



## משפט בינלאומי פרטי – סמסטר ב', תשס"ה - 2005

ד"ר גיא הרפז

### נקודות לפתרון תרגיל בנושא סמכות שיפוט בינלאומית וכללי ברירת דין

#### 1. סמכות שיפוט של בית-המשפט המחוזי בירושלים

**הכלל:** בית-המשפט בישראל רוכש סמכות שיפוט על-ידי מסירת כתבי בי-דין לנתבע, בין אם הנתבע נמצא בישראל ובין אם הנתבע נמצא בחו"ל.

עקרון הריבונות הטריטוריאלית.

**עקרון האפקטיביות:** בית-המשפט לא יפעיל סמכות, כאשר הוא סבור שהצו שיתן לא יהא אפקטיבי, במובן שלא ניתן יהיה לאוכפו (פס"ד אמסטרדם).

במקרה דנן, לא קיימת **הוראת דין** המקנה לבית-המשפט בישראל סמכות בינלאומית לדון בתביעתה של "מיגוון" נגד הנתבעים. האם ההסכם בין הצדדים כולל **הסכם** בדבר סמכות שיפוט בינלאומית [הסכמה מפורשת (תניית שיפוט), הסכמה מכללא (התנהגות)]? קיימת בהסכם **תניית שיפוט מקבילה**, אשר אינה שוללת את סמכותו של בית-משפט בישראל לדון בתובענה.

**מר כהן**- אזרח ותושב ישראל. **נוכחות פיזית**- המצאה אישית לפי **תקנה 477 לתקסד"א**. האם ניתן להמציא כתבי בי-דין לאחד מבני משפחתו של הנתבע לפי **תקנה 481 לתקסד"א**?

**חברת "סירוס"**- **נוכחות קונסטרקטיבית**- המצאה לשלוח או למורשה לקבלת כתבי בי-דין הנמצאים בארץ. **תקנה 482 לתקסד"א**- מבחן אינטנסיביות הקשר (פס"ד גינרל אלקטריק, פס"ד טנדלר).

יש להניח שמר כהן, בהיותו מנהל "סירוס" ובעל שליטה בה, נמצא בקשר שוטף עם החברה, ויידע אותה על הליכי התביעה נגדה.

ניתן גם לבצע המצאה באמצעות מורשה העסקים ברמאללה- לפי הפסיקה שקדמה לפס"ד מחיול, אין צורך בקבלת היתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט, אלא לפי הדרך הקבועה בתקנות סדרי הדין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים) (פס"ד אלכיר). לפי פס"ד נעים מחיול, רמאללה נמצאת בשטח

A של הרשות הפלסטינית, ולכן יש צורך בהיתר המצאה לפי **תקנה 500**.

**מקסיקו**- המצאה לעו"ד שירן לפי **תקנה 477**- מורשה הוא כל מי שיש לו ייפוי כוח שאינו מסוייג (פס"ד אוסטפלד). עוה"ד שירן לא תהיה מורשה אם אינה מטפלת בנושא ההתדיינות, קרי: התובענה לגביה הומצא כתב התביעה, גם אם היא מטפלת בעניין אחר של הנתבעת (פס"ד שטיין נ' כץ).

#### 2. היתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט

המצאת מסמכים אל מחוץ לתחום השיפוט אינה שאלה טכנית, אלא מהותית בהיותה קובעת את תחומי השיפוט של בית-המשפט. אישור המצאה כזאת צריך להיעשות בזהירות ובקפידה, רק לאחר שבית-המשפט ישוכנע בחשיבות המסירה, וזאת כדי למנוע פגיעה בסמכות בתי-משפט זרים בניגוד לכללי הנימוס הבינלאומי (פס"ד ליבהר, פס"ד הוידה).

האם מתקיימים התנאים למתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט? על "מיגון" לשכנע בתצהיר כי יש לה **עילת תביעה טובה** (תקנה 501א), וכי התביעה נכנסת בגדר **אחת החלופות** של תקנה 500. יש לבחון העדר שיהוי בלתי סביר (פס"ד הוידה נ' הינדי) + ניקיון כפיים. גם כאשר נתקיימו החלופות הנ"ל, הדבר עדיין נתון לשק"ד בית-המשפט (פס"ד הוידה, פס"ד אטלנטיק, פס"ד ראד נ' חי).

**המצאה מחוץ לתחום למקסיקו-תקנה 4500** - האם החוזה נעשה בתחום המדינה (פס"ד גיינגיט)? **תקנה 5500** - האם הפרת ההסכם נעשתה בתחום המדינה? אין זה משנה היכן נערך החוזה, וזאת גם אם קדמה לאותה הפרה הפרה אחרת מחוץ לתחום המדינה, אשר שללה את האפשרות לקיים חלק מן החוזה בתחום המדינה.

**תקנה 7500** - מעשה או מחדל במדינה. החוזה עם החברה הישראלית האחרת נכרת בישראל, ולכן עוללת גרם הפרת חוזה בוצעה כולה בישראל (פס"ד מזרחי).

**תקנה 10500** - נתבע זר כנתבע נוסף: התנאים: (1) התובענה הוגשה כהלכה נגד אדם אחר (מר כהן), שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה (פס"ד אטלנטיק): על התביעה לעמוד בכל הדרישות הקבועות בתקסד"א; אסור שהתובענה תהיה פסולה או משוללת יסוד על פניה. (2) אדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש או נכון בתובענה (פס"ד ליבהר נ' גזית ושחם): אילו ישב הצד הזר בארץ – האם בית-המשפט היה מוסמך לברר את עילת התביעה נגדו? אילו ישב הצד הזר בארץ – האם התביעה נגדו הייתה ראויה להתברר יחד עם התביעה נגד מי שיושב בפועל בארץ?

**המצאה מחוץ לתחום השיפוט לחברת "סרום"-תקנה 10500** - נתבע זר כנתבע נוסף. **המצאת הודעת צד שלישי אל מחוץ לתחום השיפוט** - המצאה לפי **תקנה 10500** - נתבע זר בהודעה לצד שלישי יכול להיחשב כבעל דין דרוש או נכון לצורך תובענה המתנהלת בישראל, גם אם ההודעה לא כוללת, בנוסף לנתבע הזר, נתבע שבוצעה לו המצאה כדין בישראל (פס"ד וינברג).

על הנתבעים להגיש בקשה לביטול היתר המצאה ולטעון להעדר סמכות שיפוט של בית-משפט ישראלי לדון בתובענה **בהזדמנות הראשונה** (תקנה 502א), ולא יאוחר מהיום שבו טוענים לראשונה לגוף התובענה. בפני הנתבעים אפשרות נוספת להתנגד - לכפור במסגרת כתב ההגנה בסמכות בית-המשפט לדון בתביעה ולבקש סילוק על הסף. מקסיקו טטען שמירב הזיקות מצביעות על כך שהפורום הנאות אינו ישראל; שסיכויי הצלחתה של התביעה קלושים, ושקיימת בחוזה תניית שיפוט המפנה לדין הזר.

### 3. **עיכוב הליכים**

**תניית שיפוט זר** - על מקסיקו להוכיח שמדובר בתניית שיפוט ייחודית, שאז עובר הנטל לתובעת להוכיח נסיבות מיוחדות שיצדיקו התעלמות מתניית השיפוט (פס"ד דומיניון, פס"ד בנק לאומי). האם תניית השיפוט חלה על "סירוס" ומר כהן? ככלל, פיצול הליכים, לא יביא, לכשעצמו, להתעלמות מתניית שיפוט ייחודית (פס"ד בנק לאומי, פס"ד דומיניון).

הוראה בדבר עיכוב הליכים מסווגת כהוראה דיונית, ולפיכך ידון בה בית-המשפט עפ"י דין הפורום (פס"ד קרפול).

שיקוליו של בית-המשפט בבואו להחליט האם לסטות מתניית שיפוט ייחודית: רצון הצדדים, תום לב, תקנת הציבור, התיישנות, צירוף נתבעים.

תניית שיפוט ייחודית או מקבילה? האם יש בתניה שלילה מפורשת של סמכות בית-המשפט בישראל? האם לשון התניה החלטית ובלתי מסוייגת? לשון התניה ומטרתה (פס"ד אדרת שומרון) - מדובר בתנייה

מקבילה, כך שמלבד בתי המשפט במקסיקו התניה אינה שוללת סמכותם של בתי משפט במדינות אחרות, הגם שהתניה בעלת נוסח פעיל.

**פורום לא נאות**- גם אם קנה בית המשפט סמכות בינלאומית לדון בתביעה, עדיין יש לבחון אם בית המשפט בישראל הוא הפורום הנכון לדון בתביעה. שאלת הפורום הנאות היא שאלה שבשיקול דעת בית-המשפט, אותו הוא מפעיל עפ"י הקריטריונים המקובלים (פס"ד אבו עטיה).

כדי לקבוע איזהו "הפורום הטבעי" לדון בתובענה יש לקבוע לאיזו מדינה מירב הזיקות לעניין. שיקולי הנוחות- במציאות החיים המודרנית ירד המשקל שיש לייחס לנוחות הצדדים (פס"ד הגבס); שיקולי היעילות- האם ציפיותיהם הסבירות של הצדדים היו שהתביעה תידון בישראל; היכולת לנהל הליך יעיל בארץ.

דיון בגישה האמריקנית לעומת הגישה האנגלית (שיקולים המתייחסים לבעלי הדין ושיקולים ציבוריים). הגישה בישראל (פס"ד אבו ג'חלה). השיקול הציבורי- מדוע יש מקום להעמיס על מערכת המשפט הישראלית בעומס הכבד של תביעות וניהול התדיינויות שאינן קשורות לה (פס"ד זריקאת). יתר על כן: לא יהיה נכון ואף לא מעשי שבית-משפט בישראל, בנסיבות דנן, ידון ויפסוק בסוגיה של חוב מס שחב אזרח ישראלי למדינה זרה.

יישום מבחן מירב הזיקות: אין זיקה ממשית בין העסקה שעשתה התובעת עם מקסיקו לבין ישראל (גם אם מקורה של הסחורה בישראל). מירב הזיקות הן למקסיקו: ההסכם לביצוע העסקה נכרת במקסיקו, הצדדים להסכם הם מקסיקניים (מדינת מקסיקו וחברה מקומית - סירוס), ההסכם בוצע במקסיקו, מקום מסירת הסחורה במקסיקו, וגם התמורה הייתה צריכה להשתלם לחשבון הבנק של סירוס במקסיקו. הזיקה היחידה לישראל נמצאת בזהותם ובמקום מושבם של התובעת "מיגון" והנתבע מר כהן. נראה, שאין די בזיקה שכזו כדי לכפות על מדינה זרה להתדיין בבית-משפט בישראל. **חסינות המדינה הזרה**- על פי דיני המשפט הבין-לאומי המנהגי בסוגיית החסינות הריבונית, בית-המשפט יטה שלא להקנות למדינה חסינות ריבונית מקום שהתובע מוכיח כי המדינה פעלה כלפיו במישור המסחרי הפרטי. השופט ברק מבחין בין מבחן המבנה המשפטי של הפעולה לעומת מבחן מטרת הרכישה. במקרה של ספק, יש להכריע לטובת הכרה בסמכותו של בית-המשפט (פס"ד Her Majesty The Queen in Right of Canada נ' אדלסון ואח').

אין לקבוע שהעסקה דנן היא עניין "שלטוני לחלוטין". מדובר בעסקת רכישה של ציוד צבאי, עסקה שבה המדינה פועלת פעולה מסחרית פרטית (השוו לפס"ד ליטבק נ' הרשות הפלסטינית). לפיכך, העסקה דנן איננה באה בגדרו של עקרון חסינות המדינה, ומקסיקו לא תשמע בטענתה לחסינות.

#### **4. כללי ברירת דין בחוזים**

**פרוצדורה**: הבחנה חשובה משום שבענייני פרוצדורה דנים לפי דין הפורום, ואילו בעניינים מהותיים דנים לפי דין החוזה. תביעת פיצויים מכוח מכר ומכוח ערבות- מסווג כעניין מהותי, ולכן יש להיזקק לשאלת ברירת הדין.

**קטגוריה**: סיווג לפי lex fori מורחב. עילה חוזית- כלל ברירת דין בחוזים.

**חולית הקישור**: דין החוזה. הדין לפי בחירת הצדדים (המבחן הסובייקטיבי), עפ"י הוראה מפורשת בחוזה או עפ"י כוונתם, בהעדר הוראה מפורשת בחוזה (פס"ד מנורה, פס"ד נורדן). במקרה דנן, אין כל ביטוי לכוונת הצדדים בעניין תחולה של דין מסוים על היחסים החוזיים ביניהם.

באין הסכמה מפורשת או משתמעת של הצדדים, יחול על ההסכם הדין אשר לו, בבחינת כלל הנסיבות, הזיקה הקרובה ביותר (המבחן האובייקטיבי): מטבע התשלום ומקום התשלום; לאום

הצדדים, מקום עסקיהם, מהות העסקים ואופיים, ומקום מגוריהם (פס"ד גרייפין); שפת החוזה; מקום כריתת החוזה; מקום ביצוע החוזה ומקום הפרת החוזה. יש לתת משקל ניכר לזיקות ה"מקסימיות".

**הנכחת הדין הזר:** הוראות דין זר הן בגדר עובדות אותן יש להוכיח בראיות. משכך, על הטוען לתחולתו של הדין הזר להוכיח, ראשית, שישנה תחולה לדין הזר במקרה הספציפי, ושנית, עליו להוכיח מהו הדין הזר. הדין הזר ניתן להוכחה ע"י עו"ד, שופט, משפטן וכן ע"י "אדם אחר" אף אם אינו משפטן, אשר מפאת מקצועו או עיסוקו ניתנת לו הזדמנות לרכוש ידיעות בדין הזר.

ההבחנה של פרופ' לבונטין בין זכות "צפה" לבין זכות "מעוגנת". לגבי זכויות "צפות" (חוזים, נזיקין) מניחים כי קיים הסדר משפטי זהה בכל שיטות המשפט המקובלות, ולכן נחיל את הדין המקומי. לגבי זכויות "מעוגנות", שהן זכויות שמעצם הגדרתן מעוגנות בדין המסוים שבגדרו נוצרו, אין להיזקק לדין המקומי (פס"ד נפיסי).

מקום בו לא ידוע ולא הוכח מהו הדין הזר או שנותרה אי בהירות באשר להוראותיו הרלוונטיות, נשאלת השאלה האם מסתברת יותר ההנחה כי הוראות הדין המקסימני זהות להוראות הדין המקומי (פס"ד קימרון, פס"ד נפיסי). אם כן, כי אז קמה חזקת שוויון הדינים, המעבירה את הנטל להוכחת תוכן הדין הזר משכם בעל הדין המבקש לסמוך על הדין הזר לשכמו של בעל הדין שכנגד.

**חזקת שוויון הדינים:** במשפט אזרחי בלבד כאשר בעל דין נושא בחובת הוכחה של דין זר ולא הוכיחו במידה מספקת, עומדות בפני בית-המשפט שתי אפשרויות: לדחות את התביעה בשל כשלון ההוכחה, או לחילופין ליישם את חזקת שוויון הדינים, קרי: לדון בעניין כאילו הדין הזר זהה לדין המקומי. בית-המשפט יישם את חזקת שוויון הדינים כאשר מתמלאים התנאים הבאים: (1) לא ניתן בשקידה ראויה להוכיח את הדין הזר; (2) אין חשש לקיפוח זכויותיו של צד שלישי; (3) יש יסוד להניח שהדין הזר מבוסס על עיקרי הצדק האלמנטרי המוכרים ברחבי העולם.

## **5. כללי ברירת דין בנוזיקין**

**קלסיפיקציה:** סיווג המקרה כעוולה נזיקית. **סיווג:** פרוצדורה או מהות. מאחר והחוזה עם החברה הישראלית הנוספת נחתם בישראל, הרי שהעוולה בוצעה בישראל. היסוד הזר היחיד הוא זהות הנתבעת-מקסימו.

הגישה המכאנית (הכלל האנגלי המסורתי) דוגלת בדין מקום ביצוע העוולה. לעומתה, הגישה הפונקציונאלית (הכלל האמריקאי המודרני) קובעת שיש להחיל את הדין המהותי שלו הזיקה האמיצה ביותר לעוולה, והתואם את ציפיות הצדדים המעורבים.

הגישות הרווחות בפסיקה הישראלית: גישה אחת- גם אם העוולה נעשתה בישראל וגם אם נעשתה מחוץ לישראל, יחול כלל ברירת הדין בנוזיקין (השופט בן פורת בפס"ד קלאוזנר). גישה שנייה- אם העוולה נעשתה בישראל, תחול פקודת הנוזיקין הישראלית (השופט לנדוי בפס"ד ליבהר, השופט שלמה לוי בפס"ד כהן).

מאחר והעוולה בוצעה בישראל, יחול הדין הישראלי (פס"ד מ"י נ' כהן). אך לא ברור אם מכוח סעיף 3 לפקודת הנוזיקין, או מכוח כלל ברירת הדין המפנה למקום קרות הנזק.