

## חופשה בטורקיה, תביעה בישראל: שיקולים ציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות

מאת

עידו באום\*

"Can the island of Tobago pass a law to bind the rights of the whole world?"<sup>1</sup>

נתבע שהוגשה נגדו כדין תובענה בעניין אזרחי בישראל רשאי לטעון כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לדין בתובענה ולנסות להניא את בית המשפט המוסמך מלדון בתובענה באמצעות השימוש בדוקטרינת הפורום הלא נאות (*forum non conveniens*).

כדי לבחון אם קיים פורום נאות יותר לדון בתובענה יזקק בית המשפט למבחן "מרב הזיקות", שבמסגרתו מוטל על הנתבע להוכיח כי קיים פורום זר מוסמך שהוא באופן מובהק בעל זיקות רבות יותר לסכסוך לעומת הפורום הישראלי.

בפסיקת בית המשפט העליון ניכרת מגמה של הכבדת הנטל על הנתבע וצמצום ההיענות לטענת פורום לא נאות. רשימה זו מדגימה כי יישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות בישראל מתאפיין בהטיה מובנית לטובת בעלי הדין המקומיים ולרעת בעלי דין זרים. מסורתית התמקד שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת הזיקות ה"פרטיות" של בעלי הדין. בתחילת העשור חל שינוי בפסיקה כאשר נקבע כי לנוכח המודרניזציה בדרכי התקשורת והתחבורה יש לייחס משקל מועט בלבד לשיקולי הנוחות של בעלי הדין. בנסותו למנוע רכישת סמכות שיפוט שרירותית על רקע שינוי זה אימץ בית המשפט העליון מהמשפט האמריקאי את השימוש בשיקולים ציבוריים במסגרת טענת פורום לא נאות.

השיקולים הציבוריים מתאפיינים בקריטריונים עמומים ולעתים סותרים המותירים בידי בית המשפט שיקול דעת רחב ומעצימים את אי-הוודאות של המתדיינים. שיקולים אלה מאפשרים הרחקת תביעות מהפורום מטעמי "יעילות דינית" או השארתן בו מטעמים "ערכיים". רשימה זו עומדת על הקשיים היישומיים במדיניות שאומצה על ידי בית המשפט העליון בכל הנוגע ליעילות המערכת השיפוטית; לבעייתיות שבהטיה המובנית

\* מרצה, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. על הערותיהם המועילות מבקש המחבר להודות לאיריס קנאור, למשתתפי הסמינר המחלקתי במכללה למינהל ולמערכת כתב העת משפטים. תודות לעוזרות המחקר אלה זיו ונועם אביטל על עבודתן המצוינת ולקרן המחקר של בית הספר למשפטים של המכללה למינהל על מימון המחקר.  
1 דברי הלורד Ellenborough בפסק הדין Buchanan v. Rucker, (1808) 103 Eng. Rep. 546 (K.B.).

לטובת בעלי דין מקומיים ולרעת בעלי דין זרים; לאופי הסכסוכים שיידונו בפני בתי המשפט; להשפעה האפשרית על יחסי החוץ של המדינה.

מבוא. א. שיקולים ציבוריים בדוקטרינת פורום לא נאות כמשפט האנגלי-אמריקאי.  
 1. התפתחות השיקולים הציבוריים בארצות הברית; 2. הביקורת על יישום דוקטרינת השיקולים הציבוריים בארצות הברית; 3. דחיית השיקולים הציבוריים כמשפט האנגלי; 4. סיכום ביניים: ארצות הברית, אנגליה והאוקיינוס שביניהן; ב. שיקולים ציבוריים בפסיקה בישראל. 1. הדיון האגבי בשיקולים הציבוריים; 2. השיקולים הציבוריים עולים לבמה; 3. התבססות השיקולים הציבוריים; 4. הטיה מובנית לטובת בעל הדין המקומי; ג. דיון ביקורתי בשימוש בשיקולים הציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות בפסיקה. 1. טיבו המעומעם של האינטרס הציבורי; 2. נימוס בין-לאומי; 3. עלות ותועלת בהעדפת תובעים מקומיים; 4. עומס שיפוטי ומאפייני התביעות; 5. שיקולים ציבוריים והאופי האדברסרי של סדרי הדין; סוף דבר.

## מבוא

קם אדם בבוקר, יוצא מפתח ביתו, יוצא מעירו, יוצא מארצו ומגיע למדינת ישראל להתדיין כנתבע בתביעה שהוגשה נגדו. הפורום אמנם זר לו, אולם התביעה הוגשה על פי כל כללי הדין והפרוצדורה של הפורום אשר רכש אפוא סמכות בין-לאומית לדון בסכסוך שבפניו. מה לו לנתבע כי ילין? הנה סיבה אחת: הטיה מובנית לטובת בעלי הדין המקומיים. האם ינהג בית המשפט הישראלי אותו כבוד ואותה דרך ארץ אם עסקינת בתובענה שהוגשה על ידי התובע הזר במדינת ישראל נגד נתבע מקומי? התשובה, ככל שהדברים אמורים ביישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות (*forum non conveniens*) במסגרת סוגיית הסמכות הבין-לאומית, היא בשלילה.

שתי דרכים עיקריות עומדות בפני תובע המבקש להגיש בישראל תובענה נגד נתבע זר כדי להבטיח כי בית המשפט ירכוש סמכות בין-לאומית לדון בתובענה:<sup>2</sup> הדרך האחת, המסורתית, לרכישת סמכות בין-לאומית היא המצאת התובענה בישראל לנתבע הזר גופו או למי שהדין רואה בו כחליפו.<sup>3</sup> הדרך האחרת לרכישת סמכות בין-לאומית נגד נתבע זר שאינו נמצא בתחום הריבונות של בית המשפט הישראלי היא קבלת היתר להמצאת התובענה מחוץ לתחום השיפוט, אשר משמעו קבלת הסכמתו של בית המשפט הישראלי

2 הצדדים רשאים כמובן להסכים ביניהם מראש על מתן סמכות שיפוט לפורום הישראלי. סוגיה זו היא מחוץ לתחום דיונונו במאמר זה.

3 תק' 475–499 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 2220 (להלן: "תקנות סד"א"). לדין נרחב בנושא ראו מיכאל קרייני "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו" מחקרי משפט יט 67 (2002).

להרחיב את תחום שיפוטו ולהחילו על נתבע המצוי בטריטוריה הריבונית של בית משפט זר.<sup>4</sup> בכל אחת מהחלופות דנן, המכוננות את סמכותו הבין-לאומית של בית המשפט לזון בתובענה שהובאה בפניו, עומדת לנתבע הנקרא להתדיין בבית המשפט של מדינת ישראל האפשרות לטעון כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לדיון בתובענה.<sup>5</sup> טענה זו יכול לטעון נתבע זר שהוגשה נגדו תובענה על ידי תובע ישראלי או על ידי תובע זר. טענה זו יכול להעלות גם נתבע ישראלי נגד תובע זר שהגיש נגדו תובענה בישראל, ובנסיבות המתאימות אף נגד תובע ישראלי.

דוקטרינת הפורום הלא נאות היא הטענה שבאמצעותה יבקש נתבע להניא את בית המשפט מלהפעיל את הסמכות שרכש ולהימנע מלדון בעניין אזרחי מסוים המובא בפניו אף כאשר נתונה לבית המשפט הסמכות המקומית, העניינית והבין-לאומית לזון בו. דוקטרינת הפורום הלא נאות, במתכונת שבה אומצה בישראל, מיוחסת בראש ובראשונה למשפט הסקוטי,<sup>6</sup> אולם למעשה היא התפתחות של דוקטרינות הסמכות המקומית שמקורן במשפט האנגלי ובחשש שהתעורר במשפט האנגלי מפני ניצול לרעה של היכולת לבחור את מקום הגשת התביעה על ידי תובעים המבקשים להקשות על הנתבעים.<sup>7</sup>

השאלה אם הפורום המקומי הוא הפורום הטבעי לזון בתובענה או שקיים פורום טבעי אחר בעל סמכות לזון בתובענה, היא אמת המידה לתחולתה של דוקטרינת הפורום

4 על פי אחת החלופות של תקנה 500 לתקנות סד"א, לעיל ה"ש 3. במקרה זה מפעיל בית המשפט בשלב הבקשה למתן היתר המצאה את שיקול דעתו בשאלה אם ראוייה התובענה להידון בפורום הישראלי, כלומר אם הפורום הישראלי הוא הפורום הנאות לדיון בתובענה. נטל ההוכחה בשאלת הפורום הנאות בבקשה למתן היתר המצאה מוטל על התובע, המבקש מבית המשפט לרכוש סמכות בין-לאומית נגד נתבע שאינו מצוי בתחום הריבונית הטריטוריאלית של בית המשפט. לעומת זאת נטל ההוכחה בטענת פורום לא נאות מוטל על הנתבע המבקש להוציא מהפורום הישראלי תובענה שנרכשה בה סמכות בין-לאומית. ראו קרייני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 67-68. דא עקא, שחלוקת נטלי ההוכחה האמורה הולכת ומתפוגגת בפסיקת בית המשפט העליון. ראו לעניין זה סטיבן גולדשטיין וערן טאוסיג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279, 301-305 (2003) והפסיקה הנזכרת שם. גולדשטיין וטאוסיג מצביעים על האפשרות שהשחיקה הניכרת בפסיקה בכל הנוגע להבחנה בין נטלי ההוכחה נועדה להיטיב עם תובעים. לדבריהם: "אם אכן מדובר במדיניות שיפוטית כאמור, הרי מדובר בעוד דוגמה של הפחתת החשיבות של סמכות בינלאומית כאשר התוצאה היא להיטיב עם תובע הרוצה לתבוע בארץ". שם, בעמ' 303.

5 ראו למשל ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, פ"ד מח(2) 77 (1994). לדיון נרחב בנושא ראו קרייני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 67-68.

6 עניין עבאדה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 75; John Bies, *Conditioning Forum Non Conveniens*, 67 U. CHI. L. REV. 489, 492 (2000). ראו גם סטיבן גולדשטיין "סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע – הלכה למעשה כיום" משפטים י 409, 421 (1980).

7 Bies, לעיל ה"ש 6, בעמ' 492-493.

הלא נאות במשפט הישראלי לאחר רכישת סמכות בין-לאומית באמצעות המצאה כדין.<sup>8</sup> לשם כך יבחן בית המשפט מהו הפורום בעל הקשר ההדוק לסכסוך, על פי מבחן מרב הזיקות.<sup>9</sup> נטל ההוכחה לעניין קיומו של פורום זר מוסמך שהוא בעל מרב הזיקות הרלוונטיות לסכסוך מוטל על כתפיו של הנתבע המבקש להוציא את הדיון מהפורום המקומי. נטל ההוכחה שבו עליו לעמוד אינו מבחן מאזן נוחות רגיל, אלא עליו לשכנע את בית המשפט כי המאזן נוטה נטייה גדולה וברורה לעבר הפורום האחר, הזר.<sup>10</sup> בפסיקת בית המשפט העליון ניכרת מגמה של הכבדת הנטל האמור על הנתבע וצמצום ההיענות לטענת פורום לא נאות בהתחשב בהתפתחויות שחלו באמצעי התחבורה ובדרכי התקשורת בעידן המודרני, שכן אלה גם אלה מטים לכאורה את הכף לטובת קיום הדיון בפורום הישראלי.<sup>11</sup>

אם כך, לאחר שרכש סמכות בין-לאומית בתובענה שבפניו, ומשהועלתה בפניו טענת פורום לא נאות, יהיה הילוכו של בית המשפט הישראלי כבואו לקבוע אם הפורום הישראלי הוא הפורום הנאות לדיון בתובענה כזו: ראשית כל, יבחן בית המשפט אם קיים פורום זר שאליו מקיימת התובענה שבפניו זיקה כלשהי. שנית, יכריע בית המשפט במעין "תחרות" הנערכת בין הפורום הישראלי לפורום הזר שאליו מקיימת המחלוקת זיקה, לאיזה פורום מקיים הסכסוך שבפניו קשר הדוק יותר, בהסתמך על מבחן מרב הזיקות.

מסורתית התמקד שיקול דעתו של בית המשפט בבחינת הזיקות ה"פרטיות". דהיינו, זיקות הנוגעות לבעלי הדין. עם זיקות אלה אפשר למנות את נוחות הגישה למקורות הראיות, האפשרות לחייב עדים להעיד בבית המשפט, ההוצאות הכרוכות בהבאת עדים המוכנים להעיד מרצונם, האפשרות לראות את מקום האירוע נושא הדיון ולבקר בו, הקושי שבאכיפת פסק הדין שיינתן, ציפיות הצדדים באשר למקום ההתדיינות ולדין שיחול על הסכסוך וכיוצא באלה.<sup>12</sup> בתחילת העשור חלה התפתחות ניכרת בפסיקת בית

8 רע"א 9810/05 Hecke נ' Pimcapco Limited, פס' 10 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 30.8.2009).

9 שם; רע"א 10250/08 קציב נ' ZAO RAIFFEISENBANK (תאגיד זר), פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 18.3.2010); בית המשפט העליון קבע מפי השופט תאודור אור כי "כשבא בית-המשפט בישראל, כשהוגש בפניו הליך, לשקול אם על-פי מרב הזיקות יש לקיים את ההליך בפניו, או שמא עליו לקבוע כי הוא אינו מהווה את הפורום הנאות, עליו לצאת מההנחה שקנויה לו סמכות לרון בעניין. רק אם האיוון בין הזיקות לפורום הישראלי לבין הזיקות לפורום הזר נוטה בבירור, באופן משמעותי, לפורום הזר, יחליט כי אין הוא הפורום הנאות". ראו רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109, 114 (1998) (להלן: עניין הגבס).

10 עניין Hecke, לעיל ה"ש 8; ראו גם עניין עבאדה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 82-84.

11 ראו למשל בעניין הגבס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 114.

12 ראו למשל ע"א 74/83 ראד נ' חי, פ"ד מ(2) 141, 149 (1986).

המשפט העליון כאשר נקבע, בעניין הגבס,<sup>13</sup> כי לנוכח המודרניזציה בדרכי התקשורת והתחבורה יש לייחס משקל מועט בלבד לזיקות המשקפות את שיקולי הנוחות הפרטיים של בעלי הדין.<sup>14</sup> במאמרו החשוב משנת 2002 טען פרופ' קרייני כי תוצאתו של פסק דין הגבס תאלץ את הפורום הישראלי לדון בחוג תביעות רחב יותר, וכי הדבר עומד בסתירה לניסיונות חוזרים ונשנים לייעל את מערכת המשפט הישראלית לנוכח העומס הכבד המוטל עליה.<sup>15</sup> קרייני הסביר כי השתכללותם של אמצעי התחבורה והתקשורת המודרניים בשעה שרכישת סמכות שיפוט נותרה בעיקרה עניין של הימצאות הנתבע בתחום השיפוט הטריטוריאלי של בית המשפט, הקלה מאוד את תופעת ה־forum shopping,<sup>16</sup> אשר הופכת את בחירת הפורום לעניין שרירותי ואקראי.<sup>17</sup> בצד החשש שעליו הצביע קרייני אפשר לומר כי ניכרת בפסיקה מגמה של הקלת הנטל על התובע בכל הקשור לרכישת סמכות בין־לאומית נגד נתבע שאינו מצוי בתחומי מדינת ישראל. מגמה זו באה לידי ביטוי למשל בהתחזקות המעמד שבית המשפט מייחס לציפיות הצדדים בד בבד עם פיחות במשקלם של שיקולי הנוחות של הצדדים;<sup>18</sup> בגמישות שמגלה בית המשפט בסוגיית נטל הוכחת הפורום הנאות המוטל על התובע המבקש מבית המשפט היתר המצאה לחו"ל לפי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי;<sup>19</sup> בגישה פרשנית מרחיבה להמצאה למורשה בניהול עסקים.<sup>20</sup>

13 עניין הגבס, לעיל ה"ש 9.

14 לדיון נרחב בזניחת שיקולי הנוחות ומשמעותה ראו קרייני, לעיל ה"ש 3.

15 שם, בעמ' 74.

16 שם, בעמ' 83, 87. תופעת ה־forum shopping זוכה לביקורת מפי מלומדים ונתפסת כמגונה בארצות הברית. לעומת זאת המשפט האנגלי דווקא מעודד את התופעה. ראו להלן פרק א' וכן ראו Andrew Klein, *Foreign Plaintiffs, Forum Non Conveniens, and Consistency*, in SELECTED ESSAYS ON CURRENT LEGAL ISSUES 193 (2008) available at [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=andrew\\_klein](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=andrew_klein), בעמ' 8–9 וההפניות שם ובעמ' 13.

17 גורן סבור אף הוא כי לאור הלכת הגבס "הנטייה להיעתר לטענת פורום לא נאות תלך ותקטן", אך למרות הפיחות במעמדם של שיקולי נוחות הצדדים לא חל לטעמו פיחות במעמד הציפיות הסבירות של בעלי הדין ויכולתם לנהל הליך יעיל בישראל. ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 48 (מהדורה עשירית, 2009).

18 שם. ראו גם הפסיקה הנדונה להלן בפרק ב'. יצוין כי מגמת ההקלה בנטל המוטל על תובע המבקש לרכוש סמכות שיפוט בין־לאומית מכרסמת בהלכה הישנה שלפיה בתפיסת הנתבע בתחומי המדינה קמה חזקה שהפורום המקומי הוא נאות, ועל הנתבע מוטל הנטל לסתור חזקה זו, ואילו כאשר נתבע כופר בנאותות הפורום המקומי עת הסמכות הבין־לאומית נרכשה בדרך של היתר המצאה לחו"ל, מוטל הנטל על התובע להוכיח כי הפורום הוא נאות. ראו ע"א 433/64 נברום מריטים בע"מ נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד יט(2) 159, 164 (1965).

19 ראו לעיל ה"ש 4.

20 לפי תקנה 482 לתקנות סד"א, לעיל ה"ש 3, רוכש בית המשפט סמכות בין־לאומית על נתבע כאשר התובע ממציא את התובענה ל"מורשה בניהול עסקים" של הנתבע, אף כאשר הנתבע עצמו אינו

אטען כי התפתחות יישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות בפסיקה הישראלית מעידה על הטיה אשר תביא לידי כך שהתובע הזר ישולח מעל פניו של בית המשפט הישראלי בתכיפות גבוהה אף אם הגיש תובענה כדין נגד נתבע מקומי, ואילו תביעתו של התובע המקומי תזכה ליחס שונה, מועדף. אבקש לטעון עוד כי בנסותו למנוע את עומס התביעות על הפורום מחד גיסא, ולהתמודד עם השלכות נוספות הנובעות מהפיחות במעמד של שיקולי נוחות הצדדים מאידך גיסא, אימץ בית המשפט העליון את השימוש בשיקולים ציבוריים ביישום דוקטרינת הפורום הלא נאות. השיקולים הציבוריים אשר אומצו מהמשפט האמריקאי תוך דיון אגבי ואשר יושמו באופן שאינו עולה בקנה אחד עם אופן יישומם במשפט האמריקאי, מתאפיינים בקריטריונים רחבים וגמישים.<sup>21</sup> בעקבות זאת אטען כי יישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות עלול להיות מושפע כעת במידה רבה מתחושת הצדק של כל שופט ושופטת באופן אינדיווידואלי, דבר שעלול להגביר את אי-הוודאות בתחום פרוצדורלי זה שבו חשובה ביותר הוודאות המשפטית.<sup>22</sup> אוסיף ואטען כי למדיניות שאומצה על ידי בית המשפט העליון יכולות להיות השלכות על יעילות המערכת השיפוטית, על יחסה לבעלי דין זרים ומקומיים, על אופי הסכסוכים שיידונו בפני בתי המשפט בישראל ואף על יחסי החוץ של המדינה.

הרקע ההשוואתי להתפתחותם של השיקולים הציבוריים, שמקורם במשפט האמריקאי, יתואר בפרק א', שבו תידון גם הביקורת על שיקולים אלה. בפרק ב' אסקור את השתלשלות הפסיקה בישראל שבה נקלטו השיקולים הציבוריים מן המשפט האמריקאי בלא לתת את הדעת כנדרש לסטייה מדרכי היישום שפותחו שם. בולט

והיה בתחומי ישראל. הפסיקה נקטה גישה גמישה בכל הקשור להגדרת "מורשה" והסתפקה בהכחשת קשר אינטנסיבי בין ה"מורשה" לנתבע במועד ההמצאה. ראו רע"א 2652/94 טנדלר נ' לה קלוב מדיטראנה (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 25.8.1994); רע"א 11556/05 קמור רכב בע"מ נ' חימו (פורסם בנבו, 27.2.2006); רע"א 39/89 General Electric Corp נ' מגדל חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 762 (1989); ולאחרונה בעניין ע"א (מחוזי י-ם) 3543/09 Spiegel Verlag נ' Rudolf Augstein GmbH & Co. KG (פורסם בנבו, 16.1.2011) (להלן: עניין Spiegel).

21 קרייני מציין: "לפיכך ניתן לומר, כי שיקולי הפורום הנאות הם במהותם שיקולי מצפון שנחלצים אליהם ככל שגוברת אי-הנוחות מכינון סמכות מכוחה של זיקה מסוימת". קרייני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 99. הדברים מקבלים משנה תוקף בפסיקה המאוחרת למאמרו של קרייני הנסקרת במאמר זה להלן בפרק ב'. יוער כי גם שיקולי ציפיות הצדדים מתאפיינים באמורפיות המאפשרת לבית המשפט ליצוק לתוכם תוכן המשקף "שיקולי מצפון", ועל כן אף הם עשויים לשמש מכשיר נוח לתמוך בו את הכרעת בית המשפט בשאלת נאותות הפורום בערבוביה עם השיקולים הציבוריים.

22 לדין בחשיבותה של הוודאות ככללי סדר הדין והקושי הנובע מהשימוש במונחי סתום בתחום משפטי זה ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 57-60 (2007). לדין בחשיבותה של העקיבות והוודאות ביישום דוקטרינת הפורום הלא נאות ראו גם Klein, לעיל ה"ש

במיוחד הוא אימוצם של השיקולים הציבוריים ל"סל שיקולים" אחד באופן המרחיב מאוד את שיקול הדעת של בית המשפט. בפרק ג' תידון הפסיקה מנקודת מבט ביקורתית. הפרק האחרון מסכם את הדיון ומעלה הצעות לפתרון הקשיים.

## א. שיקולים ציבוריים בדוקטרינת פורום לא נאות במשפט האנגלי-אמריקאי

תחילה נעמוד על התפתחות השימוש בשיקולים הציבוריים במסגרת יישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות במשפט האנגלי-אמריקאי. השיקולים הציבוריים התגבשו במשפט האמריקאי, ולעומתו המשפט האנגלי דוחה את השימוש בהם, לפחות על פי הרטוריקה העולה מפסקי הדין. נפתח אפוא את דיוננו ההשוואתי במשפט האמריקאי ומשם נפליג במסענו מזרחה אל האיים הבריטיים והלאה אל חופי ישראל.

### 1. התפתחות השיקולים הציבוריים בארצות הברית

בתי המשפט האמריקאיים נוטים לרכוש בקלות סמכות שיפוט פרסונלית על נתבעים אף בהימצאם של הנתבעים עצמם מחוץ לתחום השיפוט הטריטוריאלי של הפורום. זאת, באמצעות דוקטרינת "minimum contacts" הקובעת את התנאים שלפיהם תירכש סמכות שיפוט פרסונלית נגד נתבע שאינו מצוי בתחומי מושבו של בית המשפט.<sup>23</sup> הדברים אמורים הן בהקשר של נתבע אמריקאי שהוגשה נגדו תביעה בבית משפט במדינה ממדינות ארצות הברית שהוא אינו נמצא בה, והן באשר לתביעה שהוגשה לבית משפט מדינתי או פדרלי נגד נתבע זר. הקלות היחסית שבה נרכשת סמכות שיפוט פרסונלית חייבה את בתי המשפט האמריקאיים לפתח כלי סינון שיאפשרו להם להדוף את עומס

<sup>23</sup> International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945) ופסקי הדין שבאו בעקבותיו, ובהם Asahi Metal Industry Co. v. Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462 (1985) ו-Superior Court, 480 U.S. 102 (1987). אין להתעלם מהעובדה שדוקטרינה זו במשפט האמריקאי מקלה מאוד על התובע להביא לרכישת סמכות בין-לאומית נגד נתבע אף אם זה אינו מצוי פיזית בתחום השיפוט הטריטוריאלי של הפורום, ועל כן היא מחריפה ביותר את האפשרות של רכישת סמכות באופן שרירותי לעומת המצב הקיים בדין האנגלי והישראלי, שבהם שולט עקרון הריבונות הטריטוריאלי, שלפיו אפשר לרכוש סמכות נגד נתבע הנתפס בתחום הריבונות של הפורום, ובהיעדר יכולת לתפוס את הנתבע בדרך זו יש לבקש היתר המצאה מחוץ לתחום השיפוט מבית המשפט על-פי תקנה 500 לתקנות סד"א, לעיל ה"ש 3. ראו בעניין זה גם גולדשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 421-422.

התביעות, ולשם כך נדרשו לדוקטרינת הפורום הלא נאות.<sup>24</sup> בתחילת דרכה במשפט האמריקאי שימשה הדוקטרינה בעיקר בתיקי ימאות שבהם אפשר, ככלל, לרכוש סמכות שיפוט בין-לאומית נגד נתבע זר שספינתו עוגנת בנמל אמריקאי. מאמרו של Paxton Blair משנת 1929 נחשב לאירוע מכוון בתולדות הדוקטרינה.<sup>25</sup> Blair הציע להשתמש בדוקטרינה שימוש נרחב לצורך הדיפת תובענות מבתי משפט עמוסים: "relieving calendar congestion by partially diverting at its source the flood of litigation by which our courts are being overwhelmed"<sup>26</sup>.

גישתו של Blair נקלטה בבית המשפט העליון האמריקאי בעת שנדרש לסוגיה. בפסק הדין המרכזי בעניין *Gilbert*,<sup>27</sup> שהוכרע בשנת 1947, התווה בית המשפט העליון את המכניזם להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בדוקטרינת הפורום הלא נאות.<sup>28</sup> בפסק דין *Gilbert* התווה השופט Jackson שני סוגי שיקולים – פרטיים וציבוריים – שעל בית המשפט לבחון כבואו ליישם את דוקטרינת הפורום הלא נאות (השופט אינו מדרג את השימוש בשיקולים).<sup>29</sup> בשיקולים ה"פרטיים" נכללו נוחות הגישה של בעלי הדין לראיות; עלות הבאת העדים; קיומן של הוראות בדין לחיוב התייצבות עדים; האפשרות לבקר בנכס מושא המחלוקת; קלות אכיפת פסק הדין; מכשולים אחרים לקיומו של הליך הוגן וכל שיקול פרקטי נוסף שעלול לייקר ולסבך את ההליך המשפטי

24 Bies, לעיל ה"ש 6, בעמ' 489, מציין כי זרם התביעות לארצות הברית התגבר במיוחד לאחר מלחמת העולם השנייה, עם עלייתו של הסחר הבין-לאומי. ראה גם Alan Reed, *To Be Or Not To Be: The Forum Non Conveniens Performance Acted Out on Anglo-American Courtroom Stages*, 29 GA. J. INT'L & COMP. L. 31, 34 (2000).

25 Bies, לעיל ה"ש 6, בעמ' 496–495; Paxton Blair, *The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law*, 29 COLUM. L. REV. 1 (1929).

26 שם, בעמ' 34. ראו גם John Wilson, *Coming to America to File Suit: Foreign Plaintiffs and the Forum Non Conveniens Barrier in Transnational Litigation*, 65 OHIO ST. L.J. 659, 673 (2004).

27 Emily J. Derr, *Striking a Better Public-Private Balance in Forum Non Conveniens*, 93 CORNELL L. REV. 819, 823 (2008). *Gulf Oil v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947). ראו גם יש הרואים בדוקטרינת הפורום הלא נאות "כלל-על" המרחף מעל כללי הסמכות המקומית והעניינית ואשר נועד למנוע מצב שבו תובע ירכוש סמכות כלפי הנתבע בפורום שאינו מתאים לעניין. ראו למשל: American Dredging Co. v. Miller, 510 U.S. 443, 453 (1994) שבו כונתה הדוקטרינה "Supervening venue provision".

28 פסק הדין עסק במחלוקת בסוגיית הסמכות בין מדינות בתוך ארצות הברית. במסגרת רפורמה חקיקתית שערך הקונגרס בשנת 1948 בוטלה דוקטרינת הפורום הלא נאות ככל הקשור לעניינים פדרליים, אך בתי המשפט שם עדיין נוקקים לדוקטרינה כאשר הפורום שאליו מבקש הנתבע להעביר את הדיון הוא פורום זר, לא אמריקאי. Bies, לעיל ה"ש 6, בעמ' 500.

29 עניין *Gilbert*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 508–509.



מבחינתם של בעלי הדין.<sup>30</sup> השיקולים הציבוריים שנזכרו בפסק דין *Gilbert* הם העומס על בית המשפט; הצורך להכריע בשאלת הדין שיחול על ההליך; הקושי ביישום דין זר; חוסר ההגינות שבהטלת חובת מושבעים על תושבי הפורום בעניין אשר לפורום המקומי אין אינטרס בתוצאתו.<sup>31</sup>

הילוכו של הדין בטענת הפורום הלא נאות בארצות הברית בתביעה המוגשת על ידי תובע זר סוכם אפוא בעניין *Pain* כך: בשלב הראשון יבחן בית המשפט אם קיים פורום אלטרנטיבי אמתי; בשלב השני ייבחנו השיקולים הפרטיים של בעלי הדין; אם השיקולים הפרטיים אינם מכריעים את הכף לטובת פורום זה או אחר, יידרש בית המשפט לבחון את השיקולים הציבוריים; אם השיקולים הציבוריים מכריעים את הכף לטובת קבלת טענת פורום לא נאות, יש לבחון כל פגיעה חריגה הנגרמת לתובע עקב כך ולתקנה.<sup>32</sup>

בפסק דין *Gilbert* העניק בית המשפט משקל נכבד לזכותו של התובע לבחור את הפורום הנוח לו, אף כי היה ברור לבית המשפט כי בחירת הפורום משקפת במידה רבה את הערכתו של התובע כי הדין המהותי בפורום שנבחר על ידיו נוטה לטובתו.<sup>33</sup> יש יסוד להנחה כי גישה זו נבעה מהיותו של פסק דין *Gilbert* סכסוך בין שני בעלי דין אמריקאים. לראיה, הגישה השתנתה לחלוטין בפסק הדין בעניין *Piper*, שבו קבע בית המשפט

30 והשיקולים הם אלה: "Important considerations are the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action; and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive. שם, בעמ' 508.

31 בלשונו של השופט Jackson: "Administrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers instead of being handled at its origin. Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation. In cases which touch the affairs of many persons, there is reason for holding the trial in their view and reach rather than in remote parts of the country where they can learn of it by report only. There is a local interest in having localized controversies decided at home. There is an appropriateness, too, in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the state law that must govern the case, rather than having a court in some other forum untangle problems in conflict of laws, and in law foreign to itself" שם, בעמ' 508–509. יש לציין כי בית המשפט לא ידחה תביעה בהסתמך על קריטריון ציבורי יחיד. *Derr*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 825.

32 *Pain v. United Technologies Corp.*, 637 F.2d 775, 784–785 (DC Cir. 1980). יצוין כי קיים חוסר אחידות באופן יישומה של הדוקטרינה בארצות הברית. לעתים נשקלים השיקולים הפרטיים והציבוריים באותו שלב ולא בזה אחר זה. ראו *Klein*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 3–9.

33 עניין *Gilbert*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 508; *Reed*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 48; *Wilson*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 677–678.

העליון האמריקאי כי בחירת הפורום האמריקאי על ידי תובע זר אינה ראויה להתייחסות שווה במעמדה לבחירת הפורום על ידי תובע מקומי.<sup>34</sup> מבט ביקורתי מלמד על שינוי של שיווי המשקל ביישומה של הדוקטרינה: ההטיה לטובת הפורום המקומי, הנובעת מגישה מצמצמת שלפיה יידחה הפורום שנבחר על ידי התובע רק אם נבחר זה כדי להטריד את הנתבע, הפכה להטיה מובנית נגד תובע זר.<sup>35</sup> לטעמי, אין מנוס מקריאתה של הלכת *Piper* בקונטקסט של מודעות מצד בתי המשפט האמריקאיים לאטרקטיביות של הפורום האמריקאי לתובעים זרים. אטרקטיביות זו נובעת מכמה גורמים: דיני נזיקין הנוטים לטובת התובע; כללי גילוי ראיות נוחים לתובע; הסדרי שכר טרחה המפחיתים את העלויות והסיכון של תובעים; פסיקת פיצויים בשיעור גבוה יחסית.<sup>36</sup>

34 *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981). במקרה זה הגיש עיזונו של הרוג בתאונת מטוס קל בסקוטלנד תביעת נזיקין נגד יצרנית המטוס. בית המשפט קיבל את טענת הנתבעת כי בית המשפט האמריקאי אינו הפורום הנאות לדון בתביעה. גישה זו עומדת בסתירה לשיקולי הנוחות, שכן לכאורה כאשר התובע הזר מגיש את התביעה בפורום הסמוך לנתבע, מצוי הנתבע במצב הנוח ביותר מבחינתו. ראו *Reed*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 58–59. בתי משפט מדינתיים, בחלקם לפחות, הסתייגו מגישה זו של בית המשפט הפדרלי. ראו *Christine Russel, Should Florida Be a "Courthouse for the World?"*: *The Florida Doctrine of Forum Non Conveniens and Foreign Plaintiffs*, 10 FLA. J. INT'L L. 353, 362–363 (1996). שיקולי בחירת הפורום על ידי התובע, ככל שהם קיימים, אמורים להיות כלולים בשיקולים הפרטיים והציבוריים שנדרש בית המשפט לשקול ממילא על פי עניין *Gilbert*. ראו לעניין זה *Wilson*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 688–689. נראה כי הסיבה שבעטייה ניתן בעניין *Piper* משקל מועט לבחירת הפורום של התובע היא פסק הדין בעניין *Koster*, שהוכרע בשנת 1947 לצד עניין *Gilbert*. במקרה זה נדונה תביעה נגורת שהוגשה על ידי תובע שהוגדר "תובע פאנטום", שכן המוטבת האמתית של התביעה הייתה החברה אשר בשמה הוגשה התביעה. בהקשר של אותו בעל דין ייחודי נקבע כי אין מקום ליתן משקל רב לבחירת הפורום של התובע. למרות ייחודיותו של התובע הזר באותו מקרה אימצו בתי המשפט בארצות הברית את הגישה שלפיה אין ליתן משקל לבחירת התובע במקום שהוא תובע זר. *Koster v. Lumbermens Mut. Cas. Co.*, 330 U.S. 518 (1947).

35 *Wilson*, לעיל ה"ש 26, בעמ' 660–661. אם כי קיימים גם בתי משפט שהסתייגו מגישה זו שגובשה בהלכת *Piper* וראו *Wilson*, שם, בעמ' 688. מחקר שסקר את הפסיקה בארצות הברית בשנים 1982–2006 הראה כי 52% מהבקשות שהגישו נתבעים אמריקאים בטענת פורום לא נאות נענו בחיוב. *Michael T. Lii, An Empirical Examination of the Adequate Alternative Forum in the Doctrine of Forum Non Conveniens*, 8 RICH. J. GLOBAL L. & BUS. 513, 526 (2009). בפילוח סוגי התביעות נמצא שיעור גבוה במיוחד של תביעות נזיקין בגין נזק שנגרם לתובעים בשיט, טיסה או שהות במלון. בתביעות אלה עמד שיעור ההיענות של בית המשפט האמריקאי לבקשה להעברת הדיון לפורום לא אמריקאי על כ-80%. שם, בעמ' 534.

36 ראו למשל, בעניין *Piper*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 252, *Bies*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 500. על הצפת התביעות הבין-לאומיות בבתי המשפט האמריקאיים ראו גם *Daniel J. Dorward, Comment, The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 141 (1998); על

השימוש בשיקולים ציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות במשפט האמריקאי מעורר בקרב חלק מהמלומדים חשש מפני החלטות קפריזיות ולא עקיבות.<sup>37</sup> בפועל מתאפיין המשפט האמריקאי דווקא בעקיבות רבה בכל הקשור לתובעים זרים, במיוחד בתביעות נזיקין קבוצתיות. תביעות אלה מורחקות בעקיבות מהפורום האמריקאי מטעמי פורום לא נאות. למעשה, באופן אבסורדי תובעים אנגלים שביקשו לתבוע בארצות הברית תאגידי פרמצבטיקה אמריקאיים בגין נזקי גוף שנגרמו לתובעים מתרופות שנרכשו ונצרכו באנגליה, נתקלו בחומת דוקטרינת הפורום הלא נאות של המשפט האמריקאי אף על פי שהראו כי קיים קושי במימון הגשת תביעות מסוג זה באנגליה, וזאת בניגוד מוחלט לגישה שנקט המשפט האנגלי.<sup>38</sup> גישה עוינת במיוחד כלפי תובעים זרים גילה בית המשפט העליון בארצות הברית בפסיקה עדכנית, *Morrison v. National Australia Bank*, שבה ניתנה לתאגידים אמריקאיים הלכה למעשה חסינות מפני תביעות בגין עוולות שהניזוקים התובעים בגינן הם מחזיקי ניירות ערך שאינם אמריקאים.<sup>39</sup>

הריבוי של תביעות נזיקין המוגשות על ידי תובעים זרים ראו גם Laurel E. Miller, *Forum Non Conveniens and State Control of Foreign Plaintiff Access to U.S. Courts in International Tort Actions*, 58 U. CHI. L. REV. 1369 (1991). ידועה בעניין זה אמרתו של Lord Denning על המשיכה העזה של תובעים לפורום האמריקאי: "As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune. At no cost to himself; and at no risk of having to pay anything to the other side" שנאמרה בעניין *Smith Kline & French Laboratories, Ltd. v. Bloch*, [1983] 1 W.L.R. 730, 733.

37 Reed, לעיל ה"ש 24, בעמ' 43.

38 שני פסקי דין בולטים בעניין זה הם תביעות שהגישו עשרות תובעים בריטיים נגד חברת Merck האמריקאית בגין נזקים שנגרמו להם מצריכת תרופת Vioxx לאחר שהחברה הודיעה על משיכת התרופה מהשוק עקב מקרי מוות של צרכני התרופה. *In re Vioxx Litigation*, 395 N.J. Super. (תרופה Gullone v. Bayer, 408 F. Supp. 2d 569 וגם 358, 368; 928 A.2d 935, 940 (App. Div. 2007) (N.B. Ill., 2006); *aff'd*, 484 F.3d. 951 (7th Cir. 1990) המשפט האמריקאיים כי קיים פורום מתאים יותר לניהול התביעה והוא הפורום האנגלי. בתי המשפט דחו את טענות התובעים כי המגבלות על הסדר שכר טרחה מותנה בתוצאות הקיימות במשפט האנגלי (אשר אינן קיימות במשפט האמריקאי), וכן כלל הוצאות המשפט האנגלי, הקובע כי המפסיד בתביעה יישא בהוצאות המשפט של המנצח (בניגוד לכלל שלפיו כל צד נושא בהוצאות המשפט שלו, במשפט האמריקאי) כמו גם עילות תביעה מצומצמות יותר בדין האנגלי, יעמידו בספק את היכולת לממש את זכות התביעה בפורום האנגלי. לביקורת הסבורה כי בתי המשפט האמריקאיים הוכיחו חוסר הבנה של דיני הפרוצדורה האנגליים ראו Michael McParland, *Forum Non Conveniens in the US: Are the Courtroom Doors Finally Shut?*, 1 J. PERSONAL INJURY 58 (2008). לגישת המשפט האנגלי ראו להלן בפרק א.3.

39 *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869 (U.S. 2010) [www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1191.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1191.pdf). בית המשפט העליון העמיד על מכונה חוקה שנשחקה במשפט

בה בעת בתי המשפט בארצות הברית מגלים אמפתיה לקשיים העומדים בפני תובעים מקומיים כאשר אלה נתקלים בטענת פורום לא נאות מצד נתבעים זרים בפורום האמריקאי. בהתייחסו לשיקולים הציבוריים קבע בית המשפט כי העומס על בתי המשפט אינו שיקול שיש לייחס לו משקל רב, וכי לשתי מערכות המשפט המתחרות אינטרס ציבורי זהה להכריע בסכסוך. לפיכך הכריע בית המשפט לטובת הפורום האמריקאי בעיקר לנוכח ציפייתה של התובעת להישפט בבית משפט שקיימת בו שיטת מושבעים וכן לנוכח היעדרו של הסדר שכר טרחה מותנה בתוצאות (*contingency fee*) בפורום הזר.<sup>40</sup> בתחומים אחרים, כגון תביעות רשלנות רפואית של תושבי ארצות הברית שניזוקו בעת טיפולים רפואיים בחו"ל (בעיקר במדינות אמריקה הלטינית) במסגרת התופעה המכונה "תיירות מרפא", גילו בתי המשפט האמריקאיים נכונות פחותה לסייע לתובע המקומי המבקש לזכות בפיצוי מרופא זר. אולם אפשר להסביר גישה זו בתפיסה הרווחת בבתי המשפט האמריקאיים שלפיה אין להטיל אחריות כבדה מדי על נותני שירותים רפואיים בחו"ל מחשש שהדבר יגרום לייקור שירותים רפואיים אלה ובשל היעדר חלופה זולה אחרת למי שידו אינה משגת טיפול רפואי בארצות הברית, שמחירו גבוה.<sup>41</sup>

## 2. הביקורת על יישום דוקטרינת השיקולים הציבוריים בארצות הברית

יותר משישים שנה לאחר שנקבעו אמות המידה לבחינת נאותות הפורום ממשיכה הדוקטרינה לעורר מחלוקת בארצות הברית.<sup>42</sup> הביקורת על יישום הדוקטרינה מתפרסת על פני שלושה מישורים: במישור הראשון נטען כי השיקולים הציבוריים המנויים בפסק דין *Gilbert* רחבים מדי ולוקים באי-בהירות המתורגמת לחוסר ודאות מנקודת מבטם של בעלי הדין. גישת בתי המשפט לשיקולים הציבוריים הוגדרה על ידי מלומדים אמריקאים

האמריקאי ולפיה כל דבר חקיקה שאינו מכיל במפורש סמכות שיפוט אקס-טריטוריאלי, יש לראות בו דבר חקיקה שיחול בתחומי ארצות הברית בלבד. בפסק הדין נקבע כי לסעיף העיקרי בחוק ניירות ערך האמריקאי שנועד להגן על משקיעים בניירות ערך מפני הונאה – סעיף 10(b) ל- Securities Exchange Act of 1934 – לא תהיה תחולה על עסקאות שבוצעו בניירות ערך שנסחרו מחוץ לארצות הברית גם אם משקיעים שביצעו עסקאות אלה ניזוקו ממעשי הונאה שבוצעו בתחומי ארצות הברית. בכך נדחתה תביעה שהגישו בארצות הברית משקיעים אוסטרלים אשר רכשו מניות של בנק אוסטרלי וניזוקו עקב הונאה בחברה אמריקאית שאת ניירות הערך שלה רכש אותו בנק.

*Doe v. Sun Int'l Hotels*, 20 F. Supp. 2d 1328 (S.D. Florida 1998). במקרה זה דחה בית המשפט בפלורידה טענת פורום לא נאות של הנתבעת, חברה המפעילה מלון באיי הבאהאמס, בתביעת נזיקין שהגישה תושבת ארצות הברית בגין נזקים שנגרמו לה לאחר שנאנסה בעת שהותה במלון.

לדין כללי בנושא ראו Philip Mirrer-Singer, *Medical Malpractice Overseas: The Legal* 41  
*Uncertainty Surrounding Medical Tourism*, 70 L. & CONTEMP. PROBS. 211 (2007).

42 Derr, לעיל ה"ש 27, בעמ' 820.

כבלתי מגובשת;<sup>43</sup> במישור השני מתעוררת ביקורת על הגיונם הפנימי של השיקולים הציבוריים ועל תקפותן של ההצדקות לקיומם. במישור השלישי נמתחת ביקורת על מדיניותם של בתי המשפט בכל הקשור ליישום השיקולים הציבוריים על רקע המשמעויות הבין-לאומיות של מדיניות זו. נידרש למישורי הביקורת לפי סדרם.

המישור הראשון מתמקד באי-הוודאות שמעוררים השיקולים הציבוריים ושיקול הדעת הרחב המוענק לבית המשפט ביישומם. לדעת קרייני, ההבחנה בין השיקולים הציבוריים לפרטיים ברשימת השיקולים המנויה בעניין *Gilbert* מעורפלת.<sup>44</sup> למשל, השאלה אם יש לפורום אינטרס, או עניין, להכריע בסוגיה מסוימת מתעוררת כאשר לתובע מסוים יש זכות פרטית שאת הפגיעה בה הוא מבקש לרפא, ולכן שיקול זה כולל משמעויות פרטיות וציבוריות גם יחד.<sup>45</sup> המבחן עצמו מעורפל,<sup>46</sup> ועל כן מעורר חוסר ודאות.

במישור השני נמצא למשל ביקורת הכופרת בהיגיון שבהיזקקות לשיקולים ציבוריים ובהצדקה לקיומם. השיקולים הציבוריים המנויים בפסק דין *Gilbert* הם המקרה היחיד שבו ניתן לבית המשפט שיקול הדעת לדחות את הדיון המהותי בעניין שבפניו בנימוק לבר-משפטי של עומס העבודה המוטל עליו.<sup>47</sup> אפשר לטעון כי הדוקטרינה חביבה במיוחד על שופטי הערכאות הנמוכות, הדיוניות, בגלל שיקול הדעת הרחב הנתון לבית המשפט בבואו לסלק על הסף תביעה בשל פורום לא נאות, והדרישה המופנית כלפי שופטים אלה להביא לסילוקם המהיר של תיקים רבים ככל האפשר מעל שולחנם.<sup>48</sup> לדעת קרייני, עומס שיפוטי אינו קריטריון לגיטימי לדחיית עניין הבא בשערי בית המשפט. לטעמו, לכל היותר אפשר לראות בעומס השיפוטי הצדקה לדחיית עניין שכזה

43 שם, בעמ' 821. Klein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 7-9. von Freyhold טוען על סמך מחקר אמפירי כי הדרך היחידה לנבא את תוצאת טענת פורום לא נאות בבתי המשפט של מדינת ניו יורק היא הסתמכות על זהותם של השופטים היושבים בדין. ראו Hanno von Freyhold, *Cross-Border Legal Interactions in New York Courts*, in FOREIGN COURTS: CIVIL LITIGATION IN FOREIGN COUNTRIES 44, 109-112 (Volkmar Gessner ed., 1996).

44 Michael M. Karayanni, *The Myth and Reality of a Controversy: "Public Factors" and the Forum Non Conveniens Doctrine*, 21 WIS. INT'L L.J. 327, 330 (2003). המחשת טשטוש הגבולות בין השיקולים הציבוריים והפרטיים מודגמת על ידי קרייני גם בכך שהשיקולים הפרטיים כוללים בחובם מאפיינים ציבוריים. למשל, הנטל המוטל על בעלי הדין במסגרת הליכי גילוי מסמכים הוא שיקול פרטי שיש לו – לטעמו של קרייני – גם היבט ציבורי שכן לכללי גילוי הראיות יש השלכה על יכולתו של בית המשפט לרדת לחקר האמת ולהימנע מקביעת נורמות משפטיות לא מדויקות שהציבור בכללותו מושפע מהצנתן אליו. שם, בעמ' 352-356.

45 שם, בעמ' 346-347.

46 שם, בעמ' 349.

47 Derr, לעיל ה"ש 27, בעמ' 826.

48 שם, בעמ' 820.

מטעמי צדק דיוני.<sup>49</sup> לביקורת זו מצטרפת גם Derr, התוהה מדוע נדחות דווקא תביעות בין-לאומיות מטעמי עומס, שעה שקיימות תביעות אחרות המטילות עומס שיפוטי רב לא פחות על כתפי מערכת המשפט ואשר אינן נדחות מטעמי עומס אף כאשר ייתכן שהאינטרס הציבורי בדיון בהן אינו גדול.<sup>50</sup>

נעיר עוד כי הנימוק העולה מהלכת *Gilbert* ולפיו החלת דין זר מערימה קושי על בית המשפט ומצדיקה קביעה כי הפורום אינו נאות, אינו עומד במבחן המציאות בעידן הליטיגציה המודרנית.<sup>51</sup> בתי משפט רבים נדרשים להכריע על סמך דין זר, וממילא יכולים בעלי דין לכפות את תחולת הדין הזר על בית משפט מכוח הסכמה דיונית ביניהם. איתור הדין הזר אינו עניין המכביד יתר על המידה על בית המשפט, שכן בשיטת המשפט האדברסרית בית המשפט אינו נדרש לאתר בעצמו את הדין הזר אלא איתורו והוכחתו כעניין שבעובדה מוטלים על כתפי בעלי הדין.<sup>52</sup>

במישור השלישי נדרשת הביקורת להשלכות התחולה האגרסיבית של דוקטרינת הפורום הלא נאות במשפט האמריקאי על נורמות טרנס-לאומיות של התנהלות מסחרית. מלומדים אמריקאים טוענים למשל כי סירובם של בתי המשפט האמריקאיים להפעיל את סמכותם על נתבעים אמריקאים באמצעות הפעלת השיקולים הציבוריים של דוקטרינת הפורום הלא נאות אפשרה לחברות אמריקאיות לפעול במדינות זרות תוך נקיטת רמת זהירות שלא הייתה מתקבלת על דעת בתי המשפט בארצות הברית. בכך אפשרו בתי

49 קרייני מצדיק מטעמי עשיית צדק את השימוש בדוקטרינת הפורום הלא נאות לסינון העניינים המגיעים לפתחם של בתי משפט הסובלים מעומס. לגישתו, השימוש במאפיין הטריטוריאלי כבסיס לרכישת סמכות השיפוט הוא מיושן אך מאפיין את רוב השיטות המשפטיות, ולכן מתחייב השימוש בדוקטרינה המשקפת מרכיב של צדק דיוני כשלב נוסף לאחר יישום המבחן הטריטוריאלי שעלול להתברר כטכני ושרירותי בעידן המודרני. Karayanni, לעיל ה"ש 44, בעמ' 341–343.

Derr, לעיל ה"ש 27, בעמ' 829.

51 שם, בעמ' 828.

52 Karayanni, לעיל ה"ש 44, בעמ' 351–352.

המשפט לחברות אלה להפוך מדינות מתפתחות לזירת ניסיונות או לכר שיווק למוצרים ירודים.<sup>53</sup>

### 3. זחיית השיקולים הציבוריים במשפט האנגלי

המשפט האנגלי זנח זה מכבר את הגישה הנוקשה שלפיה רק שימוש לרעה של התובע בבחירת הפורום תצדיק הכרה בטענת פורום לא נאות.<sup>54</sup> תחת זאת אומצה שם הגישה

53 Reed, לעיל ה"ש 24, בעמ' 60–62. מקרה הממחיש את הפחתת החשיפה של חברות אמריקאיות לסיכון משפטי-כלכלי עקב הרחקת תובעים זרים הוא דחיית תביעה שהוגשה בארצות הברית על ידי נפגעי האסון בבופאל, הודו, נגד חברת Union Carbide, בעליה של מפעל אשר דליפת חומרים רעילים ממנו בשנת 1984 גרמה למותם של יותר מאלפי בני אדם באזורים סמוכים. במקרה זה העלה בית המשפט האמריקאי את עקרון הכבוד ההדדי (Comity) המעוגן במשפט הבין-לאומי למדרגת עקרון-על כאשר קבע כי אין אינטרס של בית המשפט האמריקאי היכול לגבור על האינטרס של המשפט ההודי והערכים ההודיים להכריע בתביעה דנן. זאת, אף על פי שהתביעה הוגשה בארצות הברית על ידי ממשלת הודו עצמה, בשם הנפגעים. ראו Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India in December, 1984, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y., 1986), *aff'd* 809 F.2d 195 (2d Cir. 1987) (להלן: עניין Union Carbide). שם, בעמ' 867 לפסק הדין קבע בית המשפט כי להודו אינטרס גובר להכריע בעניין על פי "Indian law and Indian values". ראו גם Reed, לעיל ה"ש 24, בעמ' 54. על הנימוס הבין-לאומי ראו גם את מאמרה של איריס קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה – בית המשפט הישראלי כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טראנס-לאומית" מחקרי משפט כג 223 (2006). בסופו של דבר נוהלה התביעה בבית המשפט בהודו, וחברת Union Carbide הגיעה בה לפשרה בסכום כולל של 470 מיליון דולר. האסון בבופאל נחשב לאחת התאונות התעשייתיות החמורות ביותר של זמננו. קרבנות האסון נאמדים בכ-2,660 הרוגים, ובנוסף נפגעו 40 אלף איש באורח קשה. אם כל חברי קבוצה זו היו מפוצים באופן שווה, היה הפיצוי לשארי ההרוגים והנפגעים קשה עומד על סכום של כ-11 אלף דולרים, ללא שיוותר פיצוי לנפגעים קל ולמי שמחלותיהם יתפתחו בעתיד. מספרם הכולל של הנפגעים באסון, כולל הנפגעים בדרגות הפגיעה הקלות, נאמד ב-205 אלף בני אדם, וחלוקת הפיצויים באופן שווה ביניהם הייתה מותרת בידי כל נפגע כ-2,300 דולרים. ראו David W. Robertson, *The Federal Doctrine of Forum Non Conveniens: "An Object Lesson in Uncontrolled Discretion"*, 29 TEX. INT'L L.J. 353, 372–373 (1994). לדעת Reed, לעיל ה"ש 24, בעמ' 60–62, תוצאה זו היא תמריץ להתנהלות נצלנית ונלוזה של חברות אמריקאיות בין-לאומיות הפועלות במדינות מתפתחות. לדעה הסוברת כי הפיצויים סבירים שכן אין מטרתם להפוך את מי שחיו בתנאי עוני למיליונרים ראו Stephen L. Cummings, *International Mass Tort Litigation: Forum Non Conveniens and the Adequate Alternative Forum in Light of the Bhopal Disaster*, 16 GA. J. INT'L & COMP. L. 109 (1986).

54 קרייני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 77. לסקירה נרחבת של הפסיקה המוקדמת בדין האנגלי ראו Peter Gad Naschitz, *Forum Non Conveniens in Israel, England, and the United States: A Comparative Note*, 19 J. MAR. L. & COM. 551 (1988), אשר דן בין היתר בשאיבת דוקטרינת

שלפיה יש לבחון איזה פורום הוא ה"טבעי" יותר לדון בסכסוך, באמצעות שקילת מרב הזיקות. העקרונות להפעלת גישה זו נקבעו בפסק הדין בעניין *Spiliada*,<sup>55</sup> שקבע כי טענת פורום לא נאות תתקבל כאשר הנתבע יעמוד בנטל להוכיח כי קיים פורום אחר שהוא המתאים ביותר לדון בסכסוך (*most appropriate*), ואין די בכך שהפורום האנגלי נבחר מתוך מטרה להערים קשיים על הנתבע (*abuse of process*). נטל השכנוע מוטל על הנתבע המבקש להעביר את הדיון. בית המשפט יבחן את הטענה לפי מבחן מרב הזיקות, ואם ימצא כי הזיקות מעוינות תידחה הבקשה להעברת הדיון. אולם אף אם קיים פורום אחר מתאים יותר לדון בסכסוך, עדיין מוסמך בית המשפט האנגלי לשקול, בשלב השני, שיקולי צדק מלבד מבחן הזיקות, כגון אם הסעד המהותי בפורום האחר סוטה סטייה קיצונית מהסעד שיקבל התובע בפורום האנגלי.<sup>56</sup>

לעומת בתי המשפט בארצות הברית הדוחים בחשדנות את התובעים הזרים המגיעים אל חופיה של יבשת צפון אמריקה, בתי המשפט באנגליה קולטים אותם באהדה. לגישת בתי המשפט האנגליים, יש ערך רב במשיכת בעלי דין זרים לממלכה.<sup>57</sup> אפשר לראות בכך מעין שיקול ציבורי המדריך את בית המשפט האנגלי בנטייתו שלא להידרש לשיקולים הציבוריים המוכרים במשפט האמריקאי.<sup>58</sup> בתי המשפט באנגליה מייחסים חשיבות למוניטין בין-לאומי שרכשו לעצמם כפורום המתמחה בפתרון סכסוכים מסחריים חוצי גבולות שאליו נמשכים בעלי דין הנוזקים להכרעה מקצועית ויעילה במחלוקות עתירות ממון. לסכסוכים אלה אופי שונה מתביעות הנוזקין הנמשכות לפורום האמריקאי, ועל כן סבורים בתי המשפט האנגליים כי הסוחרים הבאים להתדיין באנגליה יביאו בעקבותיהם עסקי מסחר ויתרמו לשגשוגה הכלכלי של הממלכה.<sup>59</sup> דא עקא, שהמשפט האנגלי אינו חסין מפני הצפת תביעות נוזקין, ועם זאת על אף הנחיה מפורשת

פורום לא נאות מהמשפט האנגלי-אמריקאי למשפט הישראלי. ראו גם גולדשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 421-428.

55 *Spiliada Maritime Corporation v. Consulex Ltd.*, [1986] 3 All E.R. 843 (להלן: פסק-דין *Spiliada*).

56 *Reed*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 86-87. בגרסתה ההיסטורית חייבה טענת פורום לא נאות במשפט האנגלי שלושה תנאים: (1) על כל בעלי הדין להיות זרים; (2) קיים בית משפט במדינה "תרבותית" ("civilized") אחרת שיש לו סמכות לדון בעניין; (3) הנטל להוכיח כי הפורום הנוכחי אינו הפורום המתאים מוטל על כתפי הנתבע המבקש להוציא את העניין מגדרי הפורום. לדיון נרחב ראו *Bies*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 495.

57 אם כי מבחינה היסטורית אפשר לייחס את הגישה המצמצמת כלפי טענת פורום לא נאות במשפט האנגלי לקלות שבה יתאפשר לנתבעים להימלט מתובעים על ידי עזיבת האי הבריטי אם תינקט גישה מרחיבה המחייבת את הימצאותו של הנתבע באזור השיפוט הטריטוריאלי של בית המשפט. *Karayanni*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 365-366.

58 שם, בעמ' 344-345.

59 *Reed*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 79. ראו גם הדיון להלן בפרק ג.4.



בכללי הפרוצדורה האזרחית המחייבת את בית המשפט האנגלי להתייחס לשיקולי העומס השיפוטי המוטל עליו, דחה בית הלורדים את ההיזקקות לשיקולים ציבוריים מסוג זה במסגרת דוקטרינת הפורום הלא נאות בפסק דינו בעניין *Lubbe*.<sup>60</sup> חברותה של הממלכה המאוחדת באמנת בריסל<sup>61</sup> הביאה, באמצעות המשפט האירופי, לצמצום ניכר בתחולת דוקטרינת הפורום הלא נאות במשפט האנגלי. בכך הוחרף עוד יותר יחסו של המשפט האנגלי לניסיונותיהם של בעלי דין להרחיק תביעות מהפורום האנגלי. בעניין *Group Josi* קבע בית המשפט האירופי כי כאשר הנתבע בתובענה שהוגשה במדינה החתומה על האמנה הוא בעל מקום מושב באותה מדינה, אין להיזקק כלל לדוקטרינת הפורום הלא נאות, ויש לקיים את הדיון בפורום שבו הוגשה התובענה.<sup>62</sup> זאת לנוכח

60 *Lubbe v. Cape plc.*, [2000] 4 All E.R. 268 (H.L.) (appeal taken from Eng.) כדברי הלורד Hope, שם, בעמ' 1566: "the principles on which the doctrine of forum non conveniens rest leave no room for considerations of public interest or public policy which cannot be related to the private interests of any of the parties or the ends of justice in the case which is before the court". יש לציין כי גישה זו עומדת בסתירה לכללי הפרוצדורה האזרחית האנגליים (Civil Procedure Rules 1997), הקובעים בסעיף 1.1(2)(e) כי בבוא בית המשפט להכריע בענייני פרוצדורה עליו לשקול כמה וכמה שיקולים הכוללים בין היתר "allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases". ראו *Karayanni*, לעיל ה"ש 44. בעניין *Lubbe* נדונה תביעתם של יותר מ-3,000 עובדים תושבי דרום אפריקה נגד חברת אם הרשומה באנגליה בגין אחריותה של חברת האם לנזקים בריאותיים שנגרמו לתובעים משאיפת אסבסט במהלך עבודתם בחברה בת של הנתבעת. בית הלורדים קבע בשלב הראשון של דיונו כי הפורום המתאים לדיון בתובענה הוא הפורום הדרום-אפריקאי. אולם בהתייחסו לשיקולי הצדק, בשלב השני של הדיון, סבר כי העובדה שדרום-אפריקה ביטלה בחקיקה את הסיוע הכספי לתובעים בתובענות מעין אלה ולנוכח העלות והמורכבות של הגשת תובענה מסוג זה, עלולה סגירת הפורום האנגלי בפני התובעים לגרום שהתובענה לא תוגש כלל ותישאל מהתובעים זכות מהותית. בנימוק זה דחה בית הלורדים את טענת הפורום הלא נאות. מפתיעה בהקשר זה הסכמתו של הלורד Hoffman לפסק הדין בעניין *Lubbe* לאחר שבפרשה קודמת ציין כי לטעמו קיימת סכנה חמורה של הצפת בית המשפט באנגליה ושאיבת כספי משלם המסים האנגלי אם יתיר בית המשפט האנגלי לתבוע חברות אם אנגליות בגין נזקים שנגרמו עקב פעילות חברות בנות שלהן במדינות זרות. ראו *Connelly v. RTZ Corporation Plc.*, *Edwin Peel*, *Forum*, [1998] A.C. 854, 856 (H.L.) (appeal taken from Eng.) וכן בכלליות ראו *Non Conveniens Revisited*, 117 L.Q. REV. 187 (2001). לביקורת על בתי המשפט באנגליה ראו למשל *Karayanni*, לעיל ה"ש 44, בעמ' 330 וכן בעמ' 369–376, הטוען כי הרטוריקה של המשפט האנגלי מסווה את העובדה ששיקולים ציבוריים עומדים בבסיסה העמוק של הגישה האנגלית ההיסטורית לדיון בשאלת נאותות הפורום.

61 Brussels Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Sep. 27, 1968.

62 Case C-412/98, *Group Josi Reinsurance Co. S.A. v. Universal General Ins. Co.*, 2000 E.C.R. I-5925 (להלן: הלכת *Group Josi*).

הוראת סעיף 2 לאמנה הקובע כי, "persons domiciled in a Contracting State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that State"

בפרשת *Owusu*<sup>63</sup> חידד בית המשפט האירופי את נימוקיו והבהיר לבקשת בית המשפט האנגלי כי דחיית דוקטרינת הפורום הלא נאות מתבקשת לנוכח ייעודה של אמנת בריסל ליצור ודאות משפטית ובהתחשב בכך שנתבעים ערוכים להתגונן בצורה המיטבית במדינה שבה מצוי מקום מושבם, וכי לא יוכלו להיערך ולהתגונן אם לא יוכלו לצפות באופן סביר באיזה פורום תוגשנה התביעות נגדם.<sup>64</sup>

#### 4. סיכום ביניים: ארצות הברית, אנגליה והאוקיינוס שביניהן

במשפט האנגלי-אמריקאי ניכרות אפוא שתי גישות עיקריות ביישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות. שתי השיטות מעניקות שיקול דעת רחב לבית המשפט, אולם השיטה האנגלית המסורתית מותירה בידיה את הדיון בתביעה כל אימת שהנתבע אינו מצליח להוכיח כי מרב הזיקות מצביעות על פורום נאות יותר מהפורום האנגלי, ובכלל זה מצב

63 Case C-302/02, *Owusu v. Jackson*, 2005 E.C.R. I-1383. במקרה זה נדונה תובענה שהגיש אזרח ותושב בריטי בגין נזקי גוף קשים שנגרמו לו כאשר שחה בים בעת חופשה באתר נופש בג'מייקה. התובענה הוגשה נגד אזרח בריטי שהשכיר לתובע את בית הנופש בג'מייקה ונגד חברות שמושכן בג'מייקה ושהיו אחראיות להפעלת האתר והחוף שבו נפגע התובע. הנתבעים העלו בבית המשפט טענת פורום לא נאות וביקשו לקבוע כי הפורום הטבעי לדיון בסכסוך הוא בית המשפט בג'מייקה. לחיזוק עמדתם הביאו הנתבעים תובענה קודמת דומה, שהוגשה באנגליה נגד נתבעים שכולם נתיני ג'מייקה, ובה הורה בית המשפט האנגלי על הפסקת הדיון בפורום האנגלי לנוכח היותו של הפורום הג'מייקני מתאים יותר. בית המשפט האנגלי בערכאה הראשונה קבע כי לאור סעיף 2 לאמנת בריסל והלכת *Group Josi* אי אפשר להחיל את דוקטרינת הפורום הלא נאות משום שהנתבע הראשון בתביעה הוא אזרח ותושב אנגליה. לפיכך קבע בית המשפט כי אף שהפורום המתאים לדיון בתובענה נגד החברות שמושכן בג'מייקה הוא הפורום הזר, עלול הדבר ליצור מצב שבו יידון אותו עניין בפני שתי ערכאות שונות. כדי למנוע מצב זה נדחתה טענת הפורום הלא נאות במלואה. במסגרת הערעור שהוגש על ידי הנתבעות הפנה בית המשפט האנגלי שאלות לבית המשפט האירופי. בית המשפט האירופי קבע כי ההיזקות לדוקטרינת הפורום הלא נאות אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 2 לאמנת בריסל, וכי האמנה גוברת בכל מקום שבו מדובר בתובענה שהוגשה נגד תושב מדינה החתומה על האמנה.

64 שם, בפס' 40 להחלטה, שבה נאמר: "the principle of legal certainty requires, in particular, that the jurisdictional rules which derogate from the general rule laid down in Article 2 of the Brussels Convention should be interpreted in such a way as to enable a normally well-informed defendant reasonably to foresee before which courts, other than those of the State in which he is domiciled, he may be sued". בית המשפט האירופי לא שלל לחלוטין את תחולת הדוקטרינה ובכך הותיר למשל את האפשרות ליישם אותה במקום שבו קבעו הצדדים בהסכמה כי הפורום לדיון בסכסוכים שיתגלעו ביניהם הוא הפורום הזר ולא הפורום של המדינה החתומה על אמנת בריסל.

שבו הזיקות הפרטיות מעונינות, ואינה נזקקת לשיקולים ציבוריים. לעומת זאת השיטה האמריקאית נדרשת במצב של זיקות פרטיות מעונינות לשיקולים ציבוריים המכריעים את הכף.

הגישה האנגלית המסורתית נחשדה בהתנשאות אימפריאליסטית כלפי יכולותיהן של מערכות שיפוט אחרות,<sup>65</sup> אלא שפסק הדין בעניין *Lubbe* משקף תפיסה שונה. אמנם היעדרותו של הפורום האנגלי לתביעה שהוגשה על ידי קבוצה גדולה של תובעים זרים אינה נטולת פטרנליזם כלפי הפורום הזר (הדרום-אפריקאי, במקרה זה), ועם זאת נכונותו של בית הלורדים לקלוט תביעה מורכבת ועתירת משאבים בפורום האנגלי באופן שעשוי להחיל נורמות מן המשפט האנגלי המפותח על פעילותן של חברות אנגליות במדינות בעלות מערכות משפטיות מתפתחות עשויה לשקף מודעות של בית המשפט האנגלי לאחריותו כשחקן במישור הטרינס-לאומי, בהשוואה להתנערות בתי המשפט האמריקאיים מאחריות דומה.

## ב. שיקולים ציבוריים בפסיקה בישראל

בפרק זה אעמוד על השתלשלותה של הפסיקה בכל הנוגע לקליטתם של השיקולים הציבוריים לדוקטרינת הפורום הלא נאות בישראל. לאחר סקירת הפסיקה אצביע, באמצעות מחקר אמפירי הבוחן את פסיקת בתי המשפט המחוזיים בין השנים 2007–2010, על ההטיה המובנית לטובת בעלי הדין המקומיים ביישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות.

### 1. הדיון האגבי בשיקולים הציבוריים

בעניין אבו עטיה נפתחה לראשונה דלתו של בית המשפט העליון לדיון בשיקולים ציבוריים בטענת הפורום הלא נאות. מקרה זה עסק בתובענה שהגיש תושב רמאללה שנפגע בתאונת עבודה באזור נגד מעבידיו, תושבי האזור, ונגד חברת הביטוח הזרה שביטחה את מעבידיו.<sup>66</sup> לאחר שעמדה על התפתחות מבחני הפורום הנאות במשפט האנגלי-אמריקאי וקליטתם במשפט הישראלי, הציעה השופטת טובה שטרסברג-כהן לאמץ את הרוחות החדשות המנשבות במשפט האמריקאי, דהיינו לאמץ שיקולים ציבוריים לצורך הכרעה בשאלת נאותות הפורום.<sup>67</sup> על דעה זו חלק השופט, כתוארו אז,

65 Reed, לעיל ה"ש 24, בעמ' 40.

66 ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365 (1985).

67 שם, בעמ' 376–378.

אהרן ברק (ואליו הצטרף השופט משה בייסקי), שהותיר את ההידרשות לשיקולים ציבוריים בצריך עיון והטעים:

כשלעצמי, יש לי בעניין זה ספקות רציניים. הטעם לספקותיי אלה הינו, כי על-פי הגישה האמריקנית על בית המשפט לשיקול, בצד שיקולי צדק שבין הצדדים לבין עצמם, גם שיקולים ציבוריים של בית המשפט עצמו, עומס עבודתו והוצאות הציבור עליו, ובמקום ששיקולי הצדק מעונינים, דם של השיקולים הציבוריים על העליונה. ספק בעיניי, אם מתן משקל כה נכבד לשיקול הציבורי מוצדק הוא. אך, כאמור, מבקש אני להשאיר שאלה זו בצריך עיון, שכן אין לנו צורך להיזקק לה, שהרי כפות המאזניים מבחינת שיקולי הצדדים עצמם אינן מעוינות.<sup>68</sup>

בית המשפט העליון נדרש לסוגיה שוב בעניין אבו ג'חלה, שבו הגיש המערער, תושב אזור יהודה ושומרון שנפגע באזור מהתחשמלות מחוט חשמל שהיה מונח על האדמה, תביעת נזיקין בבית משפט השלום בירושלים נגד חברת החשמל, תאגיד הפועל בשטח מדינת ישראל ובשטחי אזור יהודה ושומרון.<sup>69</sup> חברת החשמל העלתה כנגד התביעה טענת פורום לא נאות ועיקרה כי היה על התובע להגיש את תביעתו בבית המשפט של האזור. הטענה נדחתה בבית משפט השלום אך התקבלה בערעור שהגישה חברת החשמל לבית המשפט המחוזי, ואשר עליו ערער התובע.<sup>70</sup> בפסק דינו החשוב התייחס הנשיא דאז מאיר שמגר להלכת *Gilbert* האמריקאית ועמד על כי "בית המשפט הבחין בין שני סוגי שיקולים המנחים אותו, והמובילים למסקנה כי הפורום הנוכחי אינו הפורום הנאות. סוג אחד של שיקולים מתייחס לבעלי הדין, והסוג השני מתייחס לציבור הרחב".<sup>71</sup> שמגר הרחיב את היריעה ההשוואתית בהתייחס לשיקולים הפרטיים בהלכת *Gilbert*,<sup>72</sup> המשיך וסקר את השיקולים הציבוריים בהלכה<sup>73</sup> ועמד הן על ההתפתחות שחלה בעניין *Piper* שבה נחלשה החזקה שלפיה יש ליתן משקל לבחירת הפורום על ידי התובע כאשר

68 שם, בעמ' 386 (הפניות הושטרו – ע"ב).

69 ע"א 2705/91 אבו ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח(1) 554 (1993).

70 שם, בעמ' 556.

71 שם, בעמ' 560.

72 שם, בעמ' 561–562.

73 שם. בצד הדברים האלה מציין שמגר כי בפסק הדין בעניין *Gilbert* נקבע כי שיקולים אלה אינם ממצים, וכי "שיקול הדעת שניתן לבית המשפט בהפעלתה וביישומה של דוקטרינת הפורום הלא נאות הוא רחב. מסיבה זו גם נקבע, כי ערכאת הערעור תמטע להתערב בשיקול-דעתה של הערכאה הראשונה, והיא תעשה כן רק במקרה שברור כי שיקול הדעת לא הופעל כראוי".

התובע הוא זר הבוחר לתבוע את הנתבע בבית המשפט האמריקאי,<sup>74</sup> והן על הלכת *Pain* שלפיה במצב שבו השיקולים הפרטיים מעוינים, יש להידרש לשיקולים הציבוריים.<sup>75</sup> בסקרו את המשפט האנגלי מציין שמגר כי ננטש המבחן הנוקשה שלפיו תתקבל טענת פורום לא נאות אך ורק במקום שבו הפורום האנגלי נבחר על ידי התובע כדי "להציק" לנתבע ו"להטריד" אותו, וכי על פי הפסיקה החדשה יותר, ובראשה פסק דין *Spiliada*, מוטל על הנתבע הטוען את הטענה להוכיח כי קיים פורום אחר "אשר באופן ברור ומובחן, clearly or distinctly כדבריו, מתאים יותר".<sup>76</sup> עם זאת המבחן המשמש את הדין האנגלי כדי לקבוע אם קיים פורום מתאים יותר באופן מובהק הוא מבחן הזיקות המוכר, והזיקות הנשקלות במסגרתו דומות לשיקולים הפרטיים הנשקלים במשפט האמריקאי, כגון מקום נוכחות העדים, עלות ניהול המשפט בפורום הזר וכיוצא באלה.<sup>77</sup> יוצאת דופן היא זיקת הדין החל על המקרה הכלולה במסגרת שיקוליו של בית המשפט האנגלי והיא חלק מהשיקולים הציבוריים, ולא הפרטיים, במשפט האמריקאי. בסכמו את מצב הדברים במשפט האנגלי-אמריקאי קובע שמגר כי "אין להבין כי דוקטרינת הפורום הלא נאות תופעל כדבר שבשגרה; נהפוך הוא: הדוקטרינה תופעל רק במקרים שבהם קיימת נחיתות משמעותית של פורום הדין בהתייחס לפורום האלטרנטיבי".<sup>78</sup> בכך שגה הנשיא שמגר בהכללתו את הדין האמריקאי, שבו דווקא רווח השימוש בדוקטרינה, עם הדין האנגלי, שבו סיכויי הנתבע המעלה את הטענה להצליח קטנים יותר.<sup>79</sup>

74 שם, בעמ' 562.

75 שם, בעמ' 563. יוער כי יישומו של פסק הדין בעניין *Pain* בפועל אינו עקיב ולעתים נשקלים השיקולים הציבוריים והפרטיים בארצות הברית זה בצד זה. ראו לעיל ה"ש 32. עוד עומד שמגר על כך שהגישה האמריקאית בוחנת את נוחות הפורום שבו הוגשה התביעה מול קיומם של פורומים אלטרנטיביים ונוחות התביעה בהם, וכי לסוגיית הסעד שאותו יוכל התובע לקבל בפורום האחר יינתן משקל רק במקרים קיצוניים שבהם יהיה הסעד שונה שינוי מהותי מהסעד שיוכל לקבל בפורום שבו הגיש את תביעתו. שם, בעמ' 563-565.

76 שם, בעמ' 568.

77 שם.

78 שם, בעמ' 573.

79 מחקרים אמפיריים מראים כי טענת פורום לא נאות התקבלה בארצות הברית ביותר ממחצית המקרים שבהם נטענה. ראו Lii, לעיל ה"ש 35.

בהכרעתו של הנשיא שמגר בעניין אבו ג'חלה ניתן משקל רב לציפיות הצדדים.<sup>80</sup> משקבע כי מרב הזיקות, ובעיקרן ציפיית הצדדים, מפנות לפורום הזר, לא נזקק עוד הנשיא לשיקולים ציבוריים והוא מדגיש כי הוא מותיר את העניין בצריך עיון.<sup>81</sup> הנשיא אף נתן את הדעת על כי בהלכת אבו עטיה הותיר ברק את ההיזקקות לשיקולים ציבוריים בצריך עיון ואף הסתייג מהם.<sup>82</sup> עם זאת מביע שמגר באמרת אגב דעה שונה ומצדד בגישה האמריקאית הערכנית: "לכאורה איני רואה סיבה מדוע לא ניתן יהיה, בדרך כלל, להתייחס לשיקולים הציבוריים ואף להעניק להם משקל, כאשר כפות המאזניים שבין הצדדים מעוינות. ניתן להקשות ולשאול: מדוע תישא מערכת המשפט הישראלית – באמצעות החברה – בעומס הכבד של תביעות וניהול התדיינות שאינן קשורות לה, מה גם שהוצאות אלו גדולות באופן יחסי מהוצאות משפט רגילות, בהתחשב בקשיים שבהוכחת דין זר שמטבע הדברים יהיה ה־lex causae ובהבאת עדים שלא ניתן לזמנם בדרך הרגילה".<sup>83</sup> התשובה לתהייתו של הנשיא שמגר טמונה למעשה בשאלה. שמגר עצמו מציע להחיל את השיקולים הציבוריים רק במקרה שבו הזיקות מעוינות. במקרה כזה אי אפשר לומר כי התביעה אינה קשורה לפורום הישראלי, אלא כי קיימות זיקות הקושרות אותה במידה רבה גם לפורום אחר. הא ותו לא.

המחלוקת השיפוטית בין אמרות האגב נגררה לאמרת אגב נוספת. בעניין זריקאת נידונה תביעה לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים שהגיש נהג מונית תושב אזור יהודה ושומרון שלא היה אזרח ישראלי ועיקר עבודתו הייתה הסעת נוסעים מהאזור לירושלים, נגד חברת הביטוח שבה היה מבוטח, שמושבה בשכם ולא היו לה סניפים בישראל.<sup>84</sup> השופט שטרסברג־כהן ציינה כי תושבי האזור נוטים להגיש את תביעותיהם בישראל לנוכח הסיכוי להשיג פיצוי גבוה יותר, וכי מגמת הפסיקה בסוגיית הפורום הנאות עד לאותה עת ובכלל זה בעניין אבו ג'חלה, היא כי מקום השיפוט הנאות לתביעות אלה הוא בית המשפט המתאים באזור.<sup>85</sup> השופטת קבעה כי להבדלים בין

80 עניין אבו ג'חלה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 577. לדבריו, "ציפיותיה הסבירות של חברה המספקת שירותים בכלל, ושירותי חשמל בפרט, הן להתדיין במקום בו היא מספקת את השירותים. היא מתאימה עצמה לחוקים השוררים באותו מקום, לרמת הזהירות הנדרשת שם, לרמה הטכנית הקיימת שם לניהוגים ולמנהגים הנהוגים שם, בכל אלו היא כבולה אם על ידי חוק אם על ידי הסכמים מפורשים או מכללא, אם מכוח הצפיות הלגיטימיות שלה ושל מקבלי השירותים, למערכת המושגית (במובן הרחב) הקיימת בשטח בו היא פועלת. הטלת מערכת זרה על מגוון שירותיה היא אולי אפשרית מבחינה משפטית, אולם היא בוודאי לא במסגרת 'ציפיותיה הסבירות'".

81 שם.

82 שם. שמגר מציין גם כי השופט מרים בן פורת הותירה את ההיזקקות לשיקולים ציבוריים בצריך עיון בחוות דעתה בפסק הדין בעניין ראד, לעיל ה"ש 12, בעמ' 152.

83 עניין אבו ג'חלה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 577.

84 רע"א 4716/93 החברה הערבית לביטוח שכם נ' זריקאת, פ"ד מח(3) 265 (1994).

85 שם, בעמ' 268.

גישות המשפט האנגלי והאמריקאי לעניין הפורום הנאות אין נפקות לעניין המקרה שבנדון, ועל כן התמקדה בסקירת הדמיון בין השיטות בציננה כי: "בשתי השיטות – האנגלית והאמריקנית – בוחנים אם קיים פורום אחר שיש בו באופן מובהק מרב הזיקות והקשר המהותי ביותר למקרה; בשתייהן ניתנת הדעת לשיקולים הקשורים לאינטרסים של הצדדים ולשיקולים ציבוריים; בשתייהן מוענק יתרון ראשוני לתובע שפנה לבית-משפט מוסמך, ובשתייהן מוטל על התובע הנטל להראות מדוע יש להמשיך להתדיין לפני הפורום שבחר כאשר הנתבע הראה שיש פורום נאות יותר".<sup>86</sup>

הבחנתה של השופטת שטרסברג-כהן כי שתי שיטות המשפט, האנגלית והאמריקאית, נדרשות לשיקולים ציבוריים, גורפת מדי. בית המשפט האנגלי כזכור אינו נזקק לשיקולים אלה, ובמיוחד לא לשיקולי העומס הנזכרים בפסיקה האמריקאית. השופטת אף לא דקה פורתא בשינוי הגישה האמריקאית בעניין *Piper* המרע את מצבו של תובע זר הבוחר לתובע בפורום האמריקאי, ועל כן אף קביעתה כי שתי השיטות מעניקות יתרון ראשוני לתובע שפנה לבית משפט מוסמך אינה מדויקת.

השופטת שטרסברג-כהן פורטת את ההבחנה בין השיקולים הפרטיים לשיקולים הציבוריים ומבהירה כי "במישור השיקולים הציבוריים נמנים, בין השאר: הבעייתיות שברכוז תובענות במרכזים עמוסים, היתרון ביישוב סכסוכים מקומיים בסביבתם הטבעית והרצון שהתביעות תידונה לפני בית-משפט המכיר את הדין".<sup>87</sup> על דברים אלה מוסיפה השופטת כי הנשיא שמגר אמנם הותיר את ההיזקקות לשיקולים ציבוריים אלה בצריך עיון בעניין אבו ג'חלה, אך ציין כי אינו רואה סיבה מדוע לא להיזקק להם.<sup>88</sup> מכאן ממשיכה השופטת ומציינת כיצד הייתה מכריעה לו נדרשה לשיקולי מדיניות ציבורית במקרה דנן, אך מבהירה כי אינה נזקקת לשיקולים אלה, שכן במקרה זה מבחן מרב הזיקות מכוון במובהק לפורום שבאזור.<sup>89</sup> מכאן שאף במקרה זה יש לראות

86 שם (ההדגשות שלי – ע"ב).

87 שם, בעמ' 269–270. לדבריה, "קיימת הבחנה בין שני סוגי שיקולים המנחים את בית המשפט: האחד מתייחס לבעלי הדין; והשני, לציבור הרחב. בין השיקולים המתחייבים לבעלי הדין, ניתנת הדעת לנוחות הצדדים, למקום מגורי העדים, לאפשרות לחייב עדים להעיד ולהוצאות הכרוכות בהבאתם, לאפשרות לערוך ביקור במקום האירוע אם יתעורר צורך בכך ולאפשרות לאכוף את פסק הדין. לשם קביעת הזיקות נבחנים, בין השאר: מקום מושבם של הצדדים, המקום שבו הם מנהלים את חייהם, המקום שבו הם מנהלים את עסקיהם ומקום אירוע התאונה. כן נשקלות האפשרות המעשית של הגשת התביעה בפורום הזר והשאלות אם תהיה לאותו פורום סמכות הן על התובע והן על הנתבע ואם הסעד שיקבל התובע יהיה דומה במהותו לסעד בפורום שנבחר וישקף צדק מהותי, או יהיה בלתי סביר באופן קיצוני. שוני בלבד בסכום הפיצויים או בסעד שיינתן בפורום הזר אינו מצדיק אי-העברת הדיון לאותו פורום, כל עוד ייעשה עם הצדדים צדק מהותי".

88 שם, בעמ' 270.

89 שם, בעמ' 274. בלשון השופטת: "אילו סברתי שהזיקות מעוינות – ואינני סבורה כן – הייתי שוקלת את שיקולי המדיניות הראויה. לדעתי, מתבקשת ממדיניות זו המסקנה שיש להעביר התדיינות של

בהזיקות לשיקולים הציבוריים אמרת אגב. ויודגש כי השיקולים הציבוריים ששוקלת השופטת שטרסברג-כהן באמרת האגב דנן הם השיקולים האמריקאיים הקלסיים. ודוק: לשיטתה של השופטת שטרסברג-כהן – העולה בקנה אחד עם גישת שמגר בעניין אבו ג'חלה – יש לשקול את השיקולים הציבוריים אך ורק אם מבחן מרב הזיקות מוביל לתוצאה כי השיקולים הפרטיים מעוינים.

השופט, כתוארו אז, אליעזר ריבלין, שם לכאורה קץ לשיח אמרות האגב בנושא השיקולים הציבוריים. בעניין אלביט הדמיה הבהיר השופט ריבלין כי מבחן מרב הזיקות אמנם כולל את שיקולי יעילות הדיון מנקודת מבטם של בעלי הדין, אולם אין הוא כולל שיקולי עומס. תחת זאת במסגרת מבחן מרב הזיקות יש לבחון אם לפורום הישראלי יש אינטרס לדון בתובענה. לדבריו, "שיקולי הנוחות אינם אלא שיקול אחד בהחלטה על היות הפורום בלתי נאות, אשר לצידם שיקולי היעילות. במסגרתם של אלה יש לשאול האם ציפיותיהם הסבירות של הצדדים היו שהתביעה תידון בישראל, והאם לישראל ולשיטת המשפט הישראלית עניין אמיתי בתובענה. ודוק: אין המדובר כאן באימוצם של שיקולים מערכתיים כשיקול עצמאי לדחייתה של תובענה, שאלה שהותרה בצריך עיון בעניין אבו עטיה ובעניין אבו-ג'חלה, כי אם בעצם ההצדקה לדוקטרינת הפורום הבלתי נאות. ראיית הפורום בעל מירב הזיקות לעניין כפורום הטבעי אינה נובעת רק מנוחות הצדדים, אלא גם מציפיותיהם הסבירות של הצדדים, ומהיכולת לנהל הליך יעיל בארץ".<sup>90</sup>

## 2. השיקולים הציבוריים עולים לבמה

את שורשיה של תמונת המצב הנוכחית בכל הקשור לשימוש בשיקולים הציבוריים (או שמא ה"מערכתיים", כהגדרתו של השופט ריבלין) ולתוכן שנוצק בהם יש לראות בשתי

תושבי האזור בינם לבין עצמם, בהקשר לאירוע שאירע באזור, למערכת המשפטית של האזור, מאותם השיקולים הציבוריים שנמנו לעיל. יש לכבד את המדיניות של מדינת ישראל ואת כוונתה להשאיר על כנה את המערכת המשפטית באזור, כדי שתשרת את תושביו. אין להעמיס על מערכת בתי המשפט בישראל תביעות שבאופן טבעי אינן צריכות להתברר בתחומיה. יש לתת משקל ליתרון שביישוב סכסוכים מקומיים בסביבתם הטבעית". הדברים זכו להסכמת חברי ההרכב.

90 רע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah Serviços de Saude S/C Ltda, פ"ד נז(5) 414, 421 (2003) (להלן: עניין אלביט הדמיה) (הפניות הושמטו – ע"ב). "העניין" של הפורום לדון בתובענה גם הוא מונח הנתון לפרשנות גמישה. כך למשל בפסק הדין המחוזי בעניין בר"ע (מחוזי ח"י) 1971/07 זיצר נ' ברכה (פורסם בנבו, 5.11.2007) פירש שופט בית המשפט המחוזי, כתוארו אז, יצחק עמית את המונח תוך החדרת עקרונות מפסק דינו של שמגר בעניין אבו ג'חלה כבואו להכריע מהו "הפורום שיש לו עניין אמיתי לדון בתביעה". השופט עמית ציין שם, בפס' 17 לפסק דינו, כי "על בית המשפט לבחון מהו המוקד האמיתי של הסכסוך ולשקול אם קיימת הצדקה שמערכת המשפט הישראלית תשא בעומס הכבד של התדיינות לא לה, בהזמנת עדים מחו"ל ושמה גם בהחלת דין זר".



החלטות שיצאו תחת ידם של שופטי בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בהפרש של שבועיים, בראשית ימי הקיץ של 2006.<sup>91</sup>

במקרה הראשון, עניין פרי, נידונה תביעת יורשים של קרבנות הנאצים נגד "ועידת התביעות", גוף שטיפל בתביעתם להשבת רכוש יהודי בגרמניה. התובעים העלו נגד הנתבעת – אשר לטענתה משרדה העיקרי הרלוונטי לנושא התביעה שוכן בגרמניה – טענות בדבר התרשלות בטיפול בהשבת נכסים ודרשו פיצוי כספי בגין התרשלות זו.<sup>92</sup> במסגרת ההתדיינות בשאלת נאותות הפורום הישראלי לדיון בתובענה העלו בעלי הדין טענות שונות בניסיון להטות את מרב הזיקות לטובתם. למרות הנטייה המובהקת של בתי המשפט בישראל לדחות את זיקת נוחות הצדדים, מבחן זה הוא שיקול חשוב בהכרעתו של בית המשפט באמרו כי "מעל לכל, הטענה לפיה מיקומה של אותה 'קרן רצון טוב' בגרמניה מהווה פרמטר שיש בו בכדי להוביל למסקנה בדבר טבעיות הפורום הגרמני, משמעותה היא כי כל תביעה פוטנציאלית כנגד המבקשת, הנסבה על אותם ענייני רכוש בהם עוסקת הנציגות בפרנקפורט, ראויה להתנהל בערכאות בגרמניה, ותוצאה זו אינה הגיונית. אני מניח, כי תביעות מעין אלה כנגד המבקשת, עשויות להיות מוגשות גם

91 מלבד שני פסקי הדין המחוזיים הללו ניתן במרס 2006 פסק דין בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בבש"א (מחוזי ת"א) 304/05 יובינר נ' סקאלר (פורסם בנבו, 13.3.2006) שהתמקד בשאלת הפורום הנאות לדיון בתובענה נזיקית שהגיש צעיר ישראלי שנפגע בתאונת דרכים בניו זילנד בעת שהיה במכונית נהוגה בידי צעירה ישראלית שהייתה שותפה לטיול עמו באותה מדינה. שם, בעמ' 7 לפסק הדין מציין הרשם שמואל ברוך במפורש כי "בבחינת מירב הזיקות המלמדות על טבעיות הפורום, קיימים שני סוגים עיקריים של שיקולים". פסק הדין מציין שיקולים הנוגעים לבעלי הדין ושיקולים "ציבוריים" שהם "היתרון שבמתן הכרעה על ידי בית המשפט שהינו מצוי בסביבתו הטבעית של הסכסוך וכן הרצון שהתובענה תידון בפני בית המשפט המכיר את הדין הרלבנטי". בית המשפט המחוזי הסתמך בעניין זה על הלכת זריקאת, לעיל ה"ש 84. ואולם, למרות האיזון הקשה במקרה דנן בין הזיקות המצביעות על הפורום הניו זילנדי והזיקות המפנות לפורום הישראלי, נמנע בית המשפט המחוזי באופן גורף מלהידרש לשיקולים הציבוריים והכריע בסופו של דבר כי הפורום הניו זילנדי הוא הפורום הטבעי על יסוד ניתוח ציפיות הצדדים. על פסק הדין הוגש ערעור לבית המשפט העליון. ע"א 3299/06 יובינר נ' סקאלר (פורסם בנבו, 26.4.2009). בפסק הדין בערעור הצביעה השופטת מרים נאור, בדעת מיעוט, על היותן של הזיקות במקרה זה מעוינות, אך לא נדרשה גם היא לשיקולים הציבוריים אלא קבעה כי בנסיבות שבהן הזיקות מעוינות תידחה טענת הפורום הלא נאות, ושומה על הדיון להתברר בבית המשפט הישראלי. שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת נאור. השופטת ארבל הסכימה לניתוח בהיבט זה אף כי חלקה על דעת השופטת נאור בכל הקשור לדיון שיחול על המקרה, ואילו השופטת חיות סברה כי הדין החל על המקרה הוא הדין הישראלי, ולכן נוטת מרב הזיקות לפורום זה. אפשר לייחס את התעלמותן של שתי הערכאות מהשיקולים הציבוריים במקרה זה לעובדה שבעלי הדין בשני הצדדים היו ישראלים תושבי הפורום, ואילו המרכיב הבין-לאומי המרכזי בסכסוך היה העובדה שהתאונה מושא התובענה אירעה בחו"ל.

92 בש"א (מחוזי ת"א) 5730/06 Conference of Jewish Material Claims Against Germany Inc. נ' פרי (פורסם בנבו, 30.5.2006).

בעתיד (כפי שייטכן והוגשו בעבר), ולא ניתן 'לדרוש' מניצולי השואה וצאצאיהם, שחלקם או מרביתם כלל אינם מתגוררים בגרמניה, לנהל הליך שלם בפורום הגרמני, רק משום שאותה 'קרן רצון טוב' ממוקמת (ביחס לחלק בלתי ברור של פעילותה) שם.<sup>93</sup> נקל להתרשם כי בעניין פרי הושפע בית המשפט בהכרעתו לטובת השארת התביעה בפורום הישראלי מיחסי הכוחות בין התובעים המקומיים, שהם יחידים, לבין הנתבעת, שהיא ארגון בין-לאומי, ועל כן נתפסת כגוף חזק יחסית. בהמשך נדרש בית המשפט לשיקולי מדיניות בקבעו כי: "טענת המבקשת לפיה הפורום הנאות לענייננו הוא הפורום הגרמני משמעותה, למעשה, כי הפורום הגרמני הוא הפורום הנאות לדיון בכל אותן תביעות פוטנציאליות, ולדעתי, מדובר במצב שהינו בלתי מתקבל על הדעת מבחינת מדיניות משפטית".<sup>94</sup> אלא ששיקולי המדיניות משמשים, לאמתו של דבר, מסווה לשיקולי נוחות פרטיים: "קשה להעלות על הדעת, כי אותו ציבור תובעים ישראלי, שנוזק לשירותי המבקשת על מנת לקבל את כספי הפיצויים להם המגיעים לו מהרשויות הגרמניות, ימצא את עצמו נאלץ לנהל כנגדה הליך שלם בגרמניה, על כל העלויות הניכרות הנדרשות לשם כך. אוסיף, כי לא ניתן גם להתעלם מהעובדה, שהמבקשת, כמייצגת את האינטרסים של ניצולי השואה אמורה, באופן אינטואיטיבי, להיות בעלת זיקה הדוקה לישראל, בין היתר, גם מבחינת ציפיותיה לעניין הפורום המוסמך לדון בתביעות שעלולות להיות מוגשות כנגדה".<sup>95</sup> לסיכום דבריו מתייחס בית המשפט המחוזי לאינטרס הערכי בקיום הדיון בפורום הישראלי בהטעימו כי "למערכת המשפט הישראלית קיים אינטרס 'ערכי' מובנה להיות מופקדת על תביעות הקשורות לסוגיות מעין אלה הייחודיות לעם היהודי, וערכאות זרות, למרות שבוודאי ייטיבו לדון בהן ולהעניק סעד הולם במידה וקיימת הצדקה לכך, עדיין לא יחשו את משמעותן הרחבה ואת חשיבותן העקרונית".<sup>96</sup>

בעניין מאסטרקד נדונה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב תביעתה של חברה ישראלית שעיסוקה ממכר תרופות מרשם בארצות הברית באמצעות האינטרנט נגד חברת מאסטרקד האמריקאית בעקבות הוראתה של מאסטרקד לחברת הסליקה הישראלית

93 שם, בעמ' 9.

94 שם, בעמ' 11.

95 שם, בעמ' 14. אפשר להטיל ספק בקביעתו של בית המשפט בעניין הציפייה ה"אינטואיטיבית" לזיקה הדוקה לישראל ש"אמורה" להיות לנתבעת מטבע עיסוקה ברכושם של ניצולי השואה. ראשית כול, מדינת ישראל אינה מובילה את הטיפול בהשבת רכושם של ניצולי השואה ויורשיהם של קרבנות השואה, והנושא מטופל על ידי ארגונים יהודיים בין-לאומיים. שנית, העם היהודי עודנו פזור במדינות רבות בעולם, והתביעות להשבת רכוש יהודי כמו גם התביעות נגד הנתבעת בהקשר זה עשויות להיות מוגשות על ידי ניצולים ויורשים שמקום מושבם אינו בהכרח בישראל. קשה להימנע מהתחושה שבית המשפט כפה על הנתבעת במקרה זה את ציפיותיו הוא.

96 שם.

שלא לסלוק תשלומים בשביל התובעת.<sup>97</sup> הנתבעת, מאסטרקרד, ביקשה מבית המשפט להורות על סילוק התביעה על הסף בטענת פורום לא נאות. שופטת בית המשפט המחוזי רות רונן קבעה כי היא עליה לבחון במקרה זה " (1) את השאלה מהו הפורום שלו מירב הזיקות לדיון, (2) את השאלה מה היו ציפיותיהם הסבירות של הצדדים, ו- (3) מהו הפורום שיש לו ענין אמיתי לדון בתביעה".<sup>98</sup> לדעת השופטת, בחינת הזיקות לא הובילה למסקנה חד-משמעית וכך גם בחינת ציפיות הצדדים,<sup>99</sup> דבר שחייב את השופטת להיזקק לשאלה מהו הפורום שיש לו עניין אמיתי לדון בתביעה. עם זאת בשלב בדיקת הזיקות מציינת השופטת כי המשפט האמריקאי נוהג לבחון גם זיקות כגון "העומס המוטל על בתי המשפט, כפיית התדיינות על בימ"ש שאין לו קשר עם בעלי הדין, האינטרס של התדיינות בשאלות מקומיות בבימ"ש הקרוב למקום, הימנעות מהכרעה בשאלות של משפט בינ"ל פרטי וברירת דין, הקיימות כאשר נדרשת החלטתו של דין זר".<sup>100</sup> השופטת רונן אינה עומדת על העובדה ששיקולים ציבוריים אלה לא נקלטו במלואם במשפט הישראלי, ומקבלת את טענת הפורום הלא נאות בהסתמך על הדעה כי הדין האמריקאי הוא בעל האינטרס העיקרי בבירור השאלות המשפטיות העולות מן התביעה.<sup>101</sup>

שני פסקי הדין המחוזיים הללו הם כמדחפים בהחלטתו של השופט יורם דנציגר בעניין ארבל. בפרשה זו נדרש בית המשפט העליון לסוגיית הפורום המתאים לבירור תביעת נזקי גוף שהגיש בישראל התובע, אורח ישראל, נגד נתבעים אחדים, ובהם מועדון נופש טורקי שבו אירעה התאונה שגרמה לפציעת התובע ונגד חברות תיור גרמניות וישראליות שדרכן בוצעה הזמנת הנופש ואשר טענו כי הפורום המתאים לבירור התובענה הוא הפורום הטורקי.<sup>102</sup> בית משפט השלום דחה את טענת הנתבעות, ואילו בית המשפט המחוזי הפך את ההחלטה תוך שהוא מעיר כי "מתן גושפנקא לניהול של הליך זה בישראל, מחייב הכרה הדדית עקרונית באפשרות ניהולם של הליכים כנגד גורמי תיירות ישראליים, במדינות מוצאם של תיירים הבאים לנפוש בישראל", וכי הדעת אינה "נוחה מהרחבת היקף ההתדיינות בנסיבות הפוכות אלו, אל מחוץ לגבולות המדינה".<sup>103</sup>

השופט דנציגר קובע כי "שלושה מבחנים משמשים לצורך בחינת השאלה האם הפורום הישראלי, או שמא פורום זר כלשהו, הוא הפורום הנאות לדון בתובענה: (1)

97 בש"א (מחוזי ת"א) Master Card International Inc 25370/05 נ' אר.אקס. פיימנטס (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2006) (להלן: עניין מאסטרקרד).

98 שם, פס' 10 לפסק הדין.

99 שם, פס' 12, 15 לפסק הדין.

100 שם, פס' 11 לפסק הדין.

101 שם, פס' 17-20 לפסק הדין.

102 רע"א 2737/08 ארבל נ' Tui AG (פורסם בנבו, 29.1.2009).

103 שם, פס' 3 לפסק הדין.

איזה פורום משפטי הוא בעל 'מרב הזיקות' בנוגע לסכסוך; (2) מהן הציפיות הסבירות של הצדדים ביחס למקום ההתדיינות בסכסוך שנתגלע ביניהם; (3) שיקולים ציבוריים, והעיקרי שבהם הוא מהו הפורום שיש לו עניין אמיתי לדון בתובענה".<sup>104</sup> נעיר כי בקביעתו זו נתפס השופט דנציגר לשתי טעויות. בהלכות הקודמות נכללו ציפיות הצדדים והעניין של הפורום בדיון בתובענה – כולם יחד – במבחן מרב הזיקות. השופט דנציגר הוציא שני קריטריונים אלה מסל הזיקות הכללי ובחן אותם בנפרד. לא זו אף זו, את עניינו של הפורום בדיון התובענה כלל השופט דנציגר במסגרת מבחן "השיקולים הציבוריים" כשיקול העיקרי שבהם. זאת, שעה שהפסיקה המוקדמת לא הכריעה בשאלה אם יש להידרש לשיקולים ציבוריים, והגישה שננקטה בהלכת אלביט הדמיה הייתה כי אין להידרש אליהם כשיקול עצמאי. מפסק הדין עולה כי במבחן מרב הזיקות בפרשת ארבל לא היה סיפק כדי להטות את הכף לעבר בית המשפט בטורקיה.<sup>105</sup> בהמשך דחה השופט את עמדת בית משפט קמא בשאלת ציפיית הצדדים וקבע כי:

ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן המדינות בהן הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין. הדברים נכונים הן באשר לחברות בינלאומיות הפועלות בישראל והן באשר לחברות ישראליות הפועלות בחו"ל. במקרה שלפניי המשיבה 1 [TUI – ע"ב] הינה קונצרן תיירות בינלאומי אשר משווק שירותי תיירות למקומות שונים בעולם ומשכך, סבורני כי לנוכח נפח הפעילות הבינלאומי הגדול שאותו מנהלת המשיבה 1 הסיכון כי תתבע לדין באחת מן המדינות בהם היא פועלת הינו צפוי.<sup>106</sup>

גישה זו עולה לכאורה בקנה אחד עם הלכת הגבס, שלפיה "יצרן המשווק את מוצריו לכל העולם ולא מתנה את מקום השיפוט, מגלה בעקיפין מודעות ומוכנות לכך שהדיון יכול שיערך בפורום אחר. על אחת כמה וכמה, כשהדין שיחול מותנה".<sup>107</sup> לטעמי, ספק אם האנלוגיה בין המקרים נכונה. בפרשת ארבל אין מדובר ביצרן המשווק מוצר לידי צרכן המצוי במדינה אחרת אלא בנותן שירותים המעניק את שירותיו לתייר המגיע לקבלם

104 שם, פס' 17 לפסק הדין. נראה כי בכך אימץ השופט דנציגר את האופן שבו יישמה השופטת רות רונן את דוקטרינת הפורום הלא נאות בעניין מאסטרקרד, לעיל ה"ש 97–99 והטקסט הצמוד אליהן.

105 שם, פס' 18 לפסק הדין.

106 שם, פס' 19 לפסק הדין (הפניות הושמטו – ע"ב).

107 עניין הגבס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 116.

במדינתו של נותן השירות. ההנחה כי נותן השירות מצפה להיתבע במדינתו של התייר אינה מובנת מאליה ואינה זוכה לעיון ממצה כנדרש.<sup>108</sup>

בהסתמכו על הלכת אבו ג'חלה ועל פסקי הדין המחוזיים בעניין מאסטרקרד ובעניין פרי, מעיר השופט דנציגר כי "בפסקי דין שונים, שקלו בתי המשפט בערכאות שונות, לאחר בחינת מרב הזיקות וציפיותם הסבירה של הצדדים, שיקולים שעניינם האינטרס שיש לפורום הישראלי או לפורום הזר לדון בתובענה. סבורני כי ניתן לומר שלאור היותה של טורקיה יעד תיירותי פופולארי עבור ישראלים רבים, ישנו אינטרס לפורום הישראלי להקל על ישראלים אשר נפגעים במסגרת טיוליהם בטורקיה ולאפשר להם לתבוע את נזיקתם במסגרת הפורום הישראלי".<sup>109</sup> על רקע קביעתו זו מוסיף השופט דנציגר כי "כיום המגמה הינה לצמצם את קשת המקרים בהם ייעתר בית המשפט לטענת פורום בלתי נאות. בעבר, עמדו בפני נתבעים שהיו נדרשים להליכים בפורום זר מחסומים גבוהים בבואם לנהל הליכים משפטיים במדינה זרה. אולם בימינו עם ההתפתחות באמצעי התחבורה ובדרכי התקשורת בין המדינות, פוחתת במידה רבה אי הנוחות הכרוכה בהתדיינות בפורום זר".<sup>110</sup>

יוער כי לנוכח הישענותו של השופט דנציגר על מבחן ציפיות הצדדים מלוא הכובד עולה ספק אם הנמקתו לעניין מידת הפופולריות של היעד הטורקי אינה אמרת אגב בלבד.

קשה להלום את הכרעת השופט דנציגר עם פסק הדין בעניין אבו ג'חלה, שעליו הוא מסתמך. כאמור לעיל, בהלכת אבו ג'חלה נותרה סוגיית ההיזקקות לשיקולים הציבוריים בצריך עיון. ועוד, לשיטתו של הנשיא שמגר יש להיזקק לשיקולים ציבוריים רק במקום שבו הזיקות מעוינות. לפיכך בעניין ארבל לא היה מקום להיזקק לשיקולים ציבוריים לאחר שנקבע כי ציפיות הצדדים מפנות לפורום הישראלי, ולכן שגה בית המשפט כאשר שקל את מכלול השיקולים בכפיפה אחת ולא בהדרגה. כפי שיובהר להלן, אפשר לראות דמיון רב בין תוצאת בית המשפט בעניין ארבל לתוצאת בית המשפט המחוזי בעניין פרי, ובשתי ההחלטות טמונה בעייתיות רבה.<sup>111</sup>

### 3. התבססות השיקולים הציבוריים

חלפו אך שבעה חודשים ממועד ההחלטה בעניין ארבל, ושוב נדרש בית המשפט העליון לדוקטרינת הפורום הלא נאות. בעניין Hecke נדונה תביעה כספית על סך יותר מעשרים

108 הקלות שבה נוטה בית המשפט הישראלי לייחס לנתבעים זרים ציפייה לקראת האפשרות שיידרשו לנהל את תביעתם בישראל ראויה לפקפוק. ראו לשם השוואה את החזקה באמנת בריסל, שלפיה הנתבע מצפה להיתבע דווקא במדינת מושבו. לעיל ה"ש 61 והטקסט הצמוד אליה.

109 עניין ארבל, לעיל ה"ש 102, פס' 20 לפסק הדין (ההפניות הושמטו – ע"ב).

110 שם, פס' 21 לפסק הדין.

111 ראו להלן פרק ג'.

מיליון שקלים שהגישו כמה חברות זרות נגד יועץ ההשקעות שלהן.<sup>112</sup> התובענה הומצאה לנתבע, אזרח ותושב גרמניה, בעת שהגיע לישראל לצורך מתן עדות מטעם התביעה במשפט פלילי שהתנהל בעניין אחר. השופט גרוניס הפריד בעניין Hecke בין שיקולי נוחות הצדדים, שמשקלם נשחק, לבין שיקולים אחרים, שמעמדם גבר. לדעתו, על בית המשפט להידרש גם לשיקולי יעילות שבמסגרתם נבחנת השאלה מהו הפורום המתאים לציפיותיהם הסבירות של הצדדים ואם לישראל ולשיטת המשפט הישראלית יש עניין אמתי בתובענה.<sup>113</sup> מרב הזיקות בתובענה לא הצביעו על הפורום הישראלי אלא על הפורום הגרמני וכך גם מבחן ציפיות הצדדים.<sup>114</sup> מכאן נדרש השופט – באופן שמרחיב את הלכת אלביט הדמיה – לשיקול המערכתי ואף מעבר לעניין אלביט הדמיה כרך בו שיקולי עומס: "אשר לשיקול ה'מערכת', ברי כי האינטרס של מערכת המשפט הישראלית בכירור תובענה מסוג זה שהוגש על ידי התובעות הינו קטן יחסית. המשאבים השיפוטיים הינם מוגבלים. קיום הליכים בבית המשפט הישראלי על אף היותם בעלי זיקה חלשה, אם בכלל, לישראל עשוי לבוא בסופו של יום על חשבונם של מתדיינים והליכים אחרים, שזיקתם לפורום הישראלי רבה הרבה יותר".<sup>115</sup> עם זאת בניגוד להחלטה בעניין ארבל, אין השופט גרוניס נמנע מעימות עם המחלוקת שבה שנויה ההזיקות לשיקולים ציבוריים ומציין: "אוסף, כי ער אני לכך שבפסיקת בית משפט זה הובעו דעות שונות בשאלה האם יש בשיקול ה'מערכת' משום שיקול עצמאי לדחייתה או קבלתה של בקשת סילוק על הסף. לטעמי, שיקול זה בהחלט מהווה שיקול נוסף אשר על בית המשפט לבחון בגדר המבחנים לקביעת נאותות הפורום".<sup>116</sup> לשיטת גרוניס יש אפוא מקום לשיקול במסגרת מכלול השיקולים את האינטרס הציבורי המגולם ביחס שבין העומס הנוסף שיטיל הדיון בתובענה על בית המשפט אל מול עניינו של הפורום בהכרעה בתובענה. שיקול זה נוסף לסל השיקולים הנדונים יחדיו, סימולטנית, בעת ההכרעה בשאלת הפורום. בכך חובר השופט גרוניס לשופט דנציגר, שסטה אף הוא מהמבחן האמריקאי המדורג שאליו כיוון הנשיא שמגר בעניין אבו ג'חלה. יצוין כי אף במקרה זה, כבעניין ארבל, לא היה לבית המשפט כל צורך להידרש לשיקולים ציבוריים כדי להכריע בסוגיה שהפתרון לה ניתן כבר בשלב בחינת מרב הזיקות.

בפרשה זו עסקינן בבעלי דין זרים: התובעות הן חברות זרות והנתבע אף הוא אזרח זר. זיקתם הדלה של הצדדים לפורום המקומי עשויה להסביר את קבלת טענת הפורום הלא נאות במקרה זה, מעבר לשימוש בשיקול הציבורי. דא עקא, שבית המשפט לא הסתפק בזיקה המועטה של הצדדים אלא הוסיף אמירה שמעמידה קושי רב בפני תובעים

112 עניין Hecke, לעיל ה"ש 8.

113 שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט גרוניס.

114 שם.

115 שם.

116 שם.

זרים. לעניין זה אמר השופט גרוניס: "אשר לשיקול ה'מערכת', ברי כי האינטרס של מערכת המשפט הישראלית בבירור תובענה מסוג זה שהוגש על ידי התובעות הינו קטן יחסית [...] זאת, גם בהתחשב בכך שהתובעות אינן חברות שהתאגדו בישראל, ומשכך לא קיימת הצדקה מהותית להקל עליהן את ההתדיינות בישראל".<sup>117</sup>

חלפו עוד שבעה חודשים והנה מתעוררת הסוגיה בפסק הדין בעניין קציב.<sup>118</sup> בפרשה זו אפשר להצביע בחדות רבה יותר על הטיה נגד התובע הזר. כאן נדונה תביעה שהוגשה על ידי בנק רוסי נגד בני זוג ממוצא רוסי שהיגרו לישראל. התובע דרש השבת כספים שהוצאו ממנו כנטען בדרכי מרמה. עם זאת בעת הגשת התביעה היה הבעל הנתבע במעצר ברוסיה והנתבעת, אשתו, הייתה אף היא ברוסיה. הבנק העדיף לתבוע את בני הזוג בישראל שאלה הוברחו לטענתו כספי המעילה. בני הזוג הנתבעים ביקשו לסלק את התביעה על הסף, בין היתר בטענה כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לדיון בתובענה.<sup>119</sup> השופט גרוניס שב וחזר במקרה זה על גישתו שלפיה "בגדרי ההחלטה בדבר הפורום המתאים לדיון בתובענה יש לבחון גם שיקולי יעילות. במסגרת זו נבחנת ציפיותם הסבירה של הצדדים ביחס למקום הדיון בתובענה וכן האינטרס של ישראל ושיטת המשפט הישראלית לדון בתביעה".<sup>120</sup> בכך מתקבעת ההבחנה בין שיקולי היעילות השונים. בכף האחת שוקל בית המשפט שיקולי יעילות פרטיים, כגון ציפיותם הסבירה של הצדדים (זיקה אשר מקבלת עתה משקל רב יותר במקום שיקולי נוחות הצדדים שנוגחו לאנחות). בכף האחרת מציב בית המשפט את אינטרס הציבור. בלשונו:

לצד זאת, יש ליתן משקל לשיקולים הנוגעים לאינטרס הציבורי הישראלי לדון בתביעה מסוג זה. כידוע, המשאבים העומדים לרשות מערכת השיפוט הינם מוגבלים ויקרי ערך. הדיון בתביעה מסוג זה, אשר הקשר שלה לישראל אינו רב, עלול לבוא על חשבון דיון בתביעות אחרות, בעלות קשר הדוק יותר לישראל. לטעמי יש בשיקול זה, לצד השיקולים האחרים שצוינו לעיל, כדי להטות את הכף לטובת דיון בתובענה במסגרת הפורום הרוסי [...] נוסף, כי לטענת המשיב יש למדינת ישראל אינטרס לדון בתובענה כחלק משותפתה במאבק נגד הפשיעה ועל מנת שלא תשמש מקלט לעבריינים. אכן, למדינת ישראל יש אינטרס לסייע למדינות אחרות במאבק בפשיעה. עם זאת, כפי שיפורט בהמשך, ניתן לתת

117 שם. באמרו את הדברים הללו מסתמך השופט גרוניס על פסק הדין בעניין אלביט הדמיה, לעיל ה"ש 90, שבו נמנע השופט ריבלין מאימוץ שיקולים מערכתיים בצורה גורפת.

118 עניין קציב, לעיל ה"ש 9, פס' 4 להחלטת השופט גרוניס.

119 שם, פס' 2 להחלטת השופט גרוניס.

120 שם, פס' 7 להחלטת השופט גרוניס.

לאינטרס זה ביטוי על-ידי מתן סעדים זמניים ביחס לרכוש המבקשים  
בישראל.<sup>121</sup>

העומס שעליו מדבר השופט גרוניס אינו עוד עומס הנובע דווקא מהצורך לזמן עדים מחו"ל או להחיל את הדין הזר כי אם עומס הנובע ממחסור במשאבים במערכת המשפט כולה. לשיטת בית המשפט, אין לכרוך יחדיו את שיקולי העומס המערכתי עם שיקוליהם הפרטיים של הצדדים, אך יש לתת משקל לשיקולי היעילות הפרטיים והציבוריים גם יחד במסגרת בחינת נאותות הפורום.<sup>122</sup> אליבא דשופט גרוניס, השיקולים הציבוריים נטמעים בשאר הזיקות העומדות לרשות בית המשפט באשפת החצים המשמשת אותו כדי להחליט אם להותיר את התביעה בפורום שאליו הוגשה או לסלקה לפורום הזר.

השימוש שעושה בית המשפט בעניין קציב בשיקולים הציבוריים תואם את השימוש בשיקולים הציבוריים בפסיקה האמריקאית. כלומר, שיקולים אלה – ובעיקר שיקול העומס על הפורום – מופעלים כדי להגיע לתוצאה הסופית של הרחקת התביעה מהפורום הישראלי ולא כדי להשאירה בו. חשוב לציין כי בשני המקרים האחרונים – קציב ו-Hecke – היו התובעים, שביקשו לנהל את תביעתם בפורום הישראלי וניגפו ממנו, תאגידים זרים. אף היבט זה – המבטא הפחתת המשקל המיוחד לבחירת הפורום של התובע הזר – דומה לאופן יישומה של הדוקטרינה במשפט האמריקאי. כאמור, בעניין Hecke מתבטאת ההטיה נגד התובעים הזרים באמירה כי אין הצדקה להקל עם תובעים אלה בבואם לבקש סעד בבית המשפט הישראלי, ואילו בעניין קציב ניגף התובע הזר שהגיש תביעה בישראל נגד תובע מקומי אף שעשה מאמץ להגיש את תביעתו בישראל. עם זאת גם בעניין קציב מתעמעמת במידת מה היכולת להצביע על הטיה נגד תובעים זרים עקב הימצאותו של הנתבע הישראלי העיקרי במאסר ברוסיה, היינו במדינתו של התובע הזר ומחוץ לתחום הריבונות הטריטוריאלי של בית המשפט הישראלי.

הלכת קציב יושמה לאלתר בערכאות הדיוניות.<sup>123</sup> נראה כמה דוגמאות מובהקות לכך: פרשת Molecular עסקה בתובענה שהגישה חברה ישראלית נגד חברה אמריקאית בגין הסכם הייצוג ביניהן שחלקו היה אמור להתבצע בישראל על ידי חברת הייצוג

121 שם (הפניות הושמטו – ע"ב). ויודגש, כי ביישמו שיקולים ציבוריים אלה מפנה השופט גרוניס לפסקי הדין בעניין אבו עטיה, לעיל ה"ש 66, אבו ג'חלה, לעיל ה"ש 69 וזריקאת, לעיל ה"ש 84, שבהם הושארה האפשרות לעשות כן בצריך עיון ושהדעות בהם לגבי הפעלת שיקולים ציבוריים אלה היו חלוקות.

122 ושוב, ראוי לשים לב כי השופט גרוניס בוחן את שיקולי היעילות הפרטיים והציבוריים במצטבר לשאר הזיקות, בניגוד לדעת הנשיא שמגר, לפיה יש לבחון את שיקולים הציבוריים רק כאשר השיקולים הפרטיים המגולמים במבחן מרב הזיקות מעוינים.

123 למשל ת"א (שלום ת"א) 13773-09-09 פיקל נ' Atlas Management Company Ltd. (פורסם בנבו, 13.5.2010).



הישראלית.<sup>124</sup> בית המשפט המחוזי סבר כי השיקול ה"מערכתי" נוסף במקרה זה למכלול הזיקות שהצביעו על התאמת התובענה לפורום הישראלי. ואולם, בעניין זה פטר עצמו בית המשפט באמרו רק כי "דומה, כי אף על-פי מבחן זה, כאשר הנו נכלל במסגרת מכלול השיקולים, יש ליתן עדיפות לפורום הישראלי, כקביעת הרשם המלומד".<sup>125</sup> למעשה, אין בדברי בית המשפט המחוזי הסבר משכנע כיצד משתלב השיקול המערכתי בהחלטתו להותיר את התביעה בפורום הישראלי, מן הטעם הפשוט שכל עוד סובלת מערכת המשפט הישראלית מעומס רב, לעולם יוכל שיקול העומס להיות אך ורק נימוק לסילוק התובענה מהפורום הישראלי ולא להשאתה בו. דומה כי במקרה זה ביקש בית המשפט המחוזי להשתמש בשיקול המערכתי אך ורק כתמיכה להצדקת התוצאה שאליה הגיע ממילא על סמך השיקולים הפרטיים, ואשר ניכרת בה העדפת התובע המקומי. אפשר שבית המשפט ביקש להסתמך על השיקול המערכתי בהתכוונו לאינטרס של מערכת המשפט הישראלית להכריע בסכסוך כגון זה, אולם כזאת לא אמר בית המשפט במפורש.

לדוגמה אחרת, בפרשת בורגרס בר נזכר השיקול המערכתי, כצפוי, כנימוק לסילוק תובענה נגד חלק מבעלי הדין בהיותה מתאימה יותר לבירור בפורום האמריקאי.<sup>126</sup> במקרה זה הגישה חברה ישראלית שבבעלותה רשת מסעדות תביעה בגין הפרת סימן מסחר והפרת הסכם זיכיון נגד אזרח ישראלי ונגד החברה האמריקאית אשר נטען נגדה כי השתמשה בסימן המסחר של התובעת שלא כדין. בית המשפט הישראלי רכש סמכות בין-לאומית נגד החברה האמריקאית הנתבעת מכוח היתר המצאה לפי תקנה 500(10) לתקנות סד"א, בהיות הנתבעת האמריקאית בעל דין דרוש לבירור המחלוקת עם הנתבע הישראלי. יש לציין כי עוד קודם לכן הגיש התאגיד הישראלי תביעה בארצות הברית נגד החברה האמריקאית, שכעת התבקשה כריכתה בהליך בישראל באותו עניין. הנתבעת האמריקאית ביקשה לבטל את היתר ההמצאה, בין היתר בטענה כי בית המשפט הישראלי אינו הפורום הנאות לבירור הסכסוך. הנתבעת ציינה שהתובעת הגישה נגדה תביעה בגין הפרת סימן מסחר לבית המשפט האמריקאי, שמדובר בסכסוך שבו תועלינה שאלות

124 ע"ר (מחוזי י-ם) Molecular 5081-10 נ' לביא נציגויות לתעשייה ורפואה בע"מ (פורסם בנבו, 22.3.2010).

125 שם, פס' 14 לפסק הדין. יש לציין כי גם החלטתו של רשם בית המשפט המחוזי השופט דוד מינץ, שעליה נסב הערעור, לא עשתה הבחנה מדויקת בין שיקולים פרטיים למערכתיים. לעומת זאת הוא דחה את הטענה כי ההיזקקות לדין זר תטיל קושי על הפורום הישראלי באמרו כי "נכון, בית משפט זה יצטרך להתמודד עם הדין האמריקאי, אך נדמה כי מלאכה זו אינה משימה קשה, ובית המשפט עושה זאת לא פעם בהצלחה רבה נוכח היכרותו את השפה הזרה של הדין על בוריה", בש"א (מחוזי י-ם) Molecular Insight Pharmaceuticals Inc. 10502/09 נ' לביא נציגויות לתעשייה ורפואה בע"מ, 10 (פורסם בנבו, 17.1.2010).

126 ת"א (מחוזי י-ם) Burgers Bar Five Towns LLC 3251-09 נ' בורגרס בר המושבה בע"מ (פורסם בנבו, 30.5.2010).

הנוגעות לפגיעה במוניטין של התובעת הישראלית בשוק האמריקאי, שעל הסוגיה יחול הדין המהותי האמריקאי בהיות הסכסוך שאלה נזיקת במהותה, ושהמקום שבו מצויים רוב העדים הוא ארצות הברית.<sup>127</sup> בפסק הדין מציין בית המשפט את השיקול ה"מערכתי" כחלק מן האינטרס הציבורי שלא לדון בתובענה אשר הקשר שלה לישראל רופף ביותר. בהקשר זה מציין בית המשפט כי "בנסיבות אלו גם די ברור כי בית המשפט בארה"ב הוא הפורום שיש לו עניין אמיתי בתובענה, שכן בארה"ב נמצא המוקד האמיתי של הסכסוך בין הצדדים" ומוסיף כי האינטרס של בית המשפט הישראלי לדון בעניין פחות גם "בשל המשאבים המוגבלים ויקרי הערך העומדים לרשות מערכת השיפוט", וזאת אף על פי שסילוק התובענה נגד חלק מבעלי הדין יביא לפיצול הדיון ולהיווצרות החשש מפני פסקי דין סותרים בפורומים השונים.<sup>128</sup> בעניין זה התוצאה אינה משקפת הטיה לטובת התובע הישראלי. אף כי ההכרעה במקרה זה לא הייתה לטובת התובע המקומי, אפשר להצביע על נימוקים כבדי משקל שהיה בהם כדי להטות את הכף לרעתו, ובהם העובדה שניהל עסקי זכיינות בחו"ל, שהגיש בפועל תביעה בחו"ל נגד הנתבע הזר באותו עניין, וכי הבטיח לעצמו גם סמכות שיפוט נגד נתבע ישראלי אחר, וכך התובע המקומי לא נותר קירח כלל וכלל משנתקבלה טענת הפורום הלא נאות של הנתבעת האמריקאית.

לדוגמה אחרונה, בעניין Spiegel,<sup>129</sup> נדרש בית המשפט המחוזי שוב לשיקול ציבורי הדומה לזה שנדון בעניין פרי. בפרשה זו הגיש המשיב, שגילם דמות סאטירית בתכנית טלוויזיה בישראל, תביעת לשון הרע נגד שבועון גרמני בגין תמונה מעובדת ששובצו בה מוטיבים נאציים ושפורסמה בשבועון ובמהדורת האינטרנט שלו. התביעה הומצאה בישראל לידיו של כתב השבועון הנתבע. השבועון ביקש לטעון כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לבירור התובענה שעניינה כתבה שפורסמה בגרמניה, באתר אינטרנט גרמני ובשפה הגרמנית, ואשר זיקתה היחידה לישראל – כנטען – היא זהותו הישראלית של התובע.<sup>130</sup> בית המשפט חלק על גישת השבועון הנתבע ומצא כי בניתוח מרב הזיקות, דהיינו השיקולים הפרטיים, המאזניים כמעט מעוינות. לעניין זה אמר בית המשפט המחוזי כי "במקרה הנוכחי, המרב שניתן לומר לטובת המערערים, וגם זאת לא בלי היסוס, הוא שמנין ומשקל הזיקות הקושרות את התביעה לגרמניה שווה בערכו לזיקותיה של התביעה לישראל. גם אם כך, דין טענת הפורום הלא נאות להידחות [...]".<sup>131</sup> לאור זאת נדרש בית המשפט לשיקולים הציבוריים והסתייע בהם כדי לחזק את הכרעתו כהאי לישנא: "שיקול נוסף התומך בדחיית הטענה בנסיבות הנדונות הנו עניינה

127 שם, פס' 15 להחלטה.

128 שם, פס' 14–15 להחלטה.

129 עניין Spiegel, לעיל ה"ש 20.

130 שם, פס' 8 להחלטה.

131 שם, פס' 12 להחלטה.

של מדינת ישראל בניהול התובענה בתחומה. בזכרנו כי התובענה עוסקת בפרסום העושה שימוש בהצמדת סמלים נאציים והמילה 'נאצי' לדמות ישראלית מוכרת, הרי שיש בתובענה לגעת בנושא בעל חשיבות ורגישות מיוחדות בהווה הישראלית שבה 'למושג 'נאצי' משמעות בעלת עוצמה שלילית ייחודית'".<sup>132</sup>

בדומה לעניין פרי גם כאן נעזר בית המשפט בשיקול ערכי כדי להטות את הכף לטובת התובע המקומי בשל סברתו של בית המשפט כי רק פורום ישראלי ידע להעניק את המשקל הראוי לעצמת הפגיעה שנגרמה לתובע המקומי, לטענתו, עקב פרסום הכולל מוטיבים נאציים.<sup>133</sup>

בסיכומו של דבר אימצה אפוא הפסיקה שיקולים ציבוריים אל סל השיקולים הנבחנים, כמכלול, בבוא בתי המשפט לבחון את נאותות הפורום. תוכנם של שיקולים ציבוריים אלה עדיין עמום. מהפסיקה שנסקרה לעיל עולה כי שיקולים אלה עשויים לכלול את ה"עניין" שיש לפורום להכריע בתובענה (תוכנו של מושג זה נטען משמעויות שונות הכוללות בין היתר את העומס השיפוטי, הקושי שבהחלת דין זר והצורך בזימון עדים מחו"ל), את האינטרס הערכי של הפורום הישראלי לדון בתובענה, את החשיבות

132 שם (ההדגשות במקור, הפניות הושמטו – ע"ב).

133 132 למקרים נוספים מהעת האחרונה שבהם נדחתה טענת פורום לא נאות שהועלתה על ידי נתבע זר נגד תובע מקומי בבתי המשפט המחוזיים ראו למשל: רע"א (מחוזי ת"א) 1145/08 **Sicurta di Adriatica Riunione Ras** נ' שמיר (פורסם בנבו, 12.7.2010) (דחיית טענה כי הפורום השווייצרי ולא הישראלי הוא הפורום הנאות בעניין תביעה שהוגשה נגד חברת ביטוח זרה שנתבעה לשלם לתובעת, היורשת, תגמולי ביטוח בגין פוליסת ביטוח חיים שנרכשה על ידי אבי התובעת לפני מלחמת העולם השנייה). אפשר לשער כי גם במקרה זה, שבו מדובר בתביעת יורשת של אדם שנפטר בתקופת מלחמת העולם השנייה, הושפע בית המשפט משיקולים דומים לאלה שנידונו בעניין פרי, לעיל ה"ש 92. מקרה נוסף של דחיית הטענה הוא ת"א (מחוזי ת"א) 1279/09 הריס נ' פישר דרמה וויפס בע"מ (פורסם בנבו, 1.6.2010) (דחיית טענת פורום לא נאות שהועלתה על ידי הנתבעים, תושבי אנגליה, בתובענה שהוגשה נגדם בישראל על ידי חברה ישראלית בגין אי-תשלום עבור סחורה שסופקה); על אי-הוודאות הנמשכת ביישום דוקטרינת הפורום הלא נאות אפשר ללמוד משתי החלטות שניתנו באפריל 2011 בבית המשפט המחוזי מרכז. בהחלטה הראשונה התייחסה השופטת אסתר דודקביץ' לתביעת פיצויים של תייר שנהרג בתאונת סקי באתר סקי באיטליה נגד החברה הישראלית ששיווקה לתייר המנוח את חבילת הנופש ונגד החברה האיטלקית מפעילת האתר. השופטת דחתה את טענת הפורום הלא נאות, בין היתר בהסתמכה על הלכת ארבל (לעיל ה"ש 102). ראו ת"א (מחוזי מרכז) 20102-11-09 סטרניק נ' לה קלוב מדיטרננה ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 4.4.2011). בעמ' 6 להחלטה ציינה השופטת כי "בבוא בית המשפט לבחון איזהו הפורום הנאות לדון בתובענה, עליו לבחון שלושה אלו [...] והפנתה לקריטריונים המנויים בעניין ארבל ובכללם נזקקה גם לשיקול ה"ציבורי מערכתי", כלשונה. לעומת זאת בהחלטה שניתנה פחות משבועיים לאחר מכן מפי שופט אחר באותו בית משפט נאמר כי "מבחן הפורום הנאות לדין הנו מבחן דו שלבי". ת"א (מחוזי מרכז) 14281-05-10 גולדשמיט נ' טי. ג'י. איי השקעות נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 13.4.2011). במקרה האחרון לא נידונו שיקולים ציבוריים.

שמייחס הפורום להגנה על קבוצת תובעים מסוימת ואת העומס השיפוטי המוטל על מערכת המשפט של הפורום כשיקול בפני עצמו.

#### 4. הטיה מובנית לטובת בעל הדין המקומי

הפסיקה שנסקרה לעיל מעוררת חשש כי השיקולים הציבוריים יהיו כלי בידי בתי המשפט לצורך הטיית ההכרעות בטענת פורום לא נאות לטובת בעלי דין מקומיים ונגד בעלי דין זרים. ההטיה לטובת התובע המקומי במקום שבו הנתבע המבקש לטעון טענת פורום לא נאות הוא נתבע זר, כמו גם ההטיה ההפוכה לטובת נתבע מקומי המעלה טענת פורום לא נאות כנגד תובע זר, נתמכת בממצאים אמפיריים המושתתים על בחינתה של פסיקת בתי המשפט המחוזיים. יודגש כי המדגם שלהלן הוא בסיסי ביותר ונועד אך להצביע על קורלציה בין היותם של בעלי הדין מקומיים או זרים לבין ההחלטה בטענת פורום לא נאות ולא להוכיח קשר סיבתי מובהק.

הנחת המחקר היא כי לנוכח גישת פסק דין בעניין הגבס נמצא כי טענת פורום לא נאות תידחה על ידי בית המשפט בשיעור גבוה מתוך המקרים שבהם נטענה. ההנחה הנוספת בדבר קיומה של הטיה לטובת בעל הדין המקומי בטענת פורום לא נאות תוכח אפוא אם שיעור ההצלחה של טענת פורום לא נאות יהיה נמוך יחסית לשיעור ההצלחה הממוצע של הטענה כאשר טענה זו נטענת על ידי נתבע זר נגד תובע מקומי. חיזוק נוסף להנחת המחקר הנוספת יהיה אפשר למצוא אם יוכח כי שיעור ההצלחה של טענת פורום לא נאות הנוטענת על ידי נתבע מקומי נגד תובע זר יהיה גבוה משיעור ההצלחה הממוצע של הטענה, דהיינו במקרים שבהם הפורום המקומי מעדיף להרחיק תובענה של תובע זר אף אם זה עשה מאמץ לתבוע את הנתבע המקומי בפורום המקומי הנוח לכאורה לנתבע. לצורך הוכחת הטענה בדבר הטיה נסקרה פסיקת בתי המשפט המחוזיים בישראל בארבע השנים 2007 עד 2010 הכלולים במאגר פסקי הדין המקוון "נבו". בפרק הזמן האמור אותרו במאגר 119 פסקי דין שבהם נטענה ונידונה לגופה טענת פורום לא נאות.<sup>134</sup> ממדגם זה הושמטו פסקי דין שבהם נטענה טענת פורום לא נאות עם טענה בדבר תניית שיפוט ייחודית המפנה לפורום זר, בשל נטייתו של בית המשפט הישראלי

134 בספירה זו נכללו הן טענות פורום לא נאות שהועלו בבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה והן טענות שנידונו בבית המשפט המחוזי בערעור על החלטת בית משפט השלום בטענת פורום לא נאות. הכללה זו אינה מעוררת בעיה, שכן ערכאת הערעור בוחנת מחדש הלכה למעשה את שיקול הדעת ביישום שיקולי טענת הפורום הלא הנאות. כמו כן לא נדרשנו במסגרת פסקי הדין שנכללו במאגר להבחנה בין סמכות בין-לאומית שנרכשה בדרך של המצאה לנתבע או לחליפו בתחומי ישראל לבין סמכות בין-לאומית שנרכשה בדרך של היתר המצאה לחו"ל, שכן בשני אופני המצאה נידונה טענת פורום לא נאות לאחר שבית המשפט מצא כי קיימת סמכות בין-לאומית לדון בסכסוך שבפניו.

לתת משקל רב לכיבוד תניית שיפוט ייחודית.<sup>135</sup> כמו כן הושמטו מהמדגם פסקי דין שבהם ריבוי בעלי דין בצד התובעים או בצד הנתבעים אינו מאפשר להצביע בבירור על סיווגם של הצדדים כ"מקומי" או כ"זר".<sup>136</sup> לאחר טיוב פסקי הדין באופן האמור נותרו במדגם 78 פסקי דין. מובן כי מאגר נתונים זה אינו גדול דיו כדי לבסס תוצאות בעלות מובהקות סטטיסטית. כמו כן קיימים גורמים רבים שלא נבדקו במסגרת מדגם זה ואשר עשויים להשפיע על דחייה או קבלה של טענת פורום לא נאות. עם זאת תוצאות המדגם מצביעות על מגמה ברורה.

הטבלה שלהלן מסכמת את ממצאי המדגם בארבע השנים שנבדקו.

הכרעות בתי המשפט המחוזיים בטענת פורום לא נאות בשנים 2007–2010

טענת פורום לא נאות		זהות הצדדים	
נדחתה	התקבלה	נתבע	תובע
44	6	זר	מקומי
1	1	זר	זר
6	4	מקומי	מקומי
9	7	מקומי	זר
60	18	סך הכול	

כצפוי, נטענת טענת פורום לא נאות בתדירות גבוהה יותר על ידי נתבעים זרים. בסך הכול נטענה טענת פורום לא נאות על ידי נתבעים זרים ב-52 מקרים, שהם שני שלישים מהמקרים במדגם, ואילו על ידי נתבעים מקומיים נטענה הטענה ב-26 מקרים, שהם השליש הנותר.

ממצא מובהק העולה מהמדגם, תחת מגבלותיו שהוצגו לעיל, הוא נטיית בית המשפט לדחות טענות פורום לא נאות. ממצא זה מאשש את ההנחה הראשונה במחקר. בסך הכול נדחתה הטענה ב-60 מתוך 78 מקרים שבהם נטענה. נתון זה משקף שיעור הצלחה ממוצע של 23% בלבד לטענה. ממצא זה תואם את הרטוריקה שהשתרשה בבית

135 ע"א 601/82 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' Continent israel schiffahrts g.m.b.h- .c.i.s, פ"ד מ(2) 673, 678–679 (1986).

136 לצורך טיוב מדגם פסקי הדין הוגדר בעל דין כישראלי-מקומי (או זר) כאשר בית המשפט התייחס אליו בקביעותו כאל בעל דין שמקום מושבו בישראל (או במדינה זרה) לצורך קביעת מקום מושבם של הצדדים. במקרים של ריבוי בעלי דין בצד התובע או בצד הנתבע נותר פסק הדין במאגר אך ורק אם היה אפשר לזהות כי רוב מכריע של בעלי דין באותו צד מזוהים כמקומיים או כזרים שמקום מושבם אחד, ואילו יתר בעלי הדין באותו צד שמקום מושבם אחר לא זוהו על ידי בית המשפט כגורם שהשפיע על ההחלטה בטענת הפורום הלא נאות.

המשפט מאז הלכת הגבס, שלפיה פחת משקלה של טענת הפורום הלא נאות בעידן התחבורה ואמצעי התקשורת המודרניים.

עוד ממצא מובהק המאשש את הנחת המחקר הנוספת והחשובה לענייננו הוא שיעור הדחייה הגבוה של טענת פורום לא נאות כאשר מועלית הטענה על ידי נתבע זר נגד תובע מקומי. שיעור זה עומד על 88%. דהיינו, סיכוי ההצלחה של טענת פורום לא נאות במצב זה הוא 12% בלבד, כמחצית משיעור ההצלחה הממוצע של הטענה, בשים לב לחלקם הגדול יחסית של מקרים שבהם נתבע זר מעלה טענת פורום לא נאות נגד תובע מקומי בכלל אוכלוסיית המדגם. לעומת זאת שיעור ההצלחה של נתבע מקומי המעלה טענת פורום לא נאות נגד תובע זר כדי להרחיקו מהפורום הישראלי, גבוה למדי והוא 43.75% (הצלחה ב-7 מתוך 16 מקרים) – שיעור כמעט כפול משיעור ההצלחה הממוצע של הטענה.

במדגם נכללים רק 12 מקרים שבהם הועלתה טענת פורום לא נאות בין שני צדדים בסיווגם זהה, אך ניתוח מקרים אלה עשוי להיות אינדיקציה להטיה הקיימת בין צדדים לא זהים בסיווגם. ניתוח מקרים אלה מראה כי בין שני צדדים זרים סיכויי ההצלחה של טענת פורום לא נאות הם 50%, ואילו בין שני צדדים מקומיים סיכויי ההצלחה של טענת פורום לא נאות עומדים על 40%. אף כי המספר הנמוך של המקרים אינו מאפשר לקבוע מסמרות בדבר, יש מקום לטיעון כי בין שני צדדים זהים בסיווגם אין ניכרת הטיה בהכרעותיו של בית המשפט לטובת מי מהצדדים, ולכל היותר תושפע הכרעה לדחות את טענת הפורום הלא נאות ולהותיר את התביעה בפורום המקומי במקרים אלה מהיותם של שני הצדדים מקומיים.

אפשר אפוא לומר כי מדגם פסקי הדין מצביע על הטיה של בתי המשפט בישראל נגד נתבעים זרים המעלים טענת פורום לא נאות בתובענות שהוגשו על ידי תובעים מקומיים, וכן מצביע המדגם על הטיה לטובת נתבעים מקומיים המעלים טענת פורום לא נאות בתובענות שהוגשו על ידי תובעים זרים בפורום המקומי. לאור הטיה זו נבחן עתה בחינה ביקורתית את השיקולים הציבוריים אשר אימוצם על ידי הפסיקה נסקר לעיל מתוך הבנה כי שיקולים ציבוריים אלה עשויים להיות מכשיר להמשך יישומה של ההטיה שעליה הצבענו כאן.

### **ג. דיון ביקורתי בשימוש בשיקולים הציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות בפסיקה**

בדיונו המקיף בדוקטרינת הפורום הלא נאות עמד קרייני על הקושי שבצמצום שיקולי הפורום הלא נאות מבלי להותיר בידי בית המשפט כלים למניעת רכישת סמכות שרירותית. עם זאת מזהיר קרייני מצמצום שיקולי הפורום הנאות באופן שיאפשר רכישת סמכות בין-לאומית באמצעות היתר המצאה מבלי שיינתן משקל ראוי לזיקה האמתית

של התביעה לפורום המקומי.<sup>137</sup> אפשר לומר כי בית המשפט העליון זנח את הגישה שלפיה "אופטימיזציה של מקום בירור הסכסוך",<sup>138</sup> אשר נבחנת על פי שיקולי בעלי הדין בלבד, היא המדיניות המנחה בקביעת נאותות הפורום. תחת זאת בנסותו למצוא פתרון אחר שיעניק לו את הגמישות שאבדה אימץ בית המשפט העליון נוסחה הכוללת, מלבד מכלול השיקולים הפרטיים של הצדדים (שבתוכם ניתן לשיקולי הנוחות של הצדדים משקל מועט), גם את שיקולי היעילות של הפורום עצמו. גישה זו עולה בקנה אחד עם מגמת היעילות המאפיינת את התפתחות סדר הדין האזרחי,<sup>139</sup> אך בה בעת עלול יישום שיקול העומס מבלי שניתנה הדעת על שיקולים אחרים – פרטיים וציבוריים – לפגוע בזכויות מהותיות של בעלי הדין. ההטיה הניכרת בפסיקה מעוררת חשש כי המשקל שיינתן לשיקולי היעילות של הפורום יגדל כאשר התובע הוא תובע זר, ויפחת כאשר התובע הוא מקומי המבקש להגיש בפורום הישראלי תובענה נגד נתבע זר. ועוד, בצד המגמה המאפיינת את הפסיקה מאז הלכת הגבס ואשר באה לידי ביטוי בעליית משקלה של זיקת הציפיות הסבירות (במיוחד אלה של התובע המקומי), ניכרת מגמה של התחשבות של בית המשפט בשיקולים ערכיים המשרתים את טובת התובע המקומי ועשויים להשפיע על התוצאה המהותית של ההתדיינות. במקרים אלה עולה שוב חשש להטיה לטובתו של התובע המקומי תוך שימוש בשיקולים ציבוריים. יתר על כן, כפי שיוסבר להלן, ההתחשבות בשיקולים ערכיים עלולה לעמוד בסתירה לשיקולי היעילות של הפורום אשר אמורים גם הם להיות מובאים בחשבון במסגרת המכלול. במסגרת השיקול הציבורי-ערכי ניכרת נטייה של בית המשפט להגן על תובעים מקומיים ולהקל עליהם את ניהול ההליך על ידי השארתו בפורום המקומי, וזאת בניגוד לעמדה העולה מפסק דין הגבס שלפיה בעולם גלובלי ומודרני הקושי לנהל הליכים משפטיים במדינות רחוקות פחת, ואין להעניק לו משקל רב. מסקירת הפסיקה מתגנב החשש ללב הקורא כי המשחק בין שיקול האינטרס הציבורי ושיקולי העומס השיפוטי משמש כסות הלכה למעשה לכוונתו של בית המשפט להגיע לתוצאה מהותית מסוימת, המעדיפה את בעל הדין המקומי על פני בעל הדין הזר. מצב זה עומד בסתירה לכוונתם המוצהרת של כללי הסמכות המתיימרים לעסוק אך ורק בפרוצדורה ולא בתוצאה המהותית של הסכסוך.<sup>140</sup>

137 קרייני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 90.

138 המונח נטבע במאמרם של יעד רותם ואיריס לוי-עבודי "המצאה ל'מורשה בניהול עסקים' – מה הדין? על התאוריה החדשה של סמכות בין-לאומית" ספר אורי קיטאי 315 (בועז סנג'רו עורך, 2007).

139 שוורץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 40–46.

140 על הטענה כי כללי הפורום הלא נאות משמשים בפועל להכרעות הנוגעות לדין המהותי תחת כסות של התחזות לכללים שעניינם פרוצדורה בלבד ראו Frederic M. Bloom, *Jurisdiction's Noble Lie*, 61 STAN. L. REV. 971, 979 (2009).

היות שהשיקולים הציבוריים נקלטו בישראל מהמשפט האמריקאי, מעניין וראוי להבחין כי השימוש שעושה בית המשפט הישראלי בשיקולים הציבוריים, ובמיוחד בשיקול האינטרס הציבורי, הפוך לעתים מזה של בית המשפט האמריקאי. אין הדברים אמורים בשימוש בשיקולי העומס, שבהם עושה בית המשפט הישראלי כמו גם זה האמריקאי שימוש כדי להרחיק תביעות מן הפורום. אולם בית המשפט האמריקאי נדרש במקרים רבים לאינטרס הציבורי כדי להראות שלמערכת משפט בפורום האחר יש אינטרס גדול יותר לדון בתובענה, ועל כן מטעמי כבוד הדדי קובע בית המשפט האמריקאי כי היה ראוי להגיש את התובענה בפורום הזר, ואילו בית המשפט הישראלי נזקק לשיקול הציבורי-ערכי, כפי שניכר למשל בפרשות פרי, ארבל ו-Spiegel, כדי להותיר את התובענה בפורום הישראלי. רק במקרים נדירים נשען בית המשפט על העניין הציבורי של הפורום הזר כדי לנמק (וגם זאת בלשון רפה למדי) את קבלת טענת פורום לא נאות הנטענת על ידי נתבע זר נגד תובע ישראלי, כפי שנעשה בעניין בורגרס בר. גולדשטיין וטאוסג עמדו על נטייתו של בית המשפט העליון להעדיף תובעים מקומיים וצינו שטענת פורום לא נאות התקבלה בעבר אך ורק בתובענות שהוגשו על ידי תובע זר. לדעתם, בהתדיינות מסחרית בין תובע מקומי ונתבע זר שהם שווי כוחות אין סיבה שלא להעדיף את התובע המקומי ולאפשר לו לקיים את ההתדיינות בפורום הביתי. מקל וחומר סבורים הם כי מוצדק לדחות טענת פורום לא נאות כאשר מדובר בתובע "צרכן" דל אמצעים המבקש לתבוע נתבע מסחרי זר חזק.<sup>141</sup> הדיון שלהלן אינו מבקש לכפור באופן גורף בטענה כי בנסיבות מסוימות מוצדק ונכון כי הפורום המקומי ייתן עדיפות דיונית לבעלי דין מקומיים על פני בעלי דין זרים. עם זאת אין להתעלם מההשלכות היישומיות של הטיה זו, במיוחד לנוכח אי-הוודאות ביישום השיקולים הציבוריים. לאופן יישומם של השיקולים הציבוריים – מטבע היותם ציבוריים – השלכות על היבטי מדיניות רחבים החורגים ממסגרת כללי הפרוצדורה.

אכן, אפשר כי מתן עדיפות לתובע המקומי היא התוצאה שאליה חותר בית המשפט העליון. אולם ראשית כול, לא זו הרטוריקה שבה בחר בית המשפט להצדקת פסיקותיו; שנית, תוצאה זו אינה נקייה מביקורת בכל הקשור לתפקידו של בית המשפט בעולם של תביעות טרנס-לאומיות; שלישית, נדרש דיון מעמיק יותר בעלות ובתועלת של העדפת תובעים מקומיים שמטרתה לכאורה להיטיב עם ציבור זה; רביעית, הואיל והשיקולים הציבוריים כוללים כעת שיקולי עומס שיפוטי בצד אינטרסים ערכיים – רכיבים שעלולים לעמוד בסתירה זה לזה – מוטב כי בית המשפט ייתן דעתו גם על מאפייני התביעות הבין-לאומיות הבאות בשעריו; חמישית, יש לתת את הדעת על הסתירה בין מעמדם

141 גולדשטיין וטאוסג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 309–311. בפסיקת בית המשפט העליון ופסקי הדין המחוזיים שנסקרו לעיל נמשכה המגמה שעליה הצביעו גולדשטיין וטאוסג של קבלת טענת פורום לא נאות אך ורק במקרים שבהם התובע הוא תובע זר. ראו לעיל בפרק ב'.



הגובר של השיקולים הציבוריים לבין הכלל הנוהג בשיטתנו, האדברסרית בעיקרה, ולפיו בית המשפט לא יעורר את שאלת הסמכות מיזמתו. נידרש לדברים כסדרם.

### 1. טיבו המעומעם של האינטרס הציבורי

טיבם ואופן יישומם של השיקולים הציבוריים הנבחנים במסגרת טענת פורום לא נאות לא הוברר בפסיקה די צורכו. במיוחד אמורים הדברים ב"עניין" של הפורום לדון בתובענה, בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט בכל הנוגע לשיקולים ערכיים ובאיוון בין שיקולים ערכיים לשיקולי עומס.

החלטת בית המשפט בעניין פרי ממחישה את הסכנות הגלומות בשיקול הדעת הרחב שנטל לעצמו בית המשפט בכל הקשור לקביעת האינטרס הערכי של הפורום בתובענה. בית המשפט קבע כי שיקולים "ערכיים" (שבתוכנם נדון מיד להלן) מחייבים כי תביעות שעניינן זכויותיהם של ניצולי שואה ויורשיהם ראוי להן שיתבררו בפורום הישראלי ולא בפורום הגרמני. דא עקא, שבית המשפט עצמו מודה כי אין סיבה לחשוך בפורום הגרמני כי לא יוכל לדון בתביעה או כי לא ידון בה במקצועיות הראויה.<sup>142</sup>

ייתכן כי המצב הפוך מזה המתואר על ידי בית המשפט בעניין פרי. בהתחשב בעומס הרב המוטל על בתי המשפט בישראל אפשר כי הפורום הגרמני ידון בתביעה ביעילות העולה על זו של הפורום הישראלי. הדברים נכונים שבעתים אם יעמיס על עצמו בית המשפט בישראל, העמוס ממילא, את הדיון בכל תביעותיהם של ניצולי השואה ויורשיהם. ועוד: אפשר כי בית המשפט ביקש בעניין פרי להיטיב עם התובעים – יחידים ויורשיהם שהונם נשלל בשלטון הנאצים – על חשבון הנתבעים, גוף ביורוקרטי המטפל בהשבת הרכוש היהודי. אף בהיבט זה ספק אם גישתו של בית המשפט מבטיחה צדק יעיל לתובעים, שכן עיון בתמונת המצב הביין-לאומית מעיד כי ישראל, על מערכותיה הביורוקרטיות ומערכות המשפט שלה, לא הצטיינה בטיפול בהשבת הרכוש היהודי שגורל בעליו לא נודע מאז מלחמת העולם השנייה.<sup>143</sup> ביקורת זו אין משמעה כי ראוי

142 ראו לעיל ה"ש 95 והטקסט הצמוד אליה.

143 כך למשל בתאריך 26 בינואר 1999 הושג, במסגרת תביעה ייצוגית שהוגשה לבית המשפט הפדרלי במדינת ניו יורק, הסכם פשרה שבו הסכימו הבנקים השווייצריים החשובים לאפשר גישה לארכיבי חשבונות הבנקים כדי לאתר חשבונות בנק רדומים מתקופת מלחמת העולם השנייה ולהשיבם. לנוסח ההסכם ראו [www.crt-ii.org/court\\_docs/Settleme.pdf](http://www.crt-ii.org/court_docs/Settleme.pdf). פעילות השבת רכוש זו, המושתתת על מערכת המשפט האמריקאית, עומדת בפני סיום. ראו אתר האינטרנט [www.crt-ii.org](http://www.crt-ii.org), Holocaust. לעומת זאת בישראל החלה פעילות החברה לאיתור והשבת רכוש יהודי רק בשנת 2006, זמן מה לאחר קבלתו של חוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006, דהיינו, שנים רבות לאחר תחילת הטיפול בנושא בארצות הברית ובכמה ממדינות אירופה. המחשה לאטיות הטיפול בנושא בישראל עולה מדוח ביקורת של מבקר המדינה מיום 3.1.2011 בעניין הפעילות לאיתור והשבה של נכסי נספים בשואה, ולפיו רק בשנת 2010 החלה

לבית המשפט לנקוט גישה פטרנליסטית כגון הפנייתם של תובעים מקומיים לבית משפט של פורום זר אך ורק מתוך הערכה כי הפורום הזר יטפל בתביעה ביעילות רבה יותר מהפורום המקומי העמוס.<sup>144</sup> כל שנדרש מבית המשפט הוא לתת את הדעת על סתירה שמתעוררת בשיקולים הציבוריים כהווייתם: מחד גיסא נמצא השיקול הציבורי בקידום יעילותה של מערכת המשפט המקומית ובהפחתת העומס המוטל עליה, ומאידך גיסא עשוי שיקול ציבורי המושתת על אינטרס ערכי של הפורום כגון זה המתעורר בעניין פרי להיות נימוק מבחינתו של בית המשפט להעמיס על עצמו תביעות של תובעים מקומיים שהיה אפשר לבררן בפורום אחר. הפסיקה דהאידינא טרם עמדה על סתירה זו ועל האיזון הנדרש בין השיקולים.

מה טיבו של השיקול הערכי שראה לנגד עיניו בית המשפט בעניין פרי ובפסקי הדין Spiegel ובעניין שמיר,<sup>145</sup> בהותירו את התביעה בפורום הישראלי? אפשר שהיה זה הרצון לוודא כי מדינת ישראל היא שתביא מזור ומרפא לנזקיהם של ניצולי השואה ויורשיהם. ואולם, כנגד שיקול ערכי שכזה אפשר להעמיד שיקול ערכי נוגד והוא השיקול של הנחלת תודעת השואה ומשמעותה במדינות זרות, ובראשן מדינות אירופה. אפשר שהשיקול הערכי שעמד לנגד עיני בית המשפט הוא חוסר הצדק, לטעמו, בחיובם של תובעים ישראלים לשאת בעלויות ההתדיינות במדינה זרה, על אחת כמה וכמה גרמניה. שיקול זה אינו עולה בקנה אחד עם פסק דין הגבס ועם גישת בית המשפט שלפיה בעולם גלובלי עלויות ההתדיינות הבין-לאומית אינן שיקול מהותי. עם זאת שיקול זה עשוי להיות מוצדק במקרה שבו, כפי שהיה בפסקי הדין דנן, התובע הוא יחיד או צרכן וכנגדו עומד נתבע שהוא תאגיד או ארגון בעל יכולת כלכלית רבה.

בראייה רחבה מעט יותר, השיקול הערכי עלול להוביל לתוצאה מהותית בלתי שוויונית. למשל, יורש ישראלי בעל אמצעים היכול לשאת בקלות בעלויות ההתדיינות בגרמניה יזכה להתדיין בפורום המקומי שלו – ישראל. לעומתו, תובע דל אמצעים המתגורר למשל באמריקה הלטינית, עלול לגלות כי בית המשפט במדינת הפורום שלו, שאינו מונע משיקולים ערכיים כדוגמת אלה העומדים לנגד עיניו של בית המשפט הישראלי, יחייבו להגיש תביעה זהה דווקא בפורום הגרמני ובכך יעמיד בפניו משוכה קשה בדרך למיצוי זכויותיו המהותיות. מובן כי ספק רב אם ראוי לדרוש מבית המשפט

החברה בפרסום רשימות נכסים שאיתרה. ראו מבקר המדינה דין וחשבון מיוחד "הטיפול בנכסים של נספי השואה" (2011) [www.mevaker.gov.il/serve/showHtml.asp?bookid=591&id=2&frompage=60&contentid=11564&parentid=11564&filename=2.htm&bctype=2&startpage=0&sw=1280&hw=730](http://www.mevaker.gov.il/serve/showHtml.asp?bookid=591&id=2&frompage=60&contentid=11564&parentid=11564&filename=2.htm&bctype=2&startpage=0&sw=1280&hw=730).

144 עם זאת קיימת גישה שלפיה עומס ועיכובים בפורום הזר הם שיקול המצדיק את הותרת תביעה בפורום המקומי אף אם זיקותיה לפורום אינן חזקות. ראו למשל: Bhatnagar v. Surrendra Overseas Ltd., 52 F.3d 1220 (3d Cir. 1995).

145 לעיל ה"ש 133.

הישראלי לשקול את המדיניות הציבורית-משפטית הנוהגת בבתי המשפט של מדינות אחרות באותו עניין כאשר הדבר אינו קשור כלל לצדדים שבפניו. עם זאת אין להתעלם מהעובדה כי בחירתו של בית המשפט להפעיל את האינטרס הציבורי כדי להותיר בתחום סמכותו תביעות של תובעים מקומיים עשויה להסוות, בפועל, את כוונתו של בית המשפט להגן על אינטרסים מהותיים של התובעים המקומיים, ולא על אינטרסים דינמיים בלבד.

השימוש בשיקולי עומס כנימוק לקבלת טענת פורום לא נאות גם הוא אינו נקי מספקות. למשל, מה יעשה בית המשפט בישראל אם יתברר כי הפורום הזר אשר בית המשפט הישראלי מוצא כי הוא מתאים יותר לדון בסכסוך סובל אף הוא מבעיה חמורה של עומס שיפוטי באופן שיקשה על התובע לקבל בו סעד בזמן סביר? אין לדרוש מבית המשפט בפורום המקומי להתחשב במידת העומס השיפוטי של הפורום האחר.<sup>146</sup>

## 2. נימוס בין-לאומי

לדעת קנאור התאפינה הפסיקה הישראלית במחצית הראשונה של העשור האחרון, ככל שהתייחסה לשיקולים ציבוריים בסוגיית הפורום הלא נאות, בשיקולים "חד-צדדיים ופרובינציאליים". לטעמה, קשה לומר כי בתי המשפט נתנו דעתם על חלקם במערכת הגלובלית של בתי משפט לאומיים.<sup>147</sup> הפסיקה שנסקרה לעיל אינה מעודדת מבחינה זו. כבוד הדדי במשפט הבין-לאומי משמעו כי בית המשפט של מדינה אחת חייב לכבד ריבונותו של בית משפט במדינה אחרת. האם פסקי הדין ארבל, פרי ו-Spiegel עולים בקנה אחד עם גישת הנימוס המשפטי הבין-לאומי הגורסת "נימוס אופקי שימנע פעילות חד-צדדית תוקפנית מצד בתי-משפט"<sup>148</sup>?

לדעת Reed אין מתקבל על הדעת לטעון כי מדינה אחת תיעלב אם אזרחיה יורשו להגיש את תביעתם ולהתדיין בבית המשפט של מדינה אחרת.<sup>149</sup> על כן לטעמו, גישתו של בית המשפט האמריקאי במקרה *Bhopal*, שבו שוגרו התובעים מבית המשפט האמריקאי חזרה אל בית המשפט של מדינתם הודו – משום שלכאורה תהיה התערבות בית המשפט האמריקאי בסמכותם של בתי המשפט ההודיים משום פגיעה בנימוס הבין-לאומי – מוטעית.<sup>150</sup> פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בעניין פרי ובעניין Spiegel יכולים לבסס תובנה שונה מזו שאליה הגיע Reed: ייתכן כי בית המשפט במדינה

146 עם זאת ייתכן כי ראוי למצוא מנגנון שיאפשר לתובע ששולח מהפורום המקומי לפורום אחר ומצא כי אין ביכולתו לקבל סעד בזמן סביר בפורום זה לשוב ולהגיש את תביעתו בפורום המקומי כאשר היא "ראשונה בתור".

147 קנאור, לעיל ה"ש 53, בעמ' 239.

148 שם, בעמ' 235.

149 Reed, לעיל ה"ש 24, בעמ' 74.

150 שם; עניין *Union Carbide*, לעיל ה"ש 53.

אחת ייעלב אם בית המשפט במדינה אחרת לא ייחס משמעות ערכית הולמת לתביעה שהוגשה על ידי אזרחי מדינתו של בית המשפט הראשון או לא יעניק בה פיצוי המשקף היבטים ערכיים נאותים. לפחות על פי גישתו של בית המשפט המחוזי בעניין פרי ובעניין Spiegel יכול חשש כזה להצדיק את קיומו של הדיון בפורום של המדינה שבה יינתן היחס הערכי הראוי לנושא התובענה. למרבה הצער תשקף התנהלות שכזו את המשכה של הגישה הפרובינציאלית.

קשה שלא להרהר באמרתו של הלורד Ellenborough<sup>151</sup> ובחשש כי פסקי דין שיפסעו בנתיב השיקולים הציבוריים תוך הטיה לטובת בעלי הדין המקומיים יביאו לזילותם של פסקי הדין הישראליים בבואם להיאכף במדינתו של הנתבע הזר. במישור היישומי חשש זה מתמעט ככל שהנתבע הזר הוא גוף בעל פעילות מסחרית בין-לאומית אשר אפשר לאכוף כנגדו את פסק הדין גם בישראל, אך החשש הוא ממשי כאשר הנתבע הזר הוא גוף הנותן שירותים בחו"ל, שכל פעילותו בחו"ל, והתובע יכול לאכוף כנגדו את פסק הדין רק באמצעות מנגנוני אכיפת פסקי חוץ במדינה האחרת.<sup>152</sup> במישור העקרוני, בפסק דין הגבס, מביע בית המשפט העליון מפי השופט טירקל את הדעה כי שיקול האכיפה הוא שיקול חיצוני להליך השיפוטי ואינו כרוך בו.<sup>153</sup> ואולם, אפשר לטעון כי גישה זו משקפת את עמדתו המתבודדת של בית המשפט העליון שאינה נותנת את הדעת על תפקידו במערכת משפט טרנס-לאומית.

אכן, הגלובליזציה מאפשרת ביתר קלות את תופעת ה-forum shopping שבה נבחר הפורום שבו תוגש התביעה כדי להשיא יתרונות דיוניים או מהותיים מנקודת מבטו של התובע.<sup>154</sup> דוקטרינת הפורום הלא נאות היא אחד הכלים שמערכת משפט מאמצת להתמודדות עם העומס הנובע מבעיה זו, והשימוש בה מאפיין מדינות שמערכת המשפט שלהן היא יעד תביעות מועדף.<sup>155</sup> בנסיבות אלה נשמעת הטענה כי יש הצדקה

151 ראו לעיל ה"ש 1 והטקסט הצמוד לה.

152 עקרון האפקטיביות נחשב בעבר לכלל חשוב בעת רכישת סמכות בין-לאומית ואולם בפסיקה הישראלית חלה שחיקה במעמדו מול עקרון רכישת הסמכות מכוח הריבונות הטריטוריאלית. ראו רותם ולושי-עבודי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 315–316. אי לכך, נראה כי השאלה אם יוכל תובע מקומי לאכוף במדינה אחרת פסק דין ישראלי שניתן כנגד נתבע זר אינה שאלה מרכזית המטרידה את בית המשפט הישראלי. אם בית המשפט הישראלי אינו רואה עצמו כשחקן במערכת משפט טרנס-לאומית, תפחת בהתאם גם נכונותו להרחיב את הדיון בסוגיית יכולת האכיפה של פסק הדין בפורום הזר ומנגד תגדל נכונותו לדון בסכסוכים שיובאו בפניו על ידי תובעים מקומיים גם אם סכסוכים אלה טומנים בחובם רכיבים בין-לאומיים המעוררים קשיים יישומיים.

153 עניין הגבס, לעיל ה"ש 9, בעמ' 118, ואולם ראו שם גם דעות אחרות שהובעו בפסיקה.

154 ראו לעיל ה"ש 16 והטקסט הנלווה לה.

155 J.J. FAWCETT, DECLINING JURISDICTION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 20–21 (1995)

נורמטיבית להעדפת התובע המקומי ברמה הפרוצדורלית.<sup>156</sup> אולם בעידן הגלובליזציה יש לבתי המשפט תפקיד חשוב ביצירת סביבה משפטית המאפשרת פתרון יעיל של סכסוכים משפטיים בעלי מרכיבים בין-לאומיים.<sup>157</sup> חסידי הגלובליזציה מבקשים להעמיד לרשותה בתי משפט בעלי מודעות טרנס-לאומית, דהיינו בתי משפט המעניקים גישה לערכאות גם לתובעים המבקשים סעד בעניין בין-לאומי. גישה זו מקבלת ביטוי גם במגמות הרמוניזציה בתחום הדיוני.<sup>158</sup> בהקשר זה ניתנת הדעת במיוחד על הצורך למצוא פתרון הולם לצרכנים וכן לבעלי תביעות בהיקף כספי נמוך,<sup>159</sup> אך גם על חובת בתי המשפט הלאומיים להפגין יחס ניטרלי כלפי בעלי הדין.<sup>160</sup>

בשולי הדברים יצוין כי היכולת להישען על שיקולים ציבוריים מעניקה לשופטי בית המשפט בכל הערכאות את היכולת להשפיע על עניינים המצויים לעתים במתחם מדיניות החוץ הלאומית, באמצעות החלטותיהם.<sup>161</sup> השפעתם של שיקולים ערכיים עלולה לגלוש לעניינים שדיעתו של בית המשפט אינה מגעת אליהם. בפסק הדין בעניין ארבל למשל מתעוררת השאלה כיצד תשפיע החלטת בית המשפט העליון על מערכת היחסים שבין ישראל לטורקיה. ספק אם בית המשפט נתן דעתו על כך, ובכל מקרה לא דן בזאת. בעקבות זאת עשויות להיות להחלטות בית המשפט השלכות בעלות השפעה על יחסי החוץ של המדינה מבלי שניתנה עליהן הדעת בצורה ראויה. אמנם לא בכל סכסוך פרטי שיש בו מרכיב בין-לאומי נדרש בית המשפט לתת דעתו על העניינים הקשורים ביחסי החוץ של המדינה ועל ענייני נימוס בין-לאומי. יתר על כן, ספק אם רצוי כי בית המשפט ישקול שיקולים כגון אלה באופן שגרתי בהכריעו בסכסוך בין שני צדדים פרטיים. עם זאת בעניין ארבל נשענה הכרעתו של בית המשפט בין היתר על קשרי התיירות הענפים

156 ראו למשל קרייני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101 וכן גולדשטיין וטאוסגי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 310, הטוענים כי "יש מקום מוגבל מאוד, אם בכלל, להחלת הכלל של פורום לא נאות כאשר התובע הוא מקומי" ושוללים לחלוטין החלת כלל זה במקום שבו התובע המקומי הוא צרכן המצוי בעמדת חולשה מול תאגיד.

157 ראו למשל Volkmar Gessner, *The Institutional Framework of Cross-Border Interaction*, in FOREIGN COURTS: CIVIL LITIGATION IN FOREIGN COUNTRIES 15, 19–24 (Volkmar Gessner ed., 1996).

158 Catherine Kessedjian, *Global Unification of Procedural Law*, in INTERNATIONAL CONFLICT OF LAWS FOR THE THIRD MILLENIUM 231–232 (Patrick J. Borchers & Joachim Zekoll eds., 2000).

159 שם, בעמ' 231.

160 שם, בעמ' 232.

161 Deir, לעיל ה"ש 27, בעמ' 822. הכותבת מציעה לחייב את בתי המשפט בארצות הברית לשקול שיקולים ציבוריים אך ורק אם קיימים שיקולים פרטיים המטים את הכף לטובת קבלת טענת פורום לא נאות. משמעותה של הצעה זו היא כי השפעתם העיקרית של השיקולים הציבוריים תהיה לאזן את השיקולים הפרטיים ולהביא להותרת הדיון בפורום שבו הוגש.

בין המדינות. בנמקו את החלטתו על סמך טענה זו, מבקש בית המשפט להיסמך על היחסים בין המדינות ותושביהן תוך מודעות לכך שיש בהכרעתו כדי להשפיע עליהם.

### 3. עלות ותועלת בהעדפת תובעים מקומיים

מאפיין משותף להחלטות בעניין ארבל, פרי ו-Spiegel הוא עיסוקן בתביעות נזיקיות במהותן של יחידים נגד תאגידים או ארגונים בעלי פעילות בין-לאומית. שתי תוצאות מסתברות עשויות לעלות מחיובם של נתבעים אלה לשאת בעלויות גבוהות של התדיינות נגד מגוון רחב של תובעים במדינות הרחוקות ממקום פעילותם העיקרי. האפשרות האחת היא כי נתבעים פוטנציאליים כאלה יבקשו להסדיר מראש – במסגרת הסכמה דיונית<sup>162</sup> – כי תביעות בגין השירותים המסופקים על ידיהם יידונו במדינה שבה ניתן השירות. לחלופין יוגלגלו עלויות ההתדיינות אל כתפי הצרכנים (ככל האפשר אל הצרכנים באותה מדינה שבה קיבל על עצמו בית המשפט את הסמכות לדון בתביעות). במילים אחרות, קשה לומר בביטחון כי השופט דנציגר היטיב את מצבם של תושבי ישראל הנוהגים לבלות את חופשותיהם בטורקיה, כפי שביקש לעשות, שכן ייתכן כי עלות ההתדיינות שרואים לנגד עיניהם הנתבעים הפוטנציאליים בעקבות החלטתו תוביל, בניחוח כלכלי, להאמרת מחירי הנופש.<sup>163</sup> תוצאה דומה צפויה בעניין פרי: האמרת עלויות התדיינות עקב חיובו של ארגון שמושבו בגרמניה להתדיין בישראל והוא פועל שם להשבת רכוש יהודי, תוביל להעלאת הוצאות הפעילות של ארגון זה. מימונם של ארגונים כגון זה ניטל בדרך כלל כשיעור מסוים מהרכוש המאוחר והמושב על ידיהם, ועל כן יש בהחלטת בית המשפט גריעה של כספי ניצולים ויורשיהם. ועוד, השופט דנציגר מבקש בעניין ארבל להגן על אינטרס התייר הישראלי לתבוע פיצויים בעד נזק שנגרם לו בכל אתר תיירות פופולרי שבו יבחר לנפוש. אם תרתיע גישה שיפוטית כזו אתרי נופש בחו"ל מקבלת תיירים ישראלים או תייקר בהרבה את מחירי הנופש, הרי שהגנה על אינטרס זה משמעה פגיעה באינטרס אחר, שגם עליו ראוי להגן, והוא אינטרס האוטונומיה של התייר הישראלי לבחור את מקום הנופש שלו.<sup>164</sup>

162 ככל שהסכמה כזו אינה תניה מקפחת בחוזה אחיד, סוגיה החורגת מתחום דיונו כאן.  
163 זאת, בהנחה שקיימת תחרות בין המדינות המציעות שירותי תיירות לתייר הישראלי, ולכן מחירי התיירות המוצעים לתייר בטורקיה משקפים מחירים תחרותיים שבהם שולי הרווח לנותן השירות הוא אפסי, ואין הוא יכול לספוג את העלות הנוספת הנגרמת עקב הצורך להתדיין בחו"ל מבלי להעלות את המחיר.

164 לשם השוואה, בפרשת Wright v. Yackley, 459 F.2d 287 (9th Cir. 1972) דחה בית המשפט ניסיון של ניווק במדינת פורום לרכוש סמכות בתביעה נגד רופא שרשם לתובע מרשם לתרופה בעת שהותו של התובע במדינה אחרת בארצות הברית שבה העניק הרופא שירות רפואי. בית המשפט נימק את פסקתו בכך שהדבר עלול להרתיע רופאים ממתן שירות רפואי למטופלים ממדינות אחרות. שם, בעמ' 290–291. גישה זו מונעת צמצום של אפשרויות הבחירה הפתוחות בפני אינדיווידואל הזקוק

ההנמקה בעניין ארבל מעוררת חוסר ודאות דיונית עקב השענת ההחלטה על העובדה כי רבים מתושבי ישראל נוהגים לנפוש בטורקיה. כיצד ינהג בית המשפט בתביעה דומה שתוגש על ידי נופש ישראלי בגין נזק שייגרם לו במדינה זרה שאינה יעד תיירות פופולרי לתייר הישראלי? האם הפופולריות של היעד בעיני תושבי הפורום היא המצדיקה את נאותות הפורום? ככל ששיקול כלכלי עמד לנגד עיניו של בית המשפט, היה נכון לבסס את ההחלטה – וגם את הרטוריקה שלה – על כי ריבוי הנופשים בטורקיה מאפשר לחברות התיור הנתבעות לפזר באופן רחב יותר את עלויות ההתדיינות על פני מספר רב של לקוחות באופן שיקטין את הפגיעה בכיסם של הנופשים הפוטנציאליים. נוסף על כך נדרשת גישה מורכבת יותר המביאה בחשבון גם את היכולת של הצרכן לבטח את הסיכון במחיר סביר. מוצדק להגן על הצרכן רק במקום שבו אינו יכול לבטח את הסיכון ביעילות בעצמו. במיוחד אמורים הדברים בכל הנוגע לשירותי תיירות. במקרה זה יכול הצרכן הממוצע לרכוש במחיר סביר ביטוח נסיעות הניתן על ידי חברת ביטוח היודעת להעריך מראש את הסיכון ואת עלויותיו ולפזר את הנזק ביעילות בין מבוטחיה.<sup>165</sup> קיומו של ביטוח מאפשר לצרכן להסיר מעליו את הסיכון ביעילות, ולפיכך פוחת הצורך בהטיה דיונית לטובתו. גובהה של פרמיית ביטוח נסיעות יכול לשקף טוב יותר מכפי שעשה זאת בית המשפט את מידת הפופולריות של היעד התיירותי וכן את מידת ריחוקו ומידת מסוכנותו.

בגישתו של השופט דנציגר בעניין ארבל מובלעת הנחה כי אם לא יאפשר בית המשפט לתייר הישראלי להגיש תביעה נגד מלון טורקי שבו נגרם לו נזק, יהיה המלון חסין מפני תביעות בגין נזקים אלה ולא ינקוט אמצעי זהירות כנדרש. אולם תביעה כזו יכולה להיות מוגשת כתביעת שיבוב על ידי חברת ביטוח – צד חזק – שתבוא בנעליו של הצרכן. כמו כן ייתכן כי תביעות מסוג זה מוגשות נגד המלון על ידי תובעים מקומיים בטורקיה באופן שיבטיח ממילא את רמת הזהירות הנדרשת ללא צורך בתביעות נוספות של נופשים ישראלים.

מטבע הדברים פסק הדין אינו דן כלל בשאלה מהן אפשרויות התביעה העומדות בפני מלון טורקי המבקש להיפרע למשל מתייר ישראלי שגרם נזק למלון עת פירק וגנב את הברזים בחדר האמבטיה. ההגנה על התייר הישראלי המבקר בטורקיה אך ורק עקב

לטיפול רפואי ובכך מגנה על האוטונומיה של המטופל לבחור בטיפול הרפואי המועדף עליו. עם זאת הגישה שהפגין בית המשפט במקרה זה יכולה להיות מוצדקת רק כל עוד מערכת המשפט במדינת הימצאו של הרופא מפעילה אמצעים משפטיים ורגולטוריים להבטחת רמה ראויה וזהירה של השירות הרפואי. ראו Mirror-Singer, לעיל ה"ש 41, בעמ' 215.

165 מצב זה שונה למשל מהאפשרות של מטופל ישראלי היוצא לקבל טיפול רפואי בחו"ל ונחשף לרשלנות רפואית במדינה הזרה שבה הוא מקבל את הטיפול הרפואי. במקרה זה בעת הנוכחית קשה יותר לרכוש ביטוח שיכסה את הסיכון, ונראה כי יש לכאורה הצדקה לדחיית טענת פורום לא נאות. השוו: Mirror-Singer, שם, בעמ' 228.

היותה של טורקיה יעד תיירות פופולרי שייכת לטעמי לתחום הציפיות הסבירות של הצדדים ואין לה ולא כלום עם שיקולים ציבוריים. תמונה נקייה מהטיה הייתה מתגבשת לו נבחנו במקרה זה גם ציפיותיהם הסבירות של הנתבעים כנותני שירותי תיירות במדינת היעד באופן שבית המשפט היה נותן דעתו על יכולותיהם של שני הצדדים לפזר את עלויותיהם הפוטנציאליות או לבטחן.

החלטתו של השופט דנציגר בעניין ארבל מתעלמת מקשיים בעניינם של נותני שירותים מקומיים שעיקר שירותיהם מופנה לשוק הבין-לאומי. עניין זה התעורר בעת הדיון בבית המשפט המחוזי ואף היה נימוק מרכזי בהחלטת הערכאה קמא לקבוע כי ישראל אינה הפורום הנאות לדיון בתביעתו של תייר ישראלי שנפגע בעת שהותו במועדון נופש בטורקיה.<sup>166</sup> אם תאומץ גישה דומה לזו של דנציגר בבתי המשפט של מדינות זרות, יהיו נותני שירותי תיירות ישראליים מחויבים למצוא עצמם מתדיינים נגד תובעים רבים במדינות רבות בגין נזקים שנגרמו להם בביקורם בישראל, או להתנות מראש כי לפורום הישראלי תהיה סמכות השיפוט הבין-לאומית הייחודית בתביעות אלה. ללא תניית שיפוט כזו מציאות של התדיינות בין-לאומיות כדוגמת זו שחזה בית המשפט המחוזי בעניין ארבל עלולה לייקר את עלות התיור בישראל בהרבה ולפגוע בה פגיעה חמורה.<sup>167</sup> גישה דנציגר בעניין ארבל המושתתת על הלכת הגבס איננה מחדדת כראוי את ההבחנה בין יצרן המייצא את מוצריו למדינות זרות ועל כן צופה כי יאלץ להתדיין גם במדינות אלה, לבין ספק שירות המעניק שירות במדינתו שלו לתושבים זרים המגיעים אליו לצורך קבלת השירות. ראוי לציין כי קבלת טענת פורום לא נאות של נתבע זר נגד תובע "צרכן" היא גם הגישה העולה מהפסיקה האנגלית, אשר אינה מתאפיינת ברגיל בנטייה לדחות תביעות של תובעים מקומיים.<sup>168</sup>

גישה אפשרית ליצירת איזון בין נותני שירות זרים לבין תובעים צרכניים המבקשים לתבוע את נותן השירות הזר במדינת הפורום שלהם היא לדחות את טענת פורום לא נאות במקום שבו נותן השירות הזר פעל במודע לאיתור לקוחות במדינת הפורום ולמשיכתם, למשל בדרך של פרסום השירותי שירות במדינת הפורום. גישה זו נוהגת למשל בכמה

166 עניין ארבל, לעיל ה"ש 102, פס' 3 לפסק הדין.

167 התממשותו של חשש כזה מותנית כמובן בכך שמערכות משפט זרות יאמצו גישה דומה לזו שאימץ השופט דנציגר בעניין ארבל, שם. אין זה חשש בעלמא, שכן ככל שמערכות המשפט נוטות לאמץ גישה טרנס-גלובלית, גוברת הנטייה להדדיות ביחסים בין מערכת משפט במדינה אחת לרעותה. אפשר לטעון כי החשש מפני השפעה מהותית על שירותי התיירות הישראליים מוגזם, שכן אין כל ביטחון כי היקף התביעות מגיע לסכומים שיש בהם כדי להשפיע על מגזר זה. אולם כזכור, השופט דנציגר נימק את גישתו בעניין ארבל, בכך שהיקף התיירות הישראלית לטורקיה הוא גדול. יתר על כן, משנפתחה דרך זולה יותר לתובעים מקומיים להגיש את תביעתם נגד נותני שירות בחו"ל, צפוי זרם תביעות גדול יותר מטבע הדברים.

168 זאת, בטרם נכפתה על בתי המשפט האנגליים תחולתה של אמנת בריסל. ראו לעיל ה"ש 61-63 והטקסט הצמוד אליהן.



ממדינות ארצות הברית כאשר לתביעות המוגשות על ידי ניזוקים נגד נותני שירותי רפואי בחו"ל במסגרת התופעה המוכרת כ"תיירות מרפא".<sup>169</sup> לפי גישה זו למשל היה אפשר להצדיק את ההכרעה בעניין ארבל לו הוכח כי שירותי התיירות של טורקיה פועלים בשיטתיות בתחומי ישראל לקידום התיירות לטורקיה.

פתרון אחר עשוי להיות הטלת האחריות על גורמי התיווך. בעניין ארבל נתבעה בין היתר החברה שתיווכה בין התייר הישראלי הניזוק לבין כפר הנופש הטורקי שבו אירעה התאונה. גורמי תיווך מסוג זה עשויים להיות יעד קל לתביעה לנוכח פעילותם הבין-לאומית, היוצרת ציפייה סבירה להיתבע במדינות הפורום שבהן הם פעילים. עם זאת הטלת האחריות על הגורם המתווך תחייב גורם זה לבדוק את רמת הבטיחות של אתרי הנופש המוצעים על ידיו ועקב כך תייקר את שירותי התיווך.<sup>170</sup> לפיכך עלול תייר ישראלי להעדיף לרכוש את שירותי התיירות ישירות מנותן השירות, במדינתו של נותן השירות. אולם דווקא עקב כך עלולה להיפגע יכולתו של תייר לרכוש בעתיד סמכות בין-לאומית במדינתו שלו בתביעה שיבקש להגיש נגד נותן השירות הזר.

#### 4. עומס שיפוטי ומאפייני התביעות

השימוש בשיקולים ציבוריים בארצות הברית נועד להדוף שטף תביעות שמטרתן ניצול היתרונות הקיימים בפורום האמריקאי לתובעים בניזקין. לגישת המשפט האמריקאי, תביעות מסחריות מורכבות עשויות לעודד מומחיות משפטית ולפתח את דיני המסחר, את המסחר עצמו ואת כלכלתה של מדינה. לעומת זאת תרומתן של תביעות ניזקין חוזרות ונשנות בגין נזקים שנגרמו לתובעים זרים במדינות זרות לפיתוח הדין המקומי מוגבלת.<sup>171</sup> פתיחת השער בפני תביעות המוניות מבטיחה בעיקר עומס על מערכת המשפט. כלומר, אינטרס הציבור בקבלת תביעות ניזקין המוניות עומד בסתירה לשיקולים "מערכתיים" כגון שיקולי העומס. מסיבה זו ניכר כי השיקולים הציבוריים משמשים את בית המשפט האמריקאי בעיקר כדי להרחיק תביעות ניזקין. בניגוד לפורום האמריקאי, בית המשפט האנגלי, שאינו מציע לתובעים זרים את היתרונות הגלומים בפורום האמריקאי בכל הקשור לתביעות ניזקין, אינו סובל מהצפה של תביעות מסוג זה. בית המשפט האנגלי הוא, לפחות בעיני עצמו, מוקד משיכה לבעלי דין מסחריים "איכותיים" שיש בעצם בואם להתדיין בפורום יתרונות מערכתיים.<sup>172</sup> ההחלטות בעניין ארבל, פרי, Spiegel ודומות להן אינן נותנות את הדעת על היבט זה. מדובר בהחלטות הפותחות את השער בפני תביעות בעלות אופי ניזקי, תוצאה שמשמעה

Mirrer-Singer, לעיל ה"ש 41, בעמ' 213.

170 שם, בעמ' 215-216.

171 לעיל ה"ש 36.

172 לעיל בפרק א.3.

עומס שיפוטי מחד גיסא והרחקה מהפורום של בעלי דין הזקוקים להכרעה שיפוטית יעילה בסכסוכים מסחריים מורכבים מאידך גיסא. בטווח הארוך עלולה תוצאה זו לגרום לשחיקה ברמת המומחיות השיפוטית בתביעות מסחריות איכותיות באופן שירחיק בעלי דין מבתי המשפט הישראליים לטובת מוסדות בוררות מקומיים ובין-לאומיים או מערכות שיפוט במדינות אחרות. אמנם אפשר לטעון כי סוג התביעות בפסקי הדין האמורים עשוי להשיא את פרנסתם של עורכי דין רבים העוסקים בתחומים אלה. מנגד ייתכן כי הסחבת שתיגרם לתביעות מסחריות מורכבות עקב עומס תביעות נזיקין תרחיק בעלי דין מסחריים חזקים מבתי המשפט בישראל באופן שיפגע בהכנסתם של עורכי דין מסחריים ויגרע ממקצועיותם וממומחיותם של השופטים ועורכי הדין הישראליים בתחום זה.<sup>173</sup>

בעידן אמצעי התחבורה והתקשורת המודרניים, כפי שעמד עליו בית המשפט העליון בהלכת הגבס, יעילות הדיון ומומחיות ההכרעה בסכסוכים מסחריים הן שיקולים בעלי משקל רב בבחירת פורום התדיינות על ידי בעלי דין מסחריים בין-לאומיים מתחכמים. זהו עידן של תחרות בין בתי משפט על איכותם המסחרית-כלכלית של הסכסוכים המגיעים לפתחם, וכפועל יוצא מכך – על איכותם המסחרית-כלכלית של המתדיינים בפניהם. על רקע הניסיון האמריקאי והאנגלי מומלץ להשתמש שימוש מושכל בשיקולי עומס לצורך החלת דוקטרינת הפורום הלא נאות באופן שיאפשר לבתי המשפט להסיר תביעות שאין בהן כדי לקדם את מומחיותו של הפורום לאחר שניתנה הדעת על מאפיינים אחרים של התביעות הקושרות אותן לפורום הישראלי, ובכך להגביר את סיכויי של הפורום למשוך התדיינות איכותיות שההכרעה בהן תגביר את האטרקטיביות של הפורום לבעלי דין רצויים.

## 5. שיקולים ציבוריים והאופי האדברסרי של סדרי הדין

כלל הוא בישראל כי בית המשפט לא יעורר מיזמתו את סוגיית הסמכות הבין-לאומית.<sup>174</sup> כלל זה אינו עולה בקנה אחד עם הכללת שיקולים ציבוריים במסגרת הדיון בשאלת נאותות הפורום. שיקולים ערכיים ואף שיקולי עומס מתקיימים אף אם בעלי הדין עצמם

173 השוו: Jens Dammann & Henry Hansmann, *Globalizing Commercial Litigation*, 94 CORNELL L. REV. 1, 17 (2008). בנוסף, קיים חשש כי השימוש בשיקולי העומס להסרת תובענות ולייעול מערכת המשפט במעין "עזרה עצמית" שהעמיד בית המשפט העליון לרשות הערכאות הנמוכות דווקא יחבל במאמץ לגבש מדיניות מוסדרת לפתרון בעיית העומס השיפוטי. זאת, היות שטבען של בעיות לאומיות לעלות על סדר היום הפוליטי של הרשות המבצעת ושל הרשות המחוקקת בעיקר ככל שהן הולכות ומחמירות. שם, בעמ' 21–22.

174 זאת בניגוד לסוגיית הסמכות העניינית שאותה חייב בית המשפט לעורר מיזמתו. ראו גורן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16. נראה כי בארצות הברית עשוי בית המשפט לעורר מיזמתו טענת פורום לא נאות. ראו von Freyhold, לעיל ה"ש 43, בעמ' 109.

מטעמיהם הפרטיים אינם מעוניינים לעורר את סוגיית הסמכות הבין-לאומית. כך עשוי בית המשפט להסיר מעל כתפיו תובענה שזיקותיה הפרטיות לפורום מעוינות אך יש בה כדי להעמיס עומס רב על הפורום, וזאת אך ורק משום שהנתבע עורר את הסוגיה. לעומת זאת תובענה זהה במהותה ובעומס שהיא מטילה על הפורום לא תוסר גם אם זיקותיה הפרטיות לפורום הישראלי קלושות ביותר, אם בעלי הדין יבחרו שלא לעורר את סוגיית נאותות הפורום.

כיצד תשפיע קיומה של תניית שיפוט ייחודית על השיקולים לקבלתה של טענת פורום לא נאות? בתי המשפט בארצות הברית נחלקו בשאלה כיצד תשפיע קיומה של תניה כזו על הקריטריונים הנבדקים. אחת הגישות העולות במשפט האמריקאי היא כי קיומה של תניית שיפוט מבטל את היכולת להידרש לטענת פורום לא נאות בכלל. גישה אחרת גורסת כי בהינתן תניית שיפוט אין להידרש עוד לשיקולים הפרטיים, אולם בית המשפט רשאי להידרש לשיקולים הציבוריים.<sup>175</sup> הגם שבית המשפט העליון בישראל טרם הכריע בעניין זה, הרי שהאפשרות של אימוץ גישה אחרונה זו מזמין את התהייה אם לא ראוי לאפשר לבית המשפט להעלות סוגיה זו מיזמתו, שכן אין הכרח כי השיקולים הפרטיים של הצדדים המגולמים לכאורה בהסכמה הדיונית המוקדמת ביניהם על תניית השיפוט יתאמו את האינטרסים המערכתיים, או הציבוריים, של הפורום.

## סוף דבר

נאמר: "סוף מעשה במחשבה תחילה"<sup>176</sup>, וכזאת הייתה גם דרכו של הנשיא שמגר בבחורו להתייחס בהרחבה בפסק הדין בעניין אבו ג'חלה לסוגיית השיקולים הציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות ולדרך הנכונה ליישומם. אלא שאין דומה סוף המעשה למחשבה שעמדה לנגד עיניו של הנשיא דאז. התפתחות הפסיקה פתחה בפני בתי המשפט את האפשרות לשקול במכלול אחד מנעד רחב של שיקולים שנועדו להכריע בשאלה איזהו הפורום ה"טבעי" לדיון בסכסוך שבו רכש בית המשפט הישראלי סמכות בין-לאומית כדין.<sup>177</sup> לנוכח היחלשות מעמדם של שיקולי הנוחות של הצדדים גבר

175 Derr, לעיל ה"ש 27, בעמ' 834-836.

176 ראו שלמה הלוי אלקבץ "לכה דודי".

177 ודוק, אין ברעתי לשלול את התפיסה שלפיה ראוי להעניק לבית המשפט שיקול דעת בשאלה אם להפעיל את הסמכות הנתונה על תובענה בעלת מאפיינים בין-לאומיים שבאה לידי ביטוי בדברי פרופ' גולדשטיין, שלפיו "עדיפה לדעתנו דרך אחרת להשיג את המטרה מאשר ביטול סמכות בינלאומית המבוססת על תפיסה. נראה לנו כי מוטב להמשיך עם הגישה המסורתית, אבל לקבל יחד אתה את הגישה הקובעת, שלמרות קיומה של סמכות בינלאומית, מותר לבית המשפט לסרב לדון בתובענה במקרה שאינו מתאים להתדיינות בארץ". גולדשטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 414.

החשש מפני העומס על בית המשפט שיוטל בשל הקלות והשרירותיות שבהן נרכשת סמכות בין-לאומית בתובענה בעלת מאפיינים בין-לאומיים שזיקתה האמתית לישראל אינה הדוקה. במענה לבעיה זו נדמה כי מתחזק משקלם של השיקולים הציבוריים במנעד השיקולים הרחב של בית המשפט, ובמיוחד צברו להם מעמד השיקול הערכי שבהכרעה בסכסוך בפורום הישראלי ושיקול העומס השיפוטי המוטל על המערכת. בדומה לביקורת המצטברת על השיקולים הציבוריים במשפט האמריקאי, כור מחצבתם, אף בישראל השיקולים הציבוריים אינם מגובשים ואינם מוגדרים דיים, יישומם מעורר אי־ודאות, ועולה חשש כי נועדו לסייע לבתי המשפט להמשיך במדיניות ההטיה הדיונית לטובת בעלי הדין המקומיים.

אין מחלוקת כי בתי המשפט בישראל עמוסים בהשוואה לבתי משפט במדינות מערביות אחרות.<sup>178</sup> ואולם, ההתייחסות לשיקולי העומס בפסיקה שטחית. הפסיקה אינה נותנת דעתה על השאלה אם קבלת סוגי תובענות מסוימים תעיק על הפורום הישראלי יותר מסוגי תובענות אחרים. הפסיקה גם אינה נותנת את הדעת על ההשלכות שתהיינה לקבלת סוגי תביעות מסוימות על אופייה ועל התמקצעותה של הערכאה הדיונית ושל הקהילייה המשפטית המקצועית בתחומי משפט מסוימים. מלבד זאת קיים חשש כי הכללת שיקול העומס ב"סל אחד" עם יתר השיקולים יאפשר לבית המשפט להשתמש בשיקול זה כדי לסלק תביעות על הסף מבלי לדון בהן לגופן גם כאשר הזיקות הפרטיות של הצדדים לבדן לא היו מאפשרות לבית המשפט לעשות כן.<sup>179</sup>

בצד השימוש בשיקולי העומס גבר השימוש בשיקול ה"עניין הציבורי". בהתחשב בהטיה המובנית בפסיקה לטובת בעלי דין מקומיים עולה חשש כי אינטרס זה ישמש מסווה להכרעה המושתתת על מצפוננו של היושב בדין, ללא שניתנה הדעת באופן יסודי למשמעויות הרחבות של האינטרס הציבורי. נראה גם כי לא ניתנה הדעת באופן מעמיק על האפשרות שהאינטרס הציבורי בהשארתן בפורום של תובענות מסוימים, כגון תובענות שקבלתן מעודדת ריבוי תובעים שהסעד המבוקש על ידיהם הוא פעוט, עומד בסתירה לאינטרס הפחתת העומס השיפוטי המוטל על המערכת. ועוד, נטיית בתי המשפט להותיר בפורום הישראלי תובענות שבהן התובע הוא מקומי ולדחות מעליהם סכסוכים שמקורם בתובעים זרים מטילה צל על תפקידם כשחקנים במערכת בתי משפט מסחרית טרנס-לאומית.

ספק אם הקשיים המתוארים כאן יבואו על פתרונם במסגרת התפתחות הפסיקה בבית המשפט העליון. העובדה שההכרעה בסוגיית נאותות הפורום מושתתת על עובדות

178 לניתוח השוואתי המדרג את ישראל במקום השני ברמת העומס השיפוטי מתוך 17 מדינות שנבדקו ראו רענן סוליציאנו־קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה־גדות העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות (המרכז לניהול ומדיניות ציבורית באוניברסיטת חיפה, 2007) [http://cpmp.hevra.haifa.ac.il/admin/uploads/files/Courts\\_burden\\_Final\\_report\\_5.07.pdf](http://cpmp.hevra.haifa.ac.il/admin/uploads/files/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf)

179 Klein, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5-6.

המובאות בפני הערכאה הדיונית מציבה קושי בפני בעלי דין המבקשים לערער על ההכרעה ולהביא לשינויה. בעקבות זאת מתחדד החשש כי הכוונת שיקול הדעת על ידי ערכאות הערעור תהיה אטית ומוגבלת ותמנע גיבוש קריטריונים ברורים ומתוחמים ליישום השיקולים הציבוריים בדוקטרינת הפורום הלא נאות באופן שיסכל את הפגת חוסר הוודאות והכשלים שהוא עלול לחולל.<sup>180</sup>

פתרון אפשרי לבעיה יכול להימצא בהסדרת הסוגיה בתקנות סדר הדין האזרחי. למשל, אפשר להסדיר את מנגנון ההיזקקות לשיקולי העומס השיפוטי כשלב נפרד, שיחול רק כאשר הזיקות הפרטיות של הצדדים מעוניות, בדומה לגישה האמריקאית ולגישת הנשיא שמגר בעניין אבו ג'חלה. המציאות הישראלית של עומס שיפוטי חריג ביחס למערכות משפט אחרות בעולם מצדיקה היזקקות לשיקולי העומס. אולם אין לאפשר לבית המשפט להדוף מעליו תובענות ראויות מטעמי עומס בלבד, ועל כן ההסדר העדיף הוא המנגנון שעל פיו יודקק בית המשפט לשיקולי העומס אך ורק כאשר השיקולים האחרים מעוניים.<sup>181</sup> לנוכח גישתי המצמצמת סבורני כי מוטב להותיר על כנו את המצב שלפיו אין בית המשפט מעורר מיזמתו את סוגיית הפורום הלא נאות אף אם בית המשפט סבור כי קיים פורום אחר מתאים יותר לדיון בתובענה, והצדדים לא העלו את הטענה מיזמתם.

באשר לשימוש בשיקולים ערכיים במסגרת דוקטרינת הפורום הלא נאות, גישתי מסויגת. לטעמי, הגישה המגוננת על תובע או צרכן מקומי מול תאגיד זר, אשר באה לידי ביטוי בפסקי דין דוגמת עניין ארבל, פרי, Spiegel ואחרים, מתאימה ליישום במסגרת מבחן הציפיות הסבירות של הצדדים ולא כשיקול ציבורי. ואולם, יישום נכון של גישה זו במסגרת זיקת הציפיות הסבירות של הצדדים יחייב כי בית המשפט יבחן לעומק את

180 יותר מכך, יש חשש כי התערבות יתר של ערכאת הערעור תגביר את חוסר הוודאות. הדבר מומחש בהכרעות השונות של הערכאות בפרשת ארבל על גלגוליה, וראו גם אוהרתו של הלורד Bingham בפסק הדין בעניין Lubbe, לעיל ה"ש 60, בעמ' 1556, ולפיה, "The jurisdiction to stay is liable to be perverted if parties litigate the issue at different levels of the judicial hierarchy in the hope of persuading a higher court to strike a different balance in the factors pointing for and against a foreign forum"

181 מודל דיכוטומי זה לא יפתור את הקושי הנובע מהשימוש הגמיש שעושים בתי המשפט בזיקת הציפיות הסבירות של הצדדים, שהיא עמומה כשלעצמה, כבר בשלב הראשון של בחינת מרב הזיקות. התחזקותה של זיקת הציפיות הסבירות נועדה לפתור את הקושי שבו נתקלו בתי המשפט לאחר פסק דין הגבס, ושקיעתם של שיקולי נוחות הצדדים. אם כך, התפתחותם של השיקולים הציבוריים בפסיקה מעידה כי זיקת הציפיות הסבירות לבדה לא נתפסה על ידי בית המשפט ככלי מספק להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במקרים של טענת פורום לא נאות. מכאן יש להסיק כי הבניית שיקול הדעת בסוגיית השיקולים הציבוריים באופן דו-שלבי כמוצע באמרת האגב של הנשיא שמגר בעניין אבו ג'חלה לא תהיה נטולת השפעה.

ציפיות שני הצדדים תוך דיון מעמיק בהיערכותם הכלכלית להתדיינות פוטנציאליות וביכולות פיזור וביטוח עלויות הנזק וההתדיינות שלהם.

החובה הלאומית לתמוך בניצולי השואה, כעניין ערכי, מובנת מאליה. לטעמי, ראוי לכבד את בחירת הפורום כתביעה המוגשת על ידי ניצולים או קרבנות, אולם גם כאן היה מוטב להימנע מחוסר הוודאות שיוצר השימוש בשיקולים ערכיים על ידי היוזקות למבחן הציפיות הסבירות של הצדדים – תובעים יחידים מול ישויות כלכליות חזקות מהם.

ככל שבית המשפט יעדיף לדבוק בשימוש בשיקולים ערכיים, מתחייבת הגדרה ברורה יותר של "העניין הציבורי" שיש לפורום בהכרעה בסכסוך. השאיפה להבטיח ודאות דיונית מחייבת כי בית המשפט יתווה בצורה הניתנת לצפייה מראש את האינטרסים הציבוריים והערכיים שיעוגנו במסגרת השיקולים הציבוריים.

על כן ככל שהפסיקה הישראלית דבקה בשיקולים ציבוריים שאינם שיקולי עומס בלבד, מוצע כי גם לשיקולים אלה יידרש בית המשפט אך ורק כאשר הזיקות הפרטיות של הצדדים מעוינות. כמו כן מוצע כי בית המשפט ינהג בגישה מצמצמת בהידרשו לשיקולים אלה תוך שהוא נותן את הדעת על חוסר הוודאות שהם מעוררים ועל ההשלכות הנורמטיביות של ההכרעה המהותית על הפורום הזר. גישה זו מתחייבת בעידן הגלובליזציה שבו גם להכרעות דיוניות נודעת השפעה מהותית על התנהגותם של יחידים וישויות משפטיות במישור הלאומי והטרנס-לאומי. הדעת גם נותנת כי במקום שבו בית המשפט מבקש לשקול שיקולים ערכיים או ציבוריים רחבים, תוכל המדינה – באמצעות היועץ המשפטי לממשלה – להביע את דעתה בנוגע לאופן שבו יהיה נכון ליישם שיקולים כגון אלה, כדי שבית המשפט לא יפגע חלילה במעמדה של ישראל בקהיליית העמים.<sup>182</sup>

182 זאת יכול כמובן היועץ המשפטי לממשלה לעשות מכוח סעיף 1 לפקודת סדרי דין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, הקובע כי "ראה היועץ המשפטי לממשלה, כי זכות של מדינת ישראל או זכות ציבורית או ענין ציבורי מושפעים או כרוכים, או עלולים להיות מושפעים או כרוכים, בהליך פלוני שלפני בית משפט או לפני פקיד מסדר כמשמעותו בפקודת הקרקעות (סידור זכות הקנין), רשאי הוא, לפי ראות עיניו, להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו, או להסמיך במיוחד את נציגו לעשות זאת מטעמו". עם זאת אפשר כי נחוצה הגבלה מפורשת יותר של שיקול הדעת השיפוטי הנרחב בתחום זה על ידי הטמעת ההיוזקות לעמדת המדינה באמצעות חיקוק מפורש בדומה למנגנון המאפשר ליועץ המשפטי לממשלה להתנגד להסדר פשרה בבקשה לאישור תובענה ייצוגית לפי סעיף 18 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.