

אימפריאליזם שיפוטי: סמכות בינלאומית ודוקטרינת הפורום הלא נאות – עיון מחדש

מאת

איריס קנאור*

א. מבוא – תהפוכות המשפט הבינלאומי הפרטי בעידן הגלובליזציה. ב. תהפוכות בתפיסת הריבונות והשפעתן על הגדרת סמכות השיפוט הבינלאומית של בתי משפט לאומיים. ג. רכישת סמכות בינלאומית על ידי בתי המשפט הישראליים – הרטוריקה בדבר הגלובליזציה; 1. רכישת סמכות מכוח נוכחות; 2. רכישת סמכות מכוח תקנה 500. ד. רכישת סמכות בינלאומית על ידי בתי המשפט הישראליים – הרטוריקה בדבר הגלובליזציה: ניתוח ביקורתי; 1. רכישת סמכות מכוח תפיסה אקראית של הנתבע; 2. רכישת סמכות מכוח תקנה 500. ה. דוקטרינת הפורום הלא נאות – כתבלין? ו. סיכום.

א. מבוא – תהפוכות המשפט הבינלאומי הפרטי בעידן הגלובליזציה

משך שנים רבות כללי המשפט הבינלאומי הפרטי נחזו להיות כללים טכניים פרוצדורליים, חלקי פאזל אשר כל שנדרש הוא לצרפם בדייקנות האחד בחיקו של השני למען תגלה התמונה בשלמותה¹. מערך של כללים סדורים – בבחינת כללים לוגיסטיים – שהחלתם נועדה לפתור באופן אדמיניסטרטיבי סכסוכים חוצי גבולות, אשר אף הם מצדם הוצגו בפני בית המשפט באופן טכני. כאשר הובאו בפני בית משפט סכסוכים שעירבו יסודות זרים על בית המשפט להכריע ככלל, כך לפי התפיסה המסורתית למשפט הבינלאומי הפרטי, בשלוש שאלות דוקטריניות בסיסיות: האם נתונה לבית המשפט סמכות

* בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למנהל.
1 על יתרונות ראיית התחום כפרוצדורלי ראו, Ralf Michaels, Karen Knop & Annelise Riles, *International Law in Domestic Courts: A Conflict of Laws Approach*, 103 AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW PROCEEDINGS (2009), available at ssrn.com/abstract=1413189.

בינלאומית לדון בסכסוך; איזה דין מבין הדינים השונים שהינם בני תחולה יש להחיל על הסכסוך; באילו תנאים ייאכף או יוכר פסק דין זר².
 היריעה שבה עסק המשפט הבינלאומי הפרטי הייתה בעיקרה המשפט הפרטי: טרנסקציות בין יחידים שחצו את גבולות המדינה וקשרו קשרים עם פרטים ממדינות זרות. עיקרו של המשפט הבינלאומי הפרטי נסב סביב קשרים מהתחום העסקי, ומקצתו קשרים שנוצרו ונוגעים לתחום החברתי. ודוק, המיסטיות שאפפה תחום זה והפכה אותו למסקרן, אין מקורה, על פי רוב, בפסקי דין נוטפי זוהר וסנוורים אשר במרכזם עובדות קסומות, מסתוריות או מפתות שבהן נתברכו תחומי משפט אחרים. נהפוך הוא, לא פעם התחום נתפס כתחום בלתי אטרקטיבי, שאינו מעורר תאווה וסטריילי מכדי לעורר התרגשות. ובכל זאת, הצליח תחום זה לחולל סקרנות המתעוררת למשמע שפה זרה ואקזוטית המחייבת מתורגמן שיחשוף את רזיה. התחום הפליא לעורר תשוקה הנלווית לניסיון לפצח קוד אסטטיקה שמאפשר החלתם של כללים מכניים נוקשים – שהינם גזורים, מדודים ומוגדרים – בצורה טכנית, פורמלית ומגובשת, במטרה להביא לפתרון ניטרלי וקטגורי של תעלומה טרנס-לאומית.

שדה המשפט הבינלאומי הפרטי הציב בעבר ועודנו מציב במרכזו את הפעילות האנושית בתחום המשפט הפרטי של השוק (אם כי זה אינו עניינו הבלעדי, ראו למשל התעסקותו בדיני משפחה וירושה). אולם התפתחות העולם הגלובלי והגידול בניידותם של פרטים ובכושם לחצות בקלות גבולות, הן פיזית והן וירטואלית, עודדה חשיבה מחדש של התחום³. בעוד מאוטנר מאמין שקיימות שתי דרכים עיקריות, הנדמות להיות נפרדות, לפעילות אנושית משותפת: האחת דרך השוק, שבה מקדם הפרט אינטרסים אישיים, והאחרת דרך התרבות, שבה הפרטים מקדמים ערכים קבוצתיים קהילתיים תוך שיתוף פעולה והפנמת מערכת משותפת של ערכים ויעדים⁴, המשפט הבינלאומי הפרטי המודרני מלמדנו כי אין לראות ספרות אלו כזרות ודיכוטומיות זו לזו, אלא יש ודרכיהן מצטלבות ומתמזגות כך שהן יוצרות שניות שעמה על המשפט להתמודד. היות ונתון הוא שדיני השוק מוסדרים בצורה שונה על ידי חברות ושיטות משפט שונות, עת מתלבט המשפט הבינלאומי הפרטי בשאלת קביעת הדין שיחול על האירוע המשפטי העסקי, אין הוא מתבונן על הברירה אך ורק מבעד למשקפי ההיגיון הכלכלי, אלא גם נושק לספרת התרבות המשפטית. בספרה

2 עמוס שפירא "הערות על טיבם ותכליתם של כללי בררת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי" עיוני משפט י 275 (1984).

3 Perry Dane, *Conflict of Laws*, in BLACKWELL COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 197 (Dennis Patterson ed., 2010), available at ssrn.com/abstract=1536767.

4 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" עלי משפט ד 7, 9 (2005).

זו נדמה שהעיסוק בבעייתיות הכרוכה בפלורליזם וברב-תרבותיות חוצת-גבולות הוא בעל חשיבות ראשונה במעלה⁵.

במילים אחרות, בעת שפרטים חוצים את גבולות המדינה, גם שעה שהם עושים זאת במטרה לקדם אינטרסים עסקיים, כל אחד מהם נושא עמו מטען חברתי-תרבותי, מטען המתנגש עם ההבניות החברתיות שלהן רגיל הצד השני לעסקה המגיע ממדינה ומחברה אחרת⁶. המשפט הבינלאומי הפרטי נדרש לשאלה הבסיסית ביותר בדבר בחירת התרבות המשפטית שלה שייכים בעלי הדין והברירה בדבר התרבות המשפטית של מי מביניהם תחול על הסכסוך ותוחל על הצד השני⁷. בעידן הגלובליזציה וראיית העולם ככפר קטן, הרי שהמשפט הבינלאומי הפרטי משמש מכשיר לבחינת סובלנותה של שיטת משפט אחת (ולכן תרבות חברתית ותרבות עסקית מסוימת), לתרבות חברתית ועסקית שונה המצויה בשיטת משפט אחרת⁸. לרוב אין המדובר בפעילות אנושית המצויה באחד משני צדי המתרגם – העסקי או התרבותי – אלא בפעילות אנושית הכורכת ושוזרת את שני הפנים בצוותא.

- Paul Schiff Berman, *The Enduring Connections Between Law and Culture: Reviewing Lawrence Rosen, Law as Culture, and Oscar Chase, Law, Culture, and Ritual*, 57 AM. J. COMP. L. 249 (2009). 5
- השפעת תופעת הגלובליזציה יכול שתהא עמוקה עוד יותר שכן עצם המטען החברתי-תרבותי שאותו נושא הפרט עמו יכול שיושפע אף הוא מתופעה זו. 6
- על התופעה שלפיה הצדדים קובעים לעצמם את כללי השוק שיחולו עליהם ראו לדוגמה Ralf Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, 14 IND. J. GLOBAL LEGAL STUDIES 447 (2007), available at ssrn.com/abstract=1259979; Armin von Bogdandy & Sergio Dellavalle, *Die Lex Mercatoria der Systemtheorie: Verortung, Rekonstruktion und Kritik aus öffentlichrechtlicher Perspektive*, in SOZIOLOGISCHE JURISPRUDENZ, FESTSCHRIFT FÜR GUNTHER TEUBNER 695 (Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch & Peer Zumbansen eds., 2009); Klaus Peter Berger, *The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law*, Trans-Lex.org/000002; Nikitas Hatzimihail, *The Many Lives – and Faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law*, 71 LAW & CONTEMP. PROBS. 169 (2008), available at ssrn.com/abstract=1222865. על אמנות בינלאומיות המסדירות את נושא המכר ראו אמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי (המכונה אמנת CISG), שנחתמה בווינה בשנת 1980 ואומצה למשפט הישראלי בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס-1999; ע"א 7833/06 Pamesa Ceramica נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ (פורסם בנבו, 2009); ע"א 9422/06 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' BTR Environmental Limited (פורסם בנבו, 2010); אריה רייך "חוק המכר (מכר טובין בינלאומי), תשל"א-1971, וישן מפני חדש תוציאו" מחקרי משפט יד 127 (1998). 7
- לדעה שלפיה בעידן המעודד לפלורליזם ראוי לקדם ערכים משותפים במסגרת הדוקטרינה של תקנת ציבור חיצונית בינלאומית ראו Alex Mills, *The Dimensions of Public Policy in Private International Law*, 4 J. PRIV. INT. L. 201 (2008). 8

כך, מתחום טכני-פרוצדורלי העוסק בשאלות של תיחום גיאוגרפי וטריטוריאלי, עובר שדה המשפט הבינלאומי הפרטי טרנספורמציה ומומר להיות תחום המשקף חשיבה מהותית פוליטית-אוניברסלית הן באשר ליחסים בין מדינות בינן לבין עצמן (לרוב תוך התעסקות בדיכוטומיה בין מדינות ליברליות לאלו שאינן ליברליות)⁹ והן באשר לשאלות פרסונליות בדבר היחסים בין אזרחי מדינות לקבוצות חברתיות-תרבותיות בתוכן ומחוצה להן¹⁰. נוכח הצורך להביא בחשבון את יכולתם הדינמית של פרטים, בעולם של אינטרנט וניידות חברתית, לקשור את גורלם או לפחות ליצור יחסים חברתיים משמעותיים עם קבוצות חברתיות חדשות, באופן המעצים את תחושתם בדבר השתייכות קבוצתית – לעתים תוך עזיבת קבוצות תרבותיות להן השתייכו בעבר ולעתים תוך שימור הקורים שעדיין מחברים אותם למסגרת הישנה – והבניית זהות עצמית אישית חדשה, בתי המשפט ימצאו עצמם בעתיד נדרשים לשקול "זיקות" ולכונן "חוליות קישור" שלא היו מוכרות להם בעבר.

ב. תהפוכות בתפיסת הריבונות והשפעתן על הגדרת סמכות השיפוט הבינלאומית של בתי משפט לאומיים

אחד הנושאים הבסיסיים שתופעת הגלובליזציה עוררה חשיבה מחודשת אודותיו, הוא הסוגיה בדבר מעמדה של המדינה הריבונית בעולם הגלובלי¹¹ והשאלה עד כמה משיג את מקומה הפרט שנדחף לקדמת הבמה. קושיה נגזרת היא עד כמה המרכיב הטריטוריאלי של מדינות עדיין נותר בעל חשיבות מרכזית ובאיזו מידה האלמנט הפרסונלי תופס את מקומו. ודוק, מעצם הגדרתה ה"מדינה" מערבת בכפיפה אחת יסודות טריטוריאליים ופרסונליים. מדינה היא טריטוריה מוגדרת, שבה חיה אוכלוסייה המשמשת גורם יסודי בקיומה ומרכיבה את קהילתה הפוליטית¹². כך, הגדרת המדינה כוללת תחיתתם של הגבולות הגיאוגרפיים של הטריטוריה שבה מופעלת סמכות ריבונית, אך היא גם נדרשת לזיהויו של לאום או עם שלו הגדרה עצמית באופן המבדיל בינו לבין עם אחר. אלא שבעידן הגלובליזציה קומפוננטים אלו של גיאוגרפיה וסוציולוגיה נמהלים עוד יותר כך שחשיבות רבה מיוחסת לתרכובת המדויקת ביניהם.

- Anne-Marie Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, 6 EJIL 503 9
(1995).
- Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, 80 S. CAL. L. REV. 1155 (2007); Karen 10
Knop, *Citizenship, Public and Private*, 71 L. & CONTEMP. PROBS. 309 (2008).
- Paul Schiff Berman, *Dialectical Regulation, Territoriality, and Pluralism*, 38 CONN. L. 11
REV. 929 (2006).
- .IAN BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 70 (7th ed. 2008) 12

היותם של הפרטים חברים בקהילה פוליטית משותפת הגדורה בטריטוריה, יוצרת רשת של קשרים חברתיים צפופים וזהויות הקושרות את הפרט לשאר החברים בקבוצה והמאפשרות כפיפות לסמכות המדינה עליהם. אלא שתופעת הגלובליזציה מאפשרת כיום ביתר קלות שינויים במישור הכלכלי, מסחרי, תחבורתי, תרבותי, מדיני ומשפטי. היא מקלה על ניידות ומעבר תכופים יותר של אנשים ממדינה למדינה ומפחיתה ממשמעותו של גורם המרחק ומכוחם של גבולות גיאוגרפיים, אך גם מאפשרת הדרה והכללה של אנשים השייכים לקבוצות חברתיות מסוימות מ/אל קבוצות חברתיות אחרות. היא גם מאפשרת ניהול אורח חיים פלורליסטי במובן זה שפרטים יכולים כיום יותר מבעבר להשתייך למעגלים חברתיים מרובים יותר, תוך שהם מצטרפים לחברות חדשות בלא שנטשו כליל את החברות המסורתיות שלהן השתייכו. כך לדוגמה מתעוררת כיום השאלה עד כמה תושבות – או שמא דווקא אזרחות – מבססת זיקה למדינה שאין בה מהזמניות או הארעיות. היות הפרטים חברים בקהילה פוליטית משותפת הגדורה בטריטוריה, יוצרת רשת של קשרים חברתיים צפופים וזהויות הקושרות את הפרט לשאר החברים בקבוצה והמאפשרות כפיפות לסמכות המדינה עליהם. מגוריהם של פרטים מחוץ למדינת האזרחות שלהם אינו מלמד בהכרח, היום יותר מבעבר, על ניתוק הקשר התרבותי הרגשי והנפשי עם מדינות האם של אזרחותם או על עזיבתם את הקולקטיב שאליו היו שייכים בעבר, אך יכול שילמד בדיוק על כך. ככל שהמדובר בחברות מסחריות על-לאומיות נדמה שעוד יותר קשה לשייכן טריטוריאלי, שכן הן נוהגות לנצל את תופעת הגלובליזציה והקלות בחציית הגבולות ולהתמקם באתרים שונים ברחבי העולם.

דילמות אלו רלוונטיות הן לדיסציפלינת המשפט הבינלאומי הפומבי והן למשפט הבינלאומי הפרטי. שני שדות משפטים אלו נקראו לכן, לרוויזיה מחשבתית. כידוע, היסטורית הורתם ולידתם של תחומי משפט אלו היא ממקור משותף¹³, אך ברבות השנים נפרדו להם התחומים ונטו לחצוב פתרונות שונים לסוגיות משותפות. תופעת הגלובליזציה והשינויים הדרמטיים שעוברים על כל אחד מתחומי משפט אלו בנפרד, מובילים לתחייה מחדש של תנועת קירוב ולסינרגיה הדדית בין התחומים, כך שכיום מושמעת ביתר שאת הדעה כי אף הפתרונות המשפטיים שמן הראוי שיוצעו על ידיהם, יעשו תוך התחשבות בתמורות שחלו בתפיסות של דיסציפלינת המשפט האחרת¹⁴.

בהפשטה ניתן לומר כי המשפט הבינלאומי הפומבי הפיק שתי תשובות דומיננטיות, אחת מקומית ואחת גלובלית, לאתגרים שמציב עידן הקונסטיטוציונליזציה של הממשליות

¹³ Alex Mills, *The Private History of International Law*, 55 ICLQ 1 (2006)

¹⁴ Ralf Michaels, *Public and Private International Law: German Views on Global Issues*, 4 J. PRIV. INT. L. 121 (2008); ALEX MILLS, *THE CONFLUENCE OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: JUSTICE, PLURALISM AND SUBSIDIARITY IN THE INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL ORDERING OF PRIVATE LAW* (2009).

הגלובלית. אלו החוששים מהאיום של מוסדות גלובליים ממשיכים לבסס את הלגיטימציה של הפעלת כוח שלטוני על ההסמכות המצויות בחוקות המקומיות, ואילו אלו הנלהבים מהשלטון הגלובלי מעדיפים פתרונות אוניברסליים כאמצעי להתגבר על המגבלות הטבועות בחוקות הלאומיות¹⁵.

פתרונות אלו משתקפים באופנים שונים גם במשפט הבינלאומי הפרטי המהותי. יש הרואים באפשרות שהליך ברירת הדינים יפנה את הפורום לא רק לדינה של מדינה ריבונית כלשהי, אלא גם לדינים של קבוצות תת-לאומיות חוצות גבולות או לדינהן של קבוצות על-לאומיות כביטוי לתמיכה ברעיון המשפט החוקתי הגלובלי¹⁶, ויש הרואים בהתעקשות על דוקטרינת תקנת הציבור ביטוי לגישה הנוגדת. אך גם בהקשר לדוקטרינה זו ניתן להבחין בין זרמים שונים. מחד, הזרם הדוגל בכך שדוקטרינת תקנת הציבור צריכה להישאר חוקתית ולוקלית באופן שמשפטה של מדינה אחת יהיה סובלני לדינים הנובעים ממשפטה של מדינה אחרת, ובלבד שאלו האחרונים לא סותרים נורמות בסיסיות של שיטת המשפט הנקראת להחילם, מדגיש את עליונותה של החוקה הלוקלית¹⁷. מאידך, הזרם הדוגל בהזרמת תוכן בינלאומי ואוניברסלי לתקנת הציבור באופן ששיטת משפט אחת תהא סובלנית לפתרונות המוצעים בשיטת משפט אחרת, ובלבד שאלו האחרונים לא נוגדים את תקנת הציבור שאמורה לשקף אך ורק נורמות אוניברסליות בדבר זכויות האדם, מדגיש את התפיסה הפלורליסטית אוניברסלית למשפט¹⁸.

אולם שניות זו אינה נוגעת רק לחלקו המהותי של שדה המשפט הבינלאומי הפרטי בדבר ברירת הדינים, אלא היא חוצה גם את תחום אכיפת פסקי דין זרים ואת השאלה אם די בעובדה שבבעלותו של אדם מסוים רכוש בטריטוריה של המדינה שבה מתבקשת האכיפה, כדי להצדיק שרשות ציבורית באותה טריטוריה תיתן יד לאכיפת תרבותה המשפטית של מדינה אחרת, כפי שהיא מתבטאת בפסק הדין שאותו מבקשים לאכוף.

15 כמות הכתיבה על הקונסטרויציונליזציה של המשפט הבינלאומי היא רבה. ראו לאחרונה JAN KLABBERS, ANNE PETERS & GEIR ULFSTEIN, *THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW* (2009).

16 Gunther Teubner & Peter Korth, *Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Laws in the Double Fragmentation of World Society*, in REGIME INTERACTION IN INTERNATIONAL LAW: THEORETICAL AND PRACTICAL CHALLENGES (Margaret Young ed., 2009), available at ssrn.com/abstract=1416041; Ralf Michaels, *The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism*, 51 WAYNE L. REV. 1909 (2005).

17 ראו לאחרונה בהקשר של הקהילה האירופית [2009] Case C-420/07 *Apostolides v. Orams* ECR (not yet reported, 28.04.2009), Opinion of Advocate General Kokott (18.12.2008), para. 101, 110, available at curia.eu.int.

18 Mills, לעיל ה"ש 8.

שניות זו אף רלוונטית לעניין סמכות השיפוט הבינלאומית של בית המשפט שאליו הוגשה התביעה, ולשאלה מתי ראוי שתרכות אחת תכפיף אדם השייך לתרבות אחרת למוסדותיה ותחיל עליו סמכות שיפוטית¹⁹. עד כמה שהדיון נסב סביב תופעת הגלובליזציה, ניתן היה לחשוב כי מבין תתי השאלות שבהן עוסק תחום המשפט הבינלאומי הפרטי, השאלה המוסדית היא השולית ביותר. הדעת נותנת שאם הפתרונות המהותיים המוצעים על ידי בתי המשפט השונים זהים ובכל מקרה בסופו של הליך יוחל אותו הדין על הצדדים, אין לייחס חשיבות רבה למיהות הפורום הדין בעניין, הואיל והפתרון המהותי נחזה להיות זהה גם אם בתי המשפט שמחילים אותו הם רבים ושונים.

אולם בהתעלם מסוגיית הטעות בהבנתו ויישומו של דין זר על ידי פורום שאינו בקיא בו, שכן היקפה של סוגיה זו בעולם גלובלי נראה בעיני משני²⁰, יש חשיבות מהותית לשאלת בחירת האכסניה שבה יתנהל הדיון²¹. חשיבות זו מתורגמת במשפט הבינלאומי הפרטי לדוקטרינות פוזיטיביות, כדוגמת החלת הדין הפרוצדורלי של הפורום (שאלות הנוגעות לקבילות ההליך שעלויות לייתר את הדיון בדין המהותי)²², האופנים השונים שבהם בתי משפט עשויים להידרש לשאלות בעלות רגישות פוליטית (סוגיית השפיטות)²³, ולבסוף, שאלת הדין המהותי שיכריע את הסכסוך, הואיל והפורום עלול להימנע מהחלת דין זר שנוגד את תקנת הציבור שלו.

- 19 ראו לאחרונה ניתוח של תופעת הפורום שופינג בהקשר של פגיעה בשם הטוב: Trevor C. Hartley, "Libel Tourism" and Conflict of Laws, 59 ICLQ 25 (2010).
- 20 אבל ראו ע"א 3299/06 יובינר נ' נטע-לי סקלאר, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין יובינר): "ביצועה של העולה במדינות מסוימות עלולה להפוך את הוכחת הדין הזר לקשה וסבוכה ביותר, דבר הכרוך אף... בחשש לפרשנות בלתי מדויקת של החוק הזר".
- 21 Kevin M. Clermont, *The Role of Private International Law in the United States: Beating the Not-Quite-Dead Horse of Jurisdiction*, in PRIVATE LAW, PRIVATE INTERNATIONAL LAW & JUDICIAL COOPERATION IN THE EU-US RELATIONSHIP 75 (2005), available at ssrn.com/abstract=588321; איריס קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה – בית המשפט העליון של ישראל כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טרנס-לאומית" מחקרי משפט כג 223, 240 (2007).
- 22 כך למשל שאלת הערכת הפיצויים בתביעות נזיקין נחשבת במשפט האנגלי לשאלה פרוצדורלית [2009] EWCA Civ. 1191; *Harding v. Wealands* [2007] 2 AC 1; *Maher v. Groupama Grand Est* [2009] EWCA Civ. 1191.
- 23 ראו לדוגמה Bil' In (Village Council) c. Green Park International Inc., 2009 QCCS 4151 (CanLII), paras. 237-304, available at canlii.org/en/qc/qccs/doc/2009/2009qccs4151/2009qccs4151.html; Alex Mills, *Fear and Mayhem in Equatorial Guinea: Justiciability in Public and Private International Law*, 66 CAMBRIDGE L.J. 3 (2007).

לרוב, תרגומן של דילמות אלו במשפט הבינלאומי הפרטי עדין נעשה דרך משקפי המדינה הריבונית ותחומי פריסתה הלגיטימיים, תוך הכרה בעובדה כי העולם נחלק למדינות אשר ריבונותן לעתים משיקות זו לזו, לעתים חופפות זו את זו ולעתים מתנגשות זו בזו. לכן הפורום, יש אומרים, הוא הגורם המכריע והגורלי ביותר, שכן יכול ופורומים מסוימים יהיו "משוחזרים" לטובת מתדיינים מסוימים או חוקים מסוימים ולכן יועדפו על ידי מתדיינים מסוימים. בראייה יותר מופשטת הפורום הוא ביטוי אבסטרקטי לגבולות ולקטבים במרחב השיפוטי, והגם ששאלות הנוגעות לסמכות שיפוט אינן עולות לרוב לכדי דילמות מוסריות קשות, בדבר מלחמות תרבות או דת, או לשאלות בדבר חיים ומוות²⁴, הן בכל זאת נוגעות לשאלות בדבר לגיטימיות ההכרעה השיפוטית, האופן הראוי להפעלת סמכויות מוסדיות, ובסופו של יום הן תורמות לעיצוב זהותם של פרטים.

הסרת העטיפות השונות שבהם נוטים לעטות סוגיה זו, חושפת את השאלה המזוקקת שעמה מנסות המדינות להתמודד – מהי הגדרת הזיקה המינימלית הנדרשת להתקיים בין אירוע מסוים ואנשים שחוללו אותו למדינה המעוניינת להפעיל את ריבונותה כך שהפעלת הכוח תתפס כלגיטימית בעיניהם של הצדדים לאירוע, של החברות שלהן הם משתייכים ובעיניהן של מדינות אחרות²⁵? עוד אמת ידועה היא כי מדינות כמהות לכוח ולכן נכספות לדחוק את הגבולות ולהגדיר את סמכותן הריבונית בצורה רחבה. דא עקא, סמכות שיפוטית אינה פועלת בוואקום. כל הרחבה של סמכות זו פולשת למה שנתפס על ידי מדינות אחרות כריבונותן הלגיטימית ומעוררת לחצים בין-מדינתיים. אשר על כן, תופעת הגלובליזציה ותפקידה הלגיטימי של המדינה במרחב הגלובלי בהחלט רלוונטיים לעניין סמכות השיפוט הבינלאומית של בית המשפט שאליו הוגשה התביעה. אם נדרשת ראייה נוספת לכך, הרי שניתן להזכיר בהקשר זה כי מבין שלושת הסוגיות שבהן עוסק המשפט הבינלאומי הפרטי, בית המשפט הישראלי נוטה להידרש לתופעת הגלובליזציה באופן המקיף ביותר כאשר הוא נדרש לשאלת הסמכות הבינלאומית של בתי המשפט הישראליים, והכול במסווה של התאמת דוקטרינות ישנות בדבר סמכות שיפוט לתנאי המודרנה.

במאמר זה אציע לבחון מחדש היבט אחד של תפיסת הריבונות – דהיינו את הדוקטרינות שפותחו על ידי בית המשפט בשאלת הסמכות הבינלאומית – נוכח תופעת הגלובליזציה. הטענה שאציג להלן הינה כי על בית המשפט לקחת ברצינות את התופעה המורכבת של הגלובליזציה ולא להסתפק בהיבט שטחי שלה בדבר קלות בניידות ובתקשורת בשל פיתוח אמצעים טכנולוגיים. אטען כי על בית המשפט להביא בחשבון את

24 אם כי הן כמובן יכולות לגעת גם בדילמות אלו, לדוגמה בכל הנוגע לשאלות בדבר הסגרה, ביגמיה, הכרה בנישואין של בני זוג בני אותו מין וכד'.

25 לניתוח המצב המשפטי בארצות-הברית ראו Braham Boyce Ketcham, *Related Contacts for Specific Personal Jurisdiction over Foreign Defendants: Adopting a Two-Part Test*, 18 *TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS.* 477 (2009).

התהפוכות שעברו על הגדרת המדינה ותפקידיה בעולם הגלובלי בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי, לזנוח תפיסות ארכאיות ולעשות רוויזיה מחשבתית בשאלת הסמכות הבינלאומית. אפתח בהצגת העמדה המודרנית של המשפט הישראלי לרכישת סמכות בינלאומית לאור תופעת הגלובליזציה (פרק ג). אמשיך בדיון ביקורתי על הרציונלים של תופעת הגלובליזציה ואופן השפעתה על הגדרת תפקידיה של המדינה, ולכן גם על הגדרת הסמכות הלגיטימית של סמכות הבינלאומית של בית המשפט הישראלי בנוגע לרכישת סמכות בינלאומית על הנתבע (פרק ד). לבסוף אדון באופן ביקורתי בהשפעת הגישה המודרנית לדידי, על הפרשנות הראויה לדוקטרינת הפורום הלא נאות המנוגדת לפרשנות הנוהגת במשפט הישראלי (פרק ה).

ג. רכישת סמכות בינלאומית על ידי בתי המשפט הישראליים – הרטוריקה בדבר הגלובליזציה

הכלל בדבר סמכות שיפוט הוא בינארי. במקום שבו יש לבית משפט סמכות הוא רשאי להכריע מי הוא הזוכה בסכסוך ולקבוע את עונשו של המפסיד. במקום שבו אין לו סמכות הוא אינו יכול לעשות דבר. פועלה של סמכות השיפוט הוא שחור או לבן, אין תחום אפור בין קצוות אלו. במסגרת זו פותחו בישראל על ידי מחוקק המשנה ובתי המשפט כללי סמכות נוקשים ומכניים, שנדמה ששיכים לעידן שבו הפורמליזם עדיין שלט במשפט ולדוקטרינה היה תפקיד מרכזי²⁶.

מקובל לחלק את סמכותו הבינלאומית של בית המשפט הישראלי לשני ראשים²⁷. האחד נובע מהיסוד הטריטוריאלי. באירוע המבוסס על יסודות זרים, הכלל במשפט הבינלאומי הפרטי הוא כי נתונה לבית המשפט בישראל סמכות על נתבעים המצויים בישראל²⁸. על

26 על המרת הפורמליזם בערכים ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 33 (1993).

27 בית המשפט הישראלי רוכש גם סמכות על בסיס הסכמת הצדדים. ראו משה בר ניב (בורנובסקי) "הסכמה לשיפוט זר בחוזים עסקיים" עיוני משפט כ 25 (1996); Stephen Goldstein, *Israel, in Declining Jurisdiction in Private International Law*, Reports to the XIVth Congress in the International Academy of Comparative Law 259, (J.J. Fawcett ed., 1995), 274.

28 יואל זוסמן סדר הדין האזרחי 34 (מהדורה שביעית, 1995). בית המשפט חזר ופסק לאחרונה את המובן מאליו (אם כי בדעת רוב) כי בהיעדר זיקה פרסונלית וטריטוריאלית של בני זוג לישראל, אין בית הדין הרבני יכול להחיל את סמכות שיפוטו כדי להביא בן זוג סרבן ליתן גט לאשתו. ראו בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004).

התובע ללכת אחר הנתבע, שכן לנתבע זכות להישפט בפורום שבו הוא נמצא. ההיגיון הרווח במישור הפנימי הישראלי בדבר אי-הרצון להכביד על הנתבע תופס גם במישור הבינלאומי. הראש השני הינו מהותי. בנסיבות מיוחדות וחריגות, כאשר הנתבע אינו נוכח בישראל, בית המשפט הישראלי יוכל לרכוש סמכות על הסכסוך בכפוף לקיומה של זיקה כלשהי לישראל מבין רשימת זיקות סגורה המנויה בתקנות סדר הדין האזרחי²⁹. לכאורה, מדובר בכללים ספורים, בהירים, הנהנים משקיפות וקלים להחלה. כללים סדורים, קטגוריאליים המקדמים ודאות. לכן, נהוג לראות בסוגית סמכות השיפוט שאלה דוקטרינרית, טכנית, פשוטה ונוקשה ללא עומק תאורטי; שאלה אשר עניינה ביכולתם של הצדדים לסכסוך לצפות תוצאתם של כללים אלו בחושבם על סכסוך עתידי. זו אחת הסיבות המרכזיות שבעבר התעקש בית המשפט ליתן לכללים אלו פרשנות צרה המצמצמת את סמכותו³⁰. עם זאת בשנים האחרונות הפרשנות השיפוטית שנותן בית המשפט לכללים הללו השתנתה והרטוריקה של בית המשפט עוברת טרנספורמציה. בית המשפט אינו נכון עוד לפסוע בנתיב הפרשנות הדוקטרינרית, אלא בוחר להרחיב את סמכותו השיפוטית הבינלאומית בהעניקו פרשנות מרחיבה לאותם כללים. בהקשר זה יש לומר כי בארצות-הברית נדמה כי הכללים בדבר סמכות השיפוט מסתירים מקסם שווא או שקר אציל³¹, שלפיו בעוד בית המשפט שואף להציג את הכללים הנוגעים לסמכות השיפוט הבינלאומית ככללים נוקשים שאינם מאפשרים מקום לחריגים, בפועל לא פעם הכללים הנוקשים מתגמשים והחריגים המצומצמים מתרחבים כך שהרטוריקה בסוגיית סמכות השיפוט מתעתעת, מוליכה שולל ומשמשת כמסכה מפני המציאות³². לעומת זאת בית המשפט הישראלי מצהיר במפורש על מהלך של התנתקות מהעבר כמו גם על נכונות לקוט במדיניות שונה ומרחיבה³³.

- 29 תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי מערבת למעשה גם שיקולים פרסונליים: ראו למשל תקנה 500(1) או 500(10).
- 30 כך גולדשטיין כתב פרק על ישראל בספר שעסק בסירובם של בתי משפט להפעיל את סמכות שיפוטם; Goldstein, לעיל ה"ש 27, בעמ' 274.
- 31 Frederic M. Bloom, *Jurisdiction's Noble Lie*, 61 STAN. L. REV. 61 (2009).
- 32 למגמת הרחבה של סמכות השיפוט הבינלאומית ראו גם לאחרונה במדינת אונטריו (קנדה), *Van Breda v. Village Resorts Limited* [2010] ONCA 84, available at ontariocourts.on.ca/decisions/2010/february/2010ONCA0084.htm (להלן: עניין *Van Breda*).
- 33 רע"א 11119/05 *Invensys Powerware Limited* נ' אריה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 2006); רע"א 11822/05 *Philip Morris USA inc* נ' אל רואי, בפס' ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2006) (להלן: עניין *Philip Morris*). אם כי בית המשפט העליון לעתים מערפל את התמונה בקובעו: "בעולם הגלובלי נחלש המבחן של "מירב הזיקות" כבסיס לבדיקת הנאותות, אף כי לא עבר מן העולם"; רע"א 749/05 *Insight Venture Partners IV L.P* נ' טכנו הולד אחד בע"מ, בפס' ה לפסק דינו של השופט

יתירה מזאת, בית המשפט רותם לצורך השגת מדיניותו השיפוטית דוקטרינה נוספת – דוקטרינת הפורום הלא נאות – שנועדה במקור להיות דוקטרינה מאזנת ומרככת, המספקת תרופת נגד לכללים הנוקשים בדבר סמכות השיפוט והמאפשרת לפטור בתי משפט מהצורך לדון בתיקים שעמם היו נאלצים להתמודד אלמלא קיומן של הדוקטרינות הנלוות. דוקטרינה זו מתהפכת על ראשה על ידי בית המשפט המשתמש בה ככלי שרת בכדי לעצב את סמכות שיפוטו באופן גמיש. בית המשפט משעבד אותה לטובת קידום המדיניות שאותה טווה. הוא עושה זאת תוך מתן לבוש פרקטי למהלך זה, בבחינת התאמת הדוקטרינות למציאות החיים המשתנה ולתופעת הגלובליזציה, מבלי שמנסה להציג נרטיב תאורטי להשתלשלות זו³⁴. להלן אדגים את התופעה בסקירת הפסיקה ביעף וממבט ממעל, בלא לרדת לנבכי הפרטים של פסקי הדין. רוב השאלות הנוגעות לסמכות השיפוט כפי שהן באות לידי ביטוי בפסקי הדין, הן נקודתיות ונסבות סביב עובדות ספציפיות וכמעט שאינן ניתנות להכללה. מקצתם של פסקי דין אלו אף אינם קשורים ישירות לתופעת הגלובליזציה. אולם כידוע, גם פסקי דין "קטנים", הנחזים להיות שוליים ומצומצמים ושאינם עולים לכדי "אבני פינה שיפוטיות", עשויים לשמש מכשיר לעיצובה של הלכה רחבה ומשמעותית. לכן, מבט-על שכזה משרת את היעד הסופי, דהיינו הצגת השינוי ברטוריקה השיפוטית, שלפיה בית המשפט משתמש בתופעת הגלובליזציה כפוטנט להגדלת סמכות שיפוטו.

1. רכישת סמכות מכוח נוכחות

סמכות שיפוט פרסונלית על אנשים הנמצאים בישראל נוגעת לשאלה אם לבית המשפט בישראל סמכות לדון בתביעה מסוימת ביחס לנתבע פלוני, תוך שקלול שיקולים ראויים בדבר הגינות כלפיו, השתייכותו לחברה שבה מצוי הפורום, נימוס כלפי מדינות אחרות, זהירות בשימוש במשאבים שיפוטיים וכד'. אולם הגם שסמכות השיפוט הבינלאומית מבוססת על סעיפים ספציפיים ודורשת ראיות מוצקות בדבר ביסוס הקטגוריות המצויות בסעיפים הללו, בפועל לא נוקט בית המשפט בפרשנות נוקשה בכל הקשור לדרישה כי תתקיימה הדרישות המפורשות בסעיפים אלה.

בעוד שבעבר הפרשנות המקובלת לתקנה 477 לתקנות סדר הדין האזרחי – המאפשרת המצאה למי שנמצא מחוץ לשיפוט באמצעות מורשה או עורך דין המצוי בישראל – חייבה לצורך התקיימות הדרישה של "מורשה" או "עורך דין" עמידה בתנאי כפול ש"עורך הדין

רובינשטיין (פורסם בנבו, 2005) (להלן: עניין *Insight Venture Partners*); רע"א 6325/04 וינברג נ' נבון, בפס' 6 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2004).

34 לדיון ביקורתי מעמיק ומקיף ראו *MICHAEL KARAYANNI, FORUM NON CONVENIENS IN THE MODERN AGE: A COMPARATIVE AND METHODOLOGICAL ANALYSIS OF ANGLO-AMERICAN LAW* (2004).

או המורשה" יידע את הנתבע בדבר הגשת התביעה וגם קיום של אקט פורמלי של המצאה³⁵, הרי שכיום הפסיקה כבר כמעט שאינה עוסקת בהתפלגויות שונות סביב השאלה מי ייחשב "מורשה או עורך דין" לצורך התקנה. הרטוריקה אינה עוד שיח בדבר תוכנם המדויק של מושגים ונאמנות עיוורת להגשמת רצונו של מתקין התקנות. בית המשפט אינו מנסה להבין את המילים, להחיל תקדימים ולהתחקות אחר כוונת מחוקק המשנה. בית המשפט נמצא נוטש את המגבלות והדרישות הדוקניות. כך, בית המשפט קבע במפורש כי אין לפרש את הדיבור "מורשה" במשמעות הטכנית של שלוח, אלא המבחן הקובע לשאלה זו הוא קיומה של דרגה כזו של אינטנסיביות של הקשר שבין המורשה לנתבע, שיש להניח כי המורשה יעביר לידיעת הנתבע את דבר ההליכים שהוגשו נגדו. הא ותו לא. עוד נקבע שמשמעות המונח "עורך דין" לצורך תקנה 477 רחבה יותר ממשמעות מונח זה לצורכי ייצוג. במילים אחרות, בית המשפט נתן פרשנות מרחיבה לנוכחות בישראל ונטה לראות כנוכח גם את מי שבפועל נמצא מחוץ לישראל, כל עוד נכח בישראל מאן דהוא אחר, אשר תוך שימוש באמצעי הטלקומוניקציה המודרניים יכול, לשיטת בית המשפט, ליידע את הנתבע בדבר התביעה. התובע אינו מתבקש להוכיח לבית המשפט את דבר הידוע בפועל, אלא די שבית המשפט השתכנע שתאורטית יידוע שכזה היה אפשרי. יתירה מזאת, הגם שבית המשפט קובע כי הפרשנות היא מרחיבה, הגדרה מדויקת של כמות הראיות הנדרשת ומידת האינטנסיביות שיש להוכיח מותרות שיקול דעת רחב בידי בית המשפט להכריע בסופו של דבר בכל מקרה לפי נסיבותיו.

הוא הדין לעניין הגדרת התיבה "אזור השיפוט" שבתקנה 482 לתקנות סדר הדין האזרחי, המאפשרת אף היא המצאת כתבי ביידין למי שמצוי מחוץ לתחומי המדינה באמצעות מורשה הנוכח במדינה³⁶. בית המשפט מודה כי תיבה זו התייחסה במקור לתחום השיפוט המקומי ולא למצבים שבהם הנתבע מצוי מחוץ לשטח השיפוט של מדינת ישראל, אולם הוא קובע כי יש להרחיב את תחולתה של תקנה 482 גם למצבים "חובקי עולם", הואיל ותקנה זו עוסקת באופן שבו יש להמציא לנתבעים כתבי ביידין ואינה קובעת כללים בדבר סמכות שיפוט בינלאומית, פרשנות אשר מתאימה למציאות המודרנית שבה העברת מידע היא זמינה וקלה לביצוע³⁷. כך גם לגבי הגדרת התיבה "עסק או עבודה" לצורך תקנה

35 רע"א 1947/91 שטיין נ' כץ, פ"ד מה(4) 705, 708, בפסק דינו של השופט לוין (1991).

36 לתמיכה בגישה פרשנית מרחיבה לתקנה 482 ראו יעד רותם ואיריס לוי-עבודי "המצאה לימורשה בהנהלת עסקים" – מה הדין? על התאוריה החדשה של סמכות בין-לאומית" ספר אורי קיטאי 315 (בועז סנג'רו עורך, 2007).

37 רע"א 2737/08 ארבל נ' TUI AG, בפס' 13 לפסק דינו של השופט דניציגר (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין ארבל). עם זאת בית המשפט נתן פרשנות מצמצמת לאפשרות המצאת כתבי ביידין לחברות בנות באמצעות מורשה של חברת האם אשר בינן לבין המורשה אין דבר, באומרו כי "אין מקום להרחיב את תחולתה של תקנה 482(א) לתקנות כאמור לעיל הואיל

482. בית המשפט נכון ללכת בניגוד לכוונת המחוקק ופוסק שאף אם קיים ספק כי כוונתו המקורית של מתקין התקנות הייתה שהתקנה תחול על המקרה העובדתי שבפניו, הרי כל עוד הדיבור האמור בתקנות יכול לסבול, מהבחינה הלשונית, גם פרשנות מרחיבה, יש להעדיפה. ברוח זו פסק בית המשפט לאחרונה כי ארגון טרור הינו בבחינת עסק או עבודה³⁸. עוד פסק בית המשפט כי הימצאותו של טרוריסט המשתייך לארגון זה במאסר בישראל, די בה כדי לראות את הארגון כנוכח בישראל, שכן חזקה על הטרוריסט שיידע את הארגון על קיומה של תביעה בעניינו³⁹. בדרך זו מצמיח בית המשפט גמישות במקום שהייתה רווחת נוקשות.

בנוסף הרחיבו בתי המשפט את ההכרה באפשרות רכישת סמכות מכוח תפיסת הנתבע בישראל. הכוונה למצבים פתולוגיים במיוחד, שבהם הנתבע אינו אזרח או תושב ישראלי ולמעשה מצוי בה באקראי או מסיבות שאינן תלויות בו. בעניין זה בית המשפט הישראלי קונה סמכות שיפוט בינלאומית אפילו אם אין לצדדים או לעילת התביעה כל זיקה לפורום הישראלי המעוניין להפעיל את סמכות שיפוטו, למעט העובדה שהנתבע נכח על אדמת ישראל בעת ביצוע ההמצאה, אפילו כאשר הימצאותו בארץ היא אקראית וזמנית⁴⁰. הפסיקה אפשרה רק חריגים בודדים לכלל והם מتركזים בפעולת התובע. כאשר הסיבה שהנתבע מצוי בישראל נעוצה בהתנהגות שלילית מצד התובע, לא ירכוש בית המשפט סמכות. כך למשל הפסיקה הזכירה כנסיבה שלילית את המצב שלפיו התובע הביא להגעתו של הנתבע לארץ בדרכי רמייה. סיטואציה פסולה אחרת הינה כאשר התובע אורב לנתבע המגיע

והכרות בת או חברות אחרות, אשר אינן פועלות בישראל, אינן נוטלות סיכון צפוי להתדיינות בבית משפט ישראלי"; עניין ארבל, שם, בפס' 15 לפסק דינו של השופט דנציגר.
38 ע"א (מחוזי י-ם) 3426/09 רייזל נ' ארגון הג'יהאד האיסלאמי, בפס' 4 לפסק דינה של הנשיאה ארד (פורסם בנוב, 2010).

39 שם.

40 לשאלה זו נדרש עוד בשנת 1980 פרופ' גולדשטיין, במאמרו סטיבן גולדשטיין "סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע – הלכה למעשה כיום" משפטים י 409, 417 (1980). העילה הישירה לכתיבת מאמרו זה הייתה כניסתה לתוקף של תקנה 6 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, שהעניקה לבית המשפט בירושלים סמכות שיפוט מקומית שיווית בהיעדר מקום שיפוט אחר לבית משפט מתאים יותר. תיקון זה הוא שאפשר בפועל לבתי המשפט בישראל לעשות שימוש נרחב בדוקטרינה בדבר רכישת סמכות בינלאומית מכוח תפיסה, שהייתה עד אז רדומה. בתמצית ניתן לומר כי אליבא ד'גולדשטיין, רכישת סמכות מכוח תפיסה במצבים אלו היא לגיטימית ובלבד שיוותר שיקול דעת בידי בית המשפט לבחינת נאותות הפורום. דהיינו, הנטל עובר אל כתפי הנתבע ובמצבים שבהם יוכח לבית המשפט על ידי הנתבע כי קיים בעולם פורום אחר מהפורום הישראלי הנאות במידה משמעותית לדון בתביעה, וכי עיכוב ההליכים אין בו כדי לשלול מהתובע יתרון שיפוטי או אישי לגיטימי שהיה עומד לטובתו לו המשיכה התביעה להתברר בפורום הישראלי, יעכב בית המשפט הישראלי את ההליכים בפניו ויעביר את הצדדים להתדיין בפני בית המשפט הזר.

לשהייה ארעית מובהקת בישראל, כפי שקובע בית המשפט: "אכן אם יארוך התובע לנתבע תושב-חוץ שנמצא במעבר בנמל התעופה בלוד, וימציא לו שם כתב-תביעה כדי לבסס על ההמצאה שיפוטו של בית-המשפט בישראל, יתכן שבית-המשפט יבטל את ההמצאה, לבקשת הנתבע, מהיותה שימוש לרעה בהליך שיפוט"י"⁴¹. ואולם בפועל בית המשפט הישראלי לא היה נכון לפסול תפיסה של הנתבע. כך לאחרונה הומצאו כתבי בי דין לנתבע זר שעה שהוא שהה בישראל לשם מתן עדות במשפט פלילי שאינו קשור להליך האזרחי שבגינו נתפס. אפילו במקרה קיצוני זה, שבו לתובעים, לעילת התביעה ולנתבע לא היה כל קשר לארץ, לא מצא בית המשפט כי יש בתפיסה זו של הנתבע משום שימוש לרעה בהליכי משפט, ופסק לטובת התובע לעניין רכישת סמכות השיפוט הבינלאומית של הפורום הישראלי⁴². עוד פסק לאחרונה בית המשפט העליון כי בית המשפט הישראלי יכול שיהיה הפורום הנאות בתביעה כנגד הרשות הפלסטינית ונציגה, בין היתר מכוח העובדה שהנציג נמצא במאסר בתחומי מדינת ישראל⁴³. מעבר לעובדה שהימצאות במאסר עולה לכדי הימצאות פיזית כפויה, הצטברותן המיוחדת של הנסיבות לא הניעה את בית המשפט לשקול את האפשרות שייתכן שבית משפט ישראלי לא יהווה פורום אובייקטיבי כלפי הנתבע, או את החשש שייתכן ודווקא הפעלת סמכות השיפוט על ידי פורום ישראלי תגדיל את הקרע בין העמים ותגדיל את הריחוק בין מדינת ישראל לרשות.

ודוק, אין כוונתי לטעון כי פסקי דין אלו בהכרח מוטעים ושגויים או נכונים וצודקים. מטרת סקירתם כאן היא להראות שדווקא גבוליותם מצביעה על כך שהכללים המודרניים בדבר סמכות השיפוט אינם מהווים מגבלה קטגורית על בתי משפט, אלא הם מכשיר מעודן להפעלה מתוחכמת של שיקולי מדיניות, המאפשר לבית המשפט לנווט לתוצאה אליה כיוון להגיע. במקרים אלו נדמה שאין מדובר בהכרעה עקרונית בדבר תיחום גיאוגרפי של סמכות

41 בר"ע 156/73 **Uniroyal Inc.** נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד כח(1) 229, בפס' 4 לפסק דינו של מ"מ הנשיא זוסמן (1973).

42 רע"א 9810/05 **Martin J. Hecke** נ' **Pimcapco Limited**, (פורסם בנבו, 2009) (להלן: עניין **Martin J. Hecke**). תוצאת פסק הדין אינה נוחה. אי-פסילת ההמצאה עלולה ליצור תמריץ שלילי לעדים זרים להגיע לארץ לשם מתן עדות במשפטים פליליים המתנהלים במדינה, וזאת גם אם המחלוקת האזרחית שבין הצדדים אמיתית ואין ליחס לתובע חוסר תום לב בכך שהכין את התביעה במיוחד לשם הפעלת לחצים על הנתבע. בית המשפט מתעלם מן הבעייתיות הטמונה בהפיכתם של עדים המגיעים לישראל לצורך הבטחת האינטרס הציבורי שבניהול הליכים פליליים, ל"שבויים" בידיו של הליך אזרחי.

43 רע"א 11019/08 הרשות הפלסטינית נ' אזוז, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 2009). המצאה לתושב השטחים נעשית לפי צו שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) (שטחי המועצה הפלסטינית – עזרה משפטית בעניינים אזרחיים), תשנ"ט-1999; לדיון ביקורתי ראו ברוך ברכה "המצאת כתבי בי-דין לשטחים המוחזקים" משפטים ד 119 (1972).

השיפוט הלגיטימית של בתי המשפט הישראליים, אלא הכרעה פרגמטית. אכן, לא פעם נדמה שהשיקולים בדבר סמכות שיפוט אינם קנוניים אלא תכליתיים.

2. רכישת סמכות מכוח תקנה 500

כך גם לעניין פרשנותה של תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, אשר בחלקה דנה ברכישת סמכות פרסונלית על נתבעים שאינם מצויים בישראל ובחלקה דנה ברכישת סמכות עניינית על בסיס מהותם של סכסוכים המובאים בפני בית המשפט הישראלי. בעבר נטה בית המשפט לפרש את התקנה בצמצום, באומרו שהרציונל העומד מאחורי התנאים המוקדמים המנויים בתקנה 500 הינו כי הימצאה מחוץ לתחום השיפוט מקנה לבית המשפט בישראל סמכות לדון בתביעה, במצבים שבהם בדרך כלל אין לו סמכות לדון בה, דהיינו על נתבע שאינו נמצא בישראל, והדיון בה עלול להביא להרחבת סמכות השיפוט של בית המשפט מעבר לתחומה של המדינה, העשויה להביא לידי התנגשות של סמכויות ולפגיעה בכללי הנימוס הבינלאומיים⁴⁴. עוד הוסיף בית המשפט בעבר ואמר כי המקרים השונים המנויים בתקנה 500 לתקנות הם חריג והם מוגדרים בהתחשב בנוהג הבינלאומי, הסובל את הרחבת השיפוט כלפי חוץ, לצורך עניינים מסוימים, על בסיס הדדיות. מטרת התנאים המוקדמים היא לוודא שתושב חוץ לא יוטרד בעניין החורג ממקרים אלו, ולכן יש לראות את העילות המנויות בתקנה 500 רשימה סגורה, שיש לפרשה בצמצום ולטובת הנתבע⁴⁵.

לאחרונה נכון בית המשפט מידי פעם להחיל פרשנות מרחיבה בכל הנוגע לתקנה 500⁴⁶. כך למשל פרשנות מרחיבה הוחלה על ידי בית המשפט לעניין תקנה 500(10), המאפשרת הימצאה מחוץ לתחום השיפוט כאשר האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהומצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה⁴⁷. תקנה זו פורשה בעבר בצמצום כך שנתבע זר שהוזמן לתביעה בישראל מכוח התקנה מנוע היה מלידתן הודעת צד ג' לצד זר מכוח תקנה זו⁴⁸. ואילו לאחרונה שינה בית המשפט את ההלכה כך שניתן כיום ליתן הודעת צד ג' לצד זר מכוח תקנה זו. בית המשפט

44 ע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Company Ltd., פ"ד נח(2) 465, בפס' 10 לפסק דינו של השופט גרוניס (2004).

45 טליה קונפינור-שר סמכות שיפוט על נתבע זר 44 (2000).

46 "מכל שכן חלה המגמה [בדבר פרשנות מרחיבה] לגבי תקנה 500"; עניין Philip Morris, לעיל ה"ש 33, בפס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

47 לשאלת סמכות השיפוט במצב של ריבוי נתבעים בשיטת המשפט של האיחוד האירופי ראו Sophia Tang Zheng, Multiple Defendants in the European Jurisdiction Regulation, 34 Euro. L. Rev. 80 (2009).

48 רע"א 3765/90 אלבה מכוונות לעיבוד מתכת בע"מ נ' Clogar S.P.A., פ"ד מה(1) 353 (1990).

קובע במפורש: "גישה זו מיישמת שיקולים של מהות להבדיל משיקולים לשוניים צרים"⁴⁹. ניתן להזכיר דוגמאות מרחיבות נוספות⁵⁰.

פסקי דין אלו מלמדים כי בית המשפט מניח, גם אם באופן סמוי, כי בשל כך שאנו חיים כיום בכפר גלובלי אין זה משנה לצדדים לאיזו מדינה משתייך בית המשפט שבפניו הם מתדיינים. מובן כי נוכח הנחה זו בוחר בית המשפט לפרש בצורה רחבה את דרישת הנוכחות ואת יסודותיה של תקנה 500 עד כדי הפיכתן לכמעט פיקטיביות. עיקר הביקורת שנמתחה על בית המשפט בהקשר זה הייתה במישור הפרקטי, שלפיו בית המשפט נותן משקל פחות מדי לנוחות הצדדים (והכוונה בייחוד לנוחות הנתבע) שיכולה עדיין להוות בעיה קרדינלית גם בעולם גלובלי⁵¹. נתבע שאינו נוכח באופן אמיתי במדינת הפורום, כך המבקרים, עשוי למצוא עצמו באי-נוחות לכשיידרש להוכיח עמדתו – ולהביא עדיו – בפני הפורום. עוד נטען שבית המשפט מתעלם מבעיה פרקטית נוספת והיא החשש שלא ניתן יהיה לאכוף את פסק הדין בשל סירובם של פורומים אחרים לאכוף פסק דין שמקורו, לשיטתם, בפורום אשר הגדיר את סמכותו בצורה רחבה.

אולם לדעתי הביקורת שאותה ניתן להשמיע בהקשר זה נוקבת יותר ונוגעת להמשגה מוטעית של תופעת הגלובליזציה. אדגים את טענתי באמצעות הסוגיות הספציפית בדבר רכישת סמכות מכוח תפיסה הנתבע ורכישת סמכות על חברה המשווקת מוצריה למדינה אחרת, ואדון בהן באופן ביקורתי. עם זאת הדיון להלן הוא בבחינת דוגמה לטיעון מורכב יותר, שניתן להחילו על מכלול ראשי הסמכות המוזכרים לעיל.

49 רע"א 5150/02 וינברג נ' ביילס, פ"ד נח(2) 205, בפס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות (2003).

50 לדוגמה ניתן להזכיר את הפרשנות שניתנה לתקנה 500(7), אשר בעבר פורשה כתקנה המאפשרת היתר המצאה לחו"ל כאשר עילת התביעה היא נזיקית. והנה לאחרונה בית המשפט הרחיב את תחולתה גם לעניין ניהול משא ומתן בחוסר תום לב, הגם שבמקור "ביקשה תקנת המשנה האמורה לכסות עילות תביעה בנזיקין..."; רע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd, בפס' 14 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2007) (להלן: עניין אשבורן). כדוגמה נוספת יכול לשמש סעיף 136 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, אשר לאחרונה פורש כמאפשר לבתי המשפט בישראל לדון בכלל ירושתו של אדם שמקום מושבו בעת מותו לא היה ישראל, אך הניח נכסים בישראל. בית המשפט דחה לאחרונה את הפרשנות שלפיה הוא יהיה מוסמך להכריע בירושה רק לגבי הנכסים המצויים בישראל, בטענה שהפרשנות המרחיבה "עולה ישירות מלשון החוק" (ההדגשה במקור); רע"מ 9914/09 פלונית נ' פלונית, בפס' ו' ו-ו' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2010) (להלן: עניין פלונית).

51 TALIA EINHORN, PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN ISRAEL 279 (2009).

ד. רכישת סמכות בינלאומית על ידי בתי המשפט הישראליים – הרטוריקה בדבר הגלובליזציה: ניתוח ביקורתי

הטענה הנטענת במאמר זה הינה אפיסטמולוגית. הנורמה הנגזרת מעובדת היותנו חיים בעולם גלובלי הפוכה מהמגמה שעליה מצביעה הפסיקה. מובן כי בית המשפט נדרש לתופעת הגלובליזציה כדי להרחיב את סמכות השיפוט הבינלאומית שלו, הן לעניין עצם רכישת הסמכות והן כהצדקה להפעלת שיקול הדעת להימנע מעשיית שימוש בסמכותו בקמצנות במסגרת דוקטרינת הפורום הלא נאות, והשארית התדייניות רבות ככל האפשר בפני הפורום הישראלי. אולם, ובכך העיקר, הדבר נעשה על חשבון ערכאות זרות שלהן זיקה משמעותית לסכסוך, והכול תוך הדגשת האלמנט הטכני של הגלובליזציה בדבר אמצעי הטכנולוגיה לפישוט האלמנטים הפרוצדורליים של יידוע הנתבע ושמיעת הראיות, ותוך התעלמות מהאלמנטים המהותיים (שיקולים מדרג שני) של תופעת הגלובליזציה המעודדת ניידות של אנשים.

העולם הגלובלי מוזן מחופש התנועה של אנשים. בעולם הגלובלי אנשים נקראים ליצור קשרים עסקיים וחברתיים חוצי גבולות, במטרה לקדם את עצמם, להגדיל את העושר ולשכלל ולפתח את החברה בכללותה. אכן, תנאי המודרנה עלולים להפוך את כללי הסמכות המסורתיים לענייניים פחות, שכן הם מפשטים את ניידות האנשים ומשום כך הסיכוי כי נתבעים יתפסו בפורום חסר קשר ענייני לסכסוך ילך ויגבר⁵². אך הפרטים שבחרים לחצות גבולות ולממש את האפשרויות שהעולם הגלובלי פותח בפניהם אינם אמורים לחשוש שתושב עליהם מעמסה שלילית. הם אינם אמורים לחשוש מהאפשרות שהם חושפים את עצמם לסמכות שיפוט של ערכאות זרות להם. כדי לעודד חופש תנועה זה יש להבטיח שהאנשים המממשים את זכותם לחופש תנועה (למשל בבואם להעיד במסגרת תיקים פלילים שמנוהלים על ידי הפורום, דהיינו כאשר הם משרתים אינטרסים ציבוריים של מדינת הפורום, או כדי לעשות עסקים עם אנשים מעבר לגבולות מדינת ריבונותם) לא יחששו מן האפשרות שבתי משפט נטולי כל זיקה אליהם, או בעלי זיקה קלושה, ירכשו עליהם סמכות בינלאומית. יש לאזן מצבים שבהם העולם הגלובלי מוטה לטובת התובע, בהקלו עליו למצוא פורום לתביעתו ולהגן על הנתבע אשר אין לו שליטה מעשית על בחירת הפורום, אשר עלולה לנגוד לעתים ערכי הגינות בסיסיים⁵³.

52 מיכאיל 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 67, 90 (2002).

53 ראו Clermont, לעיל ה"ש 21, בעמ' 111. כך מעוררת ספקות עמדת בית המשפט שלפיה: "סבורני כי ניתן לומר שלאור היותה של טורקיה יעד תיירותי פופולארי עבור ישראלים רבים, ישנו אינטרס לפורום הישראלי להקל על ישראלים אשר נפגעים במסגרת טיוליהם בטורקיה

ודוק, גם כאשר נדמה כי בית המשפט נכון להתבונן מעבר ליסוד הטכני באומרו: "לדידי, אין הדברים מעוגנים בהתפתחויות הטכנולוגיות ובנוחות בלבד, אלא אף במבט כולל על "שדרוג" המסחר הבינלאומי"⁵⁴, הרי שהוא אינו נדרש למורכבותה של תופעת הגלובליזציה אלא רק להיבט אחד ספציפי של התופעה, דהיינו היבט הסחר. ודוק, העולם הגלובלי משפיע על תופעות רבות החורגות מעבר לנושא הסחר⁵⁵. ברי כי הוא משפיע על חופש התנועה של סחורות, ועל כן על מעמדם של יצרנים וצרכנים, ועל מערכות יחסים בין מבטחים למבוטחים ובין עובדים למעבידים, אך הוא גם משפיע על חופש התנועה של אנשים נטולי כל מוטיבציה וסטטוס כלכלי ועל בני משפחותיהם או האנשים שעמם הם נמצאים בקשר חברתי. הגברת הניידות בעולם גלובלי מעודדת גם טרנספורמציה בזהותם של הפרטים, בכך שהיא מקלה על ההשתייכות וההזדהות של פרט אחד עם קבוצות ורשתות חברתיות אחרות, תוך יציאה מתחומי הפעולה המסורתיים של סמכות ריבונית⁵⁶. גם בשאלת רכישת הסמכות יש להתחשב בממד הפרסונלי המורכב של העולם הגלובלי, המפשט את האפשרות לניידות והמאפשר ביתר קלות תמורות עמוקות במרכיב הזהות של הפרט המתנייד. כיום הזהות החברתית של פרטים היא מורכבת. אנשים נהנים משיוכים

ולאפשר להם לתבוע את נזיקתם במסגרת הפורום הישראלי; עניין ארבל, לעיל ה"ש 37, בפס' 20 לפסק דינו של השופט דנציגר. ייתכן שהמדיניות דווקא צריכה להיות הפוכה. ייתכן ויש לשקול מצב שבו מדינה אינה מזדרזת להתייצב לימין תובעים שהם בני הלאום שלה, בהעמידה לרשותם פורום לתביעה דווקא במטרה לעודד את חופש התנועה התיירותי (למשל לטורקיה). בדרך זו, בעולם גלובלי, נותני שירותי תיירות טורקיים לא יירתעו מלשרת ישראלים המגיעים לטורקיה, שכן הם ייהנו מן הביטחון היחסי שאם תתעורר תביעה נוכח פעילותם, התובעים הישראליים יתבעו אותם בפני בתי המשפט בטורקיה. ראו באנלוגיה עניין יובינר, לעיל ה"ש 20, בפסק דינה של השופטת נאור. יתירה מכך, במציאות שבה שכיחות הטוילים לטורקיה נובעת, לא פעם, מעלותם הנמוכה, עלולה ההלכה שיצאה מבית המשפט העליון לעודד הגשת תביעות קנטרניות, נוכח זמינות הפורום ועלותו הנמוכה של ההליך. לעמדה אחרת, שלפיה יש משקל חשוב לקשריו של התובע עם הפורום (ולא רק של הנתבע) ראו גם עניין Van Breda, לעיל ה"ש 32, בפס' 86. הלכת ארבל, לעיל ה"ש 37 מבטיחה נגישות לבית משפט, במקרים הרבים שבהם עלות ניהול ההליך בפורום זר גבוהה באופן משמעותי מרמת הפיצוי שעשויה להיפסק לטובת התובע.

54 עניין אשבורן, לעיל ה"ש 50, פסק דינו של השופט רובינשטיין.
55 כך נהוג לדבר על הגלובליזציה לא רק כתופעה כלכלית אלא גם כתופעה חברתית, כתופעה פוליטית וכתופעה משפטית; ראו Laurence Boule, *The Law of Globalization* 5 (2009).

56 בלשונו של קרייני: "נכון הדבר כי תנאי המודרנה הפכו את ההתדיינות בפורום מרוחק לנוחה יותר, אולם בין זה ובין המסקנה כי תנאים אלה מחייבים את צמצום האפשרויות להשתמש בדוקטרינת הפורום הבלתי נאות עדיין יש מרחק נורמטיבי רב, שתנאי המודרנה לא הצליחו להתגבר עליו"; קרייני, לעיל ה"ש 52, בעמ' 90.

תרבותיים סבוכים ונפתלים⁵⁷. באופן סימולטני הפרט משתייך למספר רב של קבוצות תרבותיות המגדירות באופן סינרגטי את זהותו⁵⁸. לכן יש מקום לריכוך הגישה הטריטוריאלית ולהתאמתה לעולם הגלובלי באופן שיתבטא, בהוספת סממנים פרסונליים מהותיים לסמכות השיפוט⁵⁹. אכן, תפיסה טמפורלית לסמכות פרסונלית מעובה יכול שתתורגם באופן מגוון לקריטריונים משפטיים. לנוכח פריצת הגבולות ויכולתם של פרטים ליהנות מחופש תנועה בינלאומי, מן הראוי שהסמכות הריבונית לא תקדש את הנוכחות הפיזית בדלת אמות גבולות הטריטוריה אלא תשקף גם הזדהות חברתית. ברגיל, לפי המשפט הבינלאומי הפומבי הכוונה להזדהות לאומית ובקו זה נוקטות מדינות המשפט הקונטיננטלי. עם זאת מדינות המשפט המקובל מעדיפות את הקריטריון בדבר מקום מגורים ודומיסיל של הנתבע⁶⁰. מקום המגורים משחק תפקיד חשוב גם במודל שאומץ על ידי הקהילה האירופית⁶¹.

ניתן להצדיק את השימוש בקריטריון המגורים במובנו המשפטי (להבדיל מנוכחות מכוח תפיסה שהינה נוכחות אך במובן פיזי) כמצביע לעתים על קשר דינמי, שהינו הדוק

57 באופן אנלוגי. ראו יוסף ויילר "להיות אזרח אירופי – ארוס וציוויליזציה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 189 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998).

58 על הקשר בין משפט בינלאומי פרטי רב-תרבותיות וזהות תרבותית ראו, בית היתר, Annelise Riles, *Cultural Conflicts*, 71 L. & CONTEMP. PROBS. 273 (2008); Paul Schiff Berman, *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era*, 153 U. PA. L. REV. 1819, 1856 (2005); Linda Silberman & Karin Wolfe, *The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization: Two Case Studies – International Child Abduction and Same-Sex Unions*, 32 HOFSTRA L. REV. 233 (2003); Patrick Kinsch, *The Impact of Human rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions*, in INTERCONTINENTAL COOPERATION THROUGH PRIVATE INTERNATIONAL LAW: ESSAYS IN MEMORY OF PETER E. NYGH 197 (Talia Einhorn & Kurt Siehr eds., 2004).

59 Sarah Miller, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, 20 EJIL 1223 (2009).

60 ראו בכלליות, הגם שבהקשר אחר, Gadi Zohar, *Habitual Residence: An Alternative to the Common Law Concept of Domicile?*, 9 WHITTIER J. CHILD & FAM. ADVOC. 101 (2010), available at ssrn.com/abstract=1352964; Pippa Rogerson, *Habitual Residence: The New Domicile?*, 49 ICLQ 86 (2000).

61 Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, O.J., 16 January 2001, L 12, 1. על השפעת המשפט האירופי על המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי ראו עניין יובינר, לעיל ה"ש 20.

יותר עם הטריטוריה מאשר דרישת הלאומיות. בעידן הנוכחי של מוביליות חברתית קריטריון האזרחות יכול לעתים להפוך לביטוי מאובן, שולי וחסר חשיבות בזהותו של הפרט. דרישת המגורים, המוגדרת באופן מגוון על ידי מדינות שונות, כוללת לרוב יסוד סובייקטיבי, המתבטא בהתנהגותו של הפרט (ביטוי לרצונו האוטונומי של הפרט), ויסוד אובייקטיבי בדבר קשר עם הטריטוריה שבה נטען למגורים (ביטוי להכרה של המדינה). הרציונלים המצרפיים הנדרשים להוכחת מגורים משדכים בין שיקולים אישיים לשיקולים ציבוריים⁶². אכן, הכרה במגורים כחולייה חשובה לקביעת סמכות השיפוט נותנת ביטוי להגדרה תרבותית עצמית ואיזון בין האוטונומיה הפרטית לזהות תרבותית, ומדגישה את נכונותו של הפרט לאינטגרציה עם תרבות חדשה שאליה עבר ובתוכה התמקם. כל זה משקף את השינויים העוברים על המשפט הבינלאומי הפומבי והצורך בעמעום הדגשיו הפוזיטיביסטיים האנכרוניסטיים בדבר ריבונות המדינה, לנוכח התפיסה המודרנית שכיום אלו הם הפרטים ולא רק המדינות שיכולים להשפיע על הכללים אשר יתחמו את חוקיות ההתנהגות המצויה תחת עדשת הביקורת. בנותנו ביטוי לבחירה של הפרט במסגרת השאלות בדבר סמכות השיפוט, יתמוך המשפט הבינלאומי הפרטי ויוסיף למגמה במשפט הבינלאומי הפומבי המכירה בריבונות של הפרט והכרה בחשיבותו של היחס בין הפרט לקהילה, כמקור נורמטיבי של המשפט הבינלאומי⁶³.

במקביל יש להביא בחשבון את הגישה המודרנית לריבונות בדבר שיתוף בריבונות, המבוססת על העמדה כי מדינות נוכחו לראות כי לבדן לא יצלה בידיהן להגשים את מטרותיהן הריבוניות. במצב זה הן צריכות לשנס מותניים ולשתף פעולה עם מדינות ריבוניות אחרות⁶⁴. ראייה לכך שניתן לראות את תופעת הגלובליזציה באופן שונה מהאופן שבו בית המשפט נדרש אליה ככל שהדבר נוגע לסמכותו הבינלאומית, ניתן להביא מבית המשפט עצמו. ככל שהדבר נוגע לכללי ברירת הדינים שאותם מפתח בית המשפט⁶⁵

62 ראו לאחרונה הניתוח שעשה בית המשפט בקנדה, Foote Estate (Re), 2009 ABQB 654, [available at albertacourts.ab.ca/jdb/2003-/qb/civil/2009/2009abqb0654.pdf](http://www.albertacourts.ab.ca/jdb/2003-/qb/civil/2009/2009abqb0654.pdf).

63 Mills, לעיל ה"ש 14, בעמ' 257.

64 Berman, לעיל ה"ש 58, בעמ' 1856. ראו גם עניין יובינר, לעיל ה"ש 20, בפס' 25 לפסק דינה של השופטת נאור, לעניין ברירת הדין: "בכפר הגלובלי' עדיפים כללי ברירת דין אחדים", דהיינו כללים התואמים את גישתם של מדינות אחרות לכללי ברירת הדינים; שם, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל: "יתרון חשוב של אימוץ חריג של מקום מושב משותף הוא האחדה עם כללי ברירת הדין בנוזיקין החלים באיחוד האירופאי".

65 כך למשל בשאלת ברירת הדין בנוזיקין טורח בית המשפט העליון לפתח כלל ברירת דין בדבר מקום קרות העוולה, שאינו נתון בקלות למניפולציה על ידי בתי המשפט. כפי שאומר בית המשפט: "[ההפניה אל דינו של מקום ביצוע העוולה] גם יוצרת תמריץ שלילי לבחירה מחושבת של מקום ההתדיינות (forum shopping) משום שהחלתו מביאה לפיחות משמעותי בהשפעת מקום ההתדיינות על תוצאתה"; ע"א 1432/03 ינון יצור ושיוק מוצרי מזון בע"מ

ולדוקטרינות בדבר אכיפת פסקי דין זרים⁶⁶, תופעת הגלובליזציה מתורגמת על ידי בית המשפט לנימוס בינלאומי ולכיבוד הערכאות הזרות, מתוך הבנה שעל בית המשפט הישראלי לחלוק את הריבונות עם בתי משפט אחרים. הכרה זו בעקרונות של צדק פלורליסטי לא חלחלה לעמדה שבית המשפט נוקט ביחס לסמכות השיפוט.

ככל שהדבר נוגע לסמכות שיפוט בינלאומית, ריבונות משותפת משמעותה שכאשר קיים בעולם פורום בעל זיקות טריטוריאליות ופרסונליות מובהקות לרכישת סמכות על הסכסוך, הנימוס הבינלאומי מחייב שפרומים אחרים יימנעו מלדון באותו הסכסוך, יירתעו מ"לחטוף" סמכות במקום שאין להם זיקה טריטוריאלית ופרסונלית לאירוע או לצדדים ויותירו בידי הפרומים האחרים נתח ב"עוגת" ההתדיינות העולמית⁶⁷. לכן מן הראוי הוא שהסמכות הריבונית לא תיעצר בגבולות הטריטוריה, וכי מדינת האזרחות או המגורים תוכל, בתנאים מסוימים, לעקוב אחר אנשים מסוימים אל מחוץ לגבולות המדינה. הגדרת הסמכות הבינלאומית בצורה רחבה אינה מכירה בזכותן הלגיטימית של מדינות אחרות לרכוש סמכות על הסכסוך.

לתפיסה בדבר שיתוף הריבונות יש השלכות על הגדרת סמכות השיפוט גם מנקודת המבט בדבר נכונותם של פורומים לאכוף פסקי דין זרים. עולם גלובלי ראוי שיעודד חופש תנועה של פסקי דין בעת האכיפה, לאחר שבית משפט מוסמך כבר דן בסכסוך והכריע באופן מהותי. ודוק, חופש תנועה זה אל לו להיות מבוסס על העמדה כי מדינות הינן בעלות סמכות שיפוט בלתי מוגבלת ביחס להליכים אזרחיים, אלא דווקא על ההשקפה כי ראוי ששאלות הנוגעות לחיים בצוותא בין מדינות תוכרענה על ידי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המודרניים, המצדיקים החלה מרוסנת של כללי סמכות השיפוט הבינלאומית,

נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, בפס' 29 לפסק דינו של השופט ריבלין (2004) (להלן: עניין ינון); ראו גם עניין יובינר, לעיל ה"ש 20, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל (2009).
66 נקבע כי על פי המשפט הישראלי, הכרזה על פסק חוץ כאכיף נחשבת להכרזה דקלרטיבית ולא קונסטיטוטטיבית. בחירה זו מכבדת את הערכאה הזרה שנתנה את פסק הדין הזר ומקבלת את ציוויה כפי שהוא, מבלי להכניס בו שינויים: "...כל פועלה של הכרזה פסק חוץ אכיף הוא שהפסק נעשה ראוי לבוא בשעריה של המדינה. זאת ותו לא. כאותו אביר שניתן לו היתר להיכנס למצודה, שכניסתו אינה עוטה עליו שריון נוסף או נותנת בידיו נשק שלא היה בידיו לפני כניסתו. הכרזתו של פסק החוץ אכיף אינה מוסיפה לו דבר, אין היא גורעת ממנו ואין היא משנה אותו בדרך אחרת. הוא נשאר פסק חוץ – שניתן, אמנם, להוציאו לפועל בישראל – אולם אין הוא משנה את פניו והופך להיות פסק דין ישראלי, כמו פסק דין שניתן על פי תובענה שהוגשה בישראל"; ע"א 3459/94 I.P. Enterprises Inc. נ' מילוזן בע"מ, פ"ד נב(1) 273, בפס' 9 לפסק דינו של השופט טירקל (1998).

67 לסוגיית כיבוד הערכאה המוסמכת הזרה ראו, בג"ץ 1073/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 2008); איריס קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה – בית המשפט העליון של ישראל כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טרנס-לאומית" מחקרי משפט כג 223 (2007).

וכנגזרת אכיפה כמעט אוטומטית של פסקי הדין המבוססים על רכישת סמכות בינלאומית צרה ולגיטימית⁶⁸. עם זאת ככל שהקשר בין בית המשפט לנשוא הדיון רופף, וככל שהפורום אינו פתוח לתפיסה פלורליסטית של כללי סמכות השיפוט שלפיהם הוא מכיר בכך שהוא זכאי באופן לגיטימי לעסוק רק בנתח מעוגת ההתדיינויות המשפטיות, וכל יתר ההתדיינויות ראוי שידונו על ידי בתי משפט השייכים למדינות ריבוניות אחרות והמוסמכים ממנו לדון בעניין, יהיה זה אך מוצדק שהפורום בפניו תבקש האכיפה יחזור ויבנה את חומות המניעות ויסרב לאכוף פסק דין אשר לדידו אין לבית המשפט שנתנו סמכות שיפוט בינלאומית לגיטימית.

אולם אין מטרת מאמר זה ליתן תרופת פלא מהירה, כוללנית, מקיפה ומן הסתם שטחית לתופעה סבוכה זו, אלא להציע כיוון מחשבה אלטרנטיבי. ברוח זו, מן הראוי שבית המשפט ייקח את תופעת הגלובליזציה ברצינות, כך שחופש התנועה ישמש לו כ"כוכב צפון" בהגדירו את סמכותו. כוכב צפון זה אין פועלו בכיוון אחד, היינו הרחבת סמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי בלבד, כפי שניתן להתרשם מסקירת הפסיקה של בית המשפט. נהפוך הוא, על בית המשפט ליצור כלל מורכב של סמכות שיפוט בינלאומית. כלל זה ראוי שיבוסס על הנורמה הכללית שלפיה ברגיל על התובע לילך אחר הנתבע. עם זאת מן הראוי כי לכלל זה יתווספו חריגים שינוסחו בדיוקנות⁶⁹ ואשר יעסקו במצבים שבהם תופעת הגלובליזציה מעמידה דווקא את התובעים במעמד נחות והופכת אותם לצד החלש בסכסוך⁷⁰. כאשר חוסר האיזון בין התובע לנתבע נובע מתופעת הגלובליזציה ומשפיע לרעה על מעמדו של התובע, יש לאפשר לתובע המצאה אל מחוץ לתחום. אדגים זאת להלן ביחס לשתי סוגיות בלבד, רכישת סמכות מכוח תפיסת הנתבע ודוגמה אפשרית לפרשנות של תקנה 500(7).

1. רכישת סמכות מכוח תפיסה אקראית של הנתבע

רכישת סמכות שיפוט מכוח תפיסתו האקראית של הנתבע בטריטוריה של הפורום הינה דוגמה קיצונית לגישה הטריטוריאלית האנכרוניסטית, שלפיה המדינה אחראית לכל מי שנמצא בטריטוריה שלה ויהא הקשר שלו לטריטוריה קלוש או בן-חלוף ככל שיהיה. הקשר

68 במסגרת חופש התנועה של פסקי הדין יש מקום לאפשר לבתי המשפט הנדרשים לאכיפה לבחון את סבירות הגדרת הסמכות על ידי בית המשפט המקורי. לא בכדי טענת ההגנה המהותית שנתרה בחוק אכיפת פסקי חוץ הינה זו המצויה בסעיף 6(א)(3).

69 על השפעתם השלילית של חריגים והפגיעה בוודאות בהקשר של החקיקה האירופית ראו Anastasia Vezytzi, *Jurisdiction and international sales under the Brussels I Regulation: Does Forum Shopping come to an End?*, 15 COLUM. J. EUR. L. ONLINE 83 (2009).

70 ראו סטיבן גולדשטיין וערן טאוסגי "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי-המשפט הכללים" עלי משפט ג 312, 279 (2003).

הטריטוריאלי שעליו מבוססת תפיסת הנתבע לא נובע מהזיקה של האירוע שעליו מבוססת התביעה לטריטוריה של הפורום, אלא על נוכחות מאוחרת יותר של הנתבע. הואיל ונוכחות הנתבע נדרשת לא בעת שהאירועים הנוגעים לסכסוך התרחשו אלא הדרישה היא לנוכחות מאוחרת יותר בעת תחילת ההליכים, היא אינה שופכת אור על השאלה אם האירוע המצוי במחלוקת קשור בדרך כלשהי לפורום.

אפשרות פיזית לסמכות שיפוט אפקטיבית, מושתתת כשלעצמה על התפיסה המיושנת, שלפיה הפעלת סמכות השיפוט מצריכה גם שימוש בכוח פיזי כלשהו כנגד גופו של הנתבע.⁷¹ היא משקפת תפיסה פוזיטיביסטית לכל נושא סמכות השיפוט, המבוססת על ההבנה שלפיה המגבלות היחידות על ריבונות המדינה כלפי מי שמצוי בטריטוריה שלה הן מגבלות שהיא הטילה על עצמה. לפי תפיסה זו בכל המקרים שבהם הפעלת סמכות השיפוט היא אפשרית (בשל נוכחות הנתבע) היא גם לגיטימית.

רכישת סמכות מכוח נוכחות אקראית גם אינה שופכת אור על השאלה אם הנתבע קשור בקשר אמיץ לחברה שבה פועל הפורום המעוניין להשית את סמכות שיפוטו עליו. היא אינה מתחשבת בשיקולים פרסונליים בדבר פריצת הגבולות הסטטיים של טריטוריות, המשקפים את השינוי במרכיב הזהות של אנשים וזיכוכו החברתי לאורך זמן, מהפכים בזהות התרבותית, עירוב בין תרבויות וחיים בצוותא תוך כיבוד שונות תרבותית⁷², שכן הפרט אינו מנסה להשתלב בחברה שאליה הגיע ואינו מכונן קשרים חברתיים משמעותיים עם החברה המצויה בטריטוריה שבה פועל הפורום.

במשפט הבינלאומי הפומבי המודרני רווחת כיום הדעה שככל שמדובר בסמכות שיפוט, אין להסתפק בגישה טריטוריאלית טהורה. אין כוונתי לגישה הקיצונית שלפיה אין בעידן הגלובלי כל מקום להידרש לעקרון הטריטוריאליות הואיל ואמצעי התקשורת והטכנולוגיה חותרים כליל תחת עיקרון זה.⁷³ טריטוריאליות תישאר נורמה מרכזית במשפט הבינלאומי,

71 על היעדר הקשר בין סוגיית סמכות השיפוט הבינלאומית לשאלת אכיפת פסק הדין בערכאות זרות ראו דנ"א *Forum Bruno Krieski 7059/01* נ' מרקס, בפס' 7-8 לפסק דינו של השופט מצא (פורסם בנבו, 2001).

72 ברי כי מן הראוי שהדרישות הפרסונליות תתקיימנה בנתבע בעת קרות האירועים הרלוונטיים לסכסוך ולא בעת תחילת ההליכים. דבר זה מעיד על קשר הדוק יותר עם הטריטוריה. בשל המרכיב הסובייקטיבי של היסוד הפרסונלי הרי שאנשים יכולים להשפיע עליו לאחר קרות האירוע נשוא הסכסוך. שינוי במגורים אינו צריך להשפיע על רכישת הסמכות באופן רטרואקטיבי וליצור סמכות שיפוט חדשה במובן הבינלאומי. באותה מידה אין הפרט צריך להיות כפוף לסמכות שיפוט של בתי משפט רק בשל העובדה ששינה את מקום מגוריו.

73 Michaels, לעיל ה"ש 16; *Mathias Reimann, Introduction: The Yahoo Case and Conflict*; 24 *MICH. J. INT'L L.* 663 (2003); Robert Wai, *Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*, 40 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 209 (2002); Frederick A.

ובצדק. ודוק, הגם שהגלובליזציה לא ביטלה לחלוטין את חשיבות הדרישה טריטוריאליות, היא מחייבת את עדכונה מחדש תוך התחשבות בקריטריון הלגיטימיות⁷⁴ או הכפפתה לדרישת הסבירות⁷⁵. יש המבקרים את הכפפת עקרון הטריטוריאליות לדרישה של סבירות, בטענה שדרישה זו מעניקה שיקול דעת רחב מדי לבתי המשפט⁷⁶, ולכן ייתכן ומומלץ יהיה לשלב את דרישת הסבירות לא כמבחן נפרד, אלא כדרישה לכיול מידת הקשר הנדרש בין האירוע לבין הטריטוריה⁷⁷.

- Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, 111 RECUEIL DES COURS 1 (1964-I).
- Jack L. Goldsmith & Alan O. Sykes, *Lex Loci Delictus and Global Economic Welfare: Spinozzi v. ITT Sheraton Corp.*, 120 HARV. L. REV. 1137 (2007); Horatia Muir Watt, *Yahoo! Cyber Collision of Cultures: Who Regulates?*, 24 MICH. J. INT'L L. 673 (2003); Jack Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, 5 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 475 (1998).
- 74
- 75
- 76
- 77
- אם כי גישה זו אינה מקובלת באופן אוניברסלי. כך לדוגמה Third Restatement (Foreign Relations) (1986) s. 403; *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976); ANDREAS F. LOWENFELD, *INTERNATIONAL LITIGATION AND QUEST FOR REASONABLENESS: ESSAYS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW* (1996); Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW* 457-458 (1992); Gary A. Born, *A Reappraisal of the Extraterritorial Reach of US Law*, 24 L. & POL'Y INT'L BUS. 1 (1992); Frederick A. Mann, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After Twenty Years*, 186 RECUEIL DES COURS 19, 30 (1984-III); Karl M. Meessen, *Antitrust* לעיל BROWNLIE, *Jurisdiction under Customary International Law*, 78 AJIL 783 (1984) ה"ש 12, בעמ' 311, טוען כי העיקרון של טריטוריאליות ואזרחות כפופים לחריגים ככל שהדבר נוגע לאקטים אקסטרה טריטוריאליים, אשר יכולים להיות כפופים לסייג שלפיו פעולות אקסטרה-טריטוריאליות יכולות להיות מושא לסמכות השיפוט באופן חוקי של בית משפט לאומי אם יש "a substantial and bona fide connection between the subject matter and the source of the jurisdiction"
- ALAN D. NEALE & MICHAEL L. STEPHENS, *INTERNATIONAL BUSINESS AND NATIONAL JURISDICTION* 211 (1988) מבקרים את העובדה שכלל המעניק שיקול דעת רחב מדי אינו עונה לדרישות "שלטון החוק".
- ניתן לנסות ולהשוות בין דרישה זו בשאלת הסמכות למבחן ניתוח האינטרסים המוצע על ידי המשפט האמריקני לשאלת ברירת הדינים. באנלוגיה, יש לבחון את האינטרס של הפורום ולאזנו עם האינטרסים הפרוצדורליים והמהותיים של מדינות אחרות, כמבחן לבחינת הסבירות של סמכות השיפוט. על מבחן ניתוח האינטרסים ראו בכלליות SYMEON C. SYMEONIDES, *THE AMERICAN CHOICE-OF-LAW REVOLUTION: PAST, PRESENT AND FUTURE* (2006).

עמדתו של בית המשפט הישראלי צריכה להיות כי יש להתחשב במשפט הבינלאומי הפומבי בבואנו להגדיר את הנורמות הפועלות במשפט הבינלאומי הפרטי⁷⁸. כאמור, גם בעולם מושמעות יותר ויותר דעות כי יש לקרב בין תחומי משפט אלו⁷⁹. ברוח זו יש להתאים את הגדרת סמכות השיפוט במשפט הישראלי לדרישות המשפט הבינלאומי הפומבי⁸⁰. קירוב זה מחייב שהגדרת סמכות השיפוט של בית המשפט בישראל תיעשה בכללים ברורים שיתמכו בציפיות הלגיטימיות של הנתבע לנוכח תופעת הגלובליזציה. ככל שרכישת סמכות בינלאומית אפשרית על בסיס של תפיסה אקראית של הנתבע הרי שנדמה שלא רק שהיא אינה תומכת בתופעת הגלובליזציה, אלא שהיא מתעלמת מהרציונלים של העולם הגלובלי, המעודדים ומתמרצים ניידות וחציית גבולות זמנית והמאפשרים טרנספורמציות פרסונליות-חברתיות-תרבותיות עמוקות. לעומת זאת כללי הסמכות צריכים לתמוך בתפיסה טריטוריאלית מורכבת יותר, שבה מעורבים גם אלמנטים פרסונליים, כך שהגשת תביעה ברגיל תאפשר כנגד מי שמתגורר בישראל או הסכים להתדיינות בה. ביסוסם של כללי הסמכות על עקרונות אלו משקף את הנחת המוצא בעולם גלובלי, המעודדת אנשים להתנייד ולחצות גבולות והמעודדת אותם ליצור קשרים חברתיים חוצי גבולות⁸¹.

אשר על כן, זכותו של הנתבע לחופש תנועה היא אשר צריכה להיות מוגנת ולעמוד במרכז כללי הסמכות, אלא אם הוכח על ידי התובע כי הנתבע ניצל את חופש התנועה לרעה כדי לחמוק מסמכות השיפוט של בית המשפט שברגיל ראוי היה שיקנה סמכות לפי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. לדידי, אל לו לפורום להתמקד בתום לבו של התובע, אלא דווקא חוסר תום לבו של הנתבע הוא אשר צריך לשחק תפקיד קרדינלי⁸². חזקה היא שקיים פורום בעולם אשר לנתבע ולאירוע יש זיקה משמעותית אליו. כל עוד התובע לא הגיש את תביעתו לפורום זה, ההנחה צריכה להיות שהוא זה אשר ניצל לרעה את פריצת הגבולות

78 בעקיפין ראו עניין ינון, לעיל ה"ש 65, בפס' 28 לפסק דינו של השופט ריבלין: "הפנייה אל דינו של מקום ביצוע העוולה נשענת על עקרון הטריטוריאליות הממלא תפקיד מרכזי במשפט הבינלאומי הפרטי (וגם הפומבי)".

79 Mills, לעיל ה"ש 14; 1047-1048, 3 SCR 1022, [1994] Tolofson v. Jensen.
80 באופן ספציפי לעניין סמכות השיפוט ראו Ronald A. Brand, *Competition in and from the Harmonization of Private International Law, in ECONOMIC LAW AS AN ECONOMIC GOOD: ITS RULE FUNCTION AND ITS TOOL FUNCTION IN THE COMPETITION OF SYSTEMS* (Karl M. Meessen ed., 2009), available at ssrn.com/abstract=1504823.

81 לעמדה דומה ראו Richard Frimpong Oppung, *Mere Presence and International Competence in Private International Law*, 3 J. PRIV. INT'L L. 321 (2007).

82 אך ראו Goldstein, *Israel*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 267-268. לעמדה אחרת ראו גם Yaad Rotem, *Just and Efficient Resolution of Private International Disputes: Israel's new Theory of Jurisdiction*, 7 RICH. J. GLOBAL L. & BUS. 315 (2008).

הגלובלית והשתמש שימוש בלתי הוגן בבחירת פורום האוהד את עניינו (תופעת ה־ forum shopping) בניגוד לציפייתו הלגיטימית של הנתבע. רכישת סמכות מכוח תפיסה ראוי שתופעל בצמצום ורק כלפי נתבעים שהם חסרי דומיטיל כלשהו וחסרי אזרחות, או אשר חומקים ממדינות הדומיטיל או מדינת האזרחות שלהם בזריזות ובאופן אשר אינו מאפשר למקם אותם או את האירוע נשוא הסכסוך בטריטוריה מסוימת, נתונים שברגיל היו מצמיחים זכות לגיטימית לפורום לרכוש סמכות על הסכסוך.

לפי הכלל המוצע, כל עוד לא הוכיח התובע שהנתבע ניצל את חופש התנועה כדי לחמוק מהתדיינות בפני פורום הנהנה מלגיטימיות רבה יותר, הוא לא יוכל להבנות מתפיסה אקראית של הנתבע כדי להקנות סמכות שיפוט לפורום אחר. רק כאשר ירים התובע את נטל ההוכחה שלפיו עשה את כל מה שלעיל ידו כדי להגיש תביעה בפורום הטבעי, אך הדבר לא צלח בשל מניפולציות של הנתבע, רק אז ייתכן וניתן יהיה להפעיל את החריג בדבר רכישת סמכות מכוח נוכחות, במצבים שאלמלא יעשה שימוש בחריג תיפגע זכותו הבסיסית של התובע לגישה לערכאות⁸³. כפי שנאמר על ידי בית המשפט העליון לאחרונה: "...ראוי לציין כי על-פי עקרונות המשפט הבינלאומי הפרטי, אחד השיקולים להכרה בסמכות שיפוט במקרים קשים הוא חוסר יכולתו של התובע למצוא תרופה יעילה בבית משפט של מדינה אחרת"⁸⁴. ודוק, ראוי שנטל ההוכחה יישאר על כתפי התובע להוכחת מאמציו בדבר הגשת תביעה בפני הפורום הלגיטימי האלטרנטיבי ולדחייתה מחוסר סמכות⁸⁵. עוד ראוי שדחיית התביעה תנבע ישירות מהתנהגותו חסרת תום הלב של הנתבע⁸⁶, ולא מנסיבות אובייקטיביות בדבר פרוצדורה שונה הנוהגת במדינה שהינה הפורום הטבעי להתדיינות, או מנסיבות מהותיות בדבר הדין החל (לדוגמה כאשר התביעה התיישנה בפורום האלטרנטיבי

83 בכלליות, למשפט הישראלי ולמשפט השוואתי ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" כזכות חוקתית (1998). במשפט הבינלאומי ראו Francesco Francioni, *The Rights of Access to Justice under Constomary International Law*, in ACCESS TO JUSTICE AS A HUMAN RIGHT (Francesco Francioni ed., 2007) 1.

84 בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, בפס' 16 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 2008).

85 כך למשל בעניין Martin J. Hecke, לעיל ה"ש 42, גם כאשר בית המשפט מציין כי התובע ניסה להגיש תביעה לשווייץ שנדחתה מחוסר סמכות, בית המשפט העליון אינו מספק מידע מדוע לא ניסה התובע להגיש את התביעה בגרמניה הנחוצה להיות המדינה שלה סמכות שיפוט טבעית. הנתבע הוא אזרח ותושב גרמניה, ונדמה כי לגרמניה הייתה זיקה משמעותית לאירוע, שכן שם נפתחו הליכים פליליים נגד הנתבע. כל זה מציג את גרמניה כפורום הטבעי להתדיינות, ולדידי בטרם יאפשר בית המשפט הישראלי רכישת סמכות מכוח תפיסה היה עליו לעמוד על הנסיבות העובדתיות בסוגיה זו.

86 טענה זו עולה גם בקנה אחד עם המגמה במשפט הישראלי בדבר החדרת עקרון תום הלב להליכים אזרחיים; ראו דודי שורץ "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר-הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (1998).

או כאשר הסעד שיזכה לו התובע אינו מספק לדידו). איזון זה שואף להגינות דיונית⁸⁷, fairness of process, אשר נושקת לזכות להליך נאות הכובשת לה מקום כזכות אוניברסלית בעולם.

2. רכישת סמכות מכוח תקנה 500

כאמור לעיל, בית המשפט הישראלי נוהג היום בטקטיקה מרחיבה לאורך כל חזית הסמכות. כך לעניין תפיסת הנוכחות הקונסטרוקטיבית וכך לעניין פרשנות תקנה 500. חלף הגדרת הנוכחות הקונסטרוקטיבית הרחבה שהנהיג בית המשפט, נכון היה להכתיב לדעתי כללי נוכחות מצומצמים ולהשלימם באמצעות החלופות לתקנה 500, שלהן תינתן פרשנות שאינה מצמצמת או מרחיבה אלא פרשנות התואמת את רוח ועקרונות הגלובליזציה. המצאה מכוח תקנה 500 תהא הוגנת יותר מהטקטיקה שבה נוהג כיום בית המשפט בנוגע להרחבת הפרשנות בדבר נוכחות חברות זרות בישראל. במסגרת תקנה 500 יכול התאגיד הבינלאומי לנסות ולשכנע את בית המשפט להפעיל את שיקול דעתו ולא לרכוש סמכות על הסכסוך בנסיבות המצדיקות זאת, להבדיל מרכישת הסמכות האוטומטית כאשר הדבר נעשה מכוח נוכחות.

כך לדוגמה ככל שהדבר נוגע לרכישת סמכות על חברות בינלאומיות, אין מקום לפרשנות מרחיבה של יסוד הנוכחות במסווה של הצדקת הצורך לרכוש סמכות על חברות בינלאומיות שלמעשה אינן נוכחות בישראל. על בית המשפט דווקא להגדיר את הנוכחות בדרך התואמת את המשפט הבינלאומי הפומבי, באופן שבית המשפט ירכוש סמכות מכוח נוכחות על אנשים או תאגידים הקשורים קשר הדוק לחברה הישראלית ובאמת מעורים בה. אך במקביל מן הראוי לפרש את תקנה 500 ברוח שתיתן מענה לתופעות השליליות של הגלובליזציה. כך מוצע לקרוא לתוך תקנה 500(7) את האפשרות להגיש תביעה נגד חברה בינלאומית שצרכניה הפרטיים מצויים בישראל. במילים אחרות, יש ליצור חריגים שיאפשרו לתובע (צרכן) שנפגע מהתנהגות חברה בינלאומית ששיווקה את מוצריה הפגומים לטריטוריה של מקום מגוריו של התובע, להגיש תביעה, לפי בחירתו, בפורום אלטרנטיבי שתואם דווקא את מקום מגוריו.

במאמר מוסגר יצוין כי בית המשפט העליון סירב להרחיב את תחולת תקנה 500 על יצרן זר אשר ייצר מוצר פגום בחוץ לארץ אשר גרם נזק בישראל⁸⁸. זאת הגם שברגיל לעניין

87 לדיון על תורת ההגינות (fairness theory) ראו מיכאל קרייני השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית 133 (2002).

88 רע"א 2752/03 Metallurgique de Gerzat S.A. נ' וילנסקי, פ"ד נז(6) 145, בפס' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין (2003). וראו Einhorn, לעיל ה"ש 51, בעמ' 290, תוך שימת לב לכך שהאמור שם נסמך על ההלכה שנקבעה בבית המשפט המחוזי ואשר נהפכה בעליון.

טענת הפורום הלא נאות, בית המשפט קובע לא פעם כי "ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן המדינות בהן הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין. הדברים נכונים הן כאשר לחברות בינלאומיות הפועלות בישראל והן כאשר לחברות ישראליות הפועלות בחו"ל"⁸⁹. אמנם, ניתן לטעון בדוחק כי ההלכה המצמצמת של בית המשפט ביחס לתקנה 500(7) מוגבלת למצבים שבהם היצרן הזר לא עוסק בשיווק מוצריו מחוץ למדינה הזרה⁹⁰, בעוד שבמצבים שבהם החברה הזרה תשווק מוצריה לישראל, ניתן יהיה לטעון לשינוי ההלכה באופן שתקנה 500(7) תוחל, ולו בגין מחדלה, באי-היידוע בישראל על הפגם שנפל במוצריה⁹¹. הגם שבית המשפט העביר ביקורת על הלכה זו⁹², הפעם – ובניגוד לגישתו כלפי הלכות אחרות הנופלות לשאלת הסמכות הבינלאומית – לא נטל בית המשפט יוזמה ולא פירש את תקנה 500(7) בהרחבה, ואין כל אינדיקציה לכך שפרשנות יצירתית זו עתידה להתקבל בעתיד על דעת בית המשפט. ודוק, לדעתי יש לאפשר הגשת תביעה בישראל במסגרת תקנה 500(7), קרי נגד חברה בינלאומית, רק כאשר עסקינן בנתבע שהינו צרכן פרטי חלש (להבדיל מלקוח עסקי אחר) שיש להגן עליו נוכח תופעת הגלובליזציה. הוא הדין לעניין תביעותיהם של עובדים המעוניינים לתבוע מעבידים זרים או מבוטחים המעוניינים לתבוע חברות ביטוח זרות. ראוי שתקנה 500 תתפרש כך שתינתן להם אפשרות להגיש את התביעה במקום מגוריהם של התובעים – ישראל.

זו כמובן אך דוגמה אחת מיני רבות. מן הראוי שפתרונות נוספים יעוצבו באופן דינמי ומדויק. הטענה שהושמעה לעיל היא שהגדרת הסמכות המוצגת על ידי בית המשפט כמסקנה בלתי נמנעת, הנובעת מן הצורך להתאים את המשפט למציאות שבה אנו חיים בעידן הגלובליזציה, אינה נגזרת הכרחית, ובניגוד לאופן הנוקשה שבו היא מוצגת, אין היא אלא ביטוי לפרשנות תכליתית, אשר נועדה לאפשר לבית המשפט לקדם פוליטיקה שיפוטית בדבר הרחבת היקף השפעתו וסמכויותיו. גלובליזציה הייתה יכולה להוביל, לו רק בית

89 עניין ארבל, לעיל ה"ש 37, בפס' 19 לפסק דינו של השופט הנציג.

90 לביסוס תאורטי של הטענה ראו Lea Brilmayer, *How Contacts Count: Due Process Limitations on State Court Jurisdiction*, SUP. CT. REV. 88 (1980).

91 לניתוח המצב המשפטי בארצות-הברית ובאירופה באופן השוואתי ראו Guangjian TU, *Finding a Proper Nexus for Constructing Specific (Special) Jurisdiction Regarding Commercial Contract and Tort Cases: A Comparative Study of the U.S. and European Approaches*, 5 J. PRIV. INT'L L. 243 (2009).

92 רע"א 8195/02 שיטרית נ' *Sharp Corporation*, פ"ד נח(1) 193, בפס' 2 לפסק דינו של השופט ריבלין (2003); ראו גם קונפיו-שר, לעיל ה"ש 45, בעמ' 103.

המשפט היה רוצה בכך, לתוצאה הפוכה בדבר הגבלת סמכות השיפוט הבינלאומית תוך גילוי איפוק שיפוטי.

ה. דוקטרינת הפורום הלא נאות – כתבלין?⁹³

ניתוח של כללי סמכות השיפוט לא יהיה מושלם כמובן בלא הידרשות לדוקטרינת הפורום הלא נאות. דוקטרינה זו אינה מבוססת על הסמכה מצדו של המחוקק, אלא היא שסתום מילוט יציר פסיקה, שתל מהמשפט המקובל⁹⁴. אופן לידתה של הדוקטרינה במשפט הישראלי אינו מלמד על כך שהיא פרי תפיסה חוקתית עמוקה. במהותה, הדוקטרינה מאפשרת לבתי משפט להימנע מהפעלת סמכותם במצבים שבהם יש להם ככלל סמכות שיפוט. פועלה של הדוקטרינה הוא פשוט: בית המשפט רשאי שלא להפעיל את סמכותו ולהפנות את הצדדים לפורום אחר, ובלבד שהוכח בפניו כי קיים פורום אלטרנטיבי זר בעל סמכות לדון בתובענה ושעיקוב ההליכים רצוי מאוד נוכח קיומו של ספקטרום רחב של אינטרסים. אינטרסים אלו נחלקים בין אינטרסים פרטיים לציבוריים. הראשונים עניינם בשאלות מתחום הראיות, מעמסה על הצדדים, מכשולים בדרך להליך נאות ושיקולים פרקטיים נוספים. האחרונים עניינם בשאלות בדבר העומס על בית המשפט, שאלות הקשורות למתקל הדינים וכד'⁹⁵. לא בכדי שיקולים אלו נשמעים כלקוחים מהספרה של בחינת סבירותה של סמכות השיפוט. דוקטרינת הפורום הלא נאות משמשת ככלי בידי בתי המשפט לשחרר לחץ שיפוטי ולמנוע מעמסה שיפוטית עליהם.

הדוקטרינה בדבר הפורום הלא נאות ראוי שתשמש גורם מאזן, המאפשר לבתי המשפט שלא לדון בעניין שמצוי בסמכותם. היא משמשת למעשה כבלם, ככלי מרסן, כמנגנון ממשמע לבתי משפט במטרה להגביל את סמכות שיפוטם הבינלאומית. אשר על כן, היקף השימוש בדוקטרינת הפורום הלא נאות, תלוי בפרשנות הניתנת לכללי רכישת הסמכות הבינלאומית⁹⁶. כדבריו של קרייני: "אי אפשר לעצב את אופיו של ערך המצפון שבשיקולי הפורום הנאות מבלי לעמוד תחילה על כוח ההחטאה שבזיקות הסמכות הקיימות"⁹⁷. הואיל ועיקר פועלה של הדוקטרינה הוא שלילי, ברי שככל שכללי הסמכות מפורשים על ידי בית

93 המטפורה לקוחה מפסק הדין בעניין פלוגיט, לעיל ה"ש 50, בפס' ו' לפסק דינו של השופט רובינשטיין, המסתמך על שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך שני 120 (1995).

94 גולדשטיין, לעיל ה"ש 40, בעמ' 417.

95 לדירו של גולדשטיין השיקולים המדינתיים ציבוריים מתמזגים עם השיקולים הפרטיים; Goldstein, *Israel*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 265.

96 Barry J. Rodger, *Forum Non Conveniens Post-Owusu*, 2 J. PRIV INT'L L. 71 (2006).

97 קרייני, לעיל ה"ש 52, בעמ' 99.

המשפט באופן נרחב, ראוי הוא שבית המשפט יעשה שימוש אינטנסיבי יותר בדוקטרינת הפורום הלא נאות. אולם לא זו הדרך שבה בחר לילך בית המשפט. הן הגמשת הכללים בדבר רכישת סמכות השיפוט והן הפרשנות שניתנה לדוקטרינת הפורום הלא נאות משמשים בצוותא על ידי בית המשפט לצורך קידום מדיניות, אשר במרכזה הרעיון של הרחבת סמכות שיפוט הבינלאומית. הגם שבית המשפט מכיר בעובדה כי הוא נוטה ליתן לכללי הסמכות פרשנות רחבה, הוא ממשיך באותו הקו ומפרש בצורה מצמצמת את כללי הפורום הלא נאות. בית המשפט מסרב להימנע מלדון בסכסוך טרנס-לאומי גם כאשר סמכותו נרכשה מכוח הגדרת הסמכות הרחבה שבה הוא נוקט, ולמרות שהנתבע מוכיח כי קיים פורום אחר שהינו טבעי יותר להתדיינות, בפוסקו:

”ככל שהגלובליזציה חודרת ליומיום העסקי והמשפטי, בשעה שצדדים שונים ביבשות שונות משתמשים בערוצי תקשורת אלקטרוניות ובאינטרנט באופן שוטף לניהול פעילותם, ושעה שאנשי עסקים מנהלים את עסקיהם בצינורות אלה ומצודתם פרושה ממקום מושבם על פני יבשות, תוך הסתייעות במסע בן יום ויומיים למדינות אחרות, יש מן ההיגיון שבגישה הנוטה להמעט במשקלה של טענת הפורום הלא נאות”⁹⁸.

במילים אחרות, פועלה של הדוקטרינה במשפט הישראלי הפוך. בית המשפט מסתמך על הדוקטרינה כמכשיר להרחבת סמכות שיפוט. בית המשפט כמעט שאינו בוחן את המעלות והחסרונות של הפורום האלטרנטיבי, בחינה הנטועה בבסיסה של הדוקטרינה. במקום לדון באיזונים המתקיימים בין זיקות, הוא עוסק במרחב הגלובלי. ניתן היה לסבור כי הדיון באיזונים יהיה פרקטי והדיון במרחב יהיה קונספטואלי אבסטרקטי. אלא שקריאת פסקי הדין של בית המשפט העליון מלמדת על היפוך יוצרות. כל עוד איזון בית המשפט בין זיקות לפורומים השונים, הנמקתו הייתה אבסטרקטית ומעת שהחל להזכיר את הגלובליזציה ניתן לתאר את פסקי דינו כמושא לפרגמטיזם.

הידרשות לטרמינולוגיה מהמשפט הציבורי למשפט הבינלאומי הפרטי יכול שתסייע להבחין בין שתי תפיסות יסודיות בהקשר זה⁹⁹. האחת, המכונה תאוריה של “אור אדום”, מתבטאת בביקורת ובחדשנות כלפי הנעשה בשיטות משפט אחרות על ידי ריבונים זרים. גישה זו תניח כי הכרחי שהריבון הישראלי יפקח עין ויפקח על אופן הפעולה של הריבונים הזרים. זוהי תפיסה במסגרתה מעמיד עצמו הפורום כאלטרנטיבה תבונית למה שמוצג

98 עניין *Insight Venture Partners*, לעיל ה"ש 33, בפס' 7 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
99 באנלוגיה ברק מדינה “החיפוש אחר תיאוריה של דיני מכרזים בישראל – ספרו של עומר דקל: מכרזים” עלי משפט ד 359, 365 (2005).

ככישלון המערכת הטרנס-לאומית בפיתרון בעיות. בית המשפט מטפח את המסר שלפיו התערבותו היא הערובה היחידה למשטר גלובלי תקין. תאוריה זו מתבטאת בין היתר בהחלה של כללים קשיחים, הנאכפים באמצעות פעילות שיפוטית אינטנסיבית, שבמסגרתה עומדים בתי המשפט של הפורום כשומרי הסף בפני חדירתם הפיזית (לדוגמה בסוגיית אכיפת פסקי דין זרים) או המטפורית (בשאלת הכרה בסמכות שיפוט זרה) של פעילות שיפוטית זרה. לעומת גישה זו, ניתן לאפיין גישה שנייה שאותה מקובל לכנות תאוריה של ה"אור הירוק". הנחת היסוד במסגרת גישה זו היא כי הריבון הזר פועל גם הוא לקדם את האינטרס הציבורי הגלובלי ולא אך כדי לקדם אינטרסים ריבוניים צרים. המדינות שותפות בפרויקטים גלובליים, כאשר מדינה אחת פועלת מטעם מדינה אחרת בידיעה שמדינה אחרת תפעל יום אחד מטעמה. במסגרת גישה זו ניכרת הסתמכות רבה יותר על סמכויות שיפוטיות טרנס-לאומיות כסמכויות שיפוטיות חלופיות לאלו של הפורום. ממילא התוצאה היא ריסון שיפוטי רב יותר של הפורום, המתבטא בהענקת שיקול דעת רחב לרשויות השלטון והשיפוט הזרות, ובצמצום היקף המעורבות של בתי המשפט של הפורום. בעוד שלדעת בית המשפט הישראלי תופעת הגלובליזציה מעודדת הפעלת סמכות שיפוט של הפורום הישראלי, נדמה שהמשפט הבינלאומי הפרטי דווקא צריך לשקף מעבר למגמה בדבר צמצום מעורבותם של בתי המשפט הישראליים ועידוד חשיפה גדולה יותר לפועלם של טריבונלים זרים¹⁰⁰.

לגבי יישומה של הדוקטרינה בדבר הפורום הלא נאות ניתן לטעון כי יש להבחין בין שני סוגים של מצבים. סוג אחד של מצבים הוא המצב שבו התביעה הוגשה בפורום הטבעי להתדיינות (מקום מגוריו של הנתבע) והנתבע מעוניין להעביר את הדיון לפורום אחר, או מצב שבו אין פורום טבעי לאירוע, תופעה שאף היא הולכת וקונה לה אחיזה נוכח הקלות היחסית בפריצת הגבולות¹⁰¹. במצבים מהסוג הזה, מן הראוי שבית המשפט ייעתר לבקשת עיכוב ההליכים על ידי הנתבע ובלבד שההתדיינות בפורום אלטרנטיבי אינה מכבידה על התובע, וכי הנתבע יתחייב שלא להעלות טענות פרוצדורליות שעלולות למנוע את הדיון לגופו של עניין בפורום האלטרנטיבי, ושבת המשפט יאות לקבל חזרה את התיק, אם יימנע מהתובע לנהל את הדיון בפורום שאליו הועברה התביעה. במצב שבו התביעה הוגשה בפורום הטבעי להתדיינות, לפי בחירתו של התובע כאשר החוק מאפשר לתובע לבחור את הפורום שאליו תוגש התביעה, אין מקום להיעתר לבקשה להעבירה למקום אחר, שכן החוק

100 זו לדעתי גישת בית המשפט כבע"מ 9769/09 פלונית נ' פלוני, בפס' 29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2010) שם נקבע כי בשאלת פורום נאות לדיון במשמורת קטינים שמקום מושבם הקבוע אינו ישראל, בית המשפט ישקול שיקולים מערכתיים, המושפעים מעקרונות אמנת האג, אף במקום שהיא אינה חלה על המקרה.

101 כך לדוגמה ראו רע"א T. Van Doosselaere 851/99, עו"ד נ' Depyper, פ"ד נז(1) 800, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2003).

העדיף לתת יתרון לתובע, אשר ראה בו מלכתחילה הצד החלש בסכסוך. סוג שני של מצבים הוא כאשר התובע הגיש את התביעה בפורום שאינו טבעי להתדיינות, במצב שבו הגדרת הסמכות על ידי בית המשפט הינה רחבה בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי המודרניים, ולכן בעצם אינה לגיטימית. במצבים אלו ראוי שהפורום יהיה פחות נוקשה עם נתבע שמעוניין להעביר את הדיון לפורום אלטרנטיבי הנהנה מלגיטימיות רבה יותר. עם זאת גם כאן יש להבחין בין שני מצבים: אם תוכח לבית המשפט התנהגות חסרת תום לב של הנתבע, שגררה את התובע להגיש את התביעה בפני פורום שאינו טבעי ואשר מגדיר את סמכותו בהרחבה באופן שאינו לגיטימי, שאלמלא קיומו התביעה כלל לא הייתה נשמעת, יש מקום להעביר את הדיון לפורום הנאות יותר, אך להגביל את הנתבע בטענות פרוצדורליות שהוא יוכל להעלות בפני הפורום שאליו יועבר הדיון. אולם אם הגשת התביעה בפורום הטבעי לא נמנעה בשל התנהגות חסרת תום לב של הנתבע, על בית המשפט שהגדיר סמכותו באופן רחב להיות נכון להעביר את הדיון לפורום אלטרנטיבי בלא שיגביל את הנתבע בסוג הטענות הפרוצדורליות והמהותיות שיוכל להעלות. כך למשל אם התביעה התיישנה בפורום הטבעי והדבר נובע מהעובדה שהתובע ישן על זכויותיו, יש לשקול היטב אם אין מקום לאפשר לנתבע להיבנות מטענת ההתיישנות בפני הפורום הטבעי.

1. סיכום

לכאורה סיפורה של סמכות השיפוט הבינלאומית הוא סיפור פשוט, נעים ונאיבי. מספר כללים מצומצם, בעלי חשיבות חוקתית מקומית, אך גם בינלאומית, המיושמים תוך התאמה למציאות המודרנית. התבוננות נוקבת יותר מלמדת כי בית המשפט לא מסתפק רק בהחלקת קמטים לדוקטרינות מיושנות אלא הופך אותן על פיהן, בהפעילו שיקול דעת רחב ובהעמידו על ראשן דוקטרינות שאמורות היו לשמש גורם מרסן. האמת היא שבמובן זה הסיפור שסופר על הכללים בדבר סמכות השיפוט אינו חדש. מניפולציות משפטיות אינן בגדר סוד כמוס שצריך לחושפו. הן קיימות בתחומי משפט אחרים ונעשות חדשות לבקרים באולמות בתי המשפט¹⁰². כאשר הן נעשות, הן אינן נעשות לשווא במטרה לתעתע, אלא לרוב משרתות שיקולי מדיניות חברתית רצויה, תוך שבתי המשפט נכנסים בנעלי מנגנוני קבלת החלטות אלטרנטיביים. מכל מקום, המוניטין של השופטים הישראליים בכישוריהם לאקרובטיקה פרשנית הולך לפנייהם.

102 במהותה, דומה הביקורת המושמעת במאמר זה לביקורת שהשמיע שורץ על החדרת עקרון תום הלב להליכים אזרחיים; שורץ, לעיל ה"ש 86.

ובכל זאת, זהו סיפור שיש טעם לספרו, היות ומה שנחזה להיות אחד המעוזים האחרונים של הפוזיטיביזם בדבר פרשנות דוקטרינית ומצומצמת נופץ גם הוא על ידי בית המשפט, תוך שהוא מחיל דוקטרינות חלופיות כזרו להשגת היעד בדבר הרחבת סמכותו. כמו כן מדובר בסיפור מסוכן, אשר המסר הנובע ממנו מכוון כמובן לכוח השיפוטי ולתפקידו הפוליטי. המסווה מאחוריו מסתתר בית המשפט בדבר כללי סמכות שיפוט נוקשים והצורך להתאימם לתנאי המודרנה בדבר גלובליזציה, אפשרו לו לצייר את מפת הסמכות כרצונו ולעצב את הטופוגרפיה כראות עיניו, במגמה להרחיב את סמכותו. בכסות של שימוש בכללי סמכות השיפוט המסורתיים והתאמתם למציאות המודרנית, בית המשפט שידר מדיניות של "עסקים כרגיל" בהרתיעו גורמים אחרים, כדוגמת המחוקק, להתערב בתחום. אולם הפרשנות שבה נוקט בית המשפט עלולה להוביל להתפשטות שיפוטית מוגזמת ומסוכנת, שכן היא לא חלה רק כלפי זרועות שלטוניות אחרות בתחומי המדינה, אלא גולשת גם מעבר לגבולותיה הלגיטימיים של המדינה למרחב הבינלאומי. מדובר אפוא בסיפור על אצירת כוח, על פריצת גבולותיה של המשמעת העצמית ועל רהבתנות בתי משפט. השופטים לא נאותים להיצמד להגדרות ריבוניות אלא יוצרים מרחב חדש משלהם. ודוק, כללי הסמכות הם גמישים והם יכולים להתכווץ בה במידה שבה הם יכולים להתפשט. בגבולות לגיטימיים המרחב הגלובלי מאפשר פלורליזם¹⁰³. הוא מאפשר לסמכויות שיפוט שונות ולתרבויות שונות לפרוח זו לצד זו. אך המרחב השיפוטי גם חושף את הפוטנציאל הטמון בו לדיכוי שיפוטי (של ערכאות זרות) ואשר מהווה אמצעי לפיקוח חברתי ופוליטי. במילים אחרות, לפנינו סיפור שהיה שווה לספרו והמלמד כי סמכות שיפוט אינה רק עניין לתוצאות נכונות או שגויות. היא גם אינה רק עניין לתוצאות צפויות או מפתיעות ואף אינה רק שיקוף של פער בין המשפט למציאות, באשר יש בה כדי לכוון זהויות וקהילות. סמכות השיפוט מספרת לכן סיפור כפול. היא מספרת סיפור על מהותו של המשפט אבל היא מספרת סיפור גם על מהותנו שלנו¹⁰⁴.

Peer Zumbansen, *Transnational Legal Pluralism*, 6 CLPE RESEARCH PAPER 01 (2010), 103
available at ssrn.com/abstract=1542907.

104 כך לדוגמה לעניין ההכרה באימוץ של בני זוג מאותו המין שנעשה מחוץ למדינת ישראל (בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368). פסק דין מסוג זה מתעורר בשל גמישותם של כללי סמכות השיפוט הבינלאומית המאפשרים למדינה בארצות-הברית ולישראל להגדיר ולסווג את אותה ילדה מאומצת באופן פוטנציאלי בשני אופנים שונים. אולם יש בפסק הדין יותר מזה. הוא מאפשר להכיל שונות תרבותית ולתרגמה למונחים משפטיים יבשים. פסק הדין אינו קובע רק לאיזה בית משפט תהא סמכות ואיזה דין יחול (ישראל או הפורום הזר) אלא גם מעורר את השאלה מי הם העותרים, האם זרים הם זה לזה או נשואים. במידה פחותה אבל ברוח זהה, גם פסק דין בעניין תפיסת נתבע (עניין *Martin J. Hecke*, לעיל ה"ש 42) מסמן את הנתבע כשייך (להבדיל מאחרים שהם זרים) לקהילת הפורום.