

הסכמה מראש לסמכות הפורום כזיקת שיפוט בינלאומית של בתי-המשפט בישראל

מאת
אריאל רוזן-צבי

1. הגדרת השאלה
הדין, כמו החיים עצמם, מוזמן לנו לעתים קוריוזים משפטיים באופן שהדברים הפשוטים, ולכאורה הברורים ביותר, טעונים הוכחה מסובכת ומייגעת. כאלה הם פני הדברים גם לגבי הנושא הנדון על ידינו כאן.
סמכות השיפוט הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל הן בעניינים *In personam*, וכפי שהראנו במקום אחר¹ גם בענייני סטטוס בישראל, מוקנית גם מכוח הכפיפות בדרך של הסכמה.
ברם מה כוחו של בית-משפט מקומי על נתבע זר שהסכים מראש, בחוזה, להכפף לסמכות השיפוט של בתי-המשפט, אך אינו מצוי בתחומי הטריטוריה שלנו בעת פתיחת ההליכים נגדו?
הסמכות הבינלאומית תלויה בהמצאת הזמנה לדין לנתבע אל מחוץ לתחום השיפוט² והמצאה כזו המרחיבה את תחום הסמכות הבינלאומית של הפורום, תלויה בקיומן של הוראות דין מיוחדות המתירות המצאה כזו³.
אשר לחוק התרת נשואין, הבעיה נפתרה ע"י מתקין התקנות בכך שהוסיף את תקנה 467(10) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963. הוראות התקנה, המתירות המצאת הזמנה לדין בכל מקרה בו הוגשה בקשה לפי חוק התרת נשואין, כוללות בתוכן, לדעתנו, גם מקרה של הסכמה. ברם, לגבי עניינים אחרים של נשואין וגרושין ועניינים שהם *In personam* אין כל הוראה סטטוטורית מתאימה המתירה במקרים כאלה המצאת הזמנה מחוץ לתחום השיפוט. תקנה 467 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, נעדרת במפתיע חלופה כזו.
מהו אם כן הדין?
אם לא ניתן יהיה להמציא הזמנה מחוץ לתחום במקרים כאלה, כי אז בוטלה למעשה ההסכמה כזיקת שיפוט אפקטיבית, כשהיא לעצמה, שכן כאשר הנתבע נוכח בישראל מוקנית הסמכות מכוח נוכחותו, כאשר אינו נוכח ומתקיימת אחת החלופות של תקנה 467 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, אין נזקקים

1 א' רוזן-צבי, "הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט ובתי-הדין הרבניים בענייני נישואים והתרתם" עיוני משפטו ב' (1973) 759.
2 י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (תל-אביב, מהדורה רביעית, 1973) 26; ע"א 703/70 פומר נ' עוזר, פ"ד כד (2), 799, 804; בר"ע 55/71 א.מ.א. אלכיר ובניו נ' ואן דר הורסט, "הופרים", פ"ד כה (2), 13, 15.
3 ע"א 613/70 גדומסקי נ' רוזמאיטי, פ"ד כה (1), 798, 800.

הסכמה מראש לסמכות הפורום כזיקת שיפוט בינלאומית

להסכמתו ואילו כאשר מבקשים לסמוך על הסכמתו בחוזה לשם הקניית סמכות ואין הוא מצוי בתחומי הטריטוריה לא ניתן, לכאורה, הדבר.
לכאורה, אין לך זיקת שיפוט חדה ומשמעותית יותר כמו זו של הסכמת הגתבע לשיפוט הפורום כדי להקנות סמכות בינלאומית. ברם מה נעשה אנו שתקנה 467 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963 בעדרת חלופה מתאימה כדי לתת גפקות לזיקת שיפוט זו?

2. העמדת הבעיות

א. תקנה 467 – חוג פגור של עילות

הקושי נובע מכך, שמסירת הזמנה לדין הינה תנאי לסמכות בית-המשפט. הפסיקה בישראל קבעה במפורש, כי תקנה 467 מהווה חוג פגור של עילות, בהן מוסמך בית-המשפט להרחיב את יריעת השיפוט ע"י שיתיר מסירת הזמנה בחו"ל,⁴ דהיינו רשימת העניינים המפורטת בתקנה 467 היא בבחינת „גומרוס קלאוזוס”⁵. הטעם לכך הוא, כי „דבר המצאת הזמנה מחוץ לתחום מחייב זהירות רבה, כיון שכמותו כהפעלת ריבונות של ישראל בתוך תחומי מדינה אחרת”⁶. בהעדר הוראה סטטוטורית מתאימה יש לפנות אל העקרון הכללי המחייב שלא להרחיב את התערבותנו במדינה זרה ללא הוראה מפורשת המתירה לעשות כן. לכאורה, נראה, איפוא, כי העדר חלופה מתאימה בתקנה 467, המאפשרת המצאת הזמנה מחוץ לתחום לנתבע שהסכים לשיפוט הפורום ברם אינו מצוי בתחומי הטריטוריה בעת פתיחת ההליכים נגדו, הנו חסר המכריע את הכף נגד האפשרות להוציא הזמנה לנתבע כזה.

ב. ב-C.L. האנגלי אין הסכמה בחוזה, כשהיא לעצמה, כפסקה

תוצאה מפתיעה זו נתמכת, כאילו, גם מן ה-Common Law, שמכלליו שואבים אנו הלכה זו של הכפיפות (ה-submission). עד לשנת 1920 לא היה בדין האנגלי כל הוראה סטטוטורית, אשר איפשרה המצאת הזמנה לדין מחוץ לתחומי השיפוט של נתבע, שכפף עצמו בדרך של הסכמה מראש לסמכות השיפוט של הפורום. משום כך לא ניתן היה להקנות סמכות בינלאומית אפקטיבית כאשר היה הנתבע מחוץ לתחום בעת פתיחת ההליכים נגדו, למרות הסכמתו, למעט מקרה שבו מונה על ידו שליח לקבלת כתבי-בידין בתוך הטריטוריה.⁷

תוצאה זו התבססה על פס"ד אנגלי משנת 1895,⁸ שבו התקשרה התובעת, הברה אנגלית, בחוזה עם הנתבע שמקום מגוריו והדומיסיל שלו היו בסקוטלנד. החוזה כלל סעיף מפורש לפיו כפף עצמו הנתבע לשיפוט האנגלי בכל הנוגע לסכסוכים הנובעים מן החוזה. הבקשה להמציא לנתבע הזמנה מחוץ לתחום

4 ע"א 271/61 החברה הלאומית לביטוח ולאחריות בע"מ נ' חיים, פ"ד טו 2241.

5 ע"א 613/70, פ"ד כה (1) 798, 800; ראה גם בר"ע 156/73 *Uniroyal Inc.* נ' ציון

הברה לביטוח בע"מ, פ"ד כח (1) 229, 231.

6 י' זוסמן, לעיל הערה 2, בע' 30.

7 *Dacey-Morris, The Conflict of Laws* (London, 9th ed., 1973) 168

8 *The British Wagon Co. v. Gray* (1895) 1 Q.B. 35 (C.A.)

מכות הסכמה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט וגם הערעור על כך נדחה מן הטעם „...שלא במסגרת התקנות אין לבית-המשפט כוח להמציא הזמנה מחוץ לתחום והתקנות בעודן מקנות סמכות המצאה במקרים מסויימים, מתנות שהמצאה כזו אינה יכולה להיעשות לנתבע בנסיבות אלה” (ההדגשה שלי – א.ר.צ.). רק בשנת 1920 הוספה לכללים האנגליים הלופה מתאימה (אשר תוקנה בשנת 1966) שנועדה להפוך את ההלכה האמורה.⁹

כלל זה משלים את ה- Order 10, Rule 3(1) המאפשר לבית-משפט אנגלי קניית סמכות פנימית מכוח התניית הצדדים. ברם בעוד שלגבי הסמכות הפנימית המצאת המסמך ניתנת להעשות בדרך עליה התנו הצדדים ויראו המצאה כזו כמספקת¹⁰ הרי לגבי הסמכות הבינלאומית של הפורום האנגלי הוגבלה במפורש סמכות בית המשפט לקנות סמכות בינלאומית רק בגדר התקנה האמורה.¹¹ רוצה לאמר, כי בעוד שלגבי סמכות פנימית רגילה ניתן גם להקנות סמכות מכוח חוזה וגם להתנות על אופן ההמצאה, הרי לגבי הסמכות הבינלאומית לא ניתן להתנות באנגליה על דרך ההמצאה מחוץ לתחום כמפורט בתקנות. במקרה כזה, ניתן אפוא לקנות סמכות, אך ורק בדרך של המצאה מחוץ לתחום ובמסגרת שיקול הדעת של בית-המשפט, כמפורט ב- Order 11, Rule 2, ולא בדרך של התנאה על אופן מסירת ההזמנה, פרט למקרה של מינוי סוכן לקבלת מסמכי בית-דין בתחומי השיפוט, שכמוהו כנוכחות הנתבע בתחומי הטריטוריה 11א.

3. דרך לפתרון

תפקידנו עתה הוא לבחון, האם לאור האמור לעיל אין מנוס מן התוצאה לפיה בהעדר חלופה סטטוטורית מתאימה בתקנה 467 שלנו לא נוכל להמציא לנתבע כאמור הזמנה לדין אל מחוץ לתחום השיפוט ונפקותה של הסכמה לשיפוט תצטמצם רק להצרת שיקול הדעת של בית-המשפט כאשר הוא בודק, האם יטול סמכות שהוקנתה לו מכוחה של זיקה אחרת.¹²

א. כלל ה-C.L. אינו גורם מעכב

ראשית, יהיה עלינו להתגבר על הכלל האמור של ה-C.L. אא. תשובה אחת היא תשובה פורמלית. נכון אמנם כי עקרונות הסמכות

9 Rules of the Supreme Court, Order 11, Rule 2 לפיה „כאשר נוכח בית המשפט לדעת כי חוזה מכיל סעיף לפיו מוקנות לבית המשפט הגבוה באנגליה הסמכות להחליט בתביעות הנובעות מן החוזה, רשאי בית המשפט, כפוף ל- Rule 3 להתיר המצאה בכתב... אל מחוץ לתחום השיפוט, שלפיה הוגשה תביעה ביחס לחוזה”.

10 Order 10, Rule 3 (1) (b)

11 Order 10, Rule 3 (2)

11א ראה להלן הערה 17.

12 מאחר והסכמת הנתבע מחייבת, בכל מקרה, מכוח דיני החוזים לא בנקל ישחררו ממנה בעל דין בטענת *Forum Non Conveniens* שהרי הפורום *Conveniens* מכוח הסכמתו.

הסכמה מראש לסמכות הפורום כזיקת שיפוט בינלאומית

הבינלאומית *In personam* של בתי המשפט בישראל וכלליה גשאים מכללי ה-C.L. באמצעות סימן 46 לדבה"מ¹³, וכך גם בשאב עקרון קניית הסמכות בדרך של הסכמה לשיפוט מכללים אלה, ברם אותו קטע של שאלת הסמכות הבינלאומית אשר מכוחו נקבעת המצאת הזמנה מחוץ לתחום מוסדר באופן סטטוטורי גם באנגליה¹⁴ וגם בחקיקה הישראלית ובכך נחסמה הדרך לקליטת קטע זה של שאלת הסמכות הבינלאומית מן הדין האנגלי.

בב. תשובה אחרת בודקת את כללי ה-C.L. עצמו ומוצאת כי הפירוש שניתן לפסיקה האנגלית הוא מטעה ואינו משקף את עמדת ה-C.L. לדעתנו הנסיון לסמוך על פסק *British Wagon*¹⁵ שהפך, כאמור, להיות סטטוטורי לפי *Order 10* Rule (3) (2) — אינו ניתן להצדקה. פסק זה עניינו בסיטואציה בה נאסרה המסירה מחוץ לתחום במפורש ע"י חיקוק, אשר אסר מסירה בסקוטלנד. בפסק זה נקבע לכן רק זאת, שמקום שהמצאה נאסרת אפילו, הסכם אינו יכול להעניק לבית המשפט כוח להוציא הזמנה שהתקנות אוסרות הוצאתה. חוזה כזה הוא *ultra vires* וחסר כל אפקט¹⁶. מסקנתנו הינה כי יש לצמצם את הרציו של פסק *British Wagon* למקרה בו אוסרות התקנות המצאה מחוץ לתחום. במקרה כזה, אומר בית המשפט, אין האיסור דיספוניטיבי, אין הוא ניתן להתנאה ומשום כך אין בהסכם בין הצדדים כדי להסיר את האיסור הסטטוטורי. ממילא, אין הפסק עוסק כלל בשאלה האם מכוחו של הסכם שיפוט ניתן להמציא הזמנה מחוץ לתחום כאשר המצאה כזו אינה נאסרת ע"י חיקוק¹⁷.

אם זהו הפירוש הנכון כי או אין בפסקי-הדין האמור כדי לקבוע כלל של ה-C.L.¹⁸ לפיו אין להתנות מראש על המצאה מחוץ לתחום השיפוט ע"י הסכמה מראש להכפף לשיפוט הפורום.

ב. תקנה 467 ניתנת להתנאה

לאחר שהתגברנו על כלל ה-C.I. נחזור לטענה היסודית לפיה תקנה 467 מהווה חוג סגור של עילות.

13 ראה המ' 420/63 אברמוזסקי נ' פרם וגלייטמן, פ"ד יו 2605, 2607.

14 Rules of the Supreme Court, Order 11

15 לעיל הערה 8.

16 שם דברי השופט Kay.

17 נכון אמנם כי בפסק זה אובחן פסק-דין אנגלי קודם *Tharsis Sulphure Co. v.*

Société des Métaux (1889) 58 L.J.Q.B.

הזמנה לדין אצל סוכן בתחומי הטריטוריה האנגלית, מחייבת את הנתבע ואין צורך

להמציא לו הזמנה לדין בחוקף כללי המצאה מחוץ לתחום. פסק-דין זה, שממנו ניתן

היה ללמוד, לכאורה, כי תקנות ההמצאה מחוץ לתחום ניתנות להתנאה על-ידי הסכם

להכפף לשיפוט צומצם לעובדותיו ונקבע, כי ניתן ללמוד ממנו רק שמינוי

סוכן באנגליה כמוהו כנוכחות הנתבע בתחומי השיפוט ואין ללמוד ממנו כלל עקרוני

על יכולת ההתנאה כאמור. ברם גישתנו הנה דוקא כי המסקנה שהוסקה מפסק

British Wagon מרחיקת לכת ואין לה אחיזה בעובדות.

18 להבדיל מההוראות האוסרות כיום, כאמור, התנאה על הסמכות הבינלאומית.

בפסיקה הישראלית – בניגוד מפורש להוראות הסטוטוריות באנגליה – נקבע כי כללי ההמצאה מחוץ לתחום ניתנים להתנאה. כך, למשל, נקבע בע"א 291/61, כי „עניין סמכותו של בית-המשפט לדון תושב חוץ עפ"י תקנה 48 (היום תקנה 467 – א.ר.צ.) ניתן להתנאה ואפילו בשתיקה...”
 כאן הוזמן המערער לדין ע"י פרסום בעתון מקומי ולא הוברר כיצד היתה המשיבה רשאית להביאו לדין בישראל בלי אשר תשיג לכך רשות עפ"י תקנה 48 (היום תקנה 467) ובית-המשפט קבע, כאמור, כי התקנה ניתנת להתנאה אפילו בשתיקה.

מאוחר יותר המשיכו בתי המשפט שלנו ללכת בעקבות פסיקה זו.¹⁹ המסקנה, לדעתנו, הנה בלתי נמנעת. אם מכוחה של התנהגות ניתן לוותר כליל על מסירת הזמנה כדין מחוץ לתחום השיפוט ואם תקנה 467 ניתנת להתנאה, בדיעבד, אפילו באמצעות שתיקת הנתבע, הרי סעיף שיפוט מקומי בהסכם בין צדדים ודאי שניתן לראותו לפחות כהתנהגות המצביעה על ויתור כזה. נכון, אמנם, כי פסקי-הדין שצוינו אינם עוסקים בסיטואציה נשוא דיוננו. הסיטואציות שהתעוררו שם היו במקרים בהם לא עורר כלל הנתבע טענות כנגד הסמכות הבינלאומית של הפורום או לא ביקש את ביטול ההמצאה מחוץ לתחום וניתן היה לראות בכך הסכמה בדיעבד לסמכות השיפוט של הפורום. ברם איננו מוכנים לקבל את אמצום הפסיקה במקרים שבדיעבד בלבד. פסקי הדין מרחיקים לכת עד כדי המסקנה, שגם במקרים בהם לא הומצאה כלל הזמנה מחוץ לתחום נקבעה דיותה של ההזמנה, כפי שנשלחה, מכוח הסכמת הנתבע ועקב היות תקנה 467 ניתנת להתנאה. אם כך הוא הרי הדברים הם קל וחומר: מה בדיעבד ניתנת התקנה להתנאה על אחת כמה וכמה, כאשר ישנה הסכמה מראש ומלכתחילה, שיש לראות בהסכמת הנתבע התנאה על תקנה 467. משום כך, הסכם בין הצדדים באשר לסמכות השיפוט ולדרך שבה תועבר לידי הנתבע הזמנה לדין או הודעה על הליכים, מהווה כפיפות לשיפוט והתנאה תקפה על תקנה 467 ובית המשפט יכבד את הדרך הפרוצדורלית, שקבעו הצדדים לעצמם.

בהעדר דרך פרוצדורלית כלשהי, אשר נקבעה ע"י הצדדים, אין אנו נמצאים במבוי סתום. אנו רשאים לסמוך על כללי פרשנות חוזים, כדי לתת אפקטיביות להסכמתם של הצדדים ולסמוך על הכלל של הכשרת עסקות. הכלל קובע, כי

19 ציוס נ' כרשל, פ"ד טו 2087, 2097.

20 ע"א 464/65 אונגור נ' פרום פרטים בע"מ, פ"ד כ (3) 6, 23; ע"א 342/67 ידגרוף נ' ידגרוף, פ"ד כא (2) 650, 652 וכן ע"א 483/65 ארנולד נ' צ'רנוב, פ"ד כ (2) 215, 219–220. יצויין כי רשימתו של ש' שרשבסקי „פיקציה חדשה כדרך להקניית שיפוט” משפטים א (תשכ"ח) 432, המבקרת את הלכת ידגרוף נ' ידגרוף הנ"ל אינה גוגעת לענייננו, שכן שם מבוקרת הפיקציה של הסכמה כדרך לנטילת סמכות ואין ביקורת כזו על הסכמה שניתנה במפורש ומראש. להיפך, מחבר הרשימה מסכים כי זיקת „ההסכמה מקובלת על כל שיטות המשפט הן כעילה פנימית והן כעילה חיצונית” (שם בעמ' 434).

הסכמה מראש לסמכות הפורום כזיקת שיפוט בינלאומית

יש לפרש הסכמים בדרך שתיתן תוקף להתחייבויות הצדדים ולא תבטלם, ועל-ידי כך תינתן נפקות לכוונת הצדדים ולציפיות הלגיטימיות שלהם.²¹ הדרך היחידה לפרש הסכמת הצדדים להכפף לסמכות, באופן שתיתן לה אפקטיביות כלשהי, היא לקבוע כי הסכם כזה מהווה התנאה על תקנה 467 ולפיכך במקרים כאלה אין צורך להזקק, מכוח הסכמת הנתבע, לדרך הפרוצדורלית המקובלת וניתן להמציא לו הזמנה לדין כאילו היה בתחומי הטריטוריה. דרך נוספת להגיע למסקנה כזו היא דרך „התניה מכללא“, היינו: הסכם שבו מופיע סעיף שיפוט מקומי כולל בהכרח גם תניה מכללא, לפיה ניתן להמציא לנתבע הזמנה לדין כאילו היה בתחומי השיפוט. אין להתעלם גם מכך שניתן לראות בסעיף שיפוט לפחות „התנהגות“ שיש בה משום ויתור על המצאה בדרך המקובלת בתקנה 467.

ג. תקנה 467 אינה ממצה את כל זיקות השיפוט

תקנה 467 לתקנות סדר הדין גם אם כשלעצמה מהווה חוג סגור של עילות אינה ממצה את כל עילות הסמכות הבינלאומית ואף לא את כל שטח ההמצאה מחוץ לתחום השיפוט.²² ניתן לומר, אולי, כי הסמכות הבינלאומית המוקנית עקב הסכמת הנתבע מהווה עילה נפרדת לקיום סמכות בינלאומית, שהיא נוספת על תקנה 467 לתקנות סדר הדין והיצונית לה; ומאחר והיא נובעת ממקור אחר, מהסכמת הנתבע, היא מעבר לתקנה 467.

המסכים לסמכות השיפוט נכפף מכוח הסכמתו זו, ומרגע הסכמתו, לסמכות השיפוט של הפורום ואין בהמצאת הזמנה אל נתבע כזה משום הרחבת הריבונות הישראלית מעבר לגבולותיה או התערבות במדינה זרה, מאחר ומסירת ההזמנה לדין במקרה כזה הינה הפעלת סמכות אישית על נתבע שהינה במסגרת תחום הריבונות הישראלית מכוח הסכמתו. אין אנו מתערבים בריבונותה של מדינה אחרת, אין אנו עושים אלא בתוך שלנו, שכן הטכמתו של הנתבע אינה נופלת מבחינה זו מנוכחותו;²³ ובדומה לנוכחות, המקנה סמכות בלי להזקק לתקנה 467, כך גם הסכמה, שדינה כדין נוכחות לשם נטילת הסמכות, מקנה סמכות

21 ע"א 694/69 מנירו נ' „ריור חן“ חברה קבלנית לבניין בע"מ, פ"ד כד (2) 6, *Coast Lines v. Hodig* (1972) 1 All E.R. 451-456;

Hillas & Co. Ltd. v. Arcos Ltd. (1932) All E.R. 494

כן ראה א' ח' שאקי „היקף המושג דין מהותי של חווה במשפט הבינלאומי הפרטי באנגליה ובישראל“ הפרקליט יט (תשכ"ג) 53.

22 ראה למשל תקנות סדרי הדין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים), תשל"ל-1970, ק"ת 2482, 459; סעיף 11 לחוק התובלה האווירית, תשכ"ב-1962, ס"ח 374, 90 וסעיף 276(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962, וראה על כך ע"א 218/72 לב נ' לב, פ"ד כז (1) 148, 151; ע"א 625/73 קורנל נ' קורנל, פ"ד כט (2) 259; ע"א 100/76 פרלמוטר נ' פרלמוטר, פ"ד ל (3) 355.

23 ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בע' 760 ואילך. אמנם בניכחות אנו נמצאים בשלב של שליטה אפקטיבית פיזית טריטוריאלית וכן הגישה המדברת על חובת נאמנות של כל המצוי בתחומי טריטוריה מסוימת ואלה אינם במקרה של הסכמת נתבע, שלגביו השליטה בו מבחינת הסמכות ולצרכיה היא עצם הסכמתו.

בלי להזקק לתקנה 467.²⁴ מבחינה זו אין כוחה של הרציונלה העומדת מאחורי תקנה זו יפה לעמוד לה גם במקרה נשוא דיוננו. העקרון הכללי נסוג, איפוא, גם מן הטעם שישנו עקרון כללי עדיף ממנו וגם מכיון שאין ברציונלה העומדת מאחוריו כדי לתמוך את החלתו גם במקרה שלנו.

ד. מהו „תחום שיפוטה של המדינה“?

זאת ועוד, „תחום שיפוטה של המדינה“ במובן תקנה 467 משתרע לדעתי גם על אלה המסכימים לסמכות הבינלאומית, בעצם הסכמתם ומכוחה, כמו על אלה השוהים בארץ מכוח נוכחותם, שדין אחד לשניהם.

הסכמה, כנוכחות, הגה אקט של „כריתת ברית“ בין המדינה לבין האדם לצורך השיפוט המקומי וממילא אין במסירת הזמנה לאדם כזה משום מסירה אל מחוץ לתחום השיפוט, שכן על-ידי „כריתת ברית“ זו הוא מצוי מרגע הסכמתו בתוך תחום שיפוטה של המדינה.

לפיכך, אין תקנה 467 המדברת רק על מקרים של המצאה „מחוץ לתחום השיפוט“ יכולה לעמוד למכשול, שניתן להמציא ההזמנה לנתבע כזה בדרך ההמצאה הרגילה; אמור מעתה: בהסכמתו מצוי הנתבע בתחומי הטריטוריה כבנוכחותו.

ה. הפירוש מונע אבסורדים

אם לא נפרש כך, לא תוכל להיות ההסכמה כשהיא לעצמה עילת שיפוט בינלאומית ויווצר מצב מוזר שבעוד שהסכמה היא עילת שיפוט בינלאומית חיצונית שדי בה, בהתאם לכללי הדין המקומי, כדי להקנות סמכות בינלאומית למדינה זרה, לשם הכרתם ואכיפתם אצלנו של פסקים שניתנו במדינה הזרה, לא יהא די בה לצורך סמכות בינלאומית פנימית של בתי המשפט המקומיים. תמיהה נוספת תתעורר מכך שדוקא נוכחות שהיא ארעית די בה כדי להקנות סמכות בינלאומית למרות היותה זיקה רופפת²⁵, בעוד הסכמה, שהיא זיקה אמיצה יותר, לא תקנה סמכות. יש על כן למצוא את המוצא בדרכים שהצענו לעיל.

ז. הכפיפות בין כללי הסמכות הבינלאומית לכללי הסמכות המקומית איננה מגבלה גם הכלל המיוחד לדין הישראלי, בניגוד לדין האנגלי, בדבר הכפיפות שבין כללי הסמכות הבינלאומית לכללי הסמכות המקומית²⁶. לא יהווה מגבלה במקרה של סמכות המוקנית מכוח הסכמה; שכן הסמכות המקומית, כסמכות הבינלאומית, קמה גם היא עקב הסכמת הנתבע. לפיכך, הסכמתו של הנתבע לסמכות הבינלאומית משתרעת גם על הסכמה לסמכות מקומית וכוללת אותה בתוכה, שבלעדיה אין

24. ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בעמ' 762.

25. ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 1, בעמ' 760 ה"ש 13.

26. המ' 420/63, פ"ד יז 2605; ע"א 703/70, פ"ד כד (2) 799; ע"א 775/75 צרקלבין נ' אלנבוסי, פ"ד ל (3) 102, 104.

הסכמה מראש לסמכות הפורום כזיקת שיפוט בינלאומית

אפקטיביות להסכמתו.²⁷ ואכן, הלכת הכפיפות בין כללי הסמכות מצומצמת לנתבע שלא הסכים בלבד.²⁸

ז. כפיפות והסכמה מקור סמכות אוניברסלי לשם חינוך גישה זו מן הראוי לציין כי כפיפות והסכמה הן המקור הראשוני והיסודי לסמכות בתי-המשפט. כך מציין המלומד האמריקאי אהרנצויג²⁹ כי: „פרוצדורה משפטית קדומה התבססה על כפיפות רצונית של שני הצדדים לפסקי הדין של בית המשפט. Litis Contestatio הרומי, המשפט הבינלאומי על-ידי ה-Ordeal ו-Feud בדומה להסכמות השיפוטיות במשפט הבינלאומי הפומבי (הפרימיטיבי) המודרני. כל אלה מצביעים על אוניברסליות הטכניקה של הסכמה לשפוט. רק מאוחר יותר הותר לבית המשפט לקבוע הסכמה לשפוט באמצעות שידול וכות. ורק הרחבת הפונקציות הכלליות של המדינה איפשרו למנגנון השפיטה להשיג סמכות עצמית.“

המסקנה המשתמעת מכאן הנה כי הסרוב להמציא הזמנה מחוץ לתחום, מעבר לעילות המנויות בתקנה 46/ המבוסס על מגיעת הרחבת תחום השיפוט מעבר לטריטוריה — אינו משמעותי במקרה שבו ישנה כבר לפני כן כפיפות מפורשת של הנתבע לשיפוטו של הפורום, שהיא מקור הבראשית גם בעבר וגם בהווה של השיפוט בעניינים In personam.³⁰

ה. הדין האמריקאי כסיוע ראוייה לציון גם העובדה, שאף במדינות ארצות הברית, שהיו בעבר מקפידות על נטילת הסמכות בצורה קיצונית — ושבהן היתה נדרשת בומנו מסירה אישית בתוך תחומי השיפוט בעוד המצאה מחוץ לתחום היתה בבחינת בל יראה ובל ימצא³¹ היתה הסכמתו המפורשת של הנתבע הור לסמכות, בין לפני ההמצאה, דהיינו: מלכתחילה, ובין לאחריה, דהיינו: בדיעבד, עילה לנטילת סמכות. במקרים כאלה מנוע היה הנתבע הור מלתקוף את סמכות הפורום, שניטלה לאור הסכמתו זו. מאוחר יותר ועקב החשש משימוש לרעה, שניתן לעשות בהסכמה כזו, במיוחד על-ידי צדדים וחברות גדולים בעלי כוח מיקות רב יותר כלפי מתקשר חלש, נחקקה על-ידי מדינות רבות חקיקה מגינה לשם פירוש מצמצם יותר של סעיפי שיפוט כאלה.³² אם במדינה, בה היתה נדרשת המצאה אישית בתוך התחום, די בהסכמה כדי להקנות סמכות אפקטיבית ואין הדבר נחשב כהמצאה מחוץ לתחום (האסורה באותה מדינה), על אחת כמה וכמה די בהסכמה כזו בישראל, בה מותרת המצאה מחוץ לתחום.

27 ראה לעיל הערה 21.

28 י' זוסמן, לעיל הערה 2, בעמ' 28 ה"ש 73.

29 "The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The 'Power' Myth and 'forum conveniens'" 65 Yale L.J. (1956) 289, 305

30 Smith "Personal Jurisdiction" 2 Int and Com. L.Q. (1953) 510, 520

31 Pennoyer v. Neff 95 u.s. 714 (1878)

32 Ehrenzweig, Treatise on Conflict of Laws (1962) 89-90; Leflar, American Conflicts Law (1968) 47, 116

4. פתרון כמסגרת תקנה 467

דרך אפשרית אחרת לפתור את הבעיה שהצגנו נמצאת בתוך מסגרת תקנה 467(6). תקנה זו מאפשרת המצאת כתב בידין מחוץ לתחום השיפוט כאשר „תובעים על הפרת חוזה בתחום המדינה“. ניתן, אולי, לראות בסירובו של הנתבע להכפף בעת פתיחת ההליכים נגדו, לסמכות השיפוט של הפורום הישראלי הפרת סעיף השיפוט הישראלי באותו חוזה. סעיף השיפוט קובע את התחייבותו של הנתבע להכפף לסמכות השיפוט של הפורום הישראלי בכל השאלות והבעיות המתעוררות מן החוזה והגובעות ממנו. ממילא רשאי יהיה התובע לסמוך על תקנה זו ולבקש להמציא את כתב בידין לנתבע באמצעותה, שכן ההפרה נעשתה בתחום המדינה שבה סירב הנתבע להכפף לערכאותיה למרות התחייבותו. דרך זו אינה נקיה מספק: (א) בשלב שבו מתבקשת ההמצאה מחוץ לתחום עדיין לא בהכרח הופר החוזה בנקודה זו וההסמכות על תקנה 467(6) מלכתחילה היא בה משום קפיצת דרך של שלב אחד; (ב) זאת ועוד, ספק הוא אם ניתן להפיר סעיף שיפוט ישראלי. סעיף שיפוט הוא הענקת סמכות מראש לפורום, אם הפורום אינו מסוגל ליטול לעצמו סמכות זו מכוח הוראותיו, מה לנו כי נליון על הנתבע.

5. סיכום

הדין האנגלי, הכולל הוראות סטטוטוריות³³ האוסרות התנאה על תקנות ההמצאה מחוץ לתחום, ממתיק את התוצאה באמצעות הוראות מפורשות המתירות המצאת הזמנה מחוץ לתחום לנתבע שהסכים לשיפוט. בישראל, המצב הפוך. אין הוראה מפורשת המתירה המצאה כזו, אך, מאידך, תקנה 467 ניתנת להתנאה³⁴. שתי שיטות המשפט מאוזנות, איפוא, בתוך עצמן ומגיעות בסופו של דבר לאותה התוצאה אף כי בשתי דרכים נפרדות.

6. סוף דבר

פתחנו בדרך ארוכה כדי להוכיח את מה שלדעתנו צריך היה להיות מלכתחילה ברור והדומם. מכל מקום, המסקנה הנובעת, לדעתנו, בסופה של הדרך הארוכה היא, כי הסמכות הבינלאומית מוקנית לבתי המשפט בישראל גם לגבי נתבע שכפף עצמו מראש לשיפוט הפורום, אך אינו מצוי בתחומי הטריטוריה בעת פתיחת ההליכים נגדו ואין חלופה מחלופות תקנה 467 החלה עליו. בכך החזרנו להסכמה את כבודה הראוי בהקניית סמכות שיפוט בשיטת המשפט הישראלית. אך האם לא פשוט יותר יהיה לעשות זאת על-ידי התקנת חלופה נוספת ומפורשת לתקנה 467?

33 Order 10, Rule 3(2)

34 יחד עם זאת ובדומה לגישה האמריקאית יש ליישם על סעיפי שיפוט כאלה, אם הם נעשים בחוזה סטנדרטי, את הוראות חוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964, כדי למנוע שימוש לרעה בהם. אך עדיין שאלה היא אם חוק זה חל גם על חוזים עבר-לאומיים ובאיזה היקף.