

א ג ב ה פ ט י ק ה

המצאת כתבי בי-דין לשטחים המוחזקים

(בר"ע 55/71 אלכיר ובניו קו. עזה נ. "הופרים" נוי. רוטרדם ואח, כ"ח פד"י (2), 13)

1. תקנה 2(א) לתקנות סדרי דין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים), תש"ל-1969:
(להלן: תקנה 2) קובעת כדלקמן:

"המצאת מסמך 2. (א) הוגשה תובענה לבית משפט או בקשת ביצוע ללשכת הוצאה לפועל, ובית המשפט, ההוצאה לפועל או אחד הצדדים למשפט מבקשים להוציא מסמך² למי שנמצא באזור³, או ביקש נוטריון ציבורי להמציא מסמך באזור, יומצא המסמך בדרך הקבועה להמציאת כתבי בי-דין בסימן⁴ לפרק י"ב או בסימנים א', ב' או ג' לפרק כ"ז מתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963⁴, הכל לפי הענין"⁵.

לכאורה, ניתן לפרש תקנה זו באחת משתי דרכים:

א. התקנה גורעת, בין השאר, להרחיב את הסמכות הבינלאומית הפנימית⁶ של בתי המשפט בישראל בתביעות *in personam*, כשהנתבע נמצא באחד השטחים המוחזקים על-ידי צה"ל. בכל מקרה אחר ניתן להפעיל את הסמכות הבינלאומית הפנימית של בית-משפט בישראל כלפי נתבע, הנמצא מחוץ לתחום השיפוט, אם מתקיימת אחת

1 ק"ת 2482, תש"ל, עמ' 458.

2 "מסמך" מוגדר בתקנה 1 כדלקמן:

"כתב בי-דין, לרבות הומגת עד או מסמך אחר, שהוציאו בית-משפט או לשכת הוצאה לפועל או נוטריון ציבורי".

3 "אזור" מוגדר בתקנה 1 כ"כל אחד מן השטחים המוחזקים בידי צבא הגנה לישראל".

4 ק"ת 1477, תשכ"ג, עמ' 1869.

5 תקנה 2 חלה גם בקשר להמצאת כתבי בי-דין לשטחים על-ידי בית-דין לעבודה. ראה תקנה 2 לתקנות בית-דין לעבודה (המצאת מסמך בשטחים המוחזקים), תש"ל-1969, ק"ת 2482, מע' 460.

6 כללי "הסמכות הבינלאומית הפנימית" עוסקים בשאלה אם בתי המשפט בישראל מוסמכים לדון בעניין פלוני. להבדיל מכללי "הסמכות המקומית הפנימית" – הקובעים לאיזה בית-משפט או בית-דין מכלל מערכת בתי המשפט ובתי הדין בישראל יש סמכות שיפוט מבחינת המקום – אין מפנים כאן את השאלה אל בתי המשפט הפנימיים של המדינה אלא נשאלת שאלה כללית יותר: האם קיים בכלל בית-משפט כלשהו שמוסמך לדון בענין, או בצורה פשוטה יותר: האם "מוסמכת" מדינת ישראל באמצעות אחד מבתי המשפט שלה לדון בעניין? ראה באשר להבחנה בין 2 סוגי הסמכויות: המ' 420/63 מיכאל אברמובסקי ג. יוסף גלייטמן ואח, י"ז פד"י, 2605, 2607.

הויות המפורטות בתקנה 467 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963 (להלן: תקנה 467) ואם השופט — בפניו הובאה בקשה להתיר הומנה לדין אל הנתבע מחוץ לתחום השיפוט — הפעיל שיקול דעתו והחליט להתיר המצאה.⁷ לפי פירוש זה לא תהא לתקנה 467 כל נפקות ביחס להמצאת הומנה לישטחים המוחזקים, שכן בכל מקרה ניתן יהיה להמציא הומנה כוו מכוח תקנה 2 דנן (להלן תכונה דרך זו של פירוש התקנה "הפירוש הראשון").

ב. התקנה עוסקת אך ורק בדרך הטכנית של המצאת ההומנה לדין. במילים אחרות, התקנה אינה עוסקת בהרחבת הסמכות הבינלאומית הפנימית של בתי המשפט בישראל ומשמעותה היא, שאם הפעיל בית המישפט את סמכותו הבינלאומית הפנימית לפי אחת העילות שנקבעו בתקנה 467, תעשה המצאת המסמכים באותה דרך, המקובלת ביחס להמצאתם בתוך תחומי המדינה.⁸ (להלן תכונה דרך זו של פירוש התקנה "הפירוש השני").

2. שאלת פירושה הנכון של תקנה 2 התעוררה בפס"ד אלכיר הנ"ל. כאן המציא המשיב למבקש, תושב עזה, כתב תביעה בלי לקבל היתר לפי תקנה 467. המבקש כפר לכן בסמכות בית המשפט הישראלי לדון בתביעה. מ"מ הנשיא (השופט זוסמן) דחה טענת המבקש בקבעו:⁹

"לענין המצאה אל השיטחים המוחזקים בידי צבא ההגנה לישראל התקין שר המשפטים תקנות סדרי דין (המצאת מסמכים לישטחים המוחזקים), תש"ל—1969. על-פי תקנה 2(א) לתקנות הללו מציאים מסמך בישטחים המוחזקים בדרך הקבועה בתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, לגבי המצאה בתוך המדינה".

מכאן מסיק השופט זוסמן, שאין צורך בקבלת היתר לפי תקנה 467. המבקש ניסה עוד לטעון, שהפירוש, שנגקט על-ידי השופט זוסמן, גורם למעשה, ל"סיפוח משפטי" של השיטחים לתחום מדינת ישראל. גם טענה זו נדחת על-ידי השופט זוסמן:¹⁰

"התקנות שהותקנו על-ידי שר המשפטים מכוח סעיף 46 לתוק בתי המשפט, תשי"ז—1957 — עניינן סדרי הדין בלבד. אין, איפוא, לחשוש ששר המשפטים ישתמש בכוח הקיקה זה כדי לבצע סיפוח שיטחים. משנאמר בתקנה 2(א) הנ"ל, כי המצאת מסמך אל השיטחים המוחזקים תהא בדרך הנהוגה בישראל גופה, על כרחך אתה אומר שאין צורך בנטילת היתר לפי תקנה 467, שהרי המצאה בישראל אינה מותנית בהיתר בית המשפט. ואף השאלה אם סופחו השיטחים המוחזקים אם לאו, אינה מתעוררת ואינה צריכה לענין. כל מה שבית המשפט חייב לקבוע הוא אם הוא מוסמך לדון בענין, ומשהוברר כי הנתבע הוזמן בדרך הקבועה בתקנות, הסמכות נתונה".

7 זוסמן, סדר הדין אזרחי, מהדורה שלישית (1967), בעמ' 26. וראה להלן.
8 דהיינו, לענייננו, דרכי המצאה המפורטות בסימנים א'-ג' לפרק כ"ז של תקנות סדר הדין האזרחי: המצאה אישית, המצאה על-ידי מוסד, המצאה בדואר וכד'.
9 שם, בעמ' 15.
10 שם, שם.

המצאת כתבי בידין לשטחים המוחזקים

עם כל הכבוד לשופט המלומד, ניתן, לדעתנו, לחלוק על פירושו זה ועל ההנמקה, העומדת ביסודו. לדעתנו, הפירוש הנכון הוא הפירוש השני מבין שני הפירושים האפשריים, עליהם עמדנו לעיל, ולא הפירוש הראשון, אותו מעדיף השופט זוסמן – הגם שבהנמקתו הוא קופץ מפירוש לפירוש, כפי שנסה להראות להלן.

3. בראש וראשונה, אין אנו מסכימים עם השופט זוסמן, שהתקנות שהותקנו על-ידי שר המשפטים במקרה דנן, "עניינן סדרי הדין בלבד". דבריו אלו של השופט זוסמן היו נכונים, לו נקט בפירוש השני, שהוצע לו על-ידי המבקש, דהיינו שתקנה 2 עוסקת ב"סדר ההמצאה לאחר שניתנה רשות לכך מכח תקנה 467"¹¹. אך משדחה השופט זוסמן טענה זו וקבע, שבגין תקנה 2 אין צורך בהיתר לפי תקנה 467 כחס לגנתבע הנמצא בשטחים המוחזקים, הרי שבחר בפירוש הראשון, לפיו מחליפה תקנה 2 את תקנה 467 באשר להמצאת הזמנה לדין אל מחוץ לתחום השיפוט לגנתבע, הנמצא בשטחים המוחזקים. ואם כך הדבר, תמוהים דבריו של השופט, שהתקנה עוסקת ב"סדרי הדין בלבד", שכן כפי שהוא עצמו מדגיש במקום אחר¹²:

"התקנות הדנות בהמצאה מחוץ לתחום השיפוט אינן נוגעות לסדרי הדין בלבד, אלא למעשה תוחמות הן לבתי המשפט את תחומי השיפוט, כי לענין תביעה נגד נתבע אשר אינו מתגורר בארץ, משהומצא לו כתב התביעה בחוץ-לארץ, קנה לעצמו בית המשפט את כוח השיפוט, והוא מוסמך לדון בתביעה, וכן להיפך: כל אימת שההמצאה אינה מותרת לפי התקנות, אין לבית-משפט ישראלי שיפוט בענין" (ההדגשה שלנו)¹³.

התמיהה מההנמקה הנ"ל לדחיית הפירוש, שהוצע לשופט על-ידי המבקש, גדולה במיוחד גוכח דבריו של השופט זוסמן, לפני דחיית הטענה הנ"ל¹⁴:

"תקנה 467 מיועדת להרחיב את יריעת השיפוט הישראלי אל מעבר לגבולות המדינה, והוראותיה מבוססות על כללים של הלכות ברירת הדין. אלה קובעות אימתי מותר למדינה לפסוק בענין הנוגע לתושב חוץ, וכמכשיר להפעלת השיפוט הישראלי מחוץ לגבולות המדינה משמשת המצאת כתב בידין, והדבר לא ייעשה אלא ברשות בית המשפט. ניתן, איפוא, לומר, כי מתן הרשות להמצאה אל מחוץ לתחום השיפוט תנאי הוא לסמכות השיפוט של בית משפט ישראלי".

לאחר דברים אלה ממשיך השופט ומציין שבמקרה שלנו אין מקום להיזקק לתקנה 467 אלא לתקנה 2, העוסקת בהמצאת כתבי בידין לשטחים המוחזקים. ואם אכן מחליפה תקנה 2 במקרה זה את תקנה 467, כיצד ניתן לטעון, שהיא עוסקת ב"סדרי הדין בלבד"? יש לציין עוד, שלפי פירושו של השופט זוסמן הרחבת סמכות השיפוט של בתי המשפט היא עצומה, שכן לבית-משפט ישראלי תהא, אוטומטית, סמכות *in personam*

11 שם, שם.

12 זוסמן, סדר הדין האזרחי, שם, בעמ' 169, ס' 191.

13 וראה באותה רוח דבריו של השופט זוסמן בע"א 703/70 אלברט פומי נ. ג'וליס עוזר האח', כ"ד פד"י (2), 799, 804; ע"א 613/70 ולריסלב גדומפקי נ. יוזי רזומאיסי, כ"ה פד"י (1), 798, 800.

14 פס"ד אלכיר, שם, בעמ' 15.

ביחס לכל אדם בשטחים המוחזקים — בהתאם לחלוקה ה"פנימית" הקבועה בתקנות 3 ו-4 לתקנות סדר הדין האזרחי — וזאת בניגוד לסמכות שבטיקול דעת, שניתן להפעילה במספר מוגבל של עילות, ביחס להמצאה אל מחוץ לתחום השיפוט לפי תקנה 467¹⁵. נוכח משמעות מרחיקת לכת זו של תקנה 2, לפי פירושו של השופט זוסמן, ברור שאין מקום לטענה, שעניינה "סדרי הדין בלבד".

4. כפי שננסה להראות להלן, יש להיזקק לפירוש השני גם אם נפרש את תקנה 2 בצורה מילולית, בלי להיזקק לעקרונות פרשנות מקובלים לפירוש חיקוק מהסוג בו עסקינו. בשלב זה נצא מההנחה הלכאורית, שעניינה לעיל, שהתקנה ניתנת לפירוש הן על דרך הפירוש הראשון והן על דרך הפירוש השני — וזאת בניגוד לגישתו של השופט זוסמן שנוקק, כמובן מאליו, לפירוש הראשון — וננסה להגיע אל הפירוש הנכון בעזרת העקרונות הנ"ל.

5. אחד מפסקי הדין האנגליים היסודיים בסוגיית ההמצאה אל מחוץ לתחום השיפוט, לפי הצו המקביל באנגליה¹⁶ לתקנה 467 שלנו, הוא פסק דינו של Farwell L. J. בישבו לדין בבית המשפט לערעורים בפרשת *The Hagen*¹⁷.

בפסק דינו מסכם השופט המלומד את 3 הכללים היסודיים שגובשו בפסיקה האנגלית בקשר לפירוש הצו האנגלי הנ"ל. אחד מכללי יסוד אלה קובע:

"that, if on the construction of any of the sub-heads of order XI there was any doubt, it ought to be resolved in favour of the foreigner."¹⁸

כלל זה מקובל עד היום ביידיקטורה האנגלית¹⁹ והוא אומץ גם בישראל באשר לפירוש תקנה 467²⁰. ד"ר זוסמן עצמו מציין בספרו²¹ ש"במקרה של ספק אם היה הענין בגדר תקנה 467 או לא, לא יתיר בית המשפט המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט"²².

15 ראה להלן בקשר לשיקול הדעת והפעלתו במספר מוגבל של עילות באשר להמצאה לפי תקנה 467.

16 Order 11, rule 1, of the Rules of the Supreme Court

[1908], P. 189, 201 ff.

The Hagen, op. cit., 201

17 ראה, בין השאר, Cheshire & North, *Private International Law* (1970), 8th ed., p. 82;

Graveson, *The Conflict of Laws*, 6th ed. (1969), p. 663

20 הלכת *The Hagen* אומצה בארץ כבר בתקופת המנדט. ראה: C. A. 107/42 *Wottitz v. Sborovitz and "Hawak" Ltd.* (1942) A. L. R. 523

זוסמן בע"א 433/64 נברום מרישים בע"מ נ. הסנה חברה ישראלית לבטוח בע"מ ואח',

י"ט פד"י (2), 159, 164. וראה: Levontin, *Foreign Judgements and Foreign Status in Israel*, 3 A.J.C.L. 199, 200

21 שם, בעמ' 170, ס' 192.

22 ייתכן וניתן לטעון, שד"ר זוסמן מתייחס אך ורק ל"ספק עובדתי", היינו אם מסכת העובדות נכנסת לגדר אחת העילות שבתקנה 467, אך ברור שאין מקום להבחנה בין "ספק עובדתי" לבין "ספק משפטי" באשר לפירוש התקנה, שכן הרציונלה לכלל הנ"ל,

המוזכר עלידי ד"ר זוסמן — ועל רציונלה זו נעמוד עוד להלן — היא, ש"באמצעות התקנה מוארכת זרועו של השיפוט הישראלי מעבר לגבולותיו הטבעיים, וכאשר כוח השיפוט מוטל בספק, מן הראוי כי הנתבע יהא הנתנה" (זוסמן, שם, שם). יתר על כן: ד"ר זוסמן מפנה

לביסוס הכלל הנ"ל אל ע"א 433/64, הנ"ל, ובפס"ד זה מסתמך השופט זוסמן על הלכת *The Hagen*, העוסקת, כאמור, ב"ספק משפטי".

המצאת כתבי בידין לשטחים המוחזקים

לאור כלל זה, והרציונלה שביסודו, ברור, שיש לפרש את תקנה 2 לפי הפירוש השני, שהוא ל"טובת הנז" ולא לפי הפירוש הראשון, המרחיב את היקף השיפוט הישראלי.

6. כלל גדול הוא, ש"מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מהייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבינ-לאומי"²³.

הנהוג הבינלאומי מכיר בכוחה של מדינה להרחיב שיפוט גם על אנשים, הנמצאים בתחומי מדינה אחרת במקרים מסויימים ובהתקיים זיקות מסויימות ביניהם לבין אותה מדינה.²⁴ אין, אמנם, הגדרה מוסכמת של הזיקות, שמכוחן ניתן להרחיב את כוח השיפוט של המדינה.²⁵ יחד עם זאת, ברור שהרחבה בלתי מוגבלת של השיפוט ללא כל צורך בזיקה כלשהי של הנתבע (או של התובע) אל המדינה — ושיפוט בלתי מוגבל כזה מוקנה לבתי המשפט בישראל ביחס לנתבעים הנמצאים בשטחים המוחזקים לפי פירושו של השופט זוסמן לתקנה 2 — אינה מקובלת על ה"אומות בנות התרבות"²⁶.

ניתן לטעון, כביכול, שגם בתקנה 467 יש הרחבה של השיפוט הישראלי ושיר המשפטים יכול להוסיף עילות נוספות להמצאה אל מחוץ לתחום השיפוט מכוח סמכותו לפי סעיף 46 לחוק בתי-המשפט,²⁷ כפי שהוסיף לאחרונה את העילה של בקשה על-פי חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט—1969.²⁸

לטענה זו יש להשיב, שבניגוד לפירושו של השופט זוסמן לתקנה 2, אין ההמצאה לפי תקנה 467 המצאה אוטומטית אלא תלויה בשיקול דעתו של בית המשפט, המתבקש להתיר את ההמצאה. במילים אחרות:

"אפילו נתקיימו התנאים הקבועים בתקנות, לעולם אין זכות קנויה בידי התובע לקבלת ההיתר. תקנה 467 נותנת לבית המשפט רשות להתיר את ההזמנה מחוץ לתחום השיפוט, אך זו היא רשות, ואינה חובה. לכן מסורה ההכרעה לשיקול דעת בית המשפט, ומותר לו לסרב לבקשה, כאשר נראה לו, כי לא יהא זה צודק להביא את העניין בפני בית המשפט בארץ"²⁹.

יתר על כן, סמכות זו מופעלת על-ידי בית המשפט בזehירות רבה, כדברי השופט Winn:³⁰

23 ע"פ 336/61 אייכמן נ. היה"מ לממשלה, ט"ז פד"י, 2033, 2041. ראה גם ע"פ 131/67 הישטט קמיר נ. מדינת ישראל, כ"ב פד"י (2), 85, 97 (דברי השופט כהן), 112 (דברי השופט לגדוי), 118 (דברי הנשיא (אגרנט)); דינשטיין, ציון במשפט הבינלאומי תיפדה, הפרקליט, כרך כ"ו, עמ' 5, 7. זה הדין גם באנגליה. ראה: *Garthwaite v. Garthwaite* [1964], p. 356 at p. 389 (per Diplock L. J.).

24 זוסמן, שם, בעמ' 169, ט' 191.
25 De Winter, *Excessive Jurisdiction in Private International Law*, 17 (1968) I & 25 C.L.Q. 706, 712.

26 ראה De Winter, *op. cit.*, 706, 716 והאסמכתאות שם.
27 סד"ח 233, תשי"ו, עמ' 148.

28 סד"ח 573, תשכ"ט, עמ' 248. ראה תקנה 467(10) לתקנות סדר הדין האזרחי, שהוספה על-ידי תקנה 8 לתקנות סדר דין בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשל"ל—1969, ק"ת 2459. תשל"ל, עמ' 142.

29 זוסמן, שם, בעמ' 170—171.
30 *Cordova Land Co. Ltd. v. Victor Brothers Inc.* [1966], 1 W.L.R. 793, at p. 796

"I think it is a discretion of the court which should be exercised with extreme caution and with full regard in every case to the circumstances."

ביחוד יהסס בית המשפט להפעיל שיקול דעתו במקרים בהם מעניקות התקנות המקוריות סמכות להמציא אל מחוץ לתחום השיפוט, אך לפי כללי הסמכות הבינלאומית החיצונית לא יכירו בתי המשפט המקומיים בפסק הדין, שניתן מכוח אותן זיקות³¹, או כאשר בית המשפט המקומי אינו *forum conveniens*³².

ברור שלפי פירוכו של השופט זוסמן אין מקום לשיקול דעת זה של בית המשפט, שכן התובע אינו זקוק להיתר של בית המשפט להמציא אל הנתבע בשטחים המוחזקים³³. תשובה נוספת לטענה הנ"ל היא, שבתקנה 467 מפורטות מספר עילות להמציא מחוץ לתחום השיפוט בהתאם לגוהג הבינלאומי³⁴, מה שלא ניתן לומר ביחס לתקנה 2 לפי פירושו של השופט זוסמן. אם יתיימר שר המשפטים להתיר המציא אל מחוץ לתחום השיפוט ללא צורך בזיקה כלשהי של הנתבע למדינה, או כאשר זיקתו חלושה ביותר, ניתן יהיה לתקוף צעד זה של השר בטענות *ultra vires*, כפי שיובהר להלן בדוננו בעקרון הריבונות הטריטוריאלית³⁵.

ראה גם *Société Générale de Paris v. Dreyfus Brothers* (1885), 29 Ch. D. 239, at p. 242 (per Pearson J.); *The Hagen*, op. cit., p. 200 (per Lord Alverstone, C. J.). וראה התובע 119-120, p. 82; *Graveson*, op. cit., p. 119-120. זה הדין התל בדרך כלל (ראה הסתייגות להלן) גם בקנדה. ראה: *Rayon Said Industrias v. West Coast Lines* [1970] Ex.C.R. 564, at p. 566 (per Noël J.).

Unterwesser Reederei G.m.b.H. v. Zapata Off Shore & Co. (The "Chaparral") 31 Cheshire של ביקורתו של [1968] 2 Lloyd's Rep. 158, at p. 163 (per Diplock L. J.) על כך, שחלק מהעילות המקנות שיפוט לבתי-משפט אנגלי לפי הצו הנ"ל, אינו מוכרות על-ידי בתי המשפט האנגליים כמעניקות סמכות לבתי-משפט זרים: 83, *Cheshire*, op. cit., 32-1 ווסמן, שם, בעמ' 171 והאסמכתאות שם; [1937] 1 All.E.R. 23; *George Monro Ltd. v. American Cyanamid Corporation* [1944] 1 K.B. 432; *Graveson*, op. cit., pp. 120-121; *Cheshire*, op. cit., pp. 82-83; *Morris, Rayon etc.*, op. cit., p. 568; *J.G.C. Conflict of Laws* (1971), p. 82. *Jurisdiction and the Exercise of Discretion by the Court*, 49 (1971) Can.B.Rev. 466, 467 ff.

יש לציין שבחלק מהפרובינציות בקנדה ניתן להמציא הזמנה אל מחוץ לתחום השיפוט גם ללא היתר של בית המשפט, אך בניגוד לתקנה 2 לפי פירושו של השופט זוסמן, מבטיחות התקנות במקרים אלה זיקה מתאימה של הנתבע לבית המשפט המקומי, כך שבית המשפט יהיה *forum conveniens*. כך, למשל, מתירה תקנה 1(27) לתקנות ה-Queen's Bench בפרובינציה של Saskatchewan מסירת הזמנה אל מחוץ לתחום השיפוט, כל אימת ש: "(c) Any relief is sought against a person domiciled, or ordinarily resident within the jurisdiction."

תקנה 2(27) לאותן תקנות קובעת כדלקמן:

"Save in respect to actions brought under provisions of order XI, every statement of claim served out of the jurisdiction without leave, shall state specifically upon which of the above grounds it is claimed that service is permitted under this rule."

34 ווסמן, שם, בעמ' 169, ס' 191. רשימה זו של עילות היא בבהינתן *numerus clausus*. ראה ע"א 613/70 הנ"ל, בעמ' 800.

35 כאן המקום לציין, שבחלק מארצות הקוויבטינט מוקנית לבתי המשפט סמכות בינלאומית

המצאת כתבי בידין לשטחים המוחזקים

7. אחד מעקרונות היסוד במשפט הבינלאומי-הפרטי שלנו הוא עקרון הריבונות הטריטוריאלי. עקרון זה קובע:

"כי לכל מדינה סמכות על בני אדם ונכסים הנמצאים בתוך השטח שלה אך לא (לבד מבאי-אלה מקרים) על בני אדם ועל נכסים שהינם מחוצה לו".³⁶

עקרון זה חודר למשפט הישראלי כאחד מכללי ה-Common Law, באמצעות הצינור של סימן 46 לדבר המלך ז',³⁷ ³⁸ ולפיו:

"מייחסים למחוקק כוונה שלחוק החרות הגדון תהא תחולה טריטוריאלית בלבד. לשון אחרת: רק במקום שתכנו של החוק אינו מחייב, במפורש או מכללא, אחרת, מן הדין לפרש את המלים הכלליות, שהשתמש בהן המחוקק, באופן שלא תחולנה על בני אדם או על נכסים הנמצאים מחוץ לתחום הטריטוריאלית".⁴⁰

על דחיית מכללא של העקרון ביחס לחוק נתון גיתן ללמוד מתוך "המגמה הכללית, העומדת מאחוריו והמשקפת מתוך סעיפו השונים כאשר הם נקראים ביחד".⁴¹ לעניות

פנימית רחבה ביותר, אך גם בהן מקפידים בד"כ על קיומן של זיקות כלשהן בין הנתבע והתביע לבין בתי המשפט באותן מדינות. כך, למשל, קובע ס' 23 לקוד הפרוצדורה האזרחית של גרמניה, שלבית-משפט גרמני סמכות שיפוט כנגד נתבעים שאינם מתגוררים בגרמניה, אם נכסים השייכים לנתבע נמצאים בתחום השיפוט של גרמניה. ס' 14 ל"קוד סיביל" הצרפתי, לעומת זאת, קובע זיקה חלשה ביותר להקניית סמכות שיפוט בינלאומית פנימית לבית-משפט צרפתי, ודי בכך לצורך קיומה, שהנתבע נתבע בגין הפרת חוזה עם אזרח צרפתי, אף אם החוזה לא נקשר בצרפת. על סעיף זה והדומים לו במדינות קונטיננטליות אחרות נמתחה ביקורת חריפה בכתבי המלומדים. ראה: De Winter, *op. cit.*, p. 707 ff. והאסמכתאות שם.

36 בג"צ 279/51 אמטטרדס ז"א 178 אה"נ. שר האוצר, ו' פד"י, 945, 964 (דברי השופט אגרנט).

37 דבר המלך במועצה, 1922, האי"י, כרך ג', עמ' 2738.

38 השופט אגרנט דחה בבג"צ 279/51 הנ"ל, את האפשרות של היוקקות לעקרון הנ"ל ככלל של המשפט הבינלאומי הפומבי (מכות ההלכה, שיש לפרש חוק חרות מקומי בהתאם להלכות המשפט הבינלאומי הפומבי). לדעת השופט אגרנט אין העקרון הנדון נחשב לחלק מהמשפט הבינלאומי הפומבי, ולכן ניתן לקלטו למשפט הישראלי מכוח סימן 46 לדבה"מ: בג"צ 297/51 הנ"ל, בעמ' 966-967. ראה גם בג"צ 100+103/57 וייס ומילר נ. המשפחה הכללית של משפחת ישראל ואח', ל"א פס"ע, 288, 292. דעתו זו של השופט אגרנט ביחס לעקרון הריבונות הטריטוריאלי במשפט הבינלאומי הפומבי אינה נקיה מספקות. ראה: Schwarzenberger, *A Manual of International Law* (1967), 5th ed., p. 93 ff.; דינשטיין, "סמכותה הפנימית של המדינה לפי המשפט הבינלאומי", הפרקליט, כרך כ"ו, עמ' 187, 189 ואילך.

39 על עקרון הריבונות הטריטוריאלית כאחד מכללי היסוד של ה-Common Law כאשר לסמ' כוחם הבינלאומית הפנימית של בתי המשפט האנגליים, ראה: Graveson, *op. cit.*, pp. 90-93 והאסמכתאות שם.

40 בג"צ 279/51 הנ"ל, בעמ' 967. וראה גם בג"צ 100+103/57 הנ"ל, שם, שם. באשר לאנגליה ראה: *Bank Voor Handel En Scheepvaart v. Slatford and an.* [1951] 2 All E.R. 779. לפעמים עושים בתי המשפט האנגליים שימוש פרשני מרחיק לכת בעקרון לצמצום תחולה אקסטריטוריאלית של חוק חרות. ראה, למשל, *Breen v. Breen* [1964], p. 144.

41 בג"צ 279/51 הנ"ל, בעמ' 968. וראה בג"צ 100+103/57 הנ"ל, שם, שם. דוגמה למגמה כזו של המחוקק ניתן למצוא בע"פ 135/70 מדינת ישראל נ. וליד עבדל חמיד עזאיוה, כ"ד פד"י (1), 417, 419. יש לשים לב לכך, שפסק הדין הנ"ל עוסק בחיקוק פלילי ולא בחיקוק אזרחי. ראה ביקורתו של ד"ר דינשטיין על פס"ד זה במאמרו "סמכות השיפוט הפלילית: גבולות והגבלות", עיוני משפט, כרך א', עמ' 303, הערה 2.

דעתנו, לא ניתן לטעון במקרה דנן, ש"תכנה" של תקנה 2 מחייב "במפורש או מכללא" את המסקנה שמתקינה התכוון לסטות בצורה כה מרחיקת לכת מעקרון הריבונות הטריטוריאלית, עד כדי הענקה אוטומטית של שיפוט *in personam* לבתי המשפט הישראליים על כל מי שנמצא בשטחים המוחזקים⁴¹. כן לא ניתן ללמוד על "מגמה" כזו מסעיפי התקנות הנדונות. בשלב זה אנו יוצאים עדיין מההנחה הלכאורית, שאת תקנה 2 ניתן לפרש לפי הפירוש הראשון – הסוטה מעקרון הריבונות הטריטוריאלית – ולפי הפירוש השני – המתחזק על-ידי העקרון הנ"ל. לכן, במקרה מעין זה של ספק בפירוש התקנה יש להעדיף את הפירוש העומד בקנה אחד עם עקרון הריבונות הטריטוריאלית.

אם ניזקק לפירוש השני, הנ"ל, הרי לתקנה 2 יש משמעות מצומצמת של ביצוע ההמצאה אל מחוץ לתחום השיפוט במקרה קונקרטי בו התנבע נמצא בשטחים המוחזקים, כשההמצאה היא בהיתר של בית המשפט מכוח סמכותו לפי תקנה 467. נכון שגם תקנה 467 גורמת להקניית סמכות אקסטרטריטוריאלית לבתי המשפט הישראליים, אך, כאמור, העילות להרחבת הסמכות – המופעלות בשיקול דעתו הזוהר של בית המשפט – עומדות באופן כללי בקנה אחד עם הנוהג הבינלאומי, ומתקנה 467 ניתן ללמוד בבירור על כוונת מתקינה להקנות שיפוט אקסטרטריטוריאלית לבתי המשפט הישראליים.

יתר על כן: אף אם הפירוש הראשון היה מבטא נכונה את כוונת מתקין התקנה הנדונה – היינו ששר המדפטים התכוון במקרה דנן לסטות מעקרון הריבונות הטריטוריאלית – ניתן יהיה לתקוף התקנה בטענה *ultra vires*, שכן, כפי שהסביר השופט אגרנט בבג"צ 279/51 הנ"ל⁴², יש לבדוק את "פסגת הפירמידה התחוקתית" – ובמקרה שלנו סעיף 46 לחוק בתי המשפט – אם ניתן ללמוד ממנה על הסמכה של מחוקק המסנה לסטייה מעקרון הריבונות הטריטוריאלית.

"אם נמצא כי יש להשיב על כאלה זו בשלילה, תהא מיתרת הכניסה בעובי הקורה על משמעות התקנות גופן, כי הרי לא ייתכן ש[שר המשפטים] יחרוג ממסגרת החוראה אשר מכוחה התקין את התקנות"⁴³.

לענין דעתנו, לא ניתן ללמוד מסעיף 46 הנ"ל, על הסמכת שר המשפטים לסטות בצורה כה קיצונית מעקרון הריבונות הטריטוריאלית ואין ללמוד גם על "מגמה" כזו מהחוק ומסעיפיו "כאשר הם נקראים ביחד"⁴⁴. גם כאן, אין להקיש מתקנה 467 – שגם בה יש, כאמור, הקניית שיפוט אקסטרטריטוריאלית לבתי המשפט בישראל – לתקנה 2 לפי הפירוש הנדון, וזאת מהסיבות שהובאו לעיל.

41 בכפוף, כמובן, לקיומה של אחת הזיקות הפנימיות לפי תקנות 3 או 4 לתקנות סדר הדין האזרחי.

42 עמ', בעמ' 971–972.

43 בג"צ 279/51 הנ"ל, בעמ' 972.

44 למעשה, לא ניתן להצדיק את ההרחבה הניכרת של השיפוט הישראלי ביחס לנתבעים בשטחים המוחזקים גם לפי עקרונות, שמכוחם מוצדק לסטות, לפעמים, מעקרון הריבונות הטריטוריאלית, כגון עקרון השיפוט הפרסונלי (או עקרון הנאמנות). ראה בקשר לכך: Graveson, *op. cit.*, p. 93; Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 93; Oppenheim, *International Law*, 8th ed., by Lauterpacht (1955), 330. וראה גם בג"צ 100+103/57 הנ"ל, בעמ' 299 ואילך.

המצאת כתבי בידין לשטחים המוחזקים

8. בפס"ד אלכיר הנ"ל, טען, כזכור, המבקש, שאם נזקק לפירוש הראשון לצורך פירוש תקנה 2, הרי שהתקנה גורמת ל"סיפוח משפטי" של השטחים המוחזקים לשטח מדינת ישראל.

כידוע, הוסיפה הכנסת מיד לאחר מלחמת ששת הימים את סעיף 11ב' לפקודת סדרי השלטון והמשפט⁴⁵, הקובע:

"המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ ישראל שהממשלה קבעה בצו".

הממשלה השתמשה בסמכותה לפי סעיף זה רק ביחס לשטח מצומצם, הכולל בעיקר את ירושלים המזרחית⁴⁶.

לסעיף 11ב' הנ"ל משמעות מרחיקת לכת והדעה הרווחת היא, שעל-ידי הפעלת הסמכות, שהוקנתה בו לממשלה, ביחס לשטח מסויים מארץ ישראל, מוחלת הריבונות הישראלית על אותו שטח והוא הופך לחלק ממדינת ישראל⁴⁷, ואילו כל עוד לא הופעל הסעיף על-ידי הממשלה ביחס לשטח מסויים של ארץ ישראל, המוחזק על-ידי צה"ל, אין אותו שטח מהווה חלק ממדינת ישראל⁴⁸.

45 תס"א 2, עמ' 1. ראה: חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז–1967, פה"ח 499, תשכ"ו, עמ' 74.

46 ראה: צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז–1967, ק"ת 2064, תשכ"ז, עמ' 2690.
47 ראה: בג"צ 223/67 שבתי בן דב נ. שר הדתות, כ"ב פד"י (1), 440, 442 (דברי הנשיא אגרנט); בג"צ 171/68 האנזלים נ. בית הדין של הכנסייה הפרואיקית היוונית אורתודוקסית ואח', כ"ג פד"י (1), 260, 267 (דברי מ"מ הנשיא זילברג), 269 (דברי השופט הלוי); בג"צ 222/68 חוננים לאומיים ואח' נ. שר המעשרה, כ"ד פד"י (2), 141, 174 (דברי השופט ברנזון); בג"צ 283/69 ריזי ואח' נ. בית המשפט הצבאי נפת הברון ואח', כ"ד פד"י (2), 419, 423–424 (דברי השופט י. כהן). זו הדעה הרווחת גם בקרב המלומדים. ראה: רובינשטיין, המשפט הפונקציונלי של מדינת ישראל (1969), עמ' 49; שפירא, "שיפוט ישראלי ושיפוט זר בכפיפה אחת – האגומליה של בית הדין היווני-אורתודוקסי בירושלים", הפרקליט, כרך כ"ה, עמ' 456 ואילך; בלום, "ציון במשפט הבינלאומי נפרדה", הפרקליט, כרך כ"ז, עמ' 315, 317 ואילך. ראה גם דברי שר המשפטים בכנסת, דבה"כ, כרך 49, עמ' 2423. אך ראה דעתו החולקת של דינשטיין במאמרו: "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה", הפרקליט, כרך כ"ז, עמ' 5; "תשובה למר דוויק", הפרקליט, כרך כ"ז, עמ' 292; "הפדה לא נפרדה" או "לא הפגנות אלא מעשים", הפרקליט, כרך כ"ז, עמ' 519.

48 שפירא, "עוד על שיפוט ישראלי ושיפוט זר בכפיפה אחת", הפרקליט, כרך כ"ו, עמ' 34, 35. יש לציין, שד"ר בלום במאמרו הנ"ל, וכן במאמרו: "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria 3 (1968) Is.L.R. 279, 294 שלמדינת ישראל זכות הטובה ביותר על יהודה ושומרון ושזכותה עדיפה על זכותה של ירדן, אך אף הוא אינו טוען שניתן לראות שטחים אלה עתה כחלק ממדינת ישראל. וראה דעה דומה ביחס לאי היותה של רצועת עזה חלק ממצרים בבג"צ 100+103/57 הנ"ל, בעמ' 300. בבג"צ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות קדושים נ. שר הכסחון ואח', כ"ו פד"י (1), 574, התייחסו כל השופטים שישבו לדין בעתירה, אל הריבון הישראלי כאל ריבון זר באיזור יהודה ושומרון וכדקו (בהסכמת נציג היועץ המשפטי לממשלה) חוקיותו של צו של המושל הצבאי ליהודה ושומרון, שתיקן תוראת חוק ירדני, שחל באיזור, לפי המשפט הבינלאומי הפומבי. ראה בקשר לפס"ד זה: דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", עיריני משפט, כרך ב', עמ' 8.

אין אנו טוענים— כפי שטען, כאמור, המבקש בפרשת אלכיר— שתקנה 2, לפי הפירוש הראשון, גורמת ל"סיפוח שיפוטי" של השטחים המוחזקים, אך יחד עם זאת נראה לנו שלפי פירוש זה יש נסיון מצד שר המשפטים לעקוף את הוראת סעיף 11ב' הנ"ל, שכן לפי הפירוש הנדון תהא לבתי המשפט בישראל סמכות in personam ביחס לאנשים בשטחים המוחזקים באותה מידה שיש להם סמכות לגבי אנשים בישראל. יתר על כן, לפי פירוש זה תהא לבתי המשפט סמכות כזו גם ביחס לאנשים הנמצאים בשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל, אך שאינם נכנסים לגבולות ארץ ישראל המנדטורית ושלכן סעיף 11ב' הנ"ל, אינו חל עליהם. נוכח הוראת סעיף 11ב' לא נראה לנו ששר המשפטים יכול לרכוש לעצמו סמכות כה מרחיקת לכת מכוח סעיף 46 לחוק בתי המשפט. 9. עד כה יצאנו מהנחה, שלכאורה ניתן לפרש את תקנה 2 הן לפי הפירוש הראשון והן לפי הפירוש השני, ומתוך היזקקות לעקרונות משפטיים מתאימים, שבעזרתם ניתן לפרש חיקוק המשתמע לכתי פנים, הגענו למסקנה, שהפירוש הנכון הוא הפירוש השני.

למעשה, נראה לנו, שגם ללא היזקקות לאותם עקרונות, ומתוך התייחסות ללשון התקנה בלבד, נגיע למסקנה שיש לדחות את הפירוש הראשון. תקנה 2 עוסקת בדרך ההמצאה והיא קובעת, שניתן יהיה להיזקק לדרכי ההמצאה, המקובלות, מבחינה טכנית, להמצאת מסמך בתחומי המדינה. כדי להוכיח, שתקנה 2 מחליפה את תקנה 467 לצורך המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט לנתבע, הנמצא בשטחים, יש להראות, שתקנה 2 עוסקת באותה מטרה בה עוסקת תקנה 467 ושהיא בבחינת lex specialis לגבי האחרונה. אך תקנה 467 אינה עוסקת בדרך כי המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט אלא בעילות להמצאה, שבהתקיים אחת מהן רשאי השופט להתיר המצאה. מכיוון שכך, אין מקום לטענה, שתקנה 467 נדחית על-ידי תקנה 2 באשר לצד ה"מהותי" של ההמצאה (היינו ביטול ה-numerus clausus של העילות וביטול הצורך בהיתר של בית המיפוט), אלא אך ורק באשר לצד הטכני של דרכי ההמצאה.

במילים אחרות: משהוחלט על המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט מכוח תקנה 467 מתבצעת בדרך כלל ההמצאה בציונורות הדיפלומטיים המקובלים⁴⁹. כשמדובר בשטחים המוחזקים, מיותר להעביר ההזמנה לנתבע דרך מפקדת הממשל הצבאי, שכן מבחינה טכנית מינהלית קל לעשות זאת בדרכים המקובלות ביחס להמצאת מסמכים אל אנשים בתחומי המדינה ולכן היה צורך בתקנה 2. וכשם ששר המשפטים התקין את תקנה 2 כדי לייעל את דרכי ההמצאה לשטחים, כן התקין באותו קובץ תקנות את צו שעת חירום (השטחים המוחזקים על-ידי צבא הגנה לישראל— עזרה משפטית), תש"ל—1969⁵⁰, שסעיף 2 שבו קובע כדלקמן:

2. מסמך שהוצא על-ידי ערכאה שיפוטית של האזור כדי שיומצא בישראל, יומצא על-ידי הערכאה האמורה בישראל בדרך הקבועה בסימן ו' לפרק י"ב או בסימנים א', ב' או ג' לפרק כ"ז מתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, בשינויים הנובעים מן הענין".

49 זוסמן, שם, בעמ' 175, ס' 194.
50 ק"ת, 2482, תשל"ל, עמ' 459.

המצאת כתבי בידין לשטחים המוחזקים

גם כאן אין להניח, שהשר התכוון לעסוק בשאלת הסמכות הבינלאומית הפנימית של הערכאות השיפוטיות בשטחים המוחזקים וכל מטרתו היתה לקבוע את דרכי המסייעים רה מבחינה טכנית לאחר שאותן ערכאות קנו לעצמן סמכות לפי כללי המשפט הבינלאומי-פרטי, המקובלים עליהן.

אין להניח, ששר המשפטים התכוון במוסתר ובמובלע בתקנה העוסקת בעניינים פרוצדורליים-טכניים טהורים להחליף את תקנה 467 ולהרהיב בצורה מרהיבת לכת את השיפוט הישראלי בשטחים המוחזקים. לו זו היתה כוונתו ניתן היה לצפות ממנו לבטאה בצורה ברורה וגם אז, כך גראה לנו, היתה התקנה חסרת תוקף עקב חריגה של השר מהסמכות שהוקנתה לו בסעיף 46 לחוק בתי המשפט.

10. מכל הגימוקים שהובאו לעיל, גראה לנו, שיש להעדיף את הפירוש השני לפירוש תקנה 2, ושתקנה 467 ממשיכה להול גם ביחס להמצאת מסמכים לשטחים המוחזקים⁹¹.*

ברוך ברכה**

51 כפי שהיה הדיון, ללא ספק, עד לחקיקת תקנה 2. ראה: המ' ת"א 1163/67 פנדוקה ואה' נ. פנדוקה, נ"ט פ"מ 356; המ' י"ם 1149/68 המ"אן נ. שהיו, ס"ד פ"מ 91.
* הערת המערכת: לאחר מסירת רשימה זו לדפוס פורסמה ביקורתו של צ. ענבר על פסה"ד נשוא רשימה זו, "סמכות בית המשפט בישראל לדון בתובענה נגד תושב שטח מוחזק", הפרקליט, כרך כ"ח, עמ' 11.
** תלמיד מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.