

# אתגרי סמכות השיפוט הבין-לאומית של בתי המשפט בישראל במאה העשרים ואחת



## מאת פרופ' מיכאל קרייני

במילים אחרות, מעמדה של הסמכות הבין-לאומית של ישראל ושליטתה של שיטת המשפט המקומית בה אינם שונים מאלה של כללים אחרים שהמשפט הישראלי שולט בהם בתחום דיני החוזים, דיני הנזיקין, דיני הקניין וכו'.

ומהו אותו גורם זר אשר מעורר את הצורך בקביעת קיומה של סמכות השיפוט הבין-לאומית? בעיקרון, כללי סמכות השיפוט הבין-לאומית של מדינת ישראל הם אשר קובעים את זהותו של אותו גורם זר מעצם בחירתה של הזיקה שעל פיה נקבעת הסמכות מבחינתה של המדינה בנוגע לסכסוך אזרחי נתון. בקביעת החוליה שעליה נשען כלל הסמכות למדים מניה וביה לא רק מהו היסוד הזר הרלוונטי אשר מצריך את הפנייה אל כללי סמכות השיפוט הבין-לאומית אלא גם את היסוד הזר הלא רלוונטי אשר אינו מצריך פנייה לכללים אלה.

סמכות השיפוט שנעסוק בה ברשימה זו היא בסכסוך אזרחי שמעורב בו גורם זר. מהבחינה הזו, לא חשוב לנו אם מדובר בבית משפט מחוזי או בבית משפט שלום, בבית משפט היושב במחוז הצפון בתוך ישראל או כזה שיושב במחוז הדרום. לא חשובה לנו אלא זהותו הלאומית של בית המשפט כבית משפט ישראלי.<sup>1</sup>

ישראל, כמו כל מדינה אחרת, סוברנית לקבוע לבתי המשפט שלה את תנאי כינונה של סמכות השיפוט הבין-לאומית לצורך ההכרעה בסכסוכים אזרחיים. עמדה זו אינה צריכה להפתיע כלל ועיקר בשל העובדה שנושא סמכות השיפוט הבין-לאומית מוסדר בדרך כלל במשפט הבין-לאומי הפרטי,<sup>2</sup> ותחום משפט זה הוא במרביתו<sup>3</sup> תחום משפט מקומי (מוניציפלי) הנשלט על ידי המשפט המקומי.

התגברה ניידותם של אנשים, והסתעפו קשרי המסחר הבינ-לאומיים. מציאות החיים המתהווה יצרה צורך מיוחד להכפיף את מי שאינו נמצא בתחומי המדינה לסמכות השיפוט הבינ-לאומית שלה בשל קשרים שונים שאותו נתבע יצר עם מדינת הפורום. טלו למשל אדם שצבר חובות בעקבות עסקאות שהוא עשה במדינת הפורום, ואחר כך יצא את גבולות המדינה ועבר לגור במדינה אחרת. טלו גם חברה המשווקת מוצרים מתוצרתה במדינת הפורום, והסתבר כי מוצרים אלה היו פגומים. מאז אמצע המאה התשע-עשרה ועד היום אנו עדים למגמה מתמדת של הרחבת סמכות השיפוט האישית כלפי נתבעים שאינם נמצאים בתחומי המדינה. בהתקיים זיקה בין הנתבע הנעדר לבין מדינת הפורום (כמו למשל כשנתבע יש מקום מגורים רגיל במדינה) או בין הסכסוך לבין מדינת הפורום (כמו למשל כשנושא התביעה הוא חוזה שנעשה במדינה או מעשה עוולה שבוצע בה), אז אפשר להמציא את מסמכי התביעה עם ההזמנה לדין לנתבע הנעדר, ובכך לכונן סמכות שיפוט אישית כלפיו.<sup>8</sup>

במפתיע, או אולי לא ממש, חשפו תנאי התחבורה והתקשורת של המודרנה, אשר הביאו להרחבת הסמכות הבינ-לאומית, את כללי הסמכות החדשים עצמם, וודאי גם את כלל התפיסה המסורתית, כרחבים מדי בהקשרים מסוימים. בעקבות תנאי התחבורה המתקדמים עוד ועוד אנשים יזדמנו למדינה, ובעקבות זאת גם יתפסו ברשת הסמכות שלה. במדינת ארקנסו שבארצות הברית למשל, שבה אומץ כלל התפיסה, נמסרה הזמנה לדין לידי הנתבע, ובכך קמה לה סמכות אישית נגדו רק משום שבעת המסירה ישב הנתבע כנוסע במטוס שחג מעליה.<sup>9</sup> עוולה יכולה להתרחש גם ברשת האינטרנט, למשל: פרסום כתבה שיש בה לשון הרע באתר שיש אליו גישה מישראל. ייתכן גם שהשרת שדרכו נוצרות עסקאות שונות בין ספק זר לצרכנים זרים נמצא פיזית בישראל. ◀

סמכות השיפוט הבינ-לאומית של בתי המשפט בישראל, כמו מרבית כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי המקומיים, עוצבה בעקבות המשפט המקובל האנגלי.<sup>4</sup> התפיסה שביסוד סמכות השיפוט הבינ-לאומית לפי המשפט המקובל האנגלי התבססה על עקרון הריבונות הטריטוריאלית.<sup>5</sup> על פי עיקרון זה, יסוד הסמכות הוא בקיומה של שליטה טריטוריאלית של המדינה על מושא התביעה. בהליך אישי (*in personam*) שבו התובע מבקש מהנתבע לעשות מעשה או להימנע מלעשות מעשה, הנתבע הוא מושא ההליך, ולכן הימצאותו בתוך הגבולות הריבוניים של המדינה, לפחות בעת מסירת מסמכי התביעה ועימם ההזמנה לדין לידי, היא קריטית לשם יצירת סמכות השיפוט הבינ-לאומית בנוגע לתביעה אישית המוגשת נגדו.<sup>6</sup> אם הנתבע נעדר מהמדינה בעת פתיחת ההליכים נגדו, אזי אי אפשר לקנות סמכות שיפוט אישית כלפיו. מבחינת הכלל המסורתי, לא חשוב אם התובע הוא מקומי או זר, ואם האירוע שעליו נשענת התביעה התרחש כל כולו במדינת הפורום. לעומת זאת אם הנתבע נמצא על אדמתה הריבונית של מדינת הפורום בעת מסירת מסמכי התביעה לידי, אזי בית המשפט המקומי קונה לעצמו סמכות בינ-לאומית כלפיו בהליך האישי, ללא קשר לזהותם האזרחית של בעלי הדין ולמקום התרחשות העובדות שהקימו את עילת התביעה. הדבר העיקרי מבחינתו של עקרון הריבונות הטריטוריאלית הוא "תפישתו" של הנתבע בעת פתיחת ההליך במדינת הפורום. הא ותו לא.<sup>7</sup> לכן נקרא הכלל המסורתי "כלל התפיסה".

במרוצת השנים עבר עקרון הריבונות הטריטוריאלית, ומה שנגזר ממנו מבחינת סמכות השיפוט בהליך האישי, כלומר כלל התפיסה, תמורות חשובות. הכלל אשר דרש את נוכחות הנתבע בתחומי המדינה כתנאי לכינונה של סמכות השיפוט הבינ-לאומית התגלה כמוגבל למדי. מוגבלות זו הפכה למגרעת בסיסית כשהשתפרו תנאי התחבורה והתקשורת,

הזיקה הטריטוריאלית אלא גם לוודא שהתוצאה המשפטית אשר הזיקה הטריטוריאלית מובילה אליה היא צודקת והוגנת בנסיבות העניין.

חרף השפעתה הרבה של תורת ההגיונות על עיצובו של המשפט הבין-לאומי הפרטי במשפט המקובל, ובכלל זה גם עיצובה מחדש של סמכות השיפוט האישית של בתי המשפט, הרי אי אפשר לומר שתורת הכוח וכלל הדגל שלה המתבטא בעקרון הריבונות הטריטוריאלית עברו מן העולם. טביעות האצבעות של תורת הכוח עדיין עימנו עד עצם היום הזה בדיוק כפי שהיו קיימות במשפט המקובל האנגלי והאמריקני של המאה התשע-עשרה. עקרון הריבונות הטריטוריאלית עדיין משמש סוג של אבן שואבת אשר פעלה כדי לעקם משהו את המעבר לתורת ההגיונות. עצם כריכתם של כללי הדיון, שעניינם המצאת מסמכי התביעה הפותחים את ההליך לידי הנתבע, עם סמכות השיפוט האישית – כריכה שברמה העיונית אינה הכרחית ושהיא זרה למדינות רבות אחרות שאינן נמנות על משפחת המשפט המקובל – מקורה בתורת הכוח; המשך קיומו של כלל התפיסה בישראל, המאפשר את ביסוסה של סמכות השיפוט האישית כלפי כל מי שנמצא בה עת נמסרים לידי מסמכי התביעה הפותחים את ההליך ובלי לדרוש שיהיה קשר ענייני בין המדינה לבין הסכסוך כתנאי לביצוע המסירה,<sup>10</sup> הוא ביטוי לתורת הכוח; הרחבתו של כלל התפיסה למי שנמצא בשטחים שכבשה ישראל במלחמת ששת הימים של יוני 1967<sup>11</sup> גם היא ביטוי לתורת הכוח; הגבלת כוחו של בית משפט בישראל בהמצאת מסמכי התביעה אל מחוץ לשטח הריבוני של מדינת ישראל כשקיימת זיקה,<sup>12</sup> מתוך רשימה סגורה של זיקות,<sup>13</sup> בין המדינה לסכסוך – גם היא ביטוי לתורת הכוח; ההתראות החוזרות ונשנות מצד בתי המשפט שיש להפעיל את הסמכות האישית כלפי מי שנמצא בתוך גבולותיה הטריטוריאליים של מדינה זרה בזהירות פן תיפגע הריבונות הזרה,<sup>14</sup> גם הן ביטוי לתורת הכוח.

האם בית משפט ישראלי צריך לקבל את גזרת כלל הסמכות הבין-לאומית גם אם הדבר יצריך השקעת משאבים מקומיים מצד מערכת בתי המשפט, השקעה שתבוא על חשבון ההכרעה בסכסוכים מקומיים? כדי לטפל באותם מקרים שבהם כללי הסמכות, כולל כלל התפיסה המסורתית, גורמים שסמכות השיפוט הבין-לאומית תכונן עודף כוח שיפוטי, נוצרה דוקטרינת סמכות חשובה – היא דוקטרינת "הפורום הלא נאות" (*forum non conveniens*). מכוחה של דוקטרינה זו יוכל בית המשפט המקומי שלא להפעיל את סמכות השיפוט שרכש הלכה למעשה, כדי שהסכסוך יידון לפני פורום זר שלפי נסיבות המקרה הוא הפורום הטבעי. נוסף על זה, היום מתאפשר לצדדים להסכים (באמצעות מה שנקרא תניות שיפוט או תניות בוררות) על הפורום שהם ירצו להתדיין לפניו אם וכאשר יתגלע ביניהם סכסוך. הסכמה זו נעשית גם כדי לחסוך מהצדדים את הצורך להתדיין לפני פורום לא נאות מבחינתם, ואם יש הסכמה כאמור, הנחת המוצא היא שיש לכבד אותה.

גם המגמה המרחיבה את סמכות השיפוט הבין-לאומית וגם זו שביקשה להקנות לבית המשפט שיקול דעת אם להפעיל את הסמכות שרכש – שתיהן בבחינת קריאת תיגר על עקרון הריבונות הטריטוריאלית. ההרחבה מאפשרת לבית המשפט כוח שיפוט שלא היה מתאפשר כלל מכוחו של העיקרון, ושיקול הדעת חותר תחת העיקרון מאחר שהוא מאפשר לבית המשפט לא להפעיל את הסמכות שרכש גם על פי כלל התפיסה. דרך אחת להסביר התפתחות זו היא דרך חלחולו של הריאליזם המשפטי אל תוך עולם המשפט הבין-לאומי הפרטי ואל תחום הסמכות באמצעות המעבר מ"תורת הכוח" (*power theory*), שעקרון הריבונות הטריטוריאלית הוא ביטוי מובהק שלה, לעבר "תורת ההגיונות" (*fairness theory*), אשר לפיה בית המשפט צריך לא רק לכבד את



שיש לבית המשפט אם להפעיל את הסמכות שרכש אם לאו, שכן על פני הדברים יש מתח מובנה בין בחירה שנעשית בדרך כלל על ידי המחוקק, בזיקה עניינית המצדיקה את כינונה של סמכות השיפוט האישית של בית המשפט, ובין שיקול הדעת שבית המשפט מפעיל כדי לוותר על סמכות משום שיש פורום אחר שלדעתו הוא הפורום הנאות.

בחינה מחדש זו מתבקשת על רקע כמה תמורות חשובות בעולם ההתדיינות העבר-לאומית. ראשית, חל שינוי עקרוני בתפיסת ה"מקום" והקשר אליו בשל זיקה טריטוריאלית זו או אחרת. בעידן הנוכחי גורמים שונים יכולים להשפיע על הנעשה בתוך המדינה בלי שנקשרו אליה בזיקה טריטוריאלית ישירה כלשהי. טלו מקרה שבו מגיע לארץ מוצר שנוצר ברשלנות אצל יצרן בחו"ל, והמוצר גורם נזק לצרכנים מקומיים. האם העובדה שהנזק נגרם בישראל, אך לא כן המעשה הרשלני, תספיק ◀

שמה הגיעה העת לבטל כליל את תורת הכוח ועימה את שרידי השפעתו של עקרון הריבונות הטריטוריאלית שנגזר ממנה על סמכות השיפוט האישית של בתי המשפט הישראליים. בהמשך לכך, אולי נכון לבטל כליל את ההבחנה בין נתבע הנוכח בתחומה של המדינה בעת ביצוע המסירה לנתבע הנעדר ממנה ולהתנות את עצם כינונה של הסמכות בקיומה של זיקה עניינית לסכסוך שאינה בהכרח מצויה ברשימה סגורה של זיקות. ואם נגיע למסקנה כי צעד זה הוא הצעד הנכון, או אז יש לשאול מהי אותה זיקה עניינית לסכסוך שצריכה להצדיק את כינונה של הסמכות האישית, ומתי צריכה סמכות השיפוט האישית להיות כללית ולאפשר קיומו של דיון בישראל בנוגע לכל סכסוך אישי בין בעלי הדין, ומתי היא צריכה להיות מיוחדת ולאפשר קיומה של סמכות שיפוט רק בנוגע לסכסוכים הקשורים לזיקה שבינה לבין הסכסוך. ובכלל, מהו היחס הנכון בין כללי כינון הסמכות לבין שיקול הדעת

הקלות היחסית בקיומה של ההתדיינות לפני פורום זר. שלישית, במרוצת השנים השתכללו פרוצדורות הדיון עצמן, וחלקן, כמו הליך התובענה הייצוגית, מסוגלות להיות חובקות עולם. כידוע, בתביעה מסוג זה ההנחה היא שאנשים רבים, חברי הקבוצה, נפגעו ממעשיו של הנתבע, ואם תאושר התובענה הייצוגית בשמם, הם יכולים להיות מושפעים, לטוב או לרע, מתוצאותיה אף שלא בחרו בהגשתה ולא היו שותפים לניהולה. למעשה, הנציג כופה את הייצוג על חברי הקבוצה, לפחות עד שניתנת לחברי הקבוצה הזכות לצאת ממנה. ובכן, מה דינם של חברי הקבוצה שיכולים להיות מפוזרים במדינות שונות מבחינת סמכות השיפוט הבינ-לאומית – האם דינם כדין תובעים שזהותם האזרחית או נוכחותם במדינה אינן זיקות חשובות לצורך כינון סמכות השיפוט? או שמא דינם הוא כדין נתבעים בהליך של תובענה רגילה, שאז זהותם, וליתר דיוק נוכחותם בטריטוריה של פורום או היעדרם ממנה, יכולה להיות בעלת משקל קריטי לאופן כינון סמכות השיפוט הבינ-לאומית כלפיהם. ולבסוף, נעשתה רפורמה חשובה בתחום סדר הדיון האזרחי בישראל ונחקקה סדרה חדשה של כללי דיון בתקנות סדר הדיון האזרחי, התשע"ט–2018.<sup>15</sup> תקנות חדשות אלו שינו חלק מהתקנות הקשורות לכללי המצאתם של מסמכי התביעה לידי בעל הדיון, ולפיכך מתבקשת גם ההערכה: עד כמה יכולה תמורה זו להשפיע על תנאי כינונה והפעלתה של סמכות השיפוט הבינ-לאומית של בתי המשפט בישראל? האם התקנות הלכו רחוק מספיק או אולי רחוק מדי מבחינת התוויית דרכה של סמכות השיפוט האישית של בתי המשפט הישראליים?

גורם אחד מרכזי שראוי כי יתפוס מקום בכורה בקביעת סמכותו של בית המשפט מבחינה בין-לאומית הוא הדיון החל, ובאופן כללי שיקולי ברירת הדיון. לפי גישה זו, השיקול אם הדיון המקומי אמור לחול על הסכסוך המובא לפני

ליצירת הסמכות? שאלה זו הופכת לחשובה במיוחד בשל ההיקף העצום של מדיום הסחר האלקטרוני המשמש את תושבי המדינה. מנגד, יש מקרים שבהם יש קשר טריטוריאלי מסוים עם המדינה, למשל שהמעשה התרחש במדינה, אך בפועל הקשר חסר לגמרי משמעות עניינית מבחינת שיקולי הסמכות. טלו שוב מקרה של פרסום באתר אינטרנט שיש בו משום הוצאת לשון הרע, ולכן נצפה בכל מקום בעולם כולל בישראל. האם העובדה שמעשה הפרסום התרחש גם בישראל תספיק ליצור סמכות שיפוט בין-לאומית באשר לכל פרסום באינטרנט שיש בו משום הוצאת לשון הרע, גם אם המפרסם והנפגע הם תושבים זרים? ומה באשר לשרת שמוצב בעיר מסוימת בישראל שדרכו נוצרות התקשרויות רבות בין ספקים זרים לצרכנים זרים: האם משום כך אפשר לראות בכל החוזים הנקשרים בין הספק הזר לצרכנים הזרים חוזים שנעשו גם בישראל? שנית, חל שכלול ניכר, ואפילו דרמטי, בתנאי התחבורה והתקשורת. היום לעומת העבר אפשר לנוע בקלות רבה ובעלות סבירה ולהגיע לישראל אם ההתדיינות מחייבת זאת, ולהפך: מתדיין ישראלי יגיע בקלות רבה ובעלות סבירה לפורום בחו"ל ולהתדיין שם. ובכלל, לעיתים אין צורך לנסוע כלל. אפשר לתקשר בקלות ובעלות אפסית עם עורכי דין ועם אנשי מקצוע אחרים הנמצאים בחו"ל בדיוק כפי שאפשר לעשות זאת עם עורכי דין מקומיים ועם אנשי מקצוע מקומיים. ואין זה מחזה נדיר שעדויות ניתנות ודיונים מתנהלים גם בשיחת ועידה או באחד מהערוצים המסחריים והאינטרנטיים שהפכו לנחלת הכלל בשל ההגבלות שנוצרו בעידן מגפת הקורונה. עולה השאלה כיצד תשפיע מציאות זאת שבה ההתדיינות המרוחקת אינה כה מכבידה על בעלי הדיון כפי שהייתה בעבר: האם הפורום המקומי צריך להיות נכון יותר לכונן סמכות שיפוט בין-לאומית כלפי נתבעים זרים בשל תנאי התחבורה והתקשורת המודרניים? או שמא נכון פחות בשל

היא שכאשר נטענת לפני בתי המשפט הטענה שלא ראוי שיפעילו את הסמכות שרכשו בשל היותם פרום לא נאות, הם שוקלים לצורכי ההכרעה בטענה זו אינטרסים כלליים שקשורים לשיקולי ברירת הדין. במסגרת זו בתי המשפט נזקקים להערכת האינטרס הנורמטיבי להסדיר את מערכת היחסים שביסוד הסכסוך המובא לפניהם לעומת האינטרס הנורמטיבי שיכול להיות לפרוום זר אחר; מידת הקושי וההכבדה הכרוכה בהחלת הדין החל; הציפייה הסבירה של הצדדים באשר לפרוום המתאים יותר להסדיר מבחינה משפטית את מערכת היחסים שביניהם.

שנית, אין להתכחש לעובדה שתנאי המודרנה נטרלו במידה רבה את ההכבדה הכרוכה בהתדיינות בפרוום מרוחק. אם בעבר הייתה קביעת מקום השיפוט הראוי על ידי מדינות שונות קשובה גם לשיקולים הקשורים למידת הקושי הדינוי ולהוצאות הכרוכות בצורך להתדיין בפרוום מרוחק, הרי היום בשל תנאי התחבורה והתקשורת המודרניים מידת הקושי הזה וההוצאות הללו פחותות. הבה נתאר לעצמנו מציאות שבה אפשר להתדיין לפני בית משפט מדינתי בלי שיהיה צורך להגיע פיזית ולהופיע לפני בית המשפט. אפשר פשוט לערוך את ההתדיינות באמצעות מדיום טכנולוגי כדוגמת זה שהתרגלנו אליו בעת האחרונה בתקופת הקורונה, למשל הזום (Zoom). האמת היא שמציאות זו קיימת גם היום וללא צורך במדיום כזה. לא אחת אנו מוצאים שמתדיין מקומי נלחם כדי להתדיין לפני פרוום זר, והמתדיין הזר נלחם כדי להתדיין לפני הפרוום המקומי.<sup>16</sup> גם זה מלמד שההכבדה הקשורה בצורך להתדיין בפרוום הרחוק יותר היא כבר לא כל כך גדולה מבחינתם של מתדיינים אלה. ואם ההכבדה בצורך להתדיין בפרוום המרוחק היא אפוא רלוונטית פחות, וסביר שכך בוודאי יהיה בעתיד הקרוב, נשאלת השאלה לפי מה בדיוק נקבע אם הפרוום המקומי הוא הפרוום המתאים מבחינת

בית המשפט אם לאו צריך להיות בעל משקל בבוא בית המשפט המקומי להחליט אם הוא צריך להיות מוסמך מבחינה בין-לאומית אם לאו. אני מודע בהחלט לעובדה שבגישה מוצעת זו יש משום הפיכת סדר ההכרעה שבין שאלת סמכות השיפוט לשאלת ברירת הדין, לפחות מבחינת המשפט הבין-לאומי הפרטי. כגישה שנהגה בעבר, ובמידה רבה זאת הגישה גם היום, נזקקים בתי המשפט תחילה לשאלת סמכות השיפוט, כלומר אם הם מוסמכים לדון בסכסוך אם לאו, ורק לאחר מכן לשאלת ברירת הדין, כלומר איזה דין הם אמורים להחיל על הסכסוך. שאלת הסמכות היא שאלת ה"מפתח" – אם אפשר להיכנס ולהתדיין לפני בתי המשפט המקומיים – ושאלת ברירת הדין נחשבה שאלה ששואלים לאחר שמתיישבים ב"טרקלין" הבית. הנחת המוצא הייתה היות שאכן אפשר, כי אף שביט המשפט מוסמך לדון בסכסוך, הוא עדיין יכול להגיע למסקנה שלפיה על היחס המשפטי המובא לפניו חל דין זר. הינה נתפס כאן הנתבע ברשת הסמכות, אבל היחס המשפטי (קשר חוזי בין שני צדדים זרים, או מעשה עוולה שהתרחש במדינה זרה) ממוקם במדינה אחרת, ולא ברור כלל אם אמור לחול על הסכסוך הדין המקומי. אבל מדוע שהסדר לא יהיה הפוך מזה? קודם נחליט איזה דין חל, ועל פי זה נחליט מהו בית המשפט שצריך לדון ולהכריע בסכסוך לגופו. ככלל נראה לי כי גישה זו, שאפשר לכנותה "גישת הפרוום הנאות של הדין הנאות", היא שצריכה לתפוס את מעמד הבכורה, ולא עקרון הריבונות הטריטוריאלית, ואת זה אני אומר בהתחשב בשיקולים העיקריים האלה:

ראשית, עיון בהתפתחות כללי הסמכות לאורך השנים מעלה כי שיקולי ברירת הדין הפכו למעשה להיות לחלק מרכזי משיקולי הסמכות עצמם, במיוחד במסגרת דוקטרינות סמכות משלימות כמו דוקטרינת הפרוום הלא נאות. פרקטיקה שכחה



מבחינתן של ישראל ושל עוד כמה מדינות במזרח התיכון ובדרום מזרח אסיה, פועלת אותה תאוריית סמכות במתחם בתי הדין הדתיים שלהם קנויה סמכות בענייני המעמד האישי. ייחוד הסמכות של בתי דין אלה נעשה מתוך כוונה מודעת שהם שצריכים לשלוט בדין שיחול. כלומר, משום שנקבע כי עניינים אלה נשלטים על ידי הדין הדתי, פעלה שיטת המילת (millet) העותמאנית, שאומצה בחלקה בישראל, כדי ליחד את סמכות השיפוט לבית הדין הדתי הרלוונטי.

המציאות הזו, שבה הסמכות הולכת בעקבות הדין, עניינה אותי עוד כשהייתי תלמיד מחקר. קשר זה בין ברירת הדין לסמכות השיפוט הוא גם נושא של פרויקט מחקר גדול שאני שקוע בו בימים אלה. אני בטוח שקיומה של הסימביוזה הדוקטרינרית בין ברירת הדין לכללי הסמכות מחייבת שקילת שיקולים נוספים. למשל, מהי דרגת הקושי בקביעת הדין החל או בעיצובם של האינטרסים הנורמטיביים כאשר הצדדים עומדים אך על "מפתן" הבית וכשלבית המשפט אין תמונה עובדתית מלאה של הסכסוך עצמו. זאת ועוד, האם שיקולים משלימים כמו מידת האפקטיביות של פסק הדין הצפוי בסוף המשפט יכולים גם הם להיות חלק ממערך השיקולים הנכונים לצורך קביעת הסמכות? עם זאת ברור לי גם שהשיקולים של העבר עת שלט עקרון הריבונות הטריטוריאלית אינם יכולים להחזיק מעמד לאורך זמן, ולדעתי הם הפכו ללא משכנעים כבר לפני כמה עשורים. אז יש לי חלומות "מאתמול" שלא הצלחתי לכבות, ואם יתגשמו ייתכן שנחיה במציאות משפטית תקנית יותר. ■

סמכות השיפוט הבין-לאומית. כלום נכון לפתוח את שעריה של הפורום המקומי לכל מתדיין כי נוח להתדיין בפורום המקומי? מובן שאין זו האופציה האופטימלית. הדבר יביא לניצול לא יעיל של משאבי מערכת המשפט המקומית, שגם כך היא עמוסה ומתקשה להכריע בסכסוכים מקומיים. על כן במציאות הטכנולוגית של ימינו, ובטוחני שזו תהיה המציאות גם בעוד כמה עשרות שנים, עת ינוטרל לגמרי שיקול ההכבדה הקשור בהתדיינות בפורום מרוחק, יהיה צורך במציאת אמת מידה אחרת ועיקרית לצורך קביעת מקום השיפוט המתאים. על אמת מידה זו להיות קשורה לדין החל, ובאופן כללי יותר לשיקולים נורמטיביים שעניינם באינטרס להסדיר את מערכת היחסים הנתונה.

שלישית, קביעת הפורום הנאות בעקבות הדין הנאות היא למעשה תאוריית סמכות שהתקיימה בעבר, ובישראל קיימת עד עצם היום הזה. במשפט המקובל האנגלי של העת הישנה נקבע כלל סמכות שחייב קיום המשפט במקום שבו התרחשו העובדות שהקימו את עילת התביעה. דבר זה התחייב כדי להבטיח את בחירתם של המושבעים הנכונים להכרעה במשפט, שכן באותה עת, ובשונה מהכללים הנהוגים היום, היה צריך לבחור במושבעים שהכירו את עובדות המקרה וכן את מנהגי המקום. הערובה לבחירת מושבעים כאלה הייתה בייחודה של הסמכות למקום שבו אפשר למוצאם. כך נולד כלל הסמכות הידוע של ה-local action, שחבוי בו עקרון הפורום הנאות בעקבות הדין הנאות. ובאשר לעת החדשה, לפחות כך

## מקורות

- 1) ראו סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** כרך א, עמ' 21 (תשע"ד–2013). שאלת סמכות השיפוט הבינלאומית רלוונטית גם מבחינת בתי הדין הדתיים הפועלים במדינת ישראל ומפעילים שיפוט בענייני המעמד האישי. עם זאת אבקש לציין שאיני מתכוון לדון במאמר זה בסמכות השיפוט הבינלאומית של בתי הדין הדתיים, שאף יכולה להיות שונה מבית דין אחד לבית דין אחר. השוו למשל הוראת סעיף 1 וסעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953 (בנוגע לבתי דין רבניים) להוראות סימן 52 וסימן 54 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל 1922 עד 1947 (בנוגע לבתי דין שרעיים ולבתי דין כנסייתיים בהתאמה). סיבה אחת עקרונית מדוע ביקשתי להשאיר את בתי הדין הדתיים מחוץ למסגרת הדיון כאן היא שבעניינם יש שחל מיזוג של סמכות השיפוט הבינלאומית עם סמכות השיפוט העניינית. כלומר, הזיקה המכשירה בתי דין אלה מבחינה בין-לאומית רלוונטית גם לצורך כינונה של סמכות השיפוט העניינית מבחינתם. מיזוג זה של הסמכות הבינלאומית עם הסמכות העניינית חל גם בסכסוכים אזרחיים שעניינם במקרקעין וכן בתחום ההליך הפלילי, והוא מחייב סוג שונה של שיקולים.
- 2) המ' 420/63 **אברמובסקי נ' גלייטמן**, פ"ד יז 2605, 2607 (1963).
- 3) בכל זאת יש נושאי משפט מעטים אשר נחשבים חלק מהמשפט הבינלאומי הפרטי אך נשלטים גם על ידי עקרונות משפט בין-לאומיים שאמורים לחייב את כלל מדינות העולם. נושא אחד כזה הוא החסינות המגיעה לריבון זר או לנציג דיפלומטי שעה שהם נתבעים בתביעה אזרחית בבתי המשפט המקומיים.
- 4) מיכאיל קרייני **השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית** 21 (תשס"ב–2002).
- 5) 'זוסמן **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, תשנ"ה), עמ' 33–34.
- 6) ראו למשל ס' גולדשטיין "סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע – הלכה למעשה" **משפטים** י 409 (תש"ם). בדומה לכך, בהליך חפצא (in rem) הזיקה הקריטית הייתה הימצאותו של הנכס, מושא ההליך, בתוך גבולות המדינה.
- 7) אגב, לכן קרוי הכלל המסורתי "כלל התפיסה", ובלשון ציורית יותר מבחינת הטרימינולוגיה האמריקנית: tag jurisdiction. ראו גם רע"א 9810/05 **Martin J. Hecke נ' Pimcapco Limited** (פורסם בנבו, 30.8.2009).
- 8) מבחינת הדין הנוהג היום בישראל מצויות העילות השונות המאפשרות המצאת ההזמנה אל מחוץ לתחום השיפוט בתקנה 166 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018.
- 9) ראו **Grace v. MacArthur**, 170 F.Supp. 442 (E.D. Ark. 1959).
- 10) ראו לעיל רע"א 9810/05 **Hecke**.
- 11) ראו למשל **M. Karayanni, Conflicts in a Conflict, A Conflict of Laws Case Study on Israel and the Palestinian Territories** 68–72 (2014).
- 12) ראו ע"א 565/77 **מזרחי נ' Nobel's Explosives**, פ"ד לב(2) 115 (1978).
- 13) ראו למשל רע"א 8195/02 **שיטריט נ' Sharp Corp**, פ"ד נח(1) 193 (2003).
- 14) ראו מ' קרייני "שיקולי הפורום הנאות-מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו" **מחקרי משפט** יט 67 (תשס"ב).
- 15) גילוי נאות: המחבר שימש חבר בצוות ההיגוי שיעץ לצוות מטעם משרד המשפטים (בראשותו של השופט משה גל) שהופקד על מלאכת גיבושן של תקנות הדין החדשות.
- 16) ראו למשל **In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster**, 634 F.Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986); רע"א 1817.08 **טבע תעשיות פרמצבטיית בע"מ נ' Pronauron Biotechnologies Inc** (פורסם בנבו, 11.10.2009).