

## רכישת הסמכות הבינלאומית מכוח תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: גישה חדשה

איילת בן-עזר\*, יעד רותם\*\*

- א. פתח-דבר
- ב. פירוש מרחיב של החלופות המנויות בתקנה 500
- ג. הבחנה בין הדיון במישור החלופות לבין הדיון במישור שיקול-הדעת
- ד. (א) נאותות הפורום וסוגיית "נטל השכנוע"
  1. "פורום נאות" ו"פורום לא-נאות"
  2. החדרת שיקולי נאותות הפורום למישור שיקול-הדעת בתקנה 500
  3. על מי מוטל "נטל השכנוע" בדיון במעמד שני הצדדים?
- ה. אופן השימוש בכלי של פסיקת הוצאות
- ו. סיכום

### א. פתח-דבר

לפי כלל "התפיסה", יקנה בית-משפט ישראלי היושב לדין בתובענה אזרחית סמכות בינלאומית על נתבע זר אם כתב פתיחת ההליך הומצא לידיו כדין שעה שהיה מצוי פיזית בשטח מדינת ישראל<sup>1</sup>. הרחבת סמכותו הבינלאומית של בית-המשפט מעבר לגבולות כלל התפיסה, על-מנת לחייב נתבע זר הנמצא מחוץ לגבולות המדינה להתדיין בישראל, עשויה להתאפשר בשלוש דרכים. האחת, לפי חוק מפורש, המרחיב את סמכותו הבינלאומית של בית-המשפט בעניין מסוים. דוגמא לכך ניתן למצוא בסעיף 76(2) לחוק הכשרות

\* ד"ר, מרצה, בית-הספר למשפטים ע"ש רדזינר, המרכז הבינתחומי, הרצליה.  
\*\* תלמיד מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתנו נתונה לפרופ' אריאל בנדור ולפרופ' דניאל מור.

1 ע"א 420/63 אברמובסקי נ' גלייטמן, פ"ד יז 2605 (וראו בהקשר זה גם תקנות 477-482 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (להלן גם: התקנות)). לניתוח משמעויותיו של כלל התפיסה ראו: א' שאקי, "נוכחות עראית — כעילה לשיפוט בינלאומי למתן פסק in personam", הפרקליט כ"א (תשכ"ה) 151; ס' גולדשטיין, "סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע — הלכה למעשה כיום", משפטים י (תש"ם) 409, בעמ' 410; ט' קונפינו-שר, סמכות שיפוט על נתבע זר (תש"ס), 24-33.

המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, הקובע כי במקרים של צורך לפעול בישראל בעניין קטינים, למשל, לבית-משפט בישראל תהיה סמכות בינלאומית.<sup>2</sup> הדרך השנייה, שלגביה קיימת מחלוקת אם היא לגיטימית, הינה הרחבת הסמכות הבינלאומית מכוח הסכמת הצדדים. אף שלכאורה אין כל מניעה כי במועד שבו מובא עניינם של הצדדים בפני בית-המשפט הם יסכימו שלא להעלות את עניין הסמכות הבינלאומית להכרעת בית-המשפט, באופן שגם בית-המשפט לא יעורר מיוזמתו את שאלת הסמכות הבינלאומית, יש הטוענים כי אין בעלי-הדין רשאים להתנות על סמכותו הבינלאומית של בית-המשפט מראש, בטרם התעורר הסכסוך.<sup>3</sup> ואילו הדרך השלישית, שהיא השכיחה ביותר, מגולמת בהסדר שבתקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984, שכותרתה "המצאה מחוץ לתחום השיפוט".<sup>4</sup> וכך נכתב בתקנה:

- 2 ראו גם סעיף 12 לחוק התובלה האווירית, תש"ם–1980; סעיף 28 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א–1981; סעיף 136 לחוק הירושה, תשכ"ה–1965.
- 3 לדיון בסוגיה זו ראו א' רוזן-צבי, "הסכמה מראש לסמכות הפורום כזיקת שיפוט בינלאומית של בתי-המשפט בישראל", הפרקליט לא (תשל"ז) 262. המחבר שם סובר כי באמצעות חוזה דווקא ניתן להרחיב את היקף סמכותו הבינלאומית של בית-משפט בישראל. ראו גם: Stephen Goldstein, "Israel" in *Declining Jurisdiction in Private International Law* (J. J. Fawcett (ed.), 1995), 259, at p. 274. וכן ט' קונפינו-שר, לעיל הערה 1, בעמ' 165–171. כנגד גישתו של פרופ' רוזן-צבי ז"ל אפשר לטעון שכללי הסמכות הבינלאומית במשפט הפרטי מושגתים על עקרון הריבונות הטריטוריאלית, וכל עוד המחוקק לא התיר זאת מפורשות, מתן אפשרות לצדדים להסכים מראש במסגרת סעיף שיפוט להרחבה – או לצמצום – של סמכותו הבינלאומית של בית-המשפט אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון זה. ראו והשוו ע"א 433/64 נברום מריטם בע"מ נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד יט(2) 159, 165, העוסק בצמצום הסמכות הבינלאומית באמצעות חוזה. ראו גם מ' בר-ניב (בורנובסקי), "הסכמה לשיפוט זר בחוזים עסקיים", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 25, 29. על-כל-פנים, יש לשים לב לאפשרות לעקוף מגבלה, ככל שכזו קיימת, המטילה איסור להרחיב את סמכותו הבינלאומית של הפורום הישראלי. שכן, בפני מתקשרים בחוזה עומדת, למשל, האפשרות להסכים על תחולת הדין הישראלי – במובחן מן השיפוט הישראלי – על החוזה ביניהם, באופן הפותח בפני התובע את האפשרות להתבסס על תקנה 500(4)ג) לתקנות לצורך רכישת סמכות בינלאומית על הנתבע הזר. בדומה, הצדדים יכולים להסכים בחוזה על כתובת בישראל שתשמש להמצאת כתבי בידין.
- 4 תקנה 500 מסדירה איפוא סוגיה שלכאורה ראוי היה להסדירה בחקיקה ראשית. ראו קונפינו-שר, לעיל הערה 1, בעמ' 37–38. עם זאת, גם במדינות אחרות רכישת סמכות בינלאומית אינה מוסדרת תמיד בחקיקה. ראו: J. J. Fawcett, "General Report" in *Declining Jurisdiction in Private International Law* (J. J. Fawcett (ed.), 1995) 1, at p. 3–4. במדינות שבהן הסמכות להמציא מחוץ לתחום מעוגנת בחוקים, אלו מכונים "long-arm statutes": חוקים כאלו נחקקו, למשל, במדינות השונות בארצות-הברית. באנגליה, הדרך העיקרית לרכישת סמכות בינלאומית על נתבע הנמצא מחוץ לתחום מעוגנת ב-*Order 11* ל-*Rules of the Supreme Court* (אשר לאחרונה קובצו ב-*Civil Procedure Rules* Rule 6), שתקנה 500 בוססה עליו. ככל שהנתבע הזר מצוי באחת ממדינות האיחוד האירופי, כללי המשפט האנגלי מבוססים על תקנה של האיחוד האירופי בנושא. ראו: Linda Silberman "Symposium: Export/Import: American Civil Justice in a Global Context: Eighth Annual Clifford Symposium on Tort Law and Social Policy Article: Comparative Jurisdiction in the International Context: Will The Proposed Hague Judgments Convention be Stalled?", 52 *DePaul L. Rev.* (2002) 319

- "רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בידיון אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה:
- (1) מבקשים סעד נגד אדם שמקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל בתחום המדינה;
  - (2) נושא התובענה הוא כולו מקרקעין המצויים בתחום המדינה;
  - (3) מבקשים לפרש, לתקן, לבטל או לאכוף פעולה, שטר, צוואה, חוזה, התחייבות או חבות בנוגע למקרקעין המצויים בתחום המדינה;
  - (4) התובענה היא לאכוף חוזה, לבטל, להפקיעו או לפסלו, או לעשות בו על דרך אחרת, או לקבל דמי נזק או סעד אחר בשל הפרתו, באחד המקרים האלה:
    - (א) החוזה נעשה בתחום המדינה;
    - (ב) החוזה נעשה בידי מורשה העוסק או המתגורר בתחום המדינה, או באמצעותו, מטעם מרשה העוסק או המתגורר מחוץ לתחום המדינה;
    - (ג) על החוזה חלים דיני מדינת ישראל לפי כתבו או מכללא;
  - (5) תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה – ואין נפקא מינה היכן נעשה החוזה – אפילו קדמה לאותה הפרה, או נלוותה אליה, הפרה מחוץ לתחום המדינה אשר שללה את האפשרות לקיים אותו חלק מן החוזה שצריך היה לקיימו בתחום המדינה;
  - (6) מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או העומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו;
  - (7) התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה;
  - (8) מבקשים לאכוף פסק-חוק, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוק, התשי"ח-1958, או פסק-בוררות-חוק, כמשמעותו בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968;
  - (א8) מבקשים לבטל פסק בוררות חוק כמשמעותו בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, שניתן נגד תושב ישראל, אם שוכנע בית המשפט כי אין למבקש אפשרות לזכות בדין צדק בבית המשפט של המדינה שבה, או לפי דיניה, ניתן הפסק;
  - (9) מגישים בקשה על פי חוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), התשכ"ט-1969;

---

הסמכות הבינלאומית על נתבע זר של מדינות שונות לבין אלו של ארצות-הברית ראו שם, וכן: Linda J. Silberman "Judicial Jurisdiction in the Conflict of Laws Course: Adding a Comparative Dimension", 28 *Vand. J. Transnat'l Law* (1995) 389. מדינות נוספות שהסדר הדומה לזה האנגלי נוהג בהן, בשינויים מסוימים, הן קנדה ואוסטרליה.

(10) האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה".

חרף העובדה שמחוקק־המשנה לא הוסמך במפורש להרחיב את סמכותו הבינלאומית של בית־המשפט בישראל<sup>5</sup>, שמשמעותה היא פגיעה בריבונותה של מדינה זרה<sup>6</sup> ובעקרונות של נימוס בינלאומי<sup>7</sup>, וכן, לעתים קרובות, גם באינטרסים של הנתבע הזר<sup>8</sup>, אין מחלוקת במשפט הישראלי על כי בית־המשפט רשאי להיזקק לתקנה 500 על־מנת לרכוש סמכות בינלאומית על נתבע המצוי מחוץ לגבולות המדינה<sup>9</sup>. ברם, התמונה המצטיירת מן הפסיקה שבה מיושם הסדר זה של רכישת סמכות בינלאומית היא של בלבול ושל חוסר אחידות. אלו נובעים, לדעתנו, מהיעדר תשתית עיונית מספקת לכלל המשפטי. ברשימה זו נבקש להצביע על הבעיות העיקריות שהתעוררו בפסיקת בתי־המשפט בהקשר להפעלתה של תקנה 500, ולהציע גישה חדשה שתתווה קווים לפתרון.

### ב. פירוש מרחיב של החלופות המנויות בתקנה 500

תקנה 500 מונה מספר חלופות, שרק בהתקיים אחת מהן לפחות רשאי בית־המשפט להתיר המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט, על־מנת לרכוש סמכות בינלאומית על

5 התקנות הותקנו על־ידי שר המשפטים מכוח סעיפים 108 ו־109 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד–1984. לשון ההסמכה היא כללית – "להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנהוג לפני בתי משפט...". השוו למודל רכישת הסמכות הבינלאומית המגולם בחקיקה ראשית – למשל, סעיף 76 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962; סעיף 12 לחוק התובלה האווירית, תש"ם–1980.

6 ע"א 98/67 ליבהר נ' "גזית ושחם" חברה לבנין בע"מ, פ"ד כא(2) 243 (להלן: פרשת ליבהר), בעמ' 254.

7 פרשת ליבהר, שם. בית־המשפט אינו מבהיר מה ההבדל בין שני האינטרסים. האינטרסים של הנתבע הזר מבססים את שאיפתו שלא להיות מוזמן להתדיין מחוץ למקום מושבו. שאלה היא, אם מדובר בפגיעה באינטרסים העולים כדי זכויות יסוד.

9 ראו, למשל, ע"א 182/82 ג'ינג'יט בע"מ נ' ברקליס בנק אינטרנשיונל לימיטד מלונדון, פ"ד לט(3) 785 (להלן: פרשת ג'ינג'יט), בעמ' 791; רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109 (להלן: פרשת הגבס), בעמ' 112. יש הגורסים כי "המצאת כתב תביעה בחו"ל אינה אלא ביטוי פרוצסואלי להטלת המרות של השיפוט הישראלי על נתבע היושב מחוץ לתחום השיפוט". ראו י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, בעריכת שלמה לוי, תשנ"ה), 239; ע"א 837/87 הוידה נ' הינדי, פ"ד מד(4) 545 (להלן: פרשת הוידה), בעמ' 550. על־פי גישה זו, תקנה 500 אינה המקור לסמכותו של בית־המשפט לרכוש סמכות בינלאומית על נתבע הנמצא בחו"ל. בפועל, בתי־המשפט ראו את תקנה 500 כממצה את גבולות סמכותם לרכוש סמכות בינלאומית על נתבע היושב מחוץ לגבולות ישראל. ראו ע"א 565/77 מזרחי נ' Nobel's Explosives Co., Ltd., פ"ד לב(2) 115 (להלן: פרשת מזרחי), בעמ' 117.

הנתבע<sup>10</sup>. על-מנת לקבוע את היקף התפרשותה של תקנה 500, נדרש איפוא בית-המשפט לפרש את לשון החלופות. והנה, למרבה הפלא, בפסיקה אין מוצאים בדרך-כלל דיון מפורש בשאלת פירוש לשון החלופות הקבועות בתקנה 500<sup>11</sup>. כך למשל, בתי-המשפט לא הבהירו מהן תכליות התקנה, שלאורן יש לפרש את התקנה. עם זאת, בתי-המשפט נוהגים להפנות לדברי השופט משה לנדוי בפרשת ליבהר:

“בדרך כלל צמוד שיפוטם של בתי-משפט לשטח המדינה בה הם מכהנים, וחריגת בית-משפט מתחמו הטריטוריאלי כרוכה בה סכנה של התנגשות סמכויות ופגיעה בנימוס הבין-לאומי. משום כך חייבת גישת בית-המשפט לבקשה כזאת להיות זהירה וכל ספק פועל לטובת תושב החוץ, כלומר נגד הזמנתו להתדיין בארץ”<sup>12</sup>.

לפי דברים אלה, שבתי-המשפט נוהגים לאמץ כהנחיה לעצמם, תכליותיה של תקנה 500 הן שתיים: האחת, מניעת “עיוות” בין הפורום לבין בית-משפט זר באשר לסמכות לברר את התובענה<sup>13</sup>. השנייה, שאיפה למנוע פגיעה בריבונותה של המדינה הזרה שבשטחה מצוי הנתבע המוזמן להתדיין בישראל, וזאת נוכח התפישה המקובלת בדבר כיבוד הדדי של מדינה אחת את ריבונותה של רעותה, שיסודה בעקרונות של נימוס בינלאומי<sup>14</sup>. ברי, כי פירוש תקנה 500 לאור שתי תכליות אלו מחייב לפרש את לשון החלופות בצמצום<sup>15</sup>.

- 10 ראו, למשל, פרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 112.
- 11 חריג אחד הוא פסק-דין שניתן לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון ברע"א 5150/02 ד"ר וינברג, עו"ד נ' עו"ד ביילס, פ"ד נח(2) 205 (להלן: פרשת וינברג). בפרשה זו נזקק בית-המשפט לפירוש התיבה “תובענה” שבתקנה 500(10). בית-המשפט הסביר כי יש לפרש את הוראת תקנה 500(10), המאפשרת לרכוש סמכות בינלאומית על נתבע זר שהוא “בעל דין דרוש או נכון” ב“תובענה” המתנהלת בישראל, על-פי התכלית השואפת “לפתור באופן יעיל, ממצה ושלם ובהליך אחד מכלול של סוגיות המתעוררות בקשר לאותו עניין” (להלן: “תכלית הצירוף הדיוני”) ראו שם, בעמ' 211. בית-המשפט פסק, כי פירוש תקנה 500(10) על-פי תכלית הצירוף הדיוני מביא למסקנה כי אף הודעת צד שלישי (כאשר הצד השלישי הוא נתבע זר המצוי מחוץ לתחום), תיכלל בגדר “תובענה” לצורך תקנה 500(10).
- 12 פרשת ליבהר, שם בעמ' 250. דברים אלו, שלכאורה נאמרו על-ידי השופט לנדוי בהקשר של אופן הפעלת שיקול-הדעת במסגרת תקנה 500, נשאבו בעיקרם מן המשפט האנגלי; אלא ששם נקבע מפורשות כי אומנם מדובר בכלל של פרשנות. ראו *Dacey and Morris on the Conflict of Laws* (Lawrence Collins ed.) (Vol. 1, 13<sup>th</sup> ed., 2000), 307–308; Andrew Bell, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation* (2003), 141.
- 13 תכלית זו, שטיבה המדויק אינו מוסבר, עשויה, למשל, לנבוע מחשש מפני כפל הליכים שיביא לבזבוז, או מחשש מפני ניסיון של שני בתי-משפט במקביל להתחרות על רכישת סמכות על אותה תובענה.
- 14 באנגליה, רעיון ה-*comity* נקלט כשיקול רלוואנטי במסגרת שיקול-הדעת המוקנה לפורום אם להיזקק לתקנה 500. ראו, למשל, *Amin Rasheed Shipping Corp v. Kuwait Insurance Co.*, ראו, למשל, *The Al Wahab* [1983] 2 All E. R. 884, at p. 891.
- 15 ראו זוסמן, לעיל הערה 9, בעמ' 241: “במקרה של ספק אם היה הענין בגדר תקנה 500 או לא,

אף שבפועל בתי-המשפט פירשו בצמצום את לשון תקנה 500<sup>16</sup>, היו מקרים שבהם אפילו חרף אזכור מפורש של הילכת ליבה, בחרו בתי-המשפט לפרש את תקנה 500 דווקא בהרחבה. כך, למשל, בפרשת ג'ינג'ט, קבע בית-המשפט, כי לעניין תקנה 500(4)(א) – המסמיכה את בית-המשפט להתיר המצאה מחוץ לתחום של תובענה הנוגעת ל"חזזה" [שנעשה בתחום המדינה] – גם חיוב חד-צדדי המגולם בכתב אשראי דוקומנטרי הוא בבחינת "חזזה" כאמור בתקנה; וכי חזזה זה נעשה "בתחום המדינה", מכיוון שכריתתו הייתה במועד מסירת כתב האשראי הדוקומנטרי למוטב, שבאותה פרשה היה בישראל<sup>17</sup>. בדומה, בפרשה אחרת נקבע, לעניין "הפרת החזזה" שעל התובע להוכיח כדי לקבל היתר להמציא מחוץ לתחום לפי תקנה 500(5), כי חיוב המוטל על בעל לשאת במזונות אשתו וילדיו הוא חיוב חוזי באופיו, ועל-כן כאשר הבעל נתבע על-ידי אשתו בגין הפרת חובתו לזון אותה, הפורום בישראל רשאי להתיר את המצאת כתב התביעה לבעל מחוץ לתחום<sup>18</sup>. לבסוף, אף בפרשו לאחרונה את תקנה 500(10) נקט בית-המשפט בגישה מרחיבה<sup>19</sup>. מבחינה מעשית, ההבדל בין אימוץ גישה פרשנית מצמצמת לבין אימוץ גישה מרחיבה הוא תהומי, שכן אימוץ הגישה המצמצמת שולל מכל וכל את האפשרות שהסכסוך יתברר בישראל, ומחייב את התובע להגיש את תביעתו בחו"ל. מכיוון שתוצאה זו נתפשה לעתים כבלתי צודקת, בעיקר מבחינתו של התובע, ובהיעדר תשתית עיונית ברורה לתקנה 500, נראה כי בתי-המשפט נמנעו במקרים הנ"ל מתוצאה זו על-ידי העדפת פירוש מרחיב לתקנה, אך זאת ללא הנמקה המצדיקה זאת<sup>20</sup>.

- לא יתיר בית המשפט המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט. באמצעות התקנה מוארכת זרועו של השיפוט הישראלי מעבר לגבולותיו הטבעיים, וכאשר כוח השיפוט מוטל בספק, מן הראוי כי הנתבע יהא הנהנה". ראו האסמכתאות המוזכרות שם.
- 16 ראו, למשל, פרשת מזרחי, לעיל הערה 9; ג' רוגל, "מיקומה של עוולת הרשלנות לעניין המצאת כתב בידין אל מחוץ לתחום השיפוט", משפטים י (תשמ"מ) 150, בעמ' 151.
- 17 פרשת ג'ינג'ט, לעיל הערה 9, בעמ' 791. בית-המשפט אינו קושר את הפירוש המרחיב לתכליות כלשהן, אלא מסתפק במסקנותיו הנ"ל. ברי, כי גישה פרשנית מצמצמת על-פי התכליות שהוזכרו לעיל, הייתה מסרבת לקרוא חיוב חד-צדדי לתוך התיבה "חזזה" שבתקנה 500(4)(א).
- 18 ע"א 625/73 קורונל נ' קורונל, פ"ד כט(2) 259, בעמ' 265–266. מגמת הפירוש המרחיב נובעת מכך שחיוב בתשלום מזונות עשוי להיחשב (לצורך תקנה 500) כחיוב שמקורו בדין – בדיני המשפחה – ולא דווקא בחזזה שנכרת בין בעלי-הדין.
- 19 ראו פרשת וינברג, לעיל הערה 11.
- 20 גם כאשר נעשו ניסיונות בודדים להצדיק מתן פירוש מרחיב לתקנה, היו אלו ניסיונות נקודתיים ולא משכנעים. כך למשל, בפרשת וינברג, לעיל הערה 11, התכלית שהעמיד בית-המשפט – תכלית הצירוף הדיוני – אינה יכולה כמוכן לשמש כתכלית לצורך פירוש החלופות האחרות הקבועות בתקנה 500. בפרשה זו גם לא הוסבר כיצד משתלכות התכליות המצמצמות – של מניעת פגיעה בריבונות זרה ובנימוס הבינלאומי – עם האופן שבו יש לפרש את לשון התקנה. מכלול ליקויי הפסיקה ניתן להמחשה על-ידי אזכור שתי פרשות שבגידן נזקקו בתי-המשפט לפרש את תקנה 500(7), הקובעת כי ניתן להמציא אל מחוץ לתחום תובענה, אשר "מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה". בפרשה אחת – פרשת מזרחי, לעיל הערה 9 – התפוצץ בידיו של ניזוק בישראל נפץ שיוצר על-ידי חברה הנמצאת בסקוטלנד, והניזוק הגיש כנגד החברה

יהיה הדבר כאשר יהיה, דומה אומנם כי הבעיה העיקרית בפירוש שניתן בפסיקה לתקנה 500 – שאך מתחדדת נוכח חוסר האחידות המופגן על-ידי בתי-המשפט – היא ההתעלמות מן התכלית המרכזית של התקנה. במשפט הבינלאומי הפרטי המודרני, שהוא חלק אינטגרלי של המשפט האזרחי, מקובל כי תפקידו העיקרי של בית-המשפט – גם אם לא תפקידו היחיד<sup>21</sup> – הוא ליישב את הסכסוכים המובאים בפניו<sup>22</sup>. ייעוד זה של בית-המשפט אינו משתנה אף כשהסכסוך המובא בפניו ממוקם בספרה הבינלאומית (האינטרספרה), כלומר, מערב בעלי-דין ממדינות שונות. אכן, בית-המשפט בהליך אזרחי – להבדילו, למשל, מבית-המשפט שבפניו מתנהל הליך הפלילי –

הסקוטית תביעה בישראל. בקשתו להמציא לנתבעת בסקוטלנד את התביעה, שבגדרה ייחס לה רשלנות בייצור הנפץ, נדחתה, תוך שנקבע – בהתבסס על המשפט האנגלי – כי כאשר נטען שמעשה או מחדל רשלניים אירעו בחו"ל, אין די בכך שהנוק הטרחש בישראל, כשלעצמו, כדי להקנות לבית-המשפט בישראל סמכות בינלאומית על המזיק. שם, בעמ' 119–120. דפוס זה של סכסוכים בינלאומיים חוזר ונידון בפסיקה מעת לעת. וכך, בפרשה אחרת, שנדונה לאחרונה, הגיש ניווק שנפגע קשות בישראל בתאונת צלילה, שאירעה כאשר מיכל אוויר שבו השתמש התפוצץ, חביעת פיצויים כנגד יצרנית המיכל, חברה שמקום מושבה בצרפת. ראו בש"א (ת"א) 27038/00 (Metallurgique de Gerzat S.A. נ' וילנסקי (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 20.1.02) (להלן: פרשת וילנסקי). תחילה נתקבלה בקשתו של התובע להמציא את כתב-התביעה לנתבעת בצרפת לפי תקנה 500(7): רשמת בית-המשפט המחוזי התירה את המצאת כתב התביעה לנתבעת בצרפת, וערעור על החלטתה נדחה. עם זאת, בדחות את הערעור הסתייג בית-המשפט המחוזי מן ההנמקה ששימשה יסוד לפירוש המרחיב שניתן על-ידי הרשמת ללשון תקנה 500(7). הנמקה זו ביקשה בעיקרה להעמיד תכליות מתחום דיני הגנת הצרכן כתכליות שעל-פיהן יש לפרש את התקנה, וזאת, אף שתקנה 500 היא כללית באופיה ואינה תקנה "צרכנית" דווקא. לעומת זאת, הנמקתו של בית-המשפט המחוזי לתמיכה במסקנה כי ניתן להמציא את התביעה מחוץ לתחום במקרה זה התמקדה ב"מחדל" שביצעה הנתבעת בתחומי ישראל, כאשר לא יידעה את התובע על כי המיכל שברשותו פגום. ראו ע"א (ת"א) 1471/02 Metallurgique de Gerzat S.A. נ' וילנסקי (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 16.2.03). אף החלטת בית-המשפט המחוזי בוטלה בסופו של עניין, על-ידי בית-המשפט העליון, אשר קבע כי לאור הלכת מזרחי, ובהתחשב בכך שרק הנוק במקרה זה אירע בתחום המדינה, יש לבטל את היתר ההמצאה. בית-המשפט העליון הוסיף, כי הואיל והנתבעת אינה עוסקת בשיווק מוצריה מחוץ לצרפת, הרי שאילו הייתה מוטלת עליה חובה ליידע ניווקים פוטנציאליים אודות הפגם במיכליה, הרי שחובה זו היה עליה למלא בצרפת בלבד. בית-המשפט הוסיף והעיר עם זאת, כי אף שהלכת מזרחי היא המחייבת, "ניתן אולי כיום לשגות בהרהורים בדבר הצדקה להלכה זו". ראו רע"א 2752/03 Metallurgique de Gerzat S.A. נ' וילנסקי, פ"ד נז(6) 145 (להלן: רע"א וילנסקי). התלבטות דומה עברה הפסיקה גם בפרשה אחרת שעובדותיה דומות. ראו בש"א (ת"א) 13656/01 Sharp (1349/96) Japan Corporation Ltd. נ' שטרית (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 4.3.02); רע"א 8195/02 שטרית נ' Sharp Corporation, פ"ד נח(1) 193.

21 לדיון בהבנייתו של מודל "ציבורי" של ההליך השיפוטי האזרחי ראו, למשל: Development "The Paths of Civil Litigation", 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 1752.

22 לתפקידו זה של בית-המשפט בהליך אזרחי ראו ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, בעמ' 475; ש' לוי, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט), 55 ואילך; ד' שוורץ, "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר הדין האזרחי", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 295, בעמ' 315. כן ראו 1073 *Yale L. J.* (1984) 93 Owen M. Fiss "Against Settlement".

שואף בראש-ובראשונה להכריע בסכסוך שבין בעלי-הדין שבפניו ולספק להם שירות של יישוב סכסוכים.<sup>23</sup> תפישה זו, בדבר תפקידו של בית-המשפט בהליך האזרחי, מקובלת גם במדינות אחרות.<sup>24</sup> אכן, ככל שמדובר בהתדיינות אזרחית המערבת בעלי-דין ממדינות שונות, אשר יישוב הסכסוך ביניהם כרוך ברכישת סמכות בינלאומית על נתבע המצוי במדינה אחרת, בית-המשפט נדרש להגשים בהחלטותיו גם את התכליות של כיבוד ריבונותה של המדינה הזרה הרלוואנטית וכיבוד הליכות הנימוס הבינלאומי המקובלות בין מדינות. אך לדעתנו, תקנה 500 הותקנה בראש-ובראשונה על-מנת להגשים את התכלית של קידום יישובם של סכסוכים אזרחיים בינלאומיים. שהלוא זו מלכתחילה מטרת רכישת הסמכות הבינלאומית על הנתבע הנמצא מחוץ לתחום.<sup>25</sup>

משכך, יש לתהות, מהו משקלה היחסי של התכלית בדבר יישוב סכסוכים אזרחיים, לעומת התכליות של כיבוד ריבונות זרה ונימוס בינלאומי? לגישתנו, בעולם של תחבורה משופרת וזולה, המאפשרת לבעלי-דין לנוע בקלות יחסית ממדינה למדינה, משקל התכלית של קידום יישובם של סכסוכים אזרחיים, שעד כה לא הוזכרה כלל (!) בפסיקה שפירשה את תקנה 500, צריך להיות רב.<sup>26</sup> אכן, ככל שעסקינן במשפט אזרחי, רעיונות של ריבונות טריטוריאלית ושל כיבוד הדדי בין

23 ראו רע"א 6983/02 סוכנות ימית ישראלית סקנדינבית בע"מ נ' Malmed Maritime Ltd., פ"ד נ(6) 827, בעמ' 830.

24 ראו למשל Kevin M. Clermont & Emily Sherwin "A Comparative View of Standards of Proof", 50 *Am. J. Comp. L.* (2002) 243, 269–270; Michele Tarufu "Rethinking the Standards of Proof", 51 *Am. J. Comp. L.* (2003) 659, 674. והאסמכתאות המוזכרות שם.

25 יש לשים לב להבדל בין התכלית של יישוב סכסוכים המוצעת על-ידינו לבין התכלית שהוצגה בפרשת וינברג, לעיל הערה 11, כתכלית שעל-פיה יש לפרש את תקנה 500(10). תכלית אחרונה זו, שכאמור ניתן לכנותה תכלית הצירוף הדיוני, מתמקדת במקרה המיוחד המוצג במסגרת תקנה 500(10), שעניינו סכסוך רב-צדדי וצירוף בעל-דין המצוי מחוץ לתחום להליך המתנהל בישראל שבעל-הדין הזר הוא בעל-דין דרוש או נכון בו. פירוש תקנה 500(10) על-פי תכלית הצירוף הדיוני עשוי אומנם לעתים להביא לאותה תוצאה שניתן להגיע אליה באמצעות הפירוש המוצע על-ידינו (להוציא כמובן את האפשרות שבפרשת וינברג התעלם בית-המשפט מן התכליות המצמצמות של מניעת הפגיעה בריבונות זרה ובנימוס הבינלאומי, שאף הן, כאמור, עדיין רלוואנטיות לפי גישתנו); אלא שתכלית הצירוף הדיוני ממילא אינה רלוואנטית לצורך פירוש יתר החלופות המנויות בתקנה 500. תכלית הצירוף הדיוני משקפת איפוא לכל היותר מקרה פרטי של התכלית בדבר יישוב סכסוכים.

26 השוו לפרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 114. בפרשת ליבהר, לעיל הערה 6, בעמ' 249–250 פירש בית-המשפט את תקנה 500(10), ופירט את התנאים שצריכים להתקיים על-מנת שייקבע כי הנתבע זר הוא "בעל דין דרוש או נכון בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה", כנדרש בתקנת-משנה זו. וכך הסביר בית-המשפט: "בהנחה [שני הנתבעים] היו יושבים בארץ, האם היו שניהם צדדים נכונים לתביעה ... למעשה מתחלק מבחן זה לשניים: (א) אילו ישב הצד הנכרי בארץ, האם היה בית-המשפט מוסמך לברר את עילת התביעה נגדו ו-(ב) באותה הנחה, האם התביעה נגדו היתה ראויה להתברר ביחד עם התביעה נגד הצד היושב בפועל בארץ". למעשה ניתן לראות כי התנאים שמפרט בית-המשפט שקולים לתכלית של יישוב סכסוכים.

מדינות מקורם במשפט הבינלאומי הפומבי, והם עוצבו על רקע עולם שנחלק למדינות, שהקפידו היטב על שמירת סממנים פורמאליים של ריבונות, ובכלל זה על שימור בידיהן של סמכות שיפוט אזרחית ביחס לנתבעים הנמצאים בשטחן. כיום, בתקופה שבה מדינות רבות, כגון מדינות האיחוד האירופי, בוחרות לוותר על סממנים מהותיים של ריבונות לטובת השתלבות בכפר הגלובאלי, וככל שתהליכים אלו נבחנים בהקשר של משפט אזרחי, רעיונות של הגנה על ריבונות המדינה הזרה והימנעות מלפגוע בה מטעמי נימוס הדדי שבין מדינות, בוודאי איבדו, ולו במידת-מה, מכוחם.<sup>27</sup> אף שאין להתעלם במשפט האזרחי מרעיונות של ריבונות ושל נימוס הדדי בין מדינות, למצער יש להפחית ממשקלם. ממילא, גם הפגיעה המדוברת בריבונותה של המדינה הזרה, שהנתבע המצוי בשטחה מוזמן להתדיין בישראל, היא רעיונית בלבד.<sup>28</sup>

זאת ועוד: בעולם שבו פעילות אנושית ומסחרית רבה מתרחשת לאו דווקא בתוך גבולות גיאוגרפיים מוגדרים של ריבונות, אלא בגדרי מתחם שהוא בעיקרו וירטואלי וחסר גבולות פיזיים – באינטרנט ובאמצעות דואר אלקטרוני – ראוי לוותר מראש על הניסיון לעצב הסדרים משפטיים המבוססים על עקרון הריבונות הטריטוריאלית – כלומר, על הניסיון לקבוע מהו "תחום המדינה", ומיהו הריבון החולש על הנתבע, לצורך החלופות השונות שבתקנה 500 – ובמקום זאת יש להציב את הדגש על השאיפה לאתר את המקום האופטימלי ליישוב הסכסוך הבינלאומי.<sup>29</sup> שכן, הלכה למעשה, האינטרנט יוצר זיקות של בעלי-דין כמעט לכל תחום שיפוט בעולם.<sup>30</sup> ואומנם, מגמה כזו של התמקדות באופטימיזציה של מקום ההתדיינות משתקפת במשפטן הבינלאומי הפרטי של מדינות נוספות, כגון אנגליה ואוסטרליה.<sup>31</sup> התמקדות בהעמדת

27 להיחלשות עקרון הריבונות הטריטוריאלית ראו מ' קרייני, "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו – הרהורים ומחשבות בעקבות פסק-דין הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co.", מחקרי משפט יט (תשס"ב) 67, בעמ' 81–83.

28 לכאורה, הפגיעה בריבונותה של המדינה הזרה מתבטאת בפעולה הביצועית של מסירת הזמנה לדין לנתבע הזר הנמצא בשטחה.

29 ראו Paul Schiff Berman "The Globalization of Jurisdiction", 151 *U. Penn. L. Rev.* (2002) 311, 314–315 כן ראו קרייני, לעיל הערה 27, בעמ' 98. לשם כך יש לקבוע תחילה כי הפורום הישראלי "יכול" – במובחן מ"צריך" – ליישב את הסכסוך. בשאלת יכולתו זו של הפורום עוסקים הפרשנים המבקשים לעמוד על היקף התפרשותן של לשון החלופות הקבועות בתקנה 500.

30 ראו David R. Johnson & David Post "Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace", 48 *Stan. L. Rev.* (1996) 1367; Gwenn M. Kalow "Note, From the Internet to Court: Exercising Jurisdiction over World Wide Web Communications", 65 *Fordham L. Rev.* (1997) 2241; Sarah K. Jezairian "Note: Lost in the Virtual Mall: Is Traditional Personal Jurisdiction Analysis Applicable to E-Commerce Cases?", 42 *Ariz. L. Rev.* (2002) 965; J. Christopher Gooch "Note: The Internet, Personal Jurisdiction, and the Federal Long-Arm Statute: Rethinking the Concept of Jurisdiction", 15 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* (1998) 635, 653–654.

31 Michael J. Whincop "Three Positive Theories of International Jurisdiction", 24 *Mel. U. L. Rev.* (2000) 379, 392–394.

מסגרת מיטבית שכזו לסכסוכים אזרחיים מחייבת כמובן לשנות את מרכז הכובד של ההסדר המשפטי, ולהעבירו מן הניסיון לבדוק האם מוסמך הפורום (מן הבחינה הבינלאומית) לברר סכסוך אזרחי זה או אחר, אל בחינת רציות בירורו של סכסוך אזרחי מסוים בפני הפורום. פרשנות מרחיבה של לשון החלופות, אשר הלכה למעשה מרחיבה את סמכותו הבינלאומית של הפורום, היא הכרחית איפוא.

אף אם נאמץ תפישה הרואה במשפט הבינלאומי הפרטי כלי להגשמת מטרות במישור היחסים שבין מדינות, הרי שיש להדגיש דווקא את רעיון ההדדיות בין המדינות, כתכלית נוספת שבהתבסס עליה יש לפרש את תקנה 500 תוך הרחבת סמכותו הבינלאומית העקרונית של בית-המשפט בישראל לברר סכסוכים אזרחיים<sup>32</sup>. רעיון ההדדיות מיוסד על ההנחה, שהמדינה הזרה מסכימה לשתף פעולה עם הפורום על-ידי הסכמה ל"פלישה" לריבונותה, מכיוון שגם בתי-המשפט שלה יחפצו מן הסתם לנהוג בעתיד באורח דומה ביחס לנתבעים שיימצאו בישראל. מרעיון זה ניתן לגזור גם את המסקנה שמדינות זרות אינן רואות פגיעה של ממש בהן או בריבונותן עקב זימון הנתבע הזר השווה בתחומן להתדיינות אזרחית במדינת הפורום<sup>33</sup>. תמיכה אמפירית למסקנה זו ניתן למצוא בהיעדרם של הסדרים שנועדו לגונן על נתבעים זרים במשפט

32 ראו והשוו לע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Co. Ltd., פ"ד נח(2) 465 (להלן: פרשת ראדא), בעמ' 473–474; בר-ניב (בורנובסקי), לעיל הערה 3, בעמ' 34–36. חשוב לציין, כי כללי הסמכות הבינלאומית, בדומה למרבית כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, משקפים את נקודת מבטה החד-צדדית של מדינת הפורום. אומנם, מנקודת מבט זו עשויה מדינת הפורום לעצב את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי על יסוד תכליות כגון נימוס בינלאומי, אך עדיין מדובר בהכרעה חד-צדדית שלה. בתהליך עיצוב כללי המשפט הבינלאומי הפרטי אין מעורבות מדינות אחרות, ואף במקרים שבהם נכרתים אמנות או הסכמים, בסופו של דבר מדינת הפורום היא הפוסקת בשאלת תוקפם בדין הפורום.

33 חששה של מדינה המבקשת להשתלב בהסדר של הדדיות עשוי להיות רק באשר לאפשרות שמדינה אחרת תנצל לרעה את ההסדר כדי לפגוע בה. ברם, ניתן להציג את הטענה הבא כדי להסיר חשש זה: היחסים בין המדינות עשויים להיות מתוארים על-ידי משחק היוצר דילמת אסיר. ראו Michael J. Whincop "The Recognition Scene: Game Theoretic Issues in the Recognition of Foreign Judgments", 23 *Mel. U. L. Rev.* (1999) 416, 418–420. מחקרים בתורת המשחקים מראים, כי אפילו במצבים של דילמת אסיר, שבגידה לכלל שחקן יש אסטרטגיה דומיננטית מוחלטת שלא-לשתף-פעולה, הרי שאם מדובר במשחק חוזר ושוב, ללא סיכוב המוגדר מראש כסיכוב משחק אחרון, אסטרטגיה של "tit for tat" עשויה להצמיח שיתוף פעולה, שיהיה בו כדי לשפר את מצבם של השחקנים. אסטרטגיה זו גורסת, ביישום לענייננו, כי כל מדינה צריכה קודם לשתף פעולה, ואחר-כך לנקוט באותו מהלך שתבצע המדינה היריבה במשחק. ראו Robert Axelrod, "The Evolution of Cooperation" (1984), 13–24. ראו גם א' בן-עזר, אחריות למוצרים פגומים: ברירת הדין (תשס"ג), 396–401. נוכח אופיו החוזר של המשחק שבו מדובר, נראה שהנחה שלפיה מדינות צפויות לשתף פעולה ביניהן איננה בלתי-סבירה. לאור זאת, כל מדינה יכולה להוסיף ולהניח, כי רעותה תימנע מלנצל את האפשרות לפגוע בריבונותה על-ידי זימון הנתבע הזר להתדיינות במקרים שאין הדבר מוצדק. הנחה זו מחזקת את האמונה, כי כל מדינה גם תסכים להסדר של הדדיות ביחס לזימון נתבעים זרים.

אזרחי המוזמנים להתדיין מחוץ למדינתם, בדומה אולי להסדרים מקבילים המגוננים על נאשמים במשפט פלילי מפני הסגרה למדינות בחו"ל<sup>34</sup>.

לכסוף יש להעיר, כי אף למדינה שריבונותה "נפגעת" כתוצאה מהזמנת נתבע הנמצא בשטחה להתדיין בישראל יש אינטרס במתן אפשרות ליישובו בישראל של הסכסוך בין הנתבע לבין התובע. סכסוך שלא יוכרע בישראל, עשוי למצוא את דרכו למערכת בתי-המשפט של המדינה הזרה, כך שהאחרונה תישא בנטל הכרוך בכיורר התובענה. בהנחה שלמדינה הזרה מערכת מחסומים יעילה בפני אכיפת פסק-דין ישראלי שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונותיה של המדינה הזרה – מחסומים דוגמת אלו המצויים בהסדר הישראלי שבחוק אכיפת פסקי-חוק, תשי"ח-1958 – קשה לחשוב על סיבה שבעטייה תעדיף המדינה הזרה כי סכסוך שבו מעורב נתבע המצוי בשטחה, לא יתברר בישראל<sup>35</sup>.

פירוש לשון תקנה 500 צריך איפוא להיעשות תוך איזון בין שלוש התכליות הללו – של כיבוד ריבונות זרה, של נימוס בינלאומי, ושל השאיפה לקדם את יישובם של סכסוכים אזרחיים – בהתאם למשקל הראוי שיש לייחס לכל אחת מהן. ברי, כי איזון זה מוביל למסקנה שיש לשאוף, ככל שלשון התקנה מאפשרת, לפרש בהרחבה את היקף התפרשותה. זאת להוציא במקרים שבהם רכישת סמכות בינלאומית על הנתבע הזר לא תהיה אפקטיבית, למשל, במובן זה שפסק-הדין שיינתן על-ידי בית-המשפט בישראל צפוי שלא להיאכף<sup>36</sup>. פרשנות מרחיבה של התקנה, בכפוף למגבלת האפקטיביות הנ"ל, משקפת לדעתנו איזון הולם בין תכליותיה, תוך התחשבות במשקלן הגובר של התכליות המרחיבות את היקף התפרשות התקנה מחד-גיסא, ובירידה במשקלן של התכליות המצמצמות, מאידך-גיסא. כך, כאשר קיים חשש ממשי כי פסק-הדין שיינתן בתובענה לא יועיל לתובע כלל ועיקר, מתעורר ספק אם ניתן להגשים את התכלית של יישוב הסכסוך בינו לבין הנתבע הזר, ויש להעדיף בנסיבות אלו את שתי התכליות האחרות, המכוונות למנוע פגיעה (רעיונית) בריבונותה של המדינה הזרה שבשטחה נמצא הנתבע<sup>37</sup>.

חשוב להבהיר, כי אין בגישתנו לפירוש תקנה 500 כדי לשנות מן ההלכה

34 ראו חוק ההסגרה, תשי"ד-1954.

35 אלא אם המדינה הזרה מצהירה על שאיפתה לקדם את האינטרסים של אזרחיה או תושביה על חשבון זרים, או שהיא חפצה במעמד בינלאומי כמרכז מוכר ליישוב סכסוכים, בדומה לאנגליה. שאיפות אנוכיות אלו אינן משתלבות כמובן בשיח של נימוס הדדי ושיתוף פעולה בין מדינות.

36 מכיוון ששאלה זו נבדקת עוד בטרם נשמע המשפט ובטרם ניתן פסק-הדין, ממילא בדיקת אכיפותו של פסק-הדין אינה אלא הערכה הסתברותית, הנעשית בתנאי חוסר ודאות רב יחסית. ראו והשוו לגישת השופט יעקב טירקל בפרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 118. על-כן יש להקדיש מחשבה אף לראיות לעניין האפקטיביות שיידרש כל אחד מבעלי-הדין להביא, ולנטל ההוכחה בעניין זה.

37 תפישה זו מתיישבת גם עם ההלכה שלפיה יש לפרש תחיקה שעניינה היקף סמכותו הבינלאומית של הפורום באופן המבטיח לפסק-הדין תחולה אפקטיבית. ראו ע"א 598/85 כהנא נ' כהנא, פ"ד מד(3) 473, בעמ' 483. על-פי תפישה זו, התכלית הרביעית שיש להתחשב בה בפירוש תחיקה שעניינה היקף סמכותו הבינלאומית של הפורום היא אפקטיביות הפסק.

הידועה, שעל-פיה לבית-המשפט מוקנה – אף אם אחת מחלופות תקנה 500 לפחות מאפשרת רכישת סמכות בינלאומית על הנתבע – שיקול-דעת שלא להיעתר לבקשה למתן היתר להמצאה אל מחוץ לתחום (ושלא לרכוש סמכות בינלאומית)<sup>38</sup>. כפי שגם יוסבר בהמשך, אנו אף סבורים כי ראוי שמוקד הדיון בשאלת ההמצאה אל מחוץ לתחום ורכישת הסמכות הבינלאומית יהיה במישור זה של הפעלת שיקול-דעת. במישור שיקול-הדעת עולה לדיון לא שאלת יכולתו של בית-המשפט לרכוש סמכות בינלאומית על הנתבע, כי אם שאלת רציות רכישת הסמכות הבינלאומית, שמצידה מוכרעת על-פי מגוון שיקולים<sup>39</sup>. על-פי הצעתנו, במסגרת החלטתו במישור שיקול-הדעת יהא על הפורום הישראלי לסנן בקפדנות סכסוכים אזרחיים שאין זה ראוי לבררם בישראל, ולהרחיקם מבתי-המשפט כאן על-ידי סירוב לתת היתר המצאה.

נפקותה של הגישה המוצעת על-ידינו נוגעת למקרים שבהם אילו יכול היה, בית-המשפט של הפורום לקבוע בשאלת הרציות – כלומר, במישור שיקול-הדעת – כי ראוי לה לתובענה מסוימת שתידון בישראל; אלא שפירוש מצמצם של לשון החלופות כופה על בית-המשפט לקבוע כי אינו מוסמך כלל מן הבחינה הבינלאומית לדון בתובענה, וממילא אינו רשאי להפעיל את שיקול-דעתו לבחון את רציות בירור הסכסוך בישראל.

מקרה בולט הממחיש את ההבדל בין הגישה המוצעת לבין הגישה שעל-פיה פועלים בתי-המשפט הוא זה המתואר ברע"א 3765/90 אלבה מכונות לעיבוד מתכת בע"מ נ' Clogar S.P.A.<sup>40</sup> באותה פרשה קיבלה הנתבעת – חברת ביטוח שהוגשה כנגדה בישראל תביעת נזיקין על-ידי עובד שנפגע ממכונה שהפעיל – היתר להמציא הודעת צד שלישי לחברה באיטליה שייצרה את המכונה (להלן: קלוגר). היתר ההמצאה ניתן לנתבעת בהתבסס על תקנה 500(10), המאפשרת לבית-המשפט לרכוש סמכות

38 ראו פרשת מזרחי, לעיל הערה 9, בעמ' 117; ע"א 74/83 ראד נ' חי, פ"ד מ(2) 141, בעמ' 146–147; פרשת ראדא, לעיל הערה 32, בעמ' 474.

39 השיקולים הרלוואנטיים הם, בין היתר, נאותות הפורום (פרשת הוידה, לעיל הערה 9, בעמ' 551; וראו הדיון להלן בפרק ד); קיומו של צורך אמיתי במתן היתר להמצאה מחוץ לתחום (רע"א 432/99 ג.י.רום יזמים בע"מ נ' טיסן אוטומישן (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 1.6.99)); מאזן הנוחות בין המתדיינים (פרשת ג'ינג'יט, לעיל הערה 9, בעמ' 792; ע"א 481/84 אטלנטיק, חברה לדיג וספנות בע"מ נ' Astilleros Y. Talleres Del Noroeste S.A., פ"ד מב(3) 102, בעמ' 113); השיקול של תמחור מקום ההתדיינות בחוזה בין הצדדים (פרשת ג'ינג'יט, שם; ע"א 151/89 בנק לאומי לישראל נ' מ.ג. ברין ובניו בע"מ, פ"ד מו(4) 101, בעמ' 118); קיומה של תניית שיפוט זר בחוזה בין בעלי-הדין (פרשת ראדא, לעיל הערה 32, בעמ' 474); יעילות הדיון ואפקטיביות (פרשת קורונל, לעיל הערה 18, בעמ' 270; ב' ברכה, "מקומו של עקרון האפקטיביות במסגרת כללי הסמכות הבינלאומית הפנימית של בתי המשפט בישראל", עיוני משפט ו (תשל"ט) 560); מאזן הציפיות בין הצדדים (פרשת ג'ינג'יט, לעיל הערה 9, בעמ' 792; פרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 115). ראו גם זוסמן, לעיל הערה 9, בעמ' 241. גם סיכויי התביעה צריכים להוות שיקול, הגם שיש הבחנים את התקיימות יסוד זה בנפרד. ראו ע"א (ת"א) Pratt Holdings 2331/01 Pty Ltd. נ' מנשה (טרם פורסם; ניתן בתאריך 29.11.01).

40 פ"ד מה(1) 353 (להלן: פרשת אלבה).

בינלאומית על בעל-דין הנמצא מחוץ לתחום, אם "הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה"; ומכיוון שהנתבעת שלחה הודעת צד שלישי נוספת לנתבעת ישראלית – המבקשת (להלן: אלבה) – אשר הייתה זו שסיפקה את המכונה למשתמש הסופי – מעבידו של הניזוק. אלבה ביקשה מצידה לשלוח הודעת צד רביעי לקלוגר. ברם, בקשתה של אלבה להתיר את המצאת הודעת הצד הרביעי לקלוגר באיטליה נדחתה. בית-המשפט קבע, בהתבסס על פסק-דין אנגלי משנת 1902, כי פירוש התיבה "תובענה" שבתקנה 500(10) מלמד, כי זו מתייחסת להודעת הצד הרביעי, אלא שקלוגר היא נתבעת יחידה בהליך זה, ועל-כן אין אפשרות להיזקק לתקנה 500(10)<sup>41</sup>. וכך הסביר בית-המשפט עצמו את התוצאה שאליה הגיע:

"התוצאה אליה הגעתי אינה משביעת רצון, וגם באנגליה היו מגיעים היום לתוצאה שונה... יתר-על-כן: התוצאה אליה הגעתי עשויה להביא לידי התוצאה המוזרה, [ש]הנתבעת[ת] תוכל לקבל צו להמצאה מחוץ לתחום לקלוגר, מה שאין כן [אלבה]"<sup>42</sup>.

אך פירוש נכון של תקנה 500(10), לאור התכלית המוצעת של יישוב סכסוכים, חייב במקרה זה את המסקנה כי ניתן (ולא רצוי בלבד) להתיר לאלבה להמציא את הודעת הצד הרביעי לקלוגר אל מחוץ לתחום. אכן, מבחינה לשונית, קלוגר בוודאי הייתה "בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה", כאמור בתקנה. שכן, קלוגר חויבה זה מכבר, כאמור, להתדיין בישראל על-מנת לברר את אחריותה לתאונה, ככל שאחריות זו הקימה חבות שלה כלפי הנתבעת, שהתביעה הומצאה לה בישראל. הגשמת התכלית של יישוב הסכסוך המשולש – שנתגלע בין הנתבעת, אלבה וקלוגר – בוודאי הצדיקה יצירת חזית דיונית אף בין אלבה לבין קלוגר, בדומה לחזית שנוצרה בין הנתבעת לבין קלוגר. ממילא, אותה תשתית עובדתית שעמדה ביסוד טענותיה של הנתבעת כלפי קלוגר (התרשלות בייצור המכונה), עמדה גם בבסיס טענותיה של אלבה כנגד קלוגר<sup>43</sup>, ובירור תשתית זו עתיד היה להיעשות באמצעות אותן ראיות ממש<sup>44</sup>. משמעותה של הגישה שבה נקט

41 פרשת אלבה, שם בעמ' 355.

42 שם, בעמ' 356.

43 מדובר בתשתית עובדתית לכאורית, שכן, החלטת הפורום מתקבלת כמובן בטרם נתבררה התביעה.

44 לעומת זאת, בפרשה מאוחרת יותר, רע"א 4633/92, 2126/93 Holmsunds Stuveri AB נ' ינור שירותי ים בע"מ (בפירוק) (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 6.9.93), פסק בית-המשפט העליון אחרת, באבחנה את פרשת אלבה, והתיר לנתבע להמציא מחוץ לתחום לפי תקנה 500(10) לצד שלישי, אף שלא הומצאה הודעה לצד שלישי נוסף בישראל. הנימוק לאבחון היה שהצד השלישי הוא גם נתבע בתיק העיקרי, וקיימת אפשרות שבית-המשפט יקבע שהנתבעים חבים כלפי התובע ביחד ולחוד ויבקש לקבוע את מידת החבות בינם לבין עצמם לפי סעיף 84 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], המעמיד הסדר לשיפוי בין מעוולים.

בית-המשפט בפרשת אלבה היא פשוטה: ככל שאלבה מעונינת להיפרע מקלוגר בגין אחריותה של האחרונה לתאונה, על אלבה להגיש תביעה נפרדת כנגד קלוגר במדינה אחרת (איטליה, מן הסתם). אלא שבכך יש כדי לפגוע בתכלית של יישוב הסכסוך, שניתן היה לסיים את בירור היבטיו השונים במסגרת אחת בלבד, במקום ליצור התדיינויות כפולות ומיותרות<sup>45</sup>. פירוש לשון תקנה 500(10) על-פי הגישה המרחיבה המוצעת, לאור האפשרות ליישב ביעילות ובאורח אפקטיבי את מכלול היבטי הסכסוך, חייב לדעתנו את המסקנה כי הפורום יכול לרכוש סמכות בינלאומית על קלוגר<sup>46</sup>.

סיכומי-של-דבר, אנו מציעים לבסס את ההסדר המשפטי בדבר רכישת סמכות בינלאומית מכוח תקנה 500 על מודל דו-שלבי חדש של רכישת סמכות בינלאומית בעניינים אזרחיים: בשלב הראשון, על-מנת לאתר את גבולות סמכותו הבינלאומית של הפורום, לשון החלופות המנויות בתקנה 500 תפורש באופן מרחיב, בהתחשב בכך שתכליתה של תקנה 500 היא לאפשר, בראש-ובראשונה, את קידום יישובם של סכסוכים אזרחיים, אפילו מעורבים בהם צדדים זרים. בשלב זה אין להירתע ממתן פירוש מרחיב ללשון החלופות המנויות בתקנה 500, מן הטעם הפשוט שעיקר מלאכת הסינון של סכסוכים אזרחיים שיש לבררם בישראל, מתוך כלל הסכסוכים הבינלאומיים המובאים בפני הפורום הישראלי, תיעשה במישור אחר<sup>47</sup>. ואומנם, לאחר ביסוס סמכותו הבינלאומית של הפורום, תיבדק, בשלב השני, רציות בירור הסכסוך בישראל, וזאת על-פי השיקולים המקובלים<sup>48</sup>.

45 ראו והשוו לפרשה אחרת שאף בה מדובר היה בסכסוך המערב כמה צדדים, פרשת ליבה, לעיל הערה 6, בעמ' 251. יפים לעניינו הדברים שנאמרו שם: "רצוי, לטובת כל הצדדים המעורבים בסכסוך... שהדיון המשפטי יתקיים בהליך אחד, כששלתם עומדים זה מול זה ובית-משפט אחד גובה את העדויות, שבוודאי תהיינה לפחות בחלקן זהות לגבי שני הנטבעים, ויפסקו אחת ולתמיד בשאלות המשפטיות שתתעוררנה...".

46 ואומנם, מפרשת וינברג, לעיל הערה 11 – הגם שעובדותיה היו שונות מעט מעובדות פרשת אלבה – עולה, כי אילו היה מקרה דומה לזה שהתעורר בפרשת אלבה בא כיום בפני בית-המשפט, הייתה התוצאה משתנה, לאור הפירוש החדש שנקבע כי יש לתת לתקנה 500(10). כאמור, אף שהתוצאה שאליה הגיע בית-המשפט נראית אף בעינינו כנכונה, מסקנת בית-המשפט בפרשת וינברג בדבר האופן שבו יש לפרש את תקנה 500, ובמרכזה הצבת תכלית הצירוף הדיוני כתכלית הרלוואנטית לצורך פירוש תקנה 500(10), היא מצומצמת מדי ואינה קוהרנטית, שכן אינה יכולה לסייע בפירוש החלופות האחרות המנויות בתקנה 500. גישה זו של בית-המשפט שונה מגישתנו אף בכך שאינה מתחשבת בתכליות המצמצמות של התקנה – של מניעת פגיעה בריבונות זרה ובנימוס הבינלאומי – שאף הן רלוואנטיות, הגם שמשקלן פחת עד מאד.

47 זו הגישה הנוהגת במדינות מסוימות בארצות-הברית, שבחרו לחוקק חוקים המרחיבים את הסמכות הבינלאומית על נתבעים זרים במידה המקסימלית האפשרית. חוקים אלו, המכונים "sky's the limit statutes" מתירים לפורום לרכוש סמכות בינלאומית עד לגבולות המותרים על-פי החוקה במדינה או על-פי החוקה האמריקנית. ראו למשל החוק בקליפורניה *Cal Civ. Prac. Code, §410.10 (2000)*. הבדיקה של רציות בירור הסכסוך במדינות אלו היא המוקד בשלב שכלול הסמכות הבינלאומית.

48 השוה הסדר מוצע זה לגישת השופט שלמה לויין ברע"א 2652/94 טנדלר נ' לה קלוב מדיטראנה

## ג. הבחנה בין הדיון במישור החלופות לבין הדיון במישור שיקול-הדעת

תקנה 500, הפותחת במלים "רשאי בית המשפט", פורשה כמקנה שיקול-דעת לבית-המשפט לסרב להתיר המצאה אל מחוץ לתחום גם במקרים שבהם הוכיח התובע כי אחת מחלופות התקנה מתקיימת<sup>49</sup>. כך נוצרה ההבחנה בין מישור הדיון בחלופות התקנה<sup>50</sup> לבין מישור שיקול-הדעת, שתוצאתה המעשית היא, כאמור, בחינת שאלת הסמכות הבינלאומית בהקשר של תקנה 500 על-פי מודל דו-שלבי: במובחן ממישור החלופות, שבו בודק בית-המשפט את סמכותו הבינלאומית – כלומר, את עצם יכולתו לחייב את הנתבע הזר להתדיין בפני הפורום הישראלי – במישור שיקול-הדעת נדונה, כאמור, רציות בירור הסכסוך בישראל<sup>51</sup>. שאלת רציות זימון הנתבע הזר לישראל, שהיא לטעמנו מוקד ההכרעה בעניין רכישת הסמכות הבינלאומית, אך מתחדדת נוכח הגישה החדשה שהצענו לעיל, שבמרכזה מתן פירוש מרחיב ללשון החלופות השונות שמונה תקנה 500.

חרף השוני בפונקציה שממלא כל אחד מן המישורים, מעיון בפסיקה עולה, כי בתי-המשפט לא הקפידו תמיד על ההבחנה ביניהם. בעניין זה פסעו בתי-המשפט בישראל בעקבות המשפט האנגלי, שבו טושטשה בפסיקה רבת שנים ההבחנה בין מישור החלופות לבין מישור שיקול-הדעת, באופן שמתן היתר להמצאה מחוץ לתחום לכאורה הותנה בהתקיימות תנאים קבועים נוספים<sup>52</sup>, בעוד שלמעשה היו אלו שיקולים שמקומם היה במישור שיקול-הדעת<sup>53</sup>. כך, למשל, בפרשת גינג'ט נקבע, כי שאלת קיומה של סמכות בינלאומית לפי תקנה 500(4)(א) בנסיבות אותו מקרה תיקבע בין היתר, לאור השיקול שלפיו המוטב בחוזה האשראי הדוקומנטרי מן הצד האחד, והבנק שהוציא את כתב האשראי מן הצד השני, חילקו בחוזה ביניהם את הסיכונים, כך

(ישראל) בע"מ (לא פורסם; ניתן בתאריך 25.8.94) (בסעיף 4 לפסק-הדין) לפירוש תקנה 482(א) לתקנות סד"א, שעניינה רכישת סמכות בינלאומית מכוח כלל התפיסה, על-ידי המצאה בישראל למורשה בהנהלת עסקים, במקרה שבו הנתבע-המרשה אינו נוכח פיזית בתחומי הטריטוריה הישראלית. גישת הפירוש המרחיב המוצעת על-ידינו מתיישבת יפה גם עם האופן המרחיב שבו נקבע כי יש לפרש את תקנה 482(א) הנ"ל.

49 ראו, למשל, פרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 112; פרשת ראדא, לעיל הערה 32, בעמ' 474. להלן גם: מישור החלופות.

50 יוער, כי מודל דו-שלבי זה מיושם גם כאשר רכישת הסמכות הבינלאומית נעשית באמצעות כלל התפיסה. שכן, לאחר רכישת הסמכות הבינלאומית עומדת בפני הנתבע הזר האפשרות לטעון לעיכוב הליכים מכוח דוקטרינת "פורום לא-נאות", "הליך תלוי ועומד", או נוכח קיומה של תניית שיפוט זר בחוזה המצוי ברקע ההתדיינות. שלוש דוקטרינות אלו מעניקות לפורום שיקול-דעת אם למנוע את בירור הסכסוך כאן בישראל, חרף קיומה של סמכות בינלאומית.

51 ראו קרייני, לעיל הערה 27, בעמ' 73, וההפניות המוזכרות שם.  
52 למשל, קיומו של סיכוי לתובענה להתקבל. נראה שניסוח נכון של התנאי יקבע כי ככל שלתובענה סיכוי נמוך יותר להתקבל, כך על הפורום לנטות שלא לאפשר לתובע להמציא את כתב-התביעה אל מחוץ לתחום. ראו להלן, הכיתוב ליד הערת שוליים 65.

שהמוטב לא ייאלץ להתדיין אלא במקום מושבו<sup>54</sup>. כמובן, שיקול זה אינו נוגע לאופן פירושה של התקנה, אלא מדובר בשיקול הנוגע למקרה הפרטני שבא בפני הפורום, ואשר סמכותו הבינלאומית של הפורום אינה מותנית בהתקיימותו.

ערבוב הדיון בשני המישורים – מישור היכולת (קיום סמכות בינלאומית) ומישור הרציות (שיקול-הדעת) – לא זו בלבד שהוא מוטעה מבחינה עיונית, אלא שהוא אף מעורר חשש שבית-המשפט יקבע כי אין הוא מוסמך מן הבחינה הבינלאומית לברר את התובענה שהובאה בפניו, וזאת אך ורק מכיוון שבמקרה דומה פורשה תקנה 500 באורח שגוי. טלו, למשל, את עובדות פרשת מזרחי<sup>55</sup>, בשינוי מסוים. באותו מקרה, הנתבעת, שכאמור ייצרה נפץ שגרם לפציעת התובע הישראלי, הייתה חברה סקוטית, שלגביה נמסר כי היא מנהלת את עסקיה בסקוטלנד<sup>56</sup>. בית-המשפט, בנוקטו בגישה פרשנית מצמצמת, קבע כי אין הוא מוסמך לברר את התביעה כנגד הנתבעת הסקוטית, באשר התובע לא הצביע על "מעשה או על מחדל בתחום המדינה" מצידה של הנתבעת, המאפשר לפי תקנה 500(7) המצאה אליה לסקוטלנד של כתב-התביעה<sup>57</sup>. אומנם, תוצאה זו, שבגידרה אין בית-המשפט מורה לנתבעת הסקוטית להגיע להתדיין בישראל, עשויה להיות רצויה, באשר ניתן לטעון כי הנתבעת הסקוטית בחרה במכוון שלא לשווק את מוצריה בעולם ולא לחדור אל האינטרספרה, ועל-כן אין לדרוש ממנה להתדיין מחוץ לגבולות ארצה. אך ראוי היה להגיע למסקנה זו, אם בכלל, במישור שיקול-הדעת, ולא במישור הסמכות<sup>58</sup>. כלומר, מן הדין היה לקבוע כי תקנה 500(7) מאפשרת לבית-המשפט לרכוש סמכות בינלאומית במקרה זה, אלא שלאחר הפעלת שיקול-הדעת המסקנה היא כי אין זה רצוי לגרור את הנתבעת הסקוטית להתדיין בישראל. אכן, עשוי לבוא בפני בית-המשפט מקרה שעובדותיו דומות, להוציא עובדה אחת: נניח שהפעם יהיה מדובר בנתבעת המשווקת את הנפצים ברחבי העולם, ובעיקר לישראל. במקרה כזה – ניתן לטעון – שיקול-הדעת ייטה לטובת הזמנת הנתבעת להתדיין בישראל עם התובע, שמוצר שלה שהפיצה אותו בישראל גרם לו לנזק; אלא

54 ראו פרשת ג'ינג'ט, לעיל הערה 9, בעמ' 791–792. אלו המתנגדים למתן אפשרות למתקשרים בחוזה להתנות על סמכותו הבינלאומית של הפורום בוודאי יסכימו, כי שיקול זה נוגע למישור שיקול-הדעת, ולא למישור הסמכות הבינלאומית. למקרה נוסף של עירוב בין שיקולים ממישור שיקול-הדעת לבין פירוש לשון החלופות ראו פרשת מזרחי, לעיל הערה 9, בעמ' 120; וכן ראו רוגל, לעיל הערה 16, בעמ' 153–154.

55 לעיל, הערה 9.

56 פרשת מזרחי, לעיל הערה 9, בעמ' 116 ובעמ' 120. הנפצים הובאו לישראל על-ידי צד שלישי. על-פי העובדות המדויקות של אותה פרשה, הנתבעת הסקוטית מכרה באנגליה את הנפצים שייצרה בסקוטלנד. ברם, לצורך הטעון נתעלם מעובדה זו, ונניח כי כל פעילותה של הנתבעת שם הייתה בתוך סקוטלנד.

57 נניח עוד, כי לנתבעת לא היה מידע על הפגם במוצר שייצרה, ולכן לא ניתן לייחס לה מחדל של הימנעות מלסלק את המוצר מן המדפים בישראל.

58 ראו גם Stephen Goldstein "Jurisdiction over Foreign Manufacturers Concerning Damage That Occurs in Israel", 14 *Isr. L. Rev.* (1979) 504, 506–507.

שלכאורה לבית-המשפט – לאור הלכת מזרחי – אין אפשרות כלל לרכוש סמכות בהיעדר "מעשה" או "מחדל" בתחום המדינה מצד הנתבעת, שהתובענה מבוססת עליו<sup>59</sup>. מצב דברים זה אינו רצוי<sup>60</sup>. המחשה לכך קיבלנו בפרשת וילנסקי, שבה נצמד בית-המשפט להלכת מזרחי, מבלי שבחן, למשל, את השאלה, האם ידעה הנתבעת על כי מוצריה המזיקים משווקים מחוץ למקום מושבה בכלל, וכישראל בפרט<sup>61</sup>. אכן, הסוגיה של יצרנים זרים שמוצריהם המופצים מחוץ למקום מושבם גרמו לנזק, מאפשרת לתאר, לעניין תקנה 500, רצף של טיפוסים יצרנים. בקצה האחד של הרצף ניתן למצוא, למשל, יצרן זר שנקט בכל האמצעים כדי למנוע הפצה של מוצריו מחוץ לגבולות מקום מושבו, ואשר למיטב ידיעתו, מוצריו מופצים במדינת מקום מושבו בלבד; ואילו בקצה השני של הרצף ניתן למצוא, מן הסתם, יצרן זר המשווק בעצמו את מוצריו בישראל. ידיעת היצרן לאילו מדינות מוצריו מופצים, למשל, או טיב האמצעים שבהם נקט כדי למנוע את הפצת המוצר בשווקים בינלאומיים, ממקמים אותו על-פני רצף זה, ועשויים להוות קריטריונים מכריעים לעניין ההחלטה אם ראוי לגרור את היצרן הזר להתדיין בישראל<sup>62</sup>. ואומנם, ככלל, מוטב לקבוע מדיניות משפטית אחידה ולבחור בקריטריון ברור שיכריע אילו טיפוסים יצרנים זרים יש לאפשר הגשת תביעה נגדם בישראל (גם

59 בעצם שיווק הנפצים בישראל (או בכל מקום אחר בעולם) אין כמובן כדי להקים חבות בנוזקין של הנתבעת. אחריות זו תוטל רק אם תוכח, למשל, רשלנות בייצור. זו גם הייתה עמדת בית-המשפט בפרשות מזרחי וילנסקי. ניסיון לייחס את השיווק בישראל ליסוד "המעשה" הנדרש בתקנה (או ניסיון לייחס את אי-יידוע הניזוק על פגם במוצר ליסוד ה"מחדל" הנדרש בתקנה) אינו אלא דרך אחרת להגיע לתוצאה המוצעת כאן.

60 ראו גם רע"א 516/00 Allison Engine Co. Inc. נ' אלטר (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 23.7.00). בפרשה זו נקבע כי ישראל היא אומנם פורום נאות לבירור התביעה, אך אין אפשרות להיוקק לתקנה 500(7) לצורך המצאה מחוץ לתחום הנתבעת הזרה (!). זאת ועוד, באותה פרשה לתובעים כלל לא נתאפשר לברר את התביעה כנגד הנתבעת הזרה במדינתה של הנתבעת (ארה"ב), משום שבמדינה זו קבע בית-המשפט שם כי הנתבעת הזרה איננה נתבעת מתאימה. פרשנותה המצרה של תקנה 500(7) עלולה הייתה להותיר את תובעים ללא אפשרות לברר את תביעתם כנגד הנתבעת הזרה. עם זאת, בנסיבות אותו מקרה, שבו למזלם של התובעים יכלו הם להגיש את התביעה גם כנגד נתבע שמצוי היה בשטח ישראל, בית-המשפט איפשר לתובעת לנסות ולהתבסס על תקנה 500(10) כדי לרכוש סמכות בינלאומית על הנתבעת הזרה.

61 זאת, הגם שהניזוק טען כי לאור ידיעתה של יצרנית המיכלים הזרה על כי מוצריה מופצים בכל העולם, יש לאפשר את הזמנתה לישראל להתדיין. כאמור, בית-המשפט עצמו הביע חוסר נחת מן התוצאה שאלה הגיע, בהעירו כי "ניתן אולי כיום לשגות בהרהורים בדבר ההצדקה להלכה זו".

62 לא זו בלבד שציפיותיו של היצרן הזר עשויות להיות מותאמות למצב שבו יוזמן להתדיין בישראל, אלא שיצרן זה יכול – בניגוד לניזוק התובע – לנקוט מראש באמצעים כדי "להתגונן" מפני ההכרח להתדיין במדינה זרה. כך למשל, היצרן הזר יכול לרכוש ביטוח מתאים, או באופן כללי לנקוט באמצעי זהירות כדי למנוע נזקים ואת ההתדיינות שבעקבותיהם. בלשון אחר, היצרן הוא "מונע זול" של "התאונה" הדיונית המתרחשת כאשר מוצר של היצרן גורם נזק במדינה שאינה מקום מושבו של היצרן. עניין זה של מניעה זולה של התאונה הדיונית המתרחשת כאשר מתגלעים סכסוכים שעניינם סוגיות מן המשפט הבינלאומי הפרטי טעון דיון נפרד.

במקום שרק הנזק אירע בישראל), ולגבי אילו יצרנים יידרש התובע להרחיק לחו"ל על-מנת להגיש כנגדם תביעה. אלא, לאור הלכת מזרחי, במקום שבו רק הנזק התרחש בתחום המדינה, לכאורה אין כלל אפשרות לרכוש סמכות בינלאומית על יצרנים זרים, גם אם הדבר יתברר כרצוי<sup>63</sup>. במקום להתמקד איפוא באופטימיזציה של מקום בירור הסכסוך בין התובע לבין היצרן הזר, מתמקדת הפסיקה בשאלות בעלות אופי טכני, כגון האם עוולה שרק הנזק בגינה התרחש בישראל היא "מעשה או מחדל... בתחום המדינה". הבעיה הטמונה בגישה זו מחריפה כמובן ככל שהסכסוך האזרחי שבו מדובר מקורו באינטרנט, שבה אין תחום טריטוריאלי מוגדר כלל ועיקר.

במקום זאת מוצע, כי בכל מקרה שבו נגרם לתובע נזק בישראל, יש לקבוע כי לבית-המשפט מוקנית סמכות בינלאומית על הנתבעת הזרה – מכיוון שמדובר ב"מעשה או... מחדל בתחום המדינה", לפי תקנה 500(7)<sup>64</sup>; וזאת אף אם בית-המשפט יגיע בסופו של דבר לכלל דעה כי אין זה ראוי שהסכסוך יתברר בישראל. לגישתנו,

63 ראו גם, אולי, עובדות פרשת המ' (חי') 28281/97 (ת.א. 10582/97 *Dussek Campbell Limited* נ' כבלים – החברה לכבלים ולחוטי חשמל בישראל בע"מ (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 12.12.99). גישתה המצמצמת של הפסיקה הישראלית לפירוש לשון תקנה 500(7) מגדילה את מספר המקרים הפוטנציאלי שבהם עשוי הפורום הישראלי להגיע למסקנה כי הגם שרצוי היה כי סכסוך מסוים יתברר בישראל, אין הפורום יכול להורות על המצאת כתב-התביעה לנתבע הזר בחו"ל, ועל-כן אין אפשרות לרכוש עליו סמכות בינלאומית. טלו, למשל, מצב שבו אומנם רק הנזק אירע בישראל (כלומר, לפי הלכת מזרחי תקנה 500(7) אינה חלה), אך בנסיבות העניין מתברר כי ציפיות הצדדים היו להתדיין בישראל, והתובע הוא אף נכה כתוצאה מן התאונה שבגינה הוגשה התביעה כך שאינו מסוגל לנסוע לחו"ל על-מנת להשתתף במאמץ להיפרע מן המזיק. ראו והשוו לבש"א (חי') 12915/00, 12888 *Bruno Kreiski Forum* נ' מרכס (לא פורסמה; ניתנה בתאריך 15.11.00), בפסקאות ז-ח להחלטה. גישתנו, המציעה פירוש מרחיב לתקנה 500 שתכליתו לקדם את יישובם של סכסוכים, מקטינה כמובן את כמות המקרים שבהם אין בית-המשפט יכול לפעול כפי שרצוי היה. זאת ועוד, ככל שמדובר ביצרנים זרים, מתברר מן הפסיקה כי פעמים רבות תביעות כנגד יצרנים זרים, שאילו היו מוגשות לפי תקנה 500(7) היו מסורבות היתר המצאה, מוגשות במסגרת המסלול המותווה בתקנה 500(10), כלומר, התובע מגיש את התביעה כנגד נתבע הנמצא בישראל – בדרך-כלל היבואן של המוצר שיוצר בחו"ל וגרם נזק בישראל – ומצרף אל היבואן, מכוח תקנה 500(10), את היצרן הזר. דא עקא, לצד מקרים אלו, שבהם כאמור דווקא אין כל קושי לגרור את היצרן הזר להתדיינות בישראל, קיימים מקרים שבהם באורח שרירותי, אין אפשרות להיזקק לתקנה 500(10) ולהגיש את התביעה כנגד נתבע הנמצא בישראל. ראו, למשל, מקרה רע"א וילנסקי, לעיל הערה 20, שבו לרוע מזלו של התובע, התביעה הוגשה לאחר שהיבואן הישראלי נמחק ממרשם החברות. גישתנו, המציעה פירוש מרחיב לתקנה 500(7), מנטרלת שרירותיות זו ומאפשרת לבית-המשפט להתמקד באופטימיזציה של מקום בירור הסכסוך.

64 כך למשל פירשה הפסיקה האמריקנית תחיקה שהתירה לרכוש סמכות שיפוט על נתבעים זרים שגרמו ל-"tortious act" (במובחן מ-"tort") בתחום מדינת הפורום. נקבע שם, כי די בכך שהנזק אירע במדינת הפורום, אפילו יתר היסודות המבססים את התביעה אירעו מחוץ לגבולות הפורום, כדי לאפשר לפורום לרכוש סמכות. ראו *Sanitary Corp.*, 176 N.E.2d 671 (1961) *Linda J. Silberman & Allan R. Stein*. ראו גם *Civil Procedure – Theory and Practice* (2001), 122–128.

הנזק שאירע בישראל לתובע ממוצר של הנתבעת יצר סכסוך בינו לבין הנתבעת, וככל שניתן ליישב סכסוך זה באורח אפקטיבי בישראל, די בכך כדי להקים סמכות בינלאומית לפורום הישראלי. שאלה נפרדת היא, כאמור – והיא גם השאלה העיקרית – אילו יצרנים שמוצריהם גרמו לנזק בישראל ראוי לחייב גם להתדיין בישראל. שאלה זו תתברר במישור שיקול-הדעת, כך שניתן יהיה לגבש ביחס אליה מדיניות שיפוטית אחידה. בעיה נוספת המתעוררת בהקשר לתקנה 500 על רקע ערכוב הדיון בין מישור החלופות לבין מישור שיקול-הדעת נוגעת להקשר שבגידרו יש לבחון את קיומם של "עילת תביעה" כנגד הנתבע הזר ושל "סיכויי התביעה" שהגיש התובע המבקש היתר המצאה לחו"ל<sup>65</sup>. בעניין זה קובעת תקנה 501(א), כי לבקשת רשות להמציא מחוץ לתחום יצורף תצהיר המציין, בין היתר, "כי המצהיר מאמין שיש למבקש עילת תביעה טובה...". הפסיקה פירשה את התקנה הנ"ל כמעמידה, כתנאי למתן היתר המצאה, דרישה נפרדת, שלישית, לצד הדרישה הראשונה כי מבקש ההיתר יצביע על חלופה המתקיימת בעניינו; והדרישה השנייה כי יראה שיש להפעיל לטובתו את שיקול-הדעת המוקנה לפורום<sup>66</sup>. הפסיקה הוסיפה והתייחסה לדרישת תקנה 501(א) כמכוונת לבדיקת סיכויי התביעה ממש ולא אך לאישוש קיומה של עילת תביעה<sup>67</sup>. לדעתנו, ראוי היה לבחון את קיומה של עילת תביעה – כלומר, את סיכויי התביעה להתקבל – כשיקול אחד בלבד מתוך כלל השיקולים הנדונים במישור שיקול-הדעת, ולא להציבה כדרישת סף נפרדת<sup>68</sup>. ראשית, יש בגישה המוצעת כדי לשמר את מבנהו של המודל הדו-שלבי שעל יסודו מופעל ההסדר שבתקנה 500, ואשר כולל, כאמור, דיון נפרד בשאלת היכולת לרכוש סמכות בינלאומית (מישור החלופות) ובשאלת רציות רכישתה של סמכות על הסכסוך המסוים (מישור שיקול-הדעת). כבר הוסבר לעיל, כי במישור היכולת (מישור החלופות) מוצע להדגיש את החקירה אחר יכולתו של הפורום ליישב באורח אפקטיבי את הסכסוך, ולעמת יכולת זו עם החשש מפני פגיעה בריבונותה של מדינה זרה. אין איפוא מקום לערב בדיון זה את הדיון בשאלת הערכת סיכויי התביעה להתקבל. שנית, והוא העיקר, ההכרעה בשאלת סיכויי התביעה היא הכרעה שיפוטית המתקבלת בתנאי חוסר ודאות רב יחסית, תוך שהיא מבוססת על יכולתו ומיומנותו של השופט המסוים להעריך את טיבן הלכאורי של הראיות ואת עוצמתן הלכאורית של הטענות העובדתיות והמשפטיות שמעלה התובע. שהלוא בשלב מיקדמי זה אין השופט שומע את המשפט כולו. נמצא, כי מחד-גיסא, ההסתברות לטעות שיעשה

65 לענייננו, את בדיקת "עילת תביעה" נגדיר כבדיקה הנערכת במסגרת בקשה שמעלה הנתבע למחיקת התובענה על הסף לפי תקנה 100(1); ואילו את בדיקת קיומם של "סיכויי התובענה" נגדיר כהערכה איכותנית של הראיות שבידי התובע.

66 ראו, למשל, פרשת ליבהר, לעיל הערה 6, בעמ' 248.

67 ראו מ' קשת, הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה (מהדורה 13, תשס"ג), 152–153 והאסמכתאות המוזכרות שם.

68 ראו והשוו זוסמן, לעיל הערה 9, בעמ' 248.

השופט בהערכת סיכויי התביעה גוברת, ומאידך-גיסא, טעות לרעת התובע שוללת מן הלה את זכותו לברר את תביעתו בישראל<sup>69</sup>. במצב דברים זה, מוטב כי שאלת סיכויי התביעה תשתקלל במאזן כלל השיקולים שעניינם השאלה האם ראוי לגרור את הנתבע הזר לישראל לצורך בירור הסכסוך.

#### ד. (אי) נאותות הפורום וסוגיית "נטל השכנוע"

##### 1. "פורום נאות" ו"פורום לא-נאות"

אחד השיקולים המרכזיים במישור שיקול-הדעת של תקנה 500, בגדרי החלטת הפורום בשאלת רציות בירורה בישראל של התובענה שהובאה בפניו, כונה בפסיקה שיקול "הפורום הנאות"<sup>70</sup>. שיקול זה, אשר נשאב מן המשפט האנגלי<sup>71</sup>, מעורר שאלה באשר להבדל בין "נאותות הפורום" לבין "אי-נאותות הפורום"<sup>72</sup>. דוקטרינת "פורום לא נאות" (*forum non-conveniens*), גורסת, כי הפורום רשאי – אף שאינו חייב – להימנע מלדון בתובענה שהובאה בפניו, אם קיים במדינה זרה פורום חלופי מתאים יותר לבירור התובענה<sup>73</sup>. דוקטרינת "פורום לא נאות" היא דוקטרינה של עיכוב הליכים, כלומר אחד הכללים המשפטיים המאפשרים לפורום שלא לברר סכסוך שהובא בפניו, חרף היות הפורום מוסמך לעשות כן<sup>74</sup>. הדיון בה נערך, בדרך-כלל, לאחר שבית-המשפט הגיע למסקנה כי הוא מוסמך מן הבחינה הבינלאומית לדון בתובענה שבפניו; ומתוך תפישה כי חרף יכולתו לדון בתביעה, עשוי הוא לבחור שלא לעשות כן<sup>75</sup>.

69 ראו גם להלן, הכיתוב ליד הערת-שוליים 107.

70 פרשת הוידה, לעיל הערה 9, בעמ' 551.

71 ראו ס' גולדשטיין, ע' טאוסיג, "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים", עלי

72 משפט ג (תשס"ג) 279, בעמ' 301. עם זאת, המחברים גורסים כי בעקבות דברים שנאמרו ברע"א Franz Lang 9141/00 נ' מרכס, פ"ד נו(1) 118 (להלן: רע"א מרכס), בעמ' 122–123, אפשר ששאלת נאותות הפורום אינה עוד חלק משלב רכישת הסמכות הבינלאומית, אלא תעלה אך ורק במסגרת הדוקטרינה של פורום לא-נאות. ראו גולדשטיין וטאוסיג, שם בעמ' 304.

73 ראו קרייני, לעיל הערה 27, בעמ' 76.

74 שני כללי העיכוב האחרים הם הכלל בדבר עיכוב הליכים עקב תניית שיפוט זר, והכלל בדבר עיכוב הליכים עקב הליך התלוי ועומד במדינה אחרת. לעומת מדינות הקומון לאו, במדינות המשפט הקונטיננטלי דוקטרינת פורום לא-נאות אינה מוכרת, ובמקום זאת הפורום בוחן את שאלת קיומו של הליך תלוי ועומד. גישה זו מתמקדת איפוא בשאלה, האם ההליך שעוכבו נתבקש הוא הליך מקביל. ראו Ronald A. Brand "Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments", 37 *Tex. Int'l L.J.* (2002) 467, 468.

75 ראו פרשת הוידה, לעיל הערה 9, בעמ' 551; פרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 112; בג"ץ 8754/00 רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 625 (להלן: פרשת רון), בעמ' 654.

בעיקרו של דבר, השיקולים הנבחנים במסגרת הדיון בשאלת נאותות הפורום זהים לשיקולים הנבחנים במסגרת הדיון בשאלת אי-נאותות הפורום.<sup>76</sup> מדובר הן בשיקולים פרטיים (שעניינם בעלי-הדין עצמם, כגון מקום מגוריהם או מקום מגורי העדים) והן בשיקולים ציבוריים שונים (כגון שאלת העומס על כתי-המשפט במדינת הפורום), אשר יחדיו מכריעים בשאלת מידת רציון ברורה של התובענה בפני הפורום.<sup>77</sup> ההבדל בין שאלת "נאותות הפורום" לבין שאלת "אי-נאותות הפורום", לבד ממוקמון הגיאומטרי השונה – האחת במישור שיקול-הדעת של תקנה 500 והשנייה בשלב הדיון בטענות של עיכוב הליכים – הוסבר בשוני באשר לזהות הנושא בנטל השכנוע.<sup>78</sup> לכאורה, ביחס לשאלת נאותות הפורום נושא בנטל השכנוע התובע, המבקש במסגרת תקנה 500 לשכנע את הפורום לרכוש סמכות בינלאומית על הנתבע הזר על-ידי המצאת כתב פתיחת ההליך אל האחרון מחוץ לתחום.<sup>79</sup> לעומת זאת, בנטל להוכיח את אי-נאותות הפורום נושא הנתבע הזר, השואף – לאחר שכבר נרכשה עליו סמכות בינלאומית<sup>80</sup> – לשכנע את הפורום כי ראוי שהתובענה שהוגשה כנגד הנתבע תתברר בפני פורום חלופי.<sup>81</sup>

עם זאת, במספר מקרים הטיל בית-המשפט העליון את "נטל השכנוע" בהקשר לטענת פורום (לא) נאות על הנתבע הזר, הגם שההקשר שבו נדונה שאלת (אי) נאותות הפורום היה מישור שיקול-הדעת של תקנה 500.<sup>82</sup> במאמר מקיף שכתב אודות שיקולי הפורום הנאות ודוקטרינת פורום לא-נאות, חיווה ד"ר מיכאל קרייני את דעתו, כי מהלך זה של בית-המשפט היה מוצדק.<sup>83</sup> המחבר תולה את ההצדקה להלכה זו בירידת קרנו של עקרון הריבונות הטריטוריאלית, שמלכתחילה רק בעטיו הוטל במסגרת תקנה 500

76 קרייני, לעיל הערה 27, בעמ' 70.

77 טענת "פורום לא נאות" שמעלה הנתבע פירושה כי הוא טוען לקיומו של פורום מתאים יותר לביורר הסכסוך עם התובע. שאלה זו "תוכרע על-יסוד מכלול הנסיבות, לרבות מירב הזיקות – שהן העובדות האובייקטיביות המעידות על קשריהם של אירועים ובעלי-הדין לכל אחד מן הפורומים המתחרים – ותוך התחשבות בציפיות הסבירות של הצדדים". ראו רע"א מרכס, לעיל הערה 72, בעמ' 123; פרשת רון, לעיל הערה 75, בעמ' 655.

78 קרייני, לעיל הערה 27, בעמ' 70. הבחנה זו נקלטה מן המשפט האנגלי. ראו *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd.* [1986] 3 All E.R. 843, 858.

79 זהו הכלל שנפסק באנגליה. ראו פרשת *Spiliada*, שם.

80 בעיקר כאשר רכישת הסמכות הבינלאומית נעשתה מכוח כלל התפיסה.

81 קרייני, לעיל הערה 27, בעמ' 70. זו ההלכה גם באוסטרליה: כל אימת שהתובע ממציא אל מחוץ לתחום, עליו הנטל להוכיח בעליל שהפורום איננו פורום בלתי נאות. ראו: Richard Garnett, "Stay of Proceedings In Australia: A 'Clearly Inappropriate' Test?", 23 *Mel. U. L. Rev.* (1999) 30, 33–34.

82 ראו פרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 115; ע"א 83/87 מילמן נ' עיובון דוד שרגה ז"ל, פ"ד מד(2) 45; רע"א מרכס, לעיל הערה 72, בעמ' 123. מהלך דומה אירע גם במספר מקרים בפסיקה האוסטרלית, ובעניין זה נתגלעה שם מחלוקת, שטרם הוכרעה. ראו, למשל: *Westpac Banking Corporation v. P&O Containers Ltd.* (1991) 30 FCR 320, at p. 324.

83 ראו קרייני, לעיל הערה 27, בעמ' 101.

הנטל להוכיח כי הפורום הינו נאות על התובע דווקא, המבקש להרחיב את סמכותו הבינלאומית של הפורום תוך פגיעה בריבונותה של המדינה שבה הנתבע הזר.<sup>84</sup> חרף דברים אלו, בית-המשפט העליון קבע לאחרונה, כי כאשר נבחנת שאלת (אי) נאותות הפורום במסגרת מישור שיקול-הדעת של תקנה 500, "מוטל הנטל על התובע להראות כי ראוי שההליך יתנהל בישראל"<sup>85</sup>. בית-המשפט נימק את עמדתו אך בכך ש"הבקשה להתיר המצאה מחוץ לתחום השיפוט היא מעצם טיבה בקשה הנדונה על-פי צד אחד"; וכי גם הדיון בבקשה לביטול היתר ההמצאה – הנערך כבר במעמד שני הצדדים – אינו אלא דיון חוזר בבקשה המקורית, ככל שמדובר בנטלים הרובצים על התובע.<sup>86</sup>

אנו מבקשים להצטרף דווקא לעמדתו של ד"ר קרייני, ומציעים לחדד את הצדקותיה. אגב הדיון נבקש להוסיף ולהבהיר מהו בדיוק "נטל השכנוע", וכיצד יש להתאים את ההסדר במשפט הישראלי, כך שמחד-גיסא, יגשים את מכלול תכליותיה של תקנה 500, ומאידך-גיסא, ייעל את הליכי הדיון וימנע מהכבדה מיותרת על נתבעים זרים.

## 2. החדרת שיקולי נאותות הפורום למישור שיקול-הדעת בתקנה 500

ככל ששיקולי (אי) נאותות הפורום רלוואנטיים – ובעניין זה קיימות דעות שונות<sup>87</sup> – החדרתם למישור שיקול-הדעת של תקנה 500 משקפת מהלך של ייעול הדיון וחסכון בעלויות התדיינות ובזמן שיפוטי. שכן, ההתרחשות הדיונית המלווה את הפעלת תקנה 500 היא דו-שלבית. בשלב הראשון מבקש התובע מבית-המשפט, במעמד צד אחד, כי יינתן לו היתר להמציא את כתב פתיחת ההליך לנתבע הזר הנמצא בחו"ל. מכיוון שבשלב זה בית-המשפט אינו יכול להסתייע לצורך חשיפת התשתית העובדתית בהתמודדות האדוורסרית שבין התובע לבין הנתבע, נדרש התובע-המבקש להגיש תצהיר שיאמת את טענותיו<sup>88</sup>. אם ניתן לתובע ההיתר המבוקש, וכתב פתיחת ההליך מומצא אל הנתבע הזר בחו"ל, בשלב השני רשאי הנתבע הזר להגיש בקשה לביטול ההיתר. אם עשה כן, נפתח מחדש הדיון בשאלת ההמצאה מחוץ לתחום, הפעם במעמד שני הצדדים<sup>89</sup>. דיון בשאלת (אי) נאותות הפורום כבר בשלב הראשוני של הדיון במעמד צד אחד, עוד בטרם הוזמן הנתבע הזר להתדיין בישראל, עשוי לאפשר לפורום לסנן תובענות שבהן כבר מן העובדות ששטח התובע עצמו בפני בית-המשפט עולה, כי ישראל

84 שם, שם.

85 פרשת ראדא, לעיל הערה 32, בפסקה 7 לפסק-דינו של השופט אשר גרוניס, שעמו הסכימה השופטת אילה פרוקצ'יה. הנשיא אהרן ברק השאיר שאלה זו בצריך-עיון.

86 שם, שם.

87 ראו את עמדתו של קרייני, שם, בעמ' 99–101, המבקר את עמדת בית-המשפט העליון בפרשת הגבס.

88 תקנה 501(א) לתקנות.

89 תקנה 502(ב) לתקנות. הנתבע הזר רשאי לכפור בסמכותו הבינלאומית של הפורום גם בכתב הגנתו.

אינה הפורום המתאים לבירורן, ולחסוך את עלויות גרירת הנתבע הזר לישראל, ובכלל זה את העלויות הכרוכות בקיום שלב הדיון השני במעמד שני הצדדים<sup>90</sup>. כמובן, ככל שבית-המשפט מבקש להגשים מטרתו, עליו למלא תפקיד אקטיבי בסינון התובענות המובאות בפניו, ולהקפיד לזהות את אי-נאותות הפורום ביחס לתובענות מסוימות<sup>91</sup>. מכיוון שלשלב הדיון במעמד צד אחד תפקיד בסינון תובענות שישראל אינה הפורום הנאות לבירורן, נראה לנו גם כי אין זה ראוי לאמץ גישה שננקטה בכמה מדינות, ולפיה ההזמנה לדין נשלחת על-ידי התובע אל הנתבע הזר הנמצא מחוץ לתחום ממש כפי שהייתה נשלחת אליו אילו שהה בתחומי מדינת הפורום<sup>92</sup>. מנגד, יש לזכור, כי נוכח היעדרו של הנתבע הזר, הפורום אינו צפוי להיות מסוגל אלא לזהות תובענות שבאופן מובהק ישראל איננה הפורום הנאות לבירורן. שכן, התובע יימנע מן הסתם מלחשוף ביוזמתו עובדות שאינן משרתות את טענתו כי ישראל היא פורום נאות לבירור התובענה<sup>93</sup>.

### 3. על מי מוטל "נטל השכנוע" בדיון במעמד שני הצדדים?

אם לאחר הדיון במעמד צד אחד נותר בית-המשפט לבקשת התובע להמציא מחוץ

90 האם ראוי לקלוט לתוך מישור שיקול-הדעת של תקנה 500 גם את שתי דוקטרינות עיכוב הליכים האחרות – עיכוב הליכים בגלל הליך תלוי ועומד ועיכוב הליכים עקב קיומה של תניית שיפוט זר? נראה שאותה הנמקה עצמה, שבמרכזה השאיפה למנוע מן הנתבע הזר להיגרר לישראל ולו כדי לכפור בסמכותו הבינלאומית של הפורום, מצדיקה גם מהלך שכזה. השאלה כמובן עשויה להיות אקדמית בלבד, ככל שאין הפורום מגלה מתצהירו של התובע את קיומו של הליך תלוי ועומד או של תניית שיפוט זר.

91 דרך הולמת לעשות כן תהיה להציב מול תצהירו של התובע סטנדרט גילוי גבוה, ולהטיל על התובע הוצאות מתאימות ככל שמתבררות בדיעבד – מפיו של הנתבע הזר – עובדות שהתובע נמנע מלגלות.

92 זהו הדין, למשל, במרבית המחוזות בקנדה, כאשר נושא התובענה הוא אחד מן הנושאים הנקובים בתקנות שהותקנו בכל אחד מן המחוזות הללו. לעומת זאת, כאשר נושא התובענה אינו מאלו הנקובים בתקנות, נדרש התובע לבקש היתר מבית-המשפט להמציא מחוץ לתחום. ראו J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws* (3<sup>rd</sup> ed., 1994), 194–195. גם באוסטרליה, שבה ניתן להמציא אל מחוץ לתחום מכוח הסדרי *rules of the supreme court* (הדומים להסדר האנגלי) של המחוזות השונים, אין נדרש התובע לבקש היתר מראש להמצאה מחוץ לתחום, אלא-אם-כן הנתבע אינו מופיע למשפט. ראו Judd Epstein "Australia" in *Declining Jurisdiction In Private International Law* (J. J. Fawcett (ed.), 1995) 78, at p. 81. מדינה שלישיית שבמקרים מסוימים (כאשר הקשר בין התובענה לבין הפורום הוא חזק) אין התובע נדרש בה לבקש היתר להמצאה מחוץ לתחום היא נירזילנד.

93 יש הסוברים כי כאשר הדיון נערך במעמד צד אחד וההחלטה השיפוטית המתבקשת צפויה לפגוע בבעל-הדין היריב, מן הדין להטיל חובת גילוי מוגברת על הצד המופיע בפני בית-המשפט, וזאת במסגרת ניקיון הכפיים של הצד המופיע. חובה מוגברת זו כוללת חובה לגלות עובדות שאינן נוחות לצד המופיע. ראו ד' שוורץ, "מגמות התפתחות בסדר-הדין האזרחי", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (בעריכת אריאל רוזן-צבי, תשנ"ו), 417, בעמ' 444.

לתחום לנתבע הזר את כתב פתיחת ההליך, העלאתה בשנית לדיון של סוגיית (אי) נאותות הפורום צפויה להיעשות על-ידי הנתבע הזר בלבד, שהלוא על-פי כללי הדיון האזרחי, למצער עליו לטעון זאת כדי שלא ייחשב כמי שהסכים לעמדת התובע. המסגרת הדיונית שבגידרה רשאי הנתבע הזר להעלות את טענתו בדבר (אי) נאותות הפורום עשויה להיות מישור שיקול-הדעת לפי תקנה 500, או מישור הדיון בטענות של עיכוב הליכים. מבחינה טכנית, ליכון הסוגיות המתעוררות בשתי מסגרות דיוניות אלו נעשה במאוחד, או לפחות באופן עוקב. על רקע זה נשאלת השאלה, האם בחירת הנתבע הזר באחת המסגרות להעלאת טענתו, ולא באחרת, היא שצריכה דווקא להכריע בשאלת נטל השכנוע. שכן, לכאורה, אם בוחר הנתבע הזר להתנגד לעמדת התובע בדבר נאותות הפורום במסגרת תקנה 500, התובע ממשיך לשאת בנטל – אף בדיון במעמד שני הצדדים – לשכנע בדבר נאותות הפורום; ואילו אם בוחר הנתבע הזר לטעון לא-נאותות הפורום כטענה של עיכוב הליכים, לכאורה נושא הוא, ולא התובע, בנטל לשכנע בצידקת טענתו. פשוט הוא, כי הנתבע צפוי לבחור במסלול המטיל על התובע את נטל השכנוע.

אך מכיוון שהתובע כבר הצליח לשכנע את בית-המשפט בנאותות הפורום במסגרת הדיון במעמד צד אחד; ומכיוון שמבחינה דיונית-טכנית ממילא יש לאחד את הדיון בתקנה 500 עם הדיון העוקב בטענות עיכוב הליכים שעשוי הנתבע הזר להעלות, וטענת פורום לא-נאות בכלל; ניתן לטעון, כי בדיון בשאלת רכישת הסמכות מכוח תקנה 500 הנערך במעמד שני הצדדים – במובחן מן הדיון הנערך במעמד צד אחד – מן הראוי שנטל השכנוע בשאלת (אי) נאותות הפורום יוטל בכל מקרה על הנתבע הזר. שכן, הנתבע הזר ממילא נושא בשלב זה בנטל הבאת הראיות (במובחן מנטל השכנוע), הואיל ובנקודת הזמן של הדיון במעמד שני הצדדים התובע כבר צלח את המשוכה הראשונה להוכחת התאמת הפורום לבירור התובענה שהגיש. משוכה זו הייתה בדמות בית-המשפט, אשר נתבקש במעמד צד אחד, ועל יסוד תצהיר שהגיש התובע, להתיר המצאה מחוץ לתחום, ונענה לכך. על הנתבע הזר – אשר בשלב זה, מחד-גיסא מצוי בעדיפות בנגישות לעובדות רלוואנטיות העשויות לשנות את הכרעת בית-המשפט, ומאידך-גיסא הוא שאומנם מנסה לשנות את התשתית העובדתית הרלוואנטית שבפני הפורום – מוטל איפוא לחשוף עובדות שהמסקנה העולה מהן היא כי ישראל איננה פורום נאות. אם לא יעשה כן הנתבע הזר, טענתו בעניין (אי) נאותות הפורום תידחה ממילא. אשר לנטל השכנוע, הרי, כידוע, השאלה הנוגעת לנטל זה – אם יונח על כתפי התובע או על כתפי הנתבע – רלוואנטית רק במצב שבו בסיום הדיון "כפות המאזניים מעוינות"<sup>94</sup>. הותרת נטל השכנוע על כתפי התובע כאשר זה לא הצליח להרים את הנטל, פירושה קבלת עמדת הנתבע, ולהפך. עם זאת, יש לשים לב, כי ההיזקקות למינוח "נטל השכנוע" בהקשר זה עשויה להטעות: טענה של

94 ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 229.

אי-נאותות הפורום, אשר הטוען אותה שואף על-ידי העלאתה למנוע את בירור הסכסוך בפני הפורום, היא טענה שלפיה קיים פורום חלופי, אשר במובהק מתאים יותר לבירור התובענה, באופן המצדיק שהפורום הישראלי, שסמכותו הבינלאומית לידן בתובענה בוססה זה מכבר בהחלטת הפורום שניתנה במעמד צד אחד, יימנע מלהפעילה. אך הכרעה בשאלת (אי) נאותות הפורום מבוססת על הפעלת שיקול-דעתו של הפורום<sup>95</sup>, ולא רק על קביעת עובדות; ואילו שאלת מיקומו של נטל השכנוע – אם על כתפי התובע או הנתבע – נוגעת אך ורק לסוגיית הוכחתן של עובדות.

נמצא, כי את סוגיית "נטל השכנוע" בדיון במעמד שני הצדדים יש לברר ביחס לשני עניינים: הראשון, הוכחת התקיימותן של עובדות. במסגרת זו אפשר שמדובר בעובדות שעל-פי ניסיון החיים קל יחסית לבררן, כגון מקום מגורי עד או אחד הצדדים, מקום הימצאות ראייה פלונית, וכיוצא-בזה. אולם אפשר שמדובר בהוכחת מצב דברים עובדתי עתידי, כגון הסיכוי שפסק-הדין שיינתן על-ידי הפורום אומנם ייאכף, ההסתברות שבמהלך המשפט עד מסוים יידרש להגיע מחו"ל כדי להעיד, ההסתברות שבמהלך המשפט בית-המשפט יידרש לבקר בזירת האירוע על-מנת לברר את המשפט, סיכויי התביעה, ועוד. אכן, בשלב מקדמי זה של ההתדיינות, נוכח סוג השיקולים הרלוואנטיים במישור שיקול-הדעת של תקנה 500<sup>96</sup> – ובדומה לסיטואציה של בקשה למתן סעדים זמניים במשפט – החלטת הפורום בשאלה אם להתיר המצאה מחוץ לתחום מתקבלת בתנאי חוסר ודאות רב יחסית, ומצריכה לא פעם הערכת הסתברויות להתרחשויות עתידיות.

העניין השני שלגביו עשויה להתעורר שאלת הנטלים נוגע לעוצמתם היחסית של טיעוני הצדדים, כלומר לשאלה, האם השיקולים שהציג הנתבע הזר לתמיכה בעמדתו גוברים, על-פי משקלם הסגולי, על השיקולים שהציג התובע, ומטים את הכף לטובת הנתבע הזר? שכן כאמור, במישור שיקול-הדעת שבתקנה 500 פועלים שיקולים שונים, בעלי עוצמה שונה, ש(אי) נאותות הפורום הוא רק אחד מהם<sup>97</sup>. הפורום עשוי להידרש לאזן בין שיקולים המצביעים על תוצאות מנוגדות.

ככל שמדובר בעניין השני, על-מנת להבין על מי מוטל הנטל, שאיננו "נטל השכנוע" במובנו מן המשפט האזרחי, ראוי להיזכר בטיבו של מבחן אי-נאותות הפורום. טענה של אי-נאותות הפורום, אשר הטוען אותה שואף על-ידי העלאתה למנוע את בירור הסכסוך בפני הפורום, היא טענה שלפיה קיים פורום חלופי, אשר במובהק מתאים יותר לבירור התובענה, באופן המצדיק שהפורום הישראלי, שסמכותו הבינלאומית לידן בתובענה בוססה זה מכבר (בהחלטת הפורום שניתנה במעמד צד אחד), יימנע מלהפעילה. ניסוח זה של מבחן אי-נאותות הפורום משקף במדויק את מצב הדברים הרצוי בדיון הנערך במעמד שני הצדדים, גם כאשר המסגרת לדיון היא

95 פרשת הוידה, לעיל הערה 9, בעמ' 551; פרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 114.

96 ראו רשימת השיקולים לעיל, בהערה 39.

97 ראו לעיל, הערה 39.

תקנה 500. אכן, בשלב זה של הדין, התובע ביסס לכאורה את סמכותו הבינלאומית של הפורום<sup>98</sup>, ומן הראוי שגישה המתמקדת ביישובם של סכסוכים, ואשר שואפת למנוע מן הנתבע לנקוט טקטיקות שיש בהן כדי לעכב את יישוב הסכסוך, תקבע כי נתבע זר שאינו מצליח להראות באופן מובהק את התאמת הפורום החלופי לבירור התובענה (לעומת אי-התאמת הפורום הישראלי למשימה זו)<sup>99</sup>, אינו זכאי לכך שההליך נגדו יעוכב. מסקנה זו מתיישבת עם הפסיקה, שהסבירה כך את הנטל הרובץ על הנתבע הזר:

“נטל ההוכחה בעניין קיומו של פורום זר מוסמך בעל מרב הזיקות למקרה נושא התביעה מוטל על הנתבע. המבחן שבו עליו לעמוד אינו מאזן נוחות רגיל; על נתבע הטוען טענת “פורום לא נאות” לשכנע את בית-המשפט כי המאזן נוטה בבירור ובאופן משמעותי אל עבר הפורום הזר”<sup>100</sup>.

משהוחלט להתיר המצאה של כתב בידין מחוץ לתחום לנתבע הזר, אף אם הדבר נעשה במעמד צד אחד, מן הדין להטיל על הנתבע הזר את הנטל להציג את אי-נאותות הפורום, באופן “המטה את כפות המאזניים” בבירור לטובת עיכוב ההליכים בתובענה<sup>101</sup>. בדרך זו חלוקת “הנטלים” בין המתדיינים תיעשה בצורה הגיונית וצודקת. אך מה הדין לגבי הוכחתן של עובדות, ובכללן התרחשויות עתידיות? מי נושא בנטל השכנוע לגביהן?

הצד הנושא בנטל השכנוע למעשה נושא – בתנאי חוסר הוודאות שבהם מתקבלת ההחלטה השיפוטית – בסיכון מפני התממשותה של טעות שיפוטית; והקצאת נטל השכנוע בין הצדדים מגלמת הקצאה של סיכון זה<sup>102</sup>. כידוע, במשפט האזרחי הכלל הוא, שנטל השכנוע להתקיימות תשתית עובדתית המבססת טענה מסוימת מוטל על הצד שהטענה “מקדמת את עניינו במשפט”<sup>103</sup>. משכך, נראה כי בהקשר של תקנה 500, כל

98 ראו והשוו לפרשת הגבס, לעיל הערה 9, בעמ' 114.  
 99 מבחן (אי) נאותות הפורום כפי שפותח בפסיקה האנגלית הוא מבחן המשווה את התאמתם היחסית של כל אחד מן הפורומים – המקומי והפורום שהנתבע הזר מצביע עליו – לבירור התובענה. באוסטרליה, לעומת זאת, יש הטוענים כי אומצה גישה שונה, המתמקדת אך ורק באי-התאמת הפורום המקומי. ראו Garnett, לעיל הערה 81, בעמ' 34–35. על-פי גישה אחרונה זו אפשר שייקבע כי הפורום אינו נאות, אף בהיעדר פורום חלופי.  
 100 פרשת רון, לעיל הערה 75, בעמ' 655 (ההדגשה הוספה).  
 101 השוו לניתוח ברע"א 2903/96 מסיקה נ' דולנס, פ"ד נב(1) 817.  
 102 ראו: Alex Stein “Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation: The Law, Its Rationale, A New theory, and Its Failure”, 50 *U. Mia. L. Rev.* (1996) 335, 336.  
 103 ראו למשל, ע"א 1845/90 סיני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(5) 661, בעמ' 681–682. על-כן, ככל שטענה מסוימת היא חלק מעילת התביעה, התובע נושא בנטל השכנוע לגבי העובדות המבססות את עילתו. ואילו טענות שמעלה הנתבע על-מנת שתידחה התביעה חרף התקיימותה הלכאורית של עילת התביעה, הנתבע נושא בנטל לשכנע לגבי העובדות המבססות את טענתו. כלל זה חל גם לגבי סעדים זמניים.

אחד מן הצדדים צריך לשאת בנטל השכנוע בהקשר לעובדות שלהתקיימותן טען<sup>104</sup>. כך למשל, אם הנתבע הזר טוען, על-מנת לקדם את עניינו, כי יש להתחשב בשיקול שסיכויי אכיפת פסק-דין שיינתן בתובענה על-ידי הפורום הם נמוכים – עליו הנטל לשכנע בעניין זה. וככל שלא יצליח הנתבע הזר להוכיח, כעניין עובדתי, ובמידת ההסתברות הנדרשת במשפט אזרחי, כי פסק-הדין לא ייאכף – לא יוכל הוא ליהנות מזקיפת שיקול זה לטובתו. מנגד, אם התובע טוען כי סיכויי תביעתו טובים, וזאת על-מנת לשכנע את הפורום להמציא אל מחוץ לתחום, עליו הנטל להוכיח עניין זה, וככל שלא יעלה הדבר בידו, לא ייזקף הדבר לטובתו<sup>105</sup>. גישה זו תביא, הלכה למעשה, לכך שבדיון במעמד שני הצדדים – ולענין העובדות הרלוואנטיות להכרעת בית-המשפט – יהיה הנטל מוטל על הנתבע הזר לשכנע כי עובדות מסוימות, או התרחשויות עתידיות, שטרם הוכחו על-ידי התובע, מצדיקות החלטה של הפורום שלא לרכוש סמכות בינלאומית. במקרים אלו, הנתבע הזר הוא שיישא איפוא בסיכון לכך שהחלטת הפורום תבוסס על תשתית עובדתית מוטעית עקב אי-יכולתו של הנתבע הזר לשכנע את הפורום לתקנה. הקצאה זו של הסיכון היא הולמת בהתחשב בכך שלא זו בלבד שהנתבע הזר מבקש לשנות את הסטטוס-קוו, ולאלין את התובע להגיש את תביעתו מחדש במדינה אחרת, אלא שהנתבע הזר גם מבקש כי הפורום יימנע מבירור הסכסוך חרף היותו פורום מוסמך לכך מן הבחינה הבינלאומית. עם זאת, לגבי עובדות שהועלו על-ידי התובע כבר במעמד הדיון בצד אחד בתמיכה לבקשתו להמציא מחוץ לתחום, נטל השכנוע בדיון במעמד שני הצדדים ירבוץ עדיין על התובע, והנתבע יוכל להביא ראיות על-מנת להטות את מאזן ההסתברויות לטובתו<sup>106</sup>. אף תוצאה זו ראויה, באשר מלכתחילה התובע קיבל במעמד צד אחד היתר להמציא בהתבסס על תשתית עובדתית, שעתה אפשר שיתברר (מראיות שיביא הנתבע הזר) כי לא שיקפה את המציאות.

נשאלת השאלה, אם אין חשש שגישה כזו, המקלה על התובע, תעודד את התופעה הלא-רצויה כשלעצמה של "forum shopping". לדעתנו, בחשש כזה אין ממש. שכן, לא זו בלבד שגישה מודרנית לשאלת מקום יישובם של סכסוכים בינלאומיים צריכה להישען על ההנחה שככלל, הפורום הישראלי יכול וצריך לשמש פורום ראוי לבירורם של סכסוכים בינלאומיים; אלא שכאמור, לנתבע הזר יש הזדמנות הולמת לבסס את הטענה כי הפורום הישראלי בעליל איננו פורום נאות. האם אין גישה כזו מנוגדת לאינטרס של מערכת המשפט עצמה, בהגבירה את העומס על בתי-המשפט בישראל? לדעתנו, אף לכך התשובה היא בשלילה. כאמור, הגישה המוצגת כאן אינה גורסת

104 ראו והשוו ע"א 2705/91 אבו-ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח(1) 554, בעמ' 568.

105 ראו והשוו א' פורת, א' שטיין, "דוקטרינת הנוק הראייתית: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191, בעמ' 244–245.

106 ראו והשוו בעניין זה להקשר של סעדים זמניים: רע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד נא(3) 789, בעמ' 800.

התעלמות משיקולי (אי) נאותות הפורום. ההפך הוא הנכון: בפני הפורום עומדת האפשרות לעצב את המסגרת של דוקטרינת פורום לא-נאות כרצונו, ולצופף את מרווחיה (ובכך למנוע הגשתן של סוגי תובענות בישראל) או להרחיבם (ובכך להתיר הגשתם של סוגי תובענות נוספים).

### ה. אופן השימוש בכלי של פסיקת הוצאות

בדונם בבקשות להמצאה מחוץ לתחום לפי תקנה 500, בתי-המשפט נטו לעיתים להתעלם מן המשמעות הכרוכה בסירוב להיענות לבקשה להתיר את המצאת כתב פתיחת ההליך לנתבע הזר בחו"ל. אכן, דחיית בקשה להמציא מחוץ לתחום שקולה לדחיית התובענה שהמצאתה נתבקשה, והיא סותרת את הגולל על יכולתו של התובע לעמוד על זכויותיו בישראל<sup>107</sup>. דחיית בקשה להמציא מחוץ לתחום אף עלולה במקרים מסוימים לסכל כליל את יכולתו של התובע להיפרע מן הנתבע הזר<sup>108</sup>. במצב דברים זה, ולאור חובתו של בית-המשפט, ככל רשות שלטונית אחרת, לנהוג במידתיות בשלילת זכות הגישה של התובע לערכאות, שהיא למצער זכות-יסוד<sup>109</sup>, נשאלת השאלה, האם פגמים כגון שיהוי בהגשת הבקשה למתן היתר המצאה מחוץ לתחום או חוסר ניקיון כפיים, מצדיקים שלא להיענות לבקשת התובע להתיר את המצאת כתב התובענה מחוץ לתחום. בעניין זה, אין התקנות מפרטות את כל השיקולים שעל בית-המשפט לשקול, אלא מזכירות עניין אחד בלבד – איחור בהגשת הבקשה. וכך קובעת בהקשר זה תקנה 501(ב):

"בית המשפט או הרשם רשאי שלא להיעתר לבקשה [להמצאה מחוץ לתחום השיפוט] אם ראה מנסיבות הענין שהבקשה הוגשה באיחור בלתי סביר..."

בפרשת הוידה<sup>110</sup> הגיש התובע – שנפגע בעינו כתוצאה מגיר שהושלך עליו על-ידי הנתבע – בקשה למתן היתר להמציא את כתב-התביעה לנתבע בארצות-הברית, רק

107 זאת, הגם שתקנה 501(ב) מציינת כי אם לא נעתר בית המשפט לבקשה להמציא מחוץ לתחום, "רשאי הוא למחוק את התביעה נגד בעל הדין שלא הומצא לידו כתב ביד-דין". גם "מחיקת" התביעה בהקשר זה, במובחן מדחייתה הפורמאלית, שקולה מן הסתם לדחיית התביעה. שכן, בלא שינוי של ממש בנסיבות, כגון הגעת הנתבע הזר לישראל באופן המאפשר את תפיסתו לצורך רכישת סמכות בינלאומית עליו, ליכולתו של התובע לחדש את תביעתו שנמחקה אין משמעות מעשית.

108 למשל, אם תביעתו של התובע התיישנה בכל פורום אפשרי אחר.

109 ראו, למשל, ע"א 3115/93 יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נ(4) 549, בעמ' 559; רע"א 9572/01 דדון נ' וייסברג, פ"ד נ(6) 918, בעמ' 921. ש' לוי, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מ"ב (תשנ"ו) 451, בעמ' 455; פרשת סוכנות ימית, לעיל הערה 23, בעמ' 830.

110 לעיל, הערה 9.

כשנתיים וחצי לאחר שהגיש את כתב-התביעה. זאת, ללא שהיה בידי התובע הסבר להשתהותו, עד כי בית-המשפט העיר כי מדובר היה באדישות של ממש מצידו<sup>111</sup>. התובע לא הסתפק בכך, ונמנע מלציין בתצהיר שהגיש לתמיכה בבקשתו, עובדה חשובה – כי הנתבע אינו מתגורר בישראל מזה שנים מספר – הגם שלעובדה זו עשויה הייתה להיות חשיבות רבה לצורך ההחלטה אם להתיר המצאה אל מחוץ לתחום<sup>112</sup>. לבסוף, בתצהיר שהגיש בתמיכה לבקשתו נמנע התובע-המבקש מלפרט את העובדות המהוות את עילת התביעה, אלא הסתפק בציון העובדה הלאקונית כי הגיש זה מכבר תביעה, כך שקיימת עילה להמציאה מחוץ לתחום. אף שבית-המשפט באותו עניין הכיר בכך שהגשת תביעה בארצות-הברית, מקום מושבו של הנתבע, אינה אפשרית עוד מבחינתו של התובע, בשל התיישנות התביעה שם, עדיין בחר בית-המשפט לפסוק, כי משקלם המצטבר של שלושת הפגמים הללו מצדיק לבטל את היתר ההמצאה שניתן לתובע במעמד צד אחד.

ככל שמדובר בהלכה שעולה מפרשת הוידה, מובן כי מנקודת מבטו של התובע-המבקש, מדובר היה בסנקציה חריפה יתר-על-המידה. שכן, כאמור, ביטול היתר ההמצאה שניתן לתובע משמעותו אחת היא – "דחיית" התביעה שהגיש, ושלילה מוחלטת של יכולתו להיפרע מן הנתבע בעטיו של הנזק שנגרם לו. סנקציה מידתית יותר, שהיה בה גם כדי להרתיע תובעים אחרים מלנהוג באורח דומה, עשויה הייתה להתבטא בחיוב התובע בהוצאות, הן לטובת הנתבע, הן לטובת אוצר המדינה<sup>113</sup>. כך, אשר לפגם הראשון של השתהות התובע בהגשת הבקשה להמציא אל מחוץ לתחום, הרי שאף בית-המשפט ציין כי השתהות זו לא גרמה לנזק כלשהו לנתבע<sup>114</sup>. בית-המשפט בפרשת הוידה קבע, ביחס להשתהותו של התובע, כי מדובר היה באיחור בלתי סביר. בבחינת סבירות האיחור – כך נקבע ככלל – אין לשים דגש על הנזק שנגרם לנתבע עקב האיחור, אלא בעיקר על התנהגות התובע<sup>115</sup>. הנימוק שניתן להלכה זו היה העובדה שבקשה להמציאה מחוץ לתחום נדונה בדרך כלל במעמד צד אחד. ברם, כפי שכבר הסברנו לעיל, הדיון במעמד צד אחד אינו אלא השלב הראשון בהתרחשות הדיונית המלווה את הפעלת תקנה 500. השלב השני הוא הדיון במעמד שני הצדדים, בגדרי בקשת הנתבע לביטול היתר ההמצאה שניתן לתובע. קשה איפוא להבין מדוע אין לבחון – כפי שנעשה ביחס לדוקטרינת השיהוי הכללית במשפט האזרחי, שאף היא גוזרת דחייה של התביעה ככל שטענת שיהוי מתקבלת – גם את הנזק שנגרם לנתבע עקב השתהותו של התובע<sup>116</sup>. שהרי אם לא נגרם לנתבע הזר כל נזק, מדוע מוצדק בשל

111 שם, בעמ' 553.

112 התובע ניסה ליצור בתצהירו רושם כאילו לנתבע הזר זיקה של ממש לישראל, במסגרת שיקולי הפורום הנאות. ראו פרשת הוידה, לעיל הערה 9, בעמ' 553–554.

113 לצורך הגשמת התכלית ההרתעתית הזו, אין הבדל לטובת מי ייפסקו ההוצאות.

114 שם, בעמ' 552.

115 שם, שם.

116 ראו, למשל, ע"א 4682/92 עזבון המנוח סלים עזרא שעיה ז"ל נ' בית טלטש בע"מ, פ"ד נד(5)

כך בלבד שלא להתיר את המצאת כתב התביעה אליו לחו"ל, וממילא גם את בירור עילת התביעה של התובע כנגד הנתבע? האם לא ראוי להעדיף בנסיבות אלו שימוש בסנקציה מידתית יותר כנגד התובע, של פסיקת הוצאות?

לדעתנו, תקנה 501(ב) פורשה בפרשת הוידה באורח שגוי. על "איחור בלתי סביר" להביא לדחיית הבקשה להמציא את התביעה מחוץ לתחום רק במקרים שבהם להשתהותו של התובע מצטרף נזק שנגרם לנתבע הזר, כגון ראיות שאבדו לו במהלך התקופה שבה השתהה התובע; ובכל מקרה אחר ניתן להסתפק בהשתת הוצאות על התובע.

הפגם השני שמצא בית-המשפט בפרשת הוידה בהתנהגותו של התובע – חוסר ניקיון כפיים עקב הימנעות התובע מלציין עובדה רלוואנטית בתצהיר – הוא לכאורה פגם של ממש. אלא שבית-המשפט עצמו, הגם שבדעת רוב, הסביר כי נוכח התוצאה החמורה שבביטול היתר ההמצאה ראוי לבחור בסנקציה של הטלת הוצאות על התובע, "שיהא בהן להביע מוחשית את מורת הרוח המתבקשת מהתנהגות אשר כזאת"<sup>117</sup>. ואומנם, בסופו-של-דבר, ממילא מובטח לבית-המשפט כי האמת בעניין ההצדקה שבהיעתרות לבקשת התובע להמציא מחוץ לתחום תצא לאור, אפילו חרף הטעיה מצידו של התובע את בית-המשפט. שהרי גם אם ניתן לתובע היתר להמציא במעמד צד אחד על יסוד תשתית עובדתית שקרית, עדיין מובטח כי הנתבע – במסגרת הדיון האדוורסרי בבקשתו לביטול היתר ההמצאה – יצביע על אותן עובדות שהתובע נמנע מצידו מלהזכיר או שיקר לגביהן. בהתנהגותו הפסולה עשוי איפוא התובע, לכל היותר, לגרום להארכת ההתדיינות ולהוצאות מיותרות שיוציא הנתבע על ניהול התדיינות לביטול ההיתר. נזק זה ניתן להסרה בקלות על-ידי השתת הוצאות מתאימות על התובע. גם אלו הסוכרים כי הפגם הערכי-מוסרי בהתנהגותו של התובע מצדיק סנקציה חריפה, עשויים להסכים שראוי להעדיף את הסנקציה המידתית של הטלת הוצאות. כך, למשל, אילו התובע בפרשת הוידה לא היה ניזוק שנפצע בעינו ונהג באדישות ביחס לתביעתו, אלא ניזוק שנותר משותק בכל גופו, לטענתו עקב מעשה נזיקין של הנתבע הזר; ואשר לאחר שתביעתו בארצות-הברית התיישנה, הגיש תביעת פיצויים גדולה בישראל כנגד הנתבע הזר. כלום לא ראוי היה ביחס לתובע שכזה, חרף תצהירו החסר – או אף השקרי – כי תימצא סנקציה מידתית,

252, בעמ' 280. להשוואה לשיהוי המינהלי ראו בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678. כמובן, טענת שיהוי במשפט האזרחי רלוואנטית רק ככל שאין הנתבע יכול לטעון להתיישנות התביעה שהוגשה נגדו. ככל שהמסלול של העלאת טענת התיישנות פתוח בפני הנתבע, אין הנתבע נזקק לטענת שיהוי. על רקע זה קל להבין מדוע שיהוי, המצדיק דחיית תביעה אזרחית במקרים שבהם טרם חלפה תקופת ההתיישנות, יתקיים רק אם הנתבע יצביע על נזק של ממש שנגרם לו עקב הימנעות התובע מלהגיש את תביעתו, כאמור, במסגרת תקופת התיישנות שנקצבה לו בחוק.

117 פרשת הוידה, לעיל הערה 9, בעמ' 555. השופט דב לוין סבר, בדעת מיעוט, כי די בהתנהגות זו של התובע כדי לדחות את בקשתו להמציא מחוץ לתחום. ראו פרשת הוידה, שם בעמ' 558.

שאיננה דחיית תביעתו, אשר, מחד-גיסא, תבטא את עוצמת הליקוי שבהתנהגותו, ומאידך-גיסא, לא תשלול ממנו את זכותו המהותית להיפרע את נזקיו מן הנתבע<sup>118</sup> ולבסוף, באשר לפגם הפורמאלי שנמצא בבקשה שהגיש התובע להמציא מחוץ לתחום, אף הפעם היה זה בית-המשפט עצמו שציין, כי אין מדובר בפגם המצדיק התעלמות מן הבקשה להמציא מחוץ לתחום, שכן כתב-התביעה ממילא מצורף לבקשה זו כחלק בלתי נפרד.

בפרשת הוידה סבר בית-המשפט, גם חרף הסתייגותיו שלו מן האפשרות של ביטול היתר ההמצאה, כאמור לעיל, כי משקלם המצטבר של הפגמים מצדיק בכל זאת את ביטול ההיתר<sup>119</sup>. לדעתנו, אף הצטברות שלושת הפגמים הללו, לא-כל-שכן במקרה שבו כל אחד מהם מופיע לבדו, אינה מצדיקה לסכל את יכולתו של התובע לזכות בסעד מן הנתבע בהתבסס על עילת התביעה העומדת לו. שהלוא ממילא גם ניתן לבטא את האפקט המצטבר הנובע מגילוי שלושת הפגמים שנחשפו בהתנהלותו של התובע על-ידי הטלת הוצאות עליו בסכום שהוא צירוף של כל אחת מן הסנקציות הכספיות שיש להטיל עליו בגין כל פגם בנפרד.

בהתחשב בתוצאה הקשה לתובע של דחיית בקשתו להתיר המצאה אל מחוץ לתחום – בפרט לאור המשטר החוקתי הנוהג בישראל, ולנוכח ההכרה המסתמנת בזכות חוקתית של גישה לערכאות<sup>120</sup> – מחויב כיום בית-המשפט, ככלל, להעדיף שימוש בכלי של פסיקת הוצאות במקרה של פגמים בהתנהלותו של התובע שניתן לתקנם, על-פני סירוב להיעתר לבקשה להמציא אל מחוץ לתחום, שמשמעותו דחיית התביעה<sup>121</sup>.

## ו. סיכום

במשפט הבינלאומי הפרטי המודרני, שכלליו נקבעים על רקע עולם שיש המדמים אותו ל"כפר גלובאלי", נקודת המוצא לדיון בסמכותו הבינלאומית של הפורום צריכה

118 אפשר שראוי לאמץ בהקשר זה הבחנה בין חוסר ניקיון כפיים של התובע, המצדיק השתתפות הוצאות עליו אך אינו מצדיק את דחיית התובענה שהגיש, לבין חוסר תום-לב של התובע בעצם הגשת התובענה (כגון שהתובענה הוגשה כדי להפעיל לחץ פסול על הנתבע הזור על-ידי זימונו לישראל), המצדיק אף את דחיית התובענה על-ידי סירוב לתת היתר המצאה.

119 פרשת הוידה, לעיל הערה 9, בעמ' 557.

120 רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים (בנייה) 1989 בע"מ נ' מצפה כינרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, בעמ' 163; ע"א 4980/01 עו"ד כהן נ' גלאם (טרם פורסם; ניתן בתאריך 28.4.04), בסעיף 4 לפסק-הדין.

121 נראה כי בית-המשפט בפרשת הוידה נהג בחוסר עקביות גם ביחס לעמדתו שלו, שכן, כאמור, נקבע כי בעוד שחוסר ניקיון כפיים כשלעצמו אינו יכול לשלול מן התובע היתר המצאה, הרי ש"איחור בלתי סביר" בהגשת הבקשה להמציא מחוץ לתחום, אף בהיעדר נזק כלשהו שנגרם בעטיו של האיחור – עשוי לשלול מן התובע את היתר ההמצאה.

להיות כי בית-משפט בכל מדינה עשוי לשמש פורום בינלאומי ליישוב סכסוכים אזרחיים. הגם שאין לאפשר בכל מקרה לתובעים במשפט אזרחי לגרור לישראל נתבעים הנמצאים בחו"ל, יש להכיר בכך שסמכותו הבינלאומית של הפורום הישראלי לברר סכסוכים עם נתבעים זרים, המשתקפת מהוראות תקנה 500, היא רחבה למדי. עם כל זאת, ההסדר שנקבע במשפטנו לבדיקת התאמת הסכסוך לבירור בפני הפורום הישראלי הוא גמיש דיו על-מנת לאפשר לפורום הישראלי לסנן מתוך הסכסוכים שהוא מוסמך מן הבחינה הבינלאומית לדון בהם את אותם סכסוכים שאין זה רצוי לבררם בישראל. בניגוד איפוא לדעה שהושמעה לאחרונה, ולפיה חל פיחות במעמדה של שאלת הסמכות הבינלאומית<sup>122</sup>, דעתנו היא כי שאלת הסמכות הבינלאומית הייתה וצריכה להיות שאלה מרכזית, אלא שבגידרה הדגש צריך שיושם על אופטימיזציה של מקום בירור הסכסוך, חלף ההסתמכות שניכרה בעבר על בדיקת יכולתו של הפורום הישראלי לרכוש סמכות בינלאומית על סכסוך נתון.

ברשימה זו גם הסברנו כיצד ניתן להשתמש בהתרחשות הדיונית הדו-שלבית המלווה את הפעלת תקנה 500 בצורה מיטבית, שתמנע גרירת נתבעים זרים לישראל במקום שהדבר מיותר, מחד-גיסא; ותחלק את הנטל להוכיח את נאותות הפורום הישראלי בצורה הוגנת וקוהרנטית בין שני הצדדים, מאידך-גיסא. לבסוף הסברנו מדוע כאשר בהתנהלותו הדיונית של התובע-המבקש-המצאה מתגלים פגמים, ראוי להעדיף את הסנקציה המידתית של פסיקת הוצאות על-פני סירוב להתיר המצאה מחוץ לתחום, שמשמעותו לעתים אף חמורה מדחייה סתם של התביעה.

122 ראו גולדשטיין וטאוסיג, לעיל הערה 72, בעמ' 299–308. עם זאת, המחברים מבהירים כי תמיכתם בפיחות שכזה מסויגת. ראו, שם בעמ' 310–311.