מבוא- 3 שאלות שיש לשאול:

1. **סמכות שיפוט בינלאומית:**
2. האם בהמ"ש מוסמך לדון
3. האם בהמ"ש מוכן לדון
4. **ברירת הדין:**

* האם בכלל יש מתקל בין הדינים- עד מומחה לדין הזר ואם לא הוכיחו ששונה אז יש חזקת שוויון בין הדינים
* לשים לב באיזה תחום אנחנו- נזקין, חוזים או קניין (כולל ירושה ויחסי ממון).
* שינוי בגישה:

1. הגישה המסורתית לברירת הדין: **חוליות הקישור**

* חוליות קישור אישיות (מקום מושב, מקום המגורים הרגיל, אזרחות)
* חוליות קישור עובדתיות (מקום ביצוע העוולה, מקום עריכת החוזה, דין הסיטוס)

**סקאלר נ' יובינר**- ישראלים שהכירו ועשו תאונה בניו זילנד. הלכו לפי מקום ביצוע העוולה.

1. הגישה החדשה לברירת הדין: **מירב הזיקות**-

הדין שיש לו הקשר האמיץ ביותר עם העניין הנדון. **בבקוק נ' ג'קסון-** תושבי ניו יורק שעשו תאונה בקנדה. גישה מסורתית הייתה אומרת דין קנדי כי מקום ביצוע העוולה אך בחרו במירב הזיקות ולכן נויורק כי שם הכירו והושכר ומבוטח הרכב.

1. **קליטת פסקי חוץ**

**מסיקה**- הגיש תביעת רשלנות רפואית נגד רופא סלובני. יש סמכות לפי כלל התפיסה כי היה בארץ. יש הבדלים בין הדינים ומירב הזיקות הצביעו על סלובניה אך העד המומחה לא התייצב ולכן נקבע חזקת שוויון. בפועל מסיקה לא הצליח לאכוף בחו"ל את הפסק.

דרכים להקניית סמכות לבהמ"ש בישראל:

כללים אלו חשובים במיוחד בכדי למנוע את תופעת ה-FORUM SHOPPING. הצורך בהמצאה בא להבטיח את ידיעת הנתבע ולא מספיק שידע בלעדיה.

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

בא מעיקרון הטריטוריאליות ותקף גם כאשר הנוכחות בארץ היא **נוכחות זמנית** בלבד (מהראני, פימקפקו) ויכול לעורר פורום שופינג. לא יחול אם הנתבע או נציגו הגיע לכפור בסמכות ההחלטה לפי תקנה 169. **סייג­ תקנה 163(ב)-** אם אין אפשרות למצוא את הנעמן מספיקה המצאה לבן ביתו שנראה בגיר.

1. המצאה לתאגיד בארץ- למשרד או מען הרישום של התאגיד ואם אין כאלו משרד מנהל
2. **המצאה לנציג/ מורשה בארץ לקבלת כתבי בית דין (תק' סד"א 158,163)**

**477**: די בהמצאה למורשה או לעורך הדין שלו (אם יש כזה) באותה העת ולאותו עניין (זדה ואוסטפלד). בתקנות הישנות היה רשום אפשר להמציא במקומו ובחדשות נראה שחייב.

* **"נציג מטעמו"**- מניחים שזה אותו דבר כמו הניסוח הקודם של שת"פ בין הנתבע למנהל עסקיו ולכן רלוננטי **מבחן אינטנסיביות הקשר** שבודק כל מקרה לגופו.
* דוגמאות מהפסיקה:

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

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

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

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

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

אמזון- נמסר לסגן הנשיא כשהיה בכנס בארץ. כיום כנראה לא היה מתקבל כי צריך ייצוג הנתבע באופן קבוע

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

וסטל נ' אמפה: עובד שאינו בכיר ובעל **סמכות מוגבלת- לא ייחשב** למורשה מטעם החברה. חוסר תו"ל מובהק.

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

אזור=כל שטח המוחזק בידי צה"ל למעט שטחי המועצה הפלשתינית. מדובר על שטחי C וחל על כל הנוכחים בו.

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

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

הרש"פ נ' גולדמן: ההסדר לתת הסדר ביניים לרשות שלא לגמרי בשליטת ישראל אך לא מדינה ריבונית.

דד

1. **המצאה לנתבע הנמצא בחו"ל (תקנה 166)**

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

האפשרות להמציא הזמנה לנתבע בחו"ל, ע"פ התקנות הישנות בתקנה 500 דורשת הוכחת שני תנאים מצטברים: (1) קיומן של אחת מ10 העילות (2) קיומה של עילת עניין רצינית בתצהיר (3) שק"ד לבהמ"ש-פורום נאות.

**האם התנאים עדיין רלוונטיים בתקנות החדשות?** היו גישות חלוקות אך לאחרונה נקבע בעליון ב AIRBNB שלאור התקנות החדשות אין צורך להוכיח את 3 התנאים על מנת לקבל הוראה על דרך ביצוע אך הם רלוונטיים בשלב השני של בקשה לביטול במעמד שני הצדדים.

העילות מחולקת ל:

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

**העילות הכלליות:**

* **עילה 1**: חיקוק שמצהיר ללא ספק את סמכות ביהמ"ש לדון בהליך פלוני או בהסכמת הצדדים.
* **עילה 2:** סעד נגד אדם שמקום מושבו בתחום המדינה.
* **עילה 6:** בקשה לצו מניעה לדבר שקרה או עומד לקרות בארץ או הסרת/ מניעת מטרד (אשכנזי צו מניעה להשמצות בתביעת לשון הרע)
* **עילה 7:** בקשה לאכוף פסק חוץ.
* **עילה 8:** בקשה לאי אכיפת פסק בוררות חוץ אם השתכנע ביהמ"ש שאין למבקש אפשרות לצדק במדינה הזרה
* **עילה 9:** כאשר יש יותר מנתבע אחד, והנתבע הנוסף שבחו"ל הוא בעל דין דרוש או נכון. הורידו תנאי שההמצאה הייתה כדין כי לפי הפסיקה די בכך שהתביעה הראשונה הייתה כנה ומבוססת.

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

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

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

* **עילה 10**: כאשר יש תביעה שבאחת מעילותיה מתקיימת אחת המזיקות הללו אבל באחרת אין זיקה, תהיה אפשרות לביהמ"ש לסמכות בעילה השנייה אם מדובר באותו עניין כדי למנוע פיצול למשל אם יש עילה נזיקית בחול וחוזית בארץ (גיורא נ' אפל הבחורה שקריינה את סירי).

**עילות ספציפיות בעניין מקרקעין:**

* **עילה 3:** נושא התובענה ~~כולו~~ הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה. מחקו מהעילה הישנה את המילה כולו וייתרו את העילה הנוספת שהייתה.

**עילות ספציפיות בעניין חוזים:**

* **עילה 4:** החוזה נעשה/ הופר/ חל בתחום המדינה. החוזה נעשה איפה שהיה הקיבול.
* **מתי חוזה מופר בתחום המדינה:**
* הגבס: הספק התחייב לספק מכונה בישראל והמכוונה לא עבדה. נאמר שכדי לדעת מה מקום ההפרה צריך לדעת היכן נקבע מקום הביצוע.

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

**עילות ספציפיות בעניין נזיקין ומחדלים נוספים:**

* **עילה 4א**: התובענה מבוססת על מעשה או מחדל בתחום המדינה.

אך מה יהיה **בעוולה חוצת גבולות?**

מזרחי נ' נובלס: עובד בניין שנפצע מחומר שיוצר בסקוטלנד. בהמ"ש קבע ש**העילה** **לא מתקיימת אם רק** **הנזק אירע בישראל צריך שהייצור היה בישראל. לעומת זאת פרסום באינטרנט נחשב מעשה בישראל**.

אוטו דיזיון נ' אמזון: הפרסום יהיה פרסום בישראל אם האתר יועד לישראלים.

פלונית: ילדה שנולדה בישראל מרומן בטורקיה.

1. **כפיפות לשיפוט (המשפט המקובל)**

כפיפות= הסכמת הנתבע לסמכות בהמ"ש. גם אם התחרט אח"כ.

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

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

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

1. **כללי סמכות מיוחדים**

* הגנה על קטין או חסוי (חוק הכשרות המשפטית)
* ירושה- הולכים לפי מקום מושבו של הנפטר ביום מותו או הנחת נכסים בישראל. ביהמ"ש קבע שבכדי לבדוק אם מדובר בתביעת ירושה צריך להסתכל על **הסעד** למשל אם מדובר באכיפת חוב (אלדרמן) או שיפוי כספי ולא בחלוקה של עיזבון (ברני).

"הנחת נכסים בישראל"- מספיקה לסמכות על כלל העיזבון אך ביהמ"ש יכול לסרב לסמכות מכוח פורום לא נאות או לא לתת צו מעשי שיהיה אפקטיבי בחו"ל.

עילות לסירוב להפעיל סמכות

3 סוגי עילות לסירוב להפעיל סמכות:

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

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

1. **תניית שיפוט זרה**

בכדי לאזן בין עקרון הטריטוריאליות לחופש החוזים תניית השיפוט לא שוללת סמכות של ביהמ"ש הישראלי אלא אם היא **בלעדית ותקפה**. וגם במקרה זה יכול התובע לנסות לתת סיבה טובה להתדיינות בישראל (נברום).

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

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

* על בית המשפט לפרש מה הצדדים התכוונו בחוזה/הסכם. נקבע כי הפרשנות תהיה **פרשנות תכליתית** בפס"ד תעשיות אלקטרוניות בע"מ. משמע- **מה הייתה כוונת הצדדים? מה הייתה מטרתם?**
* תנייה "**תקפה**" משמעות הדבר לפי דין הפורום בו דנים. כלומר אם דנים בישראל התוקף יקבע לפי דיני החוזים בישראל גם אם החוזה הולך לפי דין זר.
* **הסכמים אחידים באינטרנט**- אם מכילים תניה בלעדית לגבי מקום השיפוט שמגבילה את הלקוח אז מדובר בתנייה מקפחת שבטלה. אלו חזקון שניתנות לסתירה (**בן חמו נ' פייסבוק**- מסתכלים על פערי הכוחות).
* לא חל כאשר מדובר בעסקאות בין עסקים אלא רק בחוזים צרכניים עם הבדלי כוחות (רמת יוחנן)
* מיהו צרכן? הולכים לפי פערי הכוחות. גל נ' פייסבוק- היו לקוחות עסקיים שפרסמו בפייסבוק ועלתה השאלה האם מדובר בצרכנים או עסקיים. פערי הכוחות הכריעו שמדובר בצרכנים. היה גם מקרה של תניית שיפוט שנתנה יתרון בלתי הוגן.

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

1. **התובע לא יקבל צדק במדינה הזרה**

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

1. **התיישנות במדינה הזרה- גישה מחמירה** לפיה הצד השני היה מודע לכך מראש והיה עליו לקחת את זה בחשבון ולהגיש את ההליכים בזמן (דיפוכם) ומצד שני **גישה מקלה** שבוחנת את היכולת לעשות צדק מעשי וההתנהגות הסבירה של הצדדים. כלומר לבדוק האם באמת התנהל התובע בתו"ל ולא מנסה לעשות פורום שופינג (הוריזן).
2. **פיצול הליכים (ריבוי תובעים/נתבעים)**

פס"ד ננטוקט: הבחנה בין שני מצבים:

1. **ריבוי תובעים**- ורק לאחד מהם יש תניית שיפוט עם הנתבע. **יש הצדקה** לדון בארץ על אף תניית השיפוט, כי ממילא בהמ"ש בארץ יצטרך לדון בזה בשאר התביעות כך שזה לא באמת מקפח את הנתבע.
2. **ריבוי נתבעים**- כאן יש חשש מהתנהגות שלילית (חיפוש נתבעים נוספים כדי לחמוק מתניית שיפוט בלעדית), ולכן רק אם מדובר **בתו"ל**- בהמ"ש יבחן אם יש מקום לדון בארץ.
3. **תניית בוררות זרה לפי אמנת ניו יורק:** ישראל חתומה על אמנה ועיגנה אותה בחוק שאם יש תניית בוררות זרה נכבד אותה ונעכב הליכים. **החריגים באמנה** הם לא רשימה סגורה וביהמ"ש יכול לדון אם יש חשיבות ציבורית – תקנת הציבור (טבע ניסוי קליני)
4. **הליכים תלויים ועומדים**

מקרים בהם אדם מגיש תביעה בישראל, כאשר מתקיימים הליכים מקבילים בחו"ל בין אותם הצדדים. קיום הליכים מקבילים בחו"ל אינו שולל את סמכותו של בית המשפט אך יש שק"ד לביהמ"ש לעכב את ההליכים. בדרך כלל נדון בהקשר של פורום לא נאות אך יכול להיות דוק' נפרדת. סוכנות מכוניות לים התיכון: לא עכבו את ההליכים למרות ההליך שבחו"ל, בגלל שהוא לא התחיל עדיין באופן ממשי- ערכו **איזון** בין **הליך שעוד לא החל** ממש לבין **זכות היסוד של התובע לגישה לערכאות** בישראל.

חדר נ' רזק: אזרחיים ישראלים מהמגזר הערבי, בהמ"ש לא דן רק בשל הליך תלוי ועומד ביריחו.

מהפסיקה עולה כי ישנם כמה שיקולים שבית המשפט ייקח בחשבון, עת הוא בוחן האם להשהות את ההליכים- זהות השאלות במחלוקת, זהות בעלי הדין, יעילות הדיון, חיסכון בזמן שיפוטי, הימנעות מכפל התדיינויות ומאזן הנוחות

1. **פורום לא נאות**

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

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

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

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

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

1. ***הדין החל*** (זיקה משפטית)-

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

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

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

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

1. ***האפשרות לאכוף את פסק הדין* הזר בחו"ל**-

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

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

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

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

1. **ציפיות הצדדים-**

מבחן אובייקטיבי-הציפיות המשוערות של הצדדים.

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

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

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

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

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

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

1. ***לתת סעד לישראלים שנפצעים ביעד תיירות פופולרי****- עידו באום רשם מאמר בו הוא מציג מגמה בה ניתן משקל כבד יותר לאינטרסים ציבוריים במסגרת מצב בו ישראלים נפגעים ביעד תיירות פופולרי.*
2. ***אינטרס ערכי:***

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

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

* **הבדלים ברמת הפיצוי או הסעדים**

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

* **התיישנות**

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

אבוג'חלא, HECKE: התביעה בפורום הזר התיישנה, ובהמ"ש קבע שהוא מוכן לא לדון, בתנאי שהנתבע מתחייב לא להעלות את טענת ההתיישנות במדינה הזרה. לא תמיד יתנו על כך למשל כשהתובע התנהג לא כשורה (וילאם)

* **אפליה**

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

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

* האם דוק' פורום נאות עדיין רלוונטית?

**דעות שלא-**

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

**דעות שכן-**

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

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

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

סייגים לסמכות

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

1. **מקרקעין זרים**

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

חריגים להלכת מוזמביק-

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

עבד אלקאדר: הלכת מוזמביק לא חלה על מקרקעין ב"אזור". כי אין בעיה של ריבונות או של אפקטיביות האכיפה

1. **חסינות ריבון זר**

אין לבהמ"ש סמכות נגד מדינה שנחשבת לריבון זר.

חריגין לחסינות (בחוק חסינות מדינות זרות)-

**תביעה שעילתה מסחרית (ס' 3)** אדלסון נ' קנדה: המבחן אם מדובר בעסקה מסחרית או לא מתייחס לאופי העסקה ולא למטרתה. (הממשלה ניסתה לטעון שמטרת ההשכרה היא למעשי הדיפלומטיים, אך בגלל אופי העסקה-השכרה-זה נחשב מסחרי.

**חוזה עבודה (ס' 4)** על עובדים שהמתגוררים בישראל והעבודה בוצעה בה. יש צורך בכך שהעבודה תהיה מסחרית ולא שלטונית (ארה"ב נ' בחבא הפעולה הייתה דיפלומטית ולכן ניתנה למדינה חסינות)

**חריג נזיקי (ס' 5)**אם העוולה נעשתה בארץ וגרמה לנזק גוף או רכוש (שוחט)

**זכויות הנכסים בישראל (ס' 6)** אם מדובר במקרקעין או נכס אחר המצוי בישראל אין חסינות.

צווים חוסמים

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

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

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

1. **פגיעה למבקש הצו** מהתביעה בחו"ל-

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

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

1. **פגיעה לתובע בחו"ל** מהצו החוסם-

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

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

מטרות כללי ברירת הדין

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

הפרמטר העיקרי-**מימוש ציפיות הצדדים** (סקאלר נ' יובינר). כך בוחנים איזה דין של מדינה ראוי יותר שיחול על המקרה הנדון.

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

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

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

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

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

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

התפתחות כללי ברירת הדין בנזיקין:

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

2.אימוץ **החריג של המדינה עם הקשר הקרוב ביותר** פס"ד BOYS: אם החלת דין מקום ביצוע העוולה **תגרום** **לאי צדק**, **ויש דין אחר** שיש לו קשר אמיץ לעוולה, יש להחיל באופן חריג את אותו הדין. 🡸הדין האחר נקבע לפי "**מירב הזיקות**". קפלן: **אימץ את החריג**. אמנם התאונה הייתה בסיני, אך נקבע שמירב הזיקות הן לישראל.

3.אימוץ הגישה האמריקאית פס"ד קלוזנר: ש' בן פורת באוביטר- לדעתה **יש לאמץ את "גישת מירב הזיקות**" במקום המשפט המקובל. 🡸בערכאות הנמוכות אימצו את האוביטר שלה ומחילים את מבחן מירב הזיקות.

4. **קביעת כלל של מקום ביצוע העוולה כפוף לחריג** פס"ד ינון: ריבלין- דוחה את גישת מירב הזיקות, וקובע כלל חדש: **מקום ביצוע העוולה בכפוף לחריג**.🡸וזוהי ההלכה היום.

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

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

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

* **מהי "מקריות"?** לפי המרצה יש כמה מודלים של מקריות:

1. מקריות טהורה**-** לא הייתה אפשרות לצפות את מיקום ביצוע העוולה מראש. למשל מטוס שחלף מעל המדינה ינון לא נכנס לכאן
2. מודל אינצידנטלי- הנוכחות במדינה בה בוצעה העוולה הייתה אינצידנטלית. דוגמה לכך היא במקרה שבה הנוכחות במדינה שבה בוצעה בעוולה הייתה אינצידנטלית למטרה של הצדדים ולא מטרה בפני עצמה. למשל, רכבת שעברה במדינה, לא היה רצון לעצור במדינה הזו, אך היה ניתן לצפות.
3. המודל של אקראיות- לדעת המרצה מדובר במודל שמשקף בצורה הכי ברורה את האמרה היומיומית של המונח 'מקריות'. מדובר במצב בו באקראי העוולה התבצעה במדינה מסוימת ולא במדינה אחרת. כמו בפסק הדין **Babcock v. Jackson**, שם ניתן להגיד כי באופן אקראי התאונה בוצעה באונטריו ולא בניו-יורק.
4. המודל של חוסר קשר- מודל שאומר שאין קשר ענייני בין העוולה לבין מקום הביצוע, פרט לכך שהעוולה בוצעה שם- אין קשר אחר בין מקום הנזק לבין העוולה. גם פסק הדין **Babcock v. Jackson** מתאר מצב דומה.

מה הכי מתאים לחריג? בינון ריבלין לא נתן תשובה אלא השלים זאת **בסקאלר**: מקריות זה כאשר "**הסביבה האינטימית רבת משמעות יותר מהסביבה הגאוגרפית"** 🡸 זוהי ההלכה היום – המודל הרביעי של חוסר קשר. בפועל ניראה שסביבה אינטימית היא בדיקה של מירב הזיקות בדלת האחורית.

במשפט המשווה ניתן לראות חריגים יותר הגיוניים וברורים משלנו כמו למשל מירב הזיקות (הגישה שדחה ריבלינן בינון וסקאלר) ומקום המושב המשותף שניסתה ארבל להעלות בסקאלר אך נדחתה הצעתה.

ניתן לראות שעשו את החריג למקום ביצוע העוולה בכדי להביא יותר וודאות לגבי המצב ביהודה ושומרון אבל בפועל זה משפיע על הכל.

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

1. **מקום המעשה או המחדל (מקום הייצור)**

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

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

הבעייתיות היא שגם בנזיקין אין רשלנות בלי נזק וגם בתקנה 116(5) החדשה כאשר נגרם נזק בישראל ברירת הדין היא מקום הנזק.

1. **מקום התרחשות הנזק**

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

תקנה 116(5) החדשה: הולכת לפי מקום הנזק

אמנת רומא והחוק האנגלי: הדין שצריך לחול הוא דין מקום הנזק.

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

* **דוגמאות מהפסיקה לעוולה חוצת גבולות:**

פלונית- אישה שברחה מהאב עם הילדים לישראל. ביהמ"ש מתבסס על כך **שחלק מהפעולות נעשו בישראל**- תכנון, הפרת החובה להחזירם... לכן נקבע שהעוולה בוצע בישראל והדין ישראל.

**בן חמו נ' פייסבוק**- הועלתה גישה של **תחילת העוולה**, כלומה איפה שהחלה הפעולה האסורה.

פינטה: **מירב הזיקות**

גולן נ' ווסוואגן: מכוניות שיוצרו עם תקלה באירופה אבל נשלחו לישראל. הגישה היא **מרבית העוולה**.

הרשות הפלסטינית: ריבלין א דן בכלל במקום ביצוע העוולה כי גם ככה יחיל את החריג לדעתו בגלל האינטרס של ישראל לדון בטרור וגם כשמחיל את החריג לא מזכיר מקריות. נראה יותר שימוש של דוק' ניתוח האינטרס הממשלתי.

אם השאלה עולה בבחינה יש צורך לכתוב כי אין תשובה חד משמעית ולפתור את השאלה לפי שתי הגישות.

* **איזה דין חל על חישוב הפיצויים?**

1. לגבי **ראשי הנזק**: מדובר בעניין **מהותי**, ויחול דין מקום ביצוע העוולה.
2. לגבי **שיעור הנזק**: **מחלוקת** את זה פרוצדוראלי או מהותי:

בן פורת (קלוזנר): מהותי

בייסקי (קלוזנר): אין סיווג נוקשה-תלוי בנסיבות למשל בגון כהן צריך לחשב לפי דין אמריקאי כי שם יסבול

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

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

כללי ברירת הדין בחוזים

**הרצון להגשים את ציפיותיהם הלגיטימיות של הצדדים מהחוזה.**

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

1. **האם הצדדים הסכימו ביניהם איזה דין יחול (בכפוף לחריגים)**
2. **אם לא הסכימו מראש- ייקבע הדין לפי "מירב הזיקות".** למה בנזיקין דחה את מירב הזיקות ובחוזים לא? כי בנזיקין יש קשר גדול בין העוולה למקום הביצוע ובחוזים יכלו הצדדים מראש להימנע מחוסר הוודאות.

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

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

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

1. **תניית ברירת הדין היא תנייה מקפחת בחוזה אחיד-** בפס"ד בן חמו נ' פייסבוק נאמר שתניית ברירת הדין אינה תנייה מקפחת כי זה אינטרס לגיטימי שדין אחד יחול על כל תביעות החברה אך לאחרונה בעליון בטרום מילר נ' פייסבוק נאמר שיקבעו בכל מקרה לגופו אם הוא תנייה מקפחת. רואים ניסיון ללכת יותר בעד צרכנים ולהגן מקיפוח וכן גם עסק קטן הוא כמו צרכן ולכן זו תנייה מקפחת. לפי המרצה ניתן לומר שבצרכן יחיד בטוח יהיה מדובר בתנייה מקפחת בחוזה אחיד אך אם מדובר יהיה בתביעה ייצוגית זה יותר עמום מה יוחלט.
2. **בחירת הדין נוגדת את תקנת הציבור של הפורום**
3. **כללים קוגנטיים של הפורום המיועדים לחול יגברו על הדין שנבחר**

המטרה היא לא לאפשר למעביד לעקוף כללים קוגנטיים.

בכל מקרה נידרש לבחון האם הכללים הקוגנטיים מיועדים לחול או לא- רלוונטי לדיני עבודה וצרכנות.

הכללים הקוגנטים בדיני עבודה:

* + פס"ד גבעת זאב- באוביטר: **הכללים הקוגנטיים שלנו נועדו להגן על עובדים שמבצעים את עבודתם בישראל**. ולכן, עובד תאילנדי שבא לעבוד בארץ, גם אם רשום בחוזה שחל דין תאילנד- חוקי העבודה הישראליים יגברו.
  + נחושתן: הכללים הקוגנטים מיועדים לחול **כששני הצדדים ישראלים גם אם העבודה נעשת בחו"ל אלא אם הדין הזר מיטיב עם העובד** כי אז לא צריך את הכללים הקוגנטים שמטרתם להגן על העובד.
  + המנהל האזרחי: עובדים פלסט שעבדו אצל המנהל האזרחי באיו"ש ובחוזה נקבע דין ירדני. העובדים תבעו לזכויות של הדין הישראלי. נקבע שעל **שכר מינימום יחול דין ישראלי**. יכול להיות שיש משקל לכך שהמעסיק הוא רשות ציבורית.

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

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

הכללים הקוגנטים בדיני צרכנות: בנוגע לזכות לבטל עסקה

* הזכות לבטל עסקה- באחד התביעות הייצוגיות טרם בן חמו התנגד היועמ"ש לפשרה ונימק שתנייה מקפחת ובכל אופן התקנות בעניין הזכות לבטל הן תקנות קוגנטיות ולכן חלות במקרה זה.
  + צביה: כללים קוגנטים בדיני צרכנות נועדו להגן על צרכנים בהקשר של עסקאות מקוונות ולכן יגברו על תניות ברירת הדין (לא בהכרח אומר שהתנייה מקפחת).

**לאחר מכן הגיע טרום מילר שאמר שכן תניות ברירת דין יכולה להיות תנייה מקפחת אם מדובר בצרכן יחיד אבל לגבי תביעות ייצוגיות השאירו בצריך עיון אז יכול להיות שההלכות עדיין רלוונטיות.**

כאשר אין בחירה של דין החוזה: מבחן מירב הזיקות:

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

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

למשל: שיקולי המדיניות בדיני עבודה-שוויון בין עובדים (מדנאבה – עובדים פלס' שעובדים כתף אל כתף עם ישראלים) אך יש מקרים עמומים למשל מה קורה אם העובדה בחלקה מבוצעת בתוך או בצמוד למובעלת).

* הבעייתיות של שימוש בכללי ברירת הדין באיו"ש:
  + **הגישה הטריטוריאלית**- מדובר במצב בעייתי עקב השליטה הישראלית והעירוב בין שטחים המצויים תחת הרשות לבין שטחים המצויים תחת המדינה. אנו עדים לבעיה זו ב**פרשת ינון**.
  + **גישת הזיקות**- כפי שראינו **בפרשת עמותת קו לעובד** לא תמיד תהיה תשובה ברורה.
  + **גישת האינטרסים**- גם גישה זו לא תוכל לתת לנו פתרון לנושא, שכן האינטרס הישראלי אינו ברור במיוחד (האם זה רק להגן על המעסיק הישראלי או ליצור גם שוויון בין העובד הישראלי לעובד הפלסטיני)
* ההשלכות של ניסיונות להתאים את כללי ברירת הדין למצב ביהודה ושומרון:
  + **החריג של מקריות בכלל ברירת הדין בנזיקין**- חריג זה נוצר ונבחר בשל הצורך ליצור פתרון טוב עבור המצב ביהודה ושומרון, אך כפי שהבהרנו בדיון בכללי ברירת הדין בנזיקין מדובר בחריג משונה המנוגד לכל החריגים הקיימים בעולם.
  + **הוספת שיקולי מדיניות בכלל ברירת הדין בחוזים**- זה הפתרון שנמצא בכדי להביא את התוצאה של מבחן מירב הזיקות לדין הישראלי. המרצה לא מצאה שום מדינה אחרת שבחרה במבחן מירב הזיקות במקביל להוספת שיקולי מדיניות.

מקרים בפסיקה:

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

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

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

לפי המשפט המשווה-

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

* **חזקה כללית: יחול דין מקום מגוריו הרגיל (או העסק) של הצד שביצועו מאפיין את החוזה.** למשל: חוזה למכירת טובין- דין מקום מגוריו הרגיל של המוכר; חוזה למתן שירותים- דין מקום מגוריו הרגיל של מספק השירותים; חוזי עבודה- חל דין המקום שבו העובד מבצע את העבודה שלו באופן רגיל.

תפקידו של דין החוזה

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

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

1. **כריתת החוזה**

אלבקו: כאשר השאלה היא האם יש חוזה בכלל, יבדקו מה הדין החל על "החוזה המשוער"- ובהתאם לו יחליטו אם מתקיים חוזה או לא. אם לא דנו הצדדים במה הדן שיחול על החוזה הולכים לפי מירב הזיקות-לאיזה דין הקשר הממשי ביותר.

1. **תוקף צורני של החוזה**

החוזה יהיה תקף מבחינה צורנית אם מתמלאות הדרישות הצורניות של דין החוזה **או** של דין המקום ששם נערך החוזה.

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

1. **כשרות משפטית**

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

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

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

* לגבי אכיפת חוזה שהוא בלתי חוקי ע"פ מקום עריכת החוזה:

**המשפט המקובל- לא אוכפים.**

**בישראל: אין עמדה ברורה**.

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

כללי ברירת הדין בקניין

1. **העברת נכס מוחשי:**

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

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

וויסטוורט': הזכות בנכסים נוצרה כשהיו בשטח איטליה כשנמכרו לצד ג'.

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

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

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

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

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

ס' 15 לחו"י ממון:

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

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

* איך קובעים מהו "מקום מושבם"?

1. הגישה האובייקטיבית (והמובילה)-

ששון: מבחן **מירב הזיקות**.

1. הגישה הסובייקטיבית-

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

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

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

* פתרונות נוספים של בהמ"ש להחיל את דין ישראל:

1. **זכויות מוקנות –** (מסייע רק למי שהתחתנו לפני 74)

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

1. **הסכם מכללא/מיוחס**

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

א.ש א.ש- מה קורה שעלו ממדינה עם משטר שוויוני מערבי? אם נגיד שיש הסכם מכללא אין טעם לס' 15

> מה ההיקף של ההסכמה מכללא?

1. **הגישה הצרה**: חל רק על נכסים שנרכשו לאחר גיבוש ההסכם.
2. **הגישה המרחיבה**: חל גם על נכסים שנרכשו לפני העליה לארץ. (בנפיסי אמנם זה הרוב, אך זה רק אוביטר אבל בא.ש כל הנכסים נרכשו טרם העלייה ולכן בחירה מובהקת בגישה המרחיבה).

אואליד- כאשר יש הסכם מפורש על רכוש נפרד במדינה הראשונה – לא תהיה הסכמה מכללא.

1. **אי החלת הדין הזר**

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

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

**ידועים בציבור- ככל הנראה לא חל עליהם ס' 15 ואז בודקים לפי כל תחום:**

* קניין: הבעלות של הנכס אם מוחשי לפי מבחן הימצאות הנכס בעת ערכית הנישואים
* חוזים: אם קבעו בהסכם מפורש נכבד את זה אם לא אז נאמר שידועים בציבור זה הסכם מכללא ואז הולכים לפי הדין המשוער- מירב הזיקות.
* מעמד אישי: במידה ומקום מושבם הוא במדינה שמכירה במעמד האישי שלהם, נחיל את דין אותה מדינה.

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

>מהו "מקום מושב"? בניגוד לחוק יחסי ממון יש הגדרה בס' 135: המקום בו נמצא מרכז חייו.

**מה לגבי עולה חדש?**

שטרק: מבחן אובייקטיבי של מירב הזיקות. המרצה חושבת שראוי לכבד את רצון המת כפי שמנסה לקדם חוק הירושה הנושא התעורר לאחרונה בפס"ד ש.י.ח נ' א.מ מנוח שעלה מצרפת ואז נפטר. ביהמ"ש הסתכל על הזיקות האובייקטיביות ומה שהכריע זה שרצה לעלות רק מבחינה מיסויית ולא הביא את כל חפציו מצרפת. קבעו שמקום מושבו צרפת. המרצה העבירה ביקורת על הזיקות שבחרו להסתכל עליהן. בייחוד כשמדובר באדם שעלה לקראת סוף חייו.

**ברירת הדין: ס' 137 מקום מושב המוריש בשעת מותו, בכפוף לחריגים.** מאמץ גישה אוניברסלית שדין אחד חל על כל הנכסים במקום הגישה המפצלת של המשפט המקובל.

האפוטרופוס: מדובר בסעיף **קוגנטי** ולא ניתן להתנות עליו כלל.

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

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

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

**בפועל**- זה מתקיים רק כשמדובר במדינה של המשפט המקובל. במדינה שיש בה כלל ברירת הדין מקום הימצאות הנכס

**לשים לב:** במקרקעין שנמצא בישראל בכלל אין מצב שנחיל את החריג כי לישראל אין בעיה שיחול דין זר.

* **ס' 140: כשרות צוואה מבחינת צורתה- 6 זיקות חלופיות ב140(א) לפיהן הצוואה תהיה כשרה:** דין ישראלי/ מקום עשייתה/ מקום מושבו/ מקום מגוריו הרגיל/ אזרחותו של המצווה בשעת עשייתה או מותו/ במקרקעין דין מקום המצאם.

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

**140(ב)** מרחיב את היקף הסעיף כשאומר שכשרות הצוואה זה דבר צורני לא מהותי (מרוקן מתוכן את 139).

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

הרציונל: יעילות.

עיזבון כץ: מנוח שמקום מושבו בניו יורק ובעלים של מגרש בישראל. לפי 137 ש להחיל דין ניו יורק בגלל מקום מושבו אך דין ניו יורק מפנה לישראל בגלל מקום הימצאות המקרקעין אז מחילים דין ישראל בגלל 142.

המרצה החוק קובע באותו סעיף שני דברים- לפי סעיף 142 סיפא אנו מתייחסים רק לכלל ברירת הדין של הדין הזר.

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

תקנת הציבור- מפורשת בצורה מצמצמת. היועמש: תפיסה לפיה אם קיימת נורמות מקובלות במדינות מערביות נאורות יהיה לנו קשה להגיד כי הן פוגעים בתקנת הציבור.

עיזבון סקרג'ינסקי: זה שדין סובייטי שונה מדין ישראלי לא כשלעצמו אומר שזה נוגד את תקנת הציבור

**עניינים פרוצדורלים:** כמו בכל תחום, על דינים פרוצדורליים חל דין הפורום ולא דין מקום המושב. לדוגמה, בן ארי נ' היועמ"ש על דיון בדרכי הוכחת הצוואה נעשה לפי דין הפורום ולא את דין מקום המושב.

בעיות מתודולוגיות-בעצם ההסכמה לברירת הדין ולהחלת דין זר

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

מהות=התוצר, הדין שמגדיר או נותן את הזכות: חל דין העניין

פרוצדורה= המנגנון, אופי ההליך: חל דין הפורום

יש בעולם **2 גישות** לנושא:

* גישה מרחיבה- פירוש רחב של פרוצדורה על מנת להגביר את השליטה של דין הפורום. קיים לדוגמה באנגליה.
* גישה מצמצמת- מסווגים כפרוצדורה רק כללים שהסטייה מהם תהפוך את מלאכת השיפוט כבלתי-אפשרית.

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

3 תחומים שקשה לסווגם:

1. **שיעור הנזק-**

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

בן פורת: מהותי

בייסקי: תלוי בנסיבות

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

* **הסדר שלם: שיעור הנזק ייחשב למהותי**. כפי שראינו בינון שהיה הסדר שלם בדין הירדני . בישראל יש בפלת"ד.

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

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

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

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

1. **קיום שיעבוד ימי-**

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

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

**לגבי קדימות השעבודים-**

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

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

בעיה שניה: הוכחת דין זר. צריך מומחה ואם יש חוו"ד נוגדות השופט מחליט (מטיאס ופלונית) אך מה קורה שאף אחד מהצדדים לא מנסה להוכיח. עושים הבחנה בין:

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

🡸אם לא תהיה הוכחה טובה לדין הזר, **יפעילו את חזקת השוויון** בין הדינים. (בגלל שאין אפשרות יעילה להוכיח את הדין הזר/ מושגי הצדק בסוגייה אחידים ברוב הדינים)

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

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

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

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

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

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

ששון: השארת השאלה **בצריך עיון**.

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

קליטת פסקי חוץ זרים:

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

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

🡸 3 אפשרויות להכרה:

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

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

מסלול האכיפה:

בעקרון- ישנו חוק אכיפת פסקי חוץ.

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

מסלול ההכרה:

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

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

לוין- אם השאלה העיקרית לא ניתנת לדיון לולא הכרה בפסק הדין הזר זו הכרה ישירה.

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

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

עו"ד ל.ר נ' האופוטרופוס הכללי: בכדי לקיים את צו הירושה של מנוחה בארץ היה צריך להבין מי היורשים של אחותה באורגואי

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

**>מה פירוש "מן הדין ומן הצדק"?**

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

הסדר החוק בהכרה ישירה: ס' 11(א): לפיו מכירים בפסק חוץ אם היה הסכם עם המדינה הזרה להכיר והדבר חוקי בישראל. האם הוא במקום המשפט המקובל?

אגם: **ההסדר בחוק מחליף את המשפט המקובל. 🡸לכאורה זו ההלכה.** אך השופט גולדברג באוביטר אמר שבמידה והתביעה הייתה קניינית לנכסים מסוימים ההכרה הייתה מתבצעת בצורה אגבית.

יש ביקרות רבה על הלכה זו: פלונית-ברק באוביטר: מביע ספקות בהחלפת הסעיף את המשפט המקובל.

יד ושם- ש' הנדל: מאשרר את הלכת אגם. אך מלצר מתנגד.

במקרה של **חדלות פירעון** מצייינת השופטת אלשיך בפס"ד טוואר איר כי מאחר וקיימות רק 4 אמנות (**בריטניה, ספרד, גרמניה ואוסטריה**) אין סיבה שניתן לזה לפגוע ביחסים של ישראל עם מדינות אחרות וביכולת לפרק או לשקם חברה בצורה יעילה.

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

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

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

חוק אכיפת פסקי חוץ

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

שיקול דעת: יש גישה בבנק הבינלאומי שאומרת שאם יש חוסר תו"ל ראשי ביהמ"ש לא לאכוף ומנגד בפס"ד קפלן: נאמר ש**אם מתקיימים התנאים לאכיפה, ואין הגנה, לא יהיה לבהמ"ש שק"ד והוא חייב להכריז על אכיפה.**

התנאים להכרזת פסק חוץ כאכיף:

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

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

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

אשכר: פרשנות מצמצמת-רק תקנ"צ קיצונית. באונגר ביהמ"ש עמד על כך שדין שונה הוא לא הפרה של תקנ"צ

1. **ס' 3(4): הפסק הוא בר-ביצוע במדינה בה ניתן:** אין מניעה משפטית (פסה"ד בוטל/שונה/התיישן).
2. **ס' 4 –הדדיות:** קסון: הדדיות **כללית**- מספיק שהמדינה אוכפת פסקי דין ישראלים באופן כללי ואין דרישה לסוג מסוים כמו מזונות. בנוסף, די בפוטנציאל אכיפה גם אם אין הוכחה ברורה (רוסיה). ביהמ"ש יוצא מנק' הנחה שקיימת הדדיות (גישה מקלה). לאחרונה היה ניסיונות להוכיח חוסר הדדיות עם חווד מומחים שאין פוטנציאל (ביטון) למשל אם אין אמנה עם ישראל (גאורגיה) 🡸ניתן להתגבר על התנאי ע"פ בקשת היועמ"ש.
3. **ס' 5**-**התיישנות**: לא יאכפו אחרי 5 שנים ממתן הפסק. אלא אם יש **הסכם אחר** בין המדינות, או שישנן **סיבות מיוחדות המצדיקות את האיחור**:

הוכמן: האם לא ידעה היכן נמצא האב ולא יכלה לתבוע-זו סיבה מוצדקת. חאו: ביהמ"ש טען שהאם הייתה צריכה להתחיל הליך עוד לפני שהפסיק לשלם- דרישה מוזרה. בדר"כ יהיה בתשלומים נמשכים. שוורץ- שכר חוקר פרטי עד שגילה על קיום נכסים\* לשים לב שבהכרה אגבית לצורך מעשה בית דין אין התיישנות והכרה ישירה זה רק לפי אמנות

ההגנות שבס' 6: מספיקה הגנה אחת כדי שפסה"ד לא ייאכף. (נטל הוכחה על המשיב)

1. **הפסק הושג במרמה**. בסיליוס: גישה **מחמירה** -רק מרמה שמתבססת על טענות חדשות וחיצוניות לפסק. אך יש פסיקה מאוחרת שטוענת שזה לא מחייב, ויש לאמץ את הגישה **המרחיבה**- גם פגם פנימי בהליך הזר.
2. **חוסר הזדמנות לטעון**: פורש בצמצום. אינדורקסיס: המבחן אובייקטיבי-ההמצאה לאשתו נחשבת טובה מספיק. אשכר: אדם עבר דירה ולא עדכן כתובת ולכן לא יכל לערער- אשמתו. קציב טען שהיה בכלא אבל בפועל היה לו ייצוג אז לא התקבל. הטענה התקבלה כאשר אישור לפרסום בעיתון כתחליף המצאה היה שיקרי (ביטון).
3. **סמכות שיפוט בינלאומית** **חיצונית/ עקיפה**: בהמ"ש יבחן אם בהמ"ש שדן היה מוסמך-אבל ע"פ כללים שלנו, שהם לפי המ' המקובל (מדובר בסטנדרטים שלנו למדינה זרה ולא לעצמנו) רובינשטיין שמגר:
4. **מגורים**- הנתבע גר במדינה הזרה גם זיקה ארעית או מזדמנת (מחמיר יותר מבישראל כי יש אפשרות להמצאה לחו"ל. תאגיד- אם הוא מנהל את עסקיו במדינה הזרה ייחשב למקום מגוריו. עויס: גם בכלא נחשב מגורים.
5. **או הסכמה לשיפוט**. מראש או בדיעבד (תניית שיפוט מקבילה או בלעדית), אך רק השתתפות בדיון לגופו של עניין תיחשב.

בלהם ברטה: לא כיבדו את הפסק בצרפת, כי התניית שיפוט הייתה בישראל והתאגיד לא מנהל עסקים בצרפת. אומרים שגם אם התאגיד היה מנהל עסקים בצרפת עדיין לא היו אוכפים כי תניית שיפוט בלעדית גוברת על מגורים.

1. **הסכמה לשיפוט** (תיקון לס' 6(ב) ו(ג)- לא יראו התייצבות כהסכמה לשיפוט אם האדם טען אחת משלוש הטענות:
2. כפירה בסמכותו של ביהמ"ש או מחאה נגדה
3. ביטול ההליך או עיכובו בכדי להעביר את הסכסוך לבוררות או למדינה אחרת
4. שחרור נכסיו שנתפסו או צפויים להיתפס או הגנה עליהם.

(ג) גם אם טען בנוסף לכך טענות אחרות ההגנה תתקבל.

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

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

נטל ההוכחה על המבקש להוכיח את ארבעת התנאים בס' 3 ונטל ההוכחה על המשיב להוכיח את קימה של אחת ההגנות בס' 6. נטל הוכחה בעניין ס' **4,5 ו-7** נקבע ע"י הפסיקה גם על המשיב.