

ישראל והשטחים: על משפט בינלאומי פרטי, משפט בינלאומי פומבי ומה שביניהם אירים קנאור*

הדין החל על סכסוכים אזרחיים בין אזרחי מדינה ריבונית לתושבי אזור שנכבש על ידיה הוא העומד במרכז מאמר זה. כאשר נקרא בית המשפט הישראלי להכריע בעבר בשאלה זו, בסכסוך בין אזרחי מדינת ישראל לתושבי יהודה שומרון וחבל עזה, הוא נקט אחת משתי הדרכים האלה: לעתים הוא התייחס לדין האזור כאל חלק מהדין הישראלי ולא הסכים לראות באזור ישות נפרדת, ולעתים, כאשר ניאות להחיל את כללי בררת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי על הסכסוך, דחק במכוון את דין האזור לטובת יישומו של הדין הישראלי הדומיננטי. כך, בלא שניהל דיון תיאורטי בסוגיה זו, רתם בית המשפט הישראלי את המשפט הבינלאומי הפרטי לטובת היעד שהציב למחוק את החיץ המשפטי בין ישראל לאזור ולטשטש את מעמדם של השטחים כפיקדון מוחזק לזמן מוגבל.

נקודת המוצא במאמר היא שאופן בררת הדין משליך פרוצדורלית ומהותית על תוצאות פסיקתו של בית המשפט בסכסוך שכזה. הטענה המוצגת במאמר היא כי כדי לבחור את האופן המשפטי הראוי לבררת הדין יש להכריע בשאלת גבולותיה הראויים של הריבונות המדינית. אמנם הגדרת הריבונות קשורה בטבורה למשפט הבינלאומי הפומבי, אך כפי שמוצג במאמר, בסופו של דבר הגדרת תחום הריבונות של מדינה אינה נתונה רק למשפט הבינלאומי הפומבי אלא היא מרקחת של תחום זה ושל תחום המשפט הבינלאומי הפרטי. בהכרעו מהו הדין החל על סכסוך המובא לפניו, הפורום מתווך בין תביעות מתחרות על כוח סמכות ושליטה של המדינות המעורבות ומאזן בין ציפיות הפרט והתנהגותו ובין מדיניות המדינות השואפות להסדיר התנהגות זו. בית המשפט של מדינת הפורום מחליט למעשה לאיזו ספֵרה ריבונית שייך האירוע המשפטי האזרחי.

* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למינהל.

על כן המאמר בוחן את התאמתן של הדרכים, שבהן השתמש בית המשפט הישראלי עד כה לבררת הדין בין מדינת ישראל לאזור, לתפיסת הריבונות של אזור כבוש מנקודת מבטו של המשפט הבינלאומי הפומבי. בדיקה זו מגלה כי דרכים אלו נוגדות את עמדת המשפט הבינלאומי הפומבי השואף לשמר את הריבונות שהייתה קיימת באזור ולמצמם את מידת התערבותה של המדינה הכובשת בחיי התושבים. התחשבות בכללי המשפט הבינלאומי הפומבי מביאה לכלל מסקנה כי על בתי המשפט הישראליים להחיל על סכסוכים אזרחיים בין אזרחי מדינת ישראל לתושבי השטחים את כללי בררת הדין "הרגילים" של הדין הישראלי, שפותחו עבור מתקלי דינים בין דיניה של מדינת ישראל לדיניה של מדינה ריבונית זרה, בשינויים המחויבים. דרך זו, כך נטען, עולה בקנה אחד עם נכונותו של בית המשפט הישראלי לבסס את ניתוחיו המשפטיים על המשפט הבינלאומי הפומבי כפי שהדבר עולה מפסיקתו העכשווית.

א. מבוא. ב. האינטרסים המצויים בבסיס הסכסוך הנידון בבית המשפט. ג. הגדרת הריבונות – זיקה בין משפט בינלאומי פומבי למשפט בינלאומי פרטי. ד. הגדרת הריבונות המסורתית והיחס כלפי השטח הכבוש. ה. החלת דין האזור מבוטח הפניה של הדין הישראלי. ו. מערכת היחסים בין המדינה הריבונית לאזור – התפתחות. ז. השפעת המשפט הבינלאומי הפומבי על תפיסות המשפט הבינלאומי הפרטי. ח. החלת כללי בררת הדין: 1. מניפולציה לטובת הדין הישראלי באופן החלת כלל בררת הדין; 2. מניפולציה לטובת הדין הישראלי באמצעות הגדרת כלליו ככללים מנדטוריים; 3. ניסוח כלל בררת דין מיוחד למתקל דינים בין המדינה הכובשת לאזור הכבוש; 4. החלת כללי בררת הדין הרגילים בעקבות הסכם אוסלו. ט. הבחנות עיקריות בין החלת הדין הזר כחלק מהדין הישראלי ובין החלת כללי בררת הדין: 1. היבטים פרוצדורליים להחלת הדין הזר; 2. היבטים מהותיים להחלת הדין הזר. י. סיכום.

א. מבוא

השאלה שבה עוסק מאמר זה הנה מה הוא הדין המהותי שראוי כי בית משפט ישראלי יחיל על סכסוך אזרחי אשר אירע באזור ואשר מעורבים בו אזרחי ישראלי ותושב פלסטיני.¹

1. המקרה השכיח המגיע לבתי המשפט עוסק בדרך כלל בתביעת נזיקין המוגשת על ידי עובד, תושב האזור, נגד מעבידו, חברה הרשומה בישראל אשר מפעלה ממוקם באזור, אשר ניוזק

לכאורה זו שאלה פשוטה. על מורכבותה הנסותרת ניתן אולי ללמוד מהעובדה שבמפתיע למרות עשרות שנות שליטה בשטחים רק באחרונה נדרש בית המשפט העליון ליתן לה תשובה ישירה וחד־משמעית.² ויודגש, עניינים פרוצדורליים הנוגעים לסמכות השיפוט בסכסוכים אזרחיים שאירעו בשטחים נידונו בעבר על ידי בית המשפט העליון. המצב המשפטי בעניין זה הנו ברור, אם כי אינו נקי מביקורת.³ ניתן היה לצפות כי משיחדלו המתדיינים להקדיש את עיקר מרצם לעניינים פרוצדורליים, וכאשר תשכך התלהבותו של עולם המשפט משאלות בדבר סמכות שיפוט ואופן המצאת כתבי בידין יגיע זמנו של הדין המהותי לדין מעמיק אך כאמור עד העת האחרונה לא כך קרה.⁴

אמנם בשנים האחרונות הגיעו סכסוכים אזרחיים בין תושבי האזור ובין אזרחים ישראלים פעמים מספר לבתי המשפט אך רובם נידונו בערכאות הנמוכות בלבד אשר מבחינה טכנית לפחות, הכרעותיהן אינן בעלות ערך תקדימי.⁵ ייאמר מיד כי למיטב ידיעתי, אין בספרות

-
- במהלכה של תאונת עבודה בעת ששהה במפעל. ודוק, השאלה הנה רלוונטית גם לסכסוך אזרחי שבו מעורבים ישראלי ומקומי, כאשר האירוע התרחש בשטח מדינת ישראל. הואיל ואף סכסוך זה אינו מקומי – ישראלי – טהור. בכל זאת, היות שהסכסוכים השכיחים ממוקמים בשטחים, מאמר זה יעסוק בסיטואציה המוצגת בגוף הטקסט. כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה במאי 2005 אלא אם כן נכתב אחרת.
2. ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן (טרם פורסם) (להלן: ע"א קרעאן).
 3. ברוך ברכה, "המצאת כתבי בידין לשטחים המוחזקים", משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 119; אמנון רובינשטיין, "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט", עיוני משפט יד(3) (תשמ"ט) 415, בעמ' 443.
 4. ודוק, בהרבה מקרים הנוגעים לשטחים נשקלו שיקולים מהותיים של בררת הדין בעת הכרעת הסמכות, ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365 (להלן: ע"א ערבטיסי); ע"א 2705/91 אבו ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח(1) 554. יתרה מזו, יש מי שהצביע על התופעה שבה בית המשפט שוקל שיקולים מהותיים בסוגיית הסמכות, ביחוד בדיון בדוקטרינת הפורום הלא נאות, מיכאל קרייני, השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ב), 247. ואולם לגישתי, הכרעות אלו נעשו אגב אורחא בלא שבית המשפט התמודד עם מכלול השיקולים הרלוונטיים ואין ביניהם במפורש.
 5. תופעה זו אינה ייחודית דווקא לשאלת המתקל בין הדין הישראלי לדין האזור. למען הדיוק, מרבית השאלות הנוגעות למשפט הבינלאומי הפרטי, מתעוררות בפני הערכאות הדיוניות ומוכרעות שם. לא פעם מגיעות השאלות לבתי משפט אלו כשהן בלתי ממוקדות, מנוסחות בחוסר רהיטות ובלא הרקע התיאורטי הנדרש להכרעה מקיפה. על כן למרות העניין שמגלים שופטים, עורכי דין ומלומדים כאחד בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי, הדיון השיפוטי שנסב על סוגיות מתחום זה סובל לא פעם מניתוח ראשוני, בסיסי ולעתים אף שטחי. מציאות זו הביאה לידי כך ששופטים שבכל זאת נדרשו לשאלה הקונקרטית בדבר הדין החל במתקל בין דין מדינה כובשת לאזור השמיעו דעות שונות ומגוונות לעניין הפתרון הראוי.

הנוגעת למשפט הבינלאומי הפרטי דיון ספציפי בסוגיה של בררת דינים כאשר מדובר במתקל בין דיניה של מדינה ריבונית לדין האזור המוחזק על ידיה. ואולם מפתיע כי דווקא המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי, אשר צפוי היה להיחשף לסוגיה זו בתדירות גבוהה יותר משיטות משפט אחרות בעולם, לא השכיל, עד העת האחרונה, לפתח כללים ברורים בעניין זה.

הקושי במתן תשובה לסוגיה זו הנו נוקב במיוחד הואיל והיא נוגעת לרבדים הבסיסיים ביותר בהגדרתו של שדה המשפט הבינלאומי הפרטי. היא מחייבת להשיב על שאלה מקדמית והיא אם חלה מלכתחילה על הסיטואציה דיסציפלינת המשפט הבינלאומי הפרטי. לפחות במבט ראשון, אין מדובר במתקל דינים קלאסי בין שתי שיטות משפט השייכות למדינות עצמאיות, ריבוניות ושוות, ולכן אין זה מובן מאליו כי מצב זה מצריך החלתם של כללי בררת הדינים מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי. מאידך גיסא, הואיל והסכסוך אירע מחוץ לתחום הריבוניות הטריטוריאלי של מדינת הפורום ועל כן מחוץ לתחום שיפוטה, אלו הם כללי מתקל הדינים אשר אמורים לכאורה לברור בין דיניה של מדינת הפורום לדין שחל באזור.

הסוגיה מצויה למעשה על קו הגבול שבין תחום המשפט הבינלאומי הפומבי לדיסציפלינת המשפט הבינלאומי הפרטי. כשם ששתי הישויות, המדינה השולטת והאזור, מתחרות על השליטה האפקטיבית בתחום הכוח, כך הן גם מתחרות על השליטה האפקטיבית בתחום המשפט. לכאורה מתמודד המשפט הבינלאומי הפומבי עם התחום הראשון, ואילו המשפט הבינלאומי הפרטי עם התחום השני, ומלומדים משני התחומים מתלבטים בניסוח הסטנדרטים שעל פיהם יש להשיב על השאלה לאלו אינטרסים של איזו ישות יש ליתן עדיפות במאבק. המענה על שאלה זו ניוון אפוא משתי הדיסציפלינות ומדגים את הקרבה הרבה הקיימת ביניהן.⁶

לבסוף, גם אם המענה על השאלה המקדמית הנו חיובי, היינו כי אמנם דיסציפלינת המשפט הבינלאומי הפרטי חלה על הסכסוך, הרי עדין נותרת על כנה השאלה הנגזרת והיא מה הם כללי בררת הדין אשר ראוי שיחולו על מקרה זה, האם אלה כללי בררת הדין הרגילים או שמא מן הראוי לנסח כללים פרטיקולריים עבור סכסוך ייחודי שכזה. במאמר זה אנסה להניח תחילתה של תשתית לשיח ביקורתי בדבר תהליכי ההכרעה השיפוטית בשאלות אלו.

ב. האינטרסים המצויים בבסיס הסכסוך הנידון בבית המשפט

מערכת היחסים בסכסוך המוצג לעיל נוגעת לשני מישורים. ראשית היא נוגעת למערכת היחסים בין אנשים פרטיים בינם ובין עצמם. האזור נמצא לעתים קרובות בצמידות לשטח מדינת הפורום. כך נוצר קשר מסחרי חברתי הדוק בין תושבי האזור למדינה הריבונית. נרקמת פעילות עסקית בין הצדדים, מוקמות חברות הפועלות באזור ונחתמים חוזה סחר, נכרתים הסכמי עבודה ולעתים אף מתרחשים אירועים נזיקיים. מציאות זו תוארה על ידי

6. זו הייתה גם עמדת בית המשפט בע"א קרעאן (לעיל, הערה 2), פסקה 2.

בית המשפט בציינו: "ישראלים רבים חיים, עובדים, נוסעים ביהודה ושומרון וקשורים בקשרי מסחר עם תושביו של האיזור".⁷ שנית היא נוגעת למערכת היחסים בין המדינה הריבונית לאזור. מערכת זו נוגעת לשליטה הישירה והעקיפה של המדינה הריבונית על האזור. כך פסק השופט ברק: "היחסים שבין ישראל לבין יהודה ושומרון אינם יחסים רגילים בין שתי מדינות ריבוניות ידידותיות, אלא עניין לנו באיזור הנתון לכיבוש ישראלי עליו מפעילה ישראל שליטה, המצוי בקרבתה, ואשר בו מתגוררים אזרחים ותושבים ישראלים".⁸

מערכת יחסים מורכבת זו כשהיא לעצמה אינה מיוחדת אלא מתאימה לטווח השיקולים אשר נוהג תחום המשפט הבינלאומי הפרטי להביא בחשבון.⁹ ואולם במישור הבין אישי שלא כבסכסוך אזרחי בין מתדיינים פרטיים שבו כל אחד מהם הוא אזרח של מדינה ריבונית אחרת, כאן במרבית המקרים אחד המעורבים הנו תושב אזור אשר אינו נהנה מהגדרה עצמית.¹⁰ במישור המדיני שלא כבסכסוך אזרחי רגיל שבו מעורבים דינים של מדינות ריבוניות אשר בנוגע לכל אחת מהן נקודת המוצא של המשפט הבינלאומי הפומבי היא של שוויון, כאן נדרשת הכרעה בשאלות מתחום המשפט הציבורי בדבר קשרי הגומלין הראויים בין המדינה הריבונית לאזור אשר אינם נהנים מחוקת השוויון.¹¹ זאת ועוד, הואיל ושאלת מתקל הדינים מוכרעת בבית המשפט של המדינה הכובשת, ניתן לשער כי אופן ההתבוננות של בית המשפט במערכת היחסים בין המדינה הריבונית לאזור ממלא תפקיד רם מעלה בהכרעה בדבר זהות הדין שאותו נכונים השופטים להחיל בסכסוך שכזה.

הטענה שתוצג במאמר זה הנה כי ניתן למצוא קווי דמיון בין גישת בית המשפט הישראלי כלפי המשפט הבינלאומי הפומבי לעניין תחולתו על התנהגות הרשות המבצעת באזור ובין גישתו כלפי תחולת המשפט הבינלאומי הפרטי בעת שמובא לפניו סכסוך אזרחי שאירע

7. ת"א (י"ם) 910/82 המוסד לביטוח לאומי נ' אבו עיטא, פ"מ תשמ"ח(2) 133 (להלן: ת"א עיטא), בעמ' 143.

8. ע"א ערבטיים (לעיל, הערה 4), בעמ' 386.

9. בתחום הנויקין, עוד יותר מבתחום דיני החוזים, האינטרסים המובאים בחשבון הם אינטרסים ציבוריים, ולא אינטרסים פרטיים של הצדדים לאירוע, עמוס שפירא, "הערות על טיבם ותכליתם של כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי", עיוני משפט י(2) (תשמ"ד-תשמ"ה) 275, בעמ' 295.

10. לדוגמה, בתביעת נזיקין כמתואר לעיל, שיקולי המדיניות אינם נסכים רק על שאלת מתן העדיפות לאינטרס של הניזוק על פני האנטרס של המזיק כמאפיין סכסוך נזיקי פנימי טהור, ואף לא על הקביעה בדבר מתן עדיפות לאינטרס של הניזוק על פני האנטרס של המזיק בהתחשב בעובדת היותם אזרחי מדינות שונות ועצמאיות.

11. ראו לדוגמה עמדת בית המשפט השלום בת"א (ת"א) 83875/95 מוחמד נ' יהושע (לא פורסם) (להלן: ת"א מוחמד), פסקאות 6, 14: "זאת ועוד נוכח מעמדו של הדין בשטחים המוחזקים ספק אם זין זה מהווה "דין אחר", לצורך הפעלת כללי בררת הדין... הפעלת כלל בררת הדין ביחס לתושבי השטחים המוחזקים, היא עצמה בעייתית ומאולצת..."

בין אזרחי המדינה לתושבי האזור.¹² בהכללה ניתן לומר כי כאשר נקרא בית המשפט הישראלי להכריע בשאלת הדין החל על סכסוך אזרחי בין אזרחי המדינה לתושבי האזור לעתים התייחס בית המשפט הישראלי לדין האזור כאל חלק מהדין הישראלי ולא הסכים לראות באזור ישות נפרדת, ולעתים כאשר נאות להחיל את כללי בררת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי הרי עשה זאת באופן מגמתי תוך דחיקת החלת דין האזור לטובת יסומו של הדין הישראלי הדומיננטי. כך רתם בית המשפט הישראלי אף את המשפט הבינלאומי הפרטי לשם השגת מטרתו למחוק את החיץ המשפטי בין ישראל לאזור ולטשטש את מעמדם של השטחים כפיקודן מוחזק לזמן מוגבל.¹³

הקבלה זו אינה מקרית ונובעת מהאופן שבו תופס בית המשפט את תפקידו. כפי שהדגים בעבר איל בנבנשתי, בית המשפט הלאומי נוקט לרוב מדיניות של חיזוק פעולות הרשות המבצעת והענקת משקל מכריע ל"פרספקטיבה הלאומית", בבחנה את התנהגותה כלפי חוץ.¹⁴ הגם שניתן היה לצפות כי מדיניות זו של בית המשפט תהא דומיננטית פחות בהליכים אזרחיים שבהם מעורבים יסודות זרים, הטענה שתוצג להלן הנה שסכסוכים אלו מהווים כר פורה ליצירה שיפוטית, וכללי בררת הדין הנם אמצעי נוסף שאותו מגייסים השופטים בישראל למען קידום תפקידם כמשרתי האינטרסים השלטוניים. הביקורת שתושמע על כך הנה כי האבולוציה שחלה בהגדרת הריבונות והתמורות שעוברים דיני הכיבוש במשפט הבינלאומי הפומבי מן הראוי שישיעו על האופן שבו נדרשים בתי המשפט לבררת הדין במתקל בין דיני המדינה הכובשת לדין האזור, ויעודדו את בתי המשפט לשנות את פסיקתם ולהעריך מחדש את תפקידם כנותני הלגיטימציה להתנהגות הממשל והמערכת הפוליטית הריבונית.

ג. הגדרת הריבונות – זיקה בין משפט בינלאומי פומבי למשפט בינלאומי פרטי

מקובל כי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי תוחמים את היקף הריבונות המדינית. הריבונות משקפת את הכוח והאינטרסים הפנימיים והחיצוניים של המדינות. מבחינה פנימית נקודת המוצא נסבה על הסממן של סמכות השיפוט של המדינה.¹⁵ סמכות השיפוט

12. איל בנבנשתי, "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי-חוץ על תחולת האמנות במשפט הארץ", **משפטים** כא (תשנ"ב), 221.

13. ראו: David Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories* (State University of New York Press, 2002), 71 יפה זילברשץ, "שליטת צה"ל ביהודה, שומרון ועזה: תפישה לוחמתית או כיבוש קולוניאלי", **מחקרי משפט** כ (תשס"ד) 547.

14. בנבנשתי (לעיל, הערה 12), בעמ' 226.

15. קרייני (לעיל, הערה 4), בעמ' 19; ודוק, הגדרת סמכות השיפוט אינה נובעת מהגדרת הריבונות אף שקיימת קרבה רבה בין שני מושגים אלו: S. S. Lotus, Permanent Court of

נתפסת כעניין שבין המדינות ולכן הגדרת הריבונות היא מעניינו של המשפט הבינלאומי הפומבי ולא עניינה הפנימי של מדינה זו או אחרת.¹⁶ ככלל, סמכות השיפוט המוגדרת על ידי המשפט הבינלאומי הפומבי הנה סמכות השיפוט בעניינים פליליים.¹⁷ העיקרון השולט הוא עקרון התחולה הטריטוריאלי הקובע כי למדינה נתונה הסמכות הפוליטית העליונה במסגרת טריטוריה מוגדרת – היא תחום הריבונות – ולא מחוצה לה.¹⁸ מבחינה חיצונית, כללי המשפט הבינלאומי הפומבי מסדירים את תיחום מערכת היחסים האופקית בין ריבונים מתחרים, לרבות חלוקה נאותה של סמכות השיפוט שלהם וכוחם הרגולטיבי, תוך הסתמכות על עקרונות בדבר טריטוריאליות ולאומיות כמקבילות למגבלות הפיזיות של הכוח הפוליטי.

ודוק, הגדרת תחום הריבונות של המדינה אינה נתונה אך למשפט הבינלאומי הפומבי אלא הנה מעשה מרקחה של משפט זה והמשפט הבינלאומי הפרטי. בצוותא תחומים אלו מגבשים ומשכללים מערכת כללים המוחלת על מערכות יחסים בין ממשלות, קבוצות ואנשים פרטיים בחברה טרנס-לאומית. כללי המשפט הבינלאומי הפרטי תורמים להגדרה הסבוכה דיה של מושג הריבונות ומוסיפים על המשפט הבינלאומי הפומבי בקובעם בפועל את תחום תחולתו של הדין האזרחי של כל אחת מהמדינות.¹⁹ הואיל ובעניינים

International Justice Reports, "a state's title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty", Series A, no 10, 19 (1927)

16. להשפעתם של בתי המשפט הלאומיים על הגדרת סמכות השיפוט ראו: *Oppenheim's International Law* (Volume 1, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts eds., Longman, 1992), 457. (להלן: Jennings and Watts).

17. הריבונות המדינית מתמצה במונופול שיש למדינה על האיסורים המשפטיים, היינו על הכוח לאסור דברים אחדים ולהתיר דברים אחרים בתחום הטריטוריאלי שלה: "אין שליט זר מורשה לאסור בתחומה ואין היא מורשית לאסור בתחומו של שליט זר. אם היא באה לאסור התנהגות המתרחשת בתחום ריבונותה של מדינה אחרת, הרי היא פורצת את עקרונות הריבונות המדינית", יורם שחר, "בגנות התחולה הנציונלית של דיני העונשין" פלילים ה (תשנ"ו) 5, עמ' 7-8; ע"ע 300050/98 המועצה המקומית נבעת זאב – מחמוד, בית הדין הארצי לעבודה, פד"ע לח 577 (להלן: ע"ע גבעת זאב), בעמ' 592-593.

18. ראו: Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Clarendon Press, 1998), 301; Jennings and Watts (לעיל, הערה 16), בעמ' 456; ראו גם דברי בית הלורדים: "National borders are hugely symbolic. They define the territory over which a state exercises sovereignty; they are an integral part of its identity", House of Lords, *Proposals for a European Border Guard* (Authority of The House of Lords, 2003), 6

19. ראו דבריו של Westlake ולפיהם משפט בינלאומי פרטי שייך לתחום המשפט הבינלאומי בהיותו "the department which treats the selection to be made in each action between various national jurisdictions and laws", John Westlake, *A Treatise on Private International Law, with Principal Reference to its Practice in England* (Sweet & Maxwell, 1925), 5

אזרחיים מסמיך המשפט הבינלאומי הפומבי בדרך כלל את המדינה לתחום בעצמה את היקף סמכותם של בתי המשפט שלה²⁰ הרי למעשה, המשפט הבינלאומי הפרטי הוא הכלי המשפטי שבאמצעותו מדינות מנסות להתמודד עם התוצאות הפסקניות הנובעות מעקרון התחולה הטריטוריאלית ככל שהדבר נוגע לחקיקה בתחום המשפט האזרחי. דוקטרינות של המשפט הבינלאומי הפרטי כוללות בתוכן קשת רחבה של גישות פוטנציאליות, מתורת הזכויות המוקנות דרך עקרון הטריטוריאליות וגישת הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר ועד דוקטרינת איזון האינטרסים של המדינה, במאמץ לכמת ולסווג את מערכות היחסים בין פרטים שבסכסוך בנוגע לסמכות הרגולציה של מדינה כלשהי. המשפט הבינלאומי הפרטי הוא המאפשר לבתי המשפט הלאומיים, בהתקיים תנאים מסוימים, להחיל את דין הפורום גם על סכסוכים שאירעו מחוץ לתחום הטריטוריאל של המדינה, ובכך ליתן תוקף אקסטרטריטוריאל לחקיקה הלאומית.²¹ הוא המאפשר גם במצבים מסוימים להחיל דין של מדינה זרה על סכסוכים שאירעו בתחום הטריטוריה של מדינת הפורום. בהכרעה מהו הדין החל על סכסוך המובא לפניו, הפורום מתווך בין תביעות מתחרות של כוח, סמכות ושליטה של המדינות המערבות ומאזן בין ציפיות הפרט והתנהגותו, ובין מדיניות המדינות השואפות להסדיר התנהגות זו. בית המשפט של מדינת הפורום מחליט למעשה לאיזו ספֶרה ריבונית שייך האירוע המשפטי האזרחי.

ד. הגדרת הריבוניות המסורתית והיחס כלפי השטח הכבוש

בשלב הראשון של תפיסת אזורי יהודה ושומרון ורצועת עזה, לאחר מלחמת ששת הימים, השמיעה ישראל את הטיעון, ויש האוחזים בדעה זו עד היום, כי מעמדה בשטחים הוא מעמד ריבוני הואיל ולא היה בנמצא, עובר למלחמה, ריבון שממנו נכבשו שטחים אלו.²² רצועת עזה שוחררה במלחמה משליטת מצרים אשר מעולם לא תבעה עליה ריבונית. שטחי יהודה ושומרון שוחררו במלחמה מירדן אשר סיפחה אותם אליה בשנת 1950, (סיפוח שנחשב

20. יורם דינשטיין, **סמכויות המדינה כלפי פנים** (שוקן, תשל"ב), 94; Brownlie (לעיל, הערה 18), בעמ' 289; ע"א קרעאן (לעיל, הערה 2), פסקה 8.

21. ראו: Petros C. Mavroidis and Damien J. Neven, "Some Reflections on Extraterritoriality in International Economic Law: A Law and Economics Analysis", *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck* (Dony Marianne - ed., Bruylant, 1999) 1297, pp. 1301-1323.

22. ראו גם עמדתה של ישראל בפני בית הדין הבינלאומי מיולי 2004 בעניין: International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, (9.7.04, no. 131), para. 90: "... Israel does not agree that the Fourth Geneva Convention "is applicable to the occupied Palestinian Territory", citing "the lack of recognition of the territory as sovereign prior to its annexation by Jordan and Egypt" and inferring that it is "not a territory of a High Contracting Party as required by the Convention". [URL:<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>]

בלתי חוקי ולא זכה להכרה בינלאומית, אלא אצל שתי מדינות אחרות בעולם.²³ על פי גישה זו, ירדן ומצרים היו לכל היותר מחזיקות של שטח כבוש, ואילו ישראל במהלך מלחמת הגנה שניהלה בשנת 1967, רכשה לעצמה, בכוח, זכויות יחסיות טובות יותר מירדן ומצרים באזורים שעליהן השתלטה. הואיל ולידי ישראל עברה השליטה האפקטיבית באזור, הרי הוא נתון לסמכותה הריבונית.

נראה שניתן היה להצדיק את גישתה זו של ישראל גם לנוכח התפיסה המסורתית לריבונות של המשפט הבינלאומי הפומבי, המתבוננת על האינטרסים של המדינה באופן חד-צדדי. לפי גישה זו יש לראות את המדינה הריבונית כיחידה יוניטרית רציונלית אשר מייעדת לעצמה מטרות מוגדרות ואשר שואפת להשיג מטרות אלו, בעולם של אנרכיה בינלאומית. גישה זו אינה מטילה מגבלות על המדינה החותרת למימוש של אינטרסים אלו. לאומניות ריבונית, תוך הדגשת השונות והעליונות הגזעית, או השאיפה למימוש תביעות המבוססות על הצדקות דתיות היסטוריות נתפסת כנאותה ולגיטימית במסגרת הכמיהה לגיבוש זהות לאומית.²⁴ אינטרסים הרואיים לאומיים צרים נחשבים כביסוס לגיטימי לתרבותה הנשגבת של המדינה.

התומכים בגישה הריאלית למשפט הבינלאומי הפומבי מצדדים בתפיסה מסורתית זו ומתכחשים לעקרון השוויון בין הריבוניים. לדידם, מדינות כותנות וחזקות תבכרנה קביעה היררכית אנכית בין המדינות, אשר אינה מגבילה את יכולתן לגבור על מדינות חלשות מהן. לגישתם יהא זה אך לגיטימי כי מדינה החשה עצמה חזקה תשאף להרחיב את ריבונותה על אזורים כבושים תוך הכנעת האוכלוסייה הכבושה, והחלת משפטה ותרבותה בטריטוריה הכבושה, במטרה להגן על שלמותה, ביטחון אזרחיה והסדר הציבורי השולט בה. החלת גישה ריאלית זו על התנהגותה של ישראל כלפי השטחים מובילה למסקנה כי מטרת פועלה של ישראל באזור הנה לשמר את זכויות הריבון הישראלי ולספק את מאווייו.

ה. החלת דין האזור מכוח הפניה של הדין הישראלי

באופן המתבקש מהעמדה שהוצגה לעיל, הרואה בשטחי יהודה, שומרון ועזה חלק משטחה של מדינת ישראל, מקצת השופטים בערכאות הראשונות בישראל סבורים כי יש להחיל על סכסוכים אזרחיים הקשורים לאזורים אלו, את הדין הישראלי. לדידם, מקור תחולתה של שיטת המשפט הנוהגת באזור נובע מהאמור במגשר שהוצא ביום שבו כבש צה"ל את השטחים.²⁵

23. המדינות היחידות שהכירו בסיפוח היו פקיסטן ובריטניה הגדולה, האחרונה בכפוף לאי-הכרה בסיפוח של מורת ירושלים על ידי ירדן, משה דרורי, החקיקה באזור יהודה ושומרון (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ה), 25.

24. Ardi Imseis, "On the Forth Geneva Convention and the Occupied Palestinian Territory", 44 *Harv. Int'l L. J.* (2003) 65, p. 86.

25. מנשר דבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, 4; מדינת ישראל מעולם לא החילה על השטחים את שיטת משפטה הפנימית, אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א', שוקן, תשנ"ז), 85.

מנשר זה כולל בסעיף 2 את ההוראה: "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי [המפקד הצבאי] ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא ההגנה לישראל באזור". אליבא דמשנתם יש לראות במפקד הצבאי באזור (בחוקקו את המנשר וצווים נוספים) את ידו הארוכה של הריבון הישראלי, כך שבסכסוכים מעורבים תחולת דין האזור היא לכל היותר תחולה "פנימית" מכוח הפניית הדין הישראלי אליו.²⁶

ברוח זו פוסק בית המשפט כי לא יעלה על הדעת כי בית המשפט בישראל יסכל את המדיניות המוצהרת של השלטון הישראלי, כי המשפט שהיה קיים ימשיך לחול, על ידי החלתו של דין אחר.²⁷ באומרו: "מדינת ישראל היא החולשת על הדין בשטח המוחזק ותחומה גם יחד. אין מדובר במתקל דינים בין שתי שיטות משפט עצמאיות. שיטה אחת מקורה בתכתיב שהולדתו היא נגזרת של השליטה שמפעילה ישראל בשטחים".²⁸ כתוצאה מתבקשת מכך קובע בית המשפט כי: "מנקודת המבט הפנימית הישראלית – מחוייב, אם כן, ביהמ"ש הישראלי, להכיר בחקיקת המפקד הצבאי... ואם המפקד הצבאי הסדיר את הדין המהותי החל באזור, וקבע שזהו הדין שחל קודם לכיבוש, בשינויים המחוייבים, ובכפוף לשינויי חקיקה שלו עצמו מעת לעת – הרי כך צריך גם לקבוע ביהמ"ש הישראלי, כאשר הוא דן בסכסוך שחקיקת המפקד הצבאי חלה עליו".²⁹

נדמה כי לדעת השופטים האוחזים בעמדה זו מדובר במעין חקיקה מקוצרת על דרך האזכור. העובדה כי דין האזור, שאילו מפנה המנשר, אינו מתחדש, אינו מתעדכן ואינו משתנה מקלה את ראייתו כחלק מהחקיקה הפנימית הישראלית. לדידם המושל הצבאי "התעצל" לחוקק בשנית את החקיקה שהייתה בתוקף ולכן כיוון לחוקי האזור על דרך ההפניה. למותר לציין כי לפי גישה זו השיטה המשפטית באזור נהנית מחסינות מפני השפעה חיצונית כלשהי של הריבון הנכבש. במילים אחרות חוקים חדשים אשר נחקקים על דיו, לאחר מועד הכיבוש, אינם בעלי תחולה באזור.³⁰

26. ת"א (כ"ס) 5777/99 מוחמד נ' יקיר אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ (טרם פורסם) (להלן: ת"א יקיר), פסקה 7. (התובע, תושב הכפר דר'אסתייה, כפר ערבי באזור B או C הנו עובד שכיר של הנתבעת שהנה אגודה שיתופית הרשומה בישראל ואשר מקום מושבה, משרדיה ומענה מצויים ביישוב היהודי יקיר שבשטח C. לטענתו נפצע התובע בתאונת עבודה בעת עבודתו בשירותה של הנתבעת בתחומי היישוב יקיר).

27. ע"א ערביטי (לעיל, הערה 4), בעמ' 383; ב"ש (פ"ת) 1308/00 בן אור צעצועים בע"מ נ' פראם, פ"מ תש"ס(3) 628, בעמ' 638: "מעט שהשלטון הישראלי החיל את המשפט ששרר באזור, לרבות בתחום הפגיעה בעבודה על תושבי האזור, אין זה מההכרח לבוא ולהתעלם מהוראות אלו, כאילו אינן קיימות...".

28. ת"א מוחמד (לעיל, הערה 11), פסקה 15.

29. ת"א יקיר (לעיל, הערה 26), פסקה 12.

30. Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation* (Princeton University Press, ראו: 1993), 115.

השופטים הדוגלים בגישה זו נדרשים אפוא לשאלת הדין החל כאל שאלה פנימית ישראלית. המושל הצבאי נתפס כרשות ישראלית ודיניו, לרבות הדינים שאליו הוא מפנה, דינים ישראלים פנימיים המה. פסיקתו זו של בית המשפט משמשת כאמצעי בידיו להכשיר את הגידול במערך הכוח של מדינת ישראל על השטחים. פסיקה זו נדרשת לשלטון באזור בהתאם להשקפת העולם שאינה שוללת מכול וכול את הקשר של עם ישראל ומדינת ישראל לשטחים.³¹ שופטים אלו אינם נזקקים כלל לכללי בררת הדין הואיל ולדידם אין מדובר במתקל בין שיטות משפט עצמאיות. כל שהם עושים הנו יישומם של צווי המושל הצבאי. אם הם בכל זאת טורחים לבחון את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הרי הדבר נעשה מעל לנדרש ורק עד כמה שכללים אלה, המתפרשים ומיושמים על ידיהם, מובילים לאותה תוצאה סופית בדבר החלת דין הישראלי. ודוק, יצוין כי באחרונה השאיר בית המשפט העליון את שאלת מעמדם של צווי המושל הצבאי סתומה, תוך שהוא בוחר חקיקה זו פעם כדין ופעם כדין ישראלי.³²

ו. מערכת היחסים בין המדינה הריבונית לאזור – התפתחות

ברוח התמורות שחלו במשפט הבינלאומי הפומבי, אם כי באיחור־מה, חל שינוי באופן ההתבוננות של ישראל על השטחים, והיא הסכימה לבחינת התנהגותה כלפי השטחים לפי דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. יצוין כי הרוב המכריע של מדינות העולם רואה ברצועת עזה ואזור יהודה ושומרון שטחים שנכבשו ממצרים וירדן בהתאמה.³³ לדעת זמיר

31. מיכאל ספרד, "ליטיגציה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית – תמונת מצב", המשפט 15 (תשס"ג) 73, בעמ' 78.

32. ע"א 6860/01 המאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד נז(3) 8 (להלן: ע"א המאדה).

33. בית הדין הבינלאומי בעניין: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (לעיל, הערה 22), פסקאות 95-101; יובל שני, "ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות על כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל", המשפט 15 (תשס"ג) 28, בעמ' 38; ת"א (ירושלים) 2538/00 נוריין נ' הרשות הפלסטינית, פ"מ תשס"ב(2) 776 (להלן: ת"א נוריין), פסקאות 49-51 לפסק דינו של שופט המיעוט, דרורי. אף בית המשפט אחד בישראל מעולם לא טרח להכריע בדבר מעמדה של ירדן בשטחים. עניין זה נדון בבית המשפט שפסק כי הטיעון שלירדן לא היו זכויות של ריבון ביהודה ושומרון הוא "טיעון חשוב שישראל משמיעה בזירה הבינלאומית. העולה מטיעון זה הוא שאמנת ג'נבה הרביעית אינה חלה על יהודה ושומרון אלא ממשלת ישראל מפעילה מרצונה את הוראותיה ההומניטריות של אמנה זו. מסקנה זו לא עמדה עד כה למבחן בבית־משפט זה ... וגם הפעם אין צורך להידרש לה", בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197 (להלן: בג"ץ אבו עיטה), בעמ' 228-229; בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הבטחון, פ"ד לג(2) 113, בעמ' 127; בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595 (להלן: בג"ץ העצני). לגישה שגם בהוראות מסוימות באמנת ג'נבה הרביעית נתגבש

ובנבנשת³⁴ תפיסה זו קיבלה משנה תוקף עם החתימה על הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי.³⁵ בעקבות הסכם זה ברור עוד יותר, שהריבונות הישראלית לא הוחלה בשטחים. באחרונה בעניין עג'ורי³⁶ קבע בית המשפט כי "באזור זה פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה" (ההדגשה שלי – א"ק), ובכך נתן גושפנקה לטענה כי מעמדם של אזורים אלה הוא של שטחים כבושים.³⁷

ישראל הסכימה לבחינת התנהגותה בשטחים על פי דיני אמנת האג הרביעית משנת 1907 בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה (להלן: אמנת האג) המבטאת את דיני הכיבוש המנהגיים והצהירה כי היא מחויבת להוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, משנת 1949 (להלן: אמנת ג'נבה).³⁸ אמנות אלו מייצגות אינטרסים ותפיסות שונות של תפקיד המדינה הריבונית.³⁹ אמנת האג מבוססת על תפיסת מאבק בין ריבונים והמדינה המצומצמת, ואילו אמנת ג'נבה מעודדת מעורבות רבה יותר של הכובש תוך שימת דגש על האוכלוסייה הכבושה ורווחתה. למצב עניינים זה יש השלכות, כפי שנראה להלן, גם על מעמדם של הדינים התקפים בשטח הכבוש ויכולתה של המדינה הכובשת לחוקק בתחום האזור הכבוש.

שינוי זה תואם את התמורות שחלו בתפיסת הריבונות המודרנית. המדינה הריבונית אינה נתפסת עוד כייחידה בודדת. המשפט הבינלאומי נכון כיום להטיל הגבלות חיצוניות על פררוגטיבות ריבוניות. ההנחה המובלעת בהתפתחות זו היא שהסדר בין המדינות בעולם אינו מבוסס על אנרכיה. קיימות נורמות בינלאומיות, הנובעות ממקורות היררכיים גבוהים

-
- משפט מנהגי ראו, אמנון רובינשטיין, "מעמדם המשתנה של ה"שטחים": מפקדון מוחק ליצור כלאיים משפטי", *עיוני משפט* יא(3) (תשמ"ו-תשמ"ז) 439, בעמ' 445.
34. איל זמיר ואיל בנבנשת, 'אדמות-היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1993), 101.
35. ראו הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי עם אש"ף שנחתם בווינגטון, פורסם ב-13 בספטמבר 1993. [URL: <http://www.knesset.gov.il/process/docs/oslo.htm>]. ראו גם: Eyal Benvenisti, "The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement", 4 *E. J. I. L.* (1993) 542.
36. בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 352, בעמ' 370.
37. אורנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, "פרשת לך לך: בין אדם למקום, בעקבות בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית", *המשפט* 15 (תשס"ג) 56, בעמ' 68.
38. אמנת ג'נבה הרביעית מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 559; ראו בג"ץ 4764/04 רופאים לחבויות ארם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה (טרם פורסם), פסקה 10: "הפעילות הלחימתית של הצבא ברפיח נשלטת, בכל הנוגע לתושבים המקומיים, על ידי אמנת האג (הרביעית) בדבר הדינים והמינהגים של מלחמה ביבשה, 1907 ... ואמנת ג'נבה (הרביעית) בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה 1949 ...".
39. Eyal Benvenisti, "The Security Council and the Law on Occupation: Resolution 1483 on Iraq in Historical Perspective" 1 *IDF L. R.* (2003) 19

יותר מהמשפט הפוזיטיבי של המדינות, אשר מגבילות את אופן הפעולה של המדינה שאינה יכולה לעשות ככל העולה על רוחה בזירה הבינלאומית ואשר קובעות מהו סטנדרט ההתנהגות הראוי. נורמות משפטיות בינלאומיות אלו חוצות את הסמכות הריבונית של המדינות האינדיבידואליות ומגבילות את תחום הפעולה הראוי שלהן.⁴⁰

גישה ליברלית זו למשפט הבינלאומי הפומבי מכירה בעקרון השוויון בין הריבוניים. הכרה זו מובילה למאבק בקולוניאליזם ובכיבוש. אמנם כיבוש זרים יכול לשרת את האינטרסים הביטחוניים של מדינות חזקות, אך פעולת הכיבוש נחשבת, למצט חריגים, כבלתי לגיטימית עבור מדינה המעוניינת להיחשב למדינה מודרנית ובת תרבות וכזו לשחקן לגיטימי בזירה הבינלאומית. שליטה על האחר אינה עיקרון מקובל כאשר מגבשת המדינה המודרנית את זהותה בעולם אוניברסלי. התפיסה המודרנית מגדירה את ביטחונה של המדינה דרך הפריזמה של זכותה לשלוט בטריטוריה מסוימת. זכות זו מוכרת לצורך קיומה של המדינה ואזרחיה, ורק בגבולות אלו.

ז. השפעת המשפט הבינלאומי הפומבי על תפיסות המשפט הבינלאומי הפרטי

סעיף 43 לאמנת האג מגדיר את הדין החל בשטח הכבוש וקובע: "בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף הארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך".⁴¹ נקודת המוצא של הוראת סעיף זה היא כי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, המשפט הקיים ממשיך לעמוד בתוקפו, מכוח עצמו, ולמעצמה הכובשת מותר לשנותו רק בגבולות מוגדרים ולהשגת תכליות מוגדרות (שהן, בעיקר, רווחת האוכלוסייה המקומית וצורכי הביטחון והסדר הציבורי).⁴²

40. Ruth Lapidot, "Autonomy and Sovereignty — Are They Mutually Exclusive?", *New Political Entities in Public and Private International Law, With Special Reference to the Palestinian Entity* (Amos Shapira and Mala Tabory - eds., Kluwer Law International, 1999) 3, p. 12.

41. התרגום על פי יורם דינשטיין, "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים", *עיוני משפט ב (תשל"ב) 505, בעמ' 506*. בנוסחו המקורי: "The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country", Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 1907 האדום [URL: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/webArt?OpenView&start=17&Count=150&Expand=19#19>].

42. זמיר ובנבנשתי (לעיל, הערה 34), בעמ' 136.

יצוין כי האמור באמנת האג שולל לחלוטין את הגישה, שהוצגה לעיל, ולפיה הדין החל באזור שואב את כוחו מדינה של המדינה הכובשת. דין האזור מקבל את תוקפו מהאמנה. הואיל ואמנת האג נחשבת למסמך דקלרטיבי המשקף את המשפט הבינלאומי המנהגי, הרי הוראותיה נקלטו באופן אוטומטי לתוך המשפט הישראלי ומהוות חלק אינטגרלי ממנו.⁴³ מדינת ישראל מחויבת להוראות האמנה ככל שאין התנגשות חזיתית בינה ובין חוק חרות ישראלי פנימי סותר.⁴⁴ אין כל צורך בחקיקת המנשר, שפורסם ביום כיבוש אזור יהודה ושומרון, כדי להשאיר את דין האזור בתוקף.⁴⁵ לכן הוראת המנשר ככל שהיא חוזרת על האמור בסעיף 43 לאמנת האג הנה דקלרטיבית גרידא.⁴⁶ גם בלא חקיקתו של המנשר הייתה ישראל מחויבת מכוח הוראת סעיף 43 לאמנת האג. במילים אחרות, הואיל ואין קליטתו של מנהג מחייבת את חקיקתו לתוך המשפט הפנימי, הרי דין האזור מקבל את תוקפו מכוח המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי ולא מכוח המנשר הצבאי. מבחינה מהותית מטרת סעיף 43 מסוכלת כאשר "מרימים את המסך" ורואים את החקיקה שהייתה קיימת באזור כחקיקה על דרך האזכור.⁴⁷ המסקנה המתבקשת היא כי הדין שנחקק על ידי הריבון שהיה קיים באזור חל מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ולא מכוח החקיקה הישראלית.⁴⁸

43. ע"א קרעאן (לעיל, הערה 2), פסקה 3: "בשל שאמנת האג הרביעית היא אמנה דקלרטיבית – לאמור: אמנה המבטאת משפט מינהגי – הרי שיש לה תחולה בדין הישראלי, כפי שכבר נקבע בבית משפט זה".
44. כללי המשפט הבינלאומי המנהגי נקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי ומהווים חלק ממנו. ע"פ 174/54 שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 5; בג"ץ אבו עיטה (לעיל, הערה 33), בעמ' 199; רות לפידות, "מקומו של המשפט הבינלאומי הפומבי במשפט הישראלי", משפטים יט (תש"ן) 807; בבבנשתי (לעיל, הערה 12); יפה זילברשץ, "קליטת המשפט הבינלאומי למשפט הישראלי – הדין המצוי, רצוי", משפטים כד (תשנ"ד) 317. לעניין אמנת האג עצמה קבע בית המשפט בבג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45 (להלן: בג"ץ טאהה), בעמ' 52-53: "אשר לתקנות האג – הן משקפות כללי משפט בינלאומי מינהגי, ובשל כך מהוות הן חלק מהדין הישראלי אף בהיעדר מעשה חקיקה ישראלי ש"אימץ" אותן, וזאת – כל עוד אין הן עומדות בסתירה לחוק החרות".
45. רובינשטיין מדגיש את דבר התאמתו של המנשר לדין הבינלאומי הפומבי, רובינשטיין (לעיל, הערה 33), בעמ' 440.
46. ראו גם בר"ע (ת"א) 200680/98 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' נוזהה (לא פורסם) (להלן: בר"ע אריה): "המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מס' 2) מקיים הלכה למעשה את הסכם האג וקובע כי המשפט שהיה קיים באזור יעמוד בתוקפו".
47. דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721. בעמ' 742 חזר הנשיא ברק על הכלל הנקוט במשפט הישראלי ולפיו חוקה שתכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לסתור אותן וכי קיימת חוקת התאמה בין השניים.
48. לעמדה שונה במקצת ראו ע"א קרעאן (לעיל, הערה 2), פסקה 3, שם נקבע: "ברם, לעניין השאלה שבפנינו – לאמור: המשך תחולת הדין הקודם בגדה המערבית – אין צורך להדרש

ואכן, גם לגישת אלו הטוענים כי אין תפקידו של סעיף 43 לתחום את גבולות הריבונות בין מדינות, מטרתו לפחות להגן על המשכיות ולהבטיח כי מפקד האזור ישמור על רציפותו של המשפט שהיה נוהג בפועל ערב כיבוש האזור, בכפוף לשינויים שהוא מוצא לנחוץ לעשות כדי להבטיח את שליטתו. סעיף 43 משמר את שיטת המשפט שתושבי האזור הורגלו אליה ומקל על מפקד האזור את ניהול האזור בלא זעזועים מיותרים.⁴⁹ כך פסק גם בית המשפט הישראלי: "אין לערבב בין בעיית הריבונות ביהודה והשומרון לפי המשפט הבינלאומי לבין זכותו וחובתו של המפקד הצבאי לקיים את הסדר הציבורי באזור, כדי להבטיח את שליטתו באזור ולהנהיג בו משטר של שלטון החוק לטובת התושבים שבו. זכות זו וחובה זו, הנובעות מדיני המלחמה המנהגיים, באו לידי ביטוי בסעיף 43 של כללי האג".⁵⁰

לפי המשפט הבינלאומי אפוא חלות למעשה על השטח הכבוש שלוש מערכות של דינים: שיטת המשפט של הריבון המקורי, חקיקתו של הכובש, והמשפט הבינלאומי המנהגי וההסכמי הרלוונטי.⁵¹ ברי שתפיסת המשפט הבינלאומי הפומבי רואה בשיטת המשפט באזור הכבוש שיטה שונה משיטת המשפט של המדינה הכובשת. על כן סכסוך אזרחי שאירע בשטחים בין תושבי השטחים לאזרחי המדינה הכובשת מערב שתי שיטות משפט זרות זו לזו, השיטה של האזור הכבוש, והשיטה של מדינת הפורום הריבונית הכובשת. נשאלת השאלה אם יישוב סכסוך שכזה ייעשה תוך פנייה לכללי בררת הדינים של המשפט הבינלאומי הפרטי.

מיקומה של הסוגיה בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי הנו טבעי לאלו המתבוננים על דיסציפלינת משפט זו מנקודת מבט פנימית של מדינת הפורום המופקדת על פתרון הסכסוך. לגישתם של אלו, המשפט הבינלאומי הפרטי על פי הגדרתו חל כאשר מתעורר בפני בית המשפט של הפורום סכסוך שאיננו מקומי טהור.⁵² במילים אחרות הסכסוך

דווקא לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי. אלה עוגנו, לעניין זה, מייד עם כינונו של הממשל הצבאי בגדה המערבית, במנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט".

49. Gerhard Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory* (University of Minnesota Press, 1957), 94 (לעיל, הערה 16), בעמ' 563.

50. בג"ץ העצני (לעיל, הערה 33), בעמ' 597. ראו גם: "נכונה העובדה שירדן לא היתה מעולם הריבון החוקי באזור יהודה והשומרון, אבל אין ללמוד מזה שמפקד האזור לא יכול היה להכריז על מתן תוקף למשפט שהיה קיים באזור לפני כניסת צה"ל אליו", בג"ץ אבו עיטה, (לעיל, הערה 33), בעמ' 229; רובינשטיין (לעיל, הערה 33), בעמ' 443: "הותרת המשפט הידני על כנו נבעה, ככל הנראה, מעצם קיומו של הדין הקיים בשטח ומחוסר הרצון לספח את השטח לישראל".

51. ראו: Gerhard Von Glahn, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law* (Allyn and Bacon, 1996), 668; בג"ץ 2612/94 שעתא נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675 (להלן: בג"ץ שעתא), בעמ' 681.

52. כך לדוגמה: "Private international law is that part of ... law which comes into operation whenever the court is faced with a claim that contains a foreign element", Peter North and

אינו מערב רק את שיטת המשפט של הפורום אלא גם שיטת משפט זרה. המתקל הוא בין שיטות משפט ולא בין מדינות ולכן אין כל משקל לסוגיית מוצאה של שיטת המשפט הזרה ולשאלה אם מקורה במחוקק עצמאי ריבוני אם לאו.⁵³ העיקר הנו דבר היותה של השיטה הנוספת חיצונית לשיטת המשפט של הפורום. פרספקטיבה פנימית זו שואבת את כללי בררת הדין מתוך המשפט הפוזיטיבי הפנימי של מדינת הפורום, ושוקלת אך את שיקולי המדיניות, האינטרסים והעקרונות שאותם מעוניינת מדינת הפורום לקדם באמצעות שופטיה. המחויבות הנה רק כלפי מדינה אחת, היא מדינת הפורום והשאלה שבמוקד נוגעת לפרשנות הנכונה שיש ליתן לדין הפוזיטיבי של מדינת הפורום.

ואולם יש המגדירים את המשפט הבינלאומי הפרטי באופן רחב יותר. לגישתם, פרספקטיבה פנימית זו הנה תנאי הכרחי אך לא מספיק, לצורך הגדרת היקף התחולה של דיסציפלינת המשפט הבינלאומי הפרטי. לדידם, המקור לכללי בררת הדין מצוי במערכת נורמטיבית חיצונית למדינת הפורום המביאה בחשבון את האינטרסים של המדינה הזרה אשר לה זיקה לסכסוך.⁵⁴ לפי גישה זו, נקודת המוצא של המשפט הבינלאומי הפרטי היא כי המדינות מורכבות ממוסדות פוליטיים הומוגניים; מחוקק ייצוגי, רשויות מבצעות ואדמיניסטרטיביות, ורשות עצמאית שופטת. בממד האנכי מוסדות אלו מנהלים מערכות

James J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law* (Butterworth, 1999)

3; א': "The branch of English law known as the conflict of laws is that part of the law of England which deals with cases having a foreign element. By a "foreign element" is meant simply a contact with some system of law other than English law", *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (Volume 1, Lawrence Collins - ed., Sweet & Maxwell, 2000), 3
 "... in other terms, public international law arises from the juxtaposition of states, private international law from the juxtaposition of legal systems"

53. ת"א (ירושלים) 1632/96 אלצוף נ' מתכת אריאל בע"מ (לא פורסם), פסקה 4, שם נפסק כי: "כאמור, בניגוד למתקל הדינים הקלאסי, במקרה שלפנינו, אין מדובר בשתי שיטות משפט עצמאיות... עם זאת, לאור העירוב, כאמור, בין יסודות זרים ויסודות מקומיים, יש להכריע בשאלת הדין החל על פי כללי ברירת הדין הישראליים." (במקרה זה התובע, תושב הכפר הארס שבשטחים, היה עובד של הנתבעת, חברה הרשומה בישראל ומפעלה נמצא באזור התעשייה באריאל. לטענת התובע הוא נפגע בתאונת עבודה במפעלה של הנתבעת, ונגרם לו נזק גופני).

54. כך לדוגמה: "The term "Conflict of Laws" describes generally the body of law that aspires to provide solutions to international or interstate legal disputes between persons of entities other than countries or states *as such*. A dispute is considered international or interstate if one or more of its constituent elements is connected with more than one country or state", Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws* (West Group, 2000), 1; Lea Brilmayer, *Conflict of Laws* (Little, Brown and Company, 1995), 1

יחסים עם הפרטים והקבוצות המשתייכים לחברה המקומית. בממד האופקי מערכות יחסים אלו הנן פחות או יותר שקולות כאשר מוסדות אלו ממלאים באופן מהותי תפקידים שווים במערכת אקוויוולנטית של מגבלות אשר נועדו להבטיח את זכויות הפרט. על כן כללי בררת הדין נועדו למקרים של התנגשות בין מערכות דינים של שתי מדינות ריבוניות או יותר כאשר כל מדינה שואפת לתחולתה של שיטת משפטה על אותו אירוע. הדגש מושם על נורמות חיצוניות המסייעות להעריך אם החלת משפטה של מדינה מחוץ לתחומה הטריטוריאלי הנה ראויה. פרספקטיבה חיצונית זו נשענת על קנה מידה אובייקטיבי אקסטריני שאינו תלוי בהעדפותיה של מדינת הפורום. הכללים הבוררים את הדין שיחול על הסכסוך מבין הדינים האפשריים שואפים בין היתר להגשים את המטרה בדבר הימנעות מפגיעה במדינה האחרת. זהו סממן לכיבוד ריבונותה של המדינה האחרת ושיטת משפטה.⁵⁵ לגישת המתבוננים כך על המשפט הבינלאומי הפרטי הואיל והאזור הכבוש אינו נהנה ממאפיינים ריבוניים, כללי בררת הדינים לא נועדו לחול על מתקל בין דינה של מדינה ריבונית לשיטת המשפט של האזור.

ואמנם, מקצת השופטים ראו בשטח הכבוש שטח מחוסר כל סממן ריבוני והתנגדו להחלת המשפט הבינלאומי הפרטי על סכסוך כאמור. כך נפסק כי: "ספק בעיני, אם דרך זו [החלת עקרונות המשפט הבינלאומי הפרטי], בה הלכו בתי המשפט, היא הדרך הראויה... הכללים של התנגשות הדינים התגבשו תוך התחשבות בהיבטים רבים, כאשר אחד החשובים שבהם הוא אי הרצון לפגוע במדינה האחרת. היה כאן סממן של כיבוד הדדי של ריבונותה של המדינה השנייה ושיטת המשפט שלה. פן זה נועד כלל כאשר מדובר בהתנגשות בין הדין הישראלי לדין החל באזור יהודה והשומרון. אם כי מדובר לכאורה בשתי שיטות משפט ובמדינות שונות, הרי נועד היסוד הקיים כרגיל לגבי שתי מדינות... הרצון לכבד שיטת משפט זרה נובע, בין השאר, מהשאיפה לכבד את ריבונותה של המדינה האחרת. לגבי האזור, אין כיום ריבון שעלול להיפגע. הריבונות מצויה, מכוח המשפט הבינלאומי הפומבי, בידי מפקד האזור, שהוא רשות של מדינת ישראל... במערכת יחסים זו אין מקום ללשון של התנגשות בין שני ריבונים. להיפך, ניתן לומר, שמדינת ישראל היא שקובעת מה משפט יחול באזור..."⁵⁶ לפיכך הגיעו שופטים אלו לכלל מסקנה כי: "אין לפנינו בעיה של התנגשות הדינים. אין כאן התנגשות בין דינים של שתי מדינות ריבוניות, אלא קביעה של מדינת ישראל, באמצעות מפקד האזור, ובכפוף למשפט הבינלאומי הפומבי, מה הסדר יחול על פיצוי מי שנפגע בתאונה באזור."⁵⁷

אכן, במבט ראשון נדמה כי היסוד הריבוני להחלת שיטת המשפט הזרה במקרה של סכסוך בין שיטות משפט, ככל שהוא מבוסס על הנחת השוויון בין הריבונים, אינו רלוונטי לסכסוך בין דיני מדינה כובשת לאזור. הדין המקומי באזור אינו מתחדש על ידי מחוקק

55. ע"א (ירושלים) 6299/99 הכשרת הישוב הברה לביטוח בע"מ נ' אוהננה, פ"מ תש"ס(1) 351 (להלן: ע"א אוהננה), בעמ' 369.

56. ת"א (ת"א) 1269/85 אמסלם נ' לוי, פ"מ תשנ"ג(1) 232 (להלן: ת"א אמסלם), בעמ' 242-243; המ' (י"ם) 438/83, לוי נ' ברוך, פ"מ תשמ"ד(3) 45, בעמ' 52.

57. ת"א אמסלם, שם, בעמ' 245.

נבחר וייצוגי. אין אינטראקציה בין האוכלוסייה המקומית למחוקק, והדין השולט אינו מתעדכן. רצונם העכשווי והעדכני של תושבי האזור אינו בא לידי ביטוי באופן חופשי בבוחרם מחוקק אשר יקבע את אורחות חייהם. על כן כללי המתקל שנועדו למעשה ליתן ביטוי לכוח ולמרותו של מחוקק שנבחר על ידי הציבור, אינם בני תחולה בסיטואציה זו. ואולם המשפט הבינלאומי הפומבי נהנה כיום מגמישות רבה ואינו כה דוגמטי כפי שהיה בעבר. כלפי האזור גמישות זו מתבטאת בנכונות לראותו כבעל מעמד בינים של "ריבונות חלקית" או "ריבונות רדומה" או "ריבונות נכה". אמנם האזור הכבוש הוא ישות אשר אינה ממלאת את התנאים להתהוותה של מדינה ריבונית עצמאית מלאה, אך המשפט הבינלאומי הפומבי אינו מתרכז עוד בשאלת הריבונות אלא מחשיב את ההכרה בכבודם של תושבי השטח הכבוש ואת ההכרה בכבוד האזור ככזה, כמשקל נגד וככוח המרסן את הרצון של המעצמה הכובשת להרחיב את ריבונותה.⁵⁸

יש המוצאים ביטוי לגמישות זו בסעיף 43 לאמנת האג הנדרש, לפי גישתם, גם לשאלת הריבונות. לדידם, לעניין המדינה הכובשת תפקידה של הוראת הסעיף היא להבטיח את השליטה המוחלטת של כל טענה בדבר העברת ריבונות עקב הכיבוש.⁵⁹ מטרתה להבטיח את אי-השלטת הריבונות של הכובש. היא מבטאת את הגישה כי כיבוש השטח אינו גורר בעקבותיו העברת הריבונות מן השלטון שקדם לכיבוש אל המדינה הכובשת ועל כן סמכויות שמצויות רק בידי הריבון (כגון סמכות החקיקה) אינן מועברות לשלטון הכובש. עצם קיומה של שליטה אפקטיבית של כוח צבאי, אין משתמעת ממנה העברה תקפה של ריבונות.⁶⁰ כך נפסק גם על ידי בית המשפט הישראלי: "... נקודת המוצא העקרונית היא, שהמפקד הצבאי אינו יורש את זכויותיו ומעמדו של השלטון שניגף. אין הוא הריבון באזור המוחזק..."⁶¹.

לעניין האזור הרי במקורו שאף סעיף 43 לאמנת האג להבטיח את השמירה על מעמדו של הכבוש: הריבונות המקורית הושעתה⁶² אך המשיכה להיות של השלטון החוקי הקודם.⁶³

58. Judith Resnik and Julie Chi-Hye Suk, "Adding Insult to Injury: Questioning the באנלוגיה",

Role of Dignity in Conceptions of Sovereignty", 55 *Stanford L. Rev.* (2003) 1921

59. בית הדין הבינלאומי בעניין *Occupied Palestinian Territory* (לעיל, הערה 22); יורם דינשטיין, **דיני מלחמה** (שוקן,

תשמ"ג), 210; Lassa Oppenheim, "The Legal Relations between an Occupying Power and the Inhabitants", 33 *Law Q. Rev.* (1917) 363, p. 364: "There is not an atom of sovereignty in the authority of the occupant"

60. זמיר ובנבנשתי (לעיל, הערה 34), בעמ' 100.

61. בג"ץ 390/79 **דיוקאט נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1), בעמ' 13: "הנורמה הבסיסית שעליה הוקם מבנה השלטון הישראלי [ביהודה ושומרון] בפועל... [היא] ... נורמה של ממשל צבאי, ולא החלת המשפט הישראלי שיש עמו ריבונות ישראלית"; בג"ץ 393/82 **אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד לז(4) 785 (להלן: בג"ץ **אסכאן**), בעמ' 794.

62. בג"ץ **אסכאן**, שם.

63. דרורי (לעיל, הערה 23), בעמ' 33.

ואולם דגש הושם גם על רווחתה של האוכלוסייה המקומית.⁶⁴ עם התפתחות המשפט הבינלאומי הפומבי הועתקה עדשת ההתבוננות מהאינטרסים המדיניים פוליטיים של המדינה הנכבשת לאינטרסים של תושבי האזור.⁶⁵ כיום מוודא המשפט הבינלאומי כי תושבי השטח הכבוש לא ייוותרו בלא זכויות ובלא גוף האחראי כלפיהם, על פי הגישה המדינית הליברלית הרואה בשלטון משרת הציבור החייב לדאוג לצורכי הציבור ולרווחת התושבים, תוך מתן אפשרות לאוכלוסייה הכבושה לתפקד בלא כל התערבות חיצונית או כאשר ההתערבות החיצונית היא מוגבלת ומינימלית.⁶⁶

לאור גמישות זו מצד המשפט הבינלאומי הפומבי, ניתן לבסס את הדעה כי המשפט הבינלאומי הפרטי, מהפרספקטיבה החיצונית שלו, יכול בכל זאת למלא תפקיד חשוב גם בהסדרת מערכת היחסים בין המדינה הריבונית לאזור. הנורמה החיצונית שתייעד בפתרון המתקל תבוסס על דוקטרינת הנימוס הבינלאומי (comity).⁶⁷ אמנם מלכתחילה אומצה

64. ראו: Benvenisti (לעיל, הערה 30), בעמ' 106: "Thus, one could argue, this should be interpreted as changing the emphasis of the traditional law of occupation by defining the interests of political elites as secondary to the interests of the population"; Benvenisti (לעיל, הערה 39), בעמ' 24; וילברשץ (לעיל, הערה 13), בעמ' 557; ע"א קרעאן (לעיל, הערה 2), פסקה 4.

65. ראו: Benvenisti (לעיל, הערה 30), בעמ' 29: "sovereignty lies in the people and not in its Imseis; government" (לעיל, הערה 24), בעמ' 92.

66. גמישות זו ודאי באה לידי ביטוי באמנת ג'נבה אשר חוללה טרנספורמציה בדיני הכיבוש, בהעתיקה את עדשת ההתבוננות מהאינטרסים המדיניים פוליטיים של המדינה הנכבשת לאינטרסים של תושבי האזור, ראו סעיף 64 לאמנת ג'נבה משנת 1949 (כ"א 1, עמ' 559), הקובע: "The penal laws of the occupied territory shall remain in force, with the exception that they may be repealed or suspended by the Occupying Power in cases where they constitute a threat to its security or an obstacle to the application of the present Convention. Subject to the latter consideration and to the necessity for ensuring the effective administration of justice, the tribunals of the occupied territory shall continue to function in respect of all offenses covered by the said laws. The Occupying Power may, however, subject the population of the occupied territory to provisions which are essential to enable the Occupying Power to fulfill its obligations under the present Convention, to maintain the orderly government of the territory, and to ensure the security of the Occupying Power, of the members and property of the occupying forces or administration and likewise of the establishments and lines of communication used by them", אף שכותרתו של הסעיף הנה חקיקה פלילית הרי הפרשנות המקובלת הנה כי הוא מתייחס גם לחקיקה אזרחית כל עוד "they are essential to the promotion of the ends that the occupant is empowered and obliged to attain under the convention", ראו: Benvenisti (לעיל, הערה 39), בעמ' 28.

67. לדעה אחרת ולפיה "כלל הכיבוד ההדדי בין הערכאות... אין עניינם בכללי ברירת הדין" ראו בג"ץ 8754/00 רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 625, בעמ' 652.

דוקטרינה זו, אשר יש המוצאים את שורשיה במשפט הבינלאומי הפומבי,⁶⁸ על ידי אלו התומכים בפרספקטיבה החיצונית של המשפט הבינלאומי הפרטי, בנוגע למערכת היחסים בין מדינות ריבוניות.⁶⁹ לגישתם, חובתה של מדינה ריבונית לנהוג כבוד ושוויון כלפי רעותה, תוך כיבוד שלמותה הריבונית וכיבוד סמכות השיפוט הטריטוריאלית שלה.⁷⁰ אלא שניתן להתבונן על הנימוס הבינלאומי מנקודת מבט כללית בדבר פתיחות. בעיקרה דוקטרינת ה-comity מהווה גשר בין ריבונות טריטוריאלית ובין גישה ליברלית כלפי שיקולים אקסטר-טריטוריאליים, ליברליות הדרושה לתפקוד היעיל והאפקטיבי של כללי משפט ושל שיטות משפט בקרב אוכלוסייה המארגנת חייה לפיהם, כפי שעושים דיני האזור.⁷¹ הנימוס הבינלאומי משמעותו כבוד לשיטת המשפט של האזור תוך מנהג של כבוד בה וביוקרתה ודאגה לאינטרסים ולציפיות של האוכלוסייה הכבושה, המסדירה את התנהגותה המשפטית על פי דין שלו היא רגילה ועליו נהגה להסתמך. עיקרון זה, בדבר נימוס בינלאומי, אמנם אינו מהווה חובה משפטית ולא ניתן לראות במדינה המתעלמת ממנו מדינה העוברת על כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, הואיל ויישומו נתפס כחלק משיקול הדעת של המדינה,⁷² אך ניתן לומר כי הימנעות מהחלת כללי בררת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי על מתקל בין דיני מדינה ריבונית לדיני האזור והפליית דין האזור לרעה מהווה הפרה של הנורמה המוסרית המוטלת על מדינת הפורום, ופגיעה בכבוד

68. Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* (Martinus Nijhoff: ראוי: Publishers, 1993), 20 "the respect owed to the laws and acts of other nations by virtue of common membership in the international system — a presumption of recognition that is something more than courtesy but less than obligation", Anne M. Slaughter, "A Global Community of Courts", 44 *Harv. Int'l L. J.* 191, p. 205 (2003).
69. עמוס שפירא, "בררת הדין בנוזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל: מאנדרלמוסיה ללכידות מתודולוגית", *ספר שמגר – מאמרים* (חלק ג', יובל שני – עורך, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין וכתב העת *המשפט*, תשס"ג) 69, בעמ' 79.
70. Anthony J. Dicey and Morris on the *Conflict of Laws* (לעיל, הערה 52), בעמ' 5-6; Anthony J. E. Jaffey, *Topics in Choice of Law* (British Institute of International and Comparative Law, 1996), 1; North and Fawcett (לעיל, הערה 52), בעמ' 5; Joel R. Paul, "Comity in International Law", 32 *Harv. Int'l L. J.* (1991) 1.
71. Peter Hay, "On Comity, Reciprocity and Public Policy in U. S. and German Judgments Recognition Practice", *Private Law in the International Arena: from National Conflict Rules towards Harmonization and Unification: liber amicorum Kurt Siehr* (Juergen Basedow et al. - eds., T. M. C. Asser Press, 2000) 237, p. 239.
72. Jean Salmon, "Courtoise internationale", *Dictionnaire de droit international public* (Jean Salmon - ed., Bruylant, 2001) 282.

האזור ככזה.⁷³ שאלה, שאותה אבחן כעת, הנה באיזה אופן ראיית האזור כ- *sui generis* משפיעה על החלת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

ח. החלת כללי בררת הדין

1. מניפולציה לטובת הדין הישראלי באופן החלת כללי בררת הדין

כאשר מדינה בוררת לעצמה כללי בררת דין היא פועלת בתחום קביעת אסטרטגיה. יעדיה התחיקתיים של המדינה מורכבים ממדיניותה הפנימית, אשר באה לידי ביטוי בחקיקה הפנימית, וממדיניות החוץ שלה, אשר באה לידי ביטוי בכללי בררת הדין. הואיל ואין תשובה נכונה לשאלה מהם כללי בררת הדין אשר מדינה צריכה לאמץ, וכל עוד אין כמעט הגבלות חיצוניות על יכולת הבחירה של המדינה, הרי ההכרעה בין סוגים שונים של כללי בררת הדין משמעותה בחירה בין שיקולי מדיניות שונים.⁷⁴

לנוכח ההתפתחויות המוצגות לעיל הרי מנקודת המבט של המשפט הבינלאומי הפומבי, על המדינה הכובשת להתייחס לאזור הכבוש כאל ריבונות רדומה. משתמע מכך ומהצורך לפסוע בשבילי הנימוס הבינלאומי כי על המדינה הכובשת להתייחס עד כמה שניתן לדין האזור באופן שווה לדרך שבה היא נדרשת לדינה של מדינה ריבונית עצמאית. דרך המלך בהקשר זה, בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי, הנה שימוש, בשינויים המחויבים, באותם כללי בררת דין רגילים, המוחלים על ידי הפורום על סכסוכים אזרחיים רגילים. במבט ראשון נדמה כי המשפט הישראלי בחר לילך בדרך זו בבחורו שלא לנסה כללי בררת דין מיוחדים לסכסוכים הנדרשים לבררה בין דין הפורום לדין האזור.⁷⁵ כך, למשל, במשך שנים רבות לא הכריע בית המשפט העליון בשאלה הסבוכה מה היא הגישה המתודולוגית הראויה לבררת הדין במקרה של מעשה נזיקין שאירע במדינה זרה.⁷⁶

73. לקרבה בין עקרון ה- *comity* ובין עקרונות המוסר ראו: Peter Macalister-Smith, "Comity", *Encyclopedia of Public International Law* (Volume One, Rudolf Bernhardt - ed., North-Holland, Amsterdam, 1992) 671.

74. שפירא (לעיל, הערה 69), בעמ' 83: "הנחת המוצא של גישות אלו היא, שכללים משפטיים כאשר הם משמשים תדיר להשגת תכלית חברתית כלשהי. בין אם עוצבו על ידי המחוקק או צורפו בכור השפיטה, לעולם אין הם אלא אמצעים לקידום אינטרסים חברתיים, כלכליים ופוליטיים של המערכת הנורמטיבית שיצרה אותם."

75. ע"א קרעאן (לעיל, הערה 2), פסקה 7. שם משווה בית המשפט בין מתקל דינים בין ישראל לאזור, ובין מתקל דינים בין ישראל לפולין, או מתקל שאירע בין דין מדינת ניו-יורק לדינה של מדינת קנדה.

76. סעיף 3 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 266, קובע כי: "כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה..." ולכאורה סמכות בית משפט ישראלי מוגבלת רק לדין בעוולות שנעשו בישראל, והוא נטול סמכות לדון בעוולות שנעשו בשטחים המוחזקים. בית המשפט פירש את סעיף 3 לפקודת הנוזיקין בדרך שאינה מונעת

להפך, שאלה סבוכה זו הושארה, במפורש ובהטעמה, ב"צריך עיון" לטיפול של פסיקה עתידית.⁷⁷ ואולם במרוצת השנים, ואף שמעולם לא הכריע במפורש בשאלה, נדמה היה כי מגמת בית המשפט הייתה לבחון את הזיקות הרלוונטיות לדינים השונים בהתאם לנסיבות המקרה הנזיקי ולהחיל את "הדין בעל הזיקה האמיצה ביותר" לסכסוך.⁷⁸ בית המשפט בחן את מכלול הזיקות הכרוכות בסכסוך, שקל את הגורמים העובדתיים והגאוגרפיים, מצא את מרכז הכובד שלהם וקבע מהו הדין המתאים ביותר שיחול. לעתים הייתה הזיקה האמיצה ביותר לדין הישראלי, ולעתים הייתה הזיקה האמיצה דווקא לדין הזר.

כלל זה בוסס על מבחן אובייקטיבי שלפיו בדק בית המשפט את נסיבות הסכסוך, לשום נסיבה לא ניתן משקל מכריע, והדין החל נקבע על פי תוצאות האיזון הכולל בין הזיקות האמורות. מבחן זה אפשר לבית המשפט גמישות רבה ושיקול דעת.⁷⁹ בית המשפט לא נצמד לחוליית קישור אחת מסוימת אלא התייחס לכל העובדות הרלוונטיות של המקרה ואיזן ביניהן. זוהי גישה שעירבה מאפיינים חד-צדדיים ומאפיינים רב-צדדיים, ודאות וגמישות, אינטרסים ציבוריים של מדינות (מדינת הפורום ומדינות אחרות) ואינטרסים פרטיים של ציפיות הצדדים. לדעת Jaffey ההצדקה המרכזית לכלל זה הגנה ההגנה על האינטרסים הציבוריים של המדינה שלה הזיקה האמיצה ביותר לחוזה.⁸⁰ ההכרעה בדבר הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר מתפרשת כהכרעה בשאלה אם הרשות שיצרה את הכלל מעוניינת שיתפוס ברשתו את הסכסוך, למרות הזיקות הזרות הטמונות בו. בכך התקרב כלל בררת דין זה, המפנה לדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לסכסוך, לאסכולה הפונקציונלית לכללי בררת הדין.⁸¹

דיון בישראל במקרה שבו נעשתה עוולה מחוץ לתחום השיפוט, ע"א 98/67 ליבהר נ' גזית וישחם" הברה לבנין בע"מ, פ"ד כא(2) 243, בעמ' 249.

77. ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(2) 705, בעמ' 726: "כאשר מתבררת בישראל תובענה בגין עוולה שבוצעה בחו"ל, שלעניינה קיימת בשנים האחרונות תחרות בין תיאוריות משפטיות שונות, החל בתיאוריות הדוגלות בדין הפורום ובדין מקום העוולה וכלה בתיאוריות הדוגלות ב"דין הראוי" (proper law) של העוולה ובאימוץ הדין בעל הזיקה האמיצה ביותר לעוולה ... אין ספק בדבר שקשה לקבוע כיום קני מידה העולים מהפסיקה, המגבשים מבחן ברור שאפשר לראותו כקו מנחה".

78. ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לו(4) 449, בעמ' 458: "המבחן הקובע, לפיו נקבע הדין בכל מקרה נתון, הוא, לאיזו מדינה 'הזיקה האמיצה ביותר' לעניין."

79. ע"א ערבטיס (לעיל, הערה 4), בעמ' 381.

80. Jaffey (לעיל, הערה 70), בעמ' 8: "Nor can such a vague formula as the law of the country with which the contract is most closely connected ... serve the parties' interests in having a certain, predictable and uniform law. The only real rationale for the formula is that it is a rough and ready way of selecting the country whose public interests are most likely to be affected by a contract"

81. שפירא (לעיל, הערה 9), בעמ' 291.

בבחינת מכלול הזיקות לא כל זיקה הנוגעת לעניין הייתה בעלת משקל שווה. מקצת הזיקות הן "חלשות" ומקצתן "חזקות". ואולם כפי שהורנו שפירא,⁸² הרי אליבא דרוב שיטות המשפט בעולם,⁸³ כאשר הנזק וההתנהגות המזיקה אירעו באותה מדינה עצמה תהיה היא, ברגיל, בעלת הזיקה האמיצה ביותר ולכן דינה הוא שיחול. לפי הנחיה זו שומה היה על בתי המשפט הישראליים במקרים שהוזכרו במאמר זה להחיל את דין האזור על הסכסוך הנוזקי. ואולם דווקא בסכסוכים נוזקיים שאירעו באזור, נטה בית המשפט להתייחס לזיקה זו – בדבר מקום קרות העוולה והנזק – כזיקה חלשה ולייחס לה משקל זניח ובכך פתח דלת רחבה לאפשרות החלת הדין הישראלי על הסכסוך, כאשר נתן משקל מכריע לאינטרסים של הריבון הישראלי. לא פעם, כשהיה דין האזור מעורב, החיל בית המשפט הישראלי את הכלל החלה גמישה ואפשר מניפולציות בעת יישומו, וכך הופלה הדין הישראלי לטובה והועדף על פני הדין של השטח הכבוש באופן שבית המשפט הישראלי לא היה מתיר לו היה מדובר בסכסוך זהה הכרוך במתקל עם דינה שלמדינה עצמאית ריבונית זרה. על הנטייה הכללית של בית המשפט להחשיב פחות את הזיקות הקושרות את הסכסוך לאזור תוך העדפת האינטרסים הריבוניים של המדינה הכובשת ניתן ללמוד מדבריו של בית המשפט המחוזי בעניין קרעאן, כאשר נימק מדוע יש מקום להחיל על סכסוך נוזקי בין עובד, תושב השטחים, שהועסק על ידי הנתבע, מעביד ישראלי, במפעל הממוקם בשטחים את הדין הישראלי:⁸⁴

כאשר מדינת הפורום היא ישראל – ובמקרה של אירוע נזק בישוב ישראלי באזור – האינטרסים של "מדינת התרחשות האירוע" כמעט נמוגים, והאינטרסים של מדינת הפורום תופסים את מקומם.

82. שפירא (לעיל, הערה 69), בעמ' 74.

83. המשפט האנגלי באמצעות ה-Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act, 1995, ch. 42 אימץ סטנדרט כללי ולפיו הדין החל בתביעות נוזקין שמעורבים בהן יסודות זרים הוא דין המדינה שבה התרחשו האירועים ("events") המהווים את מעשה הנוזקין הנדון; המשפט האירופי באמצעות ה-Proposal for a European Convention on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Text adopted at the meeting at Luxembourg of 25-27 September 1998, קובע כי אם בעלי הדין מתגוררים דרך קבע במדינות שונות והאירוע והנזק שנגרם בעקבותיו, התרחשו באותה מדינה עצמה, ההנחה תהיה שלמדינה זו הקשר ההדוק ביותר לאותו חיוב:

[URL: <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/documents/gedip-documents-8pe.html>]

84. ת"א (ירושלים) 1169/97 קרעאן נ' ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ (לא פורסם) (להלן: ת"א קרעאן), פסקה 19 (התובעת הגישה תביעת נוזקין נגד הנתבעת בעילת רשלנות והפרת חובה חקוקה. לטענת התובעת, המתגוררת בעיר קלקיליה שבשליטת הרשות הפלסטינית, היא ניוזקה גופנית כאשר עבדה במפעלה של הנתבעת, שהנה תאגיד הרשום בישראל ומפעלה מצוי בתחומי היישוב אלפי מנשה הממוקם באזור יהודה ושומרון בשטח C.

ראשית, היישות השלטת היא גורם צבאי ולא מדינה באופן ישיר. שנית, המדינה שעומדת מאחורי אותה ישות צבאית, היא ממילא מדינת הפורום – ישראל, ולכן האינטרסים שלה ממילא מובאים בחשבון. שלישית, מכיוון שמדובר במעין "אי ישראלי" באזור שבו מתגוררים תושבים ישראלים שמרכז חייהם שלוב בישראל והם שותפים ליצירת המשפט בישראל, אזי אין לומר ש"רצונות החברה" שהעניקה לבית המשפט הישראלי את סמכות השפיטה וכך גם **פטררטי ההתנהגות שקבעה** משתנים, רק מכיוון שאותו "אי ישראלי" מצוי קילומטרים ספורים מעבר לגבולות המדינה. האינטרסים של מערכת המשפט הבינלאומית גם כן אינם משמעותיים במקרה דנן. ראשית, משום שלא נראית כל סיבה לכך שאם פלסטינאי יגרום עוולה נזיקת לישראלי בישוב ישראלי באזור, הנזוק יפנה לבית משפט פלסטינאי, ולכן התעוררות בעיית ההדדיות במקרה זה מוטלת בספק. שנית, וזה הטעם החשוב, לא מתקבל על הדעת שבית משפט פלסטינאי, או מדינה כלשהי במערכת הבינלאומית יראה בהימנעות בית משפט ישראלי להחיל את דין האזור שנקבע על ידי מושל צבאי מטעם ישראל כפגיעה בריבונות כלשהי (ההדגשות במקור – א"ק).

דרך זו של בחינת כללי בררת הדין על ידי בית המשפט ראויה לשבח לנוכח הניסיון המעמיק לבחון את האינטרסים המסתתרים ביסוד כללי בררת הדינים באופן דוגמטי. ואולם דרך היישום הקונקרטי של כללים אלו כשמעורב בסכסוך דין האזור ראויה לביקורת. בית המשפט תומך למעשה בדעה כי בכל סכסוך שאירע בשטחים בין תושב השטחים ובין אזרח ישראלי הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר הנו הדין הישראלי. הנמקתו של בית המשפט הנה כללית ואינה תלויה בעובדות מקרה ספציפי. פסיקתו זו הנה נדבך במגמה הכללית לבכר את הדין הישראלי על פני הדין המקומי.⁸⁵ העדפה גורפת זו של הדין הישראלי משמעותה מתן חסינות לישראלים מפני המשפט המוחל בשטחים. משמעותה גם הכפפת תושבי השטחים למשפט הפרטי הישראלי, באומדן זכויותיהם וחובותיהם בסכסוכים שבהם מעורבים ישראלים.

פסיקה זו מתעלמת מההגבלות החלות על המדינה הכובשת מכוח המשפט הבינלאומי בדבר החלה אקסטרטריטוריאלי של החקיקה הישראלית. המשפט הבינלאומי הפומבי אוסר את החלת הדין של המדינה הכובשת באופן גורף על האזור. כל תפקידו של המשפט הבינלאומי הפומבי הוא לשמור על השטח הכבוש ולהגן על תושביו, בד בבד עם הקפדה על הסדרה ברורה של מערכת היחסים בין תושבי האזור ובין המדינה הכובשת והכרעה נגד החלת הריבונות של המדינה הכובשת על האזור. הכובש, שהנו בעל סמכויות מוגבלות

85. על נטיית הלב של השופטים להחיל את הדין הישראלי ראו: Benvenisti (לעיל, הערה 30),

וזמניות, מנהל את האזור הכבוש מטעם הריבון החוקי כנאמנו. הוא בעל סמכות לעדכן חקיקה קיימת בתנאים מגבילים ומצומצמים. הוא מנוע מלספח את הכבוש. כל הרחבת סממן של ריבונות מצד המדינה הכובשת צריכה לעמוד בתנאים קפדניים: היא צריכה להיות מוצדקת מבחינת מטרתה, היא צריכה להצביע על הטוב שהיא גורמת, והיא צריכה להיות מידתית בהתחשב באותה מטרה.

החלה מגמתית של כללי בררת הדין, המתאפשרת לנוכח גמישותם, שתוצאתה מתן עדיפות פרמננטית למשפט הישראלי משמעותה הרחבת תחום התחולה של המשפט הישראלי. כך מקדם בית המשפט הישראלי בדרך של חקיקה שיפוטית, לצד המושל הצבאי שנוקט חקיקה ישירה, החלה שיפוטית של נורמות ישראליות על השטחים. ודוק, אין להגיע בעקיפין באמצעות המשפט הבינלאומי הפרטי לכלל סיפוח השטחים. תוצאה זו נוגדת את המשפט הבינלאומי הפומבי שכן הימנעות עיקשת מצד בית משפט ישראלי מלהחיל בסכסוכים אזרחיים את דין האזור ונכונות מתמדת מצדו להחיל את המשפט הישראלי נחזית על ידי הקהילה הבינלאומית כהרחבה אסורה של הריבונות הישראלית על חשבונו של השטחים.⁸⁶

לעניין "רצונות החברה" שהעניקה לבית המשפט הישראלי את סמכות השפיטה הרי יש באמירת בית המשפט הנחה סמויה כי הציבור הישראלי, אשר בית המשפט הוא שלוחו, מצפה מבית המשפט להחיל אך ורק את הנורמות שעוצבו על ידי המחוקק הישראלי. ואמנם רשויות המדינה, לרבות הרשות השופטת, פועלות לא למען עצמן אלא כנאמנות הציבור ובשליחותו. ככאלה, הן כפופות לכללי המשפט הקובעים מערכת נורמטיבית שמטרתה לעגן ערכים ונורמות, שאזרחי המדינה ביקשו לשמר ולאכוף במערכת היחסים בינם ובין עצמם. ואולם האופן שבו רואה החברה את התפקיד השיפוטי הנו מורכב יותר. כאשר בית המשפט מחליט מטעמים של נימוס בינלאומי, שאיפה להדדיות או עניין לעשות צדק – להחיל דין זר על המקרה, הוא מייבא את פתרון הסכסוך מתוך שיטת המשפט הזרה, מתוך הנחה שראוי להעדיף את אותם אינטרסים אחרים על פני הדגשת הערכים והנורמות המבוטאים בדין הפורום. גם זאת הוא עושה בשם הציבור. בכך הוא משמר את חברות שיטת המשפט של הפורום בקהילה פוליטית, משפטית ותרבותית גלובלית. הוא מקדם את ערכי הפלורליזם והשונויות הלגיטימיות בין פתרונות משפטיים. מאידך גיסא, פסיקת בית המשפט המצוטטת לעיל משקפת נקודת מבט פרובינציאלית ולפיה כל סכסוך שנוגע לאזור צריך להיפתר על ידי בתי המשפט הישראליים לפי החוקים הישראליים. ואולם סמכותם של שופטים היא לרוב בסכסוכים לא למען השלטת הדין המקומי אלא במטרה להקל על מתדיינים, כתוצאה מתבקשת מהניידות המודרנית ובהתאם לצורכי העולם והסדר הכלכלי הגלובלי. הציבור מכיר בשונויות לגיטימיות בין שיטות המשפט השונות, ובצורך לקבל את דבר קיומם של פתרונות פלורליסטיים המוצעים לשאלות משפטיות קונקרטיות.

86. לדומיננטיות החלת הדין בהליך של סיפוח ראו סעיף 1 לחוק רמת הגולן, תשמ"ב-1981, ס"ח 6, הקובע כי: "המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה יחולו בשטח רמת הגולן כמתואר בתוספת".

נדמה כי הנתון שהכריע את הכף כשבחן בית המשפט את הזיקות השונות במקרה המצוטט לעיל, היה עובדת התרחשות האירוע הנזיקי בהתנחלות ישראלית הממוקמת בשטחים. לדעת בית המשפט מדובר ב"אי ישראלי" הנמצא קילומטרים ספורים מעבר לגבולות המדינה, ולא הגיוני להחיל על מצב שכזה דין שאינו הדין הישראלי. אף שקיים רובד חקיקתי המחיל חקיקה ישראלית ספציפית בעלת תחולה פרסונלית על אזרחים ישראלים או מי שזכאים להיות אזרחים ישראלים המתגוררים באזור יהודה ושומרון,⁸⁷ ואף שקיימים צווים בדבר ניהול מועצות מקומיות המחילים דינים ישראליים שונים על ישראלים הגרים באזור,⁸⁸ בית המשפט לא נדרש לחקיקה ספציפית זו. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שהחקיקה הישראלית שהייתה נחוצה, לגישת בית המשפט, לפתרון הסכסוך הספציפי שהובא בפניו לא הוחלה באמצעות חקיקה זו על ההתנחלויות וכידוע מכלל הן נלמד הלאו, היינו חוקים ישראליים שלא הוחלו במפורש באופן האמור, אינם חלים על השטחים.⁸⁹ כדי להתגבר על מכשלה זו בית המשפט לא נטש את זירת מתקל הדינים, אלא שלגישתו הואיל והיישובים הישראליים מצויים כה קרוב לגבולות המדינה, זיקתם לדין הישראלי הנה אמיצה. ודוק, פסיקתו זו של בית המשפט מזכירה את פסיקתו בסכסוך נזיקי אחר שאירע בין ישראלים בשטח מצרים, סמוך מאוד לגבול מדינת ישראל, בנסיבות שבהן הסטייה מן הגבול נדמתה לבית המשפט אקראית לחלוטין. בית המשפט פסק שלמדינה שבתחומה אירע האירוע לא היה כל אינטרס לאכוף את דיניה והחיל את דין מקום המושב המשותף של הצדדים כאילו קרה המקרה בתחומה של מדינת ישראל.⁹⁰ ואולם לא ניתן לגזור גזרה שווה בין המצבים שכן במקרה שהזכרנו לעיל התובע היה תושב השטחים ולכן בעל זיקה לדין האזור, והאירוע

87. חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת-חרום (יהודה והשומרון, חבל עזה, רמת הגולן, סיני ודרום סיני - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשל"ח-1977, ס"ח 48.

88. צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה ושומרון) (מס 892), תשמ"א-1981 והצו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה ושומרון) (מס 783), תשל"ט-1979; צבי פרייזלר (עורך), החקיקה ביהודה ושומרון (הוצאת כתובים, 1987), 72.

89. "אם תכלית חקיקה מסוימת של הכנסת היא לחול על יחסים משפטיים באזורים אלה, עליה לקבוע זאת בלשון ראויה. דבר זה אכן נעשה בכמה מקרים. נקבע בהם, כי פעולה פלונית - הרלבנטית לאותו דבר חקיקה - שנעשתה באזור, רואים אותה לצורך אותו חוק כאילו נעשתה בישראל. בהיעדר לשון ראויה, ההנחה הינה כי תכליתה של גורמה חקוקה ישראלית הינה להסדיר יחסים משפטיים בישראל אך לא באזורי יהודה, שומרון וחבל עזה", אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שני: פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג), 580.

90. "אין לשלול אפשרות לקיומו של חריג מיוחד, יוצא־דופן, בנסיבות שלמקום האירוע אין שום קשר - בין אם ישיר ובין אם עקיף - לתוצאת הנזק, ולמעשה הוא מהווה מיקום מקרי ואקראי לחלוטין. בנסיבות אלו, וקטור הזיקות מופנה לעבר צד אחד בלבד. טלו, למשל, כביש המתפתל באופן שאחד מעיקוליו חוצה במטרים אחדים את קו הגבול. האם אותו קטע נסיעה של מטרים ספורים, ואולי אפילו קילומטרים אחדים, משמיט את תחולתו של החוק, באופן שאין לדבר שום קשר או זיקה עם רצון הצדדים וציפיותם הסבירה? הסטייה מן הגבול היא אקראית לחלוטין. בנסיבות דלעיל, למדינה שבתחומה אירע האירוע, אין כל אינטרס

אירע ביישוב המצוי בשטחים, אשר לא ניתן לומר עליו כי הוא הוקם שם באקראי אלא הוקם במכוון דווקא שם, ובעניינו בלא ספק יש לשיטת המשפט באזור אינטרס כי דינה הוא אשר יוחל עליו, ולא יידחה מפני הדין הישראלי, כדי שלא ייהפך למובלעת. ביטולו של הגבול הקיים והתוויית גבול מדיני חדש הנם מעשים פוליטיים ואינם מבין תפקידיו הטבעיים של בית משפט. הדבר חמור במיוחד כאשר אקט שכזה נעשה כלפי שטח כבוש שאינו נתון לשליטתו של ריבון זר עצמאי השווה במעמדו לריבון של הפורום ואשר בידיו מאגר של אמצעים שבעזרתם יוכל להתגונן מפני הכרעה שיפוטית שכזו.

ואולם באחרונה נפל דבר בפסיקה הישראלית ובית המשפט העליון פסק בערעור בעניין **קרעאן** כי כלל בררת הדין בנויקין הוא דין מקום ביצוע העוולה (lex locus delicti).⁹¹ לפי כלל זה ניתן משקל ניכר ואף מכריע למקום קרות העוולה. השיקול שביסוד התחשבות זו בדין מקום קרות העוולה הנו כי ניתן לצפות מאנשים שיתנהגו על פי דיני המדינה שבה הם נמצאים. בית המשפט יוצר חריג לכלל זה שיאפשר הימנעות מהחלת דין מקום ביצוע העוולה, כאשר הדבר נדרש מטעמי צדק. וכך אומר בית המשפט: "במקרים נדירים, בהם מצוייה מדינה אחרת, אשר לה זיקה הדוקה יותר, באופן משמעותי, לעוולה - יהיה מקום להפעיל את החריג".⁹²

יישום פשוט של הכלל במקרה שבו העוולה קרתה באזור היה מחייב ברגיל החלת דין האזור על הסכסוך. ואולם דווקא בפסק דין זה, הקובע את הכלל, מוצא בית המשפט לנכון להחיל על נסיבות המקרה את החריג. אף שבית המשפט חוזר ומדגיש פעמים מספר שהחריג יוחל בנסיבות מיוחדות,⁹³ כי המדובר בחריג ובהריג בלבד,⁹⁴ כי על החריג לצאת

באכיפת דינה. על-כן, מקום המושב המשותף של הצדדים הינו בעל הויקה הדומיננטית, ולעתים אף הייחודי... (ההדגשות במקור - א"ק), ע"א אוהננה (לעיל, הערה 55), בעמ' 381; ראו גם ע"א 5118/92 חברת אלטריפי ללתיעהודאת אלעאמה בע"מ נ' סלאיימה, פ"ד (5) 407, בעמ' 414.

91. ע"א **קרעאן** (לעיל, הערה 2), פסקה 27. בקשה לדין נוסף בהלכה זו נדחתה בדנ"א 9524/04 **ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן** (טרם פורסם). עדות לכך כי מקום ביצוע העוולה מילא תפקיד מכריע בתהליך בררת הדין בנויקין ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט בתביעת נזיקין לתשלום פיצויים בגין הנוקים הגופניים והכספיים אשר נגרמו לאורחי מדינת ישראל ותושביה במהלך פעולות הטרור והאיבה של פיגועי הטרור, הירי וההתאבדות אשר פקדו את מדינת ישראל. בית המשפט המחוזי פסק כי: "הדין סובב סביב עילת שברוב התביעות מקורן בפעולות אשר מקצתן או חלקן אירעו בשטח מדינת ישראל או באזורים המצויים בשליטתה על פי ההסכמים. הנוק הנטען נגרם בתחומי מדינת ישראל. היסוד הזר היחיד המשותף לתביעות הוא זהות הנתבעת, קרי, הרש"פ. בנסיבות אלו, בהן מעשי העוולה בוצעו בתחום הפורום, יש מקום להחיל את הדין הישראלי", ת"א נוריין (לעיל, הערה 33), בעמ' 814.

92. ע"א **קרעאן**, שם, פסקה 30.

93. שם, פסקה 29.

94. שם, פסקה 30.

מן הכלל,⁹⁵ וכי החלתו תהיה במקרים נדירים,⁹⁶ נדרש בית המשפט להריג ומחילו הואיל ולפי עובדות המקרה מדובר בסכסוך שאירע באזור.

ודוק, בחינה זהירה של הנסיבות שאותן מפרט בית המשפט כמצדיקות הידרשות להריג מראה כי הן אינן מתקיימות כאשר העוולה אירעה באזור. כך קובע בית המשפט כי החרג יוחל במקום שבו לא יתקיימו ההנחות אשר הביאו אותו לבחור בכלל, היינו "כאשר המקום בו בוצעה העוולה הוא נתון מקרי, הנעדר זיקה אמיתית למאורע" (ההדגשה שלי – א"ק).⁹⁷ נדמה כי לא ניתן לטעון במקרה שבו מדובר בתאונת עבודה שאירעה במפעל הממוקם באזור כי מדובר בנתון מקרי הנעדר זיקה לאירוע. הוא הדין לעניין החלופה המוצעת על ידי בית המשפט ולפיה יופעל החרג "רק במקרים נדירים, בהם מצוייה מדינה אחרת, אשר לה זיקה הדוקה יותר, באופן משמעותי, לעוולה".⁹⁸ במקרים כגון המקרה שנידון בערעור שבו הנפגעת היא תושבת האזור, והמפעל שבו נפגעה ממוקם באזור לא ניתן לומר כי לדיני מדינת ישראל זיקה הדוקה מאוד לעוולה. אין המדובר במקרה קלאסי שבו מקום קרות העוולה הוא מזדמן בלבד, אשר החלת מקום קרות העוולה עליו עלולה להביא לידי תוצאות בלתי נסבלות.

מתן משקל מופחת מראש לזיקת מקום קרות העוולה בנוגע לעוולות שאירעו באזור, חושפת את נטיית לבו של בית המשפט להימנע מהחלת דין האזור על אירועים נזיקיים שאירעו באזור. למותר לציין כי מתן עדיפות לדין הפורום על פני הדין הזר חשודה עוד יותר כאשר "אימפריאליזם" שכזה מתרחש כלפי שיטת המשפט של אזור כבוש.

דומה כי העובדה המכרעת שהובילה את בית המשפט לקבוע כי "החרג זועק ליישום" הנה כי התאונה אירעה בשטחו של יישוב ישראלי בגדה המערבית.⁹⁹ בית המשפט מוסיף ואומר "אופיינו המשפטי, מנקודת הראות של המשפט הישראלי הפנימי, של היישוב הישראלי כ"מובלעת" – אשר אינה כפופה בפועל למשפט החל באותה טריטוריה, הוא ההופך את הקשר בין העוולה לבין המדינה שדינה היה, ברגיל, דין מקום ביצועה, למקרי" (ההדגשה שלי – א"ק).¹⁰⁰

ודוק, בית המשפט מערב כאן מין בשאינו מינו. הדין הישראלי לא הוחל על שטחם של היישובים הישראליים באזור. כפי שקובע בית המשפט "הדין החל בכל שטחה של הגדה המערבית הוא הדין הירדני, כפי שעודכן מעת לעת בתחיקת הבטחון" (ההדגשה שלי – א"ק).¹⁰¹ המושל הצבאי נמנע מלהחיל את הדין הישראלי באופן אקסטרטריטוריאלי מטעמי זהירות וחשש שמעשה שכזה ייחשב, לאור הניתוח דלעיל, לסיופוח הנוגד את המשפט

95. שם, פסקה 32.

96. שם, פסקה 34.

97. שם, פסקה 30.

98. שם, פסקה 30.

99. שם, פסקה 36.

100. שם, פסקה 37.

101. שם, פסקה 36.

הבינלאומי הפומבי. לולא היה זה המצב, יכול היה בית המשפט להחיל את הדין הישראלי כדין מקום קרות העוולה ולא היה נדרש לאקרוטיקה השיפוטית בדבר התקיימותן של הנסיבות המצדיקות את החלת החריג. הדין הישראלי הוחל החלה פרסונלית על פעולותיהם של התושבים היהודיים המצויים ביישובים יהודיים באזור. כפי שפוסק בית המשפט עצמו, החלת הדין הישראלי "משתקפת" בצפיפותיהם של התושבים הישראליים.¹⁰² על כן גם אם ברגיל על סכסוך בין שני יהודים בהתיישבות באזור יחול הדין הישראלי, אין לראות, מבחינה משפטית, את התנחלות כ"מובלעת".¹⁰³ הדין הישראלי לא הוחל על הטריטוריה שבה מצויה ההתנחלות אלא רק על תושביה היהודים. על כן המשטר המשפטי ביישובים ישראליים בשטחים הוא חריג לעיקרון הפרסונלי ולא חריג לעיקרון הטריטוריאלי כפי שקבע בית המשפט. ואמנם היו שדייקו וקבעו שביישובים ישראליים בשטחים חל למעשה אם לא להלכה דין שונה מהדין אשר חל בטריטוריה המקיפה אותם – דין ישראלי ולא דין השטחים.¹⁰⁴ ואולם אמירה זו הרלוונטית לסכסוך ישראלי טהור שאירע בהתנחלות אינה ניתנת להמרה פשוטה כאשר באירוע מעורבים גורמים שאינם ישראליים. משבא בית המשפט העליון להכריע בשאלת כלל בררת הדין במצב שבו למעשה חל על האזור הדין הירדני והנפגע הוא תושב האזור, והזיקה הקושרת את האירוע לדין הישראלי הנה שהמעביד ומפעלו הם ישראליים, לא ניתן לומר חד־משמעית כי ציפיית הצדדים הנה כי לא יחול על האירוע הדין שאליו מפנה המשפט הבינלאומי הפומבי, היינו דין האזור. קביעה כי הדין הישראלי הנו למעשה הדין בעל העניין האמיתי בהסדרת דפוסי ההתנהגות בשטחי ההתנחלויות משמעותה החלת הדין הישראלי בטרם הופנה אליו בית המשפט לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. ממה נפשך, האם הדין הישראלי היה חל גם על תאונת דרכים שבה מעורבים רק תושבי השטחים שאירעה בשטח התנחלות? המשפט הבינלאומי הפרטי הוא אשר אמור לבור לנו ציפיותיו של איזה צד בתגשמה, ואין ליתן עדיפות אפריורית ומשקל מכריע לאינטרסים של הריבון הישראלי.

עולה מן המקובץ כי מן הראוי שהחלתו של כלל בררת הדינים על המתקל בין הדין הישראלי לדין האזור תיעשה ככל האפשר מתוך התייחסות לסכסוך כאילו היה כרוך במתקל דינים של שיטות משפט עצמאיות וריבוניות אך תוך הבאה בחשבון של מאפייניו הייחודיים. על בית המשפט להקפיד וליישם את הכלל בדבר מקום קרות העוולה גם על סכסוכים נזיקיים שאירעו באזור. אל לו להידרש לזיקת מקום קרות העוולה בסכסוכים

102. שם, פסקה 37.

103. הגדרת enclave הנה כפולה: 1. Portion of territory of one State surrounded by territory of another or others, as viewed by the surrounding territory. 2. A group of people who are culturally, intellectually, or socially distinct from those surrounding them. *The Oxford Encyclopedic English Dictionary* (Joyce M. Hawkins and Robert Allen – eds., Clarendon Press, 1991). היישובים היהודיים באזור ייחשבו למובלעת במובן השני של ההגדרה ולא במובן הראשון.

104. רובינשטיין (לעיל, הערה 33), בעמ' 439.

אלו כאל זיקה חלשה ולייחס לה משקל זניח ובכך לפתוח פתח רחב לאפשרות החלת הדין הישראלי על הסכסוך. אכן כלל זה כפוף לנסיבות. בהחלט ייתכן שכאשר שני הצדדים לסכסוך הם אזרחים ישראלים אזי גם אם האירוע הנזיקי אירע באזור, יוחל הדין הישראלי¹⁰⁵. הואיל והזיקה אליו מובהקת יותר בהיותו דין הדומיסיל ודינם הלאומי המשותף של בעלי הדין.¹⁰⁶ אולם אין כל אפשרות ליתן רשימה סגורה של מצבים היפותטיים כאלו, ויש לדון בכל מקרה לפי נסיבותיו. החשבה זניחה של זיקת מקום קרות העולה בדיון בעוולות שאירעו בשטחים, מראש חושפת את נטיית לבו של בית המשפט להימנע מהחלת דין האזור על אירועים נזיקיים שקרו בשטחים.

תקדים חיובי בעניין זה הציב בית הדין הארצי לעבודה¹⁰⁷ כאשר דן בשאלת הדין שצריך לחול על שורה של סכסוכי עבודה בין עובדים תושבי השטחים למעסיקים ישראלים כאשר מקום ביצוע העבודה הנו באזור. בית הדין לא החשיב יתר על המידה את האינטרסים של הריבון הישראלי, השווה את נסיבות ההתקשרות באמצעות חוזה עבודה לנסיבות ההתקשרות במדינות ריבוניות אחרות כגון ארצות הברית, יישם באופן אנלוגי וגזר גזרה שווה תוך מתן משקל דומיננטי לעובדה שמקום ביצוע העבודה היה בשטחים ובסופו של דבר פסק כי הדין החל על סכסוכים אלו הוא דין האזור.¹⁰⁸

2. מניפולציה לטובת הדין הישראלי באמצעות הגדרת כלליו ככללים מנדטוריים

מניפולציה נוספת המאפשרת להתגבר על דינו של האזור, כאשר אליו מפנים כללי בררת הדין הרגילים, מושגת באמצעות החלת נורמות מהדין הישראלי באופן אקסטררה-טריטוריאלי. החלה שכזו אפשרית באמצעות הגדרתן של נורמות מסוימות מהדין הישראלי ככללים מנדטוריים והעדפתן על פני דין האזור שאותר כדין החל. כללים מנדטוריים הם חוקים המשקפים אינטרס כה חשוב למדינה שחוקקה אותם שהיא הפצה בהחלתם גם אם

105. ת"א (ב"ש) 151/80 קפלן נ' גבאי, פ"מ תשמ"ב(2) 290 (להלן: ת"א קפלן), בעמ' 296.

106. כחריג המופיע בפסק דין *Chaplin v. Boys* [1969] 2 All E. R. 1085.

107. ע"ע גבעת זאב (לעיל, הערה 17). במקרה זה הוגשה בין היתר תביעה של פועלי ניקיון יומיים אשר הועסקו על ידי המועצה המקומית גבעת זאב. כל התובעים היו תושבי יהודה ושומרון. המועצה המקומית קמה באזור. התביעה הייתה לתשלום שכר מינימום, פנסיה תגמולים, נסיעות, דמי הבראה, ימי חג, פיזויי פיטורין, הודעה מוקדמת, ושכר עידוד; מקרה נוסף שבו הוחלו כללי בררת הדין הנזיקין שהובילו להחלת דין האזור, ראו בתוך בר"ע אריה (לעיל, הערה 46). מדובר היה בתביעת נזיקין של עובד, תושב השטחים, נגד חברה, שאמנם הייתה רשומה ברשם החברות הישראלי אך מקום פעולתה היה בשטחים.

108. דווקא, בנבנשתי מצביע על פער סיסטמטי בין הפסיקה הכללית של בית המשפט בנוגע למתקל דינים ובין פסיקתו בנוגע לדיני עבודה. חוזה עבודה בין מעבידים ישראלים לעובדים מקומיים נשלטים על ידי המשפט המקומי; Eyal Benvenisti, *Conflict of Laws and Belligerent Occupation — A Study in International and Comparative Law* (New haven, 1990),

היא מקבלת עליה ברגיל את הכלל שעל בית המשפט שדן בתביעה להחיל, לפי הפניית כלל בררת הדין של שיטת המשפט שאליו הוא משתייך, הוראות של שיטת משפט אחרת.¹⁰⁹ נדמה כי כך ראה בית המשפט את דיני הבטיחות בעבודה הישראליים בעת שקבע: "התוצאה המתבקשת היא שלעניין בטיחותם של עובדים במפעל ישראלי ביישוב ישראלי באזור - יחול הדין הישראלי. מכיוון שדין זה, נועד להגן על הזכויות היסודיות של העובדים לחיים ולשלמות הגוף, הוא חל על כלל עובדי המפעל באשר הם עובדים, ללא תלות במינם, בגזעם, באזרחותם, וללא תלות בכלל מאפייניהם האישיים האחרים."¹¹⁰

החלה כזו של נורמות מן הראוי שתיעשה בצמצום, שכן באופן עקרוני יש להימנע מחקיקה אקסטר־טריטוריאלית. אם הוכרה נורמה מהמשפט הפנימי כנורמה מנדטורית, יש להכיר בה כבעלת תחולה אקסטר־טריטוריאלית על כלל שיטות המשפט בעולם. ולכן, כנותו של בית המשפט תימדד על פי עקיבות התייחסותו לאותה נורמה, אם יראה בה נורמה מנדטורית מחייבת גם כאשר ידון בסכסוך המערב מדינה ריבונית זרה ולא רק כאשר ידון בסכסוך המערב את האזור הכבוש.¹¹¹

יתרה מזו, בתחומים שונים חוקקה הכנסת חוקים שיוחלו בשטחים על אזרחי ישראל בלבד.¹¹² בכך הוקנה לאזרחים אלה מעמד מיוחד באמצעות החלת המשפט הישראלי עליהם באורח אישי וחץ טריטוריאל. חקיקה זו שמה לאל את רעיון התחולה הטריטוריאלית של דיני התפיסה הלוחמתית. יש להימנע מחקיקה ישראלית שתהא מיועדת אך לאזור, בין בתחולה פרסונלית על אזרחים ישראלים, ובין בתחולה על כלל האוכלוסייה, מקומית וישראלית כאחת. החובה להימנע מחקיקה המיועדת לשטחים מוטלת הן על רשויות הצבא והן על המחוקק האזרחי של המדינה הכובשת.¹¹³ על הכובש לקיים את חובותיו על פי המשפט הבינלאומי הפומבי ולהימנע מלחוקק חקיקה אקסטר־טריטוריאלית הנובעת משיטת המשפט הלאומית שלו. הסיבה לכך נעוצה בנחיצותה של סימטריה פונקציונלית כלפי האזור הכבוש, בין הרשויות המחוקקות השונות של המדינה הכובשת.¹¹⁴ בלא סימטריה זו, סעיף 43 לא יטיל הגבלה ממשית על הכובש, שכן ניתן יהא לעקוף את ההגבלות המוטלות על רשויות הצבא הכובשות, באמצעות חקיקה אקסטר־טריטוריאלית שיחוקק המחוקק הכובש. ולכן התוויית מדיניות המיועדת לשטחים, הענקה כוחות פעולה

109. ראו איריס קנאור, "המשפט הבינלאומי הפרטי וערעור הריבונות בעידן הגלובליזציה: החלת משפט ציבורי זר על חוזים עבר־לאומיים", *עיוני משפט* כ(2) (תשס"ג-תשס"ד) 489, בעמ' 513.

110. ת"א קרעאן (לעיל, הערה 84), פסקה 21.

111. על ראיית משפט העבודה המגן כחלק מהכללים המנדטוריים של שיטת המשפט הישראלית ראו ע"ע גבעת זאב (לעיל, הערה 17), בעמ' 605-606.

112. רובינשטיין (לעיל, הערה 33), בעמ' 447.

113. באנלוגיה ראו ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, בעמ' 30.

114. Benvenisti (לעיל, הערה 108), בעמ' 62.

כלפי אזורים אלו, והתקנת צווים המיועדים לחול בשטחים, כולם כפופים לכללי המשפט הבינלאומי הנוגעים לכיבוש.

הגבלות אלו של המשפט הבינלאומי הפומבי מוטלות לא רק על הרשות המבצעת והרשות המחוקקת אלא גם על הרשות השופטת ובתי המשפט הלאומיים של המדינה הכובשת. על כן כל החלטה שיפוטית בדבר תחולת הדין הישראלי על השטחים כפופה לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי וצריכה להיות מוצדקת לפי חוקי הכיבוש הדואגים לאיזון הראוי בין האינטרסים של הכובש לאינטרסים של הנכבש. ברוח זו נקבע בנוגע לתחולה האקסטרה טריטוריאלית של הדין הישראלי על השטחים כלל פרשנות ולפיו "תכליתו של דבר חקיקה ישראלי היא לחול על יחסים משפטיים בישראל ולא לחול באיזורים של יהודה, שומרון וחבל עזה. אם תכלית חקיקה מסוימת של הכנסת היא לחול על יחסים משפטיים באזורים אלה, עליה לקבוע זאת בלשון ראויה... בהיעדר לשון ראויה, ההנחה הינה כי תכליתה של נורמה חקיקה ישראלית הינה להסדיר יחסים משפטיים בישראל אך לא באזורים יהודה, שומרון וחבל עזה".¹¹⁵

3. ניסוח כלל בררת דין מיוחד למתקל דינים בין המדינה הכובשת לאזור הכבוש

כפי שצוין לעיל, כאשר מדינה מנסחת לעצמה את כללי בררת הדין האופטימליים עבורה, היא שואפת להגשים שתי מטרות: האחת נוגעת למטרות שהיא מעוניינת להשיג לעצמה, האחרת נוגעת לווייתורים שהיא עושה לטובת מדינות אחרות מתוך התחשבות בהעדפותיהן. Brilmayer מדגימה, בין היתר באמצעות תורת המשחקים, שבטווח ארוך מדינות מצליחות להגשים בצורה טובה יותר את המטרה של מימוש האינטרסים האינדיבידואליים שלהן כל עוד הן פועלות מתוך מודעות ליעדים שהן חולקות עם מדינות אחרות. דומה כי המדינות מפסידות מהחלה חד-צדדית ועקיבה של דינן הפנימי ומרוויחות כאשר הן מקדמות את האינטרסים שלהן במשותף עם מדינות אחרות.¹¹⁶ ברוח זו טרח השופט אוקון וניסח כלל בררת דין מיוחד למצב sui generis זה של מדינה כובשת ואזור כבוש המיישם, כך נדמה לפחות במבט ראשון, את תוצאות המחקר הנ"ל. לדבריו, "נראה לי כי המצב המיוחד אינו יכול לאפשר הפעלה אוטומטית טכנית של כללי בררת הדין... בכל שעה, ובכל דור, חובה עלינו להעמיד עצמנו בנעלי הצד הנפגע, בעיקר אם אנו הצד הפוגע..."¹¹⁷ משמעות פסיקתו זו היא למעשה המרת כללי בררת הדין הרגילים ויצירת כלל בררת דין ייחודי לשטחים כבושים. כלל בררת דין זה יהיה כי בסכסוך בין דין המדינה הכובשת לדין האזור על הפורום להחיל את הדין המועדף על תושב השטח הכבוש.

ההצדקה לתת כוח בחירה לתושב האזור מבוססת על העובדה שהוא, מעצם היותו כבוש, אינו אדון להסדרת שיטת המשפט שבה הוא חי. גם אם מלכתחילה היה מעורב בעיצובה של שיטת המשפט המקורית שעמדה בתוקפה באזור, הרי מעת הכיבוש אין ביכולתו להשפיע

115. ברק (לעיל, הערה 89), בעמ' 580; בג"ץ **שעאר** (לעיל, הערה 51), בעמ' 681.

116. ראו: 1, *Lea Brilmayer, Conflict of Laws* (Little, Brown and Company, 1995).

117. ת"א **מוחמד** (לעיל, הערה 11), פסקאות 16, 18.

על תוכנה.¹¹⁸ תחתיו קמה סמכות החקיקה של המפקד הצבאי. המשפט הבינלאומי הפומבי מגביל את יכולת החקיקה של הכובש מתוך מגמה לאזן בין הדאגה לצרכים ההומניטריים של האוכלוסייה הכבושה ובין הצורך לשמור על האינטרסים של הכובש. ואולם, כאמור לעיל, המשפט הבינלאומי המודרני אינו מסתפק בכך אלא מחייב את המושל הצבאי לחוקק חוקים לטובת האוכלוסייה ולדאוג לשלומה. ככל שהכיבוש נמשך נדמה כי חובה זו נהפכת אקטיבית.¹¹⁹ אמנם נכון שמנסחי האמנות הבינלאומיות הנוגעות לשטחים כבושים לא צפו סיטואציה של כיבוש כה ממושך, אך בלא ספק מן הראוי כי צורכי האוכלוסייה המקומית יזכו ליתר תוקף וממשות, כאשר הכיבוש נמשך זמן רב.¹²⁰ ככל שהכיבוש מתארך משתנה המצב הכלכלי והסוציאלי באזור ולא ייתכן להקפיא את החקיקה שבתוקף, בלי להביא בחשבון את שינויי העתים. המסקנה המתבקשת היא כי המשפט הבינלאומי צריך לאזן בין כוחות המדינה הכובשת לצורכי האזור הכבוש דווקא לטובת האוכלוסייה הכבושה.¹²¹ ואמנם בית המשפט העליון דחה בעבר את הפרשנות המצמצמת הגורסת שהמושל הצבאי רשאי לחוקק חקיקה חדשה רק כאשר יש "מניעה מוחלטת" לכבד את החוקים שבתוקף, ואף הטיל חובה על המושל הצבאי לזכות את האוכלוסייה הכבושה בהסדרים חדשים לטובתה.¹²² כלל בררת דינים המוסיף אפשרות בחירה לתושב השטחים עולה אפוא בקנה אחד עם מטרה זו. הוא שואף לעשות עמו צדק, "לכפר" במקצת על מעשה הכיבוש ולפצות את

118. בג"ץ אסכאן (לעיל, הערה 61) בעמ' 802: "השלטון הצבאי, שלטון שאינו יונק חיותו מבחירתם של בני האזור". ת"א מוחמד (לעיל, הערה 11), פסקה 14: "תושבי השטחים אינם חיים בגדרה של שיטה משפטית שהם פתחו. הם כפופים לתכתיב של המושל הצבאי. על כן, לא קיים כאן המצב הרגיל של מתקל דינים, בו מעורבות שיטות משפט עצמאיות וריבוניות."

119. בג"ץ 9717/03 נעלה – עמותה להתיישבות בשומרון של עובדי התעשייה האווירית לישראל נ' המנהל האזרחי ליהודה ושומרון (טרם פורסם), פסקה 6 לדברי השופט גרוניס: "כאשר עסקינן בתקופות ארוכות מאוד דומה שקיימת הצדקה להכיר בכך שהמדינה המחזיקה רשאית לנקוט מהלכים שיש בהם כדי להשפיע לאורך זמן על השטח שבתפיסה לוחמתית."

120. בג"ץ אסכאן (לעיל, הערה 61).

121. בן-נפתלי ומיכאלי (לעיל, הערה 37), בעמ' 71.

122. לדעת מרבית השופטים לנוכח התמשכות הכיבוש ושליטת הממשל הצבאי, יש לצקת תוכן משתנה וגמיש להוראת סעיף 43 לאמנה ולדרישה כי המדינה הכובשת תשמור על החוקים הקיימים אלא אם כן קיימת אותה "מניעה מוחלטת" שעליה מדבר הסעיף. אם קיים צורך הומניטרי הנובע מדאגה לאוכלוסייה לשנות את החקיקה הקיימת שלא עמדה במבחן המציאות, המושל הצבאי רשאי להוציא צווים חדשים, בג"ץ 337/71 האגודה הנוצרית למקומות הקדושים נ' שר הביטחון, פ"ד כו(1) 574 (להלן: בג"ץ האגודה הנוצרית); דינשטיין (לעיל, הערה 41). גישה זו מצמצמת ביותר את אפשרות התערבותו של בית המשפט ומעניקה משמעות מצומצמת להגבלות סעיף 43 לאמנת האג, רובינשטיין (לעיל, הערה 33), בעמ' 451.

תושב האזור על כך שאינו יכול להשפיע על תוכנה של החקיקה המקומית. החלתו הכנה מכבדת את מטרתו של סעיף 43 לאמנת האג להשאיר את המשפט שהיה בתוקף על כנו עבור האוכלוסייה המקומית, ולאפשר לה לבחור במשפט המדינה הכובשת אם הוא מטיב עמה. ההנחה היא שלו הכובש היה מחוקק עבור השטחים את אותם ההסדרים שהוא חוקק עבור עצמו, לא היה מקום לחשוד כי דאגתו לצורכי האוכלוסייה המקומית אינה אמיתית. בכל אותם מצבים שבהם המושל הצבאי התרשל או התעכב וטרם עדכן את החקיקה המקומית על פי ההסדרים שהנהיג במדינתו, יוכל תושב השטחים באמצעות כלל בררת הדינים המוצע בכל זאת ליהנות מההסדרים החקיקתיים של מדינת הכובש.

ואמנם, סקירת הפסיקה חושפת מצג פרדוקסלי. הפרדוקס טמון בעובדה שדווקא תושבי השטחים הם אלה אשר מעוניינים כי יוחל על הסכסוך הדין הישראלי. העדפה זו נובעת מהעובדה כי בדרך כלל תושבי השטחים הם אלה אשר מצויים בעמדת הניזוק, והדין הישראלי מטיב לפצות ניזוקים ומרחיב את האחריות המוטלת על הנתבעים לעומת הדין השולט באזור.¹²³ הישראלים לעומתם, שהנם על פי רוב הנתבעים, מעוניינים להסתמך דווקא על דין האזור המטיל חיוב מופחת על מזיקים.¹²⁴ המצב הוא פרדוקסלי הואיל וניתן היה להניח כי אנשים הפועלים לפי שיטת משפט מסוימת יצפו שיחול הדין שלו הם רגילים ושעל פיו הם פועלים ושעליו נהגו להסתמך.¹²⁵ המצב הוא פרדוקסלי הואיל וניתן היה להניח כי תושבי השטחים, המתנגדים נחרצות לסיפוחו של האזור למדינת ישראל, יתנגדו לכל סממן של הרחבת היקף תחולתו ולו העקיפה של דין המדינה הכובשת אל מחוץ לשטח הטריטוריאלי של המדינה ולעבר האזור.

ואולם מתן בחירה לתושב השטחים המבוססת על הרציונלים שהוצגו לעיל הנה ראייה פשטנית מדי של החובות המוטלות על המושל הצבאי. ממה נפשך, לו דעת המשפט הבינלאומי הפומבי הייתה נוחה מהחלת מכלול משפטה של המדינה הכובשת על השטח

123. ואמנם כדוגמה למצב ההפוך שבו הנתבע, תושב השטחים, דווקא מעוניין בהחלת דין האזור ראו ע"א 9242/02 עזה אלאהלייה חב' לביטוח בע"מ נ' כבאבו (טרם פורסם).

124. למקרה הפוך, שבו התובע היה ישראלי אשר נפגע מאש שפרצה במפעל שבבעלותו של הנתבע הפלשטיני, ת"א עיטא (לעיל, הערה 7), בעמ' 143-144. במקרה זה הנחת השופטת הייתה כי ציפיית הישראלים היא שיחול עליהם הדין הישראלי: "ישראלים רבים חיים, עובדים, נוסעים ביהודה ושומרון וקשורים בקשרי מסחר עם תושביו של האזור. מצב דברים זה יוצר ציפיה לא רק שההליכים המשפטיים בגין אירוע נזקי ביהודה ושומרון שמעורבים בו הן תושבים ישראלים והן תושבי האזור יתקיימו בבית משפט מסומך בישראל - אלא שגם יוחל הדין הישראלי. הישראלי, גם בהיותו ביהודה ושומרון - אינו רואה עצמו קשור לדין הירדני ואינו מצפה כי הנורמות הנהוגות בירדן יחולו עליו. זיקתו היא לישראל ולדיניה. עובדות אלו משפיעות גם על ציפיות הצד השני - במקרה שלפני - המזיק תושב השטחים המוחזקים, שהרי לא מדובר באירוע פנימי בין תושבי האזור לבין עצמם אלא בנוק שנגרם לישראל באיזור שהינו ... "אך להלכה בריבונות וזה ואילו למעשה נמצא בשליטת ישראל".

125. שפירא (לעיל, הערה 69), בעמ' 80.

הכבוש, היה מבטא דעה זו במפורש.¹²⁶ דומה כי המשפט הבינלאומי הפומבי נרתע במיוחד מהחלה גורפת שכוז העלולה להתפרש כמעין סיפוח של השטח הכבוש. אמנם בעבר השאיר השופט ח' כהן שאלה זו ב"צריך עיון" באומרו כי: "לכאורה אין אני רואה שום מניעה להחיל את משפט ישראל על שטחים מוחזקים גם ללא כל כוונה לספחם לשטח המדינה",¹²⁷ ואולם הדעה הרווחת היא כי החלת המשפט, השיפוט והמנהל על שטח מסוים משמעותה סיפוח של אותו שטח למדינה והפיכתו לחלק ממנה.¹²⁸ ואמנם, כל מעשי החקיקה של המושל הצבאי נמדדים במשורה ונבדקים מבעד לזכוכית מגדלת, כל מעשיו חשודים וכל חידושו נתונים בסימן שאלה לנוכח חששו של המשפט הבינלאומי הפומבי כי יהא במעשיו משום סיפוח של השטח הכבוש שלא כדין.¹²⁹ על כן אין להסכים להחדרת משפטה הפרטי של המדינה הכובשת בדלת האחורית, אף אם דלת זו נפתחה על ידי תושב השטחים, באמצעות כללי בררת הדין.

רמז לכך שאימוץ כלל בררת דין שכזה משמעותו למעשה מתן פתח לתחולה עקיפה נרחבת של הדין הישראלי בא לידי ביטוי בפסק דינו של השופט אוקון עצמו בקובעו כי "יש להעדיף את הדין שמבחינה ערכית הוא מתקדם או מודרני יותר... אכן מה הטעם לכבול את תושבי השטחים לשיטת דין 'קפואה' יחסית, ומכל מקום שיטת דין שהם אינם נוטלים חלק בעיצובה?".¹³⁰ ודוק, הואיל ולפי המשפט הבינלאומי הפומבי על המדינה הכובשת לכבד את שיטת המשפט שהייתה בתוקף ולהשאירה על כנה, לעולם נוכל לומר על דינה של המדינה הכובשת, שהנו דין מתפתח ומשתבח, שהוא דין מודרני, חדשני, מתקדם ומוביל

126. כך, באופן אנלוגי ראו גם Kretzmer (לעיל, הערה 13), בעמ' 63: "... the Court's interpretation has stripped the restriction on legislative changes of any significant meaning. Article 43 might just as well have stated that the military commander must act in the best interests of the local population except where prevented from doing so by military necessity"; Kathleen A. Cavanaugh, "Selective Justice: The Case of Israel and the Occupied Territories", 26 *Fordham Int'l L. J.* (2003) 934, p. 951

127. בג"ץ 283/69 רידי נ' בית-המשפט הצבאי נפת הברון, פ"ד כד(2) 419, בעמ' 423.
128. ראו חוק רמת הגולן; בג"ץ 282/88 עוור נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424, בעמ' 428; רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 25), בעמ' 91. הכלל הוא שגבולות תחולתו של הדין הישראלי שווים, בדרך כלל ובכפוף לחריגים, לגבולותיה של המדינה, בג"ץ שעאר (לעיל, הערה 51), בעמ' 680-681.

129. בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) (להלן: בג"ץ בית סוריק), פסקה 27 לשופט ברק: "אין בעבור הזמן כדי להרחיב את סמכותו של המפקד הצבאי ולאפשר לו לשקול שיקולים שמעבר לעצם ניהולו הראוי של האזור הנתון לתפיסה לוחמתית".

130. ת"א מוחמד (לעיל, הערה 11), פסקה 16. בכך מערב השופט אוקון בין מבחן מרב הזיקות ככלל בררת הדין הרלוונטי ובין מבחן האינטרסים. לדעה כי הגישות המודרניות בארצות הברית נוטות לפנות לשני המבחנים האלה בד בבד, איילת בן-עזר, **אחריות למוצרים פגומים: ברירת הדין (נבו, תשס"ג)**, 106.

מבחינה ערכית לפתרונות ליברליים, צודקים והוגנים ואילו בנקל נוכל לצייר את שיטת המשפט הנוהגת באזור כשיטה ארכאית, מאובנת, מיושנת, רגרסיבית המובילה לפתרונות בלתי צודקים. ואכן, דבקות בגישה זו מהווה פיתוי מתמיד לשופט הפורום לקבוע כי הדין של שיטת המשפט שלו הוא טוב יותר. בכך אומד בית המשפט של המדינה הכובשת את דין האזור הכבוש מתוך עמדה של התנשאות, ומפר את עקרון הנימוס הבינלאומי.¹³¹

כידוע, למדינות שונות יש דינים פנימיים שונים, תפיסות צדק מגוונות, ונוהגים ייחודיים. סעיף 43 לאמנת האג שואף לאפשר לאוכלוסייה הכבושה להמשיך ולנהל את חייה על פי הדינים אשר היא הייתה מעורבת ביצירתם. האינטרס לשמור על כבודה של האוכלוסייה הכבושה ייפגע אם מדינת הפרום תהא להוטה יתר על המידה לבקר את הסטנדרטים שהנהיגה המדינה הזרה או שתסתייג מלהכיר בצווים חוקיים שהוצאו כדין עבור אותה אוכלוסייה. התעלמות שיטתית מאינטרסים לגיטימיים של שיטת המשפט של האזור הכבוש עשויה להוליד גילויי טינה ונקם ביחסים הבינלאומיים.

כלל בררת דין מוצע זה נכשל גם כאשר בוחנים את השיקולים הסובייקטיביים של הצדדים לסכסוך. מלבד העובדה שבמקרים רבים של תביעות לפיצויי נזיקין אין יסוד הגיוני לנתיוח שיפוטי המבוסס על ציפיות מוקדמות סובייקטיביות של בעלי הדין לעניין הדין החל,¹³² כלל זה הנו חד-צדדי הואיל והוא אינו מבטיח הגינות כלפי האזרח הישראלי והתחשבות סבירה בציפיותיו ולכן מתעלם מן הצורך לעשות צדק בין הצדדים לסכסוך. הוא מתעלם מאחת ממטרותיו של המשפט בחברה המודרנית והיא לאפשר לפרט לחשב את סיכוניו החברתיים. הוא אינו מאפשר לצד אחד לסכסוך, האזרח הישראלי, לתכנן את ענייניו בהתבסס על ידיעת הדין שיחול על התנהגותו במקרה שזו תיבחן בהתדיינות עתידית.

ודוק, בתשובה על כך ניתן לומר כי כלל בררת הדין אינו סוטה משיקולי ה"חזויו" ויכולת ה"הסתמכות" של אחד הצדדים ואינו מסכל את האפשרות להשכין פתרון צודק בין הצדדים שכן כל שקובע כלל בררת דינים זה הוא שאזרח ישראלי שבחר להיכנס לשטח הכבוש, או לכוון שם עסקים, צריך לצפות את העובדה שלא יוחלו עליו סטנדרטים נמוכים מאלו הנהוגים על פי שיטת המשפט שבה הוא חי, שאותה בחר ועיצב, היא שיטת המשפט של מדינתו שלו. ואולם, כלל בררת דין זה, אם יוחל באופן גורף, לוקה בכל זאת בחד-צדדיות הואיל והוא מבכר את האינטרסים של תושב השטחים, ויהא מעמדו בהליך אשר

131. Nelson Enonchong, "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little

England?", 45 *Int. & Compl. L. Q.*, (1996) 633, p. 640; ראו גם ע"א קרעאן (לעיל), הערה

2, בפסקה 37: "אכן, אף לו סברנו שדין ישראל הוא "טוב יותר" מהדין הזר – הדין הירדני, לא היה בכך כדי להשפיע על החלטתנו, כל עוד לא היינו משתכנעים שהדין הזר – הדין הירדני – נוגד את תקנת הציבור. אף שיש המדגישים את זיהויו של ה-"better law" כשיקול להכרעה במתקל דינים ... יש להימנע מהניסיון לדרג את הדינים השונים על פי טיבם.

132. שפירא (לעיל, הערה 69), בעמ' 81: "עצם המושג של "תחזית בררת דין" הוא נטע זר מקום בו אין הצדדים לאירוע נוהגים לעצב מלכתחילה את התנהגותם על בסיס ציפיה מוקדמת וקונקרטי באשר לדין האמור לחול בנדון".

יהא, בין שהוא התובע ובין שהוא הנתבע בין שהוא הצד אשר לפתחו רובצת האחריות ובין שהוא תם לב. אם יאומץ כלל זה ייתכן שלעתים נבחר להיטיב עם תושב השטחים כשהוא הצד החלש והנפגע בסכסוך, אך לעתים ניטיב דווקא עם תושב השטחים כשהוא הצד החזק והפוגע בסכסוך. כלל שכזה הנוטה לפתרון אדי-הוק מבכר את העדפתו הסובייקטיבית של תושב השטחים המבוטאת בדיעבד *ex post*, תוך התחשבות אך באינטרסים הצרים שישרתו אותו בתביעתו בסכסוך המסוים והמוגדר המובא בפני בית המשפט וביטול האינטרסים של הצד האחר לחלוטין.

סעיף 43 לאמנת האג מלמדנו כי אין תפקידו של הכובש ל"תקן עולם במלכות שדי ולהשליט בשטחים סדרים וחיים ציבוריים אידיאליים, או אפילו סדרים וחיים ציבוריים הנראים בעיניו טובים וישרים ביותר; הסמכות היא להחזיר את אותם הסדרים והחיים הציבוריים ששררו בהם מקודם ולהבטיח את קיומם להבא".¹³³ על כן גם לעניין כללי בררת הדין אין מקום להמציא כלל בררת דין מיוחד עבור מתקל בין דיני המדינה הכובשת לדיני השטח הכבוש. "שטחים מוחזקים אינם כר לניסויים ברפורמה משפטית, וייטיב הכובש לזכור, כי כוונות טובות לא תמיד מרצפות את הדרך לגן-העדן דווקא".¹³⁴ על בתי המשפט בישראל להחיל את כללי בררת הדין הרגילים החלים על מתקל דינים בין שתי מדינות ריבוניות באופן אובייקטיבי. בדרך זו יעלה בידיהם בדרך הטובה ביותר לשכך את המתח הפוטנציאלי בין שיטות המשפט של המדינה הכובשת ושל האזור הכבוש.

4. החלת כללי בררת הדין הרגילים בעקבות הסכם אוסלו

הסכם אוסלו יצר מציאות משפטית חדשה באזור יהודה ושומרון. מציאות זו התגבשה, בין היתר, בהסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28 ספטמבר 1995.¹³⁵ הסכם זה קיבל גושפנקה של חוק פנימי בישראל.¹³⁶ לפי ההסכם חוק היישום הנ"ל, הוקמה מועצה פלסטינית אשר אליה הועברו סמכויות חקיקה וביצוע.¹³⁷ ההסכם חילק את השטחים הפלסטינים לשלושה סוגי אזורים: באזורים המצויים בשטח A הועברו הסמכויות האדמיניסטרטיביות והביטחוניות לרשות הפלסטינית; באזורים המצויים בשטח B הועברו לרשות הפלסטינית סמכויות אדמיניסטרטיביות בלבד ואילו ישראל שמרה לעצמה את סמכויות הביטחון. שטח C נמצא בשליטתה המוחלטת של ישראל. במילים אחרות נקבע כי סמכותה של המועצה הפלסטינית תחול בשטחים שהוגדרו כ-A ו-B ולא תחול בשטח

133. בג"ץ האגודה הנוצרית (לעיל, הערה 122), בעמ' 588 (השופט ח' כהן, בדעת מיעוט).

134. דינשטיין (לעיל, הערה 41), בעמ' 512.

135. הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28 ספטמבר 1995, כ"א 33, 1.

136. חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996, ס"ח 34.

137. Michael Paradis, "The Biggest Peace: The Structure of the Palestinian Legislative Council and the Politics of Separation", 26 *Fordham Int'l L. J.* (2003) 1265, p. 1285

C. ההסכמים לא העבירו לרשות הפלסטינית, אף בשטחים שהועברו לפיקוחה של הרשות, את מלוא סמכויות החקיקה, השפיטה והביצוע. על כן סמכויות החקיקה אינן נתונות לשיקול הדעת החופשי של הרשות, ובכל זאת, בכפוף להגבלות המצוינות בהסכם, ניתנו לרשות סמכויות נרחבות בתחומי החקיקה, השפיטה והביצוע.¹³⁸

נספח IV להסכם עוסק בעניינים משפטיים ובסעיף III שבו נקבעו הוראות בדבר סמכות השיפוט של הרשות הפלסטינית ב"שטח", אזורי A ו-B שנמסרו לשליטתה.¹³⁹ הסעיף היחיד שעוסק בתחולה הדין המקומי הנו סעיף 3(4) לפרוטוקול הרביעי בהסכם הביניים הקובע: "ישראלים, לרבות חברות רשומות של ישראלים, המנהלים פעילות מסחרית בשטח, כפופים לדין האזרחי החל בשטח ביחס לפעילות זו..." סעיף זה הנו סתום ופתוח לפרשנות. לאילו בתי משפט הוא מכוון? האם משתמע מהסעיף כי כל הוראות המשפט המסחרי יחולו על פעילות מסחרית שכזו וכי הצדדים לא יכולים לברור לעצמם את הדין שיחול על החוזה המסחרי שאותו הם מעוניינים לכרות? מאידך גיסא, האם משמעות הדבר שישראלים מחויבים רק בדין המסחרי הפלסטיני כאשר הם מצויים בשטח או כאשר הם מבצעים פעילות מסחרית שם, ושכל הוראת דין פלסטינית אחרת אינה חלה עליהם? האם הסעיף מתיימר רק להבהיר שהוראות חוק כופות ומנדטוריות של הדין המסחרי הפלסטיני יחולו על פעילות מסחרית? ואם זהו המצב, מדוע היה צורך בהוראת הסכם מיוחדת לצורך אמירה מתבקשת שכזו ויתר נושאי בררת הדין לא הוסדרו? למעט הוראה זו אין כל אינדיקציה להיקף התחולה הצפוי של המשפט האזרחי הפלסטיני, על פעילות המערבת גורמים זרים, ישראלים או אחרים.¹⁴⁰

שתיקת הצדדים להסכם ראוי שתפורש לפי הכללים הרגילים של תחולת דין זר, בסכסוך בעל יסודות זרים המגיע לבתי המשפט הישראליים.¹⁴¹ לאחר חקיקת ההסכם על בתי המשפט להידרש לדעתי לדין הפלסטיני כפי שהם נדרשים לדין של מדינה וזה ריבונית. הואיל וזהו המצב המומלץ לדעתי בעת היות השטח שטח כבוש, כאשר הסממנים הריבוניים הנם פחותים, זהו המצב המשפטי שראוי לשלוט לאחר חקיקת ההסכם אשר מתיימר להפריד בין שיטת המשפט הפלסטינית לשיטת המשפט הישראלית.

138. הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28 ספטמבר 1995, סעיפים 5, 17 ו-18 להסכם.

139. בשטח C, שטח שלא הועבר לרשות הפלסטינית, ממשיכה להתקיים סמכות המפקד הצבאי [הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28 ספטמבר 1995, סעיף 17(4) להסכם]. למעשה בנוגע לשטח זה לא קבע ההסכם שום הסדר מיוחד בדבר סמכות השיפוט ובדבר הדין החל. על כן לפלסטינים המועסקים על ידי ישראלים בשטח C לא שינה הסכם אוסלו מאום ע"ע גבעת זאב (לעיל, הערה 17), בעמ' 599-600.

140. Celia Wasserstein Fassberg, "Israel and the Palestinian Authority: Jurisdiction and Legal Assistance", 28 *Isr. L. Rev.* (1994) 318, p. 332.

141. Nicolas Blanchard, "The Role of Conflict of Laws Regarding the Transboundary Pollution of Water", *New Political Entities in Public and Private International Law, With*

ט. הבחנות עיקריות בין החלת הדין הזר כחלק מהדין הישראלי ובין החלת כללי בררת הדין

החלת הדין באזור מתוקף היותו חלק מהדין הישראלי או מתוקף היותו שיטת משפט נפרדת וזרה משפיעה על אופן החלתו. מבחינה טכנית פרוצדורלית יש לנקודת המבט על דין האזור השלכות על אופן ההסתמכות עליו ואופן הוכחתו, על היקף תחולתו ועל אופן פרשנותו. מבחינה מהותית יש לאופן תפיסת דין האזור השפעה על עניין היקף הביקורת השיפוטית שלה הוא כפוף.

1. היבטים פרוצדורליים להחלת הדין הזר

מבחינה ראייתית שונה תפיסתו של הדין החל בשטחים כחלק מהדין הישראלי מראייתו כדין זר. אם הוא חלק מהדין הישראלי, הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, הוא חלק מההידעה השיפוטית של בית המשפט. מאידך גיסא, אם הוא דין זר, הצדדים המעוניינים להסתמך עליו חייבים לטעון לתחולתו. כידוע, דין זר, דין שאינו שייך לשיטת המשפט הישראלית, דינו כדין עובדה. מי שמסתמך עליו, חייב לפרשו בכתבי הטענות, ולפרט אילו מבין קביעותיו של אותו דין חלות על העניין.¹⁴² לא בטענה הטענה, ייתכן שבית המשפט יאפשר לתובע המבקש להסתמך על הדין הזר לתקן את כתב התביעה, ייתכן שידחה את התביעה, וייתכן שידון בעניין לפי המשפט הישראלי מכוח חוקת שוויון הדינים.¹⁴³ אין עומדת לבית המשפט הסמכות או הזכות להחיל את הדין הזר *ex officio*.

בסוגיה הספציפית של דין האזור נחלקו דעות השופטים. היו שופטים אשר הכירו בדין האזור כדין זר, הקפידו ועמדו על דבר הוכחתו כעובדה, ונמנעו מהחלת הפיקציה בדבר חוקת שוויון הדינים. כך נפסק כי: "בנסיבות הקיימות אצלנו, כאשר אנו פונים מדי פעם להוראות הדין הירדני בקשר לעתירותיהם של תושבי יהודה ושומרון, הבאות לפני בית המשפט העליון, ותרגומים של חוקי ירדן לעברית הוכנו מטעם הממשל הצבאי והם עומדים לרשותם של משפטנים ישראליים, אין אני רואה הצדקה לסטות מן הכלל הרגיל שחובת הראיה היא על הטוען..."¹⁴⁴ מאידך גיסא היו שופטים שנקטו גמישות והיו נכונים לרפא

Special Reference to the Palestinian Entity (Amos Shapira & Mala Tabory- eds., Kluwer Law International, 1999) 387, p. 402

142. ראו ע"א 434/79 ברשנקטר נ' דינאני, פ"ד לה(2) 351 (להלן: ע"א ברשנקטר).

143. ע"א 1227/97 סלעית האדומים מחצבה ומפעל לעיבוד אבן בע"מ נ' אברהם, פ"ד נג(3) 247 (להלן: ע"א סלעית האדומים), בעמ' 252: "כאשר הנתבע אינו מעורר בכתב־ההגנה טענה בדבר תחולתו של דין זר ומנהל את המשפט במשך שנים על פי הדין הישראלי, רשאי בית המשפט לפסוק בעניין לפי הדין הישראלי, וזאת מכוח חוקת שוויון הדינים."

144. ע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל נ' איובי, פ"ד לה(4) 188, בעמ' 195. אשר לדין המצרי ראו המ' (ת"א) 2911/83 בין נ' סגל, פ"מ תשמ"ז(2) 119, בעמ' 123: "בכתב תביעתו של המשיב לא נטען, כי אין אפשרות מעשית לברר ולהוכיח את תוכנו של הדין המצרי; וקשה להלום, שלטענה כזאת – אילו נטענה – היו סיכויים להתקבל."

את פגם אי-הוכחתו של דין האזור בפוסקם: "מחדלו של תובע, שלא פירש בכתב-תביעתו את הדין הזר החל על העניין, עלול, אפוא, לגרום לכך שאותו חלל משפטי שהותיר יתמלא על-ידי הדין הישראלי מכוח חזקת שוויון הדינים החלה אצלנו כמו באנגליה".¹⁴⁵ עוד נאות בית המשפט להחיל את חזקת שוויון הדינים כאשר הנתבע לא טען לתחולת הדין הזר משום היות הנורמות הקבועות בדין האזור מבוססות על "מושגי הצדק האלמנטרי ... [שהנם] אחידים ומקובלים בכל העולם".¹⁴⁶ ודוק, תנאי ראשוני להחלת חזקת שוויון הדינים הנו היעדר אפשרות מעשית יעילה להוכיח את תוכנו של הדין הזר,¹⁴⁷ ותנאי זה אינו מתקיים בנוגע לדין האזור. לכן, לדעתי, מן הראוי הוא כי בית המשפט ידבוק בהלכה הגורסת שצד המעוניין להסתמך על דין האזור ולא הוכיחו ייכשל בטענתו.

אף מעמדה הראייתי של תחיקת הביטחון החלה באזור לוט בערפל. במקרים שבהם הסכים בית המשפט לראותה כדין זר בקובעו: "בדונו בצווי המושל הצבאי יצא בית-משפט זה מתוך הנחה שמדובר ב'דין זר'",¹⁴⁸ הוא פסק כי לעניין הוכחתה אין צורך להקפיד עם המושל הצבאי על דרכי ההוכחה של דין זר ואמר: "לעניין הוכחתה דין תחיקת הביטחון באזור, כדין חקיקה ישראלית שאינה צריכה ראיה. ה'מחוקק' באזור הינו זרוע של הרשות המבצעת הישראלית, והיותו 'ממלא מקום' של 'הריבון' באזור אינו נוטל ממעשי החקיקה שלו את 'אופיים הישראלי'..." (ההדגשה שלי - א"ק).¹⁴⁹

מבחינת היקף התחולה של הדין החל בשטחים, אם רואים דין זה כנדבך של הדין הישראלי, על בית המשפט להחיל הן את הוראות הדין הפרוצדורליות והן את ההוראות המהותיות של דין האזור וליישב מחלוקות אפשריות בין דין זה לדין הישראלי כפי שהיה מיישב ברגיל מחלוקות אלו באמצעות כללי הפרשנות הישראליים. מאידך גיסא, אם רואים את דין האזור כדין זר, כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מורים כי תוחלנה רק ההוראות המהותיות של הדין הנבחר באמצעות כללי בררת הדין (lex causae) ואילו שאלות דיוניות יידונו לפי דין הפורום (lex fori). על כן במצבים שבהם כללי בררת הדין מפנים את

145. ראו ע"א ברשרנקמטר (לעיל, הערה 142), בעמ' 355; ת"א קפלן (לעיל, הערה 105), בעמ' 295.

146. ע"א סלעית האדומים (לעיל, הערה 143), בעמ' 252.

147. מנשה שאוה, הדין האישי בישראל (כרך ראשון, מודן, תשס"א), 477-488; דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד (3) 573, 584-588.

148. ע"א המאדה (לעיל, הערה 32), בעמ' 17; ת"א קרעאן (לעיל, הערה 84), פסקה 9; ע"פ 8019/96 עמיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 459 (להלן: ע"פ עמיר), בעמ' 477; עוד קבע בית המשפט כי "אכן, תחיקת הביטחון באזור אינה חלק של החקיקה הישראלית הפנימית, ואין היא מהווה "דין" כמשמעותו בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] ובחוק הפרשנות, תשמ"א-1981".

149. ע"פ עמיר, שם, בעמ' 477; ע"א 9242/02 עזה אלאהלייה חב' לביטוח בע"מ נ' כבאבו (טרם פורסם), שם נדרש בית המשפט לצו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (יהודה ושומרון) (מספר 677), תשל"ו-1976, מיזמתו ובלא שהוכח על ידי הצדדים; החקיקה ביהודה ושומרון (לעיל, הערה 88), בעמ' 133-134.

הפורום הישראלי לדין האזור, על בית המשפט להרכיב על הדין המהותי הזר, את ההוראות הפרוצדורליות של הדין הישראלי.

סוגיה זו נותחה באחרונה בעניין **חמאדה**.¹⁵⁰ שם התעוררה השאלה מתי מתיישנת תביעה לתשלום פיצויים בגין אירוע גויקין שאירע בשטחים. גדר הספקות נבע מהעובדה שהדין שהוחל בשטחים קבע תקופת התיישנות קצרה של שנתיים, מכוח הוראת צו שהתקין מפקד האזור בשנת 1976,¹⁵¹ ואילו חוק ההתיישנות הישראלי קובע תקופת התיישנות ארוכה יותר של שבע שנים.¹⁵² התביעה הוגשה לבית המשפט זמן קצר לפני חלוף פרק הזמן של שבע שנים מיום האירוע. בית המשפט נמנע מלהכריע בשאלה אם דין האזור הוא דין ישראלי או דין זר. הוא בחר לנתח את השאלה המשפטית לפי כל אחת מהאלטרנטיבות. כאשר ראה את דין האזור כדין זר, הוא החיל את תקופת התיישנות הקצרה הואיל ולא ראה בה הוראה פרוצדורלית אלא חלק מההוראות המהותיות של דין האזור, לפי הכלל כי "תקופת התיישנות המוצמדת לזכות מסוימת תוחל בכל מדינה בה מבקשים לממש את הזכות המהותית".¹⁵³ כאשר ראה את דין האזור כחלק מהדין הישראלי, הוא החיל את תקופת התיישנות הקצרה לנוכח כללי הפרשנות של הדין הישראלי ולפיהם אין חוק ההתיישנות הכללי בא לפגוע בתקופת התיישנות לעניין פלוני הקבועה בדין אחר.¹⁵⁴ היקף התחולה של הדין הזר מותנה גם בכללי הפרשנות שיבחר בית המשפט. אם דין האזור נחשב לחלק מהדין הישראלי הפנימי, יש לפרשו בהתאם לכללי הפרשנות של הדין הישראלי. מאידך גיסא, אם דין האזור הנו דין זר שאליו מופנה שופט הפורום מכוח כללי בררת הדין, עליו להחילו כפי שהיה מחילו שופט האזור. עליו ליתן פרשנות לדין האזור, כפי ששופט מקומי היה מפרשו, לו הסכסוך היה נידון בפניו. במילים אחרות, דין האזור המהותי צריך אז להיות מוחל על ידי השופט הישראלי עם כל ההוראות הסובסטנטיביות של הדין הזר, לרבות כללי הפרשנות של הדין הזר.¹⁵⁵

הספרות הישראלית דנה כבדרך אגב בסיטואציה זו. ברק בספרו מתאר מצב שבו: "לעיתים נקבע בשיטת משפט פלונית כי חל בה חוק שנחקק בשיטת משפט אלמונית. בנסיבות אלה מתעוררת שאלה פרשנית, המחייבת בדיקה עצמאית, אם ההפניה היא לחוק "במערומו" או לחוק כפי שפורש על-ידי בתי המשפט באותה שיטה".¹⁵⁶ בהערת שוליים מוסיף ברק ומתאר כי מצב כאמור: "... יכול שיקרה בצורות שונות ... [לדוגמא], כאשר מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי אשר בשיטת משפט פלונית, מופנים אל חוק

150. ע"א חמאדה (לעיל, הערה 32). ראו גם א (חדרה) 2792/02 זכאונה נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (טרם פורסם).

151. צו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (יהודה והשומרון) (מס' 677), תשל"ו-1976.

152. סעיפים 5, 27 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112.

153. ע"א חמאדה (לעיל, הערה 32), בעמ' 19.

154. שם, בעמ' 21.

155. ראו: 7-8, Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (Oxford University Press, 2002).

156. ברק (לעיל, הערה 89), בעמ' 61-62.

בשיטת משפט אלמונית".¹⁵⁷ הפסיקה הישראלית דנה בסיטואציה זו כאשר הופנתה על ידי כללי בררת הדין להחלת הדין הירדני בקובעה: "יש לפרש את התחיקה הירדנית מתוך מגמה – ככל הניתן על-פי לשונה – להשוות את ההסדרים שעל-פיה להסדרים בתחיקת המקרקעין בישראל".¹⁵⁸ ככל שבית המשפט הישראלי נדרש לפרשנות צווי המושל הצבאי כאשר הופנה אליהם מכוח כללי בררת הדין, פסק בית המשפט לפי הקו שטבע בעבר כי: "שאלת התחולה של אותה חקיקה של המפקד הצבאי היא שאלת פרשנות פנימית, שיש לבררה לפי אמות המידה הפרשניות המקובלות בבית משפט ישראלי, כאשר הוא מפרש חקיקה ישראלית".¹⁵⁹

לדעתי, קביעות אלו הן שגויות. את הדין הירדני יש לפרש לפי כללי הפרשנות הרווחים בשיטת המשפט הירדנית ואת הדין הישראלי המוחל על האזור מכוח חקיקת המושל הצבאי יש גם כן לפרש לפי כללי הפרשנות הרווחים בשיטת המשפט הירדנית. הדין הישראלי המוחל על השטחים נכנס כחלק אינטגרלי משיטת המשפט הרווחת שם. אמנם המחוקק הוא ישראלי, אך משהוחלה החקיקה על האזור, הפירוש הנכון של ההחלה, על פי רוב, הנו שהחוק נקלט "במערומו" וכי אין מניעה ששיטת המשפט הקולטת תיתן לחוק פירוש שונה מזה שניתן לו בשיטה המקורית ברוח ההסדרים המוכרים בשיטה הקולטת. כאשר בית משפט ישראלי מופנה מכוח כללי בררת הדין לשיטת המשפט באזור, ההפניה היא לשיטה הזרה כאורגניזם חי, לרבות הפרשנות שהייתה ניתנת להוראות חוק אלו על ידי בית המשפט באזור.

סקירת הכללים הפרוצדורליים שהחיל בית המשפט על דין האזור מלמדת כי גם כאשר בית המשפט מכיר בדין זה כדין זר, הוא אינו מקבל קביעה זו תמיד במלואה, על כל השלכותיה הדיוניות. לא פעם הוא נוקט עמדה שהיא לכאורה תכליתית פרגמטית וככל שהדבר נוגע לחקיקתו של המושל הצבאי, הוא תמיד נוקט גישה זו. במילים אחרות, לרוב הוא בוחר בקיצורי דרך. בכך מטשטש בית המשפט את היותו של דין האזור דין זר ובמסווה של פונקציונליות מטשטש את ההבחנה בין דין מקומי לדין זר. דומני שדווקא בנוגע לדין האזור, לרבות חקיקת המושל הצבאי, חייב בית המשפט להקפיד בקלה כבחמורה ולהיזהר מעירוב תחומין באופן שיהא מי שיתבלבל ויראה בו חלק מהדין הישראלי.

2. היבטים מהותיים להחלת הדין הזר

בית משפט הסבור כי יש להתייחס אל דין האזור כאל חקיקה פנימית של מדינת ישראל, יבחן את חוקיותה של חקיקה זו על פי התאמתה לחוקי היסוד, כפי שהיה עושה בנוגע לחקיקה מקומית של כנסת ישראל. כך, למשל, בית משפט הרואה בדין האזור חלק מהדין הישראלי יציב את השאלה: "האמנם יעלה על הדעת כי על העובדים הישראלים באותו מפעל [הממוקם באזור] יחול דין אחד, ועל העובדים תושבי השטחים יחול דין אחר? האם

157. שם, הערת שוליים 123, בעמ' 61.

158. ע"א 4726/01 ג.א.ל בע"מ נ' הימנותא בע"מ (טרם פורסם) (להלן ע"א ג.א.ל), פסקה 4 לפסיקת השופטת דורנר.

159. ת"א יקר (לעיל, הערה 26), פסקה 13.

תוצאה כזו היא אפשרית מבחינת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המקנה זכות יסוד לשוויון לאדם ולא רק לאזרח?¹⁶⁰

מאידך גיסא, בית משפט הסבור כי יש להתייחס לדין האזור כאל דין זר חייב להחילו, אלא אם כן ייווכח כי הדין הזר נוגד את תקנת הציבור החיצונית של מדינת ישראל. כך, כאשר בית הדין הארצי לעבודה נדרש לשאלת התאמת חקיקת המפקד הצבאי לעקרון השוויון הוא מבסס את הנמקתו על היות הזכות לשוויון חלק מתקנת הציבור ולא על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באומרו: "חובת תום-הלב של מעסיק כלפי עובדיו מחייבת אותו לנהוג כלפיהם בשוויון, עקרון שתחולתו מתחייבת גם מכוח תקנת הציבור".¹⁶¹ כאשר מדינה נדרשת להחיל דין זר עליה להניח ככלל את דבר חוקיותו לאור דוקטרינת ה-act of State (foreign). משמעות דוקטרינה זו גורסת כי בתי המשפט מחויבים ליתן את מלוא התוקף לאקטים שלטוניים זרים ואל להם לפקפק בחוקיותם. ואולם דוקטרינת ה-act of State (foreign) כפופה לחריג אחד והוא החריג בדבר תקנת הציבור החיצונית ולפיו בתי המשפט של הפורום יסרבו ליתן תוקף לאקט של מדינה זרה בטריטוריה הפנימית של הפורום אם דבר החקיקה הזרה נוגד את תקנת הציבור החיצונית של מדינת הפורום.

תקנת הציבור הנה הסכר שבאמצעותו בית המשפט נמנע מלהחיל דין זר כאשר הוא נוגד את ערכיו הלאומיים והתרבותיים הבסיסיים. בעקבות המלומד Savigny מבחינים בספרות בין "תקנת ציבור פנימית" (ordre public interne), היינו עקרונות, השקפות ואינטרסים מקומיים הנדחים מפני כללי המשפט הבינלאומי הפרטי ובין "תקנת ציבור חיצונית" (ordre public externe), היינו עקרונות, ערכים ואינטרסים מקומיים מרכזיים, בסיסיים, מפניהם נדחים הכללים הרגילים של המשפט הבינלאומי הפרטי. תקנת ציבור חיצונית משפיעה על כללי בררת הדין. בשום מקרה, מקומי או מעורב, לא תיתכן פגיעה באותם עקרונות ואינטרסים מקומיים, יחידי סגולה ומיוחדים, שבשל חשיבותם המיוחדת זכו להסתפק אל הקטגוריה המצומצמת של "תקנת ציבור חיצונית". ככלל, פועלה של תקנת הציבור החיצונית בהקשר של בררת הדין הוא שלילי: כאשר מוכח בבית המשפט דין זר שתוכנו סותר את תקנת הציבור, מסרבים להחילו ובדרך כלל, אך לא תמיד, מחילים במקומו את דין הפורום — לא בשל מעלותיו של דין הפורום אלא בשל מגרעותיו של הדין הזר.¹⁶²

תקנת הציבור היא מטבעה מושג גמיש ובלתי ניתן להגדרה ממצה. היא אינה מתאפיינת ברשימה סגורה של כללים. כל שניתן הוא למנות את המקרים שבהם הוכרה תקנת הציבור

160. ת"א מוחמד (לעיל, הערה 11), פסקה 15. ויודגש כי באחרונה שאיר בית המשפט העליון ב"צריך עיון" את השאלה "אם על תנאי המעצר באזור חלות הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד נז(1) 385, בעמ' 396; ונראה כי ענה על שאלה זו בחיוב בבג"ץ 5591/02 יאסין נ' מפקד מחנה צבאי קציעות, פד נז(1) 403, בעמ' 411.

161. ע"ע גבעת זאב (לעיל, הערה 17), בעמ' 622.

162. כך, למשל, ניתן להניח שהוראה זרה ששוללת זכויות מאישה רק בשל היותה אישה תימצא וותרת את תקנת הציבור החיצונית שלנו.

בעבר.¹⁶³ גלומים בה אינטרסים פוליטיים כלכליים חיוניים, ערכים חברתיים בסיסיים, עקרונות מוסר מושרשים ומושכלות ראשונים של צדק והגינות. כאשר נוגד הדין הזר אינטרס חיוני או ערך מרכזי כזה, חוקה על הפורום שלא ייתן את ידו להחלתו. באופן מסורתי נתפסת "תקנת הציבור" כמוצר מקומי-טיפוסי של החברה שבה עסקינן. היא נובעת מהצרכים ומשרתת את האינטרסים של החברה הנדונה, מבטאת את השקפותיה ומגוננת על ערכיה. היא נועדה להגן על האינטרסים העליונים המיוחדים לחברה שבה ממוקם הפורום ועל השקפותיה בעניינים חיוניים כגון דת, מוסר, חברה ועוד – בדרך של חקיקה שיפוטית. כאשר שופט הפורום מגיע לכלל מסקנה כי מתן תוקף לאקט זר – תחיקתי או שיפוטי – יפגע באחת מהשקפותיו היסודיות בענייני מוסר, חברה, דת, משק ועוד – יעדיף את "תקנת הציבור" שלו על פני האינטרס של התובע, ועל כן לא ייתן תוקף לאותו אקט זר.¹⁶⁴ בלשונו של השופט זוסמן: "...רק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפוסלו".¹⁶⁵

ודוק, ניתן לגרוס כי דוקטרינת תקנת הציבור החיצונית אינה כה מצומצמת אלא כוללת את כל האינטרסים שזוכים להגנה חוקתית. על כן אין למעשה הבדל, לעניין היקף הביקורת השיפוטית, בין ראיית דין האזור כחלק מהדין הפנימי ובין ראייתו כדין זר. ניתן לדחות את החלתו של הדין הזר – אשר אמור לחול לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי – בכל עת שהחלתו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד החוקתיים של הפורום. במילים אחרות, אם הסדר בררת דין מפנה לדין זר, הפיתרון המוצע על ידי הדין הזר צריך גם הוא להיות חוקתי כדי שיוחל על ידי הפורום. רמזים לכך ניתן למצוא בשיטות המשפט של גרמניה, איטליה ויפן.¹⁶⁶ רמז לכך ניתן למצוא בשיטת המשפט הישראלי בעניין ג.א.ל. שבו נקבע: "... יש לפרש את החוק הירדני על-יסוד עקרונות השיטה המשפטית בישראל, המגנה על זכויות אדם – ובהן הזכות לקניין – גם במשפט הפרטי".¹⁶⁷

ואולם גישה זו ראויה לדעת, בכל הכבוד, לביקורת. כללי המשפט הבינלאומי הפרטי לא נועדו לאפשר החלה רחבה של הדין המקומי, אלא תפקידם למצוא פתרון שיספק את צורכיהם של צדדים שיצאו מעבר לגבולות המדינה הריבונית. הסיבות היחידות להימנעות מהחלת הדין הזר הן שתיים: סתירה בין הדין הזר לסטנדרטים מינימליים של צדק בינלאומי, או אי-עמידה בעקרונות צדק בסיסיים של משפטו הפנימי של הפורום. אמנם סטנדרטים ועקרונות אלו ייתכן שיכוונו לכיוונים שונים ואף יסתרו אלו את אלו, אבל הם שניהם רלוונטיים להקמת קהילת משפט גלובלית. במאמר מוסגר יצוין כי לטווח ארוך, ככל שיפתחו סטנדרטים בינלאומיים, תהא ידו של השיקול הראשון על העליונה, תהליך שסופו יוביל לדעתי לפיתוחה של תקנת ציבור חיצונית בינלאומית. כיום יש ליתן את הדעת

163. *Dacey and Morris on the Conflict of Laws* (לעיל, הערה 52), בעמ' 84.

164. מנשה שאוה, "הכרה ישירה של פסק-זר בישראל והכללים החלים עליה", קריית המשפט ב (תשס"ב) 35, 50.

165. בג"ץ 143/62 שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225, בעמ' 256.

166. בן-עזר (לעיל, הערה 130), בעמ' 335-338.

167. ע"א ג.א.ל. (לעיל, הערה 158), פסקה 4 לפסיקת השופט דורנר.

על כך שקהילת המשפט הנה פלורליסטית ומגוונת. אין להכפיף את הדין הזר לנורמות חוקתיות ייחודיות, מקומיות ואוטוריות של מדינת הפורום, ככל שאלו אינן מוכרות כחלק מתקנת הציבור החיצונית. הייחודיות אינה חסרת גבולות, אלא היא לגיטימית כל עוד היא פועלת לפי ערכים בסיסיים משותפים המוגנים על ידי שתי המערכות הנזכרות לעיל.

כך, למשל, עקרון אי-ההפליה בין גברים לנשים הוכר במשפט הישראלי כחלק מתקנת הציבור החיצונית, אולם בית המשפט טרם אימץ את כלל העקרונות, שהם מערכי היסוד של השיטה, כחלק מתקנת הציבור החיצונית. על כן אף שעקרון השוויון הכללי הוכר כאחד מערכי היסוד הבסיסיים של שיטת המשפט הישראלית וייתכן שאף יש לראות בו "עקרון מן הראשונים במלכות - משיכמו ומעלה גבוה מכל שאר העקרונות; ואחד מעקרונות יסודיים... אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות",¹⁶⁸ הוא טרם הוכר ככזה על כל היבטיו ודקויותיו כחלק מתקנת הציבור החיצונית של ישראל. יתרה מזו, גם אם נאמר כי עקרון השוויון כלול בהגנה על כבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית המשפט טרם הכיר בכל הערכים המעוגנים בחוקי היסוד כחלק מתקנת הציבור החיצונית הישראלית.¹⁶⁹ אמנם ייתכן שבית המשפט ישתכנע שמדובר בעיקרון כה חשוב לשיטה הישראלית המצדיק את העלתו לדרגת תקנת הציבור החיצונית וכיכור בו כערך המונע את החלתו של הדין הזר, אך העניין אינו נקי מספקות. שיטות משפט רבות אינן מקדשות את ערך השוויון, כחלק מזהותן התרבותית ואין זה ברור שניתן להימנע מלהחיל את הדין הזר בכל עת שהוא מפלה אנשים מסוימים לרעה.¹⁷⁰

נשאלת שאלה נפרדת בהקשר זה, אם יש להבחין לעניין זה בין דין האזור שנחקק על ידי הריבון שממנו נכבש השטח ובין חקיקתו של המושל הצבאי המופנית לאזור. בית המשפט הגבוה לצדק פסק לא פעם אחת כי שיקול הדעת של המושל הצבאי ייבחן הן לאור כללי המשפט הבינלאומי המנהגי והן לאור כללי המשפט המנהלי הישראלי, בקובעו כי כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי המנהגי, שעניינם דיני המלחמה ואת כללי היסוד של המשפט המנהלי הישראלי.¹⁷¹ ואולם קביעתו זו של בית המשפט נאמרה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק כאשר שאלת סמכות פעולתו של המושל הצבאי, ואופן הפעלת הסמכות, נתקפה בתקיפה ישירה לפניו. לעומת זאת השאלה הנידונה

168. יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", *משפט וממשל ה (תש"ס)* 165, בעמ' 166: "יש אומרים כי השוויון אינו עוד ערך בין ערכי-היסוד של חברה מתוקנת, אלא הוא בעצם התכלית של חברה כזאת, או התכלית של המשפט בחברה, ככל שהמשפט מבקש לעשות צדק."

169. דיון דומה מתנהל באנגליה, שם נשאלה השאלה אם מוסד תקנת הציבור התעשר מאז חקיקתו של ה-Briggs; Human Rights Act, 1998, Ch. 42 (לעיל, הערה 155), בעמ' 44.

170. כך, לדוגמה, כלל בשיטת משפט זרה המקנה זכות חד-צדדית לבעל לגרש את אשתו על פי גחמתו הקפריזית ובלא ליתן לה זכות להתנגד לגירושין אלו, ייתכן שיוכר כסותר את תקנת הציבור אם מדובר באישה תושבת ישראל, אך ייתכן שלא יתחשב ככזאת אם מדובר בזוג שאין לו קשר הדוק לישראל. ראו: Briggs, שם, בעמ' 45.

171. בג"ץ *טאהה (לעיל, הערה 44)*, בעמ' 52.

כאן מתעוררת למעשה בתביעה אזרחית של תושב האזור נגד אורח ישראלי לפני בתי המשפט האזרחיים הישראליים. האם בתביעה שכזו, רשאי בית המשפט האזרחי, בעקיפין, לבחון את חוקיות צווי המושל הצבאי, לפי אותן אמות מידה?

אם צווי המושל הצבאי הם חלק מהדין הור, אזי מכוח דוקטרינת ה-foreign act of State אין הפורום יכול לבחון את חוקיותו וסבירותו של דבר חקיקה זר. כל שיכול בית המשפט לעשות, אם נאמן הוא לתפיסה כי דין האזור הנו דין זר, הוא לבחון את הצו על פי דוקטרינת תקנת הציבור החיצונית. לכאורה אין דוקטרינת ה-foreign act of State רלוונטית למפקד הצבאי, שאינו בבחינת ריבון זר למדינת הפורום, אלא הוכר על ידי בית המשפט כעובד ציבור הממלא תפקיד ציבורי על פי דין.¹⁷² לדעת בית המשפט מנקודת מבט קונסטיטוציונית יש לראות במושל הצבאי כאורגן שלטוני של ממשלת ישראל. ואולם אין לדעתי להסתמך על פסיקה זו בתביעה עקיפה כאשר חוקיות הצו של המפקד הצבאי עולה לדיון בסכסוך אזרחי. הפתרון לבעיה משפטית זו הנו אחר. אמנם בית המשפט הישראלי מעולם לא קבע זאת במפורש,¹⁷³ אך לדעתי, כפי שצינתי לעיל, מן הראוי שתקנת הציבור הישראלית תכלול בחובה אף הפרות בוטות של עקרונות יסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי, שכן המדינות כיום קשורות זו לזו והאינטרס האינדיבידואלי של כל מדינה ומדינה אינו הגורם היחיד המכתיב את התנהגותן ומדיניותן הפוליטית. תחושת המחויבות ההדדית, הנובעת מקיומם של קשרים כלכליים, פוליטיים ומוסריים בעולם גלובלי, ממלאת תפקיד חשוב בעיצוב הכרעותיהן הפוליטיות של המדינות השונות. לנוכח פרוץ תופעת הגלובליזציה, כבר אין זה בבחינת חידוש לכתוב כי התנהגות החברה העולמית היא מדבקת הפיכת ההתנהגות האנושית בתחום הכלכלה הבינלאומית באמצעות הגלובליזציה והקמת הכפר הווירטואלי מעוררים גידול בתשוקה לאחידות נורמטיבית. הדבר לא קורה רק בתחום העסקי-כלכלי, אלא אנו עדים אף להתקדמות בתחום המשפט הבינלאומי הפלילי.¹⁷⁴ התפתחויות אלו מעידות על התקדמות בכיוון אחד: הצדק נהפך לעניין בינלאומי אשר בו כל המדינות מתבקשות לשתף פעולה ולתרום למען קידום המטרה המשותפת של השגת טובת אזרחי כל העולם. התפיסה הנה קוסמופוליטית יותר ואינה מתמקדת בהתמודדות עם התוצאות הנלוות לקיום בצוותא של מדינות ריבוניות זו לצד זו. אמנם המדינות עדין מתחרות זו בזו אך יש תחושה של ניסיון לקדם שיקולים של אחריות הדדית ומחשבות לטווח ארוך והעדפתם של שיקולים אלו על פני אינטרסים פוליטיים קצרי טווח. החדרת ממד מתחום המשפט הבינלאומי לדוקטרינת תקנת הציבור החיצונית הנה צעד בכיוון זה. נשאלת השאלה אם בין עקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי הפומבי שמן הראוי לכלול בדוקטרינת תקנת הציבור החיצונית ניתן לכלול גם את הוראת סעיף 43 לאמנת האג. אכן יש התוהים אם אמנת האג נועדה מלכתחילה להקנות כוח לבקר בביקורת שיפוטית

172. בג"ץ אסכאן (לעיל, הערה 61), בעמ' 809-810.

173. המשפט האנגלי הכיר בעקרונות המשפט הבינלאומי הפומבי כחלק מתקנת הציבור החיצונית שלו. ראו: *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co (Nos. 4 & 5)* [2002] UKHL 19; [2002] 2 W. L. R. 1353; Roger O'Keefe, "Case And Comment", 61(3) *Camb. L. J.*, (2002) 499, p. 501.

חקיקה הנחקקת על ידי הכוח הכובש, ומעלים ספקות אם יש בידי השופטים בבתי משפט לאומיים יכולת לקבוע אם החקיקה היא מחויבת אם לא.¹⁷⁵ ואולם לא זו הדרך שבה פסע בית המשפט הישראלי אשר בחר לבחון בתקיפה ישירה את חוקיות חקיקת המושל הצבאי לנוכח הקבוע בסעיף 43 לאמנת האג.¹⁷⁶ לדעתו, בחינת חוקיות צווי המושל הצבאי ראוי שתיעשה בהתייחס לנורמות אוניברסליות הרווחות במשפט העמים, לרבות אלו הקבועות בסעיף 43 לאמנת האג. התעלמות מהקבוע בסעיף זה תצביע על כך שצווי המושל נוגדים תפיסות יסוד של שיטת המשפט הישראלית ואת ראיית ישראל כחברה במשפחת העמים הבינלאומית. על כן בית המשפט האזרחי רשאי להימנע מהחלת צווי מושל צבאי אם ימצא כי הם נוגדים את סעיף 43 לאמנת האג, באמצעות קביעה כי הם נוגדים את תקנת הציבור החיצונית. לפיכך ההבחנה שהוצגה לעיל בין היקף הביקורת השיפוטית בתקיפה עקיפה ובין היקפה בתקיפה ישירה אינה כה קרדינלית ומתמקדת באי-היכולת למתוח ביקורת שיפוטית על חקיקת המושל הצבאי בנוגע למשפט המנהלי הישראלי בתקיפה עקיפה.

על כן ייתכן שבפסק הדין בעניין **חמואדה** היה מקום להגיע לידי תוצאה שונה. כזכור פסק שם בית המשפט כי התביעה התיישנה מכוח הוראות הצו שהתקין מפקד האזור בשנת 1976. צו זה החיל בשטחים הוראות מחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975,¹⁷⁷ והוראות של סעיפים אחדים בפקודת הנויקין האזרחיים 1944,¹⁷⁸ לרבות סעיף 68 הקבוע תקופת התיישנות של שנתיים. החלטה זו של המפקד הצבאי מעוררת למצער תמיהות לנוכח העובדה שהוראת חוק זה בוטלה במשפט הישראלי והוחלפה בסעיף 3 לחוק לתיקון פקודת הנויקים האזרחיים (תיקון מס' 2) תשט"ז-1956,¹⁷⁹ אשר האריך את תקופת ההתיישנות, כאשר בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר: "סעיף 68 שבהצעה מגדיל את התקופה בה צריכה להיות מוגשת התביעה... אמנם קיימת הנחה כי רצוי שתביעה על נזיקין תוגש תוך זמן קצר, אך הניסיון הוכיח, ובתי המשפט כבר הצביעו על כך, כי התקופה של שנתיים הנה קצרה מדי."¹⁸⁰ תקופה זו הוארכה שוב בסעיף 5 לחוק ההתיישנות,

174. קיומם של בתי הדין הבינלאומיים לפשעי מלחמה בנירנברג, טוקיו, רואנדה ויוגוסלביה ובית הדין הפלילי הבינלאומי כמו גם פיתוחו של הדין בדבר הסמכות האקסטררה-טריטוריאלית לשיפוט בגין עברות חמורות, וצמצום חסינות המדינה וראשי המדינה.

175. בתי המשפט האמריקניים קבעו כי כללי האג מ-1907 בדבר ניהול שטחים מוחזקים אינם self executing ולכן אינם אכיפים בבתי המשפט האמריקניים: *Tel Oren v. Libyan Arab Republic* 726 F. 2d. 774 (D. C. Cir., 1984).

176. Benvenisti (לעיל, הערה 108), בעמ' 88.

177. חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234.

178. פקודת הנויקים האזרחיים, 1944, ע"ר 1944, תוס' 1, 93.

179. פקודת הנויקין האזרחיים (תיקון מס' 2) תשט"ז-1956, ס"ח 78.

180. הצעת חוק לתיקון פקודת הנויקים האזרחיים, תשט"ז-1956, ה"ח 51. ראו גם דברי ההסבר של שר המשפטים בקריאה ראשונה של החוק בכנסת כפי שהם מובאים בפרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, מס' 11, פקודת הנויקין לאור תולדות התהוותה ותיקוניה (גד טדסקי ואברהם רוזנטל – עורכים, מסדה, 1960), 156.

תשי"ח-1958, אשר ביטל את סעיף 68 לפקודת הנוזיקין והעמיד את תקופת ההתיישנות על שבע שנים. ניתן לטעון כי ההייתו של סעיף 68 על ידי המפקד הצבאי והחלת תקופת ההתיישנות קצרה, שנחשבת בלתי צודקת, על תושבי האזור נוגדת את תקנת הציבור החיצונית הישראלית.¹⁸¹

יתרה מזו, אף בביקורת השיפוטית לפי המשפט המנהלי, יוכל בית המשפט הישראלי לבחון, בתקיפה עקיפה, אם חקיקתו של המושל הצבאי אינה נוגדת את אותן ההוראות השייכות לתחום המשפט המנהלי אשר כבר הוכרו בעבר כחלק מעקרונות היסוד של השיטה הישראלית וכחלק מתקנת הציבור החיצונית. אלו אמנם אינם כוללים את כל עקרונות המשפט המנהלי, ולכן הביקורת שימתח בית המשפט האזרחי תהא מצומצמת יותר בהיקפה מהביקורת שיכול למתוח בג"ץ בתקיפה ישירה. בג"ץ בוחן, למשל, את חוקיות הצו של המושל הצבאי לעומת דרישת השוויון כפי שהוכרה במשפט המנהלי הישראלי, ואילו בית המשפט האזרחי יוכל אך לבחון אם הצו ממלא את אותו חלק מדרישת השוויון שהוכר כחלק מתקנת הציבור החיצונית הישראלית. אם הצו לא יעלה בקנה אחד עם דרישה זו, יהיה על בית המשפט לסרב להתילו ולבכר תחתיו את הדין הישראלי.

לסיכום, החלת נורמות הלקוחות מהדין הישראלי על אירוע נזיקי שהדין החל עליו הוא דין האזור מכוח הפניית כללי בררת הדין, אפשרית לדעתי כמהלך חריג, אם הדין הזר נוגד נורמות בסיסיות שהן מעיקרי שיטת המשפט הישראלית, או נורמות המקובלות בשיטות המשפט של מדינות בנות תרבות. בדרך זו יוכל בית המשפט האזרחי להציע נרטיב שונה ולמנוע את הסיפוח הזוחל של השטח הכבוש.

י. סיכום

בשתי דרכים מצמצם המשפט הישראלי את תחולת הדין שחל באזור בעת שהוא נדרש להכריע בסכסוכים אזרחיים בין תושבי השטחים לאזרחים ישראליים. בדרך האחת הוא מתייחס אליו כאל הדין שמוחל מכוח החקיקה הפנימית הישראלית ורואה בו חלק מהדין הישראלי. בדרך השנייה הוא רואה בו דין חלש הגדחה מפני הדין הישראלי הדומיננטי מתוך מתן עדיפות לאינטרסים של הריבון הישראלי בעת החלת כללי בררת הדין.¹⁸² בכל אחת מהדרכים משתמש בית המשפט בתחבולה אחרת. כל אחת מהן מובילה לתוצאה נוגדת. בית המשפט משתמש בדרכים אלו לחלופין ולפי ראות עיניו על פי התוצאה הסופית שאליה הוא חותר להגיע. בהשתמשו במניפולציות אלו, תורם בית המשפט, אמנם מפרספקטיבות שונות, להחלת נורמות של המשפט הישראלי בשטחים. שתי הדרכים פוגעות במגמת

181. לעובדה כי נושאים פרוצדורליים כגון מועדים יכולים להיכנס לקטגוריית תקנת הציבור החיצונית ראו ע"פ 2521/03 סירקיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 337, בעמ' 346-347, פסקה 18 לפסק דינו של השופט חשין. לעניין האפשרות סטוגיית ההתיישנות תנגוד את תקנת הציבור החיצונית ראו ת"א (ת"א) 2244/81 קומפני פרויון דה פרטיסיפסיון נ' פלאטו שרון ו-18 אה' (לא פורסם), השופטת בן-עתו.

182. Benvenisti (לעיל, הערה 30), בעמ' 133.

המשפט הבינלאומי הפומבי לשמור על הדין שהיה קיים באזור, כדין הריבון הכבוש, אשר ריבונותו הושעתה אך לא בוטלה. הראשונה עושה זאת במפורש והשנייה עושה זאת בעקיפין.

שתי הדרכים חושפות את גישתם של בתי המשפט בישראל כלפי השטחים, גישה אשר לא רואה בהם עוד פיקדון מוחזק, אלא מסייעת להכללתם ההדרגתית, למעשה, בתחום השלטון הישראלי. שתי הדרכים מייצגות נדבך נוסף התומך במגמה, שאיטר בעבר פרופ' רובינשטיין, של מחיקה הדרגתית של החיץ המשפטי בין השטחים ובין תחומה של מדינת ישראל, עד שכיום עצם הדיבור על שטחים אלה כמצויים מחוץ לתחומה של ישראל נשמע מוזר ולא מציאותי.¹⁸³ שתי הדרכים תואמות את אופי התהליך שהוא מתאר, ולפיו אף שיש להן השלכות מכריעות על טיבו של המשטר הישראלי ועל מעמדה של המדינה, השימוש בהן נעשה בלא שינויים ישירים ומפורשים במתכונת החוקית שמכוחה מתנהלים השטחים אלא באופן קואיסיטי על ידי בתי המשפט.

הדרך הנכונה לפתרון סכסוכים אלו המערבים את דין המדינה הכובשת ודין האזור, כמוצע במאמר זה, הנה הירדרשות לכללי בררת הדינים מתחום המשפט הבינלאומי הפרטי. אמנם כללי בררת הדין אינם כללים נוקשים. הם מותירים מרחב בידי השופטים לברור את הדין החל. אין הם כללים טכניים שהחלתם אוטומטית.¹⁸⁴ ואולם לגישתי אין לנצל גמישות זו לרעה. שיקול הדעת השיפוטי צריך להיות מיושם באופן עקרוני לבל תתעורר התחושה בקרב הצדדים כי בית המשפט משרת מטרות פוליטיות של המדינה הכובשת. בחינה עקרונית של הסוגיה מחייבת החלתם של כללי בררת הדין, ככל האפשר, באופן שבו הם מוחלים על סכסוכים בין מדינות זרות ריבוניות ועצמאיות. החלתם באופן זה תרמוז על נכונותה של מדינת הפורום לכבד את דינה של שיטת המשפט של האזור ועל רצונה לאפשר לשיטת משפט זו ליהנות מיחס שווה לזה שלו זוכה מדינה עצמאית.¹⁸⁵ ייתכן שבעת יישום היוקת תשפיע העובדה שבכל זאת אין מדובר במדינה ריבונית העומדת בזכות עצמה אלא בשטח כבוש, ואולם אין לשכתב את דיני המשפט הבינלאומי הפרטי מיסודם, משום שהכללים הקיימים בהחלט מתאימים לתופעת המתקל בין דיני המדינה ריבונית לדיני השטח הכבוש.

הואיל ומדינות משתמשות בבררת הדין כדי ליישם את מדיניותן ולקדם טוב יותר את מטרותיהן, בחירת כללי בררת דין בנוגע למתקל עם דיני האזור היא הזדמנות למדינת ישראל לקדם את האינטרסים שאותם היא מחשיבה. באחרונה ניכרת נכונותו של בית

183. רובינשטיין (לעיל, הערה 33), בעמ' 440.

184. ראו דברי השופט אוקון: "כללי בררת הדין אינם כמו הנהר Styx, אותו נהר המפריד על פי המיתולוגיה היוונית, בין ארץ החיים לממלכת הצללים", ת"א מוחמדה (לעיל, הערה 11), פסקה 18.

185. פרספקטיבה זו תומכת בגישת הזרם הרב-צדדי, multilateralism, המתייחסת לכל הדינים הרלוונטיים למתקל באופן שווה, להבדיל מגישת הזרם החד-צדדי, unilateralism, שבו ניתנת עדיפות לדין הפורום.

המשפט הישראלי לבסס את ניתוחיו המשפטיים על המשפט הבינלאומי.¹⁸⁶ מוכח הרצון להתאים את המשפט הישראלי למשפט הבינלאומי ובכך לחזק את מעמדו המשפטי של המשפט הבינלאומי בתוך המשפט המוניציפלי הישראלי. המשפט הבינלאומי הפומבי שואף לשמר את הריבונות שהייתה קיימת באזור עובר לכיבוש, ומתן כבוד לשאיפה זו משמעותה הבטחת המשך תחולתם של כללי בררת הדינים הרגילים גם במתקל בין שיטת המשפט של המדינה הכובשת לדין האזור, מתוך הבעת מחויבות כלפי האינטרסים של השטח הכבוש.

186. בן-נפתלי ומיכאלי (לעיל, הערה 37), בעמ' 60; בג"ץ בית סוריק (לעיל, הערה 129).