

הערות כלליות:

המבחן יהיה שאלות אמריקאיות 8 שאלות והחלק השני אירועון עם כמה שאלות עליו. חומר סגור. מקבלים את קובץ חקיקה וכן סילבוס.

מהו משפט בינלאומי פרטי?

פס"ד מנחה מלפני שנתיים שמדגיש את מורכבות משפט בינלאומי מחד וכן ממחיש עד כמה התחום יכול להיות רלוונטי במקומות אחרים.

פס"ד דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר- רוני יובינר ישראלי שנסע לניו-זילנד לטיול אחרי צבא יחד עם חבר, בניו זילנד השניים קנו רכב לצורך הטיול. תוך כדי הטיול הכירו עוד בחורה ישראלית בשם נטלי סקאלר שהייתה בטיול אחרי צבא. במהלך הטיול השלושה נהגו לסירוגין. יום אחד שסקאלר נהגה התרחשה תאונה ורוני יובינר נפצע קשה. בהתחלה הוא אושפז בניו-זילנד ואח"כ חזר לישראל להמשך טיפולים תוך שנשאר עם נכות ברמה גבוה מאוד.

עולה השאלה מה עם חברת הביטוח? לא היה ביטוח על הרכב כי בניו זילנד יש להם הסדר סטטוטורי שכל הנפגע בתאונת דרכים מקבל פיצוי מקרן מסוימת כך שאין עילת תביעה של הנהג בכלל והוא פונה לקרן הסטטוטורית באופן ישיר ומקבל את הכסף ללא הצורך בביטוח. לתדהמתו יובינר גילה שהוא לא זכאי לקבל פיצוי מהקרן הזאת מכיוון שעזב את המדינה, אם היה ממשיך לגור בניו זילנד היה מקבל את הפיצוי אך מכיוון שעזב הוא לא היה רשאי לקבל וגם לא נשאר לו את מי לתבוע שם. בסופו של דבר קיבל גמלה קטנה מהקרן בניו זילנד לפני משורת הדין אבל לא מתקרב למיליונים שהיה מקבל לפי הדין הישראלי.

השאלה המשפטית- איזה דין חל על אחריות של נהג ישראלי כלפי נוסע ישראלי שנפגע בתאונת דרכים בניו זילנד? כלומר מה הוא יכול לעשות כדי לקבל פיצוי?

1. נשאלת השאלה האם יש לקרנית אחריות בתאונות בחו"ל.
2. בתביעת הנהגת לפי הדין הישראלי- עולות השאלות הבאות:
 - א. **האם לביהמ"ש בישראל יש סמכות שיפוט לדון במקרה הזה?** זו תביעה שנובעת מאירוע שהתרחש בחו"ל. התשובה היא כן ונלמד בהמשך. לא הייתה בעיה כי הנתבעת בישראל ואין בעיית סמכות.
 - ב. **איזה דין יחול?** ביהמ"ש ידון האם הדין יהיה הדין הישראלי או שביהמ"ש בישראל יחיל את הדין הניו-זילנדי. ביהמ"ש בישראל יכול ורשאי להחיל את הדין הזר ולעיתים הוא עושה את זה.

- **עולה השאלה-** מתי ביהמ"ש יחיל את הדין הזר ומתי לא. **שאלת ברירת הדין**, ביהמ"ש צריך לבחור איזה דין יחול הוא עושה את זה לפי כללים שנקראים "כללי ברירת הדין". ביהמ"ש קבע פה שיחול הדין הניו זילנדי בגלל שזה היה מקום ביצוע העוולה, התובע יצא מקופח ממש מבחינת הפיצוי שקיבל בשל החלת הדין החיצוני.

במה עוסק משפט בינלאומי פרטי?

משפט בי"ל פרטי עוסק בסכסוכים שיש בהם אלמנט זר (כגון צדדים ממדינות שונות או אירוע שהתרחש בחו"ל).

1. יכול להיות ששני בעלי הדין באים ממדינות שונות.
2. הסכסוך הוא נובע מאירוע שהתרחש בחול (יובינר).

משפט בינלאומי פרטי עוסק בשלוש שאלות מרכזיות:

1. **שאלת סמכות השיפוט בינלאומית** - באיזה מדינה הדיון יתקיים?
2. **שאלת ברירת הדין** - איזה דין יחול על סכסוך? ביהמ"ש בישראל יחיל דין זר של מדינה אחרת במקרים מסוימים והסוגיה הזו נקראת ברירת הדין. נבדוק גם את השאלה מדוע ביהמ"ש בישראל מוכן להחיל דין זר.
3. **קליטת פסקי חוץ** - האם ניתן להכיר/לאכוף פס"ד שניתן על ידי בית משפט במדינה אחרת? מדובר במצב שיש פס"ד שניתן על ידי בימ"ש במדינה זרה ואחד מבעלי הדין מעוניין לאכוף את פס"ד הזה בארץ או מעוניין שפס"ד זה יוכר בארץ, בעיקר בהכרה של סטאטוס שלו בחו"ל, הוצאה לפועל ישראלית, נתבע שיש לו נכסים בארץ ולא היו לו נכסים מספקים במדינה שהיו לו את הנכסים. נרצה ללכת למדינה שלנתבע יש נכסים ושם להוציא לפועל. יש חוק של אכיפת פסקי חוץ, חוק ישן מ-1958 שנותן מסגרת ברורה וצריך רק לדעת לפרש את המונחים בחוק.

ההבדלים בין משפט בינלאומי פרטי לבין בינלאומי פומבי

תחום העיסוק	בינלאומי פרטי	בינלאומי פומבי
תחום העיסוק	עוסק בסכסוכים בעלי אופי פרטי בין אנשים או גופים פרטיים או ציבוריים	עוסק בעיקר ביחסים בין מדינות
אופי הדין	חלק מהמשפט/הדין המוניציפלי המקומי של כל מדינה. בדיוק כמו חוזים או פלילי.	מערכת משפט נפרדת ואינה חלק מהדין/משפט המקומי. יש שאלות איך זה נקלט לתוך הדין המקומי כמו אמנה
מקומי לעומת אוניברסאלי	משפט בינלאומי פרטי משתנה ממדינה למדינה לפי שיוך. אומנם יש דברים משותפים	אוניברסאלי ומשותף לכל המדינות. אמור להיות זהה בכל העולם דיני מלחמות ואמנות.

סמכות השיפוט - האם בית המשפט מוסמך?

יש שני שלבים שביהמ"ש דן בשאלת סמכות שיפוט בינלאומי:

1. **האם ביהמ"ש בכלל מוסמך** - (ישנן 3 סוגי סמכויות, הקורס יעסוק בראשונה) **סוגי סמכויות:**
 - 1) יש לבדוק האם ביהמ"ש מוסמך מבחינה בינלאומית - האם לבתי משפט בישראל יש סמכות לדון בתיק הזה [הקורס יעסוק בסמכות זו] - אם אין סמכות בינלאומית אין בכלל סמכות להמשיך הלאה.
 - א. **סמכות עניינית** - האם לבית משפט מסוג זה סמכות - האם התביעה הוגשה לבית משפט נכון מבחינה עניינית. לדג' אם זה תיק משפחה צריך להגיש לבית משפט לדיני משפחה ולא לביהמ"ש רגיל ואותו דבר בהגשת תיק לפי סכום התביעה לבימ"ש מתאים.
 - ב. **סמכות מקומית** - מתייחס למיקום בית המשפט - האם יש לבית משפט במקום זה סמכות - סמכות מקומית
 - 2) אם התשובה שאין סמכות בין לאומית ביהמ"ש דוחה את התביעה על הסף.
 - 3) **אם התשובה חיובית, כלומר יש סמכות עוברים לשלב השני, אם אחד מהצדדים מעלה את זה ביהמ"ש לא מעלה בעצמו:**
2. **האם בית משפט מוכן?** בית המשפט רשאי לסרב להפעיל סמכותו במצבים ובנסיבות מסוימות אבל לא יעשה את זה מיוזמתו אלא רק אם אחד מהצדדים מעלה את זה.

ברירת הדין

כללי ברירת הדין קובעים איזה דין חל. לכל תחום במשפט הפרטי חלים כללי ברירת דין שונים.
בקורס הזה נלמד כללי ברירת הדין לגבי שלושה תחומים:

1. **נזיקין** - כללים בפסיקה
2. **חוזים** - כללים בפסיקה
3. **קניין** - כולל גם ירושה ויחסי ממון.

דג' לכלל של ברירת דין - כלל ברירת הדין בעניין של ירושה. הכלל נמצא בחוק בס' 137 לחוק הירושה תשכ"ה 1965, "על ירושה חל דין מקום מושבו של הנפטר ביום מותו". אומנם יש חריגים גם לחוק הזה. זוהי דוג' לברירת דין, **הכלל אומר לשופט איזה דין להחיל במשפט.** נדון בזה מהו מקום מושב.

כיצד השופט ובתי המשפט יודעים מהו הדין הזר?

אם אכן חל דין זר, איך ביהמ"ש יודע מה התוכן של הדין הזר? השופט בארץ למד דין ישראלי ולא דין של מקום אחר. מוכיחים דין זר ע"י חוות דעת מומחה בדין הזר. המומחה צריך להתייבב לחקירה נגדית בביהמ"ש כאשר מי שדואג להביא את המומחה הוא בעלי הדין. ייתכן שכל בעל דין יביא מומחה נפרד משלו אך הנקודה החשובה היא שהמומחה לא של ביהמ"ש. לפעמים יש 2 עדים מומחים שמביאים עדות סותרת. מבחינה מהותית בביהמ"ש הדין הזר הוא עניין שבעובדה כמו כל עובדת מקרה אחרת.

עולה שאלה מה קורה אם אין הוכחה של דין הזר, אף אחד מהצדדים לא הביא הוכחה של עדים מטעמו? יש חזקה שחלה בחלק מהמקרים **חזקת שוויון בין הדינים**, החזקה אומרת שהדין הזר הוא זהה עם הדין הישראלי, אז אם לא הוכיחו את הדין הזר אז בחלק מהמקרים מחילים את החזקה ולכן הדין הישראלי יחול.

חוליות קישור - מפנות למערכת משפט מסוימת

בכל ברירת הדין וגם בכללי סמכות יש חולית קישור המקשרת בין האירוע שקרה לצדדים לבין מערכת משפט מסוימת. ראינו כלל ברירת הדין בירושה שם חולית הקישור הייתה "מקום מושבו של הנפטר" הוא מפנה אותנו לדין מסוים לגבי הדמות.

ישנן 2 סוגים של חוליות קישור:

1. **חולית קישור אישיות - מקשרת בין אחד האנשים לבין מדינה מסוימת:**
 - א. **מקום מושב ("דומיסייל")** - כמו בדוג' של ירושה
 - ב. **מקום מגורים** - ס' 64 לדבר המלך במועצה מדבר על אזרחות בידי משפחה
 - ג. **מקום מגורים הרגיל**
 - ד. **אזרחות**
 2. **חוליות קישור עובדתית - התייחסות לאירועים ולא לאנשים:**
 - א. **מקום ביצוע העוולה** - מתייחס למקום שבו התרחש העוולה ולא לזהות המזיק או הניזוק
 - ב. **מקום עריכת החוזה** - בעבר היה חל מקום העריכה של החוזה
 - ג. **מקום הימצאות הנכס ("סיטוס")** - רלוונטי לכל מה שקשור לקניין
- גישת חוליות הקישור זוהי הגישה המסורתית שחלה ברוב התחומים.

הגישה המסורתית של חוליות הקישור אל מול גישת "מירב הזיקות"

אחת הבעיות עם הגישה המסורתית היא סיטואציות בהן חולית הקישור הרלוונטית אינה באמת מעידה על קשר ענייני בין מערכת המשפט שאליה הוא מצביע.

פס"ד משנות השישים בארה"ב - babcock V Jackson - פס"ד זה בעל דימיון מסוים לפס"ד יובינר. בפס"ד מדובר בשני חברים שגרו בניו יורק, חבר וחברה שנסעו לטיול בקנדה. למרבה הצער כשהיו במדינת אונטריו קרתה תאונה. מי שנהג היה מר ג'קסון והחברה גברת בבקוב היא הנפגעת בתאונה. אחרי שחזרו לניו יורק היא תבעה את חברה בניו יורק. במקרה זה היה לו ביטוח.

השאלה המשפטית: איזה דין יחול? האם דין ניו יורק או דין אונטריו? יש הבדל בין הדינים ולכן החשיבות. בהרבה מקרים לא עוסקים בבירור הדין כי הדינים דומים אבל במקרים כמו זה יש הבדלים בין הדינים. **סיטואציה כזאת נקראת "נתקל בין הדינים"**. הנתקל פה היה שבדין אונטריו היה חוק מיוחד שקבע שנהג אינו חייב לתת פיצוי למי שנוסע ברכבו אלא אם מוכחת רשלנות רבתית. דובר על מי שנוסע חנים בלי לשלם, הוא לוקח סיכון מסוים ואם נפגע לא יכול לתבוע אלא אם באמת יש רשלנות רבתית. במקרה זה לא הייתה רשלנות רבתית. המשמעות היא שהגברת הנפגעת לא תקבל פיצוי באונטריו לעומת ניו יורק שם הדין נבדק במשקפי רשלנות רגילה ולכן מספיק שיוכח שהנהג יתרשל כדי שהנפגע יקבל את הפיצוי.

בניו יורק בשנות השישים כלל ברירת הדין המסורתי היה – מקום ביצוע העוולה, אז הדין של אונטריו הוא זה שהיה אמור לחול. ביהמ"ש בניו יורק הגיע למסקנה שהקשר עם ניו יורק הוא הרבה יותר חזק מהקשר עם אונטריו והוא אימץ גישה חדשה שבאנגלית נקראת proper law ובארץ נקראת **"מירב זיקות"** - במקום שיש כלל ברירת דין עם חולית קישור אחת נוקשת כמקום ביצוע העוולה תהיה לנו גישה גמישה שבעצם נבחן את כל הזיקות עם המדינות השונות ונחליט לאיזה דין יש את הקשר הקרוב, האמיץ והמשמעותי ביותר. **הדין שחל הוא הדין שיש לו את הקשר הקרוב והאמיץ ביותר**. ביהמ"ש קבע שבמקרה הזה שני בעלי הדין היו תושבי ניו יורק שהתחילו את הנסיעה מניו יורק ורצו לחזור לניו יורק, הרכב בוטח ורשום שם. יש הרבה זיקות עם ניו יורק אבל הזיקה היחידה עם אונטריו זה ששם בוצעה התאונה.

היתרונות של גישת "מירב הזיקות" ונגד הגישה המסורתית

1. **גישה יותר גמישה** ויותר סיכוי שזה יתאים את הציפיות של הצדדים. כאן שכל הקשרים ניו יורק יותר הגיוני להחיל הדין הניו יורקי.
2. **מניעת קבלת החלטות אקראיות** - אם יש עובדה שרירותית אנו מונעים שזה לא יקבע. דוגי ברורה לכך היא תאונת מטוס שנופל, אם המטוס היה במרחב אוויר של מדינה מסוימת ואם למדינה אין שום קשר זה ממש אקראי. פה אמרו שמדובר בנסיעה שהחלה מניו יורק ועברו 10 מדינות בדרך והתאונה באונטריו הייתה אקראית. יכול להיות שדווקא חולית הקישור סומכת על עובדה אקראית.

החסרון בגישת מירב הזיקות

אין משהו ברור, חוסר וודאות - אולי פס"ד בבקוב היה די ברור אבל אם ישתנה עובדה אחת זה כבר לא ברור ויהיה לא נכון להחיל את גישת מירב הזיקות. גם בפס"ד יובינר אם ביהמ"ש בישראל היה מחיל את הגישה הזאת של מירב הזיקות, שם לא היה ביטוח בכלל, טיול יותר ארוך בניו זילנד, **נפגשו שם**. בבקוב מוקד היחסים היה בניו יורק ואילו ביובינר הצדדים לא הכירו את השני בישראל אלא ההכרה הייתה בניו זילנד. כל פרט יכול להפוך ולהטות את הדין אחרת.

גישת "מירב הזיקות" אומצה בביהמ"ש בארץ ולאחר מכן בוטלה. ישנן דרכים נוספות להתגבר עם הבעייתיות בגישה המסורתית ע"י **יצירת חריגים לכלל**.

הגדרות

3. **מדינה** – שמדברים על דין זר, מתייחסים על מדינה **כיחידה משפטית** עם מערכת משפט נפרדת ולא **במובן הפוליטי**. זאת הסיבה שבבקוב לא דיברנו על דין ארה"ב מול דין קנדה כי בכל מדינה יש מערכת משפט נפרדת לכן מדברים על ניו יורק ואונטריו. (זה גם מסביר למה המקצוע בינלאומי פרטי מפותח בארה"ב בגלל מדינות רבות, אנגליה וסקוטלנד שתי מערכות משפט נפרדות בשל דינים שונים)
4. **היקף המקצוע** – כולל **משפט פרטי על כל ענפיו**. לא כולל משפט ציבורי, פלילי, מיסים.

המצב המשפטי בשטחים

חלק מפס"ד המנחים בבינלאומי פרטי עוסקים באירועים שהתרחשו בשטחים המוחזקים ע"י צה"ל. נקודת המוצא הוא המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט מס' 2 מתשכ"ז 1967-

אחרי מלחמת ששת הימים צהל החזיק יהודה ושומרון וחבל עזה. "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ה באייר, יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו שינתנו על ידי המושל הצבאי"

המנשר קובע שימשיך לחול בשטחים הדין שחל קודם, הדין ביהודה ושומרון הקודם היה הדין הירדני, כלומר הקפיאו את המצב. אומנם, הדין כפוף לשינויים שיעשה המושל הצבאי שיוציא בעתיד צווים מסוימים לדג' צו שמכיל דברים הדומים לפל"ד. החיל את הדין הירדני ועוד כמה תיקונים של המושל הצבאי.

המשמעות: בעצם הדין המקומי בשטחים היום הוא **הדין הירדני**, אבל יש לשים לב, זה לא מונע מאיתנו להגיד שבמקרה מסוים ע"פ כלל ברירת הדין הרלוונטי יחול דין אחר ובד"כ הדין האחר הוא **הדין הישראלי**. **כלומר**: כללי ברירת דין יכולים להצביע על החלת דין ישראל על אירועים שהתרחשו בשטחים או קשורים להם כפי שנראה בפס"ד ינון; בג"ץ עמותת קו לעובד

5. קיימות תקנות לגבי ישובים יהודיים בשטחים שקובעות שבין המתישבים לעצמם חלים דיני ישראל.

לא מדובר פה בסיפוח מבחינת הדין, זה בדיוק כמו בפס"ד בבקוב שהחיל דין ניו יורק על מה שהתרחש באונטריו אותו דבר כאן **במקרה מסוים שהתחש בשטחים נחיל דין ישראל ואין זה אומר שאנו לוקחים ריבונות על השטחים**.

המחשת ההבדל בין סמכות לבין ברירת הדין

פס"ד מסיקה נ' דולנס

רוב פס"ד מתייחסים או לסמכות או לברירת דין. הסיבה לכך היא כי סמכות במידה וקובעים שאין סמכות לביהמ"ש הישראלי אז זה סוף סיפור מבחנתנו ובמדינה אחרת ידונו בברירת דין. אם ביהמ"ש מחליט שיש לו סמכות אז הרבה פעמים הצדדים יודעים שהדין הישראלי יחול ומהו הדין ובד"כ יגיעו לפשרה ביניהם. יש מקרים אחרים שברור שיש סמכות ואפילו הנתבע מסכים לסמכות והעניין לא עולה והוויכוח איזה דין יחול. בפועל ביהמ"ש למרות ש-2 השאלות רלוונטיות הוא דן רק אחת מהן.

המיוחד בפס"ד זה שקודם דנו בסמכות ואז בברירת דין, דבר שהוא די נדיר.

עובדות המקרה: מסיקה הוא ישראלי שלמרבה הצער גילה גידול במוח וצריך לעבור ניתוח מהר, קיבל המלצה לפרופ' דורלנס מומחה בינלאומי שבמקור ממדינת סלובניה שגם מחזיק משרד בארה"ב ועושה ניתוחים בהרבה מדינות. פנה אליו והתור הראשון לניתוח היה ניתוח שהתקיים בסלובניה, מסיקה נסע לסלובניה שם נותח. למרבה הצער, הייתה תקלה בניתוח והתוצאה הייתה שיתוק מלא של מסיקה ללא יכולת לזוז. חזר לארץ וטען לרשלנות, בתביעה על הפרופסור.

השאלה הראשונה - שאלת הסמכות - התובע רוצה לתבוע את הפרופ' בארץ, האם יש סמכות בארץ?

מסיקה חיכה עד שפרופ' דולנס הגיע לישראל ואז הוא **מסר לו הזמנה לדין**. אם מוסרים לנתבע פיזית הזמנה לדין בזמן שהוא בתוך גבולות המדינה, ההזמנה לדין מקנה לביהמ"ש סמכות לשפוט אותו. פרופ' דולנס פנה לביהמ"ש **בטענה של חוסר סמכות**, ביהמ"ש דחה את הטענות. הפרופ' טען בנוסף שגם אם יש סמכות אין להפעילה כי ישראל היא פורום לא נאות. המחוזי קיבל את הטענות של פורום לא נאות והעליון דחה וקבע שישראל פורום נאות ובכך עברנו את שלב הסמכות ויש להפעילה ולדון בסוגיה וביהמ"ש מוכן לעשות את זה.

השאלה השנייה - שאלת ברירת הדין - איזה דין יחול? האם הדין הישראלי או הדין של סלובניה? היה פה "מתקל" - בסלובניה עילת התביעה כבר התיישנה כי עברו 3 שנים ואם מחילים את דין סלובניה לא יקבל כלום בגלל התיישנות והייתה עוד בעיה שעל פי דין סלובניה רופא מנתח לא חייב באופן אישי אלא בית החולים חייב - מעין חסינות נגד הרופא. ברור שחל דין ישראל במקרה הזה.

ההשתלשלות המדויקת של ההליכים בעניין ברירת הדין היא קצת מורכבת ולא נכנס לכך בשלב הזה, השורה התחתונה קבעו **שחל דין מקום ביצוע העוולה** - דין סלובניה, אבל קבעו שהמומחה שנתן חוות דעת בעניין דין סלובניה לא התייצב ולא הגיע לארץ ולכן העדות שלו נמחקה בשל אי התייצבותו לחקירה, התוצאה הייתה שהדין הזר לא הוחל כי לא הייתה הוכחה לו, **השתמשו בחזקת שוויון בין הדינים** ולכן הדין הישראלי חל. נפסק לו 11 מיליון שקל. זהו מקרה שצריך לאכוף את פס"ד הישראלי בחו"ל. בפועל לא היה לדולנד נכסים בארץ ולכן היה צריך לאכוף בחו"ל, בסלובניה לא אכפו אז בשטח לא קיבלו גרוש. **לשים לב, שאומנם הייתה פסיקה ישראלית שיקבל את הכסף אך מכיוון שלא היו לו נכסים בארץ לא ניתן היה לקחת את הנכסים אופרטיבית, יש לשים לב שאם המדינה השנייה לא מקבלת את פס"ד אזי לא ניתן לאכוף נכסים מהמדינה האחרת.**

כללי סמכות שיפוט בינלאומית

למה בכלל אנו צריכים כללים? מדוע צריכים להגביל את הגישה לבתי משפט? מדוע שלא יהיה מצב שכל אחד יכול לתבוע בכל בימ"ש בעולם שבא לו ומדוע צריך הגבלה של סמכות שיפוט?

הסיבות להגבלה של השיפוט הבינלאומי -

- להגן על הנתבע** - אחת מהסיבות היא להגן על הנתבע. אם אין הגבלה אז התובע עלול לבחור פורום שנוח לו ומיטיב איתו אבל מקשה מאוד עם הנתבע. יכול להיות שמקשה עם הנתבע מסיבות פרקטיות - מרחק גיאוגרפי או מבחינה משפטית. התופעה הזאת שהתובע מחפש מקום שנוח לו נקראת forum shopping תופעה שלילית שיש לנסות למזער אותה.
- הצפה - הגנה על האינטרס הציבורי** - ייתכן שאנשים מחו"ל ירצו לבוא לתבוע אצלנו מכל מיני סיבות. שכר טרחה פחות, עיכובים, אם לא נגביל את הגישה לבתי משפט יבואו ממדינות אחרות וזה יבוא על חשבוננו - על חשבון התושבים המקומיים שממנים את בתי המשפט בתשלום המיסים. [באנגליה - ראו את זה בפן חיובי - מספק פרנסה].

כללי הסמכות - המצבים השונים

תמיד מסווגים לפי מקום הימצאו של הנתבע בזמן הגשת התביעה.

1. הנתבע נמצא בארץ בעת פתיחת ההליכים – יש לנו את כלל התפיסה מהמשפט המקובל
2. "מורשה" שנמצא בארץ – הנתבע לא נמצא בארץ אבל יש לו מורשה וזה מוסדר בתקנות סד"א ת' 477,472.
3. נתבע נמצא בשטחים הנקראים "האיזור" שאינם כוללים את הרשות הפליסטינאית יהודה ושומרון למעט שטח A – שם יש תקנות סדרי דין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים) גם פה יש הרחבה של כלל התפיסה.
4. נתבע נמצא בשטחי הרשות הפליסטינאית – יש צו שעת חירום (יו"ש שיפוט בעבירות ועזרה משפטית). יש הסדר מיוחד לנתבע שנמצא בשטחי הרש"פ.
5. נתבע נמצא בחו"ל – אם רוצים להמציא הזמנה לדין ולהקנות סמכות נגד נתבע שנמצא בחו"ל צריך היתר מביהמ"ש דבר המוגדר בתקנה 500 בסד"א.
6. כפיפות – לא תלוי איפה הנתבע נמצא, כלל הכפיפות שאומר שהנתבע הסכים לסמכות של ביהמ"ש ואח"כ התחרט – נתעסק עם משפט מקובל.

כלל התפיסה – סמכות שפיטה על אנשים הנמצאים בארץ

כלל התפיסה אומץ מהמשפט המקובל בפס"ד אברומסקי 420/63.

לפי הכלל הזה הזמנה לדין של הנתבע שנמצא פיזית בארץ מקנה לביהמ"ש סמכות גם אם מדובר בנוכחות זמנית (כמו פס"ד דולנד שהגיע רק לביקור).

פס"ד אנגלי maharane of baroda – הזמנה לדין נחשבת גם בהימצאות זמנית – התובעת

הייתה נסיכה מהודו שגרה בצרפת והיא קנתה תמונה מאוד יקרה מהנתבע והנתבע היה בעצם בעל עסק של עתיקות ודברי ערך ובמקור היה אמריקאי אבל עבד באירופה, אחרי שהיא שילמה הרבה כסף היא גילתה שהתמונה מזויפת, רצתה לתבוע אותו, מסיבות שאינן ברורות בפס"ד היא החליטה לתבוע אותו באנגליה למרות שאין שום קשר ברור (אולי נכסים שלו שם), השאלה איך אפשר להקנות סמכות לביהמ"ש באנגליה למרות שאין קשר למקרה?

היא לקחה את השירותים של חוקר פרטי שבדק מתי הוא יגיע לאנגליה. מסתבר שהנתבע אוהב תחרויות סוסים ופעם בשנה יש תחרות סוסים יוקרתית והוא הגיע לשם ל-24 שעות בטיסה מיוחדת. הוא יושב באסקוט בתחרות סוסים ומגיע שליח ומוסר לו הזמנה לדין מהנסיכה מהודו, הוא פנה לביהמ"ש בטענה שאין סמכות, ביהמ"ש דחה את הטענה שלו כי יש סמכות שהרי הומצאה אליו הזמנה לדין בעת שהיה פיזית בשטח האנגלי. יכול להיות שבאותו זמן בשנות ה-70 לא הייתה הדוקטרינה של פורום לא נאות ולכן לא יכל לטעון. **בעניין כלל התפיסה זה עובד גם נוכחות זמנית יכול להקנות לביהמ"ש סמכות**

פס"ד ישראלי, hecke נגד pimnco בימ"ש יכול לסרב לקבל דין בטענת "פורום לא נאות" –

הנתבע הגיע לארץ בכדי להעיד במשפט פלילי, ביקור קצר ונקודתי והתובע ניצל את העובדה שהוא בארץ והמציא אליו הזמנה לדין. גם הסוגיה של התביעה לא הייתה קשורה לארץ אלא למדינות אחרות. ביהמ"ש קבע שכלל התפיסה התקיים ויש סמכות. לא משנה שהגיע לביקור קצר להעיד בבימ"ש, יש סמכות. אבל במקרה זה ביהמ"ש קיבל את הטענה של הנתבע שישראל פורום לא נאות אז למרות שהייתה סמכות ביהמ"ש סירב להחיל את הסמכות.

יתרונות וחסרות של כלל התפיסה

יתרונות:

1. **קל ליישם** - אם תפסת אותו לא יכול להיות ספק ואין פה שאלה של ביטוי כלשהו. אין מקום לספק
2. **תואם עיקרון הריבונות הטריטוריאלית** - זה עיקרון מסורתי שאומר שלריבון יש שליטה על כל מה שנמצא בתוך הטריטוריה שלו. לכן ברגע שהנתבע נכנס לתוך גבולות המדינה ולא משנה תקופת השהייה לריבון יש שליטה עליו והוא יכול להזמין אותו לדין.
3. **תואם את ציפיות הצדדים** - לא תמיד קיים, כי לא תמיד נצפה שבגלל שהיינו במדינה מסוימת לזמן קצר נקבל דין שם. מצד התובע לפעמים זה טוב כי זה עוזר לבוא בחשבון עם הנתבע.

חסרונות:

1. **מאפשר forum shopping** - התובע יחפש את המקום שמתאים לו לתבוע (הנסיכה מהודו רצתה את הפורום האנגלי ללא שום קשר ומצאה דרך לתבוע באנגליה) בתנאי שהנתבע כמובן מגיע לאותה המדינה.
2. **נוכחות הנתבע אינה מבטיחה קשר ענייני בין התביעה לישראל** - כמו שראינו במקרה הנסיכה, העובדה שהנתבע הגיע לתחרות סוסים לא עומד בקשר ענייני לכן לא מגן על הנתבע ועל האינטרס הציבורי.

כלל התפיסה - משפט משווה

בכל זאת הרבה מדינות בעלות כלל התפיסה - בארה"ב הכלל אושר בביהמ"ש הפדרלי בשנת 1990.

למה קיבלו בכל זאת את כלל התפיסה ולמה הוא שרד? עם השנים יצרו כללים מפחיתים לכלל התפיסה שגורמים לאיזון- דוגמא, הכלל של הפורום הלא נאות שעל פי הדוקטרינה ביהמ"ש ראשי לסרב להפעיל את סמכותו על פי בקשתו של הנתבע. אם הנתבע בא וטוען שלא הוגן ואין קשר ענייני יש מדינה אחרת שהיא מתאימה להתדיינות ביהמ"ש יסרב להפעיל את סמכותו. דוק' הפורום הנאות נותן שיקול דעת לביהמ"ש לא להפעיל סמכותו ולכן הכלל של כלל התפיסה ממשיך להתקיים.

6. **בארה"ב** - קיבלו את כלל התפיסה והוא אושר בפדראלי ב- 1990, בפס"ד burnham. יש דוק' של פורום לא נאות כבישראל.
7. **באיחוד האירופאי (אמנת בריסל)** - נאסר שימוש בכלל התפיסה נגד נתבע אירופאי. קיים כלל סמכות בסיסי שהוא מקום מושבו של הנתבע, ואין להם דוקטרינה של פורום לא נאות.
 - באנגליה, יש כללי סמכות שיפוט שהנתבע לא אירופאי- כללי המשפט המקובל. אבל אם הנתבע הוא תושב של אחד ממדינות האיחוד האירופאי הם צריכים להחיל את אמנת בריסל.

המצאה לתאגיד - תקנות סד"א כמרחיבות את כלל התפיסה הבסיסי

תקנה 484 - המצאה לתאגיד - צריך תקנה מיוחדת אחרת לא היינו יודעים איך להמציא הזמנה לתאגיד שהרי הוא לא כאדם רגיל. התקנה אומרת שצריך להניח את ההזמנה לדין במשרד או במען הרשום של התאגיד. כל חברה זרה שרוצה לבוא ולעסוק בארץ צריכה לרשום כתובת בארץ וזאת כדי שיהיה אפשר להזמין אליה הזמנה לדין.

הרחבה של כלל התפיסה תקנה 477 - המצאה למורשה

תקנה 477 בסד"א - מאפשר המצאה למורשה, התקנה מתייחסת ספציפית לעו"ד, אם יש עו"ד די המצאה לעו"ד או למתמחה שלו או בהנחה במשרדו. גם אם הנתבע לא נמצא בארץ ויש לו מורשה בעיקר עו"ד ניתן להמציא הזמנה לדין אל עו"ד. אבל זה רק אם עו"ד מייצג אותנו באותו עניין.

המחשה של התקנה בפס"ד

פס"ד יוסף זאדה - ההמצאה לאחר, לא כולל עו"ד בעניין אחר- מדובר בבני זוג שהיו פרודים הבעל גר בלונדון והוא הגיש תביעת גירושין בבית הדין הרבני בארץ באמצעות עו"ד, ואז האישה והילדים רצו להגיש תביעה למשמורת ומזונות בבית משפט לענייני משפחה, אז הם מסרו את ההזמנה לדין לגבי תביעות אלו לאותו עו"ד שייצג את האב בעניין הגירושין, **המסירה הזאת לא תקינה כי צריך להיות רק באותו עניין ספציפי.**

פס"ד רש"פ נ' גולדמן - ייפוי כוח כללי או ספציפי- התובעים היו קרובי משפחה של הפיגוע בדולפינריום בשנת 2001, הגישו תביעה נזיקית נגד הרשות הפלסטינאית ומסרו את התביעה הזאת לעו"ד יוסף ארנון. העו"ד מייצג את הרשות הפלסטינאית בירושלים והוא טען שהוא לא היה מורשה לקבל את התביעה במקרה הספציפי הזה. ביהמ"ש דחה את הטענות ופירש את ייפוי כוח שקיבל מהרש"פ שזה יכלול כל תביעות נזיקיות. ולא היה צורך דווקא לגבי התביעה הספציפית הזאת.

הרחבה של כלל התפיסה תקנה 482 - המצאה למורשה בהנהלת עסקים

תקנה 482 היא ההרחבה הגדולה ביותר של כלל התפיסה.

המצאה למורשה בהנהלת עסקים, זה מקנה לבימ"ש סמכות. אנחנו מדברים על מצב שהנתבע עצמו גר בחו"ל ויש מישהו שעוסק מטעמו בהנהלת העסק בישראל, ניתן להמציא אליו את ההזמנה לדין. הנוסח של התקנה קצת מכביד, במקור התקנה הייתה מיועדת לסמכות מקומית (אם העסק בירושלים ומורשה בת"א) אבל הפסיקה אימצה את הרעיון של המורשה גם לגבי נתבעים בחו"ל (פס"ד Philip Morris). **על פי תקנה זו, אם יש נתבע בחו"ל ויש מורשה בארץ שעוסק מטעמו בארץ נמצא להמציא הזמנה לדין למורשה בארץ.**

"מישהו העוסק מטעמו" - סוכן מכירות ומבחן אינטנסיביות הקשר

המקרה השכיח של סוכן מכירות, סוכן מכירות בארץ שהיצרן בחו"ל, האם ניתן להמציא את ההזמנה על סוכן המכירות בארץ שהיצרן בחו"ל. **הכל תלוי.**

המבחן שאומץ בפסיקה הוא מבחן "אינטנסיביות הקשר" בין הנתבע בחו"ל לבין המורשה בארץ. ההגדרה בפס"ד general electric "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".

מצד אחד, אם מדברים על סתם יבואן שקונה סחורה מיצרן בחו"ל פעם בהרבה זמן ללא קשר רב במקרה כזה היבואן לא מורשה ולא ייחשב שת"פ. מצד שני, סוכן מכירות ממש מייצג את הנתבע בארץ בכל מיני דברים ויש קשר כמעט יומיומי ביניהם ברור שהוא ייחשב מורשה.

לשיעור הבא: לקרוא פס"ד אבו גאחלה נגד חברת החשמל.**שיעור 2**

דברנו על כללי סמכות השיפוט הבינלאומי. ראינו את הכללים השונים, דברנו על כלל התפיסה, דברנו על הנושא של מורשה ע"פ תקנה 482. אם יש נתבע שמתגורר בחו"ל או אם יש מורשה שמתגורר בארץ ופועל מטעמו בארץ אפשר להמציא את ההמצאה לדין למורשה הזה. אמרנו איך

יודעים האם סוכן מכירות בארץ הוא מורשה או לא- מבחן אינטנסיביות הקשר. לא כל אדם בארץ שעשה עסקה עם נתבע זר יהיה מורשה שלו **בוחנים את אינטנסיביות הקשר**.

תקנה 482-האם יש מסירה למורשה- המשך דוגמאות

1. פס"ד קמור רכב נ' חיים חימו- מדובר בתביעה נגד חברת BMW נמסרה ההמצאה ליבואן של החברה, סוכנות בארץ, עלתה שאלה האם היבואן בארץ הוא מורשה של חברת BMW? יש קשר ביניים, זה לא סתם יבואן שקונה, יש קשרים של **שיתוף פעולה עסקי מתמשך** בין הסוכנות לבין החברה עצמה, לדוג' המחירים היו בפיקוח של היצרן וגם היבואן היה צריך לדווח כל זמן מסוים על מצב השוק בארץ ליצרן המכוניות. כלומר, לא רק עניין של המכירה אלא גם קשר שוטף.

2. פס"ד רפפורט- החברה הישראלית מופיעה כ"סניף" באתר של החברה הזרה- חברה זרה שבאתר האינטרנט שלה הופיע ברשימת הסניפים חברה ישראלית כחלק מהסניפים שלה. מה המשמעות של הדבר הזה, האם החברה הישראלית מעידה על מורשה? התשובה הייתה **כן**, אנחנו רואים במפורש שהיצרן שהוא הנתבע הזר מפרסם "בריש גלוי" באתר שלו שהיבואן הישראלי הוא המורשה שלו. מכאן שיש משמעות לעובדת הרישום באתר.

3. פס"ד מייטג Maytag- **הצהרת החברה הישראלית שהיא מורשה** -לא היה קשר שותף בין החברה הזרה והישראלית. אבל החברה הישראלית הציגה עצמה כאילו היא המורשת של החברה הזרה. האם זה מספיק שמציגה את עצמה כמורשה של החברה הזרה עצמה? **לא מספיק**, שמאשרים הזמנה לדין מחייבים את הנתבע הזר לבוא לישראל.

- **ההבדל בין פס"ד רפפורט לפס"ד מייטג-** הנתבע עצמו ברפפורט מציג שיש לו שלוחה ישראלית ולכן אנשים שרוצים לתבוע אותו ימציאו הזמנה לדין לסניף הזה, העובדה שהוא רשם את זה באתר במפורש מרצונו החופשי מחייבת אותו, לעומת זאת פה בפס"ד מייטג לא נחשב נתבע זר כי הוא לא הכיר בכך שחברה ישראלית הציגה שהיא מורשת וע"כ מדובר בקשר רופף.

4. פס"ד פיליפ מוריס (Philip Morris) - החברה הישראלית ייצגה את האינטרסים של החברה הזרה בכנסת - חברה שיצרה סיגריות והחברה הישראלית הייתה היבואן של הסיגריות, היא גם ייצגה את האינטרסים של היצרן הזר בין היתר בכנסת שהיו הצעות של הפחתת עישון. היה אחד מהשיקולים לקבוע שהיבואן הוא **כן מורשה לפי מבחן האינטנסיביות של הקשר** אם אתה מייצג את האינטרסים של הנתבע בכנסת אתה רואה אינטנסיביות הקשר.

5. פס"ד רייזל נ' הג'אהד האסלאמי- תביעה נגד ארגוני טרור נמסרה למנהיגים של הארגונים בכלא בישראל- רצו לתבוע את הג'אהד האסלאמי אבל אין לו משרד בישראל, איך יכולים להקנות סמכות בישראל, היה להם רעיון, המנהיגים של הארגון יושבים במאסר בכלא הישראלי, המציאו אליהם את ההזמנה לדין. האם אפשר לראות את האסירים, המנהיגים האלו כמורשה של הארגון עצמו? פה **היו ראיות שכן היה קשר איתם, היו בכלא אך היה קשר ביניהם והיה בסיס לקבוע שהם כן מורשים**. צריך לזכור שמהטרה פה זה שאנחנו יכולים להיות בטוחים שהמורשה יעביר את ההזמנה לדין לנתבע הזר ואותם אסירים בארץ ידעו שיש להם קשר עם הארגון ולכן העבירו דרכם את ההזמנה לדין. יש אולי משמעות לזה שיש פה מנהיגים, יש טרוריסטים יותר זוטרים, אך בגלל שפה דובר על מנהיגים אז הם כן שמרו על קשר עם האסירים.

פס"ד Vestel נ' אמפא- מסירה לעובד של החברה הזרה שהגיע לישראל להידברות לגבי עניינים המצויים ביסוד התביעה- היה סכסוך בין אמפא לבין חברה טורקית בשם וסטל, היה קשר עסקי ביניהם שהגיע לידי סכסוך, עובד של החברה הטורקית הגיע לישראל ע"מ לנסות לפתור את הסכסוך בדרכי שלום, כאשר הוא היה בארץ, חברת אמפא מסרה אליו המצאה להזמנה לדין. ניצלו שהעובד נמצא בארץ והמציאו הזמנה לדין תביעה נגד החברה הטורקית. **השאלה-** האם העובד הזה נחשב מורשה לצורך תקנה 484- ביהמ"ש קבע שהוא **לא מורשה**, הם בדקו את היקף האחריות והסמכות של אותו עובד, וגילו שלא מדובר בעובד בכיר ויש לו אחריות וסמכות מאוד מוגבלת ולכן אמרו שלא ניתן להגדירו כמורשה בהנהלת עסקים. ביהמ"ש מתייחס לשיקולי

מדיניות משפטית ואומר שקיים טעם לפגם בהמצאת כתב התביעה כשמטרת הביקור הייתה להידברות בין הצדדים- השיקול הזה כנראה השפיע על ההחלטה. אבל אם באמת היה עובד בכיר קשה היה לראות איך היו יכולים לא לקבוע שימוש כמורשה.

סמכות על אנשים הנמצאים בשטחים המוחזקים

קיימות תקנות סדרי דין (המצאת מסמכים לשטחים מוחזקים) במקור 1969 שתוקנו.

התקנות קובעות שניתן להמציא לנתבע שנמצא ב"איזור" בדרך הקבועה להמצאה בתוך ישראל- כמו שיש כלל התפיסה בישראל ככה אפשר להשתמש בכלל התפיסה נגד נתבע שנמצא בשטחים.

"אזור" זה כל השטחים המוחזקים בידי צה"ל למעט שטחי המועצה הפלסטינית- היום זה יהודה ושומרון למעט המקומות שבשליטה פלסטינאית. במקומות אלו אין בעיה לתפוס את הנתבע כמו שעושים בישראל ולא משנה מה הזהות שלו אם הוא ישראלי או פלסטינאי שגר באיזור הזה, לא רלוונטי כל עוד נמצא באיזור. יכול להיות פלסטינאי שגר במקום אחר ובא לבקר באיזור הזה ניתן להזמין אותו לדין. **בשטחים מחילים את כלל התפיסה, אם ניתנה לו הזמנה לדין מספיקה העובדה שהוא נמצא בשטחים בכדי לתפוס אותו.**

המצאה לנתבע בשטחי הרש"פ

שהנתבע נמצא בשטח הרשות הפלסטינית פה יש צו מיוחד- צו שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשנ"ט-1999, המבוסס על הסכמי אוסלו.

בהסכמי אוסלו הגיעו להסדר מיוחד שמאפשר המצאה לנתבעים שנמצאים בתוך שטחי הרשות אך פה יש פרוצדורה ולא יכולים פשוט להמציא לנתבע הזמנה לדין. **ההמצאה צריכה להיות דרך נציג מוסמך מטעם המועצה הפלסטינאית.** יש ממונה ברשות שזה התפקיד שלו מעבירים אליו והוא אמור להעביר לנתבע. **עוד תנאי הוא תרגום של התביעה לערבית.**

לסיכום ההסדר של המצאה לנתבע ברש"פ:

1. המצאה לדין ע"י העברת המסמך לנציג מוסמך מטעם המועצה הפלסטינית
2. תרגום לערבית של התביעה, מאושר ע"י עו"ד ישראלי.

פס"ד הרשות הפלסטינאית נגד גולדמן-מטרות ואופי ההסדר- הזמנה לדין של תביעה לדין נ"י הרשות הפלסטינאית הומצאה לעו"ד שנמצא בישראל, הרשות טענה שהמצאה לא תקינה כי לא היה תרגום לערבית. ביהמ"ש דחה את הטענה כי הצורך להשתמש בפרוצדורה המיוחדת זה לא קשור לזהותו של הנתבע שמתגורר במקום מסוים אלא קשור למקום ההמצאה הפיזי שתפסו אותו. במקרה של גולדמן המציאו את הבקשה לדין לעו"ד בישראל, לכן לא היה צריך את הפרוצדורה המיוחדת הזאת. לכן **יש מורשה בישראל לא צריך תרגום.** בפס"ד מסביר ביהמ"ש מה המטרה של כל ההסדר להמצאה בתוך הרשות, למרות שלא היה רלוונטי באותו המקרה. הם אומרים שזהו הסדר ביניים, לא צריך אישור או היתר מראש (אך, אם רוצים להמציא לנתבע בחו"ל צריך היתר) אם צריך להמציא לנתבע ברשות הפלסטינאית לא צריך היתר אבל לפחות מגינים על הנתבע רוצים שהתביעה תהיה בשפה שהוא מבין- **איזון בין לא צריך היתר כדי להמציא כתב תביעה לבין הגנה על הנתבע שלפחות יהיה בשפה שהוא יודע.**

**נראה אח"כ המצאה לנתבע בחו"ל- מצגת 4. לגבי המצאה בחו"ל יש ממש הסדר מיוחד בתוך תקנה 500 בסד"א העוסקת בהמצאה לחו"ל.

כפיפות לשיפוט

סמכותו של ביהמ"ש לא קשורה להמצאה, פה זה **ההסכמה של הנתבע מקנה לביהמ"ש את הסמכות.** לכן לא רלוונטי איפה הנתבע נמצא אלא העניין שיסכים. הבעייתיות תהיה במקרה שהוא הסכים ואח"כ התחמק.

ההסכמה יכולה להינתן מראש או בדיעבד:

8. **הסכמה מראש - ע"י תניית שיפוט בהסכם** - בהסכם, הצדדים יכולים לרשום "אנחנו מסכימים להתדיין בפני ביהמ"ש בישראל". זה הסכמה מראש. אפשר לתת אופציה נוספת לשיפוט, מסכימים להתדיין בביהמ"ש של ישראל או ניו יורק - מי שרוצה לתבוע יכול לבחור איפה לתבוע, יש סמכות לשני בתי המשפט כי הצד השני הסכים מראש לסמכות של יותר מבית משפט אחד. [צריך לזכור את ההבחנה שקודם שואלים האם ביהמ"ש מוסמך ואח"כ האם הוא מוכן לשיפוט].
9. **הסכמה בדיעבד** - הסכמה שמשתמעת מהתנהגות של הנתבע אחרי הגשת התביעה.

דוגמאות להסכמה בדיעבד ע"י התנהגות:**הכלל: הופעה בדין על מנת להכחיש סמכות אינה נחשבת לכפיפות**

הלאומית חברה לביטוח נ' חמדאן-עו"ד של הנתבעת הסכים לקבל את כתב התביעה - הנתבעת היא חברת ביטוח שפועלת בשטחי הרשות הפלסטינית והיא ביטחה את המשאית של התובע. התובע טען שמגיעים לו טיפולי ביטוח כי היה נזק למשאית וכי חברת הביטוח צריכה לשלם. חברת הביטוח לא שילמה ורצה לתבוע את חברת הביטוח ברמאללה, העו"ד הגיע למשרד ברמאללה של חברת הביטוח הנתבעת ושם הוא נתן את התביעה (ללא תרגום) לעו"ד של הנתבעת שהיה נמצא במשרד, אותו עו"ד שהיה במשרד חתם שהוא קיבל את כתב התביעה. חברת הביטוח הבינו שלא היו צריכים להסכים לקבל את התביעה וטענו כי הייתה "המצאה שלא כדין" לא מילא את תנאי ההסדר כי לא עבר דרך הממונה ולא היה תרגום לערבית וניסתה לטעון של ביהמ"ש בישראל אין סמכות. ביהמ"ש דחה את הטענות, וקבע שברגע ההזמנה הייתה כפיפות והסכמה, עצם זה שהעו"ד שמייצג את חברת הביטוח חתם שהוא קיבל את התביעה זה נחשב להסכמה לסמכות. העובדה שעו"ד שהיה לו סמכות לקבל הסכמות לדין קיבל את ההסכמה הוא נחשב בקבלתו.

מחאג'נה נ' עמותת מרכז הדמוקרטיה וזכויות העובדים- הנתבעת ביקשה אורכה להגיש כתב הגנה - התובע מר מחאג'נה עו"ד ישראלי שגר באום אל פחם ועבד כיועץ משפטי עבור עמותת שנקראת מרכז הדמוקרטיה וזכויות העובדים. עמותת שיושבת ברמאללה ועיקר עבודתה להגן על זכויות של אזרחים ועובדים פלסטינאים וערבים ישראליים. את חלק מעבודתו עבור העמותה עשה בישראל וחלק מחוץ לה. העמותה פטרה אותו ולא נתנה לו את הפיצויים שמגיעים לו לטענתו. הוא רוצה לתבוע בביה"ד לעבודה הישראלי. הוא רצה לעקוף את ההסכם לתרגם לערבית ולעבור דרך הממונה. הוא הגיש תביעה בביה"ד לעבודה בירושלים ואז הגיע למשרד ברמאללה של המעסיק הקודם והניח להם את ההזמנה לדין. עד כאן זה לא מקנה סמכות. אבל העמותה הזאת העבירה את ההזמנה לדין לעו"ד שלהם והעו"ד ביקש מביה"ד לעבודה בירושלים אורכה לתת יותר זמן להכין את ההגנה. אך פתאום נזכר שלא הייתה המצאה, ועכשיו טוען לחוסר סמכות. הטיעון לא התקבל וביהמ"ש קובע שההגשה של הבקשה ע"י העמותה (למרות שבקשה טכנית לאורכה) העובדה שהגישו דרך העו"ד בקשה לאורכה היא בעצם ההסכמה לשיפוט - **משתמע מהתנהגות**.

הופעה בדין על מנת להכחיש סמכות - אינה כפיפות

מה קורה אם יש המצאה לדג' למורשה והנתבע טוען שההמצאה הזאת לא תקינה, ע"מ לעשות את זה הוא צריך להגיע לביהמ"ש או העו"ד שלו. הכלל הוא שאם אתה מגיע לביהמ"ש רק ע"מ להכחיש סמכות זה לא נחשב כפיפות. השתתפות שלך או של עו"ד מטעמך לא נחשבת כפיפות כל עוד טוענים חוסר סמכות. מותר לו גם לטעון טיעונים לגופו של עניין כל עוד לא מזניח את הטיעון של חוסר סמכות.

פס"ד אינגר-מקרה בו הטיעון של חוסר סמכות נזנח - עו"ד של הנתבע בהתחלה טען חוסר סמכות וגם טיעונים אחרים, אבל אז הוא הזניח את הטיעון של סמכות. אחרי שטענו את כל

הטיעונים לגופו של עניין הוא נזכר ואמרו לו שמאוחר מדי. **ברגע שמזניח את טיעון חוסר סמכות וממשיך לטעון לגופו של עניין זה נחשב שיש כפיפות.** הוא יכול לדבר לגופו של עניין אבל **במהלך כל הדיון להזכיר שאין כפיפות.**

כללי סמכות מיוחדים

הכללים שדיברנו רלוונטיים לכל התחומים. יש בכמה חוקים כללי סמכות מיוחדים:

1. **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** - "בכל מקרה שהצורך לעשות כן התעורר בישראל" כשמדובר בתביעה שמישהו פסול דין או לגבי משמורת קטינים, במצב כזה לביהמ"ש יש סמכות בכל מקרה שהצורך לעשות כן התעורר בישראל, זה מבחן מאוד גמיש שלא משנה איפה הנתבע ולא תלוי בהסכמה - אם ביהמ"ש חושב שיש צורך אזי יש לו סמכות. (ביהמ"ש רוצה להגן על הילד וזה נותן לו סמכות ולא קשור לדברים טכניים של המצאה או לא)
2. **חוק הירושה תשכ"ה, 1965 - ס' 136** - "ביהמ"ש בישראל מוסמך בירושתו של כל אדם שמושב ביום מותו היה בישראל או שהניח נכסים בישראל" בתיק של ירושה לביהמ"ש יש סמכות אם מדובר במנוח שמקום מושבו - מרכז קיומו וחיו היה בישראל אזי לביהמ"ש יש סמכות. "או שהניח נכסים בישראל" - מדובר על יורשים זרים וכשיש נכסים של הנפטר בישראל. **לסיכום**: 1. מקום מושב של נפטר 2. נכסים של הנפטר בארץ.

סירוב להפעיל סמכות

ישנם מצבים בהם ביהמ"ש יסרב להפעיל סמכותו על פי בקשתו של הנתבע.

יש 3 עילות לסירוב להפעיל סמכות:

1. **תניית שיפוט זרה - Foreign jurisdiction clause** - תנייה בחוזה שקובעת שההתדיינות שנובעת מהחוזה תתקיים במדינה מסוימת בחו"ל-מדינה זרה.
2. **הליכים תלויים ועומדים - Lis alibi pendens** - מצב בו כבר קיימים בחו"ל הליכים תלויים ועומדים בין הצדדים באותו עניין.
3. **פורום לא נאות - Forum non conveniens** - טענה שישראל אינה הפורום המתאים לדון בעניין, כי קיים פורום זר טבעי יותר.

מינוחים: שביהמ"ש מסרב להפעיל את סמכותו אז יש מספר מילים שמשמשים בהם בצורה נרדפת, ביהמ"ש מוחק את ההליכים לפעמים אומרים שהוא **זוחה** את ההליכים ולפעמים מדברים על **עיכוב** ההליכים או **העמדת** ההליכים וגם **הפסקת** ההליכים. לכאורה אין הבדל בין המונחים שמצביעים שלמרות שביהמ"ש בעל סמכות הוא מסרב לדון.

1 - תניית שיפוט זרה -

בתניית שיפוט זרה שיש לנו התנגשות בין 2 עקרונות:

1. **כלל התפיסה** - הייתה המצאה כדין - כלל התפיסה המבוסס על עקרונות הריבונות הטריטוריאלית. האדם נמצא פה בארץ המורשה שלו בארץ אז יש לביהמ"ש סמכות ואין סיבה שלא ידון בעניין.
2. **כיבוד הסכמים** - הצדדים הסכימו מראש להתדיין במדינה אחרת שאינה ישראל.

איך ביהמ"ש מיישב בין עקרונות אלו?

1. תניית שיפוט זרה אינה שוללת את הסמכות של ביהמ"ש הישראלי הוא פשוט לא משתמש בסמכותו לדון באותו מקרה.
2. אולם כאשר יש תניית שיפוט בלעדית/יחודית לבימ"ש זר, ביהמ"ש יסרב להפעיל את סמכותו אלא אם התובע מוכיח שקיימת סיבה טובה ומוצדקת להתדיינות בישראל על אף תניית השיפוט.

ביהמ"ש לא מרים ידיים אבל הנטייה שלו ונקודת המוצא, שאם יש תניית שיפוט בלעדית הוא מכבד את התנייה ולא ימשיך לדון לגופו של עניין אבל יש פתח שהתובע יכול לטעון סיבה טובה- הפרת תניית השיפוט.

תניית שיפוט בלעדית לעומת תניית שיפוט מקבילה - אופי והיקף תחולה של

תניית שיפוט

10. **תניית שיפוט בלעדית/יחודית-** מעניקה סמכות בלעדית לבימ"ש מסוים **ואין מלבדו**. צריך להיות ברור שהצדדים יתכוונו שההתדיינות תתקיים רק במדינה מסוימת.
11. **תניית שיפוט מקבילה-** מקנה סמכות לבימ"ש מסוים אך אינה שוללת את האפשרות שהסכסוך יתברר בבתי משפט אחרים:

- אם תניית שיפוט מקבילה אינה מונעת מאחד מהצדדים לפנות לבימ"ש במדינה אחרת אז מה המטרה של תניית שיפוט מקבילה? יכול להיות כל מיני הגבלות של הפורומים. למשל שכותבים בהסכם ש-שני צדדים מסכימים לסמכות של בימ"ש בלונדון" זה לא מונע מאף אחד מהצדדים לתבוע בכל מדינה אחרת. אז מה הייתה המטרה של קביעה שיכולים רק בלונדון? **שלא יהיה מצב שלא יהיה שיפוט בלונדון**, אם לא היו כותבים את זה וצד אחד לא היה רוצה ללכת ללונדון לא היה מאפשר להקנות סמכות. **ברגע שכותבים שיש לבימ"ש בלונדון סמכות יש כפיפות לסמכות ביהמ"ש בלונדון- שני הצדדים יודעים שיש אפשרות לתבוע בלונדון ולא תהיה בעיה של סמכות שיפוט בלונדון אבל אף אחד לא מתחייב לתבוע שם. לא שולל פנייה לבית משפט אחרים**
- **תניית שיפוט מקבילה לא בסיס לסרב להטיל סמכות-** זה לא שלל את הסמכות. צריך לפרש את תניית השיפוט ולראות האם הכוונה שהצדדים שללו את האפשרות לפנות למדינות אחרות או לא.

פס"ד ת.א. 1231/08 ת.מ.ק. נ' שיקו- האם תניית השיפוט חלה על תביעה שכנגד? (לא)- היה חוזה בין ת.מ.ק לבין שיקו. ת.מ.ק היא חברה גרמנית והיא היצרן של צינורות מפלדה וע"פ החוזה שיקו החברה הישראלית קונה את הצנרת מהחברה הגרמנית. בחוזה היה תניית שיפוט **זו צדדית**, נקבע שאם החברה הישראלית שיקו תובעת את ת.מ.ק תהיה סמכות לבתי משפט בגרמניה, אבל אם ת.מ.ק תובעת את שיקו תהיה סמכות בלעדית לבתי משפט בישראל. אנחנו רואים דגם של תניית שיפוט זו צדדית ותלוי מי תובע את מי. **תנייה זו צדדים מגנה על כל צד שאפשר לתבוע אותו במגרש הביתי שלו**. במקרה הזה ת.מ.ק תבעה את שיקו בישראל, ואז שיקו (הישראלית) הגישה תביעה שכנגד נגד ת.מ.ק גם בישראל. החברה הגרמנית טוענת שיש תניית שיפוט שאם תובעים אותנו זה רק בגרמניה- תניית שיפוט על תביעה שכנגד. **ביהמ"ש קבע שאפשר לתבוע להגיש את כתב התביעה ותניית השיפוט לא חלה על התביעה שכנגד. ברגע שהחברה הגרמנית תובעת בישראל אז היא לא יכולה להתלונן אם מגישים אליה תביעה שכנגד.** יש פה עניין של יעילות כי אם לא יהיה פיצול ויהיה הליך מקביל בגרמניה של שיקו נגד ת.מ.ק בעוד בארץ ת.מ.ק נגד שיקו יהיה הליך מקביל עם טענות דומות שלא נצרך ואינו יעיל.

סיבה טובה- מהי?

אמרנו שכקיימת תניית שיפוט בלעדית ביהמ"ש מסרב לדון אלא אם כן מתקיימת "סיבה טובה" ונטל ההוכחה על התובע שצריך להצדיק את זה שהפעיל את תניית השיפוט. נשאל השאלה מהי "סיבה טובה":

1. **התובע לא יקבל צדק במדינה הזרה-** התובע צריך להוכיח שלא יקבל צדק במדינה האחרת.

פס"ד מנחה: בע"א 165/60 אוניון נ' עזרא-עזרא גר בעירק שם עשה ביטוח חיים עם חברת אוניון, חברה צרפתית, הפוליסה של ביטוח החיים. הייתה תניית שיפוט בלעדית לטובת בתי משפט בעירק, הדבר הגיוני כי באותם ימים גר עזרא בעירק. אח"כ הוא עלה לארץ והוא רצה וטען שמגיע לו כסף ששילם ורצה לתבוע את חברת אוניון, תבע אותם בארץ, חברת אוניון טענה את תניית השיפוט. אבל התובע היה צריך להוכיח שבימים אלו לא יקבל צדק בעירק הוא הוכיח שברח משם כי הייתה שם הפליה קשה נגד יהודים ולכן ביהמ"ש בישראל הסכים לדון בתביעה.

פס"ד אנגלי Carvahlo v Hull Blyth- מדובר בתניית שיפוט לטובת מדינת אנגולה באפריקה, בעצם אחרי חתימת החוזה התובע ברח מאנגולה כי הייתה שם מהפכה צבאית והוא היה נחשב עוין למשטר, הוא תבע באנגליה ולא באנגולה והוכיח שלא יקבל צדק באנגולה וקיבלו את זה.

12. במקרים אלו היו שינוי נסיבות, שינוי משטר או דבר חמור. שינוי נסיבות כשלעצמו לא נחשב סיבה טובה כי יכול להיות בהרבה מקרים שינוי נסיבות, רק אם אתה יכול להוכיח שבגלל שינוי הנסיבות לא תקבל שם צדק אז יקבלו זאת. לא מספיק שיש שינוי ולא נוח לך, חייבים להוכיח שלא תקבל צדק באותה מדינה.

(השוואה) ע"א 433/64 נברום מריטיס בע"מ נ' הסנה- מקרה הפוך- שהיה שינוי נסיבות שלא גרם לאי צדק ולכן ביהמ"ש כיבד את תניית השיפוט וסירב לדון בעתירה.

הבהרה: כלל התפיסה מקנה לבימ"ש סמכות והשאלה אם יסרב להפעיל סמכות אם תניית שיפוט לא בלעדית זו לא סיבה לא להפעיל סמכות. תמיד כלל תפיסה מקנה סמכות ואם הנתבע לא רוצה להתדיין לישראל השאלה תהיה האם הוא יכול להכניס את עצמו לאחד משלושת הבסיסים להטיל סמכות.

2. **התיישנות במדינה הזרה-** מקרה שהתביעה התיישנה במדינה הזרה. האם פה התובע יכול לבוא ולהגיד שלא יקבל צדק במדינה זרה כי שם תקופת התיישנות קצרה יותר מפה ואם יתבע שם לא ידונו כלל. האם זו נחשבת לסיבה טובה?

ע"א 65/88 אדרת שומרון נ' הולינגווסרט- מדובר בתניית שיפוט לטובת גרמניה, התובע התמהמה ואחרי שהבין שהתביעה התיישנה בגרמניה אז תבע בישראל. בגרמניה תקופת התיישנות 3 שנים ובישראל 7 שנים. התובע טען שלא יקבל צדק בגרמניה, הטיעון לא התקבל בבימ"ש ואמרו שהיה על התובעת לנקוט צעדים בגרמניה בשלב מוקדם יותר. בפס"ד זה בעצם קיבלו את דעת המיעוט של פס"ד פירמנס פנד- אי אפשר לתבוע בארץ ללא סיבה טובה התובעת הייתה צריכה לנקוט צעדים קודם לכן.

(השוואה) פירמנס פנד נ' "אנטרייה"- ביהמ"ש ישראלי כן הסכים לדון למרות תניית שיפוט זרה, במקרה זה התיישנות במדינה זרה היה חצי שנה.

13. לא ברור האם בפס"ד אדרת שומרון הייתה הבחנה של שלוש שנים לעומת חצי שנה בפירמנס ולכן היה צריך לפעול. אפשרות נוספת שפשוט באדרת שומרון אמרו שפס"ד פירמנס היה טעות והחלטה לא הייתה ברורה (אימוץ דעת המיעוט וביטול הפס"ד הקודם). אבל יש מקום לומר שאלו שני מקרים שונים ואולי קיים פתח שאם היו נסיבות קיצוניות לאי יכולת דיון או תקופת התיישנות קצרה- לקבל את הדיון.

פס"ד Hecke- פס"ד של כלל התפיסה, אם מסרו הזמנה לדין בארץ לאדם שבא רק לצורך מתן עדות בדיון. היה טיעון של הנתבע על פורום לא נאות כי כל העניין לא היה קשור לישראל. התובע אמר שהוא לא יכול לתבוע במדינה הזרה שזה הפורום הנאות כי שם הייתה התיישנות. ביהמ"ש כן התחשב בטיעון הזה והתנה הפסקת ההליכים בארץ בכך שהנתבע יתחייב שהוא לא יעלה את טיעון ההתיישנות במדינה הזרה. רואים כי התובע בארץ טוען להתיישנות וביהמ"ש מתחשב בזה, אומר שלא נדון בארץ ונפסיק את ההליכים בארץ רק בתנאי שהנתבע מתחייב שלא יעלה את עניין ההתיישנות שם.

דין: למה אימצו את הפטנט במקרים של פורום לא נאות (התחשבו בזה ואמרו צריך לדון שם אבל נדאג שלא יטענו התיישנות) ומנגד, לא השתמשו בכך בהקשר של תניית שיפוט זרה (אומרים בעיה שלך לא תבעת בזמן)?

בפורום לא נאות לא היה מראש שום התחייבות או תנייה שהצדדים צריכים לדון במדינה מסוימת ולכן במצב כזה אנחנו חושבים על אי הצדק שייגרם לתובע, לעומת זאת כשמדובר בתניית שיפוט התובע ידע טוב שצריך להתדיין במדינה הזרה ואם לא עשה את זה, זוהי בעיה שלו ולכן לא באים לקראתו בשל כך שהמתין זמן רב.

3. תנייה מקפחת- תניית השיפוט היא בעצם תנייה מקפחת.

רע"א Lake Marion Golf Estates 99/06 נ' פרוור ואח' - מדובר בתושבים ישראלים שרכשו נכסים להשכרה במדינת פלורידה מחברת נדל"ן אמריקאית לאחר שהאחרונה פרסמה על כך בישראל. בתוך החוזה שחתמו עליו הייתה תניית שיפוט בלעדית לטובת בתי המשפט בפלורידה. אח"כ הישראלים גילו שעבדו עליהם והנכסים שם לא היו כמו שתיארו אותם, הם הגישו תביעה ייצוגית בארץ נגד חברת הנדל"ן בגין מצג שווא, הם גם תבעו את חברת השיווק הישראלית. **לא הייתה בעיה של סמכות כי החברה הישראלית הייתה מורשית של חברת הנדל"ן הזרה.** החברה האמריקאית טוענת על תניית שיפוט בלעדית לטובת פלורידה ולכן ביקשו מביהמ"ש בישראל לא לדון בארץ. ההחלטה הייתה ע"י הרשם הזר **שקבע שפה תניית השיפוט היא תנייה מקפחת בחוזה אחיד ולכן היא בטלה.** הוא נתן נימוק נוסף למה ביהמ"ש בישראל ידון ואמר שבכל אופן אין לעקוף את תניית השיפוט כי אם מפסיקים את ההליכים בארץ זה יגרום לפיצול הליכים - יהיו הליכים נגד חברת השיווק פה בישראל ובמקביל יהיו הליכים אותו דבר נגד החברה האמריקאית בארה"ב בגין מצג שווא, **הוא חושב שהסיכון לפיצול הליכים זה סיבה טובה לא לאכוף את תניית השיפוט.**

במקרה הזה היה ערעור לעליון, ביהמ"ש העליון רק אישר את הנימוק הראשון שזה הנימוק של תנייה מקפחת ולא קיבל את נימוק של פיצול הליכים. ביהמ"ש העליון אמר במפורש שלא מתייחס לשאלה האם סכנה של פיצול הליכים זו סיבה טובה לא לאכוף את תניית השיפוט והסיבה נשאר בסימן שאלה.

ההלכה - אם מדובר בתנייה מקפחת בחוזה אחיד היא בטלה כמו כל תנייה מקפחת אחרת ואם היא בטלה אז אין תניית שיפוט בלעדית ואין בסיס לא להתחיל את ההליכים.

לדעת המרצה - השאלה שלא התייחסו בפס"ד היא למה בדקו את תוקף תניית השיפוט (אם מקפחת או לא) על פי הדין הישראלי, הדין שחל על החוזה הזה הוא בכלל דין פלורידה. מדובר בחוזה לקנות נדל"ן שהדין של מקום הנדל"ן חל שם. אם באמת חל דין פלורידה ורוצים לדעת אם התנייה תקפה או לא היה צריך לדון על פי דין פלורידה, מכיוון שלא טענו דין זר ביהמ"ש מחיל את הדין הישראלי. לדעת המרצה, החברה הזרה יכלה לטעון זאת אך משום מה לא עשתה זאת.

2- הליכים תלויים ועומדים

הבסיס השני שלפיו ביהמ"ש יכול לסרב להפעיל סמכותו זה הליכים תלויים ועומדים. **בעבר,** העילה הזאת הייתה עילה עצמאית וזה היה לפני אימוץ של הדוקטרינה של הפורום הלא נאות. **(פס"ד פרלמוטר). היום,** זה שבמדינה זרה יש הליכים תלויים ועומדים זה לא עילה נפרדת אלא אחד מהשיקולים בתוך הדוקטרינה של הפורום הלא נאות.

3- פורום לא נאות

אימצנו את הדוקטרינה של הפורום הלא נאות מהדין האנגלי, בפסיקה הישראלית רואים שההתפתחות בארץ מקבילה לאנגליה.

התפתחות דוקטרינת הפורום הלא נאות באנגליה:

עד שנות ה-80 מבחן צר של " תביעה טרדנית ומציקה" – מוזכר בפס"ד **פרלמוטר**. אמרו שהיו מוכנים להפסיק את ההליכים רק אם התביעה הייתה טרדנית ומציקה. זה מתחם מאוד צר. היה אספקט של חוסר תום לב, התובע תבע פה דווקא כדי להציק לנתבע.

פס"ד המנחה "The Spiliada" (1987) – בית הלורדים באנגליה אימץ את דוקטרינת של הפורום הלא נאות. על פי הדוקטרינה ביהמ"ש יעכב/יחזיק הליכים לפי בחינת המבחן הדו שלבי.

המבחן דו שלבי:

1. "אם **הנתבע** מוכיח כי קיים פורום זר מוסמך שהינו באופן ברור פורום טבעי יותר. (נטל **על הנתבע**)" כלומר, יוכח שקיימת מדינה אחרת שבה אפשר להתדיין והפורום שם יותר טבעי. זה לא השאלה אם ישראל נאות או לא אלא צריך להראות מדינה אחרת שהיא יותר נאות- יותר טבעית.

14. אם הנתבע מרים את הנטל ביהמ"ש יעכב את ההליכים **אלא אם** :

2. **התובע** מוכיח שלא יקבל צדק בפורום הזר (**נטל על התובע**) – השלב מתקיים רק אם התובע טוען את זה, אם לא, לא נכנסים לזה.

רואים את הדימיון עם תניית השיפוט. **לא זורקים תובע למקום שלא יקבל צדק**. צדק יפורש בצורה רחבה יותר מתניית שיפוט. לא מדברים על תובע שהפעיל תניית שיפוט אלא בחר במדינה שהיא לא הכי טבעית.

אימוץ הדוקטרינה של "פורום לא נאות" בארץ:

1. **לפני 1979**: לא היה צורך בארץ לדוקטרינה של הפורום הלא נאות ולא הייתה בעיה שאנשים יתבעו בישראל ללא קשר לארץ. לפני 1979 הייתה דרישה של סמכות שיפוט מקומית שמחייבת איזה זיקה עם מקום מסוים בארץ, חוזה נחתם או בוצע פה אם קיימת סמכות שיפוט מקומית זה קיים בארץ וזה לא מקרה שלא יחול עליו פורום לא נאות- **הספיקה זיקה פשוטה למקום בארץ- סמכות שיפוט מקומית**.

2. **ב-1979**: בוצעו שינויים לתקנות הסד"א וניתנה סמכות מקומית שיורית לבתי המשפט בירושלים (היום: תקנות סד"א התשמ"ד-1984, תקנה 6). גם אם אין קשר עם שום מחוז בארץ ולא קיימת סמכות שיפוט אתה יכול לתבוע בירושלים דבר שגרם לפתח של תביעות שלא קשורות לארץ (לנתבע שהומצא לדין בארץ).

15. **בשל התיקון בסד"א וכניסת תביעות לא רצויות בירושלים גם ללא סמכות שיפוט, היה צורך לבטא את הדוקטרינה של הפורום לא נאות**

3. **פס"ד אבו-ג'חלה נ חברת החשמל**: פס"ד בעליון שאימץ את דוקטרינת הפורום הלא נאות תוך הסתמכות על *The Spiliada* ועל הפסיקה האמריקאית. במקרה הזה הפורום הטבעי היה ביהמ"ש של האיזור והנתבע היה צריך להוכיח פורום זר שטבעי יותר. חברת החשמל אמרו שיש לדון בבתי משפט של פלסטינאים באיזור, טענה שבת המשפט המקומיים זה הפורום הטבעי ביותר כי הנפגע גר שם, מקום העוולה היה שם וגם החברה למרות שפורמלית זה חברה ישראלית בפועל פעלה בשטחים. **חברה החשמל הרימה את הנטל בשלב הראשון של הבדיקה הדו שלבית והוכיחה פורום זר שהוא מתאים יותר**. בשלב השני, התובע יכול היה לטעון שלא יקבל צדק במדינה הזרה- בבתי המשפט של הרשות- טען לפיצוי נמוך יותר, התיישנות ורמת זהירות נמוכה- טען שלא יקבל צדק. **ביהמ"ש לא קיבל את הטענות האלו**. לגבי ההתיישנות הנתבעת (חברת החשמל) הסכימה מראש שלא לעלות את הטענות של ההתיישנות בבימ"ש זר. (אם לא היו מעלים יכול להיות שהיה פה חוסר צדק). למה רמת הפיצויים לא נחשבת לעניין של חוסר צדק? כי יכולים להיות הבדלים, **הצדק פה הוא יחסי וזה עניין של פיצויים המשקפים נורמות ודרכי חיים במדינות מסוימות**. כמו כן, לדעת המרצה ביהמ"ש חשש מהצפה של תביעות

דומות של דברים שהתרחשו בשטחים- הצפת בתי משפט ולכן בגלל שלא היו טיעונים קבילים לא קיבל את טענת התובע לשיפוט בארץ.

קריאה לשיעור הבא:

16. רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ The Lockformer Co ' פס"ד שרלוונטי לפורום נאות וגם המצאה לחו"ל.

שיעור 3

ביהמ"ש רשאי לסרב להחיל את סמכותו במסגרת **3 עילות מוגדרות**- תניית שיפוט זרה, הליכים תלויים ועומדים (ראה שיעור קודם) ופורום לא נאות.

יישום מבחן פורום לא נאות בארץ

בארץ דוקטרינת הפורום שאיננו נאות אומצה בפסיקה ע"י **קביעת טבעיות הפורום על פי מבחן מירב הזיקות**. באים ושואלים האם מאזן הזיקות נוטה באופן ברור לפורום הזר, נטל ההוכחה על הנתבע.

מבחן מירב הזיקות כולל התחשבות בשלושה רכיבים:

- **שקלול הזיקות האובייקטיביות עם שני הפורומים**- הזיקות האובייקטיביות עם הפורום שלנו שבו התובע רוצה להתדיין תוך השוואה אל מול הזיקות האובייקטיביות של הפורום הזר שהנתבע טוען שהוא הפורום הטבעי.

- **הציפיות הסבירות של הצדדים**

- **אינטרסים ציבוריים**

הביטוי מירב הזיקות אינו מבחן כמותי, לא עושים רשימה של כל הזיקות עם הפורום שלנו ועם הפורום הזר כלומר, לא בודקים מה יותר ארוך כי לא מדובר במבחן כמותי אלא איכותי. מדובר במשקל שאנחנו מייחסים לכל הזיקות, יש מרווח תמרון ויש מניפולציה של ביהמ"ש הוא מחליט מה התוצאה הראויה ואז הוא שם את הדגש על הזיקות שפונות לתשובה שמתאימה לו.

1- הזיקות האובייקטיביות בפורומים האפשריים

1. זיקות עובדתיות:

אלו דברים הברורים מאליו כגון **מקום מגורים** של הצדדים ושל העדים, מקום האירוע, **שפת המסמכים**, **מיקום התאגידים** או העסקים. בבחינה זו יש עניין במקום **מגוריהם של העדים במשפט**, יש עניין במקום האירוע, העוולה או הפרת החוזה עצמם. אפשר לומר **שההתקשרות עצמה היא אירוע** ולכן לא חייב להיות אירוע אחד ואפשר לראות הדברים כמכלול. שפת המסמכים גם רלוונטית אבל בד"כ אם הם באנגלית כך שלא מייחסים משקל רב לזה כי היא שפה בינלאומית אבל אם מדובר במסמכים הכתובים בעברית יש זיקה לארץ.

לסיכום: בבחינת הזיקות העובדתיות אנו בוחנים את השאלה הפרקטית איפה יותר קל לנהל הדיון תוך לקיחה בחשבון של שפת המסמכים ומיקום העדים. יש גם היבט מהותי של הקשר מהותי בין כל האירוע לבין הפורומים המתחרים. אירוע שמתקיים באחד ממקומי הפורומים ילמד לא רק על זיקה פרקטית אלא גם יבטא זיקה מהותית. יש לזכור כי לא מדובר ברשימה סגורה אלא זיקות שביהמ"ש התחשב בהם בפסיקה הקיימת וייתכן שיורחבו בעתיד.

2. בחינת מהו הדין החל-

האם השאלה איזה דין יחול רלוונטית לטבעיות הפורום?

בפס"ד הגבס- חל הדין של מדינת אלינוי בארה"ב. לא היה מחלוקת על תחולת דין אלינוי אלא המחלוקת הייתה איפה יתקיים הדין- האם יתקיים בישראל או יתקיים באלינוי. שבוחנים טבעיות הפורום בודקים האם זה היה רלוונטי? **יש טיעונים לכאן ולכאן הדין הזר הוא שיקול אבל לא מכריע, בסופו של דבר העובדה שחל דין זר לא מונעת ההתדיינות בארץ.**

המלומד פרופ' קרייני- כתב על הקשר בין סמכות שיפוט לבין ברירת הדין, למרות שהם שונים טוען שיש קשר ביניהם. לדעתו תחולת הדין כן צריכה להיות שיקול גם אם לא מכריע אל שיקול בעל משקל משמעותי, למרות גישתו, הפסיקה לא הולכת בכיוון זה.

• **בפס"ד מסיקה נ' דולנס-** דובר על הניתוח בסלובניה, דווקא **במחוזי** קבעו שישראל פורום לא נאות ואחד השיקולים שם היו שחל דין סלובניה ולכן ביהמ"ש הישראלי אינו הפורום הנאות. מאידך, **העליון** הפך את קביעת המחוזי באומרו שלא הוכח שישראל פורום לא נאות ובכלל לא מזכיר את עניין הדיל החל.

בפס"ד הגבס- רואים שיש התייחסות לדין החל אל מול הפורום הלא נאות, אבל לא מייחסים משקל כבד לכך שהדין החל הוא של מדינת אלינוי.

פס"ד אשבורן- החלטה של השופט רובינשטיין. היה טיעון שחל דין קוויבק של קנדה, הנתבע טען לפורום לא נאות. אחד הטיעונים שעלו היה שיחול דין קוויבק. **רובינשטיין** אומר שלא צריך לקבוע אם חל קוויבק. במקרה זה לא היה ברור אם חל דין קוויבק או לא לדעתו של רובינשטיין לא צריך לקבוע אם חל דין חיצוני כי אפילו אם כן חל דין זה אין בכך כדי להטות את המאזן לטובת הפורום הקנדי. מכאן אנו למדים שגם לדידו לא שיקול הדין הזר איננו שיקול מכריע או בעל משקל כבד.

יש לשים לב כי פורום לא נאות הוא **הליך מקדמי** בו בוחנים האם הדין בתיק מתקיים בארץ או לא, אם נרצה לייחס משקל כבד לברירת הדין הזר החל אז לא נצטרך להיכנס כבר בשלב המקדמי לדין החל וזה דבר בעייתי במקרים בהם יש ספק.

ממכלול פס"ד נראה כי הדין החל איננו שיקול מכריע או חשוב אבל במקרים מסויימים ביהמ"ש רשאי לתת לכך משקל לפי ראות עיניו.

3. מהי האפשרות לאכוף את פסה"ד?

במסגרת הבדיקות האם זה רלוונטי שלא תהיה אפשרות לאכוף את פס"ד במדינה מסוימת. אם הדין יתקיים באחד המדינות ואח"כ לא ניתן יהיה לאכוף את הפס"ד האם אכיפה עתידית רלוונטית בשלב של קביעת הפורום הנאות? **נראה כי קיים שיקול של הצדדים אם הצדדים רוצים לקחת את הסיכון באכיפת הדין.**

פס"ד הגבס- טיעון אי יכולת לביצוע הדין לא אמור להישמע מפי הנתבע- בפס"ד זה עלה עניין יכולת האכיפה. טענו את הבעיה של אכיפת פס"ד. **הנתבע-** החברה האמריקאית אומרת שאם הדין יתקיים בישראל יהיה בעיה לאכוף את פס"ד בארה"ב, הבעייתיות שאומרים שהשיקול הזה לא אמור להישמע מפיו של הנתבע כי לנתבע לא אמור להיות משנה איפה הדין יהיה אלא זה אפילו לטובתו שדנים במקום בו לא ניתן לאכוף כך שדווקא במקרה זה הטיעון מפיו נשמע אבסורדי והיה עליו לא לטעון אותו כלל. הכלל הוא שאם התובע מוכן לקחת את הסיכון אז הנתבע לרעתו היה לטעון טיעון כזה.

- **השופט אור-** השאיר פתוח את הנושא האם טיעון של אי יכולת אכיפה לגיטימי שישמע מפיו של התובע.
- **השופט טירקל-** מדובר בשיקול חיצוני שלא מעניינו של ביהמ"ש להתעסק בו, לדעתו ייתכן שישמע מפי הנתבע כי דברים יכולים להשתנות אולי היום לא ניתן לאכיפה אבל בעתיד כן יתאפשר, אולי בעתיד יהיו לנתבע נכסים בישראל.

פס"ד ירון מרכוס - לא תמיד אפשר לדעת אם תהיה אפשרות לאכוף-עניין המוניטין- מרכוס היה תלמיד תיכון בישראל שנסע לאוסטריה במסגרת משלחת ישראלית להשתתף בסמינר בינלאומי של תלמידים ממדינות שונות. הילדים שיחקו משחק בשדה ושמו משהו על העיניים וקומביינר קטע את הרגליים שלו, הייתה רשלנות חמורה. לאחר טיפולים המשך עם חייו. מרכוס רצה לתבוע את הארגון האוסטרי שארגן את המשלחת, הוקנתה סמכות והשאלה שעלתה היא של פרום לא נאות. הארגון האוסטרי טען שישראל היא לא פרום נאות כי לא תהיה אפשרות לאכוף את פסה"ד באוסטריה. כפי שראינו טענה של הנתבע בעניין פרום לא נאות היא בד"כ טענה פסולה. ביהמ"ש העיר שלפעמים גם נתבעים יהיו מוכנים לשלם את המחיר שלא ניתן יהיה לכבד את פס"ד - כלומר לא לאכוף אותו וזה בגלל **מוניטין בינלאומי**. ייתכן שהנתבע גם אם לא יתאפשר לאכוף לא רוצה שיצא נגדו שם רע והוא כן ישלם כדי לקבל רק פס"ד גם אם בפועל לא יוכל לגבות את הכסף- **נסיבות חוץ משפטיות**.

פס"ד קציר נ' ZAO - איך יכול הטיעון יבוא מהתובע?.

שני הצדדים יטענו את כל הזיקות עם שני הפרומים, הנתבע עם המדינה הזרה והתובע יגיד את כל הסיבות שהדיון יתקיים בישראל. התובע אולי ירצה לטעון שמכיוון שאין אפשרות לאכוף במדינה זרה זה דווקא סיבה שהדיון יתקיים בישראל.

התובע היה בנק זאו, בנק רוסי, שתבע את מר קציר שעלה לארץ מרוסיה והיום הוא איש מבוסס עם בית בסביון. הבנק הרוסי טען נגדו על מרמה והונאה בגלל שלקח המון כסף. הטיעונים והרקע לתביעה היו מבוססים על מעשים שנעשו ברוסיה בזמן ששני הצדדים היו תושבי רוסיה, אבל בכל זאת הבנק הרוסי תובע בישראל, קציר, בתור נתבע, טוען לפרום לא נאות. לדידו, כל הזיקות עם רוסיה כל האירועים והמסמכים היו משם. הבנק מנגד משיב שכיום אין למר קציר נכסים ברוסיה אבל יש לו נכסים בישראל ולכן יהיה לנו אפשרות לאכוף את פסה"ד רק בישראל ולא ברוסיה. **נשאלת השאלה האם הטיעון של אי יכולת לפירעון מפס"ד, רלוונטי שזה בא מהפה של התובע?**

- **המחוזי-** אי יכולת פירעון הוא לא רק טיעון רלוונטי אלא אף שיקול מכריע פה, כי אין טעם לתבוע ברוסיה ללא יכולת לקבל את הכסף.
- **העליון-** הפך את החלטת המחוזי. חוסר אפשרות לאכוף הוא אכן שיקול לגיטימי אם הוא בא מפיו של התובע אבל זה לא יכול להתגבר על כל השיקולים האחרים שהיו לטובת רוסיה.
- **במקרה אחר-** שהזיקות היו יותר מאוזנות וחלק מהפעולות נעשו בישראל או היו קיימים מסמכים בעברית באמת היה שיקול אי יכולת לאכוף, בעל משקל רב יותר לתביעה בישראל.

אם הטיעון של חוסר אפשרות לאכוף בא מהנתבע הוא לא רלוונטי, אם בא מהתובע כן יכול להיות שיקול אבל לא תמיד שיקול מנצח אם כל השיקולים האחרים בכיוון השני

2- ציפיות הצדדים (הסבירות)

1. מה אומר סעיף ברירת הדין על ציפיות הדדים בעניין מקום השיפוט-

פס"ד הגבס: מה משמעות של סעיף ברירת הדין? הייתה שאלה איך יודעים מה ציפיות של הצדדים. הנתבע ניסה להגיד שיש בחוזה סעיף של ברירת הדין לטובת דין אלינו, מזה ברור לצדדים שגם הדיון יהיה באלינו. ביהמ"ש לא קיבל טיעון זה ואמר שאם הם היו מתכוונים שהדיון יהיה באלינו לא ברור מדוע לא רשמו זאת בחוזה, אפשר ללמוד מהעובדה שלא רשמו את מקום השיפוט שכנראה זה לא היה ברור להם. אם באמת הם הסכימו והיה ברור שזה יהיה באלינו זה לא אמור להיות קשה להוסיף להסכם שהדיון יהיה בביהמ"ש באלינו ומכאן שדווקא העובדה שלא עשו שזאת מראה שלא הסכימו. **המחוזי** כן קיבל אבל **העליון** הפך את הטיעון. **לא מתייחסים לס' ברירת הדין וצריך לבדוק מה ציפיות סבירות של הצדדים הללו, אם מדובר בחברה גדולה, יצרן גדול שמוכרים את הסחורה שלהם לכל מיני מדינות, הם צריכים לצפות**

שביום מן הימים אחד מהלקוחות יתבע אותה במדינה של הלקוח וזאת במיוחד כשיש סוכן בארץ.

2. איפה חברת תיירות מצפה להתבע?

ארבל נ' TUI AG ואח': מה מצפה חברת תיירות? מחלוקת בעניין ציפיות הצדדים. התובע הוא ישראלי שנסע לנופש לתורכיה במסגרת חבילת נופש מאורגן ומי שארגן את הנופש היתה חברה תורכית, לצערו כאשר היה במועדון לילה הניתן כחלק מחבילת הנופש- נפצע. הוא רצה לתבוע בארץ את החברה התורכית שארגנה את הנופש, החברה התורכית טענה לפורום לא נאות. אחד מהשיקולים היה מה היו ציפיות הצדדים, האם החברה התורכית הייתה צריכה לצפות שהיא תתבע בארץ או אם היא רשאית לצפות שיתבעו אותה בתורכיה. **בודקים אובייקטיבית את הציפיות הסבירה של ביהמ"ש.** בד"כ הצדדים לא יחשבו איפה הדיון יהיה ואם כן היו חושבים היו רושמים זאת בחוזה- לכן, מדובר בשאלה היפותטית.

יש דעות לכאן ולכאן:

- **ביהמ"ש המחוזי-** החברה התורכית לא צריכה לצפות שיתבעו אותה בישראל "ניהול הלכים במדינת מוצאו של התייר שהגיע לנופש בארץ זרה איננה בגדר הסיכון הטבעי והצפוי שנטלו על עצמן החברות" המחוזי הזהיר גם על השלכות לגורמי תיירות בארץ, אם נקבע שכל חברת תיירות צריכה לצפות שהנופשים דרכה יוכלו לתבוע במקום מושבם הרי שבאותו האופן חברות ישראליות המספקות שירותי תיירות בחו"ל ייתבעו ע"י גורמים חיצוניים בחו"ל.
- **ביהמ"ש העליון-** לא הסכים עם קביעת המחוזי והפכה. "גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים, לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי יתבע בעל הדין". אם החברה התורכית שיווקה בישראל היא צריכה לקחת בחשבון שאם תייר ישראלי ייפצע הוא יתבע בישראל ואם לא נוח לה אז שלא תשווק מראש בישראל או תגלם את הסיכון הזה במסגרת המחיר.
- **התוצאה-** העליון הפך את המחוזי. ביהמ"ש יכול לשקול בצורה שונה את השיקולים ולהגיע כרצונו להחלטה שונה.

הבהרה: ביהמ"ש בישראל לא צריך לומר איפה המדינה האופטימאלית בעולם מבחינה פורום נאות. נטל ההוכחה הוא על הנתבע שצריך להוכיח שישראל היא פורום לא נאות וצריך להוכיח שיש פורום יותר טבעי וראוי. נראה כי במקרה הזה גם תורכיה וגם ישראל היו טבעיים כך שהתקיימו זיקות טבעיות לשניהם ובמצב כזה הנתבע לא מרים את הנטל כי לא הוכיח שהפורום הזר הוא יותר טבעי יותר באופן מהותי. ברגע שלא העלה את הנטל הדיון חל בישראל ורק נדרש לבחון צריך לראות איזה דין ייבדק (כי חברת התיירות לא הוכיחה איזה פורום יותר טבעי). כל האמור לעיל הוא במצב שאין הליכים בתורכיה, באם יש כאלו אזי היה שיקול שונה והיינו אומרים שתורכיה היא הפורום טבעי אבל במצב שאין הליכים אחרים אם יש ני פורומים ושניהם אותו דבר הנתבע לא מרים את הנטל וביהמ"ש ממשיך לדון בארץ.

לשים לב להבדל: 1. דיון מה הפורום הראוי- איפה לדון 2. מהו הדין שידון באותו הפורום. אלו שני דברים שונים ונפרדים.

3. איזה משקל יש לייחס לציפיות הצדדים-

לא תמיד ברור ציפיות הצדדים וגם אם יודעים לא ברור איזה משקל לייחס לציפיות אלו.

פסה"ד מסיקה נ' דולנס: איזה משקל יש לייחס לציפיות הצדדים?

- **המחוזי-** ציפיות הצדדים היו שההתדיינות תהיה בסלובניה, זה מבחן אובייקטיבי. אולי אם היו שואלים את מסיקה היה אומר שצפוי בישראל אבל פה המבחן אובייקטיבי שמי שהולך ונוסע לניתוח בסלובניה צריך לצפות שהדיון יהיה שם ולא בארץ. זה היה עוד שיקול בקביעה שישראל היא פורום לא נאות.

- **העליון- השופט לוין-** לא צריך לייחס משקל כבד לציפיות הצדדים. לוין לא חלק על עניין הציפית במקרה זה, אך לדעתו לא מדובר בשיקול מספיק חשוב, מאידך, יש שיקולים אחרים למה יש כאן פורום נאות.

ביהמ"ש בדו"כ מציג את השיקולים המחזקים את הקביעה אליה הוא רוצה להגיע

3- אינטרסים ציבוריים

1. **עומס על בית המשפט:** אמרנו למה בכלל צריכים כללי סמכות גם בהיבט של פורום לא נאות זה שיקול רלוונטי. גם אם ביהמ"ש בישראל מוסמך במידה ויגיע מקרה שאין בו הרבה קשר לישראל יש אינטרס ציבורי שלא להטיל עומס על ביהמ"ש שלנו במקרה שלא נדרש לכך.

- **אבנ ג'חלה-** אמרו שזה יכול להוות שיקול שישראל היא פורום לא נאות, הבדיקות האחרות גם עניין של אינטרס ציבורי לא להטיל עומס על ביהמ"ש לסרב לטפל בתיקים שאין להם הרבה קשר עם מ"י.

• **פס"ד Gemidan**

• **פס"ד Hecke**

2. **שהתובע לא יפול נטל על המדינה:**

- **מסיקה נ' דולנס-** דובר על האינטרס הציבורי שהתובע לא יהיה נטל על המדינה, שיקול די חשוב בפס"ד מסיקה כי בעצם אם מסיקה לא יכול לקבל פיצוי מפרופי דולנס אז המדינה תצטרך להחזיק אותו בקצבה של ביטוח לאומי.

3. **אינטרס "ערכי":**

- **Conference of Jewish Material Claims נ' פרי-** מדובר על תביעה שהוגשה ע"י יורשים של נכסים שהופקעו מיהודיים ע"י הנאצים. היורשים צאצאים של אנשים ששרדו או נרצחו בשואה ונכסיהם הופקעו. הנתבע הוא ארגון שאמור לטפל בזכויותיהם של אותם יורשים- אמור לעזור להם לקבל פיצוי כספי. הטיעון היה שהארגון התרשל בעבודתו. הגישו את התביעה בישראל. הארגון טען לפורום לא נאות. המשרד הראשי של הארגון המדובר יושב בארה"ב והיו לו גם משרדים בארץ וגם משרדים בגרמניה, הארגון טען שהפורום הטבעי הוא בגרמניה, כי בעצם כל הפעילות השנויה במחלוקת אם נכונה או לא הייתה בגרמניה. ביהמ"ש בישראל קבע שישראל היא כן פורום נאות ואחד מהשיקולים היה עניין של אינטרס ציבורי: "למערכת המשפט הישראלית קיים אינטרס ערכי מובנה להיות מופקדת על תביעות הקשורות לסוגיות מעין אלה הייחודיות לעם היהודי, בערכאות זרות למרות שבוודאי יטיבו לדון בהם ולהעניק סעד הולם במידה וקיימת הצדקה לכך, עדיין לא יחוו את משמעותן הרחבה ואת חשיבותן העקרונית". יש פה עניין ערכי, למרות שלא מזלזלים בבתי משפט בגרמניה אבל בכל זאת בגלל הנושא הטעון והקשור לעמ"י יש אינטרס ערכי שדווקא אנחנו נדון בזה, זה משהו פנימי יהודי.

4. **אינטרס חיובי של מדינה זרה:**

- **Master Card נ אר. אקס. פיימנטס-** דוגמא נדירה. זוהי דוגמא נדירה שפה מתייחסים לאינטרס ציבורי של מדינה אחרת ולא לאינטרס של ישראל. התביעה עסקה בשאלה האם מותר לשווק תרופות לארצות הברית באמצעות האינטרנט. על פי הדין האמריקאי שחל פה אפשר לשווק תרופות באמצעות האינטרנט. **ביהמ"ש אמר שלמערכת המשפט האמריקאית יש אינטרס משמעותי בבחינת השאלה הזו, מנגד לפורום הישראלי אין כל עניין מיוחד בבירור עניין זה.** מעבר לעניין הזיקות מדובר על שני בעלי דין גורמים בינלאומיים שיש משרדים בכל העולם, בסופו של דבר מה שהכריע את הכף פה הוא האינטרס הציבורי של ארה"ב.

עד עכשיו דברנו על החלק הראשון של פורום לא נאות, הנתבע צריך לראות את הטבעיות של הפורום הזר. גם אם הנתבע מוכיח את הנטל ומוכיח שהפורום הזר יותר טבעי זה לא סוף הסיפור

כי התובע יכול לבוא ולטעון שהוא לא יקבל צדק במדינה הזרה. אם הנתבע מצליח מבחן הטבעיות עכשיו יש לתובע אפשרות להראות שלא יקבל צדק במדינה הזרה וזאת באמצעות בחינת מהו חוסר צדק.

מהו חוסר צדק לתובע במדינה הזרה?

1. הבדלים ברמת הפיצוי או הסעדים:

- **אבו ג'חלה** - טען שאם יצטרך לדון בשטחים לא יקבל צדק וזה לא היה סיבה מספקת.
- **-Harrods v Buenos; Aires** - התביעה הייתה קשורה לחברת בת של החברה האנגלית, שהייתה רשומה במקור בארגנטינה. התביעה הוגשה ע"י בעלי המניות שביקשו סעד מסוים בדיני החברות. הם החליטו לתבוע דווקא באנגליה, הצד השני- החברה עצמה טענה שאנגליה היא פרום לא נאות מכיוון שהכל קשור לארגנטינה, מדובר בחברה ארגנטינאית ובעלי המניות חלקם משם. התובעים (בעלי המניות) טענו שהסעד הספציפי שהם ביקשו לא קיים בדין בארגנטינה ובגלל זה תבעו באנגליה. **טענו לחוסר צדק שלא יקבלו צדק אם הדיון יהיה בארגנטינה ביהמ"ש לא יקבל את הטענות הזו. הנימוק- לכל מערכת משפט יש את הסעדים והפיצויים שלה ולא בהכרח אפשר להגיד שאחד יותר צודק מהשני ולכן כשהעניין והנושא של התביעה קשור באופן ברור למדינה זרה כמו אבו ג'חלה ופה, התובע צריך להתדיין שם ולקבל את הסעדים שניתן לקבל שם.**

2. הפליה:

אם יש משהו לא תקין בתוך מערכת המשפט הזרה כגון "נוגד את כללי הצדק הטבעיים" המצב שונה. לדוג' אם התובע יכול להוכיח שהוא יופלה לרעה במדינה הזרה, ראינו דוג' בישראל שם הייתה תניית שיפוט מקרה onion בעיראק, גם אם לא הייתה תניית שיפוט והטיעון היה פרום לא נאות היינו אומרים קל וחומר שזה חוסר צדק.

- **-Mohammed v Bank of Kuwait** - פס"ד האנגלי קשור לעיראק, מדובר שם על תובע מעיראק שלפני מלחמת המפרץ הראשונה 1991, הוא עבד בכווית בבנק הראשי, פיטרו אותו מסיבות שונות, לאחר המלחמה רצה לתבוע את הבנק של כוויית על מה שמגיע לו כפיצויים. הוא תבע בלונדון ולא בכווית, שם יש לבנק סניף. הבנק טען לפרום לא נאות. הבנק הצליח בשלב הראשון להוכיח שקיים פרום זר שטבעי יותר- כוויית, מכיוון שהכל היה קשור לכווית ושום דבר לא לאנגליה, התובע בא ואומר שלא יקבל צדק בכווית (גם לאחר המלחמה) הוא יופלה לרעה שם, הצליח להוכיח זאת ולכן ביהמ"ש המשיך לדון כי התובע לא יקבל צדק בפרום הטבעי.

3. חוסר יכולת לתבוע ללא סיוע משפטי:

האם התובע יכול לטעון שלא יקבל צדק במדינה זרה כי שם לא יקבל סיוע משפטי. אין לו כסף, באנגליה הוא זכאי לקבל סיוע משפטי אבל במדינה זרה אין סיוע משפטי או לא זכאי לזה, האם זה טעון שלא יקבל צדק? (באנגליה יש אופציה לקבל סיוע במחיר מופחת). הבעייתיות בקבלת טענות כזה ע"י ביהמ"ש באנגליה היא שכולם יבואו לאנגליה על כל דבר ויגידו שבאנגליה יש סיוע משפטי ובמדינות אחרות אין.

- **-Connelly v. RTZ & Lubbe v. Cape** - תובעים שלא היו במקור מאנגליה, עבדו בחברות בנמיביה ובדרום אפריקה, טענו שנגרם להם נזק פיזי כתוצאה מחשיפה לאסבסט והביאו לכך ראיות רפואיות שאכן נפצעו בגלל החשיפה. למפעלים הנתבעים היו חברות אם באנגליה ולכן לא הייתה בעיה להקנות לביהמ"ש האנגלי סמכות שיפוט. **המפעלים** הללו טענו פרום לא נאות- אין שום קשר לאנגליה והכל קיים ומתקיים בנמיביה ודרום אפריקה, **התובעים** טענו

שהם לא יקבלו סיוע משפטי במדינות הללו. ביהמ"ש קבע שהעובדה שלא יקבלו סיוע משפטי כשלעצמה איננה מובילה למסקנה שלא יקבלו צדק. אבל במקרים הספציפיים האלה בשל מורכבות הסוגיה וקיומה של מחלוקת מדעית מומחים אם חשיפה לאסבסט אכן גורמת לנזק, הם לא יכולים לקבל צדק בלי ייצוג משפטי ולכן המקרה הזה היה גורם להם אי צדק בשיפוט במדינות האחרות, ובשל רצונו של ביהמ"ש לעזור לתובעים בלי לפתוח את כל הדלתות-עזרו נקודתית תוך קביעה מפורשת שלא בכל מקרה זה יחשב אי צדק אבל אם יש מקרים מסוימים ספציפיים שאין אפשרות להתקדם ללא ייצוג משפטי של מומחים אז הם ייחשבו אי צדק ולכן ביהמ"ש המשיך לדון במקרה.

4. עניין ההתיישנות כגורם לחוסר צדק: איזון בין פורום נאות לבין אי העלאת התיישנות

במצב שבו התביעה התיישנה במדינה זרה (אבו ג'חלה, הייק) במקרה כזה ביהמ"ש כן יקבל את הטיעון שהתובע לא יקבל צדק בפורום הטבעי. אם מדובר בפורום הטבעי ביהמ"ש יקבל את הטיעון שהתובע לא יקבל צדק בפורום הטבעי. אך יש לשים לב שמתבצע איזון, הפתרון הוא שהנתבע מתחייב שהוא לא יעלה את הטיעון של התיישנות במדינה הזרה, ביהמ"ש מתנה את עיכוב ההליכים הישראליים בהתחייבותו של הנתבע שלא לעלות את עניין ההתיישנות במדינה זרה.

- **נשווה לתניית שיפוט** שם התיישנות בפורום הזר לא רלוונטית (אדרת שומרון), לא נתייחס לטיעון של התובע שהתביעה התיישנה במדינה זרה אך **בפורום לא נאות** כן מתייחסים לטיעון כי התובע לא היה חייב ולא ידע מראש בהכרח שיתבע במדינה זרה, לכן בשל שינוי המקום הלא צפוי מאזנים בתנאי שעילת ההתיישנות לא תעלה מחדש.

האם מדובר בדוקטרינה שאבד עליה הכלח?

האם הדוקטרינה של פורום לא נאות עדיין רלוונטית כיום?

נגד הדוקטרינה:

ההתפתחויות טכנולוגיות-ייתור השימוש בדוקטרינה:

- "העולם כולו הולך והופך לכפר אחד גדול" (פס"ד הגבס) – יש התייחסות בפסיקה לבעייתיות השימוש בדוקטרינה עקב ההתפתחויות הטכנולוגיות. הגישה בפס"ד שבגלל התפתחות טכנולוגית כגון תחבורה, היום אפשר הרבה יותר בקלות לנסוע ממדינה אחת לשנייה. קיימים היום דרכי תקשורת רבות כגון אינטרנט, פקס ולכן אין כ"כ צורך בדוקטרינה של פורום לא נאות כי הנתבע יכול להתמודד עם התדיינות בכל מדינה. "שדרוג" המסחר הבינלאומי (פס"ד אשבורן).

בעד הדוקטרינה

1. **פרופ' קרייני, טיעון נורמטיבי לצורך בדוקטרינה-** לשיטתו הדוקטרינה נחשבת: "היא סמכות משלימה ורחבה". לשיטתו לא מדובר בדוקטרינה שעבר עליה הכלח אלא עדיין צריכים אותה מהסיבה הפשוטה שאומנם קיימת התפתחות טכנולוגית אך עדיין ישנן **עלויות**, יש דברים שהעולם מתקדם אך לא פותר הכל. מעבר לעניין של **שיקולי נוחות**, **פורום שופינג** גורם לאי צדק גם לנתבע וגם לאינטרס הציבורי, זה בעצם נותן יתרון לא לגיטימי לתובע שהוא יכול לקבוע איזה פורום הוא רוצה. ראינו שכלל התפיסה לא באמת מונע פורום שופינג כי בעצם יכולים להקנות סמכות על הנתבע גם במקרה שהוא מגיע למדינה גם אם אין שום קשר בין התביעה למדינה. לכן לשיטת קרייני צריך את דוקטרינת הפורום הלא נאות כדי להשלים נורמטיבית את כלל התפיסה, כי כלל התפיסה לא מבטיח שיש קשר עם הפורום לכן צריך דוקטרינה שמבטיחה שיש קשר מסוים עם הפורום.

2. **הוגנות במקום התביעה ויכולת ניהול הליך יעיל** – ראיית הפרום בעל מירב הזיקות לעניין כפרום הטבעי אינה נובעת רק מנוחות הצדדים, אלא גם **מציפיותיהם הסבירות של הצדדים**, ומהיכולת לנהל הליך יעיל בארץ" **פס"ד אלביט**, השופט ריבלין אומר שהדוקטרינה לא מתייחסת רק לשיקולי פרקטיקה ונוחות. יש עניין נורמטיבי שזה לא הוגן לתבוע נתבע במדינה שלא יכול לצפות להיתבע בה מראש. יש גם עניין של יכולת לנהל הליך יעיל בארץ. הוא מתייחס למצב שלפעמים יש תביעות שמאוד קשורות אחת לשנייה, ראינו במקרה של לייק מריון, הישראלים קנו נכסים בארה"ב ורצו לתבוע את חברת הנדל"ן וגם את המתווך הישראלי, עלתה השאלה של פיצול הליכים אם לא היו ממשיכים את הדיונים ארץ יהיה פיצול הליכים דבר שאינו יעיל ששני בתי משפט במדינות שונות דנים באותו דבר. יש פה הוצאות ואי יעילות.

3. **מאמר של פרופ' איריס קנאור** – קנאור מנסה לטעון ההפך מפס"ד הגבס, אומרת שדווקא שיקולי חופש תנועה וניידות שהם חלק מתופעת הגלובליזציה **מחזקים** את התופעה של פורום לא נאות כי אם אנשים יודעים שהם יכולים להיתבע בכל מדינה שנוסעים אליה, זה עלול לפגוע **בחופש התנועה**. דווקא בגלל זה צריך את הדוקטרינה של הפרום לא נאות כי בשל ההתפתחויות הטכנולוגיות אנשים נוסעים הרבה יותר היום ולכן יש יותר הזדמנות לנצל את זה ולתפוס אותם במדינות שלא רלוונטיות ואם אנשים יכולים לעשות את זה ללא פורום לא נאות זה יפגע בחופש התנועה- אנשים יחששו ולא ייסעו רק בשל הפחד שיתבעו אותם במדינה אחרת.

- הדוקטרינה חשובה וקיימת אך שיקולים של התפתחות טכנולוגית מביאים ליותר גמישות אבל לא מוותרים על הדוקטרינה.

סמכות על אנשים שאינם נמצאים בישראל- המצאה לאנשים בחו"ל

שדברנו על כללי הסמכות השונים הכלל החמישי היה המצאה על אנשים בחו"ל, הסברנו שע"מ להמציא הזמנה לדין לנתבע שנמצא בחו"ל צריך היתר על פי תקנה 500 לסד"א, אם אין מורשה בארץ צריך לקבל היתר.

התנאים לקבלת היתר להמצאה לחו"ל

מדובר בשלושה תנאים מצטברים לקבלת היתר להמציא לחו"ל:

- עילת תביעה "ראויה לטיעון" ו"בת סיכויים"** – התובע צריך להוכיח שהתביעה שלו ברת סיכוי וראויה לטיעון. יש להבין שיש הליך מקדמי, כדי לקבל את ההיתר לתבוע יש הליך משפטי מקדמי, במעמד צד אחד כי עוד לא שמו את התביעה לנתבע בחו"ל. התובע צריך להוכיח שיש לו עילת תביעה ראויה לדין. צריך להביא כתב תביעה ותצהיר שמכיל את העובדות העיקריות כדי להראות שלא מדובר בתביעת סרק.
- מתקיימת אחת מ- 10 העילות החלופיות בתקנה 500 לתקנות סד"א**
- שיקול דעת של בית המשפט (פורום נאות)** – אפילו אם התובע מוכיח שיש לו תביעה ראויה לטיעון וגם שמתקיימת אחת מהעילות בתקנה 500, ביהמ"ש בעל שק"ד עצמאי ולא חייב לתת את ההיתר לתביעה. השק"ד הזה מופעל על פי שיקולים בין היתר לפי שיקולי פורום נאות. קוראים לדוק' פורום נאות כי בעצם הדיון הוא לפני שיודעים אם **לבימה"ש יש סמכות**, יש סמכות עד שיש היתר, פה השאלה של **הפורום הנאות** היא חלק מהדיון האם בכלל יש סמכות. לעומת זאת שדברנו קודם זה מקרה שיש סמכות אך הנתבע טוען שישראל פורום לא נאות. לא מדברים שביהמ"ש מסרב להחיל סמכות כי יש לו סמכות **השאלה של פורום נאות היא חלק מהשאלה האם בכלל יש לו סמכות**. התוכן של המבחן זהה בשני המקרים ולכן אפשר להשתמש בתקדימי פורום נאות ללא נאות ובאופן הפוך.

תקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד

- **כותרת התקנה**: סימן ה': המצאה אל מחוץ לתחום המדינה

- 500. המצאה מחוץ לתחום השיפוט "רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה: עניים שיקול הדעת מהמילה רשאי

תקנה 500 עילות כלליות:

עילות כלליות אינן מוגבלות לסוג תביעה מסוימת אלא לכל סוגי התביעות.

נטל ההוכחה של העילה על התובע, מספיק להוכיח עילת תביעה אחת:

- (1) "מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל בתחום המדינה"- מדברים על נתבע שבד"כ הוא כן בארץ אבל כרגע נסע למקום אחר, לא רוצים לחכות עד שיחזור, יכולים לבקש את ההזמנה לדין נגדו רק על בסיס שבד"כ הוא כן בארץ.
- (8) "מבקשים לאכוף פסק-חוק, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוק, התשי"ח-1958, או פסק-בוררות- חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968"- זה מצב שהתובע כבר תבע את הנתבע בחו"ל יש לו פס"ד והוא מעוניין לאכוף אותו בארץ, רוב הסיכויים שהוא לא יכול להמציא את התביעה על פי חוק אכיפה אל הנתבע בחו"ל. לכן מגדירים שעצם זה שמדובר בבקשה לאכוף פס"ד בארץ זה מספיק כעילה בפני עצמה, לא צריך להוכיח קשר לישראל, מן הסתם יש לנתבע נכסים בישראל.
- (10) בעל דין דרוש או נכון- עילה חשובה- "האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה". מדובר במצב שתבעת מישהו בארץ והמצאת אליו הזמנה לדין על פי כלל התפיסה ואתה גם רוצה לצרף עוד נתבע שהוא נמצא בחו"ל אבל הוא "בעל דין דרוש ונכון" וניתן לראות בביורור שיש לו קשר לתביעה, יש לבקש היתר אבל העילה מתקיימת בכך שיש בארץ הליך נגד נתבע ישראלי ורוצים לצרף נתבע זר שהוא בעל דין נכון ודרוש. מקרה קלאסי- מקרה שאדם נגרם לו נזק בגלל איזה מוצר שהיצרן בחו"ל, ליצרן אין מורשה בארץ אבל יש לו יבואן (שלא בהכרח מורשה) אני תובע את היבואן, בידיעה שלא יעמוד בתביעה ורוצים להביא את היצרן הזר, על פי עילה 10 מבקשים לצרף את היצרן הזר- הוא בעל דין דרוש- ברור שהוא קשור לתביעה.

מה צריך להוכיח בעילה 10 לפי הפסיקה?

1. התובע צריך להוכיח שהתביעה נגד הנתבע בישראל היא תביעה כנה (פסד אטלנטיק) התביעה נגד הנתבע הישראלי היא כנה ולא תביעת סרק כי אחרת אני הייתי מוצא חברה בישראל עם קשר עקיף כדי להביא את הנתבע לישראל וחכן מגבילים. באטלנטיק היה תביעה נגד חברה זרה והייתה חברה ישראלית שהייתה קשורה לעניין באופן עקיף והיה ברור שהחברה הישראלית הזאת לא חייבת ואין עילת תביעה נגדה, אמרו שהתביעה לא כנה ולכן לא יכול להשתמש בעילה 10, לא יכול להביא מי שלא קשור בכל אופן וצריך תביעה כנה.

2. דוגמאות לשימוש בעילה 10-

- א. פס"ד ירון מרכוס- הסטודנט שנסע לסמינר באוסטריה ונפצע שם רצה לתבוע את הארגון האוסטרי שארגן את הסמינר. נשאלה השאלה איך יקנה את הסמכות לארגון האוסטרי שלא היה לו מורשה בארץ, הוא תבע את משרד החינוך ששלח את המשלחת בארץ ושלח את התלמיד מהארץ וביקש לצרף את הארגון האוסטרי.
- ב. פס"ד אינבנסיס נ' אריה ביטוח- מקרה קלאסי של יבואן ויצרן במקרה שאין מורשה- מראה לנו דווקא מקרה בו התובע ביקש שימוש בעילה 10 ולא הודעת צד ג'. פרצה שריפה במשרד של תחנת רדיו FM השפלה ובעלי התחנה קיבלו תגמולי ביטוח מחברת אריה ביטוח. אריה ביטוח רצתה לקבל פיצוי ותבעו את היבואן של ציוד, טענה שציוד מסוים בתחנה היה פגום וזה מה שגרם לשריפה, היבואן בישראל, ביקש לצרף את היצרן

הזר שהייתה חברה אנגלית. זה עבד, ביהמ"ש נתן היתר להמציא את ההזמנה לדין לאותה חברה זרה. הנימוק בפס"ד לאפשר את ההזמנה הזאת היה בגלל שאריה ביטוח הוא זה שצירף ולא היבואן ולכן יכלו לעקוף את תניית השיפוט שהייתה בין היבואן ליצרן. תניית בלעדיות לטובת בתי משפט באנגליה לכן אם היבואן לא יכל לתבוע את החברה האנגלית בישראל אבל מנגד תניית השיפוט לא חייבה את אריה ביטוח שלא הייתה צד לחוזה, לכן הצליחו להביא את היצרן לדיון בארץ.

ג. **פס"ד כים ניר שירותי תעופה נ' בל אליקופטר** - מדובר בתובע שנפצע בתאונת מסוק, הוא רצה לתבוע את היצרן האמריקאי של המסוק, לא היה יבואן בארץ, הוא מצא נתבע ישראלי יצירתי, תבע את המדינה עצמה בטענה שלא פיקחה כראוי על מתן הוראות תחזוקה ובטיחות לגבי המסוק, טענתו הייתה כי התקיימה התרשלות ברשות המדינה על פיקוח תחזוקה ובטיחות המסוק, לא דובר בתביעה סרק והיה בסיס ביהמ"ש קיבל וצירף את היצרן הזר.

עילות ספציפיות - מקרקעין, חוזים ונזיקין

עילות בעניין מקרקעין

(2) **"נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה"** - אם עצם הסכסוך לגבי מקרקעין במדינה אם בעלים של המקרקעין או מוכר, והבעלים בחו"ל אתה יכול לתבוע בארץ.

(3) **"מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה"** - התביעה מבקשת להרחיב לא רק לעניין של שאלה של בעלות או לא אלא כל דבר שקשור למקרקעין זה עילה.

לשיעור הבא: לקרוא פס"ד וילנסקי (עילה 7), מאמר על מטרות כלל ברירת הדין - פרופ' עמוס שפירא (ברירת דין)-תאוריות של ברירת הדין.

שיעור 4

דברנו על המצאה של אנשים הנמצאים בחו"ל, אלו מקרים בהם הנתבע לא בארץ ואין לו מורשה בארץ הוא לא מסכים לסמכות האופציה היחידה היא להמציא אל הנתבע בחו"ל היא שצריך לקבל היתר מביהמ"ש ראינו 3 תנאים מצטברים ואז יש לביהמ"ש שיקול דעת.

בתקנה 500 יש 10 עילות חלק כלליות וחלק ספציפיות.

עילות בעניין חוזים

4(א) **"החוזה נעשה בתחום המדינה"** - ע"מ לדעת איפה החוזה נעשה אנחנו משתמשים בכללי המשפט הרגילים - הכללים של דיני חוזים הצעה וקיבול בכדי לדעת איפה החוזה נכרת.

- **ע"א 3908/08 תיקו נ' פורום-** החוזה היה שטר ויש כללים מיוחדים בעניין של שטרות איפה השטר נכרת. **אם על פי דיני חוזים החוזה נכרת בארץ התקיים עילה 4א'.**

4(ב) "החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה, או באמצעותו" - למדנו על תקנה 482 שאומרת שאם יש מורשה בארץ אפשר להמציא אליו את ההמצאה לדין אז למה צריכים זאת בתוך תקנה 500? למה יהיו מקרים שיהיה לנו מורשה שיכנס לתוך 4ב' בתקנה 500 ולא יהיה אפשר להזמין אליו את ההזמנה לדין לפי תקנה 482? מדובר במקרה שהמורשה כבר לא בארץ, פשט את הרגל, עסקה שהתבצעה באמצעות מורשה אבל הוא כבר לא קיים, נצטרך היתר להמציא לחו"ל.

- **השאלה נשאלה בפס"ד אטלס-ATLAS ESTATES INVESTMENT B.V** אמרו שההגדרה והמשמעות של מורשה לצורך התקנה הזו היא עבירה עם רף נמוך יותר. ז"א אין דרישה של אינטנסיביות הקשר בין מורשה לבין הנתבע הזר, והרף נמוך יותר מזה שקבוע לצורך תקנה 482. כי פה אנחנו לא סומכים על המורשה הזה שיוודע לנתבע בחו"ל ואנו נמציא את ההיתר לנתבע בחו"ל העניין פשוט נעשה באמצעות מורשה וזאת רק עילה ולא צריך את האינטנסיביות הקשר. יכול להיות שרק העסקה הספציפית הזאת נעשתה באמצעות המורשה- זה ייכנס ל4ב' ולא ל-482 אפילו עדיין קיים אותו מורשה אבל נכון לרגע הבדיקה הוא לא מורשה היום כי אין לו את הקשר האינטנסיבי.

4(ג) "על החוזה חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא" - על החוזה חל הדין הישראלי. יכול להיות שזה נכתב כמו בפס"ד הגבס שכתוב "סדרי ברירת הדין" ויכול להיות שלא כתוב כלל מה הדין שיוחל ומחילים את הדין הישראלי.

הבעייתיות- היפוך הסדר קובעים הדין החל לפני סמכות השיפוט! קובעים את סמכות השיפוט לפי ברירת הדין והרי אמרנו שיש הפרדה מוחלטת בין סמכות שיפוט לבין ברירת הדין. הם שני דברים שונים ופה אנחנו רואים שכדי לדעת אם יש סמכות אנחנו קודם כל צריכים לדעת האם דין ישראל חל. בעצם הפכנו את הסדר. (אמרנו קודם סמכות שיפוט ואז ברירת הדין ופה הפכנו את הסדר בשביל לדעת איזה סמכות שיפוט אנחנו קודם צריכים לדעת איזה דין חל)

- 5. **"תובעים על הפרת חוזה בתחום מדינה...."** - איפה החוזה הופר? יש לבדוק שהחוזה הופר בתוך תחום המדינה. איך יודעים איפה הייתה ההפרה? **במקום שהיו צריכים לבצע, אם לא מבצעים באותו מקום אז שם יש הפרה.**

- **רע"א 2705/97 הגבס א' סיני נ Lockformer** - דובר בהפרה של חוזה. החובה של היצרן האמריקאי הייתה לספק לישראל מכונה המתאימה למערכת החשמל בישראל. לא עשו את זה ולכן ההפרה הייתה בישראל וזה היה בסיס בפס"ד לתת היתר להמציא לחו"ל כי ההפרה הייתה בארץ. בעסקאות של הספקת סחורה צריך לבדוק את החוזה, לבחון איפה מקום ההספקה כי בחוזה לפעמים הסחורה נמסרה לקונה כבר במדינה זרה ואם יש בעיה ההפרה היא שם. לעיתים קרובות החובה לספק לקונה בארץ ואז אם יש בעיה עם הסחורה ההפרה בארץ- צריך לבדוק זאת תמיד.

- **ת"א RAS 156230/07 נ' שמיר-** אבי המנוח של התובעת נפטר בבולגריה בשנת 1947, אחרי הרבה שנים תובעת ביתו את חברת הביטוח הגרמנית שבטחה ביטוח חיים את אביה ומבקשת את תגמולי הביטוח ורוצה לתבוע אותם בארץ ולא בחו"ל. היא טוענת לעילה 5 שהחוזה של ביטוח חיים הופר בארץ- טענה שגרה בארץ באותו זמן, היא הבת שזכאית לקבל את הביטוח חיים גרה בארץ ולכן חובת חברת הביטוח היא לשלם לה במקום בו הייתה. החובה שלהם הייתה לשלם בארץ ולכן החוזה הופר בארץ- ביהמ"ש נתן לכך היתר.

הערה- מקורה של תקנה 500 הוא תרגום כמעט מילולי של תקנה בדין האנגלי.

עילות בעניין נזיקין

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

הבעייתיות בעילה זו במקרים שיש לנו **עוולה חוצת גבולות**. תשאל השאלה **מהו המעשה/מחדל בעוולות חוצות גבולות?**

המקרה הקלאסי של **עוולה חוצת גבולות** הם מוצרים פגומים- הרשלנות של היצרן היא במדינת הייצור והנוק נגרם אח"כ לצרכן בד"כ במקום המגורים שלו.

שאלה ממבחן לדג': התאונה התחילה קילומטר לפני הגבול. המחדל של הנהג שהוא לא עצר את האוטו היה לפני הגבול, האוטו הדרדר לאחר הגבול ושם הייתה התאונה.

השאלה אם במקרה של ייצור בחול ונוק בארץ האם זה נכנס לעילה 7 או לא? התשובה היא לא.

ע"א 565/77 מזרחי נ' Nobles – פסק דין מנחה. מדובר ביצרן סקוטי שהיה מפעל לייצור חומרי נפץ והתובע מר מזרחי עבד באתר בניה בארץ והשתמש בחומר נפץ לצורך עבודתו, החומר נפץ היה פגום והתפוצץ לפני הזמן והוא נפגע. לא ברור למה הוא לא תובע את היבואן או המעביד אך הוא תובע ישר את היצרן הסקוטי והוא צריך להקנות סמכות שיפוט וכנראה שליצרן הסקוטי לא היה מורשה בארץ. הוא מבקש לפי עילה 7, **ביהמ"ש אומר שהמעשה היה בארץ ולכן אין פה עילה לתביעה**. יצרן זר לא צריך לדאוג שיתבעו אותו בכל מקום שהמוצרים שלו יגיעו אליו (זוסמן)

בניגוד מוחלט לכך, **בפס"ד הגבט** אומרים שהיצרן האמריקאי היה צריך לצפות שיתבעו אותו ממדינה בו משווקים את מוצריו.

היום יש ביקורת על הלכת מזרחי אך עדיין זה לא השתנה והיא הפסיקה המנחה. **עילה 7 לא התקבלה כי המחדל לא היה בישראל אלא בסקוטלנד.**

רע"א 2752/03 פס"ד וילנסקי-מאשר את הלכת מזרחי- מדובר בתובע ישראלי שעוסק בצלילה, הנתבעת היא חברה צרפתית שמייצרת מיכלים של חמצן לצורך צלילה, היה פגם במיכל והתובע נפגע. במקרה זה ברור שלא יתבע את היבואן כי היבואן בינתיים חדל להתקיים פשוט רגל או מחק את רישומו ברשם החברות. בשל אי קיומו של יבואן הוא רצה לתבוע את היצרן הצרפתי.

הנושא הגיע לשלוש ערכאות:

- **ערכאה ראשונה-רשם-** תקנה 500 זה תהליך במעמד צד אחד והרבה פעמים מגיע לרשם, הרשמת החליטה שהעילה **בן** מתקיימת עם פרשנות יצירתית שאומרת "לאור ההתפתחויות בדיני הצרכנות אפשר לראות את המוצר הפגום עצמו כמעשה". ומעשה זה היה בארץ וכך הגיעה לתוצאה רצויה.
- **מחוזי (ערעור החברה הצרפתית)-** דחו את הנימוק של הרשמת אך מצאו נימוק אחר **בן** להכניס את המקרה הזה לעילה 7, הנימוק של המחוזי היה שבעצם המחדל פה זה לא היה בייצור אלא המחדל היה בכך שלא הזהירו את הצרכן התובע על הפגם והיו צריכים להזהיר אותו בישראל ולכן אמרו שהמחדל היה בישראל. (היו צריכים לדעת על המחדל-רשלנות).
- **עליון-** קיבל את הערעור של החברה הצרפתית ואמר שאפילו במחדל זה יהיה חוסר אזהרה, היו צריכים לעשות את האזהרה בצרפת, להדביק את הפתק שהמיכל מסוכן בצרפת, נגדיר שהמחדל הוא חוסר אזהרה זה עדיין היה בצרפת, לכן **לא** נכנס לעילה 7.

ההבדל בין וילנסקי למזרחי- בוילנסקי ביהמ"ש העליון הבין שזה לא תוצאה רצויה "ניתן אולי כיום לערער בדבר ההצדקה להלכת מזרחי" אמרו אולי זה לא נכון "אך היא הלכה מחייבת שביהמ"ש בארץ עודם נאמנים לה". לא ברור למרצה למה לא ניתן לשנות זאת.

פס"ד דיסטלרס מאנגליה- פס"ד אוסטרלי שהגיע לערעור לאנגליה במועצת המלכה, בפס"ד זה היה מקרה של תרופה שיצרו דיסטלרס שבתוכה היה רכיב פלידומייט, הייצור היה באנגליה והתובעת הייתה באוסטרליה שלקחה את התרופה בזמן ההיריון וילדה ילד עם מומים. היא רצתה

לתבוע באוסטרליה שם קיימת אותה התקנה שמקבילה לתקנה 500, הם אמרו שבמקרה הזה המחל לא היה הייצור אלא חוסר האזהרה זה היה הגיוני כי התרופה לא הייתה פגומה, היא הייתה מצוינת לכל האוכלוסייה חוץ מלנשים בהריון, היה צריך לכתוב על החבילה שזה מסוכן לנשים בהריון- פה היה הגיוני שהמחל היה חוסר אזהרה כי לא דובר בפגם בתרופה עצמה שלא הייתה מסוכנת לכולם. בניגוד לוילנסקי שם נאמר בצורה מאוד תמוהה שהמחל זה חוסר אזהרה מתי שהדבר מסוכן לכולם, בפס"ד האנגלי הרי שמזהירים עבור סוג מסוים של אנשים ונראה נכון לומר שהמחל הוא אי-האזהרה.

קריאה לתיקון בישראל החוק בישראל

בפס"ד כים ניר שירותי תעופה ואח' נגד Bell Helicopter Textron - אמרו שצריך לתקן את עילה 7 עצמה או לשנות את הפרשנות של העילה.

באנגליה כן תיקנו את העילה: "the tort was committed in or damage caused in the jurisdiction"

באנגליה אומרים שהעוולה בוצעה בתחום המדינה שזה כבר הרבה יותר גמיש כי אפשר להתווכח איפה העוולה בוצעה כי העוולה כוללת גם את הנזק, אך באנגליה בגלל כמה פס"ד בעייתיים כמזרחי ווילנסקי הם הוסיפו לעילה שהיום "העוולה בוצעה בתחום המדינה אך הנזק נגרם בתחום המדינה", מנגד אצלנו זה לא קיים. אנחנו אימצנו את המקור מאנגליה אך אף אחד לא מתקן.

ד"ר שוז מנסה לתת הסבר לאי תיקון החוק- בפס"ד כים ניר, התאונת מסוק, בהקשר של עילה 10 בעל דין דרוש או נכון בד"כ ברוב המקרים שרוצים לתבוע את היצרן יש איזה נתבע בארץ כמו יבואן אז יכול להביא את היצרן דרך עילה 10 לכן ברוב המקרים זה לא נורא שלא יכול להשתמש בעילה 7, אתה תובע את היבואן ומבקש לצרף את היצרן. רק במקרים נדירים כמו וילנסקי שהיבואן לא קיים בארץ יש לך בעיה. המקרים של וילנסקי ומזרחי הם הרבה פחות נפוצים ולכן יש חוסר דחיפות לתקן את העילה.

- קניית מוצר בחו"ל- אלא אם יש מורשה לצורך 482 אין מה לעשות, אם קונה בארץ כל עוד יש יבואן או בעל החנות יהיה מספק כדי לתבוע.

שיקול דעת בית המשפט: פורום נאות

ראינו שהמילה הראשונה בתקנה 500 היא המילה "רשאי" המילה הזאת אומרת שיש שיקול דעת. על פי הפסיקה ביהמ"ש מפעיל את שק"ד שלו על פי הדוקטרינה של הפורום הנאות. למבחן של פורום נאות ופורום לא נאות יש אותו תוכן- מבחן מירב הזיקות- האם מירב הזיקות לישראל או למדינה זרה- שלושת הרכיבים של: ציפיות, זיקות אובייקטיביות ואינטרסים ציבוריים.

שדברנו על פורום לא נאות דברנו על פס"ד הגבס שזה בעצם פס"ד על פורום נאות אבל השיקולים זהים לשניהם.

השאלה האם יש הבדל בין פורום נאות לפרום לא נאות?

השנוי במחלוקת הוא נטל ההוכחה בעניין הפורום הנאות:

הגישה המסורתית: נטל הוכחה על התובע.

שדברנו על פורום לא נאות העלאת הטיעון של פורום לא נאות הוא ע"י הנתבע כאשר בימה"ש כבר מוסמך. (קודם כל ביהמ"ש צריך להיות מוסמך בד"כ עושים זאת ע"י כלל התפיסה ואחרי שהוא מוסמך הנתבע יכול לבקש מביהמ"ש לא להפעיל את סמכותו). לעומת זאת, בפורום נאות המצב שונה, בשלב של הדיון בפורום נאות עדיין אין לביהמ"ש סמכות, זה לפני שאנחנו החלטנו שלביהמ"ש סמכות וזה חלק מהדיון אם לתת את ההיתר לביהמ"ש- זה הפורום הנאות. ולכן לפי הגישה המסורתית התובע צריך לשכנע את ביהמ"ש שזה מקרה ראוי לתת היתר לגרור את הנתבע מחו"ל. כמו שצריך להוכיח את אחת העילות מתקנה 500 הוא גם צריך להוכיח שהוא פורום נאות.

לפי הגישה המסורתית נטל ההוכחה על התובע, הגישה מסורתית לדעת פרופ' קרייני מבוססת על הריבונות הטריטוריאלית, אנחנו חוששים שגרירה של הנתבע מחו"ל היא פגיעה מסוימת במדינה שבה הוא נמצא, מי שנמצא בארץ יש לנו לפי כלל התפיסה סמכות עליו אבל ברגע שהוא מחו"ל צריך להיזהר, אם גוררים מחו"ל זה פגיעה בריבונות הטריטוריאלית של המדינה הזרה.

פס"ד הקשורים לנושא: The Spiliada, ע"א 4601/02 פס"ד ראדא (הרוב), ע"א 39808-08 תיקו נ פרס; רע"א 7342/11 כלל ביטוח נ' INCOMACS.

הגישה החדשה: נטל הוכחה על הנתבע.

המקור לגישה זו הוא מהשופט אור בפס"ד הגבס- "יש לצאת מההנחה שקנויה לו (לביהמ"ש) סמכות לדון בעניין ורק אם האיזון בין הזיקות לפורום הישראלי לבין הפורום הזר נותרה בבירור באופן משמעותי לפורום הזר יחליט כי אין הוא הפורום הנאות" השופט אור אומר שברגע שמתקיימת אחת מעילות תקנה 500 יש לצאת מההנחה שלביהמ"ש יש סמכות. זה מצב שנטל ההוכחה יהיה על הנתבע להראות שלמרות שמתקיימת אחת מהעילות עדיין הזיקות בכיוון של הפורום הזר ואז לא ניתן את ההיתר.

השופט אור לא בא ואומר שהוא משנה את הגישה המסורתית בצורה ברורה. מאיפה המקור של השופט אור לעניין?

יש היגיון בדברים. לדעת המרצה, השופט אור לא כ"כ שם לב מה הוא עשה. הוא התבלבל בין פורום נאות לפורום שאינו נאות. הוא לא שם לב שזה לא מקרה של פורום לא נאות אלא מקרה של תקנה 500 ולא שם לב שהוא משנה את הגישה המסורתית.

איזה גישה נכונה לדין היום?

אין תשובה חד משמעית עדיין יש פס"ד עליון סותרים:

- **פס"ד ראדא-** ניתן אחרי פס"ד הגבס, אמרו הרוב שהנטל הוכחה על התובע כגישה המסורתית, השופט השלישי שם היה הנשיא ברק והוא אמר שהדבר נשאר בצריך עיון ולא אמר שמסכים עם השופט אור, זה מורכב ולא צריך להחליט באותו מקרה אבל הרוב הלכו בגישה מקורית.
- **פס"ד כלל ביטוח-** אמרו במפורש שעדיין הגישה המסורתית.
- **פס"ד ירון מרכוס נ' Franz Lang-** נטל ההוכחה על הארגון האוסטרי- על הנתבע- כגישה המודנית.

אין תשובה חד משמעית וצריך לעלות את שתי הגישות. בהרבה מקרים זה לא משנה ומדובר שישראל היא פורום נאות או פורום לא נאות. ברור המקרים העניין ברור. אבל במקרי ביניים ההבדל הוא קריטי. בפס"ד הגבס- ישראל לא פורום נאות- הלכו לפי הגישה המסורתית כי התובע לא הרים את הנטל (מחוזי) ואח"כ בעליון השופט אור אומר שנטל ההוכחה על הנתבע (חדשה) שלא הוכיח שמאזן הזיקות בין ישראלי לזר, שהזר יותר טבעי מישראל לכן הנתבע לא הרים את הנטל וביהמ"ש נתן את ההיתר לדון בארץ, נטל ההוכחה במקרה הזה כן היה משמעותי לעניין נתינת ההיתר לביהמ"ש.

שאלת הגישה הנכונה כיום, יש בבחינת היגיון הגישה השנייה למרות שלא מבוססת במקורות ההיגיון שם טוב כי יש **השוואה עם כלל התפיסה**, ברגע שממציאים את ההזמנה לדין אל הנתבע בארץ נטל ההוכחה הוא על הנתבע להוכיח שישראל היא פורום לא נאות, עצם ההמצאה לא מעידה על שום קשר ענייני עם ישראל (כי אפשר לתפוס אותו במקרה בארץ), למרות שאין בהכרח קשר ענייני אנחנו מטילים את נטל ההוכחה על הנתבע, כאשר קיימת אחת מתתי העילות של תקנה 500 יש כבר קשר, העילות מבטאות עילה רלוונטית עם ישראל (אולי חוץ ממקרה חריג כמו חוזה של תיירים מקרי) העובדה שיש עילה של תקנת 500 אומרת שיש עילה וקשר הדוק עם ישראל ולכן במקרה זה ק"ו שנטל ההוכחה על הנתבע כי התובע כבר עשה משהו בעצם הוכחת אחת העילות של עילה 500. לכן נטל ההוכחה על הנתבע בהקשר של תקנה 500.

עדיין אי אפשר להתעלם מהמקור של תקנה 500, זהירות בהבאת מישהו מחו"ל. **פרופ' קרייני-גישת הריבונות הטריטוריאלית פחות חשובה**, יש טשטוש הגבולות ולכן פחות חוששים להביא נתבע מחו"ל לעומת העבר.

במבחן- לעלות את שני הגישות!

סייגים לסמכות

1. הסייג הראשון- הלכת Mocambique - מוזמביק משנת 1883- מקרקעין זרים

אימצנו כלל שאומר: "לביהמ"ש אין סמכות לדון במקרים שבהם מעורבת, במישרין או בעקיפין, השאלה של בעלות מקרקעין זרים (כפוף לחריגים)".

הסייג של מקרקעין זרים. אם מדובר בסכסוך שמעורבות שאלות של בעלות במקרקעין ביהמ"ש לא ידון חוץ מחריגים.

הרציונל העומד מאחורי כלל זה:

1. **פגיעה בריבונות של המדינה הזרה**- פגיעה בריבונות הטריטוריאלית של המדינה הזרה, זה המדינה עצמה ולכן זה בוודאי באופן מסורתי בעייתי, לא דנים באדמה של המדינה האחרת.
2. **חוסר אפקטיביות של פס"ד במקרה כזה**- גם אם אנחנו דנים איך יאכפו את זה, לא ניתן לאכוף בלי האישור של המדינה הזרה, זה לא דבר שאפשר בכל מדינה אחרת. עניין של בעלות מקרקעין רק במדינה עצמה אפשר לאכוף ולכן הגיוני שהמדינה לא תסכים כי אותה מעניין מי הבעלים ולא מה שביהמ"ש אומר.

חריגים להלכת מוזמביק- מתי לא תחול

1. אם עילת התביעה מבוססת על התחייבות אישית של הנתבע-

לדוגמא: תביעה בגין הפרת חוזה מכירת מקרקעין (פס"ד ברוך נ' לוי).

מישהו מכר לך וילה בקפריסין שילמת לו ואז הבנת שכל מיני דברים לא תקינים אתה רוצה לתבוע למרות שנושא הסכסוך הוא המקרקעין בחו"ל אבל פה הבסיס לתביעה הוא **ההפרה של ההתחייבות האישית** שלו. גם ההפך אם המוכר רוצה לתבוע את הקונה שלא שילם. הרציונליים של אכיפה לא רלוונטיים כי יכול לאכוף דרך הנתבע באופן פרסונאלי ולא קשור לבעלות במקרקעין עצמו ולכן לא צריך לתבוע.

- **פס"ד ברוך נ' לוי**- מדובר במקרקעין בשטחים, ביהמ"ש אמר שבכל אופן גם אם הלכת מוזמביק הייתה חלה בשטחים בגלל שמדובר בהפרת חוזה מכירת מקרקעין זה נכנס לתוך החריג. חל החריג של "התחייבות אישית", משום שמדובר בחוזה מכירת מקרקעין.

2. כאשר התביעה מבוססת על מרמה במקרקעין זרים (בסליוס נ' עדילה)-

חשבו שעניין של מרמה זה משהו כ"כ חשוב כשמדובר במקרה של מקרקעין זרים יש אפשרות לתבוע בארץ. זה גם דומה להתחייבות אישית שלא לרמות את הצד השני וברגע שיש מרמה יש פה מעין הפרת התחייבות.

פס"ד בסליוס- מקרקעין בשטחים וביהמ"ש אומר שבכל מקרה יש טיעון של מרמה ולכן בכל מקרה העניין נכנס לחריג מרמה.

3. ירושה- מוזמביק לא חלה על ירושה. כנראה שמה שחשוב פה הוא היחס בין המוריש לבין הירושה עצמה.

האם הלכת מוזנבית חלה על מקרקעין ב"איזור"- בשטחים?

הטיעונים שההלכה לא תחול בשטחים- לא מקרקעין זרים:

1. בפס"ד ברוך ובסליוס היו באוביטר שהלכת מוזמביק לא חלה בשטחים.
2. **פס"ד עבד אלקראדר עבד אלה יונס קבהא נ' שר הביטחון-** מדובר באוביטר חזק יותר שהלכת מוזמביק לא חלה בשטחים- אין פה פגיעה בשום ריבון זר, מתייחסים ליחסים המיוחדים בין ישראל לאיזור ולא מדינה זרה במובן הרגיל של המונח. הם אומרים שאין בעיה של חוסר אפקטיביות- ביהמ"ש בישראל יכול לאכוף פס"ד שדן במקרקעין שחל באיזור- יש צו בדבר" עזרה משפטית תיקון מס' 14 יהודה ושומרון משנת 2000"- **פס"ד שניתן בישראל ועליו אישור ביהמ"ש אפשר להוציא לפועל באיזור.**

2. הסייג השני- חסינות ריבון זר

במשפטו המקובל הייתה חסינות מוחלטת לריבונים זרים, לא הייתה אפשרות לתבוע מדינה זרה, ובין היתר הייתה גם חסינות של דיפלומטים. אבל עם השנים הפסיקה באנגליה שאומצה פה בארץ הוגבלה החסינות ובסוף ב-2008 נחקק חוק שעושה סדר בכלל הזה. נראה כאילו החריגים יותר רחבים מהכלל. לחוק קוראים: "חוק חסינות מדינות זרות תשס"ח – 2008" כאשר סעיפיו משקפים את ההתפתחות בפסיקה.

הכלל- לא יכול לתבוע ריבון זר- מדינה זרה. להלן החריגים לכלל:

1. **חריג המסחרי-** "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה שעילתה עסקה מסחרית" (ס.3)- הדוגמא הקלאסית שמופיעה בספרות הוא מצב של מפעל ישראלי שמייצר מדים לצבא, הוא מוכר את אותם מדים לצבא במדינת רואנדה, הממשלה ברואנדה לא משלמת את מחיר המדים ורוצים לתבוע אותם בארץ, פה יש חריג של עסקה מסחרית, מדובר בתביעה שבעצם עילתה היא **עסקה מסחרית** לגמרי. ההפך של עסקה מסחרית זה בעצם **פעולה ממשלתית- שלטונית**, אם העילה מבוססת על פעולה שלטונית של מדינה זרה לא תוכל לתבוע. אבל אם ברוב המקרים זה **עסקה מסחרית אתה יכול לתבוע בדיוק כמו שאתה יכול לתבוע כל חברה שלא משלמת עבור סחורה.**
- **פס"ד אדלסון -** פס"ד לפני החוק שלא משנה את ההלכה. מדובר על השכרת בית בהרצליה לדיפלומטים קנדיים, בעל הבית טען שממשלת קנדה הפרה את חוזה השכירות. ממשלת קנדה טענה לחסינות ריבון זר. השאלה הייתה האם בעצם השכרת הבית בשביל דיפלומטיים האם זו פעולה שלטונית או פעולה מסחרית? הטיעון של ממשלת קנדה היה שצריך להסתכל במטרת העסקה שהייתה לצורך שלטוני דיפלומט שמייצג את ממשלת קנדה בארץ. ביהמ"ש דחה את הטיעון באומרו כי הבחינה היא **באופי וטיב העסקה ולא במטרתה.** השכרת בית היא פעולה מסחרית ולא שלטונית.
- **דוגמא אפשרית לפעולה שלטונית-** הפקעת מקרקעין שהמדינה עשתה, דירת נופש בקפריסין ובאה הממשלה ומפקיעה לך את זה ואתה טוען שלא קיבלת מספיק פיצוי ורוצה לתבוע בארץ- זוהי פעולה שלטונית.

2. **חריג הנזיקין-** "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה בשל עוולה שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי, **ובלבד שהעוולה נעשתה בישראל**" (ס.5). – אם איזשהו מדינה זרה גורמת נזק לישראל גם אם מדובר בפועלה שלטונית שגורמת לנזק בישראל **נזק גוף או רכוש** (ולא סתם נזק כלכלי) אז אתה יכול לתבוע. **הנזק של העוולה נעשה בישראל לאדם או רכוש**.

לדג' - אם מדינה שולחת טילים לא אלינו אבל נופלים על רכוש בארץ אפשר לתבוע כי זה נעשה בישראל.

- **רע"א USA 7484/05 נ' שוחט ואח' -** פס"ד לפני החוק ונכון גם אחרי החוק. מדובר בספינה קרבית של הצבא האמריקאי שעגנה בנמל בחיפה, בגלל הרשלנות נגרם נזק ואנשים נהרגו. קרובי משפחות הנהרגים תבעו את ארה"ב, ארה"ב טענה חסינות ריבון זר וביהמ"ש **דחה את הטענות הזו כי מדובר בעוולה שנעשתה בישראל**. לא הייתה ספינה מסחרית אלא קרבית ולכן הייתה אפשרות לתבוע- מספיק שזה בישראל ואפשר לתבוע כי הנזק נעשה בישראל.

צווים חוסמים

מהו צו חוסם?

צו חוסם זה **צו שאוסר על התובע מלהתחיל או להמשיך הליכים במדינה זרה**, והוא ניתן כאשר ביהמ"ש סבור שצדק מחייב סעד דראסטי כזה. במובן מסוים זה ההפך של פורום לא נאות. ביהמ"ש בא ואומר לא לתבוע במקום אחר בחו"ל- אנחנו אוסרים עליך לתבוע בחו"ל ואתה תתבע רק בארץ- אוסר הגשת תביעה או ניהול הליכים שכבר התחילו בחו"ל. (לכאורה הפורום הנאות הוא בארץ)

מטרת הצו:

מטרת הצו זה שהדיון יתקיים בארץ ולא בחו"ל. (טוב מאוד במקרים של פורום שופינג)

אופי הצו: חשוב

זה **צו שבעצם פועל נגד התובע הפוטנציאלי עצמו**. יכול להיות או לפני או אחרי שתבע (אחרי אוסר עליו להמשיך, לפני אוסר להגיש) מי שמבקש את הצו החוסם הוא יהיה הנתבע בהליך העיקרי. הרעיון של הצו הוא למנוע מהמשיב שהוא התובע בהליך העיקרי להתחיל הליך בחו"ל או להמשיך הליך כזה. זה לא מונע מביהמ"ש שם לדון שם אלא רק מונע ממנו להגיש. **אם הוא מחליט להפר את הצו החוסם הוא יכול להמשיך לדון בבית הדין שם- לא מונעים מבית משפט לדון**.

המבקש - הנתבע בהליך העיקרי.

- **נטל ההוכחה - כבד על המבקש** צריך להוכיח שהפגיעה צפויה לו באופן ברור ויותר גדול מהפגיעה הצפויה לצד השני.

הסנקציה בהפרת הצו:

סנקציות של **ביזיון ביהמ"ש** :

1. קנס
2. צו עיכוב יציאה מהארץ
3. מאסר במקרים חמורים
4. חוסר אכיפה

הסנקציות הן רק נגד התובע עצמו. אם התובע ישראלי ויש צו שאוסר להתחיל הליכים אפשר לבקש מביהמ"ש להטיל עליו קנס או לשלוח לבית הסוהר.

מדובר בעניין נדיר למרות שזה לא פועל נגד ביהמ"ש הזר יש מראית עין ולכן רק במקרים קיצוניים יתנו את זה. בארץ לא השתמשו בזאת עד היום.

פס"ד פריסקל נ אורנשטיין-פס"ד מנחה שדן ובסוף לא נותנים את הצו החוסם.

מדובר בסכסוך בין אח ואחות לגבי עסק משפחתי. האחות גרה באנגליה ונמצאת בארץ די הרבה. האח תושב ישראל. האחות הגישה תביעה בביהמ"ש המחוזי בישראל וקיבלה צו מניעה זמני נגד האח שמנע ממנו לבצע פעולות בחברה עד שהתביעה העיקרית נדונה, נותנים את הצו כדי שלא יבריח את כל משאבי החברה. האח לא היה מרוצה מהקביעה ושלח לאחותו מכתב שבו הוא מאיים שהוא יגיש נגדה תביעה להליכים באנגליה, הוא מבקש החזרת כסף מסוים שמגיע לו ואומר שאם לא משלמת לו הוא יתבע אותה באנגליה. האחות באה ומבקשת צו חוסם נגד האח צו שאוסר עליו מלתבוע באנגליה. – כל העניין צריך להיות בארץ ולא באנגליה והיא רוצה צו חוסם כדי שלא יתבע אותה באנגליה.

ביהמ"ש העליון- מאשר שיש סמכות לתת צו חוסם.

אומרים שהמקור של הסמכות הוא סי' 75 לחוק בתי המשפט 1984, גם בלי הסי' הזה אפשר לתת צו לפי הסמכות הטבועה.

כמו כן אומרים שביהמ"ש צריך לנהוג במשנה זהירות לפני שנותן צו כזה. מ-2 סיבות:

1. **מראית עין- כאילו מתערבים במערכת משפט זרה**
2. **פוגע בזכות היסוד להגיש הליכים איפה שהתובע רוצה.** זכות יסוד להגיש תביעה איפה שרוצה.

ולכן רק במקרים קיצוניים כאשר שיקולי צדק מחייבים את זה יתנו בביהמ"ש צו חוסם. **ההכרעה מבוססת על השוואה בין הפגיעה הצפויה בצד שמבקש את הצו אם לא יקבל את הצו (ויתבעו אותו בחול הנזק אם יתבע בחול) מול הפגיעה לתובע אם יתנו את הצו ולא יאפשרו לו לתבוע בחו"ל. - מן איזון, מבחן הפגיעה הפחותה.**

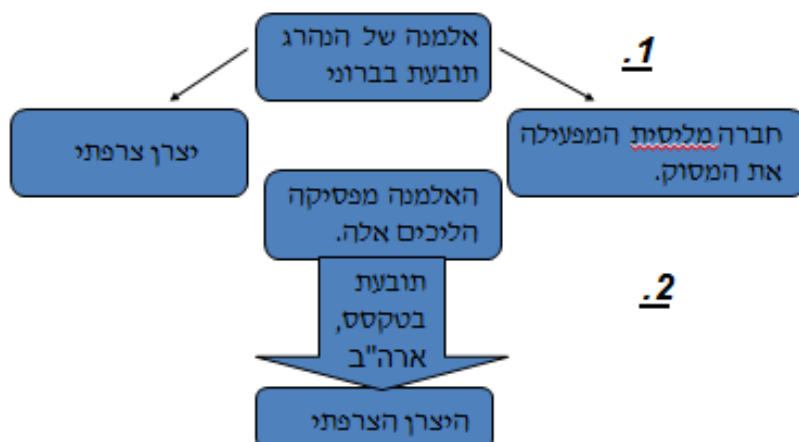
בפס"ד אמרו שיש להתחשב כאשר מנסים לאמוד את כמות הפגיעה בשאלה האם בפתירת ההליכים בחו"ל יש משום מהלך המכוון לפגוע בצד המבקש (האם התביעה היא דווקא לפגוע- קנטרנית) או נעשה לצרכים בלתי לגיטימיים כמו סחיטה או אם הוא פוגע בעקרונות הצדק המהותיים או הדיוניים.

לדעת המרצה יש עניין של תו"ל אם מאיים או מחיל הליכים במדינה מסוימת כי יפגע בו ויוכל לסחוט אותו בצורה לא לגיטימית- זה סיבה טובה למתן הצו.

במקרה זה האחות לא הצליחה להרים את הנטל ולהראות שהגשה של תביעה באנגליה תפגע בזכויות שלה או שיש בכך משום עושק או מרמה או עוול משמעותי כלפיה ולכן לא נתנו את הצו.

חשוב- העובדה שהיו כבר הליכים בארץ בין הצדדים למרות שלא היו אותם ההליכים, זה עצמו לא סיבה לתת את הצו!!

דוגמה של מתן צו חוסם פס"ד אנגלי שנתנו צו חוסם SNIA v. LEE KUI JAK



מקרה שניתן יהיה לתת צו פוסק:

התובעת היא אלמנה. בעלה נהרג בתאונת מסוק שהייתה בברוני. היא בהתחלה חושבת לתבוע בברוני בגלל שהתאונה הייתה שם והיא גרה שם. היא תובעת בברוני את החברה המלזית שהפעילה את המסוק וגם את היצרן הצרפתי.

הועלה רעיון שכדאי לה לתבוע בטקסס ולא בברוני כי היא תקבל שם פי כמה וכמה פיצויים. לכן היא מפסיקה את ההליכים בברוני ומתחילה הליכים בטקסס אבל רק נגד היצרן הצרפתי כי כנראה הייתה סמכות נגד היצרן הצרפתי בלבד ולגבי המפעילה המלזית לא היה לה סניף בטקסס. לכן, הועמד לדין רק היצרן הצרפתי בטקסס, ברור מה המניעים שלה- יש פה **פורום שופינג- צו חוסם מתאים במקרים של פורום שופינג מובהק**. היצרן הצרפתי מבקש מביהמ"ש בברוני צו חוסם נ' האלמנה שיאסור עליה להמשיך את ההליכים בטקסס.

למה ביקשו מביהמ"ש בברוני? היא גרה שם וגם שם התחילו את ההליכים. זוהי מדינה שיש לה את הסמכות עליה (האלמנה) ולכן יכולה להפעיל עליה סנקציה כגון מאסר על ביזיון ביהמ"ש. מבקשים את הצו מהמקום שהתובע גר ונמצא וזה גם הפורום הנאות.

האם בביהמ"ש בברוני יכול לתת את הצו?

נתנו פה את הצו. קבעו כי ישנה פגיעה מאוד גדולה ליצרן הצרפתי שבגללה נותנים את הצו, **הסיבה לנתינת הצו**, כנראה הנימוק העיקרי היה **עניין של פיצול הליכים** כי גם אם היצרן הצרפתי יפסיד במשפט ויצטרך לשלם פיצוי הוא ירצה לטעון לתביעת שיפוי כלומר שלא רק הוא אשם אל גם או רק החברה המלזית שלא טיפלה במסוק כמו שצריך, אם בארה"ב הוא צריך לשלם כסף הוא יצטרך להתחיל הליכים חדישים אחרי סיום ההליך בארה"ב בבית המשפט במלזיה. לכן הוא טוען שאין צורך לפצל את הליכים דבר שיגרום להתדיין בשני הליכים נפרדים. כדי שיוכל לקבל שיפוי מהחברה המלזית הוא יצטרך להקנות סמכות נגד החברה המלזית. **כדאי שכל ההליכים יהיו ביחד עם החברה המלזית שביהמ"ש יוכל לדון כמו שצריך ולא לחלק את ההליכים**.

יש לשים לב! לא ברור שהפורום שופינג יהיה מספיק אלא צריך לעלות בפני ביהמ"ש פגיעה משמעותית וקונקרטיה שתגרם אם הדיון לא יתבצע בביהמ"ש במקום מסוים לכן פורום נאות עצמו לא מספיק כי יש בו הרבה מקום למניפולציה.

לקרוא לשיעור הבא- פס"ד סקאלר נ' יובינר בעניין כללי ברירת דין בנוזיקין

שיעור 5

היום נדבר על הנושא של ברירת הדין. יש כללי ברירת דין ספציפיים לכל תחום אך לפני כן נחשוב על השאלה מהן המטרות של כללי ברירת הדין, למה יש לנו בכלל כללי ברירת דין, היה יותר קל להחיל את הדין המקומי ומה עומד מאחורי כללי ברירת הדין עצמם שמאפשרים לי להחיל דין אחר. נדבר על ארבעת המטרות של כללי מטרות הדין שנסמכות על המאמר של עמוס שפירא. במאמרו הוא לא נותן היררכיה בין הכללים השונים אך המרצה חושבת שהמטרה הראשונה היא הכי חשובה.

מטרות כללי ברירת הדין

1. קידום אינטרסים פרטיים-עשיית צדק עם בעלי הדין- כל המטרה לעשות צדק

עם בעלי הדין

ראשית נבהיר מהו צדק. בברירת הדין לא מדברים על צדק מהותי מה שנקרא באנגלית better law, השופט לא חושב איזה דין יותר צודק בזמן השפיטה. לא מדברים על צדק מקומי באותו המקרה מכיוון שזה יהיה מאוד סובייקטיבי אם השופט יחליט בכל מקרה את הדין, אנחנו מדברים על **צדק מתקלי- conflicts justice** אנחנו שואלים לאיזה מערכת משפט צודק לפנות. איזה מערכת משפט תיתן את התשובה הנכונה ביותר למקרה הספציפי. **לא בודקים את התוכן של הדינים אלא שואלים איזה מערכת משפט צודק להחיל באותו מקרה.**

הקריטריונים לפיהם פועלים:

1. **צדק-** מימוש הציפיות הלגיטימיות של הצדדים. ברוב המקרים הצדדים לא כ"כ חשבו לפני האירוע איזה דין יחול. בעיקר בדיני נזיקין שיש עוולה לא מתכננים במקרים כאלו מראש את הדברים ורוב המקרים הם פתאומיים. שואלים מה היו הציפיות הלגיטימיות של אדם סביר אם היה חושב על זה. **רוצים לממש את הציפיות של האנשים סבירים מה היה סביר שיצפו.**
2. **הקושי בזיהוי ציפיות אלו- פס"ד סקאלר נ' יובינר-** תאונת דרכים בניו זילנד שני בעלי דין ישראלים שהכירו שם והשאלה איזה דין חל. האם חל דין ישראל שעל פיו הנפגע יקבל פיצוי או דין ניו זילנד על פיו לא יקבל פיצוי. אם שואלים מה היו הציפיות הלגיטימיות של הצדדים.

אומרים שצריך להיות כללים ומי שמעצב את הכללים צריך לדאוג שאותם הכללים ישקפו את הציפיות הלגיטימיות זה יהיה קשה לכסות את כל מגוון האפשרויות. זהו הקריטריון, מי שמעצב מראש את הכללים אם זה המחוקק במקרי חקיקה או השופט שהכלל הוא פסיקתי כשהם מעצבים את הכלל אחת המטרות צריכה להיות שבסופו של יום צריך לממש את הציפיות הלגיטימיות של אנשים סבירים.

2. אחידות התוצאה בכל פורום

לא משנה איפה הדיון יתקיים, התוצאה תהיה אותה תוצאה כי אותו דין יחול. ישנה חשיבות לקיום אותו דין וזה כדי למנוע פורום שופינג, אם אותו דין יחול לא משנה איפה זה מוריד את התמריץ לעשות פורום שופינג אך זה לא מונע לגמרי כי אולי יש תמריצים פרוצדוראליים. אם יש אחידות תוצאה בכל פורום זה הרבה יותר טוב, לכל מדינה אותם כללי ברירת דין.

כיצד יכולים להשיג את התוצאה האחידה?

1. **אמנות בינלאומיות המאחדות את כללי ברירת הדין-** ברוב האמנות מבחינת אמנות גלובאליות הם בחסות מוסד שנקרא "וועדת האג לעניין המשפט הבינלאומי הפרטי", בחסות אותו מוסד שכבר קיים מאה שנה יש עשרות אמנות. ישנה אמנת האג אחת מפורסמת וידועה בהקשר של חטיפת ילדים. ישראל לא חתומה על כל האמנות ובעיקר לא חתומה על האמנת האג בתחום של דיני משפחה בשל הבעייתיות של הדין הדתי (גירושין ותוקף נישואין) אך מגדדו אנו כן חתומים אמנת האג בעניין של תוקף צוואות.
2. **אמנות אזוריות-** פחות שייכים למ"י, בעיקר אמנות של האיחוד האירופי, כמו אמנת רומא, יש להם אמנות על חוזים ועל נזיקין.
3. **אימוץ חד-צדדי של כללי ברירת הדין נפוצים במדינות אחרות-** ביהמ"ש כשצריך להחליט מה יהיה כלל ברירת הדין הוא בודק סיקור משווה ואם הוא רואה שברוב המדינות המערביות יש כלל ברירת דין מסוים שבמידה ונאמץ אותו נגיד לתוצאה האחידה והמתאימה, אזי

ביהמ"ש מאמץ זאת באופן עצמאי. בתביעות נזיקיות כמו שהיה **בפס"ד יינון השופט ריבלין** עשה בדיקה מה קורה במדינות אחרות ואחד הנימוקים לכלל שאימץ היה מאוד דומה לכלל שקיים במדינות אחרות.

3. נוחות, פשטות ועילות בהליך השיפוטי

1. **נקודת המוצא**- לכאורה זו מטרה שכל כלל יהיה פשוט ויעיל ישנו הצורך הכללי בכללים ברורים, וודאיים וקלים ליישום.
 2. **האם מטרות אלה פחות חשובות וקשות יותר להשיג במשפט בינלאומי פרטי? שפירא מול ש' ריבלין**- יש ויכוח האם המטרה הזו חשובה גם בתחום של המשפט הבינלאומי הפרטי. דווקא **פרופ' שפירא** במאמר מפחית במשמעות של המטרה הזו במשפט הבינלאומי הפרטי ואומר שהיא פחות חשובה בגלל שהסיטואציות שעולות במשפט הבינלאומי הפרטי הן לא **סיטואציות שכיחות** אלא כל אחת ייחודית לעצמה ולכן כמעט בלתי אפשרי לצקת כללים שגם גורמים לצדק וגם נוחים פשוטים ויעילים. זה לא תחום פשוט אלא מדברים על מקרים שונים מאוד צריך קצת לוותר לדעתו על מטרה זו.
 3. **השופט ריבלין** לא מסכים איתו, **בפס"ד סקאלר נ' יובינר** מדבר רבות על וודאות וצפיות שלידו חשובות מאוד.
- חיפוש מתמיד אחרי "הדרך המושלמת לאזן" בין הצורך לשמור על וודאות וצפיות לבין גמישות וצדק במקרה הספציפי" (קנאור, 2010)**- המאמר נכתב בין פס"ד יובינר בערכאת העליון הראשונה לבין הדיון הנוסף- יש חיפוש מתמיד אחרי הדרך המושלמת לאזן בין מצד אחד הצורך לשמור על וודאות וזכויות (ריבלין) לבין גמישות וצדק במקרה הספציפי (יותר מה שפירא תומך).

4. הגנה על האינטרס הציבורי

המטרה שנויה במחלוקת האם באמת היא חלק ממטרות משפט הבינלאומי הפרטי.

- **בעד המטרה**- לכל מדינה יש אינטרס שהדין שלה הוא זה שיחול במקרים בהם מדינות הפנים שלה מעוניינת בתוצאה מסוימת.
 - **"ניתוח אינטרס ממשלתי"**- התומכים בדעה זו בעצם המציאו גישה שקוראים לה גישה של ניתוח אינטרס ממשלתי שאומרת שכל מקרה גם לכאורה אם הוא על אנשים פרטיים עדיין למדינה יש אינטרס שהדין שלה יחול אם זה בהתאם למדיניות הפנים שלה.
- **נגד המטרה**- למדינות אין אינטרס בהחלת דין מסוים. האינטרס היחיד שלהן הוא רק שייעשה צדק בין בעלי הדין.
 - לפי גישה זו חוזרים למטרה הראשונה שהיא **קידום אינטרסים פרטיים**. הדבר היחיד שמעניין הוא שיהיה צדק על פי גישה זו אין מטרה נפרדת להגנה על אינטרס ציבורי.

הדגמת ניתוח גישה ניתוח אינטרס ממשלתי

לגישה זו המון השפעה בארה"ב, בארץ לא אומצה כגישה גורפת אך מידי פעם רואים שופטים שמזכירים אותה.

- **מתקל שווא- התנגשות מדומה בבדיקה האם באמת לשתי המדינות יש אינטרסים נוגדים:**

○ פס"ד **Babcock v. Jackson** – פס"ד מנחה שמדבר על אינטרסים. פס"ד בניו יורק של שנות השישים. מדובר בחברים מניו יורק שנסעו צפונה והגיעו לאונטריו שבקנדה שם הייתה תאונת דרכים, ע"פ דין אונטריו הנהג לא צריך לתת פיצוי לנוסעת בגלל שיש חוק באונטריו שאומר שאין חובה לפצות את הנוסע הטרמפיסט אלא אם יש רשלנות רבתית. **התוצאה בפס"ד חל דין ניו יורק - לפי נימוק של מירב הזיקות.** באותו פס"ד היה נימוק חלופי של אינטרס ממשלתי - זה מדגים את הגישה, **צריך לבדוק האם לכל מדינה משתי המדינות המעורבות, יש לה באמת אינטרס שהדין שלה יחול במקרה ספציפי הזה.**

במקרה כזה נשאלות שאלות האינטרסים לגבי כל אחת מהמדינות:

1. האם לדין ניו יורק יש אינטרס שהדין יחול במקרה בבקוב? כן, יש אינטרס לחול פה, הנפגעת הייתה תושבת ניו יורק ולכן יש אינטרס להגן עליה שתקבל פיצוי זה עלול למנוע מניו יורק לתמוך בה מבחינת קצבאות סעד, ע"פ דין ניו-יורק תושבת ניו יורק תקבל פיצוי.
2. השאלה הנוספת האם לדין אונטריו יש אינטרס לחול? לא, כי בכל מקרה לפי דין אונטריו לא משלמים שום דבר ולא מעניין אותם. **צריך לבדוק מה המדיניות שעומדת אחרי הכלל של הדין באונטריו כדי להבין אם יש לה אינטרס או לא.** המדיניות שעמדה מאחורי הכלל הזה באונטריו- היה הרעיון להגן על חברות הביטוח בשל התופעה של תביעות כוזבות, כל פעם שהייתה תאונה ניפחו את הנזק והייתה בעיה של מרמה נגד חברות הביטוח ולכן הגבילו את התביעות למקרים של רשלנות רבתית בלבד. רואים שהמטרה של החוק הזה היא להגן על חברות ביטוח של אונטריו בלבד (ולא של ניו יורק). לכן לדין אונטריו אין אינטרס ולכן יש פה מתקל שווא- התנגשות מדומה- יש מתקל מדומה בין דין ניו יורק לדין אונטריו כי דין אונטריו לא מקבל פיצוי וניו יורק כן מקבל פיצוי אבל שבדקים את האינטרסים של המדינות רואים שזה מתקל שווא. **התוצאה ברורה, אם רק מדינה יש אינטרס מחילים את הדין של אותה מדינה.**

• **הקושי בזיהוי האינטרסים:**

בד"כ יש קושי בזיהוי האינטרסים השונים של המדינות. בעניין פס"ד בבקוב היה קל לזהות אך הקלות הזאת לא תופיע תמיד בפסקי הדין

○ פס"ד **Kell v Henderson** – כמה שנים אחרי בבקוב היה מקרה עם אותן העובדות אבל הפוך. מדובר בתאונה שהתרחשה בניו יורק ושני הצדדים היו מאונטריו. נשאל את השאלות המנחות לגבי חלות הדין והאינטרסים:

1. האם לדין אונטריו יש אינטרס לחול עכשיו? כן, מניחים שהרכב של הנהג מאונטריו ושם הוא מבוטח ויש פה אותו היגיון שצריך להגן על חברת ביטוח באונטריו.
2. האם לדין ניו יורק יש אינטרס לחול? היו שני פסקי דין שנדנו באותו ביהמ"ש בהרכבים שונים והגיעו לתוצאות סותרות:
 - ☒ פס"ד הראשון- אין לניו יורק אין אינטרס לדון במקרה.
 - ☒ פס"ד השני- לניו יורק יש אינטרס לדון במקרה משלוש סיבות:
 1. יש לדין ניו יורק להסדיר את התוצאות של נהיגה בניו יורק אם מישהו מתנהג בצורה רשלנית יש אינטרס לדאוג שבאמת ישלם על הפרעה הציבורית שיצר.

2. אינטרס שהרופאים בניו יורק יקבלו שכר טרחה כי הנפגעת טופלה בניו יורק ואם היא לא תקבל את הכסף מחברת הביטוח היא לא תוכל לשלם את שכר הטרחה לרופאים שטיפלו בה.
 3. דאגה אנושית למישהו שנפגע.
- זה מדגים את הקושי בזיהוי אינטרסים. החילו את דין ניו יורק- מתקל אמיתי

- **מתקל אמיתי:** ברגע שלשני הצדדים יש אינטרסים אמיתיים יש מתקל אמיתי- החילו פה את דין ניו יורק.

שתי הגישות איך להתמודד עם מתקל אמיתי:

1. **גישת הפורום (המלומד Currie)-** ברגע שיש מתקל אמיתי מעדיפים את דין הפורום- **הדין של המדינה שדנה.** גם לפורום יש אינטרס טבעי להעדיף את אינטרס הפורום. ברור ששופט יעדיף את אינטרס המדינה שלו.
2. **גישת "הפגיעה הפחותה" (המלומד Baxter)-(שוז מעדיפה)-** השופט צריך להחליט איזה אינטרס של איזה מדינה יפגע יותר אם לא מחילים את אותו הדין.

- **פס"ד Bernard v Harrah's Club שמדגים את השימוש בפגיעה פחותה-** זה פס"ד ממדינת קליפורניה בו מדובר על תאונת דרכים בקליפורניה והנהג שגרם לתאונה היה שיכור בגלל שהוא שתה יותר מידי אלכוהול בפאב של הנתבע Harrah's Club שלא היה בקליפורניה אלא במדינת נבדה, לאחר ששתה הוא נהג וגרם תאונה.
- **המתקל:** על פי דין **קליפורניה** יש חוק מעניין שקובע שבעל פאב שמאפשר ללקוח לשתות יותר מידי אלכוהול ואח"כ הלקוח גורם לתאונת דרכים, גם בעל הפאב עצמו חייב. על פי הדין בקליפורניה בעל הפאב חייב לשלם פיצוי לנפגע. לעומת זאת, ע"פ דין **נבדה** למי ששותים אין חוק כזה כלל וכלל.
- **השאלה איזה דין יחול האם הדין של נבדה או קליפורניה?** אימצו את גישת ניתוח האינטרסים ולכן שואלים ובודקים האם יש מתקל אמיתי או מתקל שווא.

- **האם לדין קליפורניה יש אינטרס שהדין שלה יחול?** כן, כי כל המטרה של הדין להגן על תושבי קליפורניה נהגים והולכי דרך ולהגן על תושבים מנהגים שיכורים.

- **האם לדין נבדה יש אינטרס לחול?** כן, כדי שלא לשלם, שכל בעלי הפאבים שם במיוחד שזה פרנסה עיקרית שלהם לא יצטרכו לשלם לכל שותה.

- **לכן יש מתקל אמיתי-** בקליפורניה לא אוטומטית החילו את דין הפורום אלא השתמשו בשיטת הפגיעה הפחותה- איזה אינטרס יפגע יותר אם אותו דין לא יחול?
- ישנה עובדה נוספת בפסה"ד- הפאב המדובר בנבדה פרסם ושיווק את עצמו בתוך קליפורניה, זה היה רלוונטי כי הפאב הזה בכוונה משך נהגים מקליפורניה. כמובן שהם צריכים לחזור באוטו בחזרה. לקחו בחשבון שאם אפשר להתחמק מהעניין הזה של כלל השתייה קליפורניה ע"י מעבר לגבול השני קרי לנבדה זה יפגע במדינות של קליפורניה כי כל נהג שרוצה לשתות ילך לנבדה שם יתנו לו דבר שפוגע במדינות של קליפורניה.
- היה עוד עניין שאמרו שמדינות קליפורניה היא מדיניות טבעית החוק היה מיועד לטפל בבעיה של נהגים שיכורים, לעומת זאת המדינות של נבדה שבעל הפאב לא חייב זה לא כלל מיוחד אלא דבר פאסיבי.

הגנה על האינטרס הציבורי: קונצנזוס

דברנו על ההגנה על אינטרס ציבורי שיש אומרים שהיא כן מטרה ותומכים בניתוח האינטרסים ויש כאלו שאומרים שזה לא רלוונטי כי למדינה לא אכפת מפרטיים. **כולם מסכימים על זה שביהמ"ש לא יחיל דין שנוגד את תקנת הציבור-** יש הגנה מסוימת על אינטרס ציבורי גם אם

מצומצמת, כולם מסכימים שכללי הלכי הדין הזר לא יחולו אם זה נוגד תקנת ציבור. זה נקרא תקנת הציבור השלילית.

תקנת ציבור שלילית- ביהמ"ש לא יחיל דין שנוגד את תקנת הציבור החיצונית של הפורום (דנ"א סקאלר נ יובינר)

ביהמ"ש מפרשים את תקנת הציבור בצורה מאוד מצמצמת. דוג' של שימוש בתקנת ציבור שלילית. היו כמה פס"ד ישנים אחרי קום המדינה שהתייחסו לחוזים שנעשו בגרמניה בזמן הנאצים, ובעצם ע"פ הדין הגרמני אז הייתה הפליה נ' יהודים. פה למרות שהדין שחל היה דין גרמניה בימה"ש בישראל לא החיל דין שמפלה נ' יהודים. דין גרמניה שמפלה נ' יהודים לא יחל פה בישראל.

פס"ד סקאלר- כאשר יובינר ניסה לטעון שדין ניו-זילנד נוגד את תקנת הציבור הוא לא הצליח. יש להבחין בין תקנת ציבור פנימית שלנו לבין תקנת ציבור חיצונית שיותר מצמצמת ומדברת רק על דברים שממש מזעזעים ופוגעים בצורה קשה בערכים שלנו.

תקנת ציבור חיובית- במקרים חריגים ביותר האינטרס הציבורי של הפורום ידרוש, שאך ורק דין הפורום יחול (פס"ד גבעת זאב)

תקנת ציבור חיובית זה מקרים שבהם לפי תקנת הציבור הפורום דורש שרק הדין הישראלי יחול. לא בגלל שיש לנו בעיה עם הדין הזר, אבל בגלל שהמקרה כ"כ קשור לישראל וחשוב לנו ורוצים שיהיה בישראל.

פס"ד גבעת זאב- דוג' לתקנת ציבור חיובית- דובר בחוזה עבודה בין מעסיקים ישראליים שנמצאים ב"איזור"- בשטחים, אחד מהמעסיקים הייתה "מועצה מקומית גבעת זאב" לבין העובדים שהיו תושבים פלסטינאים של ה"איזור". השאלה הייתה איזה דין חל על החוזים הללו (הדין לא היה כתוב בחוזה), האם חל דין ישראל או הדין באיזור שהוא הדין הירדני? הכלל בהקשר זה הוא כן מירב הזיקות בהקשר של חוזים.

ביה"ד הארצי לעבודה- קבע שדין שיחול הוא דין ירדן. אבל, אמרו שבגלל הנסיבות הספציפיות של המקרים האלו ובמיוחד כשמדובר במעסיק שהוא בעצם מועצה מקומית בישראל ייתכן שתקנת הציבור הישראלית תדרוש שיחול דין ישראל. למרות שמדובר בדין ירדני בגלל הקשר ההדוק עם ישראלי ייתכן שתקנת הציבור תדרוש שיחול דין ישראל במיוחד לאור ההפליה הפוטנציאלית בין עובדים של אותה מועצה הישראלים לבין העובדים הפלסטינאים. הם לא הכריעו בעניין והחזירו את התיקים לביה"ד לעבודה המקומיים, ובינתיים התובעים תבעו לבג"ץ **ובג"ץ הפך את ההחלטה וקבע שבכל אופן חל דין ישראלי** ולכן השאלה של תקנת הציבור נהפכה ללא רלוונטית כי ממילא חל דין ישראל (קבע זאת על פי מירב הזיקות). **תקנת הציבור יכולה לעזור אם חל דין זר ובכל זאת תקנת ציבור דורשת שיחול דין ישראל, הגיוני לומר שבמצב כזה תקנת הציבור תדרוש שיחול דין ישראלי.**

כללי ברירת הדין בנוזיקין

שאלה סבוכה

השאלה של כללי ברירת דין בנוזיקין היא שאלה בעייתית.

• **"שאלה זו של בחירת הדין בנוזיקין, נמנית על השאלות העיוניות המורכבות ביותר בדיני מתקל הדינים, בארץ ובעולם" (השופט ריבלין, פס"ד ינון נ קרעאן)**

• **מדוע כללי ברירת הדין בנוזיקין כאלו מסובכים?** למה השאלה של ברירת הדין בנוזיקין היא אחת השאלות הסבוכות שגורם הרבה יותר קושי מנושאים אחרים? יש הרבה משתנים גם המקום גם המעשה והניזק גם אם לא באותו מקום, אם צדדים ממקומות שונים, יש הבדלים בין סוגים שונים של עוולה, קשה למצוא כלל שמתאים לכל המגוון של הסיטואציות הללו.

האפשרויות השונות- יתרונות וחסרונות של הגישות האפשריות

ראשית יש לזכור כי **כלל ברירת הדין הנזיקי כולו בפסיקה** ולא בחקיקה.

1. **דין הפורום-** אנו יודעים שלא באופן אוטומטי מחילים את דין הפורום, יש סוגיות שמוצדק להחיל את דין הפורום דווקא בתחום של נזיקין כי אולי יש מקום לכתחילה להחיל את דין הפורום. יש כאלו שאומרים שיש פה איזושהו דמיון בין דיני הנזיקין לבין הדין פלילי, בדין פלילי חל דין הפורום והמשותף להם הוא הסדרת ההתנהגות להסגיר איזה התנהגות ראויה ואיזו לא. אם מגיעים לביהמ"ש שלנו הוא יחליט את הרמות הנכונות של פרמטרים להתנהגות נכונה או לא. הטיעון לא מספיק חזק כי המטרה העיקרית של דיני נזיקין הוא להחזיר את המצב לקדמותו ולפצות את התובע. **ההצדקה של דין הפורום הוא דמיון לדין פלילי אחד מהמטרות של נזיקין הוא להסדיר התנהגות ולכן קובעים שרוצים לקבוע על פי רמת ההתנהגות הנדרשת באותו דין.** זה טיעון חלש כי המטרה העיקרית של דיני נזיקין היא החזרת המצב לקדמותו.
 2. **דין מקום המעשה או המחדל-** היתרון של זה וההצדקה היא לפי צפיות הצדדים במקום בו אתה מתנהג ומייצר את המוצרים אדם מצפה ששם יהיה הדין, זוהי ההצדקה העיקרית. אם יש יצרן מפעל ורוצה לדעת את רמת המוצרים הוא יישאל את אלו שבאותה המדינה.
 3. **דין מקום גרימת הנזק-** אין הכוונה למקום המעשה ומחדל אלא ההצדקה היא להחיל את מקום גרימת הנזק- החזרת המצב לקדמותו. זה המקום שהוא היה ונפגע ועל פי אותו מקום צריך להחזיר המצב לקדמותו.
 - **החיסרון של מקום המעשה והמחדל-** יכולים להיות מאוד שרירותיים, הדג' של תאונת מטוס שנופל במדינה מסוימת אין הרבה קשר בין מקור האירוע לנזק.
 - **ההבדל בין שני הדברים** יהיה במקרה של עוולת חוצת גבולות, בד"כ המעשה ומקום גרימת הנזק הוא אותו מקום, אבל ברוב המקרים של תאונות עבודה או תאונות דרכים לא משנה מקום המעשה או מקום גרימת הנזק. אם מדברים על מוצרים פגומים או השמצה אלו עוולת חוצת גבולות כי משמיץ כותב במדינה אחת והנזק נגרם במדינה אחרת.
 4. **מקום מגורים של הניזוק-** יש בעייתיות של הפליה. לתבוע במקום מגוריו של הניזוק זהו הציפיה של הניזוק כי מחזירים את המצב לקדמותו במקום שהוא גר ולפצות במקום שהוא תובע, הבעיה היא בניגוד לציפיות המזיק שבכלל לא ידע-נקפח את המזיק. **לדג'-**התייר מחו"ל שדרס אדם בארץ, פה הנהג הישראלי צריך לפצות לפי הכללים בארה"ב? זה לא תואם את ציפיות הפוגע.
 5. **דין מקום מגורים של המזיק-** ההצדקה שאם אתה מישראל ולא משנה מאיפה אתה, אתה רוצה לנהוג לפיה נורמות ישראליות, לכן לפי הנורמות של המזיק אלו הנורמות שרגיל אליהם ומכיר אותם. **הבעיה שנקפח את הניזוק.** אם בישראל נפגע אדם ע"י נהג ממדינה אחרת שם שבה אין אחריות בנזיקין אז למה שלא יקבל רק בגלל זה פיצוי.
 - **יש מקרים שמקום מגוריו של המזיק ומקום מגוריו של הניזוק לא סותרים-** כגון מקרה של מקום מגורים משותף, פס"ד סקאלר אומר שיש מדיניות שאם לשני בעלי דין יש מקום מגורים משותף מחילים את אותו הדין במקום המגורים המשותף- אצלנו דחו את זה.
 6. **דין בעל מירב הזיקות לעולה-** אפשרות של מירב הזיקות, אומץ בארה"ב בפס"ד בבקוב. היתרון של מירב הזיקות- הוא מאזן בין כל האופציות הקודמות שראינו ומתן אפשרות להתחשב בכל הגישות והזיקות האחרות ולתת לכל אחת את המשקל הראוי לה.
- כמעט לכל גישה יש יתרונות וחסרונות אין נוסחה המדברת על כולם, זה האטרקציה של מירב הזיקות אבל הבעיה שלה היא חוסר הוודאות.

ההתפתחות הכרונולוגית בארץ של כללי ברירת הדין בנזיקין

1. **אימוץ הכלל הכפול בפס"ד Philips** - בקום המדינה אימצנו את הכלל של המשפט המקובל של פס"ד פיליפס, שנקרא "הכלל הכפול" זה שילוב בין דין הפורום לבין מקום ביצוע העוולה.
 - **פס"ד בלאו** יישמו את הכלל- תאונה בחצי האי סיני, שילוב בין דין ישראלי לדין מצרים.
2. **אימוץ החריג של המדינה עם הקשר הקרוב ביותר מפס"ד Boys** - באנגליה הכניסו חריג, לכלל הכפול בפס"ד פיליפס, ואנחנו אימצנו גם את החריג הזה.
 - **פס"ד אנגלי- boys** - שני בעלי הדין היו חיילים אנגליים, ששרתו במלטה. היה ביניהם תאונת דרכים ואחד מהם נפגע, היו ברכבים שונים. הנפגע תובע את הפוגע באנגליה. מה המתקל בין הדינים מלטה לעומת אנגליה? ע"פ דין מלטה לא היו אז פיצויים בגין כאב וסבל ולכן אם היו הוצאות רפואיות או נכות לזמן ארוך, הכאב וסבל לא היה נזק, במקרה הספציפי הזה עיקר התביעה היה כאב וסבל, החייל התאושש ונרפא והצבא שילם את כל ההוצאות ועיקר התביעה הייתה כאב וסבל אם חל דין מלטה לא יקבל אם דין אנגליה יקבל את ההוצאות בגין ראש נזק זה.

על פי הכלל של המשפט המקובל - החייל לא היה מקבל פיצויים בגין כאב וסבל כי מלטה היה מקום ביצוע העוולה. בבית הלורדים רצו להימנע מהתוצאה הזו ומצאו כמה דרכים לעשות את זה ולא היה ברור מה הרציו. לאחר מכן יש נימוק אחד שכן אימצו אותו בפס"ד הבאים שאומר שיש חריג לפס"ד פיליפס שאומר **שאם יש מדינה אחרת שיש לה קשר הקרוב והאמיץ ביותר לעוולה, אז ניתן להחיל את הדין הזה במקום דין מקום ביצוע העוולה.**

במקרה זה לאיזה מדינה יש את הקשר הגדול ביותר עם העוולה? אנגליה, שני בעלי הדין תושבי אנגליה ומשרתים בצבא האנגלי והתאונה הייתה במלטה כי שירתו בצבא האנגלי- התוצאה המדינה שיש את הקשר האמיץ ביותר היא אנגליה. (גישה אמריקאית- מירב הזיקות, גישה אנגלית- החריג לכלל הזה). **במקרה גבולי שלא ברור איזה מדינה היא מירב הזיקות אי אפשר להחיל את החריג אלא רק אם זה ברור!** (לעומת זאת בארה"ב בכל מקרה גם אם לא ברור צריכים לעבוד לפי מירב הזיקות)

יש לשים לב בדרך העבודה המשפטית בין שתי המדינות:

 - **דין אמריקאי- ארה"ב** - אין כללים יש רק מבחן של מירב זיקות. מתחילים עם אפס ומבחינים מה המדינה שיש לה את מירב הזיקות גם אם זה מקרה גבולי מגיעים לתוצאה.
 - **דין אנגליה** - הכלל הוא מקום ביצוע העוולה אך, אם צד אחד בא ומוכיח שמקום ביצעו העוולה גורם לאי צדק ואומר שבאופן ברור יש מדינה אחרת שיש בה מירב הזיקות אז נחיל אותו אבל אם זה מקרה גבולי הוא לא ירים את הנטל.
3. **היישום של Boys בישראל היה בפס"ד קפלן** - דובר על תאונה שהתרחשה בחוף נביעות שהיה בסיני (לפני ההסכם עם מצרים). המזיק היה עובד ישראלי של כפר הנופש, התובע היה ישראלי שבילה שם בכפר הנופש. השאלה מה דין מקום ביצוע העוולה? לכאורה לפי הכלל- מצריים כי זה היה בשטחה, **הפעילו את החריג** ובמקום דין מצרים הפעילו את דין ישראל כי אמרו ששני הצדדים בעלי הדין הם ישראלים ולישראל יש שליטה על כפר הנופש הזה ולכן ישראל היא מירב הזיקות.
 - **אימוץ הגישה האמריקאית של מירב הזיקות / אינטרסים** -
 - **ע"א 750/79 קלוזנר נ ברקוביץ** - מדובר בתאונת דרכים בתוך ישראל. הנתבע נהג אוטובוס אגד, התובע בחור אמריקאי שהגיע לארץ לצורך לימודים, היה סיכוי סביר שאח"כ יישאר בארץ. היה ברור שעל פי המשפט המקובל יחול דין ישראל- גם הפורום הנאות וגם מקום העוולה. אבל בכל זאת **השופטת בין פורת** נצלה את ההזדמנות להגיד שאנחנו היום לא מחויבים למשפט המקובל והיא העדיפה את הגישה האמריקאית "אומנם האחידות גוררת וודאות משפטית (הגישה האנגלית-עם וודאות- לפי מקום ביצוע העוולה) וזה יתרון חשוב, אך חשוב ממנו השיקול המוביל לדין המתאים לעניין(גישת מירב הזיקות האמריקאית)" היא חושבת שהגמישות בתוך הדין האמריקאי חשובה אך, לא ברור למה מתכוונת במה הדין האמריקאי, האם למירב הזיקות או ניתוח אינטרסים ממשלתיים, אבל הגמישות זה מה שיביא לתוצאה רצויה ולכן זה יותר טוב. **מדובר באוביטר שבגללו במהלך 20 שנה אימצו בגישת מירב הזיקות.** לפעמים הצדיקו את התוצאה גם לפי המשפט המקובל, אבל בשטח השתמשו 20 שנה בגלל האוביטר שלה בגישת מירב הזיקות.

4. **קביעת כלל של מקום ביצוע העוולה כפוף לחריג המקריות, ע"א 432/03 ינון נ' קרעאן** - דחו את גישת מירב הזיקות בארץ. **בפרשת ינון השופט ריבלין** בצורה חד משמעית דוחה את גישת מירב הזיקות. **הכלל הוא מקום ביצוע העוולה כפוף לחריג חדש!** אין עוד מירב הזיקות יש כלל וחריג ספציפי.

מקרה טיפוסי תאונת עבודה ב"איזור" - בע"א 432/03 ינון יצור ושיווק נגד מאג'דה קרעאן

עובדת פלסטינאית נפגעה בתאונת עבודה במפעל ישראלי ביישוב אלפי מנשה. העובד הפלסטינאי טוען שחל דין ישראל כדי שיקבל משהו בגלל שיש דין מסודר ואילו המעסיק הישראלי טוען שחל דין הירדני שחל ביו"ש- בדין הירדני יש תעריפים קבועים מאוד ברורים. בכדי להבין את ההבדלים בין הדינים הישראלי והירדני- על פי דין ישראל תקבל פיצויים בסך 1,400,000 ₪ לעומת זאת על פי דין ירדן תקבל פיצויים בסך 187,200 ₪. המנשר בדבר סדרי שלטון והמשפט (מס. 2) 1967 קובע שיחול "המשפט שהיה קיים באיזור קודם לכן" אחרי אותו תאריך הדין שחל בשטחים קודם לכן ימשיך לחול ולכן בעצם הדין שחל באיזור הוא הדין הירדני.

במקרים כאלו במשך 20 שנה בין פס"ד קלאוזנר לפס"ד יינון, בתי המשפט עסקו ב-9 פסקי דין לפחות עם אותם עובדות וביהמ"ש נדרש להחליט לפי גישת מירב הזיקות- האם מירב הזיקות עם הדין הישראלי או הירדני. **היו חמישה פס"ד שקבעו שמירב הזיקות הם עם דין ישראל, והיו 4 פס"ד שקבעו שמירב הזיקות עם הדין הירדני. זה הוכחה מוצקה של חוסר וודאות.** רואים איך שופטים ראו אותן עובדות בצורה אחרת, השופטים הדגישו זיקות וגישות שונים. אלו שאמרו ישראל אמרו שזה איזור שבשליטה של ישראל והכל פה ישראלי חוץ מהזהות של העובד. אלו שאמרו ירדן, טענו שהכל פה באיזור והדבר הישראלי היחיד פה זה האזרחות של המעסיק. ראו אותה תמונה בעיניים שונות ייתכן שיש פה היבט פוליטי של תפיסת עולמו של השופט.

השופט ריבלין דחה את גישת מירב הזיקות ואמר את טענתו והביקורת שיש יותר מידי שיקול דעת שהוא לא מובנה ורחב: "חובה היא להותיר מקום לשיקול-דעתו של השופט הדין בכל מקרה ומקרה, ברם חובה היא גם לשים גדרים לשיקול-דעת זה. על בית המשפט להיות מונחה על-ידי עיקרון, אף אם יותר לו לסטות ממנו. (לדעת המרצה, זה ההבדל בין הגישה האמריקאית לאנגלית. באנגלית יש עקרון ואילו באמריקאית רק שק"ד נטו בלי שום עקרון) על החריג לצאת מן הכלל. כלל אמורפי שכולו שיקול-דעת סופו שהוא מסכל את עצם האפשרות להפעיל שיקול-דעת מושכל."

פרשת ינון- כלל ברירת דין חדש-

הכלל- "הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה".

החריג- "לכלל האמור, נכיר בחריג על פיו לא יהא זה צודק להחיל את דין מקום ביצוע העוולה – מקום בו הקשר בין מקום ביצוע העוולה לעוולה הוא מקרי".

החריג יחול במקום שהחלת מקום ביצוע העוולה גורם לאי צדק וגם שמקום הקשר בין מקום ביצוע העוולה לעוולה הוא מקרי

1. מקרי

2. עניין של צדק

בסקאלר נ' יובינר- 2 שופטות היו 2 צדדים הבינו את החריג של ינון בצורה שונה.

חיות- בפס"ד סקאלר, מדברת על חריג של צדק- חושבת שיש שני חריגים של צדק ושל מקריות.

בתאונת מטוס אף אחד לא יחלוק שהקשר בין מקום ביצוע לעוולה הוא מקרי, נדבר על הרעיון של המקריות, זה מבחן מאוד בעייתי. ריבלין בחר במבחן לא וודאי בכלל.

- "במקרה חריג – ונדיר- שכזה, יהיה על בית המשפט להחיל את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה העוולה."

במקרה שהחריג מתקיים לדעת ריבלין- לא נוכל להפעיל את החריג בתדירות אלא במקרים קיצוניים, יהיה על בית משפט להחיל את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה עוולה- מירב הזיקות.

מה ההבדל בין הדין החל בארץ לדעת ריבלין לבין הדין האנגלי?

בארץ המבחן להפעלת החריג הוא לא מירב הזיקות אלא מה שמפעיל את החריג הוא מקריות ואי צדק שלכאורה זה מאוד צר. רק באי צדק ומקריות משוחררים מהחלת דין מקום ביצוע העוולה ואז נוכל להכניס את כלל מירב הזיקות. **הטריגר להשתחרר מהכלל הוא מקריות או/גם אי צדק**, אחרי השתחררו מכלל ביצוע העוולה אז נלך לפי כלל מירב הזיקות. ריבלין בעצם הוסיף עוד מסנתת לפני שימוש בכלל מירב הזיקות.

פס"ד יינון- תאונת עבודה בשטחים שם היה מקום ביצוע העוולה. זה היה יישוב אלפי מנשה מעבר לקו הירוק. התוצאה פה הייתה בסופו של דבר- דין ישראל, הוא היה צריך להפעיל את החריג. איך הוא הכניס את המקרה הזה לתוך החריג? מלכתחילה קובע כלל והוא צריך במקרה הנדיר הזה להפעיל את החריג. לנסות להבין איך מצליח להפעיל את החריג במקרה הזה.

הפעלת החריג בפרשות ינון

על פי השופט ריבלין, המצב המשפטי הייחודי באזור, לפיו דינים שונים חלים על תושבים שונים הינו חריג לעקרון הטריטוריאלי, עליו מבוסס כלל החלת דין מקום ביצוע העוולה. לפיכך, הקשר בין העוולה לבין דין מקום ביצוע (דין ירדן), הינו מקרי.

האם תיאור הקשר כ"מקרי" מתאים כאן?

לשיעור הבא: לקרוא פס"ד ינון.

שיעור 6

ראינו שאימצנו את המשפט המקובל. השופטת בין פורת החליטה שיותר טוב המשפט האמריקאי וראינו את פרשת יינון שבו השופט ריבלין קובע את כלל ברירת הדין החדש.

פרשת יינון- כל ברירת הדין החדש:

- **הכלל- הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה-** שאלה תעלה במקרים של עוולות חוצות גבולות מקרים של תאונות עבודה או ת"ד, כל האלמנטים של העוולה מתרחשים באותו מקום אבל במקרה של עוולה חוצת גבולות לא ברור איפה מקום ביצוע העוולה.
- **קביעת חריג של השופט ריבלין-** נכיר חריג על פיו לא יהא זה צודק להחיל את דין מקום ביצוע העוולה- **מקום בו הקשר בין מקום ביצוע העוולה לעוולה הוא מקרי.** אם מדובר **בחוסר צדק או מקריות** לא ברור אם זה חריג אחד או שני תנאים. השאלה השנייה היא מה ההיקף של אותו חריג.
- **במקרה חריג ונדיר שכזה-** אם קיים החריג יהיה על בימה"ש **להחיל את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה העוולה.** אם יש מקרה שנופל בתוך החריג, במצב כזה במקום להחיל את דין ביצוע העוולה נחיל את דין מירב הזיקות. **יש להדגיש שזה שונה מהדין האנגלי שיש חריג של מירב הזיקות, פה החריג הוא צדק ומקריות ורק אם החריג מתקיים אנו נחיל את הדין שיש לו את מירב הזיקות.**

מה קרה בפס"ד יינון עצמו- מה היה מקום ביצוע העוולה? יישוב אלפי מנשה מחוץ לקו הירוק וזה לכאורה דין ירדן אך בסופו של יום החילו את דין ישראל. **בערכאה הראשונה** נאמר שהדין החל הוא הדין הישראלי מכוח הגישה של מירב הזיקות. **בעליון**- עדיין חל דין ישראל אבל הנימוק שונה לגמרי.

מכניסים את המצב המשפטי הייחודי באיזור, לתוך החריג. ריבלין "המצב המשפטי הייחודי באזור לפיו דינים שונים חלים על תושבים שונים הינו חריג לעקרון הטריטוריאלי עליו מבוסס כלל החלת דין מקום ביצוע העוולה" המושל הצבאי התקין תקנות לישראלים לבין עצמם ולכן דן דין ישראל זה מתוקף תקנות של המושל הצבאי. המצב שבין ישראלים לבין עצמם חל דין ישראל ברור שאם מדובר במקרה שבין ישראלי לעצמם יחול דין ישראלי מתוקף הצווים של המושל הצבאי. פה יש לנו מצב לא רגיל שבעצם מה שקובע זה לא המקום אלא **הסטאטוס של האנשים המעורבים**. זה חריג לעקרון הטריטוריאלי, כי בד"כ הולכים לפי המקום ואילו כאן הולכים לפי הסטאטוס של בני האדם. הכלל עצמו מבוסס על העיקרון הטריטוריאלי אבל פה הדין שחל באלפי מנשה לא הולך לפי הטריטוריה ולכן הקשר בין העוולה לבין דין מקום ביצועה הוא מקרי. לכן ריבלין מכניס את המקרה למסגרת החריג של מקריות **בגלל המצב המשפטי הייחודי שבו הקשר בין העוולה לבין דין מקום הביצוע הוא מקרי**.

לדעת המרצה- עניין המקריות מאולץ, הקשר לדין ירדן הוא לא מקרי כי האישה עובדת באלפי מנשה כי מקור מגוריה הוא ביישוב ערבי בשטחים, זה לא דבר שאינו סביר. יש לה קשר עם המקום. ריבלין כנראה רצה להגיע לתוצאה רצויה כי שאר העובדים במפעל היו ישראלים ונראה בעייתי להחיל רק עליה את הדין הירדני.

ריבלין בפס"ד לא מדבר על חריג שקיים אלא הוא ממציא חריג שלא כ"כ מתאים למקרה אבל הוא מכניס בכל זאת את העניין למקרה. **הכלל והחריג הזה לא רק רלוונטיים לעוולות שבוצעו בשטחים**. כשריבלין קובע את הכלל החדש זה לעוולות שבוצעו בכל מקום ולא רק בשטחים ולכן נבדוק כיצד לפרש את הכלל הזה.

פירוק הכלל לשאר המקרים: דחיית חריג של מקום מושב משותף והבהרת החריג של חוסר צדק
(דנ"א 4655/09 סקאלר נ יובינר)

שאלה 1: מהו מקום ביצוע העוולה לצורך הכלל בפרשת ינון במקרה של עוולה חוצה גבולות? (השאלה רק במקרה של עוולת חוצת גבולות, אבל במקרה שהכל במקום אחד השאלה לא עולה)

אין תשובה חד משמעית לשאלה הזאת בפס"ד. ביהמ"ש לא התמודד עם זה בצורה סדירה.

1. **האפשרות הראשונה- מקום הביצוע של המעשה או המחדל-** לדוג' כשמדובר במוצרים פגומים שהיא הדוגמא המובהקת של עוולת חוצת גבולות, אז מקום המעשה או המחדל הוא מקום הייצור.

הטיעונים בעד ונגד הגישה שהדין שחל הוא לפי מקום הייצור:

- **בעד- זה תואם את הפסיקה שאמרו בעניין שלנו בנושא של סמכות שיפוט- הקש מהפסיקה בעניין תקנה 500(7)-** פס"ד מזרחי ווילנסקי שם אמרו שהמבחן הוא לפי איפה שהמעשה או המחדל ולכן אם המעשה או המחדל היו בסקוטלנד או צרפת- זה רק היקש כי אנחנו מדברים על ברירת דין שהיא שונה מסמכות שיפוט. יש הבדל בין הדברים גם בנוסח כי בתקנה 500(7) באמת משתמשים במילים מעשה או מחדל, העילה לקבל היתר להמציא לחו"ל זה כשהמעשה או המחדל התקיים בתוך ישראל וזה היה

הקושי של השופטים במזרחי ווילנסקי כי המעשה והמחדל היו שם. אך פה בכללי ברירת הדין זה מקום **ביצוע העוולה** שהיא בעיתוי שונה ממקום ביצוע מעשה או מחדל. העוולה הרבה פעמים כוללת בתוכה את הנזק. לא בהחלט הולכים לפי תקנה 500(7).

- **לעניין זה יש רמזים בפס"ד סקאלר-השופטת ארבל-** הדין שחל הוא מקום המעשה או המחדל- היא טוענת שהמצב בישראל שונה מהנורמה באמנת רומא 2 שדין שחל הוא דין מקום הנזק, השופט ארבל אומרת אצלנו זה שונה הסיבה בגלל הפסיקה תקנה 500(7). **לעניין כלל הנזק שונה מאמנת רומא 2 שאומרת שדין מקום הנזק הוא חל, אצלנו זה שונה. ברור שהיא מסתמכת על הפסיקה ע"פ תקנה 500.**

2. **האפשרות שניה- המקום שבו התרחש הנזק-**

הטיעונים שאומרים שזה מקום הנזק:

- **ס. 9 (ב) לחוק אחריות למוצרים פגומים-** קובע ש"חוק זה לא יחול על נזק שנגרם מחוץ לישראל". זה לא כלל ברירת דין אלא כלל שמצמצם את ההיקף של החוק המדובר. אבל יש היקש בדברי המחוקק, המחוקק חושב שיחול הדין הישראלי שהנזק נגרם בארץ, חשוב איפה בוצע הנזק. מתוך היקש ניתן לומר שבעוולות חוצות גבולות דין ביצוע העוולה הוא מקום הנזק ולכן אם הנזק בישראל אז נחיל את דין ישראל כי אחרת אם נאמר שהדין שחל זה המעשה או המחדל יש לנו היום פס"ד מזרחי, גם אם נניח שיש סמכות שלמפעל הסקוטי יש מורשה בישראל, אם נגיד לפי מעשה או מחדל, יחול דין סקוטלנד ולא ייכנס למקום של אחריות למוצרים פגומים שמטרתו להגן על צרכנים ישראלים כדי להגשים את המטרה של החוק הזה צריך את כלל ברירת הדין שמקום ביצוע הוא מקום הנזק והנזק בישראל נחיל את הדין הישראלי. (רוב העוולות החוצות גבולות יהיו עוולות של מוצרים פגומים)
- **הטיעון מתחזק במשפט המשווה-**
 - **האמנה האירופאית בדבר הדין החל על חובות לא חוזיות (רומא II) ס. 4(1) -** יש אמנה אירופאית הנקראת אמנת רומא 2, שם קובעים באופן מפורש שהדין שחל על העוולה זה מקום התרחשות הנזק.
 - **החוק האנגלי משנת 1995 ס. 11-** כלל דין סטטוטורי שם קבעו שהדין החל על העוולה הוא מקום הנזק.
- **ריבלין** בפס"ד יינון סומך על המשפט המשווה וכך הוא קובע את הכלל של ביצוע העוולה. היה חשוב לו להיות מתואם עם רוב מדינות העולם- בעניין של עוולת חוצות גבולות נלך לפי דין המדינות האחרות.

3. **הפסיקה-**

בשני פסקי דין מדובר על מקרים של תביעה ע"י אלו שנפגעו בפיגועים בארץ או קרובי משפחה של אלו שנהרגו בפיגועים בארץ, תביעות נגד הרשות הפלסטינאית ועילת התביעה הייתה שהרשות הפלסטינאית עודדה את הטרור (לא שעשתה בעצמה אלא רק הסתה נגד ישראל). למה זו עוולת חוצה גבולות? הם עודדו ברשות והנזק בישראל.

- **ת"א 5984-08-07 אזוז נ הרשות-** בפס"ד לא חושבים שזה עוולה חוצת גבולות ואומרים שהדין שחל הוא מקום הביצוע שהוא ישראל, אפשר להגיד שפס"ד בעצם תומך בגישה השנייה שהצגנו.
- **רע"א 4060/03 הרש"פ נ דיין ואח - השופט ריבלין** שמבין שיש פה בעיה שעל פי הגישה הראשונה יחול דין הרשות הפלסטינאית, הוא אומר שאם חל דין הרשות אנחנו צריכים לשקול את החלת החרגי. הוא לא מכריע, אם חל דין ישראל הכל יפה ואם חל דין הרשות נחיל

את החרגי. הוא קובע בכל מקרה שזה ישראל. הוא יוצר חריג ונכנס אליו. לכן נראה כי אין תשובה חד משמעית.

במבחן-בניתוח של עוולת חוצת גבולות, צריך קודם לזהות שמדובר בעוולת חוצת גבולות ואז צריך להתייחס לשני המבחנים והאפשרויות, לאפשרות של מקום המעשה או המחדל ולאפשרות של מקום שבו התרחש הנזק.

שאלה 2 : היקף החרגי שנקבע בפרשת ינון

ראינו שהחרגי הוא חריג של **מקריות**. ברור שפה יש חריג של מקריות וראינו השופט ריבלין באופן מאולץ קבע ביינון שהקשר בין העוולה למקום עצמו הוא מקרי. **עולה השאלה מה זה "מקריות"?** ניתן לבדוק זאת לפי פס"ד אחרים:

נבדוק מקרי מבחן בפסיקה - האם החרגי היה חל בנסיבות של פס"ד:

- **פס"ד Babcock** - הנוסעים מניו יורק לאונטריו. אם היינו דנים היום את העניין של ישראל, מקום ביצוע העוולה הוא אונטריו. האם נוכל להכניס את המקרה לחרגי? ע"מ להפעיל את החרגי יש לקבוע שהקשר בין העוולה לבין דין אונטריו הוא מקרי. חוק אונטריו אומר שנוסע לא מקבל עונש אלא אם יש רשלנות רבתי. האם הקשר עם אונטריו הוא מקרי? בפס"ד סקאלר אומרים שזה כן דוגמא למקריות אך השופטת נאור חושבת אחרת. השאלה היא בעצם **האם האלמנט של התכנון בעצם שולל את המקריות**- מצד אחד, אפשר לטעון שזה מקרי שדווקא התאונה התרחשה באונטריו ולא במדינה אחרת שביקרו בה לפני או אחרי, כי הרי עברו כמה מדינות והיה מקרי שזה היה באונטריו. מצד שני, הטיעון שזה לא מקרי- הם תכננו להיכנס לאונטריו לכן זה לא מקרה. **השאלה היא האם הקשר עם אותה מדינה הוא מקרי**. בד"כ הדוגמא הקלאסית למקריות היא תאונת מטוס, האם המטוס נופל מעל מדינה א' ולא אחרי במדינה ב', גם פה אפשר לטעון שידעו את הדרך של המטוס ומסלולו ולכן זה לא מקרה. **אם עושים את זה אז מרוקנים מתוכן את מבחן המקריות לכן לא מתכוונים במבחן המקריות שכל אלמנט של תכנון שולל את המקריות**. פה רואים שיש בעיה, ריבלין בחר במונח שאינו ברור כוונתו במקריות.

- **במאמר של המרצה על פסד ינון**- הציעה שהמבחן של מקריות יתקיים כאשר המיקום של העוולה זה **הקשר היחיד בין העוולה לבין אותה מדינה**. אף אחד מהצדדים לא גר שם, הרכב לא מבוטח שם והקשר היחיד בין כל הסיפור הזה עם אונטריו הוא שהתאונה הייתה שם (אותו דבר בתאונת מטוס).

- **האם הכלל של יינון היה מתקיים בפס"ד מסיקה נ' דולנס (שהיה לפני יינון)**- שם מקום ביצוע העוולה היה בסלובניה שם נעשה הניתוח, האם אפשר להפעיל את החרגי של המקריות ולהגיד שהקשר בין הניתוח לבין הנזק היה שם. הוא גילה את הגידול בראש אבל הסיבה שנותח בסלובניה כי שם היה התור הראשון. אפשר לטעון מקריות אבל לדעת המרצה לפי המבחן שלה לא נכנס למקריות, המיקום של העוולה זה לא הקשר היחיד עם סלובניה הרופא עבד שם וזה היה מקום מגורים שלו. הוא עשה ניתוחים כל הזמן. **אנו רואים שאפשר לטעון שזה מקרי וגם לא**. פה מסיקה היה רוצה לטעון מקריות.

חרגי הצדק

- **אין חריג של חוסר צדק. רק תקנת הציבור (דנ"א סקאלר נ' יובינר)**- ביינון לא היה ברור אם יש חריג של צדק נפרד. השאלה עלתה בפס"ד סקאלר. שם התאונה הייתה בניו זילנד, בערעור הראשון היו שלושה שופטות- ארבל, חיות, נאור. שתיים מהן היו גם בפרשת יינון, נאור וחיות. הן פירשו את החרגי ביינון בצורה אחרת, הבינו משהו שונה ממה שהן עצמן קבעו ביינון ועכשיו שינוי ביובינר:

- **חיות- יש חריג נפרד של חוסר צדק** ולדעתה החריג הזה מתקיים במקרה של יובינר שם חוסר הצדק היה שלא יקבל שום קצבת נכות ואז לא מקבל מניו זילנד ואף לא מהדין הישראלי.
- **נאור- אין חריג נפרד של חוסר צדק** וגם אם יש המקרה הזה לא נופל בתוכו.

העניין נקבע בד"נ סקאלר נ' יובינר- השופט ריבלין מבהיר שאין חריג נפרד של חוסר צדק מעבר לדוקטרינה הרגילה של תקנת הציבור. ז"א חוסר צדק זה לא סיבה לא להחיל את דין מקום ביצוע העוולה. אבל במקרים **נדירים וחריגים** אם התוצאה נוגדת את תקנת הציבור אנחנו לא נחיל דין זר שינגוד את תקנת הציבור. זה לא חלק מהכלל של ברירת הדין בנוזיקין, הגיוני שלא נחיל דין זר שנוגד תקנת ציבור. **לדג'** אם מר יובינר לא היה מקבל פיצוי בניו זילנד בגלל שהוא יהודי אז לא היינו מחילים את דין ניו זילנד כי זה נוגד את תקנת הציבור אבל זה לא חריג ספציפי בדיני הנזיקין אל חלק מדוקטרינה כללית של תקנת ציבור.

- **האם ניתן להפעיל חריג במקרים אחרים?** האם מקריות הוא המקרה היחיד לחריג או ניתן להחיל אותו גם במקרים אחרים? לכאורה יש סתירה לבין מה שנקבע בסקאלר לעומת פסיקה אחרת:

- **רש"פ נ' דיין-** לגבי עידוד טרור ע"י הרשות הפלסטינאית, אותו ריבלין שדן ביובינר וביניון שם קבע את חריג המקריות אומר: "יש לשקול החלת החריג כי לדין ישראל העניין האמיתי בהסדרת הנושא ובגלל הקושי המובנה בבירור טענות בדבר עידוד טרור ע"י הרשות על פי הדין של אותה מדינה" הוא חושב שצריך להפעיל את החריג פה כי הרש"פ עודדה טרור ויהיה זה אבסורד להחיל את הדין של הרשות הפלסטינית על זה, היא לא עשתה עוולה על פי דין הרשות שכנראה שם מה שעשתה הוא לגיטימי. לדין ישראל יש את העניין האמיתי, דומה לגישת ניתוח האינטרס הממשלתי- יש אינטרס לדין ישראל שהדין יחול פה כדי להגן על ישראלים שנפגעים ע"י פעולות טרור. ריבלין כנראה טוען שהחריג יכול לחול גם במקרים אחרים שאין בהם מקריות. כנראה חושבים שמפלט אחרון או סל שארית שאם התוצאה לא נראית לנו אפשר להפעיל את החריג גם אם לא מדובר במקריות.

- **תא 471/02 פלוני נ' הרש"פ -** מה שאמר ריבלין ברש"פ נ' דיין צוטט במקרה של השופט דרורי של תביעה נגד הרשות הפלסטינאית ע"י ישראלי ערבי שנעצר ע"י הרשות וטוען שעינו אותו ותובע בישראל. הדברים נאמרו באוביטר, לא הביא הוכחה של הרשות ולכן יש חזקת שוויון בין הדינים. אנחנו נבוא ונבחן האם היה מעשה לא חוקי ומינוי אותו לפי הדין של הרש"פ זה אבסורדי. פה זה ישראלי ערבי שנפגע.

- **פס"ד בוחביץ נ' בנק הפועלים-** דובר על תביעה נגד בנק הפועלים בשוויץ, התביעה הייתה בגין עצה רשלנית שבעצם התובע השקיע כסף על סמך עצה של הבנק ואיבד המון כסף כי העצה הייתה לא נכונה. היה חוזה בין התובע לבין הבנק בו נכתב שחל דין שוויץ. **הייעוץ היה בארץ. מה מקום הביצוע של העוולה? ישראל.** ביהמ"ש אומר שצריך להפעיל את החריג בעניין של מקום הביצוע, כי זה יהיה מלאכותי לפצל בין הדין שחל על החוזה לבין הדין שחל על העוולה. ייצא מצב אבסורדי שדין שוויץ חל על עניין הפרת החוזה ודין ישראל חל על העוולה, לכן יש להפעיל את החריג ולהחיל את דין שוויץ גם על התביעה החוזית וגם על התביעה הנזיקית. **לא אומרים מה החריג ולא מזכירים את מקריות.**

יש שופטים שתופסים את חריג כלא קשור למקריות כלל ולא מוגדר ואפשר בנסיבות שונות להפעלת החריג בלי קשר ישיר למקריות.

סיכום:

- ברור שיש חריג של מקריות- אך בכל מקרה יש לבחון את שאלת הפרשנות שלו.
- אין חריג של חוסר צדק. אלא רק תקנת ציבור כללית (ריבלין בפס"ד יובינר)

- יש שופטים שחושבים שיש פתח להשתמש בחריג גם במקרה שאינו קשור למקרייות- השער לא סגור למרות מה שאמרו בסקאלר.

החריג במשפט משווה- מה עושים במדינות אחרות?

1. חריג של מקום מושב משותף:

- אמנת רומא II (2008)-** אם לשני בעלי הדין יש מקום מושב משותף נחיל את אותו הדין של מקום המושב.
- אומץ על ידי ארבל אבל נדחה על ידי הרוב בפס"ד סקאלר-** בפס"ד יובינר רצתה ארבל להחיל את דין ישראל אבל נדחה בדיון הנוסף.

2. חריג של מירב הזיקות- שמופיע במקומות הבאים

- אמנת רומא II**
- החוק האנגלי**
- נדחה בפרשת ינון ובפס"ד סקאלר-** מירב הזיקות לא החריג אצלנו.

3. הדין הרצוי-

למרות חוסר הוודאות של מירב הזיקות זה לא יותר גרוע מהמצב של **מקרייות** שנמצא אצלנו בארץ. היה לדעת המרצה יותר טוב לומר כמו אמנת רומא והחוק האנגלי שיש חריג של מירב הזיקות ולא לחיות באי וודאות כמו החריג של מקרייות אצלנו.

שאלה 3: האם הכלל בפרשת ינון חל על עוולות שבוצעו בישראל?

נקודת המוצא היא ס.3 לפקודת הנזיקין: "עוולה והזכות לתרופה – הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה - כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה **שנעשתה בישראל** יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה."

שאלת השאלה מה עושים, האם הסי' אומר שיחול דין ישראל על עוולות שבוצעו בישראל או שמחילים את הכלל הרגיל בפרשת ינון ביחד עם החריג.

ישנן שלושה דרכים לפרש את הסעיף -

ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ: מקרה של תאונת דרכים בארץ הנתבע היה נהג אגד. ביהמ"ש העליון דן ברלוונטיות של סי' 3 לפקודת הנזיקין ומופיעות שלוש דעות שונות ולא ברור עד היום איזה מהדעות נכונה:

- שילה-** אומר שסי' 3 כן קובע שעל עוולות שבוצעו בארץ יחול דין ישראל ואין מקום לחריג.
- בן-פורת-** אומרת שסי' 3 הוא לא כלל ברירת הדין אלא חלק מהדין הפנימי. אם הדין שחל הוא דין ישראל על פי כלל ברירת הדין הרגיל אז סי' 3 יהיה רלווטי אבל אם ע"פ כלל ברירת הדין הרגיל חל דין זר סי' 3 לא יהיה רלוונטי. לא מתייחסת לסי' 3 במקרה שלא חל דין ישראל- אז יפעל הדין הכללי של מקום ביצוע העוולה ורק אם חל דין ישראל עוסקים בסי' 3.

הבעיה אם הפרשנות הזאת- הסעיף רלוונטי רק אם חל דין ישראל ואז זה מרוקן מתוכן את משמעות הסעיף, כי אם חל דין ישראל מימלא חלה פקודת הנזיקין ולא צריך סעיף שיגיד לנו זאת.

- **חשין (במאמר)-** הדעה מוזכרת בפרשת קלאוזנר אבל היא בעצם דעה ממאמר שכתב השופט חשין- לדעתו אנחנו מחילים את דין ברירת הדין הרגיל גם על עוולות שבוצעו בישראל אבל אם חל דין זר והדין הזר נותן תרופות שהן פחות טובות מפקודת הנזיקין אנחנו בכל אופן נחיל את פקודת הנזיקין מכאן שלשיטתו ס' 3 הוא סף המינימום לפיצוי.

דוגמא-מקרה מבחן להחלת הדעות שונות-

שני תושבי אונטריו באים לטייל במזרח התיכון. הם מביאים את הרכב שלהם שבוטח ורשום באונטריו. הם נוסעים במצרים, ירדן ובשלב מסוים מגיעים לישראל. למזלם הרע בתוך ישראל יש תאונה. הנוסעת נפגעה. היא רוצה לתבוע את הנהג. היא תובעת אותו בישראל. השאלה איזה דין חל?

1. **שילה-** העוולה בוצעה בישראל ולכן יחול על פי ס' 3 חל דין ישראל. ס' 3 כלל ברירת הדין לגבי עוולות שבוצעו בישראל.
2. **בן פורת-** אומרת אנחנו הולכים לפי כלל ברירת הדין הרגיל, היא התכוונה למבחן מירב הזיקות אבל צריך ללכת לפי כלל ברירת הדין של פס"ד יינון שנקבע להלכה- מקום ביצוע העוולה- אצלנו זה ישראל, בכפוף לחריג, יש סיכוי להפעיל את החריג של מקריות. תושבים מאונטריו באוטו שלהם נוסעים בכל מיני מקומות. **בפס"ד סקאלר ריבלין- טוען שמקריות תהיה בזמן של סביבה אינטימית** (שני תושבי אונטריו בתוך רכב באונטריו) לכן לגישתה אם חל החריג של מקריות יחול דין אונטריו. הגישה לא נכנסת לסעיף 3.
3. **חשין-** אם נחיל את גישתו על הדוגמא שוב כמו בן פורת הוא אומר שצריך להפעיל את כלל ברירת הדין הרגיל-שזה דין אונטריו אבל אז אומר שאם הדין שחל נותן תרופות פחות טובות מפקודת הנזיקין אנחנו נחיל את פקודת הנזיקין כי פקודת הנזיקין היא בעצם סף המינימום לפיצוי. לכן, יחילו את דין ישראל כי הנוסעת בדין אונטריו לא תקבל פיצוי. **חשין הוא בעצם גישת ביניים ס' 3 לא כלל ברירת הדין אבל מצד שני נותן תוקף של סף מינימום אם הדין הזר נותן אותו דבר או יותר נחיל אותו אבל אם לא נחיל את הסעיף של פקודת הנזיקין.**

שאלה 4: איזה דין חל על חישוב הפיצויים?

בהרבה מקרים הוויכוח הוא לא כמה הנתבע חייב אלא כמה הוא צריך לשלם. פה צריך ללמוד כלל כללי בעניין של ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי שאומר **שעל עניינים פרוצדוראליים חל דין הפרורם.**

איך יודעים מה פרוצדוראלי ומה מהותי?

יש דברים שהם ברורים כפרוצדוראליים כמו איזה טופס או תצהיר צריך להגיש לביהמ"ש, או דיני ראיות. אבל יש דברים שלא ברור אם פרוצדוראליים או לא וזה בקשר לחישוב פיצויים יש חוסר בהירות בעניין.

- **ראשי נזק – עניין מהותי –** אם ראש נזק מסוים, האם יכול לקבל פיצוי בגין ראש נזק מסוים כגון כאב וסבל, קיצור תחולת חיים- כולם מסכימים שעניין של ראשי נזק הוא עניין מהותי ולכן הדין שחל על העוולה גם קובע את ראשי הנזק.

○ **הדין שחל על העוולה קובע – פס"ד Boys-** ע"פ דין מלטה, אין פיצויים בגין כאב וסבל. לכאורה, אם חל דין מלטה ויש שני ישראלים שנפגשים במלטה ושם יש תאונה אז התובע לא יקבל פיצוי בגין כאב וסבל- זה עניין של ראש נזק וחל דין מקום ביצוע העוולה. כפוף לחריג של מקריות.

- **שיעור הנזק – לא ברור האם מהותי או פרוצדורלי** - חישוב ממשי כמה כסף מקבלים, עניין זה לא ברור אם הוא עניין מהותי או עניין פרוצדורלי. הנושא קריטי- אם פרוצדורלי יחול דין הפורום, אם עניין מהותי יחול הדין שחל על העוולה. **במשפט המקובל שיעור הנזק הוא עניין פרוצדורלי-דין אנגלי. לעומת זאת בחלק מהמדינות בארה"ב זה עניין מהותי.**
 - **פס"ד קלזנר נ' ברקוביץ:** שאלת שיעור הנזק נידונה בפס"ד והוצגו דעות שונות:
 - **בן-פורת**- שיעור הנזק עניין מהותי מעין כמוהו זה הכי קריטי לאדם כמה כסף מקבל מהתביעה.
 - **ביסקי**- לדעתו זה תלוי כל מקרה לגופו החלטה אם פרוצדורלי או מהותי צריך גמישות ולא לקבוע מסמרות בעניין. לדעת המרצה לא כ"כ הגיוני.
- **כאב וסבל- עניין פרוצדורלי- פס"ד ג'ון כהן- ש' לוי**- בחור אמריקאי שהיה בטיול בשמורת טבע נפל מצוק ונפגע קשה. היה ברור שחל דין ישראל והשאלות היו לעניין חישוב הפיצוי. **צריך לבסס על נתונים זרים אבל לא על דין זר.** אם רוצים לדעת כמה משכורת מפסיד מחשבים על פי המשכורת בארה"ב אבל זה לא אומר שמחילים את דין ארה"ב. משתמשים בנתון משם כי אנחנו רוצים להחזיר את המצב לקדמותו- כמה היה מקבל אם לא הייתה תאונה. **השאלה לגבי הדין החל הייתה בעניין של פיצוי בגין כאב וסבל- שלא נותנים סכום מדויק.** התובע טוען שצריך לחשב את הפיצוי בגין כאב וסבל לפי הרמה שנותנים בארה"ב, לפי כמות הכסף שעולה שם אתה יכול לקנות עם זה משהו, לדעתו צריך לחשב על פי התעריף בארה"ב כי שם יצטרך להשתמש בזה. **לוי דוחה ואומר שבעניין כאב וסבל צריך להיות שוויון בין כל מי שתובע בבית משפט בישראל.** לכולם נקבע תעריף של כאב וסבל על פי אותו תעריף ישראלי. במקרה הזה ממילא חל דין ישראלי אבל יש מקרים של דין זר אבל לעניין שוויון בחישוב כאב וסבל הכי קל להגיד שזה **פרוצדורלי**, לכן נראה שלוין חושב שמדובר פה בעניין פרוצדורלי כדי שיהיה שוויון ואחידות. **כאב וסבל לפי דין ישראל, אובדן כושר עבודה לפי משכורת בארה"ב.**
- **"הסדר שלם" - שיעור הנזק נחשב כעניין מהותי**

בפרשת יינון מה חיפשה התובעת, מה ההבדל בין הדין הישראלי לירדני? למה לא טענה שזה עניין פרוצדורלי שתקבל פחות פיצוי כי אם היה עניין פרוצדורלי לא היה משנה מה גובה הפיצוי. לא היה משנה איזה דין יחול האם אנחנו יכולים להסיק מיינון שזה עניין מהותי? היינו מצפים לראות את הטיעון של פרוצדורלי כדי שיהיה שוויון.

מה שקרה בפס"ד יינון זה נושא של **הסדר שלם**. הסדר שלם זה כמו פלתי"ד יש לנו חוק שמסדיר גם את עניין רמת האחריות עצמה וגם את השיעור של הפיצוי. פה חוק העבודה הירדני קובע אחריות מוחלטת ותעריפים יחסית נמוכים אבל הכל בתוך אותו הסדר. **אם יש הסדר שלם הדין שחל על העוולה יחול גם על היקף הפיצוי. והסיבה לכך כי זה מלאכותי לפצל את ההסדר השלם.** לא נכון להגיד שניקח את האחריות מהחוק העבודה הירדני ואת סכום הפיצוי מהדין הישראלי. **אם בדין הזר יש הסדר שלם אזה הפיצוי שם נחשב כעניין מהותי.**

 - **אמסלם נ' לוי**- פס"ד הקשור לפלתי"ד. היה מקרה של ת"ד ב"איזור", שנידונה בארץ. המושל הצבאי קבע פלתי"ד של ה"איזור" עם הבדלים קטנים לבין הפלתי"ד הישראלי. במקרה הזה התובע אמר שהעניין של הפיצוי הוא עניין פרוצדורלי- שיעור הנזק פרוצדורלי ולכן הוא תבע בישראל וביקש שיקבל את הפיצוי לפי הפלתי"ד הישראלי שהיטיב עמו. ביהמ"ש דחה את הטיעון הזה וקבע שהפלתי"ד של ה"איזור" הוא הסדר שלם ואי אפשר לפצל בין חלקים של ההסדר השלם. ולכן החילו את הפלתי"ד של האיזור על הכל.

○ **פרשת ינון** – כנראה שחוק העבודה הירדני הוא הסדר שלם ולכן אם היה חל הדין הירדני זה גם היה חל על שיעור הנזק. ולכן השופטים היו צריכים להתאמץ כדי שיחול הדין הישראלי במקרה זה.

לסיכום – אי אפשר להגיד באופן חד משמעי אם שיעור הנזק הוא פרוצדוראלי או מהותי לפי הפסיקה שאינה עקבית. מה שכן אפשר לומר **שאם מדובר בהסדר שלם אז שיעור הנזק נחשב כמהותי. ולכאורה ע"פ לויין פיצויים על כאב וסבל הוא עניין פרוצדוראלי.** מעבר לכך אין תשובות ברורות.

ניתוח אירוע – יישום כלל ברירת הדין הנזיקין:

שאלת המסגרת – איפה העוולה בוצעה ויש שלוש אפשרויות:

- א. **עוולת חוצה גבולות** – לדון ב- 2 האפשרויות – ניתוח פעמיים!
 - i. חל דין מקום המעשה או המחדל
 - ii. חל דין מקום הנזק
 - נצטרך לנתח באופן חילופי כי אם מקום הנזק הוא ישראל זה עוולה שבוצעה בישראל אבל אם מעשה או מחדל בחו"ל זה יהיה עוולה בחו"ל.
- ב. **בישראל** – שלושת דעות לפי פס"ד קלאוזנר:
 - i. **שילה** – דין ישראל.
 - ii. **חשין** – לפי כלל ברירת הדין הרגיל בכפוף לרף מינימום של התרופות הניתנות בפקודת הנזיקין ס'3.
 - iii. **בן פורת** – לפי כלל ברירת הדין הרגיל – דין ישראל – מקום ביצוע העוולה. כפוף לחריג של מקריות. (מקרה בישראל קשה מאוד למצוא נגיד 2 תושבי אונטריו שבאים לישראל)
- ג. **בחו"ל** – אם בוצעה בחול צריך לשאול האם חל החריג של מקריות:
 - i. **לא חל החריג של מקריות** – חל דין מקום ביצוע העוולה על עניינים מהותיים
 - ii. **כן חל החריג של מקריות** – חל דין שיש לו קשר עם העוולה על עניינים מהותיים

• **פרוצדוראלי דין הפרום**

כללי ברירת הדין בחוזים

הדין החל על החוזה ("דין החוזה")

בד"כ מקום הכריתה. יכול להיות מקרים לעומת זאת מקום הביצוע, לרוב לא יופיע כך. **הדין שחל על החוזה נקרא – דין החוזה.**

פס"ד המנחה – פס"ד בג"ץ עמותת קו לעובד – השופט ריבלין:

אין חוק אלא פסיקה שאימצה את המשפט המקובל:

"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, **כלל, דין החוזה הוא הדין שהצדדים הסכימו לנהוג על-פיו.** אולם, במידה והצדדים לא גילו דעתם, עולה הצורך לקבוע "איזהו הדין שקשר העסקה עמו הוא האמיץ והממשי ביותר"

- **אם הצדדים אמרו וכתבו בחוזה** איזה דין יחול או שזה משתמע באופן ברור מהחוזה אז מכבדים את הרצון שלהם. זהו המקרה הבסיסי והנורמטיבי.

- **אם הצדדים לא גילו דעתם** - צריך ללכת לפי הדין שקשר העסקה עימו הוא האמין והממשי ביותר - מירב הזיקות.

אותו שופט ריבלין שבפרשת יינון דחה את מירב הזיקות בצורה חד משמעית לענייני ברירת הדין הנזיקית, בהקשר של חוזים מאמץ את זה ולא משנה את המשפט האנגלי פה. **למה ריבלין מאשר שימוש בגישת מירב הזיקות בהקשר של חוזים כאשר דחה אותה בתוקף בהקשר של נזיקין?**

"חיוב רצוני בחוזה אינו קשור בהכרח בטבורו למקום כריתתו או ביצועו של החוזה" - אין קשר הדוק בין חוזה, כריתתו וביצועו שלו כפי שיש בעניין של עוולה נזיקית. לדעת המרצה, עדיין קצת קשה להבין אמירתו. חלק מהבעיה של מירב הזיקות זה חוסר וודאות ובחוזים אפשר להימנע מחוסר וודאות של הצדדים ע"י רישום בחוזה של איזה דין יחול. לעומת זאת, בנזיקין אי אפשר להימנע מחוסר וודאות. לכן אפשר לחיות עם חוסר הודאות של מירב הזיקות בעניין חוזים ולא בהקשר של נזיקין. **הדין היום הוא מירב הזיקות בחוזים. אם צדדים בוחרים בחירה מפורשת - הדין יחול.**

- **לשים לב - פס"ד מלפני כמה שבועות ב"איזור" שקבעו שחל דין ירדן ולא קיבלו את מה שאמרו קו לעובד. לכן כל מקרה יבחן לגופו.**

בחירה מפורשת של דין החוזה - ההגבלות על אוטונומית הצדדים

1. בחירת הדין החל אינה מבטאת את הרצון האמיתי של הצדדים -

ע"ע 418/06 נחושטן נ' קלאסיקה - פס"ד בעניין דיני עבודה לעניין ברירת הדין בחוזים. מדובר בחוזה בין עובד ישראלי לבין מעביד ישראלי. אבל המעביד היה באופן פורמלי חברה קפריסאית. הוא הקים חברה שרשומה בקפריסין אבל העבודה בוצעה בכמה פרויקטים באפריקה ע"י העובד. בחוזה כתוב באופן מפורש שחל דין קפריסין על החוזה. מתברר שהסיבה להקמת החברה הקפריסאית ולקביעה שחל דין קפריסין היא כדי להימנע מתשלום מס בישראל. אחרי סיום העבודה תבע העובד את המעסיק בבית הדין לעבודה בישראל. הוא רצה פיצוי ותרופות על פי דיני העבודה הישראליים. החברה מנגד טענה שחל דין קפריסין.

- **ערכאה ראשונה** - קיבלו את טיעון המעסיק שחל דין קפריסין. הנימוק כי כתוב בחוזה דין קפריסין ולא מסתכלים מעבר לזה.

- **ערכאת ערעור - ביה"ד הארצי לעבודה** - "אין מקום לכיבוד בחירתם כביטוי לכיבוד אוטונומית רצון הפרט שלהם אלא יש לקבוע שאין כאן למעשה הסכמה מפורשת של הצדדים לגבי הדין שיחול ביחס שביניהם" אומרים שאין פה הסכמה, **הסעיף לא מבטא את הרצון האמיתי שלהם. יש פה רצון של ביה"ד לעבודה להגן על העובד הישראלי.**

- **2. בחירת הדין החל נוגדת את תקנת הציבור של הפרום** - אנחנו הפרום לצורך העניין. היו מקרים של חוזה שנכרת בגרמניה הנאצית ונכתב של דין גרמניה הוא דין מפלה נגד יהודים למרות שנכתב במפורש לא נחיל את דין גרמניה שנוגד את תקנת הציבור.

לשיעור הבא: פס"ד קו לעובד, פס"ד מנורה.

שיעור 7

חזרה על שיעור קודם:

ראינו את כלל ברירת הדין בחוזים. כפי שנקבע בפס"ד עמותת קו לעובד, כלל ברירת הדין בחוזים הישראלי אימץ את המשפט המקובל - אומרים שאם הצדדים הסכימו איזה דין יחול נכבד את זה ואם לא נחיל את הדין שיש לו את "הקשר האמין והממשי ביותר" - גישת מירב הזיקות.

דברנו על ההגבלות של אוטונומיית הצדדים, באיזה מקרים לא נכבד בחירה מפורשת של ברירת הדין. ראינו את **פס"ד נחושטן** שביהמ"ש קבע שלמרות שבחווה כתוב שחל דין קפריסין הבחירה לא מבטאת את רצון הצדדים האמיתי.

הגבלה 1- שאלת הרצון האמיתי של הצדדים - עניין זה עשוי לדעת המרצה, לעלות שוב בבתי המשפט דווקא בהקשר של העסקת פלסטינאים בשטחים. כנראה בעקבות פרשת קו לעובד, חלק מהעובדים הישראלים שמעסיקים פלסטינאים בשטחים הכניסו בחוזה העבודה סעיף מפורש שהדין שחל הוא הדין של הדין הירדני בשטחים. האם בימה"ש יכבד את סעיף ברירת הדין הזה או ימצא דרך לא לכבד? העובדים יטענו שהבחירה לא מבטאת את רצון הצדדים האמיתי.

מה ההבדל בין פס"ד נחושטן למקרה של העובד הפלסטינאי בשטחים? בפרשת **נחושטן** דובר על דין קפריסאי ולא היה באמת קשר עם כל המקרה. הקשר היה מלאכותי כדי להתחמק ולא להיות חייב במיסים, לעומת זאת במקרה של עובד פלסטינאי בשטחים יש קשר הדוק עם הדין הירדני עד שראינו שביהמ"ד הארצי לעבודה (שאח"כ נהפך בבג"ץ) קבע שמדובר במירב הזיקות אי אפשר להגיד שזה דין שאין לו קשר, סביר שהצדדים יסכימו על דין שיש בו קשר ויהיה קשה להגיד שלא מדובר בדין שיש בו קשר עם הצדדים (למרות שבג"ץ הפך את הדין).

אנחנו נוטים בגלל קו לעובד לחשוב באופן אוטומטי שהדין הירדני מטיב עם המעסיק, זה לא בהכרח. יש מאמר שפורסם בחו"ל ע"י דר' רוני ושותפיו שבודקים דין עבודה ירדני ודין עבודה ישראלי אי אפשר להגיד שדין ישראלי תמיד מטיב עם העובד, זה יותר מורכב וייתכנו סיטואציות שהדין הירדני דווקא מטיב עם העובד וזה נותן אם כך תוקף להסכמה ביניהם.

הגבלה 2- בחירת הדין הזר נוגדת את תקנת הציבור של הפורום - ביהמ"ש מפרש את המונח תקנת ציבור בצורה מאוד מצמצמת ולכן ההגבלה הזו תהיה במקרים קיצוניים כמו במקרים שהצדדים בחרו בדין גרמניה בזמן של הנאצים, לא נחיל דין כזה.

3. כללים קוגנטיים של הפורום המיועדים לחול יגברו על הדין שנבחר.

הכללים הקוגנטיים לא פוסלים לגמרי את הבחירה של הדין. הדין שנבחר עדיין יהיה תקף לגבי עניינים דיספוזיטיביים לגבי החוזה.

כמו כן, השאלה יותר בעייתית מהם כללים קוגנטיים שמיועדים לחול? כולם יודעים שלא ניתן להתנות על כלל קוגנטי [כלל בחוק שלא ניתן להתנות עליו, לא יחול להתנות בחוזה עבודה שהעובד מוותר על פיצויים]. כל מה שקוגנטי בהקשר הפנימי שאנחנו מדברים על צדדים ישראליים וחווה שבוצע בארץ, לא יהיה בהכרח קוגנטי כשיש אלמנט זר. **קוגנטי זה מתי שהכל פנימי בארץ אותו כלל לא בהכרח יהיה קוגנטי מתי שנכנס אלמנט זר.**

דוג' מדיני עבודה-

- **מקרה שיש לנו עובד ישראלי ויש לנו מעסיק ישראלי ועבודה בארץ** - ברור שדיני העבודה שלנו בארץ יהיו קוגנטיים ולכן במקרה כזה אם המעסיק הישראלי מכניס לחוזה סעיף ברירת הדין שיחול דין תאילנד לדוגמא, ברור לנו שדיני העבודה שלנו קוגנטיים והם יגברו על ברירת הצדדים אפילו אם אומרים שהבחירה תואמת את הרצון שלהם.
- **מקרה שיש לנו מעסיק תאילנדי שהעסיק בתאילנד עובד תאילנדי** - כתוב בחוזה שחל דין תאילנד, הדבר הגיוני. המעסיק התאילנדי מתגייר ועולה לארץ, העובד התאילנדי בא ומנסה לתבוע את המעסיק שעכשיו בישראל ותובע ממנו פיצוי בישראל. נניח שע"פ דין תאילנד אין פיצויים בגין פטורים. האם דיני העבודה שלנו שמחייבים מתן פיצויי יהיו קוגנטיים? לא, הם לא יחולו כי לא מיועדים לחו"ל, הכללים לא קוגנטיים כלפי כל העולם.
- **איך יודעים באיזה מקרים הכללים יהיו קוגנטיים ובאיזה לא?** זוהי פרשנות של החקיקה, לדעת אם הכלל הקוגנטי הספציפי מיועד לחול במקרה הנידון.

באנגליה:

- **-Employment Protection Act 1978** - חוק ההגנה על התעסוקה באנגליה קובע באופן מפורש שהוראות קוגנטיות מסוימות של החוק חלות כאשר מקום העבודה הוא באנגליה גם אם כתוב בחוזה שדין אחר יחול. החוק עצמו מגדיר את ההיקף של הקוגנטיות שלו. המבחן הוא איפה מקום העבודה.

כשאין הגדרה בתוך החוק ביהמ"ש יצטרך לקבוע מה הייתה כוונת המחוקק, האם התכוון שאותם כללים קוגנטיים יחולו במקרה נידון שיש בו אלמנט זר:

- **English v Donnelly-פס"ד מסקוטלנד** - הנתבע הוא צרכן סקוטי שקנה מוצר בסקוטלנד בחוזה סחר-מכר. קנה מהסניף הסקוטי של התובע שהייתה חברה אנגלית. היה כתוב בחוזה שעל החוזה חל דין אנגליה. אח"כ הוא התחרט ורצה לבטל את החוזה אבל החברה האנגלית החליטה לא להסכים לביטול ולתבוע אותו. הצרכן טוען שבחקיקה בסקוטלנד יש הוראה שקובעת שהחברה בחוזה סחר-מכר צריכה לשלוח העתק של החוזה תוך שבועיים מיום החתימה על החוזה. ואם הוא לא עושה זאת הצרכן זכאי לבטל את החוזה. במקרה הזה המוכר שהייתה החברה האנגלית לא שלחה את העתק של החוזה בתוך שבועיים והצרכן טוען שע"פ החוק הסקוטי שהוא לא חייב בעסקה. המוכר האנגלי טוען שכתוב בחוזה שחל דין אנגליה. **ביהמ"ש בסקוטלנד אומר שההוראה החקיקתית הסקוטית היא קוגנטית והיא גוברת על בחירת הדין האנגלי.** למה? כי המטרה של החקיקה הסקוטית הייתה להגן צרכנים בסקוטלנד ולכן כיוון שמדובר בצרכן בסקוטלנד שפעל בסקוטלנד הכלל הקוגנטי כן מתאים לחול. **משתמע מפס"ד שאם צרכן סקוטי היה נוסע ללונדון והיה עושה את העסקה בלונדון התשובה הייתה אחרת כי החקיקה הסקוטית לא מתיימרת להגן על סקוטים שנוסעים למדינה אחרת אלא רק על סקוטים שנמצאים בתוך המדינה ועושים עסקאות בה.**

בישראל, אין פס"ד ממש מפורש שעוסק בעניין של כללים קוגנטיים אלא רק את האוביטר הבא:

- **הערת האוביטר בפס"ד גבעת זאב-** ביה"ד ארצי לעבודה. למרות שהחלטה של ביה"ד לעבודה נהפכה בבג"ץ עמותת קו לעובד, לדעת המרצה הערת האוביטר עדיין טובה ובג"ץ לא היה משנה וכן מסכים עמה.

דובר בעובד תאילנדי שעובד בישראל, המעסיק ישראלי, כתוב בחוזה שיחול דין תאילנד. במקרה הזה הדין שחל הוא דין תאילנד אבל אומרים שיחול על העובד הזר, **משפט העבודה המגן יותר**, אפילו שכתוב שדין זר חל עדיין יחולו חוקי העבודה הישראליים שמגינים. הרעיון הוא שהמטרה של חוקי העבודה שלנו היא להגן על העובדים שעושים את עבודתם בישראל לא משנה מאיפה באים ולא דווקא אם הם ישראלים.

זו דוג' שהכלל הקוגנטי הישראלי מיועד לחול כי מדובר בעבודה שנעשתה בארץ והמטרה של החוקים היא להגן על עובדים בארץ לכן זה גובר על הדין שנבחר. **זה לא פוסל את הדין התאילנדי לגבי דברים דיספוזיטיביים.**

כאשר אין בחירה של דין החוזה- דין מירב הזיקות

מקרים שאין בחירה והסכמה מפורשת של הדין ע"י הצדדים, אז פועלים לפי מירב הזיקות.

שוקלים את כל הזיקות והגורמים הרלוונטיים. ביהמ"ש יבחן את כל הזיקות הרלוונטיות. בפרשת **קו לעובד** נותנים רשימה שאינה סגורה בעניין הזה: [אין לדברים סדר עדיפות!]

1. **מקום כריתת החוזה**
2. **מקום עריכת המשא ומתן לפני כריתת החוזה**

3. **מקום ביצוע של החוזה** - כשיש יותר ממקום ביצוע אחד של החוזה אפשר להתייחס יותר למקום העיקרי לביצוע החוזה או המקום השגרתי לביצוע.
4. **זהות הצדדים לחוזה** - יכול לכלול גם את מקום מושבם, מקום העסק שלהם, אזרחותם.
5. **שפת החוזה** - אם השפה היא אנגלית זה לא מעלה ולא מוריד.
6. **סוג מטבע התשלום** - דולרים אמריקאים (ואולי יורו) לא מעלים ולא מורידים, אם זה שקלים זה שיקול.

תפקידם של שיקולי מדיניות - התחשבות בשיקולי מדיניות:

בפס"ד **עמותת קו לעובד** אומרים שצריך להתייחס לשיקולי מדיניות. כגון במקרה הזה **שוויון בין העובדים**. אומרים שכשמחליטים איזה משקל יש לתת לכל זיקה אז יש מקום להתייחס לשיקולי מדיניות.

לדעת המרצה, זה חדש ורק בארץ כי במשפט המקובל לא התייחסו לשיקולי מדיניות, שם לא עוסקים רק בזיקות אובייקטיביות אלא מכניסים לתוך השכלול בין הזיקות השונות גם את ענייני שיקולי מדיניות.

ציטוט מפס"ד: "באיתורן של זיקות אלו ובקביעת משקלן, אין מניעה כי בית-המשפט יתחשב בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין."

צריך להתייחס לכל תחום ותחום, יש תחומים שיהיו פחות מדיניות כמו חוזים כלליים ומסחריים אבל דווקא בתחום של דיני עבודה יש שיקולי מדיניות חשובים. **עניין השוויון והתחשבות במדיניות** בין העובדים היה שיקול חשוב בבג"ץ קו לעובד. שיקול שבעצם הבחין בין בג"ץ לבין ביה"ד לעבודה.

הדגמת קביעת דין החוזה על פי מבחן "מרב הזיקות":

במקרים רבים מאוד קל להבין לאיזה מדינה הקשר הכי רציני. אך השאלות שמגיעות לביהמ"ש הם המקרים הגבוליים שלא כ"כ קל לדעת איזה דין הוא דין מירב הזיקות.

המשפט האנגלי

- **The Assunzione** - מדובר בחוזה הובלת טובין (סחורות) ביים. המוביל הוא בעלי אוניה איטלקית תחת חברה איטלקית ומי ששולח את הטובין היא חברה צרפתית (החוכרים). הטובין צריכים להגיע מצרפת לאיטליה. הקצין של האוניה הוא איטלקי, החוזה הוא חוזה סטנדרטי בשפה האנגלית אבל הוסיפו בכתב יד כמה סעיפים בצרפתית והתשלום הוא במטבע איטלקי, החוזה נכרת פיזית בצרפת. אח"כ היה סכסוך שנידון באנגליה, הצדדים הסכימו להתדיין באנגליה (הרבה מקרים של ביטוח ים מתדיינים באנגליה בגלל שבאופן מסורתי בתי המשפט באנגליה מאוד טובים לענייני ים). ביהמ"ש באנגליה היה צריך להחליט איזה דין יחול לפי מבחן מירב הזיקות האם יחול הדין הצרפתי או הדין האיטלקי?

יש פה מקרה בעייתי, אפשר לטעון לכל אחד מהצדדים, ביהמ"ש קבע שיחול דין איטליה. לדעת המרצה, זה יכול להיות באותה מידה הפוך. הנימוק בפס"ד לכך שחל דין איטליה הוא בשל החשיבות של מקום התשלום והמטבע.

- **Whitworth Street Estates v. Miller - פס"ד של בית הלורדים האנגלי** - [פס"ד על השיפוצים בסקוטלנד]. מדובר באדם אנגלי בעל בניין בסקוטלנד שהזמין קבלן לבצע שיפוצים בבניין. המשא ומתן היה באנגליה וגם החוזה נחתם באנגליה. החוזה היה חוזה סטנדרטי של האגודה של האדריכלים הבריטיים. לגוף הזה השתייכו גם אדריכלים סקוטיים וגם אדריכלים אנגליים אבל המונחים בתוך החוזה היו מונחים (טכניים) של

המשפט האנגלי. לא כתבו איזה דין יחול וביהמ"ש היה צריך להחליט לאיזה דין הקשר הקרוב ביותר, אנגליה או סקוטלנד?

בבית הורדים זה היה 3 מול 2- קבעו שזה אנגליה. הנימוק היה על הדגש של שפת החוזה, ביהמ"ש אומר שמחפשים את **הקשר עם הדין** שיש לו את הקשר הקרוב ביותר ולא עם המדינה, השאלה לא עם איזה מדינה יש הקשר הקרוב ביותר אלא השאלה איזה דין. במידה והשאלת הקשר הייתה מול מדינה אז התשובה הייתה סקוטלנד אבל השאלה היא עם איזה דין הקשר הקרוב ביותר, ולכן נקבע שבגלל שהמונחים בחוזה היו של הדין האנגלי ולכן קבעו כי יש להחיל דין אנגליה.

מפס"ד האנגליים הללו לומדים שיש בעיה עם מבחן מירב הזיקות- גם בחוזים במקרים גבוליים יש חוסר וודאות מוחלט

המשפט הישראלי-

• **פס"ד אוניון חברת ביטוח נ' משה:** פס"ד שראינו בהקשר של סמכות שיפוט. הייתה תניית שיפוט לטובת עיראק וביהמ"ש החליט לדון בכל אופן למרות תניית השיפוט כי לא יהיה צדק שם בעיראק. עכשיו דנים בישראל את המקרה, מדובר באוניון שהיא חברת ביטוח צרפתית ומר משה היה תושב עיראק בעת שחתם על החוזה לביטוח חיים ואח"כ עלה לארץ והיום הוא תושב ישראל. החוזה נכרת בצרפת. שפת החוזה היא אנגלית וכתוב בחוזה שאם יקרה מקרה ביטוח אז התשלום של דמי הביטוח יעשה באנגליה או בצרפת. לאיזה דין יש הקשר הקרוב ביותר? לצרפת.

• **עמותת קו לעובד** (עתירה לבטל ע"ע 300050/98 המועצה המקומית גבעת זאב ואח' נ' מוחמד מוחמד אלי מחמוד ואח')- פס"ד מנחה! [איחוד תביעות]

עובדים פלסטינאים שעושים את העבודה שלהם בשטחים ומעסיקים ישראלי. פס"ד הוא איחוד של כמה תביעות והמקרה שמעניין אותנו הוא המקרה של עובדים במועצה מקומית גבעת זאב

השאלה- לאיזה דין יש קשר קרוב יותר, האם לדין ירדן שחל באיזור או לדין ישראל?

• **הזיקות הקשורות לדין ישראל:** מעסיק ישראלי, תשלום שכר במטבע ישראלי בשקלים, מסמכים בעברית-שפת החוזה, היה עניין של חגים, הייתה מנוחה בחגים ישראליים (אך גם במוסלמיים).

• **הזיקות הקשורות לדין ירדן:** מקום העסק של המעביד, מקום ביצוע העבודה, מקום מושבו של העובד, מקום ההתקשרות- החוזה נכרת במשרד מועצת גבעת זאב באיזור- ביצוע וכריתת החוזה. גם המעסיקים למרות שהיה להם אזרחות ישראלית היו תושבי האיזור.

לאיזה דין הקשר הקרוב ביותר הישראלי או הירדני?

ביה"ד ארצי לעבודה- קבע דין ירדני

בג"ץ- קבע דין ישראלי. וזאת בשל שיקולי מדיניות, למרות שמנסים לתת דגש על התשלום בשקלים זה לא עוזר כי גם באיזור משתמשים בשקלים ושפת הדיבור היא עברית. הדברים לא כ"כ חשובים כמבחנים ולכן ביהמ"ש כדי להגיע להכרעה צודקת השתמש בשיקולי מדיניות והם עשו את ההבדל.

ייתכן שגם טיעון של שליטה ישראלית באיזור (כפי שהוצג בפס"ד יינון) יכול היה לעלות כאן. טיעון שמדובר במובלעת ישראלית למרות שטכנית זה האיזור במציאות זה מובלעת ישראלית.

• **תע"א 2106/10 מגאהד פוזי חרישי מדנאבה נ' ימית סינון וטיפול במים בע"מ (מיום 3.11.13)**

מדובר ביחסי עבודה בין פלסטינאים לבין מעסיק ישראלי (לא היה חוזה חתום) העבודה נעשתה באיזור התעשייה- ניצני שלום, שנחשב בשטח האיזור. אך להבדיל ממקרים אחרים שם אין שום יישוב יהודי אלא זה רק איזור תעשייה, ולכן התקנות של המושל הצבאי שמחילים את דין ישראל על יהודיים באיזור לא חלות על אותו איזור תעשייה. (רק איזור תעשייה ואין יישוב יהודי ולכן לא החילו את תקנות שמפעילות הדין הישראלי) באותו מפעל יש 100 עובדים, 97 מהם פלסטינאים ו-3 יהודיים אבל היהודיים הם ישראליים שלא עושים את עבודת הייצור כמו הפלסטינאים אלא עוסקים באבטחה והחזקה. הבעלות של המפעל היא, בעלות ישראלית ולבעלים אין משרד שם, המנהל של המפעל הוא פלסטינאי. המעסיקים טענו שהובהר לעובדים שיחול דין ירדני על העבודה ומאיוזה סיבה לא ברורה לא נחתם חוזה עם התובעים (אותם מועסקים פלסטינאיים).

ביהמ"ש מתייחס לשני מצבים:

1. **מצב שיש בחירה של הדין-** הייתה הסכמה שהדין הירדני יחול. הסכימו שהייתה הסכמה של הצדדים למרות שלא היה כתוב מפורש בחוזה.
2. **מצב שבו אין הסכמה- איזה דין יחול אם אין הסכמה (האם כמו עמותת קו לעובד)-** החליטו שהדין הוא הירדני. הבדילו ממקרה של עמותת קו לעובד מ-2 נימוקים עיקריים:
 - א. לא מדובר במובלעת ישראלית. יהודים לא גרים שם. לכן לא יכול לחול דין ישראל.
 - ב. שיקול השוויון פה לא רלוונטי כי כל העובדים הם פלסטינאים אין הפליה בין עובדים פלסטינאים לישראלים.

נראה שמקרה זה ניתן להבחנה ממקרה עמותת קו לעובד בשל סוג המקום שראינו מובלעת ישראלית כך שיש פה שיקולי מדינות.

כללי ברירת הדין בחוזים במשפט המשווה

ראינו את הבעייתיות של חוסר הוודאות בכלל הברירה של מירב הזיקות. נראה זאת לפי הדין הזר. גם ביה"ד הארצי לעבודה בפס"ד פסגת זאב בהחלטתו התייחס לדין הזר.

האמנה האירופית בדבר ברירת הדין בחיוביים חוזיים (אמנת רומא I) 1980

על אמנה זו חתומים כל מדינות האיחוד האירופי, אנחנו בישראל לא חתומים עליה ולכן זה לא מחייב אותנו אבל יכול להיות לה משקל משכנע כשיקול במקרים גבוליים. גם היום אנגליה חתומה על האמנה הזאת, אצלנו יש את המשפט המקובל המקורי ובאנגליה שהיא המקור שלנו כבר יש משהו אחר והם חתומים על אמנת רומא הראשונה. **יש לשים לב שאם יש שני צדדים לחוזה ואחד מהם חתום על אמנת רומא אזי היא חלה גם על מדינות אחרות שלא חתומות על האמנה לפי הצד שכן חתום עליה.**

הכלל לכאורה של מירב הזיקות במקרה שצדדים לא הסכימו. אבל:

- **על מנת למזער חוסר ודאות קובעת חזקות ניתנות לסתירה-** החזקות הן חידוש של האמנה, שלדעת המרצה הן דבר טוב מאוד כי הן עוזרות למזער את חוסר הוודאות של מירב הזיקות. אותן חזקות הנמצאות באמנה הינן חזקות הניתנות לסתירה.

החזקות: לשים לב שהן חלות מעל מירב הזיקות:

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

• **לדג' -** צרפתי מוכר סחורה לאנגלי. לא כתוב בחוזה איזה דין יחול וצריכים להחליט, איזה ביצוע מאפיין את החוזה. שואלים מה הצרפתי עושה- והתשובה שהוא מוסר ומוכר סחורה בחוזה מכירה, האנגלי הוא זה שמשלם עבור הסחורה, ואז רואים שהביצוע שמאפיין את החוזה המדובר הוא הסחורה, הכלל הוא שהביצוע שמאפיין את החוזה הוא לא התשלום אלא אדם שמוסר את הסחורה, משכיר דירה או נותן שירותים, **הביצוע שלו הוא המאפיין את החוזה ולכן ע"פ החזקה דין מקום המגורים הרגיל של המוכר או המשכיר הוא הדין שיחול ולכן במקרה זה יחול דין צרפת.**

• **דג' נוספת החלת החזקה על פס"ד Whitworth Estates - (הבניין בסקוטלנד היה לפני קבלת האמנת רומא) -** אם נידון פס"ד בדין הקיים היום היה חל דין סקוטלנד כי הביצוע של הקבלן מאפיין את החוזה. כך שכל עו"ד יכול להגיד בעצמו לצדדים ואפילו לא להגיע לביהמ"ש והכל בזכות החזקות הללו. הביצוע שמאפיין את החוזה הוא של הקבלן שעושה את העבודה ובעל הבניין רק משלם. הכלל החזקתי ממזער את חוסר הוודאות. במקרים גבוליים זה יכול לעזור, אך במקרים ברורים נלך לפי כלל מירב הזיקות במלואו. **חזקות נותנות גמישות למקרים לא ברורים יש לנו תשובה פשוטה.**

חוזה מכירה – מקום מגוריו הרגיל של המוכר **חוזה שכירות** – מקום מגוריו הרגיל של המשכיר-התוצאה אחרי האמנה הייתה הפוכה ממה שנקבע בפס"ד!!

2. חזקות ספציפיות

• **חוזה עבודה - מקום שבו העובד מבצע את העבודה כרגיל (ס.6) -** החזקה לגבי עבודה שהדין שיחול הוא מקום ביצוע העבודה כרגיל. לכן, במקרה של תאילנדים שעובדים בישראל יחול דין ישראל. **בפס"ד גבעת זאב** ביה"ד הארצי לעבודה התייחסו לאמנת רומא, אומנם היא לא מחייבת את ישראל אבל היא יכולה להוות שיקול משכנע במקרים בעייתיים. סמכו על ס' 6 שמקום ביצוע העבודה היה באיזור- מקום הביצוע. לדעת מנסחי האמנה זה הזיקה הכי חזקה.

• **חוזה צרכנות - מקום מגורים של הצרכן אם הוא פועל שם (ס.5).** הדין שחל זה מקום מגורים של הצרכן כל עוד שהוא פעל בתוך אותה המדינה. צרכן שקונה באינטרנט ממדינה אחרת הדין שיחול הוא דין מקום מגוריו של הצרכן. ישראלי קונה מחברה זרה, זיקות לכאן ולכאן.

תפקיד הדין החל על החוזה

עד עכשיו דברנו על השאלה של איך קובעים מהו דין החוזה ואמרנו שאם הצדדים הסכימו נכבד את ההסמכה בכפוף למגבלות שדברנו ואם לא בחרו איזה דין יחול נלך לפי מירב הזיקות.

נשאלת השאלה מה התפקיד של דין החוזה לאחר שזיהינו מהו?

• **דין החוזה חל על רוב העניינים הקשורים לחוזה:**

○ דין החוזה קובע איך אנחנו מפרשים את החוזה לעניין כללי פרשנות.

○ דין החוזה קובע האם החוזה ניתן לביטול.

○ דין החוזה קובע אם התנאים תקפים.

○ דין החוזה יקבע האם הביצוע של החוזה הוא באמת מקיים את החוזה

• **סוגיות בהם פונים לדין אחר ולא רק לדין החוזה -** יש עניינים שעליהם חל דין אחר- במקום דין החוזה, או ביחד עם דין החוזה:

○ **כרינת החוזה -** האם החוזה נכרת ויש בכלל חוזה.

○ תוקף צורני של החוזה

○ כשרות משפטית-האם לצדדים יש כשרות משפטית לעשות את ההתקשרות הזו.

○ אי חוקיות- חוזה לא חוקי.

לכולם יש רלוונטיות לא רק לדין החוזה אלא גם לדינים אחרים, או במקום דין החוזה או ביחד ובצמוד לדין החוזה.

1. הדין שחל על כריתת החוזה

• **הבעיה:** מה הבעיה להגיד שדין החוזה חל על כריתת החוזה? יש בעיה לוגית, לא ניתן לדבר על דין החוזה כאשר יש ספק האם בכלל קיים חוזה.

• **פתרון טכני- שימוש בדין החוזה המשוער:** הדין החל הוא דין החוזה המשוער (the putative proper law), כלומר הדין שיחול אם יהיה חוזה.

• **דוגמה: Albeko v. Kamborian Shoe Machine (1961)**- פס"ד אנגלי. דובר באיש עסקים אנגלי שעסק בייצור נעליים. הוא רצה למכור את הנעליים הללו בשוויץ לכן שלח הצעה לחברה שוויצרית והציע לה להיות המפיצה הבלעדית שלו בשוויץ. לא היה רשום בהצעה איזה דין יחול על החוזה. על פי הדין האנגלי הקיבול תקף ברגע שמכניסים את הקיבול לתיבת דואר. לעומת זאת ע"פ דין שוויץ הקיבול תקף רק כשזה מגיע לתשומת ליבו של המציע. במקרה הזה החברה השוויצרית טענה שהיא שלחה קיבול בדואר והיא רוצה לאכוף את החוזה. החברה האנגלית בינתיים התחרטה ולא רצתה לעשות את החוזה עם החברה השוויצרית לטענתה הקיבול לא הגיע- החברה האנגלית לא קיבלו את הקיבול.

נשאלת השאלה-איזה דין חל?

• **אם חל דין אנגליה-** התוצאה שיש חוזה כי יש קיבול, החברה שוויצרית שלחו את הקיבול ושמו בתיבת דואר.

• **אם חל דין שוויץ-** לא חל חוזה. כי לא הגיע הקיבול למציע.

בפס"ד אומרים שהדין שחל הוא דין החוזה המשוער- דין שהוא יהיה דין החוזה אם באמת יהיה חוזה. המבחן הוא מבחן של מירב הזיקות (לפני אמנת רומא).

לאיזה דין יהיה הקשר הקרוב ביותר עם החוזה אם באמת יש חוזה? שוויץ. הביצוע בשוויץ הוא הכי חשוב. כל הביצוע של החוזה קרי, הפצת הנעליים יהיה בשוויץ. לכן, דין החוזה המשוער הוא דין שוויץ ולכן אפילו אם נאמין שהכניסו את הקיבול לתיבת דואר עדיין אין חוזה.

2. הדין שחל על תוקף צורני של החוזה

לעיתים החוק קובע דרישות צורניות **בגון:** דרישת הכתב במקרקעין או חתימה בפני נוטריון.

הכלל שאימצנו מהמשפט המקובל: החוזה יהיה תקף מבחינת צורנית אם מתמלאות הדרישות הצורניות של דין החוזה (מה שהיינו מצפים) **אן** (חלופה) של דין המקום ששם נערך החוזה. כלומר, אם עושה חוזה במדינה א' והדין שחל על החוזה זה דין של מדינה ב', ואתה לא ממלא את הדרישות הצורניות של מדינה ב' (חתימה של נוטריון לדג') כל עוד שאתה ממלא את הדרישות הצורניות של מקום עריכת החוזה (א') אז החוזה תקף.

מדוע די במילוי דרישות דין מקום עריכת החוזה הזה כדי שיתקיים חוזה? מקום עריכת החוזה הוא מקום **צפיית הצדדים**. שני האנשים במדינה מסוימת עושים חוזה והם מצפים שהחוזה יתקיים לפי מקום המדינה שבה חתמו, יכולים לסמוך על עוד באותה מדינה שעושה להם את החוזה.

• **ע"א 419/71 מנורה בע"מ נ' נומיקוס-** מדובר בהובלת טובין (סחורה) בים מאיטליה לישראל. החוזה נערך באיטליה. בחוזה היה סעיף שמקצר את תקופת ההתיישנות. (ניתן בחוזה לקצר

תקופת התיישנות הרגילה בחוק). האוניה טבעה ליד חוף יפו וחלק מהסחורה הלכה לאיבוד. בעלי הסחורה תבעו.

השאלה שעלתה- האם התניה שמקצרת את תקופת התיישנות תקפה או לא (לפי איזה דין)?

○ **בחוק התיישנות של ישראל-** יש דרישה שתניה שמקצרת תקופת התיישנות תהיה במסמך נפרד וחתום ע"י הצד שנגדו הוא פועל. (ס' 15 לחוק התיישנות). ברור שהמטרה היא להבטיח שהצד יודע על זה ושלא תהיה לו הפתעה. במקרה הזה הדרישה הזו לא התקיימה. התניה שקיצרה את תקופת התיישנות לא הייתה בחוזה-מסמך נפרד ולא הייתה חתומה ע"י התובע. השאלה אם כך אם התניה הזאת תקפה. הדין שקבעו במירב הזיקות חל דין ישראל על המקרה. על פי דין ישראל התניה הזו לא ממלאת את הדרישות הצורניות.

○ **על פי דין איטליה-** אין דרישות צורניות ספציפיות ולכן התניה הזאת תקפה לגמרי.

התוצאה: התניה הזאת תקפה כי חתמו באיטליה- די בכך שהתניה ממלאת את הדרישות הצורניות של דין החוזה-איטליה, למרות שלא ממלאת את הדרישות הצורניות של הדין הישראלי. חתמו באיטליה ולכן מספיק שממלאים את הדרישות הצורניות של איטליה.

ולסיכום- די בכך שהחוזה או הסי' ממלא את דרישה הצורניות של דין החוזה או דין המקום שבו נערך החוזה כדי שהחוזה יהיה תקף מבחינה צורנית.

אנלוגיה לסעיף 9 לאמנת רומא- גם באמנת רומא יש כלל דומה בנושא. אך לעומת הכלל הטבוע בשיטת משפטינו, הכלל שמופיע באמנת רומא קצת יותר מרחיק לכת ואומר שבמקרה ששני הצדדים ממדינות שונות במועד עריכת החוזה, די בכך שהחוזה ממלא את הדרישות הצורניות או של דין החוזה או של אחת מהמדינות האלו (לא צריכים להיכנס לשאלה איפה ההצעה או הקיבול כמו שאצלנו נדרש) ומספיק שממלא את הדרישות הצורניות של אחת מהמדינות של הצדדים.

3. הדין שחל על כשרות משפטית

איזה דין חל על כשרות משפטית?

במשפט המקובל היו חילוקי דעות האם דין החוזה חל על כשרות משפטית או אם דין מקום המושב שהצד שכשרותו בספק חל על החוזה?

בישראל אין קושי בדבר כי יש לנו הוראה ברורה בחוק:

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962 - קטין או פסול דין

הכלל: סעיף 77: "על עניני חוק זה יחול דין מקום מושבו של הקטין, פסול-הדין, או החסוי.

הבעייתיות במשפט המקובל: דוגמא בעייתית מהמשפט המקובל, המלומדים **דייסי ומוריס** במשפט האנגלי מציגים את המקרה הבא:

בחור מדרום אירלנד בן 19, שמגיע ללונדון ונכנס לחנות כלי נגינה וקונה גיטרה חשמלית מאוד יקרה ומשלם באשראי- הכוונה היא בתשלומים בין החנות לבין הקונה. אח"כ הוא לא משלם את התשלומים והמוכר רוצה לאכוף את החוזה. הבחור מגלה שעל פי דרום אירלנד באותם ימים גיל הבגרות היה 21. לכן אין לו כשרות משפטית לפי אירלנד אבל באנגליה גיל בגרות הוא 18. מקום מושבו הוא אירלנד ומנגד, מירב זיקות הן אנגליה. התוצאה הרצויה היא הדין האנגלי. הולכים על פי מירב הזיקות לדין החוזה.

אנחנו בארץ- לא קבענו את דין החוזה אלא את מקום מושבו של הקטין ולכן יש את החרגי:

החריג: "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 [חריג לחריג]: זולת אם היה בה משום נזק של ממש לאותו אדם או לרכושו"

החריג הזה גם מכסה את הדוגמא שהצגנו. אם נאמר בישראל שבחור אירי נכנס לחנות בת"א והוא בן 19, ההנחה שבדרום אירלנד גיל הבגרות הוא 21, פה ייצא על פי הכלל יחול מקום מושבו שזה אירלנד ואז אין לו כשרות משפטית ולכן המוכר לא יכול לכפות את החוזה, אבל כאן יחול החריג שהפעולה המשפטית נעשתה בישראל, כשרותו המשפטית נשללה ע"פ מקום מושבו והמוכר לא היה עליו לדעת על כך ולא היה צריך לברר זאת, לכן יהיה תוקף- יהיה כשרות משפטית ע"פ הדין הישראלי.

חשוב מאוד למבחן- החריג יחול רק אם פעולה משפטית נעשתה בישראל! אך, אם העסקה נעשתה בחו"ל זה לא ייכנס לתוך גדר החריג ואז הולכים לפי הכלל שהוא מקום מושב!!!

שיעור הבא: כללי ברירת הדין בקניין.

שיעור 8

חזרה על שיעור קודם:

דיברנו על ברירת הדין בחוזים. למדנו שהדין שחל על החוזה זה קודם כל הדין שהצדדים בחרו אותו בכפוף להגבלות שדברנו עליהן. אם אין בחירה של הדין החל אז המבחן הוא מבחן של מירב הזיקות-יחול הדין שיש קשר קרוב ביותר עם העסקה. ראינו את הקשיים וחוסר הוודאות במבחן מירב הזיקות גם בהקשר של חוזים.

ראינו את תפקיד **דין החוזה** ואמרנו שדין החוזה חל על רוב העניינים הקשורים לחוזה, יש כמה סוגיות עליהן חל דין אחר **במקום** דין החוזה או **בנוסף** לדין החוזה.

1. כריתת החוזה
2. תוקף צורני של החוזה
3. כשרות משפטית – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות
4. אי חוקיות

4. הדין שחל בעניין אי- חוקיות:

ישנם כמה כללים:

1. **ביהמ"ש לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי ע"פ דין החוזה** - אם החוזה לא חוקי על פי דין שחל על החוזה, לא אוכפים אותו.
2. **ביהמ"ש לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי ע"פ דין הפורום** - הפורום זה המדינה ששם ההתדיינות מתקיימת. גם אם החוזה חוקי על פי דין החוזה אם הוא לא חוקי על פי דין הפורום הוא גובר על דין החוזה ודין הפורום קובע לעניין אי החוקיות.
3. **לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי ע"פ דין מקום ביצוע החוזה** - אפילו אם כן החוזה חוקי ע"פ דין החוזה וגם ע"פ דין הפורום לא נאכוף אותו אם הוא לא חוקי על פי דין מקום ביצוע

החוזה. גם לא יתנו פיצויים כי זה כיבוד של דין מקום ביצוע החוזה, לא יכול לצפות מאחד מהצדדים לעשות ביצוע שאינו חוקי.

מימוש בפסיקה לדין מקום ביצוע החוזה:

- **בן שטרית נבן שטרית- אוביטר-** הכלל נאמר שם. לקחו את זה מהמשפט המקובל.
- **Ralli Bros v Companie Naviera** - פס"ד מנחה במשפט המקובל, מדגים את השימוש בכלל של דין מקום ביצוע החוזה. מדובר בפס"ד אנגלי, חוזה של הובלת טובין ביים. נכרת חוזה לקחת מהודו לספרד, בד בשם ז'וט. היה נהוג אז שדמי ההובלה היו על פי המשקל של הסחורה עבור כל טון סחורה. בחוזה נקבע שעל החוזה חל דין אנגליה, בעלי האוניה היו אנגליים ואלו ששכרו את האוניה להובלת הטובין היו ספרדיים (בעלי הסחורה). כשהאוניה הייתה בדרך, בספרד, הוציאו תקנות שקבעו **מחיר מקסימום** להובלת אותו סוג בד. הרף בתקנות היה **נמוך** יותר מהסכום שנקבע בחוזה המקורי (רף לטובת הספרדים). הסחורה הגיעה לספרד ובעלי הסחורה שילמו את הסכום לפי התקנות (שנמוך יותר מסכום החוזה). בעלי האוניה תבעו את הספרדים **באנגליה** בגין ההפרש בין מה שנכתב בחוזה לבין הסכום ששולם ע"פ תקנות ספרד. **ביהמ"ש האנגלי דחה את התביעה**. הנימוק שם לא כ"כ ברור, הדעה הרווחת היא שהנימוק הוא שביהמ"ש לא מוכן לאכוף חוזה שהוא בלתי חוקי על פי דין מקום הביצוע- ספרד, במקרה שלנו, שם צריכים לשלם, למרות שזה בדיעבד שונה.

4. **האם אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי ע"פ דין מקום עריכת החוזה?** הכלל עוסק במצב שהחוזה הוא חוקי על פי כל שלושת החוקים הקודמים- ע"פ דין חוזה, דין הפרוור ודין מקום ביצוע החוזה, אבל זה לא חוקי ע"פ דין מקום עריכת החוזה, השאלה האם במקרה כזה ביהמ"ש יאכוף את החוזה או לא?

- **במשפט המקובל-** ברור שבמצב כזה **בן** אוכפים את החוזה גם אם הוא לא חוקי ע"פ מקום עריכת החוזה, בתנאי שהוא חוקי ע"פ שלושת התנאים האחרים.

- **ע"א 74/81 אולימפיק אירוויס נ' קלימי-הערת אוביטר-** בארץ, המצב כנראה שונה מהמשפט המקובל. דובר על גברת קלימי, פליטה שעלתה לישראל מאיראן שהגיעה לארץ במטוס של אולימפיק אירוויס, היא קנתה את הכרטיס באיראן ובתוך המזוודה שלה היו טבעות זהב. למרבה הפלא, טבעות הזהב נעלמו עם המזוודה שנעלמה. היא תבעה את חברת הטיסה. חברת הטיסה טענה שהחוזה לא חוקי על פי דין איראן כי על פי דין איראן אסור ליהודים להבריח כספים מחוץ לאיראן.

כשבוחנים את שלושת המבחנים הראשונים- החוזה היה חוקי ע"פ כל שאר הדינים- **דין החוזה** זה היה אמנה בינלאומית בעניין של תעופה (אפשר במקום דין מדינה מסוימת שאמנה בינלאומית תחול- אמנת וורשה בעניין של תעופה אזרחית בינלאומית), **דין הפרוור** הוא ישראל ולכן חוקי וגם **מקום הביצוע** ברור שלא איראן, כך שחוקי לפי השלישייה, אבל לא חוקי לפי מקום עריכת החוזה. **בפס"ד השופטת נתניהו** אומרת שאנחנו לא נכבד את דין איראן כיוון שהוא מפלה נגד יהודים- נוגד את תקנת הציבור. **לדעת המרצה,** השאלה למה צריך להתייחס לדין איראן אם לפי המשפט המקובל לא משנה מקום עריכת החוזה, לא ברור למה נתניהו נכנסה לזה, יכלה ישר להגיד שמקום עריכת החוזה לא רלוונטי. לכן, אולי אפשר לומר מכך שלא אוכפים את דין איראן בגלל שמפלה נגד יהודים כי אולי היא חושבת שאי חוקיות ע"פ דין מקום עריכת החוזה הוא כן בעייתית. **אין תשובה חד משמעית האם אי חוקיות על פי דין מקום עריכת החוזה מונעת אכיפת החוזה.**

יישום הכללים בדיני חוזים

- **שאלה אמריקאית-** ביל בן 19, תושב דרום אירלנד, נכנס לחנות אופנועים בת"א, הוא חותם על חוזה לרכישת אופנוע, ועל פי החוזה עליו לשלם עבור האופנוע בתשלומים האופנוע נגב ולא היה מבוטח. ביל טוען שע"פ דין דרום אירלנד אין לו כשרות משפטית כי הוא מתחת לגיל 21 ולכן הוא לא צריך לשלם עבור האופנוע. איזה מהמשפטים הבאים נכון?

○ החוזה תקף אם בעל החנות לא ידע ולא היה עליו לדעת שלביל אין כשרות משפטית ע"פ דין מקום מושבו- ס' 77 של חוק הכשרות, קובע שעל כשרות משפטית חל **מקום המושב**, יש סייג שאם הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על מגבלת הכשרות החוזה יהיה תקף.

● **אירועון**- גדי וצביקה שנסעו לטיול באירופה הזמינו חדרי המלון מראש דרך סוכן נסיעות בארץ כשלו השניים בבית מלון באיטליה הארנק של צביקה נעלם מהכספת בחדר שלו. בית המלון הכחיש אחריות וזאת בהסתמך על הרשום 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:

○ **איזה דין חל על החוזה והאם יש לו דרך לתקוף את התנאי שפותר את בית המלון מאחריות?**

נבדוק איזה דין חל על החוזה. הכלל הוא **מירב הזיקות** אימצנו מהמשפט המקובל פס"ד קו לעובד.

הזיקות הרלוונטיות פה, צריך להראות את הזיקות השונות: מקום הביצוע- איטליה- שם עשו את השכרת החדרים. מקום העסק של אחד הצדדים- המלון, חתימת החוזה- בארץ, עריכת החוזה, סוכן- נסיעות בארץ, הם- מהארץ.

יש זיקות לכאן ולכאן, הדין שיש לו את הקשר הקרוב ביותר, (אפשר היה להגיד את הפתרון ע"פ אמנת רומא, חזקה כללית- מקום העסק שהצד שהביצוע שלו מאפיין את החוזה- איטליה, צרכנים- שפועלים במדינה שלהם יכול להיות שהיה נכנס לשם, מקום מגורים כי פעלו פה) **מירב הזיקות פה יהיו עם איטליה**. במצב כזה שלא חד משמעי, אפשר לקחת לשני כיוונים, אם חל דין ישראל ברור שהתנאי הזה לא תקף, ואם חל דין איטליה- פה עולה השאלה ולא ברור שע"פ דין ישראל התנאי הוא לא חוקי, **צריך לעשות את ההבחנה בין אי חוקיות לבין אי תקפות**, אם על דין ישראל לא חוקי – לא נאכוף כי זה נוגד את פורום.

○ **כיצד אם בכלל הייתה משתנה תשובתך אם היה רשום בטופס הזמנת החדרים שעל החוזה חל דין איטליה?**

אם קבעו שחל דין איטליה, דברנו על הבחירה של הצדדים שבחרים את בחירת הצדדים. היו כמה הגבלות על אוטונומית הצדדים, מקרים שגם אם הסכימו שיחול דין איטליה תהיה אפשרות לתקוף את החלת דין איטליה. כגון: **כללים קוגנטיים של הפורום**, אם בישראל יש כלל קוגנטי שמיועד לחול זה גובר על הבחירה של הדין שחל. [נתנו בשיעור קודם דוגמא על עובד תיאלנדי שעובד בישראל, קובעים שחל דין תאילנד- הדין הקוגנטי של דיני עבודה גוברים על בחירת הצדדים]. פה השאלה, האם החוק הישראלי שקובע שהתנאי הזה הוא לא תקף שייתכן שזה לא תקף בגלל ס' 30 לחוק החוזים שמדבר על תנייה מקפחת בחוזה אחיד, השאלה אם ס' 30 מיועד לחול בתוך הארץ האם קוגנטי בתוך הארץ, לא יכול לעשות חוזה בארץ לא יכול להתנות על הס' 30, השאלה עכשיו אם ס' 30 מיועד לחול גם על חוזה שעושים עם בית מלון באיטליה, **האם קוגנטי חיצוני?** פה יש דעות לכאן ולכאן, השאלה אם הכלל הקוגנטי גובר על הדין החל, נראה כהרחבה למצב הנדרש, אך, מצד שני המטרה להגן על אלו שפועלים בתוך ישראל, אם היו עושים את החוזה באיטליה ברור שלא חל אבל בגלל שפעלו בישראל נראה שאולי אפשר להחיל אותו.

כללי ברירת הדין בקניין

בתחום של ברירת הדין מבחינים בין סוגים שונים של קניין:

1. העברות פרטיקולריות של נכסים מוחשיים
2. העברות של נכסים לא מוחשיים
3. יחסים ממון בין בני זוג
4. ירושה

1. הסוג הראשון של קניין- העברות פרטיקולריות של נכסים מוחשיים

שאלה על העברה של נכס מסוים. השאלה אם בעצם הבעלות עוברת או לא? מדובר בנכס מסוים לכן קוראים לזה העברות פרטיקולריות.

הכלל: הדין שיחול הוא דין מקום הימצאות הנכס בעת יצירת זכות הקניין. אנחנו מדברים גם על מקרקעין וגם על מטלטלין (למרות שיכולים לזוז, יש חשיבות לאתר את נק' הזמן הרלוונטית).

- ע"א 352/87 גריפין קורפוריישן נ' כור בע"מ- הנשיא שמגר- הכלל אומץ מהמשפט המקובל: "כלל הברירה בדיני קניין קובע כי יש להחיל את דין מקום הימצאות הנכס בעת יצירת זכות הקניין (Lex Situs)". הביטוי בלטינית אומר- מקום הימצאות הנכס.
- אין פס"ד בארץ שהיה צריך ליישם את הכלל הזה על נכסים מוחשיים

דוגמאות של יישום כלל הסיטוס מפס"ד באנגליה:

- **Cammell v Sewell (1858)**- הובלת טובין בים, הובלת סחורה של עצים מרוסיה לאנגליה. האוניה נטרפה בדרך ליד חוף נורבגיה. בנורבגיה הקצין של האוניה החליט למכור את העצים. הוא מוכר את העצים לצד ג' ואח"כ צד ג' מכר את סחורת העצים לסוחרים באנגליה. החברה שבטחה את העצים בנסיעה המקורית, שילמה כבר את דמי הביטוח לקונים המקוריים שלא קיבלו את העצים. ולאחר מכן, חברת הביטוח גילתה שאותם עצים הגיעו דרך הסוחרים הנורווגיים לאנגליה, חברת הביטוח טוענת שהעצים היום שייכים לה (שהרי נכנסת לנעלי הקונים). הסוחרים החדשים שקנו את העצים בתום לב טוענים שהעצים שלהם. **השאלה מי הבעלים של העצים ומה המבחן לדעת, המבחן יהיה לדעת האם העברה מן הקצין לצד ג' מעבירה בעלות או לא?** העברה הזאת בוצעה בנורבגיה, העצים בזמן העברה היו בנורבגיה, אז נקבע שחל דין נורבגיה (דין הימצאות הנכס בעת יצירת זכות הקניין).

היה הבדל בין הדינים ולכן ישנה חשיבות לדין החל:

- **לפי דין נורבגיה-** הייתה תקנת השוק, ז"א ההעברה שם הייתה באמצעות מכרז פומבי, לכן הועברה בעלות למרות שהקצין לא היה הבעלים ולא הייתה לו רשות להעביר בעלות.
- **לפי דין אנגלי-** זה לא העביר בעלות כי לקצין לא הייתה סמכות, הקצין יכול רק למכור את הסחורה אם זו סחורה שמתקלקלת ואמור להעביר את הכסף לקונים המקוריים.

הדין שחל הוא דין נורבגיה, לכן הקונים החדשים הם הבעלים ולא חברת הביטוח.

- **Winkworth v Christie [1980]**- אדון ווינקווט היה אדם עשיר באנגליה עם בית גדול ורב ערך, פרצו אליו גנבים וגנבו תמונה מאוד יקרה. הגנב לקח את התמונה הזו לאיטליה ושם הוא מכר אותה לצד ג' שקנה אותה בתום לב. לאחר מכן, צד ג' רצה למכור את התמונה והעביר את התמונה לחברת קריסטיו שעושה מכרזים פומביים של דברי ערך. התמונה הופיעה בקטלוג של החברה ובעל התמונה המקורי מזהה אותה. מי הבעלים היום של התמונה- האם זה הבעלים המקוריים ווינקווט או החברה של המכרזים?

- **לפי דין אנגליה-** אין תקנת השוק במצב כזה לא ניתן להעביר בעלות
- **לפי דין איטליה-** יש תקנת השוק- אפשר להעביר בעלות גם על דבר שגנב אם צד ג' עשה זאת בתום לב.

הדין שחל פה הוא דין איטליה- כי המוצר נמכר שם, בוחנים האם צד ג' רכש את הבעלות וקיבל בעלות, בזמן שהוא היה מקבל בעלות התמונה נמצאת פיזית באיטליה ולכן הדין שחל הוא דין איטליה.

בפס"ד הבעלים המקוריים ניסה לטעון חריגים לכלל הזה. שאם הנכס יוצא מאנגליה וחוזר לאנגליה יחול דין אנגליה, **ביהמ"ש לא קיבל את זה.**

הכלל: הדין שיחול הוא דין מקום הימצאות הנכס בעת **יצירת** זכות הקניין.

החריג שנקבע בפס"ד: ביהמ"ש כן קבע חריג בפס"ד ואמר שבמקרה שהמקום הימצאות של הנכס לא ידוע או שהוא מקרי אז מחילים את דין מירב הזיקות. **(לדעת שוז, כנראה החריג יופיע כשלא מדובר במסירה פיזית אלא רק במסירה משפטית כמו חוזה)**

לדג' - מוכר איטלקי ששולח משאית עם סחורה לאנגליה ועדיין לא מכר את הסחורה, שהמשאית בדרך הוא מוכר את הסחורה לאיש עסקים אנגלי. פה העברה זה העברה דרך החוזה שקבוע שמרגע זה הסחורה עוברת, אפשר להעביר פיזית או לקבוע העברה בחוזה (משפטית ולא פיזית), מועד העברה הוא מועד החתימה, ייתכן שאי אפשר לדעת איפה המשאית באותו רגע, וגם אם יודעים זה מאוד מקרי לכן יחילו את דין מירב הזיקות.

2. הסוג השני של קניין- העברות של נכסים לא מוחשיים

דברים כמו זכויות בקניין רוחני או זכויות תביעה, מניות.

בעניין זה שתי גישות:

א. הגישה המסורתית: גם לגבי נכסים לא מוחשיים חל דין הסיטוס- מקום הימצאם. יוצרים סיטוס פיקטיבי כי זה נכסים לא מוחשיים. **סיטוס, המקום הטבעי לממש את הזכות.**

• **הבעיה -** כיצד מזהים את הסיטוס? אלא שמדובר על הסיטוס הפיקטיבי של נכסים אלה. כשיש לי נכס לא מוחשי **הסיטוס הוא המקום הטבעי לממש את הזכות.**

○ **ע"א 418/86 רוזין נ' מנהל המכס -** הפס"ד לא מתחום של ברירת הדין אבל ניתן ללמוד ממנו. רוזין הוא עו"ד ישראלי שייצג בישראל תייר שנפגע בתאונת דרכים בארץ וקיבל פיצויי בשבילו. לאחר מכן, הלקוח היה צריך לשלם שכר טרחה לעו"ד. **השאלה הייתה האם הלקוח צריך לשלם מע"מ או לא?** כללי המע"מ אומרים שאם עו"ד מייצג לקוח זר, בעניין נכנס הנמצא בארץ הוא צריך לשלם מע"מ, אך אם מייצג אותו לגבי נכס בחו"ל הוא לא צריך לשלם. כשאנו מדברים על נכסים פיזיים זה קל, אם זה דירה רואים איפה הדירה. אבל השאלה שלנו היא איפה הנכס פה, שהרי מדובר בפיצויי בגין ת"ד אז טיזה נכס העו"ד מייצג את הלקוח במקרה שלנו? **התשובה היא: הנכס=זכות התביעה.** ונשאלת השאלה מהו הסיטוס של זכות התביעה, היכן זכות התביעה הזאת נמצאת, מה המקום הטבעי לממש את זכות התביעה נגד נהג ישראלי בגין תאונה בארץ? המקום הטבעי לממש את התביעה הוא ישראל, כי זו זכות תביעה שנבעה מתאונה בארץ ותובעים ישראלי.

ב. גישה החדשה: בתחום של נכסים לא מוחשיים מחילים את **"הדין הנאות"** (The Proper Law), כלומר- **מירב הזיקות-** הדין שיש לו הקשר הקרוב ביותר עם ההעברה.

○ **פס"ד מחוזי- ת"א 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ שמואל פלאטו שרון (הש' בן-עמי) -** פס"ד דן האם יש להעדיף את הגישה המסורתית או את הגישה החדשה?

פלאטו שרון עלה מצרפת, התיק עוסק בדברים שנעשו בצרפת מלפני שעלה לארץ. חברת אשראי צרפתית טענה שהוא רימה אותם. החברה מסיבה מסוימת לא רצתה לתבוע אותו בעצמה והיא העבירה את **זכות התביעה** לחברה צרפתית אחרת. החברה החדשה תובעת את פלאטו שרון בארץ- תביעה נזיקית בגין מרמה.

- **ע"פ דין ישראל -** אי אפשר להמחות זכויות תביעה בניזיקין.
- **ע"פ דין צרפת -** מותר להמחות זכויות תביעה בניזיקין

איזה דין קובע, האם מותר להעביר את זכות התביעה בניזקין?

- **לפי הגישה המסורתית** - כיוון שהוא היום בישראל, לכאורה המקום הטבעי לממש את הזכות הוא ישראל. ואז לא ניתן להמחות את זכות התביעה.
- **אם הולכים לפי גישת מירב הזיקות-הדין שיש לו הקשר הקרוב ביותר** - כל יסוד התביעה הזו הוא בצרפת, הפעילות והעברה בישראל, החברות יושבות בצרפת ולכן נקבע שחל דין צרפת.

השופטת בין עמי, במחוזי - אמרה שהיא מעדיפה את הגישה החדשה של מירב הזיקות. כך שכלל ברירת הדין נכסים לא מוחשיים - דין מירב הזיקות (פסיקת מחוזי). **החברה הצרפתית החדשה יכולה לתבוע בארץ.**

3. סוג שלישי של קניין - יחסי ממון בין בני זוג הגורמים למתקלים בין דינים

לא מדברים על העברה של נכס אחד אלא השפעה של הנישואים על בעלות על כלל הנכסים של בני זוג.

באיזה מקרים יהיו לנו מתקלים בין דינים ביחסים בין בני זוג?**• מקרים בהם כרוך אלמנט זר**

- עולים
- יורדים - מישראל למדינה אחרת
- תושבים זרים - שיש להם נכסים בארץ
- ישראלים שיש להם נכסים בחו"ל

- **ההבדלים בין משטרים במדינות שונות**: חשוב להבין את ההבדלים בין הדינים השונים, בכל דין יש משטר שונה של יחסי ממון.

ישנם 4 סוגים של יחסי ממון - סקירה בינלאומית - ההבדלים בין הסדרים במדינות שונות:

1. **רכוש נפרד** - לנישואים אין משמעות מבחינת הנכסים. מחילים כללי קניין רגילים מה שרשום על הבעל שייך לבעל ומה שרשום על שם האישה שייך לאישה. וכן, מה שרשום על שתי השמות זה בבעלות משותפת זה על שניהם.
 2. **שיתוף מיידי** - מיד אחרי הנישואים כל הנכסים שנרכשים אחרי הנישואים הם באופן אוטומטי בבעלות משותפת. ברוב המדינות זה רק נכסים שנרכשים אחרי הנישואים, יש מדינות שמכניסים גם חלק מהדברים שנקנו לפני (כמו בית). **בצרפת יש שיתוף מיידי, בישראל - חזקת השיתוף**
 3. **שיתוף דחוי** - במהלך הנישואין עצמם יש רכוש נפרד, הנישואים עצמם לא גורמים לשיתוף כל אחד יכול לעסוק ברכוש שלו והכל רשום אצלו אך **מרגע הפקעת הנישואין ע"י גירושין או לפני כן, או ע"י מוות, אז מתגבש שיתוף של הנכסים ואז צריך לחלק את הנכסים שנצברו במהלך הנישואים**. יש ווריאציות שונות במדינות שונות לגבי מתי ואיך נכנסים לשיתוף. יש מדינות ששיתוף זה קנייני, מיד מחצית שייך לכל אחד מבני הזוג ויש מדינות שהשיתוף יוצר זכות אובליגטורית - לדרוש את השוויון של המחצית מהשני.
- דוגמא של שיתוף דחוי היא גרמניה** - נותן זכות אובליגטורית (זכות לתבוע חצי ממה שרשום אצל השני).
- בישראל - שיתוף דחוי** - חוק יחסי ממון (איזון משאבים) - מדובר על איזון משאבים שחל על בני זוג שהתחתנו אחרי 1.1.1974, אלו שאחרי יש איזון משאבים שזה שיתוף דחוי זה חוק סטטוטורי ברור. אלו שהתחתנו לפני כן יש חזקת השיתוף שזה שיתוף מיידי פרי פסיקה (חזקה הניתנת לסתירה)
4. **חלוקה הוגנת בעת הגירושין** - יש רכוש נפרד לכל אורך הנישואים אבל **בעת הגירושין ביהמ"ש רשאי לחלק את הרכוש באופן הוגן**. יש את אלו שאומרים שזה חזקה

שאופן הוגן של חלוקה הוא חצי חצי, ואם יש סתירה לכך נדרשת הצדקה, יש מדינות כמו אנגליה שם יש שיקול דעת של ביהמ"ש ע"פ רשימת שיקולים להתחשבות ע"פ חוק. [באנגליה השיקול הכי חשוב הוא טובת הילדים].

כללי ברירת הדין בעניין יחסי ממון

מה יכול להיות כלל ברירת הדין שיגיד לנו מה יחול על יחסי ממון בין בני זוג?

[מאמר שוז-יש להבדיל בין חלוקה במהלך הנישואין לבין חלוקה בגירושין, אצלנו המצב החוקי בארץ הוא שחלוקה לפני נישואין ואחרי גירושין היא אותו דבר]

כלל ברירת הדין הסטוטורי- כלל בחוק

סעיף 15 לחוק יחסי הממון:

הכלל (רישא): "על יחסי הממון בין בני זוג יחול **חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין**"- איפה שהם גרים במועד הנישואים.

החריג (סיפא): "אולם רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה בהתאם לחוק מושבם בשעת עשיית ההסכם"- בני הזוג יכולים לבחור דין אחר אם לא אוהבים את הדין במקום המושב שלהם. אנחנו נכבד את ההסכם כל עוד שהוא תקף על פי דין מקום המושב.

ס' 15 רישא- קביעת מקום מושב

בחוק יחסי ממון אין הגדרה של מקום מושב. זה מפתיע כי בהרבה חוקים שנחקקו לפני חוק יחסי ממון יש הגדרה של מקום מושב לדג' בחוק הירושה (1965), חוק הכשרות (ס' 67), בחוק המזונות (1959), בכולן ההגדרה למקום מושב כ- "מרכז חייו של אדם".

מה לומדים מכך שלא הכניסו הגדרה למקום מושב לחוק יחסי ממון? חלק טוענים שלא הכניסו לחוק יחסי ממון בכדי לומר שזה אותה הגדרה של מקום מושב כמו בחוקים נוספים שנחקקו באותו הזמן. מנגד, יש הטוענים שמכך שלא הכניסו הגדרה ברורה למהו מקום מושב הרי שנכראה זה מחריג חוק זה משאר ההגדרות סביבו. **אין תשובה ברורה**, כנראה הדעה שזה כן אותו דבר כמו החוקים האחרים זוהי הדעה הרווחת- מרכז חיים. בפסיקה בהקשרים אחרים "מרכז חיים" נקבע כמבחן אובייקטיבי- לא מסתכלים על הכוונות של האדם למרכז החיים אלא **מסתכלים על הזיקות האובייקטיביות**.

• הגישה האובייקטיבית:

ע"א 7687/04 ששון נ' ששון, השופטת ביניש- אימוץ הגישה האובייקטיבית- קביעת מקום מושב של אדם מחייבת, אפוא, בחינה של מכלול הנסיבות בכל מקרה לגופו. בחינה כאמור מתחייבת גם באשר לקביעת מקום מושב של בני-זוג בשעת נישואיהם.

לא מסתכלים על הכוונות של האדם אלא על הנסיבות האובייקטיביות- כמה זמן גר שם, האם קנה בית שם, האיפה גרה המשפחה, אם למד את השפה- דברים אובייקטיביים המקשרים אותו לאותו המקום, אך לא מנסים להיכנס לתוך הראש שלו.

לדעת המרצה זוהי הגישה הרווחת

• הגישה הסובייקטיבית:

דנ"א 1558/94 נפסי נ' נפסי, השופט גולדברג(מצוטט גם בבג"ץ 2123/08- בהקשר אחר)- גישת היסוד בענייני המעמד האישי מייחסת משקל לרצונותיהם ולציפיותיהם של בני זוג, ושיקול זה עמד ביסוד העדפתו של עיקרון המושב. ..יש, על כן, 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**

אימוץ הגישה הסובייקטיבית, יש להסתכל על הכוונה הסובייקטיבית של בני הזוג. גולדברג אומר שמדובר בענייניים של סטאטוס הכוונה חשובה. מדובר בעניין של סטאטוס קשור לנישואים ולכן חשובה כוונת הצדדים.

נפיסי נ' נפיסי- בני סזוג שהתחתנו באיראן בעיר פרס, היו נשואים 40 שנה והחליטו לעלות לארץ, קנו חנות בארץ שלאחר מכן נרשמה רק על שם הבעל. אחרי קניית החנות לא עלו מיד אלא רק 4 שנים לאחר מכן. לצורך גישת השפט גולדברג היה צריך לבדוק מה מקום מושבם בעת רכישת החנות, זה 4 שנים קודם עלייתם לארץ, הוא קבע שמקום מושבם היה כבר בישראל על בסיס כוונותיהם. למרות שמדובר בבני זוג שכל החיים שלהם גרו בפרס, אבל עכשיו החליטו לעלות לארץ והתחילו לעשות הכנות ולכן לפי גולדברג מקום מושבם הוא כבר בישראל- זוהי דוגמא מרחיקת לכת של הגישה הסובייקטיבית. (רצה להיטיב עם האישה).

גישתו הסובייקטיבית של גולדברג אומצה גם לאחר מכן בהקשר אחר שאינו יחסי ממון- לא הלכה. [להזכיר במבחן!]

ס' 15- סיפא- החריג - כאשר לבני זוג אין מקום מושב משותף

מקרה שלזוג יש מקומות מושב שונה במועד עריכת הנישואין. איך קורה מקרה כזה? מקום מושב גם על פי הגישה האובייקטיבית, ישראלי שנסע ללמוד בחו"ל מוקם מושבו ישראל אבל האישה שמתחתן איתה היא ממדינה אחרת, מסכימה לעלות לארץ אחרי הנישואין, עדיין מקום מושבה הוא מדינתה, ולכן יש להם מקומות מושב שונים- אם זה אובייקטיבי מקום מושבה בחו"ל ושלו ישראל מרכז החיים שלו. יש להם מקומות מושב שונים, ס' 15 בחוק לא מסדיר איזה דין יחול כאשר לבני זוג יש מקומות מושב שונים ביום עריכת הנישואין

מבחן מקום המגורים המיועד

פסיקה במחוזי- ת.א. 82/95 ששון נ ששון- מבחן מקום המגורים המיועד- "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**" מה קורה כאשר עדיין לא החליטו איפה יקימו את ביתם."

השופט מחיל את מבחן מקום המגורים המיועד אותו הועידו בני הזוג לגור. יש לשים לב לדרישה של **מעבר תוך זמן סביר**. אם אחרי החתונה לא עלו לישראל לדג', אז לא יחול מקום המגורים המיועד.

במקרה של ששון מדובר בגבר שהוא במקור היה ישראלי אבל גר שנים רבות בהולנד, הוא נפגש עם אישה ישראלית כשהוא בחופשה באילת, אחרי החופשה חוזר להולנד, לאחר זמן קצר היא נוסעת גם להולנד, הם מתחתנים שם, כבר בזמן החתונה הם התכוונו שיגורו בישראל. חודשים אחדים אחרי החתונה הם עוברים לישראל, הנישואים התמוטטו. **היה מדובר במצב שהיו להם מקומות מושב שונים. כי בעת הנישואין מקום מושבו שלו היה בהולנד ומקום מושב שלה היה ישראל, נקבע שהדין שחל פה הוא דין ישראל.**

רישא ס' 15- לבדוק מה מקום מושבם של בני הזוג בעת הנישואים- ע"פ הדעה הרווחת מבחן אובייקטיבי:

- **אם לשני בני זוג אותו מקום מושב-** גישה אובייקטיבית- סיימנו, זה מקום המושב שלהם אותו דין יחול (כפוף לסיפא)
- **אם לשני בני הזוג אין אותו מקום מושב-** אז צריך להחיל את המבחן הסובייקטיבי של הכוונות איפה מתכוונים לגור כדי שנגיע לדין אחד. [אם בתוך

הרישא, מקום מושבם שונה, מחילים מבחן סובייקטיבין] להדגיש שרלוונטי אם באמת עברו לאותו מקום-תוך זמן סביר.

מה קורה כאשר עדיין לא החליטו איפה יקימו את ביתם?

הבחור האנגלי שמתחתן עם הבחורה מאנגליה, לא החליטו עדיין איפה לגור. פה לכאורה אין תשובה.

לדעת המרצה- כדאי להחיל את מבחן מירב הזיקות, ואז במבחן מירב הזיקות יכול להיות מקום עריכת הנישואין רלוונטי. (בחורה אנגלית, בחור לומד באנגליה כרגע- אז יהיה אנגליה). אין פסיקה לעניין.

לשיעור הבא: לקרוא פס"ד נפיסי

שיעור 9

חזרה על שיעור קודם:

נמשיך עם כללי ברירת הדין בעניין יחסי ממון. ס' 15 לחוק יחסי ממון אומר **ברישא** - "יחול חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין". לא מדובר במקום העריכה של הנישואין עצמו אלא **מקום מושבם של בני הזוג במועד העריכה**. דברנו על מצב שלשני בני הזוג אין מקום משותף על פי פס"ד ששון, במצב הזה הדין שחל זה דין של מקום המגורים המיועד, המקום בו התכוונו להקים את ביתם. בסיטואציה שבה לא החליטו איפה יגורו אין פסיקה אבל העלנו את האופציה של שימוש במירב הזיקות.

הסיפא - "אולם רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה בהתאם לחוק מושבם בשעת עשיית ההסכם". אם יש הסכם הוא גובר על הדין שחל ע"פ הרישא, אבל זה לא רק בהסכם שנעשה במועד עריכת הטקס אלא גם אם עושים הסכם במהלך הנישואין כל עוד הוא תקף על פי חוק מושבם בשעת עשיית ההסכם אז הדין שהם קובעים בהסכם גובר על הרישא.

מה הייתה הבעיה ביישום הרישא של ס' 15, למה הבעיה של גישת מקום מגורים משותף בעת עשיית ההסכם דווקא בהקשר הישראלי?

הגישה בס' 5 היא הגישה שלא ניתנת לשינוי (immutability)- הדין שנקבע הוא אחת ולתמיד כך שנקבע במועד הנישואין ולא משנה מה קורה אח"כ. גם אם אח"כ עוברים למדינה אחרת. אין מה לעשות ע"פ הרישא ימשיך לחול אותו מקום. הבעיה בארץ כשמדובר באנשים שחלק גדול מהם ברחו ממדינה שרדפה אחריהם ומעוניינים לנתק את הקשר של אותה המדינה והדין שלה (גרמניה, מדינות ערב). לכן לא ברור למה בארץ אימצו את זה.

באנגליה אין להם את הגישה שלא ניתנת לשינוי. בתוך פס"ד נפיסי ביהמ"ש מותח ביקורת על הגישה הישראלית. הפתרון היה חקיקה שיפוטית כדי להתגבר על הבעיה.

לסיכום- שלושת הסיבות מדוע הגישה לא מתאימה לישראל:

- קיבוץ גלויות
- הימלטות ממדינת מקום המושב

- הדין במדינות ערב

ההתמודדות עם הבעייתיות של ס' 15 רישא - יצירת פטנטים פסיקטיים

(1) זכויות מוקנות

ע"א 2/77 אזוגי נ. אזוגי: מאמץ את הפטנט של זכויות מוקנות.

עובדות: בני זוג התחתנו במרוקו לפני 1.1.74. עלו לארץ והבעל רכש רכוש לפני 1.1.74 (יום כניסת החוק של יחסי ממון). יוצא שהם התחתנו במרוקו לפני כניסת חוק יחסי ממון לתוקף והם גם עלו לארץ לפני הכניסה לתוקף של החוק וגם רכשו את הרכוש עליו היה הוויכוח קודם כניסת החוק. בעלותם לארץ הרכוש נרשם על שם הבעל בלבד. כשהנישואין התמוטטו, קצת אחרי כניסת החוק לתוקף הצדדים התווכחו על הרכוש. הבעל טוען שחל דין מרוקו וע"פ דין מרוקו יש רכוש נפרד ולכן אם רשום על שמו הוא שייך לו בלבד וסומך על רישא ס' 15, האישה טוענת שחל דין ישראל ואז נכנסת לגדר חזקת השיתוף ותהיה זכאית לחצי מהרכוש. **לפי החוק** הבעל זוכה מקום מושב במועד הנישואין.

השאלה המשפטית: האם החוק בס' 15 חל גם על בני זוג שהתחתנו לפני 1.1.74?

ביהמ"ש - מציין שס' 14 של חוק יחסי ממון מגדיר כי: "הוראת המעבר - ס' 3 ושאר הוראות הפרק השני לא יחולו על בני זוג שנישאו זה לזה טרם תחילת החוק", הסעיף קובע משטר של איזון משאבים, פרק שני מדבר על איזון משאבים שלא יחולו על בני זוג שהתחתנו לפני 1974, אבל ס' 15 הוא בפרק הרביעי של החוק ולכן הוראת המעבר לא חלה על ס' 15.

הרוב: סעי' 15 חל גם על בני זוג שהתחתנו לפני ה- 1.1.74. הוא חל על כולם ולא רק על אלו שהתחתנו אחרי 74, לכן גם אלו שהתחתנו קודם ס' חל עליהם. יוצא לשיטת הרוב שהבעל ינצח.

דוקטרינת הזכויות מוקנות - חזקה שחקיקת חוק לא פוגעת בזכויות מוקנות, כלומר, כשהכנסת קובעת חוק היא לא מתכוונת להפקיע זכויות קיימות כך שאחרי החוק יהיה לך פחות רכוש ממה שהיה לך קודם - לא רוצים לפגוע בזכויות מוקנות.

במקרה שלנו נשאלת השאלה איך נדע האם לאישה יש זכויות מוקנות, איך נדע אם יש לה מחצית מהרכוש. נצטרך לדעת איזה דין חל לפני שחל ס' 15, אם ההתדיינות הייתה בדצמבר 83. צריך לדעת מה היה כלל ברירת הדין לפני ס' 15. בדקו את כלל ברירת הדין של המשפט המקובל שהיה חל אצלנו לפני חוק יחסי ממון. לפי המשפט המקובל חל מקום מושבם של בני הזוג בעת **רכישת הנכס המסוים.** החיסרון בכלל ברירת הדין הזה שעבור כל נכס צריך לבדוק בנפרד את מקום המושב באותו הזמן, אבל היתרון הוא שזה מקום מושבם של הזוג בעת רכישת הנכס במקרה שלנו. מקום מושבם של בני הזוג בעת רכישת רכוש המריבה היה ישראל, רכוש שנרכש בארץ לפני 74, לכן אם חל דין ישראל יש חזקת השיתוף וזהו שיתוף מיידי כבר כשהבעל קנה את המוצר, גם אם זה היה רשום על שמו בלבד, מכוח חזקת השיתוף מחצית כבר היה בבעלות של האישה והיא בעלת חצי מהרכוש ולכן יש לה זכויות מוקנות. ולכן ביהמ"ש קבע שהחוק לא פוגע בזכויות האלו ולכן משמדובר ברכוש שנרכש קודם 1.1.74 היא זכאית לקבל מחצית.

לסיכום - חקיקת החוק אינה פוגעת בזכויות מוקנות. מכוח כלל ברירת הדין של המשפט המקובל מקום מושב במועד רכישת הרכוש. כיוון, שהרכוש נרכש לפני חקיקת החוק, בזמן שחל דין ישראל על יחסי הממון (מכוח כלל ברירת הדין של המשפט המקובל), לאישה היו זכויות מוקנות במחצית נכסים אלה.

מגבלות הפטנט של זכויות מוקנות - דבר שנקנה בחו"ל (ולא בארץ) קודם 74 גם לפי המשפט המקובל - היום הפטנט לא עוזר. יש תנאים כדי שיהיו זכויות מוקנות, זה רק מקרים שהרכוש נרכש לפני שנת 74, זה לא עוזר לגבי רכוש שנרכש במרוקו לפני 74 כי גם על פי המשפט המקובל הדין היה של מרוקו, כמקום רכישת הדברים באותה העת. ככל שמתרחקים משנת 74 הסיכוי שהסכסוך יהיה על רכוש מלפני שנת 74 הוא נמוך, לכן היה צורך למצוא פטנטים גם למקרים אחרים.

(2) הסכם מכללא**דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי**

עובדות: בני הזוג התחתנו באיראן בשנת 1944. הבעל קנה חנות בארץ בשנת 1979 ותכננו לעלות לארץ, החנות רשומה על שם הבעל. בני הזוג עלו לארץ בשנת 1983. בהמשך הנישואין התמוטטו, האישה טוענת שמחצית מהחנות שייכת לה לפי חזקת השיתוף והבעל סומך על הרישא של ס' 15 ואומר שמקום מושבם בעת הנישואין היה איראן.

הפטנט- לעשות שימוש בסיפא של ס' 15. אין הסכם מפורש אבל לקיים הסכם מכללא.

הרוב (ברק): קיים הסכם מכללא/מיוחס, בהתאם לסעיף 15 סיפא, שעל פיו דין ישראל חל על הבעלות בחנות. ההסכם מכללא מגדיר שיחול דין ישראל על יחסי הממון בין בני הזוג. ברגע שחל דין ישראל חלה חזקת השיתוף והאישה זכאית למחצית מהחנות.

מה הבסיס לשימוש בהסכם מכללא/מיוחס?

מי שעולה לארץ **כוונתו** להיקלט ולהיות כמו כולם, לקבל את הנורמות והערכים של ישראל ובוודאי בדבר יסודי כמו בשוויון בין המינים ולכן ישנה ההנחה סבירה שעולים רוצים לקבל את הדינים בארץ על עצמם (ברק מציין בפס"ד שזו קונסטרוקציה משפטית להגעה לתוצאה רצויה. וכן, חזקת השיתוף עצמה היא קונסטרוקציה משפטית) האם הבעל האיראני הזה חשב שמה שקונה יהיה חצי לאשתו? לא נראה.

ביקורת של תשין- מדובר בהסכם פיקטיבי- הגיע לאותה תוצאה בדרך אחרת. לדעתו זה הסכם פיקטיבי ולא היה מוכן לפטנט המלאכותי של ברק. (המרצה מסכימה איתו).

מהו היקפו של "ההסכם"?**להיקף ההסכם מכללא ישנם 2 גישות:**

נציין כי כל הדיון בנוגע לגישות ההסכם מכללא היה באוביטר בפס"ד נפיסי, כי בנפיסי לא היה משנה אם מדובר בגישה צרה או רחבה מכיוון שהחנות הייתה בתוך ההסכם גם על פי הגישה הצרה וגם הרחבה. החנות נקנתה **אחרי** ההחלטה לעלות לארץ. לכן לא רלוונטי הבחירה בין הגישות. הוויכוח היה רק על רכוש שנרכש **אחרי** כיבוד ההסכם ולכן זה היה אוביטר.

1. גישה צרה (השופט גולדברג ודורנר)-

הסכם מכללא חל רק על נכסים, שנרכשו לאחר גיבוש ההסכם- הכל תלוי בזמן של גיבוש ההסכם. בד"כ ההסכם מכללא של אנשים שעולים לארץ ייבחן כל מקרה לגופו- מרגע ההחלטה או מרגע העלייה. אם זה רכוש שנרכש לפני העלייה במדינה הישנה ע"פ הגישה הצרה ההסכם לא כולל את אותו רכוש. (רגע ההחלטה, במקרה זה היה בעת התחלת ההכנות לעלות לארץ בשנת 1979 ולכן, כל רכוש לאחר מכן כלול בהסכם ויחול דין ישראל).

פס"ד שאימץ גישה זו- תמ"ש 860-09-09 סא' מ'א'- מדובר בבני זוג פלסטינאים מעזה ששיתפו פעולה עם השב"כ הישראלי, כשגילו אותם בעזה היו צריכים לברוח מהר לישראל יחד עם אשתו והילדים, המשת"פ קיבל כסף ודירה, ולאחר מכן הנישואין התמוטטו. עלה וויכוח לגבי רכוש שנרכש אחרי שהגיעו לישראל. השאלה איזה דין חל? אם חל הדין המצרי שחל בעזה, אז הכל יהיה שבילו כי הרכוש נפרד אבל אם חל דין ישראל האישה תקבל חצי מהרכוש.

ביהמ"ש מדגיש שהם מאמצים את גישת נפיסי של הסכם מכללא, למרות שזה קצת שונה שלא באים מאידיאל כלשהו לארץ אבל בכל זאת מחוסר ברירה. יחול דין ישראל ומכיוון שהרכוש הרלוונטי נרכש אחרי גיבוש ההסכם גם בפס"ד זה לא משנה איזה גישה תבחר, נציין כי בכל זאת השופט בחר את הגישה הצרה.

2. הגישה מרחיבה (הנשיא ברק, שטרסברג-כהן, לוינ ואור- גישת הרוב)

ההסכם המיוחס (מיחס לצדדים הסכם ללא התייחסות לכוונות הצדדים, "ככה הם אמורים להתכוון- שיחול הדין הישראלי) **חל על כל הנכסים של בני הזוג, גם אלה שנרכשו לפני העלייה לארץ**, לפי גישה זו מעוניינים להגדיל את ערך השוויון כך שלא רק נכסים שיקנו בעתיד אלא גם כל הנכסים שנרכשו לפני העלייה ולפני ההחלטה. גישה זו הרבה יותר מהפכנית.

הגישה יושמה בבע"מ 1913/05 פלוני נ עזבון פלוני, אבל לא הוכח שחלה חזקת השיתוף על הנכסים- ביהמ"ש עקרונית היה מוכן להחיל את הדין הישראלי על הנכסים שנרכשו לפני העלייה, אבל זה נפל בעניין של חזקת השיתוף, הבעל הצליח לסתור את חזקת השיתוף ובסופו של יום האישה לא קיבלה. אך מבחינת עקרון ביהמ"ש כן היה מוכן לקבל את הגישה המרחיבה.

איזו גישה עדיפה, מרחיבה או צרה?

- **לטובת הגישה הצרה-** יותר מתאימה לציפיות הצדדים. הגישה המרחיבה פוגעת בזכויות מוקנות, גם אם לא אוהבים את הבעל הוא כבר קנה את זה ולפי הדין שקנה אותו זה שלו ולכן זה פגיעה בזכויות.
- **לטובת הגישה המרחיבה-** אם רוצים לחולל שוויון גם במקום שלא היה אולי יהיה ניתן להצדיק את הגישה הרחבה.

ההבדל בין גירושין למהלך נישואין:

- **באנגליה, המשפט המקובל-** הדין שחל זה מקום המושב בעת רכישת הנכס. אבל, אם הצדדים מתגרשים, לביהמ"ש יש שק"ד לחלק את הנכסים כל עוד שבני הזוג הם תושבי אנגליה במועד הגירושין. פה המבחן יהיה מקום מושבם בעת הגירושין. **עושים הבחנה בין בעלות הנכסים לבין סמכות ביהמ"ש לחלק- חלוקה.**
- **בארץ-** קשה לעשות הפרדה כי חזקת השיתוף מכניסה בתוכה גם בעלות וגם חלוקה.
- **איזון משאבים-** יש לביהמ"ש שיקול לשנות את החלקים ולא לתת חצי חצי ואז זה יותר דומה למצב אנגליה.
- רוב הפסיקה בארץ הייתה על בני זוג שהתחתנו קודם שנת 74.

גבולות הפטנט של הסכם מכללא-

לא ניתן להשתמש בהסכם מכללא במקרים בהם יש הסכם מפורש:

- **פס"ד 291/85 אואליד נ' אואליד-** בני הזוג התחתנו בצרפת ושם המשטר הוא משטר של שיתוף מידי ולכן הם עשו הסכם ממון שאימץ משטר של רכוש נפרד. לאחר מכן עלו לארץ והמשיכו לנהל חשבונות בנק נפרדים. הנישואין התמוטטו והבעל סומך על ההסכם הצרפתי של רכוש נפרד ואילו האישה מנסה לסמוך על חזקת השיתוף.
- **ביהמ"ש-** מקבל את טיעונו של הבעל וקובע שיש כאן הסכם מפורש שנעשה בצרפת ועצם העלייה לארץ לא מבטלת את ההסכם המפורש- חל משטר של רכוש נפרד ע"פ ההסכם המפורש שנעשה ע"י בני הזוג בצרפת- **לא ניתן לבטל מכללא הסכם מפורש. העלייה לארץ לא משנה את ההסכם הזה.**
- **ההצעה לבעל-** לבצע הסכם לפני נישואין. אם היה יודע שהיו מחילים את חזקת השיתוף עליו הוא היה עושה הסכם שיתוף נפרד.

(3) אי החלת הדין הזר (הפטנט של חשין בדעת יחיד בנפיסי)

- לא נחיל דין איראן למרות שאמור לחול מכיוון שהוא נוגד את עקרון היסוד של שוויון בין המינים.
- **בדנ"א נפיסי** השופט חשין דחה את גישת ההסכם המכללא כי מדובר בהסכם "פיקטיבי". הוא קבע שאין להחיל את דין איראן כיוון שהוא נוגד את עקרון היסוד של שוויון בין המינים.
- **נראה למרצה,** שזה סוג של **תקנת הציבור**. לא ברור אחרת איך הוא יכול היה לא להחיל את הדין.

ביקורת על גישה זו בספרות- איך אפשר להגיד שמשטר של רכוש נפרד נוגד את תקנת הציבור כשאנחנו מתירים לאנשים לעשות את זה בארץ? הרי מי שרוצה רכוש נפרד בארץ מותר לו להגדיר זאת. לכן הביקורת היא איך זה יכול להיות מזעזע ונוגד תקנת ציבור כשזה מותר אצלנו לכל דכפין.

בפס"ד ס'א נ' מ'א- התייחסו לדבריו של חשין כעוד נימוק לאי החלת הדין המצרי כי נגד את עקרון היסוד של שוויון. השופט תמך בדעת חשין.

יישום הכללים - דוגמאות לשאלות:

שאלה אמריקאית

סוזאן ופיאר שניהם תושבי ואזרחי צרפת התחתנו בצרפת בשנת 1990 לפני עריכת הטקס חתמו הסכם ממון לפיו אימצו משטר של רכוש נפרד. בשנת 2005 בני הזוג עלו לארץ ופיאר קנה דירה ורשם אותה על שמו בלבד לאחרונה הנישואים התמוטטו וסוזן רוצה לדעת האם היא זכאית למחצית הדירה?

תזכורת: ביחסי ממון הכלל הוא לא מקום הימצאות הנכס.

התשובה: לא, כי הסכם ממון תקף על פי דין **מקום מושבם של בני הזוג בעת עשיית ההסכם (פסד אואזיס)**

קייס לניתוח:

בשנת 1970 סוזן תושבת צרפת התחתנה בצרפת עם אלן, תושב אנגליה. אחרי החתונה בני הזוג גרו באנגליה. אלן הקים עסק מוצלח והשקיע את הרווחים מהעסק בנכסים בישראל ובאנגליה ורשם על שמו בלבד. בשנת 1980 בני הזוג עלו לארץ אלן הקים עסק בארץ ובהתחלה העסק הצליח ולכן רכש נכסים נוספים בישראל וגם אותם רשם על שמו בלבד. בשנים האחרונות העסק כשל והיום לאלן חובות רבים ונושים מבקשים למכור רכושו בארץ ובחוו"ל. סוזן טוענת שמחצית מהרכוש שנרכש במהלך כל הנישואים שייך לה. יש להניח שעל פי דין אנגליה חל משטר של רכוש נפרד במהלך הנישואין ועל פי דין צרפת וישראל חל משטר של שיתוף מיידי. איזה דין יחיל ביהמ"ש על מנת לקבוע למי שייך הרכוש?

יש לפתור את השאלה לפי הסדר הבא:

- **נקודת המוצא - רישא ס' 15 בחוק-** לפי הרישא חל מקום מושב בעת מועד החתונה. במקרה שלנו קשה להחליט מה היה באמת מקום מושבם - אין להם מקום מושב משותף היא הייתה תושבת צרפת והוא תושב אנגליה. אומנם לכאורה לא כתוב מה התכוונו אבל בגלל שכן גרו באנגליה אח"כ כנראה אנגליה היה מקום מגורים מיועד ולכן ע"פ הרישא הדין שחל הוא דין אנגליה. ע"פ דין אנגליה הרכוש נפרד ולכן הכל שייך לו ויוצא מזה שהנושים יוכלו לקבל את כל נשייתם מנכסיו.
- **נבדוק לפי הסיפא של ס' 15-** ע"פ פס"ד נפיסי בשיטת הרוב ניתן להסיק או ליחס הסכם מכללא כי עלו לארץ, גם בזמן שהנישואים היו שלמים ולכן יש ליחס להם הסכם מכללא.
- **נבדוק מה היקף ההסכם, על אילו נכסים ההסכם יחול?**
 - **גישה צרה-** גולדברג ודורנר, על איזה נכסים יחול דין ישראל? רק מה שנרכש אחרי שעלו לארץ. אחרי 1980 יהיה על הנכסים חזקת השיתוף ותקבל חצי מהם.
 - **גישה רחבה-** ברק, ההסכם יחול על כל הרכוש וגם על הדברים שהוא קנה לפני 1980.

לשים לב! לא מדובר איפה הנכסים, באנגליה או בישראל

מצב של ידועים בציבור (לא לבחינה)

חוק יחסי ממון לא חל על ידועים בציבור. אין תשובה ברורה בעניין הזה. ישנו מקרה על ידועים בציבור שמקום מושבם היה בבליה וקנו דירת נופש בארץ ורשמו אותה על שם האישה. האישה

נפטרה והילדים רצו את כל הדירה. השאלה איזה דין חל? האם חל דין ישראל וממילא חלה חזקת השיתוף ולכן היו מקבלים חצי אך אם חל דין בלגיה לא מקבלים שום דבר.
מקרים כאלו ניתן לראות במספר דספלינות משפטיות:

חוזים- כל העניין של חזקת שיתוף זה חוזה מכללא, בני הזוג ידועים בציבור מתכוונים שהרכוש יחולק בניהם אם מדובר בפן של חוזים אזי צריך לבדוק איזה דין חל על החוזה, מכיוון שבמקרה הזה לא אמרו איזה דין זה חוזה מכללא, וממילא בחוזים חל דין מירב הזיקות- לכן נבדוק האם הדין הבלגי הוא כמקום מושב משותף או ישראל כמקום הדירה.

קניין- באנגליה כל הנושאים של ידועים בציבור נכנס בתוך קונסטרוקציה קניינית (ולא בהלכת השיתוף) לכן מוגדר שם שבעל שרשום נכס על שמו הוא מחזיק בשבילו ובשביל הידועה בציבור שלו. בקניין כלל ברירת הדין- מקום הימצאות הנכס.

הדבר הכי חשוב הוא לסווג, נזיקין, חוזים וקניין. דווקא בידועים בציבור לא חל חוק נכסי ממון. ברגע שידועים ניתן לזהות את כלל ברירת הדין הרלוונטי.

כללי ברירת הדין וסמכות השיפוט בירושה (שני הנושאים מאוחדים)

פרק 7 לחוק הירושה ממצא באופן מצויין את כל ההיבטים של משפט בינלאומי פרטי בהקשר של ירושה. למרות שמדברים על ברירת הדין יש לדבר גם על הסמכות בירושה. נראה את מכלול הדברים.

סמכות השיפוט בירושה

חוק הירושה, תשכ"ה-1965, סעיף 136 :

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

הסעיף נותן לנו שני בסיסים חלופיים לסמכות:

1. **מקום מושבו של הנפטר היה בישראל ביום מותו-** לשים לב שלא מדובר על מקום פטירה אלא מקום מושב, יכול שהוא נפטר בנופש בחו"ל עדיין נכנס לחלק הראשון כי מקום מושבו בישראל.
2. **אדם שמקום מושבו לא היה בישראל- תושב זר-** שהניח נכסים בישראל, אז לביהמ"ש יש סמכות.

עולה השאלה לגבי חלופה שניה, האם סמכות ביהמ"ש הישראלי היא רק לגבי הנכסים בארץ או היא לגבי כל העיזבון?

- **ע"מ 9914/09 פלונית נ' פלוניס- "פרשת אקוודור"-** ברגע שהמנוח הניח נכסים בארץ ביהמ"ש הוסמך לדון בכל העיזבון כולל נכסים שנמצאים בחו"ל. הרעיון הוא של **הרמוניה אוניברסליות** שדנים בכל העיזבון יחדיו. ביהמ"ש מוסמך אך רשאי לסרב להפעיל את סמכותו על בסיס הדוקטרינה של פורום לא נאות או ע"פ הליכים תלויים ועומדים וכן לסרב גם על הנדל"ן בארץ.
- לסיכום:** על פי החלופה השנייה, בית המשפט מוסמך לדון בכל העיזבון, כולל נכסים שנמצאים בחו"ל. אולם רשאי הוא לסרב להפעיל את סמכותו אם הוכח שישראל הינה פורום בלתי נאות.
- פרטי המקרה שמדגים סמכות על כל עיזבון-** המנוח איש אמיד שמקום מושבו היה באקוודור. היו לו קשרים טובים בישראל וכן היה בעל נכסים בישראל באקוודור ובמדינות אחרות. אחת מבנותיו גרה בארץ, האלמנה ושני הבנים גרו באקוודור. הבת בארץ חששה שיקפחו אותה ולא תקבל את המגיע לה, לכן פנתה לביהמ"ש בישראל וביקשה שביהמ"ש

בישראל ידון בעיזבון, האלמנה והבנים התנגדו מכיוון שלא רצו שביהמ"ש בישראל ידון בעניין בשל חוסר שליטתם על ההליכים.

○ **בשלב הראשון** - ביהמ"ש שאל אם יש סמכות או לא? ביהמ"ש אמר שיש סמכות כי המנוח הניח נכסים בישראל ולכן יש סמכות על כל העיזבון.

○ **בשלב השני** - בדיקת הפורום לא נאות, האחים והאלמנה טענו שישראל פורום לא נאות. במקרה זה עדיין לא היו הליכים באקוודור לכן נטל ההוכחה עליהם שאכן ישראל לא פורום נאות מהבחינות הבאות:

■ נטל הוכיחה שצריכים לבוא ולהראות באופן ברור שמירב הזיקות(המבחן של פורום לא נאות) נוטות לכיוון אקוודור. במקרה זה המשפחה לא הצליחו לעלות את הנטל משתי סיבות א. לא הוכיחו שרוב הנכסים היו באקוודור ב. ביהמ"ש התרשם שהם לא כנים - האחים והאלמנה ניסו להסתיר דברים

■ היו כבר הליכים משפטיים בארץ לגבי אחת מהחברות של המנוח שדברו על הנכסים כך שהייתה עוד סיבה לדון בארץ. ביהמ"ש מוכן לדון גם במי שלא תושב ישראל

ביהמ"ש בישראל דן גם במי שלא תושב ישראל תוך קיום המגבלה הבאה - לביהמ"ש סמכות, וייתן סעד הצהרתי כמה מגיע לכל צד אבל לא ייתן צעד מעשי לגבי נכסים בחו"ל. במקרה זה סעד מעשי היה מינוי מנהל על העיזבון, ביהמ"ש לא היה מוכן למנות מנהל על הנכסים בחו"ל, מכיוון שנכנס לרציונל שלא מוכן לחייב על דברים שבחו"ל ולכן מינה מנהל רק על העיזבון בישראל. האפקטיביות היא בהבנה של ביהמ"ש שאם בישראל ממנה מנהל על נכסים באקוודור לא חייבים להתייחס אליו. יש פה תפיסה של אוניברסליות לא רוצים פיצול של התביעה זה לא יהיה אפקטיבי לא רוצים שביהמ"ש אחר ייתן את הצווים.

לסיכום - גם כאשר בית המשפט מפעיל את סמכותו לגבי נכסים שנמצאים בחו"ל, הוא לא ייתן צו מעשי כגון מינוי מנהל על כל העיזבון שלא יהיה אפקטיבי בחו"ל.

כלל ברירת הדין בירושה

ס' 137 לחוק - "על הירושה יחול דין מושבו של המוריש בשעת מותו, חוץ מן האמור בסעיפים 138 עד 140." כלל ברירת הדין - יחול מקום מושבו של המוריש. המרצה מדגישה כי נראה שגם עד ס' 143 יש לנו חריגים.

בישראל קיבלו את הגישה האוניברסלית (שלא כבמשפט המקובל) שכמו בסמכות הדין מגדירה גישה אוניברסלית שחל אותו דין החל על המושב.

במשפט המקובל - גישה מפצלת ולפיה על ירושת מקרקעין חל דין מקום הימצאם. על ירושת מטלטלין חל דין מקום מושבו של הנפטר בעת מותו.

- יוצא כי ההבדל בין המשפט המקובל והישראלי הוא לגבי המקרקעין.

היתרונות והחסרונות של הגישה האוניברסלית שאומצה בישראל

היתרון - וודאות ופשטות. דין אחד חל על הכל כל שהרבה יותר פשוט. בניגוד למשפט המקובל בו אין גישה אוניברסלית ואז יש הרבה דינים שחלים בו"ז.

החסרון - יכול להיות שביהמ"ש ייתן צווים והם לא יהיו אפקטיביים כי אם מדובר במקרקעין בחו"ל אין שום הבטחה שביהמ"ש בחו"ל יקבל את החלטה שלנו. בתוך חריגים מנסים להתייחס גם לזה ולמזער את הבעיה הזו. המחוקק מעדיף את הגישה האוניברסלית בכל זאת.

קביעת מקום מושב

ס' 135- "בפרק זה 'מושב' של אדם - המקום בו נמצא מרכז חייו..." – ישנה הגדרה מפורשת למהו מקום מושב, מרכז חייו היא לא הגדרה וודאית ולכן הפסיקה קבעה שמודבר במבחן האובייקטיבי:

המבחן אובייקטיבי - "מירב הזיקות העובדתיות" (ע"א 587/85 שטרק נ' בירנברג) - הכניסו את רעיון מירב הזיקות העובדתיות ולכאורה ע"פ הגישה הזו אין התחשבות בכוונות של הנפטר.

הביקורת - האם ראוי להתחשב גם בכוונת הנפטר? (שילה, "פירוש לחוק הירושה תשכ"ה - 1965, כרך ב' עמ' 113) - המלומד שילה חושב שצריך להתחשב בכוונות. לשיטתו הכוונות לא נפרדות אלא נבדקות בנוסף לעובדות.

העניין עדיין לא נדון בפסיקה, ע"פ המבחנים האובייקטים בפסיקה אין מקום לדון בכוונות.

האם סעיף 137 הוא קוגנטי (לא ניתן להתנייה)?

ראינו שעל יורשה חל מקום מושבו של הנפטר. האם כלל ברירת הדין בירושה קוגנטי (לא ניתן להתנות עליו) או שניתן להגיד שיחול דין אחר?

לא ניתן להתנות על החלת הדין הזר - ע"מ 594/04 היו"מ - האפוטרופוס הכללי נ' פלוני- המנוחה במקור הייתה ישראלית, שהתחתנה עם גבר הולנדי וגרה בהולנד שנים רבות, היו לה שלוש בנות, כנראה היה לה ריב עם אחת מהבנות, ולכן רצתה שרק שתיים מבנותיה יקבלו חלק בעיזבון כשהיא תמות. הבעיה שעל פי הדין ההולנדי יש חלק משוריין שאומר שהמנוח חייב להוריש חלק מהעיזבון שלו לילדיו (במקרה הזה שליש לכל אחד) הילדים זכאים לקבל חלק מסוים. זה היה המצב בדין ההולנדי שיש עניין של **החלק המשוריין**. בעת ביקור של המנוחה בישראל כתבה צוואה לגבי הנכסים בישראל בלבד, וקבעה בצוואה הזו שהנכסים בישראל יתחלקו בין 2 הבנות האוהבות ואז נפטרה. הבנות שקיבלו את הנכסים בארץ ביקשו צו קיום צוואה, הבת השלישית לא הייתה בתמונה אבל האפוטרופוס הכללי התערב ואמר שמקום מושבה של האם הוא הולנד ולכן ע"פ דין הולנד היא לא יכולה להעביר את הכל לשני בנות אלא צריכה לתת חלק משוריין לבת השלישית. שתי הבנות ניסו להגיד **שהכוונה שלה** שלגבי הנכסים בישראל יחול דין ישראל ולא רצתה דין הולנד ולכן עשתה צוואה מיוחדת בישראל.

השאלה המשפטית: האם ניתן להתנות על ס' 137?

ביהמ"ש העליון: קובע שלא ניתן להתנות על ס' 137 שהוא סעיף קוגנטי. (בערכאה ראשונה אמרו שניתן). הנימוק היה שהשאלה של חופש הציווי קשורה לערכים בכל מדינה. ע"פ הדין בישראל חופש הציווי הוא עיקרון על, לעומת זאת בהולנד יש להם ערכים אחרים כי לדעתם חשוב לדאוג לביטחון הסוציאלי של הילדים לכן יש ערך משוריין של חלוקת ירושה. מדובר בערכים שונים בין המדינות ולכן ביהמ"ש קובע שמה שיחול על אדם זה הערכים של מקום מושבו ומכיוון שמקום מושבה של המנוחה היה בהולנד צריך לאמץ הגישה ההולנדית. **כיבוד ערכי מקום המושב.**

החריגים לכלל בסעיף 137

- **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.

החריג בסעיף 138 - נכסים העוברים לפי מקום הימצאם

הסעיף קובע: " נכסים העוברים בירושה לפי דין מקום המצאם בלבד, יחול על ירושתם אותו דין."

ע"א 598/85 כהנא נ' כהנא - משמעותו של החריג - דובר על מנוח שמקום מושבו היה בישראל, אבל בין הנכסים שלו היו נכסים בצרפת. הוא הוריש את כל הנכסים שלו לאשתו השנייה. ולא נתן שום דבר לבנו מהנישואין הראשונים. בצרפת יש גם את השיטה של החלק המשוריין, הבן לא קיבל שום דבר ולכן פונה לביהמ"ש וטוען שמגיע לו החלק המשוריין מהנכסים בצרפת.

ע"פ הכלל - חל דין ישראל, מקום מושבו של המנוח הוא ישראל כך שאין שמירה של חלק עבור הילד, המנוח זכאי לעשות כרצונו בחלוקה. הבן לא יקבל כלום.

האם המקרה נכנס לתוך החריג שנכסים העוברים בירושה ע"פ דין מקום הימצאם בלבד יחול עליהם אותו דין המקום? ביהמ"ש מסביר שהחריג יחול כאשר ע"פ דין מקום הימצאם של הנכסים אין אפשרות של החלת דין אחר. כאשר ע"פ הדין במקום הימצאות הנכסים אין אפשרות של החלת דין אחר ורק הדין של אותו מדינה יכול לחול. **וכלשון ביהמ"ש - "במלים אחרות, מדובר בשיטת משפט אשר כלל ברירת הדין שלה לגבי ירושת אותם נכסים מפנה אל הדין הפנימי של אותה שיטת משפט, ואליו בלבד..."**

אנחנו צריכים להסתכל בכלל ברירת הדין בירושה של מקום הימצאות הנכס. במקרה הזה היה צריך להסתכל בכלל ברירת הדין של צרפת וע"פ דין צרפת חל דין האזרחות. האם דין צרפת מפנה אל הדין הפנימי שלה ואליו בלבד או שלא? לא, כי חל מקום האזרחות. אזרחות יכול להיות שמהמנוח לא אזרח צרפת כך שמערכת המשפט הצרפתית מאפשרת תחולת דין זר. **לכן, במקרה זה החריג לא התקיים והבן לא קיבל שום דבר.**

מתי החריג מתקיים?

בד"כ החריג מתקיים כאשר בתוך העיזבון יש מקרקעין באנגליה או בכל מדינה של המשפט המקובל **כי שם מתקיים הכלל הפנימי של חובת תחולת הדין האנגלי.**

כאשר יש לנו מקרקעין באנגליה, בכדי לדעת אם חל החריג צריך לבחון מה כלל ברירת הדין לגבי ירושה באנגליה שם חל מקום הימצאות של המקרקעין ז"א מבחינת המשפט האנגלי אין אפשרות שיחול דין אחר הוא מפנה אל הדין הפנימי של אותה שיטת משפט ואלה בלבד. גם מקום הימצאות מקרקעין ולא משנה מושב או אזרחות אין אפשרות לתחולת דין אחר - כמו שלא ניתן להזיז מקרקעין במקרה הזה החריג יחול.

רצינאל - המטרה של החריג - האפקטיביות. אם אנחנו רואים שע"פ מקום הימצאות הנכס לא יכול לחול דין אחר אז ברור לנו שאם נחיל דין אחר זה לא יהיה אפקטיבי ולכן במקרה הזה כן מוכנים לוותר למקום הימצאות הנכס.

דוגמה להפעלת החריג: מקרקעין באנגליה/מדינות משפט מקובל או ארה"ב. - לשים לב במבחן!

--- < החריג חל רק במקום שלא מוכנים להחיל דין אחר. במשפט מקובל!!

שים לב: החריג לא יחול על מקרקעין בישראל - אם המקרקעין בישראל אין סיכוי שהחריג בס' 138 יחול כי ע"פ דין ישראל כן מוכנים שיחול דין זר על המקרקעין שלנו כי מחילים את דין מקום מושב לפי כללי ברירת הדין.

החריג בסעיף 140 - צורת הצוואה - התוקף הצורני של הצוואה

הסעיף תוקן בעקבות הצטרפותה של מ"י לאמנת האג בעניין צוואות. כל מטרת החריג הינה למקסם את הסיכוי שהצוואה תהיה תקפה מבחינה צורנית.

סעיף 140 (א): "צוואה כשרה מבחינת צורתה אם היא כשרה לפי הדין הישראלי, 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."

הצוואה כשרה מבחינה ציבורית אם כשרה מתוך רשימה של דינים שונים. ודיי שהצוואה תהיה כשרה לפי אחד מהם (סה"כ 9 אופציות שונות):

1. מספיק דין ישראל.
2. לפי מקום עשייתה של הצוואה
3. לפי דין מקום **מושבו**
 - א. בזמן עשיית הצוואה
 - ב. בזמן מוות
4. מקום **מגוריו** הרגיל
 - א. בזמן עשיית הצוואה
 - ב. בזמן מוות
5. לפי דין אזרחותו
 - א. של המצווה בשעת עשייתו של הצוואה
 - ב. של המצווה בשעת מותו
6. **במידה שצוואה נוגעת למקרקעין במקום הימצאם.**

דוגמה לשימוש בחריג: ע"א 8991/04 ברגות נ' ברגות- צוואה שנעשתה בארגנטינה בע"פ, מקום המושב היה בארגנטינה, ע"פ דין ארגנטינה לא תקפה. בארץ ע"פ דינים מסוימים יש הכרה של צוואה בע"פ, את זאת מספיק לראות מהעברה של החריג באופציה הראשונה של "קיום דין ישראל" שמכשירה את הצוואה.

הגדרת ענייני צורה

סעיף 140(ב): "לעניין החלתו של דין זר לפי סעיף זה יראו את הכשרות הדרושה למצווה או לעדי הצוואה כעניין שבצורה."

הסעיף אומר **שכשרות** המצווה זה עניין של **צורה**. זה משונה כי בד"כ עניין כשרות הוא עניין מהותי, אך פה דווקא מוגדר עניין הכשרות כצורני ומספיק לעבור באחד מהכללים.

ס"ק זה מרוקן מתוכן את ס' 139

ס' 140 היה תיקון והוא מרוקן מתוכן את ס' 139 שלא בוטל בפועל אך אין לו רלוונטיות היום. ס' 139 אומר "על הכשרות לצוות יחול דין מושבו של המצווה בשעת עשיית הצוואה". הסיבה היא שהיום המצווה כשיר גם על פי **מקום מושבו בשעת עשיית הצוואה** זה בולע את ס' 139. היו צריכים לבטל ואף אחד לא שם לב לכך.

שיעור 10- כללי ברירת הדין בירושה- המשך

חזרה על שיעור קודם: ראינו את כלל ברירת הדין בירושה. דברנו על הגדרת מקום מושב. הכלל הוא קוגנטי ולא ניתן להתנות עליו- פס"ד האפוסטרופוס הכללי. ראינו את החריג בס' 138, נכסים שעוברים ע"פ דין מקום הימצאם בלבד, דברנו על ס' 140 שעוסק בעניין צורת הצוואה וראינו שם את כל החלופות. ראינו ש-140ב' מרחיב את 140א' כי כתוב על כשרות המצווה שנחשב כעניין של צורה.

סעיף 142 - הפנייה (Renvoi) - "דין חוץ המפנה לדין אחר"

הנושא של ס' 142 הוא הפנייה. עניין דוקטרינת הפנייה היא התייחסות לכל התחום של ברירת הדין, היום בפועל לא משתמשים בה כ"כ אבל כן כדאי לנסות להבין על מה מדובר.

האם דין זר כולל רק את הדין עצמו או גם את כללי ברירת הדין- מדובר בשאלה יסודית, מה המשמעות של דין זר? שאומרים שמחילים דין זר בהקשר של דיני הירושה של המדינה הזרה, האם אנחנו מתייחסים רק לדין הפנימי של הדין הזר, ז"א דיני הירושה עצמם מי מקבל ומה או

אם אנחנו מתייחסים גם לכללי ברירת הדין של אותה המדינה? **האם דין זר מתייחס רק לדין הפנימי של המדינה הזרה או גם לכללי ברירת הדין של אותה מדינה?**

- אם לוקחים את המצב שמתייחסים רק לדיני הירושה של הדין הזר במצב הזה אין הפנייה לדין אחר ומחלקים את העיזבון ע"פ דיני הירושה של מקום המושב.
- אם שאנחנו פונים לדין הזר גם מתייחסים גם לכללי ברירת הדין של הדין הזר יכול להיות שכללי ברירת הדין האלה **יפנו** אותנו לדין של מדינה אחרת (שלישית), או שיפנו אותנו בחזרה אלינו (למדינה הראשונית).

לדג' - מנוח שמקום מושבו ביום מותו היה באיטליה, אבל הוא אזרח ישראלי, אין צוואה ורוצים לדעת איך לחלק את העיזבון. אם אנחנו לוקחים את הגישה הראשונה ללא הפנייה, נחלק את העיזבון ע"פ דיני הירושה של איטליה- מקום מושבו. אבל אם אנחנו מאמצים את גישת ההפניה צריכים לבדוק מה כלל ברירת הדין בירושה של הדין האיטלקי. באיטליה ירושה זה ע"פ דין האזרחות של הנפטר- אז חוזרים לישראל, דין איטליה מפנה אותנו בחזרה לישראל.

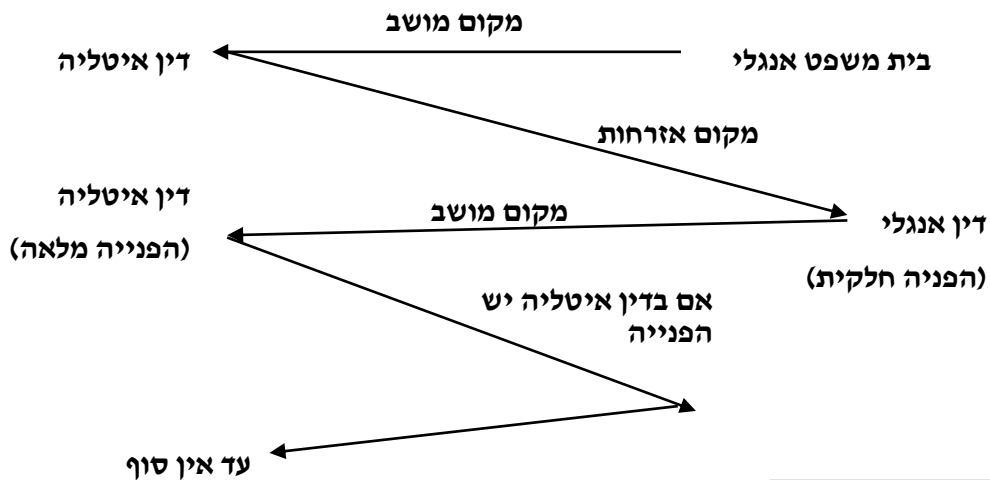
איזה גישה נראית יותר טובה, עם הפניה או בלי הפניה?

- **בעד הפניה אחרת מגיעים לחוסר אחידות-** כלל ברירת הדין מאפשר אחידות בתוצאה לא משנה איפה נדון.
- **בלי הפניה- לא תהיה אחידות-** אם לוקחים את הגישה בלי הפניה כן יהיה הבדל אם הדיון בישראל יחילו דין אטליה אבל אם יחילו דין איטליה הרי שיחזרו לישראל.

פס"ד Re Ross - שני סוגים של הפניה

פס"ד אנגלי. מנוחה, אזרחית בריטניה נפטרה בזמן שמקום מושבה היה בדומיסיל שבאיטליה. היא השאירה מיטלטלין באנגליה וגם באיטליה. בצוואה הורישה לקרובי משפחה מסוימים, לא כולל את בנה היחיד.

- **לפי דין איטליה-** לבן יש זכות משורייתת לרשת מחצית מהעיזבון. באיטליה קיימת הגישה של הזכות המשורייתת, כל ילד זכאי לקבל חלק מסוים מהעיזבון במקרה הזה היה אמור לקבל מחצית מהעיזבון כבן יחיד
- **לפי דין אנגליה-** יש חופש ציווי, כל אדם בחייו יחליט כמה לתת בצוואתו ללא כל תנאי.
- כלל ברירת הדין באיטליה זה האזרחות בזמן הפטירה.
- לפי דין איטליה חל דין האזרחות על הירושה.



האופציות האפשריות:

1. **אפשרות ראשונה- ללא הפניה דחו את הגישה-** נשאר בבית משפט אנגלי שמחיל את דין איטליה.

2. **אפשרות שניה- הפניה חלקית-** הוא רואה מה אומר דין איטליה, דין איטליה אומר להחיל את הדין אנגלי ומחיל אותו.

3. **אפשרות שלישית- הפניה מלאה-** נבדוק האם דין איטליה היה מקבל את ההפניה בחזרה מהדין האנגלי לדין האיטלקי, זה כמו לבדוק את השאלה מה היה קורה אם הדין היה מתבצע באיטליה אם אין גישת הפניה אז דין איטלקי אם יש גישה הפניה הם מקבלים את הדין מאנגליה.

• **אם לשתי המדינות יש גישה של הפניה מלאה יש לנו פינג-פונג ללא סוף! הדוקטרינה הזו עובדת רק במקרה שמדינה אחת מאמצת את הדוקטרינה הזו אך לא במקרה ששתי המדינות מחילות אותה.**

מושבה של הנפטרת היה באיטליה. הבן הביא את הנושא לדיון באנגליה. אם לא מדברים על הפניה היינו מפסיקים בביתה משפט אנגלי לגבי מטלטלין. ביהמ"ש האנגלי דחה את הגישה שללא התניה. הם אומרים שיש אפשרות להפנות מדין איטליה לדין אנגליה, כשבדקים הם מוצאים שדין אנגליה זה מקום האזרחות לכן אם מפסיקים פה זה גישה שנקראת "הפניה חלקית" עושים הפניה פעם אחת ועוצרים וזה פותר את הבעיה של הפניה ללא מוצא (חוסר היגיון למה לעצור פה). ביהמ"ש האנגלי אמר שכן יבדוק את השאלה האם צריך להיות הפניה בחזרה מהדין האנגלי לדין האיטלקי. זה תלוי בשאלה האם בדין האיטלקי יש להם את הגישה של הפניה, אם ממשיכים את הפינג-פונג צריך לבדוק אם באיטליה יש את השאלה של ההפניה. במקרה זה באיטליה דחו את גישת ההפניה, לכן בגלל שבאיטליה דחו את הגישה הם למדו שדין איטליה יחיל את הדין האנגלי ושם ייפסק המעבר. התוצאה שמחילים בסוף את הדין האנגלי.

במקרה הזה הפניה מלאה הובילה אותנו לאותה תוצאה כמו בהפניה חלקית כי בדין הזר אין לנו את התוצאה של ההפניה.

החריג בסעיף 142(הפנייה)- החוק הישראלי

סעיף 142 רישא קובע: "דין חוץ המפנה אל דין אחר : על אף האמור בחוק זה, כשחל הדין של מדינה פלונית ואותו דין מפנה אל דין חוץ, אין נזקקים להפניה, אלא יחול הדין הפנימי של אותה מדינה"

הרישא: דחיית הגישה של ההפניה. ברור ש' 142 הוא חריג, למרות שלא הזכירו את זה בס' 137. בישראל דוחים את גישת ההפניה ויחול הדין הפנימי של אותה מדינה.

סעיף 142 סיפא (הפניה חלקית) קובע: "אולם כשהדין של אותה מדינה מפנה אל הדין הישראלי, נזקקים להפניה ויחול הדין הפנימי הישראלי. "

הסיפא: נדבר על מקרה בו מנוח שמקום מושבו באיטליה אבל הוא אזרח ישראלי. כשהדין של אותה מדינה- איטליה, מפנה אל הדין הישראלי כי הוא אזרח ישראלי, נזקקים להפניה, ויחול הדין הפנימי הישראלי- **זוהי הפניה חלקית! רק פעם אחת הפניה ואז עוצרים**. לא בודקים הפניה נוספת ברגע שהדין הזר הפנה לישראל. הסיפא היא הגישה של הפניה חלקית.

דוג': יש לנו מנוח שמקום מושבו (כמו פסד רי-רוס רק בישראל) באיטליה, והוא אזרח בריטי, השאיר מטלטלין בישראל או הבן גר בישראל, ולכן הדין בישראל. "מדינה פלונית" פה זה איטליה ו"אותו דין מפנה אל דין חוץ"-דין אנגליה (אזרח בריטי) במצב כזה "אין נזקקים להפניה", "אלא יחול הדין הפנימי של אותה מדינה"- **איטליה**.

בפועל צריך לדעת ליישם את ס' 142 לחוק הירושה.

לסיכום:

- כאשר דין מקום המושב של הנפטר מפנה לדין זר אחר, אין הפנייה.
- אבל כאשר דין מקום המושב מפנה לדין ישראל, מתקיימת הפנייה חלקית.

החריג בסעיף 143- "תקנת הציבור וכדומה".

סעיף 143: "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."

ברור שזהו חריג. נראה שהוא מיותר כי יודעים ממילא שיש עקרון כללי שלא מחילים דין זר הנוגד תקנת ציבור. פה בעניין של ירושה המחוקק עשה מאמץ גדול לחוקק את הכל גם דברים שהיינו יודעים ממילא, רצו הסדרה כוללנית של נושא כלל ברירת הדין. יש סמכות, הפניה, ברירת הדין ואף תקנת ציבור.

איך ביהמ"ש מפרש את העניין של תקנת הציבור בירושה?

בע"מ 594/04 היועמ"ש נ' פלוני- פס"ד בנושא האם ההולנדית- שיש לה שלוש בנות והאם בצוואה הורישה רק לשתי הבנות בעוד שהדין ההולנדי חייב אותה להוריש לכולם. אחד מהטיעונים של שתי הבנות הזוכות הוא שהדין ההולנדי נוגד את תקנת הציבור הישראלי בגלל שזה נוגד את עקרון העל של חופש הציווי. ביהמ"ש דוחה את הטעון הזה והוא מסביר את דחייתו במילים הבאות:

"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 'היה 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'"

מדובר במפלט אחרון שביהמ"ש ישתמש בו, יש לפרש את הביטוי של תקנת הציבור בצורה מצמצמת מאוד.

בפס"ד יש כמין הגדרה לדבר שנוגד את תקנת הציבור- "פגם ממשי בסדר הציבורי לפיו אנו חיים" או "בניגוד לרגש הצדק והמוסר של הציבור הישראלי". העובדה שיש להם דינים שונים כשלעצמה לא נוגדת תקנת ציבור ורק במקרים קיצוניים נגיד שהדין הזר נוגד את תקנת הציבור.

יישום הכללים בדין הירושה- שאלות לדוגמא ממבחנים

1. פדרו הוא תושב ברזיל נפטר והשאיר נכסים בעשר מדינות כולל ברזיל וישראל, ביתו שגרה בארץ מעוניינת לפנות לביהמ"ש בישראל ע"מ לקבל צו ירושה
 - a. לביהמ"ש בישראל אין סמכות כיוון שמקום מושבו של הנפטר היה בברזיל
 - b. לביהמ"ש בישראל יש סמכות רק על הנכסים בארץ.
 - c. לבית משפט בארץ יש סמכות על כל העיזבון, רק במידה ויותר ממחצית הנכסים הנמצאים בישראל

d. לבית משפט בישראל יש סמכות על כל העיזבון כיוון שהמנוח הניח נכסים בארץ- ס' 136 ופרשת אקוידור.

2. 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 בבימ"ש ישראלי על פי הדין הקולומביאני על ירושה חל דין מושבו של הירושה איזה דין יחיל ביהמ"ש על התביעה?

- a. דין ישראל
- b. **דין קולומביה- הולכים על פי מקום מושב של המנוח שזה קולומביה ורואים שקולומביה מפנה למקום מושבו של הירושה שזה פולין אבל על פי ס' 142 רישא לא נזקקים להפניה ומחילים את הדין הפנימי של קולומביה.**

- c. דין פולין
 - d. דין גרמניה
- אם יאצק היה תושב ישראל היינו מקבלים את ההפניה ואז היה נכנס לסיפא של הסעיף.

3. **שאלה פתוחה על יחסי ממון וגם על ירושה:** גד נולד וגדל בארץ הכיר את אנה תושבת ואזרחית זילנד, כאשר שניהם השתתפו בקורס ללימוד צרפתית בפריז בשנת 1999. בסוף הקורס התחתנו בצרפת ומיד לאחר מכן נסעו למדינת זילנד. שם גד הקים עסק מצליח. את הרווחים השקיע במקרקעין ומטלטלין בארץ, באנגליה ובזילנד, הכל רשום על שמו בלבד. לפני שלוש שנים הגיעו בני הזוג לתייר בארץ ובמשך טיול באחת משומרות הטבע אנה נפלה ונפצעה קשה מאז אנה אושפזה בבית חולים בארץ ומשתקמת לאט. היא מאשימה את בעלה על מה שקרה ולא רוצה שום קשר איתו. גד במצב נפשי קשה עזב את הכל ונסע לרורטיניה לחפש את עצמו מצא שם עבודה ואהבה ונשאר שם עד היום הזה.

אנה מבקשת חוות דעת בעניינים הבאים:

א. איזה דין יחיל ביהמ"ש בישראל ע"מ להכיר בבעלות הרכוש הרשום על שמו של גדי? יש להניח שעל פי דין זילנד קיים משטר של רכוש נפרד ועל פי דין צרפת קיים משטר של שיתוף מידי?

- מתחילים ביחסי ממון **ס' 15**, עם הרישא, שזה מקום מושבם בעת עריכת הטקס, במקרה שלנו לפי העובדות לכאורה אין מקום מושב משותף. מקום מושבו היה בישראל ומקום מושבה בזילנד (צרפת זה לא מקום הטקס הם רק למדו בצרפת קורס). יש להם מקומות מושב שונים ולכן ע"פ **הפסיקה בששון** הדין שחל הוא **מקום המגורים המיועד, בתנאי שאכן עברו לשם תוך זמן סביר**. במקרה הזה מיד אחרי הקורס עברו לזילנד ולכן חל דין זה. לפי דין זילנד יש דין של רכוש נפרד. מכאן שלכאורה אנה לא זכאית לשום דבר.

- אנה יכולה לטעון שדין זילנד נוגד תקנת ציבור ותסמוך על דעת חשין **בפס"ד נפיסי** דעת מיעוט, נימוק מיעוט כי הסכים עם תוצאת כולם.

- יהיה קשה לסמוך על הרציו של **פס"ד נפיסי** שם היה הסכם מכללא שבעצם הם עולים לארץ ומתכוונים שיחול דין ישראל. אבל במקרה שלנו הם לא עלו לארץ אלא רק הגיעו לטיול ולכן יהיה קשה לומר שיש הסכם מכללא ואח"כ שהייה בארץ, אי אפשר להגיד שיש הסכם כי אין הרמוניה בניהם.

- התוצאה שיחול דין זילנד אלא אם ביהמ"ש יגיד שנוגד את תקנת ציבור.

ב. יש להניח שלאחרונה גד נפטר ברורטיניה, בצוואה הוא השאיר את כל העיזבון לחברתו ברורטיניה. אנה רוצה לדעת איזה דין או דינים יחולו על הירושה. יש להניח שע"פ דין זילנד אלמנה זכאית לקבל **מחצית** מהעיזבון והמנוח לא רשאי להוריש את החלק הזה בצוואה (חלק משוריין גם לאישה) כמו כן ע"פ דין אנגליה וע"פ דין רורטיניה על ירושת מקרקעין חל דין מקום הימצאם.

- מתחילים בירושה **בס' 137**, מקום מושבו של הנפטר. הגדרה של מקום מושב נמצאת **בס' 135, שם מגדירים מרכז חיינו בעת מותו** - לכאורה רורטיניה גר שם 3 שנים ולכן נראה כמקום מרכז חיינו.

- עוברים לדין רורטיניה, ע"פ הדין שם על ירושה חל מקום הימצאם של המקרקעין, לכן מכיוון שיש לנו מס' מוקמות בהם ממוקמים המקרקעין נחלק:

- **לגבי המטלטלין** - דין הירושה הוא רורטיניה ואין שום הפניה לגביהם.

- **מקרקעין בזילנד** - רורטיניה מפנה לזילנד לא מקבלים את ההפניה, מחילים את דין רורטיניה. על ירושת מקרקעין חל מקום המושב - דין רורטיניה.

- **מקרקעין ברורטינה** - בס' 138 יש חריג שמתייחס לנכסים שעוברים על פי מקום הימצאם בלבד, ראינו שאם יש מקרקעין באנגליה או במדינה אחרת של המשפט המקובל יחול החריג של 138 שע"פ דין אנגלי ירושת מקרקעין זה רק ע"פ אותו דין. **ס' 138 בא למנוע חוסר אפקטיביות שהצו לא יכובד במקום אחר. הוא מדבר על נכסים שעוברים ע"פ מקום הימצאם בלבד - בפועל רלוונטי לגבי מקרקעין באנגליה ומדינות המשפט המקובל, יחול הדין האנגלי - לגבי ירושה רק דין מקום הימצאות מקרקעין, ע"פ דין אנגלי אין אפשרות להחיל דין אחר וכדי שלא נעשה משהוא לא אפקטיבי נחיל את הדין האנגלי מכוח ס' 138.**

- **מקרקעין בישראל** - הדין הרורטיני מפנה לישראל ומקבלים את ההפניה, ע"פ ס' 142 סיפא יחול דין ישראל.

- **לסיכום**, אנה לא תקבל שום דבר כי אף אחד מהמקומות לא יתנו לה כלום. על המטלטלין כולם חל דין רוריטניה שם אין הפניה לגבי המטלטלין אלא מקום מושב. המקרקעין בזילנד- דין רוריטניה כי אנחנו לא מקבלים את ההפניה מרוריטניה לזילנד בגלל ס' 142 רישא, (אומנם מפנה לזילנד אבל ס' 142 רישא לא מקבל), מקרקעין בישראל- מקבלים את ההפניה ויחול דין ישראל ס' 142 סיפא ומסיימים שם. מקרקעין אנגליה- יחול דין אנגליה מכוח ס' 138.

בעיות מתודולוגיות

בעיות שהם אינהרנטיות בשיטה של ברירת הדין ורלוונטיות לכל התחומים שדברנו עליהם. **הפנייה** היא דוגמא של מתודולוגיה. דברנו דווקא בירושה כי בשאר התחומים דחו את הגישה של הפניה ורק בירושה יש ביטוי של המתודולוגיה הזאת (וגם בנישואין). **בפס"ד נפיסי** חשין מעלה את האפשרות לשימוש בהפניה בהקשר של יחסי ממון אבל הוא מתכוון לדבר טיפה שונה, שאפשר להשתמש **בהפניה כחלופה**. **אם ההפניה מוביל אותנו לתוצאה רצויה נשתמש בזה**, ז"א במקרה של נפיסי אם דין איראן היה מפנה לדין אחר, ששם היה שיתוף אז היינו מקבלים לדעתו את ההפניה. יש ביקורת על זה שהפנייה זה לא ברירת שמשמשים בזה מתי שנוח. **בפועל התחום שמשמשים בהפניה בצורה שותפת הוא רק בירושה.**

בעיה מתודולוגית 1: פרוצדורה מול מהות

הכלל:

על ענייני **פרוצדורה** חל **דין הפורום**- הפורום זה המדינה ששם מתקיים הדין.

הכלל המשלים:

על ענייני **מהות** חל **דין העניין**, כלומר הדין שאליו **מצביע כלל ברירת הדין הרלוונטי**. (זה משתנה מתחום לתחום. **בנזיקין**- דין העניין הוא מקום ביצוע העוולה כפוף לחריג של מקריות. **בירושה**- דין העניין הוא מקום מושבו של המנוח).

ברוב הדברים בד"כ ברור אם מדובר על פרוצדורה- טופס שצריך למלא, ראיות לעומת מהות- כללים מתי יורש ומתי לא.

יש כמה דברים שהם אפורים ולא ברור מאליו אם מדובר בפרוצדורה או מהות, אין הגדרה לכך בחוק הישראלי והכל מהמשפט המקובל. את **ההגדרות ניקח מהפסיקה האנגלית**:

- **פרוצדורה**: היא המנגנון ואופן ההליך שדרכו אוכפים את הזכות המשפטית.--< **מנגנון!**
 - **מהות**: הדין שנותן או מגדיר את הזכות, זה התוצר.--< **תוצר!**
- "the mode of procedure by which a legal right is enforced... the machinery"
 "the law which gives or defines the rights... the product"

הסוגיות האפורות- פרוצדוראלי לעומת מהותי:

1. **שיעור הנזק בניזיקין**- ראינו שהיו דעות חלוקות:
- א. **השופטת בן פורת (פס"ד קלאוזנר)**- הייתה סבורה שמדובר בעניין מהותי מעין כמוהו.
- ב. **השופט לוין (פס"ד ג'ון כהן)**- סבור שכשמדובר בפיצויים בגין כאב וסבל, צריך להיות שוויון בין כולם לכן צריך להיות פרוצדוראלי.
- ג. **בדין הזר**- יש הסדר שלם כמו חוק העבודה הירדני שמסדיר גם את רמת האחריות וגם את היקף הפיצוי. במצב כזה העניין של שיעור הנזק נחשב מהותי כי זה חלק מהמטריה שלו.

איך צריך להיות שיעור הנזק? לכאורה מהותי כי מדבר על תוצר. אלא אם מדובר על דבר של טבלאות ותעריפים ואז פרוצדוראלי. אין תשובה גורפת לעניין.

2. התיישנות:

ישנם כמה סוגים של כללי התיישנות, חלקם מהותיים וחלקם פרוצדוראליים. אם מדובר בכלל התיישנות שרק חוסם את הסעד זה פרוצדוראלי ולא מפקיע את הזכות. המשמעות היא שלא ניתן לתבוע כי עילת התביעה התיישנה, הוא יכול להשתמש בזה **בקיצוץ**, אם אדם תובע אותו יכול לבוא ולבקש ממנו כסף הזכות עדיין קיימת אך לא מעשית כך שהדבר יכול להיות רלוונטי **במצב של קיצוץ כי עדיין הזכות קיימת אבל הוא עדיין לא יכול לתבוע.**

אם כלל התיישנות רק חוסם את הסעד, הוא פרוצדוראלי:

לדוגמא: סעיף 2 לחוק ההתיישנות שקובע "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"

יש לו את הזכות אך הוא לא יכול לאוכפה, ההתיישנות רק חוסמת את הסעד ולכן זה פרוצדוראלי.

כללי ההתיישנות שמפקיעים את הזכות הם מהותיים:

אם מפקיעים את הזכות אז כלל ההתיישנות הוא מהותי. יש לזכור שכלל התיישנות ספציפי גובר על כלל התיישנות כללי.

לדוגמא: סימן 6 של התוספת לפקודת הובלת טובין בים (כפי שתוקן בחוק לתיקון פקודת הובלת סחורות בים, התשנ"ב-1992), קובע: "...יהיו המוביל וכלי השיט פטורים, בכל מקרה, מאחריות כלשהי לגבי טובין, אלא אם כן הוגשה תביעה לבית המשפט תוך שנה אחת ממועד מסירת הטובין או מן המועד אשר בו אמורים היו להימסר".

הסעיף אומר שאחרי שנה הזכות מופקעת ואינה קיימת, גם אם תובעים שלא שלמו לא יכולים לומר שלא מסרו או שהיו פגמים כי הזכות כבר הופקעה. זה דוגמא לכלל התיישנות מהותי.

כללי התיישנות- טבלה מסכמת: בכל המקרים ההנחה שחל דין זר, אם לא חל דין זר ויש רק דין ישראל זה לא משנה אם הוא מהותי או פרוצדוראלי כי אז כללי ההתיישנות הישראלים יחולו.

תוצאה-איזה כלל התיישנות מחילים?	בדין הישראלי	בדין הזר החל על העניין
חל דין ישראל- בגלל שכלל ישראל פרוצדוראלי. לא מעניין אותנו פרוצדורה זרה. מעניין כללים ישראליים פרוצדוראליים וכללים זרים מהותיים.	פרוצדוראלי- וגם כלל ברירת הדין הישראלי פרוצדורלי. יכולים להיות תקופות שונות.	פרוצדוראלי- כלל ברירת הדין הזר פרוצדוראלי
חל דין זר- כי אם מהותי נחיל את המהותי, ישראלי מהותי לא מעניין אותי כי לא חל דין ישראלי במקום ולכן מעניין אותי הכלל המהותי שחל על העניין וזהו הדין הזר שגם גובר.	מהותי- מפקיע את הזכות. אצלנו למשל שנה.	מהותי- מפקיע את הזכות. שם התיישנות 3 שנים.

<p>חל הדין עם תקופת התיישנות קצרה יותר. שניהם חלים לכאורה ולכן גובר הקצר יותר מחמירים יותר, אחד תופס ולכן נגמר אחריו. אם זה היה ההפך זר 10 וישראל 7 אז אחרי 7 שנים הסעד נחסם והזכות עדיין תקפה להגנה או קיזוז עד 10 שנים.</p>	<p>פרוצדוראלי- דין ישראלי פרוצדורלי ולהתייחס לזה נגיד 7 שנים.</p>	<p>מהותי- דין זר הוא כלל מהותי. צריך להתייחס לזה- 5 שנים</p>
<p>לכאורה לא תהיה התיישנות כלל. לא יכול להיות כי הכלל הפרוצדורלי הרגיל של 7 שנים תמיד חל. לא יכול להיות מצב אצלנו שיש רק כלל מהותי בלי כלל פרוצדוראלי. הכלל של 7 שנים תמיד חל ולכן בפועל אצלנו זה לא יקרה.</p>	<p>מהותי- על פי דין ישראלי לא מתייחסים בישראל</p>	<p>פרוצדוראלי- על פי דין זר. לא מתייחסים בזר</p>

הטבלה היא יישום של הכלל הבסיסי. עניינים פרוצדוראלי חל דין הפורום מוסכמה מהמשפט המקובל. מתייחסים לדברים זרים רק אם הם מהותיים.

הסדר שלם לגבי התיישנות (גובר על הטבלה!)

ע"א 6860/01 עבדאל רחמן מוסא חמאה נ המאגר הישראלי לביטוח- מדובר בתאונת דרכים קודם ההתנתקות בחבל עזה. יש פלתי"ד של האיזור וחבל עזה, על פי הצו בדבר פיצויים לנפגעי תאונת דרכים (חבל עזה)(מס' 544) התשל"ז – 1976, **תקופת התיישנות הינה שנתיים**. על פי החוק הישראלי- 7 שנים (כמו תקופת התיישנות רגילה). התביעה הוגשה אחרי שנתיים, התובע טען שהדין שחל פה הוא הדין של ישראל שאומר 7 שנים התיישנות, מכיוון שהכלל הישראלי פרוצדוראלי יש להחילו כי לא עברו 7 שנים.

ביהמ"ש: הצו של המושל הינו **הסדר שלם** "המחיל הוראות דין מהותי והוראות נלוות המסדירות מימוש הזכויות המהותיות." וכאשר יש הסדר שלם, יש ליישם את ההסדר השלם "כמקשה אחת ולא לשיעורין."

אתה לא יכול לקחת את החלק מהצו הזה ולחבר אותו לכלל ההתיישנות הישראלית אלא יש לקחת את כל ההסדר השלם כולל שנות ההתיישנות המקוצרות. ההתיישנות בתוך פלתי"ד העזתי הופך להיות מהותי בגלל היותו בתוך הסדר שלם גם אם בפועל הוא חוסם רק את הסעד. **כלל התיישנות כחלק מהסדר שלם הופך להיות מהותי גם אם הוא רק חוסם את הסעד**. לכן, במקרה זה, דחו את התביעה בגלל שעברו שנתיים.

3. קיום שיעבוד ימי:

ע"א 352/87 גריפין קורפוריישן נ' כור בע"מ ואח': מדובר בתחרות בין נושים של בעל אוניה, שנעצרה ליד חוף ישראל (מה שנתן לביהמ"ש בישראל סמכות שיפוט) בעלי האוניה פשטו רגל ומכרו את האוניה. היה צריך להחליט לאיזה נושים לתת את הכסף. היו 2 נושים עיקריים שהתחרו אחד על השני.

- **נושה א':** נתן הלוואה מובטחת במשכנתא.
- **נושה ב':** סיפק שירותים לאוניה ולא קיבל תשלום עבור שירותים, וטוען, שבעקבות כך צמח לו שיעבוד ימי.

את התפיסה של שיעבוד ימי אמצנו מהשפט המקובל והיא הוכרה במשפט הבינלאומי בכדי להגן על אנשים שמספקים שירותים לאוניה, שמגיעה לנמל ונוסעת כך שאם לא משלמים הייתה בעייה לנותן השירות כי אין לו איך להגיע לבעל האוניה, **על פי הדין של שיעבוד ימי אם בעל האוניה לא משלם על השירותים אז מי משמסק את השירותים בנסיבות מסוימות יהיה זכאי לשיעבוד על האוניה**. מה שהיה חוב רגיל הופך להיות חוב מובטח כי זה שיעבוד על האוניה, לדרוש ולקבל את החלק שלו מבעלי האוניה.

התפיסה של שיעבוד ימי מוכרת ברוב המדינות אך יש הבדלים בין התנאים לקיום שיעבוד ימי שמשתנים בין מדינה למדינה.

השאלה הראשונה: איזה דין קובע האם במקרה מסוים לנושה ב' כן מתקיים שיפוט ימי או לא? האם הסוגיה הזו של כיבוד שיעבוד ימי היא עניין של פרוצדורה או עניין של מהות?

- **אם פרוצדורה-** הדין שיקבע אם יש שיעבוד ימי - יקבע דין הפורום - ישראלי.
- **אם עניין מהותי-** יקבע הדין הזר שחל על העניין- ביהמ"ש אומר שזה חוזים. ניתן להביט על הסוגיה מכמה כיוונים:
 - חוזה- אכיפת חוזה
 - קניין- בעלות האונייה.

האם שיעבוד ימי הוא פרוצדורה(מנגנון) או מהות (תוצר)?

השופטים שמגר וברק ברוב- השאלה של קיום שיעבוד ימי הינה **עניין מהותי** ולכן יחול הדין הזר שחל עליו.

נימוק: אינטרס ההסתמכות של הנושים מחייב מסקנה זו, משום שהנושים שספקו את השירותים צריכים לתכנן את פעולותיהם ע"פ הדין שחל על השעבוד- חברה שמשפיקת מוצר לאוניה ומתלבטת אם לתת לו או לא, יכולה לחשוב שיהיה לו שיעבוד ימי ולכן צריך לדעת: אם יש שיעבוד ימי יוכלו לדעת אם יש שיעבוד ימי רק במידה וידעו איזה דין חל. אם זה חוזים יודע איזה דין חל על החוזה ולפי זה דין השיעבוד הימי.

אך אם מדובר בעניין פרוצדוראלי זה דין הפורום וכאן מגיעה הבעיה כי לא ניתן לדעת מהו דין הפורום מכיוון שדין הפורום יכול להיות כל מקום אליו מגיעה האוניה, כל נושה יכול לעצור את האוניה בכל מדינה. ולכן ברק ושמגר מדברים על מה שאנחנו קוראים **ציפיות סבירות של הצדדים, עניין מהותי למימוש הציפיות הסבירות של הצדדים**. אם העניין הוא פרוצדוראלי יחול **דין הפורום**, שאינו צפוי במועד פעולת הנושה.

השופטת נתניהו במיעוט- חשבה שזה **עניין פרוצדוראלי**. הנימוק שלה הוא עניין של מדיניות משפטית ז"א אנחנו בישראל צריכים לשמר לעצמנו את הזכות להחליט מתי יש שיעבוד ימי ומתי לא. לשיטה יכול להיות חשוב התנאים לשיעבוד ימי כי זה יכול להשפיע על המוכנות של נושים אחרים או משקיעים אחרים להשקיע בארץ, אדם שמשקיע בישראל יפחד להשקיע אם יהיו שיעבודים ימיים. יש אינטרס לצמצם את התנאים לשיעבודים ימיים כדי לא להרתיע משקיעים ימיים.

לדעת המרצה- הרוב שקבע שמדובר בעניין מהותי זוהי קביעה הגיונית. במבחן התוצאה- הולכים ובודקים על פי הדין שחל עליו החוזה, האם התנאים לשיעבוד ימי מתקיימים או לא.

סדר העדיפות בין שיעבודים מתחרים:

אם לנושה השני יש שיעבוד אזי נוצר לנו מצב שיש לנו 2 נושים עם שיעבודים, אין לנו מספיק כסף וצריך להחליט איך לחלק את הכסף ביניהם. אם לשניהם יש שיעבוד ימי יש את הנושה הראשון עם משכנתא מובטחת והשני עם שיעבוד ימי, יש תחרות ביניהם וצריך לדעת איך לחלק את העוגה. פה ייתכנו שיטות שונות לפי מערכות משפט שונות.

האם עניין סדר העדיפות בחלוקה הוא עניין פרוצדוראלי או עניין מהותי?

אם אומרים שזה **פרוצדוראלי** נחלק לפי השיטה של הפורום במקרה שלנו ישראל, אם זה **מהותי** נצטרך לחלק לפי הדין הזר החל על העניין.

הרוב- השופטים נתניהו ושמגר- שאלה פרוצדוראלית. הנימוקים של השופט שמגר:

1. **פרגמטיזם** – זה פרגמטי בשל הבעיה להגיד מהו הדין שחל על העניין כי לא ברור איזה עניין יש 2 נושים עם 2 חוזים שונים, יש בעיה פרקטית להגיד שחל דין העניין כי לכל אחד מהנושים יש חוזה ובהנחה שזה דינים שונים לא ברור איך מחליטים ביניהם. **בסופו של יום צריך לזהות דין אחד שיחול ולכן פרוצדוראלית דין הפורום יש אחד אם נגיד מהותי יש 2 נושים עם 2 הלוואות שעל כל אחד דין אחר יהיה בעיה להחליט.**
2. **עקרון** – ראו כעניין של מנגנון, איך בעצם מגיעים לזכות. (המרצה לא מסכימה איתם).

המיעוט – השופט ברק-באופן עקרוני זו שאלה מהותית – משום "שהרי הקביעה העקרונית בדבר קיום השעבוד נועדה, בין השאר, לקבוע את מקומו בהסדר עדיפות". כמו שכל העניין של קיום שיעבוד ימי הוא מהותי, גם הנושה לא צריך לדעת מראש אם הוא בתחתית הנושים הוא צריך לדעת מראש שיש לו שעבוד ימי והיכן מיקומו בתור.

"אולם, למעשה, אם אין סיבה להעדיף דין העניין החל על שעבוד אחד על פני דין העניין החל על שעבוד שני, ואין מכה משותף ביניהם, צריך לבחור בדין אחד וטבעי הוא לראות בדין הפורום את הדין האחד הזה".

בסופו של יום פרגמטיזם כן מנצח- אפילו לדעת המיעוט. ברק מסכים שבסופו של יום במקרה שדינים שונים חלים על הנושים השונים אין ברירה אלא להחיל את דין הפורום אבל זה רק בפרגמטיזם שדורש פתרון פרקטי. בפועל ברוב המקרים לא יהיה הבדל בין הרוב למיעוט.

מתי כן יהיה הבדל בין התוצאות? מצבים שבהם לשני הנושים יש את אותו הדין שחל עליהם ביחד, במקרה זה על פי ברק אפשר להחיל את הדין המשותף שחל על שני הנושים אבל הוא רק במיעוט. הרוב במצב כזה יחיל את הדין של הפורום בגלל שזה פרוצדוראלי.

לקרוא: פס"ד גריפין קורפוריישן נ' כור בע"מ

שיעור 11

שיעור שעבר ראינו את הסוגיה המתודולוגית של פרוצדורה מול מהות, ראינו שהכלל בעניינים פרוצדוראליים הוא שחל דין הפורום ועל עניינים מהותיים חל דין העניין שחל מכוח כלל ברירת הדין הרלוונטי.

ראינו כמה סוגיות שבהם לא תמיד קל להבחין בין ענייני פרוצדורה לענייני מהות והתייחסנו ל-3 סוגיות- הראשונה הייתה סוגיית שיעור הנזק ראינו שאין תשובה מסודרת, הסוגיה השנייה סוגיית התיישנות והשלישית, סוגיית שיעבוד ימי.

סוגיית שיעבוד ימי-חזרה

השאלות שעולות בעניין:

1. **האם בכלל קיים שיעבוד ימי** – פס"ד גריפין, אחד האנשים טען שיש לו שיעבוד ימי והשאלה הייתה איזה דין קובע כי ייתכן הבדלים בין דינים שונים לגבי הנסיבות בהן צומח שיעבוד ימי. **הרוב** קבעו ששאלת קיום שיעבוד ימי היא **עניין מהותי**. יש שאלה האם זה עניין של חוזים או של קניין, דעת הרוב הייתה שכנראה זה עניין של חוזים ולכן הדין שיקבע אם קיים שיעבוד ימי בנסיבות המקרה הוא הדין שחל על החוזה. כמו כן, דיברנו על הנימוק של המיעוט.
2. **סדר עדיפות בין הנושים המתחרים** – בהנחה שקיים שיעבוד ימי ויש כמה שיעבודים צריך להחליט את סדר העדיפות מבחינת הנושים:
 - א. **הרוב- נתניהו ושמגר** קבעו שזו שאלה פרוצדוראלית וביססו את הקביעה על סיבות מעשיות וגם על עקרון, מדובר בדבר שקשור לאופן קביעת הסעד ולא לסעד עצמו.
 - ב. **דעת מיעוט של ברק חשובה** – מסביר באופן משכנע שמבחינת העיקרון צריך להיות שאלה מהותית. הוא מתייחס לציפיות הצדדים ובסופו של דבר מה יועיל שיעבוד ימי, אם אתה אחרון בסולם הנושים לדעתו זה חלק מאותו עניין וצריך להיות עניין מהותי.

אבל מכיר בכך שמבחינה מעשית זו תהיה בעיה, הוא מסכים עם הנימוק של הפרגמטיזם כי יהיו לנו שניים או יותר שעבודים ועל כל שיעבוד יכול שיחול דין אחר, אז איזה מהדינים יקבע את סדר העדיפות והרי צריך דין אחד שיקבע את סדר העדיפות ולכן בסוף אמר שבליט ברירה זה כן יחול דין הפרוורם אלא אם אותו דין חל על השיעבודים המתחרים ואז במקרה זה לא מדובר כלל בבעיה מעשית כי אותו דין בעייתי- הדין שחל על כל השיעבודים יקבע סדר עדיפות.

בעיה מתודולוגית 2: הוכחת דין זר

דין זר נחשב כעניין של עובדה ולא כעניין של דין/משפט. ולכן בעצם צריכים להוכיח את הדין הזר כמו הוכחה של כל עובדה אחרת. מי שטוען שחל דין זר הוא זה שצריך להוכיח זאת.

הדרך להוכחה: ניתן להוכיח את הדין הזר רק ע"י מומחים בדין הזר. המומחה כותב חוות דעת וצריך להתייבב לחקירה נגדית. אם ביהמ"ש קובע שחל הדין הזר הצד שסומך על הדין צריך להוכיח, אם הצד השני לא מתווכח לא חייב להביא מומחה אבל אם טוען שהמומחה שהביא את חוות דעת היא שגויה הוא יצטרך להביא מומחה מטעמו.

במקרי מחלוקת של מומחים מהצדדים: אם קיימת מחלוקת בין שני עדים מומחים, ביהמ"ש יכריע.

האם ביהמ"ש ממנה מומחה מטעמו? התשובה היא לא. ביהמ"ש לא אחראי למנות מומחה, הוא לא אחראי לברר את הדין הזר כי מי שסומך על אותו דין זר הוא זה שצריך להביא מומחה. יש ביקורת על כך, ויש מדינות שביהמ"ש כן ממנה מומחה לדין זר, בעיקר מדינות עם שיטה אינקוויזיטורית. הביקורת על המצב הזה היא בעיקר בגלל בזבוז זמן וכסף שכל צד נדרש להביא מומחה מטעמו ולכן, ישנן מדינות, שקיים מוסד עצמאי- מכון רשמי שתפקידו לחקור ולהביא לביהמ"ש את התוכן של הדין הזר.

חזקת שוויון בין הדינים

מה קורה אם צריך להחיל את הדין הזר ואף אחד לא מביא הוכחה של הדין הזר אז שצד אחד מביא אבל ביהמ"ש לא מרוצה וחושב שחוות הדעת לא מספיק רצינית. כלומר, אם הצדדים לא מביאים ראיות לגבי התוכן של הדין הזר או שהראיות אינן מספיקות, **האם ביהמ"ש יחיל את דין הפרוורם או שהוא ידחה את התביעה?**

יש דבר שנקרא **חזקת שוויון בין הדינים** שאומצה מהמשפט המקובל ולא קיימת באף חוק. כאשר ביהמ"ש מחיל את החזקה ביהמ"ש בעצם יחיל את **דין הפרוורם**. אם הוא לא מחיל את החזקה האופציה היא למחוק את התביעה כי מי שהביא את התביעה לא הוכיח את כל האלמנטים הנדרשים.

על פי הפסיקה עושים הבחנה בין 2 סוגים של זכויות לעניין החלת חזקת השוויון בין הדינים:

- **אם מדובר בזכויות צפות-** הנובעות מענייני **חיובים** כמו חוזים ונזיקין. אזי תופעל חזקת השוויון בין הדינים, שלפיה קיימת חזקה שהדין הזר זהה לדין הישראלי ולכן אם לא הוכח הדין הזר ביהמ"ש מחיל את הדין הישראלי.
 - **פס"ד גריפין (חוזים)-** אחרי כל הדיון שהחליטו שזה עניין מהותי הפעילו את חזקת השוויון בין הדינים.
 - **פס"ד מסיקה נ' דולנס (נזיקין)-** קבעו שחל דין סלובניה למרות שהייתה חווי"ד על דין סלובניה אבל המומחה לא התייבב וחוות דעתו נמחקה ולא הוכח דין סלובניה וביהמ"ש הפעיל את חזקת שוויון בין הדינים.

במקרים כאלו זה באמת זה בידיהם של הצדדים אם מביאים חו"ד של מומחה מבוססת ומביאים את המומחה לבימה"ש. יש מקרים שאין תמריץ לצדדים להביא חו"ד כי הדין הזר דומה לדין הישראלי ואין להם טעם לכך (או שהדין הזר מחיל את הדין הישראלי).

- **אם מדובר בזכויות מעוגנות במערכת משפטית מסוימת** - אלו זכויות שמעוגנות במערכת מסוימת, בעיקר מדובר בענייני סטטוס- דברים שאנשים לא יכולים לשנות לעצמם (חוזה אתה יכול לשנות) אבל שמדובר בענייני סטטוס כמו מצב שאין לך כשרות להתחתן לפי מקום מושב אתה לא יכול לשנות את זה, ביהמ"ש לא מפעיל את החזקה וזה מביא לדחיית התביעה. בעיקר בענייני סטטוס לא רוצים פיצול סטטוס שע"פ דין ישראל יהיה תוצאה אחת וע"פ דין אחר יהיה פסק דין אחר. **אם מביא הוכחה של דין הזר אין בעיה לחול גם בענייני סטטוס- פשוט לא משתמשים בחזקה באופן ישיר.**

האם חזקת השוויון בין הדינים חלה על יחסי ממון בין בני זוג? – השאלה עלתה בפס"ד נפיסי

האם זכויות של יחסי ממון הם זכויות צפות ואם כן יהיה אפשרי להפעיל את החזקה אן האם הם זכויות מעוגנות ואז אין אפשרות להפעיל את החזקה?

פס"ד נפיסי ישנן דעות שונות בסוגיה:

- לעניין זה אין תשובה ברורה, גם בתוך פס"ד נפיסי עצמו מוצאים דעות שונות בכל הערכאות.
- **בערכאה ראשונה** - אחד מהנימוקים שהאישה זכתה היה חזקת שוויון בין הדינים, השופט אמר שהגבר לא הוכיח את דין איראן, ולכן הפעילו את החזקה שדין איראן זהה לדין ישראל (למרות שיודעים שזה לא נכון) חזקה היא פיקציה הניתנת להפעלה.
- **בערעור הראשון** - שהפך את ההחלטה וקבע שהאישה לא זכאית, אחד הנימוקים היה שמדובר בזכויות מעוגנות, ולכן לא מפעילים את החזקה של שוויון בין הדינים.
- **בדין נוסף דעת הרוב (הנשיא ברק)** - לא התייחסה לעניין של חזקת השוויון בין המינים. שם קבעו שיש הסכמה מכללא ולכן לא מחילים את דין איראן וממילא חל דין ישראל. ומכאן שבכלל לא היה רלוונטי לעסוק בחזקת השוויון כי לפי **סיפא ס' 15** יש הסכם מכללא שעל פיו חל דין ישראל ולא עוסקים בהוכחה של דין איראן.
- **בד"נ, השופט חשין:** לא הסכים לנימוק של הסכם מכללא וטען שזה פיקציה ולא מוכן לקבל זאת, הטיעון שלו היה תקנת הציבור, אך אמר **באוביטר שבאופן טנטטיבי מוכן להסתמך על חזקת שוויון בין הדינים**. כלומר לדעתו, הנימוק הוא תקנת הציבור אבל כן היה אפשר עקרונית לסמוך על חזקת השוויון בין הדינים. ניתן להסיק מזה שהוא חושב שמדובר בזכויות צפות כי אם לא היה נכנס לנושא.
- **בד"נ, השופט גולדברג:** למרות שהנימוק שלו היה הסכם מכללא כן התייחס לסוגיית, הוא מביא חידוש – **משתמשים בחזקת שוויון בין הדינים רק עם קיים בסיס סביר להנחה, שיש דמיון בין הדינים**. בעצם צריך לראות אם יש רקע ותרבות משפטית משותפים בין המדינות. לדג' אם זה אנגליה אז בגלל שישראל מבוססת על המשפט המקובל זה יהיה בסיס להפעיל את החזקה אך במקרה הזה מכיוון שמדובר בפרס ובדיני משפחה ומדובר ברקע ותרבות משפטית שונים מאוד זו הסיבה שבמקרה הזה אין אפשרות להפעיל את החזקה- בגלל השוני המובהק בין התרבות והנורמות באיראן לבין ישראל. **גולדברג** לא נכנס לסוגיית זכויות צפות או מעוגנות אך העובדה שהוא דן בשאלה הזאת לדעת המרצה, מראה שהוא חושב שמדובר בזכויות צפות כי אם הן היו מעוגנות לא היה טעם בכל הדיון הזה, הוא פשוט מביא עוד תנאי נוסף מעבר להיותן של הזכויות זכויות צפות.
- **פרופ' שאוה** מתח ביקורת על הגישה של גולדברג ואמר שהתנאי לא היה ולא נברא.
- **פס"ד מילזון** (בהקשר אחר), בו השופט אנגלרד מאמץ את התנאי שהפעלת החזקה הוא לאחר בסיס של ההנחה שיש דמיון בין הדינים אך עדיין לא ניתן לומר שזו הלכה (בע"א 3459/94 ל.ו. נ' מילוזן- שם דובר בענייני חיובים-זכויות צפות).

ע"א 7687/04 ששון נ' ששון:

פס"ד ששון היה לאחר פס"ד נפיסי, גם שם התייחסו לכך שאין בעניין תשובה ברורה.

"בהעדר טיעון והוכחה של הדין ההולנדי, מתעוררת השאלה מהו הדין לפיו יוכרע הערעור בפנינו. בשאלה זו תיתכנה גישות שונות [ביהמ"ש לא מכריע ביניהן]. 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... [גישה שמסוגלת את הזכויות כזכויות מוגנות] לפי גישה אחרת- בהיעדר טיעון והוכחה של הדין הזר יש להחיל את דין הפורום המקומי הוא הדין הישראלי; זאת נוכח סיווגם האפשרי של יחסי ממון בין בני זוג כ'זכויות צפות'."

****לשים לב שגם הפניה היא בעיה מתודולוגית!!!!****

הכרת ואכיפת פס"ד זרים

אמרנו שמשפט בינלאומי עוסק ב3 שאלות- סמכות שיפוט, ברירת דין, והכרה ואכיפה של פסקי חוץ. זהו הנושא האחרון.

מטרת האכיפה של פס"ד חוץ- מטרת הליך האכיפה היא "להעמיד לרשותו של נושה, שעניינו כבר נדון והוכרע, את כלי האכיפה של המדינה שבה מצוי החייב אן שבה מצויים נכסיו." (ה"פ Wells Fargo 4052/05 נ' צימרינג).

ז"א בד"כ מדברים על המצב שהנתבע בישראל או שיש לו נכסים בישראל והתובע-המבקש הצליח בתביעה בחו"ל ויש לו פס"ד בחו"ל נגד הנתבע והוא רוצה להוציא לפועל את פסק דינו.

למה אנחנו מוכנים לאכוף פס"ד שניתן בחו"ל?

קיימות שתי תיאוריות:

- הדדיות בין המדינות-** אנחנו רוצים שגם מדינות אחרות ייאכפו פס"ד שלנו ולכן אנו אוכפים פס"ד שלהם. בעבר זו הייתה התאוריה המובילה אבל היום היא פחות מקובלת.
- תורת החיוב-** ביהמ"ש יאכוף את החיוב של הנתבע. הנתבע חייב אז מכירים את החיוב הזה כמו שמכירים חיובים אחרים שנוצרו בחו"ל ע"י פס"ד זר. כמו חיוב שנוצר ע"י חוזה או עוולה אנו מקבלים כך גם מה שנוצר ע"י פס"ד זר ומחייב.

הבדלים בין הכרה ואכיפה:

לפעמים התובע לא זקוק לאכיפה של פס"ד אלא להכרה של פס"ד הזר. באיזה מקרה הוא לא יצטרך לאכוף ורק להכיר?

- סוג של פסקי דין-** אם זה פס"ד הצהרתי ואין מה לאכוף ויש רק מה להכיר, או פס"ד שקובעים סטאטוס, הם יותר מפס"ד הצהרתי כי יכולים ליצור סטאטוס או לפרק אותו- פס"ד של גירושין. אחד מהצדדים יהיה מעוניין שבמדינות אחרות יכירו בכך שהוא לא נשוי לא חייב מזונות ויכול להתחתן שוב, אבל מדובר רק בהכרה ולא נדרש לכך אכיפה.
- סוג השימוש בפס"ד-** אנחנו יוצאים מתוך נקודת הנחה שמי שרוצה לקבל את פס"ד הזר הוא התובע, אבל יכול להיות שהנתבע במדינה הזרה הצליח לזכות במשפט וקבעו שהוא לא חייב ואין מה לאכוף כי לא חייב כלום, אבל אם התובע בא לישראל ומנסה לתבוע אותו שוב על אותו דבר הוא יבקש שיכירו את פס"ד הזר. כאן תעלה טענת מעשה בית דין- טוען שפס"ד זר הוא למעשה דין שמסתיים, בישראל אם דנו זה באופן אוטומטי מעשה בית דין כי אחרי שנפסק דין לא יכולים להגיש שוב, בפס"ד זר ייחשב מעשה ב"ד רק אם מכירים אותו בארץ ולכן עולה שאלה של הכרה, פס"ד זר ייחשב מעשה ב"ד רק אם נכיר בו.
- סוגי הכרה-**
 - הכרה ישירה-** אחד הצדדים בא לביהמ"ש ומבקש הצהרה שפס"ד מוכר אצלנו.

ב. **הכרה אינצידנטלית-אגבית**- מקרה שמשפיע על משהו אחר, מטפלים בשאלה המהותית דרך סוגיה משפטית אחרת **אין אכיפה אגבית אלא רק הכרה כזאת***

○ לדג-בני זוג התגרשו בחו"ל והאישה גרה בארץ, לגבר יש רכוש בארץ, והיא מגישה בקשה בישראל למזונות. הבעל אומר שהתגרשו והוא לא חייב מזונות, היא טוענת שהגירושין לא מוכרים בישראל, השאלה האם מכירים את הגירושין הללו, אבל זוהי לא השאלה העיקרית אלא הבקשה למזונות היא השאלה העיקרית, כדי להכריע בשאלה העיקרית של המזונות צריך להכריע בשאלה האגבית האם הגירושין מוכרים או לא.

חוק אכיפת פסקי חוץ תשי"ח-ח כללי

כל נושא אכיפת פסקי חוץ מעוגן בחוק. אחת השאלות שלא נתנו לה תשובות מספקות היא האם החוק מחליף לגמרי את המשפט המקובל שהיה קודם החוק או שיש עדיין אפשרות לבקש הכרה או אכיפה של הדברים לפי המשפט המקובל גם כיום כשיש חוק בעניין.

הכרה של פסקי דין מחו"ל ע"פ חוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-ח-1958

סעיף 2 לחוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-ח-1958, קובע: "לא ייאכף בישראל פסק-חוץ אלא לפי חוק זה" – לכאורה לפי לשון הסעיף, אין אפשרות עוד לאכוף ע"פ המשפט המקובל.

ע"א 423/63 רוזנבאום נ' גולי פס"ד שניתן אחרי החוק, והוא ההלכה, למרות הנוסח של החוק, עדיין ניתן לאכוף פס"ד זרים ע"פ המשפט המקובל. המבקש יכול לבחור איזה מסלול מתאים לו.

לדעת המרצה, בפועל לא משתמשים במשפט המקובל כי אין יתרונות לכך, וזאת הסיבה שביהמ"ש היה צריך לשנות את המשפט המקובל ולהשתמש בחוק.

המצב לפני התיקון:

- **הכרה ישירה**- בחוק המקורי לפני התיקון לא הייתה התייחסות להכרה ישירה, ולכן היה ברור לכולם שבעניין של הכרה ישירה עדיין חל המשפט המקובל.
- **הכרה אגבית**- כן הייתה התייחסות בחוק להכרה אגבית- סעיף 11 לחוק (עכשיו סעיף 11(ב)) שקובע: "ב) אגב דיון בעניין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו עניין רשאי בית-משפט או בית-דין בישראל להכיר בפסק-חוץ, [התיקון כיום- אף אם סעיף קטן (א) אינו חל עליו], **אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן**"- ע"פ סעיף זה אם עולה השאלה של הכרה אגבית דרך דיון ביהמ"ש ראשי להכיר את פס"ד הזר לצורך אותו עניין והמבחן הוא מבחן מאוד גמיש- של מן הדין ומן הצדק לעשות כן.
- **היקש מהמשפט המקובל**- היו כאלו שאמרו שלמרות שיש פה מבחן גמיש ניתן עדיין לסמוך על המשפט המקובל כדי לסייע בקביעה מהו מן הדין ומן הצדק, אך זה וודאי לא מחייב.
- **היקש מהתנאים בחוק- ע"א 3294/08 גולדהר נ' קלפיר**- לאחרונה אמרו שבפרשנות של הביטוי "מן הדין ומן הצדק" דווקא ניתן ללמוד מהתנאים לאכיפה בתוך חוק אכיפת פסקי חוץ ולא מהמשפט המקובל. הקביעה תהיה תוך היקש מהתנאים לגבי אכיפה לעניין של הכרה, זה יכול לסייע לביהמ"ש לדעת אם זה מן הדין ומן הצדק לפי התנאים של אכיפה. פסה"ד מראה שהיום מתרחקים מהמשפט המקובל ויותר רלוונטי להתייחס לנורמות בחוק שלנו ופחות המשפט המקובל.

המצב אחרי התיקון- התיקון לחוק:

בשנת תשל"ח ובתש"ן החוק תוקן- הוסף סעיף 11(א), הקובע:

"(א) בית-משפט או בית-דין בישראל יכיר בפסק-חוץ שנתמלאו לגביו כל אלה- **מדובר בהכרה ישירה ולא אגבית!- הסעיף קובע 4 תנאים מצטברים להכרה (לא אכיפה):**
(1) חל עליו הסכם עם מדינת חוץ- צריך להיות הסכם בינו לבין מדינת החוץ שבה ניתן פסק הדין יכול להיות הסכם חד צדדי או רב צדדי. ההסכם מחייב הכרה של פס"ד של המדינה השנייה. אין הרבה אמנות כאלו לישראל, בערך 10 אמנות עם מדינות- אנגליה, גרמניה, **אין עם ארה"ב.**
 (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.

מה משמעותו של התיקון הזה, האם זה מונע שימוש ומחליף את המשפט המקובל?

האם הסעיף מוסיף מסלול חילופי להכרת פסקי חוץ למשפט המקובל ובנוסף או שמדובר בהחלפה של המשפט המקובל שאומר שאפשר לקבל פס"ד חוץ באופן ישיר אם מתמלאים התנאים האלו ויש הסכם עם המדינה שבה ניתן פסק הדין.

הגיוי שהסעיף לא בא להחליף את המשפט המקובל אלא לבוא בנוסף:

- 1. קל וחומר מפס"ד רוזנבאום נ' גולי-** אם למרות ס' 2 קבעו שהסדר לגבי אכיפה לא מחליף את המשפט המקובל כך גם פה שהנוסח הרבה פחות ברור הוא לא מוציא את האפשרות של המשפט המקובל. ק"ו אם ס' 2 לעניין של אכיפה לא מחליף את המשפט המקובל כך גם ס' 11א' לעניין הכרה לא מחליף את המשפט המקובל.
- 2. נחתמו מעט מאוד אמנות עם מדינות אחרות-** המחוקק רוצה לצמצם מאוד את האפשרות של הכרה ישירה, כיוון שאין הרבה אמנות והסכמים כאלו, המשמעות של הקביעה שס' 11 א' מחליף את המשפט המקובל תהיה שבהרבה מקרים לא תהיה אפשרות של הכרה ישירה של פס"ד כי אין הסכם.

המצב בפסיקה הוא שונה מההיגיון ושני הטיעונים:

ע"א 970/93 יועה"מ נ' אגם- הפס"ד המנחה. דובר על מצב של צו ירושה שניתן בארה"ב והאלמנה שזכאית ע"פ הירושה ביקשה מביהמ"ש הישראלי להכיר בצו הירושה. העניין היה שבתוך העיזבון היו נכסים בארץ, כנראה אם היה לה פס"ד הצהרתי מביהמ"ש בישראל שמכירים את צו הירושה הייתה יכולה להעביר בעלות בטאבו וכן להעביר את על שמה את חשבון הבנק. היא הייתה מעוניינת רק בהכרה ישירה, צו הצהרתי שמכירים בצו הירושה. **צריך לזכור שאין הסכם עם ארה"ב- אין אפשרות של הכרה ישירה לפי ס' 11 (א) ולכן עלתה שאלה אם יש דרך אחרת להכיר את צו הירושה.**

השאלה המשפטית: האם ניתן להכיר או לאכוף צו ירושה שניתן בארה"ב למרות שאין אמנה ישירה?

קביעת ביהמ"ש: לא ניתן לתת הכרה (וגם אכיפה), הנימוק:

- 1. לא מתקיימים התנאים של סעיף 11(א)-** אין אמנה עם ארה"ב.
- 2. התיקון לחוק מונע שימוש בהכרה ע"פ המשפט המקובל-** ס' 11 א' בא להחליף לגמרי את המשפט המקובל.
- 3. לא ניתן להשתמש בסעיף 11(ב), משום שמדובר בהכרה ישירה-** ס' 11(ב) בעניין של הכרה אגבית לא ניתן לשימוש, כי פה היא מבקשת הכרה ישירה ולכן לא יכול להשתמש ב"מן הדין ומן הצדק" בהכרה אגבית.
- 4. לא ניתן לאכוף כי פסק הדין אינו מטיל חיוב על בן-אדם-** זה לא אכיפה בשטח:
 - 1. אכיפה- זה רק בפס"ד שמטיל חיוב על בן אדם.** וצו ירושה לא מטיל חיוב אלא רק מכריז מי זכאי ולכן זה לא היה עוזר לה.
 - 2. הכרה-** אם היה ניתן אפשרות היה עוזר.

ביקורות ופתרונות חלופיים

- **עקרונית היא צריכה להתחיל את כל הפרוצדורה מחדש ולבקש צו ירושה בישראל.**

• **אולי יש עוד דרך לעקוף את ההלכה הזאת, זה בעצם להגיש תביעה שהופכת את ההכרה לאגבית.** יכולה לתבוע את מנהל העיזבון ולדרוש ממנו להעביר את הבעלות על המגרש אליה ולא באופן ישיר. התביעה תהפוך את ההכרה לצורה אגבית ע"י תביעה של מנהל עיזבון או הבנק ולדרוש מהם להעביר את הרכוש או החשבון על שמה, השאלה אם חייבים לעשות את זה או לא, היא השאלה האם מכירים את צו הירושה, ואז זה אגבית כי העיקרי הוא הבקשה להעביר את הרכוש על שם האלמנה. גם אם לא הייתה אפשרות להכיר באופן ישיר אפשר באופן אגבית לפי סייפא סי' 11(ב) "אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן"

ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, ברק באוביטר-מטיל ספק על הנימוק השני שהתיקון לחוק מונע שימוש בהכרה ע"פ המשפט המקובל. אין שום דבר בהיסטוריה החקיקתית של התיקון שמלמד שהכוונה של המחוקק הייתה בעצם להחליף את המשפט המקובל. (לכן פס"ד אגם הוא עדיין ההלכה). "אין דבר בהיסטוריה החקיקתית של התיקון המלמד על הרצון להפוך את מסלול ההכרה הישירה שבחוק למסלול בלעדי".

הגבולות של הלכת אגם

בש"א 9145/08 עו"ד ל.ר. נ' האפוטרופוס הכללי-מדובר בהכרה אגבית אבל באופן טבעי ולא שהפכו את זה מהכרה ישירה להכרה אגבית כך שזה לא מקרה של "קומבינציה".

עובדות: העניין היה לגבי עיזבון של מנוחה. מקום מושבה של המנוחה בעת פטירתה היה בישראל. כמה חודשים לאחר מכן אחת מה"זוכות" לחלק בעיזבון, על פי צוואתה של המנוחה, נפטרה גם היא (יורשת ע"פ צוואה), כאשר מקום מושבה היה במדינת אורגאוי. בית המשפט באורגאוי נתן צו ירושה שלפיו אחותה של ה"זוכה" (אותה יורשת) זכאית לכל עיזבונה של ה"זוכה". **מנהל העיזבון הישראלי** ביקש מבית המשפט אישור להעביר את חלקה של ה"זוכה" לאחותה בעיזבון הישראלי, על סמך פסה"ד הזר. **פה מדובר בצורה אגבית-בקשה של מנהל העיזבון.** הבקשה העיקרית הוא אישור להעביר לאחות של היורשת מאורגאוי את החלק בעיזבון אך, התשובה אם המנהל ראשי או לא תלוי בהכרה של צו הירושה הזר.

נקבע: ניתן להכיר אגבית בפסק הדין הזר ע"פ ס. 11(ב). מדובר פה בשאלה אגבית ו"מן הדין ומן הצדק" להכיר את זה ולכן ע"פ סי' 11(ב) מכירים בצו הירושה מאורגאוי. פה זו הייתה שאלה אגבית טהורה והשאלה האם אפשר לקחת אותו רעיון גם במקרה של אגם, מנהל עיזבון מבקש אישור להעביר את נכסי האלמנה- זה שאלה שאין עליה תשובה בפסיקה.

אכיפת פסקי חוץ ע"פ חוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-1958

המסלול של אכיפה על פי החוק הוא המסלול שמתמשים בו הכי הרבה. יש גם מסלולי אכיפה של פס"ד חוץ מהרשות הפלסטינאית אך בפועל פחות משתמשים בהם או באפשרות של אכיפה לפי המשפט המקובל. **אכיפה רק של פסקי דין אזרחיים!**

הגדרת פסק חוץ-

ס. 1 לחוק: "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."

עקרונית מדברים על הליכים אזרחיים בלבד, אך החוק מגדיל ואומר שגם אם מדובר בהליך פלילי וניתן פיצוי לנפגע אפשר לאכוף את הפיצוי למרות שמדובר בהליך פלילי שכשלעצמו לא נאכף.

מעמדו של פסק חוץ – קווים כלליים- הליך ההכרזה על פס"ד כאכיף

לפסק חוץ אין מעמד אוטומטי בארץ עד שהוא נקלט ע"י מערכת המשפט הישראלית. מסלול האכיפה שנקבע על פי החוק אמור לספק מסלול מהיר ויעיל לקליטת פסקי חוץ בישראל ע"מ לאפשר את אכיפתם.

מי שמעוניין לאכוף פסק חוץ בארץ (נקרא **המבקש**) מגיש בקשה לבימה"ש הישראלי להכריז על פסק החוץ כאכיף. **מבקש הכרזה שפסק החוץ אכיף.**

אחרי מתן ההכרזה מעמד של פסק החוץ משתווה למעמד של פסק הדין הישראלי. וזה ע"פ ס' 101(א) לחוק: "פסק-חוץ שהוכרז אכיף, דינו לעניין הוצאה לפועל כדון פסק שניתן כדון בישראל."

מבנה החוק

תנאים - החוק מכיל מס' תנאים שצריכים להתקיים לפני שביהמ"ש יכריז על פסק חוץ כאכיף, **התנאים נמצאים בסעיף 3 לחוק**: "בית-משפט בישראל רשאי להכריז פסק-חוץ כפסק אכיף אם מצא שנתקיימו בו תנאים אלה..."

ההגנות - שהן בעיקר בסעיף 6: " (א) פסק-חוץ לא יוכרז אכיף אם הוכח לבית המשפט אחד מאלה..."

דרישות וסייגים נוספים:

1. דרישת הדדיות (ס. 4)
2. התיישנות של פסק הדין הזר (ס. 5)
3. פגיעה בריבונות המדינה או בטחונה (ס. 7) - הגנה במקרה שפס"ד יפגע בריבונות המדינה או בטחונה.

נטל ההוכחה

- על המבקש להוכיח את קיומם של **כל התנאים בסעיף 3**. **התנאים בס' 3 מצטברים והתובע חייב להוכיח את כולם**. (אין בעיה להקנות סמכות לביהמ"ש למרות שיש את העניין של פורום נאות - אנחנו מגיעים לפה אחרי שהוכחנו את אחת מהעילות של הכניסה לפורום).
- **אם המבקש מצליח להוכיח את כל תנאי ס' 3**, נטל ההוכחה עובר למשיב להוכיח קיומה של אחת מההגנות בסעיף 6. מספיק שהמשיב יוכיח אחת מההגנות - ביהמ"ש לא יכריז על פסק החוץ כאכיף.
- נטל ההוכחה בעניין הדרישות וסייגים בסעיפים 4,5 ו-7 אינו ברור ויידון בהמשך.

שאלה מקדמית - האם לבית המשפט יש שיקול דעת?

בעד: לכאורה לביהמ"ש יש שק"ד לפי **ס' 3-3** "בית משפט בישראל רשאי להכריז על פסק-חוץ כפסק אכיף".

נגד: ע"מ 1064/00 קפלן נ' קפלן - מחוזי - **השופט פורת:** "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."

השופט פורת - לכאורה שולל את שק"ד, יש אפשרות להשתמש בהגנות אבל אם לא נכנס אליהם ביהמ"ש לא יכול להחליט שלא לאכוף את פס"ד. בחוק כתוב "רשאי" - אך צריך לזכור שלא תמיד העניין יהיה ראוי לאכיפה, המחוקק אז אמר שהוא רשאי, אבל היום לאחר המהפכה החוקתית השתנו הנורמות והיום לא בטוח שיהיה מקובל לקבל.

תנאי ס' 3 - נטל ההוכחה (מצטברים)

ס' 3(1) - סמכות שיפוט (פנימי) -

"הפסק ניתן במדינה שלפי דיניה בתי-המשפט שלה היו מוסמכים לתתו".

המבקש צריך להוכיח שביהמ"ש הזר היה מוסמך לדון בעניין ע"פ הדינים של אותה המדינה. ע"מ להוכיח את זה המבקש יצטרך להביא **חוות דעת מומחה לגבי הדין הזר**. לפי הפסיקה ההתייחסות לסמכות היא במובנה של **סמכות בינלאומית של המדינה הזרה** (ולא במובן המקומי או הענייני). אמרנו שיש 3 סוגי סמכות - לאומית, עניינית ומקומית. השאלה של סמכות בינלאומית היא השאלה האם בתי משפט במדינה זרה היו מוסמכים לדון בתביעה ע"פ כללי הסמכות השונים

שלם (לדג' בישראל- תפישה, תקנה 500), אבל פה לצורך ס' 3(1) לא בודקים את כללי הסמכות העניינית או המקומית של אותה מדינה אלא המבקש צריך להוכיח שע"פ כללי הסמכות הבינלאומית של אותה מדינה הייתה סמכות לביהמ"ש במקום המסוים בו דנים.

• **לדג' פס"ד** שניתן בניו יורק, הוא צריך להוכיח שלפי כללי שיפוי בינלאומי שני בתי המשפט היו מוסמכים לדון בתביעה, אבל לא צריך להוכיח שדווקא הערכאה הנכונה בני"ד דנה, אלא רק את השאלה האם לביהמ"ש באותה מדינה היה מותר לדון. (טיעון של דיון בעיר הלא נכונה, לא מעניין אותנו אלא רק סמכות שיפוט).

הנושא של סמכות בינלאומית ולא במובן המקומי או ענייני- נקבע בפס"ד ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' Berg east.

• **יש לשים לב להבדל הבא: ס' 3(1)** מתייחס לכללי שיפוי של הדין הזר בעוד ש**ס' 6(א)(3)** שהוא סעיף של הגנה, מתייחס לסמכות שיפוט חיצונית- שלנו של ישראל.

שיעור 12

למדנו על מבנה החוק של **אכיפת פסקי חוץ**, בס' 3 יש תנאים שהמבקש צריך להוכיח את כולם ואם מתקיימים יכריז ביהמ"ש כפסק אכיף אלא אם המשיב הוכיח את אחת מההגנות בס' 6.

תנאי ס' 3- נטל ההוכחה על המבקש (תנאים מצטברים)- המשך

ס' 3(2)

"הפסק אינו ניתן עוד לערעור". כלומר פסק הדין הזר הוא חלוט.

יש להבחין בין תנאי שהתקבל בחוק זה שהוא **חלוט** לבין הדרישה של המשפט המקובל שלפיה הפסק הזר יהיה **סופי**.

ע"א 619/89 קסון נ' קסון-ההבחנה בין חלוט לסופי באה לידי ביטוי בפס"ד זה. דובר בפס"ד מזונות מאנגליה, המבקש ביקש להכריז על פסה"ד כאכיף והמשיב טען שהפס"ד הזה לא ממלא את הדרישה של ס' קטן 2 מטעם אי-סופיותו (כבמשפט המקובל) האינהרנטית של פס"ד מזונות שתמיד נתון לשינוי. ביהמ"ש דחה את הטיעון **והסביר שיש להבחין בין שני מצבים:**

- עדיין יש אפשרות לערעור שלא מוצתה עד תומה-** מצב שעדיין יש זכות ערעור תלויה ועומדת שטרם מוצתה. כל עוד שיש אפשרות לערער הפסק לא חלוט והתנאי הזה לא מתקיים ולכן אין אפשרות לאכוף את פסק הדין.
- אפשרות של בקשת שינוי בפסק בהליך נוסף עקב שינוי מהותי שחל בנסיבות-** זה מצב של פסק מזונות. בפסק מזונות יש אפשרות לבקש שינוי לאחר שפסקו אותו. זה לא ערעור אלא בקשה לשנות ממש את פסה"ד ולכן במצב הזה התנאי בס' 3(2) כן מתקיים וע"כ יש אפשרות לאכוף את פסק הדין- פסה"ד הינו חלוט.

חריג לתנאי ס' 3(2) נמצא בס' 8: "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"- **בחוק עצמו יש את האפשרות לאכוף פס"ד של מזונות זמניים למרות שזה בוודאי לא חלוט.** זהו חריג מפורש בחוק.

בש"א Tower Air Inc 11356/00 נ' רשם החברות- פרשו את החריג בס' 8 בצורה מרחיבה וקבעו שהחריג אינו מוגבל לפס"ד של מזונות ושגם ניתן לאכוף סעד זמני או צו ביניים גם בעניינים אחרים אם מדובר בהחלטה בעלת נפקויות המצדיקות את זה. **לדעת המרצה,** לכאורה זו פרשנות מרחיבה כי הסעיף אומר באופן מפורש מזונות, אין פסיקה בעליון ואי אפשר לדעת מה יעשו עם זה בעתיד.

ס' 3(3) רישא-

"החייב שבפסק ניתן לאכיפה על פי הדינים של אכיפת פסקי-דין בישראל...".

כלומר, **אין** אפשרות להעמיד לרשות המבקש כלי אכיפה שונים או נוספים לאלה שעומדים לרשות מי שמבקש לאכוף פסק דין ישראלי.

ה"פ 4318/05 אונגר נ' הרשות הפלסטינאית – מסבירים שהמשמעות של התנאי הזה היא שאין אפשרות להעמיד לרשות המבקש כלי אכיפה שונים או נוספים לאלה שעומדים לרשות מי שמבקש לאכוף פס"ד ישראלי. כלומר, **השאלה היא האם פסק החוץ הוא בר ביצוע בישראל.**

לדג' – בישראל תמיד ניתן לאכוף חיוב כספי, אבל ביצוע בעין של חוזה למתן שירות אישי אינו אפשרי. ואם יש מקרה שפסק חוץ מורה על ביצוע בעין של חוזה כזה הדבר לא ניתן לאכיפה בישראל.

בפס"ד אונגר – מדובר בבקשה להכריז כאכיף פס"ד שניתן בארה"ב נגד הרשות הפלסטינאית. פס"ד חייב את הרשות לשלם סכום של 116 מיליון דולר לקרובי משפחה של בני הזוג אונגר שנרצחו בפיגוע ירי באזור בית שמש. הרשות הפלסטינאית טענה מגוון טיעונים יצירתיים למה אין להכריז על פסק הדין הנ"ל כאכיף אך כל הטענות של הרשות נדחו. למרות זאת, מהדיון של ביהמ"ש המחוזי בעניין הטענות הללו ניתן ללמוד לא מעט על פרשנות התנאים וההגנות בחוק.

הטיעון הרלוונטי לעניין ס' 3(3) רישא – הרשות טענה כי החייב בפסק הדין **אין** ניתן לביצוע ע"פ הדין הישראלי (ומימלא תנאי הסעיף לא יעלה ולא ניתן יהיה לאכוף את פסה"ד) כיוון שהרשות הפלסטינאית נהנית מחסינות ריבון זר. הרשות הפלסטינאית נחשבת ריבון זר. **ביהמ"ש** קבע שגם אם רשות נהנית מחסינות זו של ריבון זר (בפסיקה המאוחרת יותר נקבע שהרשות הפלסטינאית אינה ריבון זר ולכן לא נהנית מהחסינות) עובדה זו אינה רלוונטית לקיום התנאי בס' 3(3) רישא כי הסי' הזה מתייחס לדינים ישראליים הקשורים לביצוע החייב שנקבע בפסק חוץ ולא לדינים ישראליים בעניין קביעת החיובים. ז"א גם אם היה נכון שביהמ"ש בישראל לא היה מוסך לדון בתביעה עצמה כי מדובר בריבון זר, זה לא העניין פה אלא מדברים על העניין האם יש אפשרות ע"פ דין ישראלי לאכוף חיוב כספי ואין סיבה שלא נוכל לאכוף חיוב כספי גם נגד ריבון זר.

ס' 3(3) סיפא

"ותכנו של הפסק אינו סותר את תקנת הציבור".

דרישת ההוכחה היא על המבקש לאכוף את פסק הדין. לכאורה נדרש מהמבקש להוכיח משהו שלילי – שהפסק לא סותר את תקנת הציבור.

איך אפשר להוכיח דבר כזה? בפועל המבקש טוען בצורה סתמית שהתנאי מתקיים, כותב **טכנית בלבד שהפסק לא נוגד תקנת ציבור ואחרי שטוען זאת הנטל עובר למשיב שהוא יכול לעלות טיעונים בעניין פגיעה בתקנת הציבור והוא יצטרך להוכיח**. פתרון פרקטי התובע טוען ביהמ"ש יקבל אלא אם המשיב בא עם טיעונים להראות שזה נוגד תקנת ציבור.

ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס – הובהר שמדובר בתקנת הציבור החיצונית שעניינה בעקרונות, השקפות ואינטרסים של החברה ושל המדינה שהם כה עקרוניים וכה בסיסיים עד שיש לדחות בפניהם פסקי חוץ מחייבים. לעניין של תקנת ציבור חיצונית יכנסו רק דברים מזעזעים ולכן רק לעיתים נדירות מאוד נדחה פסק החוץ מפני תקנת הציבור וע"כ מדובר בפרשנות מצמצמת מאוד (דבר שהוא גרוע גם לקבל מבחוף).

פס"ד אונגר – הרשות הפלסטינאית הראתה 3 טיעונים הקשורים לתקנת ציבור (החיצונית):

1. **הפסק האמריקאי מבוסס על חקיקה אמריקאית גזענית ומפלה –** כי החוק שהיה הבסיס של ההחלטה לתת פיצויי היה חוק אמריקאי שנקרא ATA ואותו חוק מעניק זכות תביעה רק לאזרחי ארה"ב. המשפחה שנפגעה בפיגוע הייתה בעלת אזרחות אמריקאית לצד אזרחותם הישראלית והטיעון היה שזה גזעני ומפלה כי רק אזרחי אמריקה יכולים לקבל סעד ע"פ החוק הזה. **הטיעון נדחה מ-2 סיבות:**

- א. הרשות לא הוכיחה שאין אפשרות לקבל סעד דומה ע"פ חוקים אחרים בארה"ב (היא לא יכול לומר שיש הפליה כללית כי אולי ההפליה היא ספציפית רק בחוק הזה אבל בחוקים אחרים אין הפליה ולכן נדרש להוכיח הפליה מהותית וגלובאלית).
- ב. מתן סעדים משופרים לאזרחים מקומיים לא נוגד את תקנת הציבור ומדינה רשאית לתת ציפור לאזרחיה, לא רואים את זה כאפליה נגד קבוצה מסוימת אלא כהטבה אפשרית לאזרחים מקומיים.
2. **הסעד בפסק האמריקאי לא קיים בדין הישראלי**- הטיעון מבוסס על כך שהפסק האמריקאי נתן פיצוי גם להוריו ולאחיו של המנוח. בעוד שעל פי הדין הישראלי במצב דומה רק ילדיו שהיו תלויים בו זכאים לפיצוי. טיעון זה נדחה והובהר שהעובדה שפסק החוץ מייסד עצמו על נורמה שהיא שונה בדין הזר מאשר בדין הישראלי אין בשוני זה כשלעצמו כדי למנוע אכיפת אותו פסק חוץ- **אין בשוני כדי לסתור את תקנת הציבור בישראלי**. ראינו מקרה דומה על הירושה בהולנד שחייבים להוריש לבנים **זה ששונה מהנורמה שלנו לא נוגד את תקנת הציבור**.
3. **הפסק האמריקאי פסק פיצויים עונשיים**- כיוון שהפיצוי שנפסק היה פי 3 מהנזק שהוכר. בהתאם לחוק של ATA שזה עיקרון של **שילוש פיצוי**, לטענת הרשות החוק מיועד להעניש ארגוני טרור והפסק הוא פסק עונשי הסותר את תקנת הציבור.
- הטיעון נדחה כיוון **יש לסווג את הפסק על פי טיבו**, ולא על פי המטרה המוצהרת של החוק הזר. כאן מדובר בתביעה נזיקית במהותה שהוגשה ע"י אנשים פרטיים ולא ע"י המדינה לצורך קבלת פיצויי בגין נזקים שנגרמו להם כתוצאה מעוולת המשיבים. יש לראות את **מהות פס"ד ולהסתכל על הפרטים עצמם- טיב ולא על מטרת פס"ד**.
 - כמו כן, בכל אופן לבתי משפט בישראל יש סמכות לפסוק פיצויים עונשיים במסגרת הליכים אזרחיים ולכן קשה לראות כיצד מקרה זה נוגד את תקנת הציבור.

ס' 3(4)

"הפסק הוא בר-ביצוע במדינה בה הוא ניתן"

לכאורה התנאי תמוה כי אם ניתן לבצע פס"ד במדינה בה הוא ניתן אזי מדוע המבקש מעוניין לקיים אותו בישראל?

אלא שהתנאי דורש **שאינ מניעה משפטית** לביצוע פסק הדין במדינה הזרה והתנאי לא מתייחס לכך שיש מניעה פיזית כמו חוסר משאבים של המשיב במדינה הזרה.

דרך ההוכחה לאי מניעות משפטית: על מנת להוכיח שפסק בעל ביצוע מבחינה משפטית במדינה הזרה על המבקש להביא **חוות דעת של מומחה בדין הזר** המראה שאכן אין מניעה משפטית לביצוע הפסק במדינה הזרה.

דוגמאות של נסיבות שבהן עלול הפסק הזר לא להיות בר ביצוע במדינה זרה(ה"פ 4052/05

Wells Fargo Bank of Minnesota נ' צימרנג)

1. כאשר הפסק הזר **בוטל** במדינה הזרה מאז שניתן ולכן הוא לא בר ביצוע היום.
2. מצב בו הפסק הזר **התיישן** כבר במדינה זרה.
3. טיעון **שפסק הדין נפרע במלואו או באופן חלקי** אינו מונע הכרזתו כאכיף (לא נחשב שבגלל זה פסד זר לא בר ביצוע) אבל **הטיעון שהוא כבר נפרע ייבדק במסגרת הליכי הוצאת לפועל**. ביהמ"ש נותן הכרזה שהפסק הדין הזר אכיף ואחרי ההכרזה הולכים עם זה להוצאה לפועל ובשלב הזה המשיב יכול להגיד שהוא כבר שילם חלק ולכן לא רלוונטי לשלב ההכרזה שהוא אכיף. **הכרזה < הוצאה לפועל**.

הגנות וסייגים

ס' 4 - הדדיות- לא ברור אם תנאי או הגנה (לדעת מרצה-הגנות-סייג)

4(א)-" (א) פסק-חוץ לא יוכרז אכיף אם ניתן במדינה שלפי דיניה אין אוכפים פסקים של בתי- המשפט בישראל."

מהנוסח השלילי נראה שזה הגנה. הסעיף הזה דורש **הדדיות**.

קסון נ' קסון: פסק דין מזונות מאנגליה, נטען שלא מתקיימת הדרישה של הדדיות, כיוון שבאנגליה לא אוכפים פסקי דין של מזונות כי הם נחשבים כלא סופיים ולכן המשיב טען שאין הדדיות הם לא אוכפים פסקי דין מזונות שלנו ולכן אין הדדיות.

הטיעון נדחה ונקבע שהדרישה להדדיות היא **דרישה להדדיות כללית ולא דרישה להדדיות ספציפית בקשר לפסק דין מסוים או סוג מסוים של פסקי דין**. לכן כיוון שבאופן כללי בתי משפט באנגליה כן אוכפים פסקי דין ישראלים הדרישה של הדדיות כן מתקיימת.

נטל ההוכחה בעניין הדדיות- בחוק אין שום אינדיקציה על מי מוטל נטל ההוכחה בעניין ההדדיות. דעות שונות הובאו בעניין ע"י שופטים ומלומדים אך אין הכרעה בעניין.

שון: אפשר ללמוד מהנוסח שמדובר בסייג ולכן נטל ההוכחה צריך להיות על המשיב. יש לציין שברוב רובם של המקרים ברוב מדינות העולם קיימת הדדיות, ולכן במקרי יוצאי דופן צריך להיות על המשיב החובה להוכיח זאת.

4 (ב)- "על פי בקשת היועץ המשפטי לממשלה רשאי בית-המשפט לאכוף פסק-חוץ, אף כשלא נתקיימה הדדיות כאמור בסעיף קטן (א)."

מסייג את הדרישה של הדדיות וקובע ע"פ בקשת היועמ"ש לממשלה שבית המשפט יכול לאכוף פסק חוץ אף שלא נתקיימה הדדיות.

המטרה של הסעיף היא לסייע למתדיין הפרטי המעוניין לקצור את פרי התדיינותו כאשר זה אפשרי ללא פגיעה באינטרס הציבורי על פי דעתו של היועמ"ש. למרות שאין הדדיות בין הדיינים שבמדינות, היועמ"ש בוחן האם במקרה זה ניתן לעזור למבקש שהוא אדם פרטי אך ללא פגיעה באינטרס הציבורי, כל מקרה יבחן לגופו.

ס' 5 - התיישנות- לא ברור אם תנאי או הגנה (לדעת מרצה-הגנות-סייג)

"לא יזקק 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"

הכלל: הרישא אומרת שיש **התיישנות של חמש שנים**. חמש שנים מהיום שהפסק דין ניתן הוא מתיישן ובארץ ולא יכול לבקש הכרזה על פסק הדין כאכיף.

החריגים:

1. **אמנה - אם הוסכם בין ישראל למדינה בה ניתן הפסק על תקופה אחרת** - אם יש **אמנה זו צדדית** עם המדינה שהפסק ניתן וניתן לקבוע תקופה שונה. האמנה גוברת על ס' 5.
2. **אם מצא ביהמ"ש סיבות מיוחדות המצדיקות את האיחור (יותר שימושי)** - שק"ד מאוד רחב לביהמ"ש:

- **נסיבות מצדיקות איחור (לא ידעה שבישראל) - ע"א 247/83 הוכמן נ' רווה** - מדובר בבני זוג קנדיים שהתגרשו בקנדה ואז בשנת 1977 ניתן בקנדה פס"ד מזונות עבור הילד ונגד האב. בהתחלה האב שילם את המזונות ואז הילד היה במשמורת של האב לתקופה מסוימת ובשנת 1982, הילד חזר לגור אצל האם ומאז האב הפסיק לשלם את המזונות. האם פנתה לביהמ"ש בקנדה כדי לנסות לאכוף את פסק הדין של המזונות. במהלך ההליכים האב נעלם ואז בשנת 1983 הוא נמצא בישראל והאם ביקשה מביהמ"ש בישראל להכריז על פס"ד הקנדי משנת 77 כאכיף (פס"ד שניתן 6 שנים קודם). ביהמ"ש קבע שעל אף שעברו יותר מ-5 שנים ממועד מתן הפסק, כן התקיימו **נסיבות מיוחדות**

המצדיקות את האיחור כיוון שהאם לא הייתה יכולה לדעת שהאב יגיע לישראל. היא לא אשמה שחילתה יותר מ-5 שנים כי לא ידעה שהוא ימצא בישראל.

• **נסיבות שלא מצדיקות איחור (ידעה שבישראל והגישה באיחור)-ע"א 665/72 חאו נ' שוילין-** פס"ד מוקדם להוכמן. מדובר בפס"ד של מזונות (פס"ד אוכפס מיד אבל מזונות זה ממשיך ולכן ייתכן שרוצים לאכוף אחרי 5 שנים), פס"ד ניתן בחו"ל והאם הגישה את הבקשה לבימה"ש בישראל להכריז על הפסק כאכיף, 5 חודשים אחרי סיומה של תקופת ההתיישנות (5 שנים ו-5 חודשים), **ביהמ"ש קבע שלא התקיימו נסיבות מיוחדות כי המבקשת ידעה שהמשיב לא קיים את פסק הדין ושהוא נמצא בארץ.** (מקרה הפוך להוכמן!).

• **ידעה שבישראל וביצוע פס"ד בזמן ההתיישנות אך הפסקת ביצועו בצמידות לסיום תקופת ההתיישנות-** מה היה קורה אם המבקשת יודעת שהמשיב הוא בישראל אבל בינתיים הוא כן מקיים את פס"ד באופן מלא במהלך 5 שנים, ואחרי 5 שנים – תקופת ההתיישנות הוא מפסיק לשלם והיא צריכה להגיש בקשה כפס"ד כאכיף, מה יעשה בימה"ש במקרה כזה? קודם כל כדאי להגיש בקשה אם אתה יודע שהוא נמצא בארץ לאכוף את פסק הדין. **אין תשובה אבל יש הערות אגב בעניין:**

- i. **פס"ד הוכמן-** נאמר בהערות אגב שקיום פסק הדין, העובדה שהמשיב כן מקיים את פסק הדין עד היום אינה כשלעצמה בבחינת סיבה סבירה להשהיית הגשת הבקשה לאכיפתו מעבר ל-5 שנים. המשמעות של הדבר שאם מדובר בפסק חוץ שמשולם בתשלומים לתקופה ממושכת כדאי שהתובע יגיש בקשה להכריז על פס"ד כאכיף. במקרה שיש הכרזה הוא יכול לאכוף
- ii. **שוז-** בדיני משפחה וזה יחסים עדינים ורוצים יחסים טובים בין ההורים לבין הילד ולכן לא ראוי לעודד הגשת הליכים, האבא לא יבין למה עושים הליכים חדישים אחרי שהוא שילם כל הזמן, דבר שיכול לגרום להתדרדרות היחסים ולכן אף לפגיעה של הילד.

ההגנות לאי אכיפה של פס"ד - ס' 6 - נטל הוכחה על המשיב

נטל ההוכחה הוא על המשיב וההגנות הללו מנוסחות בהתאם:

ס' 6(א)(1) מרמה:

הפסק לא יוכרז כאכיף אם "הפסק הושג במרמה".

ישנן 2 גישות בעניין היקף ההגנה של מרמה:

הגישה הרחבה: ניתן להתחשב בטענת מרמה גם כאשר זו מתבססת על פגם פנימי בהליך (הגישה האנגלית). אפשר לומר שהעד המסוים שיקר והייתה מרמה אם ביהמ"ש מאמין למשיב ומקבל זאת הרי שלא יאכפו את פסה"ד. לפי הגישה הרחבה טענת ההגנה של "מרמה" מאפשרת לתקוף את ההליך עצמו ולומר שמשאו בהליך עצמו לא היה בסדר- זוהי לא הגישה הישראלית.

הגישה המחמירה: ניתן לשמוע את טענת המרמה רק מקום בו הייתה הטענה יכולה להיות מושמעת נגד פסק דין מקומי ישראלי. זה במצב שטענת המרמה מתבססת על טענות וראיות חדשות וחיצוניות לפסק הדין המקורי. אך המשיב לא יכול לבוא להגיד שהעד שיקר אלא צריך לבוא עם משהו חדש שלא היה ידוע לביהמ"ש בזמן מתן פסק הדין וזה יכול לבסס את טענת המרמה.

לסיכום: אם יש פס"ד בישראל ורוצה לתקוף אותו על בסיס מרמה המשיב לא יכול לומר שמשאו בפס"ד הוא לא היה בסדר כי זה ייחשב דיון מחדש ולכן רק במקרה שיש טענות וראיות חדשות וחיצוניות שלא היו אז רק במקרה כזה נקבל את ההגנה.

השאלה מה עושים שמדובר בפסק חוץ?

ע"א 490/88 בסיליוס נ' עדילה - הגישה המחמירה אומצה ע"י ביהמ"ש בפסק דין זה. לא משנה אם פסק חוץ או ישראלי זה גישה מחמירה.

ה"פ Wells Fargo Bank 4052/05 - פסיקה מאוחרת יותר במחוזי, העדיפו את הגישה הרחבה והצדיק את קבלת הגישה הרחבה בכך שההלכה בנושא זה טרם הגיעה לידי מיצוי בפסיקת ביהמ"ש העליון. אחרי בסיליוס (גישה מרחיבה) היה הרבה פסיקות עליון שהטילו ספקות בסוג הגישה הנכונה, ולכן בגלל שיש ספקות בפסיקת העליון אמר המחוזי שהם מעדיפים את הגישה הרחבה. **בינתיים אין פס"ד חדש מהעליון שנותן תשובה חד משמעית** (הנושא די נדיר).

ס' 6(א)(2) - חוסר הזדמנות לטעון

פסק חוץ לא יוכרז אכיף אם: "האפשרות שניתנה לנתבע לטעון טענותיו ולהביא ראיותיו לפני מתן הפסק לא הייתה, לדעת בית המשפט, סבירה...".

בתי המשפט פירש הגנה זו **בצורה מצומצמת** והדגישו שמדובר במבחן **אובייקטיבי** ושאינן מקום להתחשב בנסיבות סובייקטיביות.

הפרשנות המצומצמת מומחשת ב-2 פסקי דין:

ע"א 802/89 אינדורקסיס נ' אינדורקסיס - מדובר בתביעה למזונות המוגשת לביהמ"ש בגרמניה ע"י קטין נגד אביו. התביעה נמסרה לאישתו השנייה של המשיב והיא שכחה להביא אליו אותה מיד. כמה ימים לאחר שנמסרה אליה התביעה ואשתו השנייה עדיין לא הביאה לו, האב-המשיב נפצע קשה בתאונת דרכים. ולכן, בינתיים כתב התביעה לא ניתן. ניתן פס"ד בביהמ"ש בגרמניה ללא נוכחות המשיב ואז הקטין ביקש להכריז על פסק הדין הזר בישראל כאכיף. האב טוען את ס' 6(א)(2) - שלא ניתנה לו אפשרות סבירה לעלות את טענותיו כי לא ידע כלל על הדין בביהמ"ש.

ביהמ"ש דחה את הטענה כי מדובר בפירוש מצומצם. האב היה צריך לעשות את הפעולה שם. ביהמ"ש המחוזי כן קיבל את הטענה של האב אבל ההחלטה נהפכה בעליון שקבע **שהשאלה היא האם ביהמ"ש הזר נתן למשיב הזדמנות סבירה לטעון את טענותיו** ולכן הנסיבות האישיות שלו לא רלוונטיות, התביעה נמסרה לביתו כדיון, ביהמ"ש הודיע לו. **נראה, כי מלבד אי ההמצאה לדין, ההגנה לא תחול כלל**.

ע"א 1137/93 אשכר נ' היימס - מדובר במשיבה שקיבלה את התביעה שהוגשה לביהמ"ש בגרמניה אבל לא השתתפה בדיון ולא מנתה בא כוח מטעמה. כמו כן, היא גם לא הודיעה לביהמ"ש על שינוי הכתובת שלה. ביהמ"ש נתן פס"ד במעמד צד אחד והיא לא קיבלה את העתק פס"ד ועד שהגיע אליה היה כבר מאוחר לערער. הקטין הגיש בקשה להכריז על הפסק שהתקבל כאכיף בישראל והאם טענה שלא הייתה לה הזדמנות סבירה לטעון את טענותיה לפי ס' 6(א)(2) - לא יכולתי לערער כי לא הודיעו לי על פס"ד (לא מדוברת על ההליך הראשון אלא לגבי הערעור שלא היה לה יכולת לערער לא קיבלה את פס"ד). **ביהמ"ש דחה את הערעור כי המשיבה עצמה הייתה אחראית למצב בגלל שלא השתתפה בדיון ולא הודיעה לביהמ"ש על שינוי הכתובת שלה**.

ה"פ 4318/05 אונגר נ' הרשות הפליסטינאית - הרשות הפליסטינאית טענה שלא הייתה לה הזדמנות לטעון טיעונים כי ערפאת היה כלוא במוקטעה ולא יכל לתת הוראות לעוה"ד האמריקאים שלו. **ביהמ"ש דחה את הטענה כי היו ראיות ברורות שהרשות החליטה באופן מודע לא להשתתף בהליכים בארה"ב אחרי שהטענות המקדימות שלה נדחו**.

ס' 6(א)(3) סמכות שיפוט בינלאומית חיצונית [עולה במבחן תמיד!]

פסק לא יוכרז אכיף אם: "הפסק ניתן על-ידי בית-משפט שלא היה מוסמך לתתו על פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי החלים בישראל"

ההגנה הזאת חשובה ובכל מקרה יש לבחון אם היא מתקיימת. ההגנה מתייחסת לסמכות שיפוט בינלאומית חיצונית(עקיפה) של ישראל. הכללים הם כללים ישראליים. וזה בניגוד לסי' 3(1) שדיברנו שעוסק בסמכות בינלאומית של המדינה הזרה. 6(א)(3) עוסק בכללים שלנו.

כללי הסמכות הבינלאומית החיצונית **מיועדים לבחון האם לבימה"ש הזר הייתה סמכות שיפוט בינלאומית בעיני הדין הישראלי** (ולא בעיני הדין הזר) - האם אנחנו חושבים שלבימה"ש הזר הייתה סמכות שיפוט בינלאומית?

כללי הסמכות השיפוט בהקשר הזה לא זהים לכללים אותם למדנו בתחילת הקורס (של בתי משפט בישראל). יש לנו סטנדרטים שונים לבחינת סמכות שיפוט בינלאומית שלנו מאשר סטנדרטים שלנו לבחון את סמכות שיפוט בינלאומית של בתי משפט זרים.

הבעיה שחוק אכיפת פסקי חוץ אינו קובע מהם כללי הסמכות השיפוט הבינלאומי שמוזכרים בס' 6(א)(3), במצב הזה אין מנוס מאשר לפנות למשפט המקובל. כך שכללי סמכות השיפוט הבינלאומית העקיפה - כללים שבוחנים **בדיעבד** האם הייתה לבימה"ש בחו"ל סמכות, זה בניגוד לכללים שלמדנו לסמכות שיפוט מלכתחילה האם לבימה"ש שלנו יש סמכות שיפוט-**מלכתחילה**.

השופט שמגר בפס"ד ע"א 541/77 רוזנשיין נ' ספרטוס - סיכום הכללים במשפט המקובל:

"לפי כללים אלה (הכללים של ס' 6(א)(3) יוכר בישראל(וגם ייאכף) פסק שניתן בערכאה שיפוטית זרה אם נתקיימו לגבי הנתבע דשם, לגביו מבקשים לאכוף את פסק-הדין (החיצוני), אחד משני התנאים הבאים: 1. מגורים (RESIDENCE) אן 2. הסכמה לשיפוט (SUBMISSION)..."

אנו למדים שיש רק שני בסיסים לסמכות שיפוט בינלאומית עקיפה, כשבדקים את פס"ד הזר ורוצים לדעת אם לבימה"ש הייתה סמכות בעיניים שלנו יש רק 2 אפשרויות:

1. **מגורים סעיף 6(א)(3) -** גר באותו מקום של ביהמ"ש שנתן את פסק הדין
2. **הסכמה לשיפוט סעיף 6(ב+ג).**

יש רק 2 בסיסים לסמכות השיפוט העקיפה. אם יש דוגמא של נתבע שגר בישראל וביהמ"ש הזר המציא אליו המצאה לדין בחו"ל במנגנון דומה לתקנה 500 אצלנו, בגלל שהעוולה נעשתה שם לדגי אנחנו לא נחיל את הסמכות הזו כי זה לא נכנס לשני החלופות האלו. **ההבדל הגדול בין כללי הסמכות הוא שאנחנו לא מכירים המצאה לחו"ל** (לפי התנאי של מקום מגורים).

נדון בעילות:

סעיף 6(א)(3) – מקום מגורים

השופט שמגר בפס"ד רוזנשיין - "די בכך שנוצרה זיקת מגורים ארעית ואף מזדמנת." זה בדיוק כמו כלל התפיסה למרות שאמרו שזה מגורים בפועל מפרשים מגורים בצורה מאוד מרחיבה, זיקת מגורים ארעית או מזדמנת מספיקה.

לכן, תייר שנצמא במדינת זרה בזמן התחלת ההליכים **כן** נחשב כמישהו שיש לו מקום מגורים שם. כל עוד התביעה מוגשת שהוא עוד נמצא שם, כן תהיה סמכות בעינינו בארץ ותהיה אפשרות לאכוף את פסק הדין בארץ.

מה קורה עם הנתבע הוא תאגיד? המבחן פה אומץ מהמשפט המקובל, יש לבדוק האם הנתבע **מנהל עסקיו במדינה זרה זה ייחשב למגורים**. ולכן, ייתכן שתאגיד שמנהל עסקיו בכמה מדינות ניתן לתבוע אותו בכל אותן המדינות ואח"כ לאכוף את פסה"ד בארץ.

ע"א 013977/04 בלהם ברטה נ' גלובוס ומנורה - בפס"ד נידונה המשמעות של ניהול עסקים. גברת בלהם עשתה חוזה עם חברת גלובוס והחווה נעשה בישראל. גלובוס היא חברה ישראלית שעוסקת במשלוחים בינלאומיים, ההתקשרות הייתה במטרה להעביר מטען של חפצים אישיים ותכולת ביתה מישראל לצרפת. בחוזה נקבע שכל סכסוכים הנובעים מהחווה ידונו על פי המשפט האנגלי **בבית משפט בישראל**. כלומר, הייתה בחוזה גם תניית (סמכות) שיפוט שהדיון יהיה בישראל וגם תניית ברירת דין של הדין האנגלי. בלהם טענה שחלק מחפציה ניזוקו בדרך ותבעה את חברת גלובוס בבימ"ש בצרפת. חברת גלובוס לא השתתפה בהליכים בצרפת כלל. ביהמ"ש בצרפת נתן

פס"ד לטובת גברת בלהם במעמד צד אחד. היא מעוניינת לאכוף אותו בישראל ולהכריז עליו כאכיף. חברת גלובוס מעלה את ההגנה של ס' 6(א)(3) וטוענת שלא הייתה לביהמ"ש בצרפת סמכות שיפוט בינלאומית עקיפה כי לא התקיים אחד משני בסיסי הסמכות המוזכרים בפס"ד רוזנשיין- מקום מושב, במקרה זה מקום מושב של החברה. ביהמ"ש קיבל את הטענות הזו. החברה לא ניהלה עסקים בצרפת כי לגבי חברה המבחן הוא ניהול עסקים, לא מדובר באדם שהוא מגורים ארעי ומזדמן, המבחן במשפט האנגלי לגבי חברה הוא **ניהול עסקים** - חברת גלובוס לא ניהלה עסקים בצרפת ולכן ביהמ"ש קיבל את הטענות. (עניין נוסף שאפשר לומר פה הוא שעד שהיא הגישה את התביעה בצרפת המובילים כבר לא היו בצרפת, כלומר, גם אם הולכים ע"פ הגישה הפיזית זה לא היה עוזר).

לסיכום: נקבע כי לא מספיק שהחברה הובילה מטענים לצרפת אלא בגלל שהחברה לא הופיעה בביהמ"ש בצרפת לכן מימלא לא הסכימה לסמכות ביהמ"ש בצרפת (אם הייתה הולכת להשתתף בדיונים יכול להיות שהייתה הסכמה). די היה בקביעות אלו לדחות את בקשת גברת בלהם.

קביעת האוביטר לגבי תניית השיפוט

ביהמ"ש העליון המשיך, הוסיף ואמר שאפילו אם החברה הייתה מנהלת עסקים בצרפת עדיין היה מקום לפסוק כי **תניית השיפוט הייחודית שקבעו גוברת על זיקת התושבות. כלומר שגם כאשר מתקיים הבסיס של מגורים לא נכיר בסמכות ביהמ"ש הזר כאשר יש תניית שיפוט ייחודית אותה קבעו הצדדים לטובת מדינה אחרת.** הנימוק של בימה"ש - כללי הסמכות הם ברירת המחל למקרים שהצדדים לא הסכימו בעניין המקום לשיפוט אבל כאשר הסכימו - רצונם גובר.

בעניין הזה של תניית השיפוט שגוברת על המגורים לא נאכוף פס"ד זר כאשר הוא ניתן בניגוד לתניית שיפוט ייחודית, זה חידוש בפסיקה, אבל משקף את ההלכה במיוחד לאור שבאנגליה חוקקו דבר דומה (למרות שהיא לא מחייבת אותנו, רק הפסיקה מחייבת אך לא הפסיקה).

ס' 6(ב) ו-ג) : הסכמה לשיפוט

הסכמה לשיפוט כוללת **הסכמה שנתנה מראש או בדיעבד.**

הסכמה מראש - ניתנת בחוזה - בפס"ד **בלהם** לדוג' אם בחוזה היה כתוב שלביהמ"ש בצרפת יש סמכות (אפילו לא ייחודית) גם אם אח"כ חברת גלובוס לא השתתפה בהליכים בצרפת, עדיין היה מתקיים בסיס ההסכמה מכיוון שהדברים הוסכמו מראש.

הסכמה בדיעבד - ע"י השתתפות בהליכים בבימה"ש הזר - כאן עולה השאלה האם התייצבות הנתבע בביהמ"ש הזר, ע"מ להתנגד לסמכות של ביהמ"ש הזר נחשבת כהסכמה. במשפט המקובל התשובה הייתה חיובית - גם אם רק התייצבת כדי להתנגד עדיין נחשבת סמכות.

עניין זה תוקן בחוק באנגליה ב-1882 ותוקן אצלנו בחוק ב-1960 שמוסיף את ס' 6(ב) לחוק:

6(ב) - לעניין סעיף קטן (א)(3) [סמכות בינלאומית עקיפה], 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 הליך או עיכובו לצורך העברת הסכסוך לבוררות או להכרעת בית משפט במדינה אחרת - במקרה כזה כשמבקשים לעכב את הסמכות כדי שהעניין ידון במדינה אחרת, יכול להיות תהליכים עומדים עדיין, פורום לא נאות זה המקרה הנפוץ. **אם יש הליך במדינה זרה והנתבע מתייצב ולא כופר בסמכות כי מבין שלביהמ"ש הזר יש סמכות אבל טוען פורום לא נאות זה לא נחשב הסכמה.** **באתי להליכים, טענתי פורום לא נאות ולכן לא תחשב הסכמה לסמכות ביהמ"ש!**

(3) שחרור נכסיו שנתפסו או צפויים להיתפס, או הגנה עליהם - יש צד שתופס את הנכסים שלו והוא בא ומבקש לשחררם - לא ייחשב כהסכמה לסמכות.

אם נתבע טוען אחד מהטיעונים האלו העובדה שהוא משתתף בהליכים לא נחשבת להסכמה ולכן אם אחרי זה הוא פורש ורוצים לאכוף נגדו את פסה"ד בישראל לא תהיה אפשרות לעשות זאת כי לא התקיימה ההסכמה.

טענות נוספות:

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

ע"פ סעיף זה, העיקרון שנקבע בס' קטן ב' חל גם אם הנתבע מעלה טיעונים לגופו של עניין כל עוד שלא נתנה החלטה סופית לגבי עניין הסמכות. הנתבע בינתיים כן צריך לשמר את העמדה שלו או לגלות מסמכים אבל זה כל עוד שביהמ"ש לא נתן החלטה סופית בעניין הסמכות. אך באם ביהמ"ש הזר נתן החלטה סופית שיש לו סמכות והוא מפעיל אותה, אז אם הנתבע ממשיך אחרי זה בדיון זה נחשב הסכמה ואם הוא פורש זה לא ייחשב להסכמה. עד שביהמ"ש הזר לא נותן החלטה סופית על סמכות לא חייב להחליט באופן וודאי מה יעשה אך ברגע שביהמ"ש מפעיל את הסמכות שלו אם ממשיך להשתתף בהליכים אחרי זה הדבר ייחשב להסכמה.

ס' 6(א)(4) - מעשה בית דין (הגנה)

ס' 6(א)(4)- פסק חוץ לא יוכרז אכיף אם: "הפסק נוגד פסק-דין אחר שניתן באותו עניין בין אותם בעלי-דין ושעודנו בר-תוקף" (הגנה זו התקיימה בפס"ד אשכר נ' היימס)

פס"ד הקודם יכול להיות ישראלי אין פסק דין שניתן בחו"ל. יש כבר פס"ד ואנו מוכנים לאכוף את הפס"ד הראשון בזמן ולא את הפס"ד השני. אם זה פס"ד זר זה רק פס"ד זר שממלא את כל דרישות החוק והוא אכיף בישראל.

ס' 6(א)(5) - הליכים תלויים ועומדים - בישראל (הגנה)

ס' 6(א)(5)- 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".

פה זה רק בפס"ד ישראלי. זה המצב שקודם התחילו הליכים בארץ ואז התחילו הליכים בחו"ל, ההליכים בחו"ל הסתיימו לפני סיומם של ההליכים בישראל ולכן יש פס"ד בחו"ל ועדיין אין פס"ד בארץ, אז לא יאכפו את זה בארץ.

בע"א 4525/08 בז"ן נ' New Hampshire - פסד אנגלי שבעת הגשת ההליכים באנגליה היו הליכים תלויים ועומדים בארץ ולכן אח"כ לא היו מוכנים לאכוף את פסה"ד האנגלי כי זה נגד את ס' 6(א)(5). מקרים שבהם התחילו קודם בארץ ואח"כ עברו לחו"ל וחוו"ל קיבל פס"ד ראשון אז לא אוכפים אותו. אך, אם התחילו קודם בחו"ל ההגנה לא קיימת!! (הליכים תלויים ועומדים שם לא בעייתיים).

סעיף 7: פגיעה בריבונות או ביטחון המדינה-הגנה

"פסק-חוץ לא יוכרז אכיף אם אכיפתו עלולה לפגוע בריבונותה של ישראל או בביטחונה"

ברור שזה הגנה מהנוסח של הסעיף. דומה לס' 6 של ההגנות. לכאורה הסעיף מיותר כי כל פס"ד שפוגע בריבונות המדינה או מסכן את ביטחונה מן הסתם סותר את תקני"צ וראינו שתקני"צ נמצאת כחלק מתנאי ס' 3 סיפא, אבל כנראה לאור חשיבות העניין המחוקק החליט להתייחס באופן מפורש לעניין הריבונות וביטחון המדינה בס' נפרד.

ההיגיון אומר שנטל ההוכחה צריך להיות על המשיב-הנתבע, כי לכאורה זה סייג, אבל בפס"ד אונגר נאמר שכיוון שס' 7 הוא דוגמא ספציפית של תקני"צ, משהו שנוגד תקני"צ נטל ההוכחה צריך להיות זהה לנטל ההוכחה בעניין תקני"צ בס' 3 סיפא. כלומר, שהנטל הראשוני הוא על המבקש

שבד"כ מרים את הנטל ע"י **הצהרה סתמית ואז הנטל עובר למשיב** (יש לשים לב שבכל ס' 6 של ההגנות תמיד הנטל הוא על המשיב, ורק בס' 3 סיפא וכאן בס' 7, קודם הנטל על המבקש בהצהרה ואז עוברים למשיב). לא ברור שיש משמעות בפועל לעניין הזה. הנטל עובר למשיב אם רוצה לסתור את הדבר הזה.

שוז - תמוה מה שפס"ד **אונגר** אומר, שדיברנו על ס' קטן 3 אמרנו שתמוה שהנטל בעניין תקנת הציבור על המבקש ולא ברור למה הרחיבו את זה גם לס' 7. אונגר זה החלטה מחוזית בלבד ויכול להיות שזה פחות חשוב.

פס"ד אונגר - הרש"פ העלתה כמעט כל טיעון אפשרי ודווקא פס"ד זה הוא מהמקרים הבודדים שעלו בעניין ס' 7, הרשות טענה שאכיפת פס"ד אמריקאי בסך 116 מיליון דולר, לטובת קרובי המשפחה של בני הזוג אונגר שנרצחו בפיגוע, תפגע בביטחון המדינה כי זה יעודד את המחבלים לעשות עוד פיגועים. התשלום של פס"ד היה אמור להיות ממיסים שהייתה אמורה להעביר מ"י לרשות הפלסטינאית, אנחנו גובים עבור רש"פ ופה היה מעין צו עיקול זמני שאם אוכפים את פסה"ד אפשר להשתמש בכסף ולכן זו הסיבה שרצו לאכוף בארץ כי זה יותר קל. אם הממשלה תשלם את הסכום במקום להעביר לרש"פ הטענה הייתה שזה יגרום להרעת היחסים בין ישראל לרשות והתדרדרות במצב הביטחוני. **הטיעון נדחה בביהמ"ש כי לא הובא שום בסיס ראוי לכך.**

המשך פרשת אונגר - הרש"פ ערערה נ' פס"ד שהוכרז כאכיף, כל הטיעונים של הרשות נדחו במחוז. הרש"פ ערערה ובסופו של יום הערעור לא נדון כי הצדדים הגיעו **לפשרה** בארה"ב והתובעים קיבלו חלק מהסכום שנפסק להם.

פסקי דין חדשים:

- **פס"ד לוינ' זוהר 1297/11 (פס"ד בעליון)** - מתייחס לנושא של הכרת פסקי חוץ. כשדברנו על הכרה של פס"ד חוץ דברנו על 2 סוגים של הכרה - ישרה ואגבית. הכרה ישירה חייב להיות הסכם בין המדינות ודברנו על הבעיה שבעצם האם התיקון של ס'11(1) לחוק בא להחליף את המשפט המקובל או להוסיף עוד מסלול להכרה. **בפס"ד אגם** אמרו **שהתיקון בחוק מונע שימוש בהכרה ע"פ המשפט המקובל** כלומר שתתאפשר הכרה ישירה ע"פ החוק רק במקרים שישנה אמנה. אמרנו שיש ביקורות נ' הלכת אגם וראינו את האוביטר של ברק בנושא הזה.
- למרות שחכינו שיגידו בעליון שאפשר להכיר באופן ישיר ע"פ המשפט המקובל. בפס"ד לוינ' אישרו את ההחלטה שניתנה בפס"ד אגם.
- דובר בפסק חוץ בעניין של **פשיטת רגל** שניתן באנגליה החייב הייתה לו דירה בישראל באילת אבל הוא נתן את הדירה הזו להורים שלו והם רשמו אותה על שמו. הבקשה הייתה לפסול את המתנה הזו שנתן להוריו. השאלה אם ניתן לפסול את המתנה תלויה בשאלה האם הוא באמת נחשב פושט רגל כי אם לא נחשב פושט רגל לא ניתן לפסול המתנות ואם כן פושט רגל אפשר לפסול את המתנה. בעיה נוספת שלביהמ"ש בישראל יש סמכות לפסול את המתנה רק אם החייב נחשב פושט רגל.
- i. **האם מדובר בהכרה ישירה או הכרה אגבית?** קבעו שזוהי הכרה ישירה כי אמרו שהכרה אגבית זה רק במקרה שהשאלה העיקרית היא שאלה בפני עצמה ושיש לביהמ"ש סמכות מובהקת לדון באותה שאלה עיקרית ולא יכול להיות מצב שעצם הסמכות של ביהמ"ש תלויה בשאלה האגבית. במקרה הזה, לא מדובר בשאלה אגבית בגלל שכל העניין של הסמכות לתת מתנה תלוי בזה שהוא פושט רגל זו לא שאלה עצמאית ולכן זוהי הכרה ישירה.
- ii. **לגבי ס' 11(א)** - יש אמנה לאכיפת פס"ד עם אנגליה אבל האמנה עם אנגליה מחריגה את העניין של פשיטת רגל, היא באופן מפורש אומרת **שלא כולל פסיקות של פשיטת רגל** כך שאי אפשר להחיל גם על פי ההאמנה.
- iii. **עלתה השאלה של פס"ד אגם האם ניתן להכיר ע"פ המשפט** - פס"ד מחזק את פס"ד אגם, הנימוק לדעת המרצה בעייתי. **השופט הנדל** אומר שכאילו מבקשים פה פסיקה שיפוטית-הכרה פסיקתית. אין מקום לאפשר הכרה פסיקתית כשיש חוק ברור בנושא.

לדעת שוז הוא מתעלם שההכרה הפסיקתית הזו הייתה לפי החוק, במשפט המקובל שהיה עוד לפני החוק והשאלה האם המחוקק רוצה להחליף את המשפט המקובל.

- **מסקנה** - היום אגם היא ההלכה החזקה ולא ניתן להחיל את המשפט המקובל בעניין אכיפה.

• פס"ד 8135/12 - Nantucket Ltd נ' עמיקם דורון - בעניין תניות שיפוט

כשיש תניית שיפוט זרה בלעדית אנחנו מכבדים את זה אלא אם קיימת **סיבה טובה**. לכאורה בפס"ד זה **מרחיבים לכאורה מה נחשב סיבה טובה**.

מדובר בחוזה שקשור להשקעה במקרקעין בתאילנד והמשקיעים היו ישראלים (דומה לפס"ד לייק מריון עם פלורידה), הייתה חברה קנדית שיזמה את ההשקעות וכן חברות מתאילנד המעורבות בעניין. המשקיעים הישראליים תבעו כמה נתבעים, לגבי אחד מהנתבעים הייתה **תניית שיפוט ייחודית**. היו פה גם כמה תובעים ולא רק תובע אחד מטעם המשקיעים ולא כולם היו כבולים בתניית השיפוט.

ריבוי נתבעים - לא סיבה טובה

בעבר, וגם בליק מריון, היה טיעון ע"י התובעים שטענו שריבוי **נתבעים** זו סיבה טובה להמשיך את הדיון בארץ כי אחרת יהיה **פיצול הליכים**. אם יש תניה כלפי **חלק מהנתבעים** אומרים **שמכבדים את תניית השיפוט** ואפשר לתבוע במדינה, הטיעון הזה לא התקבל.

ביהמ"ש אומר שבד"כ **ריבוי נתבעים לא ייחשב לסיבה טובה כי אחרת זה תמריץ לתובע איך להתחמק מתניית השיפוט** שהוא יתבע עוד מישהו כדי להתחמק מתניית השיפוט ולכן רק במקרים חריגים שיש טעמים ענייניים לצרף עוד נתבעים זה יהיה רלוונטי בד"כ לא רלוונטי כדי לא לעודד להוסיף נתבע כדי להתחמק מתניית השיפוט.

ריבוי תובעים - סיבה טובה

החידוש: בניגוד לריבוי נתבעים, **ריבוי תובעים זה כן סיבה טובה כי בעצם הנתבע לא מפסיד מזה כי ממילא הוא צריך להתדיין פה בארץ. אין תועלת בזה שנעכב את ההליך שיש בו תניית שיפוט כי זה יגרום לפיצול הליכים והנתבע יהיה במצב שיצטרך לדון גם פה וגם שם, ולכן גם אם רוצה לעשות זאת זה לא הגיוני ולא נאפשר לו לעשות זאת. פיצול הליכים פה הוא דבר טוב, לא מקשים על הנתבע כי הוא ממילא צריך להתדיין פה ולכן אין צורך לעכב את תניית השיפוט.**

הרציו - בעניין של ריבוי **תובעים** זה כן ייחשב לסיבה טובה. אבל אם יש ריבוי **נתבעים** זה יהיה רק במקרים נדירים אבל לא שללו על הסף.

מבנה כללי לפתרון שאלה כפי ששאלתי את שוז-

1. סמכות
2. ברירת הדין
 - a. איך ישפיע אם תובע ולא מוכיח דין זר
 - b. חזקת שוויון בין הדינים
 - c. יחסי ממון
 - d. זכות צפה
 - e. תקנת ציבור
3. **אכיפה** - פס"ד ניתן במקום אחר.

סכמה להתיישנות (מקביל לטבלת המצבים)

- שאלת ההתיישנות תעלה **רק כשיש זין זר** החל על העניין, אם חל דין ישראל יחולו הדינים שלנו (7 שנים).
- **השאלה המקדמית-** האם כלל ההתיישנות הזר הוא **מהותי?** (כלל התיישנות מהותי מפקיע את הזכות- כלל פרוצדוראלי- חוסם את הסעד). אם פרוצ' לא מעניין, הכלל החיצוני לא חל אלא רק כלל פרוצ' ישראלי שחוסם הסעד אחרי 7 שנים תמיד חל, אם מהותי ממשיכים.
 - i. **אם התשובה היא לא-** כלומר זה לא מהותי אלא פרוצדוראלי, כלל הזר לא רלוונטי. **לא מעניין אותנו כללים פרוצדוראליים זרים**
 - ii. **אם התשובה היא כן-** נשאל האם **תקופת ההתיישנות הזרה קצרה יותר** מהכלל הפרוצדוראלי הישראלי (7 שנים):
 1. **כן- (קצר יותר)-**הזכות מופקעת אחרי תקופת ההתיישנות הזרה. **הקצר מבניהם.**
 2. **לא-(ארוך יותר)-** הסעד נחסם אחרי תקופת ההתיישנות הישראלית והזכות נפקעת אחרי תקופת ההתיישנות הזרה

דג', צרפת 10 שנים- עוולה שבוצעה בצרפת שם כלל ההתיישנות 10 שנים, חל לנו דין זר, בודקים האם הכלל הזר הוא מהותי אם הוא לא הוא רק חוסם את הסעד, ראינו שהוא מהותי והיא יותר ארוכה מאצלנו ולכן הסעד נחסם אחרי 7 שנים אבל הזכות מופקעת אחרי 10. ניתן להשתמש בזכות **לקיזוז**, אתה מעלה כהגנה אתה חייב לי משהו. במהותית הזכות מופקעת לגמרי ונמחקת לגמרי ואפילו לקיזוז לא יוכל לסמוך על זה.

דג', 2, צרפת 5 שנים- מניחים שדין זר הוא מהותי כי אם לא כזה עוצרים, עכשיו בגלל שיותר קצר, אחרי 5 שנים הזכות מופקעת לגמרי והדין הישראלי לא רלוונטי אם הזכות מופקעת אין מה לחסום. שתק' התיישנות בדין הזר המהותי יותר קצרה הזכות מופקעת אחרי התקופה הזו.