[מבוא, מושגים ועקרונות בסיסים 2](#_Toc535756661)

[כללי סמכות שיפוט בינ"ל 4](#_Toc535756662)

["כלל התפיסה" - המצאה לנתבע הנמצא בארץ 4](#_Toc535756663)

[סמכות על אנשים מחוץ לישראל ללא צורך בהיתר מבימ"ש ("אזור" ורשות פלסטינית) 6](#_Toc535756664)

[כפיפות לשיפוט (בדיעבד או בהסכמה מראש) 6](#_Toc535756665)

[כללי סמכות מיוחדים 6](#_Toc535756666)

[סירוב להפעיל סמכות 7](#_Toc535756667)

[הליכים תלויים ועומדים 9](#_Toc535756668)

[פורום לא נאות 10](#_Toc535756669)

[המצאה לנתבע הנמצא מחוץ לתחום השיפוט - תקנה 500 12](#_Toc535756670)

[סייגים לסמכות 15](#_Toc535756671)

[סייג 1: מקרקעין זרים 15](#_Toc535756672)

[סייג 2: חסינות ריבון זר 15](#_Toc535756673)

[צווים חוסמים Anti-suit Injuctions 16](#_Toc535756674)

[מטרות כללי ברירת הדין 16](#_Toc535756675)

[ברירת הדין בנזיקין 18](#_Toc535756676)

[פרשת ינון - דחיית גישת מירב הזיקות וקביעת כלל "מקום ביצוע העוולה" 19](#_Toc535756677)

[כללי ברירת הדין בחוזים 21](#_Toc535756682)

["דין החוזה" - הדין החל על החוזה 21](#_Toc535756683)

[(1) הדין שחל על כריתת החוזה 23](#_Toc535756684)

[(2) הדין שחל על תוקף צורני של החוזה 23](#_Toc535756685)

[(3) הדין שחל על כשרות משפטית 24](#_Toc535756686)

[(4) הדין שחל בעניין אי-חוקיות 24](#_Toc535756687)

[כללי ברירת הדין בקניין 24](#_Toc535756688)

[העברות פרטיקולריות 25](#_Toc535756689)

[יחסי ממון הגורמים למתקלים בין דינים 25](#_Toc535756690)

[ירושה: סמכות וברירת דין 28](#_Toc535756691)

[בעיות מתודולוגיות 31](#_Toc535756696)

[בעיה 1 - פרוצדורה מול מהות 31](#_Toc535756697)

[שיעור הנזק 32](#_Toc535756698)

[התיישנות 32](#_Toc535756699)

[קיום שיעבוד ימי 32](#_Toc535756700)

[בעיה 2 - סיווג *הקטגוריה* המשפטית 33](#_Toc535756701)

[בעיה 3 - הוכחת דין זר 33](#_Toc535756702)

[בעיה 4 - תקנת הציבור 34](#_Toc535756703)

[בעיה 5 - הפנייה (רנבאו) 34](#_Toc535756704)

[הכרת ואכיפת פסקי חוץ 34](#_Toc535756705)

[בין אכיפה לבין הכרה 34](#_Toc535756706)

[הסדר החוק בעניין הכרה אגבית 36](#_Toc535756707)

[הסדר החוק בעניין הכרה ישירה 36](#_Toc535756708)

[אכיפת פסקי חוץ על פי החוק 38](#_Toc535756709)

מבוא, מושגים ועקרונות בסיסים

בסכסוכים שיש בהם אלמנט זר יכולות להתעורר שלוש שאלות:

1. **סמכות שיפוט בינ"ל -** באיזו מדינה הדיון יתקיים?
2. **ברירת הדין -** איזה דין יחול על הסכסוך?
3. **קליטת פסקי חוץ (פס"דים זרים) -** האם ניתן להכיר/לאכוף פס"ד שניתן ע"י בימ"ש זר?

דוגמה של מקרה שכרוך בו גורם זר: **פרשת סקאלר נ' יובינר** (אחריות של נהג ישראלי כלי נוסע ישראלי שנפגע בתאונת דרכים בניו זילנד). הבעיה העיקרית הייתה שאלת ברירת הדין, מכיוון שהיה "מתקל דינים" - פער משמעותי בין הדין בניו זילנד לבין הדין הישראלי מבחינת הפיצויים לנפגע.

1. סמכות שיפוט בינ"ל
2. **האם ביהמ"ש מוסמך?**

ישנם שלושה סוגי סמכות:

* **בינלאומית -** האם לבתי משפט **בישראל** יש סמכות?
* **עניינית -** האם לבית המשפט **מסוג זה** יש סמכות?
* **מקומית -** האם לבית המשפט **במקום זה** יש סמכות?
1. **האם בית המשפט מוכן?**

גם אם ביהמ"ש מוסמך הוא לא חייב להפעיל את סמכותו. ביהמ"ש רשאי לסרב להפעיל את סמכותו על פי בקשתו של הנתבע בנסיבות מסוימות (למשל, אם מוכח שישראל מהווה פורום לא נאות).

1. ברירת הדין

כללי ברירת הדין קובעים איזה דין חל. ישנם כללי ברירת דין שונים לכל תחום במשפט הפרטי (נזיקין, חוזים, קניין וכו'). כדי שהשופט ידע את התוכן של הדין הזר, יש להביא מומחה בתחום. אם שני הצדדים מביאים מומחים עם חוות דעת סותרות, ביהמ"ש צריך להכריע ביניהם.

אם הדין הזר לא הוכח (כי אף אחד מהצדדים לא הביא מומחה), מתקיימת (בענייני נזיקין וחוזים) דוקטרינת **"חזקת שוויון בין הדינים"** האומרת שיש הנחה שהדין הזר זהה לדין הישראלי.

*גישת חוליית קישור (גישה מסורתית)*

לפי גישה זו, בכל כלל ברירת דין יש חוליית קישור שמפנה למערכת משפט מסוימת. זוהי גישה מסורתית ונוקשה המקשרת למדינה מסוימת מבלי לבחון את עומק/איכות הקשר עם אותה מדינה.

לדוגמה, בס' 137 לחוק הירושה קובע כי "על ירושה חל **דין מקום מושבו של הנפטר ביום מותו**". חוליית הקישור היא מקום מושבו של הנפטר ביום מותו - לא משנה איפה הנכס נמצא או מה האזרחות של הנפטר, הדין שיחול על הירושה היא מקום מושבו של הנפטר ביום מותו.

ישנם שני סוגי חוליות קישור בתוך כללי ברירת הדין השונים:

|  |  |
| --- | --- |
| חוליות קישור "אישיות" | חוליות קישור "עובדתיות" |
| **מקום מושב** ("דומיסיל") - חוליית קישור החלה בענייני ירושה, יחסי ממון וכו' | **מקום ביצוע העוולה** |
| **אזרחות** (חלה בענייני נישואין) | **מקום הימצאות הנכס** ("סיטוס") |

*גישה חדשה לברירת הדין: "מירב הזיקות" או ה-Proper Law*

לפי גישה זו יש להחיל את הדין שיש לו הקשר האמיץ/הקרוב/המשמעותי ביותר עם העניין הנדון, ה-Proper Law ("הדין הנאות"). זוהי גישה **גמישה** שיכולה לעזור להגיע לתוצאה יותר "צודקת". החיסרון בגישה הינו **היעדר ודאות -** רוב הזמן יהיו זיקות לכאן ולכאן.

גישה זו השפיעה על הפסיקה בישראל (בעיקר בתחום החוזים) אך לא אומצה רשמית.

**פס"ד Babcock v. Jackson:** שני חברים שגרו בניו יורק עשו טיול ברכב למדינת אונטריו שבקנדה. הם עשו תאונה באונטריו וגב' Babcock נפגעה בתאונה והגישה תביעה נגד Jackson בניו יורק. האם חל דין ניו יורק או אונטריו? בעוד שבדין בניו יורק היה "שגרתי" (הנתבע חייב אם הוכחה רשלנות), באונטריו הדין אמר שאם הנפגע היה טרמפיסט (נוסע ללא תשלום) אפשר לקבל פיצוי רק בהוכחת "רשלנות רבתי" – שלא התקיימה בעניין זה. כלומר, לפי כללי ברירת הדין המסורתיים ("מקום ביצוע העוולה") היה אמור לחול דין אונטריו, וג'קסון לא יהיה חייב. אולם, ביהמ"ש החליט לאמץ את גישת "מירב הזיקות", ולפיה נקבע כי דין ניו יורק צריך לחול (שני הצדדים הינם תושבי ניו יורק, ניו יורק הינה מוקד היחסים ביניהם, הרכב היה רשום ומבוטח בניו יורק וכן הלאה).

1. קליטת פסקי חוץ

מתי נכיר/נאכוף פס"ד זר? הכללים נמצאים בחוק אכיפת פסקי חוץ.

**פס"ד מסיקה נ' דולנס -** דוגמה מסכמת שכוללת מחלוקת לגבי שלושת התחומים הנ"ל:

מסיקה גילה שיש לו גידול במוח ופנה לפרופ' דולנס מסלובניה, שהמשרד שלו ממוקם בארה"ב. התור הכי מוקדם לניתוח הוא בסלובניה, ומסיקה נוסע לשם ועובר את הניתוח. הגידול הוסר אבל מסיקה נותר משותק ותובע את דולנס בישראל על רשלנות.

1. **האם ביהמ"ש בישראל מוסמך לכך?** עו"ד של מסיקה מברר מתי דולנס מגיע לישראל, ואז מוציא לו הזמנה לדין - בכך הוא מקנה סמכות לביהמ"ש בישראל ("כלל התפיסה").
	1. **האם ביהמ"ש יהיה מוכן להפעיל את סמכותו?** דולנס טוען שישראל הינה פורום לא נאות, שכן הניתוח נערך בסלובניה. טענה זו נדחית בעליון, ונקבע שדולנס לא עמד בנטל ההוכחה לגבי כך שישראל אינה פורום נאות.
2. **איזה דין יחול?** "מירב הזיקות" או "מקום ביצוע העוולה"? זו הייתה הפעם הראשונה שבה שופט בחר לאמץ את גישת "מירב הזיקות".
	1. **לאיזה דין יש קשר משמעותי יותר למקרה הנדון, סלובניה או ישראל**? לפי הדין הישראלי, הוכחת רשלנות מקנה פיצוי. לפי הדין הסלובני, עברה תקופת ההתיישנות וגם אין אחריות אישית לרופא שמנתח בבי"ח ציבורי (ואז יש לתבוע את ביה"ח). הערכה הראשונה קובעת שמבחן מירב הזיקות מצביע על ישראל, שכן המטופל הוא מישראל, הטיפולים לאחר הניתוח היו בישראל וכו'. דולנס ערער לעליון ושם דוחים את גישת מירב הזיקות ואומרים שהגישה היא מקום ביצוע העוולה - כלומר, הדין הסלובני הוא שיחול. אולם, לדולנס היה קושי טכני עם המומחה בדין הסלובני ובסוף נקבע שהיעדר הוכחת דין זר, חלה "חזקת שוויון בין הדינים".
3. **האם ניתן לאכוף את פסה"ד הישראלי בחו"ל?** בסוף מסיקה לא קיבל דבר כי לדולנס לא היו נכסים בישראל ולא הצליחו לאכוף את פסק הדין בחו"ל.

כללי סמכות שיפוט בינ"ל

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **כלל** | **מקור (תקנות סד"א תשמ"ד-1984)** | **תקנות חדשות** |
| המצאה לנתבע בישראל | כלל התפיסה (משפט מקובל); תקנות 475, 476, 484, 481 | תקנות 158, 163 |
| המצאה למורשה בישראל | תקנות 477, 482, 283 | תקנה 163 |
| המצאה לנתבע "באזור" [יהודה ושומרון, למעט שטחי הרשות הפלסטינית) | תקנות סדרי דין (המצאת מסמכים לשטחים מוחזקים) |  |
| המצאה לנתבע בשטחי הרשות הפלסטינית | צו שעת חירום (יהו"ש - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) |  |
| המצאה לנתבע בחו"ל | תקנות 500-502 | תקנות 166-169 |
| כפיפות (הסכמה) | משפט מקובל |  |
| כללי סמכות מיוחדים | חוקים שונים |  |

"כלל התפיסה" - המצאה לנתבע הנמצא בארץ

ס' 158 לתקנות החדשות קובע כי "מטרת ההמצאה היא להביא לידיעת הנמען את תוכנו של מסמך שנדרש שיהיה בידיעתו, ולעניין כתב הטענות הראשון המוגש - גם להחיל על הנתבע את מרות בית המשפט...". דהיינו, **ההמצאה היא שמקנה לביהמ"ש את הסמכות על הנתבע.**

המצאת הזמנה לדין בזמן שהנתבע נמצא בישראל מקנה לביהמ"ש הישראלי סמכות (פס"ד אברומסקי) - אימוץ של המשפט המקובל. **די גם בנוכחות זמנית,** כפי שראינו במסיקה נ' דולנס.

פס"ד **Mabaranee of Baroda:** נסיכה הודית קנתה ציור מסוחר עתיקות בצרפת, שהתגלה כמזויף. ייעצו לה לתבוע באנגליה. כדי להקנות סמכות לביהמ"ש האנגלי, היא ניצלה את הגעתו של הסוחר לתחרות סוסים באנגליה כדי להגיש לו הזמנה לדין. ביהמ"ש קבע שיש סמכות.

פס"ד **Pimcapco נ' Hecke:** נתבע מגרמניה מגיע לישראל והתובע מחליט לתבוע אותו שם כי עברה תקופת ההתיישנות בגרמניה. ביהמ"ש קובע שיש סמכות אך לבסוף מסרב להפעיל אותה.

תקנה 481 [163(ב) החדשה] קובעת ש"באין אפשרות למצוא את הנמען, די בהמצאת הכתב [**בביתו** - לפי הנוסח החדש] לאחד מבני משפחתו הגרים עמו ולשפי מראית עין מלאו לו שמונה עשרה שנה".

המצאה לתאגיד

תקנה 484 [163(ה) החדשה] קובעת "המצאה כתב בית דין לתאגיד תהא **בהנחת הכתב במשרד או במען הרשום של התאגיד,** ולתאגיד שהוקם בחוק - **בהנחת הכתב במשרדו של מנהל התאגיד."**

ס' 346 לחוק החברות קובע מרשם לחברות חוץ שפועלות בישראל. כל חברה זרה הפועלת בישראל חייבת לרשום **כתובת מקומית** כדי שניתן יהיה להמציא לה הזמנה לדין ולא לרדוף אחריה בחו"ל.

המצאה למורשה לקבלת כתבי בי-דין

תקנה 477 קובעת שניתן להמציא למורשה לקבלת כתבי בי-דין או לעורך דינו של הנתבע. סייגים:

* **עורך הדין צריך להיות זה שמטפל באותו עניין.** אם אותו עורך דין לא קיבל ייפוי כוח כללי, אי אפשר להמציא לעורך דין המטפל בעניין אחר (פס"ד יוסף זדה, גירושין מול מזונות).
* **ניתן לסייג את ייפוי הכוח כך שלא יכלול קבלת כתבי בי-**דין (פס"ד אוסטפלד נ' בהירי).

תקנה 478 מבהירה שכל אחד יכול למנות מורשה לקבלת כתבי בי-דין (בכתב וחתום ע"י המרשה).

תקנה 163(א) החדשה שילבה בין שתי התקנות הללו.

המצאה לממונה על המקרקעין

תקנה 483(א) קבעה "הייתה התובענה בעניין מקרקעין, וכל כתב דין שאי אפשר להמציאו לנמען גופו – די בהמצאתו למורשהו הממונה על המקרקעין".

**תמ"ש 26864-07 פלוני נ' פלונית ואח':** ידועים בציבור גרו יחד בבית שהיה שייך לגבר. כשנפרדו הגבר עבר לגור בחו"ל והאישה רצתה לקבל מחצית מהבית על בסיס חזקת השיתוף. היא הוציאה הזמנה לדין לבן דודו של הגבר, שמונה על ידו לאחראי על הבית בהיעדרו (ללא ייפוי כוח פורמלי). ביהמ"ש קבע שמורשה על המקרקעין משקף את המצב בפועל, גם אם לא היה ייפוי כוח רשמי.

כיום אין תקנה מקבילה בתקנות החדשות (נכנס תחת תקנה 163 העוסקת בנציג של הנתבע).

המצאה למורשה בהנהלת עסקים

תקנה 482 קובעת "הייתה התובענה בעניין עסק או עבודה נגד אדם שאינו גר באזור השיפוט... די בהמצאת הכתב למנהל או למורשה, העוסק באותה שעה בעצמו מטעם *האדם בהנהלת אותו עסק או אותה עבודה* **באותו אזור שיפוט".**

למשל, אם מישהו רוצה לתבוע יצרן של סחורה פגומה הוא יכול להמציא הזמנה לנציג של היצרן בישראל (למשל, יבואן מורשה)באופן שיקנה סמכות כלפי היצרן. אולם, מתי יבואן יחשב למורשה? האם יש הבדל בין מצב שבו היבואן בקשר עם היצרן פעם בשנה מול קשר מתמשך ורציף (כגון מוסך מורשה של חברת רכב זרה)?

לשם כך פותח בפסיקה **"מבחן אינטנסיביות הקשר",** שקובע מתי סוכן מכירות ייחשב כ"מורשה": "ככל שניתן יהיה לדלות מן העובדות יותר **סממנים של שיתוף פעולה עסקי בין הנתבע לבין מנהל "עסקיו"** כן תגבר הנטייה לראות בסוכן מכירות 'מורשה'" (רע"א 39/89 General Electric Corp).

למבחן "אינטסיביות הקשר" שני רציונלים:

1. פרקטי - הסיכוי שהנתבע הזר ידע שהוגשה נגדו תביעה גבוה יותר אם הוא בקשר עם המורשה.
2. מהותי - עובדת קיומו של קשר שוטף עם גורם עסקי בישראל מעידה על זיקה בין הנתבע הזר לישראל, באופן המקנה סמכות נגדו.

בתקנה 163(ג) החדשה יש שינוי משמעותי בניסוח: "התגורר הנמען מחוץ לתחומי המדינה ויש לו בתחומי המדינה **נציג** מטעמו **המייצג אותו באופן קבוע** [מלכתחילה, ולא בדיעבד] בקשר לענייניו בישראל, ניתן להמציא לנציג אם התביעה נוגעת **לאותו עניין."**

דוגמאות מהפסיקה בעניין תקנה 482, השפעה של השינוי בנוסח?

1. תביעה נגד חברת BMW נמסרה ליבואן של רכב וסוכנות שממנה הרכב נרכש (קמור נ' חימו)
2. החברה הישראלית מופיעה כ"סניף" באתר של החברה הזרה (פס"ד רפפורט)
3. החברה הישראלית הצהירה שהיא מורשה של הנתבע הזר, ללא גיבוי הצהרה מקבילה מהחברה הזרה (פס"ד Maytag, נקבע שזה לא מספיק לשם החיוב)
4. החברה הישראלית ייצגה את האינטרסים של החברה הזרה בכנסת (פס"ד Philip Morris)
5. מסירה לסגן נשיא של Amazon שהגיע לכנס בישראל (רע"א 1607/16 Amazon נ' פריימר; לפי התקנות הישנות נראה שכן נחשב למורשה, לא ברור מה קורה נוכח התקנות החדשות)
6. מסירה לעובד של החברה הזרה שהגיע לישראל להידברות (Vestel נ' אמפא; מה היקף האחריות של העובד? היות שסמכותו הייתה מוגבלת הוא לא נחשב מורשה בהנהלת עסקים. בפסה"ד התייחסו לשיקולי מדיניות, יש טעם לפגם בעצם ההמצאה לעובד שכל מטרת הגעתו לארץ הייתה הידברות)
7. תביעה נגד ארגוני טרור נמסרה למנהיגים של הארגונים בכלא בישראל (רייזל נ' הג'האד)

פס"ד 7804/17 כרמל נ' Peterson: חברה ישראלית רצתה להיות היבואן הבלעדי של גריל מייצור אמריקאי. פיטרסון נתנה את הבלעדיות לחברה ישראלית אחרת. כרמל טענה שיש הפרת חוזה ומו"מ בהיעדר תו"ל, והמציאה את כתב הבי-דין לחברה שקיבלה את התואר היבואנית הבלעדית.

סמכות על אנשים מחוץ לישראל ללא צורך בהיתר מבימ"ש ("אזור" ורשות פלסטינית)

תקנות סדרי דין (המצאת מסמכים לשטחים מוחזקים) קובעות שהמצאה לנתבע שנמצא ב"אזור" תיעשה הדרך הקבועה להמצאה בתוך ישראל - כלומר, **הרחבה של "כלל התפיסה" לאזור יהודה ושומרון.** עם זאת, אין תחולה של הדין הישראלי בהכרח (אלא רק הסמכות).

צו שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) קובע **שהמצאה לרשות הפלסטינית תיעשה ע"י העברת המסמך לנציג מוסמך מטעם הרשות,** עם **תרגום בערבית של המסמך המאושר ע"י עו"ד ישראלי**.

פס"ד הרשות הפלסטינית נ' גולדמן הסביר שמדובר בהסדר ביניים המכיר בכך שהרשות הפלסטינית אינה ממש "חו"ל" (דהיינו, מדינה ריבונית זרה) אך גם לא ממש "ישראל".

כפיפות לשיפוט (בדיעבד או בהסכמה מראש)

חוץ מהמצאה, ניתן לקנות סמכות באמצעות "כפיפות" (הסכמה). מקרים אלו מגיעים לביהמ"ש בד"כ כשהנתבע הסכים ואז חזר בו מכפיפותו.

1. **כפיפת בדיעבד:** מצב שבו ההליך החל בצורה לא תקינה (למשל, הייתה המצאה לא תקפה) אבל הנתבע בכל זאת הגיע והשתתף בהליכים, ובכך נוצרה כפיפות בהתנהגות.

**פס"ד הלאומית - חברה לביטוח נ' חמדאן:** ערבי ישראלי שביטח את עצמו בחברת ביטוח הפועלת ברמאללה ביקש לקבל תגמולים לאחר תאונת עבודה. החברה לא שילמה והוא הגיש נגדה תביעה. במקום לפעול לפי המנגנון הוא שלח שליח למשרד החברה ברמאללה, שם עו"ד מטעם החברה חתם על קבלת ההזמנה לדין. כשחברת הביטוח ניסתה לטעון לאחר מכן שההמצאה לא תקפה (כי לא נעשה דרך גורם מוסמך ברשות) כבר היה מאוחר מדי, כי נוצרה כפיפות.

**פס"ד מחאג'נה נ' עמותת מרכז הדמוקרטיה וזכויות העובדים:** עו"ד ישראלי שגר באום אל פאחם עבד בעמותה פלסטינית שפועלת להגן על זכויות אדם (בדגש על זכויות עובדים) בישראל. הוא פוטר וטען שפיטרו אותו בצורה לא חוקית וללא תשלום פיצויים. עורך הדין שייצג את העמותה הגיש לביה"ד לעבודה הגיש בקשה להארכה כדי להכין את ההגנה, ורק אח"כ נזכר לטעון לחוסר סמכות.

ברגע שמקבלים את עניין הסמכות וטוענים לגופו של עניין, יש כפיפות. לעומת זאת, **הופעה בדיון כדי להכחיש סמכות אינה כפיפות** (כל עוד לא זונחים את הטיעון של חוסר סמכות - פס"ד אינגר).

1. **כפיפות מראש - תניית שיפוט:** אם שני צדדים מוכנים לקבל תניית שיפוט, אין בעיה כי הצד הזר ממנה מורשה בישראל. מצב שבו אין הסכמה בין הצדדים, לא ברור כיצד מקנים סמכות כי אין עילה להמציא לחו"ל בתקנה 500.

תקנה 161(1) החדשה סיפקה לכך פתרון: **הסכמה לשיפוט בישראל מהווה עילה להמצאה לחו"ל.**

כללי סמכות מיוחדים

אם עד כה הכללים מתאימים להליכים נגד נתבע מסוים, ישנם כללי סמכות מיוחדים "כלליים", כלפי כל העולם. למשל:

* **ס' 76 לחוק הכשרות המשפטית** והאפוטרופסות מסמיך בתי משפט בישראל "בכל מקרה שהצורך לעשות כן התעורר בישראל". זהו כלל סמכות מאוד גמיש, ללא דרישת המצאה או כפיפות, המעניק לביהמ"ש שיקול דעת רחב להגן על הקטין.
* **ס' 136 לחוק הירושה** קובע שלבימ"ש בישראל יש סמכות לדון בירושה של כל אדם שמושבו ביום מותו היה בישראל, או שהניח נכסים בישראל.

סירוב להפעיל סמכות

גם אם לביהמ"ש הוקנתה סמכות, הוא יכול לסרב להפעיל אותה עקב אם מתקיימת אחת מהעילות:

1. **תניית שיפוט זרה -** תניה בחוזה שלפיה התדיינות/בוררות הנובעות מהחוזה יתקיימו במדינה מסוימת בחו"ל (Foreign Jurisdiction Clause).
2. **הליכים תלויים ועומדים** - כבר קיימים בחו"ל הליכים תלויים ועומדים בין הצדדים באותו עניין (Lis alibi pendens).
3. **פורום לא נאות -** ישראל אינה הפורום המתאים לדון בעניין, כי קיים פורום זר טבעי יותר (Forum non conveniens).
* אם ביהמ"ש מעכב תהליכים יש "הקפאה", כך שאם משהו ישתבש בחו"ל לכאורה אפשר להמשיך בארץ. לעומת זאת, אם מדברים על מחיקת ההליכים או סילוק על הסף "הדלת נסגרת" ויצטרכו להגיש תביעה חדשה. בפועל שופטים לא באמת מקפידים על ההבחנה.

תניית שיפוט זרה

תניית שיפוט זרה יוצרת התנגשות בין שני עקרונות:

1. **עקרון הריבונות הטריטוריאלית,** שעליו מבוסס כלל התפיסה - "סמכות שיפוט היא אחד מכוחות הריבון, שאין הצדדים בני חורין לגרוע מהם או להתנות עליהם" (השופט זוסמן בע"א 64/433 נברום מריטים בע"מ נ' הסנה)
2. **עקרון כיבוד הסכמים -** הסכמים יש לכבד. אם ביהמ"ש ממשיך לדון בתביעה חרף הפרת הסכם על מקום השיפוט, הוא לכאורה מעודד הפרת הסכמים וזה בעייתי.

הפתרון שאומץ בפס"ד נברום הוא **שתניית שיפוט זרה אינה שוללת את הסמכות של ביהמ"ש הישראלי,** אולם:

* כאשר יש **תניית שיפוט** **בלעדית,** ביהמ"ש הישראלי יסרב להפעיל את סמכותו אם הנתבע מבקש; אלא אם
* **התובע מוכיח** שקיימת **סיבה טובה** להתדיינות בישראל, על אף תניית השיפוט.

כלומר, ביהמ"ש יכבד את תניית השיפוט הבלעדית אלא אם יש משהו חשוב יותר מכיבוד הסכמים.

תניית שיפוט בלעדית

**-** **תניית שיפוט בלעדית/ייחודית** הינה הסכמה להגיש תביעות רק לבית משפט מסוים.

**- תניית שיפוט מקבילה** היא הסכמה להקנות סמכות לבית משפט זה ללא שלילת אפשרות שהסכסוך יתברר בערכאה אחרת. תניית שיפוט מקבילה יוצרת כפיפות.

על ביהמ"ש לפרש מה הייתה כוונת הצדדים באמצעות פרשנות תכליתית. אין צורך שהתניה תשלול באופן מפורש סמכות של בתי משפט אחרים.

תניית שיפוט בלעדית או מקבילה? דוגמאות:

* **"Any** conflict between the parties shall be submitted before the respective courts in Thailand."

סמכות בלעדית.

* "Place of jurisdiction is Frankfurt. **If** the employee is not ordinarily resident in Germany at the time of court action, place of jurisdiction shall be Zurich."

סמכות בלעדית (אין בחירה), אך משתנה בהתאם למיקום העובד.

תניית שיפוט לא תקפה

תניית שיפוט המהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד אינה תקפה.

ס' 4(8) ו-4(9) לחוק החוזים האחידים קובעים חזקה של קיפוח במקרים של "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות..." ו"תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט...".

**רע"א 99/06 Lake Marion Gold Estate נ' פרוור:** תושבים ישראלים רכשו נכסי נדל"ן להשקעה בפלורידה. בחוזה הייתה תניית שיפוט בלעדית לביהמ"ש בפלורידה. הישראלים גילו שעשו להם מצג שווא והגישו תביעה בישראל נגד חברת הנדל"ן והמתווך. החברה האמריקאית ביקשה לעכב את ההליכים בישראל נוכח תניית השיפוט הבלעדית. ביהמ"ש הישראלי קבע כי מדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד ולפיכך בטלה.

**רע"א 5860/16 Facebook Inc. נ' בן חמו:** בקשה לאישור תובענה ייצוגית שטענתה העיקרית הייתה שפייסבוק ארה"ב ואירלנד ניטרו הודעות פרטיות של משתמשים, קראו אותן ועשו בהן שימוש פסול - בניגוד לדין הישראלי המחייב קבלת הסכמה מדעת לשימוש בתוכן. בתנאי השימוש בפייסבוק יש תניית שיפוט בלעדית לטובת בתי המשפט בקליפורניה, ובהתאם לכך פייסבוק ביקשה לעכב את ההליכים בארץ. ביהמ"ש העליון קבע שמדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד, ולכן ההתדיינות יכולה להמשיך בישראל.

* חשוב לשים לב שהקביעה שמדובר בתניה מקפחת ובטלה נעשתה לפי דין ישראל (ס' 4(8) -4(9) לחוק החוזים האחידים), על אף שברירת הדין קובעת כי יש ללכת לפי דין קליפורניה. ביהמ"ש המחוזי הסביר **שאת תוקף תניית השיפוט יש לבחון לפי דין הפורום** (כנראה שזה הדין הנוהג). לדעת המרצה יש קשר לתכלית החוק והיותו קוגנטי (לא נאפשר לצדדים להתנות, גם באמצעות בחירת דין זר, כדי להגן על צרכנים).

מה תיחשב כ"סיבה טובה" לתבוע בארץ, על אף קיומה תניית שיפוט בלעדית?

1. **התובע לא יקבל צדק במדינה הזרה**

חשוב: לא די בכך שדברים השתנו או שזה "לא נוח" לתובע. צריך משהו מעבר!

**פס"ד אוניון נ' עזרא:** עזרא עשה ביטוח חיים בחברה בינ"ל בשם אוניון כאשר היה תושב עיראק, ובחוזה הייתה תניית שיפוט בלעדית לטובת בתי המשפט בעיראק. עזרא עלה לישראל ותבע את חברת הביטוח, ואוניון טענה שיש לעכב את ההליכים כי עליו לתבוע בעיראק לפי תניית השיפוט. עזרא טען שבעיראק הוא לא יקבל צדק משום שהוא יהודי אזרח ישראל. ביהמ"ש קיבל את הטיעון וקבע שיש כאן סיבה טובה שלא לכבד את תניית השיפוט.

**פס"ד נברום בע"מ נ' הסנה:** חברת ביטוח ישראלית תבעה שיפוי מבעלי אונייה מרומניה, כי הסחורה שהביאו הייתה חסרה. בעלי האונייה ביקשו לעכב את ההליכים כי הייתה תניית שיפוט לטובת ביהמ"ש בבוקרשט. חברת הסנה טענה שיש סיבה טובה לנהל את ההליך בישראל מכיוון שיש נתבעים נוספים (נמל חיפה, חברות ישראליות הקשורות לנמל וכו'), ואם היא תצטרך להתדיין נגד בעלי האונייה ברומניה, זה יגרום לפיצול הליכים ויהיה מאוד לא נוח עבורה. ביהמ"ש דחה את הטענה וקבע שזה לא מצדיק התרת תניית שיפוט כי לא הובאה הוכחה שלא יתקבל צדק ברומניה.

1. **הימנעות מפיצול הליכים במצב של ריבוי תובעים**

הפסיקה מבחינה בין שני מצבים: כאשר יש ריבוי נתבעים (פס"ד נברום) וכאשר יש ריבוי תובעים.

אם נאפשר התרת תניית שיפוט במצב של ריבוי נתבעים, זה יוצר תמריץ לתובע להוסיף נתבעים מקומיים מסיבות טקטיות (רע"א סאמט פאנד). לעומת זאת, **בפס"ד Nantucket** נאמר שאם צירוף הנתבעים לא נעשה מסיבות טקטיות אז יש מקום לשקול אפשרות של התרת תניית שיפוט. זה תלוי במה יהיה הנטל על הנתבע הזר - אם הנתבע הזר פועל בישראל וזה פחות מכביד עליו, ייתכן שביהמ"ש לא יעכב את ההליכים. ככלל ביהמ"ש מכבד את תניית השיפוט במצב של ריבוי נתבעים.

**ריבוי תובעים הוא מצב שבו יש נתבע אחד, ולאחר התובעים יש תניית שיפוט עם אותו נתבע.** במצב כזה בקשתו לעכב את ההליכים תיעשה מסיבות טקטיות. **הנטייה של ביהמ"ש תהיה לא לכבד את תניית השיפוט כדי למנוע פיצול הליכים** (כי אין באמת פגיעה משמעותית בנתבע, שבכל קרה צריך להתדיין בישראל).

1. **האם התיישנות במדינה הזרה הנחשבת אי צדק?**

הפסיקה לא עקבית בנושא.

**פס"ד אדרת שומרון:** תניית שיפוט לטובת גרמניה. עד שהוגשה תביעה בישראל עברו שלוש שנים וחלה התיישנות בגרמניה. ביהמ"ש קבע שהתיישנות אינה סיבה מספקת לאי כיבוד תניית השיפוט.

**פס"ד דיפוכם:** צרכן ישראלי הגיש תביעה נגד יבואן ישראלי בגין פגמים שנפלו במוצר שרכש. היבואן ביקש להמציא הודעת צד ג' ליצרן הגרמני. בחוזה בין היבואן ליצרן הייתה תניית שיפוט בלעדית לטובת גרמניה, אולם בינתיים עברה תקופת ההתיישנות בגרמניה. ביהמ"ש קבע שיש לכבד את תניית השיפוט, כי התיישנות אינה עולה כדי נסיבות מיוחדות להשתחררות מהחוזה (אם היבואן היה מזדרז הוא היה יכול להספיק להתחיל הליכים בגרמניה לפני תום ההתיישנות).

**פס"ד Horizon:** תובעים הישראלים הגישו בקשה לביהמ"ש הימאי בחיפה, ובעלי האונייה האנגלים ביקשו לעכב את ההליכים נוכח קיומה של תניית שיפוט. נקבע שיש לכבד את תניית השיפוט. אולם, הנתבע האנגלי לא הסכים לוותר על טענת ההתיישנות באנגליה - והתובעים הישראלים ערערו לביהמ"ש העליון שבמפתיע קיבל את טענתם. לדעת שופטי הרוב, עמידת בעלי האונייה על טענת ההתיישנות מובילה למסקנה ש"הצדק המעשי" דורש שלא לכבד את תניית השיפוט. לדעת המרצה, פסק הדין המפתיע נובע מטשטוש בין מקרי תניית שיפוט למקרי פורום לא נאות. יש הבדל בין פורום לא נאות למצב שבו היה הסכם ברור שעסק בשאלה היכן יש לדון בעניין.

תניות בוררות זרות

במקרים שבהם חלה אמנת ניו יורק להכרה ואכיפה של פסקי בוררות חוץ (1958), ביהמ"ש יעכב את ההליכים - אלא אם יתקיימו אחד מהחריגים הקבועים באמנה עצמה.

דוגמה להפעלת חריג שכזה הינה **רע"א 1817/08 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ** (סכסוך בין חברות ישראליות, נטען שטבע ניהלה ניסוי רשלני שסיכן חולים). בפס"ד נקבע שרשימת החריגים אינה רשימה סגורה וביהמ"ש רשאי להמשיך לדון (=לא לעכב את ההליכים), שכן **האינטרס הציבורי בבירור המחלוקת בישראל גובר על כיבוד תניית הבוררות.**

הליכים תלויים ועומדים

עצם קיום הליך בחו"ל אינה, כשלעצמה, שוללת את סמכותו של ביהמ"ש (לרוב תהיה סמכות שיפוט מקבילה). **לבית משפט יש שיקול דעת האם לעכב את ההליכים** (עקב הטרדה מיותרת של ביהמ"ש, של הצדדים, יעילות המערכת, מניעת פסקי דין סותרים וכו'). **אין עיכוב אוטומטי נוכח הזכות הבסיסית לגישה לערכאות, כל אחד יכול לבחור איפה הוא רוצה להתדיין.**

נדיר שיש פסיקה על הליכים תלויים ועומדים, שלרוב מהווים שיקול בקביעת לגבי פורום לא נאות.

**ת"א 16562-12-12 חדר נ' רזק:** הסכם לבניית בית ביריחו. שני הצדדים היו אזרחים ישראלים תושבי ירושלים, אחד בעל המגרש ביריחו והשני קבלן. בעל המגרש טען שהיו איחורים בסיום הבנייה וליקויים משמעותיים ולכן לא שילם לקבלן. הקבלן הגיש בקשה לביהמ"ש ביריחו לקבלת התשלום. בעל המגרש הגיש תביעה בישראל ובה ביקש פיצויים. הקבלן אמר שההליך תלוי ועומד ביריחו, ולכן יש לעכב את ההליכים בישראל. ביהמ"ש קבע שלא הוכח שישראל אינה פורום לא נאות, אך בכל זאת עיכבו את ההליך בגלל קיומו של הליך תלוי ועומד.

פורום לא נאות

העילה השכיחה ביותר לעיכוב הליכים בארץ. באנגליה נקבע (פס"ד The Spiliada) כי ביהמ"ש יעכב הליכים אם:

* **הנתבע מוכיח** כי קיים פורום זר מוסמך שהינו בבירור **פורום טבעי יותר** (נטל על הנתבע!)

אלא אם:

* **התובע מוכיח** שלא יקבל **צדק** בפורום הזר (נטל על התובע!)

דוקטרינה זו אומצה בישראל בפס"ד **אבו ג'חלה נ' חברת החשמל.**

אדם נפגע מחוט חשמל מחוץ לגבולות ירושלים (בשטחים). האחריות על החשמל באותו אזור הייתה על חברת החשמל של מזרח ירושלים, חברה שרשומה בישראל אך לא פועלת בגבולות הקו הירוק. החברה טענה שהפורום הטבעי הוא בתי המשפט ביהודה ושומרון. ביהמ"ש בישראל קיבל את הטיעון ואמר שכל הזיקות הרלוונטיות מתקיימות ביחס לשטחים ולא לישראל – כלומר, הנתבעת הוכיחה שקיים פורום זר טבעי יותר. התובע טען שלא יקבל צדק בפורום הזר, שכן הפיצויים שייפסקו שם יהיו נמוכים יותר; תקופת ההתיישנות לפי הדין ביהו"ש כבר עברה; סף הרשלנות לפי הדין שם גבוה יותר, ולכן ייתכן שחברת החשמל כלל לא תימצא חייבת.

* טענת הרשלנות לא רלוונטית לשאלת הסמכות, וגם עניין הפיצויים (לא עניין של צדק, כל מערכת משפט קובעת את נורמות הפיצוי שלה).

**בארץ מיישמים את דוקטרינת הפורום הלא נאות באמצעות מבחן "מרב הזיקות",** שקובע את טבעיות הפורום - האם מאזן הזיקות נוטה באופן ברור לפורום הזר?

מבחן מירב הזיקות כולל התחשבות בשלושה רכיבים: הזיקות האובייקטיביות לשני הפורומים, ציפיות הצדדים ואינטרסים ציבוריים.

1. זיקות אובייקטיביות
2. **זיקות עובדתיות**

מקום מגורים של הצדדים ושל העדים, מקום האירוע ומקום הנזק, שפת המסמכים. זהו מבחן איכותי ולא כמותי.

1. **הדין החל**

אין תשובה ברורה לגבי מה המשקל שנותנים **לדין החל** בקביעת טבעיות הפורום.

* לפעמים לא ברור מה הדין החל, ולכן אולי לא מתאים להעמיק בשאלת הדין החל כשעוד כלל לא קבענו על הפורום. ראשית יש להחליט אם אותו פורום ידון בנושא.

**פס"ד מסיקה:** ההנחה בשלב הפורום הנאות הייתה שחל דין סלובניה. ביהמ"ש המחוזי שהתבקש לדון בשאלת הפורום הלא נאות סבר שמדובר **בשיקול חשוב,** ולכן קבע שישראל היא פורום לא נאות (בין היתר בגלל שחל דין סלובני).

**פס"ד הגבס**: בחוזה נקבע שהדין החל הינו דין אילינוי (אך לא הייתה תניית שיפוט). המשקל שנתנו לדין החל הייתה נמוכה ונקבע שהדיון יתקיים בישראל. העליון הפך החלטה זו וקבע **שלדין החל יש משמעות גבוהה.**

**פס"ד אשבורן:** לא היה ברור איזה דין חל, ישראל או קוויבק – אבל השופט רובינשטיין אמר שגם אם חל דין קוויבק, לא יהיה די בכך כדי להפוך את קוויבק לפורום טבעי יותר מישראל.

1. **האפשרות לאכוף את פסק הדין**

**בפס"ד הגבס** האמריקנים טענו שאם הדיון יהיה בישראל המפעל הישראלי לא יאכוף את פסק הדין בארה"ב. המחלוקת הייתה סביב השאלה **האם מדובר בשיקול לגיטימי?** לדעת השופט אור, כן - **אם התובע מעלה את זה.** השופט טירקל, לעומת זאת, הטיל ספק בעניין ואמר שמדובר **בשיקול חיצוני שאינו קשור להליך עצמו** (המצב עשוי להשתנות – אולי היום אי אפשר לאכוף את פסק הדין במדינה הזרה, אבל אולי בעתיד כן; עניין דינמי שלא מצדיק "סגירת דלת").

**פס"ד ירון מרכוס:** בחור ישראלי נפגע מטרקטור באוסטריה ורגליו נקטעו. הוא רצה לתבוע את הארגון האוסטרי שהיה אחראי על הסמינר שהשתתף בו. עלתה שאלת הפורום הלא נאות ביחס לישראל, ואחד מטיעוני הארגון היו שאם התביעה תדון בישראל לא ניתן יהיה לאכוף את פסק הדין – שכן לאוסטרים לא היו נכסים בארץ. ביהמ"ש אמר **שיש להיזהר מטיעון כזה, כי גם אם מבחינת הדין אין אפשרות לאכוף פסק דין במדינה מסוימת זה לא אומר שבפועל הנתבע לא ישלם.** לעיתים הנתבע כן ישלם משיקולים מסחריים (למשל, שלא יצא להם שם רע).

**פס"ד קציר נ' ZAO:** מקרה שבו **הטיעון הגיע מצד התובע.** בנק רוסי תבע אזרח ישראלי ממוצא רוסי בטענה שביצע הונאה בשעה שהיה ברוסיה. הנתבע טען שישראל היא פורום לא נאות כי כל המעשים נעשו ברוסיה. הבנק טען שאם יבצעו את הדיון ברוסיה תהיה בעיה לאכוף את פסק הדין, כי קציר יעלים את נכסיו בישראל. ביהמ"ש המחוזי קבע שזהו שיקול שגובר על כל השיקולים האחרים. העליון הפך קביעה זו ואמר **שלמרות שמדובר בשיקול חשוב, הוא לא גובר על כל האחרים.** עם זאת, הם סיפקו פתרון - למרות שהדיון לא יתקיים בישראל, יש אפשרות לתת סעד זמני של עיקול על הבית.

1. ציפיות הצדדים

מדובר בציפיות משוערות וסבירות (כי אם היו חושבים על כך בפועל, היו קובעים תניית שיפוט).

**מה אומר סעיף ברירת הדין על ציפיות הצדדים בעניין מקום השיפוט?**

**בפס"ד הגבס** היה חוזה בין היצרן האמריקני למפעל הישראלי נקבע שיחול דין אילינוי, אבל לא הייתה תניית שיפוט. האם ההסכמה על הדין הזר אומרת בהכרח שציפיות הצדדים הן שמקום השיפוט יהיה זר? נקבע **שיצרן שמפיץ מוצרים למדינות זרות צריך לצפות שיתבע שם.**

**איפה חברת תיירות מצפה להיתבע?**

פס"ד ארבל נ' TUI: תייר ישראלי רכש חופשה בתורכיה דרך סוכנות ובעת ששהה שם ביקר במועדון לילה ונפגע. הוא רצה לתבוע בישראל את החברות הזרות שארגנו את הנופש. החברות הזרות טענו לפורום לא נאות, שכן כל העדים בתורכיה והתייר נסע לתורכיה - ולכן עליו לצפות שידונו שם.

לפי המחוזי: "ניהול הליכים במדינת מוצאו של התייר שהגיע לנופש בארץ זרה **אינה בגדר הסיכון הטבעי והצפוי שנטלו על עצמן החברות".** דהיינו, הצדדים לא ציפו שההתדיינות תהיה בישראל.

לעליון הייתה גישה הפוכה - **"גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין".**

1. אינטרסים ציבוריים

מתייחסים לאינטרסים הציבוריים רק כששאר השיקולים האחרים (ציפיות וזיקות) מאויינים.

אילו אינטרסים ציבוריים ניתן לקחת בחשבון?

* **עומס על בית המשפט:** מתן במה להתדיינויות למי שלא קשור לישראל יעמיס על המערכת באופן שיפגע במתדיינים הישראלים.

פס"ד אבו ג'חלה: דובר על מצב שבו ריבוי התדיינויות של פלסטינים יפגע באזרחי ישראל.

* **הגנה על התובע הישראלי, כך שלא ייפול כנטל על המדינה**: במצב שבו לתובע ישראלי אין אפשרות לתבוע בחו"ל הוא יזדקק לסיוע המדינה.

פס"ד מסיקה: אם ביהמ"ש לא היה פוסל את הטענה לפורום לא נאות, כנראה שמסיקה לא היה מקבל פיצויים והופך לנטל על הביטוח הלאומי.

* **לתת סעד לישראלים שנפצעים ביעד תיירות פופולרי (ארבל נ' TUI)**
* **אינטרס "ערכי"**

פס"ד פרי: עסק בנכסים שהופקעו מיהודים ע"י הנאצים. פרי תבעו בישראל ארגון שהיה אמור לטפל בזכויותיהם מול הרשויות בגרמניה, ולטענת התובעים התרשל בטיפול. לארגון היו משרדים בישראל אך המשרד הראשי שלו ישב בארה"ב. נטען שהפורום הטבעי הוא בגרמניה, שכן שם מתקיימות הפעולות השנויות במחלוקת. ביהמ"ש דחה את טענת הארגון כאשר אחד מנימוקיו היה שלמערכת המשפט הישראלית יש **אינטרס ערכי מובנה הקשור לסוגיות הייחודיות לעם היהודי.**

פרשת דה שפיגל: התפרסמה בעיתון הגרמני תמונה של דמות בשם "פיני הגדול", שעובדה כך שיראה כנאצי. הכיתוב היה "המופע של הנאצי הגדול". התובע היה השחקן שגילם את פיני, ותבע את העיתון בישראל. נקבע שפרסום העושה שימוש בסמלים נאצים לצד דמות ישראלית מוכרת נובע בנושא בעל חשיבות ורגישות מיוחדת להוויה והחוויה הישראלית.

פורום לא נאות - חוסר צדק לתובע במדינה הזרה?

מה יהווה חוסר צדק במדינה זרה?

* הבדלים ברמת הפיצוי או הסעדים לא מהווים חוסר צדק (פס"ד אבו ג'חלה).
* התיישנות?

**פס"ד Hecke:** הפורום הטבעי היה גרמניה אולם תקופת ההתיישנות עברה. ביהמ"ש התייחס לחוסר צדק שעשוי להיגרם לתובע בגלל שעברה תקופת ההתיישנות, והתמודד עם זה באמצעות התניית עיכוב הליכים והתחייבות של הנתבע לא להעלות את טענת ההתיישנות בגרמניה.

**בע"א 4025/13 ויליאם:** איש עסקים שגר באנגליה הסתכסך עם חברת טלקומוניקציה שישבה בגרמניה סביב הפרת חוזה להשקעה בחברות ישראליות. ניסו לעשות גישור בגרמניה ונכשלו, ואיש העסקים הגיש תביעה בישראל נגד החברה הגרמנית ע"י המצאת כתב בי-דין למנהל החברה בעת ששהה בישראל. לטענתו, גם אם גרמניה היא פורום טבעי יותר, זה יגרום לחוסר צדק. ביהמ"ש לא קיבל את הטיעון ועיכב את ההליכים בארץ בלי לחייב את הנתבע שלא יעלה את טיעון ההתיישנות. זאת, מכיוון שהתנהלותו של התובע הייתה לא סבירה, והיה עליו להגיש תביעה בגרמניה מלכתחילה. כלומר, יש פה **מעין מבחן נוסף - האם התנהלות התובע הייתה סבירה?** לדעת המרצה זה סובייקטיבי מדי ויש בלבול בין תניית שיפוט לבין פורום לא נאות (בדומה לפס"ד Horizon).

פורום לא נאות - דוקטרינה שאבד עליה הכלח?

* בפס"ד הגבס השופט אור אמר ש"העולם כולו הולך והופך ל'כפר אחד גדול'". כלומר, שבגלל הגלובליזציה הנטייה לטענת פורום לא נאות תקטן. גישה זו לא ממש התקבלה באקדמיה ובפסיקה.
* מיכאיל קרייני טוען שעדיין "נחוצה לנו דוקטרינת סמכות משלימה ורחבה". כלומר, **בלי פורום לא נאות נשאר לנו רק כלל התפיסה, שלא יכול למנוע forum shopping.**
* בפס"ד אלביט השופט ריבלין ציטט את קרייני והסביר "ראיית הפורום בעל מרב הזיקות לעניין כפורום הטבעי אינה נובעת רק **מנוחות הצדדים** אלא גם **מציפיותיהם הסבירות ומהיכולת לנהל הליך יעיל בארץ".**

המצאה לנתבע הנמצא מחוץ לתחום השיפוט - תקנה 500

המצאה לנתבע בנמצא בחו"ל תיעשה רק עם היתר מבית המשפט, כאשר ההיתר הוא זה שמקנה סמכות. כדי לקבל את ההיתר יש לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:

1. **קיימת אחת מהעילות של תקנה 500**
2. המבקש להמציא כתב תביעה **מראה לביהמ"ש שיש לו תביעה הראויה לטיעון**
3. **שיקול דעת של ביהמ"ש** (כאן נכנסת שאלת הפורום הנאות מלכתחילה)

העילות הכלליות שמופיעות בתקנה 500

**500(1):** בקשת סעד נגד אדם שמקום מושבו או מגוריו הרגיל הינו בתחום המדינה [עילה 2 החדשה]

**500(6):** בקשת צו מניעה לגבי דבר שנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מניעת/הסרת מטרד בתחום המדינה (בין אם מבקשים דמי נזק בקשר לכך או לא)

**500(8):** בקשה לאכיפת פסק דין

**500(10):** כאשר האדם שמחוץ למדינה הינו בעל דין דרוש או בעל דין נכון בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר שהומצאה לו הזמנה לדין בתחום המדינה [= עילה 9 החדשה, ללא "שהומצאה..."]

בשביל שעילה 10 תתקיים על התביעה בארץ להיות כנה והאדם שהומצאה לו הזדמנה לדין בארץ באמת צריך קשור לתביעה. לא ניתן לצרף מישהו סתם כדי לקבל היתר המצאה.

**פס"ד Invensys נ' אריה ביטוח:** שריפה פרצה בתחנת רדיו השפלה. התחנה קיבלה כסף מחברת הביטוח, שתבעה את יבואן הציוד שגרם לשריפה בתחנה וביקשה לצרף גם את היצרן האנגלי. בכך גם היבואן הרוויח, כי הייתה לו תניה בחוזה שמנעה ממנו לתבוע נזקים מהחברה.

עילה 10 יכולה לשמש נתבע גם לצורך הוצאת הודעת צד ג' לגורם זר בחו"ל. בדומה לתובע, על הנתבע להראות שיש תביעה ראויה לדיון לצורך קבלת ההיתר – אולם מכיוון שזה נוגד את האינטרס שלו, הפתרון הטכני הוא שמורידים את רף התביעה הראויה לדון ואז מתאפשר לנתבע לטעון באופן חלופי (אין דבר בתביעה, אם גם אם כן יש הודעת צד ג'...).

בתקנות החדשות נוספו עילות כלליות חדשות:

166(1): נקבע בחיקוק שמבחינה בינ"ל בית משפט בישראל מוסמך לדון בהליך פלוני או אם הוסכם בין בעלי הדין על סמכות כאמור. במקרה שבו כבר יש סמכות לפי הוראה סטטוטורית או תניית שיפוט, וההמצאה היא רק כדי ליידע את הנתבע.

166(8): מבוקש שלא לאכוף פסק בוררות חוץ, כהגדרתו בחוק הבוררות, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה ניתן הפסק.

עילות בעניין מקרקעין

500(2): נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה [עילה 166(3) החדשה].

500(3): מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה.

עילות בעניין חוזים

ישנן ארבע עילות נפרדות הקשורות לחוזים, תקנה 500(4):

1. **"החוזה נעשה בתחום המדינה"**
2. **"החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה,** או באמצעותו..." [נמחק מהעילות החדשות]
3. **"על החוזה חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא"** [בד"כ יש הפרדה מוחלטת בין סמכות שיפוט לברירת הדין, כאן לשם שינוי יש להכריע בשאלת הדין החל קודם כל]
4. "תובעים על **הפרת חוזה בתחום המדינה"** [חוזה בד"כ יופר במקום ביצועו]

פס"ד הגבס: זו הייתה העילה, מכיוון שהמכונה לא עבדה בישראל כי לא התאימה לזרם החשמל.

פס"ד RAS נ' שמיר: ישראלית תבעה חברת ביטוח בגרמניה על פוליסת ביטוח החיים של אביה, שגר ונפטר בגרמניה. לפי החוזה חברת הביטוח צריכה לשלם לעיזבון, ומכיוון שהעיזבון גרה בארץ – חברת הביטוח הפרה את החוזה בארץ על כן ניתן לתבוע אותה בבימ"ש ישראלי.

תקנה 166(4) החדשה:

**התובענה היא בקשר לחוזה, ומתקיים אחד מהמקרים האלה: החוזה, כולו או מקצתו, נעשה או הופר בתחום המדינה או שנשללה האפשרות לקיימו בתחומה; על החוזה חלים דיני ישראל.**

עילות בעניין נזיקין ומעשים ומחדלים אחרים

תקנה 500(7) - "התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה".

הבעיה בתקנה זו התעוררה בעיקר בעוולות חוצות גבולות (כאשר חלק מהעוולה התקיים במדינה אחת וחלק במדינה שנייה). דוג': תביעה על מוצרים פגומים, כאשר הייצור בחו"ל והנזק נגרם בארץ.

**פס"ד מזרחי נ' Nobles:** פס"ד מכונן בעניין. מזרחי עבד בבניין עם חומר נפץ ונפגע קשה מחומר נפץ פגום. הוא רצה לתבוע את החברה הסקוטית בארץ. ביהמ"ש קבע שהמחדל נעשה בסקוטלנד ולכן לא ניתן לתבוע בישראל.

**פס"ד וילנסקי:** צוללן ישראלי נפצע מתקלה במיכל החמצן. היבואן בארץ סגר את עסקיו ווילנסקי רצה לתבוע את היצרן הצרפתי באופן ישיר. הערכאות הנמוכות ניסו למצוא דרכים יצירתיות כדי לאפשר לו לתבוע חרף האמור בפס"ד מזרחי. הרשמת בבימ"ש השלום טענה שזה קשור לדיני צרכנות ולכן נחשב תחת סמכות השיפוט הישראלית. ביהמ"ש המחוזי ניסה לטעון שהיצרן היה צריך לרשום על המכל אזהרה שהוא פגום, והיה עליו לעשות כן בנקודת השיווק בישראל – ולכן המחדל התקיים בישראל. העליון לא קיבל את הטענות והפך את ההחלטה ("ניתן אולי כיום להרהר בדבר ההצדקה להלכת מזרחי, אך היא הלכה מחייבת אשר ביהמ"ש בארץ עודם נאמנים לה").

עילה 500(7) יכולה לחול גם על מחדלים שאינם "עוולות" נזיקיות:

**פס"ד אשבורן:** מו"מ בין גורם ישראלי לגורם קנדי שלא הבשיל לחוזה. הישראלי טען שהיה חוסר תום לב מצד הקנדי. הוא טען לעילה (7), מעשה או מחדל בתחום המדינה.

**פס"ד אמזון:** חברות ישראליות רצו לתבוע את אמזון על כך שבאתר נמכרו מוצרים מזויפים שלהן. נקבע שהאתר לא יועד בהכרח למשתמשים ישראלים (נכתב באנגלית ובספרדית) ולחברה לא היו משרדים בישראל, ועל כן העילה לא תופסת.

תקנה 166(5) החדשה:

**"התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, שירות או התנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע עוסק בסחר בין לאומי או במתן שירותים בין לאומיים בהיקף משמעותי".**

בהתחלה לא היה ברור מה משמעות התקנה החדשה (שלא כוללת את המילים מעשה או מחדל בשטח המדינה), אבל ממש בנובמבר האחרון הוכנסה עילה חדשה - 500(7א) - לתקנות הקיימות, שעוזרת להבהיר את המצב:

"התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע היה יכול לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בינ"ל או במתן שירותים בינ"ל בהיקף משמעותי. לעניין זה, אדם קשור – אם הנתבע הוא תאגיד..."

מה זה בעצם אומר? **די שהנזק נגרם במדינה** ולא צריך שיהיה גם מעשה או מחדל בשטח המדינה (בניגוד לכל פס"ד שלמדנו, כמו מזרחי או וילנסקי).

אולם, לשם כך צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים:

1. **שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בתחום ישראל –** יהיו מקרים ברורים שבהם אפשר לצפות, אבל יש מקרים שבהם לא בטוח שאפשר לצפות.
2. **שהנתבע או אדם שקשור לו עוסק בסחר בינ"ל או במתן שירותים בינ"ל בהיקף משמעותי** – מה זה היקף משמעותי?
* לדעת המרצה יש חוסר ודאות אינהרנטי בתוך התקנה הזו.

חידוש זה חשוב, כי בעבר אמרנו שאין סמכות כי המעשה נעשה בחו"ל. במצב החדשה ניתן להתיר המצאה לחו"ל לפי תקנה 500(7א) אם התקיימו שני התנאים הנ"ל, וכן כוללים גם "אדם קשור".

התנאים הישנים של 500(7) רלוונטיים עדיין למצבים שבהם לא מתקיימים שני התנאים.

שיקול דעת בית המשפט

500: "רשאי ביהמ"ש או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בי-דין אל מחוץ לתחום המדינה..."

פסיקה: יש לתת היתר כאשר ישראל הינה הפורום הנאות.

על מי נטל ההוכחה במצב הזה? הגישה המסורתית הינה שעל התובע שרוצה "לגרור" נתבע זר מחו"ל להוכיח הן את קיומה של עילה והן את העובדה שישראל היא הפורום הנאות.

167(ב) החדשה: **בית המשפט יורה על דרך ביצוע ההמצאה... והוא רשאי להורות שבנסיבות העניין אין להמציא את המסמכים מחוץ לתחום.**

168 החדשה: הומצא לבעל דין כתב טענות מחוץ לתחום המדינה, **רשאי הוא לכפור בסמכות ביהמ"ש לדון בתובענה או לטעון כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות...** [נראה שנטל ההוכחה על הנתבע]

סייגים לסמכות

סייג 1: מקרקעין זרים

נלקח מהמשפט המקובל, הלכת מוזמביק משנת 1883. לפי כלל זה **לביהמ"ש אין סמכות לדון במקרים שבהם מעורבת, במישרין או בעקיפין, השאלה של בעלות מקרקעין זרים** (כפוף לחריגים).

הרציונלים העומדים מאחורי כלל זה:

1. פגיעה בריבונות המדינה הזרה
2. חוסר אפקטיביות של פסק הדין.

החריגים להלכת מוזמביק:

1. **עילת התביעה מבוססת על התחייבות אישית של הנתבע.**
* לדוגמה: תביעה בגין הפרת חוזה מכירת מקרקעין (פס"ד ברוך נ' לוי).
1. **תביעה מבוססת על מרמה במקרקעין זרים.**
* דוגמה: פס"ד בסיליוס נ' עדילה
1. **ירושה**

כמו כן, **הלכת מוזמביק לא חלה על מקרקעין ב"אזור",** שכן יש יחסים מיוחדים בין ישראל לבין "האזור" ולכן אין סיבה לסייג של חוסר אפקטיביות (בג"ץ עבד אלקאדר עבד אללה יונס קבהא נ' שר הביטחון). אפילו קיים צו של עזרה משפטית.

סייג 2: חסינות ריבון זר

חוק חסינות מדינות זרות, תשס"ח-2008.

ת"א 5006-08 יספוב ואח' נ' מצרים: הוגשה בישראל תביעה ע"י נפגעי טרור נגד מצרים בטענה שעודדה וסייעה למחבלים. ביהמ"ש קבע שאי אפשר לדון בתביעה כי למצרים יש חסינות.

ס' 3 לחוק קובע כי לחסינות יש חריג מסחרי: "למדינה זרה לא תהיה חסינות מפני סמכות שיפוט בתביעה שעילתה עסקה מסחרית". **כאשר מדינה פועלת כשחקן בשוק ניתן לתבוע אותה.**

**פרשת אדלסון:** ממשלת קנדה שכרה בית בהרצליה כדי שהדיפלומטים יגורו שם. ממשלת קנדה לא שילמה שכר דירה ובעלי הבית רצו לתבוע. ביהמ"ש לא קיבל את טענת קנדה לחסינות כי מדובר בעסקה מסחרית באופייה (=עסקה שכל גוף מסחרי יכול לעשות), חרף העובדה שמטרת השכרת הדירה הייתה קשורה לפעילותה הדיפלומטית והשלטונית של קנדה.

ס' 5 קובע כי לחסינות יש חריג נזיקין: "למדינה זרה לא תהא חסינות מפני מסכות שיפוט בתביעה בשל עוולה שבשלה נגרם נזק לגוף או לרכוש מוחשי, ובלבד שהעוולה נעשתה בישראל".

**USA נ' שוחט ואח':** אונייה של חיל הים האמריקאי שהתה בנמל חיפה וחיילים השתוללו והשתכרו והובילו לכך שעובדי הנמל נפגעו. הוגשה תביעה נגד ארה"ב, שטענה לחסינות ריבון זר, ולפעילות שלטונית. ביהמ"ש קבע שמכיוון שמדובר בעוולה (רשלנות) שנעשתה בישראל, אין חסינות.

צווים חוסמים Anti-suit Injuctions

צו חוסם הינו צו האוסר על "התובע" מלהתחיל או להמשיך הליכים בחו"ל (מעין מצב הופכי לעיכוב הליכים בארץ). מטרת הצו הינה למנוע Forum Shopping.

אופי הצו הינו אישי נגד התובע, והסנקציה בגין הפרתו הינה ביזיון בית המשפט.

נטל ההוכחה: **על "הנתבע" להוכיח שהתדיינות בחו"ל תגרום לו פעילה העולה על הפגיעה שתיגרם ל"תובע" מהצו החוסם.**

**פס"ד SNIA v. LEE JUIJAK:** הייתה תאונת מסוק בברוני, אי הקרוב למלזיה. אלמנתו של הקורבן הגישה תביעה בברוני נגד החברה המלזית שהפעילה את המסוק ונגד היצרן הצרפתי של המסוק. האלמנה הפסיקה את ההליכים ובחרה להגיש תביעה בטקסס. היצרן הצרפתי ביקש מביהמ"ש בברוני צו חוסם נגד האלמנה, שאוסר עליה להמשיך את ההליכים בטקסס.

**פס"ד פריסקל נ' אורנשטיין:** ממחיש את גבולות הצו החוסם. אחות גרה חלק מהזמן באנגליה וחלק מהזמן בישראל. היא מגישה תביעה נגד האח בארץ, ומקבלת צו מניעה האוסר על האח מלבצע פעולות כבעל מניות בחברה המשפחתית. האח הגיש תביעה נגד האחות בארץ בדרישה להחזרת כספים, ואיים על האחות שאם היא לא תעביר לו כספים מסוימים הוא יתבע אותה באנגליה. האחות ביקשה צו חוסם נגד האח. ביהמ"ש לא נתן צו חוסם כיוון שהאחות לא הוכיחה שהפגיעה שתיגרם לה תגבר על הפגיעה שתיגרם לאח אם יינתן הצו.

שיקולים בעד מתן צו חוסם:

* כאשר קיימת פגיעה בעקרונות הצדק
* מניעים פסולים או התנהגות פסולה

שיקולים נגד מתן צו חוסם:

* פגיעה בזכות יסוד להביא הליכים בכל ערכאה מוסמכת
* משום התערבות ממשית בהליכים במדינה זרה
* ניתן להצדיק פגיעות אלה רק במקרים חריגים וקיצוניים, לא די באי נוחות או בכך שכבר מתקיימים הליכים בין הצדדים בארץ

מטרות כללי ברירת הדין

1. קידום אינטרסים פרטיים = עשיית צדק עם בעלי הדין

יש להבחין בין **צדק מהותי** (Better Law, איזו תוצאה הכי צודקת) לבין **צדק "מתקלי"** (Conflicts Justice). לרוב כללי ברירת הדין נקבעים לא לפי התוצאה הסופית, הצדק המהותי, אלא הצדק המתקלי, איזו מערכת משפט הכי צודק להחיל. לא בודקים את התוצאה אלא את מערכת המשפט!

**ההגדרה המקובלת של צדק היא "מימוש הציפיות הלגיטימיות של הצדדים".** אילו דינים הצדדים יכלו לצפות שיחולו במקרה הנ"ל? חשוב לציין שלא תמיד פשוט לזהות את הציפיות הללו בדיעבד, ולרוב לוקחים את הציפיות בחשבון מלכתחילה, בעת עיצוב כללי ברירת הדין.

1. אחידות התוצאה בכל פורום

לא משנה היכן ידונו בעניין, התוצאה תהיה זהה. מטרה זו נועדה להתמודד עם תופעת ה-Forum Shopping. אם הצדדים ידעו שאותו דין יחול הן במדינה א' והן במדינה ב', זה יצמצם את התמריץ לפורום שופינג (יצמצם ולא יבטל – כי לפעמים פורום שופינג מסתמך על הבדלים פרוצדורליים וכו').

איך מגיעים למצב שבו יש אחידות תוצאה בכל פורום? **דרך המלך הינה אמנות בינ"ל המאחדות כללי ברירת דין.** אם כללי ברירת הדין יהיו זהים בכל מדינה, לא משנה היכן נדון כי יחול אותו דין.

* חשוב להבחין בין אחידות בכללי ברירת הדין ("טכניים") לבין גלובליזציה בדין המהותי!

חוץ מאמנות בינ"ל, יש **אמנות אזוריות** (בעיקר של האיחוד האירופי, שמסדירות את כללי ברירת הדין בהיבטים חוזיים ונזיקיים – תקנת רומא 1 ו-2).

דרך נוספת הינה **אימוץ חד צדדי** של כללי ברירת הדין הנפוצים במדינות אחרות.

1. נוחות, פשטות ויעילות בהליך השיפוטי

ישנו **צורך כללי בכללים ברורים, ודאיים וקלים ליישום.**

בתחום של משפט בינ"ל פרטי יש מחלוקת לגבי השאלה עד כמה מדובר במטרה חשובה. פרופ' שפירא טוען שזוהי מטרה שיותר קשה להשיג במשב"ל פרטי, שבו כל סיטואציה שונה ולכן קשה לקבוע כללים ברורים שיעזרו לאנשים לדעת מה תהיה התוצאה הצפויה. הוא **בעד כללים גמישים.**

השופט ריבלין **בפס"ד סקאלר נ' יובינר** נוקט בגישה ההפוכה, ואומר שעניין הוודאות חשוב מאוד ולכן חריג הנזיקין צריך להיות מאוד צר.

פרופ' קנאור אומר שכשמחפשים אחרי כללי ברירת הדין הכי טובים, אנחנו בעצם **בחיפוש מתמיד אחרי "הדרך המושלמת לאזן" בין הצורך "לשמור על ודאות וצפיות" לבין "גמישות וצדק במקרה הספציפי".** שביל הזהב הוא ככל הנראה בין שפירא לריבלין.

1. הגנה על האינטרס הציבורי

ישנו קונצנזוס לגבי העובדה שביהמ"ש לא יחיל דין הנוגד את תקנת הציבור החיצונית של הפורום = לא נחיל דין זר הנוגד את תקנת הציבור הישראלית, כגון דין המפלה יהודים.

המחלוקת העיקרית הינה סביב גישת "ניתוח האינטרס הממשלתי". גישה זו אומצה בחלק ממדינות ארה"ב, וגורסת **שיש להחליט איזה דין להחיל בהתאם לשאלה איזה אינטרס יש לכל מדינה שהדין שלה יחול** (במקרים שבהם מדיניות הפנים שלה מעוניינת בתוצאה מסוימת). גישה זו לא אומצה רשמית בישראל אולם ניתן לראות רמזים אליה בפסקי דין מסוימים.

מנגד, יש האומרים **שלמדינות אין אינטרס בהחלת דין מסוים אלא רק שייעשה צדק בין בעלי הדין** (בדומה למטרה הראשונה, של עשיית הצדק לפי האינטרסים הפרטיים).

**פס"ד Babcock v. Jackson** – פסה"ד המנחה בגישת ניתוח האינטרס הממשלתי. אחד הרציונלים החלופיים שהנחו את השופטים בהחלטה הייתה השאלה האם למדינת אונטריו יש אינטרס שהדין שלה (חוק "הטרמפיסט") יחול, כאשר מדובר בשני בעלי דין מניו יורק שנהגו ברכב מניו יורק. היות שמטרת החוק הייתה, כנראה, להגן על חברות ביטוח קנדיות מפני תביעות כוזבות, השופטים הגיעו למסקנה שאין לאונטריו אינטרס שהחוק יחול דווקא במקרה הזה (חברת ביטוח אמריקנית). לניו יורק, לעומת זאת, יש אינטרס בהחלת הדין המדינתי, שמאפשר להגן על תושבת ניו יורק.

מצב כזה נקרא **"מתקל שווא",** כי לכאורה דין אונטריו ודין ניו יורק מגיעים לתוצאות שונות. בפועל, כאשר בוחנים את האינטרסים של המדינות הללו רואים שאין באמת מתקל והתוצאה ברורה. זה מראה מה **היתרונות של גישת האינטרס הממשלתי, לזהות מתקלי שווא -** שכן אם היינו הולכים לפי גישת מקום ביצוע העבירה לא היינו מקדמים את האינטרס של תושבת ניו יורק.

אולם, ישנם מקרים שבהם לא קל לזהות אינטרסים. בעוד שבארה"ב זה יכול לעבוד לפעמים, במדינות שונות מאוד – כמו סין ורוסיה – יכול להיות קשה לזהות אינטרסים ולהכריע ביניהם.

**בפס"ד Kell v. Henderson** הייתה סיטואציה הפוכה לגמרי מ-Babcock, שני תושבי אונטריו היו בניו יורק עם רכב קנדי ושם קרתה להם תאונה. התובעת מאונטריו רצתה לתבוע את התושב השני, ותבעה בניו יורק כי ידעה שרק שם יש לה סיכוי לקבל פיצויים. ביהמ"ש בניו יורק בדק מהם האינטרסים של שתי המדינות: לאונטריו יש אינטרס שהדין שלה יחול, שכן מדובר בחברת ביטוח מאונטריו. האם לניו יורק יש אינטרס בהחלת הדין? באותו פס"ד נאמר שכן, כי: 1) יש אינטרס להסדיר את עניין הנהיגה בניו יורק 2) שהתובעת תקבל פיצוי ותוכל לשלם את שכר הטרחה של הרופאים בניו יורק 3) דאגה אנושית כללית למי שנפגע בתאונה. האינטרס של ניו יורק אינו רק פנימי, לנפגעי ניו יורק, אלא לנפגעים בכלל.

בהנחה שכן זיהינו את האינטרסים, כמו בפס"ד Kell, ויש מתקל אמיתי - כיצד פותרים זאת?

1. **"גישת הפורום":** ברגע שיש פורום הוא יחיל את הדין שלו. זוהי גישה בעייתית כי הפורום לא תמיד הולם את ציפיות הצדדים ומעודד פורום שופינג.
2. **גישת "הפגיעה הפחותה":** לכל מדינה יש אינטרס, ויש לבחון איזה אינטרס ייפגע פחות אם הדין של אותה מדינה לא יוחל (בדומה לאיזון בין זכויות). אומצה בעיקר בקליפורניה.

**פס"ד Bernard v. Harrab's Club:** הייתה תאונת דרכים בקליפורניה ותושב קליפורניה נפגע. התאונה נגרמה עקב שכרות של הנהג, ששתה הרבה בפאב בנאדה, הסמוך לגבול עם קליפורניה. בקליפורניה יש חוק שאומר בעל פאב שנותן ללקוח יותר מדי אלכוהול ונגרמת בעקבות זה תאונה נושא באחריות נזיקית. ביהמ"ש בקליפורניה השתמש בגישה של ניתוח האינטרס הממשלתי - לקליפורניה יש אינטרס שהדין שלה יחול, שכן מטרתה היא להגן על תושבי קליפורניה מנהיגה בשכרות. מנגד, גם לנבאדה יש אינטרס שהדין שלה יחול, שכן היא לא רוצה שבעלי הפאבים בה יסתכנו באחריות נזיקית. מהי הפגיעה הפחותה? ביהמ"ש בקליפורניה קבע שהאינטרס של נבאדה יפגע פחות מאשר האינטרס של קליפורניה, שכן (1) האינטרס של נבאדה הוא אינטרס פסיבי בעוד שהאינטרס של קליפורניה מבוסס על מדיניות אקטיבית של לחימה בנהיגה בשכרות, ואם ניתן יהיה להתחמק מהחוק ע"י נסיעה לפאב בנבאדה, המדיניות הממשלתית תיפגע (2) הפאב הנתבע פרסם בקליפורניה, כלומר ניסה למשוך בכוונה לקוחות מקליפורניה בידיעה שהם יבואו ברכב.

ברירת הדין בנזיקין

השאלה שהכי מעסיקה את כללי ברירת הדין היא השאלה הנזיקית. פס"ד ינון נ' קרעאן אומר ששאלה זו "נמנית על השאלות העיוניות המורכבות ביותר בדיני מתקל הדינים, בארץ ובעולם".

ההתפתחות הכרונולוגית בארץ של ברירת הדין בנזיקין

בתחילת הדרך אימצנו את "הכלל הכפול" מהמשפט המקובל (פס"ד Philips), שקובע כי תהיה אחריות נזיקית רק כאשר מתקיימים שני תנאים:

1. **התביעה הינה** **ברת תביעה לפי דין הפורום** (יש התחשבות בעניין הפורום!)
2. **המעשה לא היה תמים על פי דין מקום ביצוע העוולה**

יש כאן מורכבות מסוימת, התחשבות הן בדין הפורום והן בדין ביצוע העוולה. מי הדין הדומיננטי, שקובע את היקף האחריות? בהתחלה האמינו **שדין הפורום קובע את היקף האחריות.**

**פס"ד בלאו:** התרחשה תאונת דרכים בחצי האי סיני בעת שהיה בשליטת ישראל. הדין שחל שם היה דין מצרי, והנהג היה חייל בצה"ל. תבעו את המדינה בטענה שיש לה אחריות שילוחית בגין המעשים של החייל. האם דין הפורום (ביהמ"ש הישראלי) קובע את האחריות השילוחית או דין מצרים? ביהמ"ש אימץ את הגישה שלפיה דין הפורום דומיננטי.

בהמשך אומץ חריג המדינה עם הקשר הקרוב ביותר לעוולה(דומה לגישת "מירב הזיקות")**.**

**פס"ד Boys:** התרחשה תאונה במלטה, והנפגעים היו חיילים בריטיים שהוצבו במקום. התביעה התקיימה באנגליה. היה ברור שמדובר ברשלנות הן לפי דין אנגליה והן לפי דין מלטה, אבל בדין מלטה אין פיצויים בגין כאב וסבל. נקבע **חריג של המדינה עם הקשר הקרוב ביותר לעוולה**.

**פס"ד קפלן:** אימוץ חריג "המדינה עם הקשר הקרוב ביותר" בישראל. הייתה תאונה בחצי האי סיני ונאמר שגם אם חל דין מצרים אפשר להחיל את דין ישראל כי כל המעורבים היו ישראלים.

בהמשך אומצה הגישה האמריקנית של "מירב הזיקות":

**בע"א קלוזנר נ' ברקוביץ:** בחור אמריקני שלמד בישראל נפגע בתאונת דרכים מנהג אגד. הוא תבע פיצויים לפי התעריפים בארה"ב. לפי "הכלל הכפול", הדין שחל הוא דין ישראל (גם הפורום וגם מקום ביצוע העוולה). עם זאת, **השופטת בן פורת החליטה שהגיעה הזמן לשינוי ויש לאמץ את הגישה האמריקאית של מירב הזיקות,** שהיא גמישה ומאפשרת להגיע לתוצאה מדויקת יותר. התוצאה הסופית בפסה"ד הייתה זהה - הדין החל הוא דין ישראל - אבל הדרך לכך השתנתה.

אולם, גישה זו אינה חפה מבעיות: לדוגמה, במקרה טיפוסי של תאונת עבודה בשטחים, התובע הפלסטיני יטען שחל דין ישראל והמעסיק הישראלי יטען שחל הדין הירדני (שבו יש פיצוי נמוך וקבוע). מצב כזה ממחיש את הקושי בגישת מירב הזיקות, שכן ניתן להגיע לתוצאות סותרות בגלל השליטה הישראלית בשטחים.

פרשת ינון - דחיית גישת מירב הזיקות וקביעת כלל "מקום ביצוע העוולה"

בפס"ד ינון נ' קרעאן (2003) השופט ריבלין דחה את גישת "מירב הזיקות" בהיותו כלל אמורפי שכולו שיקול דעת. לדבריו על ביהמ"ש להיות מונחה על ידי עיקרון - אף אם יותר לו לסטות ממנו. במקום זה הוא מנסח כלל ברירת דין חדש עם חריג:

**"הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה.** לכלל האמור נכיר **בחריג על פיו לא יהא זה צודק להחיל את דין מקום ביצוע העוולה** מקום שבו הקשר בין מקום ביצוע העוולה לעוולה הוא **מקרי**".

ריבלין מנמק את הבחירה במיקום ביצוע העוולה בכך שמדובר **בכלל שכיח במשפט המשווה,** המעניק **ודאות** ותומך **בעיקרון הטריטוריאליות.**

אולם, ישנה בעיה עם נוסח החריג -

* האם מדובר בשני חריגים, צדק ומקריות?
* ואולי זה חריג אחד של צדק, כאשר המקריות מהווה דוגמה לאי צדק?
* ואולי בכלל מדובר בחריג אחד עם שני תנאים מצטברים – חוסר צדק ומקריות?

"במקרה חריג ונדיר שכזה, יהיה על בית המשפט להחיל את **דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה עוולה".** כלומר, ריבלין - שדחה את מירב הזיקות כגישה כללית - אומר **שכשהחריג מופעל, יש להפעיל את מבחן מירב הזיקות.** האם זה באמת פותר את בעיית חוסר הוודאות?

יישום הכלל והחריג בפס"ד ינון

לכאורה, הכלל היה אמור לקבוע שיחול הדין הירדני (שכן התאונה התרחשה ביהו"ש). עם זאת, השופט ריבלין רצה להחיל את הדין הישראלי ולכן ניסח את החריג כך שיוביל למקריות: "המצב המשפטי הייחודי באזור, שלפיו דינים שונים חלים על תושבים שונים הינו חריג לעקרון הטריטוריאלי, עליו מבוסס כלל החלת דין מקום ביצוע העוולה". לכן, לדעתו, הקשר בין העוולה לבין דין מקום הביצוע הינו מקרי.

יש על כך לא מעט ביקורת – האם הקשר בין העוולה למקום באמת מקרי?

**פס"ד סקאלר נ' יובינר:** תאונת דרכים בניו זילנד, כאשר הנהגת והניזוק היו ישראלים שהכירו בניו זילנד. על פי דין המקום אין עילת תביעה כיוון שכל נפגע מקבל פיצוי אוטומטי מקרן ממשלתית. עם זאת, ברגע שהניזוק חזר לישראל הוא איבד את זכאותו. **בדנ"א נקבע שחל דין מקום ביצוע העוולה – דין ניו זילנד,** היות שלא מתקיים חריג המקריות. השופטות חיות וארבל היו בדעת מיעוט.

* ארבל: יש להחיל את דין ישראל, מקום המגורים המשותף של הצדדים (קיים באמנת רומא 2).
* חיות: אומנם אין מקריות, אך יש לחרוג עקב חוסר צדק.

לאחר פרשות ינון וסקאלר עלו שאלות בהיבט הנזיקי שאין עליהן תשובות ברורות:

1. מהו מקום ביצוע העוולה במקרים של עוולה חוצת גבולות?

המקרה הקלאסי של עוולה חוצת גבולות הוא מוצר פגום. האם מקום ביצוע העוולה הוא מקום ייצור המוצר בחו"ל או מקום הנזק בישראל?

1. **מקום המעשה או המחדל?**

לכאורה ניתן לעשות היקש מהפסיקה בעניין תקנה 500(7), אולם היא משתמשת במילים "מעשה או מחדל", ולא "ייצור או גרימת הנזק". היות שברשלנות אין עוולה עד קרות הנזק, קצת קשה להקיש מהביטוי מעשה או מחדל אל הביטוי "מקום ביצוע העוולה".

1. **מקום התרחשות הנזק?**

היקש מס' 9(ב) לחוק אחריות מוצרים פגומים, החל כאשר הנזק מתקיים בישראל. גם אמנת רומא 2 קובעת מפורשות שבמקרים של עוולה חוצת גבולות עם נזק לרכוש או לגוף, הדין החל הוא של מקום קרות הנזק. **בפועל התיקון לתקנות הסד"א היטה את הכף לטובת מקום התרחשות הנזק.**

אין בישראל פסיקה חד משמעית בתחום. שאלת העוולה חוצת הגבולות עלתה בישראל רק בשני מקרים של בתביעות נגד הרשות הפלסטינית ע"י משפחות לנפגעי טרור. הפיגועים התרחשו בישראל, אבל נטען שהרשות הפלסטינית עודדה והסיתה לטרור.

**פס"ד אזוז**: ביהמ"ש המחוזי בת"א לא זיהה שמדובר בעוולה חוצת גבולות ונקבע שהדין החל הוא הדין הישראלי כי מקום הנזק הוא ישראל.

**פס"ד הרשות הפלסטינית נ' דיין:** הגיע לעליון וריבלין הבין את הבעיה בסיטואציה. הוא ניסה להתחמק ואמר שגם אם יחול דין הרשות, יפעילו את החריג (זה היה לפני פס"ד סקאלר) מכיוון שמדינת ישראל הינה בעלת העניין שדיניה יחולו במקרה זה – בדומה לגישת האינטרס הממשלתי.

* במבחן נידרש לזהות שמדובר בעוולה חוצת גבולות, לציין שתי גישות וליישם באופן חלופי
1. מהו היקף החריג שנקבע בפרשת ינון?

מה זה מקריות? זה לא מופיע באף דין זר. אולי ריבלין הושפע מהאוביטר **בפס"ד הכשרות היישוב נ' אוחנה,** על נזק שנגרם לישראלית מאוטובוס ישראלי בטאבה, כמה מטרים לתוך הצד המצרי.

ריבלין בפס"ד סקאלר: **"מקריות עשויה להשתקף במקרים שבהם הסביבה האינטימית היא רבת משמעות יותר מהסביבה הגיאוגרפית".** כלומר, מצב שבו אין קשר ענייני עם מקום ביצוע העוולה למעט העובדה שהעוולה התבצעה שם.

לפי מבחן זה, התוצאה בפס"ד סקאלר נראית בעייתית... מדוע דחו את החריג של מקום מושב משותף (של השופטת ארבל)? לדעת המרצה זה דווקא חריג טוב (גם אם לא בלעדי).

דעת הרוב דחתה חריג זה בטענה ש"אימוץ חריג מקום המושב המשותף אינו עולה בקנה אחד עם המטרות שעמדו בבסיס ההלכה שנקבעה בפרשת ינון, ובכלל הצורך הוודאות וביציבות". לדעת המרצה, זו טענה קצת מגוחכת, שכן השופטים תמכו בחריג של מקריות בעוד שמקום מושב משותף הוא הרבה יותר ודאי (או שקיים או שלא!).

1. האם הכלל בפרשת ינון חל על עוולות שבוצעו בישראל?

ס' 3 לפקודת הנזיקין קובע שכל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה.

ישנן שלוש דרכים שונות לפרש את הסעיף (וכולן מובאות בפס"ד קלאוזנר נ' ברקוביץ):

1. **ס' 3 הוא כלל ברירת דין חלקי - אם העוולה בוצעה בישראל, יחול דין ישראל** (השופט שילה)
2. **גישת ביניים - סף מינימום לתרופה שיקבל מי שנפגע ע"י עוולה בישראל** (השופט חשין)
3. **מתקיימים כללי ברירת הדין הרגילים** (השופטת בן פורת)
4. איזה דין חל על חישוב הפיצויים?

ראשית יש **להבחין בין ראשי הנזק** (עניין מהותי שנקבע לפי הדין החל על העוולה - פס"ד BOYS) **לשיעור הנזק,** שלא ברור אם הוא מהותי או פרוצדורלי. באנגליה שיעור הנזק הוא עניין פרוצדורלי, בעוד שבחלק מהמדינות בארה"ב שיעור הנזק נחשב לעניין מהותי.

**פס"ד קלאוזנר:** השופטת בן פורת אמרה ששיעור הנזק הינו עניין מהותי.

**פס"ד ג'ון כהן:** השופט לוין אמר שמדובר בסכום שרירותי שלא באמת ניתן למדוד, וכדי להבטיח אחידות בין נתבעים שונים יש לקבוע שמדובר בעניין פרוצדורלי שחל עליו דין ישראל.

**כשיש "הסדר שלם" (חוק הקובע את עניין האחריות + שיעור הנזק) שיעור הנזק נחשב מהותי.**

כללי ברירת הדין בחוזים

"דין החוזה" - הדין החל על החוזה

**ככלל, דין החוזה הוא הדין שהצדדים הסכימו לנהוג על פיו** (בג"ץ עמותת קו לעובד). אם הצדדים לא גילו את דעתם - יש לקבוע **מהו הדין שקשר העסקה עמו הוא הקשר "האמיץ והממשי ביותר"**.

למה ריבלין מאשר שימוש בגישת מירב הזיקות בהקשר של חוזים, אחרי שדחה אותה בתוקף בהקשר של נזיקין? לדבריו, אם צדדים לא רוצים חוסר ודאות בחוזים - הם יכולים למנוע זאת באמצעות קביעה מראש (בעוד שבנזיקין אין ידיעה מראש בד"כ, כי העוולה לא מתוכננת).

במקרים שבהם הצדדים הסכימו, עולה השאלה האם יש **הגבלות על אוטונומיית הצדדים -** האם בכל מקרה נכבד את בחירת הצדדים לגבי איזה דין חל? או שיש לכך חריגים?

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

**פס"ד נחושתן נ' קלאסיקה:** חוזה העסקה שבו המעסיק והעובדים היו ישראלים אבל למעסיק הייתה חברה קפריסאית - ולכן פורמלית החוזה היה בין התאגיד הקפריסאי לעובד הישראלי, והיה כתוב בחוזה שחל עליו דין קפריסין. העובד תבע את המעסיק בבי"ד לעבודה בישראל. המעסיק טען שחל דין קפריסין ואי אפשר לקבל פיצוי על פי דין ישראל. ביה"ד הארצי לעבודה קבע שלא מדובר ברצון אמיתי של הצדדים - אף אחד מהם לא ידע מה דין קפריסין וכל מטרת ייסוד החברה בקפריסין הייתה התחמקות ממיסים. לא היה קשר אמיתי עם קפריסין ולכן זוהי בחירה לא תקפה. לדעת המרצה זהו פס"ד קצת בעייתי ולא דוגמה אידיאלית.

**פס"ד טארק סעדאת מחיסן ואח' נ' המנהל האזרחי:** תביעות של עובדים פלסטינים נגד מעסיקים ישראלים על עבודה שבוצעה ביהו"ש (אזור), ולכן לא חלים עליהם דיני עבודה ישראליים. במקרה הזה היה עובד פלסטיני שמעבידו היה המנהל האזרחי, ובחוזה היה כתוב שחלים דיני העבודה הירדניים. העובד טען שחל דין ישראל אולם טענתו נדחתה ע"י ביהמ"ש.

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

מתי כללים קוגנטיים מיועדים לחול? יש לבדוק את **מטרת החוק ועל מי הוא נועד להגן.**

**פס"ד גבעת זאב (קו לעובד):** ביה"ד הארצי לעבודה נתן באוביטר דוגמה של עובד תאילנדי שבא לישראל לעבוד בחקלאות. החקלאי המתוחכם כותב בחוזה שחל עליו דין תאילנד, ואז העובד התאילנדי פונה לבהמ"ש בישראל ומקבל זכויות סוציאליות לפי הדין הישראלי, שכן כי דיני העבודה הישראליים קוגנטיים ומיועדים לחול על כל מי שמבצע עבודה בישראל (לא משנה מה זהותו).

עוד דבר שיכול לגבור על הסכמת הצדדים הוא **חוק החוזים האחידים,** בהקשר של תניה מקפחת.

**פס"ד פייסבוק נ' בן חמו:** לצד עניין תניית השיפוט, התובעים טענו שתנאי ברירת הדין מהווה תניה מקפחת בחוזה אחיד. אולם, איך מחילים את חוק החוזים האחידים אם חל דין קליפורניה? רק אם נקבע שהוא חוק קוגנטי שנועד לחול הוא יוכל לגבור על הסכמת הצדדים לדין קליפורניה. מתי חוק החוזים נחשב לקוגנטי? כנראה רק כאשר החוזה נחתם בישראל, ולא כאשר ישראלי נוסע לחו"ל וכורת שם חוזה. החוק נועד להגן על ישראלים שפועלים בישראל. בפסק הדין נקבע שעל אף שתניית השיפוט מקפחת (כי היא תמנע מהלקוחות לתבוע), תניית ברירת הדין אינה מקפחת (כי לא הוכח שדין קליפורניה עצמו מקפח את הלקוח). **השאלה האם מדובר בתניה מקפחת תלויה בשאלת הדין הנבחר. אם הדין סביר יכול להיות שלא מדובר בתניה מקפחת.**

עוד חוק שיכול להיחשב קוגנטי לענייננו הינו **חוק הגנת הצרכן,** שקובע שאסור להטות מחירים.

**פס"ד :HOTELS** הייתה תביעה נגד אתר שדרכו אפשר היה להזמין מלון. האתר נתן מחיר ללא מע"מ לבתי מלון בישראל, אבל ישראלים שרכשו דרכו היו צריכים לשלם מע"מ ולכן המחירים שהופיעו באתר היו מטעים ונוגדים את חוק הגנת הצרכן – שכן **הדין נועד להגן על צרכנים ישראלים שפועלים בישראל.** אם ההטעיה הייתה בחו"ל אז לא היה אפשר להסתמך על חוק הגנת הצרכן.

כאשר אין בחירה של דין החוזה - מירב הזיקות

יש לשקול את כל הזיקות והגורמים הרלוונטיים **במועד כריתת החוזה:** מקום כריתת החוזה, זהות הצדדים (אזרחות, תושבות, מקום העסק, מקום התאגדות וכו'), ביצוע החוזה וכו'.

דוגמאות ליישום מבחן מירב הזיקות במקרים גבוליים של עסקאות בינ"ל:

**פס"ד The Assunzione:** פס"ד אנגלי שעסק באונייה בבעלות איטלקית עם קברניט איטלקי. החוזה עסק בייבוא סחורה מצרפת לאיטליה. בעלי הסחורה היו צרפתים ודמי החכירה שולמו במטבע איטלקי באיטליה. החוזה היה סטנדרטי ובאנגלית אבל הוספו כמה משפטים בצרפתית בכתב יד והחוזה נכרת בצרפת. איזה דין קשור יותר - הצרפתי או האיטלקי? יש זיקות משמעותיות לשני המקומות. בסוף בחרו באיטליה בטענה שיש לייחס משקל מיוחד למקום ומטבע התשלום.

**פס"ד Whitworth Street Estates v. Miller:** חוזה לשיפוץ בניין. הקבלן היה סקוטי, הבניין היה בסקוטלנד אבל בעלי הבניין היו אנגליים. המו"מ התבצע באנגליה והחוזה היה טופס סטנדרטי של האגודה לאדריכלים בריטיים, אליה משתייכים אדריכלים אנגלים וסקוטים. המינוח המשפטי בחוזה היה אנגלי. חל דין סקוטלנד או אנגליה? הקשר המשפטי לאנגליה גבר על הפיזי עם סקוטלנד.

**פס"ד אוניון חברת ביטוח נ' עזרא:** הסיפור של חברת הביטוח והיהודי העיראקי. איזה דין חל על החוזה? החוזה נכרת בצרפת, חברת הביטוח צרפתית, עזרא היה תושב עיראק ובחוזה נכתב שהתגמולים ישולמו בצרפת או באנגליה. לאיזו מערכת משפט יש את הקשר הקרוב ביותר? צרפת.

**פס"ד אפרימה חיים נ' HP:** ישראלי עם אזרחות כפולה עשה עסקים עם ארה"ב מול חברה אמריקנית. היו זיקות גם לארה"ב וגם לישראל, אבל העסקה לא הייתה תקפה לפי הדין בארה"ב (אלא רק לפי הדין הישראלי). **ביהמ"ש קבע שבמצב גבולי** **נותנים עדיפות לדין שמכשיר את העסקה.** הנימוק לכך מחזיר אותנו לבסיס מבחן מירב הזיקות – מירב הזיקות מבטאות את כוונות וציפיות הצדדים. יש להניח שאנשים סבירים מצפים שיחול הדין שלפיו החוזה תקף.

איזה דין חל על יחסי עבודה בין עובדים פלסטינים המועסקים ביו"ש על ידי מעבידים ישראלים?

**בג"ץ עמותת קו לעובד (פס"ד גבעת זאב):** ביה"ד הארצי לעבודה קבע שמירב הזיקות הינן עם הדין הירדני, תוך ייחוס משקל כבד למקום ביצוע העבודה (בניגוד לזהות המעסיק, השפה או המטבע). **בג"ץ הפך את ההחלטה ואמר שחל דין ישראל בשל אופייה של הטריטוריה שבה עסקינן** (בדומה לפס"ד ינון). בשל האופי המיוחד של הטריטוריה מתמתן משקלה של הזיקה הטריטוריאלית (העובדה שהעבודה נעשתה ביהו"ש). החידוש הכי גדול של פסק הדין הוא האמירה **שמעבר לזיקות עצמן, יש להתחשב בשיקולי מדיניות כלליים של השיטה המשפטית ובעקרונות היסוד של התחום החוזי שלגביו מתבקשת ברירת הדין.** בדיני העבודה עקרון העל הינו שוויון וחוסר אפליה, ולכן כשיש זיקות לכאן ולכאן הרצון לא להפלות מטה את הכף לכיוון החלת דין ישראל.

גבולות פסק הדין:

האם פסק הדין חל רטרואקטיבית, וניתן לתבוע על מה שהיה בעבר? כן, שכן פסק הדין לא קבע כלל חדש (המבחן תמיד היה מירב הזיקות) אלא שפשוט לא ידעו שמירב הזיקות יובילו לדין הישראלי.

**פס"ד מדנאבה נ' ימית סינון בע"מ:** על עובדים במפעלים ישראליים באזור תעשיה ניצני שלום חל הדין הירדני מכיוון שאינם בתוך "מובלעת ישראלית" ולא עובדים "כתף אל כתף" עם ישראלים.

**פס"ד עז-רום מפעילי מתכת בע"מ:** על עובדים פלסטינים שהועסקו באזור תעשיה ארז חל דין מצרים. על פלסטינים שהועסקו ביישובי גוש קטיף חל דין ישראל.

**פס"ד טארק סעדאת מחיסן נ' המנהל האזרחי:** מקרים שבהם נקבע בחוזה שחל הדין הירדני.

**פס"ד מחאג'נה נ' עמותת מרכז הדמוקרטיה וזכויות העובדים:** העמותה הפלסטינית טענה לפורום לא נאות וביהמ"ש קבע שכדי להחליט בנושא יש לקבוע איזה דין חל על החוזה. היות שעבודת עו"ד המפוטר נעשתה בישראל והסמכתו הייתה בישראל, הקשר המשפטי הקרוב ביותר הינו לישראל.

דין החוזה במשפט המשווה: האמנה האירופית בדבר ברירת הדין בחיובים חוזיים (אמנת רומא 1)

כדי למזער מקרי חוסר ודאות, אמנת רומא 1 קובעת כלל ברירת דין בחוזים לכל מדינות אירופה בדמות חזקות הניתנות לסתירה.

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

* בחוזה מכירה, הדין שחל הינו מקום מגוריו הרגיל של המוכר.
* בחוזה שכירות, הדין שחל הינו מקום מגוריו הרגיל של המשכיר.

כך, בפס"ד Whitworth Estates לא היו צריכים ללכת לביהמ"ש, והיה ברור שחל דין סקוטלנד.

**חזקות ספציפיות (שנועדו להיטיב עם הצד החלש):**

* בחוזה עבודה, חל דין המקום שבו העובד מבצע את העבודה כרגיל (ס' 6)
* בחוזה צרכנות, חל מקום מגוריו של הצרכן אם הוא פועל שם (ס' 5).

תפקידו של דין החוזה

דין החוזה חל על רוב העניינים הקשורים לחוזה. אולם, יש עניינים שעליהם חל דין אחר במקום דין החוזה, או ביחד עם דין החוזה: כריתת החוזה, תוקף צורני של החוזה, כשרות משפטית ואי חוקיות.

1. הדין שחל על כריתת החוזה

יש בעיה לוגית באמירה שדין החוזה חל על שאלת כריתת החוזה, כי היא יוצאת מנקודת הנחה שיש חוזה. הפתרון הינו **"דין החוזה המשוער"** (the putative proper law) = הדין שיחול אם יהיה חוזה.

**פס"ד Albeko v. Kamborian Shoe Machine (1961):** יצרן נעליים אנגלי רצה להפיץ את נעליו בשוויץ. הוא שלח הצעה לאיש עסקים שוויצרי והציע לו לשמש כמפיץ. לפי דין שוויץ, בדומה לדין ישראל, אם הקיבול לא מגיע הוא לא תקף ואין חוזה. כדי לדעת איזה דין חל יש ללכת לפי דין החוזה המשוער. היות שלא נקבע דין מראש יש לבחון את מירב הזיקות, האם יש יותר זיקות לאנגליה או לשוויץ? הביצוע הינו בשוויץ, ולכן דין החוזה המשוער הוא בשוויץ ואין חוזה.

1. הדין שחל על תוקף צורני של החוזה

כגון: דרישות כתב או חתימה בפני נוטריון.

הכלל אומר **שהחוזה יהיה תוקף מבחינה צורני אם מתמלאות הדרישות הצורניות של דין החוזה או של דין המקום שבו נערך החוזה.**

**פס"ד מנורה בע"מ נ' נומיקוס:** הובלת מטען מאיטליה ליפו. בחוזה היה סעיף של קיצור תקופת התיישנות. דין החוזה היה דין ישראל, אבל החוזה נערך באיטליה. לפי דין ישראל תניה המקצרת את תקופת ההתיישנות צריכה להיות במסמך נפרד או לכל הפחות חתומה בנפרד, כדי שהצד השני יחתום על כך מפורשות (דרישה צורנית). כלומר, לפי דין ישראל לא מתמלאות הדרישות הצורניות. בדין איטליה אין דרישות צורניות ספציפיות ולכן התניה תקפה מבחינה פורמלית.

1. הדין שחל על כשרות משפטית

ס' 77 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע:

"על ענייני חוק זה **יחול דין מקום מושבו** של הקטין, פסול הדין או החסוי, אולם... פעולה משפטית שנעשתה בישראל בין אדם שכשרותו המשפטית מוגבלת או נשללה לבין **מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, תהיה בת תוקף** זולת אם היה בה משום נזק של ממש לאותו אדם או לרכושו".

דוגמה: בעבר גיל הכשרות המשפטית בדרום אירלנד היה 21. אם צעיר אירי בן 19 נכנס לחנות בישראל וקונה מוצר בתשלומים, לפי הרישא של ס' 77 לחוק הכשרות המשפטית, העסקה לא תקפה. עם זאת, הסיפא מאפשרת את קיום העסקה שכן על המוכר לא היה לדעת את הדין הזר.

* בעניין של כשרות משפטית רלוונטי **מקום המושב** ולא דין החוזה!
1. הדין שחל בעניין אי-חוקיות
* לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי לפי **דין החוזה.**
* לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי לפי **דין הפורום.**
* לא אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי לפי **דין מקום ביצוע החוזה.**

**Ralli Bros v. Companie Vaniera:** חוזה של הובלת בד יוטה מהודו לספרד. הדין שחל על החוזה היה דין אנגליה, ונכתב שמחיר ההובלה הוא לפי משקל. אחרי שהאונייה יצאה לדרך תוקנה תקנה בספרד שקבעה שסחורה שמגיעה לספרד מוגבלת במחיר מקסימום להובלתה. מחיר זה היה פחות מהמחיר שקבעו שני הצדדים בחוזה. האונייה הגיעה לספרד ובעלי הסחורה שילמו את המחיר לפי התקנה הספרדית. בעלי האונייה תבעו אותם באנגליה על ההפרש. בעלי הסחורה טענו שזה אסור לפי דין מקום הביצוע (ספרד). ביהמ"ש קיבל את טענתם, כי מכבדים את דין מקום הביצוע.

* האם אוכפים חוזה שהוא בלתי חוקי לפי **דין מקום עריכת החוזה?**

לפי המשפט המקובל, זה שחוזה אינו חוקי לפי דין מקום עריכת החוזה לא מונעת את אכיפתו.

**ע"א אולימפיק אירוויס נ' קלימי:** אישה ברחה מאיראן והביאה במזוודתה טבעות זהב שנאבדו. הדין שחל על הטיסה הינו אמנת ורשה, אמנה בינ"ל שמסדירה תעופה אזרחית. הכרטיס נקנה באיראן, והביצוע הוא כנראה בישראל. לפי דין איראן היה אסור ליהודים להוציא סחורות וכסף מהמדינה. האישה תבעה את אולימפיק אירוויס על שאיבדו את טבעותיה, ואולימפיק טענו שהחוזה היה לא חוקי לפי דין איראן. השופטת נתניהו אמרה שאי חוקיות הן לפי מקום עשיית החוזה והן לפי דין החוזה לא תוכר ע"י ביהמ"ש בישראל מטעמים של עניין הציבור במקרים של הפרת חוק זר שפגע ביהודים. לא נחיל את חוק איראן כי זה נוגד את תקנת הציבור. השופטת נתניה לא התייחסה ישירות לשאלה אם החוזה עדיין לא היה נאכף גם אם דין איראן לא היה נוגד את תקנת הציבור.

כללי ברירת הדין בקניין

בפועל ישנם כמה כללי ברירת הדין בקניין שתלויים בסוג הקניין:

1. העברות פרטיקולריות של נכסים מוחשיים (נכסים ספציפיים)
2. העברות פרטיקולריות של נכסים לא מוחשים
3. יחסי ממון בין בני זוג
4. ירושה

העברות פרטיקולריות

נכסים מוחשיים

כמעט אין פסיקה, אימצנו את המשפט המקובל - כלל הסיטוס (Lex Situs).

כלל ברירת הדין בקניין קובע כי **יש להחיל את דין מקום הימצאות הנכס בעת יצירת זכות הקניין**.

**פס"ד Cammel v. Sewell (1858):** היה חוזה הובלת עצים בים מרוסיה לאנגליה. האונייה נטרפה ליד חופי נורבגיה, והקצין של האונייה החליט למכור את העצים במכירה פומבית. העצים נמכרו לאדם בשם קלאוס, שאח"כ מכר את העצים לקונה אנגלי. חברת הביטוח פיצתה את הקונים המקוריים ואז גילתה שהעצים הגיעו לאנגליה. היא תבעה את הקונה האנגלי בטענה שהעצים שייכים לה. לפי דין אנגליה, קלאוס לא רכש בעלות בעצים כי לקצין לא הייתה אפשרות למכור לו (כי הוא לא הבעלים החוקי). בדין נורבגיה, לעומת זאת, יש תקנת השוק – שלפיה קלאוס היה צד ג' שלא ידע שלקצין אין סמכות למכור, ולכן רכש בעלות ויכול היה להעביר אותה לקונה האנגלי. אם חל דין אנגליה הבעלות היא אצל הבעלים המקורי, ואם חל דין נורבגיה - אצל המוכר האנגלי. נשאלה השאלה **היכן היו הנכסים בעת יצירת זכות הקניין?** הזכות שעומדת פה בשאלה הינה הזכות של קלאוס (שאם נוצרו לו זכות בעלות יש ביכולתו להעביר הלאה). היות שהזכות של קלאוס נוצרה בנורבגיה (מקום הימצאות העצים), חל דין נורבגיה.

**פס"ד Winkworth v. Christie:** לעשיר אנגלי היו בבית תמונות יקרות שנגנבו לאיטליה, ושם נרכשו ע"י אספן אומנות. האספן החליט למכור את התמונות דרך חברת כריסטי (חברה למכירות פומביות באנגליה). לפי דין אנגליה לגנב לא הייתה סמכות להעביר בעלות. לפי דין איטליה יש תקנת השוק והאספן קנה בתום לב ולכן לכריסטי יש בעלות על היצירות. נקבע שחל דין איטליה, כי במועד יצירת הזכות של האספן התמונות היו באיטליה.

נכסים לא מוחשיים

1. **לפי הגישה המסורתית,** **גם על נכסים לא מוחשיים חל דין הסיטוס** (=מקום הימצאות הנכס). אבל הבעיה היא שבנכסים לא מוחשיים לא תמיד ברור מה הסיטוס (הפיקטיבי).

איך מזהים את מקום הימצאות הנכס? כנראה לפי **המקום הראוי למימוש אותו נכס** (בד"כ זכות).

**פס"ד רוזין נ' מנהל המכס:** עו"ד ישראלי ייצג תושב זר שנפגע בתאונה בישראל וקיבל על כך שכ"ט. נשאלת השאלה אם עליו לשלם על כך מע"מ. לפי כלל המס, עו"ד שמייצג תושב זר לגבי נכס שנמצא בישראל צריך לשלם מע"מ - אבל אם הייצוג הוא לגבי נכס בחו"ל, יש פטור ממע"מ. היות שעורך הדין ייצג את התושב הזר לגבי זכות תביעה (נכס לא מוחשי), יש לייחס לזכות סיטוס, מקום הימצאות. נאמר **שהשאלה היא המקום הטבעי למימוש הזכות** (=הפורום הנאות). במקרה זה ישראל הייתה המקום הטבעי למימוש הזכות, ולכן הזכות ממוקמת בישראל ועל עו"ד לשלם מע"מ.

1. **גישה חדשה: יחול "הדין הנאות"** (The Proper Law), **הדין עם הקשר הכי קרוב להעברה.**

**פס"ד קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' פלאטו שרון:** פלאטו שרון גר בצרפת לפני שעלה לארץ, וחברה צרפתית טענה שהוא הונה אותה בעודו בצרפת. כאשר עלה לישראל החברה הצרפתית מכרה את זכות התביעה שלה נגדו לקומפני פריזיין. לפי דין ישראל אי אפשר להעביר זכות תביעה, ולפי דין צרפת אפשר. איזה דין חל על הסוגיה? השופטת בן עמי מתלבטת בין שתי הגישות ובסוף בוחרת את הדין שיש לו את הקשר הקרוב ביותר להעברת הזכות = הדין הצרפתי.

כאמור, עיקר הביקורת נגד גישת מירב הזיקות היא יצירת חוסר ודאות. במקרים של נכסים לא מוחשיים בכל מקרה תהיה חוסר ודאות – כי גם המבחן החלופי של מקום ההימצאות הינו לא ודאי.

יחסי ממון הגורמים למתקלים בין דינים

אפשר לזהות שלוש סיטואציות שבהן עלולים להיות מתקלים בין דינים, עקב הבדלים בין משטרים רכושיים במדינות שונות בעולם: "עולים", "יורדים" ו"תושבים זרים".

ארבעת המשטרים העיקריים הינם:

1. **רכוש נפרד -** לכל אחד מבני הדין יש קניין משלו ולנישואין אין משמעות מבחינה ממונית לנישואין. זו הגישה במדינות ערב (בד"כ רק הבעל רוכש נכסים).
2. **שיתוף מיידי -** מרגע הנישואין הרכוש שנרכש נעשה אוטומטית בבעלות משותפת. לפעמים יש הבדלים בתוכן של השיתוף המיידי (יש מדינות שבהן השיתוף המיידי חל גם על נכסים שנרכשו לפני הנישואין). לעיתים קרובות השיתוף לא כולל מתנות או ירושה. [חל בצרפת]
3. **שיתוף דחוי -** במהלך הנישואין לכל אחד מבני הזוג יש רכוש אישי, וכשמתגרשים מתגבש שיתוף שלפיו מחלקים את הנכסים בין בני הזוג בצורה שווה. יש הבדלים בין מדינות לגבי מתנות וירושות ולפעמים גם ציוד נוסף לצרכים מקצועיים וכו'. [חל בישראל בחוק יח"מ]
4. **חלוקה הוגנת בעת גירושין -** לביהמ"ש יש שיקול דעת לחלוקת הנכסים בין בני הזוג. במדינות רבות יש חזקות של 50/50 וכו'. [חל במדינות משפט מקובל, חלק מארה"ב, אוסטרליה וקנדה]

מה יכול להיות כלל ברירת דין ראוי? השאלות שעולות בעניין הדין החל:

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

ס' 15 לחוק יחסי ממון קובע **"על יחסי הממון בין בני זוג יחול חוק מושבם בשעת עריכת הנישואין,** אולם **רשאים הם בהסכם לקבוע ולשנות יחסים אלה** בהתאם לחוק מושבם בשעת עשיית ההסכם".

* הרישא מאפשרת לבני הזוג להתנות על חוק מושבם (בתנאי שזה מותר לפי חוק מושבם).
1. **הגישה האובייקטיבית:** "קביעת מקום מושב של אדם מחייבת אפוא בחינה של מכלול הנסיבות בכל מקרה לגופו" (השופטת ביניש בפס"ד ששון נ' ששון). בוחנים זיקות אובייקטיביות כמו כמה זמן אדם גר במקום, איזה רכוש יש לו שם, מי גר איתו וכו'.
2. **הגישה הסובייקטיבית:** "יש לתת משקל בקביעת הגדרתו של 'מקום מושבם' של בני הזוג, לכוונתם לקשור את גורלם בארץ אחרת ולאמץ את אורח חייה ויסודותיה החברתיים, ובלבד שכונה זו תהא רצינית וברורה" (השופט גולדברג בפס"ד נפיסי).

**פס"ד נפיסי:** בני זוג שגרו בפרס רצו לעלות לארץ ולשם כך באו לביקור ורכשו בארץ חנות. לאחר רכישת החנות הם חזרו לאיראן ורק לאחר ארבע שנים עלו לארץ. אחרי כמה שנים הנישואין התמוטטו והאישה אמרה שמגיעה לה מחצית מהחנות. לפי דין ישראל וחזקת השיתוף אכן מגיע לה חצי, אבל לפי דין איראן הולכים לפי הרישום (ואז החנות רק של הבעל). לפי הגישה האובייקטיבית מקום מושבם היה פרס, אולם דעת הרוב קבעה שחל דין ישראל. השופט גולדברג אימץ את הגישה הסובייקטיבית ואמר שהם כבר התכוונו לעבור לישראל בשלב זה ולכן קנו מלכתחילה את החנות (למרות שעברו ארבע שנים עד שעברו בפועל).

בהיעדר מקום מושב משותף

לכאורה מבחן אובייקטיבי צריך לבחון את מושבו של כל אחד מהם – אבל החוק לא מתייחס לכך. הפסיקה בעניין זה מאמצת **גישה סובייקטיבית שלפיה המבחן מתייחס למקום המגורים המיועד.**

"בהיעדר מקום מושב משותף... יש לפרש... כמקום המושב אותו הועידו בני הזוג בזמן הנישואין למגוריהם המשותפים... ואשר עברו אליו בפועל תוך זמן סביר לאחר הנישואין" (פס"ד ששון).

הבעיה בכלל הקובע שיחול חוק מושבם בעת עריכת הנישואין היא שהוא ממשיך לחול גם אם בני הזוג ניתקו קשר עם אותו מקום (גישה של Immutability). לא ברור למה גישה זו נבחרה דווקא במדינה של קיבוץ גלויות, שבה הרבה עולים ברחו ממדינות מוצאם ואין הגיון להחיל עליהם דין זר.

איך מתמודדים עם הבעייתיות של ס' 15?

פטנט 1 - זכויות מוקנות

**פס"ד אזוגי נ' אזוגי:** בני זוג התחתנו במרוקו לפני חוק יחסי ממון. הם עלו לארץ והבעל קנה רכוש. דעת הרוב קבעה שס' 15 חל גם על בני זוג שהתחתנו לפני חוק יחסי ממון - אולם חקיקת החוק לא יכולה לפגוע בזכויות מוקנות שהיו לאישה במועד חקיקתו. לשם כך יש לבדוק מה היו הזכויות שלה באותה עת (מה היה כלל ברירת הדין של המשפט המקובל באותה עת). הכלל היה Immutability חלקי - חל דין מקום המושב של בני הזוג בעת רכישת הרכוש הרלוונטי. היות שהרכוש השנוי במחלוקת נרכש לאחר שבני הזוג עלו לישראל, חל עליו דין ישראל וחזקת השיתוף. כלומר, ב-31 בדצמבר 1973 האישה הייתה בעלת זכויות מותנות במחצית מהרכוש נוכח חזקת השיתוף. הקביעה בפס"ד הייתה **שהחלת דין מקום המושב צריכה להיעשות בכפוף לזכויות המותנות.**

פטנט 2: הסכם מכללא/מיוחס

**פס"ד נפיסי נ' נפיסי:** בני הזוג התחתנו באיראן בשנת 1994, הבעל קנה חנות בארץ בשנת 1979 ובני הזוג עלו לארץ בשנת 1983. שופטי הרוב עשו טריק כדי להגיע לתוצאה הרצויה ואמרו שקיים הסכם מכללא/מיוחס בהתאם לסעיף 15 סיפא, שלפיו חל דין ישראל על הבעלות בחנות. לדברי השופטים, העלייה לארץ מראה שבני הזוג רוצים שהנורמות הישראליות יחולו עליהם (גם אם לא נאמר מפורשות). השופט ברק אומר שיש לייחס להם הסכם כזה, שמבוסס על עקרון של שוויון בין המינים (בסיס נורמטיבי, מי שרוצה לגור בישראל חייב לאמץ את הגישה הזו).

**פס"ד א'ש' נ' א'ש':** בני זוג ישראלים גרו שנים רבות בקליפורניה וגם התחתנו שם. הם רכשו נכסים רבים בחו"ל ואז החליטו לחזור לארץ. לאחר שנתיים האישה תבעה גירושין ועלתה השאלה איזה דין חל על חלוקת הרכוש - דין ישראל או דין קליפורניה? הבעל טען שחל דין קליפורניה והאישה טענה שחל דין ישראל (למרות שלא היה ברור מה ההבדל בין השניים). האישה הסתמכה על הלכת נפיסי, והבעל טען שהלכת נפיסי חלה רק כי איראן היא מדינה לא מערבית והמשפט בה לא שוויוני ולכן היה צריך לייחס או להסיק הסכם. ביהמ"ש המחוזי דחה את טיעון הבעל ואמר שגם כאשר עוברים ממדינה מערבית יש להסיק דין ישראל, קל וחומר כאשר זו מדינה שגם ככה מייחסת שיתוף.

אחת הביקורות נגד גישת הסכם מכללא היא שהיא מרוקנת מתוכן את ס' 15. השופט ברק טוען **שהסכם מכללא מיוחס רק במצב שבו אין קרע בין בני הזוג בעת העלייה** (טיעון קצת בעייתי).

האם זה עובד הפוך? האם כשישראלים יורדים לחו"ל מסיקים הסכם מכללא שבכוונתם שיחול הדין הזר? יש רק פס"ד אחד שדן בנושא, עמ"ש 51311-12-11 פלוני נ' פלונית, שדן בזוג שירד לדרום אפריקה והתגרש וביהמ"ש קבע שיש הסכם מכללא. כנראה שזה אפשרי אבל לדעת המרצה זה לא גורף כמו במצב שבו עולים לארץ, שכן בארץ יש לנו אינטרס נורמטיבי שיהיה שוויון בין המינים.

מהו היקפו של ההסכם המיוחס?

1. **הגישה הצרה (גולדברג ודורנר): ההסכם חל רק על נכסים שנרכשו לאחר גיבוש ההסכם.**

מה היה מועד גיבוש ההסכם בנפיסי? לשם כך היה על גולדברג לקבוע שההסכם התגבש כבר בעת ההתכוננות לעלות לארץ. זה בעייתי כי זה צריך להתכתב עם חוק מקום מושבם, שהיה איראן – ולכן גולדברג היה צריך להרחיק לכת ולייחס את מקום מושבם לישראל.

1. **גישה מרחיבה (ברק, שטרסברג-כהן, לוין ואור): ההסכם המיוחס חל על כל הנכסים של בני הזוג, גם אלה שנרכשו לפני העלייה לארץ.**

ברגע שמייחסים לבני זוג הסכם, הוא חל על הכל. זה לא משנה מתי השתנה מקום מושבם, כי גם אם ההסכם התגבש רק לאחר שעלו לארץ –הוא חל על כל הרכוש. הבעייתיות בגישה הזו היא שהיא פוגעת בזכויות מוקנות (בפרס הכל היה של הבעל, וברגע שירדו מהמטוס בישראל היה "קסם" והרכוש התחלק?). אולי זה רצוי מבחינה נורמטיבית, אבל זה בעייתי מבחינה קניינית.

* איזו גישה עדיפה? זו השאלה שעלתה בפס"ד א'ש' נ' א'ש' (יורדים לקליפורניה). **לגישה המרחיבה יש יתרון פרקטי,** כי הגישה הצרה צריכה להגדיר איזה נכסים נרכשו בחו"ל.

גבולות הפטנט - הסכם מפורש:

**פס"ד אואליד נ' אואליד:** בני זוג התחתנו בצרפת ועשו הסכם ממון שאימץ משטר של רכוש נפרד. כשרצו להתגרש ביהמ"ש אמר שחל דין צרפת, כי זה הסיפא של ס' 15 - יש הסכם מפורש התקף לפי הדין הצרפתי. האישה טענה שהעלייה לארץ מבטלת את ההסכם אבל ביהמ"ש לא קיבל זאת. יש להוכיח כוונה שלל ממש לבטל את ההסכם, **ולעלייה כשלעצמה אין כוח לשנות את ההסכם. לא ניתן לייחס הסכם כשיש הסכם מפורש**. הנטל הוא על מי שטוען לשינוי בהסכם הפורמלי.

**תמ"ש 10521-03-15:** בני זוג התחתנו בצרפת ועשו הסכם ממון של רכוש נפרד. הגבר רכש נכסים ורשם את הזכויות גם על שם האישה, ואח"כ ניסה לטעון שהם שייכים רק לו. לפי הדין הצרפתי ניתן להתנות על הוראות ההסכם המקורי ע"י הסכמה מאוחרת, ורישום זכויות העיד על הסכמה לשינוי בהסכם. (חשוב – זה נבחן לפי הדין הזר (הצרפתי) ולא הדין הישראלי).

פטנט 3: אי החלת הדין הזר

בנפיסי חשין קבע שאין להחיל את דין איראן כי הוא נוגד את עקרון היסוד של שוויון בין המינים.

* ביקורת: משטר של רכוש נפרד אינו בעייתי בפני עצמו, הנסיבות הספציפיות יצרו בעיה.

נימוק זה שימש כנימוק חלופי בתמ"ש 860-09-09, שבו בני זוג משת"פים עברו מעזה לישראל ולאחר מכן התגרשו. נקבע שהדין השרעי שחל בשטחי הרשות פוגע בשוויון ונוגד את תקנת הציבור.

יחסי ממון בין ידועים בציבור

לכאורה ס' 15 לחוק יח"מ לא חל על בני זוג לא נשואים. כדי לדעת באיזה כלל ברירת הדין נשתמש יש להחליט לאיזה תחום תסווג שאלת הזכויות הרכושיות של היד"צים:

* **קניין?** ואז כלל ברירת הדין הינו מקום הימצאות הנכס (ויצטרכו לבדוק לגבי כל נכס בנפרד).
* **חוזים?** ואז חזקת השיתוף יוצרת הסכם מכללא ויש לקבוע איזה דין חל עליו (מירב הזיקות).
* **מעמד אישי?** ואז זה רלוונטי רק במקומות שליד"צים יש אפשרות להירשם.

ירושה: סמכות וברירת דין

סמכות שיפוט בינ"ל בענייני ירושה

ס' 136 לחוק הירושה קובע כלל סמכות מיוחד: "בית משפט בישראל מוסמך לדון בירושתו של כל אדם **שמושבו ביום מותו היה בישראל** או **שהניח נכסים בישראל".**

מה משמעות "בירושתו"?

**פס"ד אדלרמן נ' ארליך:** תביעה של מנהל עיזבון נגד חייב. מקום מושבו של הנפטר היה בארה"ב ומנהל העיזבון היה אמריקאי. החייב טען שאין סמכות כי מקום מושבו של הנפטר היה בחו"ל ולא היו נכסים בישראל. ביהמ"ש לא קיבל את טענתו כי מדובר בתביעה רגילה לגביית חוב (ולא בעניין של ירושה - במקרה מדובר במנהל עזבון אבל כלל התפיסה הרגיל תקף).

**פס"ד ברני נ' קוהרי:** תביעה כספית של יורש "חדש" נ' היורשים. מקום מושבו של הנפטר היה באוסטריה והוא נפטר ללא צוואה וילדים. לפי הדין האוסטרי, קרובי המשפחה שזכאים לרשת היו שתי בנות דודותיו הישראליות. פס"ד אוסטרי קבע שהן היורשות, ואח"כ התגלה שיש עוד בן דוד שגר באוסטריה וזכאי לרשת. לפי הדין האוסטרי אין אפשרות לתקן את צו הירושה שנקבע בפסק הדין, והסעד של בן הדוד הינו כלפי היורשות (לתבוע שיפוי או משהו). הוא הגיש תביעה נגדן בישראל. היורשות טענו שהיות שזה עניין שבירושה ולביהמ"ש בישראל אין סמכות כי המנוח גר באוסטריה ולא הניח נכסים בישראל. ביהמ"ש קבע **שכדי לדעת אם מדובר בעניין של ירושה ולקבוע בעניין הסמכות יש לראות מה הסעד המבוקש.** אם הסעד הינו חלוקת העיזבון מדובר בעניין של ירושה. לא היה מדובר בסעד של חלוקת עיזבון אלא עילה אחרת (כגון עשיית עושר ולא במשפט).

* סמכות נקבעת על פי הסעד
* במצב שבו עילת התביעה שעליה מבוססת התביעה אינה מוכרת על פי חוק הירושה הישראלי, יש לסווג את הסוגיה כדי לדעת מהו כלל ברירת הדין הרלוונטי (לפעמים הסיווג יהיה שונה בין מערכות דינים שונות). ספציפית בענייני ירושה ס' 141 קובע שהסיווג יעשה לפי דין ישראל.

**כאשר מתקיימת אחת מחלופות ס' 136, סמכות השיפוט היא על כל העיזבון – כולל הנכסים שבחו"ל!**

**פס"ד פלוני (אקוודור):** מנוח שמקום מושבו בעת פטירתו היה באקוודור השאיר נכסים במדינות רבות, כולל בישראל. לפי צוואתו, היו אמורים לרשת אותו אלמנתו ושלושת ילדיו. האלמנה ושניים מהילדים גרו באקוודור והבת גרה בישראל. הבת פנתה לביהמ"ש בישראל והגישה צו לביצוע חלוקת הרכוש בישראל, כי חששה שלא תזכה בחלק שווה. האלמנה התנגדה וטענה שיש לבצע זאת באקוודור כי שם רוב הנכסים. ס' 136 אומר מפורשות שברגע שיש סמכות יש סמכות על הכל. המגמה של המנסחים של חוק הירושה היה שביהמ"ש אחד יכריע בהכל. האלמנה לא הרימה את נטל ההוכחה שלפיו יש לחלק את הרכוש דווקא באקוודור, ואף ניסתה להסתיר חלק מהנכסים.

**ביהמ"ש רשאי לסרב להפעיל את סמכותו אם הוכח שישראל אינה פורום לא נאות.** למשל, אם הנכס שבישראל נמצא בארץ במקרה, כי המנוח היה בחופשה והשאיר "מזוודה" או משהו בסגנון.

קביעת מקום מושב לצורך סמכות שיפוט וברירת הדין

"בפרק זה 'מושב' של אדם - המקום שבו נמצא מרכז חייו" (ס' 135 לחוק הירושה).

בפס"ד שטרק נ' בירנברג נקבע שמדובר **במבחן אובייקטיבי – "מירב הזיקות העובדתיות"** (לא מתחשבים בכוונות!). יהיו מקרים גבוליים של מי שחיים בשני מקומות ולא ברור היכן מרכז חייהם.

כלל ברירת הדין בירושה

ס' 137 קובע ש"על הירושה יחול דין מושבו של המוריש בשעת מותו, חוץ מן האמור בס' 138-140".

מה החידוש בחוק הירושה? עד שחוקק לא היה כלל ברירת הדין בחקיקה הישראלית ונהגו בהתאם למשפט המקובל, שבו יש גישה מפצלת: פיצול בין מקרקעין למיטלטלין. על מקרקעין חל דין מקום הימצאות המקרקעין, בעוד שעל ירושת מיטלטלין חל דין מקום המושב. זו גישה בעייתית כי היא מסבכת את המצב כשיש כמה וכמה נכסים במקומות שונים, ולכן **המחוקק בחר לאמץ את** **הגישה האוניברסלית – דין אחד יחול על כל הירושה.**

* חסרון הגישה: לא ברור אם מדינות אחרות יסכימו לאכוף זאת ביחס למקרקעין שבשטחן.

האם כלל ברירת הדין בירושה הינו קוגנטי?

**לא ניתן להתנות על החלת דין מקום המושב.** יש לתת עדיפות לערכים של החברה שבה גר המנוח.

**פס"ד היו"מ – האפוטרופוס הכללי נ' פלוני:** אישה ישראלית גרה בהולנד וילדה שם שלוש בנות. היו לה נכסים גם בישראל וגם בהולנד. בביקורה בישראל היא כתבה צוואה שהשאירה את נכסיה לשתיים מתוך שלוש בנותיה. בדין הולנד יש גישה שנקראת "החלקה המשוריינת", שלא מאפשרת לנשל ילד מהירושה לגמרי. כלומר, הצוואה לא הייתה תקפה לפי דין הולנד כי היה עליה לתת חלק מסוים מנכסיה לכל אחת מהבנות ורק אז לחלק את השארית בין שתיים מהן. האם ביהמ"ש צריך להחיל את דין הולנד או ישראל? העליון קבע כהלכה **שכלל ברירת הדין הינו קוגנטי ואי אפשר להתנות עליו אפילו באופן מפורש.** זאת, שכן כאשר המחוקק אומר "מקום המושב" הוא אומר שהדין שצריך לקבוע לגבי ירושה הינו דין החברה שבה אדם גר והערכים שלה. בישראל הערך העליון בדיני ירושה הינו רצון המת, אבל יש מדינות שמתעדפות ערכים אחרים כמו סולידריות, ביטחון סוציאלי לבני המשפחה וכו'. **הרציונל הינו העדפת ערכי מקום מושבו של המנוח.** אנחנו מכבדים את בחירתו של המחוקק ההולנדי לחוקק חוקים קוגנטיים על מי שמתגורר בהולנד.

החריגים לכלל החלת דין מקום מושבו של המנוח:

1. **ס' 140(א): כשרות צורנית.**

"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."

זהו סעיף שהתווסף לאחר שמדינת ישראל חתמה על אמנת האג בנושא צוואות. **הסעיף מרחיב את אפשרויות הכשרת הצוואה מבחינה צורנית, בדומה לברירת הדין בחוזים.**

**פס"ד ברגות נ' ברגות:** אישה עשתה צוואה בע"פ. לפי דין ארגנטינה אין צוואה בע"פ, אבל בישראל יש אפשרות לכך בנסיבות מסוימות (שהתקיימו במקרה הזה). ביהמ"ש קבע שהצוואה תקפה.

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

בפס"ד כהנא ביהמ"ש העליון מגדיר זאת כך: "מדובר בשיטת משפט אשר כלל ברירת הדין שלה לגבי ירושת אותם נכסים מפנה אל הדין הפנימי של אותה שיטת משפט, ואליו בלבד..."

* שימו לב: החריג לא יחול על מקרקעין בישראל!

**פס"ד כהנא:** מקום מושבו של המנוח היה ישראל, אבל הוא השאיר נכסים בצרפת. בצוואתו הוא מסר את כל עיזבונו לאשתו השנייה. לפי דין צרפת יש חוק (בדומה לחוק ההולנדי) של "החלק משוריין", והיה עליו להותיר חלק מירושתו לילדיו מהנישואין הראשונים לפי שייתן את עזבונו לאשתו השנייה. ילדיו ניסו להפעיל את ס' 138 לגבי הנכסים בצרפת. ביהמ"ש אמר שיש לראות מה אומר כלל ברירת הדין בצרפת, ואז ראו שלפי דין צרפת על ירושה חל דין האזרחות (גישה אוניברסלית, מוכנים להחיל דין זר על מקרקעין). היות שהם אוניברסליים לא חל החריג.

מתי מפעילים את החריג? במצב שבו יש מנוח שמקום מושבו בישראל אבל בעיזבונו כלולים מקרקעין באנגליה, שכן הדין האנגלי אומר שהדין שחל על ירושת מקרקעין הינו דין מקום הימצאם (כלומר, לא יחול שום דין מעבר לדין האנגלי, ללא קשר לזיקות).

1. **ס' 142: דין חוץ המפנה אל דין אחר.**

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

* כלומר, כאשר דין מקום המושב של הנפטר מפנה לדין זר אחר - אין הפניה.

דוגמה: יש מנוח שמקום מושבו באיטליה, אזרחותו בריטית והוא משאיר נכסים בישראל. לפי דין איטליה, על ירושה חל דין האזרחות (הדין האנגלי). כשאומרים שחל דין מקום המושב, האם מתכוונים לדיני הירושה של איטליה או כל דין מקום המושב, כולל כללי ברירת הדין (שמפנים למדינה אחרת)? אם נקבל את ההפניה, זה יכול להיות אינסופי ומסורבל. בנוסף, כללי ברירת הדין משקפים את תפיסתנו לגבי הזיקה הכי חשובה – אם מקום מושב היא הזיקה הכי חשובה שצריכה להכתיב את התוצאה, לא צריך לוותר על זה לטובת ההפניה.

* כשדין מקום המושב מפנה לישראל, מתקיימת הפניה חלקית (נשאר בישראל, לא מפנה הלאה).

דוגמה: במצב שבו אדם גר באיטליה, משאיר באיטליה והינו אזרח ישראל. מה עושים אז? מקבלים את ההפניה. המחוקק עושה הבחנה בין הפניה "זרה" להפניה ל"ישראל".

שאלה יסודית: האם החלת "דין זר" היא

1. החלת רק הדין הפנימי (דיני ירושה) של הדין הזר או
2. החלת גם כלל ברירת הדין של הדין הזר (הפנייה חלקית) או
3. החלת גם כללי ברירת הדין וגם כללי הפניה של הדין הזר (הפניה מלאה)

ס' 142 רישא מאמץ את אופציה א' והסיפא מאמץ את אופציה ב'.

**פס"ד עזבון כץ נ' קלמן קנט:** ממחיש את יישום החריג. מקום מושבו של המוריש היה בניו יורק, והוא הוריש מקרקעין בישראל. העניין נדון בבימ"ש בישראל. ביהמ"ש התחיל מכלל ברירת הדין בס' 137, שהוא מקום מושבו של המנוח - ניו יורק. כללי ברירת הדין לירושה בניו יורק (המשפט המקובל) אומרים שעל ירושת מקרקעין חל דין מקום הימצאם – דין ישראל. מקבלים את ההפניה מניו יורק לישראל ומחילים את דיני הירושה הישראליים.

עוד מקרה: ידועים בציבור גרו בבלגיה. לאישה הייתה דירה בהרצליה. על פי הדין הבלגי ידוע בציבור לא יורש ורק הילדים. אם חל דין ישראל הוא כן יורש, אבל אם חל דין בלגיה - לא. החוק הבלגי קובע *ש"על ירושת מקרקעין יחול דין המדינה שבשטחה נמצאים המקרקעין. למרות זאת, אם הדין הזר מוביל להחלת דין המדינה שבה היה מקום מגוריו הרגיל של המנוח בזמן מותו, יחול דין מדינה זו."* האם הדין הבלגי מפנה לדין הישראלי לצורך ס' 142 סיפא? יש להבחין בין כלל ברירת הדין וכלל הפניה בדין הזר. באדום זה כלל ברירת הדין של בלגיה והשחור הינו כלל ההפניה. ישנם שלושה רבדים: דין פנימי, כלל ברירת הדין וכללי הפניה. למרות שהכל כתוב בסעיף אחד, בסעיף של החוק הבלגי יש שני חלקים: כלל ברירת הדין וכלל הפניה. לדעת המרצה חל דין ישראל.

1. **ס' 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".**

לכאורה זהו חריג מיותר, כי כשדין זר נוגד את תקנת הציבור לא ניישם אותו. בפועל נוקטים בפרשנות מצמצמת של תקנת הציבור ביחס להחלת דין זר בירושה.

**"בית המשפט יפסול את אפשרות החלתו של דין זר רק כאשר אין מנוס מהדבר.**.. אין לומר כי מתן תוקף לכללים המשריינים את זכות הירושה של בני משפחה מסוימים 'יהיה פגום ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים' וכי כללים אלה אשר כמוהם מקובלים ברבות ממדינות העולם המערבי, עומדים 'בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראלי'" (בע"מ 594/04 היועמ"ש נ' פלוני).

**פס"ד בעניין עזבון סקרג'ינסקי ואח': לפי** החוק הסובייטי (דין מקום מושבו של הנפטר) אין חלופיו של יורש יורשים במקומו (בניגוד לדין הישראלי). בת האחות שביקשה לרשת במקום אמה שנפטרה טענה שהדין הזר נוגד את תקנת הציבור. נקבע שהדין הזר אינו נוגד את תקנת הציבור.

עניינים פרוצדורליים

**על עניינים פרוצדורליים חל דין הפורום ולא דין המושב!** לדוגמה, דרכי הוכחת צוואה.

**פס"ד בן ארי נ' היועמ"ש:** צוואה שהלכה לאיבוד ומקום מושב הנפטר היה בחו"ל. נקבע שהוכחת הצוואה תיעשה לפי הדין הישראלי.

בעיות מתודולוגיות

בעיות אינהרנטיות לעצם הליך ברירת הדין (שמחילים דין זר), רלוונטיות לכל תחומי ברירת הדין.

בעיה 1 - פרוצדורה מול מהות

הכלל הוא **שעל ענייני מהות חל דין העניין,** כלומר הדין שאליו מצביע כלל ברירת הדין הרלוונטי. למשל, בענייני נזיקין דין העניין יהיה מקום ביצוע העוולה (בכפוף לחריגים); בירושה דין העניין יהיה מקום מושבו על המנוח וכן הלאה. **על ענייני פרוצדורה, לעומת זאת, חל דין הפורום.**

**איך מחליטים מה נחשב לפרוצדורה ומה נחשב למהות**? ישנם דברים מובנים מאליהם – דברים ששייכים לגופו של עניין הינם מהות, בעוד שדברים השייכים להליך הינם פרוצדורה. עם זאת, ההבחנה לא תמיד ברורה. לפי מה מחליטים? **מקובל שהסיווג נעשה לפי דין הפורום.**

1. **גישה מרחיבה (אנגליה) -** מעניקה פרשנות רחבה לפרוצדורה כדי להעניק יותר שליטה לפורום. לפי גישה זו, שיעור הנזק הינו עניין פרוצדורלי.
2. **גישה מצמצמת (ארה"ב) -** מסווגים כפרוצדורה רק כללים שהסטייה מהם תהפוך את מלאכת השיפוט לבלתי אפשרית. לפי גישה זו, רק דברים טכניים יהיו פרוצדורליים.

ישנן סוגיות "גבוליות" שקשה לסווג ולהחליט אם הן שייכות לפרוצדורה או למהות:

שיעור הנזק

שאלת ראשי הנזק הינה עניין מהותי (פס"ד BOYS).

**שאלת שיעור הנזק, לעומת זאת, שנויה במחלוקת ואין תשובה חד משמעית.** בפס"ד קלוזנר נאמר שמדובר בעניין מהותי, ואילו בפס"ד ג'ון כהן השופט לוין אמר שמדובר בעניין פרוצדורלי.

* רק לגבי מצב של "הסדר שלם" כולם מסכימים ששיעור הנזק נחשב לעניין מהותי.

התיישנות

ישנם כללי התיישנות פרוצדורליים וכללי התיישנות מהותיים.

1. **כללי התיישנות שרק חוסמים את הסעד נחשבים לפרוצדורליים.**

ס' 2 לחוק ההתיישנות: "תביעה לקיים זכות כלשהי 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".** ההתיישנות לא מפקיעה את הזכות, רק את הסעד.

1. **כללי התיישנות שמפקיעים את הזכות נחשבים למהותיים.**

ס' 6 בתוספת לפקודת הובלת טובין בים: "יהיו המוביל וכלי השיט פטורים בכל מקרה מאחריות כלשהי לגבי טובין, אלא אם הוגשה תביעה לביהמ"ש תוך שנה אחת ממועד מסירת הטובין...". אחרי תקופת התיישנות של שנה הזכות מופקעת ו"נעלמת", וכבר לא ניתן להשתמש בה כלל.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| בדין הזר החל על העניין | בדין הישראלי | תוצאה |
| פרוצדורלי | פרוצדורלי | חל דין ישראל |
| מהותי | מהותי | חל דין זר |
| מהותי | פרוצדורלי | חלים שני הדינים (לא בעייתי, כל אחד חל על מה שרלוונטי) |
| פרוצדורלי | מהותי |  |

לסיכום, אם בדין הזר יש כלל התיישנות ששונה מכללי ההתיישנות הישראליים:

* נסווג את כלל ההתיישנות הזר: האם רק חוסם את הסעד או מפקיע את הזכות?
* אם פרוצדורלי, יחול כלל ההתיישנות הישראלי.
* אם מהותי, צריך להחיל אותו. יש לבדוק מהם יחסי הגומלין בין הכלל המהותי הזר לכללי ההתיישנות הישראליים. אם כלל ההתיישנות שלנו גם מהותי, זה לא רלוונטי כי חל הדין הזר.
* אם כלל ההתיישנות הישראלי פרוצדורלי, הוא יחול במקביל לכלל הזר. אם ההתיישנות הזרה קצרה יותר משלנו, הזכות תפקע לאחר ההתיישנות הזרה. אם ההתיישנות הזרה ארוכה יותר, הסעד ייחסם לאחר ההתיישנות הישראלית והזכות תפקע לאחר ההתיישנות הזרה.

התיישנות במצב של הסדר שלם

**פס"ד עבד אלרחמן מוסא:** הייתה תאונת דרכים בחבל עזה (לפני ההתנתקות). היה צו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים בחבל עזה שיצר מעין פלת"ד עם תקופת התיישנות של שנתיים (בניגוד לשבע שנים בחוק הישראלי). אדם שנפגע בתאונה הגיע אחרי שנתיים לביהמ"ש בישראל ואמר שלמרות שחל דין עזה על המקרה, עניין ההתיישנות הוא פרוצדורלי ולכן הוא רוצה להחיל את הדין הישראלי (דין הפורום). ביהמ"ש דחה את הטיעון ואמר שהצו יוצר הסדר שלם "המחיל הוראות דין מהותי והוראות נלוות המסדירות מימוש הזכויות המהותיות". **הסדר שלם יש ליישם "כמקשה אחת ולא לשיעורין". אפילו אם חלק מההסדר השלם הוא פרוצדורלי, יש להחיל אותו** (כמו לשיעור הנזק).

קיום שיעבוד ימי

**פס"ד גריפין:** בעלים של אונייה פשט רגל והאונייה נתפסה בישראל. והתעוררה השאלה כיצד יחלקו את דמי המכירה בין הנושים, כאשר אין מספיק כסף לכולם. התחרות הייתה בין שני נושים: נושה א', שנתן הלוואה מובטחת במשכנתא; ונושה ב', לא קיבל תשלום עבור שירותים שסיפק לאונייה וטען שבעקבות כך צמח לו שעבוד ימי. נשאלה השאלה **האם התקיים שעבוד ימי באותו מקרה?** והאם זה עניין פרוצדורלי (שנחיל עליו את דין הפורום, ישראל) או עניין מהותי? דעת הרוב של שמגר וברק גרסה כי **השאלה האם בכלל קיים שעבוד הינה עניין מהותי.** הנימוק העיקרי שלהם היה שמדובר בציפיות הצדדים - אינטרס ההסתמכות של הנושים, שמחשבים את השעבוד הימי שלהם לפי הדין הזר שיודעים שיחול. אם אכן יש שעבוד ימי, נשאלת השאלה **מהו סדר העדיפות בין השעבודים המתחרים?** היות שכל דין מחליט באופן שונה לגבי הקדימויות, יש להחליט אם מדובר בעניין פרוצדורלי (שיחול עליו דין הפורום) או עניין מהותי. דעת הרוב של נתניהו ושמגר (שהפכה להלכה) גרסה כי מדובר **בעניין פרוצדורלי,** ונימקו זאת בפרגמטיזם (דין הפורום הוא **נייטרלי** ולא מעדיף את אחד הנושים) ובעקרון (זה פרוצדורלי כי קשור לאיזה **סעד** כל אחד יקבל). דעת המיעוט של ברק גרסה כי באופן עקרוני מדובר **בשאלה מהותית** (הסתמכות הנושים כרוכה בכך שהם נמצאים גבוה בסדר העדיפויות). המרצה מסכימה עם גישת ברק לגבי זה שמדובר בעניין של מהות. עם זאת, ברק אומר שבפועל כאשר דינים שונים חלים על שני השעבודים – אין מה לעשות חוץ מלהחיל את דין הפורום. לכאורה הגיעו לאותה תוצאה (כאשר חלים דינים שונים על שני הנושים).

בעיה 2 - סיווג *הקטגוריה* המשפטית

אחרי שפסקנו בשאלת הפרוצדורה או מהות, יש להחליט (אם מדובר במהות) לאיזו קטגוריה משפטית העניין משתייך. דינים שונים יכולים לסווג דברים בצורה שונה, אז הפתרון המקובל הוא שהולכים לפי התפיסות הפנימיות של הפורום ביחס לסיווג.

החסרונות של פתרון זה הינם עידוד forum shopping, סילוף הדין הזר ועילה לא מוכרת בדין הפורום. יש לכך פתרון חלקי: החלת קטגוריות של דין הפורום באופן גמיש (למשל, הסתכלות על נדוניה בהתאם למטרה שלה – לצורך מזונות - ולהשתמש בכלל ברירת הדין לעניין מזונות).

* בירושה נקבע מפורשות (ס' 141) שהסיווג יעשה לפי דין ישראל.

בעיה 3 - הוכחת דין זר

**דין זר נחשב כעניין של עובדה** ולא כעניין של דין. הדרך להוכיחו תהיה רק ע"י מומחים בדין הזר.

כאשר יש חוות דעת סותרות, על השופט להחליט איזו חוות דעת מסתברת יותר (פס"ד פלוני).

קיימת ביקורת על הדרך המצויה כיום להוכחת דין זר, שגורמת לבזבוז זמן וכסף.

מנגנונים אחרים שקיימים בעולם:

* במדינות מסוימות קיים מוסד עצמאי שתפקידו לחקור ולהביא לביהמ"ש את תוכן הדין הזר
* האמנה האירופית בדבר מידע על הדין הזר שמאפשרת לפנות לרשויות של מדינות אחרות
* אמנת האג בדבר חטיפת ילדים מאפשרת לשופט לבקש חוו"ד מהרשויות במדינה זרה

חזקת שוויון בין הדינים

אם לא הובאו ראיות לגבי תוכנו של הדין הזר, יש להבחין בין שני סוגי תביעות:

1. **תביעות העוסקות בזכויות צפות (זכויות הנובעות מענייני חיובים, כגון נזיקין וחוזים).**

במצב כזה, בהיעדר הוכחה מספקת של הדין הזר, מופעלת חזקת שוויון בין הדינים (פס"ד מסיקה).

יש הטוענים שיש להפעיל את החזקה רק אם יש בסיס להנחה כי קיים שוויון בין הדינים, בעוד אחרים גורסים כי ניתן להחיל את החזקה גם ללא בסיס שכזה.

1. **תביעות העוסקות בזכויות מעוגנות (מעוגנות במערכת משפט מסוימת, כמו סטטוס וקניין).**

במצב כזה לא תופעל החזקה, ובהיעדר הוכחה מספקת של הדין הזר התביעה תידחה. זאת, שכן בזכויות צפות הצדדים יכולים להחליט ביניהם איזה דין יחול – כך שהיעדר הוכחת דין זר מהווה מעין הסכמה מכללא לדין הפורום. בעניינים מעוגנים, לעומת זאת, הדינים קוגנטיים ואין ברירה אלא להחיל את הדין הזר – ובהיעדרו, לדחות את התביעה.

האם חזקת שוויון בין הדינים חלה על יחסי ממון בין בני זוג?

האם יחסי ממון מהווים זכויות צפות או מעוגנות?

**בפס"ד נפיסי** לא הייתה הוכחת דין זר. בערעור הראשון נקבע שמדובר בזכויות מעוגנות ודחו את תביעת האישה. בדיון נוסף לא התייחסו לכך כי אמרו שיש הסכם מכללא. השופט גולדנברג אמר שאפשר להשתמש בחזקת השוויון בין הדינים רק אם קיים בסיס סביר להניח שאכן קיים דמיון בין הדין הזר לישראלי – במקרה הזה ברור שיש הבדלים מהותיים בין המדינות ואין בסיס להנחה.

פרופ' שאווה חולק על קביעתו של גולדברג ואומר שהחזקה הינה פיקציה, ולכן אין צורך ב"בסיס".

**פס"ד ששון** משאיר את השאלה לגבי החלת חזקת שוויון בין הדינים ביחסי ממון פתוחה. "בשאלה זו תיתכנה גישות שונות... לפי גישה אחרת, בהיעדר טיעון והוכחה של הדין הזר יש להחיל את דין הפורום המקומי... זאת נוכח סיווגם האפשרי של יחסי ממון בין בני זוג כזכויות צפות".

* לדעת המרצה ניתן להניח שיח"מ מהווים זכויות צפות (כי הצדדים יכולים לבחור את הדין).

בעיה 4 - תקנת הציבור

ביהמ"ש לא יחיל דין זר או יאכוף פס"ד זר שנוגד את תקנת הציבור החיצונית בישראל. אולם, כאמור, ביהמ"ש מפרש את תקנת הציבור בצורה מצמצמת. המקרים שבהם כן נקבע שהדין הזר נוגד את תקנת הציבור היו מקרים ברורים של הפלייה (דין נאצי ודין איראני שפגעו ביהודים).

**פס"ד היומ"ש – האפוטרופוס הכללי:** חלק משוריין בירושה בהולנד לא נוגדת את תקנת הציבור.

**פס"ד אשכר נ' היימס:** באכיפת פסקי חוץ, גם אם ברור שהדין הזר טועה - זה לא מספיק כדי לקבוע שהוא נוגד את תקנת הציבור. "יכול אפוא שפורום מקומי יאכוף פסק חוץ או יכיר בו, אף אם טעה ביהמ"ש הזר טעות של דין או עובדה או שלקו ההליכים הזרים בפגם דיוני כלשהו, ואפילו בולטים הטעות או הפגם על פני פסק החוץ..." - ממחיש את הצמצום.

בעיה 5 - הפנייה (רנבאו)

כאשר כלל ברירת דין מצביע על החלת דין זר, נשאלת השאלה האם מחילים את הדין הפנימי (ללא הפניה) או גם את כללי ברירת הדין הזר (הפנייה למדינה ג' או בחזרה לדין הפורום).

* בחוזים ונזיקין מקובל שאין הפנייה.
* חוק הירושה מאמץ פשרה משוכללת שמבחינה בין הפנייה למדינה ג' להפניה בחזרה לישראל
* בענייני נישואין ס' 64(2) לדבר המלך במועצה קובע שאם דין האזרחות מפנה לדין מקום המגורים, מפנים לדין מקום המגורים (גם אם מדובר במדינה שלישית)
* ביחסי ממון, השופט חשין מציע בפס"ד נפיסי לעשות שימוש בדוקטרינת ההפניה כפתרון לבעייתיות של ס' 15 רישא. אם הדין הזר היה מפנה לדין אחר עם פתרון ראוי יותר, ניתן היה לקבל את ההפניה. פסברג מותחת על כך ביקורת ואומרת שהפניה אינה נתונה לבחירת השופט.

הכרת ואכיפת פסקי חוץ

בין אכיפה לבין הכרה

חשוב להבחין בסוג פסק הדין:

* **אכיפה** אפשרית רק כאשר פסק הדין מטיל **חיוב אישי** על הנתבע.
* **הכרה** אפשרית הן **בפס"ד הצהרתי** והן **בפס"ד שקובע סטטוס** (למשל, פס"ד של גירושין).

וכן חשוב להבחין בסוג השימוש שנעשה בפסק הדין:

* באכיפה, מנסים **להוציא לפועל** את הוראות פסק הדין.
* להכרה יכולים להיות כמה שימושים:
* **הצהרה**
* **הכרה אגב דיון** (למשל, בדיון על מזונות מביאים פס"ד מחו"ל על גירושין; הכרה אגבית!).
* **מעשה בית דין** (אם ניתן פס"ד בחו"ל והתובע מנסה שוב את מזלו בארץ, הנתבע יכול לנסות לטעון לקיומו של מעשה בית דין. הגנה זו תצליח כתלות בשאלה אם מכירים בפס"ד הזר)

**פס"ד Goldhar Corporate Finance Ltd.:** החברה טענה שהיה בינה לבין הנתבעת הסכם תיווך, ושהיא שימשה כגורם יעיל בהשגת הסכם בין הנתבעת וצד ג' (ולכן מגיעים לה דמי תיווך). הנתבעת צפתה את התביעה והגישה בקשה בצרפת לפס"ד הצהרתי על כך שלא היה הסכם תיווך. פסק הדין ניתן בצרפת ותביעתה של החברה בארץ נדחתה עקב קיומו של מעשה בית דין.

כיום אכיפה של פסק דין זר נעשית לפי החוק לאכיפת פסקי חוץ. ס' 2 לחוק אומר "לא ייאכף בישראל פסק דין חוץ אלא לפי חוק זה", ולכאורה חוסם את האפשרות לאכוף לפי המשפט המקובל.

אולם, **עדיין ניתן לתבוע על בסיס פסק החוץ בהליך של תביעה עצמאית שעילתה היא הפסק הזר** (פס"ד רוזנבאום נ' גולי)**.** כדי לדעת אם ביהמ"ש יהיה מוכן לקבל את התביעה הולכים לפי המשפט המקובל. היות שזו פרוצדורה לא פשוטה, הולכים בדרך זו רק אם לא מתקיימים תנאי האכיפה בחוק - **בעיקר כדי לעקוף תקופת התיישנות** (שמוגבלת בחוק לחמש שנים).

סוגי הכרה

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

**פס"ד היועמ"ש נ' אגם:** צו ירושה מארה"ב. האלמנה שירשה לפי הצוואה רצתה שהצוואה תוכר בישראל כדי שהנכסים בארץ יירשמו על שמה. ביהמ"ש קבע שמדובר בהכרה ישירה.

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

**פס"ד סלעית האדומים:** העילה העיקרית של התובעים הייתה גירוש פולשים משטחם. אולם, כדי להכיר בה היה צריך להכיר בצו ירושה זר שהוכיח שהשטח אכן בבעלותם (ולכן לבקשתם יש בסיס).

הכרה אגבית יכולה להתקבל רק כאשר יש **סמכות עצמאית לדון בשאלה העיקרית.**

**פס"ד לוין נ' זהר:** היה צו פשיטת רגל מאנגליה. לפושט הרגל הייתה דירה באילת שהעביר על שם הוריו. כונס הנכסים ביקש לפסול את העברת הנכס במתנה ע"י הכרה אגבית בצו פשיטת הרגל. טענתו לא התקבלה כי הסמכות לפסול את הענקת המתנה לא קיימת אלא אם יש צו פשיטת רגל. הכרה אגבית תתקבל רק בהינתן סמכות עצמאית לדון בשאלה (ולא כתלות במה שצריך להכיר בו).

יהיו מקרים שבהם הכרה אגבית תהיה בעצם הכרה ישירה "בתחפושת".

**פס"ד יד ושם:** המזוודה של אוסקר שינדלר הייתה ביד ושם, ואישה גרמנית טענה שהמזוודה שייכת לה. היא תבעה את יד ושם בהתבסס על צו ירושה גרמני, שלטענתה מוריש לה את המזוודה (כי המורישה קיבלה את המזוודה מאלמנתו של שינדלר). השאלה הראשונה שנשאלה הייתה שאלה של הכרה - האם הכרה בצו הגרמני הינה הכרה ישירה או אגבית? נקבע שלא מדובר בהכרה אגבית אלא ב"הכרה ישירה בתחפושת", כיוון **שהכרה בפסק הדין הזר היא השאלה המרכזית אשר הובאה להכרעת בית המשפט.** בכל אופן אין אפשרות של הכרה אגבית במקרה זה.

**בפס"ד אגם** השופט גולדברג הציע (באוביטר) גישה אחרת, שלפיה כאשר מדובר בצו ירושה, במקום לבקש הכרה בצו הירושה ניתן להגיש תביעה קניינית להעברת נכסים - ואז השאלה העיקרית הופכת לשאלה קניינית ועניין הירושה הופך לעניין אגבי לצורך קביעת הזכות.

האם ההבחנה ברורה?

**פס"ד טבק-אבירם:** בני זוג הומוסקסואלים הביאו ילדה בהליך פונדקאות. ניתן פס"ד אמריקני שקבע ששניהם הורי התינוקת. היה פסק דין אמריקני שקבע ששני הגברים הללו הם הורי התינוקת. לא הייתה בעיית רישום בארץ לגבי האב הביולוגי, אולם התעוררה שאלה כשההורה השני פנה למשרד הפנים להירשם כהורה. דעת הרוב קיבלה את בקשתו להירשם. המיעוט אמר שעליו לקבל קודם צו אימוץ מבית משפט בישראל, שייצור סטטוס. מלצר הניח שניתן להכיר באופן אגבי בפס"ד האמריקני המצהיר כי שני הגברים הם הורי התינוקת (כי השאלה העיקרית היא שאלת הרישום ושאלת האבהות היא אגבית)? לדעת המרצה זו לא שאלה אגבית.

הסדר החוק בעניין הכרה אגבית

ס' 11 לחוק (עכשיו ס' 11(ב)) קובע: "אגב דיון בעניין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו עניין רשאי בית משפט או בית דין בישראל להכיר בפסק חוץ, אף אם סעיף קטן (א) אינו חל עליו, **אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן".**

"מן הדין ומן הצדק" הוא מבחן מאוד גמיש, **שנהוג לפרש לפי הקריטריונים של המשפט המקובל:**

1. לביהמ"ש הייתה סמכות מבחינתנו
2. היה הליך הוגן

לחלופין, יש הטוענים שצריך **לפרש את המבחן לאור ההגנות לאכיפה בחוק** (ייתכן שמדובר בדרישה מצטברת ולא חלופית). כך, **אם בחוק יש סיבה לא לאכוף ניתן לעשות היקש לאי הכרה בפסק דין.**

פס"ד גולדהר נ' קלפייר: **תנאים להכרה אגבית לא יהיו מחמירים מהכללים שנקבעו לעניין של אכיפה לפי החוק.** כל עוד לא מתקיימות הגנות לאכיפה אין סיבה שיחמירו בהכרה יותר מאכיפה.

מצב שבו לא הכירו בצורה אגבית:

**פס"ד ר.ב. נ' יורשי עזבון ע. ר.:** ישראלי אמריקני נהרג כשביתו הישראלית הייתה קטינה. בת זוגו של האב תבעה את יורשי העיזבון בארה"ב ולבסוף הגיעה איתם לפשרה, שקיבלה תוקף של פס"ד בארה"ב. כשהבת בגרה היא הגישה תביעה בישראל נגד העיזבון כיוון שלטענתה לא קיבלה מספיק. יורשי העיזבון טענו לקיומו מעשה בית דין. האם מן הדין ומן הצדק להכיר בפסק הדין הזר? התובעת טענה שאמה לא ייצגה אותה נאמנה, ולכן זה לא מן הדין ומן הצדק להכיר בפסק הדין הזר.

* מעשה בית דין הוא תמיד הכרה אגבית, כי משמש כהגנה בהליך העיקרי (התביעה החדשה).

הכרה אגבית של צו ירושה זר

**פס"ד סלעית האדומים:** התובעים לסילוק פולשים ביססו את זכויותיהם בקרקע על צו ירושה זר.

**פס"ד עו"ד ל. ר. נ' האפוטרופוס הכללי:** בקשה בעניין עיזבון ישראלי. לפי צוואת המנוחה, אחת מהיורשות הייתה אישה שגרה באורוגוואי. אחרי שנפטרה המנוחה, נפטרה גם היורשת באורוגוואי לפני שהספיקו לתת לה את חלקה. היורשת של היורשת הייתה אחותה, על פי צו ירושה באורוגוואי. מנהל העיזבון הישראלי ביקש רשות מהאפוטרופוס הכללי להעביר את חלקה של היורשת לאחותה על סמך צו הירושה הזר. ביהמ"ש אמר שניתן להכיר בהכרה אגבית, שכן **העניין העיקרי הינו חלוקת העיזבון הישראלי, כדי להחליט בשאלה העיקרית יש להכיר בצו הירושה באורוגוואי.**

בית המשפט קבע מהם התנאים להכרה אגבית לפי ס' 11(ב) לחוק אכיפת פסקי דין (הסדר גמיש):

1. ההכרה הינה **בגדר ולצורך אותו עניין שבו נדרשת הכרעת בית המשפט**
2. ההכרה הינה **אגבית,** דהיינו "הפסק הזר **אינו נושא הדיון עצמו"**
3. **מן הדין ומן הצדק** להיעתר לבקשה.

הסדר החוק בעניין הכרה ישירה

"בית משפט או בית דין בישראל יכיר בפסק חוץ שנתמלאו לגביו ארבעה תנאים מצטברים:

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

יש לנו הסכם כזה עם ארבע מדינות: **אנגליה, גרמניה, אוסטריה וספרד;** אולם אותו הסכם חל **רק על עניינים אזרחיים ומסחריים, ולא על ירושה, סטטוס או פשיטת רגל** (לא עזר בעניין יד ושם).

הכרה ישירה: האם ס' 11(א) הינו מסלול בלעדי?

בפס"ד היועמ"ש נ' אגם נקבע שלא ניתן לקלוט בארץ צו ירושה של בית המשפט בארה"ב.

* **אין אפשרות של הכרה ישירה** כי לא מתקיימים התנאים של ס' 11(א) לחוק (אין אמנה).
* התיקון לחוק מונע שימוש בהכרה על פי **המשפט המקובל.**
* **אין אפשרות של הכרה אגבית על פי ס' 11(ב) לחוק,** משום שמדובר בהכרה ישירה.
* לא ניתן לאכוף את הצו כי הוא **אינו מטיל חיוב אישי על אדם**.

ביקורת על הלכת אגם

היינו מצפים **שתנאים להכרה יהיו תנאים פחות מחמירים מאכיפה,** שכן אכיפה דורשת יותר מהכרה ומתבססת על הכרה. בנוסף, **אין מקום לאסור כאשר החוק לא אוסר באופן מפורש.**

**ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית:** אשתו השנייה של גבר רצתה לאמץ את בתו מאשתו הראשונה שנפטרה. הדודה, שהייתה האפוטרופוסית של הילדה לעניין הרכוש, התנגדה לאימוץ. המשפחה יצאה לשבתון בארה"ב והגישה שם בקשה לאימוץ הילדה. ניתן צו אימוץ, לאחר שבני המשפחה אמרו לביהמ"ש בארה"ב שלא היו הליכים קודמים בישראל. כשהדודה מגלה על כך היא מבקשת מבית המשפט בישראל הצהרה של אי הכרה בפס"ד האמריקני. ביהמ"ש העליון התחמק מהשאלה האם ניתן לעשות אי הכרה, וטוען שהיות שמדובר במרמה בכל מקרה יש מקום לתת את הסעד של אי הכרה ולא צריך לדון בהכרה. הנשיא ברק אמר באוביטר **"אין דבר בהיסטוריה החקיקתית של התיקון המלמד על הרצון להפוך את מסלול ההכרה בישירה שבחוק למסלול בלעדי".** הוא מסכים עם הביקורת על הלכת אגם, שיוצרת תוצאה קשה ובלתי רצויה - **כמעט לא ניתן להכיר ישירות בישראל בפסקי חוץ.** למרבה הצער בתי משפט בישראל אלא אימצו את האוביטר הזה.

**פס"ד tower air נ' רשם החברות:** (לפני פלוני) מקרה של חדלות פירעון. השופטת אלשיך במחוזי לא יכלה להפוך את הלכת אגם, אבל **צמצמה זאת לענייני מעמד אישי בלבד.** "עמדתי היא כי מכוח סמכותו הטבעית של בימ"ש זה ביכולתו להכיר ישירות בפסק זר שלא על פי החוק. גישתי היא גישה תכליתית המודעת למציאות המשפטית והכלכלית של ימינו. נכון להיום קיימות אמנות מעטות בלבד המאפשרות הכרה ישירה לפי ס' 11(א) לחוק... **לא יעלה על הדעת כי בהיעדר יכולת לבצע הכרה ישירה בפסק חוץ נמצא עצמנו פוגעים במעמדה של ישראל בקרב מדינות ידידות ובאינטרסים של נושים תמי לב.** בתחום הליכי חדלות הפירעון של חברות בינ"ל יש צורך בשיתוף פעולה הרמוני בין בתי המשפט במדינות השונות. לא ייתכן כי המדיניות המשפטית הישראלית תהווה מכשול בלתי עביר לשיקומה או לפירוקה היעיל של חברה בינ"ל הפעילה בישראל".

הלכת אגם – מחלוקת בעליון

**פס"ד לוין נגד זהר:** הוחלט שאין להכיר בצו פשיטת הרגל האנגלי כי נושא זה מוחרג מההסכם עם אנגליה. כלומר, אין אפשרות להכיר ישירות בפסק הזר לפי ההסדר בחוק.

* השופט הנדל (אוביטר): "אל לבית המשפט לסטות מהלכת אגם המושלת כיום בכיפה. טעמים כבדי משקל, שעיקרם העדפת הסדרה בחוק על פני חקיקה שיפוטית מצדיקים את הגישה..."

המרצה אומרת שהמסלול של המשפט המקובל אינו חקיקה שיפוטית אלא שימור המצב לפני החוק.

בפס"ד יד ושם הנדל (כדן יחיד) אמר **"על הלכת אגם הובעו הסתייגויות... אך היא עודנה שרירה וקיימת".** עד היום לא היה הרכב שבו הרוב היה מוכן לשנות את ההלכה.

הכרה ישירה – משמעות התנאי בס' 11(א)(3)

"ההתחייבות אינה חלה אלא על פסקי חוץ הניתנים לאכיפה על פי חוק בישראל". מה המשמעות?

**פס"ד בז"ן נ' New Hampshire:** היו הליכים תלויים ועומדים בארץ בין הצדדים, ואז התובע הגיש בקשה באנגליה וקיבל פס"ד לטובתו. הוא ביקש שביהמ"ש בישראל יכיר בפס"ד האנגלי (שנכלל בהסכם עם אנגליה, אז עקרונית ניתן היה להכיר בו). ביהמ"ש התייחס למשמעות ס"ק 3, ואמר שיש לו שלוש משמעויות אפשריות:

1. **גישה מינימליסטית -** צריך להיות פס"ד לפי תנאי חוק אכיפת פסקי חוץ (פס"ד ולא החלטה).
2. **גישה מקסימליסטית -** צריך לקיים את כל התנאים כאילו מתכוונים לאכוף את פסק הדין.
3. **גישת ביניים -** צריכים להתקיים רק תנאי האכיפה שנחשבים להגנות "קו אדום", שבהיעדרן לא מוכנים להכיר (אם הושג במרמה, למשל). גישה סלקטיבית שמגיעה מפרשנות תכליתית.

הוחלט לא להכיר בפסק האנגלי כי לדעת הרוב חלה ההגנה בס' 6(א)(5) - הליכים תלויים ועומדים.

אכיפת פסקי חוץ על פי החוק

ס' 1 לחוק קובע "בחוק זה, פסק חוץ הינו פסק חוץ שניתן ע"י בית משפט במדינה זרה בעניין אזרחי, לרבות פסק דין לתשלום פיצויים או נזקים לצד שנפגע, אף כשלא ניתן בעניין אזרחי".

**פס"ד Gerber finance inc נ' עובד:** צו תפיסה למימוש בטחונות. האם צו תפיסה נחשב לפסק דין חוץ? באותו מקרה ניתנה **פרשנות מרחיבה שבחרה לכלול "כל החלטה של בימ"ש זר" כפסק דין לצורך אכיפה, גם אם אצלנו זוהי החלטה שלא נחשבת לפסק דין.** יש בכך התייחסות לתכלית החוק, שכן אם מטרתו היא לתת ביטוי להחלטות בימ"ש זרים אין טעם להפריד בין החלטה שכזו לפסק הדין. היה דיון מטרות אכיפת פסיקה זרה, ביניהן שימת קץ להתדיינות שבין בעלי הדין, רצון לעשות צדק עם הצד הזוכה וטיפוח יחסי גומלין של עזרה הדדית עם מערכות משפט זרות. היות שמדובר בצו תפיסה למימוש הביטחונות (ולא צו מניעה זמני), הוא צו סופי וניתן לאכיפה.

מעמדו של פסק חוץ

כדי לאכוף פס"ד זר צריך לקלוט אותו במערכת המשפט הישראלית ע"י בקשה להכריז עליו כאכיף. ס' 10(א) לחוק מאפשר לפנות עם פס"ד זר שהוכרז כאכיף להוצל"פ כמו עם כל פס"ד ישראלי.

נטל ההוכחה

* על המבקש להכיר בפס"ד זר כאכיף להוכיח את קיומם של כל התנאים בס' 3.
* אם הוא מצליח, נטל ההוכחה עובר למשיב להוכחת קיומה של אחת מההגנות בס' 6.
* נטל ההוכחה בדבר הדרישות והסייגים בס' 4,5,7 (הדדיות, התיישנות ופגיעה בריבונות או ביטחון) אינו ברור אך בפועל חל על המשיב.

אם התקיימו כל התנאים בס' 3, האם לבית המשפט יש שיקול דעת?

לכאורה כן, כי כתוב בס' 3 "בית משפט בישראל **רשאי** להכריז על פסק חוץ בפסק אכיף".

**פס"ד פש"ר נ' Gold & Honey:** לא הוכרז עקב חוסר תו"ל.

מנגד, בעקבות המהפכה החוקתית נאמר **שכל הרחבה של סייגים לאי אכיפתו של פסק חוץ** (שאינה מעוגנת בחוק) **פסולה,** שכן היא פוגעת בזכות הקניין של הזוכה לפי פסק הדין (פס"ד קפלן נ' קפלן).

תנאי ס' 3

ס' 3(1) - סמכות שיפוט (פנימית)

"הפסק ניתן במדינה שלפי דיניה בתי המשפט שלה היו מוסמכים לתתו". מתייחס **לסמכות במובנה הבינ"ל** (לעומת ס' 6(א)(3) שמתייחס לסמכות שיפוט חיצונית). יש להוכיח ע"י מומחה בדין הזר.

ס' 3(2) – הפסק אינו ניתן עוד לערעור

על פסק הדין להיות חלוט. יש להבחין בין תנאי זה לדרישת המשפט המקובל לסופיות פסק הדין.

פס"ד קסון נ' קסון: נטען שפס"ד של מזונות תמיד אפשר לשנות (כי צרכי הילדים יכולים להשתנות), ולכן הוא לכאורה לא ממלא את הדרישה. ביהמ"ש דחה את הטענה הזו וקבע כי **יש הבחנה בין תנאי של סופיות במשפט המקובל** (שלפיו פס"ד של מזונות אינו סופי ולכן לכאורה אי אפשר לאכוף אותו, אלמלא קיומן של אמנות) **לתנאי של פס"ד שלא ניתן עוד לערעור** (כלומר, שפסק הדין חלוט וזכות הערעור כבר מוצתה).במקרה הזה פסה"ד היה חלוט, אף שניתן היה לבוא בבקשה לשינויו.

* חריג לתנאי (ס' 8): **"רשאי ביהמ"ש אם ראה צידוק לכך... לאכוף פסק חוץ זמני** או צו ביניים בענייני מזונות, **אף כשהוא ניתן עוד לערעור,** ובלבד שנתקיימו בו שאר התנאים..."

פס"ד Tower Air Inc: נקבע **שהחריג אינו מוגבל רק למזונות** אלא שניתן לאכוף צו ביניים גם בעניינים אחרים אם מדובר בנפקויות המצדיקות את זה (לדעת המרצה קשה להצדיק את זה).

ס' 3(3) רישא - החיוב בפסק ניתן לאכיפה בישראל

"החיוב שבפסק ניתן לאכיפה על פי הדינים של אכיפת פסקי דין בישראל...". כלומר, אין אפשרות להעמיד לרשות המבקש כלי אכיפה שונים/נוספים מאלו שלרשות המבקש לאכוף פס"ד ישראלי.

**פס"ד אונגר נ' הרשות הפלסטינית:** בפס"ד שניתן בארה"ב לטובת ילדי בני הזוג אונגר שנרצחו בפיגוע. הילדים תבעו בארה"ב וזכו במיליוני דולרים. הם ביקשו לאכוף את פסה"ד בישראל, ושהממשלה תקזז את סכום הפיצויים מהכספים שמעבירים לרשות. הרשות טענה בין השאר שהפסק נותן סעד שלא קיים בדין הישראלי (פיצויים עונשיים). נקבע שאכיף אבל בסוף התפשרו.

ס' 3(3) סיפא – תוכן הפסק לא סותר את תקנת הציבור

"ותוכנו של הפסק אינו סותר את תקנת הציבור". **פרשנות מצמצמת מאוד** (ע"א אשכר נ' היימס).

**פס"ד אונגר:** הפלסטינים טענו שהפסק האמריקני נוגד את תקנת הציבור כי הוא מפלה ונותן עדיפות לאזרחים אמריקניים. הטענה לא התקבלה, שכן גם נפגעים לא אמריקנים יכלו לקבל פיצויים במסלול אחר, ושלמדינה יש זכות לתת הטבות לאזרחיה. זה לא נוגד את תקנת הציבור.

ס' 3(4) – הפסק בר ביצוע במדינה שבה ניתן

כלומר, אין מניעה **משפטית** לביצוע הפסק (כמו פס"ד אחר שביטל אותו). לא מדובר על האפשרות הפרקטית לביצוע הפסק (אם לנתבע היו נכסים באותה מדינה וכו') אלא על היעדר מניעה משפטית.

* על המבקש להביא חוו"ד של מומחה בדין הזר על כך.
* טיעון שפסה"ד נפרע במלואו/בחלקו אינו מונע הכרזתו כאכיף, וייבדק במסגרת הליכי הוצל"פ.

ס' 4 - הדדיות

תנאי ההדדיות הוא חידוש שלא מופיע במשפט המקובל. מדובר בדרישה **להדדיות כללית.**

**פס"ד קסון:** המשיב טען שבדין האנגלי אין אפשרות לאכוף פס"דים של מזונות ולכן לא מתקיימת דרישת ההדדיות. ביהמ"ש דחה את הטיעון כי **הדרישה להדדיות היא כללית - האם באופן כללי מוכנים באנגליה לאכוף פס"דים ישראליים -** ולא אם היו מוכנים לאכוף את פסה"ד הספציפי הזה.

**יש לפרש את הדרישה להדדיות בצורה מצמצמת,** לעודד שיתוף פעולה ולקדם עקרונות של יעילות משפטית ועשיית צדק בין מתדיינים. לא ברור מנוסח הסעיף על מי נטל ההוכחה, אבל בפסיקה נקבע **שעל הנתבע להוכיח שאין הדדיות,** וכן **שדי בפוטנציאל להכרת פס"דים ישראליים במדינה הזרה.**

ס' 5 - התיישנות

"לא יזדקק ביהמ"ש לבקשת אכיפה של פסק חוץ שהוגשה כעבור **יותר** **מחמש שנים מיום מתן פסק הדין,** אלא אם **הוסכם בין ישראל לבין המדינה שבה ניתן הפסק על תקופה אחרת,** או אם מצא ביהמ"ש **סיבות מיוחדות** המצדיקות את האיחור". מהם השיקולים לסיבות המיוחדות?

**ע"א הוכמן נ' רווה:** בני זוג שהתגרשו בקנדה. בשנת 1977 ניתן פס"ד מזונות ילדים נגד האב. בהתחלה האב שילם את המזונות ואז הילד עבר למשמורת של האב עד לשנת 1982. בשנת 1982 הילד חזר למשמורת של האם, אולם האב לא חזר לשלם את המזונות. האם פנתה לביהמ"ש בקנדה, אבל האב נעלם במהלך ההליכים. שנה לאחר מכן (1983) הוא נמצא בישראל, והאם ביקשה מביהמ"ש הישראלי להכריז על פסק הדין מ-1977 כאכיף. היות שעברו שש שנים, פסה"ד הזר התיישן לפי ס' 5. ביהמ"ש היה מוכן להפעיל את שיקול דעתו ולתת אורכה, בקובעו **שישנן נסיבות מיוחדות המצדיקות את האיחור - האם לא הייתה יכולה לדעת שהאב הגיע לישראל.**

**פס"ד חאו נ' שווילין** (מוקדם יותר מהוכמן): עוד בקשה לאכיפת פס"ד זר של מזונות ילד נגד אב. הבקשה הוגשה באיחור של חמישה חודשים בלבד, אבל ביהמ"ש קבע **שאין סיבות מיוחדות כי האם ידעה שהמשיב נמצא בארץ.** בהערת אגב נאמר באותו פס"ד שגם אם הנתבע היה משלם את המזונות כל אותן חמש שנים, לא היו מכריזים על פסק הדין כאכיף. כלומר, יכול להיות מצב (לפי האוביטר), שאם פס"ד חוץ אומר לשלם בתשלומים לתקופה ממושכת, ובהתחלה החייב משלם ופתאום מפסיק אחרי חמש שנים - אין אפשרות לאכוף. כלומר, גם אם המשיב משלם בהתחלה כדאי לבקש מביהמ"ש להכריז על פסק הדין כאכיף ולא לחכות שיעברו חמש שנים.

* להשוות להכרה אגבית, שבה אין התיישנות (אך לא תמיד אפשר להפוך מאכיפה).

הגנות ס' 6

יש מספר הגנות חלופיות שבהוכחת אחת מהן הפסק הזר יוכרז כלא אכיף. **נטל ההוכחה על המשיב.**

ס' 6(א)(1) - מרמה

הפסק לא יוכרז כאכיף אם "הושג במרמה". ישנה מחלוקת לגבי היקף הגנה זו:

1. **הגישה הרחבה - ניתן להתחשב בכל טענת מרמה,** גם כשהיא מתבססת על פגם פנימי בהליך (הגישה האנגלית). למשל, אם המבקש שיקר בביהמ"ש ייחשב כמרמה שיכולה למנוע אכיפה.

הבעיה עם הגישה המרחיבה היא שהיא דורשת מביהמ"ש הישראלי לערוך דיון חוזר.

1. **הגישה המחמירה -** ניתן לשמוע את טענת המרמה רק אם היא מבוססת על טענות וראיות חדשות וחיצוניות לפס"ד. כלומר, אם הטענה הייתה יכולה להיות מושמעת נגד פס"ד מקומי.

בפס"ד בסיליוס נאמר באוביטר שבישראל מקבלים את הגישה המחמירה. בפסיקה מאוחרת יותר ביהמ"ש העליון סירב לקבוע איזו גישה נכונה. פס"ד Wells Fargo ביהמ"ש המחוזי דווקא העדיף את הגישה הרחבה, והצדיק זאת בכך **שהסוגיה טרם הגיעה למיצוי בעליון.**

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". הגנה זו מעגנת את **הדרישה להליך הוגן.**

* בתי המשפט מפרשים הגנה זו בצורה **מצמצמת**
* מדגישים כי מדובר **במבחן אובייקטיבי** ואין להתחשב בנסיבות סובייקטיביות.

**פס"ד אינדורקסיס:** תביעה למזונות המוגשת לביהמ"ש בגרמניה ע"י קטין נגד אביו. התביעה נמסרה לאשתו השנייה של האב, ששכחה להעביר לו את הבקשה. כמה ימים לאחר המסירה האב נפצע קשה בתאונת דרכים, וניתן פס"ד בהיעדרו. עלתה בקשה לאכוף את פסה"ד בישראל והאב טען שלא ניתנה לו הזדמנות לטעון. המחוזי קיבל את הטענה אבל ההחלטה נהפכה ע"י ביהמ"ש העליון שקבע **שהשאלה היא האם ביהמ"ש הזר נתן הזדמנות סבירה. הנסיבות האישיות של הנתבע אינן רלוונטיות.** אם הייתה לו בעיה ספציפית הוא היה צריך לפנות לביהמ"ש בגרמניה.

**ע"א אשכר נ' היימס:** פס"ד מזונות שילד תבע נגד אמו בגרמניה. האם קיבלה את התביעה אבל לא השתתפה בדיון. ניתן פס"ד במעמד צד אחד, אולם האם עברה דירה ולא הודיעה לביהמ"ש אז עד שהגיע אליה פסה"ד חלף המועד האפשרי לערעור. הבן ביקש לאכוף את הפס"ד בישראל והאם טענה שלא הייתה לה הזדמנות לערער כי קיבלה את פסה"ד באיחור. ביהמ"ש דחה את טענתה.

**פס"ד אונגר:** הרשות הפלסטינית טענה שלא ניתנה לה הזדמנות לטעון בהליך שהיה בארה"ב, מכיוון שיאסר ערפאת היה כלוא ולא יכול היה לתת הוראות לעורך דינו. טענה זו נדחתה כי היו ראיות ברורות שהרשות לא השתתפה בהליכים באופן מודע לאחר שטענותיה המקדימות נדחו.

**פס"ד JSC VTB BANK נ' מרגוליס:** ההזמנה לדין נשלחה לכתובת הנתבע ברוסיה, שהייתה רשומה בחוזה בין הצדדים. בפועל מרגוליס כבר לא גר שם אלא עבר לישראל, ומי שקיבל את ההזמנה לדין הייתה גרושתו. היא חתמה על קבלת ההזמנה אבל לא הודיעה לו על כך.

ס' 6(א)(3) – סמכות שיפוט בינ"ל חיצונית

פסק לא יוכרז אכיף אם "הפסק ניתן על ידי בית משפט שלא היה מוסמך לתתו על פי כללי המשפט הבינ"ל הפרטי החלים בישראל" (כללי סמכות שיפוט בינ"ל חיצונית/עקיפה).

השופט שמגר בפס"ד רוזנשיין נ' ספרטוס מסביר ש"לפי כללים אלה [כללי סמכות שיפוט בינ"ל חיצונית] **יוכר בישראל פסק שניתן בערכאה שיפוטית זרה אם נתקיימו לגבי הנתבע דשם,** לגביו מבקשים לאכוף פסק הדין, **אחד משני התנאים הבאים: מגורים** (RESIDENCE) **או הסכמה לשיפוט** (SUBMISSION)...".

כלומר, י**ש רק שני בסיסים לסמכות שיפוט בינ"ל חיצונית - מקום מגוריו של הנתבע או הסכמתו.**

* חשוב: המצאה לנתבע מחוץ לתחום (כמו תקנה 500) אינה מהווה בסיס לאכיפת פסק הדין!

השופט שמגר אמר **ש"די בכך שנוצרה זיקת מגורים ארעית ואף מזדמנת".** כלומר, נראה שתייר עומד בדרישה. לא נראה שזה מאוד שונה מכלל התפיסה.

**פס"ד בלהם נ' גלובוס ומנורה:** גברת בלהם עשתה חוזה עם חברת גלובוס למשלוחים בינ"ל, כדי שתעביר את חפציה האישיים מישראל לצרפת. בחוזה היה כתוב שכל הסכסוכים הנובעים מהחוזה ידונו בת"א לפי הדין האנגלי. גברת בלהם הגישה תביעה נגד גלובוס בצרפת בטענה שחלק מחפציה ניזוקו בדרך. גלובוס לא השתתפה בהליכים בצרפת, בלהם קיבלה פס"ד במעמד צד אחד וביקשה להכריז עליו כאכיף בישראל. **חברת גלובוס טענה להגנה בס' 6(א)(3) - לא הייתה סמכות בינ"ל חיצונית - שכן אין לחברה מקום מגורים בצרפת** [לא מנהלת שם את עסקיה] **ולא הסכימה לכך.** ביהמ"ש העליון הוסיף באוביטר **שאפילו אם החברה הייתה מנהלת עסקים בצרפת, עדיין היה מקום לפסוק שתניית השיפוט הייחודית גוברת על זיקת המגורים**.

ס' 6(ב) ו-(ג) - הסכמה לשיפוט

ס' 6(ב) אומר **שלא רואים הסכמה לסמכות של בימ"ש זר רק בשל העובדה שאדם התייצב בפני אותו בימ"ש וטען בדבר כפירתו בסמכות ביהמ"ש;** ביטול ההליך או עיכובו לצורך העברת הסכסוך לבימ"ש במדינה אחרת; שחרור נכסיו שנתפסו או הגנה עליהם.

ס' 6(ג) מוסיף שאין הסכמה גם אם לצד הטענות בס' 6(ב) טען האדם טענות לגופו של הסכסוך או שהשתתף בדיון בכל דרך אחרת, כל עוד עשה כן לפני שניתנה החלטה סופית לגבי עניין הסמכות.

ס' 6(א)(4) - מעשה בית דין;

פסק דין לא יוכרז אכיף אם "**הפסק נוגד פסק דין אחר בניתן באותו עניין בין אותם בעלי דין ושעודנו בר תוקף".** יש לאכוף את הפסק הראשון ולא השני.

ישנם ארבעה תנאים מצטברים להגנת מעשה בית דין:

1. **זהות הצדדים** בשני פסקי הדין
2. פסק הדין האחר ניתן **באותו עניין**
3. הפסק שרוצים לאכוף **נוגד** את הפסק השני
4. הפסק הראשון עדיין **בר תוקף**

**פס"ד אשכר נ' היימס:** היו שני פס"ד בגרמניה בעניין תשלום מזונות של המערערת לביתה. הראשון קבע שהאם לא צריכה לשלם מזונות בין 1985-1988. השני אמר שעליה לשלם מזונות בין 1988-1990. הייתה סתירה לגבי שנת 1988. האם מדובר בפסקי דין באותו עניין? ביהמ"ש קבע שכן, על אף שמדובר בתקופות שונות. ההגנה חלה.

* לדעת פסברג זו קביעה בעייתית, וביהמ"ש כלל לא היה צריך לדון בכך כי לא הייתה סמכות שיפוט בינ"ל עקיפה לפי ס' 6(א)(3) - המערערת לא גרה בגרמניה ולא הסכימה לשיפוט.

ס' 6(א)(5) - הליכים תלויים ועומדים

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".**

ס' 7 - פגיעה בריבונות או ביטחון המדינה

**"פסק חוץ לא יוכרז אכיף אם אכיפתו עלולה לפגוע בריבונותה של ישראל או בביטחונה"**

**פס"ד אונגר:** דוגמה ספציפית של תקנת הציבור ולכן נטל ההוכחה היה על המבקש, כמו בס' 3(3) סיפא. טיעונה של הרשות הפלסטינית שאכיפת פסק החוץ תפגע בביטחון המדינה נדחה.

שינוי של פסק מזונות זר לאור שינוי נסיבות

* כאשר פסק הדין הזר **לא נקלט בישראל**, ניתן להגיש תביעת מזונות חדשה בבית המשפט בישראל על פי הדין הישראלי - אבל **לא ניתן לסמוך על קביעות פסק הדין הזר.**
* אם הפסק הזר כבר **עבר הליך של אכיפה בישראל,** בית משפט בישראל יכול לשנות אותו - אולם (על פי הפסיקה) **רק בהתאם לדין במדינה שנתנה את הפסק הזר.**

**פס"ד מהונג קונג:** ניתן פס"ד מזונות בסכומים יפים בהתאם לעלות החיים בהונג קונג. האישה והילדים עברו לישראל והגבר רצה להפחית את הסכום שעליו לשלם במזונות. לשם כך היה עליו לבקש מביהמ"ש בישראל להכריז על פסה"ד כאכיף (על אף שעקרונית אין לו עניין שזה יוכר כאכיף).

הסכמים עם מדינות אחרות בעניין אכיפה הדדית של פסקי דין מזונות וגבייה:

* אמנת ניו יורק משנת 1956 (בערך חמישים מדינות חתומות עליה, לא כולל ארה"ב).

היות שרוב המקרים שבהם יש צורך לאכיפה הדדית הם דווקא מול ארה"ב, הגענו ל:

* הבנות בין ארה"ב לבין ישראל לשיתוף פעולה לתשלום מזונות ילדים 2009