מדובר במנוח בן 91 שגר בצרפת והוא עלה ארצה ביחד עם אשתו ושלושה חודשים לאחר העלייה הוא נפטר, ולמרבית הצער היה וויכוח לאחר מכן בין אלמנתו לבין בנותיו לגבי מה היה מקום מושבו- האלמנה טענה שמקום מושבו כבר בישראל, בעוד בנותיו טוענות לצרפת. מקום נכסיו היו בצרפת, לאשתו הייתה דירה על שמה בישראל שהיו מגיעים אליה לנופשים ועברו להתגורר בה כשהם עלו ארצה. מדובר היה בדירה מרוהטת, כך שלא היה להם צורך להעביר הרבה חפצים מצרפת. בית המשפט אימץ את הגישה האובייקטיבית של בית המשפט העליון, כאשר הוא מונה זיקות שיש לבחון-

* זיקות פורמליות- המנוח היה אזרח הן של צרפת והן של ישראל;
* המקום בו קיימים רוב נכסי המוריש ומהותם של נכסים אלו- רוב הנכסים של המנוח היו בצרפת;
* קשרים חברתיים ומשפחתיים של המוריש במקום הנדון- המנוח לא יצר קשרים חברתיים משמעותיים בישראל;
* מרכז עסקיו ועבודתו של המנוח- כלל עסקיו של המנוח היו בצרפת;
* משך החיים במקום המגורים הקודם לעומת משך מגוריו הנוכחי- את רוב חייו הוא העביר בצרפת;
* מידת השליטה בשפה ומידת ההיכרות עם המנהגים המקומיים- היה למנוח עברית בסיסית, אך הדגש קיים בצרפת.

ניתוח הזיקות הללו מוביל למסקנה כי מקום מושבו של המנוח היה עדיין בצרפת לאור הזמן הקצר שהעביר בישראל והזיקות המעטות שפיתח אליה. המרצה מעבירה ביקורת על ההחלטה ועל הזיקות שנבחרו, שכן הן מראש הובילו לתוצאה אחת בלבד, ולדעתה לא הגיוני לבצע בחינה של מקום עבודה או קשרים חברתיים לאנשים מבוגרים במיוחד שעלו בשלהי חייהם ארצה. בית המשפט המחוזי דחה ערעור בנושא וטען כי מדובר בקביעה עובדתית וכי אין בכוונת בית המשפט להתערב בעובדות שהתקבלו על ידי בית משפט קמא. בנוסף, בית המשפט דוחה את הטענות על השלכות רוחב של הפסיקה האמורה וטוען כי מדובר בהחלטה שהתקבלה נוכח הנסיבות המסוימות של המקרה.

המרצה מסבירה שבדרך כלל בבחינות יש מקרה משפטי בנושא ירושה, ובמסגרתו אנחנו צריכים לדון ולהעריך מה תהיה הכרעת בית המשפט ועלינו להסביר מה תהיה ברירת הדין לפי התוצאה שאנו חושבים ולהעריך מה תהיה ברירת הדין גם במצב חלופי שדעתנו לא תתקבל על בית המשפט.

**סעיף 137** ל**חוק הירושה** מאמץ גישה אוניברסלית במקום הגישה המפצלת של המשפט המקובל. הרעיון של הגישה האוניברסלית זה בעצם שדין אחד חל על כל הנכסים, לא משנה היכן הם נמצאים. לעומת זאת, במשפט המקובל הגישה היא מפצלת לגבי מקרקעין- המשפט המקובל עושה הבחנה בין ירושת מיטלטלין (מקום מושב) לבין ירושת מקרקעין (מקום הימצאות הנכס), ולכן אם למנוח היו מגרשים בכמה מדינות- על כל מגרש יחול הדין של אותה המדינה.

**מה היתרונות של הגישה האוניברסלית?**

* נותנים מקום בכורה לרצונו של המנוח לקבוע את מושבו במקום מסוים, ואז מחילים את הדין על כלל נכסיו;
* ברמה הפרקטית, פועלים ביצירה יעילה יותר של החלת דין אחד על נכסי המנוח.

**מה החסרונות?**

* הסיכון שהמדינה הזרה לא תכבד את ההחלטה של בית המשפט זר לה ולא תתבצע אכיפה;

**האם כלל ברירת הדין בירושה קוגנטי?**

שאלה זו עלתה ב**בע"מ 594/04 היועץ המשפטי לממשלה- האפוטרופוס הכללי נ' פלוני**. האם המנוח יכול בצוואה, באופן מפורש או מכללא, שהוא רוצה שיחול דין אחר, שלא מהווה את מקום מושבו? מדובר במנוחה, אזרחית ישראלית, אשר התגוררה שנים רבות בהולנד והיא הורישה את רכושה לשתיים מתוך שלוש בנותיה במסגרת צוואה שנרשמה בישראל. כשהיא נפטרה, האפוטרופוס הכללי קובע שמקום מושבה הינו בהולנד וישנו הצורך לברר את הדין ההולנדי, שם ישנה חובה להוריש חלק מהנכסים לילדים- הגבלה של חופש הציווי. לכן, הצוואה כפופה לדין ההולנדי ועל הירושה להתחלק בין שלושת הבנות. המקרה מגיע לבית המשפט המחוזי, שם נקבע כי יש צורך לכבד את הצוואה לאור העיקרון הכללי של חופש הציווי. בערעור לעליון, ההחלטה נהפכה בטענה כי כלל ברירת הדין בירושה הינו קוגנטי וכי המנוחה לא יכלה להתנות על ההוראה.

כלל ברירת הדין בירושה קובע איזה דין יחול על הירושה, ולרוב מדובר בהחלטה יותר קריטית כאשר אין צוואה, כיוון שיכולים להיווצר הבדלים גדולים בין הדינים של המדינות השונות. למשל, יש מדינות שבמקרה שאין צוואה הידוע בציבור יכול לרשת ויש מדינות שאוסרות על כך. במידה ויש צוואה, השאלה שעולה זה איזה דין חל על פרשנות הצוואה וזה לא בהכרח הדין שחל הירושה, מכיוון שעניין הפרשנות צריך לתת את המשקל על הכוונה של המצווה, ולכן אם השאלה היא איך לפרש את הצוואה, זה לא בהכרח ילך לפי הדין שחל על הירושה, אלא לפי מה שנרשם בצוואה.

**חוק הירושה, ה'תשכ"ה-1965:**

**סעיף 138- דין נכסים מסוימים:**

נכסים העוברים בירושה לפי דין מקום הימצאם בלבד, יחול על ירושתם אותו דין.

**סעיף 140- צורת הצוואה:**

1. צוואה כשרה מבחינת צורתה אם היא כשרה לפי הדין הישראל, לפי דין מקום עשייתה, לפי דין מקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל או לפי דין אזרחותו של המצווה בשעת עשייתה או בשעת מותו, ובמידה שהצוואה נוגעת למקרקעין- גם לפי דין מקום הימצאם.
2. לעניין החלתו של דין זר לפי סעיף זה יראו את הכשרות דרושה למצווה או לעדי הצוואה כעניין שבצורה.

**סעיף 142- דין חוץ המפנה אל דין אחר:**

על אף האמור בחוק זה, כשחל הדין של מדינה פלונית ואותו דין מפנה אל דין חוץ, אין נזקקים להפנייה, אלא יחול הדין הפנימי של אותה מדינה; אולם כשהדין של אותה מדינה מפנה אל הדין הישראלי, נזקקים להפנייה ויחול הדין הפנימי הישראלי.

**סעיף 143- דין חוץ שאין נזקקים לו:**

על אף האמור בחוק זה, כשחל דין חוץ, אין נזקקים לו במידה שהוא מפלה מטעמי גזע, דת, מין או לאום או סותר תקנת הציבור בישראל.

**החריגים לכלל החלת דין מקום המושב:**

הכלל די פשוט- מקום מושבו של המנוח. עם זאת, אנו עדים לארבעה חריגים ב**חוק הירושה**:

* **סעיף 138-** נכסים העוברים לפי דין מקום הימצאם בלבד;
* **סעיף 140-** צורת הצוואה;
* **סעיף 142-** דין חוץ המפנה לדין אחר;
* **סעיף 143-** תקנת הציבור וכדומה.

**1. חריג ראשון- צורת הצוואה, לפי סעיף 140:**

חריג זה עוסק בכשרות הצורנית של הצוואה, ולא על התוקף המהותי של הצוואה. לכל מדינה יש כללים לגבי צורת הצוואה הרצויה, מי העדים שצריכים להעיד, אם הצוואה זקוקה לחתימה/אישור מסוים וכו', דבר היוצר הבדלים בין הדרישות הצורניות של המדינות השונות.

**סעיף 140(א)** אינו היה קיים בחוק המקורי, אלא הוא התווסף לאחר הצטרפותה של ישראל לאמנת האג בעניין צוואות מ-1976. ה**סעיף** מונה רשימה של זיקות חלופיות ומרחיב את האפשרות שצוואה תהיה כשרה מבחינה צורנית, ודי בכך שהיא כשרה על פי אחד מהדינים האלו, גם אם היא לא כשרה על פי דין מקום מושבו של המנוח-

1. דין מקום עשייתה;
2. דין מקום מושבו;
3. דין מקום מגוריו הרגיל;
4. דין אזרחותו של המצווה בשעת עשייתה או בשעת מותו;
5. צוואה המתייחסת למקרקעין- לפי דין מקום הימצאם.

ה**סעיף** הזה מזכיר את הרעיון של הכלל לגבי תוקף צורני של חוזים לפי **מקרה מנורה**, שם נקבע כי חוזה יהיה תקף מבחינה צורנית אם על פי הדין החוזה ואם על פי מקום עריכת החוזה; מדובר באותה תבנית, הדורשת קיומה של תבנית של אחת מכמה חלופות. החשיבות העיקרית היא במקרה בה צוואה שנעשית בחו"ל על ידי מישהו שמקום מושבו בחו"ל והיא לא כשרה על פי אותה מערכת דין זרה, אלא על פי אפשרות אחרת. דוגמה לכך ניתנת ב**ע"א 8991/04 ברגות נ' ברגות** שם מדובר במנוחה שמקום מושבה היה בארגנטינה, שם היא חיה והיא הייתה אזרחית מקומית. המנוחה עשתה צוואה בעל פה ועל פי דין ארגנטינה צוואה זו אינה תקפה, אך על פי דין ישראל בתנאים מסוימים צוואה בעל פה היא אכן תקפה והצוואה הוכרזה ככשרה. המרצה מסכמת ואומרת כי לדעתה אחת המטרות המרכזיות של ה**סעיף** זה להכשיר צוואות על פי הדין הישראלי, כאשר הן אינן עומדות בדרישות של הדין הזר.

**סעיף 140(ב)** מרחיב את היקף של **סעיף 140(א)**- הכשרות של המצווה עצמו זה נחשב של עניין של צורה, די בכך שהוא כשיר על פי אחד משמונת הזיקות שציינו קודם. מדובר בעניין מפתיע כיוון שכשרות נתפס כעניין מאוד מהותי. לגבי עדי הצוואה, זה פחות מפתיע כי אכן מדובר בעניין הקשור לצורה, אך כשרות המצווה עצמו מהווה רכיב מעניין ומפתיע. יש לשים לב, שהתיקון לחוק מרוקן בפועל מתוכן את **סעיף 139**, שקובע כי "על הכשרות לצוות יחול דין מושבו של המצווה בשעת עשיית הצוואה", כיוון שהמחוקק ככל הנראה לא שם לב ש**סעיף זה** נבלע בתוך התיקון.

**2. חריג שני- נכסים העוברים לפי דין מקום הימצאם בלבד, לפי סעיף 138:**

נוסח סעיף זה אינו ברור ואכן ישנו הצורך בפרשנות של הפסיקה בכדי להבינו. בית המשפט ב**ע"א 598/85 כהנא נ' כהנא** מסביר את כוונת הסעיף-"במילים אחרות, מדובר בשיטת משפט אשר כלל ברירת הדין שלה לגבי ירושת אותם נכסים מפנה אל הדין הפנימי של אותה שיטת משפט, ואליו בלבד...". נאמר כי צריך לבדוק מה כלל ברירת הדין של מקום שבו נמצא הנכס (מקרקעין בלבד ככל הנראה) ואם למשל יש למנוח דירה באנגליה, כדי לדעת האם החריג יחול לגבי אותה דירה, עלינו לבחון את כלל ברירת הדין באנגליה ולראות אם הוא מאפשר החלת דין אחר על ירושת אותם נכסים, ובמקרה זה התשובה תהיה שלילית, שכן על פי הדין האנגלי על ירושת מקרקעין יחול דין מקום הימצאם, והחריג יחול. כאשר מדובר במקרקעין במדינה שיש לה כלל ברירת דין של מקום הימצאות הנכס (מדינות המשפט המקובל בדרך כלל) יחול הדין של אותה המדינה. **מה הרציונל מאחורי החריג הזה?** כיבוד ריבונות של מדינות זרות ולמנוע מצב שהמדינה הזרה לא תכבד את החלטת בית המשפט הישראלי.

צריך להבין את המגבלות של ה**סעיף הזה** הבאות לידי ביטוי ב**מקרה כהנא** עצמו. במקרה זה מקום מושבו של המנוח היה בישראל והוא הותיר מאחוריו נכסים בצרפת והוא הוריש את כל הרכוש לאשתו השנייה, וילדיו מהנישואין הראשונים טוענים שעל פי דין צרפת מגיע להם חלק משוריין, ועל הנכסים בצרפת יש להחיל את דין צרפת, דבר המחייב לתת להם חלק מהעיזבון ויש להחיל את החריג ב**סעיף 138**. בית המשפט לא מקבל את הטיעון הזה כי לא הייתה הוכחה שכלל ברירת הדין בצרפת מפנה רק לדין צרפת, וככל הנראה כלל ברירת הדין מאפשר להחיל את דין מקום מושבו של המנוח ולכן ניתנה אפשרות להחלת דין אחר, ובמקרה זה- הדין הישראלי. לפיכך, החריג יחול רק במקרה שבו במקום שבו נמצא הנכס יש כלל ברירת דין שקובע שחל דין מקום הימצאות הנכס בלבד.

**3. חריג שלישי- דין חוץ המפנה לדין אחר, לפי סעיף 142:**

דוגמה- מקום מושבה של מנוחה הוא באנגליה, והיא השאירה דירה בישראל. אנו יודעים, לפי **סעיף 137**, שעלינו להחיל את דין מקום מושבה, שזה באנגליה. אך אם אנו מסתכלים על כללי ברירת דין באנגליה, חל על ירושה מקום הימצאות של המקרקעין, כך שאמור לחול דין ישראל. כך, עולה השאלה שכאשר אנו מחילים דין זר, למה אנו מתכוונים. השאלה הזו נשאלה לא רק כלפי ירושה, אך בתחום זה היא מאוד אקוטית. כשאנו אומרים שאנו מחילים את דין אנגליה, למה אנו מתכוונים?

מדובר בשאלה יסודית, וישנן שלוש אפשרויות:

1. החלת רק הדין הפנימי (דיני ירושה) של הדין הזר; או (>החלה של הדין האנגלי בדוגמה)
2. החלת הדין הפנימי כולל כלל ברירת הדין של הזר (הפנייה חלקית); או (>החלה של הדין הישראלי בדוגמה)
3. החלת גם כללי ברירת הדין וגם כללי הפנייה של הדין הזר (הפנייה מלאה). (>החלה אפשרית של הדין האנגלי בשנית)

המחשת האפשרויות בהתאם לדוגמה:

העברה לדין האנגלי עקב מקום מושב

הדין הישראלי

הדין האנגלי

החזרה לדין הישראלי עקב כלל ברירת הדין

הדין הישראלי

החזרה לדין האנגלי עקב כללי הפנייה

החזרה לדין הישראלי לפי הדין האנגלי

הדין האנגלי

הדין הישראלי

החזרה אין-סופית שוב ושוב

הדין האנגלי

מה היה קורה בדוגמה אם היה מדובר במנוחה שמקום מושבה היה באנגליה ויש לה דירה באיטליה. האם נחיל את הדין האנגלי לאור מקום מושבה או שנחיל את הדין האיטלקי עקב מקום הימצאות הנכס, בהתבסס על כללי ברירת הדין האנגליים? ומה יקרה אם נניח לפי הדין האיטלקי יש לבחור בדין לפי האזרחות ומדובר באזרחית צרפתית? ישנם לא מעט תרחישים שיכולים לייצר איזה שהוא תרחיש אינסופי.

כאן לשם שינוי, המחוקק נתן תשובה מאוד ברורה לשאלות הללו. **סעיף 142 רישא** מתייחס לדוגמה השנייה, לאישה שמקום מושבה באנגליה ויש לה דירה באיטליה; כשחל דין אנגליה ודין זה מפנה אל הדין האיטלקי, אין צורך להפנייה. לפיכך, כאשר דין של מדינת מקום מושב מפנה לדין שלישי נבחר באפשרות א'. **סעיף 142 סיפא** מתייחס לדוגמה הראשונה, לאישה שמקום מושבה באנגליה ויש לה דירה בישראל; כשחל דין אנגליה ודין זה מפנה אל הדין הישראלי, נזקקים להפנייה ומחילים את הדין הישראלי. לפיכך, כאשר דין של מדינת מקום מושב מפנה לדין הישראלי נבחר באפשרות ב'. עם זאת, כאן ישנה עצירה ואפשרות ג' לא מתקיימת בשום מקרה.

המחוקק אימץ כאן איזה שהוא איזון- מצד אחד, לא מדובר בפתרון סימטרי כי המחוקק מבצע הבחנה בין הפניה על ידי דין מקום מושב לדין הישראלי לבין הפניה על ידי דין מקום מושב למדינה שלישית אחרת, ומצד שני, מדובר בפתרון ראוי שמביא לאחידות תוצאות ללא קשר למקום הפורום.

ב**ת"ע 914/75 עיזבון כץ נ' קלמן קנט** מדובר במנוח שמקום מושבו היה בניו-יורק והוא היה בעלים של מגרש בישראל. בית המשפט קבע כי לפי **סעיף 137** יש להחיל את דין מדינת ניו-יורק לאור היותה מקום המושב של המנוח. עם זאת, בית המשפט קיבל חוות דעת הקובעת כי דין ניו-יורק מפנה את הדין חזרה לישראל לאור היותה מקום הימצאות המקרקעין, **לפי סעיף 142 סיפא**.

המקרה הקודם היה פשוט, אך יכול להיות צורך לברר שאנו מבינים נכון את הדין הזר. במקרה שהמרצה ייעצה לו, היה מדובר בידועים בציבור שמקום מושבם היה בבלגיה והם רכשו דירה בישראל שהייתה רשומה על שם האישה בלבד. לאחר שהיא נפטרה קם וויכוח בין הידוע בציבור לילדיה, שטענו כי הדירה שייכת לה במלואה ולפי הדין הבלגי אין הכרה בידועים בציבור לטובת ירושה ולכן הם יורשים את מלוא הדירה. הגבר טען כי מבחינת יחסי ממון מגיעים לו מחצית ולפי דיני הירושה בישראל מגיעה לו מחצית מהדירה.

ראשית, **סעיף 137** מקום מושבה של האישה היה בבלגיה. כעת, לפי **סעיף 142** עלינו לברר מה הדין הבלגי קובע בנדון. החוק הבלגי קובע "על ירושת מקרקעין יחול דין המדינה שבשטחה נמצאים המקרקעין. למרות זאת, אם הדין הזר מוביל להחלת דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל של המנוח בזמן מותו, יחול דין מדינה זו". השאלה העולה היא האם הדין הבלגי מפנה לדין הישראלי, לפי **סעיף 142 סיפא**, או לא? תלוי כיצד מבינים את הדין הבלגי- הטענה של הבנים הייתה שצריך לראות את הכלל הזה ככלל ברירת הדין הבלגי, כך שהדין מפנה לדין הזר שמפנה חזרה לדין מקום מגוריו הרגיל- בלגיה. המרצה לא הסכימה עם גישה זו וביקשה חוות דעת לגבי הדין הזר שיסביר את הרציונל מאחורי החוק הבלגי. החוק קובע באותו סעיף שני דברים- כלל ברירת הדין ברישא ולאחר מכן יש הפנייה בסיפא. לפיכך, הטענה של המרצה זה שלפי **סעיף 142 סיפא** אנו מתייחסים רק לכלל ברירת הדין של הדין הזר, ומקיימים רק את הרישא של סעיף החוק הבלגי.

**4. החריג הרביעי- תקנת הציבור וכדומה, לפי סעיף 143:**

ה**סעיף הזה** לכאורה מיותר, כיוון שגם ללא הסעיף קיים קונצנזוס לפיו לא נחיל דין זר הנוגד את תקנת הציבור. אך בכל אופן כאשר המחוקק חוקק את **חוק הירושה** הוא ניסה לחוקק הסדר מקיף לכל האפשרויות העשויות לעלות בעת התעסקות במשפט בינלאומי פרטי, הכולל את תקנת הציבור. לא ברור שתקנת הציבור תקבל ב**חוק זה** פרשנות אחרת מאשר במקומות אחרים. גם כאן הפרשנות היא פרשנות מצמצמת, ואנו רואים זאת ב**בע"מ 594/04 היועמ"ש- האפוטרופוס הכללי נ' פלוני**- "בית המשפט יפסול את אפשרות החלתו של דין זר רק כאשר אין מנוס מהדבר. במקרה דנן, דין מדינת הולנד... אינו סותר את תקנת הציבור החיצונית הישראלית. אין לומר כי מתן תוקף לכללים המשריינים את זכות הירושה של בני משפחה מסוימים 'יהיה פגום ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים' וכי כללים אלה אשר כמוהם מקובלים ברבות ממדינות העולם המערבי, עומדים 'בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראלי'". אנו רואים כאן תפיסה לפיה אם קיימת נורמות מקובלות במדינות מערביות נאורות יהיה לנו קשה להגיד כי הן פוגעים בתקנת הציבור.

דוגמה נוספת לטענת תקנת הציבור שלא התקבלה היה ב**ת"ע 1773/87 עיזבון סקרג'ינסקי ואח'** שם היה מדובר במקרה שמקום המושב של מנוח היה בברית המועצות ולא היו לו ילדים ומי שמגיש את התביעה זו האחיינית שלו, שאמה כבר נפטרה. האחיינית מבקשת לרשת במקום אימא שלה- על פי הדין הישראלי טיעון זה היה מתקבל, אך על פי הדין הסובייטי לא קיימת חליפים של יורש. האחיינית טוענת כי הדין הסובייטי נוגד את תקנת הציבור, אך בית המשפט לא מקבל את הטענה כיוון שעצם העובדה שהדין הסובייטי שונה מהדין הישראלי לא אומר כשלעצמו שהוא נוגד את תקנת הציבור.

**עניינים פרוצדורליים:**

כמו בכל תחום, על דינים פרוצדורליים חל דין הפורום ולא דין מקום המושב. לדוגמה, דיון בדרכי הוכחת צוואה במצב שבו היא הלכה לאיבוד ורוצים לנסות ולהוכיח מה היה תוכנה, ב**ת"ע 4845/99 בן ארי נ' היועמ"ש**. במקרה זה מקום מושבו של המנוח היה במדינה זרה והוחלט כי במקרה שכזה נחיל על דרכי הוכחת הצוואה את דין הפורום ולא את דין מקום המושב.

**יישום הכללים:**

1. חואן, תושב קולומביה, כותב צוואה ובה הוא מוריש את כל הונו ליאצק, תושב פולין ואזרח גרמניה. בין הנכסים של חואן יש דירה בישראל. לאחר מותו של חואן, יאצק מגיש בקשה לקיום צוואה בבית משפט ישראלי. על פי הדין הקולומביאני, על ירושה חל דין מושבו של היורש. איזה דין יחול בית המשפט על התביעה?
2. דין ישראלי.
3. דין קולומביה.
4. דין פולין.
5. דין גרמניה.
6. לפני ארבע שנים, אנה (אז עולה חדשה שהגיעה לישראל כמה חודשים לפני כן מבלגיה) נהרגה בתאונה. השאירה דירות בלונדון, בבלגיה ובישראל ומיטלטלין בבלגיה ובישראל. יש להניח שעל פי דין בלגיה ואנגליה בנה של אנה מנישואיה הקודמים יירש את כל העיזבון, בעוד שעל פי הדין הישראלי ידוע בציבור שלה, פיטר, יירש חלק מהעיזבון. יש גם להניח שעל פי דין אנגליה ובלגיה על ירושת מקרקעין חל דין מקום הימצאם. בנה של אנה מעוניין לדעת איזה דין(ים) יחול/ו על הירושה, אם העניין יידון בבית משפט בישראל?

* תחילה צריך לקבוע את מקום מושבה, לפי **סעיף 137**, לפי מקום מרכז חייה, לפי **סעיף 135** ולהזכיר את הפסיקה שקובע כי מדובר בזיקות אובייקטיביות. ייתכן כי מקום מושבו יהיה בבלגיה, אך אין לנו את הכלים להכריע ולא יידרש מאיתנו להכריע ולהתחיל מהנחה כל שהיא. במידה ומקום מושבה בישראל, אז יחול הדין הישראלי בכפוף לחריגים. החריג הרלוונטי הוא **סעיף 138**- במידה והנכסים נמצאים באנגליה ובבלגיה יחול הדין הזר ועל כל השאר יחול הדין הישראלי. במידה ומקום מושבה בלגיה, אז יחול דין בלגיה בכפוף לחריגים. לפי **סעיף 142** עלינו לברר מה אומר הדין בבלגיה. לפיכך, יחול הדין הבלגי, למעט על הדירות בישראל, שם יחול הדין הישראלי מכוח **סעיף 142 סיפא**, ועל הדירות באנגליה אנו נקבע כי הדין האנגלי לא, לא מכוח **סעיף 142 רישא** אלא מכוח **סעיף 138**.

10.01.21

**הרצאה מס' 12- בעיות מטודולוגיות והכרת פסקי חוץ:**

**א. הבחנה בין פרוצדורה לבין מהות:**

הכלל:

* על ענייני מהות חל דין העניין, כלומר- הדין שאליו מצביע כלל ברירת הדין הרלוונטי.
* על ענייני פרוצדורה-דיוניים חל דין הפורום.

כאשר אנו מנסים להבין איזה דין צריך לחול, עלינו לבצע הבחנה האם מדובר בעניין מהותי או בעניין דיוני, אך לרוב המקרים די ברורים. לדוגמה, שאלה העוסק במה היא רמת האחריות בנזיקין, ברור שמדובר בשאלה מהותית, לעומת שאלות של דיני ראיות או סדרי דין המהווים ענייני פרוצדורה ברורים. לעיתים ישנם מקרים בהם ההבחנה אינה ברורה במיוחד. **על פי איזה דין מבוצע הסיווג?** מקובל שהסיווג, לעניין מהותי או דיוני, נעשה על פי התפיסות של דין הפורום ולא של הדין החל; תיתכן כתוצאה מכך בעייתיות, שכן ייתכן מתקל בין ההחלטות שהיו מתקיימות על פי דין הפורום לבין דין העניין.

יש בעולם **2 גישות** לנושא:

* גישה מרחיבה- פירוש רחב של פרוצדורה על מנת להגביר את השליטה של דין הפורום. קיים לדוגמה באנגליה.
* גישה מצמצמת- לסווג כפרוצדורה רק כללים שהסטייה מהם תהפוך את מלאכת השיפוט כבלתי-אפשרית. לדוגמה, החלה של סדרי דין או דיני ראיות של מדינות זרות.

המצב בישראל אינו ברור במיוחד, עקב היעדר פסיקה רבה בנושא.

הגדרות, על פי המשפט האנגלי:

* פרוצדורה- אופן ההליך שדרכה זכות נאכפת ("המנגנון");
* מהות- הדין שנותן או מגדיר את הזכות ("התוצר").

אנו נדון בשלוש סוגיות מורכבות- שיעור הנזק, התיישנות וסדר עדיפות בין נושים.

**1. שיעור הנזק:**

* **ראשי נזק**- עניין מהותי;
  + מדובר בשאלה האם בכלל אפשר לקבל פיצוי בגין ראש נזק מסוים, לדוגמה כאב וסבל. כאן אין וויכוח וכולם מסכימים כי מדובר בעניין מהותי. דוגמה מהפסיקה- **פסק הדין BOYS.**
* **שיעור הנזק-** לא ברור האם מהותי או דיוני;
  + אין פסיקה חד משמעית בישראל.
  + ב**ע"א 750/79 קלוזנר נ' ברקוביץ'** **השופטת בן-פורת** הייתה סבורה שמדובר בעניין מהותי מאין כמוהו, ולעומת זאת **השופט בייסקי** קובע כי אין סיווג נוקשה והכל תלוי בנסיבות ובהקשר (דעה תמוהה).
  + ב**ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' ג'ון כהן** ראינו את **השופט לוין** מתייחס לפיצויים בגין כאב וסבל וטוען כי מדובר ברכיב עם ערך שרירותי, צריך להיות שוויון בין כל הניזוקים שמגישים תביעות לבתי המשפט בישראל בנושא זה, כך שהמסקנה היא שצריך לסווג זאת כעניין פרוצדורלי, בכדי שבית המשפט יוודא כי אותו דין חל כלפי כולם.
* **"הסדר שלם"-** שיעור הנזק נחשב כעניין מהותי, לפי קביעת הפסיקה, וזאת לאור העובדה שאם ננסה להתייחס בנפרד אנו נפעל באופן מלאכותי ונפצל את ההסדר השלם. מדובר בהסכם הכולל גם את רמת החבות וגם את שיעור הנזק, לדוגמה הפלת"ד במדינת ישראל.
  + ראינו שני דוגמות לכך בפסיקה העוסקת ביהודה ושומרון.
  + ב**ת"א (ת"א) 1269/85 אמסלם נ' לוי** שעסק היה עיסוק בפלת"ד של יהודה ושומרון.
  + **ע"א 1432/03 ינון ייצור ושיווק מוצרי מזון נ' מאג'דה קרעאן** שעסק בדיני עבודה ביהודה ושומרון, שם רואים את **השופט ריבלין** מזכיר את הוויכוח האם שיעור הנזק מהווה נושא דיוני או מהותי, אך אומר כי אין לעסוק במקרה זה בשאלה, כיוון שמדובר בהסדר שלם מהדין הירדני, ולכן ברור שמדובר בעניין מהותי.

**2. התיישנות:**

כאן עולה השאלה האם כלל התיישנות הוא כלל דיוני או כלל מהותי, והתשובה היא שזה תלוי בכלל התיישנות עצמו. ישנם שני סוגים של כללי התיישנות:

* כללי התיישנות שחוסמים את הסעד הנחשבים דיוניים;
  + לדוגמה, **סעיף 2** ל**חוק ההתיישנות** קובע ש"תביעה לקיים זכות כל שהיא נתונה להתיישנות, ואם הוגשה תובענה על תביעה שהתיישנה וטען הנתבע טענת התיישנות, לא יזדקק בית המשפט לתובענה, אך אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה". **סעיף זה** אומר באופן מפורש כי הכלל לא מבטל את הזכות, אלא רק חוסם את הסעד ולכן הוא נחשב לכלל דיוני. מדוע הסיווג חשוב אם התוצאה תהיה אותה תוצאה לבסוף? במקרה של קיזוז, נניח שפלוני חייב כסף לאלמוני וכבר חלה התיישנות על החוב, ולכן פלוני לא יכול להגיש תביעה נגד אלמוני. ונגיד שנוצר חוב של אלמוני לפלוני והוא תובע את החוב- זכותו של פלוני לא נעלמה וכטענת הגנה הוא יכול להעלות את החוב שהתיישן ולדרוש קיזוז, גם אין ביכולתו להגיש תביעה בעצמו. במידה והיינו אומרים שהזכות הופקעה פלוני לא יכול היה להסתמך על הטענה האמורה.
* כללי התיישנות שמפקיעים את הזכות הם מהותיים;
  + לדוגמה **סימן 6** של **התוספת לפקודת הובלת טובין בים** (כפי שתוקן ב**חוק לתיקון פקודת הובלת סחורות בים**) קובע ש"יהיו המוביל וכלי השיט פטורים, בכל מקרה, מאחריות כלשהי לגבי טובין, אלא אם כן הוגשה תביעת לבית המשפט תוך שנה אחת ממועד מסירת הטובין או מן המועד אשר בו אמורים היו להימסר". **חוק זה** קובע שהמוביל וכלי השיט יהיו פטורים, כלומר- הזכות של בעל התובעים תופקע תוך שנה, ולכן מדובר בכלל מהותי.

נמחיש באמצעות טבלה ותרשים את האפשרויות השונות:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בדין הזר החל על העניין** | **בדין הישראלי (דין הפורום)** | **תוצאה** |
| פרוצדורלי | פרוצדורלי | חל דין ישראל |
| מהותי | מהותי | חל דין זר |
| מהותי | פרוצדורלי | חלים שני הדינים |
| פרוצדורלי | מהותי | - |

במקרה הראשון, לפיו שני הדינים קובעים כי מדובר בכלל התיישנות דיוני, אז אנו לא נחיל דינים זרים דיוניים ולכן אנו נחיל את כלל התיישנות הישראלי בנדון. במקרה השני, לפיו שני הדינים קובעים כי כלל ההתיישנות הוא מהותי, אז אני נחיל את דיני ההתיישנות הזרים החלים בנדון. במקרה השלישי, הבעייתי יותר, הוא כאשר הדין זר קובע כי מדובר בכלל התיישנות מהותי בעוד הדין הישראלי מכיר בכלל כדיוני. לכאורה, חלים שני הדינים- גם הדין הישראלי וגם הדין הזר המהותי. מה עושים? כיצד מחילים במקביל את הדינים? נניח שבישראל ההתיישנות היא במשך 7 שנים ובדין הזר, בגרמניה, כלל ההתיישנות הוא במשך 3 שנים והוא מהותי, והתובע מגיש תובע אחרי 5 שנים, משמע- התיישן על פי הדין הגרמני, אך לא על פי הדין הישראלי. מה תהיה התוצאה? במקרה כזה, אם הדין הזר מחיל כלל התיישנות קצר יותר אין סיבה שלא נחיל אותו. במקרה הזה, עקב הדין הזר שמכיר בהתיישנות ככלל מהותי, הזכות כבר לא קיימת, ולכן ההכרה הישראלית בכלל כדיוני, שמונע קבלת סעד, הופך להיות כבר לא רלוונטי.

דוגמה נוספת, נניח שהדין הצרפתי קובע כלל התיישנות מהותי של 10 שנים, בעוד הדין הישראלי קובע כלל התיישנות דיוני של 7 שנים ואדם מגיש תביעה, שרלוונטית לשני הדינים לאחר 8 שנים- מה ההשלכות? הסעד כבר נחסם על ידי הפורום, אך הזכות עודנה קיימת. לכן, במקרה והצד השני יגיש תביעה ניתן יהיה לקיים קיזוז עם הזכות הקיימת (עד חלוף העשר שנים). בנוסף, ניתנת האפשרות להגיש תביעה בצרפת, כמובן בהנחה שתהיה סמכות לערכאת השיפוט הצרפתית.

מה קורה במקרה הרביעי, בו בדין הישראלי כלל ההתיישנות במקרה נתפס כדיוני בעוד בדין הזר כלל ההתיישנות נתפס כדיוני? לכאורה, אף דין לא חל. מצד אחד, דין ישראלי לא צריך להיות חל בעניין, ומהצד השני, הכלל הזר הוא דיוני ואנו לא נחיל כללים דיוניים זרים בישראל. מדובר בבעיה תיאורטית גרידא, כיוון שכלל ההתיישנות הדיוני תמיד יחול בישראל, ולאחר שבע שנים הסעד ייחסם ולא תינתן אפשרות להגיש תביעה.

סיווג כלל ההתיישנות הזר

הכלל הזר לא רלוונטי

יחול כלל ההתיישנות

הדיוני הישראלי

אורך תקופת ההתיישנות בדין הזר בהשוואה לכלל ההתיישנות הדיוני הישראלי

הזכות תפקע לאחר תקופת ההתיישנות הזרה

הסעד ייחסם לאחר תקופת ההתיישנות הישראלית והזכות תפקע לאחר תקופת ההתיישנות הזרה

דיוני מהותי

קצרה ארוכה

בנוגע להתיישנות, ישנה אפשרות נוספת- **הסדר שלם**. ב**ע"א 6860/01 עבדאל רחמן מוסא חמאה נ' המאגר הישראלי לביטוח** שם מדובר על תאונת דרכים בחבל עזה, טרם ההתנתקות. על פי הצו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים של חבל עזה (שתפקד בתור הפלת"ד של חבל עזה) נמשך כשנתיים, וזאת לעומת החוק הישראלי הקובע תקופה של 7 שנים. התביעה הזו הוגשה לאחר מעלה משנתיים והתובע טוען שההתיישנות במקרה שלו הינו עניין דיוני ולכן על עניין ההתיישנות יש להחיל את דין הפורום, קרי הישראלי הקובע תקופה של 7 שנים. בית המשפט אומר שהצו של המושל הינו הסדר שלם "המכיל הוראות דין מהותי והוראות נלוות המסדירות מימוש הזכויות המהותיות". כיוון שמדובר בהסדר שלם, אז צריך לסווג את כלל ההתיישנות הכלול ככלל מהותי. יש ליישם את ההסדר השלם "כמקשה אחת ולא לשיעורין".

**3. סדר עדיפות בין נושים- קיום שיעבוד ימי**:

מדובר בסיטואציה לא מאוד נפוצה, אך יש פסיקה של בית המשפט העליון בנושא. הנושא הזה עלה ב**ע"א 352/87 גריפין קורפוריישן נ' כור בע"מ ואח'** שם היה מדובר במקרה של אונייה שנתפסה בישראל והתקיימה אודותיה תחרות בין נושים. כאשר אונייה נכנסת למדינה מסוימת, לאותה המדינה יש סמכות לדון בתביעות כלפיי אותה המדינה. ככל הנראה בעל האונייה לא יכל לשלם את חובותיו, ולכן נוצר מצב בו ישנו הצורך למכור את האונייה ולחלק את הכספים המתקבלים בין הנושים. חרף זאת, לרוב התקבולים הללו אינם מספיקים בכדי לשלם לכל הנושים ולכן ישנו הצורך לייצר תיעדוף בין הנושים השונים. במקרה זה היו שני נושים רלוונטיים לעניין:

* נושה א' שנתן הלוואה מובטחת במשכנתא;
* נושה ב' שלא קיבל תשלום עבור שירותים שסיפק לאונייה והוא טוען שבעקבות כך צמח לו שיעבוד ימי.

הרעיון של שיעבוד ימי מעוגן במשפט הבינלאומי ואומר שמי שסיפק שירותים לאונייה ולא קיבל תשלום מתגבש לו שיעבוד ימי, והוא לא רק נושה רגיל והוא מקבל עדיפות על נושה רגיל. הבעיה היא שהנסיבות שבהן צומח שיעבוד ימי יכול להשתנות ממדינה למדינה. כאן יש תחרות ועולות שתי שאלות- איזה דין קובע האם בנסיבות האלו קיים שיעבוד ימי? האם השאלה של קיום שיעבוד ימי הינה עניין מהותי או דיוני? במידה ומדובר בעניין מהותי, הדין הזר יקבע אם צמח שיעבוד ימי. הרוב בפסק הדין, **השופטים שמגר וברק** קבעו שמדובר בעניין מהותי ונימקו בכך שמדובר באינטרס הסתמכות של הנושים- הנושים היו צריכים לדעת מראש בכדי לדעת אם יהיה להם בכלל שיעבוד ימי; במידה והיה מדובר בעניין דיוני-פרוצדורלי, אז היה נוצר חוסר וודאות והם לא היו יכולים לדעת מראש. בנוסף, מדובר בתוצר, לפי ההגדרות האנגליות שהזכרנו קודם.

איזה דין חל על השיעבוד? על פי איזה דין נקבע אם קיים שיעבוד ימי או לא? עלינו לשאול את עצמנו על איזה כלל ברירת דין מדובר- בפסק הדין ישנו דיון בין קניין לבין חוזים, אך לא ניתנת תשובה ברורה בנושא. בסופו של דבר, אף אחד מהצדדים להליך לא הוכיח את הדין הזר והוחלט להכריז על חזקת שוויון בין הדינים. באוביטר ישנה אמירה כי הנטייה גוברת לכיוון החוזים, והמרצה חושבת שיש בכך היגיון, עקב אינטרס ההסתמכות של הנושים המסתמך על הבטחות והתחייבויות חוזיות. במידה והיה נבחר קניין- מה היה כלל ברירת הדין? מדובר בהעברה פרטיקולרית של נכס מוחשי והכלל הוא מקום הימצאות הנכס בעת יצירת הזכות. הרוב קבעו כי מדובר בשאלה מהותית הנוגעת לזכות עצמה. **השופטת נתניהו** אומרת בדעת מיעוט כי מדובר בעניין דיוני- היא מחליטה מה התוצאה הראויה ומשם היא גוזרת את הכלל.

**כיצד אנו קובעים את סדר העדיפות בין נושים מתחרים?** האם מדובר בעניין מהותי או דיוני? האם זה נוגע ל'מנגנון' או ל'תוצר'? ישנן חילוקי דעות בין השופטים בנושא זה. **השופטים נתניהו ושמגר** גורסים שמדובר בעניין דיוני, ומנמקים זאת באמצעות שני טיעונים- הראשון, פרגמטיזם- יש לנו שני שיעבודים ועל כל אחד מהם חל דין שונה, ולכן אם נכיר בכך שמדובר בעניין מהותי, כיצד נכריע בין הדינים השונים? אי אפשר להחיל כמה הסדרים בעת ובעונה אחת, חובה לבחור אחת, ולכן פרגמטית חובה לבחור בדין אחד. השני, מבחינת עיקרון הם חושבים שהעניין הזה יותר קשור למנגנון ולאופן חלוקת העוגה. **השופט ברק**, בדעת מיעוט, לא מסכים וטוען כי באופן עקרוני מדובר בשאלה מהותית הקובעת את אופי הזכות. אך, גם **ברק** מבין שמדובר בבעיה פרגמטית- אולם, למעשה, אם אין סיבה להעדיף דין העניין החל על שיעבוד אחד על פני דין העניין החל על שיעבוד שני, ואין מכנה משותף ביניהם, צריך לבחור בדין אחד "וטבעי הוא לראות בדין הפורום את הדין האחד הזה".

**ב. סיווג הקטגוריה המשפטית:**

כבר דיברנו על כך, שכדי לתת אין זה דין חל עלינו לסווג את המקרה לקטגוריה בכדי לדעת איזה כלל ברירת דין רלוונטי למקרה. למשל, ב**מקרה גריפין** האם השאלה של קיום שיעבוד ימי נמצא בתחום של קניין או חוזים? דנו בכך קודם. הפתרון המקובל הינו לבצע את האפיון על פי התפיסות הפנימיות של דין הפורום, אחרת אנו נמשיך להיתקל במעגל ללא מוצא. מדובר בגישה הרבה יותר פרקטית. חרף זאת, אין מדובר בשיטה ללא חסרונות- עידוד FORUM SHOPPING, סילוף הדין הזר (סוגיה שהייתה מתקבלת לדוגמה בדין הפורום כסוגיה חוזית, בעוד בדין הזר הייתה נתפסת כנזיקית למשל) ועילה לא מוכרת בדין הפורום.

**ג. הוכחת דין זר:**

אנו יודעים כדין זר נחשב כעניין של עובדה ולא כעניין של דין ולכן זה לא בתוך הידיעה השיפוטית, וישנו הצורך להוכיח את הדין. את הדין ניתן להוכיח רק על ידי מומחים בדין הזר. כאשר יש חוות דעת סותרות, על השופט להחליט איזה חוות דעת מסתברת יותר.

ב**ת"א 2301-03-16 מטיאס קוהרי נ' רינת ברני** מדובר במנוח אוסטרי שנפטר ללא צוואה והיו לה שתי בנות דודות שהתגוררו בישראל והן קיבלו לידן את כל העיזבון. לאחר מכן, צץ בן דוד גרמני נוסף ודרש חלק מן העיזבון והוא מגיש תביעה בישראל נגד שתי היורשות, שכן ככל הנראה לא הייתה אפשרות מעשית לבצע את התביעה באוסטריה. **השופט שוחט** קבע שלא מדובר בעניין של ירושה, אלא בקשה לסעד של שיפוי מהיורשות. הדין שחל על פי בית המשפט היה הדין האוסטרי והיה צריך להביא חוות דעת על פי הדין האוסטרי ושני הצדדים הביאו חוות דעת סותרות. **השופט** בחן את שתי חוות הדעת בצורה מאוד יסודית ולבסוף הוא בוחר להעדיף את חוות הדעת של התובע, לאור אסמכתאות, וזאת לאחר שבחקירה הנגדית נותן חוות הדעת של הנתבעות לא הצליח לענות ולהסביר מדוע הסימוכין של התובע לא מחזקים את טענתו.

שאלה זו עלתה גם ב**בע"מ 861/17 פלוני נ' פלונית** שם היה מדובר בצוואה של המנוחה שהיא תושבת ונצואלה והייתה מחלוקת בין בנה ובין האחיות שלו. הבן טען שהוא לא קיבל מספיק מהעיזבון, כיוון שלטענתו על פי דין ונצואלה יש לשריין לכל אחד מהילדים ערך מסוים בתוך העיזבון. מנגד, האחיות טענו שעל פי דין ונצואלה כלל הזכות המשוריינת חל רק על נכסים שנמצאים בוונצואלה, ועל פי החישוב הזה הוא קיבל נתח מספק. כך, אנו רואים וויכוח על הדין של וונצואלה- האם הזכות המשוריינת חלה על כל הנכסים או רק על הנכסים בוונצואלה. שני הצדדים הביאו חוות דעת סותרות. בית המשפט לענייני משפחה בהתחלה אמר כי הוא לא יכול להכריע בין המומחים, אך לאחר מכן הוא אומר שהוא מקבל את עמדתו של המבקש כיוון שהמומחה מטעם המשיבות לא עיגן את הפרשנות בראיות מוצקות- היעדר אסמכתאות, ולכן בסופו של יום עמדת התובע התקבלה, שהדין חל על כל הנכסים. בערעור למחוזי, הערעור התקבל ונאמר כי משפסק בית המשפט שאין להכריע בין חוות הדעת לא היה מקום לקבל את התובענה, כיוון שנטל ההוכחה חל על המבקש. לא ברור למרצה מדוע בית המשפט המחוזי לא התייחס לנימוק השני של בית המשפט לענייני משפחה. בערעור לעליון נקבע כי הוא לא התערב בהחלטה עובדתית של ערכאה נמוכה יותר, אך מציין כי בית המשפט לא רשאי להגיד שאין ביכולתו להכריע- חובה עליו להכריע. לפיכך, במידה והמבקש לא הביא חוות דעת אשר משכנעת את בית המשפט מעבר לחוות הדעת השנייה, משמע שהוא לא עמד בנטל ההוכחה ודין התובענה להידחות במקרים כאלו.

**חזקת שוויון בין הדינים:**

מה קורה כאשר חל דין זר, אך אף אחד מהצדדים לא מנסה להוכיח אותו? או שיש עד מומחה, אך בית המשפט לא מתרשם מעדותו? בפסיקה עושים הבחנה בין שני סוגי תביעות:

1. תביעה העוסקת ב**זכויות צפות**- זכויות שנובעות מענייני חיובים (בעיקר תביעות נזיקין וחוזים). במצב זה, אם אין הוכחה מספקת של הדין הזר, תופעל חזקת שוויון בין הדינים- הדין הזר זהה לדין הישראלי.

* **רע"א 2903/96 מסיקה נ' דולנס**- נקבעו שחל דין סלובניה, מקום ביצוע העוולה, אך העד המומחה בדין הסלובני כתב תצהיר שעל פי דין סלובניה אין אחריות. העד המומחה אינו הגיע לחקירה הנגדית ומחקו את העדות מהתיק, וזה נחשב למצב שלא הביאו הוכחה של הדין הזר, ובית המשפט הפעיל את החזקה, למרות שברור שמדובר היה בפיקציה כי ידעו בבירור שאמור לחול הדין הזר.
* **ע"א 352/87 גריפין קורפוריישן נ' כור בע"מ ואח'**- אחרי כל ההתדיינות הארוכה, נקבע שלא הייתה הוכחה של הדין הזר, ובית המשפט העליון אמר שאין לבזבז זמן על החזרה לערכאה הראשונה ולכן הוא הפעיל את חזקת השוויון בין הדינים.

1. תביעה העוסקת ב**זכויות מעוגנות**- כאשר מדובר בזכויות מעוגנות במערכת משפט מסוימת, בעיקר ענייני סטטוס וקניין, לא יפעילו את החזקה ואם לא תהיה הוכחה מספקת של הדין הזר, התביעה תידחה.

הרציונל הוא שלגבי זכויות צפות, הצדדים יכולים להחליט ביניהם איזה דין יחול, ולכן אם לא הוכח הדין הזר, אז זה ייתפס כמו הסכמה מכללא לדין הפורום. אך בזכויות מעוגנות, המהווים עניינים לא קוגנטיים, הצדדים לא יכולים להחליט שדין אחר יחול ולכן לא תהיה ברירה אלא להחיל רק את הדין הזר, ואם הוא לא הוכח- בית המשפט לא יקבל את התביעה.

**האם חזקת שוויון בין הדינים חלה על יחסי ממון בין בני זוג? האם יחסי ממון מהווים זכויות צפות או זכויות מעוגנות?**

* **דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי**- בני זוג מאיראן שהיו נשואים במשך 40 שנים, עלו לארץ והם רכשו חנות טרם העלייה. זמן קצר לאחר שעלו התמוטטו הנישואין ועלתה השאלה איזה דין יחול על יחסי הממון ביניהם. לא היה מומחה שהביא עדות משכנעת מספיק לגבי הדין האיראני. בבית המשפט המחוזי, השופטת קבעה שחל דין ישראל ואחד מנימוקיה היה לכך שחלה חזקת השוויון. בערעור הראשון לעליון נקבע על ידי הרוב שחל דין איראן ושלא ניתן להפעיל את החזקה ולהשוות בין הדינים כי מדובר בזכויות מעוגנות, ולכן תביעתה של האישה נדחתה לאחר שביקשה מחצית מהחנות למרות שהיא רשומה על שם הבעל. בדיון נוסף שהתקיים היות מספר דעות:
  + **ברק (דעת הרוב)-** לא מתייחס לסוגיה, אלא לכך שיש הסכם מכללא לאור כך שהם עולים שהגיעו לארץ ולכן יש לדון לפי הדין הישראלי;
  + **חשין-** מדובר בזכויות צפות ולכן כן ניתן להחיל את חזקת השוויון בין הדינים;
  + **גולדברג-** גם כן דיבר על הסכם מכללא, אם כי באופן צר יותר משל ברק. הוא בכל זאת מתייחס לעניין החזקה והוא מביא חידוש די מהפכני בעניין- גם אם מדובר בזכויות צפות לא מפעילים את חזקת השוויון בין הדינים בכל מקרה, אלא רק כשקיים בסיס סביר להנחה שבאמת יש דמיון בין הדינים. ואילו בעניין איראן, כשיש הבדלים מהותיים בין המדינות- אין בסיס להניח הנחה כזו, וזאת לעומת מדינה מערבית נניח, במיוחד אם מדובר במדינת משפט מקובל.
* בספרות ישנה מחלוקת בעניין דעתו של **גולדברג**. על פי **פרופ' שאווה** החזקה הזו היא פיקציה ולכן אין צורך באמת לבדוק האם יש דמיון בין המדינות.
* **ע"א 7687/04 ששון נ' ששון**- התשובה לעניין החלת החזקה ביחסי ממון אינה ברורה- "בהיעדר טיעון והוכחה של הדין ההולנדי, מתעוררת השאלה מהו הדין לפיו יוכרע הערעור בפנינו. בשאלה זו תיתכנה גישות שונות. לפי גישה המסייגת במידה רבה את תחולתה של דוקטרינת שוויון הדינים, עשוי ערעורו של המערער להידחות על הסף מאחר והוא נמנע מלהוכיח את הדין הזר שלטענתו חל על העניין... לפי גישה אחרת, בהיעדר טיעון והוכחה של הדין הזר יש להחיל את דין הפורום המקומי והוא הדין הישראלי, זאת נוכח סיווג האפשרי של יחסי ממון בין בני זוג כזכויות צפות". לפיכך, השאלה נשארת פתוחה ולא נקבע אם זכויות ביחסי ממון הן זכויות צפות. לדעת המרצה, יש עניין להניח שיחסי ממון הם זכויות צפות, כיוון שהצדדים כן יכולים לבחור את הדין שיחול לגביהם ולא מדובר בזכויות סטטיות.

**יישום הכללים:**

1. מה נקבע בדעת הרוב בפסק הדין גריפין?

* שאלת קיום שיעבוד היא שאלה של מהות ושאלת עדיפות בין נושים היא שאלה של פרוצדורה.

1. ביום האחרון לטיול, כאשר התיירים היו ברומניה, צביקה שפך בשגגה מים רותחים על גדי. גדי סבל מכוויות חמורות ואושפז בבית החולים ברומניה למשך חודש עד שמצבו אפשר חזרה ארצה. לאחרונה גדי הגישה כנגד צביקה תביעה עקב האירוע. יש להניח שעל פי דין רומניה תקופת ההתיישנות הינה 3 שנים ושהפיצוי שניתן ברומניה בגין כאב וסבל הינו נמוך מאוד. בתביעה זו, איזה דין יחול על ההתיישנות ועל שיעור הפיצוי בגין כאב וסבל?

* אין תשובות ברורות, אך יש להעלות את הסוגיות האפשרויות:
  + האם בדין רומניה כלל התיישנות רק חוסם את הסעד או מפקיע את הזכות? אם זה רק חוסם את הסעד, זה כלל דיוני ואנו לא נחיל כללי התיישנות פרוצדורליים זרים. אך אם מדובר בכלל מהותי שמפקיע את הזכות, כן נחיל אותו, בהנחה שדין רומניה חל העוולה- מקום ביצוע העוולה) ובמידה ועברו יותר משלוש שנים התביעה לא תתאפשר.
  + אין תשובה חד משמעית אם שיעור הנזק מהווה עניין מהותי או דיוני, ויש דעות שונות בעניין. ב**מקרה קלאוזנר** **השופטת בן פורת** קובעת כי מדובר בעניין מהותי, ויש להזכיר גם את **השופט לוין** שמזכיר את עניין הכאב וסבל. בנוסף, בכדי שיהיה שוויון בין המתדיינים בישראל יש צורך בהכרה בסוגייה כפרוצדורלית.

**קליטת פסקי חוץ- הכרה ואכיפה:**

**מדוע אנו מוכנים לקלוט ולתת תוקף לפסקי דין זרים?** אכיפה או הכרה של פסק דין זר מהווה ויתור מסוים בסמכויות הריבון, ולכן זה לא ברור מאליו לעשות מהלך שכזה, בו הדיון לא מתקיים בארץ אלא ניתנת הכרה לדיון שנעשה מחוץ לישראל. הסיבות לקליטה הזו מסתמכת על שתי תיאוריות:

1. **תיאוריות החיוב**- פסק הדין הזר יוצר זכויות ואנו נותנים תוקף לזכויות הללו בדיוק כפי שמכירים זכויות אחרות שנוצרו על פי הדין הזר. אם יש חוזה על פי הדין הזר לדוגמה, אנו נותנים תוקף לחוזה, ובהתאמה אנו נותנים תוקף לפסק הדין הזר שיוצר זכויות גם כן.
2. **תיאוריית הנימוסים הבינלאומיים**- אינטרס של הריבון על מנת להקל על ניהולם של יחסים בינלאומיים מסחריים ואישיים. הרעיון של הדדיות- שיהיה כיבוד הדדי גם של פסקי הדין שלנו, ובנוסף לאפשר את ההתנהלות הבינלאומית של יחסים מסחריים ואישיים על ידי הכרה של המדינה ואפשור קיום מערכות היחסים הללו.

האם עניין ההדדיות יכול להוות תיאוריה בפני עצמה? האם עלינו להכיר לדוגמה בפסקי דין של מדינות זרות שאינן מכירות בסמכות פסקי הדין שלנו? יש פה מעגל בלתי מסתיים אשר ייעצר כאשר אחת המדינות תבצע הכרה.

**מה ההבדל בין אכיפה לבין הכרה?**

התשובה נשענת ותלוי בכמה דברים:

* סוג פסק הדין-
  + אכיפה תתבצע רק כאשר מוטל חיוב אישי במסגרת פסק הדין;
  + לעומת זאת, הכרה תתבצע רק כאשר פסק הדין הוא הצהרתי וקובע סטטוס, אך אינו דורש בפועל לבצע איזה שהיא פעולה.
* סוג השימוש בפסק הדין-
  + אכיפה תמיד נועדת על מנת להוציא את ההחלטה לפועל;
  + לעומת זאת, בהכרה יכול להיות שני שימושים- האחד, הצהרה והכרה במעמד/סטטוס כל שהוא. בנוסף, יכול להיות הכרה אגב דיון, וזאת כאשר הכרה מתחייבת על מנת לקבל החלטה בעניין עיקרי אחר. לסיום, ישנה גם אפשרות להכיר בפסק הדין הזר בכדי לבסס טיעון של מעשה בית דין. זה המצב כשהייתה התדיינות בחו"ל והתובע נכשל. עם זאת, הוא לא מתייאש ומגיש תביעה גם בישראל בעוד הנתבע טוען למעשה בית דין. טיעון שכזה יכול להתקבל רק אם אנו מכירים בפסק הדין הזר.

**אכיפה לאחר חוק אכיפת פסקי חוץ:**

טרם חקיקת חוק זה, כל ההתנהלות בנוגע לאכיפת והכרת פסקי חוץ נעשתה על פי ההלכות של המשפט המקובל. **סעיף 2** ל**חוק** קובע כי "לא ייאכף בישראל פסק חוץ אלא לפי חוק זה". לכאורה, זה מנסה ליצור מסלול ייחודי לפעולה זו. עם זאת, באופן מפתיע, בית המשפט פסק כי עדיין ניתן לתבוע על יסוד פסק החוץ בהליך של תביעה עצמאית שעילתה היא הפסק הזר. כלומר, לא מכנים זאת באכיפה, אך מדובר בפועל באותו דבר- מגישים בבית המשפט תביעה על בסיס פסק החוץ. אמרה זו הוצאה ב**ע"א 423/63 רוזנבאום נ' גולי**, שם נקבע כי התנאים לאכיפה האם אלה של המשפט המקובל. מקרה נוסף, שהיה לא מזמן, ב**ע"א 55611-01-13 לבדקין נ' לבדקין** שם היה מוכנים לקבל תביעה על יסוד פסק חוץ למרות שלא התקיימו התנאים המעוגנים בחוק האכיפה. יש מעט מאוד מקרים שבהם לא מתקיימים של החוק ומתקיימים התנאים של המשפט המקובל, ובפועל מדובר במקרים מאוד חריגים, שבו המבקש יעדיף לתבוע על בסיס פסק החוץ, שכן הרבה יותר קל להגיש תביעה על פי החוק, ולכן רק במקרים בודדים שבהם לא מתקיים כל התנאים של המסלול בחוק, אך מתקיימים תנאי המשפט המקובל תוגש תביעה שכזו.

**בין הכרה ישירה לבין הכרה אגבית:**

**סעיף 11** ל**חוק אכיפת פסקי חוץ** עוסק בהכרה ומבצע הבחנה בין הכרה ישירה לבין הכרה אגבית, ומדובר בהבחנה קריטית, שכן התנאים להכרה אגבית די גמישים בעוד התנאים להכרה ישירה מאוד נוקשים. הכרה ישירה היא שפסק החוץ מהווה את עיקר עילת התביעה. פסק הדין המנחה בנושא זה הוא **ע"א 970/93 היועמ"ש נ' אגם** שם מדובר במקרה של צו ירושה בארצות הברית. גב' אגם היא אלמנה ומתגוררת בארצות הברית והיא קיבלה צו ירושה. לבעלה המנוח היו נכסים בישראל ובכדי לקבל את הנכסים היא צריכה להעביר את הבעלות אליה ולכן היא הגישה בקשה לבית המשפט בישראל שיכיר בפסק הדין האמריקאי. בית המשפט קובע שהאלמנה מבקשת הצהרה אז נדרשת הכרה ישירה, אך הייתה הערת אגב של **השופט גולדברג** באוביטר שבמידה והיא הייתה מתייחסת לתביעה כקניינית בתביעה לנכסים מסוימים, אז ההכרה הייתה מתבצעת בצורה אגבית.

הכרה אגבית מתקיימת כאשר פסק החוץ עולה אגב דיון בנושא אחר. פסק הדין המהווה דוגמה לכך הוא **ע"א 1227/97 סלעית האדומים נ' אברהים** שם מדובר בתביעה לגרש פולשים שבעצם המבקש היה אברהים אשר ביקש לסלק את סלעית האדומים כפולשים. הוא טוען כי הקרקע הייתה שלו מכוח פסק דין ירושה של בית הדין השרעי ביהודה ושומרון. עלתה השאלה האם צריך להכיר בפסק הדין הירושה מיהודה ושומרון. בית המשפט קבע כי מדובר בהכרה אגבית, כיוון שהעניין העיקרי הוא לגרש את הפולשים וההכרה נדרשת כעניין אגבי לביסוס זכותו.

ב**בש"א 9145/08 עו"ד ל.ר נ' האפוטרופוס הכללי** היה מדובר בעורך דין שהיה מנהל עיזבון של מנוחה שמקום מושבה היה בישראל. אחת מהיורשות על פי הצוואה של אותה מנוחה הייתה אחותה שגרה באורוגואי. עם זאת, טרם שמנהל העיזבון חילק את הירושה אותה האחות נפטרה והוצא יחסית בזריזות פסק דין מקומי הקובע מי יורשיה. עורך הדין רוצה לחלק את העיזבון ורצה לתת את חלק האחות אל יורשיה על פי צו הירושה באורוגואי. כך אנו רואים הכרה אגבית נוספת, כיוון שהעניין העיקרי הוא צו הירושה הישראלי, אך בכדי להשלים את החלוקה נדרשת הכרה אגבית בפסק הירושה הזר.

ב**ע"א 1297/11 לוין נ' זהר** היה מדובר בצו פשיטת רגל של בית המשפט באנגליה. התביעה הזו התייחסה לדירה באילת ומי שרכש את הדירה היה החייב שפשט את הרגל. הפושט לא רשם את הדירה על שמו אלא על שם הוריו, וכעת כונס הנכסים הגיש בקשה לפסול את הענקת המתנה להורים על סמך צו פשיטת הרגל הזר. עולה השאלה האם אנו מכירים בצו פשיטת הרגל מאנגליה? **השופט הנדל** קובע שמדובר בהכרה ישירה, כיוון שאם במקרה הזה לא היה צו פשיטת רגל זר לא היה בכלל סמכות לדון בשאלה של פסילת ההענקה- השאלה העיקרית לא ניתנת לדיון לולא הכרה בפסק הדין הזר, ולכן מדובר בהכרה ישירה, כיוון שזה הצעד הראשון.

ב**רע"א 9296/16 ROSENBERG נ' יד ושם** היה מדובר בתביעה קניינית על ידי גב' רוזנברג בעניין מזוודה של אוסקר שינדלר שנמצאת ביד ושם. הגברת טוענת כי מדובר ברכוש שלה כיוון שאמילי שינדלר, אלמנתו, נתנה לה את זה במתנה לאחר שאלמנתו קיבלה את המזוודה על סמך ירושה. הגברת מסתמכת על צו ירושה גרמני בנושא. עולה השאלה האם הכרה בצו ירושה גרמני מהווה הכרה ישירה או הכרה אגבית? על פי הערת אגב של **השופט גולדברג** ב**מקרה סלעית אדומים** היינו צריכים להניח שמדובר בהכרה אגבית שכן התביעה במהותה היא תביעה קניינית, ולצורך ההוכחה של הזכאות ישנו שימוש בצו ירושה גרמני. עם זאת, בית המשפט קובע שלא מדובר בהכרה אגבית אלא ב"הכרה ישירה בתחפושת" שכיוון שהכרעה בפסק הדין הזר היא השאלה המרכזית אשר הובאה להכרעת בית המשפט. ללא צו ירושה לא הייתה יכולה התובעת לבסס את התביעה.

עולה השאלה- **האם ההבחנה ברורה?** מה ההבדל בין **מקרה סלעית אדומים** לבין **מקרה יד ושם**? באחד נקבע כי ההכרה הייתה אגבית ובאחד הייתה הכרה ישירה. המרצה לא משוכנעת שישנה הבחנה ושבשני המקרים ללא צו הירושה לא הייתה עילת תביעה. עם זאת, בית המשפט מבצע הבחנה בין שני המקרים כאשר הוא דן ב**פרשת יד ושם**. ב**בג"צ 6569/11 טבק-אבירם** מגיעים זוג גברים לאחר הליך פונדקאות עם פסק דין אמריקאי שמצהיר ששני הגברים הם אבות של התינוק שנולד בהליך לצורך רישום הורים במרשם האוכלוסין. הרוב במקרה הזה טענו שאין עניין של הכרה, אלא מדובר בתעודת ציבורית. **השופט מלצר** אומר שיש להכיר בפסק הדין באופן אגבי, שכן השאלה המרכזית היא עניין הרישום. המרצה חושבת שהעניין העיקרי הוא פסק הדין האמריקאי שבלעדיו לא היה בסיס לזכות לרישום.

אנו נראה שכאשר מדובר בהכרה אגבית, לפי **סעיף 11** ל**חוק**, לבית המשפט יש שיקול דעת רחב, מן הדין ומן הצדק, והוא יכול בקלות להכיר בכל פסק דין זר באופן אגבי. לעומת זאת, אם מדובר בהכרה ישירה, לפי **סעיף 11(א)**, זו תתאפשר רק אם יש אמנה עם המדינה שנתנה את פסק הדין הזר. למדינת ישראל יש אמנות רק 4 מדינות. לכן, הכרה אגבית יכולה להתאפשר בצורה מאוד קלה, אך כאשר אנו פונים להכרה ישירה, עלינו לפעול על פי האמנות. יש לציין כי בתוך האמנות ישנן הגדרות והחרגות למיניהן. לדוגמה, באמנה שקיימת בין ישראל לבין אנגליה ישנה החרגה לצווי פשיטת רגל, ולכן אין אפשרות לבצע הכרה ישירה. יש למדינת ישראל גם אמנה עם גרמניה, שכן אמנה זו מחריגה ענייני ירושה.

17.01.21

**הרצאה מס' 13- המשך הדיון בהכרה של פסקי חוץ:**

**הסדר החוק בעניין הכרה אגבית:**

**סעיף 11(ב)** **לחוק אכיפת פסקי חוץ** מעגן את ההכרה האגבית בפסקי חוץ. בגרסה המקורית של החוק **סעיף קטן (א)** לא היה קיים והייתה התייחסות רק להכרה אגבית. **סעיף קטן (ב)** קובע כי "אגב דיון בעניין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו עניין, רשאי בית משפט או בית דין בישראל להכיר בפסק-חוץ, אף אם סעיף קטן (א) אינו חל עליו, אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן". לפיכך, במידה ומה שמתבקש זה הכרה אגבית, אז המבחן הוא מאוד גמיש ולבית המשפט יש שיקול דעת רחב להחלטה, שכן החוק לא נותן הנחיות על פי איזה קריטריונים לקבוע, אלא רק קובע "מן הדין ומן הצדק".

בתחילת הדרך נקבע בפסיקה כי ישנה לקונה ויש להשלימה באמצעות המשפט המקובל (נקבע טרם **חוק יסודות המשפט**). הקריטריונים העיקריים של המשפט המקובל זה שפסק הדין ניתן בסמכות ושהוא לא נוגד את העיקרון של ההליך ההוגן- לפי **ע"א 499/79 בן דיין נ' א.ד.אס**. בשלב מאוחר יותר, נאמר כי צריך להתייחס להגנות לאכיפה, לפי **סעיף 6** ל**חוק**, המעגן כמה עילות הגנה כנגד אכיפה- מקרים בהם לא נאכוף את פסק החוץ (לפי **ע"א 3294/08 גולדהר נ' קלפייר**).

ב**ע"א 7138/16 MY CAPTAIM** **HARRY נ' PRAXIS** מוזכר גם המשפט המקובל וגם ההגנות ב**סעיף 6** ומסכם- "ככלל, הכרה בפסק דין זר מותנית בכך שפסק הדין ניתן בסמכות ולא ניתן במרמה וכי ההליך היה הוגן". במקרה זה מדובר בנתבע המבקש להכיר בפסק דין גרמני כמעשה בית דין, ובית המשפט קובע כי התובעת השתתפה בהליך בגרמניה ולא הצביעה על שום פגם בהליך בגרמניה ולכן אין סיבה שלא להכיר. דוגמה נוספת, היא ב**רע"א 3973/10 שטרן נ' VERIFONE**, שם היה מדובר בתביעה ייצוגית בארצות הברית של בעלי המניות בחברה כנגדה, וחלק מהתובעים היו ישראלים. לבסוף הושג הסכם פשרה בין החברה לבין בעלי המניות וניתן פסק הדין המאשר את הסכם הפשרה. חלק מבעלי המניות הישראלים החליטו כי הם לא מרוצים מהסכם הפשרה ומגישים תביעה ייצוגית בישראל. החברה טוענת למעשה בית דין וסומכת על פסק הדין שניתן בארצות הברית. בית המשפט קובע כי על מנת לקבוע האם מן הדין ומן הצדק להכיר בפסק הדין האמריקאי, יש לבחון האם נפגעה זכותם של חברי הקבוצה להליך הוגן, ובין היתר האם ניתנה לחברי הקבוצה הודעה נאותה על קיומו של הליך תביעה ייצוגית במדינה הזרה ואם ניתנה להם הזדמנות להשתתף או לפרוש מההליך. העדויות היו על כך שהם ידעו היטב את מה שנעשה והם אפילו הגישו ערעור בארצות הברית ולכן אין סיבה שלא להכיר בפסק הדין האמריקאי כמעשה בית דין.

במקרה די בודד, לפי המרצה, בו בית המשפט לא מכיר בפסק חוץ היה ב**עמ"ש 25422-02-12 ר.ב נ' יורשי עיזבון ע.ר**, שם המערערת נולדה מחוץ לנישואין לאב אמריקאי ואם ישראלית. האב נהרג בתאונת דרכים כשהיא הייתה קטינה ואימה ייצגה אותה בהליכי הירושה, וההסכם ביניהם קיבל תוקף של פסק דין בקליפורניה. לאחר שהמערערת נהייתה בגירה היא מחליטה כי היא לא קיבלה מספיק לאור ייצוג לקוי של אימה, והיא תובעת את היורשים האחרים. יורשי העיזבון טוענים לקיומו של מעשה בית דין. המערערת טוענת כי זה לא יהיה מן הדין ומן הצדק להכיר בפסק הדין ובית המשפט מקבל את טענתה. בית המשפט קובע כי המערערת לא קיבלה ייצוג הוגן והוא יהיה מוכן לדון בתביעה.

**הסדר החוק בעניין הכרה ישירה:**

בשנת 1978 החוק תוקן והוסף **סעיף 11(א)** הקובע כי "בית משפט או בית דין בישראל יכיר בפסק-חוץ שנתמלאו לגביו כל אלה:

1. חל עליו הסכם עם מדינת חוץ;
2. ישראל התחייבה באותו הסכם להכיר בפסקי-חוץ מאותו סוג;
3. ההתחייבות אינה חלה אלא על פסקי-חוץ הניתנים לאכיפה על פי חוק בישראל;
4. נתמלאו בו תנאי ההסכם.

השאלה הראשונה שעלתה היא **האם הסדר זה מהווה הסדר בלעדי?** האם זה בא להחליף את המשפט המקובל? ניתן לעשות הכרה ישירה רק על פי הסעיף הזה או שמדובר במסלול מקביל נוסף? לפי גישת בית המשפט, המחוקק התכוון לייצר מסלול אחד דרך החקיקה, אך על זה קיימת ביקורת וגישה אחרת של המלומדים בספרות.

ב**ע"א 970/93 היועמ"ש נ' אגם** נקבע כי לא ניתן לקלוט בארץ צו ירושה של בית המשפט בארצות הברית, כי אין אפשרות של הכרה ישירה כי לא מתקיימים התנאים של **סעיף 11(א)** לחוק, עקב היעדר אמנה. בית המשפט קובע כי התיקון לחוק מונע שימוש בהכרה על המשפט המקובל ולא נוצר בכדי לייצר מסלול חלופי. בנוסף, נאמר כי אין אפשרות של הכרה אגבית כי מדובר בבקשה להכרה ישירה (הכרה בצו ירושה). זו ההלכה כיום.

כך נוצר מצב שבכל פעם שאדם יביא פסק דין זר, ויבקש לבצע בו הכרה ישירה לאור היותו הנושא המרכזי של הסוגייה שמועלית בפני בית המשפט בארץ- כל עוד אין אמנה בין ישראל לבין המדינה הזרה, המאפשרת את ההכרה הישירה, בית המשפט לא יכיר בפסק הדין. לדברי המרצה, זו הביקורת המרכזית על ההלכה הקיימת בטענה כי לא הייתה בכוונת המחוקק לייצר מציאות שכזו.

**הביקורת נגד הלכת אגם:**

פרופ' שאוה כתב מאמר חריף במיוחד בשנת 2012, כמו גם פרופ' פסברג. הם אומרים שזה לא הגיוני כי אכיפה מבוססת על הכרה, וניתן לאכוף את פסק הדין על פי המשפט המקובל, שכן מסלול האכיפה בחוק איננו המסלול הבלעדי, לפי **סעיף 2** ל**חוק**- "לא ייאכף בישראל פסק חוץ אלא לפי חוק זה"- מדובר בלשון ברורה ובלעדית, אך ראינו שלמרות זאת הפסיקה אמרה כי עדיין ניתן לתבוע ולאכוף על פי תנאי המשפט המקובל. לפיכך, היינו יכולים, לפי לשון **סעיף 11** להגיד כי קל וחומר שהתיקון החדש אינו מונע אפשרות של מסלול חלופי של המשפט מקובל.

בהתאם לרוח זו, טוענים המלומדים שאין מקום לאסור כאשר החוק לא אוסר באופן מפורש. ב**ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית** **ברק** אומר, באוביטר, כי "אין דבר בהיסטוריה החקיקתית של התיקון המלמד על הרצון להפוך את מסלול ההכרה הישירה שבחוק למסלול בלעדי", זאת ככל הנראה בהסתמך על דברי החקיקה והצעת החוק.

ביקורת נוספת מושמעת ב**ה"פ 408/00 TOWER AIR נ' רשם החברות**, שם **השופטת אלשיך** מצמצמת את **הלכת אגם** לענייני מעמד אישי ולכן לדעתה היא לא חלה על חדלות פירעון- "עמדתי... היא כי מכוח סמכותו הטבעית של בית משפט זה ביכולתו להכיר ישירות בפסק זר שלא על פי החוק. גישתי היא גישה תכליתית המודעת למציאות המשפטית והכלכלית של ימינו. נכון להיום קיימות אמנות מעטות בלבד המאפשרות הכרה ישירה לפי סעיף 11(א) לחוק (ליתר דיוק קיימת 4 בלבד, עם בריטניה, ספרד, גרמניה ואוסטריה)... לא יעלה על הדעת, כי בהיעדר יכולת לבצע הכרה ישירה בפסק חוץ נמצא עצמנו פגועים במעמדה של ישראל בקרב מדינות ידידות ובאינטרסים של נושים תמי לבד. בתחום הליכי חדלות הפירעון של חברות בינלאומיות יש צורך בשיתוף פעולה הרמוני בין בתי המשפט המוסמכים במדינות השונות. לא ייתכן כי המדיניות המשפטית הישראלית תהווה מכשול בלתי עביר לשיקומה או לפירוקה היעיל של חברה בינלאומית הפעילה גם בישראל".

בכל הנוגע, ל**מקרה אגם** עצמו, יש אמנה עם אנגליה, אך פסקי דין בעניין פשיטת רגל מוחרגים מההסכם עם אנגליה. **השופט מלצר** לא מסכים ואומר כי "אף ש"ההיסטוריה החקיקתית" של סעיף 11 לחוק תומכת בגישה המרחיבה וכך גם מתבקש, על דרך של קל וחומר, מהעובדה שניתן לאכוף פסקי דין זרים בהליך של תביעה על פי הפסק שלא מכוח החוק. יתר על כן, טעמים מהותיים וטובים מצדיקים אף הם דיון נוסף בסוגיה, ולכן בספרות המשפטית מלומדים רבים התבטאו שבמקרים ראויים יש מקום להכשיר גם "הכרה ישירה פסיקתית"". ב**מקרה יד ושם** נאמר כי "על הלכת אגם הובעו הסתייגויות, אך היא עודנה שרירה וקיימת", מפי **השופט הנדל** כדן יחיד.

ב**סעיף 11(א)** יש את תת-תנאי 3, לפיו "ההתחייבות אינה חלה אלא על פסקי חוץ הניתנים על פי חוק בישראל"- מה המשמעות של התנאי הזה? לא ברור מה הייתה מטרת התנאי הזה, בעיקר כאשר מדובר בסעיף העוסק בהכרה ולא באכיפה. לפי המרצה, מערכת המשפט נאלצה להתייחס לסוגייה זו רק במסגרת פסק דין אחד- **ע"א 4525/08 בז"ן נ' NEW HAMPSHIRE** שם היה מדובר בבקשה להכרה ישירה של פסק דין אנגלי. יש אמנה בין ישראל לבין אנגליה ולא היה מדובר בסוג הסכם שיש החרגה- כך ששני התנאים הראשונים מתקיימים. ואז עולה השאלה מה המשמעות של התנאי השלישי? בית המשפט נותן שלוש אפשרויות:

1. גישה מינימליסטית- מדובר בפסק דין;
2. גישה מקסימליסטית- פסק הדין צריך לעמוד בכל התנאים לאכיפה;
3. גישת ביניים- פסק הדין צריך לעמוד בדרישות הבסיסיות לצורך קליטת פסק חוץ בישראל. דרישות אלו הן מעין קווים אדומים, אשר ביסודם מניעת ניצול ההליך (כמו מרמה). מדובר בגישה המקנה גמישות רבה לבית המשפט.

הרוב אמרו כי תכלית החוק מובילה למסקנה שיש להעדיף את גישת הביניים. במקרה הזה, לא הכירו בפסק הדין האנגלי משום שחלה הגנה של **סעיף 6(א)(5)** ל**חוק** שקובע כי לא אוכפים פסק דין זר כאשר היו הליכים תלויים ועומדים בישראל בעת הגשת הבקשה בבית המשפט במדינה הזרה.

**יישום הכללים:**

1. בוריס, שהיה תושב ישראל בעת פטירתו, הניח נכסים בישראל, כולל דירה בתל אביב וברוסיה. בתו, נטשה, קיבלה צו ירושה מבית המשפט ברוסיה. לאחרונה, חברה של בוריס מנסה לסלק את נטשה מדירתו של בוריס מתל אביב. היא רוצה לדעת האם היא יכולה לסמוך על פסק הדין הרוסי לצורך הגנה נגד תביעת הסילוק של החברה?
2. לא, כיוון שאין אמנה בעניין הכרת פסקי דין בין ישראל לבין רוסיה.
3. כן, כיוון שלא הוכח שרוסיה אינה אוכפת פסקי דין ישראליים.
4. כן, אם מן הדין ומן הצדק להכיר בפסק הדין הרוסי.
5. לא, כיוון שדין ישראל חל על הירושה.

**אכיפת פסקי חוץ:**

נתחיל בהגדרה, מהו פסק חוץ? **סעיף 1** ל**חוק** קובע כי "בחוק זה- "פסק חוץ"- פסק-חוץ שניתן על ידי בית משפט במדינה זרה בעניין אזרחי, לרבות פסק דין לתשלום פיצויים או נזקים לצד שנפגע, אף כשלא ניתן בעניין אזרחי". לפיכך, גם אם יש הליך פלילי, ובמסגרתו ניתנים פיצויים לקורבן, ניתן להביא את פסק הדין לאכיפה של החלק המפצה.

ב**ת"א 33559-09-10 GERBER FINANCE INC.** **נ' עובד** עלתה השאלה האם פסק דין זר, שהוא צו לתפיסת נכסים לטובת מימוש ביטחונות, נחשב לפסק דין? בית המשפט אומר כי צריך לתת פרשנות רחבה, גם אם מדובר בהחלטה שלא מהווה בדיוק פסק דין בהגדרה המקומית, והסיבה לכך היא הפרשנות התכליתית, שכן אחת המטרות לאכיפה היא לשים קץ להתדיינות בין בעלי הדין, וטיפוח יחסי גומלין עם ערכאות משפט זרות. לכן, ההחלטה האמורה נחשבה לפסק דין.

**מה המעמד של פסק חוץ?** קודם כל, אם הפסק דין לא נקלט בישראל אין לו מעמד ולכן יש הצורך לבצע הכרה או אכיפה לפסק הדין. במידה ורוצים לאכוף את פסק הדין יש צורך להגיש לבית המשפט בישראל בקשה להכריז על פסק הזר כאכיף. אם הבקשה הזו מתקבלת, אז לפי **סעיף 10(א)** ל**חוק**- "פסק-חוץ שהוכרז כאכיף, דינו לעניין הוצאה לפועל כדין פסק שניתן כדין בישראל".

**מה מבנה החוק?**

יש שני סעיפים מרכזיים:

1. התנאים ב**סעיף 3**: "בית משפט בישראל רשאי להכריז פסק-חוץ כפסק אכיף אם מצא שנתקיימו בו תנאים אלה...". נטל ההוכחה בשלב הזה הוא על המבקש ועליו להראות כי כל התנאים המצטברים ב**סעיף 3** מתקיימים.
2. ההגנות ב**סעיף 6**:"(א) פסק-חוץ לא יוכרז אכיף אם הוכח לבית המשפט אחד מאלה...". במקרה זה נטל ההוכחה הוא על המשיב שמתנגד לאכיפה ועליו להוכיח התקיימות של אחד מההגנות החלופיות.

בנוסף, יש עוד שני סעיפים מעניינים:

1. הדדיות ב**סעיף 4**.
2. התיישנות ב**סעיף 5**.

בפסיקה נקבע כי נטל ההוכחה כאן על המשיב שכן מדובר בשני סעיפי הגנה נוספים.

לסיום, יש עוד הגנה אחת, סוג של תקנת הציבור (נטל ההוכחה על המשיב), אך אין שום פסק דין בו הגנה זו התקיימה:

1. פגיעה בריבונות המדינה או ביטחונה ב**סעיף 7**.

מבחינת **נטל ההוכחה**, על המבקש להוכיח את קיומם של כל התנאים ב**סעיף 3**. אם המבקש מצליח, נטל ההוכחה עובר למשיב להוכיח קיומה של אחת ההגנות ב**סעיף 6**. נטל הוכחה בעניין הדרישות והסייגים ב**סעיפים 4,5 ו-7** החל כלא ברור ועם השנים התגבשה ההכרה כי מדובר בנטל הקיים על המשיב.

**האם לבית המשפט יש שיקול דעת?**

**סעיף 3** קובע כי "בית משפט בישראל רשאי להכריז על פסק-חוץ כפסק אכיף". לכאורה, גם אם מתקיימים כל התנאים ולא מתקיימת אף אחד מההגנות, בית המשפט אינו חייב להכריז על פסק-חוץ כאכיף. ב**פש"ר (ת"א) 2193/08 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' GOLD&HONEY** היה מדובר במקרה של חוסר תום לב ולאחריו הפסק לא הוכרז כאכיף. מן הצד השני, ניתן לראות אמירה ב**ע"מ 1064/00 קפלן נ' קפלן** שם נאמר כי "לא ניתן ולא ראוי לדחות בקשה לאכיפת פסק על יסוד נימוקים נוספים שלא פורטו בחוק, שכן בכך יש פגיעה... בזכות הקניין של הזוכה לפי פסק הדין, שהיא זכות חוקתית... כל הרחבה של סייגים לאי-אכיפתו של פסק דין חוץ שאין לה עיגון בהוראת חוק... פסולה".

**התנאים לאכיפה לפי סעיף 3:**

**1. סעיף 3(1)- סמכות שיפוט (פנימי):**

לפי תנאי זה "הפסק ניתן במדינה שלפי דיניה בתי המשפט שלה היו מוסכמים לתתו". לפיכך, על המבקש להוכיח שבית המשפט הזר היה מוסמך לדון על העניין על פי הדינים של אותה המדינה, והובהר שזה מתייחס לסמכות הבינלאומית של המדינה הזרה- לא משנה לדוגמה איזה בית משפט מקומי בחן בדיוק (**ע"א 6796/97 ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' BERG EAST**). כיצד המבקש יכול להוכיח זאת? על ידי חוות דעת מומחה- אין אפשרות להביא לאכיפת פסק-חוץ ללא חוות דעת מומחה.

**2. סעיף 3(2)- פסק דין חלוט:**

לפי תנאי זה "הפסק אינו ניתן עוד לערעור"- פסק דין חלוט. חשוב להבחין בין תנאי זה לבין הדרישה של המשפט המקובל שהפסק יהיה סופי- ההבחנה הזו באה לידי ביטוי ב**ע"א 719/89 קסון נ' קסון** שם מדובר בפסק דין במזונות מאנגליה. על פי הדין האנגלי פסק דין של מזונות אינו סופי, שכן תמיד אפשר לשנות את סכומי המזונות בהתאם לשינויי נסיבות. לפיכך, אין אפשרות לבצע אכיפה של פסק דין למזונות לפי שיטת המשפט המקובל, וככה טען הנתבע במקרה האמור. בית המשפט מבהיר שזה לא המבחן הקיים אצלנו- הדרישה היא לפסק דין חלוט, וגם אם ישנה אפשרות לפנות ולשנות את הסכומים זה לא מוריד מערכו של פסק הדין כחלוט, אשר אינו ניתן עוד לערעור.

בעיה יכולה להיווצר כאשר ניתן פסק דין זמני- הרבה פעמים נותנים פסק דין זמני של מזונות עד שכל הנתונים יינתנו לערכאה המשפטית, אך **סעיף 8** ל**חוק** קובע במפורש כי "רשאי בית המשפט, אם ראה צידוק לכך בנסיבות העניין, לאכוף פסק חוץ זמני או צו ביניים בענייני מזונות, אף כשהוא ניתן עוד לערעור, ובלבד שנתקיימו בו שאר התנאים האמורים בחוק זה". ב**בש"א 11356/00 TOWER AIR INC. נ' רשם החברות** היה ניסיון להרחיב את האמור לעיל גם בהקשרים של צווים אחרים.

**3. סעיף 3(3) רישא:**

תנאי זה קובע כי "החיוב שבפסק ניתן לאכיפה על פי הדינים של אכיפת פסקי דין בישראל". מה זה אומר? הסבירו בפסיקה כי אין אפשרות להעמיד לרשות המבקש כלי אכיפה שונים או נוספים לאלה שעומדים לרשות מי שמבקש לאכוף פסק דין ישראלי. לכן, אם למשל מדובר בפסק דין אשר מחייב עובד לעבוד (נניח שבמדינה מסוימת מותר לפסוק זה)- אין אפשרות לבצע אכיפה שכזו בישראל.

לא מזמן היה מקרה מעניין, **ע"א 9474/16 אבובורך נ' OTKRITIE**, ושם היה מדובר בזוג נשוי המחזיקים באזרחות ישראלית ורוסית והם מתגוררים בישראל. ניתן כנגדם פסק דין באנגליה, לפיו הם צריכים לשלם סכום מאוד גבוה של כ-160 מיליוני דולרים והם בעצם טוענים שאין להם נכסים בישראל וש**סעיף קטן (3)** לא חל ואין אפשרות לבצע אכיפה בישראל. טיעון זה נדחה ונקבע כי התנאי לא דורש שיהיה אפשר בפועל לאכוף זאת, אלא פשוט דורש כי לפי הדינים שלנו לא תהיה בעיה לאכוף זאת ונקבע כי "אימוץ הפרשנות של המערערים עשויה להוביל לכך שישראל תהפוך להיות עיר מקלט עבור נוכלים ועבריינים עם נכסים בחו"ל שייהנו מחסינות מפני נקיטת הליכים נגדם כל עוד הם יושבים בישראל". מדוע המבקש ביקש לאכוף את זה בישראל, לאור העובדה שאין להם נכסים בישראל? יכול להיות שיוטל עליהם צווי יציאה מארץ וכל מיני מגבלות שיפעילו עליהם לחץ שיהווה תמריץ לתשלום.

**4. סעיף 3(3) סיפא:**

תנאי זה קובע כי "תכנו של הפסק אינו סותר את תקנת הציבור". הפרשנות כאן היא מצמצמת מאוד, דבר שנאמר ב**ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס**. מבחינת נטל ההוכחה, למרות שבאופן רשמי הוא נמצא על המבקש, כאן נדרשת ממנו בעיקר אמירה שהפסק אינו נוגד את תקנת הציבור, כי איך הוא יכול להוכיח משהו שלילי? בפועל מה שקורה טוענים זאת בבקשה, אך אם המשיב יעלה את הטענה הזו, אז עקרונית נטל ההוכחה הוא על המבקש. בפועל, עקב כך שמדובר בפרשנות מצמצמת נטל ההוכחה נמצא על המשיב ומאוד קשה להוכיח זאת.

ב**ה"פ 4318/05 אונגר נ' הרשות הפלסטינית** מדובר בבקשה להכריז כאכיף פסק דין שניתן בארצות הברית כנגד הרשות הפלסטינית לשלם סכום של 116 מיליוני דולרים לאור רצח של בני משפחת אונגר באזור בית שמש. בחוק האמריקאי ניתן לתבוע פיצויים באופן כזה. תחילה לא הצליחו לבצע אכיפה בארצות הברית ולכן ניגשו לבצע אכיפה בישראל- מדוע? מדינת ישראל מבצעת את גביית המיסים והיה רצון שישראל תעקל חלק מהכספים לטובת התובעים. הרשות הפלסטינית טענה כל מיני תנאים יצירתיים מאוד וכולם נדחו- הטיעון הראשון היה בעניין תקנת הציבור ונטען כי החוק נותן אפשרות תביעה לאזרחים אמריקאיים בלבד ויוצר גזענות. הטיעון השני מבוסס על כך שהפסק האמריקאי גם להורים ולאחים של המנוח, בעוד שעל פי הדין הישראלי רק ילדיו התלויים של המנוח יקבלו פיצויים. בית המשפט עדיין עומד על כך שדין שונה אינו מהווה הפרה של תקנת הציבור. הטיעון השלישי כי פסק הדין הזר נותן פיצויים עונשיים ברמה של פי 3 מהנזק שהוכח. גם את זה בית המשפט לא קיבל וכי גם בישראל ישנה אפשרות של פיצויים עונשיים.

**5. סעיף 3(4):**

תנאי זה קובע כי "הפסק הוא בר ביצוע במדינה בה הוא ניתן". ברגע הראשון תנאי זה נראה תמוה- במידה והפסק ניתן לאכיפה במדינה בה הוא ניתן, אז מדוע ישנו הרצון לאכוף אותו בישראל? אין צורך להוכיח שהוא בר ביצוע מבחינה מעשית, אלא כי מבחינה משפטית אין מניעה לבצע אכיפה במדינה בה ניתן פסק הדין. ושוב, על המבקש להביא חוות דעת של מומחה כי בדין הזר פסק הדין הוא בר ביצוע. בנוסף, הטיעון שפסק הדין נפרע במלואו או באופן חלקי אינו מונע הכרזתו כאכיף וטיעון זה ייבדק במסגרת הליכי הוצאה לפועל (**ה"פ 4052/05 WELLS FARGO BANK OF MINNESOTA נ' צימרינג**).

**הגנות:**

**1. סעיף 4- הדדיות:**

הגנה זו קובעת כי "פסק-חוץ לא יוכרז אכיף אם ניתן במדינה שלפי דיניה אין אוכפים פסקים של בתי המשפט בישראל". אין צורך באמנה בין המדינות, אלא שבפועל תהיה אכיפה של פסקי דין ישראליים באותה המדינה. להגנה זו יש חריג, במקרה בו "על פי בקשת היועץ המשפטי לממשלה רשאי בית המשפט לאכוף פסק-חוץ, אף שלא נתקיימה הדדיות כאמור בסעיף קטן (א)". ככל הנראה המטרה של **סעיף קטן זה** היא לסייע למתדיין הפרטי- מדוע שהמתדיין הפרטי ייפגע בגלל חוסר הדדיות? הבעיה היא שהמחוקק לא נותן הנחיות וקריטריונים- מתי היועץ המשפטי לממשלה מבקש? האם בית המשפט צריך להיענות לבקשתו? מדובר בנושא עם לקונה.

מרבית הפסיקה בנושא מנסה לפרש את הדרישה להדדיות. ב**ע"א 719/89 קסון נ' קסון** נקבע כי הדרישה היא להדדיות כללית. במקרה זה מדובר בפסק דין אנגלי למזונות והבעל טוען כי באנגליה לא אוכפים פסקי דין של מזונות כי הם לא סופיים לגישתם ולכן לא מתקיימת הדדיות. בית המשפט דוחה את הטיעון ואומר כי הדרישה היא להדדיות כללית ולא ברמה של הדדיות בפסק דין בעניין זהה. בנוסף, הפסיקה טוענת כי יש לפרש את ההגנה הזו בצורה מצמצמת ולכן יש להטיל נטל ההוכחה על הנתבע.

בפועל, די בפוטנציאל להכרת פסקי דין ישראליים במדינה הזרה. לעיתים אין הוכחה ברורה, לדוגמה במצב בו מעולם לא היה מקרה שבו ביקשו לאכוף פסקי דין ישראליים במדינה מסוימת. לכן, נקבע כי המבקש לא צריך להוכיח כי בפועל נאכפו פסקי דין ישראליים באותה המדינה, אלא להראות כי יש פוטנציאל סביר לאכיפה של פסקי דין ישראליים באותה המדינה. לכן, ב**ע"א 3081/12 דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ נ' גזפרום טרנסגז אוכטה בע"מ** בית המשפט קבע כי ניתן לאכוף פסק דין רוסי לאור כך שקיים סיכוי סביר לאכיפת פסק דין ישראלי. בדומה לכך, נקבע ב**ת"א 48946-11-12 JIANGSU OVERSEAS GROUP CO. LTD נ' רייטמן** כי קיים פוטנציאל סביר לאכיפת פסקי דין ישראליים בסין. בכל אלה, יש צורך להביא הוכחה של הדין הזר.

עם זאת, לאחרונה היו מספר מקרים בהם לא נאכפו פסקי דין כיוון שהמשיבים הצליחו להוכיח חוסר הדדיות:

* במקרה הראשון, **ה"פ 20092-06-16 ביטון נ' פלוק**, הקשור לסיירה לאון, שם מדובר בפסק דין שניתן בסיירה לאון על סכום של שמונה מיליוני דולרים. שני הצדדים הביאו חוות דעות סותרות לגבי דרישת ההדדיות, וההכרעה הייתה על הבחירה של השופט לפיה איזו חוות דעת יותר משכנעת. לבסוף, הוחלט לבחור בחוות דעתו של המשיב שהביא בחוות הדעת עיגון בפסיקה והוראות החוק שהראו כי בסיירה לאון אם מדובר במדינה זרה שאינה חלק מחבר העמים הבריטי הם לא יאכפו פסקי דין, אלא ישנה אמנה. לאור העובדה שישראל לא עונה על שתי הקבוצות הללו, נקבע כי לא מתקיימת הדדיות במקרה זה.
* במקרה השני, **ה"פ 6900-06-17 PRIMIZE נ' אשטרום**, הקשור לגיאורגיה, ראו כי על פי חוות הדעת בגיאורגיה אוכפים רק פסקי דין של מדינות שיש אמנה איתן. חשוב לציין כי כל מקרה לגופו- זה שנקבע במקרה זה שלא יבצעו אכיפה של פסק דין גיאורגי, לא אומר כי במידה ובמקרה אכן תינתן חוות דעת המראה כי אכן ישנו פוטנציאל סביר לאכיפה של פסקי דין ישראליים בגיאורגיה עדיין ינקטו בקו שלא אוכף.

**2. סעיף 5- התיישנות:**

הגנה זו קובעת כי "לא ייזקק בית המשפט לבקשת אכיפה של פסק-חוץ שהוגשה כעבור יותר מחמש שנים מיום מתן הפסק, אלא אם הוסכם בין ישראל לבין המדינה בה ניתן הפסק על תקופה אחרת, או אם מצא בית המשפט סיבות מיוחדות המצדיקות את האיחור". לפיכך, אנו רואים כאן הגנה, כאשר יש לה שני חריגים. בנוגע לחריג השני, אילו סיבות מיוחדות יכולות להצדיק את האיחור שהמבקש מגיש את הבקשה יותר מחמש שנים אחרי מתן הפסק? הקו המנחה הוא כי לא היה ניתן לצפות כי המבקש יגיש את הבקשה מוקדם יותר או שלא ידע שהמשיב נמצא בישראל או שלא ידע שלמשיב יש נכסים בישראל.

**מה הן נסיבות מיוחדות?**

* ב**ע"א 247/83 הוכמן נ' רווה** מדובר בפסק דין של מזונות ילדים שניתן בקנדה ב-1977 ובהתחלה האב שילם ואז ב-1982 הוא הפסיק לשלם ונעלם ואותר לבסוף בישראל רק ב-1983, כעבור יותר מחמש שנים. בית המשפט קובע כי קיימות כאן נסיבות מיוחדות, כיוון שהיא לא יכלה להגיש את התביעה טרם עברו חמש שנים.
* לעומת זאת, ב**ע"א 665/72 חאו נ' שווילין** האם ידעה שהאב נמצא בישראל, אך הוא המשיך לשלם את המזונות עד שכבר עברו מעלה מחמש שנים. כאן בית המשפט קבע כי אין סיבות מיוחדות כי האם יכלה להכריז על פסק הדין כאכיף קודם לכן למקרה בו הוא לא ישלם.
* ב**תמ"ש 45419-05-10 פלוני נ' אלמונית** מדובר בפסק דין מזונות של זוג שהתגרשו בהונג קונג והאם הגיעה לישראל יותר מחמש שנים לאחר שניתן הפסק. בית המשפט קבע כי מדובר בנסיבה מיוחדת כיוון שלא היה ידוע בכלל שאחד מבני הזוג יגיע לישראל.
* ב**ה"פ 45724-09-17** **שוורץ נ' פרידמן** מדובר בפסק דין אמריקאי גדול של עשרות אלפי דולרים והמבקש לא הצליח לקבל את הכספים בארץ הברית כי למשיב לא היו נכסים. לאחר יותר מחמש שנים, המבקש גילה כי אביו של המשיב נפטר בישראל והוא גייס חוקר פרטי בכדי לברר האם הוא הוריש לו נכסים בישראל וגילה כי הבן ירש דירה בישראל. בית המשפט קבע כי מדובר בנסיבה מיוחדת המצדיקה את העיכוב וכי "המבקש פעל באופן סביר ותוך זמן סביר".

כאשר ישנו הרצון לבצע הכרה אגבית בפסק דין לא חלה התיישנות, וראינו זאת ב**עמ"ש 15416-03-17** שם היה מדובר בקטינה עם הירושה- לבסוף לא הכירו בפסק הדין, אך לא מטעמי התיישנות.

**3. סעיף 6(א)(1)- מרמה:**

ההגנה קובעת כי הפסק לא יוכרז כאכיף אם "הפסק הושג במרמה". יש שתי גישות לגבי מרמה:

1. יש את הגישה הרחבה הגורסת כי ניתן להתחשב בטענת מרמה גם כאשר זו מתבססת על פגם פנימי בהליך (הגישה האנגלית)- למשל, עד שיקר. יש את **ה"פ 4052/05 WELLS FARGO BANK OF MINNESOTA נ' צימרינג** של בית המשפט המחוזי שהעדיף את הגישה הזו.
2. יש את הגישה המחמירה הגורסת כי ניתן לשמוע את טענת המרמה רק מקום בו הייתה הטענה יכולה להיות מושמעת נגד פסק דין מקומי, קרי כאשר היא מתבססת על טענות וראיות חדשות וחיצונית לפסק הדין. בית המשפט העליון ב**ע"א 490/88 בסיליוס נ' עדילה** העדיף את הגישה הזו, שרק במקרים מבוססים על טענת מרמה חדשה מבוססת יוביל לאי אכיפה. עם זאת, אין קביעה סופית בעניין באיזו גישה המשפט הישראלי הולך.

**4. סעיף 6(א)(2)- חוסר הזדמנות לטעון:**

ההגנה קובעת כי הפסק לא יוכרז אכיף אם "האפשרות שניתנה לנתבע לטעון טענותיו ולהביא ראיותיו לפני מתן הפסק לא הייתה, לדעת בית המשפט, סבירה". בית המשפט מפרש גם את הגנה זו בצורה מצומצמת והדגישו מדובר במבחן אובייקטיבי.

* ב**ע"א 802/89 אינדורקסיס נ' אינדורקסיס** היה מדובר בתביעת מזונות נגד גבר בגרמניה, וכשכתב התביעה הוגש לביתו הוא לא היה בבית והכתב ניתן לאשתו. כעבור יומיים הוא נפגע מאוד קשה בתאונת דרכים ולכן האישה שכחה להעביר לו את ההזמנה לדין ופסק הדין ניתן במעמד צד אחד ורצו לבצע נגדו אכיפה. אותו האדם טען כי לא ניתנה לו ההזדמנות לטעון, אך בית המשפט קבע כי ההזמנה הומצאה כדין לאשתו ולכן פסק הדין אכיף.
* ב**ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס** היה מדובר בערכאה ראשונה בה המשיבה החליטה לא להתייצב ופסק הדין ניתן במעמד צד אחד ונשלח אליה בדואר. בינתיים היא עברה כתובת ועד שהכתב הגיע אליה כבר עבר הזמן שניתן לביצוע ערעור. בית המשפט קבע כי היא הייתה צריכה לעדכן את בית המשפט בעניין.
* ב**ה"פ 4318/05 אונגר נ' הרשות הפלסטינית** נטען על ידי הרשות כי לא ניתנה לה אפשרות לטעון כיוון שעראפת הייתה כלוא במוקטה והוא לא יכל לתת הוראות לעורך הדין האמריקאי. טענה זו נדחתה ונקבע כי הרשות החליטה באופן טקטי לא לקחת חלק בהליכים.
* ב**ע"א 1948/15 JSC VTB BANK נ' מרגוליס** עוסק בפסק דין ברוסיה וההמצאה שם נעשתה על הכתובת שרשם המשיב על כתבי ערבות על אף שהוא לא גר בשם. בכתב הערבות הוא התחייב לעדכן על שינוי בכתובת אך הוא לא עשה זאת. לכן, הפסק ניתן במעמד צד אחד והוא נטען לאחר מכן שלא ניתנה לו אפשרות לטעון. שוב נקבע כי זו הייתה בעיה שלו לאחר שהוא לא טרח לבצע עדכון בעצמו.
* ב**ה"פ 20092-06-16 ביטון נ' פלוק** שנגע לסיירה לאון, שדיברנו עליו מקודם, הוכר כי לא הייתה אפשרות סבירה למשיב להתכונן כיוון שההמצאה לא התבצעה בצורה לא תקינה. במקרה הזה טענה זו התקבלה, ביחד עם טענת חוסר ההדדיות, כסיבה לא לאכוף את פסק הדין.

**5. סעיף 6(א)(3)- סמכות שיפוט בינלאומית חיצונית:**

ההגנה הזו קובעת כי פסק לא יוכרז אכיף אם "הפסק ניתן על ידי בית משפט שלא היה מוסמך לתת על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל" (כללי סמכות שיפוט בינלאומית חיצונית/עקיפה). הבחינה כעת האם לבית המשפט היה סמכות בינלאומית על פי הכללים שלנו, וזאת לאחר שכבר הגנו למסקנה כי הייתה לבית המשפט סמכות שיפוט בינלאומית פנימית. הבעיה היא שהחוק לא מגדיר מהם כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל. לא מדובר באותם כללי שיפוט בינלאומי פרטיים שמבוצע בהם שימוש בתוך ישראל, אלא מדובר בכללי סמכות שיפוט בינלאומית חיצוניים וצרים יותר.

לאור העובדה שאין עיגון מסודר של הכללים בחקיקה הישראלית, אנו פונים למשפט המקובל- "לפי כללים אלה יוכר בישראל פסק שניתן בערכאה שיפוטית זרה אם נתקיימו לגבי הנתבע דשם, לגביו מבקשים לאכוף את פסק הדין, אחד משני התנאים הבאים: מגורים (RESIDENCE) או הסכמה לשיפוט (SUMBISSION)", **השופט שמגר** ב**ע"א 541/77 רוזנשטיין נ' ספרטוס**. אם בית המשפט במדינה הזרה ביצעו המצאה לחו"ל אנו לא נבצע אכיפה, שכן ישנו צורך שהוא יימצא שם בתחילת ההליכים או שהביע הסכמה. מאוד חשוב ולכן בכל מקרה של שאלה לגבי אכיפה של פסקי דין יש צורך לבחון עניין זה, שכן ייתכן שזה יימנע אכיפה.

**מה זה מגורים?**

לכאורה, המילה מגורים אולי מכוונת לעניין מהותי יותר מכלל התפיסה. מדובר בעניין לא ברור, שכן **השופט שמגר** אמר באותו המקרה ממקודם כי "די בכך שנוצרה זיקת מגורים ארעית ואף מזדמנת"- ייתכן כי היות תייר במיקום מסוים מהווה מגורים?

ב**ע"א 13977/04 בהלם ברטה נ' גלובוס ומנורה** פה מדובר על אישה שביקשה להעביר את תכולת הבית שלה לצרפת ולצורך כך היא עשתה חוזה עם חברת גלובוס (חברת הובלה בינלאומית) והיא עשתה ביטוח במנורה להעברה. בחוזה ביניהם נקבע שכל הסכסוכים הנובעים מהחוזה ידונו על פי המשפט האנגלי בבית המשפט בתל אביב- מצפים מבית המשפט בתל אביב להחיל את הדין האנגלי. לאחר מכן, האישה טענה כי חלק מהחפצים נפגעו בדרך כיוון שהם לא היו זהירים. עם זאת, היא כבר מתגוררת בצרפת, ולכן היא מגישה שם תביעה נגד גלובוס ומנורה. בית המשפט בצרפת נותן לה פסק דין במעמד צד אחד. לאחר מכן, היא רוצה לבצע אכיפה של פסק הדין בישראל נגד גלובוס ומנורה. הנתבעים טוענים שקיימת ההגנה מתוקף **סעיף 6(א)(3)** כיוון שלבית המשפט בצרפת לא הייתה סמכות שיפוט בינלאומית על פי הכללים שלנו- לגלובוס אין משרדים/מגורים בצרפת וגם למנורה אין ולא הייתה הסכמה ו/או התייצבות מצד הגורמים הללו. בית המשפט מקבל את טענתם ולא אוכף את פסק הדין. באוביטר נאמר, כי בכל אופן תניית השיפוט הייחודית גוברת על זיקת המגורים ולכן גם אם היה מתקיים תנאי המגורים, לא היו מכירים בפסק הדין.

**6. סעיף 6(ב) ו-(ג)- הסכמה לשיפוט:**

הגנה זו מתבססת על תיקון לחוק בו הוסף:

"ב. לעניין סעיף קטן (א)(3), לא יראו אדם כמי שהסכים לסמכותו של בית משפט שנתן נגדו פסק חוץ (להלן- חייב בדין) בשל כך בלבד שהתייצב בפני אותו בית המשפט, בין על תנאי ובין ללא תנאי וטען בדבר אחת או יותר מאלה:

1. כפירה בסמכותו של בית המשפט או מחאה נגדה;
2. ביטול ההליך או עיכובו לצורך העברת הסכסוך לבוררות או להכרעת בית משפט במדינה אחרת;
3. שחרור נכסיו שנתפסו או צפויים להיתפס, או הגנה עליהם.

ג. אין נפקא מינה אם בנוסף לטענות כאמור בסעיף קטן (ב) טען החייב בדין טענות לגופו של הסכסוך או שהשתתף בהליך בכל דרך אחרת, ובלבד שעשה כן לפני שניתנה החלטתו הסופית של אותו בית המשפט לעניין הסמכות."

לצורך הדוגמה נחזור ל**ע"א 13977/04 בהלם ברטה נ' גלובוס ומנורה**- נניח שגלובוס היה מגיע לבית המשפט בצרפת וטוען מולם כי אין להם סמכות בשל תניית השיפוט. האם זה ייתפס כהסכמה לסמכות בשל התייצבותו שם? התשובה שלילית- אם המשיב מגיע רק בכדי לכפור בסמכות, זה לא ייחשב כהסכמה לשיפוט. ב**סעיף קטן (ג)** נקבע כי יכול להיות שמשיב טוען על אי סמכות ובאופן חלופי טוען גם לגופו של עניין התביעה- העובדה שהוא טוען לגופו של סכסוך לא אומר כי הוא הסכים לסמכות השיפוט, וזאת כל עוד, כמובן, הוא אינו מזניח את טיעון חוסר הסמכות וזה רק עד שבית המשפט נותן החלטה סופית לעניין הסמכות. לאחר קבלת ההחלטה בנידון, במידה והמשיב מספיק את ההשתתפות בהליכים, ההגנה תקום, אך במידה והוא ממשיך לשתף פעולה ולקחת חלק בהליך עם טיעונים לגוף התביעה, אז ההגנה לא תקום.

ב**ת"א 48946-11-12 JIANGSU OVERSEAS GROUP CO. LTD נ' רייטמן**, הנוגע לסין, נקבע כי אם יש עניין של התנגדות לסמכות יש לטעון לכך באופן מפורש, לולא זה ההשתתפות בהליכים תיחשב כהסכמה לסמכות.

**7. סעיף 6(א)(4)- מעשה בית דין:**

הגנה זו קובעת כי פסק חוץ לא יוכרז אכיף אם "הפסק נוגד פסק דין אחר שניתן באותו עניין בין אותם בעלי דין ושעודנו בר תוקף". הגנה זו מתקיימת במצב שבו יש שני פסקי דין סותרים ואנו נאכוף את הראשון ולא השני. הגנה זו התקיימה ב**ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס**, שם היו באותה המדינה היו שני פסקי דין סותרים והוחלט לא לאכוף את השני. מדובר בעניין די נדיר.

**8. סעיף 6(א)(5)- הליכים תלויים ועומדים:**

הגנה זו קובעת כי פסק חוץ לא יוכרז אכיף אם "בעת הגשת התביעה בבית המשפט במדינה הזרה היה משפט תלוי ועומד, באותו עניין ובין אותם בעלי דין, בפני בית משפט או בית דין בישראל". הגנה זו התקיימה ב**ע"א 4525/08 בז"ן נ' NEW HEMAPSHIRE** שם היו קודם כל הליכים בישראל ומבלי שמשכו את ההליכים בארץ, אחד הצדדים הגיש תביעה באותו עניין בחו"ל, שם ניתן פסק דין בצורה מהירה יותר ורק לאחר מכן נמשכו ההליכים בארץ. בית המשפט החליט כי פסק הדין לא ייאכף במקרה בו במועד מתן פסק הדין בחו"ל היו הליכים תלויים ועומדים בישראל.

**9. סעיף 7- פגיעה בריבונות או ביטחון המדינה:**

הגנה זו קובעת כי פסק חוץ לא יוכרז אכיף "אם אכיפתו עלולה לפגוע בריבונותה של ישראל או בביטחונה". לכאורה, מדובר בהגנה מיותרת כיוון שתנאי זה יכול להיות מבוצע על ידי תקנת הציבור, אך בכל זאת ראו לנכון לקבוע **סעיף זה**.

ב**ה"פ 4318/05 אונגר נ' הרשות הפלסטינית** הרשות טענה שאכיפת פסק הדין בישראל ייפגע במדינה כיוון שמשמעותו של קבלת התביעה תהיה תשלום לתובעים ממיסים שישראל הייתה אמורה להעביר לרשות הפלסטינית וזה יגרום להרעת היחסים בין ישראל לבין הרשות ולהידרדרות במצב הביטחוני. מדובר באיום די חצוף וטרוריסטי. בית המשפט דוחה את הטענה כיוון שלא הובא שום ביסוס לכך. בית המשפט המחוזי הכריז על הפסק כאכיף והרשות ערערה לעליון, אך טרם הדיון הצדדים הגיעו לפשרה בארצות הברית והתובעים קיבלו חלק מהסכום.

**יישום כללים:**

1. בוריס, תושב ישראלי בעל עסק ברוסיה, כרת חוזה עם וולדימיר, אזרח רוסי, לפיו וולדימיר ימכור סחורה לבוריס. כאשר בוריס לא שילם על הסחורה, וולדימיר תבע אותו ברוסיה בעת שבוריס היה שם בביקור. ההזמנה לדין הומצאה לכתובת הרשמית של העסק של בוריס ברוסיה, אך עקב טעות של המזכירה, בוריס לא קיבל את ההזמנה ולא השתתף בדיון. בית המשפט ברוסיה נתן נגדו פסק דין על סך של 50 אלף דולרים. בינתיים בוריס סגר את העסק ברוסיה וכרגע וולדימיר רוצה לאכוף את פסק הדין הרוסי נגד בוריס בארץ.
2. פסק הדין הרוסי אינו אכיף בארץ, כיוון שלבוריס לא ניתנה הזדמנות להשתתף במשפט.
3. פסק הדין הרוסי אינו אכיף בארץ, כיוון שלבית המשפט ברוסיה אין סמכות שיפוט בינלאומית על פי הכללים החלים בארץ.
4. פסק הדין הרוסי אינו אכיף בארץ אלא אם וולדימיר יוכל להוכיח שבתי המשפט ברוסיה אוכפים פסקי דין ישראליים.
5. אף תשובה אינה נכונה.
6. סוזי הגישה תביעה לקבלת מזונות בישראל, כנגד בעלה ג'ון. לאחר מכן ג'ון עבר להתגורר באנגליה וסוזי החלה בהליכים משפטיים נגדו גם באנגליה. ג'ון בחר לא להשתתף בהליכים באנגליה. לאחרונה, בית המשפט באנגליה נתן פסק דין מזונות נגד ג'ון, וסוזי רוצה לדעת האם תוכל לאכוף את הפסק בישראל, כנגד נכסיו של ג'ון.
7. לא, כיוון שמדובר בפסק דין לא סופי.
8. לא, כיוון שבאנגליה לא אוכפים פסקי מזונות זרים.
9. לא, כיוון שיש הליכים תלויים ועומדים בארץ באותו עניין.
10. לא, כיוון שג'ון לא השתתף בהליכים באנגליה.

**-סוף דבר-**

1. ייתכן שיתקיים דיון במדינה א' אך יוחל דין של מדינה ב'. [↑](#footnote-ref-1)
2. לבתי המשפט בירושלים ישנה סמכות מקומית שיורית. [↑](#footnote-ref-2)
3. כפוף לחריגים בסעיפים 138-143. [↑](#footnote-ref-3)