

# לא עוד "כבוד הריבונות" \* – דרישת ההדדיות ועליית קרנם של שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי

איריס קנאור\*\*

## תקציר

מאמר זה בוחן את התפקיד ששיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי ממלאים במסגרת הכרעות בסכסוכים מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי. הוא עושה זאת באמצעות בחינתה של דרישת ההדדיות, שהיא אחד התנאים שפסק-דין זר צריך לעמוד בהם עובר לקליטתו בשיטת המשפט הישראלית.

המאמר מדגים כיצד פסיקתו המודרנית של בית-המשפט העליון פירשה את הדרישה להדדיות בצורה מקילה, ביוצרה מעין "חזקת הדדיות", שלפיה בהעדר ראיה קונקלוסיבית לכך שהמדינות הזרות שמהן הגיעו פסקי-הדין הזרים מסרבות לקלוט פסקי-דין ישראליים, חזקה היא שדרישת ההדדיות מתמלאת, ועל שיטת המשפט הישראלית לקלוט את פסקי-הדין הזרים. דהיינו, בית-המשפט הישראלי מסתפק בהוכחה שמדינת המקור של הפסק אינה מסרבת כעיקרון לקלוט פסקי-דין זרים. המאמר מבסס את הטענה שעליית קרנה של דרישת ההדדיות ושלילת תחולתה הדווקנית מעידות כי בית-המשפט הישראלי נכון כיום, יותר מבעבר, לתת משקל רב יותר לשיקולים ציבוריים-ריבוניים המשקפים את מערך יחסי החוץ בין המדינות במסגרת הכרעותיו בסכסוכים חוצי גבולות בין אנשים פרטיים.

בחינת הפרשנות המדויקת שניתנה לדרישת ההדדיות על-ידי בית-המשפט העליון מלמדת גם על היקף התפקיד הריבוני שבית-המשפט נכון למלא בעצבו את המקום האסטרטגי-הפוליטי המדויק אשר ראוי לדעתו שמדינת-ישראל תימצא בו במסגרת יחסי החוץ שלה. שיבוץ עמדתה המוסדית של הרשות השופטת הישראלית בנוגע לדרישת ההדדיות בתיאוריה כדבר "נימוס

\* בהשראת ע"פ 7569/00 יגורדיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 529, פס' 55 לפסק-דינו של השופט חשין (2002).

\*\* בית-הספר למשפטים, המכללה למנהל והמכללה האקדמית צפת; Senior Research Affiliate, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Germany.

בין-לאומי" מצביע על כך שבית-המשפט הישראלי תומך בהקמת מארג אוניוורסלי של קליטת פסקי-דין זרים תוך שיתוף-פעולה שיפוטי עולמי. בכך בית-המשפט העליון נכון לקדם תפיסות גלובליות בבואו להכריע בסכסוכים פרטיים חוצי גבולות.

## מבוא

- א. היחס בין המשפט הבין-לאומי הפרטי למשפט הבין-לאומי הפומבי – ערב של שונות ודמיון
1. מבט-על
  2. מבט מקרוב: שיבוצם של שיקולים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי בתוך תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי – מגמות סותרות במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי?
- ב. דרישת ההדדיות וקליטת פסקי-דין זרים
1. קליטת פסקי-דין זרים – תערובת של שיקולים פרטיים ושיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי
  2. קליטת פסקי-דין זרים – דרישת ההדדיות ושילובם של שיקולים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי במשפט הבין-לאומי הפרטי
- ג. המשפט הישראלי – הדדיות בקליטתם של פסקי-דין זרים
1. הכרה בפסקי-דין זרים – המצב המשפטי בעבר: הדרישה לקיומה של אמנה בין-לאומית והתבססות על שיקולים פרטיים
  2. הכרה בפסקי-דין זרים – ביסוס המגמה: הדרישה לקיומה של אמנה בין-לאומית והתבססות גם על שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי
  3. אכיפת פסקי-דין זרים – המצב המשפטי בעבר: הדרישה להדדיות והתבססות על שיקולים פרטיים
  4. אכיפת פסקי-דין זרים – ביסוס המגמה: הדרישה להדדיות והתבססות גם על שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי
  - ד. השלכות מוסדיות – שקילת שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי על-ידי הרשות השופטת בסכסוכים בין פרטים
- סיכום

## מבוא

המשפט הבין-לאומי הפרטי הוא ענף משפט לאומי המסייע ביישוב סכסוכים חוצי גבולות בין אנשים פרטיים. המשפט הבין-לאומי הפומבי הוא ענף משפט בין-לאומי המסדיר מערכות יחסים בין מדינות ריבוניות (וארגונים בין-לאומיים). מערכת היחסים בין שני ענפי משפט אלה הינה מורכבת. אחד הגורמים המשותפים לשני ענפי המשפט הללו הוא שאיפתם להסדיר

סכסוכים משפטיים הנובעים ממערכות יחסים חוצות גבולות. אחד הגורמים המבדילים ביניהם הוא שכל אחד משניהם פונה ליישוב הסכסוכים מפרספקטיבה שונה:<sup>1</sup> במסגרתו של המשפט הבין-לאומי הפרטי נשקלים בעיקר שיקולים פרטיים של הצדדים המעורבים בסכסוך, ואילו במסגרתו של המשפט הבין-לאומי הפומבי נשקלים בעיקר שיקולים ציבוריים-ריבוניים של המדינות המעורבות בסכסוך. מאמר זה מציע לבחון את יחסי-הגומלין בין תחומי המשפט הללו. הוא מציע לבחון את התפקיד ששיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי ממלאים במסגרת הכרעות בסכסוכים מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי. בתוך כך מוצע לבחון עד כמה התפיסה הוותיקה שלפיה "המדינות קובעות לעצמן כללים בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי מתוך הבנה שמדובר בזכויות של פרטים יותר מאשר ביחסים בין מדינות"<sup>2</sup> עודנה משקפת את המתודולוגיה הרווחת במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי.<sup>3</sup>

הפריזמה המוצעת לצורך בחינה זו היא התת-תחום של קליטת פסקי-דין זרים, שבו עוסק המשפט הבין-לאומי הפרטי.<sup>4</sup> במסגרת תת-תחום זה מדינה ריבונית מסדירה את התנאים שפסקי-דין זר צריך לעמוד בהם כדי שיהיה אפשר לקלוט אותו לשיטת המשפט האוכפת.<sup>5</sup> במשפט הישראלי מכלול התנאים שצריכים להתקיים בפסקי-דין זר לצורך הכרתו

1 ראו את ההגדרה של Jessup למשפט טרנס-לאומי, הכוללת: "all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories"

– PHILIP JESSUP, TRANSNATIONAL LAW 1 (Yale University Press, 1956)

2 סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** כרך א ו 9 (2013).

3 על כך שהמשפט הבין-לאומי הפרטי אינו שוקל שיקולים פרטיים בלבד, ושלמדינה יש כיום עניין ציבורי-פוליטי להשפיע על תוצאות סכסוכים חוצי גבולות בין אנשים פרטיים, ראו, לאחרונה, SYMEON C. SYMEONIDES, PRIVATE INTERNATIONAL LAW: IDEALISM, PRAGMATISM, ECLECTICISM 100 (Recueil des Cours, vol. 384, 2016).

4 המשפט הבין-לאומי הפרטי מכריע ברגיל בשלושה סוגים של שאלות: (1) שאלות בדבר סמכותם של בתי-המשפט של הפורום להכריע בסכסוכים חוצי גבולות; (2) שאלות בדבר הדין שיחול על סכסוך חוצה גבולות ויִישב אותו בצורה מהותית; (3) שאלות בדבר אמות-המידה שפסקי-דין זר צריך לעמוד בהן כדי שהוא ייאכף בשיטת הפורום.

5 לעניין קליטתם של פסקי-דין זרים קיימת הבחנה בין אכיפה של פסקי-דין זר לבין הכרה בו: אכיפה היא ביחס לפסקים המטילים חיוב אישי, ואילו הכרה נעשית ביחס לפסקי הצהרה שאין בהם חיוב. ראו ע"א 970/93 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם**, פ"ד מט(1) 561, פס' 6 לפסק-דינו של השופט חשין (1995). אכיפה של פסקי-דין זר נדרשת כאשר מבקשים להוציא לפועל את שנקבע בפסקי-הדין הזר. הכרה בפסקי-דין זר נדרשת כאשר מבקשים להסתמך על שנקבע בפסקי-הדין הזר כעל מעשה בית-דין שימנע דיון חוזר. לתיאור יפה של ההבחנה בין אכיפה להכרה ראו ת"א (מחוזי י-ם) 3119-09 **לביא נציגויות לתעשייה ורפואה בע"מ נ' Molecular Insight Pharmaceuticals Inc.**, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת אפעל-גבאי (פורסם בנבו, 4.12.2011), שם נפסק: "מסלול האכיפה ומסלול ההכרה נבדלים זה מזה, מעצם טבעם וטיבם, בסוג פסקי החוץ שלקליטתם הם משמשים ובתוצאותיה של הקליטה. כך, מסלול האכיפה, מתייחס לפסקי דין הכוללים חיוב אישי בר-ביצוע. פסק דין העומד בתנאים שמציב החוק (ראו סעיפים 3-4 לחוק, המציבים תנאים לאכיפה; וסעיפים 6-7 לחוק, הקובעים הגנות

או אכיפתו בישראל מגויים בחוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958. רוב התנאים המנויים מתמקדים בעיקר באינטרסים של אנשים פרטיים בחציית גבולות וביכולת ליהנות מקשרי תיירות ומסחר ומקשרים בין-אישיים מעבר לתחומי מדינתם.<sup>6</sup> מיעוטם של התנאים עוסקים בשיקולים ציבוריים-דיכונניים הקשורים לשיתופי-פעולה כלכליים ותרבותיים ולניהול מערכות יחסים דיפלומטיות עם מדינות אחרות.<sup>7</sup> אחד מהתנאים הללו, המופיע בסעיף 4(א) לחוק, הוא קיומה של הרדיות בין מדינת המקור של פסק-הדין לבין המדינה – הפורום – שבה מתבקשת קליטת הפסק, דהיינו, מדינת-ישראל.<sup>8</sup> הרדיות פירושה שהפורום הישראלי יהיה מוכן לקלוט פסק זר רק אם מדינת המקור של הפסק קולטת פסקי-דין של הפורום הישראלי על בסיס הרדי.<sup>9</sup> באופן מופשט יותר, הרדיות מוגדרת לצורך מאמר זה כאמצעי שבו נעשה שימוש על-ידי שחקן אחד שהינו בעל פוטנציאל השפעה על התנהגותם של שחקנים אחרים, המצויים כולם במערכת יחסים שאינה מוסדרת עד תומה.<sup>10</sup> השחקנים הרלוונטיים לעניין קליטתם של פסקי-דין זרים הם מדינת המקור של הפסק והמדינה הקולטת את הפסק. למרות הופעתה של דרישת ההרדיות בחוק שמסדיר סוגיות מתחום המשפט הבינ-לאומי הפרטי, מקורה של דרישת ההרדיות מצוי דווקא במשפט הבינ-לאומי הפומבי, בהיותה מנגנון שעוצב לצורך הסדרת היחסים בין המדינות.<sup>11</sup> לכן התחקות אחר הפרשנות שניתנה

וסייגים מפניה), רשאי בית המשפט להכריז עליו כפסק אכיף, שאז ניתן יהיה להוציאו לפועל בישראל. מסלול ההכרה, לעומת זאת, מתייחס לפסקים שאינם כוללים חיוב אישי, דוגמת פסקי דין הצהרתיים. בהתאם לכך, מביא מסלול זה להכרה 'סבילה' בזכויות שעל קיומן מצהיר פסק הדין, במשמעותן של קביעותיו ובהשלכותיהן...". ראו גם Ralf Michaels, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments* (2009), <http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1848?rskey=HQ1G2C&result=1&p.rd=OPIl>.

6 ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3) 1, פס' 25 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2004): "במצאיות של ימינו אזרחים ישראלים רבים מקיימים התדיינות משפטית מחוץ לגבולות המדינה. אנו אכן חיים בעולם ההופך לכפר אחד גדול...". ראו גם רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109, פס' 5 לפסק-דינו של השופט אור (1998).

7 ע"א 1297/11 לוינ' נ' זוהר, פס' 22 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 29.12.2013).  
8 ס' 4 לחוק אכיפת פסקי-חוץ: "(א) פסק-חוץ לא יוכרז אכיף אם ניתן במדינה שלפי דיניה אין אוכפים פסקים של בתי המשפט בישראל. (ב) על פי בקשת היועץ המשפטי לממשלה רשאי בית המשפט לאכוף פסק-חוץ, אף כשלא נתקיימה הרדיות כאמור בסעיף קטן (א)".

9 וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 297.  
10 Anatol Dutta, *Reciprocity*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 1466 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017)

11 Arthur Lenhoff, *Reciprocity and the Law of Foreign Judgments: A Historical – Critical Analysis*, 16 LA. L. REV. 465 (1956); SHAHRAD NASROLAHI FARD, RECIPROCIITY IN INTERNATIONAL LAW: ITS IMPACT AND FUNCTION 15 (2016). לפירוט של סוגי התביעות השונים (מדינה נ' מדינה; מדינה נ' פרט; פרט נ' פרט) שדרישת ההרדיות עשויה למלא בהם תפקיד ראו John F. Coyle, *Rethinking Judgments Reciprocity*, 92 N.C. L. REV. 1109, 1117 (2014).

לדרישת ההדדיות כתנאי לקליטת פסקי־דין זרים בפסיקה הישראלית הינה פריזמה ראויה לבחינת מעמדם של שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי במשפט הבין־לאומי הפרטי.

לאחרונה העמיד בית־המשפט הישראלי במרכז החלטותיו את פרשנותה של דרישת ההדדיות באכיפה כאשר דן בקליטתם של פסקי־דין זרים. בפרשו את הדרישה להדדיות כתנאי לאכיפתם של פסקי־דין זרים, יצר בית־המשפט העליון, בשני פסקי־דין שניתנו לאחרונה, מעין "חזקת הדדיות", בפוסקו כי בהעדר ראיה קונקלוסיבית לכך שהמדינות הזרות שבהן ניתנו פסקי־הדין שקליטתם מתבקשת מסרבות לקלוט פסקי־דין ישראליים, חזקה היא שדרישת ההדדיות מתמלאת, ועל שיטת המשפט הישראלית לקלוט את פסקי־הדין הזרים.<sup>12</sup> בפרשו את הדרישה לקיומה של אמנה בין־לאומית כתנאי להכרה בפסקי־דין זרים, ביסס בית־המשפט את דבקותו בדרישה זו גם על שיקולים ציבוריים־ריבוניים, ולא רק על שיקולים פרטיים של צפיות וודאות, כפי שעשה בעבר. הטענה שתוצג להלן היא שעליית קרנה של דרישת ההדדיות ושלילת תחולתה הדווקנית מעידות כי בית־המשפט הישראלי נכון כיום, יותר מבעבר, לתת משקל רב יותר לשיקולים ציבוריים־ריבוניים המשקפים את מערך יחסי החוץ בין המדינות במסגרת הכרעותיו בסכסוכים חוצי גבולות בין אנשים פרטיים. כך, בניגוד לעמדה האקדמית הרווחת, בית־המשפט מכוון למגמה שאותה אִבֵּחַן השופט חשין כבר לפני יותר מעשרים שנה, שלפיה כאשר בית־המשפט נקרא להכריע בסכסוכים מתחום המשפט הבין־לאומי הפרטי, "...שוב החל זוהר... פן יחסיהן של האומות ביניהן לבין עצמן".<sup>13</sup> עוד ייטען כי הפרשנות הניתנת על־ידי בית־המשפט העליון לדרישת ההדדיות יכולה ללמד על היקף התפקיד הריבוני שבית־המשפט נכון למלא בעצבו את המקום האסטרטגי המדויק אשר ראוי לדעתו שמדינת־ישראל תימצא בו במסגרת יחסי החוץ שלה. דרישת ההדדיות מאפשרת לפיכך גם לבחון אם בית־המשפט נוקט גישה שמשמעותה בידוד של שיטת המשפט הישראלית, בבחינת "לכרד תשכון ובגויים לא תתחשב",<sup>14</sup> או שמא הוא נוטה לאמץ כיוון של פתיחות ומתן אומן בשיטות המשפט האחרות בעולם לצד הגברת שיתוף־הפעולה עימן, מתוך השתדלות להימנע מהוצאת שיטת המשפט הישראלית מ"משפחת העמים". במילים אחרות, דרישת ההדדיות מאפשרת לבחון אם בית־המשפט הישראלי מקיף את שיטת המשפט הישראלית בחומות־מגן גבוהות, מסיט את מבטו פנימה ומבליט את עקרונות הצדק וההוגנות הייחודיים לשיטה הישראלית, או שמא הוא רואה את שיטת המשפט הישראלית כחלק ממארג של ריבונות משותפת בין שיטות משפט בעולם.<sup>15</sup> המסקנה שתוצג במאמר

12 ע"א 3081/12 דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ נ' גופרום טרנסגו אוכטה בע"מ (פורסם בנבו, 9.9.2014); ע"א 7884/15 רייטמן נ' Jiangu Overseas Group Co Ltd (פורסם בנבו, 14.8.2017).

13 פרשת אגם, לעיל ה"ש 5, פס' 4 לפסק־דינו של השופט חשין.

14 בג"ץ 599/76 החברה הימית להובלת פרי בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד לא(3) 309, 313 (1977).

15 ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 34 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012): "שופט, הרואה עצמו (בין השאר) כחלק ממערכת משפטית גלובלית זו, והנוטל חלק בכתיבתו של ה'רומן הגלובלי בהמשכים' (global chain novel), בפארפורזה על המטאפורזה המוכרת של רונלד דוורקיין..., ישים לנגד עיניו את דבר קיומו של קונצנזוס הקיים בסוגייה משפטית מסוימת...".

היא כי פרשנות זו לדרישת ההדדיות לעניין קליטתם של פסקי־דין זרים, תוך ביסוסה גם על שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי, מעידה על תמיכתו של בית־המשפט בהקמת מארג אוניוורסלי של אכיפת פסקי־דין זרים תוך שיתוף־פעולה שיפוטי עולמי.<sup>16</sup> בכך, ייטען במאמר, בית־המשפט העליון מקדם תפיסות גלובליות.<sup>17</sup>

כדי לבחון טענות אלה, יתאר המאמר את מערכת היחסים בין תחום המשפט הבין־לאומי הפומבי לתחום המשפט הבין־לאומי הפרטי, תוך ניסיון לתחום את מקומם של שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי בהתפתחותו של המשפט הבין־לאומי הפרטי. ניתוח זה ייעשה הן מפרספקטיבה תיאורטית כללית (תת־פרק 1א) והן מנקודת־מבט קונקרטית של המשפט הישראלי (תת־פרק 2א). בהמשך יתמקד המאמר במעמדם של שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי בפרספקטיבה הצרה של בחינת דרישת ההדדיות כאשר מבקשים לקלוט פסקי־דין זרים (פרק ב). תחילה יוסבר מדוע נבחר התת־תחום של קליטת פסקי־דין זרים (תת־פרק ב1), ובהמשך יוסבר מדוע ראוי להתמקד בדרישת ההדדיות, המופיעה בשיטות משפט רבות ובמשפט הישראלי כתנאי לקליטתם של פסקי־דין זרים (תת־פרק ב2). משם יעבור המאמר לנתח את עמדת הפסיקה הישראלית בנוגע לדרישת ההדדיות כאשר מבקשים לקלוט פסקי־דין זרים (פרק ג). ראשית תבחן עמדת הפסיקה לעניין ההכרה בפסקי־דין זרים. בית־המשפט הישראלי מתעקש על קיומה של אמנה בין־לאומית עם המדינה שבה ניתן פסק־הדין הזר עובר להכרה בו. המאמר ידגיש את המגמה הניכרת בפסיקה שלפיה בעבר התבססה התעקשות זו על הרצון לקדם שיקולים פרטיים של הצדדים לסכסוך (תת־פרק ג1), ואילו כיום היא מתבססת גם על שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי (תת־פרק ג2). לאחר־מכן תבחן עמדת הפסיקה לעניין האכיפה של פסקי־דין זרים. בית־המשפט הישראלי נותן פרשנות מקילה לדרישת ההדדיות הכללית המופיעה בחקיקה כתנאי לאכיפת פסקי־דין זר. שוב תודגש המגמה הניכרת בפסיקה שלפיה בעבר התבססה פרשנות מקילה זו על הרצון לקדם שיקולים פרטיים של הצדדים לסכסוך (תת־פרק ג3), ואילו כיום היא מתבססת גם על שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי (תת־פרק ג4). לבסוף, המאמר ינתח מבחינה מוסדית את ההשפעה של הגברת משקלם היחסי של שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי במסגרת דרישת ההדדיות בקליטת פסקי־דין זרים על־ידי הרשות השופטת. ייטען כי הנמקה זו מאפשרת לזרוע השיפוטית למלא תפקיד

16 על הדדיות בראייה השוואתית ראו Bélig Elbalti, *Reciprocity and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark but Not Much Bite*, 13 J. PRIV. INT'L L. 184 (2017).

17 ההיררשות לתופעת הגלובליזציה במאמר זה הינה במונח התיאורי. ראו Ralf Michaels, *Globalization and Law: Law Beyond the State*, in LAW AND SOCIAL THEORY 287 (Reza Banakar & Max Travers eds., 2nd ed. 2013), המבחין בין גלובליזציה כ"מציאות" (reality), כ"אידיאולוגיה" (ideology) וכ"תיאוריה" (theory). על האופן שבו המשפט המנהלי הישראלי מתמודד עם תופעת הגלובליזציה ראו דפנה ברק־ארו ואורן פרו "המשפט המנהלי בישראל והאתגר הגלובלי" עיוני משפט לד 93 (2011). באופן כללי יותר ראו אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין־לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא" מחקרי משפט יז 17 (2001).

אסטרטגי פוליטי בקידום האינטרסים של מדינת-ישראל, כפי שהם נחזים בעיניה, בבואה להכריע בסכסוכים פרטיים חוצי גבולות. המאמר ישבץ את עמדתה המוסדית של הרשות השופטת הישראלית בתיאוריה בדבר "נימוס בין-לאומי" (פרק ד).

## א. היחס בין המשפט הבין-לאומי הפרטי למשפט הבין-לאומי הפומבי – ערב של שונות ודמיון

### 1. מבט-על

על היחס בין המשפט הבין-לאומי הפרטי למשפט הבין-לאומי הפומבי ניטשת מחלוקת אקדמית. רבים מהמלומדים מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי ספקניים ביחס לקיומו של קשר בין שני התחומים. הסיבות לשונות בין שני ענפי משפט אלה הן בעיקרן שתיים. ראשית, המשפט הבין-לאומי הפומבי הוא שיטת משפט נפרדת משיטות המשפט הלאומיות. הוא שיטת משפט היוצרת משטר ייחודי, והוא מבוסס על מקורות משפטיים עצמאיים. לעומת זאת, המשפט הבין-לאומי הפרטי נהפך ברבות השנים לחלק משיטות המשפט הלאומיות. הוא למעשה מצבור של כללים מהותיים ופרוצדורליים של המשפט המקומי. הוא נוצר באמצעות המחוקקים והשופטים הלאומיים. שנית, המשפט הבין-לאומי הפומבי הוא משפט אוניוורסלי שמחייב את כל המדינות. הכללים המהותיים והפרוצדורליים של המשפט הבין-לאומי הפרטי, לעומת זאת, נקבעים באופן עצמאי על-ידי כל אחת משיטות המשפט. הם משתנים משיטת משפט אחת לרעותה, ואי-אפשר לטעון שיש בנמצא כללים של משפט בין-לאומי פרטי שהינם בבחינת כללים אוניוורסליים.<sup>18</sup>

אולם בפועל ניתן למצוא גם חפיפות מעניינות בין שני ענפי המשפט הללו. ראשית, מבחינה היסטורית נבעו שני התחומים ממקור משותף.<sup>19</sup> המשפט הבין-לאומי הפרטי היה למעשה בתחילת דרכו חלק משיטת משפט אוניוורסלית שמטרתה הייתה לאפשר את פיתוחן של שיטות משפט מקומיות שונות זו מזו ואת הסדרת התיאום ביניהן ברוח פלורליסטית. כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי נתפסו כעליונים על המשפט הלאומי, בתוחמם את היקף התחולה הטריטוריאלית והפרסונלית של החוקים המקומיים. לכן המשפט הבין-לאומי הפרטי לא נתפס כחלק מהמשפט הלאומי, אלא כחלק ממערך כללים אוניוורסלי בין-לאומי – משפט העמים (the law of nations) – אשר כלל למעשה את שני ענפי המשפט הבין-לאומי: הפומבי והפרטי.<sup>20</sup> מערכת היחסים הקרובה בין המשפט הבין-לאומי הפומבי למשפט הבין-לאומי הפרטי התערערה הן מבחינה עיונית והן מבחינה מעשית במהלך המאה התשע-עשרה, ולקראת סוף המאה נפרדו שני התחומים.<sup>21</sup> תחום הפרישה של המשפט הבין-לאומי הפומבי

Alex Mills, *Connecting Public and Private International Law*, in LINKAGES AND BOUNDARIES 18  
IN PRIVATE AND PUBLIC INTERNATIONAL LAW 13 (Verónica Ruiz Abou-Nigm, Kasey McCall-  
Smith & Duncan French eds., 2018)

.Alex Mills, *The Private History of International Law*, 55 INT'L & COMP. L. Q. 1 (2006) 19

.ALEX MILLS, THE CONFLUENCE OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW 26 (2009) 20

Arthur Nussbaum, *Rise and Decline of the Law-of-Nations Doctrine in the Conflict of* 21  
*Laws*, 42 COLUM. L. REV. 189 (1942)

הצטמצם ל"היבט הציבורי" של יחסי המדינות, ואילו המשפט הבין-לאומי הפרטי נהפך עם התפתחותו לחלק מענפי המשפט הלאומי, שכן כלליו נוצרו על-ידי מחוקקים ושופטים לאומיים תוך התמקדות בקידום מדיניות ואינטרסים לאומיים ושימת-לב לרגישות חוקתית.<sup>22</sup> שנית, העיקרון המצוי בבסיסם של המשפט הבין-לאומי הפרטי והמשפט הבין-לאומי הפומבי הינו משותף. המשפט הבין-לאומי הפומבי מבוסס על עקרון השוויון בין ריבונים,<sup>23</sup> והמשפט הבין-לאומי הפרטי מבוסס על עקרון השוויון בין שיטות משפט. המשפט הבין-לאומי הפרטי מתייחס לשיטת המשפט הזרה ולבתי-המשפט הזרים לא כאל נחותים משיטת המשפט המקומית, אלא כאל שווים לה. במשפט הבין-לאומי הפרטי, הבחירה בין החלת הדין הזר להחלת הדין המקומי בסכסוך המערב יסודות זרים אינה מבוססת על עיקרון של עליונות של שיטת משפט אחת על רעותה, אלא על עיקרון של נאותות. הן העיקרון של כיבוד הריבונות במשפט הבין-לאומי הפומבי והן העיקרון של נימוס בין שיטות משפט במשפט הבין-לאומי הפרטי מורים למעשה למדינה אחת לכבד את ריבונותה של המדינה האחרת, ואף לשים את האינטרסים של המדינה האחרת לפני האינטרסים שלה עצמה.<sup>24</sup> שלישית, שני ענפי המשפט הבין-לאומי חופפים גם בחלק מהמטרות שהם שואפים להגשים. שניהם משרתים מטרה משותפת, והיא לתרום לסדר הגלובלי של עולם שמחולק למדינות בעלות ריבונות טריטוריאלית ואשר נוהגים בו שיטות משפט וחוקים שונים.<sup>25</sup> המשפט הבין-לאומי הפרטי, מעצם טבעו, מערّب באופן קבוע, במידה זו או אחרת, שיקולים מתחום המשפט הפרטי ומתחום המשפט הציבורי כאחד.<sup>26</sup> ברי כי המשפט הבין-לאומי הפרטי יש מטרות ייחודיות משל עצמו. העובדה שבבסיסו עומדים שיקולים פרטיים של עשיית צדק בין הצדדים לסכסוך והגברת הצפיות והוודאות הינה מובנת מאליה. אך התבוננות רחבה יותר על תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי מציגה אותו כשדה משפט שנועד להסדיר את מערכת היחסים בין המשפט הפרטי של הפורום לבין המשפט הפרטי של שיטות משפט זרות. לכן יש הרואים את המשפט הבין-לאומי הפרטי כבעל תפקיד מכונן – שהינו ציבורי – ביצירת מערך בין-לאומי לאסדרת מערכת היחסים בין שיטות משפט פרטיות.<sup>27</sup> המשפט

- 
- Kurt Siehr, *Private International Law, History of*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 1390 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017); ANDREAS F. LOWENFELD, PUBLIC LAW IN THE INTERNATIONAL ARENA: CONFLICT OF LAWS, INTERNATIONAL LAW, AND SOME SUGGESTIONS FOR THEIR INTERACTION 311 (Recueil des Cours, vol. 163, 1979) 22
- U.N. Charter, art. 2(1): "The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members" 23
- Mills, *Connecting Public and Private International Law*, לעיל ה"ש 18. 24
- Christopher A. Whytock, *Toward a New Dialogue Between Conflict of Laws and International Law*, 110 AM. J. INT'L L. UNBOUND 150 (2016) 25
- על דיון עכשווי בתפקידם של שיקולים ציבוריים במשפט הפרטי האירופי ראו: Guido Comparato, *Public Policy Through Private Law: Introduction to a Debate on European Regulatory Private Law*, 22 EUR. L.J. 621 (2016) 26
- Horatia Muir Watt, *Private International Law Beyond the Schism*, לעיל ה"ש 20; 2 TRANSNAT'L LEGAL THEORY 347 (2011); Robert Wai, *The Interlegality of Transnational* 27



הבין-לאומי הפרטי שואף להגשים הרמוניזציה בהכרעות השיפוטיות הנפסקות על-ידי בתי-המשפט הלאומיים. הוא שואף להגביל את החפיפה של סמכויות השיפוט ואת תופעת ה-forum shopping, ומקדם את קליטתם של פסקי-דין זרים. כל אלה נועדו למזער את החשש שהצדדים יוכפפו למשטרים אסדרתיים שאינם מתיישבים זה עם זה – דבר שעלול להוביל להתנגשות בין סמכויות הקליטה של פסקי-דין זרים של המדינות השונות. לכן המשפט הבין-לאומי הפרטי נועד, בין היתר, לקדם את הקיום בשלום ובצוותא של מדינות ריבוניות, תוך הפחתת מתקלי הדינים ביניהן. אלה אינן מטרות שמדינה יכולה להשיג בכוחות עצמה, באמצע באופן חד-צדדי את כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי ובקדמה את האינטרסים הלאומיים שלה. השגת מטרות אלה מחייבת שיתוף-פעולה פורמלי<sup>28</sup> ולא-פורמלי<sup>29</sup> בין המדינות, תוך הכרה בכך שמטרות אלה יושגו באופן הטוב ביותר באמצעות הרמוניזציה בין-לאומית – ולו חלקית – של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. הדרישה לקיומו של מערך אסדרתי כזה התחזקה בשנים האחרונות לנוכח העמקת תהליך הגלובליזציה, אשר הגדילה את מספר הסכסוכים חוצי הגבולות שהצריכו התדיינויות בבתי-משפט. הכלכלה הבין-לאומית המודרנית משקפת לכן הן את האינטרסים של הפרטים המעורבים ישירות בשוק חוצה גבולות והן את האינטרסים של המדינות המעוניינות בשיפור היחסים הכלכליים הבין-לאומיים שלהן. התייחסות-הגומלין בין שיטות משפט בנסיבות של כלכלה בין-לאומית מודרנית גובלת ממילא ומעצם טבעה בסוגיות שנוגעות הן בענפי המשפט הפרטי והן בענף המשפט הציבורי. לכן המשפט הבין-לאומי הפרטי נדרש לכלים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי, כגון אמנות בין-לאומיות, כדי להשיג מטרות אלה.

רביעית, גם מבחינה פונקציונלית שורר דמיון בין התחומים. הן המשפט הבין-לאומי הפומבי והן המשפט הבין-לאומי הפרטי פיתחו כללי סמכות אסדרתית בתחומי המשפט הפלילי והמשפט האזרחי, בהתאמה. כללים אלה הינם דומים למעשה מבחינה פונקציונלית,

*Private Law*, 71 LAW & CONTEMP. PROBS. 107 (2008)

28 באופן פורמלי ההסדרה נעשית על-ידי ה-Hague Conference on Private International Law, אשר מציבה לעצמה מטרה בת-השוואה למטרת המשילות הגלובלית של המשפט הבין-לאומי הפומבי. *Marta Pertegas, Hague Conference on Private International Law*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 870 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017). כך הדבר גם ביחס לתפקידו האסדרתי של המשפט הבין-לאומי הפרטי במדינות פדרליות דוגמת ארצות-הברית – Symeonides, *American Federalism and Private International Law*, 63 RHD 537 (2010) – וכן באיחודים אזוריים דוגמת האיחוד האירופי: Jan-Jaap Kuipers, *European Union and Private International Law*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 687 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017).

29 שיתוף-הפעולה הלא-פורמלי מתרחש כאשר מדינות נדרשות למשפט השוואתי כאשר הן מבקשות לנסח כללי משפט בין-לאומי פרטי לשיטת המשפט הלאומית שלהן. Ralf Michaels, *Comparative Law and Private International Law*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 417 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017).

בהסדרים את כוחה האסדרתי של המדינה, והם נוגעים בתיחום הטריטוריאלי או הפרסונלי של התנהגויות משפטיות ושל המעורבים בהן.<sup>30</sup> המשפט הבין-לאומי הפומבי תוחם את הגבולות החיצוניים שבתוכם הכללים הלאומיים של המשפט הבין-לאומי הפרטי פועלים. אין להבין מכך שהמשפט הבין-לאומי הפרטי נבלע בתוך המשפט הבין-לאומי הפומבי. המשפט הבין-לאומי הפרטי מקדם מטרות ומדיניות משלו, שבאמצעותן הוא מעצב מצידו את ענף המשפט הבין-לאומי הפומבי. כך, למשל, פיתוחה של סוגיית הסמכות הבין-לאומית בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי מהווה עדות לאופן שבו מדינות מעוניינות להסדיר ולתחום את סוגיית סמכות השיפוט האזרחית שלהן, וזו עשויה להתרגם ביום מן הימים למנהג בין-לאומי. דמיון פונקציונלי זה מעיד על היוזן הרדי בין התחומים.

לבסוף, ניתן למצוא דמיון גם במקורות ששני התחומים מתבססים עליהם. מקורם של חלק מכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי אינו מצוי דווקא במשפט הלאומי, אלא מקורם באמנות בין-לאומיות שנכרתות לרוב במסגרת ה-Hague Conference on Private International Law. הצטרפותן של מדינות לאמנות בין-לאומיות אלה מעידה כי לדין נדרשת הסדרה של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי במישור הבין-לאומי באמצעות מחויבות פורמלית לצורך בהרמוניזציה של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.<sup>31</sup>

2. מבט מקרוב: שיבוצם של שיקולים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי בתוך תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי – מגמות סותרות במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי?

במסגרת שיטות המשפט הלאומיות, תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי לוקה בנחיתות תיאורטית ומתודולוגית בהשוואה לענפי משפט לאומיים אחרים. בעוד תחומי משפט לאומיים שונים משכילים, בין היתר, לפתח מתודולוגיות פרשניות פוסט-מודרניות, לזקק מערך חדשני של הצדקות ואיוונים, לפנות לתיאוריות פוליטיות וסוציולוגיות ולשלב שיקולים של משילות גלובלית, המשפט הבין-לאומי הפרטי עומד לרוב מנגד, מבלי לאתגר את מושג הריבונות ואת אופן הפעלתה מעבר לגבולות המדינה.<sup>32</sup> תופעת הגלובליזציה – אשר הובילה לגידול

30 Nikitas E. Hatzimihail, *Reflections on the International Dimension of Private International Law*, in LIBER AMICORUM NADINE WATTÉ 287 (Arnaud Nuyts, Rafaël Jafferai & Vanessa Marquette eds., 2017).

31 Marta Pertegás, *Treaties in Private International Law*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 1743 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017). ראו, לדוגמה, אמנת האג בדבר ההיבטים האזרחיים של חטיפה בין-לאומית של ילדים, שנקלטה למשפט הישראלי באמצעות חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991.

32 Jürgen Basedow, *Private International Law, Methods of*, in 2 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 1401 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Lea Brilmayer, *Liberalism, Community, and State Borders*, 41 DUKE L.J. 1 (1991); Lea Brilmayer, *Rights, Fairness, and Choice of Law*, 98 YALE L.J. 1277 (1989); Lea Brilmayer, *Shaping and Sharing in Democratic Theory*, 15 FLA. ST. U. L. REV. 389 (1987); Lea Brilmayer, *Jurisdictional Due Process*

במספר הסכסוכים חוצי הגבולות שהצריכו התדיינות בכת"מ־משפט ולהתגברות נכונותן של המדינות הריבוניות להתערב בעסקאות חוצות גבולות של אנשים פרטיים – ערערה עוד יותר את מעמדו של המשפט הבין־לאומי הפרטי, אשר לא הצליח להתאים את עצמו להתפתחויות אלה. תרומתה העיקרית של תופעת הגלובליזציה למשפט הבין־לאומי הפרטי הייתה באתגור ההפרדה בין הספֶרה הפרטית לציבורית. כך, מעבר לשיקולים פרטיים של עשיית צדק בין הצדדים לסכסוך חוצה הגבולות והגברת הצפיות והוודאות, התחזקה בשנים האחרונות הדרישה שהמשפט הבין־לאומי הפרטי ייצור מערך בין־לאומי שיִאֶסְדֵר את מערכת היחסים בין שיטות משפט פרטיות ויתחם את היקף תחולתן על סכסוכים חוצי גבולות. אולם, כאמור, המשפט הבין־לאומי הפרטי לא פיתח כלים משפטיים מיוחדים להסדרת היחס בין יכולתם המוגברת של פרטים להיות חלק מפעילות כלכלית וחברתית חוצת גבולות תוך השתחררות ממגבלות אסדרתיות מקומיות לבין יכולתן ואחריותן של מדינות להחיל את ריבונותן באופן אקסטר־טריטוריאלי. בהכללה ניתן לומר כי תופעת הגלובליזציה לא הובילה לשינוי פרדיגמטי במשפט הבין־לאומי הפרטי, שהמשיך להתאפיין בנטרליות ערכית ונורמטיבית.<sup>33</sup>

חוסרים אלה בתחום המשפט הבין־לאומי הפרטי רלוונטיים לשיטות משפט רבות, ונכונים גם למשפט הבין־לאומי הפרטי הישראלי. לכן התבוננות רעננה על תחום המשפט הבין־לאומי הפרטי מצביעה על שאלות פילוסופיות הקשורות לתחום אשר נותרו פתוחות. כך, המשפט הבין־לאומי הפרטי הישראלי טרם דן בצורה מעמיקה בשאלת האיזון המיטבי בין צדק פרטי לבין טובין ציבוריים, בשאלת האופן שבו כללים יכולים להימתח אל מעבר לגבולות הריבוניים של מנסחיהם, ובשאלה עד כמה יש להכפיף זרים לכללים של הפורום. בחינת היקף ההידרשות של תחום המשפט הבין־לאומי הפרטי הישראלי לשיקולים פרטיים טהורים בהשוואה למשקל שהוא מייחס לשיקולים ציבוריים־ריבוניים מצביעה על מגמות סותרות.<sup>34</sup> כך, המשפט הבין־לאומי הפרטי הישראלי נגע אך בקצרה באפשרות

*and Political Theory*, 39 U. FLA. L. REV. 293 (1987); John Linarelli, *Toward a Political Theory for Private International Law*, 26 DUKE J. COMP. & INT'L L. 299 (2016)

Horatia Muir Watt, *Globalization and Private International Law*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 845 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017)

34 על בעייתיות דומה בהקשר של סמכות שיפוט בין־לאומית ראו Michael M. Karayanni, *The Myth and Reality of a Controversy: "Public Factors" and the Forum Non Conveniens Doctrine*, 21 WIS. INT'L L.J. 327, 382 (2003). לגבי מעמדו של שיקולים ציבוריים בעידן הגלובליזציה ראו ת"צ (כלכלית ת"א) 56722-05-16 דיגיטק אס אס סי אסמבליוס בע"מ נ' Domut, פס' 63-64 לפסק־דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 15.5.2017): "שיקולים של מדיניות ציבורית הם שיקולים מגוונים שאינם מכוונים תמיד לאותה תוצאה. בין השיקולים הללו ניתן להתייחס לשיקולים של 'נימוס בינלאומי', שיקולים ערכיים, שיקולים של תחרות בין בתי משפט במדינות שונות, שיקולים של forum shopping, שיקולים של עומס על מערכת המשפט ועוד... בעידן של גלובליזציה, עולה משקלה של שאלת אופן יישומם של השיקולים הציבוריים. ישנה עמדה לפיה בעידן כזה, בו ישנם יותר ויותר סכסוכים רבי־לאומיים, יש להעמיד לרשות המתדיינים בתי־משפט שיעניקו גישה אליהם גם למי שמבקש סעד בין־לאומי".

הקונסטיטוציונליזציה של כללי ברירת הדין, ולא שיבץ אותה במסגרת התופעה האוניוורסלית של קונסטיטוציונליזציה טרנס-לאומית.<sup>35</sup> הסוגיה הקונקרטית שנדונה על-ידי המשפט הישראלי נגעה בקשר בין הפעלת סמכות חוקתית באופן אקסטר-טריטוריאלי במטרה להבטיח זכויות של אלה המשתייכים לקהילות זרות לבין ההכרה בזכות של פרטים המצויים בקהילות שונות ובטריטוריות שונות לשוויון.<sup>36</sup>

זאת ועוד, המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי דן אגב אורחא – אבל תוך הפגנת פתיחות – באפשרות החלתה של דוקטרינת תקנת הציבור הבין-לאומית במשפט הישראלי. ברגיל, הדוקטרינה של תקנת הציבור החיצונית הלאומית, בהעדיפה את המדיניות של המשפט הלאומי, חותרת תחת העקרונות של המשפט הבין-לאומי הפרטי בדבר פתיחות לשיטת המשפט הזרה. אולם נדמה שמתמקמת במשפט הישראלי גם הנכונות להכרה בדוקטרינה של תקנת הציבור הבין-לאומית.<sup>37</sup> משמעותה של תקנת הציבור הבין-לאומית היא נכונות להחלת כללים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי – כגון דיני זכויות האדם – ולהערפתם על כללי הסמכות וכללי ברירת הדין של המשפט הלאומי. לכן דוקטרינת תקנת הציבור הבין-לאומית מנוגדת לרעיון חוסר הכבוד כלפי השיטה הזרה המשתמע מהחלת תקנת הציבור של הפורום. נהפוך הוא, משמעותה של תקנת הציבור הבין-לאומית היא כיבודן ואכיפתן של נורמות בין-לאומיות אשר מחייבות את שתי המדינות – מדינת הפורום ושיטת המשפט הזרה. תמיכת המשפט הישראלי ברעיון תקנת הציבור הבין-לאומית מעידה על נכונות להדגיש את הקשר בין המשפט הבין-לאומי הפומבי לפרטי.

מאידך גיסא, האופן שבו המשפט הישראלי נדרש לנושא של סמכות השיפוט הבין-לאומית מעיד דווקא על נכונות ליתן עדיפות לתפיסות פרטיות על תפיסות ציבוריות. ברגיל, שיפוטם של בתי-משפט צמוד לשטח המדינה שבה הם מכהנים וחריגה של בית-משפט מתחומו הטריטוריאלי טומנת בחובה סכנה של התנגשות סמכויות ביחס להגדרת הסמכות של בתי-משפט זרים ופגיעה בנימוס הבין-לאומי. תפיסה פרטית של שאלת הסמכות תעדיף את האוטונומיה של הפרטים לבחור באופן חד-צדדי את הפורום שבו הם יגישו את התביעה, ותכיר בתפקידם של כללי הסמכות כמצע לתחרות בין שיטות משפט שונות. תחרות זו אמורה להוביל לכך שהפורום המיטבי בעולם גלובלי ירכוש את הסמכות. מאידך גיסא, תפיסה ציבורית של המשפט תעדיף דיאלוג ושיתוף-פעולה בין השופטים בבתי-המשפט השונים בחותרם לאיתור הפורום המיטבי לקהילה הבין-לאומית שידון בסכסוך.

JAN KLABBERS, ANNE PETERS & GEIR ULFSTEIN, THE CONSTITUTIONALIZATION OF INTERNATIONAL 35  
Law (2009).

בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד סב (3) 264, 36  
פס' 28 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2007). ראו באופן כללי על דיני זכויות האדם  
ומשפט בין-לאומי פרטי, Patrick Kinsch, *Human Rights and Private International Law*,  
in 1 ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 880 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl,  
Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017).

דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פ"ד סה (1) 735, פס' 41 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה 37  
ריבלין (2011). תקנת הציבור הבין-לאומית הוכרה בפסק-הדין Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. [2002] 2 A.C. 883 (H.L.).

ככלל, המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי מעדיף אינטרסים פרטיים והתרכזות בשיקולים לאומיים צרים כאשר הוא מכריע בשאלת הסמכות הבינלאומית.<sup>38</sup> בית-המשפט נכון להפעיל את סמכות שיפוטו על נתבעים זרים, באמצעות הענקת פרשנות רחבה לתקנות העוסקות בהמצאה בתוך תחום השיפוט של מדינת-ישראל.<sup>39</sup> לאחרונה בית-המשפט אף מהרהר באפשרות של מתן פרשנות רחבה לתקנות העוסקות בהמצאת כתיב בידין לנתבעים זרים מחוץ לתחום השיפוט של המדינה.<sup>40</sup> ברוב המקרים מדובר בהרחבת סמכותו של בית-המשפט בישראל אל מעבר לתחומה של המדינה ובהתערבות בתחום הנתון בשליטתו של ריבון זר.<sup>41</sup> הרחבה זו נעשית לא פעם כדי להגן על תובעים או נושים ישראליים, והיא עלולה להביא לידי "התנגשות של סמכויות ולפגוע בכלל הנימוס שבין ערכאות שיפוט".<sup>42</sup>

38 כך נוהגים גם בתי-המשפט בארצות-הברית בשאלות של סמכות בין-לאומית. ראו Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909, 950-51 (D.C. Cir. 1984).

39 בהעניקו פרשנות רחבה לתק' 482 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 – ראו רע"א General Electric Corp. 39/89 'מגדל חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 762 (1989); רע"א 2652/94 טנדלר נ' לה קלוב מדיטראנה (ישראל) בע"מ, פ"ד 4 לפסק-דינו של השופט לוין (פורסם בנבו, 25.8.1994). הפסיקה גם הרחיבה את פרשנותה של זיקת המושב לצורך רכישת סמכותם של בתי-הדין הרבניים – ראו בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(4) 678 (2008). כמו-כן היא הרחיבה את פרשנותה לעניין הסמכות לדון בירושתו של תושב זר, על יסוד נכסים הנמצאים בישראל, כך שתחול גם על נכסים מחוץ לישראל – ראו בע"מ 9914/09 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.1.2010). עוד הרחיבה הפסיקה את סמכותה של ישראל לפרק חברה זרה – ראו ע"א 2706/11 Sybil Germany Public Co. Limited נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2015); סיליה וסרשטיין פסברג "על סמכות שיפוט, פירוק חברות זרות ומלאכת השיפוט: הערה על ע"א 2706/11 Sybil Germany Public Co. Limited נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ משפטים על אתר י 1 (התשע"ו).

40 בהעניקו מדי פעם פרשנות מרחיבה לתק' 500 לתקנות סדר הדין האזרחי. אבל ראו רע"א 925/17 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' AU Optronics Corporation, פ"ד 5-6 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 31.7.2017), שבו סירב בית-המשפט להרחיב את סמכות השיפוט של מדינת-ישראל, מכוח תק' 500 (7) לתקנות סדר הדין האזרחי, כך שתחול גם על חברות זרות שפעולתן גרמה לנזק שהתרחש בישראל כאשר לא נעשה מעשה או מחדל כלשהו בתחומי המדינה. בית-המשפט הוסיף עם זאת כי "התוצאה שאליה הגעתי יש בה כדי לעורר אי נחת מסוימת. אכן, מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפגע מגופים שחברו, לכאורה, לקרטל בינלאומי שבעטיו נגרם לו נזק הוא מצב בלתי רצוי, ומבחינה זו ספק אם התקנה בנוסחה הנוכחי הולמת את מגמות הגלובליזציה וההתפתחויות הטכנולוגיות בעולמנו". איריס קנאור "אימפריאליזם שיפוטי: סמכות בינלאומית ודוקטרינת הפורום הלא נאות – עיון מחדש" עלי משפט ט 205, 219 (2011). לגישה שלפיה בעולם גלובלי ראוי לפרש את כללי הסמכות בצורה רחבה ראו איילת בן-עזר ויעד רותם "רכישת הסמכות הבינלאומית מכוח תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד-1984: גישה חדשה" מאזני משפט ד 325,317 (2005).

41 טליה קונפנינר-שר סמכות שיפוט על נתבע זר 42-43 (2000).

42 רע"א 7342/11 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' INCOMACS LTD, פ"ד 4 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 2.8.2012).

הנה כי כן, בעוד שתפיסות בדבר נימוס בין-לאומי קוראות לזהירות רבה של בית-המשפט בעשותו שימוש בסמכות מסמכיותו על נתבע זר, במשפט הישראלי אנו עדים להרחבת סמכות השיפוט, מחד גיסא, ולצמצום השימוש בדוקטרינה של פורום לא-נאות,<sup>43</sup> מאידך גיסא. מכאן שהתפיסה הרווחת לרכישת סמכות השיפוט במשפט הישראלי אינה עולה בקנה אחד עם כללי הנימוס הבין-לאומי ועם הכיבוד ההדדי בין מדינות ובתי-משפט.<sup>44</sup> התעקשותו של הפורום הישראלי על הפעלת ריבונותו שלו אינה מאפשרת לבתי-משפט אחרים שהינם בעלי עניין ליטול חלק בעוגת סמכות השיפוט הבין-לאומית.

עם זאת, בית-המשפט הישראלי נכון לאחרונה לשקול שיקולים ציבוריים-אסדרתיים (לאומיים) במסגרת בחינת סמכותו הבין-לאומית לדון בתביעות. שיקולים אלה הינם שיקולים ציבוריים מערכתיים של מדינת הפורום בדבר הצורך לדון בעניין מסוים בגבולותיה שלה. בית-המשפט נוהג לבחון את זיקת ההליך לישראל, כדי לוודא שהמשאבים השיפוטיים המוגבלים לא יתבזבזו לשווא. הוא גם בודק אם יש הצדקה מהותית להקל על התובע, אם הוא ישראלי, על-ידי קביעה שההתדיינות תתקיים בישראל. כך, למשל, בעניין ארבל קבע בית-המשפט כי השיקולים הציבוריים-האסדרתיים (הלאומיים) שעניינם האינטרס שיש לפורום הישראלי בתובענה מצדיקים העדפה של התדיינות בישראל על התדיינות בטורקיה, שהייתה הפורום החלופי שהוצע בנסיבות המקרה.<sup>45</sup> בית-המשפט הישראלי לבסוף מכריע כי "לאור היותה של טורקיה יעד תיירותי פופולארי עבור ישראלים רבים, ישנו אינטרס לפורום הישראלי להקל על ישראלים אשר נפגעים במסגרת טיוליהם בטורקיה ולאפשר להם לתבוע את נזקיהם במסגרת הפורום הישראלי".<sup>46</sup> בית-המשפט אינו מגלה רגישות לשיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי בדבר תחושתיה של המדינה הזרה בנוגע לחשיפתם של נותני שירותי התיירות שלה לתביעות לפני בתי-המשפט הישראליים.

43 הצמצום בשימוש בדוקטרינה של פורום לא-נאות נעשה לא פעם תוך הירדרשות להתפתחות הניירות הגלובלית ולהיפכותנו לכפר גלובלי קטן. מיכאל קרייני "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו" מחקרי משפט יט 67 (2002); עידו באום "חופשה בטורקיה, תביעה בישראל: שיקולים ציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות" משפטים מב 309 (2012); קנאור, לעיל ה"ש 40, בעמ' 233.

44 אם כי בית-המשפט הישראלי קבע כי מכוח עקרון ההדדיות יש דווקא להכיר באפשרות להתיר המצאה מחוץ לתחום השיפוט. ראו ע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Company Ltd., פ"ד נח(2) 465, פס' 10 לפסק-דינו של השופט גרוניס (2004).

45 רע"א 2737/08 ארבל נ' TUI AG (פורסם בנבו, 29.1.2009). השאלה המשפטית שהתעוררה במקרה זה הייתה אם לבית-משפט ישראלי יש סמכות בסכסוך בין אזרח ישראלי שנגרמו לו נזקי גוף כאשר שהה במועדון נופש בטורקיה לבין חברת התיירות הבין-לאומית (חברה גרמנית) אשר שיוקה לאזרח הישראלי את חבילת הנופש בטורקיה. בית-המשפט פסק כי המצאת כתבי בידין למורשה ישראלי של חברת התיירות הבין-לאומית מקנה לבית-המשפט הישראלי סמכות. עוד קבע בית-המשפט כי ישראל הינה פורום נאות לדון בתביעה. ראו גם באום, לעיל ה"ש 43. לגבי מהותם של השיקולים הציבוריים, ועל כך שהם משקפים שיקולים נורמטיביים של אינטרסים ריבוניים (במובחן מאינטרסים פרטיים), ראו פרשת כלל חברה לביטוח בע"מ נ' INCOMACS LTD, לעיל ה"ש 42, פס' 5 לפסק-דינו של השופט הנדל.

46 פרשת ארבל נ' TUI AG, לעיל ה"ש 45, פס' 20 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

הוא גם אינו חושש מכך שניהול ההליך בישראל יאפשר, במסגרת עילת ההדדיות, לנהל הליכים נגד גורמי תיירות ישראלים במדינות מוצאם של תיירים הבאים לנפוש בישראל. בית-המשפט נוקט עמדה לגבי הקשר התיירותי בין שתי המדינות – ישראל וטורקיה. הוא רואה את תפקידו הציבורי כמעודד קשר זה, וכתומך באינטרס הלאומי של הגברת יכולתם של פרטים – ישראלים – לחצות גבולות אל היעד הקונקרטי של תיירות בטורקיה. אולם שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי אינם ממלאים עדיין תפקיד משמעותי בפסיקת בית-המשפט לעניין הגדרתה של סמכות השיפוט הבין-לאומית.

## ב. דרישת ההדדיות וקליטת פסקי-דין זרים

1. קליטת פסקי-דין זרים – תערובת של שיקולים פרטיים ושיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי

לנוכח המגמות הסותרות שנסקרו בחלק הקודם, מאמר זה בוחר להתרכז בבחינת מעמדם של שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי מבעד לפריזמה של התנת-תחום שעניינו קליטתם של פסקי-דין זרים. תת-תחום זה נבחר שכן בו התייחסות-הגומלין בין שני הריבוניים – זה שבמדינת המקור של הפסק וזה שבמדינה שבה נשקלת קליטתו – נהנית מביטוי בולט.

כידוע, מעמדו הפנימי של פסק-דין משתנה בהתאם לסיווגו על-ידי שיטת המשפט שבה הוא ניתן. שיטת המשפט שבה ניתן פסק-הדין גם קובעת את היקף השפעתו וכוחו של הפסק בשיטה המקומית.<sup>47</sup> אולם כאשר פסק-דין חוצה את גבולות הריבונות של מדינת המקור שלו וחודר למדינה זרה אשר שוקלת את קליטתו ואומדת לשם כך את מעמדו, באים לידי ביטוי גם שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי. הכרה בסמכותו של הריבון במדינת המקור של הפסק להורות לרשויות שלטון של המדינה הקולטת את הפסק כיצד לפעול עלולה לפגוע, מעצם טיבה, במעמדו של הריבון במדינה הקולטת, ולחתור תחת הסדר השלטוני בה. אכן, זהו אינטרס ריבוני של המדינה הקולטת את הפסק להכיר בפירותיו של ההליך שניהלו הצדדים לסכסוך במדינת המקור של הפסק, כך שהצדדים לא יצטרכו לנהל הליך חדש, אך ברי לא תיתכן קליטה של פסק-דין זר ללא נכונות לשיתוף-פעולה מצד הריבון במדינה הקולטת את הפסק עם מדינת המקור של הפסק. מסיבות אלה אין בעולם שיטת משפט העושה שימוש בפסקי-דין זרים ללא תנאים מוקדמים כלשהם.

47 בעשורה זאת, שיטת המשפט המקומית משקלת אינטרסים שיש בהם היבטים המובחנים כפריטים והיבטים המובחנים כציבוריים-אסדרתיים (לאומיים) של המדינה שבה מתבקשת קליטתו של הפסק. לדוגמה, היא קובעת מתי פסק-הדין הוא חלוט, מתי הוא יכול לשמש מעשה בית-דין, מתי ניתן לפנות לערכאה המתאימה ולצפות להכרעה חדשה, וכדומה. כמו-כן, שיטת המשפט המקומית קובעת מה יהווה מבחינה פרוצדורלית דיון מקיף ומספיק בסכסוך (קביעה המשקפת לרוב שיקולים פרטיים), וכן מי ייחשב מבחינה מוסדית גורם שמוסמך לתת את הפסק ומצדיק מתן אמון בהכרעתו (קביעה המשקפת לרוב שיקולים מוסדיים ציבוריים הנותנים ביטוי לריבונות המקומית).

קליטת פסק-דין זר מערבת בעיקר שני סוגים של שיקולים: שיקולים פרטיים ושיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי.<sup>48</sup> מובן שהתעלמות עקרונית מפסק-דין רק בשל העובדה שהוא ניתן במדינה זרה נושאת פוטנציאל של פגיעה באינטרסים הפרטיים של הצדדים לסכסוך. ערעור יכולתם של צדדים להסתמך על מה שנקבע בפסק-דין במדינת המקור של הפסק, כמשקף מצב משפטי סופי ומוחלט, פוגע בציפיותיהם הלגיטימיות של הצדדים ומקשה עליהם ניהול יחסים עבר-לאומיים מסחריים ואישיים.<sup>49</sup> אלא ששיטות משפט שונות מגדירות באופן שונה את מידת הלגיטימיות של ציפיית הפרטים לקליטת ההכרעה הזרה. כך, לדוגמה, ייתכן ששיטות משפט מסוימות יחפצו לצמצם את האפשרות של התובע בסכסוך להשיג יתרון על-ידי בחירה מגמתית את מדינת המקור של הפסק כפורום לדיון (forum shopping). נוסף על כך, קליטת פסק-דין זרים מערבת שיקולים ציבוריים-ריבוניים הלקוחים מהמשפט הבין-לאומי הפומבי בדבר יעילות ניהולם של יחסים עבר-לאומיים וקידום שיתוף-פעולה בין-לאומי א-פוליטי.<sup>50</sup>

אשר על-כן, שני סוגי השיקולים – שיקולים פרטיים ושיקולים ציבוריים-ריבוניים – משמשים כמעט תמיד בערבוביה כאשר בית-משפט של המדינה שבה מתבקשת קליטת הפסק שוקל באילו נסיבות הוא יתיר קליטתם של פסק-דין זרים. סיליה וסרשטיין פסברג הראתה כי התפיסה שלפיה כל אחת משתי גישות אלה – הפרטית והציבורית – מספקת כשלעצמה קנה-מידה חלופי לחשיבה על הבעיה של פסקים זרים הינה מוטעית. לדידה, גישות אלה אינן עצמאיות זו ביחס לזו, והנטייה לאפייין שיטת משפט כלשהי לפי נטייתה לטובת הגישה האחת או הגישה האחרת ביחס לקליטת פסק-דין זרים הינה שגויה. לדבריה, "הרושם כאילו מדינה בוחרת בין קני מידה ריבוניים ובין קני מידה משפטיים בעיצוב יחסה לפסקים זרים הוא מוטעה. בפועל תורות אלה אינן תורות חלופיות. אין כמעט שיטה שמעצבת את כלליה רק על יסוד יחסיה עם מדינת מקור הפסק או על יסוד שיקולים ריבוניים, ואין שיטה שמעצבת את כלליה בלא כל התייחסות לשיקולים ריבוניים. רוב שיטות המשפט מווסתות את דיניהן באשר לפסקים זרים תוך שימוש בשיקולים משני הסוגים גם יחד, והם משלימים זה את זה."<sup>51</sup> אבל גם לדעת וסרשטיין פסברג, הואיל ו"אפשר לדבר על מנגנונים בעלי גוון

48 קליטה כאמור מערבת סוג נוסף של שיקולים: שיקולים ציבוריים-אסדרתיים (שיקולים ציבוריים פנימיים) של המדינה שבה מתבקשת קליטת הפסק. כך, התעלמות מפסק-דין רק משום שהוא ניתן במדינה זרה שמה לאל את המשאבים הציבוריים שהושקעו בהליך המשפטי, ומחייבת לקיים הליך חדש תחתיו במדינה שבה מתבקשת הקליטה. אך הואיל ומשקלם של שיקולים ציבוריים-אסדרתיים לאומיים אלה לעניין הדיון בקליטתם של פסק-דין זרים הוא נמוך יחסית, מאמר זה לא יתמקד בהם.

49 Yaad Rotem, *The Problem of Selective or Sporadic Recognition: A New Economic Rationale for the Law of Foreign Country Judgments*, 10 CHI. J. INT'L L. 505, 521 (2010).

50 Louisa B. Childs, *Shaky Foundations: Criticism of Reciprocity and the Distinction Between Public and Private International Law*, 38 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 221, 239–40 (2005–2006).

51 וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 256.



מדיני ועל מנגנונים בעלי גוון משפטי... כל שיטה מעצבת כמה מנגנוני קליטה ובדיקה שונים, שמולידים תוצאות שונות, לפי תורת מסגרת שונה – כל זאת על פי צרכים שונים.<sup>52</sup> במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי קשה לזהות בפסיקה (וגם בחקיקה) תורה סדורה ומודעת בדבר היחס הראוי בין סוגי השיקולים השונים במצבים שבהם בית-המשפט הישראלי נדרש לסוגיית קליטתם של פסקי-דין זרים. הרושם המתקבל מהתבוננות כוללת על תנאי קליטתם של פסקי-דין זרים בישראל הוא שהסדרת הנושא לוקה בהעדר חשיבה מערכתית כוללת. הכללים הקיימים אינם יוצרים ודאות מספקת לעניין השאלה מתי ייקלט פסק-דין זר. שיקולים פרטיים וציבוריים-ריבוניים משמשים בערכוביה בהנמקותיו של בית-המשפט לאורך השנים. כך, בית-המשפט מצמצם ומרחיב את האפשרות לעשות שימוש בפסקי-דין זרים מבלי לתת ביטוי מושכל לעקרונות-היסוד שעליהם מושתתת מערכת התנאים לקליטת פסקי-דין זרים, ומבלי להבהיר את השיקולים המנחים אותה.

## 2. קליטת פסקי-דין זרים – דרישת ההדדיות ושילובם של שיקולים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי במשפט הבין-לאומי הפרטי

באופן קונקרטי יותר, מאמר זה מציע לבחון את סוגיית מעמדם של שיקולים פרטיים ושל שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי במשפט הבין-לאומי הפרטי מבעד לפריזמה של התייחסות בית-המשפט העליון לדרישת ההדדיות, שהינה אחת הדרישות המופיעות בחקיקה הישראלית בהקשר של בחינת האפשרות לעשות שימוש בפסקי-דין זרים. הטענה שתושמע במאמר זה היא כי הפרשנות הניתנת להיקפה של דרישת ההדדיות בקליטתם של פסקי-דין זרים יכולה לשמש "נייד לקמוס" לבחינת החשיבות שיש לייחס, לדעת בית-המשפט העליון, לשיקולים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי, במסגרת המהלך הכללי יותר של קונסטרוקציונליזציה שבית-המשפט עושה למשפט הבין-לאומי הפרטי.<sup>53</sup>

הדדיות משקפת את האופן שבו מתנהלות מערכות היחסים בין מדינות, ולכן היא מושג-מפתח בתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי. ניתן להגדיר את דרישת ההדדיות מן הבחינה המשפטית כך: "the mutual concession of advantages or privileges for purposes of commercial or diplomatic relations".<sup>54</sup> דרישת ההדדיות במשפט הבין-לאומי הפומבי משקפת את ההכרה שהעולם אינו מורכב ממדינות מבודדות, אלא מבוסס על מערכת יחסים מסועפת בין המדינות. באמצעות מערכת יחסים זו המדינות תומכות האחת ברעותה, תוך שהן מעניקות יתרונות קצרי-טווח וארוכי-טווח זו לזו. הדדיות יכולה להיות חיובית – דהיינו, תגובה חיובית של מדינה אחת על פעולה חיובית של מדינה אחרת – והיא יכולה להיות שלילית, במובן של תגובה שלילית של מדינה אחת על פעולה שלילית של מדינה אחרת. לכן הדדיות היא עקרון-מפתח בפיתוחו של המשפט הבין-לאומי הפומבי, המבוסס

52 שם, בעמ' 257.

53 ראו, לשם השוואה, את המצב בקנדה: Robert Wai, *In the Name of the International: The Supreme Court of Canada and the Internationalist Transformation of Canadian Private International Law*, 39 CAN. Y.B. INT'L L. 117 (2001).

54 BLACK'S LAW DICTIONARY 1298 (Bryan A. Garner ed., 8th ed. 2004).

על הענקת תמריצים חיוביים למדינות על-מנת שיצייתו למשפט הבין-לאומי הפומבי ומתן תמריצים שליליים למדינות כדי להניאן מהפרות של המשפט הבין-לאומי הפומבי. הדדיות תורמת במיוחד לקידום שיתוף-הפעולה בין המדינות. שיתוף-פעולה מתרחש כאשר המדינות שנקבעה על-ידי מדינה מסוימת נחזית בעיני המדינות האחרות כמקדמת את מטרותיהן. הדדיות מסייעת ליכולת המיקוח בין המדינות, בכך שהיא מסייעת לקדם מדיניות משותפת תוך שהיא מאזנת בין האינטרסים של כל אחת מהמדינות.

מדינות נוטות לשתף פעולה כאשר הן משתכנעות שבאמצעות פעולה קולקטיבית הן יוכלו לקדם אינטרסים טרנס-לאומיים – כגון ביטחון גלובלי, סחר בין-לאומי או תירות חוצת גבולות – בצורה טובה יותר מאשר באמצעים חד-צדדיים. הבעיה שהמשפט הבין-לאומי מתמודד עימה היא כיצד להבטיח את שיתוף-הפעולה לטווח ארוך ולהפחית את התמריצים לסטייה משיתוף-פעולה. הדדיות מסייעת למדינות לשמר את שיתוף-הפעולה ביניהן גם כאשר הוא נחזה כנוגד את האינטרס קצר-המועד והמידי שלהן. המדינות נוטות לשתף פעולה כאשר מערכת היחסים ביניהן מבוססת על אמונה שהן יקצרו יחדיו את הפירות הנובעים משיתוף-הפעולה.

במשפט הבין-לאומי הפרטי יש משמעות להדדיות אם סוברים שלמדינה יש אינטרס לגיטימי בתוצאותיו של הסכסוך הפרטי חוצה הגבולות, ואם סוברים שניתן לנהל יחסים בין-לאומיים באמצעות הכרעות שיפוטיות.<sup>55</sup> הואיל והמשפט הבין-לאומי הפרטי עוסק בקו-התפר שבין שיקולים פרטיים לשיקולים ציבוריים-ריבוניים, להתעקשות על דרישת ההדדיות – כמו גם להשמטתה – יכול שתהיה משמעות לגבי האופן שבו המשפט הבין-לאומי הפרטי של מדינה תופס את מערך היחסים הבין-לאומיים של אותה מדינה. לכן את העיסוק בהיקפה הראוי של דרישת ההדדיות יש לבחון תוך התייחסות לכמה היבטים, ביניהם: עד כמה יש בדרישת ההדדיות כדי לקדם יצירת מארג קליטה אוניוורסלי? עד כמה הרשות השופטת (להבדיל מהרשות המחוקקת או המבצעת) יכולה להוביל שינוי תפיסתי בנושא ההדדיות? ומה הסיכוי שאימוץ מדיניות ליברלית של קליטת פסקי-דין זרים על-ידי הפורום יהווה דוגמה אישית שתשכנע גם מדינות זרות לקלוט פסקי-דין זרים?

הדדיות משקפת כאמור שיקולים ריבוניים טהורים.<sup>56</sup> יש מדינות הסבורות כי קליטת פסקי-דין זר מהווה שירות שמדינה אחת נותנת למדינה אחרת מתוך שאיפה שהריבון הזר ישיב באותו מטבע של קליטה בתנאים מקבילים, ומבלי שיהא בכך משום נחיתות או פגיעה בריבונותו של הקולט. נוסף על כך, יש מדינות הסבורות כי מתן דריסת-רגל לפסקי-דין זרים בשטחן טומן בחובו תרומה להגשמת יחסים בין-לאומיים תקינים המבוססים על עקרונות של שוויון וכיבוד הדדי ומניעת פעולות חד-צדדיות של מדינות חזקות כלפי מדינות חלשות ללא כל חובה או התחייבות שכנגד. כמו-כן, ההדדיות עשויה לתרום לכלכלה הגלובלית, אשר יכולה להיחשב אינטרס אוניוורסלי של הקהילה הבין-לאומית: מדינה אשר ניאותה לקלוט פסקי-דין של מדינה זרה מעודדת חייבים זרים לציית גם לפסקי-הדין שלה, שאם לא כן פסקי-הדין שלה לא ייקלטו על-ידי המדינה הזרה. לבסוף, הדדיות שמקורה באמנות

55 SYMEONIDES, לעיל ה"ש 3. ראו גם Michaels, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, לעיל ה"ש 5, פס' 7.

56 Elbalti, לעיל ה"ש 16, בעמ' 215.

בין-לאומיות מעודדת כריתת אמנות בדבר קליטת פסקי-דין עם מדינות אחרות,<sup>57</sup> ובכך תורמת לעיצוב בסיס נורמטיבי משותף, להרמוניזציה בכללי הקליטה ולפיתוח של ענף משפטי זה במישור הבין-לאומי לפי דפוסיס אוניוורסליים.

ודוק, דרישת ההדדיות אינה משקפת אינטרסים ציבוריים-ריבוניים בלבד, אלא יכולה לשקף גם אינטרסים הנמצאים בקו-התפר שבין שיקולים ציבוריים-ריבוניים לשיקולים פרטיים.<sup>58</sup> כך, לדוגמה, גם אם נטייתו של בית-המשפט לפרש את דרישת ההדדיות באופן שיאפשר קליטה ליברלית של פסקי-דין זרים מתבססת על רצונו לקדם את הכלכלה הבין-לאומית, הבטחת מסחר בין-לאומי קולח יכולה גם להתפרש כניסיון של בתי-המשפט להגן על האינטרסים הפרטיים של הצדדים לסכסוך, המוחזקים כמי שמעוניינים באפשרות לסחור עם שווקים זרים. ככל שפסקי-דין ייהפכו לחסרי תוקף מחוץ למדינת המקור, יידרשו הסוחרים להוצאות רבות יותר לצורך הבטחת זכויותיהם המשפטיות ולשם ניהול הליכים משפטיים בכל מדינה שבה הם פועלים. התוצאה תהיה גידול בעלויות העסקה של הסחר הבין-לאומי, ולבסוף – ירידה בהיקפו.

אולם ההדדיות כשלעצמה אינה עוסקת בהגינות כלפי הפרטים המעורבים בסכסוך, אינה עוסקת באופן שבו נוצר הפסק, אינה מסננת פסקי-דין המבוססים על מרמה, אינה מגינה על פרטים מפני התדיינויות חוזרות, ואינה מונעת קליטת פסקי-דין שניתנו על-סמך חקיקה שאינה הוגנת. נהפוך הוא, דרישת ההדדיות עלולה לגרום לכך שפסקי-דין תקפים לא ייאכפו רק משום שהמדינה שבה מתבקשת הקליטה אינה נכונה לקלוט פסקי-דין של מדינת המקור של הפסק. כך, אף-על-פי שמנקודת-מבט של האינטרסים הפרטיים ייתכן שהיה דווקא צודק לקלוט את פסקי-הדין בין הצדדים, פסקי-הדין לא ייקלט בשל הרצון של המדינה שבה מתבקשת הקליטה לקדם את האינטרסים הריבוניים שלה מחוץ לגבולותיה. לכן המשקל והפרשנות הניתנים לדרישת ההדדיות לעניין ההכרעה בנוגע ליכולת לעשות שימוש בפסקי-דין זרים יש בהם כדי ללמד, בין היתר, על החשיבות ששיטת משפט אחת מייחסת למערכת היחסים בינה לבין מדינות זרות. ההדדיות משקפת את עניינה של מדינה בקליטתם האפקטיבית של פסקי-הדין שלה בשיטת המשפט הזרה. היא אף מלמדת על נסיונה של מערכת המשפט של אותה מדינה להגן על עצמה מפני השפעות שליליות אפשריות של קליטת פסקי-הדין הזר.

57 בהשראת דרישת ההדדיות בסוגיית ההסגרה מתחום המשפט הפלילי. ראו ע"פ 7569/00 יגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 529, פס' 52 לפסק-דינו של השופט חשין (2002).

58 Lenhoff, לעיל ה"ש 11, בעמ' 482; Friedrich K. Juenger, *The Recognition of Money*; 36 Am. J. Comp. L. 1, 28 (1988) להשוואה בין דרישת ההדדיות האוניוורסלית של Joseph Story לבין דרישת ההדדיות הפרטיקולרית של Friedrich Carl von Savigny ראו SAGI PEARI, *THE FOUNDATION OF CHOICE OF LAW: CHOICE AND EQUALITY* 43 ff. (2018).

### ג. המשפט הישראלי – הדדיות בקליטתם של פסקי־דין זרים

1. הכרה בפסקי־דין זרים – המצב המשפטי בעבר: הדרישה לקיומה של אמנה בין־לאומית והתבססות על שיקולים פרטיים

אחד ממנגנוני הקליטה של פסקי־דין זרים למשפט הישראלי הוא הכרה הצהרתית ישירה בפסקי־דין זר במסגרת גבולותיו של סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי־חוץ.<sup>59</sup> שלושה מתוך ארבעת התת־סעיפים של סעיף 11(א) נדרשים לקיומה של אמנה בין־לאומית בין המדינה שממנה הגיע פסק־הדין לבין מדינת־ישראל. קיומה של אמנה בין־לאומית הינו ביטוי של הדדיות.<sup>60</sup> הדרישה לקיומה של אמנה בין־לאומית קושרת את המשפט הבין־לאומי הפרטי אל המשפט הבין־לאומי הפומבי, שכן הביטוי הקלסי של דרישת ההדדיות במשפט הבין־לאומי הפומבי הוא חתימה על אמנה בין־לאומית.<sup>61</sup>

עד לעניין אגם,<sup>62</sup> העמדה הרווחת במשפט הישראלי הייתה שקיים מנגנון הכרה עצמאי ביחס לסעיף 11(א) לחוק, אשר מאפשר לעקוף את דרישת קיומה של אמנה בין־לאומית לצורך הכרה בפסקי־דין זרים. אולם ההלכה בעניין אגם פסלה כל אפשרות לזכות בהכרה ישירה בפסקי־דין זר במשפט הישראלי בהעדר אמנה בין־לאומית. השופט גולדברג, שכתב את פסק־הדין המוביל בעניין אגם, הסתפק בהנמקתו באמירה כללית שלפיה "אין חולק כי מסלול ההכרה הראשון, הקבוע בסעיף־קטן (א), אינו יכול לחול בענייננו, ולו מהטעם הפשוט שאין מי שטוען לקיומו של הסכם דוגמת זה הנדרש על־פי הסעיף בין מדינת ישראל ומדינת (המקור של הפסק) נבדה (ארצות־הברית)".<sup>63</sup> דהיינו, אמנה בין־לאומית היא לדידו דרישה שנקבעה על־ידי המחוקק, ואין לחקור בה ואין להפוך בה ואין לעקוף אותה בדרך פסיקתית. ודוק, השופט גולדברג אינו מנסה לבסס את הרציונל של הדרישה לקיומה של אמנה בין־לאומית על שיקולים פרטיים, ואף לא על שיקולים ריבוניים, אלא על שיקולים

59 ס' 11(א) לחוק אכיפת פסקי־חוץ: "א) בית משפט או בית דין בישראל יכיר בפסק חוץ שנתמלאו לגביו כל אלה: (1) חל עליו הסכם עם מדינת חוץ; (2) ישראל התחייבה באותו הסכם להכיר בפסקי חוץ מאותו סוג; (3) ההתחייבות אינה חלה אלא על פסקי חוץ הניתנים לאכיפה על פי חוק בישראל; (4) נתמלאו בו תנאי ההסכם."

60 הדדיות ממלאת תפקיד מרכזי במסגרת הכללים החלים על אמנות בין־לאומיות במשפט הבין־לאומי הפומבי. ראו FARD, לעיל ה"ש 11, בעמ' 15; Bruno Simma, *Reciprocity*, in VIII; Max Planck Encyclopedia of Public International Law 651 (2008).

61 Tim W. Dornis, *Comity*, in 1 Encyclopedia of Private International Law 382 (Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari & Pedro de Miguel Asensio eds., 2017).

62 עניין אגם, לעיל ה"ש 5, עוסק במנוח שנפטר בנוואדה (ארצות־הברית) ללא צוואה והשאיר כספים בחשבון בנק בישראל. לפי חוקי נוואדה, כספים אלה עוברים בירושה לאשתו (המשיבה) שנשארה בחיים, וכך גם נקבע בצו ירושה שהוציא בית־המשפט בנוואדה. כאשר רצתה המשיבה לעשות שימוש בצו הירושה הזר בישראל, התעוררה השאלה אם בישראל ניתן להכיר באופן ישיר בצו ירושה שניתן במדינת נוואדה, בהעדר אמנה בין־לאומית להכרה ולאכיפה של פסקי־דין בין המדינות.

63 שם, פס' 12 לפסק־דינו של השופט גולדברג.

של ריסון שיפוטי ומילוי אחר דרישתו המפורשת של המחוקק הישראלי.<sup>64</sup> מעניין שלמרות המסר של גולדברג שלפיו משמעות פסיקתו היא שלא יהיה אפשר להכיר בפסקי-דין שמקורם בארצות-הברית – שהיא מדינה ידירותית לישראל המקיימת עימה קשרי סחר ענפים – ולמרות העובדה שהשופט מודע לבעייתיותה של פסיקה זו, הוא מסרב ליצור מסלול עוקף לדרישת קיומה של אמנה בין-לאומית לצורך הכרה ישירה בפסק-הדין באמצעות הענקת פרשנות מרחיבה לסעיף 11(ב) לחוק בדבר הכרה אגבית בפסקי-דין זר, שהמבחן לגביה הוא רק ש"מן הדין ומן הצדק' להכיר בפסק החוץ".<sup>65</sup>

השופט חשין, לעומת זאת, תמך את הצורך באמנה בין-לאומית ברעיון הריבונות והנימוס הראוי בין מדינות, אך לא הרחיב מעבר לאמירה כללית זו.<sup>66</sup> יתרה מזו, השופט חשין הבחין בין הדרישה הנוקשה לקיומה של אמנה בין-לאומית כאשר מבקשים להכיר בפסקי-דין בצורה ישירה לבין הגישה המתונה יותר להדדיות כאשר מבקשים לאכוף פסקי-דין. את ההצדקה להבחנה ולהבדל במהות החיוב בין הכרה ישירה לבין אכיפה נעץ השופט חשין בשיקולים פრაטיים. דהיינו, הכרה ישירה עשויה להתבקש לגבי פסקי-דין זרים העוסקים בעניינים קנייניים, ולכן יש לה תוקף כלפי כל העולם. לעומת זאת, אכיפה מתבקשת ביחס לפסקי-דין זרים שמבטאים חיובים ממוניים, ולא לה יש תוקף רק במערכת היחסים בין הצדדים עצמם.<sup>67</sup> לנוכח מדרג (שנוי במחלוקת) זה שבו הכרה משמעותית יותר מאכיפה, אך טבעי, לדידו של חשין, שהדרישה להדדיות תהיה נוקשה יותר כאשר מתבקשת הכרה ישירה בפסקי-הדין הזר. לכן, לגישתו, מובנת התעקשותו של המחוקק על דרישה לקיום אמנה בין-לאומית בין המדינות במקרה של בקשה להכרה בפסקי-דין זר, לעומת הדרישה הכללית להדדיות כאשר מתבקשת אכיפה. על רקע זה קובע השופט חשין כי "הכרת מישרין בפסק-חוץ – להבדילה מאכיפתו – אמורה להיעשות זהיר-זהיר".<sup>68</sup> אכן, מעבר להזכרה כללית של עניין הריבונות, רוב הצדקותיו של השופט חשין לעניין שיקולי המדיניות המסתתרים מאחורי סעיף 11(א) לחוק, הדורש קיומה של אמנה בין-לאומית לצורך הכרה בפסקי-דין, הינן הצדקות מתחום המשפט הפרטי.

אחת מתוצאות-הלוואי של הלכת אגם היא שבית-המשפט מתעקש להותיר לרשות המבצעת את קביעת היקפם של פסקי-הדין הזרים שמדינת-ישראל תהיה נכונה להכיר בהם בצורה ישירה, בהכפיפו את עצמו לשיקול-דעתה לגבי חתימה על אמנות בין-לאומיות עם מדינות זרות. ברי כי לא נעלמה מעיני בית-המשפט העובדה שלמן קום המדינה ועד מתן פסק-הדין בעניין אגם לא עלה בידיה של הרשות המבצעת לחתום על אמנות בין-לאומיות

64 שם, פס' 14 לפסקי-דינו של השופט גולדברג.

65 שם, פס' 12 לפסקי-דינו של השופט גולדברג.

66 שם, פס' 3-4 לפסקי-דינו של השופט חשין.

67 שם, פס' 6 לפסקי-דינו של השופט חשין: "אכיפה עניינה – מעיקרה – בחיובים המוטלים על אדם כלפי רעהו (חיובים *in personam*), בעוד שהכרה אין עניינה כלל בהטלת חיובים והיא כשמה וכתוארה: מכירה היא בזכויות, ועשויה היא לכרוך זכויות קניין, ביניהן זכויות התופסות כלפי כל העולם – זכויות *erga omnes* – אם כי אין היא ממצה עצמה בזכויות מעין אלו."

68 שם, פס' 5 לפסקי-דינו של השופט חשין.

למעט עם ארבע מדינות.<sup>69</sup> סביר להניח כי נהיר לבית-המשפט כי בנסיבות אלה התעקשות על דרישת קיומה של אמנה בין-לאומית משמעותה שימת דגש בהדדיות במובנה השלילי. תוצאתה היא למעשה בידודה של מדינת-ישראל והעמדת המשפט הישראלי בסכנה שפסקי-הדין הישראליים לא יוכרו על-ידי שיטות המשפט הזרות. ודוק, בית-המשפט אינו נכון להיכנס לזירה הפוליטית ולהציע דרכים לאיון הדרישה לקיומן של אמנות בין-לאומיות. בית-המשפט אף נמנע מלהציע פרשנות לגבי האופן שבו הריבון יכול לגלות את דעתו לגבי נכונותו להכיר בפסקי-דין זרים בדרכים חלופיות. שיקולים בדבר גלובליזציה ורצון לתרום להתחזקות הכלכלה חוצת הגבולות אינם ממלאים תפקיד בהנמקתו של בית-המשפט.

2. הכרה בפסקי-דין זרים – ביסוס המגמה: הדרישה לקיומה של אמנה בין-לאומית והתבססות גם על שיקולים ציבוריים-ריבוניים מתחום המשפט הבינ-לאומי הפומבי

לאורך השנים ביקשו מלומדים שונים,<sup>70</sup> כמו-גם שופטים אחדים בבית-המשפט העליון,<sup>71</sup> לערער על נכונותה של ההלכה שנקבעה בעניין אגם בדבר הצורך הדווקני בקיומה של אמנה בין-לאומית עם מדינת המקור של הפסק כאשר מתבקשת הכרה ישירה בפסק-דין זר. אולם כל אלה לא שכנעו את בית-המשפט, אשר הוציא לאחורונה מתחת ידיו פסק-דין מפורט שבו

69 ארבע האמנות הרו-צדדיות המתמקדות במישרין בפסקי-דין זרים הן: ישראל-אוסטריה: אמנה בדבר הכרתן ואכיפתן ההדדית של החלטות משפטיות בעניינים אזרחיים ומסחריים, כ"א 21, 147 (נחתמה ב-1966); ישראל-בריטניה הגדולה: אמנה בדבר הדדיות בהכרתם ובאכיפתם של פסקי דין בעניינים אזרחיים, כ"א 22, 55 (נחתמה ב-1970); ישראל-הרפובליקה הפדראלית של גרמניה: אמנה בדבר הכרה הדדית בהחלטות בתי המשפט בעניינים אזרחיים ובדבר ביצוען ההדדי של החלטות אלה, כ"א 26, 667 (נחתמה ב-1977); ישראל-ספרד: אמנה בין מדינת ישראל ובין ממלכת ספרד בדבר הדדיות בהכרה והאכיפה של פסקי דין בעניינים אזרחיים ומסחריים, כ"א 30, 707 (נחתמה ב-1989). ראו התייחסות לכך בע"א 4525/08 בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.12.2010).

70 עמוס שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוץ" עיוני משפט ד 509, 513-514, 519 (1975); שאול מנהיים "הכרה ישירה בפסקי-חוץ מכוח החוק" עיוני משפט ז 703 (1980); מנשה שאוה "הכרה ישירה של פסק-זר בישראל והכללים החלים עליה" קרית המשפט ב 35 (2002); עדי חן "רישום פסק גירושין זר והכרה בו" ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 593 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006); חגי כרמון פסקי חוץ בישראל – הכרה ואכיפה 178-194 (2011); שלמה לויין ואשר גרוניס פשיטת רגל 412-415 (מהדורה שלישית, 2010); וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 516-519; TALIA EINHORN, PRIVATE; INTERNATIONAL LAW IN ISRAEL 426-28 (2nd ed. 2012); נועם זמיר "פסק דין זר בלי שום תוקף בישראל – הרהור נוסף לפני דיון נוסף?" הטרקלין – מחשבות על המשפט 13.3.2014. [hatraklin.org/2014/03/13/foreign-judgments/](http://hatraklin.org/2014/03/13/foreign-judgments/)

71 פרשת פלוני נ' פלוגנית, לעיל ה"ש 6, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק; פרשת בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co, לעיל ה"ש 69, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת ארבל ופס' טז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין; פרשת לויין נ' זוהר, לעיל ה"ש 7, פס' 24 לפסק-דינו של השופט הנדל.

חזר על דרישת קיומה של אמנה בין-לאומית כתנאי בלעדיו אין להכרה ישירה בפסק-דין זר. בעניין לוינ' נ' זוהר בית-המשפט פוסק כי "באשר להכרה ישירה, המחוקק מיקד את הבחינה בשאלה האם ישנה אמנה דו-צדדית בין ישראל לבין המדינה בה ניתן פסק החוץ, והאם באותה אמנה התחייבה ישראל להכיר בפסק חוץ מאותו סוג".<sup>72</sup> בית-המשפט ממשיך וקובע כי "אינני סבור שראוי יהיה לבית המשפט לבצע מעין 'חקיקה שיפוטית עוקפת' ולפתוח מסלול חדש להכרה בפסק חוץ שלא מכוח החוק".<sup>73</sup>

אכן, ההנמקה של בית-המשפט, המתמקדת בדרישה לקיומה של אמנה בין-לאומית, נובעת מעקרון ההדדיות ונימוסי האומות. לדבריו, "דאוי להן לאומות שתכבדה האחת את דעותה, וכנגזרת מכך, שכל אחת מהן תיתן תוקף לפסקי-דין הניתנים בבתי המשפט של זולתה..." המחוקק סבר כי ההדדיות צריכה להיות מעוגנת בהסכם פורמאלי, דהיינו באמנה בין ישראל למדינה בה ניתן פסק החוץ. רק אם התמלאו התנאים שבהסכם ניתן יהיה להכיר בפסק (סעיף 11(א)(4)).<sup>74</sup> בית-המשפט ממשיך ומדגיש את ההיבט הריבוני הגלום בעיסוק בפסקי-דין זרים, באומרו: "כל קליטה של פסק חוץ מבטאת שיתוף פעולה של בית המשפט הישראלי עם מערכת משפטית זרה. אולם לא רק בשיתוף פעולה עסקינן: בית המשפט הישראלי מוותר – ולו במקצת – על שיקול דעתו לטובת ערכאה זרה. כמובן, ייתכן ויש טעמים כבדי-משקל שיצדיקו ויתור שכזה. ברם מן העבר האחר גם אין להקל ראש באימוץ כללי של שיטה זרה על ידי בית המשפט הישראלי. המפתח הוא במציאת האיזון הנכון".<sup>75</sup> אכן, הנחישות המופגנת לעניין הדרישה לקיומה של אמנה בין-לאומית פורמלית מוסכרת על-ידי בית-המשפט בעיקר במונחים של שיקולים ציבוריים בדבר נימוס ושיתוף-פעולה בין-לאומי ושיקולים ריבוניים בין-לאומיים בדבר ויתור על שיקול-דעת ריבוני שיפוטי של מדינת הפורום והכפפתו לשיקול-דעת ריבוני שיפוטי של מדינה זרה. בית-המשפט ממעט להזכיר הצדקות מתחום השיקולים של הפרטים המעורבים בסכסוך, ונדמה כי הוא מבטא עמדה ברורה שלפיה השיקולים הציבוריים הבין-לאומיים הם שצריכים לעמוד בקדמת הבמה. יש לציין שבית-המשפט הגיע למסקנה כי דרישת ההדדיות לא התמלאה בנסיבות העובדתיות הקונקרטיות, וכי לא היה מקום להכיר בפסק-הדין הזר. לדידו, האמנה הבין-לאומית הקיימת בין ישראל למדינה הזרה שנתנה את פסק-הדין המקורי, דהיינו אנגליה, הִחריגה באופן מפורש את סוג פסקי-הדין שנדרש במקרה הקונקרטי.

הנמקה זו – שעולה כדי התעקשות דווקנית אחר מילוי הדרישה לקיומה של אמנה בין-לאומית לצורך הכרה בפסקי-דין זרים, תוך הדגשת השיקולים הציבוריים הבין-לאומיים – מבליטה את הקשר העמוק בין המשפט הבין-לאומי הפרטי למשפט הבין-לאומי הפומבי. זאת, מכיוון שמדובר בהנמקה שבמרכזה שאלת נכונותה של מדינה להסכים לפגיעה בריבונותה וכן נכונותה לגלות איפוק ולוותר על יכולתה לשלוט בהליכים משפטיים וכתוצאתם לטובת

72 שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט הנדל. בעניין זה נדונה השאלה אם ניתן להכיר בצו פשיטת-רגל שניתן על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק בלונדון לענייני פשיטת-רגל על-מנת לממש נכסים של החייב המצויים בישראל.

73 שם, פס' 22 לפסק-דינו של השופט הנדל.

74 שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט הנדל (ההדגשה הוספה).

75 שם, פס' 22 לפסק-דינו של השופט הנדל.

טריבונל זר. הנמקה זו גם מפנימה את הצורך בשיתוף-פעולה מהותי בין המדינות, לרבות כניסה למשאומתן על תוכנה של אמנה בין-לאומית, הגעה להסכמה, חתימה על האמנה הבין-לאומית וכיבודה. ניתן לומר כי בית-המשפט רואה בדרישתו של המחוקק שתתקיים אמנה בין-לאומית כתנאי להכרה בפסק-הדין הזר משום מכשיר פוליטי שמסדיר את מערכת היחסים בין המדינות. בית-המשפט עומד מאחורי דרישה פוליטית זו, ואינו מוכן לרכבה בדרך פרשנית. בהתעקשו על קיומה של אמנה בין-לאומית, בית-המשפט מפנה מקום לרשות המבצעת להוציא לפועל את מדיניותה הפוליטית בדבר היחס שיש ליתן לפסקי-דין זרים. ודוק, בית-המשפט מודע לבעייתיות המסתתרת מאחורי דרישת המחוקק לקיומה של אמנה בין-לאומית לצורך הכרה בפסקי-דין זרים, לנוכח מיעוט האמנות שעלה בידי הרשות המבצעת לחתום. לכן, הגם שהוא דוחה את הבקשה לקיום דיון נוסף בפסק-הדין – שנסבה סביב שאלת תוקפה של ההלכה בעניין אגם וההכרח בקיומה של אמנה בין-לאומית לצורך הכרה בפסק-הדין הזר – הוא מעיר כי "אכן, מפסק הדין עולה כי המצב המשפטי הנוהג בישראל בעניין הכרה בפסקי-חוץ מעורר קשיים... לנוכח המציאות הכלכלית והמשפטית בימינו, מן הראוי כי המחוקק ייתן דעתו לנושא זה"<sup>76</sup>.

### 3. אכיפת פסקי-דין זרים – המצב המשפטי בעבר: הדרישה להדדיות והתבססות על שיקולים פרטיים

באופן כללי ניתן לומר כי הפסיקה שרווחה בעבר בנוגע לאכיפת פסקי-דין זרים במשפט הישראלי הייתה בעיקרה טכנית, והתרכזה בעיקר סביב שיקולים פרטיים. בשורה ארוכה של פסקי-דין פילס בית-המשפט את דרכו בהתאם לדרישות המשפטיות הטכניות המנויות בסעיפי החוק השונים, שעניינן ציפיותיהם של הצדדים לסכסוך והוודאות המשפטית שהם שואפים לה. בעשותו כן בחן בית-המשפט את יישומן של הדרישות האמורות לאור עובדות המקרה שבו הוא נדרש להכריע.

אמת, החוק מפנה גם לדרישות ריבוניות. ראשית, סעיף 3(3) לחוק קובע את הדרישה שתוכנו של הפסק הזר לא יעמוד בסתירה לתקנת הציבור החיצונית של שיטת המשפט של הפורום.<sup>77</sup> אלא שתנאי ריבוני זה, אשר קבוע בחקיקה ומגן מפני פגיעה סמלית במדינה הקולטת, פורש על-ידי בית-המשפט בצורה מצמצמת. אף בהקשרה של דרישה זו הדגיש בית-המשפט כי שיקולים פרטיים גוברים על שיקולים ציבוריים.<sup>78</sup> לכן בפועל לא נמצא על-נקלה במשפט הישראלי דוגמה למקרה שבו נפסל פסק זר מן הטעם שהוא נוגד את תקנת הציבור.

76 דנ"א 304/14 זוהר נ' לוי, פס' 14 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 20.7.2014).

77 ס' 3(3) לחוק אכיפת פסקי-חוץ קובע כי "בית משפט בישראל רשאי להכריז פסק-חוץ כפסק אכיף אם מצא שנתקיימו בו תנאים אלה:... החיוב שבפסק ניתן לאכיפה על פי הדינים של אכיפת פסקי דין בישראל, ותכנו של הפסק אינו סותר את תקנת הציבור".

78 ראו, למשל, ע"א 1268/07 גרינברג נ' במירה, פס' 11 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 9.3.2009): "אכיפת פסקי-חוץ הכולל 'פיצויים עונשיים' שנפסקו בין בעלי דין פרטיים, בעניין אזרחי, שאינו בעל צביון שלטוני-ריבוני-ציבורי, אינה סותרת את תקנת הציבור 'החיצונית'".



שנית, סעיף 4 לחוק קובע את דרישת ההדדיות, שלפיה פסק־דין זר לא יוכרוז אכיף אם הוא ניתן במדינה שאינה אוכפת את פסקי־הדין של ישראל. אולם בעבר לא נקרא כמעט בית־המשפט לפרש תנאי ריבוני זה בדבר ההדדיות. במקרים המעטים שבהם עסק בכל־זאת בית־המשפט בדרישת ההדדיות, הוא התרכז בעיקר בשני היבטים של הדרישה. **ההיבט האחד** הוא שאלת פרשנותה של דרישת ההדדיות. על פניו, לשון סעיף 4 אפשרה לבית־המשפט הישראלי לתת פרשנות מרחיבה לגילויי ההדדיות הנדרשים מהמדינה הזרה, ובכך להעדיף אינטרסים ריבוניים צרים ולצמצם את היקפם של פסקי־הדין הזרים שמדינת־ישראל תהיה נכונה לאכוף לטובת הפרטים המעורבים בסכסוך. אך לא זו הדרך שבה בחר בית־המשפט ללכת. כבר מתחילת הדרך נקט בית־המשפט הישראלי פרשנות מקילה ביחס לדרישת ההדדיות, ובכך עודד את אכיפתם של פסקי־דין זרים בישראל. בכך אותת בית־המשפט הישראלי כי הוא מעדיף אינטרסים פרטיים על אינטרסים ריבוניים ציבוריים, שכן לנוכח פרשנות זו רק לעיתים נדירות יימנע בית־המשפט הישראלי מלאכוף את פסק־הדין הזר, ומכאן שברוב המקרים הוא יקדם למעשה את האינטרס של הפרט שזכה בפסק־הדין בשיטה הזרה. כפי שציינה וסרשטיין פסברג, "לפי המגמה המקובלת במדינות אחרות, גם בישראל דרישה זו [בדבר הדדיות – א' ק'] פורשה פירוש מקל מאוד. אין דורשים שאותו פסק דין, אילו ניתן בישראל בשינויים המחויבים, היה נאכף במדינת המוצא של הפסק הזר, אלא מסתפקים בכך שמדינה זרה זו אינה נמנעת באופן עקרוני מאכיפתם של פסקי דין ישראליים".<sup>79</sup>

אכן, בית־המשפט, בפסקתו בעניין **קסון**, קובע בצורה סתומה ולא־מנומקת כי "התנאי שבסעיף 4(א) לחוק [אכיפת פסקי־חוזין] מתייחס להדדיות הכללית שבאכיפה ולא להדדיות לגבי סוג ספציאלי של פסקים דווקא".<sup>80</sup> הא ותו לא. אין הסבר מפורש לבחירתו של בית־המשפט בפרשנות מקילה לדרישת ההדדיות, ואין הידרשות ברורה לרציונלים שהפרשנות המקילה נועדה להגשים. באופן קונקרטי, בית־המשפט אינו נדרש לעובדה שפסק־הדין בנסיבות המקרה בעניין **קסון** ניתן באנגליה, והוא אינו עורך דיון במהות היחסים בין ישראל לאנגליה. בית־המשפט גם אינו מתייחס לעובדה שישראל היא צד לאמנה עם אנגליה לצורך הכרה ואכיפה של פסקי־דין מסוגים אחרים, ולמידת הרלוונטיות של נתון זה. זאת ועוד, בית־המשפט אף אינו מזכיר את הקרבה בין שיטות המשפט, ובפרט את העובדה שהמשפט הישראלי הולך בעקבות שיטת משפטה של אנגליה לעניין השלמת פערים ולקונות.

**ההיבט האחר** של דרישת ההדדיות שאליו התייחס בית־המשפט בעבר, ואף הכריע בו, הוא סוגיית נטל ההוכחה בדבר התקיימותה של דרישת ההדדיות. בעוד המחוקק אינו מצוין על מי מוטל נטל ההוכחה, בית־המשפט פוסק, בעניין **גרינברג נ' במירה**, כי הנטל להוכיח העדר נכונות של המדינה הזרה לאכוף פסיקה ישראלית מוטל על המתנגד לאכיפה.<sup>81</sup> בית־המשפט מזכיר, מבלי לנקוט עמדה, את הסברה כי דרישת ההדדיות הינה דרישה

79 וסרשטיין פסברג **משפט בין־לאומי פרטי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 498.  
80 ע"א 619/89 **קסון נ' קסון**, פ"ד מה(2) 656, פס' 3 לפסק־דינו של הנשיא שמגר (1991). בעניין זה נבחנה האפשרות לאכוף במדינת־ישראל פסקי־דין בנושא מזונות שניתן באנגליה. בית־המשפט פסק כי ניתן לאכוף פסקי־דין כזה בישראל, וכי התמלאה דרישת ההדדיות עם אנגליה – מדינת המקור של הפסק.

81 פרשת **גרינברג נ' במירה**, לעיל ה"ש 78, פס' 13 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. השאלה המשפטית שהתעוררה בעניין זה הייתה אם אפשר לאכוף בישראל פסקי־דין שניתן

מיותרת. לגופו של עניין, בית־המשפט קובע מעין חזקה בדבר הדריות ריבונית, בפוסקו כי "נקודת המוצא היא שמדינות אחרות מכבדות את פסקי הדין הניתנים על ידי בתי המשפט בישראל, כפי שבתי המשפט בישראל מכבדים את פסקי הדין של מדינות אחרות... דומה כי ישנן רק מדינות חריגות אשר לא אוכפות פסקי דין של מדינת ישראל ואינן עומדות בדרישת ההדדיות, שכזכור מחייבת הדריות כללית בלבד".<sup>82</sup> ברי כי תוצאת פסיקתו זו של בית־המשפט היא ריכוך נוסף בעוצמתה של דרישת ההדדיות והגברת סיכויי אכיפתם של פסקי־דין זרים בישראל, מה שמשרת כמובן את טובתו של הצד שזכה בהליך הזר. ראשית, פסקי־הדין מציג מציג מצג שלפיו רוב המדינות מכבדות את דרישת ההדדיות.<sup>83</sup> שנית, במקרים שבהם המצב המשפטי במדינה הזרה אינו ברור, סיכויי האכיפה של פסקי־הדין הזר בישראל גוברים כאשר נטל ההוכחה בדבר העדר הדריות מוטל על כתפיו של החייב בפסקי־הדין הזר.<sup>84</sup> אך עיקר הנמקתו של פסקי־הדין נשענת על שיקולים פרטיים ושיקולים ציבוריים־אסדרתיים פנימיים שלפיהם "יש בדבר גם יתרונות מבחינת יעילות דיונית וחיסכון בזמן ובמשאבים של הצדדים ושל בית המשפט".<sup>85</sup> לעומת זאת, מעבר למוזכר לעיל, בית־המשפט נמנע מלהזכיר בהנמקתו שיקולים ציבוריים ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי. הוא אף מסרב ליצור זיקה הדוקה בין דרישת ההדדיות לדרישות ריבוניות ציבוריות אחרות. כך, הוא מסרב לקשור בין דרישת ההדדיות לדרישת תקנת הציבור וכן בין דרישת ההדדיות לבין "סייג לאכיפה" הקבוע בסעיף 7 לחוק אכיפת פסקי־חוץ, שעניינו אי־אכיפת פסקי חוץ שעלולים לפגוע בריבונותה של ישראל ובכחונה.<sup>86</sup> כמו־כן, בית־המשפט אינו מנתח באופן פרטני את יחסי החוץ של מדינת־ישראל עם ארצות־הברית (מדינת המקור של הפסק לפי עובדות המקרה), אלא מסתפק באמירה כי בין הצדדים לא הייתה מחלוקת על כך שקיימת הדריות כללית באכיפה בין ישראל לארצות־הברית.

כך, ניתן לראות שבתחילת הדרך העדיף בית־המשפט מתן פרשנות מקילה לדרישת ההדדיות באכיפת פסקי־דין זרים. בקובעו כי די בנכונות של שיטת המשפט הזרה לאכוף פסקי־דין ישראליים, ובהטילו את הנטל להוכיח כי אין נכונות כזו על המסרב לאכיפה, בית־המשפט הישראלי מפלס את הדרך לאפשרות אכיפה נדיבה של פסקי־דין זרים במשפט הישראלי.<sup>87</sup> אולם בית־המשפט עושה זאת ללא הנמקה מפורטת. הצדקתו של בית־המשפט לפרשנות זו מבוססת לרוב על שיקולים פרטיים, והוא נמנע מלהזכיר שיקולים ציבוריים־

בבית־המשפט העליון של מדינת ניו־יורק, שבו חויב המערער לשלם למשיב פיצויים (עונשיים ותרופתיים).

82 שם, פס' 14 לפסקי־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

83 שם.

84 שם.

85 שם.

86 שם. ליתר דיוק, הוא מסרב לקשור בין הדריות לבין תקנת הציבור וסייג הריבונות לעניין הסוגיה של נטל ההוכחה.

87 וסרשטיין פסברג ביקרה את פרשנותו המקילה של בית־המשפט לדרישת ההדדיות באכיפה. לדירה היה ראוי לתת פרשנות מצרה לדרישה זו, תוך הותרת מרחב שיקול־דעת למחוקק ואימוץ קו הנשען על שיקולים ציבוריים מחמירים. את זאת היה אפשר לעשות, לדעתה, הן על־ידי היצמדות לכללי פרשנות טקסטואליים והן על־ידי הסתמכות על שיקולים נורמטיביים

ריבוניים. וסרשטיין פסברג סיכמה את עמדת הפסיקה כלפי ההדדיות בציינה כי "למטב ידיעתי שום בקשה לא נדחתה בגלל אי קיומו של תנאי ההדדיות הסטטוטורי".<sup>88</sup>

4. אכיפת פסקי־דין זרים – ביסוס המגמה: הדרישה להדדיות והתבססות גם על שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי

אם בעבר התייחסה הפסיקה לדרישת ההדדיות ולפרשנותה באכיפת פסקי־דין זרים בצורה לקונית ואגבית, לאחרונה דרישת ההדדיות תופסת מקום מרכזי בהנמקתו של בית־המשפט העליון. בפסק־הדין בעניין דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ התבקש בית־המשפט הישראלי לאכוף פסק־דין שניתן ברוסיה נגד חברה ישראלית ולטובתה של חברה המאוגדת ברוסיה.<sup>89</sup> בית־המשפט מצייין את חשיבותה של דרישת ההדדיות ביחס לשני סוגי השיקולים – הן אלה שמקורם במשפט הציבורי והן אלה שמקורם במשפט הפרטי: "הגינות בין מדינתית והגינות בין הצדדים לבין עצמם".<sup>90</sup> אומנם, לאורך פסק־הדין שני ההיבטים משמשים בערכוביה, אך עצם הזכרתם של השיקולים הציבוריים מתחום המשפט הבין־לאומי הפומבי והמקום המשמעותי שהם תופסים בהנמקתו של בית־המשפט מלמדים על הגידול הרב בחשיבותם בהשוואה למה שהיה נהוג בעבר.

כך, בנסיבות הקונקרטריות של המקרה בית־המשפט מצייין את הקשר הייחודי בין ישראל לרוסיה, בקובעו כי מדובר ב"שיטת משפט של מדינה שלרבים מאזרחי ישראל להיות זיקות אליה (כמי שעלו מרוסיה)".<sup>91</sup> בית־המשפט מוסיף ומזכיר את הקשר בין פתיחותן של מדינות לאכיפת פסקי חוץ לבין נכונותן של המדינות להשיג לאחור את ריבונותן, בין היתר על־מנת לקדם שיתוף־פעולה בין־לאומי.<sup>92</sup> בית־המשפט מוסיף ומדגיש את הפן הציבורי של ההדדיות

שלפיהם אכיפה כוללת בחובה בהכרח הכרה בפסק־הדין הזר. וסרשטיין פסברג משפט בין־לאומי פרטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 517.

88 שם, בעמ' 498. אך היא מוסיפה כי "עם זאת, ברע"א 3608/10 מסאלחה נ' בנק פלסטיין הבינלאומי, ציין השופט רובינשטיין כי הימנעותה של הרשות הפלסטינית מאכיפת פסקי דין ישראליים עשויה לחסום את האפשרות לאכוף פסק דין של הרשות בישראל במסלול סטטוטורי".

89 פרשת דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ, לעיל ה"ש 12. עובדות המקרה עסקו בסכסוך חוזי בין חברה ישראלית לחברה רוסית. החברה הרוסית תבעה את החברה הישראלית ברוסיה, ובית־המשפט במוסקבה פסק לטובת החברה הרוסית. טענות ההגנה והערעורים של החברה הישראלית נדחו. החברה הרוסית ביקשה לאכוף את פסק־הדין הרוסי בישראל. החברה הישראלית התנגדה לאכיפה בטענה של העדר הדדיות, וכן בטענות שפסק־הדין הרוסי ניתן במרמה, שלא ניתנה לה אפשרות סבירה לטעון את טענותיה ולהביא ראיות, ושפסק־הדין עומד בסתירה לפסקי־דין אחרים בין הצדדים. בית־המשפט הישראלי דחה הן את הטענות המהותיות של החברה הישראלית והן את הטענה בדבר העדר הדדיות, והורה לאכוף את פסק־הדין הזר.

90 שם, פס' 43 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארו.

91 שם, פס' 31 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארו.

92 שם, פס' 38 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארו.

בצינינו את חשיבותה של ההדריות בתחום בין-לאומי פומבי מובהק – דיני ההסגרה.<sup>93</sup> לבסוף, בית-המשפט חוזר ומבהיר כי דרישת ההדריות נוגעת במערכת היחסים בין המדינות.<sup>94</sup> עם זאת, בית-המשפט אינו זונח לחלוטין את השיקולים הפרטיים. הוא עושה זאת תוך שהוא קושר בין הצורך לשמור על הריבונות לבין הצורך להגן על זכויותיהם של פרטים שנרכשו בשיטת המשפט הזרה ולהגביר את היעילות והוודאות המשפטית.<sup>95</sup> בפרטו את היתרונות לכחירה בגישה המקילה ליישומה של דרישת ההדריות, בית-המשפט מתרכז ביתרונותיה של ההקלה על הצדדים הפרטיים לסכסוך: מניעת התדיינות כפולות באותו נושא, הגברת הוודאות המשפטית, סיוע לגורמים עסקיים בכלכלה צעדיהם ותרומה לאכיפת פסקי-דין ישראליים בחוץ-לארץ.<sup>96</sup> אפילו ההצדקה האחרונה, שהייתה יכולה בהחלט להיחשב שיקול ציבורי הלקוח מיחסי המדינות, מועלית ככל הנראה מתוך התחשבות גם באינטרסים של הפרטים ובנכונותם לעשות עסקים במדינות שבהן הם יודעים כי פסקי-דין של מדינת-ישראל לטובתם ונגד החייבים הזרים, אם יינתנו כאלה, ייאכפו על-ידי המדינות הזרות. אכן, גם כאשר בית-המשפט מבהיר מדוע הוא מעדיף לדבוק בפרשנותו – שלפיה די בהוכחת פוטנציאל סביר לאכיפה של פסק-הדין הישראלי על-ידי שיטת המשפט הזרה, ואין צורך להביא ראיה לאכיפה דה-פקטו של פסק-דין ישראלי על-ידי בית-המשפט הזר – בית-המשפט העליון נדרש קודם-כל לאינטרסים ציבוריים-אסדרתיים לאומיים ולאינטרסים פרטיים של קידום עקרונות בדבר יעילות משפטית ועשיית צדק בין המתדיינים.<sup>97</sup> אולם מיד לאחר-מכן בית-המשפט מעלה שיקול ציבורי מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי בדבר הרצון למנוע "מעגל שוטה".<sup>98</sup> פוטנציאל יצירתו של "מעגל שוטה" הוא שיקול מתחום המשפט הציבורי ומערכת היחסים בין מדינות, שלפיו אם שתי מדינות דורשות הדריות, אף לא אחת מהן תאכוף את פסקי-הדין של רעותה, בהעדר הבטחה שהמדינה האחרת תהיה נכונה לאכוף את פסקי-הדין שלה. אנשי התיאוריה של המשפט מוכיחים כי טיעון "המעגל השוטה" הוא טיעון מוטעה. הם מראים כי דווקא התעקשות על דרישת הדריות מרוככת מובילה לשיתוף-פעולה בין המדינות, שכן מערכת היחסים ביניהן, ככל שהדבר נוגע באכיפת פסקי חוץ, הינה מערכת יחסים מתמשכת. לדבריהם, "תורת המשחקים" מלמדת כי מדינות המעוניינות בשיתוף-פעולה אינן צריכות בהכרח להיות אלה שנוקטות את הצעד הראשון,

93 שם. לעניין ההדריות בהסגרה קבע בית-המשפט הישראלי – בהידרו לתופעת הפשיעה חוצת הגבולות, אשר העמיקה ככל שהלך העולם ונהפך ל"כפר גלובלי" – כי מצאויות זו "מחייבת ממערכות המשפט ברחבי העולם, להתאים את עצמן להתפתחויות שחלו ולשכלל את מאבקן בפשיעה, בין היתר באמצעות הרחבת הנכונות לסייע למדינות על ידי הסגרתם של עבריינים". ע"פ 5227/10 יובל נ' מדינת ישראל, פס' 89 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 2.4.2012). ראו גם, באופן כללי, הילי מודריק-אבן חן "הסיכון הכפול בדיני ההסגרה בישראל: על הדריות וזכויות אדם בהליכי הסגרה" משפט וממשל יז 417, 438 (2016).

94 פרשת דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ, לעיל ה"ש 12, פס' 43 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

95 שם, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

96 שם, פס' 48 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

97 שם, פס' 55 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

98 שם.

אלא די בכך שהן ניאותות לאותת על נכונותן לשתף פעולה לאורך זמן.<sup>99</sup> כך למעשה נוהג גם בית-המשפט הישראלי. הוא מפרש את ההדדיות כדרישה מרוככת: הוא אינו מוותר על דרישת ההדדיות כליל, אך מאותת על נכונותו העקרונית להיות הראשון באכיפת פסקי-הדין הזרים.<sup>100</sup> על החשיבות שבית-המשפט הישראלי מייחס ליצירת מארג אוניוורסלי של אכיפת פסקי-דין זרים ניתן ללמוד גם מכך שבית-המשפט נדרש למשפט השוואתי ומזכיר (הגם שללא ניתוח מעמיק) את עמדתן של שיטות משפט אחרות ביחס לאכיפת פסקי חוץ. בית-המשפט מצביע על מגמה אוניוורסלית של הפחתת חשיבותה של הדרישה להדדיות.<sup>101</sup> מגמה זו נמשכת בפסקי-דין מאוחר עוד יותר של בית-המשפט העליון, אשר ניתן בעניין רייטמן, שעסק בבקשה לאכיפת פסקי-דין שמקורו בסין.<sup>102</sup> בית-המשפט מדגיש בהנמקתו את השיקולים הציבוריים. הוא אינו עושה זאת בחשאי, בהיחבא או באופן מרומז, אלא כחלק מעמדה מפורשת של פסקי-הדין. כבר בראשית הנמקתו מבהיר בית-המשפט כי דרישת ההדדיות בחוק מכוונת להמריץ מדינות חוץ לאכוף פסקים ישראליים, בבחינת "אכוף לי ואכוף לך". כמו-כן, בית-המשפט נכון להכיר בראיה עקיפה – יחסה של מדינת המקור של הפסק כלפי פסקי-דין שניתנו על-ידי בתי-משפט כלשהם של מדינות אחרות – כדי ללמוד על המגמה הכללית והלך-הרוח הרווחים במדינת המקור של הפסק ביחס לאכיפת פסקי-דין זרים.<sup>103</sup> היקשים כאלה בדבר היחס למדינות שליטות צריכים להיעשות ברגיל בזהירות, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בהיקשים שענינם קשרי חוץ של מדינה מסוימת עם מדינות שליטות. ובכל-זאת בית-המשפט נכון ללמוד מיחסה של מדינת המקור של הפסק הזר למדינות שליטות לגבי יחסה הפוטנציאלי למדינת-ישראל. נוסף על כך, ובה העיקר, כאשר בית-המשפט מפרט את העקרונות המשפטיים העומדים ביסוד דרישת ההדדיות, הוא מפרט שיקולים כגון יעילות, ודאות משפטית ועסקית, ויצירת יחס-גומלין בלתי-תלויים עם מערכות משפט זרות.<sup>104</sup> בכך הוא מוסיף על שיקולים פרטיים ושיקולים ציבוריים-אסדרתיים (לאומיים) גם שיקול ציבורי-ריבוני חיצוני. בהמשך הנמקתו מפליג

99 Michael J. Whincop, *The Recognition Scene: Game Theoretic Issues in the Recognition of Foreign Judgments*, 23 MELB. U. L. REV. 416 (1999). להצעה אחרת לעריכת ניתוח

כלכלי של דיני הקליטה של פסקי-דין זרים ראו Rotem, לעיל ה"ש 49.

100 פרשת דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ, לעיל ה"ש 12, פס' 55-56 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

101 שם, פס' 39-42 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

102 פרשת רייטמן, לעיל ה"ש 12. עובדות המקרה עסקו בסכסוך חוזי בין אזרח ישראלי שהינו בעליה של חברה ניו-זילנדית לבין חברה סינית. החברה הסינית תבעה את האזרח הישראלי בסין, ובית-המשפט בסין פסק לטובת החברה הסינית. טענות ההגנה של האזרח הישראלי, שנכח בדיונים בסין באופן חלקי בלבד, נדחו. החברה הסינית ביקשה לאכוף את פסקי-הדין הסיני בישראל. האזרח הישראלי התנגד לאכיפה בטענה של העדר הדדיות, וכן בטענות בדבר העדר סמכות בין-לאומית של בית-המשפט הסיני, פגיעה בזכויותיו ההליך והגן וקיומה של תניית בורות. בית-המשפט הישראלי דחה הן את הטענות המהותיות של האזרח הישראלי והן את הטענה בדבר העדר הדדיות, והורה לאכוף את פסקי-הדין הזר.

103 שם, פס' 41 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

104 שם, פס' 42 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

בית־המשפט בתיאורים על מערכת היחסים בין ישראל לסין. בלשוננו, "לא ניתן להתעלם מהקשרים העסקיים המתפתחים ומתגברים בין ישראל לבין סין".<sup>105</sup> בית־המשפט מפרט את התחומים שבהם מתקיים שיתוף־פעולה עסקי זה. בין היתר הוא מציין את תחומי הטכנולוגיה, החקלאות והביטחון. בית־המשפט גם מבהיר כי סירוב לאכוף פסק־דין שמקורו בסין עלול להעיב על יחסי־הגומלין המשפטיים והעסקיים בין המדינות ולפגוע בוודאות העסקית.<sup>106</sup> לבסוף, בית־המשפט קובע כי אין צורך בהוכחת מתאם בין מדיניות ליברלית ביחס להדריות באכיפת פסק־דין זרים לבין התפתחות יחסי מסחר בין מדינת־ישראל למדינת חוץ, שכן הדבר כלול בדיעתו השיפוטית.<sup>107</sup>

ניכר שבית־המשפט סבור כי אכיפת פסק־הדין הסיני תשרת את הפוליטיקה הבינ־לאומית של מדינת־ישראל. עידוד אכיפתם של פסק־דין ישראליים על־ידי בתי־משפט זרים, או אי־התעקשות על הדריות במונח הצר כדי לעודד סחר בינ־לאומי עם מדינה פלונית, מעידים על קידומם של אינטרסים ציבוריים בהקשר של הסכסוך הפרטי. אומנם, בעניין רייטמן בית־המשפט ממשיך ובודק אם פסק־הדין הזר מכריע בצורה צודקת בין הצדדים, אבל הוא עושה כן רק לאחר שהתגבר על דרישת ההדריות. נדמה שאילו לא התגבר עליה – דהיינו, אילו הוכח לפניו כי סין אינה נוהגת לאכוף פסק־דין ישראליים – היה בית־המשפט העליון מסרב לאכוף את פסק־הדין בשל אינטרסים ציבוריים־ריבוניים, אף אם לא היה נמצא רבב בפסק־הדין הקונקרטי שאותו ביקשו לאכוף.

#### ד. השלכות מוסדיות – שקילת שיקולים ציבוריים־ריבוניים מתחום המשפט הבינ־לאומי הפומבי על־ידי הרשות השופטת בסכסוכים בין פרטים

כאמור, בתחילת הדרך נתן בית־המשפט פרשנות דווקנית לדרישת קיומה של אמנה בין־לאומית לצורכי הכרה בפסק־דין זרים ופרשנות מקילה לדרישת ההדריות לצורכי אכיפה של פסק־דין זרים, תוך שהוא מסתמך במיוחד על טעמים של קידום אינטרסים פרטיים. כיום, הגם שבית־המשפט ממשיך לדבוק בפרשנויות שנתן בעבר, הוא מבסס את פרשנותו לדרישת ההדריות – בין לעניין הדרישה לקיומה של אמנה בינ־לאומית ובין לעניין הדרישה הכללית להדריות – תוך מתן משקל רב יותר לשיקולים ציבוריים מתחום המשפט הבינ־לאומי הפומבי בדבר מערך היחסים בין המדינות.<sup>108</sup> עצם נכונותו של בית־המשפט לשזור לצד השיקולים הפרטיים גם שיקולים ריבוניים בדבר שיתוף־פעולה בינ־לאומי, בדבר מהות

105 שם, פס' 43 לפסק־דינו של השופט דנציגר.

106 שם.

107 שם.

108 יודגש כי בתת־פרק זה נתרכזו במתן הסבר מוסדי להקלה של בית־המשפט בדרישת ההדריות בהקשר של אכיפת פסקי חוץ. לא ננסה לנמק באופן דומה את עמדת בית־המשפט לעניין הדרישה לקיומה של אמנה בינ־לאומית כאשר מתבקשת הכרה בפסקי חוץ, הואיל ולעניין זה בית־המשפט דבק בהתעקשותו על מילוי הדרישה הקבועה בחוק עצמו בדבר קיומה של אמנה בינ־לאומית עם מדינת המקור של הפסק, ורק הסיט את הנמקתו בהוסיפו הצדקות פוזיטיביסטיות מתחום המשפט הבינ־לאומי הפומבי.

היחסים הדיפלומטיים וקשרי הסחר והתיירות עם מדינת המקור של פסק-הדין, ובדבר שאלת שימורם של קשרים אלה ואפילו העמקתם, מלמדת על נכונותו של בית-המשפט לקרב את המשפט הבינ-לאומי הפרטי למשפט הבינ-לאומי הפומבי.

כאמור לעיל, המשפט הבינ-לאומי הפרטי המודרני עוצב בנפרד מהמשפט הבינ-לאומי הפומבי. הסיבה להפרדה בין תחומי המשפט הייתה, בין היתר, התפיסה שהכרעות בסכסוכים בין פרטים שהתנהגותם חוצת גבולות ראוי שיהיו נקיות מאינטרסים פוליטיים לאומיים צרים. אולם כיום, השיפור באמצעי התחבורה והתקשורת, מהפכת המרשתת והכמיהה למשילות שיפוטית גלובלית משפיעים על האופן שבו בתי-המשפט פוסקים כאשר הם נדרשים להכריע בסכסוכים פרטיים חוצי גבולות. שופטים בבתי-משפט מדינתיים רוקמים לא פעם קשרים עם שופטים במדינות זרות, ומשתמשים בקשרים אלה לצורך החלפת מידע, קידום ויישום של מדיניות משותפת, הרמוניזציה של הסדרים חקיקתיים וכדומה.<sup>109</sup> קשרים אלה מיתרגמים לפעמים במישור הפוליטי לאמנות בין-לאומיות או למצער להחלה אקסטרטריטוריאלי של אסדרה מקומית. התוצאה היא עיבוי הקשרים בקהילה הגלובלית<sup>110</sup> ויצירת משפט טרנס-לאומי על-ידי ארגונים גלובליים ואזוריים, על-ידי שיתוף-פעולה חוצה גבולות של ראשי מדינות ושופטים, על-ידי תאגידים רב-לאומיים המקדמים סחר חוצה גבולות ועל-ידי אנשים פרטיים שחוצים גבולות מטעמים אישיים ותיירותיים.<sup>111</sup>

תופעת הגלובליזציה שינתה לא רק את היקף תחולתו של המשפט הבינ-לאומי הפרטי, אלא גם את המתודולוגיה שלו, תוך שמירה על יעדיו, כפי שהודגם ביחס לקליטתם של פסקי חוץ. בעבר ההנחה הייתה שיש לפתח בעבור המשפט הבינ-לאומי הפרטי כללים פורמליים שיחלו באופן טכני על-ידי בתי-המשפט הלאומיים ואשר ימנעו אותו מלמלא תפקיד כלשהו בעיצוב האופן הרצוי של ניהול יחסי החוץ של מדינת הפורום.<sup>112</sup> כיום הולך ומתבהר כי תפקידו של המשפט הבינ-לאומי הפרטי אינו רק שקילת שיקולים פרטיים – כגון קידום פעילות כלכלית חוצת גבולות יעילה, הפחתת עלויות העסקה והגברת אמונם של הצדדים במשפט – אלא שהוא ממלא תפקיד ציבורי ותורם לתיקון כשלי שוק, וכן מגן על צדדים חלשים ועל ערכים חברתיים משותפים. עוד ברור כיום שסכסוכים חוצי גבולות בין פרטים

109 יחסי-גומלין אלה מוזכרים גם בפסיקה, בקובעה כי מטרת ההכרה בפסקי-דין זרים היא, בין היתר, "טיפוח יחסי גומלין של עזרה הדדית עם מערכות משפט ושיטות משפט זרות" (פרשת פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא ברק), וגם בכתיבה האקדמית: Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L L.J. 191 (2003); Anne-Marie Slaughter, *Judicial Globalization*, 40 VA. J. INT'L L. 1103 (2000); Anne-Marie Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communications*, 29 U. RICH. L. REV. 99 (1994) Monica Claes & Maartje de Visser, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, 8 UTRECHT L. REV. 100 (2012).

110 ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW WORLD ORDER* (2004).

111 Robert Wai, *The Cosmopolitanism of Transnational Economic Law*, in COSMOPOLITAN JUSTICE AND ITS DISCONTENTS 153 (Cecilia M. Bailliet & Katja Franko Aas eds., 2011).

112 Lenhoff, לעיל ה"ש 11, בעמ' 474.

משפיעים על מערכת היחסים הבין-לאומית בין המדינות המעורבות, ומערבים אינטרסים לאומיים מהמדרגה הראשונה.<sup>113</sup>

אכן, תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי מאפשר כיום לרשות השופטת שיקול-דעת בוויסות מידת המעורבות הרצויה לה בשילובה של מדינת הפורום בעולם הגלובלי. השופטים אינם עוד רק זורעו הארוכה של הריבון, אלא הם רשות נורמטיבית המעורבת בתהליך מורכב של הכרעה שיפוטית (להבדיל מפוליטית) בשאלה עד כמה היא מעוניינת לערב את המדינה ואת הפרטים בפעילות חוצת גבולות.<sup>114</sup> בית-המשפט יכול להכריע, באמצעות טכניקות פרשניות שונות של תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי, עד כמה הוא ימלא תפקיד של מקדם שיקולים שלטוניים עבר-לאומיים של המדינה. כך, בנכונותו להחזיר שיקולים ציבוריים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי לתוך הכרעות בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי לעניין קליטתם של פסקי-דין זרים, בית-המשפט הישראלי מציג נכונות להתערב בניהול יחסי החוץ של המדינה באמצעות ההכרעות השיפוטיות. יחסי החוץ של המדינה מנוהלים גם באמצעות המשפט המקומי, שחולש על האופן שבו המדינה באה במגע עם שאר העולם.<sup>115</sup> אכן, יחסי החוץ של המדינה מנוהלים לא רק על-ידי משרד החוץ של המדינה והכוח הצבאי שלה, אלא גם באמצעות המשפט הלאומי. הפרשנות והמשקל שבית-המשפט הישראלי נותן לשיקולים ציבוריים עבר-לאומיים בסוגיות שהמשפט הבין-לאומי הפרטי עוסק בהן – סמכות השיפוט, הדין החל וקליטתם של פסקי-דין זרים – משקפים את האופן שבו בית-המשפט רואה את תפקידו כמקדם יחסים שלטוניים עבר-לאומיים של המדינה. במלאם תפקיד זה, ייתכן שבתי-המשפט יתמכו בצעדים שתואמים לחלוטין את הקו שהממשלה הייתה מאמצת. כך, למשל, המשפט הבין-לאומי הפרטי מאפשר לבית-המשפט לקדם שיקולים מדינתיים צרים ופרובינציאליים, תוך הסתרתם מאחורי מונחים טכניים שהתחום נדרש להם.<sup>116</sup> התעקשותו של בית-המשפט הישראלי על קיומה של אמנה בין-

Veerle Van Den Eeckhout, *The Instrumentalisation of Private International Law: Quo Vadis? Rethinking the "Neutrality" of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law*, in *BOUNDARIES OF EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW* 387, 391 (Jean-Sylvestre Bergé, Stéphanie Francq & Miguel Gardeñes Santiago eds., 2015) על קישור מעניין בין אינטרסים פרטיים לבין אינטרסים ריבוניים גלובליים ראו Katherine R. Miller, *Playground Politics: Assessing the Wisdom of Writing a Reciprocity Requirement into U.S. International Recognition and Enforcement Law*, 35 *Geo. J. Int'l L.* 239, 305 (2004).

114 PEARI, לעיל ה"ש 58, בעמ' 43.

115 William S. Dodge, *International Comity in Comparative Perspective*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE FOREIGN RELATIONS LAW* (Curtis A. Bradley ed., forthcoming 2019), <https://ssrn.com/abstract=3045451>.

116 היה אפשר לחשוב שעילת ההגנה המצויה בס' 6(א)(3) לחוק אכיפת פסקי-חוץ – אשר פורשה על-ידי הפסיקה כקובעת כי ניתן לאכוף פסקי-דין זרים רק אם ניתנו בסמכות עקיפה, דהיינו, ניתנו בסמכות לדעת הפורום הישראלי – מהווה מסגרת נוקשה מאוד לאפשרות אכיפתם של פסקי-דין זרים בישראל, שכן בנוגע לסמכות העקיפה נקבע בפסיקה כי "סמכותו הבינלאומית של פורום נוכרי לתת פסק דין קמה אם התקיימה בינו לבין הנתבע אחת משתי הזיקות שלהלן:



לאומית, דהיינו על מעורבותה של הרשות המבצעת, בכל הנוגע באפשרות הכרה ישירה בפסקי-דין זרים היא דוגמה אחת לכך.<sup>117</sup> בית-המשפט הביע אי-נוחות מההסדר החקיקתי הנוהג, ובכל-זאת לא מצא מקום לנסות לסטות מהפרשנות שנתן בעבר בדרך של פרשנות יצירתית. בהסתרתו מאחורי לשון החוק, הותיר בית-המשפט את זירת היחסים הבין-לאומיים למחוקק ולרשות המבצעת, ובכך שיקף במלואם את האינטרסים הפוליטיים של הרשויות האחרות.

אולם ייתכן גם שבת-המשפט ינקטו פרשנות שתאפשר שילוב נרחב יותר של מדינת הפורום במארג הבין-לאומי. כך, לדוגמה, הימנעותו של בית-המשפט הישראלי מלפרש את דרישת ההדדיות הכללית לעניין אכיפת פסקי-דין זרים באופן החופף את דרישת המשפט הבין-לאומי הפומבי – דהיינו, הימנעותו מלהתעקש בהקשר זה על קיומה של אמנה בין-לאומית פורמלית בין מדינת-ישראל למדינת המקור של הפסק – אפשרה לבית-המשפט לקדם באופן עצמאי, בלא תלות ברשות המבצעת, שיתוף-פעולה בין ישראל למדינות אחרות.<sup>118</sup> קנה-המידה השיפוטי שבאמצעותו נוהגים להעריך את טיבן של מערכות היחסים בין שיטות משפט בעולם, ככל שהן אינן מוסדרות באופן פורמלי באמצעות אמנות בין-לאומיות, הוא תיאוריית "הנימוס הבין-לאומי".<sup>119</sup> "הנימוס הבין-לאומי" – comity – נחשב מושג

מגורים; והסכמה לשיפוט". פרשת רייטמן, לעיל ה"ש 12, פס' 48 לפסק-דינו של השופט דנציגר. אלא שזיקות מצומצמות אלה מוחלות לא פעם בצורה מקילה על-ידי בית-המשפט המתבקש לאכוף פסקי-דין זר, כפי שקרה בעניין רייטמן עצמו. ראו פרשת רייטמן, לעיל ה"ש 12, פס' 48-53 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

117 היכולת להכיר בפסקי-דין הכרה אגבית, כתחליף להכרה ישירה, צומצמה אף היא לאחרונה על-ידי הפרשנות שנתן בית-המשפט. ראו רע"א 9296/16 Band De Rosenberg נ' יד ושם – רשות הזיכרון לשואה ולגבורה (פורסם בנבו, 4.12.2017).

118 ייתכן כמובן שתישמע הטענה כי האפשרות לפרש את דרישת ההדדיות שבס' 4 לחוק אכיפת פסקי-חוץ כמחייבת קיומה של אמנה בין-לאומית אינה פתוחה באמת לפני בית-המשפט, לנוכח הדרישה המפורשת לקיומה של אמנה בין-לאומית המופיעה בס' 11 (א) לחוק אכיפת פסקי-חוץ לעניין הכרה בפסקי-דין זרים. אולם נדמה שלא המחסום הטקסטואלי הוא שמנע את בית-המשפט מלפרש את ס' 4 לחוק אכיפת פסקי-חוץ כמחייב אמנה בין-לאומית, שכן בית-המשפט עצמו הביע אי-שביעות-רצון מהדרישה הדווקנית לקיומה של אמנה בין-לאומית לעניין הכרה בפסקי-דין זרים, אך סבר כי הוא אינו יכול לסטות ממנה לנוכח מפורשותה של הדרישה. כמו-כן, להבדיל מהמחוקק במשפט הבין-לאומי הפרטי, שמעדיף להכתיב לשופטים דרישות ברורות ליישום, שופטים מעדיפים מושגי-שסתום המעניקים להם שיקול-דעת ומרחב יישום בהתאם לעובדות המקרה. לכן לא נראה שהשופטים יעדיפו מתן פרשנות דווקנית, המתעקשת על קיומה של אמנה בין-לאומית, למושג-השסתום "הדדיות". עם זאת, יכול שתישמע בכל-זאת הטענה כי בית-המשפט היה צריך לפרש את דרישת ההדדיות בצמצום גם לצורכי אכיפה של פסקי-דין זרים, וכי היה עליו להסתפק בשיקול-הרעת שניתן ליועץ המשפטי לממשלה (דהיינו, לרשות המבצעת) בס' 4 (ב) לחוק אכיפת פסקי-חוץ, שלפיו "על פי בקשת היועץ המשפטי לממשלה רשאי בית המשפט לאכוף פסקי-חוץ, אף כשלא נתקיימה הדדיות כאמור בסעיף קטן (א)".

119 Joel R. Paul, *Comity in International Law*, 32 HARV. INT'L L.J. 1, 4 (1991) ראו גם Dodge, Hessel E. Yntema, *The Comity Doctrine*, 65 MICH. L. REV. 9, 31 (1966). כן ראו Dodge, *International Comity in Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 115, המציין כי במשפט

מקמק, המבטא את מידת הכבוד שהפורום נותן לשיטות משפט זרות, שאינן מחייבות אותו.<sup>120</sup> הספרות נוטה להדגיש את "הנימוס הבין-לאומי" כמכשיר לבחינת שיתוף-הפעולה הוולונטרי עם שיטות משפט אחרות והפתיחות כלפיהן. מקורו של "הנימוס הבין-לאומי" במשפט הבין-לאומי הפומבי<sup>121</sup> – הגם שהוא אינו מקור מחייב במשפט הבין-לאומי הפומבי – והוא חדר בהדרגה למשפט הבין-לאומי הפרטי.<sup>122</sup> עיקרו הוא קיום פרקטיקות של רצון טוב, ידידות ויחס מנומס במערכות יחסים בין מדינות. במשפט הבין-לאומי הפרטי עיקרו הוא ריסון עצמי של מדינות בהחלה אקסטרטריטוריאלי של סמכות שיפוטן ושיטת משפטן. פרקטיקות אלה אינן מבוססות על חיובים משפטיים, אלא על התנהגויות רצוניות המטשטשות את קווי הגבול בין פוליטיקה לבין נימוס ותום-לב. מכאן גם נובעת עיקר הביקורת המושמעת כלפי "הנימוס הבין-לאומי", הגורסת כי מדובר במושג בלתי-מובנה ופגום מבחינה דוקטרינרית, אשר נעדר גבולות ברורים שיהא בהם כדי לתחום את שיקול-הדעת ולסייע בפתרון הבעיות אשר אלה המעוניינים להידרש לו מתמודדים עימן.<sup>123</sup>

נימוס שיפוטי (להבדיל מנימוס של המחוקק או של הרשות המבצעת, אשר אינו מעורר לרוב סוגיות משפטיות, אלא מבוסס על שיקולים של מדיניות ודיפלומטיה) מהווה ביטוי ליחסים אופקיים בין בתי-משפט של מדינות ריבוניות – יחסים המבוססים על שכנות טובה וכבוד הדדי בין אלה הפועלים בחלקות שיפוטיות גובלות, בניסיון כן לחלק את "עוגת הסכסוכים המשפטיים" ביניהן. הנימוס השיפוטי מבוסס גם על נכונות של בתי-המשפט לתת דריסת-רגל לא רק לחקיקה של השיטה הזרה, אלא גם לאקטים שיפוטיים שלה, ולכן הוא נוגע ישירות בקליטתם של פסקי-דין זרים.<sup>124</sup> גם בית-המשפט הישראלי פסק לא פעם

האירופי נהוג לדבר על אמון הדדי – mutual trust – במקום על הדוקטרינה של international comity.

120 נהוג לצטט בהקשר זה את פסק-הדין בעניין Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 163–164 (1895): “Comity, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and goodwill, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws”

121 Peter Macalister-Smith, *Comity*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, 671, 671–72 (Rudolf Bernhardt ed., 1992). לדעה אחרת ראו Pearl, לעיל ה"ש 58, בעמ' 152.

122 Dornis, לעיל ה"ש 61; Paul, לעיל ה"ש 119, בעמ' 48; ADRIAN BRIGGS, THE PRINCIPLE OF COMITY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 67 (Recueil des Cours, vol. 354, 2012); Donald Earl Childress III, *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*, 44 U.C. DAVIS L. REV. 11 (2010).

123 Harold G Maier, *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law*, 76 AM. J. INT'L L. 280, 281 (1982); CHESHIRE, NORTH & FAWCETT: PRIVATE INTERNATIONAL LAW 5 (James Fawcett & Janeen M. Carruthers eds., 14<sup>th</sup> ed. 2008).

124 Dornis, לעיל ה"ש 61.

כי עליו לבחון טענות נגד שיטות משפט זרות "בזהירות המתבקשת, תוך הכרה בחובה לנהוג בכבוד כלפי מערכות המשפט של המדינות האחרות".<sup>125</sup> הדעה הרווחת באקדמיה היא שהגם שאין בנמצא דוקטרינה כללית וקוהרנטית ל"נימוס בין-לאומי", יש בו בכל זאת כדי לזרות אור על האופן שבו שיטות משפט מתערבבות זו בזו, ובפרט על השאלה כיצד כללים של שיטת משפט אחת מקבלים תוקף בשיטת משפט אחרת.<sup>126</sup>

אכן, יש הטוענים כי אין זה ברור עד כמה נקיטת מדיניות ליברלית בנוגע להדדיות, תוך הפגנת נימוס בין-לאומי, אכן משפיעה על התנהגותן של מדינות זרות ומגבירה את נכונותן לקלוט פסקי-דין זרים. עוד יש הטוענים כי נימוס בין-לאומי מוביל לא פעם לזניחת ערכים מהותיים שמדינת הפורום דוגלת בהם, ולעיתים אף לויתור מוחלט עליהם. ועוד יש הטוענים כי ככל שמדינות נאותות לשנות את דרכיהן ולקלוט פסקי-דין זרים, הדבר נובע מקבוצות-לחץ הפועלות מתוך המדינה, ולא בשל עידוד חיצוני.<sup>127</sup> במשפט הבין-לאומי הפרטי הביקורת היא שדוקטרינת הנימוס הבין-לאומי מנחה את בתי-המשפט להתרכז רק בשיקולים ריבוניים, תוך התעלמות מאינטרסים ומזכויות של הצדדים.

אך דומה שבית-המשפט הישראלי במאה העשרים ואחת מצליח לאזן כראוי בין שיקולים פרטיים לשיקולים ריבוניים בסכסוכים חוצי גבולות. כך, בית-המשפט העליון אינו מוכן לוותר לחלוטין על דרישת ההדדיות המופיעה בחקיקה, ואינו מוכן לרוקנה מתוכן בדרך פרשנית. אך ככל ששיקולים ריבוניים מגיעים לקדמת הבמה, בית-המשפט פועל בהתאם לעקרון הנימוס הבין-לאומי. הוא דוגל בדעה כי לחץ מתון ועידוד מצידו – המתבטא בכך שהוא מפרש את דרישת ההדדיות הכללית המוזכרת בחוק באופן מקל, ואינו מחייב הפגנת הדדיות מראש מצד המדינה הזרה – אכן יכולים להשיג תוצאות שיש בהם כדי לחזק את יחסיה של מדינת-ישראל ותושביה עם מדינות אחרות, במיוחד בתחום הכלכלה הגלובלית והסחר הבין-לאומי אך גם בתחום חופש התנועה של אנשים מעבר לגבולות המדינה.<sup>128</sup>

125 ע"א 1948/15 JSC VTB BANK נ' מרגוליס, פס' 14 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו 6.3.2017).

126 Michael D. Ramsey, *Escaping "International Comity"*, 83 IOWA L. REV. 893 (1998); Robert Wai, *Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation Through Plural Legal Regimes*, in CONSTITUTIONALISM, MULTILEVEL TRADE GOVERNANCE AND INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 229 (Christian Joerges & Ernst-Ulrich Petersmann eds., 2011). בניסיון להמשיג את "הנימוס הבין-לאומי" נאמר בספרות כי יש להבין את התיאוריה כמנגנון משלים למשפט העמים המבוסס על חובות טבעיות ומוסריות בין המדינות החברות בקהילה הבין-לאומית. Dornis, לעיל ה"ש 61. ביחס לקשר בין הדדיות לנימוס הבין-לאומי במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי ראו גבריאלי הלוי תורת מתקל הדינים כרך ג 496 (2014). Coyle, לעיל ה"ש 11.

128 ראו, Dornis, לעיל ה"ש 61, בעמ' 390: "...decision making on the basis of international comity requires a change of perspective from *ex post* to *ex ante*" להתחזקות מעמדו של ה"comity במשפט האנגלי ראו Thomas Schultz & Jason Mitchenson, *Rediscovering the Principle of Comity in English Private International Law*, 26 EUR. REV. PRIV. L. 311 (2018).

הפרשנות המקילה לדרישת ההדדיות משמשת לכן אמצעי להגשמת המטרה של שכנוע שיטות משפט זרות אשר דבקות במשטרים ליברליים פחות של קליטת פסקי-דין זרים לשנות את דרכיהן. כל זאת במטרה להגביר את חופש התנועה של פסקי-הדין, לעודד שיתוף-פעולה ריבוני, ולכבד, בין היתר, את ציפיות הצדדים.<sup>129</sup> לנוכח אי-הוודאות שבה נתקל בית-המשפט הישראלי בבואו לאמוד שיטות משפט אחרות, הנימוס הבין-לאומי מוביל אותו ליצירת חזקה – שהיא בבחינת בררת-מחדל – שלפיה בהעדר ראיות שכנגד, החלטות שיפוטיות של מדינות זרות מבוססות על הרצון לשתף פעולה. כך, לדוגמה, שתי המדינות מושא פסקי-הדין שניתנו בעת האחרונה לעניין אכיפת פסקי חוץ – דהיינו רוסיה ובמידה מסוימת גם סין – הן מדינות שהיו ידועות בעבר בגישה נוקשה, שצמצמה מאוד את האפשרות של אכיפת פסקי-דין זרים על-ידיהן, אך עם השנים הן שינו את דרכיהן, וכיום הן נוטות לנקוט גישה מקילה הרבה יותר ביחס לאפשרות אכיפתם.<sup>130</sup> שינוי בגישתן זו זכה בהדהוד בפסקי-הדין של שיטת המשפט הישראלית, אשר הגיבה כאמור בחיוב על השינוי והראתה נכונות לאכוף את פסקי-הדין של מדינות אלה. אכן, ניתן להניח שאילו התפשטה סברה כי מדינת-ישראל נכונה לאכוף פסקי-דין זרים באופן גורף, וכי היא ויתרה לחלוטין על דרישת ההדדיות, לא הייתה עוד הניעה למדינות האחרות להשתדל לאכוף את פסקי-הדין הישראליים, ודבר זה היה עלול לפגוע במדינת-ישראל. לכן בית-המשפט מותיר את דרישת ההדדיות על כנה, ובפרשנותו זו הוא מעודד שיטות משפט זרות לאכוף את פסקי-הדין הישראליים.

ודוק, בית-המשפט הישראלי אינו מנסה לעצב כללי קליטה אחידים לפסקי-דין זרים, יהא מקורם אשר יהא, אלא מפתח כללים שרגישים למערכת היחסים בין מדינת המקור של הפסק למדינת-ישראל.<sup>131</sup> בכך בית-המשפט הישראלי מבטא גישה של נימוס בין-לאומי התפורה למידותיה של מדינת המקור של הפסק. תנאי הקליטה מעוצבים על-פי האינטרס הלאומי של מדינת-ישראל בקליטת פסקי-הדין שלה בחוץ-לארץ ועל-פי זהותה של מדינת המקור של הפסק ורמת היחסים המתקיימת בינה לבין מדינת-ישראל לעניין קליטתם של פסקי-דין זרים. פסקי-דין ממדינות שיש עימן יחסים ברמה מסוימת ייקלטו, או ייקלטו בתנאים קלים,

129 ראו, בין היתר, Foreign Judgments Recognition and Enforcement Act §7(b) (Proposed, Federal Statute 2005), שם נכתב כי הסיבה לנסיון ההחזרה מחדש של דרישת ההדדיות במשפט האמריקני היא "to create incentive to foreign countries to commit to the recognition and enforcement of judgments rendered in the USA" Linda J. Silberman, *Some Judgments on Judgments: A View from America*, 19 KING'S L.J. 235, 261 (2008).  
 130 ראו דיון מפורט ביחסן של רוסיה וסין לפסקי-דין זרים אצל Elbalti, לעיל ה"ש 16, בעמ' 197. רוסיה אכן עברה שינוי בהקשר זה, וכיום פסקי-דין זרים אכן מוכרים על-ידי בית-המשפט שלה. בסין העמדה המשפטית ברורה פחות, ועדיין לא ברור אם היא אכן נכונה לאכוף פסקי-דין זרים. עם זאת, לניתוח שמראה כיצד נכונותן של מדינות זרות לאכוף פסקי-דין סיניים הובילה לשינוי חיובי ביחסה של סין לאכיפתם של פסקי-דין זרים בשטחה ראו Wenliang Zhang, *Sino-Foreign Recognition and Enforcement of Judgments: A Promising "Follow-Suit" Model?*, 16 CHINESE J. INT'L L. 515 (2017).  
 131 Dornis, לעיל ה"ש 61.

ואילו פסקי-דין ממדינות שאין עימן יחסים יידחו או ייקלטו בתנאים קשים יותר.<sup>132</sup> לכן, גם לפי הנמקתה של בית-המשפט, ייתכן שהוא יסרב לקלוט פסק-דין זר אם מדינת המקור שלו אינה קולטת פסיקה זרה. במבט ראשון ייתכן שייראה כאילו סירוב לקלוט הכרעות של בתי-משפט זרים הוא בגדר סטייה מעקרון שיתוף-הפעולה הגלובלי. אולם מבט מעמיק יותר מלמד כי הנימוס הבין-לאומי נדרש גם להתנהגות הראשונית של מדינת המקור של הפסק המבקשת יחס של כבוד ממדינות אחרות. ככל שההכרעה המקורית של מדינת המקור של הפסק מהווה הפרה של עקרון שיתוף-הפעולה, סירוב של מדינות אחרות לקלוט החלטה כזו לא יהווה הפרה של הנימוס הבין-לאומי.<sup>133</sup> נהפוך הוא, הדבר ייחשב ניסיון ראוי להטיל סנקציה על מדינה שאינה נכונה לשתף פעולה ביצירת מארג קליטה גלובלי.

גישתו המורכבת, אך גם המעשית, של בית-המשפט מעידה על החשיבות העליונה שבית-המשפט מייחס למעמדה של ישראל בעולם גלובלי המבוסס על קשרי חוץ ועל קידום ניידותם של אמצעי ייצור ושל אנשים וחברות באופן חוצה גבולות. בכך בית-המשפט תורם לשמירת מעמדה הבין-לאומי של ישראל ולשילובה של ישראל במארג הגלובלי. בכך הוא גם מראה נכונות להיכנס לזירה הדיפלומטית ולקדם באופן אסטרטגי את העדפותיה של מדינת-ישראל ביחסי החוץ, כפי שהן נחזות בעיניו, במסגרת הכרעותיו השיפוטיות.

## סיכום

תופעת הגלובליזציה מערערת את ההבחנה המלאכותית שרווחה בעבר בין המשפט הבין-לאומי הפומבי למשפט הבין-לאומי הפרטי, שכן זו סמכותה הריבונית של המדינה ליצור את הפלטפורמה – לרוב באמצעות הצטרפות לאמנה בין-לאומית – שעל-גביה אנשים פרטיים יכולים לפעול באופן חוצה גבולות. במקביל מחלחלת ההבנה שהמשפט הבין-לאומי הפרטי, בפתרו סכסוכים חוצי גבולות בין אנשים פרטיים, מחויב לשקול לא רק שיקולים פרטיים, אלא גם שיקולים ציבוריים עבר-לאומיים. שיקולים אלה נשקלים על-ידי הערכאות השיפוטיות, שפועלות בהקשר זה לאו דווקא כזרוע המשרתת אינטרסים ריבוניים של המדינה, אלא כסמכות נורמטיבית שמשבצת אינטרסים של הצדדים לסכסוך בשיקולים ריבוניים.

הטענה שהוצגה במאמר זה היא ששינויים אלה לא פסחו על המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי. הפריזמה שבאמצעותה הוצע לבחון את הטענה שלפיה שיקולים ריבוניים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי נהנים ממעמד מרכזי יותר במשפט הבין-לאומי הפרטי היא דרישת ההדדיות לצורך קליטתם של פסקי-דין זרים. ההנחה הייתה שעם העמקת תהליך הגלובליזציה, קליטה אוניוורסלית של פסקי-דין זרים נעשית חשובה יותר, ודיון בשיקולים אשר מאפשרים או מונעים את ההכרה בפסקי-דין זרים או את אכיפתם הוא אמצעי אפקטיבי

132 ורשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 256; פרשת דאבל קיי מוצרי דלק (1996) בע"מ, לעיל ה"ש 12; פרשת רייטמן, לעיל ה"ש 12.

133 William S. Dodge, *International Comity in American Law*, 115 COLUM. L. REV. 2071 (2015).

להערכת מעמדה של הגלובליזציה בשיטת המשפט הישראלית.<sup>134</sup> אכן, ניכר כי בית-המשפט הישראלי מודע לכך שכל החלטה שיפוטית לגבי מהותה של דרישת ההרדיות משמעותה התערבות של הרשות השופטת במערכת היחסים הבין-לאומית של מדינת-ישראל, מחד גיסא, תוך גילוי רגישות לייחודיות של המשפט הישראלי, מאידך גיסא.

בחינת הפסיקה לימדה כי כאשר מופיעה בחוק דרישה מפורשת לקיומה של אמנה בין-לאומית, לצורך הכרה בפסקי-דין זרים, בית-המשפט נמנע מלהיכנס לזירה הריבונית ומלהתערב בשיקול-הדעת של הרשות המבצעת, ונמנע מלהרחיב בדרך שיפוטית את רשימת המדינות שבפסקי-הדין שלהן ניתן להכיר. לעומת זאת, כאשר מופיעה בחוק דרישה כללית יותר להרדיות כמושג-שסתום, לצורך אכיפה של פסקי-דין זרים, ולא נדרשת מעורבות פעילה של הרשות המבצעת, בית-המשפט נכון יותר להיכנס לזירה הריבונית בעצמו. בכל הנוגע בדרישת ההרדיות הכללית, בית-המשפט הישראלי הולך בדרכן של שיטות משפט אחרות ונותן לה פרשנות מקילה, שלפיה די בכך שיוכח כי מדינת המקור של הפסק אינה מסרבת כעיקרון לאכוף פסקי-דין זרים.<sup>135</sup>

הודגם במאמר כי ניתוח ההנמקות שניתנו על-ידי בית-המשפט מעיד על התחזקות מעמדם של שיקולים ציבוריים מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי במסגרת המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי. התחזקות זו, כך נטען, מעידה גם על נכונותו של בית-המשפט להיכנס לזירה הדיפלומטית ולנתב את מערכת היחסים בין ישראל למדינות ריבוניות אחרות שעמן יש לישראלים קשרים פוליטיים, כלכליים, תרבותיים ותיירותיים. היא גם מעידה על נכונות של בית-המשפט להיכנס לזירה הדיפלומטית ולנתב את מערכת היחסים בין ישראל לבין מדינות שעמן אין לישראל קשרים כאלה אך שבית-המשפט סבור כי יש מקום בכל-זאת לקדם. הבחירה בדרישה מתונה להרדיות מעידה על נכונות של בית-המשפט להיות נושא-הדגל במאמץ לפלס את הדרך לשיתוף-פעולה בין-לאומי בין מדינת-ישראל למדינות זרות. כך בית-המשפט גם מבליט את חשיבות העובדה שקידומה של מדיניות אסטרטגית לעניין יחסי החוץ הבין-לאומיים של הפורום על-ידי בית-המשפט הינו רלוונטי גם למערך היחסים בין פרטים במצבים חוצי גבולות.<sup>136</sup>

134 ראו באופן אנלוגי את עמדת הפסיקה הישראלית לעניין הכרה בפסקי-דין זרים הנוגעים בהליכי פשיטת-רגל ולעניין אכיפתם. בית-המשפט המחוזי פסק: "המטרות... המחייבות מתן עזרה הרדית בינלאומית בכל הנוגע להליכי פש"ר (=פשיטת-רגל) נכונות גם [לעקרון ההרדיות. לפיכך מטרות אלו מחייבות את ההכרה כי יש לראות בהליכי חללות פירעון הליכים מיוחדים שיש לנסות ולהעניק למימושם סיוע מיטבי, מתוך מגמה להשיג שיתוף פעולה אוניברסלי כדי לקדם אינטרס ראשון במעלה של סיוע בגביית חובות בעת הזו, בה מדובר בשווקים אוניברסליים." ה"פ (מחוזי חי') 15-09-34996 Bankruptcy Office of Geneva נ' סמרוזה, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת קראי-גירון (פורסם בנבו, 3.8.2017).

135 Elbalti, לעיל ה"ש 16, בעמ' 184.

136 ראו, באופן כללי, HANS VAN LOON, THE GLOBAL HORIZON OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 25 (Recueil des Cours, vol. 380, 2015).