

## על סמכותו (?) של בית משפט בישראל להעניק סעד זמני, בעוד התביעה העיקרית מתנהלת בפורום זר – עיון מחדש בפרשת רוט

מאת

נועם זמיר\*

מאמר זה, כפי שכותרתו מעידה, דן בשאלת סמכותו של בית המשפט בישראל להעניק סעד זמני בעוד התביעה העיקרית מתנהלת או עתידה להתנהל בפני בית משפט זר. המאמר פותח בהצגת הדין המצוי בסוגיה זו כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון, ואשר לפיו בית המשפט בישראל נעדר סמכות להיעתר לבקשה לסעד זמני ככל שזו אינה מוגשת בגדרה של תביעה עיקרית המתנהלת בתחומי המדינה. המאמר עומד על הבעייתיות הטמונה בפסיקה זו, אשר אינה נותנת משקל הולם לקיומם של ההליכים הזרים מחוץ לישראל (אם לא לומר מתעלמת מקיומם).

בהמשך, בשל היעדר דיון סדור בפסיקה בתשתית הנורמטיבית ובתשתית התאורטית העומדות ברקע לסוגיה זו עובר המאמר לדיון נורמטיבי ותאורטי שבמסגרתו נדונים בין היתר שיקולי המדיניות השונים בעד ונגד הכרה בסמכותו האמורה של בית המשפט בישראל. מסקנתו של דיון זה היא כי הדין המצוי אינו הדין הרצוי, וכי פסיקתו של בית המשפט העליון ראויה לעיון מחדש חרף הקשיים העשויים להתעורר בשל הקניית סמכות בידי בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד התביעה העיקרית אינה מתנהלת בפניו.

המאמר מבקש להציע להתמודד עם הקשיים הנזכרים לעיל על דרך של אימוץ מתווה תלת-שלבי להפעלת סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט בנדון. כחלק מהדיון במתווה מוצע זה תידונה סוגיות פרקטיות ותאורטיות המתעוררות בעת הידרשות לבקשה לסעד זמני מהסוג הנדון. אגב הצגת מתווה זה אף מציע המאמר חלופות פרשניות אשר מאפשרות להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל כבר על פי המצב המשפטי כיום וללא כל צורך בתיקון חקיקתי בנדון.

מבוא. א. הדין המצוי – פרשת רוט. ב. פרשת רוט – התבססות על הלכה בלתי רלוונטית. ג. פרשת רוט – אי-התבססות על הלכה רלוונטית. ד. פרשת קציב – צעד אחד קדימה בכיוון המשפט האנגלי, אך לא סוף המסע. ה. ניתוח נורמטיבי – מהו

\* עורך דין; עובד במשרד עורכי הדין ש. הורוביץ ושות'. הכותב מבקש להודות לאלקס הרטמן, קרן ילין-מור, דניאל מור ואיסי רוזן-צבי על הערותיהם המועילות ומאירות העיניים. תודתי נתונה גם לחברי מערכת כתב העת משפטים על הערותיהם המעמיקות, אשר תרמו רבות לשיפור המאמר. האחריות למאמר היא כמובן שלי בלבד.

הדין הרצוי? 1. מדוע הדין המצוי אינו הדין הרצוי? 2. שיקולי נגד – מדוע אין להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל? 3. שיקולים בעד – מדוע יש להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל? 4. סמכותו (?) של בית המשפט בישראל לאכוף החלטה בנושא סעד זמני שניתנה בפורום הזר אינה מייתרת את הדיון בסמכותו ליתן סעד זמני במישורין; 1. בחינה תאורטית של היקף סמכותו הבין-לאומית של בית המשפט בישראל. 2. התורה הטריטוריאלית ועקרון האפקטיביות; 2. תורת ההגניות וצמיחת שיקול הדעת השיפוטי לאי-הפעלת סמכות; 3. מתווה מוצע להפעלת שיקול הדעת השיפוטי. 1. שלב רכישת הסמכות לדון בבקשה לסעד זמני; 2. שלב בחינת נאותות הפורום הישראלי לדון בבקשה לסעד זמני; 3. שלב הפעלת הסמכות – הדיון בבקשה לסעד זמני לגופה; 4. ח. רט – סוף?

## מבוא

על פי הגדרתם בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984,<sup>1</sup> סעדים זמניים ניתנים לשתית תכליות עיקריות: התכלית האחת היא הבטחת "קיומו התקין של ההליך". סעדים זמניים שניתנים לתכלית זו מיועדים בעיקרו של דבר למנוע הערמת קשיים ראייתיים על בירור התביעה;<sup>2</sup> תכליתם העיקרית השנייה של סעדים זמניים, והדומיננטית מבין השתיים, היא הבטחת "ביצועו היעיל של פסק הדין". סעדים זמניים הניתנים לתכלית זו מיועדים לגשר על פער הזמן בין מועד ניהול ההליך המשפטי לבין מועד הכרעתו של בית המשפט בתביעה שלפניו. גישור זה מתבצע על דרך הכלל על ידי מניעתו של שינוי בסטטוס קוו בתקופת הביניים עד הכרעה זו.<sup>3</sup> כך מתאפשר לבית המשפט למנוע מבעל דין (לרוב הנתבע) לסכל מבעוד מועד בפעולותיו ובמעשיו את מימוש התוצאות העתידיות של ההליכים המשפטיים בינו לבין בעל הדין האחר, ובכך אף מובטחת לאחרון האפשרות לבצע ביעילות את פסק הדין העתידי, לכשיינתן.<sup>4</sup>

סמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני היא אפוא בעלת תועלת ממשית, אך אין היא נטולת קשיים. מעצם טיבה ההכרעה בשאלת הסעדים הזמניים נעשית עוד טרם בירורה המלא של התביעה. בשלב זה תמונת המצב, הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית,

- 1 ק"ת 2220 (להלן: תקנות סדר הדין).
- 2 אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 108, 75 (2007).
- 3 למשל, עיקול מונע דיספוזיציה בנכסים, ובכך מונע שינוי בסטטוס קוו של הזכויות שבהם; צו מניעה מונע ביצוע פעולות המפרות את הסטטוס קוו הקיים ועוד.
- 4 ראו למשל ע"א 385/73 פרידמן נ' זיבלין, פ"ד כח(1) 768, 765 (1974); דודי שוורץ "סעדים זמניים – קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי" מחקרי משפט יג 441 (1996).

אינה בהכרח נהירה וברורה לבית המשפט במלואה.<sup>5</sup> בנסיבות אלה הענקת סעדים זמניים והפגיעה הנגרמת בגינה בזכויותיו המהותיות של מי מבעלי הדין (לרוב הנתבע) מעוררת קשיים שאינם פשוטים כלל וכלל.<sup>6</sup>

הדברים שנאמרו לעיל באשר לתועלות שבסעדים הזמניים ולקשיים הנובעים מהם יפים להליכים משפטיים "רגילים", אשר הצדדים להם, כמו גם ראיותיהם ונכסיהם, נמצאים במדינה אשר בה מתנהלת התביעה, ובה בלבד. תועלות וקשיים אלה מתחדדים ומתחזקים עוד יותר בהליכים משפטיים חוצי גבולות, אשר הצדדים להם, ראיותיהם ונכסיהם אינם מרוכזים כולם במדינה שבה מתנהלת התביעה.<sup>7</sup> בהליכים מהסוג האחרון קיים ניתוק בין הפורום שבו נדונה התביעה העיקרית לבין הפורום שבו נמצאים הצדדים לתביעה זו, ראיותיהם או נכסיהם. ניתוק זה יוצר כר פורה, ואולי קורץ, של פעולות ומעשים העשויים להתבצע בתחומי מדינה אחת על ידי מי מבעלי הדין כדי לרוקן מכל תוכן את ההליך השיפוטי המתנהל במדינה אחרת.

שאלת זמינותם ואופן יישומם של סעדים זמניים אשר מיועדים להתמודד עם פעולות ומעשים אלה במסגרת הליכים חוצי גבולות כבר התעוררה בעבר, אך חשיבותה הולכת וגוברת מדי יום, בהתחשב בתמורות שחלו וחלות בחברה האנושית בשנים האחרונות. הליכי הגלובליזציה הכלכלית והחברתית המאפיינים את תקופתנו וההתקדמות שחלה באמצעי התחבורה והתקשורת (דוגמת כניסתם לתמונה של עולם האינטרנט, התקשורת הסלולרית, הפקסימיליה ומטוסי הסילון), הפכו את העולם כולו ל"כפר אחד גדול".<sup>8</sup> בעקבות תמורות אלה גדל מספר הסכסוכים בעלי "יסודות בין-לאומיים" המגיעים לפתחם של בתי המשפט בעולם, וממילא גדל גם הצורך להידרש לדרכים האפשריות להענקת סעדים זמניים אשר מיועדים למנוע פעולות ומעשים הנעשים מחוץ לתחומי המדינה כדי לסכל את ההליך העיקרי המתנהל בה.<sup>9</sup>

על פני הדברים דרך אחת להתמודדות עם פעולות ומעשים אלה היא הענקתו של סעד זמני על ידי בית המשפט במדינה שבה מתנהלת התובענה העיקרית. דא עקא, שיעילותה של דרך זו היא חלקית ומוגבלת ביותר – לעתים קרובות אין במאגר הסעדים הקיימים

5 ראו למשל רע"א 9308/08 רביב נ' אלול, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.4.2009).

6 קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 109; שוורץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 442.

7 Gerry Maher & Barry J. Rodger, *Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention*, 48 INT'L & COMP. L.Q. 302, 302–303 (1999); David Westin & Peter Chrocziel, *Interim Relief Awarded by U.S. and German Courts in Support of Foreign Proceedings*, 28 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 723, 723 (1990); George A. Bermann, *Provisional Relief in Transnational Litigation*, 35 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 553, 558–559 (1997).

8 רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בעמ' נ' *The Lockformer Co.*, פ"ד נב(1) 109, 114 (1998) (להלן: פרשת הגבס).

9 DICEY, MORRIS & COLLINS, *THE CONFLICT OF LAWS* 207 (14th ed. 2006).

ברשותו של בית המשפט הדן בתובענה העיקרית סעד זמני אשר יכול למנוע פעולות ומעשים אקסטרטוריאליים אלה. יתרה מכך, על פי רוב החלטתו של בית המשפט שבפניו מתנהלת התובענה העיקרית בעניין הענקת סעד זמני אינה בעלת תוקף אוטומטי במדינה שבה מבוצעים או עשויים להתבצע הפעולות והמעשים. זהו גם המצב המשפטי בישראל.<sup>10</sup> קליטתה למשפט הישראלי של החלטה הניתנת על ידי בית משפט זר מותנית לכל הפחות בהליך משפטי נוסף בישראל ובעמידה בתנאים אחדים, ובכללם חלוף תקופת הערעור על החלטת בית המשפט הזר.<sup>11</sup> הנה כי כן, הדרך האמורה אין בה כדי ליתן מענה מלא ומידי לבעל דין המנהל הליכים משפטיים במדינה זרה ואשר זקוק בדחיפות לסעד זמני בישראל.

דרך אחרת להתמודדות עם פעולות ומעשים אלה עשויה להיות הענקתו של סעד זמני דווקא על ידי בית המשפט בישראל חרף ניהולה של התובענה העיקרית בבית משפט

10 פסק-חוקן אינו בעל תוקף אופרטיבי בישראל באופן אוטומטי עם היתנו. באופן כללי קיימים שני מסלולים לקליטתם של פסקי-חוקן בישראל – אכיפה והכרה. אכיפה היא תהליך קליטתו בישראל של פסק זר לשם הוצאתו לפועל בישראל, ועל כן מיועדת, בעיקרו של דבר, לפסקי דין המטילים חיובים אישיים (*in-personam*). קיימות שתי דרכים עיקריות לאכיפתו של פסק-חוקן: אכיפה על פי חוק אכיפת פסקי-חוקן, התשי"ח-1958, ס"ח 105 ואכיפה באמצעות תביעה על יסוד הפסק. באשר לדרך הראשונה (שהיא הנפוצה מן השתיים), הרי שבסעיף 3 לחוק אכיפת פסקי-חוקן נכללים תנאים לאכיפת פסק-חוקן, ובהם היותו של הפסק בלתי ניתן לערעור; היותו בר-ביצוע במדינה שבה ניתן ועוד. בסעיף 6 לחוק נמנית רשימת הגנות מפני אכיפה, דוגמת מרמה; היעדר אפשרות של הנתבע לטעון טענותיו ולהביא ראיותיו לפני מתן הפסק באופן בלתי סביר ועוד (לדין ברשימת התנאים וההגנות ראו עמוס שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי-חוקן" עיוני משפט ה' 38 (1976); סיליה וסרשטיין פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי – הדין והגיונו 7-23 (1996)). דרך נוספת שהוכרה בפסיקה לאכיפתו של פסק-חוקן היא כאמור הגשת תביעה על פי הפסק שלא על פי חוק אכיפת פסקי-חוקן (ראו לעניין זה ע"א 423/63 רזונבאום נ' גולי, פ"ד יח(2) 374 (1964)).

פסקי דין קנייניים ומעין-קנייניים אינם ניתנים לאכיפה, ומתן תוקף להם צריך להיעשות במסלול ההכרה (ע"א 970/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' אגם, פ"ד מט(1) 561, 566 (1995)). מסלול ההכרה כולל שני מסלולי משנה – האחד, על פי סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי-חוקן, הוא מסלול של הכרה ישירה הנעשית על סמך הסכם ספציפי של ישראל עם מדינה זרה. יצוין כי ישראל התקשרה בהסכמים מסוג זה רק עם בריטניה, אוסטרליה, גרמניה וספרד. השני, על פי סעיף 11(ב) לחוק זה, הוא מסלול של הכרה אגבית של בית המשפט הישראלי בפסק-חוקן, אם הפסק אינו נושא הדין עצמו, ואם הדבר דרוש "מן הדין ומן הצדק". בפסיקה נקבע כי אי אפשר לבקש הכרה ישירה מחוץ לחוק אכיפת פסקי-חוקן אף שקיימת ביקורת על הלכה זו (ראו בעניין זה ע"א 3441/01 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(3) 1, 14-15 (2004)).

11 על פי סעיף 3(2) לחוק אכיפת פסקי-חוקן, "בית משפט בישראל רשאי להכריז פסק-חוקן כפסק אכיף", בתנאי שמצא כי "הפסק אינו ניתן לערעור". להרחבה על פרשנותו של סעיף זה ראו למשל ע"א Land Nordrhein-Westfalen 74/77 נ' פרידמן, פ"ד לא(3) 713 (1977).

זר.<sup>12</sup> במאמר זה אבקש לעסוק בשאלת סמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני מסוג זה.

שאלת הסמכות האמורה היא בעלת שני היבטים עיקריים: ההיבט האחד נוגע לרכישת סמכות השיפוט הבין-לאומית של בית המשפט בישראל על הצדדים לבקשה לסעד זמני. עיקרו של היבט זה נוגע לשאלה מהם התנאים הדרושים להמצאת כתבי ביהדין לצדדים להליך כדי לרכוש סמכות שיפוט בין-לאומית עליהם.<sup>13</sup> ההיבט השני של הסמכות ליתן סעד זמני – ובו יתמקד מאמר זה – נוגע לשאלה אם קיומה של תובענה עיקרית בפני בית המשפט בישראל היא תנאי למתן סעד זמני על ידיו, או שמא די בהתנהלותה של תובענה עיקרית מחוץ לישראל. בהקשר זה יצוין כי על פי תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין, בית המשפט בישראל מוסמך ליתן סעד זמני בגדרי בקשה לסעד זה שהוגשה "במסגרת תובענה" (כאשר מהגדרת "תובענה" בתקנות עולה כי "תובענה" היא הליך משפטי המתנהל בפני בית משפט בישראל).<sup>14</sup> חריג לכלל המחייב הגשת בקשה לסעד זמני "במסגרת תובענה" מצוי בתקנה 363(א) לתקנות סדר הדין, אשר קובעת כדלקמן:

בית המשפט רשאי ליתן סעד זמני בטרם הוגשה תובענה, אם שוכנע כי הדבר מוצדק בנסיבות הענין, ובלבד שתוקפו של הצו יהיה מותנה בהגשת

12 במסגרת המאמר ייעשה שימוש בכינויים שונים ומגוונים לסעד זמני מהסוג הנזכר. לטעמי הכינוי שמתארו באופן המיטבי הינו "סעד זמני לשם סיוע להליכים זרים".

13 בהקשר זה יצוין כי ככלל רכישת סמכות השיפוט בהליכים *in-personam* מתבצעת באמצעות המצאת כתבי ביהדין לידי של בעל הדין האחר. דרכי המצאת כתבי ביהדין נחלקות על פי מקום ביצוע ההמצאה. כאשר מדובר בהמצאה המתבצעת בישראל, עומדת לרשות יוזם ההליכים האפשרות להמציא את כתבי ביהדין, אם לבעל הדין עצמו ואם לגורמים אחרים בעלי זיקה מסוימת כלפיו, כפי שמפורט בתקנות סדר הדין. לעומת זאת, ככל שיש צורך בהמצאת כתבי ביהדין מחוץ לתחום השיפוט, על בעל הדין להגיש בקשה לבית המשפט בישראל כדי לקבל היתר להמצאה כאמור, על יסוד תקנה 500 לתקנות סדר הדין, אשר מונה כמה זיקות חלופיות לישראל העשויות להצדיק מתן היתר המצאה כאמור (לעניין דרכי המצאת כתבי ביהדין ראו ע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' Bodstray Company Ltd., פ"ד נח(2) 465, 471 (2004)).

14 במסגרת תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין נקבע כי אם "הוגשה בקשה למתן סעד זמני במסגרת תובענה, רשאי בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש [...]". "תובענה" מוגדרת בתקנה 1 לתקנות כ"תביעות, בקשות ושאר ענינים שמביא בעל דין לפני בית משפט [...]", ואילו הגדרת "בית משפט" בתקנה 1 מפנה למשמעותו בחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198, אשר כולל בין היתר הוראות בדבר סמכותם של בתי המשפט בישראל.

התובענה בתוך שבעה ימים ממועד מתן הצו או בתוך מועד אחר, שקבע בית המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו.<sup>15</sup>

נוכח מצב משפטי זה עולה השאלה אם קיימת – ואם ראוי שתהא קיימת – לבית המשפט בישראל סמכות ליתן סעד זמני, בעוד התביעה העיקרית אינה מתנהלת בפניו כי אם בפני בית משפט זר. סוגיה זו, שהיא בעלת היבטים פרקטיים, נורמטיביים ותאורטיים כאחד, אינה חדשה עמנו. כבר לפני כשני עשורים ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין המנחה במסגרת רע"א 5805/90 רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפוריישן ניו-יורק,<sup>16</sup> אשר בו נקבע כי בית משפט בישראל אינו מוסמך ליתן סעד זמני במצב שבו ההליך העיקרי מתנהל מחוץ לגבולות המדינה, וזאת בשל אי-קיומה של תובענה עיקרית בישראל שבמסגרתה אפשר להגיש את הבקשה לסעד זמני.

פרשת רוט היא שתעמוד במרכז מאמר זה. בפתח הדברים יוצגו עיקריה של פרשה זו. בפרק ב למאמר אדון בהנמקה העומדת בבסיס פסק הדין בפרשת רוט, ואבקש לטעון כי אין לה מקום בנסיבות הדומות לאלה של פרשת רוט, ועל כן גם המסקנה המשפטית שנתקבלה בפרשה זו ראויה לעיון מחדש. בפרק ג אטען כי במסגרת פרשת רוט לא ניתנה כל התייחסות לפסיקה רלוונטית אשר עוסקת במטריה דומה של הענקת סעד זמני לתמיכה בהליכי בורות המתנהלים מחוץ לישראל (שבמסגרתה נקבעה על ידי בית המשפט העליון הלכה משפטית הפוכה). בפרק ד יידון פסק הדין בפרשת קציב,<sup>17</sup> אשר במסגרתו נתקבלה טענת "פורום לא נאות" (*forum non conveniens*)<sup>18</sup> ועוכב על ידי בית המשפט העליון דיון בתביעה שהוגשה בישראל. עוד נקבע בפרשה זו כי הסעד הזמני שניתן על ידי בית המשפט המחוזי ייוותר בעינו במהלך ניהול התובענה העתידה להיות מוגשת ברוסיה. כפי שאבקש להראות, הגשת התביעה באותה פרשה דווקא בישראל הייתה ככל הנראה במידה רבה תולדה של המצב המשפטי שנוצר בעקבות פרשת רוט. עוד אטען כי פרשת קציב היא כרסום מסוים, אך חלקי בלבד, במגבלות שהוטלו בעקבות פרשת רוט על בעל דין המבקש סעד זמני בעוד התביעה העיקרית מתנהלת מחוץ לישראל.

15 תקנה 370(2) לתקנות סדר הדין מוסיפה וקובעת כי סעד זמני יפקע "אם הצו הזמני ניתן לפני הגשת התובענה והמבקש לא הגיש לבית המשפט את התובענה במועד, כאמור בתקנה 363(א)".

16 פ"ד מה(3) 45 (1991).

17 רע"א 10250/08 קציב נ' ZAO RAIFFEISENBANK (תאגיד זר) (פורסם בנבו, 18.3.2010).

18 על פי דוקטרינת "הפורום הלא נאות" (*forum non conveniens*), בית משפט המוסמך לדון בתביעה מסוימת רשאי שלא לדון בה אם קיים פורום זר חלופי המתאים יותר לבירור התובענה. השאלה אם אכן קיים "פורום טבעי" יותר לבירור התובענה מוכרעת על ידי בתי המשפט בישראל תוך שימוש במבחן מרב הזיקות שיש לצדדים ולסכסוך. לדיון מפורט בדוקטרינה זו ובשיקולים הנשקלים במסגרתה ראו עידו באום "חופשה בטורקיה, תביעה בישראל: שיקולים ציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות" משפטים מב 309 (2012).

פרק ה יוקדש לדיון בשיקולי המדיניות השונים המונחים על כפות המאזניים בכל הנוגע לחסרונות וליתרונות הנובעים מהכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל להעניק סעד זמני בעוד ההליך העיקרי מתנהל בפני בית משפט זר. כפי שאבקש לטעון, החשיבות הרבה העומדת בבסיסו של מנגנון הסעדים הזמניים מחייבת הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני גם, ואולי במיוחד, בנסיבות דוגמת אלה, וממילא יש לעיין מחדש בפסק הדין בפרשת רוט. במסגרת פרק זה אף תיבחן השאלה אם האפשרות לאכוף החלטה של בית המשפט הזר בנושא סעדים זמניים, אשר לא ברור כלל אם קיימת כזאת בדיון הישראלי המצוי כיום, משנה ממסקנתי זו. בהמשך אעבור בפרק ו להראות כי גם התאוריות המרכזיות בנוגע להיקף סמכות השיפוט של בתי המשפט בעולם מצדיקות (ומכל מקום, אינן שוללות) הקניית סמכות זו. עם זאת אבקש לטעון כי עקב קיומם של שיקולי מדיניות סותרים ונוכח הקשיים העשויים להתעורר מהקניית סמכות כאמור, ראוי לקבוע אמות מידה מנחות גמישות יחסית להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט בישראל בנדון. לאור האמור, בפרק ז יוצע מתווה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בנושא זה תוך התייחסות לקשיים אלה. כפי שאבקש להציע, הגמישות הדרושה להפעלת הסמכות האמורה תושג באמצעות יצירת תת-דוקטרינה של "פורום לא נאות", המיועדת לבחון את התאמתו של הפורום הישראלי לדיון בהליך הסעד הזמני בלבד (ולא בתביעה כולה). במסגרת פרק זה אף יוצעו פתרונות פרשניים המבוססים בחלקם על תקנה 363(א) לתקנות סדר הדין, ואשר לפיהם כבר קיימת במצב המשפטי כיום אפשרות להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לשם סיוע להליך המתנהל מחוץ לגבולותיה, וזאת ללא כל צורך בתיקון חקיקתי בנדון.

## א. הדין המצוי – פרשת רוט

נקודת המוצא לדיוננו מצויה בפסק דינו של בית המשפט העליון (השופט ש' לוי) בפרשת רוט, אשר ראה אור בשנת 1991. באותה פרשה ניתן במדינת ניו יורק פסק דין המחייב את אחד המבקשים לשלם למשיבה סכום מסוים. עוד טרם סיום הליכי הערעור במדינת ניו יורק עתרה המשיבה לבית המשפט בישראל לקבלת סעד זמני בדמות מינוי באי כוחה ככונסי נכסים זמניים על נכסים בבעלותו של מבקש זה.<sup>19</sup> בהליך אחר נתבקש צו מניעה זמני האוסר על המבקשים לעשות כל דיספוזיציה בנכסים האמורים. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשות אלה.<sup>20</sup>

19 המשיבה אף עתרה למינוי באי כוחה ככונסי נכסים קבועים על נכסי המבקשים.

20 מינוי בא כוח המשיבה ככונס נכסים זמני נעשה, על פי החלטת בית המשפט המחוזי, עד לסיום ההליכים בבקשת המשיבה למינוי בא כוחה ככונס נכסים על אותם הנכסים.

בפסק דינו הפך בית המשפט העליון על פיהן את החלטות בית המשפט המחוזי בהסתמכו על ההלכה שלפיה ככלל אין נותנים לבעל דין סעד זמני אלא בגדר תובענה שהוגשה. משלא העמידה המשיבה נגד המבקשים תביעה עיקרית בישראל המגלה עילה, לא הייתה יכולה לזכות בסעד זמני כלשהו:

מושכל ראשון הוא, שאין נותנים לבעל דין סעד זמני אלא בגדר תובענה שהוגשה, המגלה עילה; לפיכך, רק במקרים מיוחדים רשאי בית המשפט ליתן לבעל-דין סעד זמני לפני הגשת התובענה על יסוד סמכותו הטבועה, והוא – רק על-תנאי שתוגש תובענה תוך זמן קצר [...] המשיבה לא העמידה כנגד המבקשים הליך עיקרי המגלה עילה, וממילא לא היה ניתן לקבל בגדר ההליך שהגישו [צ"ל שהגישה – נ"ז] סעדים זמניים כלשהם.<sup>21</sup>

דומה כי בית המשפט בפרשת רוט היה מודע לקושי הנובע מפסק דינו. לפיכך מצא הוא לציין כי המשיבה הייתה יכולה לתבוע את המבקשים בישראל על פי עסקת היסוד שבגינה הוגשה תביעתה במדינת ניו יורק, ובגדר תובענה זו לעתור למתן הסעד הזמני המתאים.<sup>22</sup> ואולם, על אף האמור השורה התחתונה העולה מפרשת רוט היא חד-משמעית – בתי המשפט בישראל אינם מוסמכים להיעתר לבקשה לסעד זמני שעה שהתובענה העיקרית הוגשה במדינה זרה, וזאת בשל אי-קיומו של הליך עיקרי בישראל. מאז מתן פסק הדין בפרשת רוט לא נהפך הוא בפסק דין אחר של בית המשפט העליון.<sup>23</sup> אולם

21 פרשת רוט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 48–49.

22 יצוין כי על אף האמור, בהסכמת המבקשים בפרשת רוט, שם, נעתר בית המשפט באופן חלקי לבקשה למתן הסעד הזמני.

23 בספרה בוררות – דין ונוהל כרך א 725 (מהדורה רביעית, 2005), מציינת המלומדת סמדר אוטולנגי, כי פסק הדין בפרשת רוט, לעיל ה"ש 16, נהפך במסגרת פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 447/92 רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפריישן, פ"ד מט(2) 102 (1995) (להלן: פרשת רוט השנייה), ולא היא. במסגרת פסק הדין בפרשת רוט השנייה נדונה בקשה למינוי כונס נכסים קבוע, להבדיל מכונס נכסים זמני. זאת ועוד, במסגרת פסק הדין האמור אף הוגשה תביעה, שהייתה תלויה ועומדת, לאכיפתו של פסק-החוקן שהושג. משהיה הסעד המבוקש בפרשת רוט השנייה סעד קבוע, ומשנסמך הוא בלאו הכי על הליך עיקרי המתנהל בפני בית המשפט בישראל, ברור כי פסק הדין בפרשת רוט השנייה אין בו כדי לשנות מהכרעתו של בית המשפט העליון בפרשת רוט. על אי-הפיכתו של פסק הדין בפרשת רוט אפשר ללמוד מפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים, שיפורטו להלן, שבמסגרתם לא צוין כי פסק הדין בפרשת רוט נהפך במסגרת פסק דין עוקב אחר כלשהו של בית המשפט העליון. עוד ראוי לציין כי במסגרת רע"א 4856/10 התכוף בע"מ נ' בנק אגוד לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.7.2010) (להלן: פרשת התכוף) דן בית המשפט העליון בבקשה למתן סעד ארעי למניעת חילוטן של ערבויות בנקאיות, עד להכרעתו של בית משפט בפרו בבקשה לסעד זמני בנושא זה, וזאת שעה שהתביעה העיקרית באותה פרשה נדונה במסגרת הליכי



האם בעצם הנחתו שאי אפשר היה להעניק סעד זמני בגלל אי-קיומו של הליך עיקרי המתנהל בישראל עומד פסק הדין בפרשת רוט על בסיס איתן? לטעמי, התשובה לכך שלילית.

## ב. פרשת רוט – התבססות על הלכה בלתי רלוונטית

פסק הדין בפרשת רוט מבוסס על ההלכה שלפיה ככלל בית משפט לא ייעתר לבקשה לסעד זמני אם אין בפניו תובענה עיקרית שבמסגרתה הוגשה בקשה זו.<sup>24</sup> הלכה זו כוללת חריג המאפשר לבית המשפט לסטות מכלל זה במקרים מיוחדים בלבד, וגם זאת בתנאי שהתובענה העיקרית תוגש תוך פרק זמן קצר ממועד מתן הסעד הזמני.<sup>25</sup> ההלכה, אשר נפסקה לראשונה בשנת 1951, כ-40 שנים קודם לפרשת רוט, במסגרת ע"א 49/51 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים העברים בארץ-ישראל נ' פישר,<sup>26</sup> מעוגנת החל משנת 2001 בתקנות 362(א) ו-363(א) שנזכרו לעיל.<sup>27</sup> ברם כפי שיפורט בפרק זה,

בוררות בפרו. השופט נאור מציינת כי "בקשת המבקשת לכך כי יינתן סעד זמני מאת בית המשפט בישראל, שעה שהעניין נדון בפני בית משפט זר, מעוררת על פניה שאלות של סמכות ושל שיקול דעת", והיא מפנה לפסק הדין בפרשת רוט ולפסקי דין נוספים, שאליהם אתייחס בהמשך. עם זאת בפרשת התכוף לא נדרש בית המשפט לתוקפו של פסק הדין בפרשת רוט מכיוון שהסעד המבוקש באותה פרשה היה ארעי בלבד, עד לדיון בבקשה לסעד זמני בפני בית המשפט בפרו (כפי שיפורט להלן, לכאורה די היה גם בכך כי התביעה העיקרית באותה פרשה נוהלה בהליכי בוררות, להבדיל מאשר בפני בית משפט זר, כדי למנוע מבית המשפט את הצורך להיזקק לפרשת רוט). עם זאת יושם אל לב כי במסגרת פרשת התכוף אין כל אינדיקציה להפיכתו של פסק הדין בפרשת רוט על ידי פסק דין אחר של בית המשפט העליון (ואף לא נאמר שם כי פסק דין זה נהפך בפרשת רוט השנייה).

24 פרשת רוט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 48.

25 ראו לעניין הלכה זו ע"א 22/73 ברדה שבטא חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' מאירסון, פ"ד כז(2) 604 (1973).

26 פ"ד ה 1406 (1951).

27 תקנות אלה הותקנו במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 6), התשס"א-2001, ק"ת 6119. דומה כי התקנתן של תקנות אלה לא הביאה לשינוי מהותי במצב המשפטי, הן בנוגע לאפשרות המוגבלת הקיימת לזכות בסעד זמני עוד טרם הגשת תובענה, והן באשר למגבלת הזמן להגשת תובענה במקרה שבו ניתן סעד זמני טרם הגשתה. אמנם תקנה 363(א) אינה מגבילה עצמה למקרים מיוחדים (לעומת זאת בהלכת פישר, לעיל ה"ש 26, נקבע כי רק במקרים מיוחדים יהיה אפשר לזכות בסעד זמני עוד טרם הגשת התובענה). זאת ועוד, בניגוד להלכת פישר, במסגרת תקנה זו נקבע פרק זמן מוגדר בן שבעה ימים להגשת תובענה במקרה שבו ניתן סעד זמני טרם הגשתה תוך שמתאפשר לבית המשפט לקבוע גם מועד אחר "מטעמים מיוחדים". עם זאת אין חולק כי עיקריה של הלכת פישר, המונעים מתן סעד זמני טרם הגשת תביעה, עודם שרירים וקיימים, אף לפי תקנה 363(א) (בשילוב עם תקנה 362(א), שהובאה לעיל בה"ש 14).

עמידה על תכליתה של הלכת פישר מעלה כי לא היה מקום להתבסס עליה בנסיבותיה של פרשת רוט.<sup>28</sup>

התכלית העומדת מאחורי חובת קיומה של תביעה עיקרית תלויה ועומדת לשם קבלת סעד זמני, על פי הלכת פישר,<sup>29</sup> היא להבטיח כי הסעד שניתן לבעל הדין הוא אכן זמני בלבד, להבדיל מסעד סופי. כאמור, על פי הגדרתו, סעד זמני נועד להבטיח בין היתר את אפשרות הביצוע של פסק הדין, לכשיינתן. במצב שבו אין כל תביעה עיקרית תלויה ועומדת בפני בית המשפט, אי אפשר לומר כי הסעד הזמני מיועד להבטיח את ביצועו של פסק דין פרוספקטיבי מסוים. במצב זה אילו ניתן סעד זמני, הרי שהוא היה הופך למעשה למעין סעד סופי, שכן אין הליך משפטי שעם תומו ייקבע גורלו של הסעד הזמני.<sup>30</sup> הבעייתיות במצב זה ברורה, שהרי סעד סופי, בניגוד לסעד זמני, משקף קיומה של זכות מהותית (להבדיל מדיונית בלבד) אשר הוכרעה על ידי בית המשפט בתום הליך משפטי שלם.<sup>31</sup> מתן סעד זמני שלא במסגרת תביעה עיקרית תלויה ועומדת עשוי להביא, אפוא, לידי זכיתו של מבקש הסעד הזמני בזכות זו על חשבון בעל הדין שכנגד חרף אי-קיומו של הליך משפטי שבמסגרתו נתבררו טענות הצדדים וזכויותיהם המהותיות עד תום. עוד יוער כי תכלית נוספת של הלכת פישר נוגעת לקיומו של חשש שלפיו תובע פוטנציאלי יגיש בקשה לסעד זמני. אם יזכה בסעד זה, ימשיך בהליכים המשפטיים, אך אם לא יזכה

28 יוער כי בעצם התבססותו של בית המשפט על הלכת פישר, לעיל ה"ש 26, מובלעת ההנחה שלפיה תובענה עיקרית המתנהלת מחוץ לישראל אינה נחשבת לתובענה תלויה ועומדת לעניין הלכת פישר (שהיא נאי הכרחי לשם קבלת סעד זמני). עת ניתן פסק הדין בפרשת רוט, לעיל ה"ש 16, דומה כי לא הייתה כל חובה לפרשנות שלפיה קיומה של תובענה עיקרית מחוץ לישראל אינו תובענה תלויה ועומדת, ככל שהדברים נוגעים להלכת פישר. משכך, פתוחה הייתה הדרך בפני בית המשפט להגיע לתוצאה משפטית אחרת על סמך הדין הרצוי. עם זאת, כאמור לעיל בה"ש 14, בהתחשב בהגדרת המונחים "תובענה" ו"בית משפט" בתקנות סדר הדין, ספק רב אם אפשר לראות בתביעה המוגשת לבית משפט מחוץ לישראל "תובענה" בנוסח הנוכחי של התקנות.

29 תכלית זו עומדת כיום גם בבסיס תקנות 362(א) ו-363(א), אך לשם הנוחות נבחן את הדברים לאור הלכת פישר, שהייתה קיימת במועד מתן פסק הדין בפרשת רוט, לעיל ה"ש 16.

30 דברים דומים נקבעו בפסיקה הישראלית אף באשר למצב שבו אמנם הוגשה תובענה עיקרית, אך הסעד הזמני המבוקש בגדרה אינו משרת את הסעד הסופי המבוקש בה. לעניין זה ראו למשל ע"א 3603/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ, פ"ד מט(5) 423 (1996) (שם, בעמ' 426, נקבע כי "המבחן שעלינו להעמיד לעניין זה הוא המבחן כדלקמן: נניח שהתובע יזכה בתובענה, מה יהיה במקרה זה פועלו של הצד הזמני אשר ניתן? לפיכך אין בית המשפט נוטה, בדרך כלל, ליתן לתובע שתבע סעד הצהרתי סעד זמני של צר-מניעה, שהרי עם מתן פסק הדין, יישאר, בדרך כלל, הסעד הזמני תלוי על בלימה".)

31 בנושא ההבחנה בין סעד זמני לבין סעד קבוע ראו משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה כרך ב 801–802 (מהדורה 15, 2007). עוד ראו, Paul Mitchell, *The Mareva Injunction in Aid of Foreign Proceedings*, 34 OSGOODE HALL L.J. 741, 745–746 (1997).

בו, יימנע מלהגיש את התביעה או ינסה להגישה לבית משפט אחר.<sup>32</sup> הלכת פישר מנעה את האפשרות של תובע פוטנציאלי "למשש את הדופק" של בית המשפט, בחייבה אותו להגיש תביעה עיקרית, ובכך תרמה להגינות הדיונית.

כאמור, על פי הלכת פישר, קיים חריג לכלל האמור החל במקרים מיוחדים, ובתנאי שתוגש תביעה עיקרית לבית המשפט תוך פרק זמן קצר. חריג זה נובע מהרצון ליתן שהות לתובע, הנדרשת בנסיבות מסוימות לצורך הכנת תביעתו, כמו גם לשם איתור מסמכים, נתונים ומידע שעליהם היא מבוססת.<sup>33</sup> מתן אפשרות לתובע לזכות בסעד זמני טרם הגשת התובענה מאפשר לו בנסיבות מסוימות שהות נוספת להכנתה והגשתה מבלי לחשוש שהוא "יאחר את הרכבת", ותובענתו העתידית תסוכל על ידי שינוי הסטטוס קוו בזמן הכנת התובענה (וטרם הגשתה).<sup>34</sup> צדו השני של המטבע הוא מגבלת הזמן הקבועה בהלכת פישר להגשת התביעה העיקרית, אשר תכליתה היא למנוע מהתובע לזכות בהארכת זמן ארוכה מזו הדרושה לו להכנת התובענה והגשתה.<sup>35</sup>

מפירוט התכליות לעיל עולה כי אין להחיל את הלכת פישר על מקרה שבו מנהל בעל דין הליכים במדינה זרה ומבקש לזכות בסעד זמני בישראל כפי שהיה בפרשת רוט. בניגוד לחשש שעליו מבוססת הלכת פישר, במקרה שכזה אין לומר כי הסעד הזמני עשוי להפוך לסעד קבוע או סופי בשל אי-קיומו כביכול של פסק דין עתידי, שאת ביצועו מיועד הסעד הזמני להבטיח. שהרי משיינתן פסק הדין בפורום הזר, עשוי הסעד הזמני בישראל לסייע להבטחת ביצועו של פסק הדין הזר בישראל (בין היתר במסגרת הליכי אכיפה מכוח חוק אכיפת פסקי-חוק). זאת ועוד, הבקשה למתן סעד זמני אף אין בה, על פני הדברים, משום ניסיון "למשש את הדופק השיפוטי", שכן בין הצדדים מתנהל הליך משפטי לבירור טענותיהם בפורום הזר, ועל כן הבקשה לסעד זמני אינה בבחינת ניסיון של בעל דין לבחון את סיכויי תביעתו בפורום הישראלי.<sup>36</sup>

32 ראו פרשת מאירסון, לעיל ה"ש 25, בעמ' 608. עוד ראו לעניין זה תקנה 7 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, ק"ת 6579 (להלן: תקנות האגרות), המחייבת בעל דין המבקש סעד זמני או צו לפני הגשת תובענה לשלם כבר במועד הגשת הבקשה את האגרה בעד התובענה, לפי סכום התובענה ומהותה (ובכך מביאה למצב שבו מבחינת תשלום האגרות נמצא בעל דין זה באותו מצב שבו היה אילו הגיש תביעתו באותו מועד).

33 ראו למשל רע"א 1686/05 בלקור מוצרי צריכה בע"מ נ' עו"ד חכים, מנהל מיוחד לחברה אי.סי.אם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 1.6.2005).

34 ראו לעניין זה את הדוגמאות המובאות בהלכת פישר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1410.

35 תכלית נוספת עניינה הוא זה: ככל שזכה התובע בסעד זמני, האינטרס שלו הוא על דרך הכלל לדחות את מועד הגשת התביעה, מכיוון שעניינו מובטח על ידי אותו סעד זמני, וקיים בידו מנוף לחצים נגד הנתבע. אף בכך אפשר לראות תכלית העומדת מאחורי קביעתה של מגבלת הזמן בהלכת פישר.

36 מקרה מעניין עשוי להתעורר במקרה שבו התובע המנהל תביעה עיקרית מחוץ לישראל יזכה בסעד זמני בישראל, ובעקבות זאת יבקש למחוק את תביעתו מחוץ לארץ ולהגיש תביעתו בישראל. במקרה שכזה עשויה פעולה זו להיחשב "Forum Shopping", דבר העלול להביא לסילוק תביעתו על הסף.

אם בכך אין די, הרי שאף גבולותיו הצרים של החרגי הקיים בהלכת פישר, ואשר מחייב תובע להגיש תביעתו בפרק זמן של ימים ספורים בלבד ממועד מתן הסעד הזמני, הם מצומצמים יתר על המידה במצב שבו כבר מתנהלת תביעה מחוץ לישראל. חריג זה מבוסס כזכור על הרצון להקנות לתובע אפשרות לזכות בשהות קצרה להכנת תביעתו מבלי שיחול שינוי במצב הדברים בשטח. אולם במקרה דומה לזה שבפרשת רוט, אין התובע זקוק לכל שהות להגשת התובענה, שכן זו כבר תלויה, עומדת ומתנהלת בפני בית משפט זר.<sup>37</sup> אי-הגשת התביעה בישראל אינה נובעת אפוא מהצורך של בעל הדין בשהות להכנתה של התביעה אלא מרצונו של זה להימנע מכפל הליכים (בשל קיומו של הליך תלוי ועומד מחוץ לישראל), ואולי אף מחששו כי הגשת התביעה בפורום הישראלי תביא לעיכוב אחד ההליכים, אם בפורום הזר ואם בישראל, על פי הדוקטרינה בדבר "הליך תלוי ועומד" (*lis alibi pendens*).<sup>38</sup>

נוכח האמור אפוא לא היה מקום להתבסס על הלכת פישר כדי לקבוע כי בית המשפט בישראל מוסמך ליתן סעד זמני אך במסגרת הליך עיקרי המתנהל במדינה. מכאן נובע כי ההנמקה אשר עליה הושתת פסק הדין בפרשת רוט אינה יכולה לעמוד. ואולם, בכך אין מסתיימת הבעייתיות הטמונה בהכרעה המשפטית בפרשת רוט. כוונתי היא לבעייתיות הקיימת באופן שבו פסק הדין בפרשת רוט עולה בקנה אחד (או ליתר דיוק אינו עולה בקנה אחד) עם המטריה הנורמטיבית הקרובה אליו בנושא הענקת סעד זמני על ידי בית משפט בישראל בעוד מתנהלים הליכי בוררות (להבדיל מהליכים בפני בית משפט) מחוץ לישראל. לכך נעבור עתה.

### ג. פרשת רוט – אי-התבססות על הלכה רלוונטית

בחינת אופן השתלבותה של פרשת רוט בסביבה המשפטית הקרובה לה מחייבת לחזור במנהרת הזמן לשנת 1988, שלוש שנים טרם מתן פסק דין זה. בשנה זו ניתן על ידי בית המשפט העליון (השופט אריאל) פסק הדין ברע"א 102/88 מעדני אווז הכסף בע"מ נ'

37 עם זאת ייתכן מקרה שבו יתבקש בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני עובר להגשת תביעה עתידית מחוץ לישראל, כמפורט להלן בפרק 3.ז.

38 על פי דוקטרינה זו, מקום שמוגשים שני הליכים אשר במסגרתם עומדת לדין אותה שאלה מהותית, רשאי בית המשפט להורות על עיכוב הדיון באחד ההליכים עד למתן הכרעה בהליך השני. הרציונל שבבסיס דוקטרינה זו הוא בין היתר מניעת דיון כפול באותה שאלה מהותית, אשר יביא להכבדה מיותרת על היריב ולהטרדה של בית המשפט, ואף עלול להניב פסיקות סותרות. לעניין זה ראו ע"א 9/75 אל-עוקבי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כט(2) 483, 477 (1975); המ' 280/57 חכמוב נ' שמידט, פ"ד יב(1) 65, 59 (1958); ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב(5) 817, 832–833 (1998). לתחולתה של דוקטרינה זו גם כאשר ההליך הנוסף מתנהל בבית משפט זר ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 400/02 סמט נ' רוט (פורסם בנבו, 7.11.2002).

39. cent or s.a.r.l באותה פרשה נדונה השאלה אם בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לשם הבטחת תוצאתם הסופית של הליכי בוררות המתנהלים מחוץ לישראל. בית המשפט העליון קבע כי קיימת סמכות כאמור. קביעתו זו התבססה על ארבעה טעמים מרכזיים: 40

ראשית, בית המשפט ציין כי על אף הנטייה הקיימת לכבד את תניית הבוררות, הרי שאין בה כדי להפקיע את סמכותו של בית המשפט בישראל לדון בתביעה אילו הוגשה אליו. לאור האמור נפסק, כי אם יכול בית המשפט בישראל להעתיק את הדיון כולו לארץ, הדבר מחייב כי בית המשפט רשאי אף ליתן סעד זמני, בהשאירו את הדיון לגופו של עניין לטריבונל הקבוע בחוזה; 41

שנית, נקבע כי אילו הייתה המשיבה בוחרת להגיש את תביעתה בישראל תוך הפרת תניית הבוררות אף היה לאל ידה לבקש מבית המשפט בישראל להעניק לה בגדרי הליך זה סעד זמני. אף אם הצד שכנגד היה מגיש בקשה לעיכוב ההליכים בישראל בשל קיומה של תניית הבוררות, גם אז מיניה וביה היה בית המשפט יכול לדון בהענקת הסעד הזמני המתאים טרם העברת הדיון לבוררות. לאור האמור נקבע כי אין להרע את מצבו של בעל דין המבקש לפעול על פי תנאיו של הסכם הכולל תניית בוררות-חוץ לעומת מי שמפר אותו ומגיש את תביעתו לבית משפט בישראל. כפי שהאחרון יכול לעתור לקבלת סעד זמני, רשאי גם הראשון;

שלישית, בית המשפט מציין כי החלטתו אינה בבחינת התערבות בסמכות הבורר, ואין בה אף כדי להיות "פגיעה במשפט הבינלאומי הפרטי", מכיוון שמדובר בהחלטה שאינה חלק מהדיון המשפטי לגופו של עניין, וכל מטרתה היא להקל את ביצוע פסק הדין, לכשיינתן;

רביעית, לגישתו של בית המשפט בפרשת אווז הכסף, קיים ביסוס פוזיטיבי בחוק הבוררות לקיומה של סמכות כזו בידיו, בהתחשב בהוראות סעיף 39א לחוק זה, שבמסגרתו נקבע:

אין בהוראות חוק זה כדי למנוע עיכוב ההליכים בבית המשפט, אישור או ביטול של פסק בוררות או הליך אחר על פי חוק זה, אף אם חל על הבוררות דין חוץ, או שפסק הבוררות הוא פסק בוררות-חוץ, שלא חלה

39 פ"ד מב(3) 201 (1988) (להלן: פרשת אווז הכסף).

40 חיזוק לעמדתו זו מצא בית המשפט העליון אף בטעמים החורגים מנושא מאמר זה, ובכלל זה בניסיונותיה של המבקשת להימנע מניהול הליכי הבוררות. עוד יצוין כי בסופו של פסק הדין צוין כי הוא "דן רק בשאלת העיקול הזמני ולא בסעדים האחרים המנויים בסעיף 16(א) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, ס"ח 184, וזאת מבלי לפרט מדוע התוצאה המשפטית עשויה להיות אחרת בנוגע לסעדים אלה.

41 מעניין כי בעשותו כן מסתמך בית המשפט על פסיקה העוסקת בסמכותו של בית המשפט לדון בהליכים על אף קיומה של תניית שיפוט המפנה לבית משפט זר (להבדיל מתניית בוררות).

עליהם אמנה כאמור בסעיפים 6 או 29 או שאין באמנה הוראות בענין הנדון.

בית המשפט קבע כי מדובר בהוראה ספציפית העונה לשאלה שלפניו, וכי הסעד המבוקש בדמות עיקול הוא "הליך אחר", לעניין סעיף 39 המובא לעיל. התוצאה המתקבלת מהשוואת פסקי הדין בפרשת רוט ובפרשת אווז הכסף היא כי כאשר תביעה עיקרית מתבררת בהליכי בוררות מחוץ לישראל, מוסמך בית המשפט בישראל להעניק לבעל דין סעד זמני, אך לא אם זו מתנהלת בפני בית משפט זר. אולם לטעמי בחינת הנימוקים העומדים בבסיס פרשת אווז הכסף מעלה כי אין כל סיבה להבחנה בין שני מצבים אלה.

הנימוק הראשון שבנימוקים דלעיל אינו מצדיק הבחנה זו. כפי שתניית הבוררות אינה מפקיעה את סמכותו של בית המשפט בישראל לדון בתביעה העיקרית, גם ניהול ההליכים בבית משפט זר אין בו כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט בישראל לדון בתובענה, אילו הוגשה אליו.<sup>42</sup> שהרי על פי הדוקטרינה בדבר "הליך תלוי ועומד", קיימת לבית המשפט בישראל סמכות כזו אף אם מתנהלת בד בבד תובענה מחוץ לישראל. הימנעותו של בית המשפט בישראל מלדון בתובענה זו אינה נובעת מחוסר סמכותו כי אם מרצונו למנוע כפל הליכים, על כל המשתמע מכך.<sup>43</sup> זאת ועוד, אף במקרה של תניית שיפוט זר בהסכם בין הצדדים, המפנה את הצדדים לבית משפט מחוץ לישראל, אין כל מניעה כי בית המשפט בישראל ירכוש סמכות על התביעה. הימנעותו של בית המשפט בישראל מלדון בתביעות שבהן קיימת בין הצדדים תניית שיפוט זר, אינה נובעת מחוסר סמכותו כי אם מכיבודו את רצון הצדדים ומתוך כוונה שלא לסייע לאחד הצדדים בהפרת חוזה.<sup>44</sup>

אף הנימוק השני שניתן בפרשת אווז הכסף אינו מצדיק הבחנה זו. רצונו של בית המשפט שלא ליתן לחוטא (מפר תניית בוררות) לצאת נשכר לעומת רעהו (הפועל על פיה) אמור לחול אף במקרה של תניית שיפוט המפנה צדדים לבית משפט זר. כאמור, קיומה של תניית שיפוט זר אינו שולל את סמכותו של בית המשפט בישראל לדון במחלוקת, ועל כן אם נלך בדרך הילוכו של בית המשפט בפרשת אווז הכסף, תובע המפר את תניית השיפוט הזר ומגיש תביעתו בישראל יכול לבקש במסגרת זו סעד זמני. האם אין חובה עלינו למנוע קיום יתרון בידיו של בעל דין המפר חוזה – בהגישו תביעה

42 רע"א 851/99 הנאמנים בפשיטת רגל של ABC Containerline N.N. נ' Depyepere, פ"ד נו(1) 809, 800 (2003).

43 ראו למשל פרשת אל-עוקבי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 483.

44 ראו למשל רע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah Servicos de Saude S/C Ltda., פ"ד נו(5) 419, 414 (2003) (להלן: פרשת אלביט).

בישראל בניגוד לתניית שיפוט זר – ואשר יוכל לזכות בסעד זמני, ביחס לבעל דין הפועל על פי הוראות החוזה?<sup>45</sup>

יתר על כן, אף הנימוק השלישי המובא בפרשת אווז הכסף אינו מאפשר להבין מדוע יש ליצור הבחנה בין הליכי בוררות-חוץ להליכים שבפני בית משפט מחוץ לישראל, שכן קביעת בית המשפט בפרשת אווז הכסף שלפיה אין לראות במתן הסעד הזמני משום התערבות בסמכותו של הבורר הזר, משום שההחלטה בנדון אינה חלק מהדיון המשפטי לגופו של עניין, צריכה לכאורה להיות יפה באותה מידה גם לאי-התערבות בסמכותו של בית המשפט הזר בעצם הענקת סעד זמני על ידי בית משפט בישראל.<sup>46</sup>

ולבסוף, אף הנימוק הרביעי שניתן בפרשת אווז הכסף, היחיד העוסק בהוראות חוק הבוררות עצמן, אינו יכול להיות הצדקה להבחנה אפשרית בין סוגי ההליכים. במסגרת נימוק זה הפנה בית המשפט העליון כזכור להוראותיו של סעיף 39 לחוק הבוררות כמקור הסמכה למתן סעד זמני לשם סיוע להליכי בוררות-חוץ. יישומו של הסעיף האמור לעניין זה נעשה ללא עמידה על תכליתו אלא על סמך פרשנות לשונית גרידא, שלפיה סעד זמני הוא "הליך אחר", ואשר על כן, כך נקבע, אין בניהול הליכי הבוררות מחוץ לישראל כדי למנוע מבית המשפט לתתו, לפי האמור בסעיף 39 לחוק. על פני הדברים הנימוק האמור הוא פוזיטיבי בלבד, ואין בו כל התייחסות לשאלת הדין הראוי ולמכלול השיקולים הנורמטיביים בסוגיה זו. משכך, ככל שקיים בסיס פוזיטיבי לסמכותו של בית המשפט בישראל להעניק סעד זמני אף במקרה שבו התביעה העיקרית מתנהלת בבית משפט זר (כפי שאבקש לטעון בהמשך מאמר זה), הרי שאין בנימוק האמור כדי להצדיק את ההבחנה בין שני סוגי ההליכים.

ואולם, ראוי להרחיב את הדיון בנימוק הרביעי ובסעיף 39 הנזכרים לעיל, שכן אפשר ללמוד מהם רבות על האופן שבו שני "השחקנים" העיקריים – בית המשפט והמחוקק – האמורים למלא תפקיד מרכזי בהסדרת סוגיית הסעדים הזמניים בהליכים חוצי גבולות תופסים וממלאים תפקידם זה.

מנקודת מבטו של בית המשפט העליון, התבססותו בפרשת אווז הכסף על לשונו של סעיף 39 מעידה כי אין צורך בהסמכה מפורשת וחד-משמעית על ידי המחוקק כדי

45 יצוין כי עד עתה יצאנו מנקודת הנחה שלפיה הנימוקים המובאים בפרשת אווז הכסף, לעיל ה"ש 39, יש בהם כדי להצדיק את תוצאתו המשפטית של פסק דין זה. אולם אפשר לטעון כי חלק מהנימוקים דלעיל אינם כה משכנעים. למשל, הנימוק השני המובא יוצא מנקודת הנחה שלפיה בית המשפט בישראל יעניק סעד זמני לבעל דין המפר תניית בוררות, בהגישו תביעתו לבית המשפט בישראל. ואולם, הנחה זו אינה בהכרח מתבקשת, בעיקר בשים לב לחשיבותו ההולכת וגדלה של עקרון תום הלב במערכת המשפט הישראלית. בהתחשב בהפרת תניית הבוררות ייתכן כי בית המשפט היה רואה בהגשת התביעה בישראל משום שימוש לרעה בהליכי משפט, ועל כן היה מחליט לדחות בקשתו של הצד המפר.

46 יוער כי אף הנימוק השלישי, אשר יוצא מנקודת הנחה שלפיה מתן סעד זמני אינו בבחינת התערבות בתחומיה של טריטוריה שיפוטית אחרת, מעורר שאלות, כפי שיפורט להלן בפרק ה.2.

להכיר בסמכותם של בתי המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד ההליכים המשפטיים מתנהלים מחוצה לה. סעיף 39א לחוק הבוררות דן בסמכותו של בית המשפט לנקוט כל "הליך אחר". סעיף 39א לחוק הבוררות אינו דן מפורשות בסמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני. אין מדובר אפוא בהסמכה מפורשת של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לשם הליכי בוררות-חוץ. זאת ועוד, קביעת סמכותו של בית המשפט בפרשת אווז הכסף התבססה על קביעתו של סעיף 39א כי סמכותו של בית המשפט לנקוט כל "הליך אחר" לפי חוק הבוררות אינה נשללת לגבי "פסק בוררות-חוץ".<sup>47</sup> "פסק בוררות-חוץ" מוגדר בסעיף 1 לחוק הבוררות כפסק בוררות שניתן מחוץ לישראל. אם כך הדבר, עמידה דווקנית על לשון החוק הייתה עשויה להוביל למסקנה שאפשרות השימוש בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לפי חוק הבוררות קמה רק לאחר מתן פסק הבוררות מחוץ לישראל.<sup>48</sup> הנה כי כן – פרשת אווז הכסף עשויה להעיד על נכונות מצדו של בית המשפט העליון ליתן פרשנות גמישה להוראות החוק כדי להכיר בסמכותם של בתי המשפט בישראל ליתן סעד זמני לשם סיוע להליכים המתנהלים מחוץ לישראל, ולכל הפחות אפשר ללמוד ממנה כי אין צורך בהסמכה מפורשת וחד-משמעית כדי להכיר בסמכות זו.

כאמור, סעיף 39א עשוי ללמד אף על האופן שבו המחוקק תופס את תפקידו בסוגיה מושא הדין וממלאו. כדי להבין טענה זו יש לבחון את התכלית וההיסטוריה החקיקתית העומדות בבסיסו של סעיף 39א (דבר שלא נעשה על ידי בית המשפט בפרשת אווז הכסף). סעיף 39א האמור הוכנס לחוק בגרמי חוק הבוררות (תיקון), התשל"ד–1974.<sup>49</sup> כפי שעולה מדברי ההסבר להצעה לתיקון החוק, תכלית תיקון זה הייתה "להסדיר את הפעלתן של אמנות בינלאומיות בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות-חוץ, ובמיוחד האמנה שנחתמה בניו-יורק ביום 10 ביוני 1958".<sup>50</sup> התיקון האמור בא אפוא כדי ליתן

47 בסעיף עצמו נאמר כי תחולת חוק הבוררות אינה נשללת אף באשר לבורריות שעליהן חל דין-חוץ. אולם שאלת הדין החל נפרדת משאלת הפורום שבו תתברר התביעה (וממילא דברים אלה רלוונטיים פחות לדיונו, העוסק בניהול הליכים בפורום זר).

48 פרשנות זו אינה מנותקת מהוראותיו של חוק הבוררות. למשל, במסגרת סעיף 29(א) לחוק הבוררות נקבע כי "משהוגשה בקשה לאישור פסק בוררות או לביטולו, רשאי בית המשפט להורות על עיקול נכסי בעל הדין שנגדו ניתן הפסק, עיכוב יציאתו מן הארץ או מתן ערובה למילוי פסק הבוררות; הבקשה יכול שתהיה בעל-פה, ורשאי בית המשפט לפטור את המבקש ממתן ערובה". תחולתו של סעיף זה מוגבלת אפוא לשלב שלאחר מתן פסק הבוררות.

49 ס"ח 93.

50 הצעת חוק הבוררות (תיקון), התשל"ג–1972, ה"ח 1025, 58 (להלן: ההצעה לתיקון החוק). יצוין כי ישראל חתמה על שלוש אמנות בתחום זה: אמנת ג'נבה, אמנת ושינגטון ואמנת ניו יורק (אשר נזכרה בהצעת החוק עצמה). להרחבה בנושא אמנות אלה ראו וסרשטיין פסברג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 62; אוטולנגי כרך ב, לעיל ה"ש 23, בעמ' 935–942. כפי שמפורט שם, אמנות אלה שונות בהיקף



תוקף לאמנות אשר ישראל הצטרפה אליהן ואשר כוללות הוראות ספציפיות בנושאים מסוימים של בוררות-חוץ. התיקון הנדון הוא קצר, והסעיף המרכזי שהוסף במסגרתו הוא סעיף 29א לחוק, הקובע כי בקשה לאישורו או לביטולו של פסק בוררות-חוץ אשר חלה בעניינו אמנה שישראל צד לה, תוגש ותידון לפי הוראותיה של האמנה החלה (להבדיל מהוראות חוק הבוררות).

הוספת הוראות חוק הנוגעות לבוררות-חוץ שבעניינן חלות אמנות ספציפיות הייתה עשויה להעלות שתי שאלות – ראשית, מה יהיה הדין החל על בוררות-חוץ שבעניינה אין תחולה לשום אמנה שנחתמה על ידי ישראל. שנית, מה יהיה הדין באשר לסוגיות משפטיות אשר אינן מוסדרות באמנות החלות על בוררות-חוץ במחלוקת. סעיף 39א נועד ליתן מענה לשאלות אלה. כלשונה של ההצעה לתיקון החוק, "מוצע להבהיר שיהיו לבית המשפט סמכויות" מכוח חוק הבוררות אף במקרים אלה.<sup>51</sup> כפי שברור מדברים אלה, סעיף 39א לא שינה את המצב המשפטי כי אם היה סעיף הבהרה בלבד. סמכויותיו של בית המשפט באשר לבוררות-חוץ נותרו כפי שהיו עובר לתיקון, ועל כן לא בכדי כותרתו של סעיף זה היא "שמירת דינים". נוכח האמור, ככל שנקבל את פרשנותו של בית המשפט בפרשת אווז הכסף, שלפיה עיקול זמני הוא "הליך אחר" לעניין סעיף 39א הנזכר, אזי משמעות הדברים היא כי המחוקק עצמו סבר כי בית המשפט היה בעל סמכות ליתן סעד זמני לשם סיוע להליכי בוררות-חוץ אף עוד קודם לתיקון המבהיר האמור. בכך יש כדי להעיד כי הכרה בסמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני, בעוד ההליכים המשפטיים מתנהלים מחוץ לישראל, אינה בהכרח מנוגדת לרצונו של המחוקק אף אם זה טרם הובע מפורשות וחד-משמעית בהוראות החוק עצמן.

מכל מקום, בסיכומו של דבר אין בארבעת הנימוקים המובאים בפרשת אווז הכסף כדי להצדיק הבחנה אפיוורית שלפיה סיועו של בית המשפט בישראל מוצדק דווקא

תחולתן על בוררות; בסדרי הדין הנוהגים בבוררות המתנהלות על פיהן; כמו גם בעילות אפשריות לביטולו של פסק-החוץ.

51 ההצעה לתיקון החוק, בעמ' 59. יצוין כי במסגרת ההצעה לתיקון החוק נוסחו של הסעיף המוצע היה שונה במעט. כאמור, במסגרת סעיף 29א לתיקון הוכנס לחוק סעיף הדין בבקשה לאישורו או לביטולו של פסק בוררות-חוץ שחלה עליו אמנה. בחוק הבוררות עצמו נכלל כבר קודם לכן סעיף 6, אשר עסק בעיכוב הליכים על פי אמנה שישראל צד לה. בהצעה לתיקון החוק הובהר כי חוק הבוררות יחול על נושאים אלה של עיכוב הליכים ואישור וביטול פסק בוררות-חוץ אף כאשר לא חלה אמנה על פסק הבוררות (או כאשר האמנה חלה אך אינה מסדירה נושאים אלה). בהצעה לתיקון החוק לא נכללה התייחסות לסמכותו של בית המשפט לנקוט "הליך אחר" על פי חוק הבוררות במקרים אלה (תוספת זו הוספה רק בשלב המאוחר להצעה לתיקון החוק). עם זאת, גם את התוספת הזאת יש להבין על רקע התכלית העומדת מאחורי סעיף 39א – רצון למנוע "חורים שחורים" שבהם לא תהיה תחולה לכל אמנה או חוק.

להליכי בוררות-חוץ ולא להליכים המתנהלים בבית משפט זר.<sup>52</sup> ואולם, על אף האמור וחרף המטריה המשפטית הדומה נמנע בית המשפט בפרשת רוט, במפתיע, מלדון בפרשת אווז הכסף, ובכלל זה בארבעת הנימוקים לעיל ובאופן שבו שני פסקי הדין בפרשות אלה עולים זה בקנה אחד עם זה. בית המשפט בפרשת רוט אף נמנע מלהתייחס לשאלה אם קיימים נימוקים אחרים המצדיקים הבחנה ביניהם.<sup>53</sup> דבר זה הוביל בין היתר

52 לדעה דומה בספרות ראו גם Westin & Chrocziel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 724; Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 598. לדעה דומה בפסיקה ראו פסק הדין בע"א (מחוזי ת"א) 1829/02 ELI-LI LY (להלן: פרשת לוכסמבורג), שם מציינת השופטת דותן כי "גם באשר לשאלה האם יש מקום לאבחון בין הליכי בוררות לתביעה רגילה, לא מצאתי כל הנמקה עניינית לאבחנה זו [...]".

53 יצוין כי אפשר להעלות על הדעת כמה וכמה טעמים שלא הועלו בפרשת אווז הכסף, לעיל ה"ש 39, ובפרשת רוט, לעיל ה"ש 16, ואשר עשויים להוות בסיס למתן סמכות ליתן סעד זמני לתמיכה בהליכי בוררות-חוץ, כמו גם לאבחנה בנדון בין הליכים אלה לבין הליכים בפני בית משפט זר. למשל, אפשר לטעון כי כשמדובר בבוררות-חוץ, קיים ספק באשר ליכולתו של הבורר הזר להעניק סעד זמני, ועל כן קיימת הצדקה להסמיך את בית המשפט בישראל לתתו, כדי למנוע מצב שבו יינתן למתדיינים תמריץ שלילי לפנייה לבוררות. טענה זו אינה משכנעת בעיניי. טענה זו מניחה כי בהליכי בוררות-חוץ עשוי להיווצר מצב שבו לא יהיה כל גורם היכול להעניק למתדיינים סעד זמני. אולם הנחה זו אינה בהכרח במקומה. הדין ברבות משיטות המשפט בעולם יוצר מערכת משולבת המעניקה סמכויות להעניק סעדים זמניים לבוררים, ולחלופין לבתי המשפט במדינה שבה הם פועלים (ראו דפנה קפליוק בוררות ושפיטה – על מקום הבוררות במערכת המשפט 47–64 (2008) (שם דנה המחברת בסמכותם של בוררים ובתי משפט באנגליה ובצרפת לתת סעד זמני במסגרת הליכי בוררות); Westin & Chrocziel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 741 (שם נדונה סמכותו של בית המשפט בגרמניה לתת סעד זמני לשם סיוע להליך בוררות). טענה אחרת להצדקת ההבחנה בין שני סוגי ההליכים היא כי רצונו של המחוקק לעודד צדדים לפנות להליכי בוררות הביא אותו לקבוע תנאים "מועדפים" לצדדים הפונים למסלול הבוררות, בדמות אפשרותם לזכות בסעד זמני אף כאשר ההליכים מתנהלים מחוץ לישראל. בהחלטתו של בית המשפט המחוזי במסגרת ת"א (מחוזי חי') 126/92 דרוק' נ' בנק לאומי טראסט קומפני אוף ניו יורק (פורסם בנבו, 6.12.1992) מצוין בהקשר זה כי "מטרתו של חוק זה [חוק הבוררות] היא לעודד את השימוש בבוררות; כדי להשיג מטרה זו הסמיך המחוקק את בית המשפט ליתן לצד סעד זמני, אותו לא יכול היה לקבל לפני שהחלה הבוררות". אף טענה זו אינה משכנעת יתר על המידה. אם הענקת סעד זמני לתמיכה בהליכים המתנהלים מחוץ לישראל היא תנאי "מועדף" וראוי, לכאורה אין כל סיבה להגביל את אפשרות הענקתו אך לתמיכה בהליכי בוררות-חוץ. טענה נוספת להצדקת ההבחנה בין סוגי ההליכים עשויה להיות כי ככל שמדובר בהליכי בוררות-חוץ, החשש מפגיעה בכללי הנימוס הבין-לאומי, בעקבות מתן הסעד הזמני בעל ההשלכות האקסטרטריטוריאליות, קטן יותר. שהרי במסגרת הליכי בוררות נדונה המחלוקת באופן חוץ-מדינתי, וממילא החשש מפגיעה בריבונותה ומהחידרה לתחום שיפוטה של מדינה זרה מצטמצם (וכך אף החשש מפסיקה ישראלית הסותרת פסיקה של גוף ריבוני זר). אולם לטעמי אין בטענה זו כדי להצדיק הבחנה בין שני סוגי ההליכים. במהלך ניהול בוררות-חוץ עשוי בית המשפט במדינה שבה מתנהלים הליכי הבוררות ליתן צווים בנוגע אליהם (שאף אותם עשוי בית המשפט בישראל לסתור). זאת ועוד,

לכך שבתי המשפט בערכאות הנמוכות מצאו עצמם במבוכה מסוימת בשל קיומם של שני פסקי דין העוסקים בתמונת מצב דומה ביותר אך מגיעים לתוצאה שונה לחלוטין, מבלי שנדון בהם כיצד הם דרים זה בכפיפה עם זה<sup>54</sup> – מבוכה שהביאה לידי פסיקה סותרת בקרב בתי המשפט המחוזיים, אשר ניסו ליישב בין שני פסקי הדין האמורים.

בחלק מפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים נקבע אפוא כי קיימת סמכות לבית המשפט בישראל ליתן סעד זמני על אף האמור בפרשת רוט.<sup>55</sup> פסקי דין אלה יצאו בחלקם מנקודת הנחה כי אין לומר כי פסק הדין בפרשת אווז הכסף ניתן בקטגוריה צרה הנוגעת להליכי בוררות-חוץ, ומשכך האמור בו חל אף על מצב שבו ההליך העיקרי מתנהל בפני בית משפט זר.<sup>56</sup> בפסקי דין אחרים בוססה סמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני במצב שכזה על סעיף 75 לחוק בתי המשפט.<sup>57</sup> על פי פסקי דין אלה, אף שאין לבית המשפט בישראל סמכות ליתן סעד זמני על פי תקנות סדר הדין, נותרה בידי סמכות כללית וטבועה ליתן צווים מכוחו של חוק בתי המשפט, לרבות כאלה המיועדים לסייע לבעל דין המנהל הליכים בבית משפט זר.<sup>58</sup> אולם גישה זו נדחתה בפסקי דין אחרים של בתי המשפט המחוזיים תוך שנקבע כי פסק הדין בפרשת אווז הכסף ניתן בסיטואציה ספציפית הנוגעת להליכי בוררות-חוץ.<sup>59</sup> בפסקי דין אלה אף הוספו טעמים המצדיקים כביכול דחיית בקשה לסעד זמני המוגשת לבית משפט בישראל בעוד התביעה העיקרית מתנהלת מחוצה לה. למשל, באחד מפסקי הדין נקבע כי אין לאפשר הענקת סעד זמני מהסוג הנדון, מן הטעם שהדבר אינו קבוע בחוק עזרה משפטית

פגיעה בכללי הנימוס ובריבונותה של מדינה מסוימת עשויה להיגרם לא רק במצב שבו ניתנים צווים סותרים בערכאות של מדינות אחרות אלא גם כאשר ערכאות אלה נותנות הוראות לאובייקטים המצויים בשטחה של אותה מדינה מסוימת.

54 ראו פרשת לוכסמבורג, לעיל ה"ש 52, שם מצוין כי קיימות "תשובות סותרות" לשאלה שבנדון תוך הפניה לפרשת רוט, לעיל ה"ש 16, ולפרשת אווז הכסף, לעיל ה"ש 39.

55 ראו פרשת לוכסמבורג, לעיל ה"ש 52; המ' (מחוזי ת"א) 8786/95 windsoft inc. נ' אינטרקון מערכות (1988) בע"מ (פורסם בנבו, 3.8.1995) (להלן: פרשת אינטרקון).

56 שם, פס' 7 להחלטה.

57 שם, פס' 6 להחלטה; פרשת לוכסמבורג, לעיל ה"ש 52. על פי האמור בסעיף 75 לחוק בתי המשפט, "כל בית המשפט הדין בענין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".

58 ואולם, ראו מנגד החלטתו של בית המשפט המחוזי בבש"א (מחוזי חי') 6414/03 **Beemsterboer Coldstor Services B.V.** נ' קורניש חן (1987) בע"מ (פורסם בנבו, 27.11.2003) (להלן: פרשת קורניש), שם נקבע כי סעיף 75 האמור עוסק אך בצווי מניעה זמניים ובצווי עשה זמניים (להבדיל מצווי עיקול, צו עיכוב יציאה מהארץ וצו כינוס נכסים).

59 שם; ראו מנגד ת"א (מחוזי נצ') 1447/97 **Andre** נ' **Dale**, פס' 27 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.8.1998) (להלן: פרשת Dale).

למדינות חוץ [נוסח משולב], התשל"ז-1977<sup>60</sup> (שהוחלף בינתיים בחוק עזרה משפטית בין מדינות, התשנ"ח-1998),<sup>61</sup> ואשר במסגרתו נקבעו הוראות בנושא העזרה המשפטית, אשר אותה רשאיות הרשויות בישראל, לרבות בתי המשפט, ליתן לריבון זר. אם כן, פסקי הדין בפרשת אווז הכסף ובפרשת רוט הביאו ליצירת מצב משפטי מעורפל בשל אי-התייחסותו של בית המשפט בפרשת רוט לפסק הדין בפרשת אווז הכסף, שניתן אך שלוש שנים קודם לכן, ובשל אי-עלייתם של פסקי הדין זה בקנה אחד עם זה. על רקע זה הגיעה פרשת קציב.

#### ד. פרשת קציב – צעד אחד קדימה בכיוון המשפט האנגלי, אך לא סוף המסע

השלכותיה של פרשת רוט לא נותרו בחלל הריק אלא התוו, ומתוות, את דרך התנהלותם של בעלי דין אשר זקוקים לסעד זמני בישראל. דוגמה מעניינת בהקשר זה ניתנה בשנת 2010 על ידי בית המשפט העליון במסגרת פרשת קציב.

בפרשת קציב נדונה תביעה אשר הוגשה לבית המשפט המחוזי בישראל על ידי בנק הפועל ברוסיה. אין מחלוקת כי כמעט כל הזיקות של הסכסוך באותה פרשה קשרו אותו לרוסיה – המדינה אשר בה פועלים מרבית הגורמים המעורבים בפרשה; שבה אירעו כביכול המעשים מושא התביעה; שבה נמצא חומר הראיות; שבה שהה הנתבע בזמן ניהול ההליכים בישראל; שבה הוא עצור בשל הפרשה מושא התביעה. משכך, מדוע הוגשה התביעה באותה פרשה דווקא בישראל ולא ברוסיה?

60 פרשת דרוק, לעיל ה"ש 53 (יצוין כי בטעם זה אדון להלן בפרק 1.1.א). יוער בהקשר זה כי בדין הישראלי קיימים הסדרים פרטניים הנוגעים לנושא מתן סעד זמני על ידי בית המשפט בישראל בעוד ההליך העיקרי מתנהל מחוץ לגבולותיה (ראו חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991, ס"ח 148; סעיף 2(11) לחוק יישום ההסכם ברבר רצועת עזה ואזור יריחו (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, ס"ח 58)). ואכן, לאור דברי חוק אלה עשויה לעלות הטענה שבה אדון להלן בפרק 1.1.א כי כאשר המחוקק מעוניין להסדיר מתן סעד זמני על ידי בית המשפט בישראל בנפרד מההליך העיקרי, עושה הוא כן באופן מפורש. יוער כי טעם אחר הוזכר בפרשת קורניש, לעיל ה"ש 58, פס' 3 להחלטה, שם צוין כי בסעיף 3 לחוק אכיפת פסקי-חוק נקבע כי תנאי לאכיפת פסקי-חוק הוא היותו בלתי ניתן עוד לערעור. חריג לכך נקבע בסעיף 8 לחוק זה, שבו נקבע כי אפשר לאכוף רק פסקי-חוק זמני או צו ביניים בענייני מזונות, אף כשהם ניתנים עוד לערעור. מדבריו לעיל הסיק בית המשפט כי המחוקק יצר מגבלות המונעות אכיפה של סעדים בהליכי ביניים הניתנים על ידי בתי משפט מחוץ לישראל. משכך, כך נקבע, יש לראות בהגשת בקשה לסעד זמני במישורין לבית המשפט בישראל ניסיון שאין לקבלו לעקוף את המגבלות אשר נקבעו על ידי המחוקק.

61 ס"ח 356.

התשובה לכך מזדקרת מקריאת פסק הדין בפרשת קציב, אשר ממנה עולה כי הדבר נבע אך משום שהנכסים פרי מעשי המרמה המיוחסים לנתבעים הוברחו, על פי הנטען, לישראל. בעצם הגשת התביעה בישראל ניסה התובע בעיקרו של דבר למנוע מצב שבו בעת ניהול התביעה הפוטנציאלית ברוסיה יוברחו הנכסים מושא התביעה מישראל (או יוסתרו בה).<sup>62</sup> ואכן, במסגרת ההליכים בפרשת קציב בישראל הוגשה על ידי התובע בקשה לסעדים זמניים, ובכלל זה עיקול נכסי הנתבעים, ונתקבלה.

במרכז הדיון המשפטי בפרשת קציב עמדה טענת "פורום לא נאות", אשר הועלתה על ידי הנתבעים בשל הזיקות הרבות הקושרות את המחלוקת לרוסיה. מנגד נטען על ידי התובע כי שיקולים של יעילות האכיפה וביצוע פסק הדין מחייבים את ניהול התביעה דווקא בישראל (בשל מיקומם בישראל של נכסי הנתבעים). מחלוקת זו נתגלגלה לפתחו של בית המשפט העליון, אשר החליט כי יש לעכב את הדיון בתביעה שהוגשה בישראל, והתובע הופנה להגיש תביעתו ברוסיה. עם זאת בהתחשב בשיקולי יעילות האכיפה הותיר בית המשפט העליון על כנם את הסעדים הזמניים, אשר ניתנו על ידי בית המשפט המחוזי, בגדרי התביעה העיקרית המעוכבת (תוך שבית המשפט העליון מביא כאסמכתה להחלטתו דווקא את פסק הדין בפרשת אווז הכסף).

המצב שנוצר אפוא הוא נתינתו של סעד זמני על ידי בית המשפט בישראל בעוד ההליך העיקרי עצמו עתיד להתנהל מחוצה לה, בפני בית המשפט ברוסיה. ואולם, על אף האמור אין פסק הדין בפרשת קציב סותר את פרשת רוט אלא עולה בקנה אחד איתה. שהרי לשם קבלת הסעד הזמני בפרשת קציב נאלץ התובע להגיש תביעה עיקרית בישראל, על כל הכרוך בכך, כדי לסמוך עליה בקשה לסעד זמני, וממילא עמד הוא בתנאי הלכת פישור (ותקנות 362(א) ו-363(א) לתקנות סדר הדין), העומדים בבסיס פסק הדין בפרשת רוט. עם זאת עדיין אפשר לראות בפסק הדין בפרשת קציב התפתחות פסיקתית בהתחשב בכך כי בחלק מפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים המאוחרים לפסק הדין בפרשת רוט נדחתה בקשה לסעד זמני אף שבית המשפט בישראל רכש סמכות לדון בתביעה העיקרית, מאחר שהדיון בתביעה זו עוכב עקב קיומו המקביל של הליך עיקרי מחוץ לישראל.<sup>63</sup>

מעניין כי התפתחות פסיקתית זו דומה, אך לא זהה, להתפתחות שחלה באנגליה בנושא זה. שם משלה בכיפה עד לפני כחמש-עשרה שנים ההלכה הדומה בתוצאתה ובהנמקתה לפסק הדין בפרשת רוט, שנקבעה בפסק דינו של בית הלורדים משנת 1979

62 אפשרות אחרת, אשר אינה מנותקת מקודמתה, היא כי הגשת התביעה דווקא בישראל נבעה מכך שמתן פסק הדין בישראל היה מאפשר לתובע להביא לידי ביצוע פסק הדין ללא כל צורך בהליכים הדרושים לשם קליטתו של פסק הדין של בית המשפט ברוסיה במערכת המשפט הישראלית.

63 למשל, בפרשת דרוקר, לעיל ה"ש 53, עצם הגשת תביעה מקבילה בישראל, לא מנעה מבית המשפט הישראלי לסרב להעניק סעד זמני, וזאת בשל קיומו של הליך עיקרי מחוץ לישראל ותוך התעלמות מקיומו של אותו הליך בישראל.

במסגרת *Siskina (Owners of Cargo Lately Laden on Board) v. Distos Compania Naviera S.A.*<sup>64</sup> על פי הלכת *Siskina*, בית משפט אנגלי אינו בעל סמכות ליתן סעד זמני מסוג צו *Mareva* לשם סיוע להליך משפטי המתנהל מחוץ לאנגליה, שכן אין מתנהל בפניו הליך עיקרי המגלה עילה.<sup>65</sup> עם זאת בהמשך הדרך הכירו בתי המשפט באנגליה, אשר ביקשו לצמצם את ההשלכות הבעייתיות הנובעות מהלכת *Siskina* (שעליהן אעמוד להלן), בסמכותם ליתן סעד זמני במסגרת תביעה עיקרית המוגשת אליהם, גם במקרה שבו ההליכים בה מעוכבים (למשל עקב קבלת טענת "פורום לא נאות") והתביעה תתברר בפני פורום זר, בדיוק כפי שנפסק בפרשת קציב.<sup>66</sup>

אולם יודגש כי המחוקק באנגליה לא נעצר בנקודה זו. תחילה בשנת 1982 נחקק סעיף 25 ל-Civil Jurisdiction and Judgments Act, 1982 (Eng.), המעניק לבית המשפט האנגלי סמכות ליתן סעד זמני במקרה שבו ההליך העיקרי חוסה תחת אמנת בריסל ומתנהל במדינה זרה שהיא צד לאמנה זו.<sup>67</sup> בהמשך חלו שינויים חקיקתיים נוספים,

64 [1979] A.C. 210 (להלן: פרשת *Siskina*).

65 יוער כי בפסק הדין האמור נמנו תנאים נוספים להענקת סעד זמני מסוג *Mareva* הנוגעים לכך כי תהיה לבית המשפט סמכות שיפוט בין-לאומית על הנתבע. אף על רקע זה נדחתה שם הבקשה לסעד זמני.

66 *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* [1987] A.C. 460, 483 (שם צוין כי ניתן להותיר סעד זמני בתוקף, על אף עיכוב ההליכים בתיק עקב קבלת טענת "פורום לא נאות"). עוד ראו *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1993] A.C. 334 (שם עוכבו ההליכים עקב קיומה של תניית בוורות והובעה הדעה כי קיימת לבית המשפט סמכות ליתן סעד זמני אף במצב זה). בפרשת *Channel Tunnel* הובעה על ידי הלורד *Browne-Wilkinson*, ברעת יחיד, עמדה שלפיה אין לפרש את הלכת *Siskina* כמחייבת ניהולו של הליך עיקרי בפורום האנגלי כתנאי למתן הסעד הזמני, אף במקרים של הליכים משפטיים זרים שאינם הליכי בוורות (שם, בעמ' 341–343). לניתוח מקיף של ההתפתחות הפסיקתית באנגליה ובקנדה ראו *DICEY, MORRIS & COLLINS*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 215–217; *Stephen G.A. Pitel & Andrew*, *The Evolution of the Extra-territorial Mareva Injunction in Canada: Three Issues*, 2 JOURNAL OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW 339, 345–348 (2006). על המצב המשפטי בארצות הברית ראו *Bermann*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 582–586; *Westin & Chrocziel*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 723–746 (שם נדון גם המצב המשפטי בגרמניה).

67 חקיקתו של סעיף זה נעשתה עם כניסתה של אנגליה לאיחוד האירופי כדי לעמוד בסעיף 24 ל-Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Civil and Commercial Judgments, (להלן: אמנת בריסל). במסגרת סעיף 24 האמור נקבע כי יהא אפשר לפנות בבקשה לסעד זמני לבתי המשפט של המדינות שהן צד לאמנה זו, אף אם הסמכות לדון בהליך העיקרי מצויה בידי בית משפט של מדינה אחרת, שאף היא צד לאמנה. עוד ראו *C. M. V. CLARKSON & JONATHAN HILL JAFFEY, ON THE CONFLICT OF LAWS* 131–134 (1997); טליה קונפינו-רש סמכות שיפוט על נתבע זר 89 (2000). יצוין כי הוראה דומה קיימת כיום בסעיף 31 ל-Council

והחשוב שבהם הוא הצו שהוצא במסגרת ה־ Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (Interim Relief) Order 1997,<sup>68</sup> אשר בו הוקנתה בשנת 1997 לבית המשפט האנגלי הסמכות להעניק סעד זמני גם במקרה שבו ההליך העיקרי אינו מתנהל באנגליה כי אם במדינה אחרת, אף אם זו אינה צד לאמנת בריסל (ואף אם אמנה זו אינה חלה על ההליך).<sup>69</sup> ברקע הוצאתו של צו זה עמד פסק דינו של ה־ Privy Council שנה קודם לכן בפרשת *Mercedes*,<sup>70</sup> שבמסגרתה ביכר בית המשפט בדעת רוב שלא להכריע בשאלה אם הלכת *Siskina* עומדת בתוקף בכל הנוגע לחובת קיומו של הליך עיקרי בשטח המדינה כתנאי למתן סעד זמני.<sup>71</sup> על דעת רוב זו נמתחה ביקורת נוקבת בספרות, ממש בסמוך לאחר מתן פסק הדין.<sup>72</sup> חיזוק לביקורת זו מצאו מלומדים בדעת המיעוט הסדורה של הלורד *Nicholls* באותה פרשה, אשר קבעה חד־משמעית כי אין צורך בקיום הליך עיקרי כאמור.<sup>73</sup> נוכח זאת קראו חלק מהמלומדים להתערבות חקיקתית לשם ביטול הלכת *Siskina*.<sup>74</sup> ואכן, כאמור, לא חלף זמן רב עד שאכן נקבע בחקיקה האנגלית כי קיומו של הליך עיקרי באנגליה אינו תנאי הכרחי לשם מתן סעד זמני.

Regulation (EC) NO 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of  
Judgments in Civil and Commercial Matters

.S.I. 1997 302 (Eng.) 68

69 בדברי ההסבר לצו זה צוין כי – “This Order enlarges the power of the High Court in England and Wales or Northern Ireland to grant interim relief in aid of legal proceedings in other countries. At present such relief can only be granted where the principal proceedings are taking place in a country which is a party to the 1968 Brussels Convention or the 1988 Lugano Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and where the proceedings are within the scope of those Conventions.

.This Order removes those two limitations from the Courts’ powers”

70 *Mercedes Benz AG v. Leiduck* [1996] A.C. 284 (להלן: פרשת *Mercedes*).

71 תחת זאת בחר בית המשפט לדחות את הבקשה לסעד זמני בשל היעדר סמכות שיפוט בין־לאומית משום שלא היה בסיס להמצאתה מחוץ לתחום שיפוט.

72 לביקורת על פסק דין זה ראו למשל David Capper, *The Trans-Jurisdictional Effects of Mareva Injunction*, CIVIL JUSTICE Q. 211 (1996); Lawrence Collins, *The Siskina Again: an Opportunity Missed*, 112 L.Q. REV. 8 (1996).

73 Capper, לעיל ה"ש 72, בעמ' 230; Collins, לעיל ה"ש 72, בעמ' 10–11; N.H. Andrews, *Mareva*; Relief Cannot Stand Alone: Further Judicial Reflections upon the Siskina Doctrine, 55 CAMBRIDGE L.J. 12, 13 (1996).

74 Capper, לעיל ה"ש 72, בעמ' 231–232; Collins, לעיל ה"ש 72, בעמ' 12 (שם מציינ המחבר כי בהתחשב בזהות שופטי הרוב בפרשת *Mercedes* אי אפשר להניח כי בית הלורדים יהפוך הלכה זו בדור השופטים הנוכחי, ועל כן יש צורך בהתערבות המחוקק); Andrews, לעיל ה"ש 73, בעמ' 13–14.

פרשת קציב מעניינת אפוא מכמה היבטים. פרשה זו עשויה להיות עדות לכך כי כשני עשורים לאחר הינתנו פסק הדין בפרשת רוט עדיין משחק תפקיד חשוב ומתווה את דרך התנהלותם של בעלי דין המבקשים לזכות בסעד זמני בישראל. יתרה מכך, פסק הדין בפרשת קציב מעיד על נכונות רבה יותר של בתי המשפט בישראל להעניק סעד זמני אף אם התביעה העיקרית לא תידון בארץ, ובכך מהווה התקדמות מסוימת בכיוון שבו הלך המשפט האנגלי.

## ה. ניתוח נורמטיבי – מהו הדין הרצוי?

### 1. מדוע הדין המצוי אינו הדין הרצוי?

אין לכחד כי פסק הדין בפרשת קציב נוגס, במידה מסוימת, בהשלכותיו של פסק הדין בפרשת רוט. זאת בהכירו בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לשם סיוע להליך משפטי המתנהל מחוצה לה, אף שהדבר מחייב הגשת הליך עיקרי בישראל. אולם ההתפתחות שתוארה בדין האנגלי אשר מאפשרת לבעל דין לזכות בסעד זמני אף ללא הגשת הליך עיקרי בתחומי המדינה מעוררת את השאלה אם חיובו של בעל דין להגיש הליך עיקרי בישראל אך ורק כדי לזכות בסעד זמני הינו מוצדק. לטעמי, התשובה לכך שלילית:

ראשית, חיוב בעל דין תם לב להגיש כפל תביעות (אף על פי שכל רצונו הוא לקבל מבית המשפט בישראל סעד זמני בלבד) חושף אותו על לא עוול בכפו להעלאת טענות מסוג "הליך תלוי ועומד" או "Forum Shopping" מצדו של יריבו בפורום הזר;<sup>75</sup> שנית, חיוב להגיש כפל תביעות כדי לזכות בסעד זמני אף עשוי להוות אמתלה בידי חלק מבעלי הדין לביצוע "Forum Shopping".<sup>76</sup> היעדר הסדר חוקי המאפשר לזכות

75 יצוין כי עיכוב ההליכים המתנהלים בבית המשפט בישראל אינו פותר חיסרון זה: ראשית, בעייתיות זו בהכרח קיימת כל עוד לא ניתנה הכרעה בבקשה לסעד זמני וכל עוד לא עוכבו ההליכים (דבר אשר עשוי להימשך פרק זמן לא קצר). שנית, אף לפי הפסיקה בפרשת קציב, לעיל ה"ש 17, עיכוב ההליכים אינו אוטומטי כי אם פועל יוצא של בקשה בנדון האמורה להיות מוגשת, על דרך הכלל, על ידי הנתבע. בדרך זו ניתנת אפוא לנתבע האפשרות להשפיע על שאלת הפורום, אשר בו תידון התביעה. ראו והשוו Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 796–797, שם מצוין גם כי חיוב להגיש כפל תביעות בעייתי מטעמים נוספים, ובכלל זה מהטעם כי הדבר פוגע בדחיפות הנדרשת לרוב בהגשת בקשה לסעד זמני.

76 על תופעת ה-"Forum Shopping", הגדרתה והסיבות להיותה פסולה ראו מיכאיל קרייני "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר שלו – הרהורים ומחשבות בעקבות פסק דין הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co." מחקרי משפט יט 67, 87–90 (2002) (להלן: קרייני "שיקולי הפורום הנאות"). כפי שעולה מהאמור שם, אי אפשר לומר כי קיים פסול אינהרנטי בכל



בסעד זמני ללא הגשת תביעה עיקרית מעניק למבקש הסעד הזמני אמתלה הולמת לתרץ מדוע נפתחו על ידיו שני הליכים עיקריים במקביל, שכן במצב זה לא יתעוררו כל סימני שאלה באשר למניע העומד מאחורי הגשת התביעה הנוספת בישראל. בדרך זו מתאפשר לתובע לבחון "לאן הרוח נושבת" בנושא סיכויי תביעתו בבית המשפט בישראל ובפורום הזר כדי להחליט היכן כדאי לו להמשיך את ההליך;

שלישית, אפשרותו של בעל דין לזכות בסעד זמני בשל הגשת הליך עיקרי בישראל (כפי שנפסק בפרשת קציב) מוגבלת אך למצבים שבהם שיקולי נאותות הפורום אינם תנאי מקדמי לסמכותו של בית המשפט בישראל. נקודת המוצא של פסק הדין בפרשת קציב היא כי קבלת טענת "הפורום הלא נאות" אין בה כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט בישראל על המחלוקת עקב ביצועה של המצאה כדין לנתבעים בתחומי מדינת ישראל. בנסיבות אלה, שבהן ברורה סמכותו של בית המשפט בישראל על ההליך העיקרי, קשה לחלוק על סמכותו אף ליתן סעד זמני.<sup>77</sup> אולם במרבית המקרים לא נמצא הנתבע שנגדו מבוקש הסעד הזמני בישראל.<sup>78</sup> במקרים אלה סמכותו של בית המשפט בישראל אינה מכוננת באמצעות המצאת כתבי בידין בתחומי מדינת ישראל אלא במסגרת בקשה למתן היתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט, מכוח תקנה 500 לתקנות סדר הדין, כאשר שיקול "הפורום הנאות" הוא תנאי מקדמי לשם כינונה של סמכות זו.<sup>79</sup> פסק הדין בפרשת קציב עלול אפוא שלא לסייע לבית משפט ישראלי במקרה עתידי שבו יחפוץ ליתן סעד זמני בנסיבות שבהן יתבקש היתר המצאה מחוץ לתחום, שכן ככל שיסבור בית המשפט כי הפורום הישראלי אינו נאות לדיון בתביעה זו, מתן סעד זמני על ידי ייעשה בחוסר סמכות;<sup>80</sup>

מקרה שבו מוגשת תביעה לבית משפט זר, אשר הוא בעל סמכות לפי כללי הסמכות הנהוגים בו ואשר כללי ברירת הדין בו מפנים לדין אוהד מבחינת התובע. עם זאת, ככל שמדובר בפורום בעל זיקה בלתי עניינית וחלשה יחסית למחלוקת, הגשת התביעה לפורום זה תיחשב פסולה, וזאת בשל הפגיעה בניצול היעיל של משאביה של המערכת השיפוטית ונוכח הפגיעה הבלתי לגיטימית בצפייתו של הנתבע (שאינו לו שליטה מעשית על בחירת הפורום) בעניין הכללים המשפטיים שיוחלו עליו. להתייחסות בפסיקה לתופעה זו כתופעה שלילית ראו למשל ע"א 3908/08 תיקו בע"מ נ' **Forem Bageo Inc**, פס' 18 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 26.8.2010).

DICEY, MORRIS & COLLINS, לעיל ה"ש 9, בעמ' 215.

Fleur Malet-Deraedt, 'The Siskina is Listing. Fire the Last Salvo' – Research Whether Other Countries Should Adopt the Mareva Injunction in Aid of Foreign Proceedings, 6 THE NEW ZEALAND POSTGRADUATE LAW E-JOURNAL 20 (2005) (unpublished manuscript, on file with author).

קרייני "שיקולי הפורום הנאות", לעיל ה"ש 76, בעמ' 71, 91.

בנוסף, אף אם ייקבע כי בית המשפט בישראל הוא "פורום נאות" לדיון בתביעה, אין משמעות הדבר כי בית המשפט יתיר המצאתה מחוץ לתחום השיפוט מכוח תקנה 500, שכן על התביעה אף להיות בעלת זיקה לישראל מהסוג הנזכר באחת מעשר תקנות המשנה של תקנה זו.

רביעית, הגשת התביעה העיקרית גם בישראל מחייבת את התובע (ומבקש הסעד הזמני) לשאת בכפל אגרות, הן בגין הגשת ההליך העיקרי בישראל והן בגין הגשת ההליך העיקרי בפורום הזר אף על פי שההליך העיקרי ינוהל בסופו של דבר רק בפורום אחד בלבד;<sup>81</sup>

חמישית, פסק הדין בפרשת קציב עוסק בתביעה נזיקית במהותה שעה שאין בין הצדדים תניית שיפוט זר. אולם במקרה של תניית שיפוט זר יש בעייתיות בחיובו של בעל דין להגיש תביעה, לגופו של עניין, בישראל (כדי לזכות בסעד זמני) ולחייבו בדרך זו להפר את ההסכם בין הצדדים;<sup>82</sup>

שישית, קיימים מצבים שבהם הסעד הזמני מתבקש דווקא על ידי הצד הנתבע.<sup>83</sup> למותר לציין כי אין הנתבע יכול לזווג פתיחת הליך עיקרי מקביל בישראל (כדי לזכות בסעד זמני), שכן המושכות בפתיחת ההליך העיקרי הן בידיו של התובע בלבד. עניינו הרואות – הפתרון הקיים כיום בדין הישראלי לשם זכייה בסעד זמני, המחייב הגשת הליך עיקרי גם בישראל, הוא פתרון מוגבל וחלקי אשר לוקה בחסר ובקשיים רבים. משכך, אם מבחינה נורמטיבית ראוי להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לשם סיוע להליכים זרים, לא ברור כלל מדוע יש לחייב את מבקש הסעד הזמני להגיש הליך עיקרי גם בישראל.

כזכור, בפרשת רוט לא נערך כלל ניתוח של מכלול השיקולים הנורמטיביים, ופסק הדין בפרשה זו נסמך על הלכת פישר, שלא היה ראוי ליישמה בנסיבות המקרה. אף בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, שבאה בעקבות פסק הדין בפרשת רוט, לא נערך ניתוח מקיף של שיקולים נורמטיביים אלה. משכך, כדי לבחון אם יש מקום לשנות מתוצאתו של פסק הדין בפרשת רוט, נמקד מבטנו בשאלה אם רצוי להכיר בסמכות בית המשפט ליתן סעד זמני במקרה שבו ההליך מתנהל מחוץ לישראל. בעניין זה קיימים שיקולים לכאן ולכאן. אפרטם בנפרד ולאחר מכן אעמתם אלה מול אלה.

## 2. שיקולי נגד – מדוע אין להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל?

במבט ראשון הכרה בסמכותם של בתי המשפט בישראל ליתן סעד זמני כאשר ההליכים העיקריים מתנהלים מחוץ לישראל אינה כה אינטואיטיבית. קיימים חסרונות ממשיים בהקניית סמכות זו, הנובעים מהקשיים המהותיים שאפשר שיעמדו בדרכו של בית המשפט הישראלי בבואו לדון בבקשה לסעד זמני.

81 ראו והשוו Malet-Deraedt, לעיל ה"ש 78, בעמ' 6.

82 אמנם ברור כי אף הגשת בקשה לסעד זמני בישראל עשויה להיות מנוגדת ללשונה או תכליתה של תניית שיפוט זר. עם זאת, האיסור על הגשת תביעה עיקרית הוא הוא העומד, על דרך הכלל, בבסיס תכליתן של תניות מסוג זה. ראו גם Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 796–797 והדיון להלן בפרק 2.

83 ראו למשל רע"א 10029/07 היועץ המשפטי לממשלה נ' הקדש העדה הספרדית בעיה"ק צפת ומירון, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 14.5.2008).

החיסרון הראשון הקיים בהכרה בסמכות מסוג זה נוגע לשאלה איזה בית משפט יכול לנפק הכרעה נכונה וצודקת יותר. על פי הדין הישראלי, על המבקש לזכות בסעד זמני להוכיח, על סמך ראיות מהימנות, קיומה של עילת תביעה לכאורה.<sup>84</sup> הדבר מעורר קשיים ניכרים במיוחד בכל הנוגע לבקשה לסעד זמני מהסוג מושא הדין. שהרי באופן כללי במרבית המקרים קיימת תאימות בין הפורום שבו מנוהלת התובענה העיקרית לבין הדין החל על המחלוקת.<sup>85</sup> משכך, לשם הענקתו של סעד זמני יהיה על בית המשפט הישראלי במקרים רבים לבחון את קיומה של עילת תביעה על פי דין שהוא אינו בקיא בו (דין הפורום שבו מתנהלת התביעה העיקרית). למותר לציין כי קיים יתרון ברור לביוררה של מחלוקת (ובכלל זה כזו הנוגעת לסעד זמני) בפני בית משפט הבקיא בדין החל עליה.<sup>86</sup> יתרון זה מקבל משנה תוקף כאשר לא פעם בית המשפט הזר בקיא יותר בפרטי המחלוקת, בהתחשב בכך כי זו נדונה בפניו.

84 תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין.

85 Michel Gruson, *Forum-Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, U. ILL. L. REV. 133, 133 (1982); עוד ראו למשל ת"א (מחוזי מרכז) 12351-11-08 גרינברג נ' במירה (פורסם בנבו, 27.12.2009), בעמ' 8 לתדפיס ההחלטה באתר נבו. דברים אלה נכונים במיוחד בכל הנוגע לדין הדיוני. למשל, בישראל חל הדין המקומי (*lex fori*) בכל הנוגע לנושאים דיוניים, ועל כן בעניין דין זה קיימת בישראל חפיפה מלאה בין דין הפורום לבין הדין החל על המחלוקת.

86 ראו לעניין זה למשל עמוס שפירא "הערות על טיבם ותכליתם של כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי-הפרטי" עיוני משפט י 275, 281 (1984); ע"א 2705/91 אבוג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח(1) 561, 554 (1993); רע"א 4716/93 החברה הערבית לביטוח שכם נ' זריקאת, פ"ד מח(3) 265, 269–270 (1994). במאמרה "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה – בית המשפט העליון של ישראל כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טראנס-לאומית" מחקרי משפט כג 223, 247 (2006) (להלן: קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה") מציעה המלומדת איריס קנאור בהקשר זה כי "בית המשפט הישראלי אמור להתעקש ולקבל את הערכתו של בית המשפט הזר אשר דן בתביעה העיקרית בדבר הערכת קיומה וסיכוייה של עילת התביעה על-פי הדין המהותי והפרוצדוראלי שיחול על הסכסוך. עניין זה מחייב הבנה מעמיקה של הדין הזר, אותה יעמיד בית המשפט הזר לרשות הפורום". הערכת סיכויי התביעה על ידי בית המשפט מחוץ לישראל מעוררת שאלות רבות. למשל, עולה השאלה אם הדבר אינו מנוגד לעקרון עצמאות שיקול הדעת של הרשות השיפוטית. זאת ועוד, לא ברור כיצד ובאילו אמצעים יוכל בית המשפט הישראלי לקבל את הערכתו של בית המשפט הזר כמו גם מידת שיתוף הפעולה שלה יזכה בית המשפט הישראלי בהקשר זה. ולראיה, בעבר כבר סירב בית משפט זר להתייחס להליך שבו התבקש סעד זמני בפני בית משפט במדינה אחרת (ראו *Refco Inc v. Eastern Trading Co* [1999] 1 Lloyd's Rep. 159) (להלן: פרשת *Refco*). על עדיפותו של בית המשפט שבפניו מתנהל ההליך העיקרי בהקשר זה, ראו גם Stephen Goldstein, *Provisional Relief and International Jurisdiction: Israel, the European Union and the Relations between them*, in *ESSAYS ON EUROPEAN LAW AND ISRAEL* 733, 765–766 (Alfredo Mordechai Rabello ed., 1996) (שם מצייין המחבר כי גם בנושא התנאי הנוסף

החיסרון לעיל אינו נוגע רק לשאלה מיהו בית המשפט שיוכל להוציא מתחת ידו הכרעה נכונה יותר, אלא גם לשאלת היעילות הדיונית. שכן אף אם יהיה ביכולתו של בית המשפט בישראל להיעזר במומחים לדין הזר לשם הכרעה בשאלת קיום עילת תביעה לכאורה, יהא הדבר כרוך בהוצאות רבות לבעלי הדין ויאלץ את בית המשפט הישראלי לנכור בתוך מְטְרִיה שאינה מוכרת לו.<sup>87</sup> זאת ועוד, הגשת הבקשה לסעד הזמני בישראל תחייב את מבקש הסעד הזמני ליתן ולהוכיח בשנית פרטים באשר למהות תביעה זו כדי להראות כי סיכויי קבלתה גבוהים. כלומר, דיון בבקשה לסעד זמני בישראל עשוי לגרום אחריו הלכה למעשה כפל הליכים – הן בישראל והן בפורום הזר – וגם בכך יש משום פגיעה ביעילות הדיונית.<sup>88</sup>

חיסרון נוסף הנובע מהכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל מקורו בהירשדותו של בית משפט זה להיכנס, גם אם באופן חלקי, לעומקו של חומר הראיות שבתיק כדי להכריע בשאלת קיומן (או היעדרן) של ראיות מהימנות לביסוס עילה לכאורה. השאלה המתעוררת בהקשר זה היא אם אין לראות בבדיקת חומר הראיות ובחיווי דעה בעניינו על ידי בית המשפט בישראל משום התערבות בהליך הזר המתנהל במקביל להליך המתנהל בישראל. מוקשית בעיני התפיסה, כפי שהוצגה בפרשת אווז הכסף, שלפיה אין לראות החלטה בנושא סעד זמני דיון לגופו של עניין בתביעה, ומשכך אין מדובר כביכול בחדירה של בית המשפט בישראל לטריטוריה של הפורום הזר: ראשית, קביעותיו של בית המשפט בישראל, אף אם נעשות בשלב ראשוני בלבד של ההליכים, עשויות במידה רבה של סבירות לנגוע במרכזה של המחלוקת בין בעלי הדין המונחת לפתחו של בית המשפט הזר. שנית, משאין בית משפט יחיד המרכז בידיו את ניהול התובענה על כל ההליכים הכרוכים בה, קיים חשש ממשי להכרעות סותרות בין החלטת בית המשפט בישראל בבקשה לסעד זמני לבין החלטות הניתנות על ידי בית המשפט הזר, אם בבקשה כזאת שנדונה בפניו ואם בפסק הדין הסופי בתביעה העיקרית.

להענקת סעד זמני בנוגע להכבדה על ביצוע פסק הדין עשויה במקרים מסוימים להיות עדיפות לבית המשפט שבפניו מתנהל ההליך העיקרי).

87 בפרשת אינטרקון, לעיל ה"ש 55, דחה בית המשפט המחוזי בקשה למתן סעד זמני בשל אי-הוכחת הדין הזר. באותה פרשה (שם, פס' 9 להחלטתו של השופט קלינג) סירב בית המשפט ליישם את חזקת שוויון הדינים בנסיבות המקרה, מכיוון שברור היה לו כי על סיכויי התביעה להיבחן על פי דין ניו ג'רסי (ועל כן לא מצא להשלים את החסר המשפטי בדין הישראלי). באותה פרשה אף צוין כי לבית המשפט בניו ג'רסי "כלים טובים ויעילים מאשר לבית המשפט בישראל, להעריך את סיכויי התובענה שהוגשה שם, אפילו הוכח בפני הדין של ניו ג'רסי" (שם, פס' 10 להחלטתו של השופט קלינג). על דברים אלה חזר גם השופט שפירא בפרשת קורניש, לעיל ה"ש 58, פס' 6 להחלטתו.

88 כאשר הבקשה לסעד זמני נידונה על ידי בית המשפט הזר, במסגרת דיון זה הוא לומד את המחלוקת, ומשכך עשוי להיות מושג חיסכון בעלויות הכרוכות בלמידה מחדש של התיק. ראו גם Goldstein, לעיל ה"ש 86, בעמ' 765.

חיסרון אחר של הכרה בסמכות בית המשפט בישראל נובע מהאפשרות (או ליתר דיוק חוסר האפשרות) של בית המשפט בישראל לעקוב אחר התפתחות ההליכים המשפטיים בערכאה הזרה. חיסרון זה נובע מכך כי סעד זמני ניתן במסגרת החלטת ביניים הניתנת לשינוי. שינוי כאמור עשוי להיות מוצדק בעיקר במצבים שבהם קיימות נסיבות חדשות בנוגע למחלוקת, אשר התרחשו לאחר מועד מתן ההחלטה הראשונה על ידי בית המשפט.<sup>89</sup> במקרה שיוענק סעד זמני בפורום הישראלי, מקורן של הנסיבות החדשות המצדיקות את שינוי ההחלטה עשוי להיות בהליכים המתנהלים בפני בית משפט אחר (כגון כרסום שחל בחומר ראיותו של התובע במסגרת הדיונים בתביעה העיקרית בבית המשפט הזר). אולם ההפרדה הקיימת בין בית המשפט הדין בבקשה לסעד זמני לבין בית המשפט שבו מתנהלת התביעה מקשה על האפשרות של בית המשפט בישראל לעקוב אחר הצורך בשינוי החלטתו הראשונית. זאת ועוד, אף אם נאמר כי קרוב לוודאי כי בית המשפט יעודכן באשר להתפתחויות חדשות על ידי בעלי הדין עצמם, המעוניינים לצמצם את היקפו של הסעד הזמני או להרחיבו, הרי שהדבר יחייב את בית המשפט בישראל לעמוד על ההתפתחויות הנטענות בהליך. אין צורך לומר כי תוצאה זו בלתי יעילה מבחינת חלוקת העבודה בין בתי המשפט בעולם, בחייבה את בית המשפט בישראל לנבור מבראשית בעובדותיו של תיק שאינו מתנהל בפניו; לעמוד על ההתפתחויות שאירעו בבית המשפט הזר (המודע טוב יותר להתפתחויות אלה); ואף לבחון כיצד הן משתלבות בתמונת האירועים שבתיק.<sup>90</sup>

המורכבות והבעיות העשויות להתעורר בעקבות הקניית סמכות לבית המשפט בישראל ברורות.<sup>91</sup> קיימים אפוא שיקולי מדיניות בעלי משקל נגד הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד התביעה העיקרית מתנהלת מחוץ לגבולות המדינה. עם זאת ניתוח הסוגיה מחייב להידרש אף לכל אותם יתרונות העשויים לצמוח מהכרה בסמכות זו.

89 ע"א 3604/02 אוקן נ' שמי, פ"ד נו(4) 505, 508 (2002).

90 בהקשר זה יוער כי בפרשת קציב, לעיל ה"ש 17, פס' 9–10 לפסק הדין, קבע בית המשפט כי שמורות לכל אחד מן הצדדים הזכות להגיש בקשות חדשות בעניין הסעד הזמני "ככל שיהיה שינוי במצב העובדתי אשר יצדיק זאת". משמע, אפשרות התממשותו של החיסרון המדובר אינה חשש בעלמא, כי אם חשש אפשרי אף בראייתה של הפסיקה הקיימת.

91 ניתן לחשוב על חסרונות נוספים הקיימים בהקניית סמכות לבית המשפט בישראל לדון בהענקת סעד זמני. כך למשל חיסרון אחד נוגע לשאלת האפשרות לבחון כבר בשלב הראשוני את אפשרות ישימותו של הסעד הזמני. שהרי הסעד הזמני נועד פעמים רבות לאפשר את ביצועו של פסק הדין הזר, בתום ההליך המתנהל מחוץ לארץ. ואולם, כאמור, פסק דין הניתן על ידי ערכאה מחוץ לישראל אינו הופך מיניה וביה לחלק מהמשפט הישראלי, אלא עליו לעבור תהליך קליטה למשפט הישראלי המתנה בשורה של תנאים. משכך הדבר, עלול להיווצר מצב בו יינתן סעד זמני, שאפשרות מימושו כלל וכלל לא ברורה. זאת ועוד, חיסרון נוסף נובע מאילוץ של מערכת המשפט בישראל להשקיע ממשאביה המדולדלים במסגרת דיון במחלוקת בעלת זיקה חלשה בלבד אליה.

### 3. שיקולים בעד – מדוע יש להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל?

כדי לבחון את השאלה אילו יתרונות קיימים בהקניית סמכות לבית המשפט ליתן סעד זמני בעוד התביעה מתנהלת מחוץ לישראל, ראוי לשוב ולמקד מבטנו בתכליות העומדות ברקע ליצירתו בדין של מנגנון הסעדים הזמניים.

כאמור, מנגנון הסעדים הזמניים הוא מנגנון דיוני, אשר תכליתו מתמקדות במניעת פעולות ומעשים מצדו של בעל דין (לרוב נתבע) המבקש לסכל מבעוד מועד את מימוש זכויותיו המהותיות של הצד שכנגד (לרוב התובע). בין היתר מנגנון זה מאפשר לתובע למנוע מהנתבע לסכל מראש את אפשרות מימושו של פסק הדין אשר עתיד להינתן לטובתו, וכן מאפשר לתובע ניהול תקין של ההליך.<sup>92</sup> נוכח תכליות אלה החשיבות שיש לייחס לאפשרות לזכות בסעד זמני ברורה ומובנת מאליה. ואכן, בפסיקה ובספרות קיימת תמימות דעים כי שאלת הינתנו (או אי-הינתנו) של סעד זמני מכריעה לעתים קרובות הלכה למעשה את גורלה של התביעה העיקרית כולה.<sup>93</sup> דברים אלה נכונים להליכים בעלי יסודות "ישראליים" בלבד, אך מקבלים משנה תוקף בהליכים משפטיים חוצי גבולות, אשר הצדדים להם, ראיותיהם ונכסיהם אינם מרוכזים כולם במדינה שבה מתנהלת התביעה העיקרית.<sup>94</sup> שכן היקף סמכותו של בית המשפט במדינה שבה מתנהלת התביעה העיקרית אינו בלתי מוגבל. בנסיבות אלה נוצרים קווי תפר בין בתי המשפט ברחבי העולם, אשר הופכים ביצוע של פעולות ומעשים בתחומי מדינה אחת, מתוך מטרה לרוקן מכל תוכן את ההליך השיפוטי המתנהל במדינה אחרת, לקל, פשוט ואולי אף קורץ יותר.

אם כן, החשיבות שבהכרה בסמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני בעוד התביעה מתנהלת מחוץ לישראל רבה ביותר. חשיבות זו מקבלת משנה תוקף נוכח התמורות הניכרות שחלו בחברה האנושית בשנים האחרונות. תמורות אלה מאפשרות בין היתר העברתם של נכסים בין מדינה למדינה בקלות רבה יותר.<sup>95</sup> כיום עם הגשת תובענה בבית משפט במדינה מסוימת נכסי הנתבע עשויים להיות מועברים ממנה ולהיות מוסתרים במדינה אחרת כדי למנוע את תפיסתם העתידית בידי התובע. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע לכספים הניתנים כיום להעברה באבחת מקש מחשב.<sup>96</sup> בנסיבות אלה,

92 ראו לעיל ה"ש 1 ר-4 והדיון בטקסט הצמוד להן.

93 קונפינור, לעיל ה"ש 67, בעמ' 87; שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 189–190 (מהדורה שנייה, 2008); רע"א 2508/98 מתן מערכות תקשורת בע"מ נ' מילטל תקשורת, פ"ד נג(3) 26, 31 (1998).

94 ראו לעיל ה"ש 7 והאסמכתאות שם.

95 על תמורות אלה ראו איריס קנאור "מיפוי תיאורטי של המשפט הבין-לאומי הפרטי וההוריים בדבר הבנייתו הנורמטיבית במבט השוואתי" עיוני משפט לב 339, 341 (2010) (להלן: קנאור "מיפוי תיאורטי").

96 Malet-Deraedt, לעיל ה"ש 78, בעמ' 2, 23–24.

שבהן הולכות ומתרבות האפשרויות הפתוחות בפני נתבע לסכל תובענה המתנהלת נגדו בפורום מסוים – על דרך של ביצוע פעולות ומעשים בפורום אחר – ברור כי גם גדלה החשיבות בקיומו של סעד זמני אשר ימנע זאת.

להכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני יתרונות נוספים. למשל, בהתחשב בתמורות שחלו בחברה האנושית קיימת כיום אפשרות רבה יותר לתובע לבחור לאיזה פורום בעולם ברצונו להגיש תביעתו ולנהלה בו. על כן אם ייקבע כי אין באפשרותו של תובע לזכות בסעד זמני בישראל אם אין מתנהלת בה התביעה העיקרית, הרי שהדבר עלול להניעו במקרים מסוימים להגיש תביעתו העיקרית דווקא כאן אף אם קיים פורום חלופי, אשר ניהול התביעה העיקרית בו יעיל, נוח ומוצדק יותר.<sup>97</sup> הכרה בסמכות זו עשויה למנוע מצב זה ולהוביל לניהול ההליכים המשפטיים בין הצדדים המסוכסכים בפורום המתאים לכך ביותר.

הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד התביעה מתנהלת מחוץ לארץ עשויה להיות בעלת יתרונות לא רק לאחר הגשת תביעה (במנעה סיכול תוצאות הליך זה) ולא רק לאחר פרוץ הסכסוך המשפטי בין הצדדים (ביצירתה תמריץ לתובע להגיש תביעתו בפורום המתאים ביותר), אלא אף טרם פרוץ סכסוך בין הצדדים בעודדה נתבעים-בכוח לעמוד מלכתחילה בחובותיהם מכוח הדין המהותי.<sup>98</sup> שכן הכרה בסמכות זו משמעותה כי תימנע מנתבעים-בכוח האפשרות לרוקן מכל תוכן הליכים משפטיים שעשויים להיפתח במדינה אחרת לשם אכיפת זכויותיהם המהותיות של תובעים-בכוח. נוכח קיומה של סמכות זו יינתן לנתבעים-בכוח תמריץ שלילי להפר את חובותיהם שבדין המהותי כי ידעו שלא יוכלו (ולמצער, יתקשו) לנצל את קווי התפר שבין בתי המשפט בעולם ולסכל הליכים משפטיים בעניינם באמצעות פעולות שונות, דוגמת הברחת נכסיהם ממדינה למדינה.<sup>99</sup> כך גם ידעו נתבעים-בכוח כי אף פיזור נכסיהם בין כמה מדינות אינו הופכם ל"חסינים" מפני פסק דין אפשרי.<sup>100</sup>

97 Goldstein, לעיל ה"ש 86, בעמ' 744.

98 הניתוח להלן מבוסס על גישת הניתוח המעניינת המוצעת על ידי המלומדים אלון קלמנט ורועי שפירא במאמרם, לעיל ה"ש 2. על פי גישה זו, השפעתם של כללים דיוניים אינה צריכה להיבחן רק מנקודת המבט הצרה של הצדדים העומדים לפני בית המשפט, מנקודת הזמן הצרה שלאחר הגשת התביעה (השפעה ex post), אלא גם מנקודות זמן מוקדמות יותר (השפעה ex ante).

99 למשל, אדם על סף פשיטת רגל, ואשר הליכי חדלות הפירעון בעניינו עתידים להתנהל בפני בית משפט זר, עשוי להימנע מהברחת נכסים מנושיו לישראל (או מהסתרתם בה). אמנם גם במצב זה ייתכן כי תעמודנה לרשותו של אותו אדם מדינות אחרות העשויות ליתן "מקלט" לנכסיו. אולם אין בכך כדי לומר שסמכותו של בית המשפט בישראל תהיה נטולת משמעות וחשיבות, ובפרט בנסיבות שבהן קיימת לאותו אדם זיקה מסוימת לישראל (דוגמת אזרחות) ההופכת אותה ליעד מועדף עליו.

100 על הקושי הנוצר עקב פיזור נכסים והצורך בסעד זמני בשל כך ראו וסרשטיין פסברג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 10-11.

הכרה בסמכות זו עשויה לעורר עמידתם של נתבעים-בכוח בחובותיהם המהותיות אף מבחינות אחרות. נכונותם של נתבעים-בכוח לעמוד בחובותיהם מכוח הדין המהותי נגזרת בין היתר מהפשרה העשויה להיות מושגת ביניהם לבין הצדדים האחרים לאחר פרוץ הסכסוך ביניהם.<sup>101</sup> סעדים זמניים והאפשרות לקבלם משפיעים על תנאיה של פשרה זו.<sup>102</sup> דברים אלה נכונים במיוחד בהליכים חוצי גבולות, שבמסגרתם קיים לעתים קרובות שוני בין זיקותיהם של הצדדים למדינות השונות, המשפיע על עמדות המיקוח של הצדדים.<sup>103</sup> הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל תקטין את האפשרות הקיימת לנתבעים-בכוח ליצור עמדות מיקוח מועדפות מבחינתם באמצעות פעולות שונות (דוגמת הברחת נכסים), ובכך יינתן להם תמריץ שלילי שלא לעמוד בחובותיהם מכוח הדין המהותי.

זאת ועוד, בעידן המודרני עולות נזיקיות והפרתן של חובות אחרות בדין המהותי יכולות להתבצע בתחומיהן של כמה מדינות בעת ובעונה אחת (למשל, בשל מאפייניה של רשת האינטרנט).<sup>104</sup> במקרים אלה אי-הכרה בסמכותם של בתי המשפט להעניק לתובעים-בכוח סעד זמני לשם סיוע להליך עיקרי במדינה אחרת עשויה להניאם מלפתוח מלכתחילה בהליכים משפטיים למיצוי זכויותיהם המהותיות, אף אם הופרו, בשל ידיעתם כי תקצר ידו של בית משפט אחד, לבדו, מלמנוע את סיכול התוצאה המבוקשת בהליכים אלה. בעקבות זאת עשוי להיות מוענק לנתבעים-בכוח תמריץ להפר את חובותיהם המהותיות.<sup>105</sup> הכרה בסמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני, גם כאשר התביעה מתנהלת במדינה אחרת, עשויה אפוא למנוע מצב זה.

הנה כי כן, להכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל יתרונות בעלי משקל רב. יתרונות אלה אין משמעם כי בית המשפט בישראל צריך להיעתר לכל בקשה לסעד זמני המוגשת אליו לשם סיוע להליך עיקרי המתנהל מחוצה לה. יתרונות אלה אף אין משמעם כי על בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני מסוג זה ביד רחבה.<sup>106</sup> יתרונות אלה משמעם

101 קלמנט וספירא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 92.

102 Maher & Rodger, לעיל ה"ש 7, בעמ' 302–303.

103 שם, בעמ' 303.

104 Marketa Trimble, *Cross-Border Injunction in U.S. Patent Cases and Their Enforcement Abroad*, 13 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 331, 342 (2009).

105 למשל, תובע-בכוח השוקל ניהול תביעת לשון הרע בצרפת למניעת פרסומים דיבתיים שנעשו על ידי אתר אינטרנט ישראלי עשוי להימנע מלמצות זכויותיו המהותיות אם לא יוכל לקבל במהלך התביעה צו מניעה זמני נגד הפרסומים הן בצרפת והן בישראל. בעקבות זאת נמנע מנתבעים-בכוח תמריץ שלילי להפרת חובותיהם המהותיות.

106 יצוין כי במאמרם של אלון קלמנט ורועי שפירא, לעיל ה"ש 2, בעמ' 108, מאופיינת ההכרעה הפרשנית הטיפוסית הנעשית על ידי בתי משפט בנושא סעדים זמניים כבחירה בין שתי חלופות: החלופה האחת היא של פרשנות רחבה של התנאים לקבלת סעדים זמניים – כזו המעניקה סעדים זמניים בקשת רחבה יחסית של נסיבות; החלופה האחרת היא של פרשנות צרה של התנאים האמורים.



אך ורק כי קיימת גם קיימת הצדקה ליתן לבית המשפט סמכות להעניק סעד זמני. הענקת סמכות זו תמנע הסתרותם של חלק מבעלי דין מעבר לגבולות אשר כיום הם שרירותיים במידה מסוימת. הענקת סמכות זו תשרת את האינטרס של חלק מבעלי הדין אשר גורל התביעה שהגישו עשוי להיות מוכרע, אם לא יינתן הסעד הזמני בישראל. הענקת סמכות זו תעלה בקנה אחד עם המגמה המסתמנת בתקופה האחרונה של שיתוף פעולה חוצה גבולות ושל עזרה בין-מדינתית.<sup>107</sup> הענקת סמכות זו אף תמנע ראייה בישראל, במקרים מסוימים, "מדינת מקלט" המשרתת גורמים הפועלים שלא כדין.<sup>108</sup> נוכח האמור, על אף הקשיים הטמונים בהקניית סמכות לבית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד ההליך העיקרי מתנהל מחוץ לגבולות המדינה, ראוי לטעמי להכיר בסמכות שכזו. עם זאת נוכח קיומם של שיקולי מדיניות סותרים בנדון אעבור לבחון אם האפשרות לאכוף החלטה של בית משפט זר בנושא סעדים זמניים משנה ממסקנתי זו.

#### 4. סמכותו (?) של בית המשפט בישראל לאכוף החלטה בנושא סעד זמני שניתנה בפורום הזר אינה מייצרת את הדיון בסמכותו ליתן סעד זמני במישרין

אי אפשר לערוך ניתוח מלא של סוגיית סמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד התובענה העיקרית מתנהלת מחוצה לה מבלי להידרש לשאלה מהן החלופות האפשריות הקיימות בנושא זה. בהקשר זה אפשר לערוך הבחנה תמציתית בין שתי חלופות מרכזיות אפשריות.<sup>109</sup> על פי החלופה האחת, אפשר להקנות לבית המשפט בישראל סמכות לדון במישרין בנושא הענקתו של סעד זמני מסוג זה. בחלופה זו הבקשה לסעד הזמני מוגשת, כבר מבראשית, ישירות לבית המשפט בישראל, אשר פוסק בסוגיה,

נדמה כי תוצאתו המשפטית של פסק הדין בפרשת רוט, לעיל ה"ש 16, מגלמת פרשנות צרה ביותר (אם לא מאיננה) של מנגנון הסעדים הזמנים בהליכים חוצי גבולות. כאמור לעיל, פרשנות כה צרה אינה רצויה לטעמי. בכך כמובן אין כדי לומר כי בית המשפט צריך לאמץ פרשנות נגדית ורחבה ביותר באשר לתנאים שבהם יינתנו סעדים זמניים בהליכים חוצי גבולות. נהפוך הוא, כפי שיוצג להלן, הענקתו של סעד זמני צריכה להיעשות במשורה ובזהירות.

107 פרשת לוכסמבורג, לעיל ה"ש 52; לטענה לפיה הסיוע למדינות אחרות, על פי כללי הנימוס הבין-לאומי, מחייב צעדים אקטיביים, להבדיל מפסיביים, ראו *Michell*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 750; קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה", לעיל ה"ש 86, שבמסגרתו דנה המחברת בצורך של בתי המשפט בישראל לטפח ולקדם את יצירתה של מערכת שיפוטית בין-לאומית, על דרך של שיתוף פעולה בין-לאומי.

108 ראו לעניין זה הערתו של השופט גרוניס בפרשת קציב, לעיל ה"ש 17, פס' 7 לפסק דינו.

109 להבחנה זו ראו *Bermann*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 557. בהקשר זה יצוין כי ייתכן גם מצב שבו סעד זמני יינתן על ידי הערכאה הזרה בלבד, אך עדיין יהיה בעל השפעה על גורמים בתחומי מדינת ישראל. דוגמה אחת לכך היא מתן סעד זמני מסוג *Mareva* על ידי ערכאה זרה. צו זה חל *In Personam*, ומטעם זה בין היתר הוא עשוי לחייב גם צדדים הנמצאים מחוץ לתחומי המדינה שבה הוא ניתן.

מבלי שיש כלל הכרח כי בית המשפט בפורום הזר (הוא הפורום שבו מתנהלת התביעה העיקרית) דן בבקשה דומה לסעד זמני. על פי החלופה השנייה, אפשר להקנות לבית המשפט בישראל סמכות לדון בעקיפין בנושא הסעד הזמני, בכפוף להחלטתו של בית המשפט הזר שבפניו מתנהלת התביעה העיקרית. על פי חלופה זו, ההחלטה בנושא הסעד הזמני מתקבלת על ידי בית המשפט הזר (שבפניו מתנהלת התביעה העיקרית), ואילו תפקידו של בית המשפט בישראל מצטמצם לכדי אכיפה של החלטה זו מבלי לבחון מחדש את צדקתה. יישומה של כל אחת מהחלופות מוביל לתוצאה דומה – הענקת סעד זמני על ידי בית המשפט בישראל בעוד ההליך העיקרי מתנהל בפורום זר. ברם משקלם של היתרונות והחסרונות המפורטים לעיל שונה מחלופה לחלופה.

בפרק ה-2 לעיל פורטו חסרונות העשויים לנבוע מהכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני. במבט ראשון עיון בחסרונות אלה מגלה כי הם נוגעים בעיקרם לחלופה הראשונה להענקת סעד זמני, שבמסגרתה בית המשפט בישראל דן במישרין בבקשה לסעד זמני. החסרונות האמורים עשויים להצטמצם ככל שמדובר בהקניית סמכות עקיפה בלבד לבית המשפט בישראל ליתן סעד זמני על ידי אכיפת החלטה בנדון של בית המשפט הזר. שכן על פי חלופה זו, בית המשפט המכריע בשאלת הסעד הזמני הוא בית המשפט הזר, שאמור על פני הדברים להיות בעל עדיפות מבחינת בקיאותו בדיון הזר ובפרטי המחלוקת ומבחינת יכולתו לעקוב אחר ההתפתחויות בניהול ההליכים המשפטיים המתנהלים בפניו. בחלופה זו אף נחלש החשש לקיומן של הכרעות סותרות בין בתי משפט שונים ברחבי העולם<sup>110</sup> וכן החשש לפגיעה בכללי הנימוס הבין-לאומי, שכן בית המשפט הזר אמר את דברו בנושא הצורך במתן סעד זמני בצורה מפורשת (להבדיל ממצב שבו בית המשפט בישראל צריך לשער מה תהא עמדתו של בית המשפט הזר באשר למתן הסעד הזמני).<sup>111</sup>

ואולם, עדיפותה של החלופה השנייה לגבי שיקולים אלה אינה חד-משמעית, וכפי שאראה להלן איננה מייתרת את הצורך בחלופה הראשונה. למשל, אי-הכרותו של בית המשפט הדן בבקשה לסעד זמני את פרטי המחלוקת אופיינית לא פעם לא רק לבית המשפט בישראל אלא גם לבית המשפט הזר, שכן בקשות לסעד זמני מוגשות על דרך הכלל עם הגשתה של התביעה העיקרית, טרם תחילת בירורה של המחלוקת בין הצדדים.<sup>112</sup> זאת ועוד, כניסה לתחומו של בית המשפט הזר והכרעות סותרות בין בתי המשפט ברחבי העולם עלולות להתרחש אף בחלופה השנייה, שכן פרשנות החלטתו של בית המשפט הזר שנאכפה והיקף תחולתה עשויים להגיע דווקא לפתחו של בית המשפט

110 יוער כי גם במצב זה ייתכנו מקרים שבהם יהיה שוני בין החלטתו של בית המשפט הזר להחלטת בית המשפט בישראל. למשל, אם בית המשפט הזר יחליט על מתן סעד זמני אך בית המשפט בישראל יסרב לאכפו עקב היותו מנוגד לתקנת הציבור.

111 Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 557.

112 קונפינו-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 97, ה"ש 317.

הישראלי, במקרה שבו תועלינה טענות להפרתה בישראל.<sup>113</sup> במקרה זה יידרש בית המשפט בישראל לשים עצמו בנעליה של הערכאה הזרה, ובכך יפתח פתח ברור להדירה לתחומה כמו גם להכרעות שיפוטיות סותרות.

שיקול נוסף, אשר אף הוא אינו מכריע את הכף לטובת אף אחת מהחלופות, נוגע לשוני הקיים במאגר הסעדים הזמניים הנתונים בידי בתי המשפט השונים בעולם. למשל, ייתכן מצב שבו בית המשפט הזר אינו מוסמך ליתן סעד זמני מסוים, אם מכיוון שסעד זה אינו מוכר כלל בדין המדינה שבה הוא פועל,<sup>114</sup> ואם מכיוון שכך הוא הדבר בנסיבותיו של מקרה מסוים.<sup>115</sup> במקרה שכזה נקיטת החלופה השנייה בלבד עשויה למנוע מבעל דין סעד זמני שהוא זקוק לו, ואשר בית המשפט שבפניו מתנהל ההליך בעניינו נטול סמכות לתתו. אולם בהחלט אפשר לתאר מצב הפוך, אשר בו בית המשפט בישראל הוא שיהיה נטול סמכות ליתן את הסעד הזמני המבוקש, ולכן נקיטת החלופה הראשונה בלבד תמנע מבעל הדין לקבלו. במקרה שכזה אין הכרח שסעד כאמור לא יוכל להינתן אם תינקט החלופה השנייה, שכן ייתכן כי בית המשפט בישראל יוכל לאכוף את הסעד הזמני באמצעות מתן סעד זמני זהה (על אף היותו בלתי מוכר בישראל).<sup>116</sup> כפי שיפורט להלן,<sup>117</sup> אין לטעמי תשובה חד-משמעית לשאלה עד כמה מוצדק ורצוי ליתן סעד זמני במצבים שכאלה אשר בהם קיים שוני במאגר הסעדים הזמניים בין בתי המשפט ברחבי העולם. על כן, אף על פי שאין להתעלם מקיומו של שיקול זה, אין בו כדי ליתן עדיפות לחלופה אחת על פני רעותה.

לצד שיקולים אלה עומדים שיקולים אחרים המצדיקים את העדפתה של החלופה הראשונה על פני רעותה, הן מבחינת הדין הרצוי והן מבחינת הדין המצוי. מבחינת הדין הרצוי, חיוב בית המשפט בישראל להמתין להכרעתו של בית המשפט הזר מונע מבעלי דין את האפשרות ליהנות מאותם יתרונות ממשיים הקיימים בהענקתה של סמכות לדון במישורין בשאלת הסעד הזמני. גורם רב-חשיבות בתחום הסעדים הזמניים הוא המידיות

113 Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 604–607 (שם מצוין גם כי במקרה של שינוי החלטת בית המשפט הזר שכבר נאכפה עשוי להיווצר מצב שבו ידורו בכפיפה אחת שני צווים סותרים של בתי המשפט); Trimble, לעיל ה"ש 104, בעמ' 350–351 (שם נדונה הבעייתיות בהידרשותו של בית המשפט המקומי לטענות בדבר ביזיון בית המשפט בשל הפרה נטענת של צו זמני העוסק בפטנטים).

114 למשל, במסגרת Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc, 527 U.S. 308 (1999) נקבע על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית ברוב דעות כי בתי המשפט הפדרליים אינם מוסמכים ליתן סעד זמני מסוג Mareva. לדיון בפסק דין זה ראו David Capper, *The Need for Mareva Injunctions Reconsidered*, 73 FORDHAM L. REV. 2161 (2005).

115 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 2233/90 אוקון נ' זקס, פ"מ התשנ"ב(1) 184, 191–189 (1991), שבמסגרתו צוין כי בית המשפט בישראל אינו מוסמך לעקל את נכסי המשיב, וזאת לא מכיוון שסעד העיקול אינו מוכר בדין הישראלי כי אם עקב הימצאות הנכסים מחוץ לתחום שיפוטה של ישראל.

116 לעניין זה ראו Goldstein, לעיל ה"ש 86, בעמ' 762–763; Trimble, לעיל ה"ש 104, בעמ' 334.

117 ראו הדיון להלן בפרק 2.

והדחיפות שבהן הם נדרשים. קיום סמכות עקיפה בלבד בידי בית המשפט בישראל יאלץ את מבקש הסעד הזמני להידרש לעבור שתי משוכות טרם זכייתו בסעד זמני – האחת בפני בית המשפט הזר והשנייה בפני בית המשפט הישראלי (הפועל לאכיפת החלטתו של בית המשפט הזר). אף אם אפשר לחשוב על אפשרויות כאלה ואחרות כדי להביא לצמצום פרק הזמן הדרוש כדי לעבור שתי משוכות אלה,<sup>118</sup> הרי שקיומם של שני הליכים, נפרדים, שאותם יאלץ מבקש הסעד הזמני לעבור, עשוי למנוע את סיכול יצירתן של עובדות בשטח טרם השלמתם. אילוץ זה עשוי להיות בעייתי במיוחד במקרים של מעשי הונאה חוצי יבשות שמהם סובל העידן המודרני,<sup>119</sup> ושבהם מועבר כסף ברחבי העולם במהירות, לעתים בלחיצת מקש, כדי לסכל כל אפשרות ללכידתו.<sup>120</sup> בנסיבות אלה קיים יתרון בהקניית הסמכות דווקא לבית המשפט אשר הנכסים והאינטרסים מושא הסעד הזמני מצויים בשטחו – יתרון הבא לידי ביטוי בין היתר באפשרות להשיג את הסעד הזמני ולהביא לקיומו באופן מידי.<sup>121</sup> זאת ועוד, מבחינת הדין הרצוי לחלופה הראשונה יתרונות נוספים.<sup>122</sup> למשל, החלופה הראשונה עשויה להיות בעלת עדיפות מבחינת יעילות דיונית, שכן היא מחייבת בעל דין לעבור הליך אחד בלבד (בישראל) טרם מתן הסעד הזמני, בניגוד לחלופה השנייה אשר מחייבת קיומם של שני הליכים (אחד בישראל ואחד בפורום הזר), דבר אשר עשוי לחייב את מבקש הסעד הזמני אף לשאת בעלויות כספיות רבות יותר.

מבחינת הדין המצוי, במדינות רבות תנאי לאכיפת החלטה של בית משפט זר הוא סופיותה. סופיות ההחלטה, שהיא תנאי לאכיפתה, עשויה ללבוש פנים שונים.<sup>123</sup> פן אחד של סופיות ההחלטה אשר אכיפתה מתבקשת עשוי להיות חוסר האפשרות לערער

118 כך קיימת אפשרות תאורטית לוותר על חלוף מועד הערעור כתנאי לאכיפת ההחלטה ואף לאפשר אכיפת החלטות שניתנו *ex-parte* מבלי שניתנה לבעל הדין שנגד האפשרות לטעון בערכאה הזרה נגד מתן הסעד הזמני.

119 ראו Credit Suisse Fides Trust SA v. Cuoghi [1998] Q.B. 818, 827 (להלן: פרשת *Credit Suisse*).

120 Malet-Deraedt, לעיל ה"ש 78, בעמ' 2, 23–24.

121 קונפינור, לעיל ה"ש 67, בעמ' 86–87.

122 יתרון נוסף של החלופה הראשונה נובע מהיותו של דיון בבקשה לסעד זמני מחייב את הידרשותו של בית המשפט לעניינים טכניים, דוגמת קביעת לוחות זמנים ובטוחות. בהתחשב בנגיעתו של הסעד הזמני המבוקש לרוב לנכסים ואינטרסים המצויים בישראל, קיימת עדיפות לבית המשפט בישראל במתן הסעד הזמני. לעניין זה ראו Goldstein, לעיל ה"ש 86, בעמ' 764 וכן פסק הדין במסגרת Denilauler v. Couchet Freres [1980] E.C.R. 1553 המאוזכר שם.

123 הרציונל העומד מאחורי התנאי בדבר סופיותה של החלטה הוא בין היתר רצון למנוע הכרעות סותרות בין בתי המשפט ברחבי העולם, שכן אכיפת החלטה בלתי סופית של בית המשפט הזר טומנת בחובה את הסיכון כי החלטה זו תשתנה בשלב מאוחר יותר, ולכן תהיה סתירה בין החלטת בית המשפט בישראל לבין החלטתו של בית המשפט הזר.

עליה. ואכן, במסגרת חוק אכיפת פסקי-חוק מותנית אכיפתו של פסק זר בישראל בהיותו בלתי ניתן לערעור. תנאי זה הופך את האפשרות של אכיפת החלטתו של בית המשפט הזר בנושא סעדים זמניים לבעלת אפקטיביות מוגבלת, שכן הוא מאלץ את מבקש הסעד הזמני להמתין זמן רב טרם יוכל לאכוף את ההחלטה הזרה בישראל.<sup>124</sup> פן שני של סופיות ההחלטה אשר אכיפתה מתבקשת עשוי להיות היותה בלתי ניתנת לשינוי. נוכח פן זה עולה השאלה אם על פי המצב המשפטי כיום בית המשפט בישראל הוא בעל סמכות לאכוף החלטה בנושא סעד זמני, שהיא החלטת ביניים בלבד (להבדיל מפסק דין סופי). שאלה זו שנויה במחלוקת בפסקי הדין של הערכאות הנמוכות ובכתיבה האקדמית, וטרם ניתנה לה תשובה מלאה וממצה מפרי עטו של בית המשפט העליון.<sup>125</sup> לאור האמור השאלה איזו מבין שתי החלופות ראוי לנקוט עשויה להיות מוכרעת בסופו של דבר על ידי המצב המשפטי המצוי, להבדיל מהרצוי.<sup>126</sup>

124 Trimble, לעיל ה"ש 104, בעמ' 347–348.

125 לחילוקי הדעות בנושא זה ראו Goldstein, לעיל ה"ש 86, בעמ' 756–758; וסרשטיין פסברג, לעיל ה"ש 10, בעמ' 8–11, 35, אשר תומכת בכך כי אפשר לאכוף על פי הדין בישראל פסק ביניים (אך לא להכיר בו); בש"א (מחוזי י-ם) 7860/01 **The British American Tobacco Limited** נ' **Jerusalem Cigarettes Company Ltd.**, פס' 10 להחלטתו של השופט צבן (פורסם בנבו, 25.9.2001) (להלן: פרשת **Tobacco**) (המפנה לספרה הנזכר לעיל של המלומדת וסרשטיין פסברג, שם); ה"פ (מחוזי ת"א) 408/00 **tower air inc** נ' **רשם החברות** (פורסם בנבו, 28.5.2000) (שם נקבע לגבי סעיף 8 לחוק אכיפת פסקי-חוק כי "איזכורם של ענייני מזונות בסעיף אינו אלא דוגמה בלבד לסעדים הזמניים שניתן לאכוף"). מנגד, בדברי ההסבר להצעת החוק להכרה בפסקים זרים ואכיפתם, התשי"ז–1956, ה"ח 104, 107, מצוין כי "החוק המוצע מאפשר באופן יוצא מן הכלל אכיפת פסקים זמניים בענייני מזונות ומשמורת קטינים. הוראה זו היא בבחינת חידוש ואין לה אחר ורע בהוראות המנדטוריות הקיימות. מגמתה היא ליתן תוקף פנימי לאמנה הבינלאומית בדבר ביצוע פסקי מזונות זרים הנדונה כעת באו"ם". דומה כי הייחודיות שאליה מפנים דברי ההסבר להצעת החוק נוגעת אך ורק לאפשרות לאכוף פסקים זרים זמניים בנושא מזונות (בהקשר זה ראו גם ע"א 665/72 **חאן נ' שויבל**, פ"ד כז(1) 690, 693 (1973), שממנו משתמע כי הסעיף המתיר אכיפת פסקי ביניים דן רק בנושא מזונות; פרשת **Dale**, לעיל ה"ש 59, פס' 21–22 להחלטה, שם הביע השופט עדיאל ספק באשר לאפשרות לאכוף צווים זמניים זרים וציין כי מכל מקום אי אפשר להכיר בהם; פרשת קורניש, לעיל ה"ש 58, פס' 3 להחלטה, שם צוין כי המגבלה הקבועה בסעיף 8 מעידה על רצון המחוקק למנוע אכיפת סעדים שניתנו בהליכי ביניים, למעט פסיקת מזונות). מכל מקום, יצוין, כי כאמור אף האפשרות להכיר (להבדיל מלאכוף) פסקים זרים (קל וחומר החלטות ביניים בנושא סעד זמני) מוגבלת ביותר, אם לא לומר שולית, בדין הישראלי. עוד ראו חגי כרמון פסקי חוק בישראל – הכרה ואכיפה 148–151 (2011). למצב המשפטי בארצות הברית ראו **Bermann**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 601–610.

126 זאת ועוד, אף בהנחה כי אפשר לבקש אכיפה בישראל של החלטה בנושא סעד זמני, דומה כי קיימים תנאים נוספים הפוגעים במידה רבה בפרקטיות של החלופה השנייה, שכן על פי הוראותיו של חוק אכיפת פסקי-חוק כיום, על פסקי-חוק שבעל דין מבקש לאכוף בישראל, להיות תוצאה של הליך

סיכומו של פרק זה – קיימות הצדקות כבודות משקל להכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן לבעל דין סעד זמני לשם סיוע להליכים המתנהלים מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל. הצדקות אלה אינן מאבדות מתוקפן אף בהתחשב באפשרות התאורטית הקיימת של הכרה בסמכותו של בית המשפט לאכוף החלטה בנושא סעד זמני שניתנה על ידי בית המשפט הזר. עם זאת, בשל קיומם של שיקולי מדיניות סותרים כאמור באשר לרציפותה של הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל, אעבור לבחון את הדברים גם ממבט על תוך הידרשות לתאוריות העומדות מאחורי כללי הסמכות.

## 1. בחינה תאורטית של היקף סמכותו הבין-לאומית של בית המשפט בישראל

כדי לקבוע אם יש להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל, ראוי לבחון גם את שיקולי המדיניות שפורטו לעיל על רקע חלק מהגישות התאורטיות הקיימות בנושא היקפן של סמכויות השיפוט של בתי המשפט ברחבי העולם.

### 1. התורה הטריטוריאלית ועקרון האפקטיביות

בראש גישות הסמכות עומדת התורה הטריטוריאלית המסורתית (הידועה אף כתורת הכוח (Power Theory) או כתורת השליטה). על פי תורה זו, בתמציתה, לכל מדינה סמכות שיפוט על בני אדם או נכסים הנמצאים בתוך שטחה, אך לא על בני אדם ונכסים הנמצאים מחוצה לה.<sup>127</sup> כלומר, על פי תורה זו, זיקות להליך המתבטאות בהימצאות

שבמסגרתו ניתנה לבעל הדין שכנגד הזדמנות לטעון טענותיו בפורום הזר. על כן ייתכן כי צווים שניתנו *ex-parte* וללא זימונו של בעל הדין שכנגד לא יהיו אכיפים.

127 תורה זו, אשר מבוססת על ספרו של Ulric Huber (DE CONFLICTU LEGUM DIVERSARUM IN DIVERSIS IMPERIIS (1689), זכתה לגיבוש תאורטי על ידי המלומד והשופט Joseph Story בספרו COMMENTARIES ON THE CONFLICT OF LAWS משנת 1834. ליישומו של כלל זה ראו בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד 1 ו 945, 964 (1952); להרחבה ראו עמוס שפירא "נוזיקין במשפט-הבינלאומי-הפרטי: מכללים מכניים לגישה פונקציונלית" עיוני משפט א 96, 98–99 (1971); מיכאיל קרייני השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית 122–131 (2002) (להלן: קרייני הליך ברירת הדין); יעד רותם ואיריס לושי-עבודי "המצאה ל'מורשה בהנהלת עסקים' – מה הדין? על התאוריה החדשה של סמכות בין-לאומית" ספר אורי קיטאי – אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט 315, 315 (בועז סנג'רו עורך, 2007); קונפינו-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 2–3.

אדם או נכס בתחום המדינה ובשליטתה הן המוחזקות כאמת המידה הראויה לקביעת היקפה של סמכות השיפוט הביין-לאומית.

הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לשם סיוע להליך זר ניתנת להצדקה אפוא על פי התורה הטריטוריאלית, וזאת אם האנשים או הנכסים אשר בעניינם דרוש סעד זה מצויים בישראל. ואכן, בכל החלטותיהם של בתי המשפט בישראל שפורטו לעיל, ואשר דנו בבקשות למתן סעד זמני מסוג זה, אכן היו מצויים בישראל אותם אנשים או נכסים שבעניינם נתבקש הסעד. עובדה זו אינה מפתיעה, שהרי התמריץ העיקרי להגשת בקשה לסעד הזמני דווקא בישראל, חרף ניהול ההליכים מחוצה לה, היא האפשרות ליישמו ולאכפו באופן מידי ורחוף על גורמים המצויים בה. בהתחשב באמור לעיל, על פי התורה הטריטוריאלית היה מקום להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בכל אותן החלטות. ויובהר – על פי התורה הטריטוריאלית, ניהול ההליכים המקבילים במדינה הזרה באותן החלטות שפורטו אינו מביא להצרת היקף סמכותו של בית המשפט בישראל, שכן סמכות זו נקבעת לפי היקף שליטתה של המדינה, וממילא הליך זר אינו יכול לצמצמה.<sup>128</sup> ואם לא די בכך, הרי ככל שמדובר בבקשה לסעד זמני באשר לנכסים המצויים בישראל, הענקת סמכות לבתי המשפט בישראל אף עולה בקנה אחד באופן מיטבי עם התורה הטריטוריאלית. שהרי במקרה כזה היקף הפעלת הסמכות מוגבל ומתוחם – על פי טיבה של בקשה מסוג זה – אך ורק לאותם נכסים שבשליטתה של המדינה (ולא מעבר לכך).<sup>129</sup> בכך מוסר החשש לפעולתו של בית המשפט מעבר לסמכותו.

עינינו הרואות, כי על פי התורה הטריטוריאלית אין כל מניעה להכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני כאמור. אמנם אפשר לחשוב על מצבים היפותטיים שבהם יתבקש סעד זמני חרף הימצאותם הן של האנשים והן של הנכסים שבעניינם מבוקש הסעד הזמני – מחוץ לישראל. אולם כפי שפורט לעיל, לא רק כי מדובר במצבים בלתי שכיחים (שלא לומר נדירים), הרי ברור כי בכל אופן אף במצבים אלה אין כדי להביא למסקנה כי יש לשלול אפריורית הקניית סמכות לבית המשפט בישראל גם בעניינם של מצבים שבהם מוצדקת גם מוצדקת הקניית סמכות לפי התורה הטריטוריאלית עצמה.<sup>130</sup>

תאוריה נוספת המצדיקה הקניית סמכות לבית המשפט לדון בבקשה לסעד זמני המסייע להליך זר, שהיא בעלת זיקה לתורה הטריטוריאלית, מבוססת על עקרון האפקטיביות. על פי עיקרון זה, ראוי כי סמכותם הביין-לאומית של בתי המשפט במדינה

128 שאלת קיום סמכות בידו של בית המשפט בישראל על פי התורה הטריטוריאלית נפרדת מהשאלה אם הפעלת סמכות זו תהיה חדירה לתחום סמכותו של בית המשפט הזר (אשר גם אליה אחיחס להלן).

129 קרייני הליך ברירת הדין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 129–130.

130 יוער כי במתווה המוצע להלן בפרק ז יוכל בית המשפט ליתן את המשקל המבוקש להיעדר זיקות מבחינת מיקום האנשים והנכסים מושא הסעד המבוקש במסגרת שיקול דעתו.

תחול על כל הליך אשר עשויה להינתן במסגרתו החלטה אפקטיבית (ולהפך, היינו כי אין זה ראוי כי סמכותם של בתי המשפט תחול על הליך אשר אין באפשרותם ליתן החלטה אפקטיבית בסיומו).<sup>131</sup> בתחילת דרכו הצדיק עקרון האפקטיביות סמכות שיפוט בין-לאומית רק בעניינו של אדם או נכס המצויים בתחום המדינה (הואיל ורק אז אפשר כביכול לאכוף את פסק הדין שיינתן בתום ההתדיינות). עם השנים נתרככה תפיסתו של עיקרון זה והובהר כי היקף סמכות השיפוט צריך להיקבע לפי השאלה אם דברו של בית המשפט ייאכף, כדי שתושג התוצאה הפרקטית שאליה שאף הטריבונול להגיע בהכרעו את הדין (וזאת מבלי שקיים כלל הכרח כי האנשים והנכסים מושא ההליך ימצאו בתחומי המדינה).<sup>132</sup>

השאלה כיצד הקניית סמכות שיפוט בין-לאומית לעניין סעד זמני בלבד עולה בקנה אחד עם עקרון האפקטיביות היא מורכבת. במובנו הצר של עקרון האפקטיביות, אין כל סיבה שסעד זמני שניתן על ידי בית המשפט בישראל בנסיבות אלה לא יהיה בעל אפקטיביות, בדומה לכל סעד זמני הניתן בהליך "רגיל" בבית המשפט בישראל. למשל, אין כל סיבה שעיקול שניתן לשם סיוע להליך המתנהל מחוץ לישראל לא ימנע דיספוזיציה בנכסים באותו אופן שבו עיקול המוטל בהליך "רגיל" עושה כן. במובן זה, לא זו בלבד שהחלטתו של בית המשפט אפקטיבית, אלא אף לרוב תהיה החלטתו אפקטיבית הרבה יותר מהחלטתו של כל בית משפט זר אשר ידון בבקשה לסעד זמני (שכן החלטתו של בית משפט זר בבקשה אינה בעלת תוקף אפקטיבי בישראל, ודאי לא באופן מדי). אולם לטעמי בהקשר זה יש לבחון את עקרון האפקטיביות גם במובנו הרחב, היינו יש לבחון אם החלטתו של בית המשפט בישראל תהיה אפקטיבית מבחינת סיועה למימושה והוצאתה לפועל של ההחלטה הסופית בהליך הזר.<sup>133</sup> למשל, אין לומר כי הטלת עיקול על נכסים על ידי בית המשפט בישראל אפקטיבית אם ידוע כי אי אפשר יהיה לאכוף בישראל את פסק הדין העתיד להינתן בהליכים הזרים המתנהלים בעת ובעונה אחת. עם זאת דוגמה זו אינה משקפת בהכרח את מצב הדברים הרגיל. אין כל סיבה לקבוע אפריורית כי אי אפשר יהיה להשתמש שימוש אפקטיבי בכל סעד זמני שניתן לצורך אכיפת פסק דין שיינתן בפורום הזר. מסיבה זו, כפי שיוצע להלן, כדי לבחון

131 ברוך ברכה "מקומו של עקרון האפקטיביות במסגרת כללי הסמכות הבינלאומית הפנימית של בתי המשפט בישראל" עיוני משפט 1, 560, 561-562 (1979). יוער כי לפי הפסיקה בישראל, עקרון האפקטיביות אינו חזות הכול, אלא הוא עקרון פרשנות הדר בכפיפה אחת עם עקרונות נוספים, וממילא אפקטיביות כשלעצמה אינה מקימה סמכות לבית המשפט אם לא קיים לכך מקור חוקי. לעניין זה ראו למשל ע"א 598/85 כהנא נ' כהנא, פ"ד מד(3) 473, 483 (1990).

132 ברכה, לעיל ה"ש 131, בעמ' 562-564.

133 השוו שם, היכן שמצוין כי שאלת אכיפתה של החלטה במדינה זרה עשויה להשפיע על שאלת האפקטיביות.



את שאלת הסמכות בהקשר זה ראוי כי בית המשפט יבחן את שאלת האפקטיביות בנסיבותיו של כל מקרה המובא לפתחו.<sup>134</sup>

## 2. תורת ההגינות וצמיחת שיקול הדעת השיפוטי לאי־הפעלת סמכות

כאמור, התורה הטריטוריאלית ועקרון האפקטיביות עולים בקנה אחד עם מתן סמכות לבית המשפט בישראל (ולמצער אין בהם כדי לשללה). עם זאת ראוי לציין כי התורה הטריטוריאלית, אשר קנתה שביתה במשפט האנגלו-אמריקאי בסוף המאה התשע-עשרה ובתחילת המאה העשרים, איבדה לא מעט ממשקלה ברבות השנים (במיוחד במשפט האמריקאי) לטובת תורת סמכות חדשה, היא תורת ההגינות (Fairness Theory).<sup>135</sup> לעומת התורה הטריטוריאלית המבוססת על שליטת המדינה על הנתבע או נכסיו, תורת ההגינות מבססת את סמכותו של בית המשפט על הזיקות הענייניות שיש לצדדים או לסכסוך עם מדינת הפורום.<sup>136</sup> הצדקת קיומה של סמכות על פי תורה זו מחייבת אפוא שקילת שיקולים פונקציונליים הקשורים בין היתר לנוחות הכרוכה בניהול הדין בפורום המסוים, כמו גם לשאלת ברירת הדין והאינטרסים המיוחדים העשויים להיות לפורום בנושא ההתדיינות.<sup>137</sup>

134 ראו דיון בשאלה אם אפשרות אכיפת פסק הדין הזר היא תנאי למתן הסעד הזמני בישראל להלן בפרק 2.1.

135 ROY L. BROOKS, CRITICAL PROCEDURE 39–40 (1998); ליישומה של תורת ההגינות בפסיקה האמריקאית ראו International Shoe Corp. v. State of Washington 326 U.S. 310 (1945) (להלן: פרשת *International Shoe*) (שם נקבע כי אפשר להכפיף נתבע לסמכות שיפוטו של בית המשפט אף אם הוא אינו נמצא בתחומי הפורום, בתנאי שקיימת זיקה מינימלית (minimum contacts) למדינת הפורום, וכי ההתדיינות שם אינה סותרת את עקרונות ההתדיינות ההוגנת והצדק המהותי); Shaffer v. Heitner 433 U.S. 186 (1977) (להלן: פרשת *Shaffer*) (שם נקבע כי רכישת סמכותו של בית המשפט על ההליך אינה יכולה להיקבע אך ורק על סמך הימצאו של נכס מנכסי הנתבע בתוך מדינת הפורום, כי אם עליה להיבחן לאור המבחנים שנקבעו בפרשת *International Shoe*).

136 יצוין כי חרף קיומן של גישות סמכות אחרות בחרתי להתמקד במאמר זה בתורה הטריטוריאלית ובתורת ההגינות, בהתחשב במשקל הרב הניתן להן בפסיקה הישראלית והזרה. על מרכזיותן של התורה הטריטוריאלית ותורת ההגינות גם בשיח התאורטי ראו למשל, Arthur Taylor von Mehren, *Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated*, 6 TEL AVIV U. STUD. L. 50, 54–55 (1983–1984).

137 קרייני הליך ברירת הדין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 145; Hans Smit, *The Enduring Utility of In Rem*; Rules: A Lasting Legacy of *Pennoyer v. Neff*, 43 BROOK. L. REV. 600, 601–607 (1977); R.H. Graveson, *Choice of Law and Choice of Jurisdiction in the English Conflict of Laws*, 28 THE BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 273, 277–278 (1951).

אף תורת ההגירות עשויה להצדיק הקניית סמכות לבית המשפט בישראל לרון בבקשה לסעד זמני בעוד ההליך העיקרי מתנהל בבית משפט זר. הסיבה העיקרית לכך היא כי בניגוד לתורה הטריטוריאלית הנוקשה, תורת ההגירות מקנה משקל אף לאינטרסים של התובע כאחד משיקולי ההגנות.<sup>138</sup> הואיל והקניית סמכות לבית המשפט בישראל ליתן סעד זמני דרושה כדי להגן על האינטרסים של התובע ולמנוע מצב שבו תביעתו בהליך הזר תתייתר ותושם לאל, תורת ההגירות עשויה להצדיק הכרה בסמכות כאמור. זאת ועוד, סיבה נוספת לכך, גם אם משנית, היא כי בחלק ניכר מהמקרים בקשה לסעד זמני לשם סיוע להליך הזר מוגשת בעניין נכס המצוי בישראל. כאמור, הימצאותו של הנכס בישראל יש בה כדי להצדיק הקניית סמכות שיפוט לבתי המשפט בישראל לפי התורה הטריטוריאלית. אולם הקניית סמכות שיפוט לבית המשפט בישראל עקב הימצאותו של נכס בה ניתנת להצדקה אף על סמך נימוקים שיסודם בתורת ההגירות.<sup>139</sup> למשל, הימצאות הנכס בישראל יש בה כדי להעיד על הסכמת הצדדים להתדיין בה. וכך, למשל, מיקומו של הנכס בישראל עשוי להצדיק מתן סמכות לפורום זה מטעמים פונקציונליים של קרבת הנכס אליו, אשר עשויה להקל את ההתדיינות.<sup>140</sup> מהניתוח לעיל עולה כי סמכות בית המשפט בישראל להעניק סעד זמני בעוד ההליך העיקרי מתנהל מחוצה לה ניתנת להצדקה אף לפי תורת ההגירות. עם זאת ראוי לציין כי כחלק מהתפתחותה של תורה זו ניכרת צמיחה בשיקול הדעת המוענק לבתי המשפט

Smit 138, לעיל ה"ש 137, בעמ' 608; קונפיונר-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 5.

Smit 139, לעיל ה"ש 137, בעמ' 606-601; Pierre Lalive, *The Transfer of Chattles in the* ; 606-601 (1995); Robert A. Leflar, *The Converging Limits of State Conflict of Laws* 110-115 (1995); "The whole mass of Jurisdictional Powers, 9 J. PUB. L. 282, 286 (1960) (שם מצוין: permissibile in rem and quasi in rem jurisdiction cases fits readily into the fair play and substantial justice framework as it is today being defined. A defendant who has located his movable and immovable tangible things in a state can reasonably enough be said to have submitted his interests, however personal they admittedly be, in the things to the determination by the courts of the state where he left the things, and he has equally made (them available to the claims of his creditors there" לעיל ה"ש 135, בעמ' 210, לא שלל בית המשפט העליון בארצות הברית את האפשרות כי אף ללא minimum contacts ירכוש בית המשפט את הסמכות להורות על עיקול נכס המיועד להבטחת ביצועו של פסק דין עתידי בפורום זר.

140 למיקומו של נכס בתחומי המדינה כטעם המצדיק רכישת סמכות שיפוט מטעמים פונקציונליים ראו פרשת הגבס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 115. ראוי לציין כי יש הסבורים שתורת ההגירות מצדיקה אף הקניית סמכות שיפוט בשל הימצאותו של נתבע בתחומי המדינה כשלעצמה. שכן בזמן הימצאותו של הנתבע במדינה, גם אם באופן ארעי, הוא נהנה מהגנתה על גופו ורכושו, וממילא מוצדק לכפוף אותו לסמכות שיפוטו של בית המשפט המקומי. על טיעון זה והביקורת עליו ראו קרייני הליך ברירת הדין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 137, ה"ש 16. כמו כן ראו חוות דעתו של השופט Brennan בפסק הדין Burnham v. Superior Court of California 495 U.S. 604, 637-638 (1990).

שלא להשתמש בסמכויות המוקנות להם (למשל עקב קבלת טענות מסוג "הליך תלוי ועומד" או "פורום לא נאות").<sup>141</sup> אחד השיקולים המרכזיים העומדים מאחורי יצירת שיקול דעת זה נובע מ־comity (נימוס בין־לאומי וכיבוד הדדי), אשר מחייב מתן כבוד למערכות שיפוט זרות בעלות זיקה למחלוקת בדרך של הימנעות מהפעלת הסמכות.<sup>142</sup> דוקטרינה מופשטת זו של comity נמצאת בקו התפר שבין התורה הטריטוריאלית לתורת ההגנות.<sup>143</sup> התורה הטריטוריאלית הנוקשה מדגישה בהקשר זה את הצורך לכבד את הריבונות הזרה ולא לחדור לתחום סמכותו של בית המשפט הזר. בהקשרנו בשל ניהולו של ההליך העיקרי מחוץ למדינה עשויה הידרשותו של בית המשפט בישראל לבקשה לסעד זמני להיתפס בעיני מצדדי תורה זו כחדירה לריבונותו של בית המשפט הזר. ואכן, על אף הביקורת שלה זכתה תפיסה זו<sup>144</sup> ועל אף קשיים לוגיים ונורמטיביים הטמונים בבסיסה,<sup>145</sup> אין לכחד כי הידרשות לבקשה זו כרוכה בהתערבות מסוימת (גם אם מבורכת) בנושא המצוי בריבונותו של בית המשפט הזר.<sup>146</sup> ברם לטעמי אין בדברים אלה כדי להביא לשלילת סמכותו של בית המשפט בישראל, שהרי על פי הגישה המקובלת כיום, שיקולי comity הם שיקולים הנשקלים בשלב הביניים הנמצא בין שלב כינון הסמכות לבין שלב הדיון בהליך לגופו, ואשר במסגרתו שוקל בית המשפט אם קיימת הצדקה לאי־הפעלת סמכותו השיפוטית (חרף קיומה). נוכח האמור, על אף מרכזיותם המוצדקת של שיקולים אלה לעניין הצורך של בית המשפט בישראל להימנע מהפעלת סמכותו,<sup>147</sup> אין בשיקולים אלה כדי להביא לשלילתה מלכתחילה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהתחשב באפשרות שבמקרים מסוימים שיקולי comity כיום יהיו

141 קרייני הליך ברירת הדין, לעיל ה"ש 127, בעמ' 139.

142 שם, בעמ' 145.

143 איריס קנאור "ישראל והשטחים: על משפט בינלאומי פרטי, משפט בינלאומי פומבי ומה שביניהם" משפט וממשל ח 551, 569–570 (2005).

144 קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה", לעיל ה"ש 86, בעמ' 247 (שם מתוארת תפיסה זו כתפיסה "מיושנת").

145 ראשית, כפי שפורט לעיל, על פי התורה הטריטוריאלית, בהתחשב במיקום הנכסים והאנשים, פעולתו של בית המשפט במקרה כזה היא בסמכות, ועל כן ספק אם אפשר לומר כי בית המשפט יצא מריבונותו וחדר לריבונותו של בית המשפט הזר. שנית, הקושי הנורמטיבי נובע מכך שנושא החדירה לריבונותו של בית המשפט הזר נבחנת מבלי לבחון כלל אם אין במטרה העומדת בבסיס הפעולה (סיוע לבית המשפט הזר) כדי לרוקן מתוכן את החדירה לתחומו.

146 התורה הטריטוריאלית יוצרת בעניין זה מתח מובנה בין סמכותו המוצדקת של בית המשפט בישראל לבין סמכותו וריבונותו של בית המשפט הזר.

147 ראו קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה", לעיל ה"ש 86, בעמ' 234–235. לירידת קרנו של עקרון הריבונות הטריטוריאלית בהקשר זה ראו איילת בן־עזר ויעד רותם "רכישת הסמכות הבינלאומית מכוח תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984: גישה חדשה" מאזני משפט ד 317, 324–325 (2005).

דווקא שיקול מרכזי הנשקל בשלב הביניים להפעלת סמכות השיפוט, מתוך שאיפה לסייע לבית המשפט הזר.<sup>148</sup> אם כן, שיקולי comity אינם בהכרח שיקולים השוללים הקניית סמכות, ומרכז הכובד שלהם נמצא במסגרת בחינת השאלה אם ראוי כי בית המשפט יימנע מהפעלת סמכותו, לאחר כינונה. ואכן, תפיסתם, משקלם ומעמדם של שיקולים אלה יעמדו בבסיסו של המתווה המוצע להלן.

## ז. מתווה מוצע להפעלת שיקול הדעת השיפוטי

בחינתם של שיקולי המדיניות והתאוריות המרכזיות העומדות בבסיס כללי הסמכות מעלה כי אין לפסול על הסף כל אפשרות להעניק סעד זמני לשם סיוע להליך המתנהל מחוץ לישראל, אך ראוי להתוות אמות מידה מנחות גמישות אשר יסייעו בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בנדון. לאור האמור, אבקש להציע בפרק זה מתווה כאמור, ובמסגרת זו אף אנסה להתמודד עם כמה סוגיות פרקטיות ותאורטיות, העשויות להתעורר במהלך דיון בבקשה לסעד זמני בעוד ההליך העיקרי מתנהל מחוץ לישראל.

יצוין כבר עתה כי בקשה לסעד זמני שונה מהליך עיקרי המתנהל בפני בית משפט בישראל, אך נדמה כי אפשר ללמוד מהשלבים השונים הקיימים בעת הפעלת הסמכות ושיקול הדעת השיפוטי במסגרת דיון בהליך עיקרי על האופן שבו ראוי כי יופעלו הם אף בנושא בקשה לסעד זמני. הדיון בהליך עיקרי המוגש לבית המשפט בישראל מחולק באופן כללי לשלושה שלבים: בשלב הראשון בוחן בית המשפט אם יש לו סמכות לדון בהליך; בשלב השני בוחן בית המשפט בישראל אם אכן יש מקום להפעלת סמכות זו או שמא קיימים טעמים המצדיקים ניהול ההליך בפני בית משפט או טריבונל אחר; לבסוף בשלב השלישי נבחנת, לגופם של דברים, השאלה אם יש ליתן את הסעד המבוקש בהליך. לאור האמור, ראוי לטעמי לחלק גם את מתווה ההכרעה בבקשה לסעד זמני לשלושה שלבים שונים ומובחנים – שלב רכישת הסמכות; שלב הפעלת שיקול הדעת באשר לשאלה אם יש מקום כי בית המשפט בישראל יפעיל סמכותו; שלב הפעלת הסמכות ושיקול הדעת השיפוטי לגופה של הבקשה.

### 1. שלב רכישת הסמכות לדון בבקשה לסעד זמני

תנאי מקדמי להפעלת סמכותו של בית המשפט בישראל בבקשה לסעד זמני הוא קיומה של סמכות כזו בידיו. על כן, על בית משפט שאליו מוגשת בקשה לסעד זמני בעוד ההליך העיקרי מתנהל מחוץ לישראל, לשאול עצמו אם קיימת בידו סמכות כאמור. שאלה זו מחייבת הידרשות לשתי תתי-שאלות עיקריות – האחת אם סמכותו של בית המשפט

148 קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה", לעיל ה"ש 86, בעמ' 234–235.

בישראל מותנית בקיומו של הליך עיקרי המתנהל בפניו; השנייה אם רכש בית המשפט בישראל סמכות שיפוט בין-לאומית על הצדדים לבקשה לסעד זמני. תתי-שאלות אלה תידונה להלן בנפרד.

(א) שלב רכישת הסמכות – חלופות פרשניות מוצעות אל מול פתרון חקיקתי כמפורט לעיל, מבחינה נורמטיבית לא ראוי להתנות את סמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני לסיוע להליכים זרים בקיומו של הליך עיקרי המתנהל בישראל. מן האמור עולה השאלה אם אפשר להכיר בסמכותו האמורה של בית המשפט בישראל באמצעות פרשנות של הוראות הדין הקיימות או שמא יש צורך בתיקון חקיקתי בנדון. לטעמי, אפשר להכיר בסמכותם האמורה של בתי המשפט בישראל כבר כיום, ללא צורך בתיקון חקיקתי. אפשר להציע בעניין זה כמה חלופות פרשניות: חלופה פרשנית אחת עשויה להתבסס על תקנה 363(א) לתקנות סדר הדין. כזכור, תקנה זו עוסקת בהענקתו של סעד זמני עובר להגשת תביעה, ועל פיה בית המשפט רשאי להעניק לתובע סעד זמני עוד טרם הגשת תביעתו תוך חיובו של זה להגיש את התביעה תוך פרק זמן של שבוע ימים, או לחלופין תוך פרק זמן אחר שיקבע בית המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו. ואכן, ראוי שקיומו וניהולו של הליך משפטי מחוץ לגבולות ישראל יהיה טעם אחד מתוך אותם "טעמים מיוחדים" המצדיקים קביעת מועד מאוחר להגשת התובענה, שכן הגשתה של תביעה עיקרית לבית המשפט בישראל במקביל להגשת הבקשה לסעד זמני מיותרת, בלתי יעילה ואולי אף בעייתית בשל ניהולו של ההליך העיקרי מחוץ לישראל. עם זאת, אין משמעות החלופה הפרשנית המוצעת שבסופו של דבר לא תוגש כלל תובענה בישראל. כאמור, תכליתו של סעד זמני היא לרוב לאפשר את ביצוע פסק הדין הזר העתידי, לכשיינתן.<sup>149</sup> לאור האמור, על פי תקנה 363(א), על בית המשפט לקצוב למבקש הסעד הזמני מועד להגשת הליך עיקרי בישראל למימוש תכליתו של

149 כאמור, אף על פי שסעדים זמניים המיועדים להבטיח את ביצוע פסק הדין, לכשיינתן, הם הסעדים הנפוצים ביותר, קיימים סעדים אחרים אשר תכליתם להבטיח את ביצועו היעיל של ההליך. אחת המטרות העיקריות של סעדים אחרונים אלה היא למנוע הערמת קשיים ראייתיים על ידי הנתבע. במבט ראשון המתווה הפרשני המוצע אינו יכול לחול על סעדים מסוג אחרון זה, שכן מניעת הערמת הקשיים הראייתיים נדרשת עוד בעת ניהול ההליכים הזרים. בסופם של הליכים אלה ייתכן כי בעל הדין יהיה שווה נפש לגורלן של הראיות, ומכל מקום אין טעם בחיובו בהגשת תביעה נוספת בישראל בשלב זה. אולם לטעמי המתווה הפרשני המוצע הוא ברתוקף אף באשר לסעדים אלה. הגשת תביעה נוספת במקרה זה לא תידרש בסוף ההליכים הזרים כי אם במהלכם. לבקשת בעל דין בהליכים זרים, בית המשפט בישראל ייתן סעד זמני המונע את שינוי הסטטוס קוו והפגיעה בראיות. אולם לצורך העברת הראיות לידי יחויב בעל הדין לנקוט הליכים לפי חוק עזרה משפטית בין מדינות. חיובו של בעל הדין בנקיטת הליכים אלה, המחייבים על דרך הכלל פנייה של בית המשפט הזר לבית המשפט בישראל, תאפשר להעביר את ההכרעה למגרשו של בית המשפט הזר אשר פעמים רבות יהיה בעמדה טובה יותר להעריך את הצורך בראיות ואת מידת הפגיעה בצדדים השונים.

הסעד הזמני (למשל, באמצעות הגשת תביעה לפי חוק אכיפת פסקי-חוק) לאחר מועד סיום ההליכים במדינה הזרה.

חלופה פרשנית אחרת להכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל יוצאת מלשונה של תקנה 362(א) לתקנות. בתקנה האמורה הוסמך בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני, בכפוף לכמה תנאים הקבועים בתקנות, וזאת אם "הוגשה בקשה למתן סעד זמני במסגרת תובענה". בתקנה האמורה לא נקבע אם מוסמך בית המשפט לעשות כן במקרה שבו הוגשה בקשה למתן סעד זמני שלא "במסגרת תובענה". לפנינו אפוא לקונה. בחלק מפסקי הדין המחוזיים הובעה הדעה שלפיה יש למלא לקונה זו ולהכיר בסמכותו של בית המשפט, על יסוד סעיף 75 לחוק בתי המשפט. דעה דומה הובעה, אף שבתמציתיות יתרה, גם בספרות.<sup>150</sup> השימוש בחלופה פרשנית זו נראה אפשרי אף בהתחשב בהכרתו של בית המשפט העליון על יסוד סעיף זה בסמכותם של בתי המשפט בישראל ליתן "צו חוסם" האוסר על בעל דין לנהל הליכים במדינה זרה, אף שסעד כאמור לא נקבע במפורש בחקיקה הישראלית.<sup>151</sup> אולם חלופה פרשנית זו – אף שמטרתה ברורה ומוצדקת – זקוקה לעידון-מה. שימוש בסעיף 75 לחוק בתי המשפט, לבדו, מעניק לבית המשפט סמכות רחבה ובלתי מוגבלת ללא התוויית אמות מידה ברורות ותוך ייתרון הלכה למעשה של תקנות סדר הדין. נוכח האמור, מוצע לקבוע כי הלקונה שבתקנות סדר הדין תמולא אף על ידי עריכת היקש מהתקנות עצמן.<sup>152</sup> במילים אחרות, כפי שבית המשפט הוא בעל סמכות על פי תקנות סדר הדין ליתן סעד זמני "במסגרת תובענה", וזאת בכפוף לכמה תנאים דיוניים ומהותיים (שיפורטו בחלקם להלן בפרק 3.1), הרי שראוי להחיל בהיקש קיומם של סמכות ותנאים אלה גם על בקשה לסעד זמני שלא "במסגרת תובענה".

לאור האמור, נראה כי הפסיקה יכולה להכיר בסמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני בעוד התביעה מתנהלת בפני בית משפט זר. אולם החלופות הפרשניות האמורות, אשר מאפשרות להכיר בסמכותם של בתי המשפט בישראל כבר במצב המשפטי כיום, אינן מייטרות את השאלה אם אין ראוי כי ההכרה בסמכות זו תיעשה דווקא על דרך התערבות חקיקתית אקטיבית ומפורשת מצדו של המחוקק. שאלה זו מתעוררת במיוחד על רקע השינוי בדין באנגליה בנושא זה, שנעשה על דרך של חקיקה, כמו גם בעקבות הפסיקות הסותרות שניתנו על ידי בית המשפט העליון בפרשת רוט ובפרשת אווז

150 TALIA EINHORN, PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN ISRAEL 323 (2009)  
 151 רע"א 714/96 פריסקל נ' אורנשטיין, פ"ד מט(5) 759, 761 (1996) (שם נקבע כי סמכותו האמורה של בית המשפט בישראל מבוססת על סעיף 75 לחוק בתי המשפט ועל סמכותו הטבועה של בית המשפט); רע"א 778/03 אינטר-לאב בע"מ נ' Engineering Project Israel Bio, פ"ד נו(5) 769 (2003).

152 לדיון בהיקש ראו למשל אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 485–532 (1992).

הכסף.<sup>153</sup> ואמנם לטעמי דרך המלך בהקשר זה היא אכן ביצוע תיקון חקיקתי. היקף סמכות השיפוט של בתי המשפט בישראל הוא באופן כללי נושא הראוי להסדרה בחקיקה.<sup>154</sup> דברים אלה מקבלים משנה תוקף בנושא סמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד ההליך מתנהל מחוץ לישראל. ההכרעה בנושא זה עשויה להיות פרי של פשרה בין אינטרסים מדינתיים, דבר הניתן להצדקה רבה יותר כאשר מדובר בהכרעתו של המחוקק עצמו.<sup>155</sup> טרם גיבוש הכרעתו עשוי המחוקק לבצע מהלכים מדיניים, דוגמת כריתת אמנות, אשר יבטיחו הדדיות ואימוצו של פתרון דומה לזה שנקט בישראל בנושא זה על ידי מדינות נוספות, וזאת אין ביכולתם של בתי המשפט לבצע.<sup>156</sup> במסגרת הליכי החקיקה אף יוכל המחוקק לבחון בצורה מרוכזת ומקיפה את מכלול הנושאים הנוגעים לנושא סמכותם האמורה של בתי המשפט בישראל, דוגמת נושא האגרות שיוטלו על מגיש הבקשה<sup>157</sup> ונושא אכיפתן של החלטות בתי משפט זרים בנושא סעדים זמניים. בדרך זו יהיה אפשר לגבש פתרון מלא ומושלם, שלא יהיה בהכרח אפשרי בהחלטותיהם של בתי המשפט, אשר מכריעים אד הוק במקרים שלפניהם.<sup>158</sup>

הדרך הראויה יותר אפוא היא מהלך אקטיבי מצדו של המחוקק בנדון. דא עקא, שיחסו של המחוקק הישראלי לתחום המשפט הביין-לאומי הפרטי ניתן להגדרה כיחס של התעלמות, ואולי אף כהזנחה.<sup>159</sup> החקיקה בתחום זה דלה ביותר. כללי המשפט הביין-לאומי הפרטי אינם מוסדרים בדבר חקיקה (ודאי לא חקיקה ראשית) מקיף.<sup>160</sup> בשל יחס זה של המחוקק ההלכה הפסוקה בישראל היא שמהווה את התשתית המשפטית בתחום המשפט הביין-לאומי הפרטי, אשר נאלץ להתפתח בדרך של פסיקה קזואיסטית.<sup>161</sup> דברים אלה נכונים במיוחד בכל הנוגע להיבטים הקשורים לסמכות שיפוטו הביין-לאומית

153 על פסיקה סותרת בתחום המשפט הביין-לאומי הפרטי מצדיקה מהלך אקטיבי של המחוקק ראו קנאור "מיפוי תיאורטי", לעיל ה"ש 95, בעמ' 361.

154 לוי, לעיל ה"ש 93, בעמ' 121–122 (שם מציין המחבר כי ראוי ששאלת ביצוע ההמצאה תוסדר על ידי המחוקק ולא מחוקק המשנה); קונפינו-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 37–38 (שם מציינת המחברת כי ראוי שהוראות בדבר סמכות שיפוט ביין-לאומית של בתי המשפט תוסדרנה בדבר חקיקה ראשית).

155 קנאור "מיפוי תיאורטי", לעיל ה"ש 95, בעמ' 352.

156 איילת בן-עזר אחריות למוצרים פגומים: ברירת הדין 150 (2003).

157 תנאי מקדמי נוסף לרכישת הסמכות הוא תשלום אגרה על ידי מבקש הסעד הזמני. על פי תקנה 7 לתקנות האגרות, על מבקש סעד זמני טרם הגשת תביעה לשאת בתשלום אגרה כאילו הוגשה התביעה במועד זה. משהגעתי למסקנה כי אין כל טעם לחייב מבקש סעד זמני לפתוח בהליך עיקרי מלא בישראל, ממילא אין כל טעם לחייבו במלוא האגרה, אשר הייתה משולמת לו בחר להגיש הליך זה בישראל.

158 קנאור "מיפוי תיאורטי", לעיל ה"ש 95, בעמ' 352, 354.

159 שם, בעמ' 360.

160 קונפינו-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 6.

161 שם; קנאור "מיפוי תיאורטי", לעיל ה"ש 95, בעמ' 342–343, 352.

של בית המשפט בישראל, אשר מהווים את אחד ההיבטים שנדונו באופן עשיר ומורכב יחסית בפסיקה הישראלית.<sup>162</sup> בשל האמור, ומאחר שהמתנה למוצא פיו של המחוקק משמעה, ברמה גבוהה של סבירות, כי לא יינתן כלל מענה לשאלת הסמכות האמורה, הרי שאין לטעמי כל מניעה להכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל על דרך הפסיקה. מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בהתחשב בכך כי "הדלת" למתן סמכותו האמורה של בית המשפט "נסגרה" הלכה למעשה בפסק דין (שניתן בפרשת רוט). על כן אין כל סיבה מדוע לא יכול פסק דין אחר לפתוח "דלת" זו מחדש.<sup>163</sup>

פסיקה שתכיר בסמכותו של בית המשפט בישראל לא תפר אפוא את האיזון הקיים בישראל בין בתי המשפט למחוקק בתחום. לכל היותר פסיקה זו תדרבן את המחוקק למהלך אקטיבי מצדו לשם ביטולה או השלמתה של פסיקה זו ככל שיראה בכך צורך. בפסיקה זו אין פסול, ובפרט לאחר שבמשך השנים נמנע המחוקק מלקבוע עמדה מפורשת בנדון (אף לאחר פסיקות סותרות של הערכאות הנמוכות).<sup>164</sup>

אמנם בכמה הסדרים חוקיים שבמסגרתם רצה המחוקק הישראלי להקנות סמכות לבית המשפט להעניק סעד זמני כאשר ההליך מתנהל מחוץ לישראל, נעשה הדבר על ידיו במפורש.<sup>165</sup> אולם הסדרים חוקיים אלה הם הסדרים נקודתיים, פועל יוצא של אמנות שנכרתו בין ישראל לבין מדינות אחרות. אין משמעות הדבר בהכרח כי המחוקק בישראל שקל והחליט שלא להכיר בסמכותם של בתי המשפט בישראל ליתן סעד זמני מהסוג האמור. ולראיה, כפי שראינו, יש מקום לסברה כי גם בעניין מתן סעד זמני לשם סיוע לבוררות-חוץ, הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל לא הייתה מנוגדת לרצון המחוקק אף עוד טרם ההסמכה המפורשת שניתנה לכך בחוק הבוררות.<sup>166</sup> על כן הסדרים חוקיים נקודתיים אלה אינם מהווים לטעמי "הסדר שלילי" המונע פתרון פסיקתי בנדון. נהפוך הוא, כפי שעולה מהסדרים חוקיים אלה, רק כאשר נדרש המחוקק – בשל התחייבויותיו הבין-לאומיות – לחוקק בנושא זה, פועל הוא בנדון. בנסיבות אלה שב ומתחזק הטעם לכך שבית המשפט ידרבן את המחוקק לפעולה.

טרם סיום חלק זה יוער כי בניגוד למה שנקבע בחלק מפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים, אי אפשר לראות באפשרות המוגבלת הקיימת בחוק אכיפת פסקי-חוץ לאכוף החלטה של בית משפט זר בנושא סעד זמני משום "הסדר שלילי", המונע הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זה. החוק האמור עוסק בסמכותם העקיפה בלבד של בתי המשפט בישראל. רצונו של המחוקק להטיל מגבלות על אכיפתן של החלטות שניתנו על ידי בתי משפט זרים בנושא סעד זמני (ככל שאכן קיים רצון שכזה) אין

162 שם, בעמ' 349.

163 Malet-Deraedt, לעיל ה"ש 78, בעמ' 35–36.

164 בן-עזר, לעיל ה"ש 156, בעמ' 150.

165 ראו דוגמאות לעיל בה"ש 60.

166 ראו לעיל הדיון בפרק ג.



משמעותו כי מגבלות אלה היו ראויות בעיניו גם כאשר מדובר בבקשה לסעד זמני הנדונה במישורין בפני בתי המשפט בישראל. זאת ועוד, חוק אכיפת פסקי-חוץ הוא בן למעלה מחמישים שנים, ובעת חקיקתו לא עמדו בפני המחוקק כל השיקולים הרלוונטיים הנכונים למציאות העדכנית. לאור האמור, אין זה מפתיע כי חוק זה אינו מסדיר סוגיות רבות בנושאי אכיפה והכרה בצורה ממצה.<sup>167</sup> גם בשל כך אין לראות בחוק זה "הסדר שלילי" המונע הכרה פסיקתית בסמכותו של בית המשפט בישראל.

ראוי להתייחס בהקשר זה אף לחוק עזרה משפטית בין מדינות, שבמסגרתו נקבעו הוראות לעניין עזרה משפטית מכמה סוגים (דוגמת המצאת מסמכים בתחומי המדינה), אשר יכולה להינתן על ידי בתי המשפט בישראל למדינות זרות. לטעמי, אף חוק זה אינו מהווה "הסדר שלילי" המונע הכרה בסמכותו של בית המשפט בישראל ליתן עזרה משפטית מסוג סעד זמני בקשר להליכים המתנהלים מחוץ לישראל. על כך אפשר ללמוד בראש ובראשונה מסעיף 2(ד) לחוק זה, שבמסגרתו נקבע כי "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מהסמכות לתת או לקבל עזרה משפטית לפי חוק אחר". הנה כי כן, אף המחוקק לא התיימר בחוק זה למצות את גבולות סמכותו של בית המשפט בישראל ליתן עזרה משפטית בקשר להליכים המתנהלים מחוץ לישראל, וממילא פתוחה הדרך בפני בתי המשפט להתבסס על הוראות דין אחרות ולעצב גבולות אלה מחוץ לגדרו של חוק זה.<sup>168</sup> לסיכום, הדרך הראויה ביותר לקביעת סמכותם של בתי המשפט בישראל היא מהלך חקיקתי מצדו של המחוקק. עם זאת, הפסיביות שנוקט המחוקק בתחום המשפט הבינ-לאומי הפרטי מחייבת את בית המשפט שלא למשוך ידיו מהכרעה בסוגיה, דבר שעשוי להניע את המחוקק בסופו של דבר למהלך כאמור. במסגרת הכרעתו זו יוכל בית המשפט לאמץ את אחת מהחלופות הפרשניות הנזכרות לעיל, אשר מאפשרות להכיר בסמכותו כבר על פי המצב המשפטי כיום.

167 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 10, בעמ' 23.

168 יתרה מכך, בסעיף 2(ב) לחוק עזרה משפטית בין מדינות נקבע כי חוק זה אינו חל על עזרה משפטית הניתנת בקשר ל"ביצוע פסק דין". בהחלט ראויה להישמע הטענה כי מתן סעד זמני מהסוג הנדון (לפחות במרבית המקרים) הוא עזרה משפטית הניתנת בקשר לביצועו (גם אם העתידי) של פסק דין זר, וכי ממילא חוק עזרה משפטית בין מדינות הוציא עזרה זו אל מחוץ לגדרו באופן מפורש. ראיה לכך אפשר למצוא בין היתר בכך כי במסגרת סעיף 2(ב) האמור הוסף כי העזרה המשפטית היחידה בקשר ל"ביצוע פסק דין", ואשר עליה יחול בכל זאת חוק עזרה משפטית בין מדינות, היא עזרה בקשר ל"ביצוע פסק דין כאמור בסעיף 6 לפרק ג". בסעיף 6 האמור (סעיפים 33–44), אשר כותרתו "חילוט רכוש", נדונה עזרה משפטית של בתי המשפט בישראל בקשר לצווי חילוט, ונכללו בו הוראות לעניין בקשה לסעדים זמניים להבטחת מימוש חילוט עתידי לשם עזרה להליכים פליליים המתנהלים מחוץ לישראל. בכך עשוי להימצא חיזוק לטענה שבקשה לסעדים זמניים היא אכן עזרה משפטית בקשר ל"ביצוע פסק דין", וממילא הוצאה אל מחוץ לגדרו של חוק עזרה משפטית בין מדינות (למעט ההוראות הספציפיות הקבועות בסעיף 6 האמור).

(ב) שלב רכישת הסמכות – אופן המצאת הבקשה לסעד זמני  
שאלת אופן רכישת הסמכות הביין-לאומית על הצדדים לבקשה לסעד זמני על ידי בית המשפט בישראל נפרדת מהשאלה אם חובה כי לבית המשפט בישראל תהיה סמכות לדון גם בהליך העיקרי (שעליה ענינו בשלילה),<sup>169</sup> ומורכבת לא פחות ממנה.<sup>170</sup> כאמור, ככלל רכישת סמכותו של בית המשפט בישראל בהליכים *in-personam* מתבצעת באמצעות המצאת כתבי ביהדין לידיו של בעל הדין האחר. התכלית העומדת מאחורי ההמצאה היא כפולה ונוגעת הן להבאת דבר קיומו של ההליך לידיעת בעל הדין האחר והן להחלת שיפוטו הפרסונלי של בית המשפט בישראל, באמצעות אקט פורמלי זה.<sup>171</sup> תכלית כפולה זו יפה אף באשר לאופן רכישת סמכותו של בית המשפט בישראל על בקשה לסעד זמני, וממילא ראוי כי המצאה כדין תהיה תנאי למתן הסעד הזמני.<sup>172</sup> מבחינת הדין המצוי, על פי תקנות סדר הדין פתוחות בפני יוזם ההליך שתי חלופות לביצוע המצאה: על פי החלופה האחת, המצאת כתבי ביהדין נעשית בישראל, בין שזה לבעל הדין עצמו ובין שזה לגורמים בעלי זיקה מסוימת כלפיו, דוגמת עורך דינו;<sup>173</sup> על פי החלופה השנייה, רשאי בית המשפט לאפשר לבעל דין להמציא כתבי ביהדין אל מחוץ לתחום המדינה על סמך תקנה 500 לתקנות סדר הדין, אשר מונה כמה זיקות חלופיות

169 ראו *Bermann*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 557; דעת הרוב מפיו של הלורד *Mustill* בפרשת *Mercedes*, לעיל ה"ש 70.

170 ראו *Pitel & Valentine*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 344; *Michell*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 749 (שם מציין המחבר כי סוגיית ההמצאה היא בעייתית לא פחות מהשאלה אם חובה שתהיה סמכות על התביעה לגופו של עניין). נוכח מורכבותה של סוגיה זו, אין המאמר מבקש למצוא את הדיון בה. תחת זאת יוצגו להלן בקווים כלליים ונקודתיים השאלות הדרושות ליכון במסגרת הכרעה בסוגיה כיצד – אם בכלל – תירכש סמכות השיפוט הביין-לאומית, ובפרט בכל הנוגע למצב שבו הצד שנגדו מבוקש הסעד הזמני לא נמצא בתחומי מדינת ישראל.

171 ראו למשל רע"א 39/89 *general electric corp* נ' מגדל חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 762, 768 (1989).

172 *Michell*, לעיל ה"ש 31, בעמ' 794; חוות דעתו של השופט זוסמן בע"א 464/65 אונגר נ' פריס ישראל סרטים בע"מ, פ"ד כ(3) 6, 23–24 (1966); יצוין כי בפרשת *Tobacco*, לעיל ה"ש 125, פס' 9 להחלטתו של השופט צבן, סירב בית המשפט המחוזי ליתן סעד זמני אך בשל אי-ביצוע המצאה כדין. באותו עניין הייתה קבועה בהסכם בין הצדדים תניית בורות. אף על פי שהיה מודע לסמכותו ליתן סעד זמני, לפי פרשת אוזו הכסף, לעיל ה"ש 39, מציין בית המשפט כי אין הוא מתכוון לעשות כן מאחר שלא בוצעה המצאה כדין מכוח תקנה 500 (ועל כן לא קנה בית המשפט הישראלי סמכות). על פי המצוין שם (פס' 2 לפסק הדין), ההמצאה מחוץ לתחום נתבקשה עבור הבקשה לסעד זמני ונדחתה, אך בית המשפט מציין כי אין לו כל סמכות לדון בהליך העיקרי (היינו לא נערכה על ידי בית המשפט הבחנה בין המצאה מחוץ לתחום של כתבי ביהדין של ההליך העיקרי לבין המצאה של הבקשה לסעד זמני עצמה).

173 לעניין דרכי המצאת כתבי ביהדין ראו פרק ל"ב לתקנות סדר הדין.

לישראל המצדיקות מתן היתר המצאה כאמור. תקנת משנה אחת הרלוונטית להמצאת בקשה לסעד זמני היא תקנה 500(6),<sup>174</sup> שבמסגרתה נקבע:

רשאי בית המשפט או רשם שהוא שופט, להתיר המצאת כתב בידין אל מחוץ לתחום המדינה באחת מאלה:

[...]

(6) מבקשים צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבקשים למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבקשים גם דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו.

אף על פי שלשונה של תקנה 500(6) סובלת פרשנות שלפיה יותר לבעל דין המבקש סעד זמני המונע פעולה בתחום המדינה להמציא מכוחה את בקשתו,<sup>175</sup> באנגליה נדחתה על ידי בית הלורדים בקשה להתיר המצאה מחוץ לתחום של בקשה לסעד זמני מסוג צו Mareva, לפי התקנה האנגלית המקבילה לתקנה זו.<sup>176</sup> לאור פסיקה זו הוכנס באנגליה תיקון חקיקתי כדי לאפשר המצאה מחוץ לתחום השיפוט של בקשה לסעד זמני (אשר אינה מוגשת במסגרת תביעה עיקרית).<sup>177</sup> בהתחשב בתיקון חקיקתי זה ובהתחשב בכך כי מתן פרשנות מצמצמת לתקנה 500(6) תמנע מבית המשפט ליתן סעד זמני אף במקרים שבהם הדבר מתבקש ביותר, ראוי לטעמי לשקול ליתן לתקנה האמורה פרשנות שונה מזו

174 יצוין כי קיימת אפשרות לטעון כי גם תקנה 500(8), המאפשרת ביצוע המצאה במקרה שבו מבקשים לאכוף פסק-חוק כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוק, רלוונטית לענייננו בהתחשב באפשרות שמטרתו של הסעד הזמני תשרת את אכיפתו של פסק הדין הזר, לכשיינתן.

175 קונפינור-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 93.

176 ראו פרשת *Siskina*, לעיל ה"ש 64 (שם נדונה פרשנותו של RSC, Ord., 11, r. 1(1)(i), המתיר המצאה מחוץ לתחום "if in the action begun by the writ an injunction is sought ordering the defendant to do or refrain from doing anything within the jurisdiction (whether or not damages are also claimed in respect of a failure to do or the doing of that thing)". בהקשר זה אציין כי יש הטוענים, כי יש לפרש פרשה זו כנוגעת אך לשאלת ההמצאה ורכישת סמכות השיפוט הבין-לאומית ולא כמציבה תנאי של ניהול הליך עיקרי באנגליה. לעניין זה ראו CLARKSON & HILL, לעיל ה"ש 67, בעמ' 131-134. עוד ראו לעניין זה את דעת הרוב מפיו של הלורד *Mustill* בפרשת *Mercedes*, לעיל ה"ש 70, שבמסגרתה נקבע כי אין להחיל תקנה בנוסח דומה על המצאה מחוץ לתחום של בקשה למתן צו Mareva, בין היתר בשל מהותו של סעד זמני זה.

177 קונפינור-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 90. על פי המצב המשפטי באנגליה, בית המשפט רשאי להמציא בקשה למתן סעד זמני לשם סיוע להליכים המתנהלים מחוץ למדינה לפי CPR, r 6.20(4), שבמסגרתו נקבע כי "In any proceedings to which rule 6.19 does not apply, a claim form may be served out of the jurisdiction with the permission of the court if [...] a claim is made for an interim remedy under section 25(1) of the 1982 Act(5)".

שניתנה באנגליה, כלומר לפרש אותה כמאפשרת ביצוע המצאה מחוץ לתחום של בקשה לסעד זמני (בכפוף להגבלות העולות מלשונה של התקנה בדבר היותו של הסעד הזמני "צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה" או סעד המיועד "למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה").<sup>178</sup> בנוסף, ראוי כי המחוקק או מחוקק המשנה ישקלו בכובד ראש אם יש מקום לערוך תיקון חקיקתי הולם בדומה לתיקון שנערך באנגליה כדי לאפשר המצאת בקשה לסעד זמני (שאיננה נלווית לתביעה) מחוץ לתחום השיפוט.<sup>179</sup>

וידוגש, אף אם ייקבע על ידי בית משפט כי בקשה לסעד זמני ניתנת להמצאה מכוח התקנה האמורה, בכל זאת עליו לעבור ולבחון אם עמד מבקש היתר ההמצאה ביתר התנאים הנדרשים לצורך עמידה בתנאי תקנה 500, כפי שנקבעו בפסיקה, ובראשם הוכחה כי הבקשה מגלה "שאלה רצינית שיש לדון בה", וכי הפורום הישראלי הוא "פורום נאות" (סוגיה שאדון בה בפרק הבא).<sup>180</sup> קיומם של תנאים נוספים אלה עשוי לצמצם במידת מה את הבעייתיות הטמונה בהכרה רחבה בסמכותו הבינ-לאומית של בית המשפט בישראל.

## 2. שלב בחינת נאותות הפורום הישראלי לדון בבקשה לסעד זמני

עד עתה דנו ברכישת סמכותו של בית המשפט בישראל לדון בבקשה לסעד זמני. משרכש בית המשפט בישראל סמכות זו, עולה בשלב השני הצורך לבחון אם ראוי כי יפעילה.<sup>181</sup> על פי המתווה המוצע להלן, במסגרת שלב זה על בית המשפט לשוות לנגד עיניו את השאלה אם הפורום הישראלי הוא "פורום לא נאות" לדיון בבקשה זו. שאלה זו אמנם בעלת קווי דמיון מסוימים לשאלת "פורום לא נאות" בדיון בתביעה העיקרית עצמה, אך יש להבחין ביניהן. שהרי הזיקות והשיקולים החשובים בעת בחינת נאותות הפורום במסגרת דיון בתביעה עיקרית נבדלים, מובחנים ושונים מאלה החשובים בעת בחינת נאותות הפורום במסגרת דיון בבקשה לסעד זמני. דברים אלה נכונים במיוחד בהתחשב

178 Malet-Deraedt, לעיל ה"ש 78, בעמ' 24–25.

179 קונפינו-שר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 94–95. לכך כי התקנות פורשו בפסיקה הישראלית לפי הפרשנות האנגלית, וכי הגישה המאפיינת את בתי המשפט בארץ בעניין זה היא שלא לפתור את הבעיות הנובעות מההסדר הקיים בדרך של פרשנות משפטית נרחבת או חקיקה שיפוטית ראו שם, בעמ' 10.

180 לתנאים אלה ולרמת ההוכחה הנדרשת ראו ע"א 9725/04 אשבורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd, פס' 6–8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.9.2007).

181 כאמור לעיל בפרק ה, הוכחה כי ישראל היא "פורום נאות" היא תנאי הכרחי לצורך כינון הסמכות לפי תקנה 500 (להבדיל ממצב שבו מתבצעת ההמצאה בתחומי מדינת ישראל). לשם נוחות הדיון, בהמשך מאמר זה אדון בשקילת שיקולי הפורום הנאות במצב שבו מתבצעת המצאת הבקשה בישראל, אך הדברים יפים – בשינויים המחויבים – אף למצב שבו יתבקש היתר להמצאת הבקשה מחוץ לתחום השיפוט.

באפשרות שהגשת בקשה לסעד זמני לבית המשפט בישראל, מבלי שתתנהל בה תביעה עיקרית, תנבע מהיותה של מדינה זו נעדרת כמעט כל זיקה רלוונטית לתביעה העיקרית, אך לא כן באשר לבקשה לסעד זמני (כפי שהיה בפרשת קציב, שבה נמצאו נכסי הנתבעים בישראל).

אי אפשר למנות מראש את מכלול השיקולים שעליהם בית המשפט בישראל צריך ליתן דעתו בבחנו את נאותות הפורום הישראלי לדון בבקשה לסעד זמני לשם סיוע להליך מחוץ לישראל.<sup>182</sup> עם זאת, לאור הדיון לעיל ברור כי השיקול המרכזי מבין השיקולים הרלוונטיים נוגע לשאלה אם מתן הסעד הזמני יפגע בהליך העיקרי מחוץ לישראל או יביא להכרעות סותרות בין בתי המשפט.<sup>183</sup> בבחינת שיקול זה על בית המשפט הישראלי לשים לנגד עיניו את ההליך העיקרי בבית המשפט הזר מתוך הכרה כי תפקידו שלו משני בלבד וכפוף להליך העיקרי, וכי מטרתו לסייע לו, ולא להפך.<sup>184</sup> בהקשר זה יש להבחין בין כמה מצבים אפשריים:<sup>185</sup>

בית המשפט שבפניו מתנהל ההליך העיקרי הוא בעל סמכות לדון בבקשה דומה לזו שהוגשה לבית המשפט בישראל אך דחה בקשה מסוג זה לגופה – למותר לציין כי דחיית בקשה דומה בפורום הזר תהיה שיקול מכריע בבחינת נאותות הפורום הישראלי לדון בבקשה לסעד זמני.<sup>186</sup> שהרי קבלת הבקשה לסעד זמני על ידי בית המשפט בישראל משמעה קיומן של הכרעות סותרות תוך שבית המשפט הישראלי מעניק לבעל דין סעד זמני לשם סיוע להליך המתנהל בפני בית משפט זר אשר הביע עמדתו בעניין חוסר הצורך בכך. דחיית בקשה לסעד זמני על ידי בית המשפט בישראל על רקע זה אינה נובעת מהפעלת סמכותו לגופה של בקשה זו, אלא כל שאומר בית המשפט בישראל הוא כי בהתחשב ביחסי הגומלין בין בתי המשפט ברחבי העולם אין זה נאות כי בית המשפט בישראל ידון בבקשה עצמה.

182 Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 572–573.

183 Motorola Credit Corp. v. Uzan [2004] 1 W.L.R. 147 (להלן: פרשת Motorola); חוות דעתו של הלורד Bingham of Cornhill C.J. בפרשת Credit Suisse, לעיל ה"ש 119, בעמ' 831–832.

184 שם, בעמ' 832, פסק דינו של הלורד Bingham of Cornhill C.J. בהקשר זה ראוי לציין כי דומה שהפתרון הטוב ביותר אשר היה מקטין את החסרונות הקיימים בכל אחת מהחלופות הוא כריתתן של אמנות בין-לאומיות בנושא אשר היו מאפשרות שיתוף פעולה על יסוד הדדיות. על המחסור באמנות אלה ראו Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 558, 609–610.

185 לאבחנה דומה ראו פרשת Motorola, לעיל ה"ש 183, בעמ' 148.

186 ראו פסק דינם של הלורדים Millett L.J. ו-Bingham of Cornhill C.J. בפרשת Credit Suisse, לעיל ה"ש 119, בעמ' 829 ו-831–832, בהתאמה; Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 798; Westion & Chrocziel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 744; Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 616 (שם צוין כי אינדיקציה שלילית מצדו של בית המשפט הזר באשר להיעדר צורך במתן הסעד הזמני אין משמעה כי בית המשפט שבפניו מונחת הבקשה בנדון צריך לדחותה).

בית המשפט הזר שבפניו מתנהל ההליך העיקרי הוא בעל סמכות לדון בבקשה דומה לזו שהוגשה לבית המשפט בישראל, וכבר קיבל בקשה מסוג זה – במבט ראשון דומה כי מתן סעד זמני על ידי בית המשפט הזר עשוי להיות שיקול מרכזי שלא לראות בבית המשפט בישראל "פורום לא נאות" לדיון בבקשה לסעד זמני, שכן במתן הסעד הזמני תומך בית המשפט בישראל ברעהו. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בנסיבות שבהן מוכח כי בעל הדין שנגדו מופנית בקשה זו הפר (או מתכוון להפר) את הצו של בית המשפט הזר בנושא הסעד הזמני. עם זאת, הדברים אינם כה פשוטים, שכן דיון בבקשה לסעד זמני בישראל אין משמעו בהכרח קבלתה של בקשה זו, ועל כן גם במצב זה קיים חשש להכרעות סותרות בין בתי המשפט בעולם. יתרה מכך, כשניתן צו זמני על ידי בית משפט זר, עשויה דווקא אכיפתו להיות הדרך הקלה ביותר להבטחת האינטרסים של מבקש הסעד הזמני. על כן, לפי דעתי, יש להעניק לבית המשפט בישראל במקרה זה שיקול דעת רחב, שבמסגרתו עליו לאזן בין מגוון שיקולים, ובכלל זה עליו לבחון מהי מידת הדחיפות במתן הסעד הזמני; מהן החלופות הקיימות, אם בכלל, להענקת סעד זה;<sup>187</sup> מהי מידת ישימותו ותועלתן של חלופות אלה;<sup>188</sup> מהן הנסיבות העולות מהחלטת בית המשפט הזר.<sup>189</sup> בהקשר זה על בית המשפט בישראל לשקול גם אם די בנכסים ובאינטרסים שעליהם כבר חל הצו שניתן על ידי בית המשפט הזר כדי להבטיח את מימוש פסק הדין הזר, לכשיינתן,<sup>190</sup> שהרי אין זה נאות כי בית המשפט בישראל ידון בבקשה לסעד זמני (אף אם בעניין נכסים ואינטרסים אחרים) שעה שזכויותיו של מבקש הסעד הזמני כבר מובטחות מכוח החלטתו של בית המשפט הזר.<sup>191</sup>

- 187 בהקשר זה על בית המשפט להידרש לשאלה אם החלופה השנייה בכלל אפשרית – בין בכלל, בשל הוראות החוק בישראל כיום, ובין בפרט, בשל נסיבותיו של המקרה שלפניו. מובן כי במקרה שייקבע כי אין בדין הישראלי אפשרות לאכוף את החלטות הביניים הזרות יתייתר הצורך לשיקול זה.
- 188 בעניין זה על בית המשפט להידרש לשאלות הנוגעות לחסרונות וליתרונות שתוארו לעיל בפרק ה כדי לבחון עד כמה בעייתית הידרשותו הישירה של בית המשפט בישראל לבקשה.
- 189 גם אם אי אפשר יהיה לאכוף את החלטת בית המשפט הזר, על בית המשפט בישראל ליתן משקל לנסיבות העולות מהחלטה זו. למשל, אם מתוארת בהחלטה פרשת הונאה חוצת גבולות כאשר בית המשפט הזר מביע את קוצר ידו להגיע לחלק מהנכסים המוברחים, ודאי שהדבר צריך להיות שיקול חשוב לטובת שימוש בסמכותו של בית המשפט בישראל.
- 190 Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 793; Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 617. בכך יהיה המצב דומה למצב באנגליה בנוגע להענקתו של צו Mareva, כפי שמתואר בפסק דינו של השופט ריבלין ברע"א 4556/03 בנק סטנדרט צ'רטר – תאגיד חוץ נ' כטב, פ"ד נז(6) 1, 6 (2003).
- 191 אין לחדר כי בחינתו של תנאי זה אינה פשוטה, כפי שעלול להידמות. למשל, השאלה אם די בנכסים הנמצאים במדינה שבה מתנהל ההליך כדי להגן על האינטרסים של מבקש הסעד הזמני עשויה לחייב בדיקת סכום הנשייה של בעל הדין שנגדו מבוקש הסעד הזמני, לנושיו השונים. שהרי אין כל הכרח כי מתן הסעד הזמני בנוגע לנכסים במדינה הזרה יש בו כשלעצמו כדי להבטיח כי מבקש הסעד הזמני יוכל להיפרע מהם במלואם.

בית המשפט הזר שבפניו מתנהל ההליך העיקרי עשוי להיות בעל סמכות לדון בבקשה דומה, אך לא הוגשה לו בקשה כזו – בהקשר זה עולה השאלה אם די באי-הגשת בקשה לסעד זמני לפורום הזר כדי לראות בבית המשפט בישראל "פורום לא נאות" לדיון בבקשה.<sup>192</sup> בעניין זה אמנם הובעה הדעה שיש לזקוף לחובתו של מבקש הסעד הזמני אי-הגשת פנייה קודמת לבית המשפט הזר חרף היותו בעל סמכות ליתן את הסעד הזמני וחרף היותו מעורה יותר בהליכים שבין הצדדים ובעובדותיהם.<sup>193</sup> אולם ברור שאין מדובר בתנאי בלעדיו אין, שכן תנאי מסוג זה עלול להציב משוכה גבוהה ביותר בפני בעל דין המבקש לזכות בדחיפות בסעד זמני.<sup>194</sup> משכך, אין להציב באופן אפריורי תנאי מסוג זה אלא יש לבצע מלאכת איזון בין השיקולים והחלופות השונים.<sup>195</sup> למשל, ייתכן כי פתרון הביניים ימצא במתן סעד ארעי בלבד על ידי בית המשפט בישראל, אשר נועד לגישור עד להגשת בקשה לסעד זמני בפורום הזר או עד למתן הכרעה בבקשה זו שם.<sup>196</sup> כך עשויים לבוא על סיפוקם הן הצורך במתן סעד דחוף והן

192 Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 798.

193 ראו פסק דינו (בדעת יחיד) של הלורד *Bingham of Cornhill C.J.* בפרשת *Credit Suisse*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 831, שבמסגרתו דחיית בקשה לסעד זמני מאוחרת כדוגמה אחת בלבד למקרה שבו יש ליתן משקל לאימתן הסעד הזמני על ידי בית המשפט הזר בעל הסמכות. עוד ראו *Bermann*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 617; פרשת *אינטרקון*, לעיל ה"ש 55, שם סירב בית המשפט המחוזי להעניק סעד זמני מכיוון שאפשר לעתור לבית המשפט הרלוונטי מחוץ לישראל לקבלת אותם צוים. בית המשפט באותה פרשה היה מודע לאפשרות שהצו הזמני הזר לא יהא אכיף מכוח חוק אכיפת פסקי-חוק, אך קבע כי "ניתן יהיה, להגיש תובענה בארץ על סמך אותו צו שיינתן בניו ג'רסי. התובענה לא תהיה לאכיפת הצו מניו ג'רסי, אלא תעמוד בפני עצמה, כאשר הצו הזמני מניו ג'רסי יהיה בבסיס הפניה" (פס' 10–11 להחלטה).

194 Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 798.

195 דברים אלה מקבלים משנה תוקף בהתחשב במצב המשפטי בישראל, שלפיו לא ברור אם אפשר כלל לאכוף החלטה בנושא סעד זמני שניתנה על ידי בית המשפט הזר.

196 בפסיקה נעשה פעמים רבות שימוש במונח "סעד ארעי", אשר תכליתו מניעת שינוי מצב הדברים בשטח עד להכרעה בבקשה לסעד זמני (או עד לפרק זמן קצר יותר), כדי לא לייתרה. כלומר, מדובר בסעד זמני שבזמני, אשר ניתן טרם ההכרעה בבקשה לסעד זמני. דוגמה לאפשרות פעולתו של בית המשפט בישראל כמעניק סעד ארעי המאפשר פנייה לבית המשפט הזר ניתנה בפרשת התכופ, לעיל ה"ש 23, שם ביקשה המבקשת למנוע חילוט ערבויות בנקאיות של בנק אגוד לישראל בע"מ לטובת משרד הפנים של פרו. לא הייתה מחלוקת כי הסכסוך בין המבקשת לבין משרד הפנים של פרו צריך להתברר בהליכי בוררות בפרו, וכי אם יינתן סעד זמני המונע חילוט הערבויות על ידי בית המשפט בפרו תהיה האפקטיביות שלו דומה לזו של סעד זמני שיינתן על ידי בית המשפט בישראל. בשל האמור ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בישראל צו המונע למשך שמונה ימים חילוטן של ערבויות בנקאיות כדי לאפשר למבקשת לפנות לבית המשפט בפרו. ואכן, בקשה לסעד זמני הוגשה על ידי המבקשת לבית המשפט בפרו, אשר היה אמור לתת החלטתו בתוך זמן קצר. במסגרת ההליכים בבית המשפט העליון ביקשה המבקשת כי הצו יחול עד להכרעתו של בית המשפט בפרו בבקשה לסעד

ההיגיון בכך כי ההליכים הנוגעים לסעד הזמני יוכרעו בסופו של דבר על ידי בית המשפט הזר.

בית המשפט הזר שבפניו מתנהל ההליך העיקרי אינו מוסמך ליתן את הסעד הזמני המבוקש בבקשה<sup>197</sup> – אמנם אפשר לטעון כי בחירתו של מבקש הסעד הזמני להגיש בקשתו דווקא לבית משפט בעל סמכות (במצב שבו בית המשפט המוסמך לדון בהליך העיקרי אינו בעל סמכות ליתן סעד זמני מהסוג המבוקש) היא "Forum Shopping" מצדו.<sup>198</sup> אולם לטעמי, קביעה כאמור עשויה היא עצמה ליתן תמריץ לבצע "Forum Shopping", בעודדה בעל דין לבחור להגיש תביעתו בפורום שבו יוכל לזכות בסעד זמני אף אם ניהול התביעה שם אינו נוח ויעיל. זאת ועוד, קביעה שלפיה על בית המשפט בישראל להימנע מליתן סעד זמני במצב שבו בית המשפט הזר נטול סמכות, עלולה להביא לידי כך שדווקא במקרים אלה, שבהם התובע זקוק במידה הכי רבה לסעד זמני, תקצר ידו של בית המשפט בישראל מלהושיע. על כן, עשויות להיות נסיבות שבהן יש לראות במתן סעד זמני במצב זה מעין הפעלת סמכות משלימה על ידי בית המשפט המקומי, מעניק הסעד הזמני, אשר מתחייבת לאור כללי הנימוס הבין-לאומי ולאור התפתחות שיתוף הפעולה בין בתי המשפט בעולם.<sup>199</sup> דברים אלה מקבלים משנה תוקף משום שבנסיבות המתוארות החשש מפני הכרעות סותרות בין בתי המשפט בעולם קטן, אם לא מתאיין.

לשם שלמות התמונה ראוי להתמקד בשלוש שאלות נוספות ונפרדות העשויות לעלות בשלב השני של המתווה המוצע – שאלת קיומה של תניית שיפוט זר; שאלת עדכון בית המשפט בפורום הזר בדבר הבקשה לסעד זמני ושאלת אפשרות אכיפתו בישראל של פסק הדין הזר בהליך העיקרי.

כפי שצוין לעיל, קיומה של תניית שיפוט זר אין בו כדי להפקיע את סמכותו של בית המשפט בישראל. אולם כפי שנקבע, רק בנסיבות חריגות ומיוחדות ידון בית המשפט בישראל בהליך בניגוד למוסכם בין הצדדים.<sup>200</sup> מכאן עולה השאלה כיצד אמורה תניית שיפוט להשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט הדין בבקשה לסעד זמני, ואם יש לראות

זמני. במסגרת החלטותיו בהליך זה ניתן על ידי בית המשפט העליון סעד ארעי הדוחה חילוטן של הערבויות למשך תקופת זמן נוספת ומוגבלת בת ימים מספר כדי ליתן למבקשת שהות נוספת להביא להחשת ההחלטה בבית המשפט בפרו (יצוין כי בית המשפט בישראל דחה את בקשתה של המבקשת להאריך את תוקפו של הצו כדי שהוא יחול עד להכרעה בבקשה לסעד זמני על ידי בית המשפט בפרו).

197 על המצב בקנדה במקרה זה ראו Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 765–770.

198 ראו Phonogram Ltd. v. Def. American Inc. (1994) T.L.R. (Ch. D.).

199 פסק דינו של Millett L.J. בפרשת Credit Suisse, לעיל ה"ש 119, בעמ' 827; פרשת Motorola, לעיל ה"ש 183, בעמ' 148.

200 פרשת אלביט, לעיל ה"ש 44, בעמ' 419.



בפנייה לבית המשפט בישראל בבקשה לסעד זמני פעולה המנוגדת למוסכם בין הצדדים בתניית השיפוט.

כאמור, בפרשת אווז הכסף, שבה נכללה בהסכם בין הצדדים תניית בוררות, הביע בית המשפט העליון דעתו כי ההליכים שלפניו והענקת סעד זמני על ידיו אינם מנוגדים למוסכם בתניה זו, שכן מתן הסעד הזמני טפל למחלוקת בכללותה (אשר בעניינה, ובעניינה בלבד, הסכימו הצדדים לנהל את ההליכים מחוץ לישראל). בתי המשפט המחוזיים בחלקם החרו החזיקו אחרי נימוק זה בקבעם כי הענקת סעד זמני על ידיהם אינה מנוגדת למוסכם בתניות השיפוט בהסכמים שבין הצדדים.<sup>201</sup> אולם לטעמי התפיסה האמורה היא מוקשית ומתעלמת הן מהידרשותו של בית המשפט בישראל – במסגרת דיון בבקשה לסעד זמני – לקיים דיון לגופו של עניין, והן מהאפשרות שתניית השיפוט הזר מעידה על רצון הצדדים לרכוז את ההליכים המשפטיים ביניהם במקום אחד, מחוץ לישראל. ואכן, לאור האמור אין זה פלא כי בתי משפט במדינות אחרות, ובכלל זה בחלק מהערכאות בארצות הברית, הגיעו במקרים מסוימים לתוצאה שונה מזו שלעיל.<sup>202</sup>

משכך, לדעתי, אין לקבוע מסמרות בסוגיה זו אלא יש ליתן משקל לתוכנה של תניית השיפוט בין הצדדים ולרצונם. טלו למשל מצב שבו בעלי הדין ניהלו משא ומתן, ובסופו חתמו על הסכם המחייב ניהול הליכים משפטיים בין הצדדים בפורום זר תוך ציון כי תניה זו תחול אף באשר לכל בקשה עתידית לסעד זמני. ברי כי אי אפשר לקבוע, ודאי לא אפרוורית, כי אין מקום לכבד את הסכמת הצדדים והקצאת הסיכונים ביניהם.<sup>203</sup> מנגד, לטעמי, במצב שבו תניית השיפוט הזר בין הצדדים "שותקת" באשר לפורום המוסכם לדיון בבקשה לסעד זמני, יתקשה בית המשפט לקבוע מה הייתה כוונת הצדדים, ועליו לצאת מנקודת הנחה שלפיה הענקת סעד זמני לא תהא מנוגדת לרצונם של אלה. זאת, לא משום שההחלטה בנושא הסעד הזמני אינה התערבות בסמכותו של בית המשפט הזר, כפי שצוין בפרשת אווז הכסף, כי אם משום שהסעד הזמני מושא הדיון ניתן על ידי בית המשפט בישראל, בהיותו בעל תפקיד משני וכפוף לזה של בית המשפט הזר שאליו מפנה

201 טענה זו הועלתה בפרשת אינטרקון, לעיל ה"ש 55, ונדחתה תוך התבססות על הרציונל העומד מאחורי פסק הדין בפרשת אווז הכסף, לעיל ה"ש 39. ראו גם פרשת לוכסמבורג, לעיל ה"ש 52, שם נדחתה טענה שלפיה העובדה כי מבקש הסעד הזמני הוא שעמד על הכללתה של תניית השיפוט בהסכם בין הצדדים, מחייבת למנוע ממנו לפנות לבית המשפט בישראל בבקשה לסעד זמני.

202 למצב המשפטי בארצות הברית, אנגליה וצרפת בסוגיה זו ראו Bernann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 592-598 (שם מצוין כי בארצות הברית קיימת פסיקה סותרת בסוגיה זו, ואילו באנגליה ובצרפת אימצו בתי המשפט דעה שלפיה תניית השיפוט אינה חלה על הליכים הננקטים לשם הבטחת תוצאתם הסופית של הליכים זרים). ראו גם Maher & Rodger, לעיל ה"ש 7, בעמ' 308; Lawrence Collins, *Provisional Measures, the Conflict of Laws and the Brussels Convention*, 1 YEARBOOK OF EUROPEAN LAW 249, 258-259 (1981).

203 דומה כי תכיפות השימוש בנוסח זה של תניות ילך ויגבר ככל שיהיו מקרים רבים יותר של בקשות לסעד זמני המוגשות בפורום אחר מזה שעליו הוסכם בתניית השיפוט.

תניית השיפוט, כדי להביא בסופו של דבר למימוש פסק הדין העתידי שיינתן בפורום המוסכם על הצדדים.<sup>204</sup>

כאמור, עולה שאלה נוספת והיא נוגעת לחובת עדכון בית המשפט הזר בדבר קיומה של הבקשה. לטעמי בשל הקשיים המתעוררים מהפעלת סמכותו של בית המשפט בישראל, כלל נוסף שראוי להציבו בפני מבקש הסעד הזמני הוא הבאת דבר קיומו של סעד זה (כמו גם הבקשה שבנדון) לידיעתו של בית המשפט או הטריבוונל הזר כדי למנוע הכרעות סותרות וכדי ליתן אפשרות לבית המשפט הזר להביע עמדתו (אף אם לאחר מעשה) באשר למתן הסעד הזמני, ובכך לאפשר לבית המשפט בישראל לפעול באופן שיעלה בקנה אחד עם טובת ההליך המתנהל מחוץ לישראל.<sup>205</sup> השלב המדויק שבו ראוי כי יוטל על בעל הדין ליידע את בית המשפט הזר תלוי בנסיבות המקרה. חיוב בעל הדין בהבאת בקשתו לידיעתו של בית המשפט הזר עוד טרם מתן סעד זמני, ולו ארעי, עשוי לעכב את ההליכים או להביא את דבר קיומה של הבקשה האמורה גם לידיעת הצד שכנגד, ולפיכך אף לעתים לסכלה. ואולם, ככל שסבור בית המשפט כי האינטרסים של מבקש הסעד הזמני נשמרו (למשל על ידי מתן סעד ארעי על ידיו), או במקרה שבו ההליך מתקיים בלאו הכי במעמד שני הצדדים, יכול הוא לחייב את מבקש הסעד הזמני להביא את בקשתו לידיעתו של בית המשפט הזר עוד טרם מתן החלטה בבקשה עצמה. בדרך זו יוכל בית המשפט בישראל להבטיח כי אף בעיניו של בית המשפט הזר הפורום הישראלי אינו "פורום לא נאות" לדיון בבקשה לסעד זמני.

השאלה האחרונה שבה יש לדון בעניין שלב זה של המתווה נוגעת כאמור לאפשרות לאכוף את פסק הדין הזר, בבוא היום, בישראל, על פי חוק אכיפת פסקי-חוץ.<sup>206</sup> בפסיקה ובכתובה הזרה הובעה דעה כי יש ליתן סעד זמני רק מקום שבו פסק הדין הזר מושא

204 מעניין בהקשר זה לשער מצב שבו צד לחוזה, אשר ניתן נגדו פסק דין במדינה זרה, מעלה טענה נגד אכיפתו של פסק הדין בישראל בשל קיומה של תניית שיפוט ייחודית המפנה לאותה מדינה זרה. דומה כי במצב שכזה לא יאפשר בית המשפט בישראל לאותו צד להיאחז בקיומה של תניית השיפוט כדי לסכל את מימוש פסק הדין הזר שניתן. המוצע לעיל מביא למצב דומה אף באשר לבקשה לסעד זמני המוגשת כדי למנוע סיכול של ההליך העיקרי במדינה הזרה.

205 Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 794.

206 ראו פרשת *Motorola*, לעיל ה"ש 183, שם נדונה טענה שלפיה אין מקום ליתן סעד זמני באנגליה, שכן אי אפשר יהא לאכוף באנגליה את פסק הדין העתיד להתקבל בתום ההליכים בארצות הברית עקב שמיעת ההליך על יסוד חקיקה אמריקאית מסוג RICO, המאפשרת פיצויים עונשיים. עוד ראו לעניין זה חוות דעתו (במיעוט) של הלורד *Nicholls* בפרשת *Mercedes*, לעיל ה"ש 70, בעמ' 307; *Pitel & Valentine*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 350-358, שם נטען כי בבקשות של סעד זמני מסוג *Mareva*, שתכליתו שמירת נכסים לשם מימוש פסק הדין, בית המשפט צריך לבחון את הדברים בראי האפשרות לאכוף את פסק הדין הסופי.

ההליכים הזרים צפוי להיאכף במדינה שבה ניתן סעד זמני זה.<sup>207</sup> דעה זו היא בעלת היגיון רב, שהרי תכליתו של הסעד הזמני היא לשרת את ההליך הזר המתנהל מחוץ לישראל. והנה, אם אי אפשר יהא ליתן לפסק הדין העתידי כל תוקף בישראל, אין טעם ליתן סעד זמני להבטחתו. על אף האמור, טענה דומה הועלתה בפרשת קציב ונדרחתה, ככל הנראה בגלל הבעייתיות הקיימת בהערכה אפריורית של שאלת מתן התוקף בישראל של פסק דין שטרם ניתן, בשלב המוקדם שבו מתבקש הסעד הזמני.<sup>208</sup>

בהקשר זה לטעמי ראוי כי בית המשפט הדן בבקשה לסעד זמני יעמוד על התקיימות התנאים לאכיפת פסק הדין העתידי בישראל מכוח חוק אכיפת פסקי-חוץ, אך יעשה כן באופן מרוכך, בהתחשב בקשיים האמורים של הערכה אפריורית של שאלת אפשרות אכיפתו של פסק-החוץ. בשל האמור, התנאים לעיל צריכים להיבחן באופן לכאורי בלבד, תוך העברת הנטל לכתפיו של הצד שכנגד להוכיח אי-התקיימות אחד התנאים לאכיפת פסק-החוץ.<sup>209</sup> עם זאת, בכל אופן, כדי להבטיח את השימוש בסעד הזמני, ראוי לחייב את מבקש הסעד הזמני ליתן התחייבות להתחיל תוך זמן סביר ממועד מתן פסק הדין הזר בהליכים מכוח חוק אכיפת פסקי-חוץ או בהליכים אחרים, לשם מימוש תכליתו של הסעד הזמני והוצאתו לפועל של פסק הדין. זאת כדי למנוע מצב שבו לאחר מתן פסק דין זה ייוותר הסעד הזמני תלוי על בלימה.<sup>210</sup>

### 3. שלב הפעלת הסמכות – הדיון בבקשה לסעד זמני לגופה

אם ימצא כי בית המשפט בישראל אינו "פורום לא נאות" לדיון בבקשה לסעד זמני, על בית המשפט לעבור בשלב הבא לדון בה לגופה,<sup>211</sup> שהרי מטבע הדברים אין להיטיב מצבו של בעל דין אך בשל הרצון לסייע להליכים זרים. כשם שעל בעל דין בהליך המתנהל בישראל לעמוד בכמה וכמה תנאים, דיונים ומהותיים כאחד, לשם זכייתו בסעד זמני, כך הוא אף מצבו של בעל דין אשר ההליך העיקרי בעניינו מתנהל מחוץ לישראל.

207 Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 791–794; Westin & Chrocziel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 746–747; פרשת Mercedes, לעיל ה"ש 70, בעמ' 6–7.

208 Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 793. זאת ועוד, בהקשר זה יש להוסיף כי ככל שהסעד הזמני משמש כדי לשרת את הליכי האכיפה של פסק הדין שטרם ניתן, הרי שעשויה לעלות הטענה כי הלכה למעשה מדובר בסעד זמני בגין עילת תביעה אשר טרם באה לעולם (לעניין זה ראו Pitel & Valentine, לעיל ה"ש 66, בעמ' 356–357).

209 על פנייה מאוחרת לבית המשפט בעניין אי-התקיימות התנאים לאכיפת פסקי-חוץ ראו Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 792–793. יובהר כי המוצע לעיל שונה מהאמור שם כי מדובר בהעברת נטל אפריורית עוד טרם הידרשותו של בית המשפט לבקשה לסעד זמני.

210 Pitel & Valentine, לעיל ה"ש 66, בעמ' 366.

211 Refco, לעיל ה"ש 86.

תת-פרק זה יוקדש לדיון באופן שבו על בית המשפט לבחון תנאים אלה בהתחשב בכך כי עסקינן בהליכים חוצי גבולות.

בראש התנאים הנזכרים לעיל עומד הצורך של מבקש הסעד הזמני בהליכים חוצי גבולות לבסס קיומה של עילת תביעה לכאורה על סמך ראיות מהימנות, כפי שנדרש מכל מבקש סעד זמני.<sup>212</sup> בהקשר זה עולה השאלה אם קביעותיו של בית המשפט הזר במסגרת החלטתו ליתן סעד זמני (ככל שניתנה) מייתרות את הצורך של בית המשפט בישראל להכריע בתנאי זה בעצמו. בעניין זה נציין כי באנגליה נפסק שהחלטתו של בית המשפט הזר באשר לקיומה של "תביעה הראויה לטיעון" ("Good arguable case") נגד הנתבע היא אמנם נקודת פתיחה לבית המשפט הדין בנושא הסעד הזמני, אך אין בה כדי ליתר את הצורך בקבלת החלטה בנדון על ידי בית המשפט המקומי על סמך ראיות המוצגות לו.<sup>213</sup>

תנאי נוסף בתקנות סדר הדין למתן סעד זמני נוגע להוכחה, על סמך ראיות מהימנות לכאורה, כי אי-מתן הסעד יכביד על קיום ההליך או ביצוע פסק הדין.<sup>214</sup> על בית המשפט בישראל כמובן לעמוד על תנאי זה אף (ואולי במיוחד) במקרה של סעד זמני הניתן לשם סיוע להליכים זרים. במסגרת בחינת תנאי זה על בית המשפט לייחס משקל מיוחד לדרך התנהלותם של בעלי הדין כפי שהיא עולה מראיות פוזיטיביות שתוצגנה בפניו. באמצעות ראיות אלה יוכל בית המשפט להיווכח אם אכן מדובר במקרה של נתבע המבקש לנצל את הסיטואציה הגלובלית כדי לסכל את ההליך העיקרי המתנהל מחוץ לישראל, ואם אכן יש צורך במתן הסעד הזמני לשם הבטחת תקינות ההליך או ביצוע פסק הדין הזר.<sup>215</sup>

212 Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 793; דעת המיעוט של הלורד Nicholls בפרשת Mercedes, לעיל ה"ש 70, בעמ' 307; פרשת Motorola, לעיל ה"ש 183, בעמ' 143-144.

213 שם.

214 התנאים למתן כל סוג של סעד זמני הם שונים ומשתנים על פי טיבו. למשל, תקנה 374(ב) מחייבת כתנאי למתן עיקול כי בית המשפט ישוכנע על סמך ראיות מהימנות לכאורה כי קיים חשש סביר שאי-מתן הצו יכביד על ביצוע פסק הדין; תקנה 383(א) מחייבת כתנאי למתן צו Mareva כי בית המשפט ישוכנע, על סמך ראיות מהימנות לכאורה, כי קיים חשש סביר שאי-מתן הצו יכביד באופן ממשי על ביצוע פסק הדין; תקנה 384(א) מחייבת כתנאי למתן צו עיכוב יציאה מהארץ כי בית המשפט ישוכנע, על סמך ראיות מהימנות לכאורה, כי קיים חשש סביר שבעל הדין שנגדו מופנה הצו עומד לצאת מן הארץ לצמיתות או לתקופה ממושכת, וכי הדבר יכביד באופן ממשי על קיום ההליך או ביצוע פסק הדין. תקנה 387(א) מחייבת כתנאי למתן צו תפיסת נכסים כי בית המשפט ישוכנע, על סמך ראיות מהימנות לכאורה, כי קיים חשש ממשי שהמשיב או אדם אחר מטעמו עומד להעלים נכסים או להשמידם, וכי הדבר יכביד באופן ממשי על קיום ההליך.

215 Bermann, לעיל ה"ש 7, בעמ' 616; Westin & Chrocziel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 743.

על פי תקנות סדר הדין, תנאי אחר להענקת סעד זמני הוא מתן התחייבות עצמית והפקדת עירבון.<sup>216</sup> בהקשר זה יצוין כי בהתחשב בסיכון המוגבר הקיים בהענקת סעד זמני לשם סיוע להליכים זרים, יש מקום לשקול לקבוע את סכום העירבון שיש להפקיד טרם הינתנו של סעד זה על הצד הגבוה יותר.

טרם סיום חלק זה יובהר: החלת התנאים ה"רגילים" על בעל דין המבקש סעד זמני לשם סיוע להליך מחוץ לישראל אינה פועלת בהכרח לרעתו. למשל, כשם שבית המשפט בישראל מוסמך ליתן בנסיבות מסוימות סעד זמני לבעל דין אשר טרם הגיש תביעה בישראל (אך בכוונתו לעשות כן), כך צריך להיות הדין אף באשר לבעל דין המתכוון להגיש תביעה מחוץ לישראל. מסקנה זו מתחייבת מהחשש שחיובו של מבקש הסעד הזמני לפתוח בהליך עיקרי מחוץ לישראל עוד טרם הדיון בבקשתו יפגע לעתים במרכיב ההפתעה, שהוא בעל חשיבות רבה בתחום הסעדים הזמניים.<sup>217</sup> עם זאת, אין משמעות הדברים כי בית המשפט בישראל אינו צריך לייחס משקל וחשיבות לכך כי טרם נפתח הליך עיקרי מחוץ לישראל. על בית המשפט בישראל להקציב למבקש הסעד הזמני פרק זמן מוגדר וקצר, שעד אליו יהא אפשר להגיש את התביעה מחוץ לישראל.<sup>218</sup> יתרה מכך, אף אם במועד הגשת הבקשה לסעד זמני טרם הוכן על ידי מבקש הסעד הזמני כתב התביעה העתידי, עליו בכל זאת ליתן פירוט באשר לעילת התביעה, בין היתר כדי להבטיח התאמתו של הסעד הזמני לתביעה העתידה להתנהל.<sup>219</sup> נוסף על כך, בנסיבות מסוימות על בית המשפט לחייב את מבקש הסעד הזמני להגיש הליך עיקרי מחוץ לישראל טרם הידרשותו לבקשה. כך יהיה למשל במקרה שבו בית המשפט סבור כי המתנה להגשת ההליך העיקרי לא תביא לסיכול הבקשה לסעד זמני.

## ח. רוט – סוף?

שאלת סמכותו של בית המשפט בישראל ליתן סעד זמני בעוד התביעה העיקרית מתנהלת מחוץ לגבולות המדינה היא שעמדה במרכז מאמר זה. שאלה זו מורכבת ביותר ובעלת

216 תקנה 364(א) לתקנות סדר הדין.

217 Malet-Deraedt, לעיל ה"ש 78, בעמ' 19. יוער כי זהו הדין אף באנגליה, שם נקבע בחקיקה במפורש כי סמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני לתמיכה בהליכים מחוץ לגבולותיה חלה אף במקרה שבו ההליכים טרם נפתחו במדינה הזרה.

218 ראו למשל פרשת אווז הכסף, לעיל ה"ש 39; Michell, לעיל ה"ש 31, בעמ' 794. בהקשר זה יצוין כי פער הזמנים בין הגשת ההליך בישראל לבין פתיחת ההליך העיקרי מחוצה לה עשוי כשלעצמו להוות שיקול לאפשר הגשת בקשה לסעד זמני עוד טרם הגשת התביעה העיקרית.

219 Fourie v. Le Roux [2007] UKHL 1 para. 35–36, שם קבע בית הלורדים כי לא היה מקום ליתן צו Mareva לטובת מפרק של שתי חברות מכיוון שזה לא ציין מה מהות תביעתו (האם קניינית או אחרת) והיכן עתידה זו להיות מוגשת.

פנים רבות. על אף האמור, הניתוח המשפטי שנערך בנדון בפסק הדין בפרשת רוט הוא שטחי בלבד. פסק הדין האמור מבוסס על יישום נקודתי של כלל מתחום סדר הדין האזרחי (שלפיו בית משפט מוסמך ליתן סעד זמני רק במסגרת תובענה קיימת), אך שקילת רוחב של הלכות ושיקולי מדיניות מתחום המשפט הבינ-לאומי הפרטי היא שהייתה מתבקשת לא פחות בנסיבות המקרה (בהתחשב בקיומם של הליכים משפטיים תלויים ועומדים באותה פרשה מחוץ לישראל).

בחלוף כעשרים שנים מעת הינתנו הגיעה העת לעיון מחדש בצדקתו של פסק הדין בפרשת רוט, אם על ידי בית המשפט העליון ואם על ידי המחוקק. עיון מחדש זה מחייב להידרש לתועלות העשויות לנבוע מהכרה בסמכותו של בית המשפט ליתן סעד זמני בעוד ההליכים העיקריים מתנהלים מחוץ לישראל – תועלות אשר לא נדונו בפסק הדין בפרשת רוט. עיון מחדש זה מחייב אף להידרש לכל אותם קשיים ממשיים שלא נדונו בפסק הדין בפרשת רוט, ואשר נובעים מהפעלת סמכותו של בית המשפט במסגרת בקשה לסעד זמני מסוג זה. אין להתעלם מקשיים אלה. נהפוך הוא, יש להכיר בקיומם ולבחון דרכים להתמודדות עמם.

כפי שמוצע, הפתרון לקשיים אלה אינו טמון בשלילת סמכותו של בית המשפט בישראל כי אם בהפעלת סמכות זו באופן זהיר, מבוקר וקפדני. המתווה המפורט לעיל, ובכלל זה החלק שבו הדין בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בעת הפעלת סמכות זו, הוא צעד ראשוני בכיוון זה. בדרך זו, כך אפשר לקוות, יהיה אפשר להתמודד עם הקשיים שיתעוררו לאחר שיוחלט לשים למגבלות הבלתי הכרחיות העולות מפסק הדין בפרשת רוט – סוף.