

הארכיטקטורה של כלל בררת הדין בנזיקין במשפט הבין-לאומי הפרטי בישראל – עיון תאורטי בפרשת יובינר¹

איריס קנאור*

- א. מבוא
- ב. בררת הדין בנזיקין
1. כללי
2. עידן טרום המהפכה – "יְהִי עַד הַיּוֹם הַזֶּה תְּהִי וְנִבְהוּ"
3. מהפכת פסק הדין בעניין ינון
- 3.1 הצגת ההכרעה השיפוטית – על חבלי לידה ורגע הבריאה
- 3.2 ניתוח הבחירה – עצמת המהפכה
- 3.3 הכלל בדבר מקום קרות העוולה – הצדקות וביקורת
- 3.4 החריג בדבר דין המדינה שלו הקשר ההדוק ביותר לעוולה – הצדקות וביקורת
- ג. עניין יובינר – על חבלי משיח ותופעות הלואי של המהפכה
1. השופטת נאור – ברומא התנהג כרומאי
- 1.1 תפיסה פורמליסטית
- 1.2 כללי בררת הדינים – הצדקות קלאסיות
- 1.3 כללי בררת הדינים – הצדקות קוסמופוליטיות לכללי בררת הדין
2. השופטת ארבל – "הַיְלִיכוּ שָׂנִים יַחְדָּו; בְּלִתֵּי אִם-נֹעְדוּ"
- 2.1 המשפט ההשוואתי – חלופה לתפיסה הקוסמופוליטית
- 2.2 מקום המושב המשותף – חלופה להסכמת הצדדים?
- 2.3 מקום מושב משותף – הצדקות וביקורת
3. השופטת חיות – "צֶדֶק צֶדֶק תְּרַדֶּף"
- 3.1 גישת הצדק המהותי
- 3.2 ביקורת על גישת הצדק המהותי – *government des judges*
- 3.3 ביקורת על גישת הצדק המהותי – גישת הצדק הפלורליסטי וסגירת מעגל
- ד. כלל בררת הדינים בנזיקין בכלל ובדיני תאונות הדרכים בפרט – דיון נורמטיבי
- ה. סיכום – *I like the indefinite, the boundless; I like continual uncertainty*

* פרופסור למשפטים, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

¹ ע"א 3299/06 יובינר נ' סקלאר, פדאור 09(9) 236 (2009).

א. מבוא

דברים טובים קורים לאחרונה לדיסציפלינת המשפט הבין-לאומי הפרטי. עד לא מזמן חוגים רחבים ראו שדה משפטי זה כארכאי, שמרני ומיושן. הוא נתפס כתחום משפטי רדום שעסק בעיקר בהתבוננות עצמית, פעולה המשקפת, לא פעם, אבדן דרך ומשבר זהות של ענף משפטי.² במקרים רבים נדחק המשפט הבין-לאומי הפרטי הצדה, תוך שמושמת כלפיו ביקורת בדבר התמקדותו בסכסוכים אזוטריים המתרחשים רק לעתים נדירות, כמו גם בדבר תרומתו הזניחה לפיתוח תורת המשפט. באופן מתמיד הוא נדרש בעבר לרטוריקה אפולוגטית נגד כתב אישום מדומה אשר במרכזו הטענה כי בסיסו התאורטי פורמליסטי וכי תאוריות מודרניות וחשיבה פוסט-ראליסטית לא הטביעו עליו את חותמן.

אולם בעת הזו רוחות של שינוי נופחות חיוניות במפרשיו, מעוררות אותו לחיים וממריצות אותו להתחדשות. חלק מן הסיבות אשר הובילו לכך שתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי נלקח היום ברצינות רבה יותר הן יכולתם של פרטים לחצות גבולות ביתר קלות הודות לחופש התנועה; השתלבותם של שווקים כלכליים ממדינות שונות זה בזה ושזירתם ההדוקה והבלתי נמנעת; פיתוחן של המצאות טכנולוגיות בתחום התחבורה והתקשורת; התבוננות גלובלית על סוגיות חוצות גבולות כדוגמת השמירה על איכות הסביבה; שאיפה למוחצנות ולרגולציה חוץ-רטיטוריאלי של מקצת מהריבונים ונכונות לרכישת סמכות שיפוט אוניברסלית בתביעות אזרחיות על ידי בתי משפט מדינתיים. אכן, מהפכת הגלובליזציה חייבה את העוסקים בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי להפסיק ולהידרש למבנה הנורמטיבי הלאומי הישן כנתון, ובה בעת עודדה את המתעניינים בתחום לחשיבה מחודשת על השחקנים הישנים – הפרטים והמדינות – בהקשר הכלכלי, הפוליטי והחברתי-תרבותי העולמי. היא גם עודדה אינטראקציה תוך-דיסציפלינרית בין תחום זה לתחומי משפט אחרים.

באופן מצער, נדמה כי בעבר המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי לא היה ער לתהפוכות אוניברסליות אלו, בשל התעלמות כמעט שיטתית של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת ממנו.³ אולם לאחרונה עוברים גם על המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי שינויים דרמטיים. זה מקרוב נדרש בית המשפט העליון יותר ויותר לסוגיות פרוצדורליות⁴ ומהותיות⁵ של שדה משפטי זה. דא עקא, שינויים פסיקטיים

² ראו בהקשר אחר, רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" **עיוני משפט** כה 445, 443 (2001).

³ איריס קנאור "מיפוי תיאורטי של המשפט הבינלאומי הפרטי וההרורים אחר הבנייתו הנורמטיבית במבט השוואתי" **עיוני משפט** לב 339, 345–351, 352 (2010).

⁴ ראו לדוגמה את החלטות בית המשפט מהעת האחרונה בעניין סמכות השיפוט ובעניין שאלת הפורום הלא נאות: ע"א 9725/04 **אשכורן חברה לסוכנויות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics**

אנקדוטיים אלו אינם מלווים בחשיבה מחודשת תאורטית, עקרונית ועקבית על הדיסציפלינה בכללותה.

אכן, במשפט הבין-לאומי הפרטי מתרחשות על פי רוב רפורמות ולא מהפכות. דבר זה מחייב הפניית תשומת לב רבה לכל תמורה המתחוללת בנוסחם של כללי בררת הדינים, שכן לא פעם מפנה בכללים אלו ממחיש את האופן שבו חברה לאומית בוחרת להתמודד עם תופעת הגלובליזציה והבין-לאומיות.⁶ מאמר זה מציע לבחון כיצד משקף כלל בררת הדין בנוזיקין – שפותח, עובד ושונה לאחרונה בפסק דין תקדימי של בית המשפט העליון בישראל בעניין יובינר – תופעה זו בדבר היות המשפט הבינלאומי הפרטי תחום ששורשיו לאומיים אך אשר בהדרגה מתמזג עם המשפט הבינלאומי הפומבי.⁷

תחילה תיסקר בקצרה ההתפתחות ההיסטורית של כלל בררת הדינים בנוזיקין במשפט הישראלי. תוצג המבוכה המשפטית ששלטה בתחום בעבר, וייערך ניתוח דוקטרינרי של ההכרעה התקדימית המהותית של בית המשפט העליון – עניין ינון – שעיצבה את כלל בררת הדינים בנוזיקין ואשר קדמה לעניין יובינר (פרק ב'). חלק הארי של המאמר יציג ניתוח מעמיק של שיקולי מדיניות העומדים בבסיס ההלכות שנקבעו על ידי כל אחת משלוש השופטות שישבו בדין בעניין יובינר, בניסיון ליתן לבוש תאורטי להכרעתן. תיבחן הטענה שלפיה באמצעות הבחירה בחלופה כלשהי מבין האלטרנטיבות השונות לכללי בררת הדינים, משפיע בית המשפט למעשה על אופן התמקמות החברה הישראלית במערך הגלובלי, וקובע את מידת השתלבותה בו.

Ltd, פדאור 588 (27)07 (2007); רע"א 9810/05 Martin J. Hecke נ' Pimcapco Limited, פדאור 837 (22)09 (2009); רע"א 10250/08 קציב נ' ZAO RAIFFEISENBANK (תאגיד זר), פדאור 531 (7)10 (2010).

⁵ בררת הדין בחוזי עבודה: בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פדאור 528 (30)07 (2007); בררת הדין בנוזיקין: ע"א 1432/03 ינון יצור ושייוק מוצרי מזון נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345 (2004) (להלן: עניין ינון); עניין יובינר, לעיל ה"ש 1; בררת הדין בנושא מעמד אישי: בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית, פדאור 73 (29)06 (2006); בררת הדין בדיני ירושה: בע"מ 594/04 היועץ המשפטי לממשלה – האפוטרופוס הכללי נ' פלונית, פ"ד נט(3) 297 (2004); אכיפת פסקי דין זרים: ע"א 1268/07 גרינברג נ' במידה, פדאור 642 (5)09 (2009).

⁶ Th.M. de Boer, *Living Apart Together: The Relationship Between Public and Private International Law*, 57 NILR 183 (2010).

⁷ למותר לציין שישנן תאוריות רבות אחרות שאל מולן ניתן היה לאמוד את מידת הרציות של כלל בררת הדינים בנוזיקין במשפט הישראלי, אלא שמאמר זה בוחר לשים דגש מיוחד דווקא על פרספקטיבה בין-לאומית זו. ראו בכלליות: Perry Dane, *Conflict of Laws*, in BLACKWELL COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 197 (Dennis Patterson ed., 2010). ניתן לצפייה בכתובת: <http://ssrn.com/abstract=1536767> (נבדק לאחרונה ב-17.10.2010).

במקביל יבחן המאמר, באופן ביקורתי, את התפקיד שממלא בית המשפט כעורך רפורמה משפטית בשאלת כללי בררת הדינים בנזיקין במשפט הישראלי (פרק ג'). לבסוף, יציע המאמר פתרון נורמטיבי לכלל בררת הדינים בנזיקין במשפט הישראלי (פרק ד').

ב. בררת הדין בנזיקין

1. כללי

ניסוח מדויק של כללי בררת הדין בנזיקין התגלה כבעייתי במשפט הישראלי עוד בטרם הפכה תופעת הגלובליזציה לפופולרית.⁸ המשפט הישראלי שיקף את הכאוס המתודולוגי ששלט בתחום בררת הדין בנזיקין ברחבי העולם. בתחום החוזים הטרנס-לאומיים, למשל, יש בסיס הגיוני לקביעת כלל מנחה לבררת הדין המתחקה אחר הציפיות המוקדמות הסובייקטיביות של בעלי הדין באשר לדין החל. זאת, מאחר שלצדדים יש ברגיל הזדמנות להגדיר את הדין אשר יסדיר את מערכת היחסים המשפטית ביניהם,⁹ ומשלא עשו כן יוחל על החוזה הדין שלו מרב הזיקות, אשר ממילא היו לרוב ידועות מלכתחילה לצדדים המתקשרים.¹⁰ אולם פתרון זה אינו ישים לתחום דיני הנזיקין. תאונות מטבען אינן מתוכננות ומערבות אינטרסים ושיקולים מגוונים ומורכבים יותר. ודוק, כללי בררת הדין בנזיקין חשובים למערך היחסים שמסדיר תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי נוכח ריבוי המצבים שבהם מתדיינים שאין ביניהם הסדר חוזי, והכפופים לסמכויות שיפוט שונות, מוצאים עצמם מעורבים בסכסוך נזיקי.¹¹

הקושי בניסוחו של כלל בררת דין בנזיקין נובע מהעובדה כי תביעות נזיקיות הן

⁸ תהליך בררת הדינים בנזיקין תואר על ידי הלורד דנינג (Lord Denning) בפסק הדין *Boys v. Chaplin*, [1968] 1 ALL E.R. 283 כ: "one of the most vexed questions in the conflict of laws".

⁹ יש הטוענים כי אין להגזים בחשיבות ההבחנה בין תחום החוזים לתחום הנזיקין, וזאת משום שמרבית התביעות כוללות היבטים חוזיים ונזיקיים כאחד כמו גם משום שחלק מהתביעות הנזיקיות הן בעלות מאפיינים חוזיים ולצדדים הייתה הזדמנות להתדיינות ולמשא ומתן. ראו: Michael J. Whincop & Mary Keyes, *The Market Tort in Private International Law*, 19 Nw. J. INT'L L. & BUS. 215 (1999).

¹⁰ איילת בן עזר ויעד רותם "תניות ברירת דין בחוזים בין-לאומיים: הצעה למודל של אוטונומיה מוגברת" **משפט ועסקים** א 333 (התשס"ד).

¹¹ על הקושי בסיווג בין חוזים לנזיקין ראו: Celia Wasserstein Fassberg, *Classification and Conflict of Laws*, in CLASSIFICATION OF PRIVATE LAW: BASES OF LIABILITY AND REMEDIES 189 (Celia Wasserstein Fassberg & Israel Gilead eds., 2003).

לרוב תביעות רחבות היקף וסבוכות מאוד אשר לא תמיד ניתן לצפות בהקשרן את זהות הצדדים ואת מהות הגורמים המעורבים.¹² נוכח מורכבות התחום קיימת טענה שאין בנמצא (ואין זה ראוי לפתח) כלל בררת דין אחיד אשר יתאים למגוון הסיטואציות הרבות האפשריות כגון: תביעות בגין נזק שנגרם לאנשים פרטיים או לבעלי חיים, תביעות בגין לשון הרע, תביעות בגין מטרד, תביעות בגין תחרות בלתי הוגנת וכדומה. כמו כן, חלק מדיני הנזיקין חלים על התנהגות חוצת גבולות המועדת במובהק לגרום נזקים משמעותיים במדינות רבות נוכח פיתוחי הטכנולוגיה ופריחתו של הסחר הבין-לאומי. כך הדבר, לדוגמה, בתביעות הנוגעות לאיכות הסביבה או למוצרים פגומים.¹³ לבסוף, נזיקין הוא תחום של המשפט הפרטי הקשור קשר אמיץ למדיניות ציבורית במובנה הרחב: דיני הנזיקין נועדו להשיג מטרות ציבוריות חשובות של הרתעה וענישה, פיזור נזק ועידוד רכישת ביטוח.¹⁴ עירוב זה בין המשפט הפרטי לשיקולים ציבוריים מקשה אף הוא על תהליך עיצובם של כללי בררת הדינים.

2. עידן טרום המהפכה – "וְהָאֲרֶץ הִיְתָה תְּהוֹ וְנִבְהוּ"¹⁵

בהיעדר הנחיה ברורה מטעם המחוקק בדבר מהותו של כלל בררת הדינים בנוזיקין, עיצוב כלל הבררה נותר בידי בית המשפט. בדרך כלל שיקול הדעת של בית המשפט יכול לנוע על ספקטרום שבין החלת דין הפורום, לבין החלת דין מקום קרות העוולה, לבין החלת הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לעוולה ולבין החלת תמהיל של כללים אלו. נוכח שיקול דעת רחב זה נגזזה במהרה התקווה לוודאות ביחס לכלל בררת הדין בנוזיקין, ותחתיה סבל המשפט הישראלי מחמישה עשורים של בלבול אשר היו תוצר של כללים חלקיים וסותרים שפותחו על ידי בית המשפט.

בשני פסקי דין מובילים בעניין קלאוזנר¹⁶ ובעניין ג'ון כהן,¹⁷ נדונה הסוגיה, הגדורה באופן יחסי, אשר עסקה בשאלה כיצד תיקבע הזכות לפיצוי של תייר שניזוק

¹² Symeon C. Symeonides, *Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiffs Win* and Should, 61 HASTINGS L. J. 337 (2009) (להלן: Symeonides, *Choice of Law in*).

(*Cross-Border Torts*).

¹³ איילת בן עזר **אחריות למוצרים פגומים: ברירת הדין** (2003) (להלן: בן עזר **אחריות למוצרים פגומים**).

¹⁴ אשר על כן, לא ייפלא שבמשפט האמריקני תחום זה הושפע רבות מדוקטרינת ניתוח האינטרסים. ראו: BRAINERD CURRIE, *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473 (1963); LEA BRILMAYER, *CONFLICT OF; SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS* (1990) (BRILMAYER, *CONFLICT OF LAWS*; (להלן: BRILMAYER, *CONFLICT OF LAWS*), chapter 2 (2nd ed. 1995).

בראשית א 2.

¹⁶ ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לז(4) 449 (1983).

¹⁷ ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(2) 705 (1994) (להלן: עניין ג'ון כהן).

בישראל. בית המשפט העליון החיל במקרים אלו את דין הנזיקין הישראלי, אך לא ניצל את ההזדמנות לקבוע כלל בררת דין מקיף לתחום הנזיקין בכללותו ובמיוחד ככל שהדבר נגע לעוולות זרות. הוא הותיר כמעט במודע את המצב המשפטי מעורפל ונתון להכרעה עתידית, הגם שבמקביל התפתחה כתיבה אקדמית רבה בתחום.¹⁸ בתחילת הדרך, כאשר בית המשפט דן בגורלן של עוולות שאירעו מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, הוא החדיר למשפט הישראלי את כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי שרווחו בשיטת המשפט המקובל האנגלית.¹⁹ בית המשפט אימץ תחילה את הכלל האנגלי²⁰ שלפיו כדי שתביעת נזיקין תידון בישראל, על התובע להראות כי עומדת לזכותו במצטבר עלילת תביעה הן בדין הפורום והן בדין מקום ביצוע העוולה (או לכל הפחות שההתנהגות היא בלתי מוצדקת לפי הדין הזר).²¹ גרסה מרוככת של כלל זה – כלל "התביעות הכפולה" (double actionability)²² – שהוסיפה למשפט האנגלי גם חריג גמיש ברוח גישת ניתוח האינטרסים האמריקנית,²³ אומצה אף היא למשפט הישראלי.²⁴ אולם עם חקיקת חוק יסודות המשפט החלו בתי המשפט בישראל לבטא תחושות בדבר אי-מחויבותם ללכת בעקבות המשפט

18 ברוך ברכה "לקראת כללים חדשים לברירת הדין בנזיקין?" הפרקליט כו 167 (1970); סיליה וסרשטיין-פסברג "ברירת דין וקביעת הנזק בתביעות נזיקין" משפטים כו 325 (1995) (להלן: וסרשטיין-פסברג "ברירת דין וקביעת הנזק בתביעות נזיקין"); עמוס שפירא "בררת הדין בנזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל: מאנדלמוסיה ללכירות מתודולוגית" ספר שמגר חלק ג 69 (אהרן ברק עורך, 2003) (להלן: שפירא "בררת הדין בנזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל"); עמוס שפירא "ברירת הדין בנזיקין: הצעת חוק" עיוני משפט ב 203 (1972); אביגדור לבונטין "ברירת הדין בנזיקין: מבוח ומוצא" ספר לנדוי כרך ג 1349 (אהרן ברק ואלנינער מזוז עורכים, 1995) (להלן: לבונטין "ברירת הדין בנזיקין: מבוח ומוצא"); רונה שוז "כלל ברירת דין חדש בנזיקין: הטוב והרע" מאוני משפט ה 491 (2006).

19 Amos Shapira, *Private International Law*, in INTRODUCTION TO THE LAW OF ISRAEL 361, 361 (Amos Shapira & Keren C. DeWitt-Arar eds., 1995)

20 *Machado v. Fontes* [1897] 2 Q.B. 231 (C.A.); *Phillips v. Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1

21 ע"א 180/51 גולדקורן נ' ויסוצקי, פס' 6 לפסק דינו של השופט זילברג, פ"ד ח 262 (1954).

22 עניין *Boys v. Chaplin*, לעיל ה"ש 8. לניתוח גישת המשפט האנגלי ראו: Alan Reed, *The Anglo-American Revolution in Tort Choice of Law Principles: Paradigm Shift or Pandora's Box?*, 18 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 867, 909 (2001)

23 על פי גישת ניתוח האינטרסים, על בית המשפט לנתח את האינטרסים ושיקולי המדיניות המסתתרים מאחורי החוקים של המדינות השונות שהן בעלות זיקה לתביעה התלויה ועומדת בפניו. בית המשפט נדרש לבחון אם אינטרסים ושיקולים אלו ממשיכים להתקיים ולהיות רלוונטיים ביחס ליסודות הזרים של התביעה. המדינה שדינה יוחל היא המדינה בעלת העניין הרב ביותר בהחלת דינה על העוולה. עניין *Babcock v. Jackson*, לעיל ה"ש 14.

24 ת"א (מחוזי ב"ש) 151/80 קפלן נ' גבאי, פ"מ תשמ"ב(2) 290.

האנגלי.²⁵ נטען, גם על ידי מדינות אחרות שפסעו בעבר בדרכו של המשפט האנגלי, כי נורמות אשר הוסדרו במשפט האנגלי במאה ה-19 אינן מתאימות לתנאי הסחר של ימינו.²⁶ כן נטען, כי הכלל האנגלי סובל מחוסר בהירות ומקנה לבית המשפט שיקול דעת בהעדפת דין הפורום. אולם גם כאשר היה ברור כי הזמן בשל לשינוי דוקטרינרי, הסתפק בית המשפט העליון בישראל ברמיזה כי קיימת עדיפות לנטישת הגישה האנגלית ולאימוץ הגישה האמריקנית המותרת שיקול דעת רחב בידי בית המשפט,²⁷ תוך שהוא משאיר את הסוגיה ללא הכרעה סופית.²⁸ אף על פי כן, בסופו של יום נסוג בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין ג'ון כהן מאמירותיו הקודמות, ופסק נגד אימוץ פתרונות המשפט האמריקני. זאת, מן הטעם (שבעבר ראה אותו דווקא באור חיובי) ולפיו הפתרון האמריקני גמיש מדי, ויש בו כדי לאפשר לשופטים למצוא תימוכין לכל דין שירצו לאמץ.²⁹ כה רב היה הבלבול עד שבעניין ינון נדרש בית המשפט לחזור ולהביע במפורש ובאופן קטגורי את חוסר שביעות רצונו מהכלל האנגלי.³⁰

²⁵ ע"א 490/88 **בסיליוס נ' עזילה**, פ"ד מד(4) 397, 405, פסק דינו של השופט גולדברג (1990): "ספק הוא אם כיום, לאחר חוק יסודות המשפט, יש עוד מקום לפרש את המונח "דין" שבסעיף הנ"ל, דרך צינור קליטה לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגליים".

²⁶ כפי שנאמר על ידי השופט הקנדי לה-פורסט (La Forest): "Modern means of travel and communication have made many of these 19th century concerns appear parochial. The business community operates in a world economy and we correctly speak of a world community even in the face of decentralized political and legal power. Accommodating the flow of wealth, skills and people across state lines has now become imperative". *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, 1098.

²⁷ בעבר היה מקובל במשפט האמריקני הכלל בדבר מקום קרות העוולה. כלל זה הופיע כעקרון היסוד בריסטייטמנט הראשון § 377 RESTATEMENT (FIRST) OF CONFLICT OF LAWS (1934). כלל זה הוחלף על ידי הריסטייטמנט השני בגישת "הזיקה המשמעותית ביותר". RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 145 (1971) (להלן: RESTATEMENT (SECOND)). גישה זו מחייבת את בית המשפט לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה ולהכריע בשאלה מהי המדינה בעלת הזיקה המשמעותית ביותר למאורע ולצדדים. ראו גם: Symeon C. Symeonides, *A New Conflicts Restatement: Why Not?*, 5 J. PRIV. INT'L L. 383 (2009).

²⁸ עניין **קלאוזנר**, לעיל ה"ש 16, פס' 7 לפסק דינה של השופטת בן פורת. פסק דין זה מסמן את המהפך בשיטה הישראלית והמעבר מהשיטה האנגלית לשיטה האמריקנית בדבר מירב הזיקות. ראו גם ע"א 300/84 **אבו עטיה נ' ערבטיסי**, פ"ד לט(1) 365, פס' 23 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1985).

²⁹ עניין **ג'ון כהן**, לעיל ה"ש 17, פס' 19 לפסק דינו של השופט לוי.

³⁰ עניין **ינון**, לעיל ה"ש 5, פס' 26 לפסק דינו של השופט ריבלין: "סבור אני כי טוב נעשה אם [...]".

התבטאויות אלו מקיפות, פחות או יותר, את הניתוח התאורטי של כללי בררת הדינים במשפט הישראלי. במשך שנים סבלה הפסיקה הישראלית מסתירות, מחוסר עקביות ומהיעדר קוהרנטיות, ובית המשפט לא מצא את ההזדמנות המתאימה להבהיר את האידאולוגיה המתודולוגית שיהיה בה כדי להפיג את הערפל ולהחדיר עקביות לכללי בררת הדינים. התחושה השלטת הייתה של מבוכה כללית ופתרונות נקודתיים אד-הוקים שלא היו משביעי רצון.

על רקע זה, יקל להבין את הכמיהה לפסק דין תקדימי אשר יביא עמו שינוי מהפכני בדיני בררת הדין הישראלי, ינתקו מהסתמכות מכנית על תקדימים בריטיים, יבהיר את גישתו לשיטה האמריקנית וינתב את המשפט הישראלי לעבר גישה עקרונית, אשר תהא קשורה קשר אמיץ לסדר המשפטי הבין-לאומי. כאשר פורסם פסק הדין המקיף והמנומק בעניין **ינון**, נדמה היה כי אף בית המשפט נרתם להביא ערגה זו לסיפוקה.

3. מהפכת פסק הדין בעניין **ינון**

3.1 הצגת ההכרעה השיפוטית – על חבלי לידה ורגע הבריאה

בעניין **ינון**³¹ נדונה תביעת נזיקין שהוגשה על ידי עובדת פלסטינית תושבת השטחים, אשר נפצעה במהלך עבודתה במפעל המצוי ביישוב ישראלי בשטחים. המפעל מצוי בבעלותה של הנתבעת, שהיא חברה הרשומה בישראל. בית המשפט קבע באופן תקדימי כי יש לאמץ את הכלל המבוסס על פנייה לדין מקום ביצוע העוולה, תוך הותרת שיקול דעת לבית המשפט לסטות מדין זה במקרים נדירים שבהם שיקולי צדק דורשים זאת.

קריאת פסק הדין בעניין **ינון** מלמדת בבירור לא רק על כך שבית המשפט בחר לערוך רפורמה בכללי בררת הדין בנזיקין, אלא שגם העדיף לערוך רפורמה שהיא קיצונית בפשטותה. פסק הדין בעניין **ינון** בחר בבירור במודל של כלל וחריג בצדו. מודל זה אופייני, לעתים קרובות, לאופן שבו מעוצבים כללי בררת הדינים בנזיקין.³²

וננטוש את הכלל, שדומה כי אין עוד חולק כי אבד עליו כלה, כלל המייחס משקל מוגזם לדין הפורום [...] ומטיל נטל כבד על כתפי התובע, הנאלץ להוכיח את עילת התביעה שלו לאור הקבוע בשני דינים שונים".

³¹ Michael M. Karayanni, *The Quest for Creative Jurisdiction: The Evolution of Personal Jurisdiction Doctrine of Israeli Courts towards the Palestinian Territories*, 29 MICH. J. INT'L L. 665, 725 (2008). הבקשה לדין נוסף נדחתה. ראו: דנ"א 9524/04 **ינון יצור ושיווק מוצרי מזון נ' קרעאן**, פדאור (2)05 740 (2005).

³² ראו לדוגמה: Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act, 1995, C. 42. RESTATEMENT (SECOND), לעיל ה"ש 27.

בעקבו אחר הפסיקה במדינות אחרות בעולם ובאמצו את הכלל הנוהג במרבית המדינות שבחן, בחר בית המשפט לנטוש את כלל התביעות הכפולה ולהעדיף את הכלל הנוקשה בדבר מקום קרות העוולה.³³ הפתרון שהעדיף בית המשפט הוא פתרון פרגמטי. חזרה זו לכלל פשטני לבררת הדין בנזיקין הפתיעה ודאי מלומדים רבים בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי.³⁴ כך שלל בית המשפט את אפשרות אימוץ הכלל בדבר "הדין הנאות" דהיינו "הדין לו הזיקה האמיצה ביותר" הרווח בחלק ממדינות אירופה (המקנה שיקול דעת לבית המשפט לעניין הזיקה שתיחשב האמיצה ביותר)³⁵ או את הכלל בדבר "ניתוח האינטרסים", המצוי בשיטה האמריקנית (המאפשרת לשופטים לעצב פתרונות ראויים על דעת עצמם).³⁶

בית המשפט העליון התייר חריג מצומצם לכלל; חריג אשר אמור לחול אך במקרים קיצוניים, כאשר המקום שבו בוצעה העוולה הוא נתון מקרי הנעדר זיקה אמיתית למאורע. במקרה חריג ונדיר שכזה, על בית המשפט להחיל את דין המדינה שלו הקשר ההדוק ביותר לאותה עוולה.³⁷ נדמה כי החשש שעמד לנגד עיני בית המשפט היה שהחריג ינוצל (לרעה) לצורך החלת ה-*lex fori*, והוא ניסה להימנע מתוצאה זו בהגבילו את החלת החריג למקרים נדירים ביותר.³⁸

³³ לבונטין פיתח אלטרנטיבה מקורית לבררת הדין בנזיקין: אביגדור לבונטין **בררת הדין – הצעת חוק עם דברי הסבר לפי הסעיפים** (משרד המשפטים, 1998); לבונטין "ברירת הדין בנזיקין: מבין ומוצא", לעיל ה"ש 18. אולם כפי שנקבע על ידי בית המשפט בעניין **ינון**, לעיל ה"ש 5, פס' 31 לפסק דינו של השופט ריבלין, המדובר ב"מודל ייחודי לברירת הדין בנזיקין [...] שספק אם ניתן לאמץ מודל מורכב זה שהוא חלק מרפורמה כוללת המוצעת במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי שלא בדרך של חקיקה".

³⁴ כך המליץ שפירא רק שנה קודם לכן לאמץ את המודל לפיו הדין שיחול על פלוגתאות בנזיקין הוא דין המדינה שלה "הזיקה האמיצה (הקרובה, הממשית, ההדוקה, המשמעותית) ביותר לאירוע ולצדדים". שפירא "בררת הדין בנזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל", לעיל ה"ש 18, בעמ' 85. אך ראו גם וסרשטיין-פסברג "ברירת דין וקביעת הנזק בתביעות נזיקין", לעיל ה"ש 18.

³⁵ רונה שוז "על גישת 'מירב הזיקות' במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי" **מאזני משפט** ד 349 (2005). לדין התומך באימוץ גישה זו לבררת הדין בנזיקין ראו: J. H. C. Morris, *The Proper Law of a Tort*, 64 HARV. L. REV. 881 (1951).

³⁶ CURRIE, לעיל ה"ש 14.

³⁷ עניין **ינון**, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק דינו של השופט ריבלין.

³⁸ מעניין לציין שכבר בנסיבות העובדתיות של פסק הדין בעניין **ינון**, מצא בית המשפט לנכון לסטות מהכלל ולהחיל את החריג. ראו: איריס קנאור "ישראל והשטחים: על משפט בינלאומי פרטי, משפט בינלאומי פומבי ומה שביניהם" **משפט וממשל** ח 551 (2005).

3.2 ניתוח הבחירה – עצמת המהפכה

מה דינה של בחירה זו, והאם היא ראויה? כדי להכריע בשאלה זו יש לאמוד, ראשית, את הפרמטרים שלפיהם תיעשה הבדיקה. כידוע, שיקולים שונים משמשים בערבובייה בזירת הבררה.³⁹ בעניין ינון לא הסתפק בית המשפט העליון רק בקביעת הכלל, אלא הוסיף דיון חשוב בשיקולים המנחים בבחירת הגישה הראויה לבררת הדין בנזיקין. ניתוח שיטתי של ההצדקות שמנה בית המשפט מוביל למסקנה כי שלושה נדבכים של הצדקות לאימוץ הכלל עמדו לנגד עיניו:

סוג אחד של הצדקות שמונה בית המשפט, עניינו בשימור עקרון הריבונות הטריטוריאלית באמרו: "הפנייה אל דינו של מקום ביצוע העוולה נשענת על עקרון הטריטוריאליות הממלא תפקיד מרכזי במשפט הבינלאומי הפרטי (וגם הפומבי). התפיסה המקובלת בדבר ריבונות טריטוריאלית גוררת עמה את התפיסה שלפיה הדין החל במקום שבו בוצע המעשה הוא שצריך להכתיב את תוצאותיו של אותו המעשה [...] הפנייה לדינו של מקום ביצוע העוולה מוצדקת גם משום שהיא מציעה מענה לעניין (ולחובתן) של המדינות בהסדרת הסדר הציבורי בשטחן, בהתאם לעקרון הריבונות הטריטוריאלית".⁴⁰

סוג שני של הצדקות, שהן יותר מובלעות בפסק, עניינו בשאיפה להרמוניזציה עם שיטות משפט אחרות. בית המשפט נדרש למשפט השוואתי מקיף יחסית. לאחר בחינת שיטות משפט רבות: המשפט האנגלי, הקנדי והאוסטרלי, משפט מדינות היבשת והמשפט האמריקני, אימץ בית המשפט כלל וחרג המצוי ברוב שיטות המשפט. בית המשפט לא דן בחשיבות המיוחדת שיש למשפט ההשוואתי במסגרת דיסציפלינת המשפט הבין-לאומי הפרטי, אך ציין במפורש שהן הכלל והן החרג מועדפים על ידי מרבית מדינות העולם המערבי.⁴¹

סוג שלישי של הצדקות הן מתחום ציפיות הצדדים. בית המשפט קבע כי "ככל שיש לצדדים ציפיות, הכלל גם עולה בקנה אחד עמן [...]". האדם הסביר מעריך כי התנהגותו נמדדת לפי הדין החל במקום שבו הוא נמצא. ככלל, לא יהיה הוא סבור כי ביוצאו את מדינתו מלווה אותו דינו שלו. באותה המידה אין הוא סבור כי בעודו פועל במדינתו יוכפף הוא לדין זר אך בשל העובדה שפגע בתושב מדינה זרה או נפגע על-

39 ראו גם: בן עזר **אחריות למוצרים פגומים**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 137-152.

40 עניין ינון, לעיל ה"ש 5, פס' 28 לפסק דינו של השופט ריבלין.

41 שם, פס' 30 לפסק דינו של השופט ריבלין. עיקר הדילמה שבה מתלבטות שיטות המשפט השונות היא בין העדפת דין מקום קרות הנזק (אנגליה, צרפת, הולנד ושווייץ) לבין העדפת דין מקום קרות העוולה (ארצות-הברית). מדינות מסוימות מעניקות לנפגע את יכולת הבחירה בין מקום קרות העוולה למקום קרות הנזק (גרמניה, איטליה ופולין). ראו בכלליות: PETER STONE, EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW: HARMONIZATION OF LAWS 350 (2006).

ידיו".⁴² עוד הוסיף בית המשפט כי המקום שבו בוצעה העוולה מהווה בדרך כלל את הקשר האובייקטיבי היחיד של העוולה למדינה כלשהי; הכלל מקדם ודאות, מקל את הצפיות, מוביל לאחידות יחסית בתוצאה ולחיסכון בעלויות ההתדיינות ואף יוצר תמריץ שלילי לבחירה מחושבת של מקום ההתדיינות (forum shopping).
אכן, מלומדי המשפט הבין-לאומי לדורותיהם נוטים לדבוק במגוון של מטרות מדיניות שתהליך בררת הדין אמור לקדמן, אף שלעיתים קרובות אין הן מתיישבות זו עם זו. כך, שפירא מאתר חמש מטרות מדיניות אשר שומה על הליך בררת הדין לחתור ולקדם: פשטות בהליך השיפוט; אחידות וצפיות של תוצאות ההתדיינות; הדרניות ושיתוף פעולה בין-לאומי; כיבוד הציפיות של הצדדים לגבי הדין החל; קידום מטרות הדין הפנימי של המדינות המעורבות, קרי: פריסה פונקציונלית של כללים משפטיים מהותיים. אולם, כפי שהוא עצמו מציין, המציאות הוכיחה שציפיות מוגזמות באשר לאפשרות של קידום תכליות מדיניות שונות ולפרקים סותרות, הגלומה בתהליך זה, נידונו למפח נפש. תהליך בררת הדין, גם בגרסתו המתוחכמת ביותר, אינו מסוגל לשרת בו-זמנית בנאמנות וביעילות מטרות מדיניות רבות ושונות מדי.⁴³
נוכח היות המטרות סותרות, הרי שקיים קושי בשיפוט ערכי בכל הקשור להעדפת בחירת כלל בררת דין אחד על פני כלל אחר. לכל אחד מהכללים יש יתרונות וחסרונות, וכל אחד מהם מגשים במידה זו או אחרת את שאיפות המשפט הבין-לאומי הפרטי. יש אפוא להתנזר מהגחמה לתפוס מרובה ככגון דא. אין מנוס אלא לדרג את המטרות שראוי לשים בראש סדר העדיפויות כמטרות אשר המשפט הבין-לאומי הפרטי שואף להגשימן.

אלא שבית המשפט בעניין ינון בחר שלא לדרג את המטרות באופן מפורש מספיק. הא ראייה, עד כמה שהמטרות שהוא מנה כהצדקות לבחירת ה- *lex loci delicti* נחזות להיות קוהרנטיות ועקביות, שאלות שתומות רבות נותרו על כנן. מקצתן שאלות כלליות כגון: האם הכלל והחריג נועדו לחלוש גם על עוולות שבוצעו בפורום? האם החריג נועד לחול גם במקרים שבהם מרב הזיקות של הסכסוך, או כולן, להוציא המקום הפיזי שבו אירעה התאונה, הן זיקות לדין אחר אשר פותר את הסכסוך באופן שונה מדין מקום קרות העוולה (זאת, כאשר לא ניתן לומר על המקום

⁴² שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט ריבלין. לדעת שפירא, "ההגינות שבשיפוט התנהגות לפי נורמות משפטיות זרות מותנית תמיד בידיעתו המוקדמת של צד לעסקה, ליחס או לאירוע באשר לאפשרות של חדירה לתחומה של שיטת משפט זרה". שפירא "בררת הדין בנוזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל", לעיל ה"ש 18, בעמ' 82.

⁴³ שם. ראו גם: עמוס שפירא "הערות על טיבם ותכליתם של כללי ברירת הדין במשפט הבינלאומי הפרטי" *עינוי משפט* י' 275 (1984); Amos Shapira, *Territorialism, National Parochialism, Universalism and Party Autonomy: How Does One Square the Choice-of-Law Circle?* 26 BROOK. J. INT'L L. 199 (2000-2001).

שבו בוצעה העוולה כי נבחר באופן אקראי או שרירותי? האם המדובר בכלל בררת דין אשר עתיד להתאים לכל סוגי תביעות הנזיקין או שמא רק לתביעות פיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לבני אדם? האם הכלל חל רק על מחלוקות הנסבות סביב שאלות הנוגעות להסדרת התנהגות או גם למחלוקות הנסבות סביב שאלת חלוקת הנזק, ראשי הנזק ושיעורו?⁴⁴ חלקן שאלות קונקרטיות יותר כגון: האם הכלל והחריג שפותחו כדי לפתור התנגשות בין הדין של הכובש הישראלי לדין הנוהג בשטחים יהיו רלוונטיים גם להתנגשות בין הדין הישראלי לדינה של מדינה ריבונית זרה?

3.3 הכלל בדבר מקום קרות העוולה – הצדקות וביקורת

בעניין ינון בחר בית המשפט את חוליית הקישור בדבר דין מקום קרות העוולה (*lex loci delicti*), ולא את המבחן שמוצג לא פעם כמתחרה הישיר שלו בדבר דין מקום קרות הנזק (*lex loci damni*). הדגש במשפט הישראלי הוא על מיקומה של ההתנהגות שגרמה לנזק ולא על המקום שבו נגרם הנזק או על המקום שבו מורגשות תוצאות ההתנהגות המזיקה.⁴⁵

הסגולה המרכזית המוזכרת בדרך כלל להצדקת כלל בררת הדינים בדבר מקום קרות העוולה היא יתרונו המעשי, בהיותו מבוסס על חוליית קישור פשוטה שהיא קלה יחסית לאיתור. ברי כי יתרון זה לא מתקיים תמיד. לעתים קשה יהיה לקבוע במדויק את מקום קרות העוולה. כך הוא הדבר בתביעות בגין הוצאת דיבה, חדירה לפרטיות ותחרות בלתי הוגנת. יתרה מזאת, יתרון זה יכול אף להפוך לחיסרון, שכן לעתים מקום העוולה, הגם שהוא קל לאיתור, נתפס כשרירותי. כך הוא הדבר לא פעם בתביעות בגין אחריות במוצרים פגומים או תביעות נזיקין הקשורות בתעופה אווירית. במצבים אלו הדין שיחול ייבחר באופן אקראי, אף שמדובר באותו המזיק, באותם הניזוקים ובאותה התנהגות מזיקה, בהתאם לגבולה של המדינה שבה אירעה התאונה.

ההצדקות המוזכרות לרוב לכלל בררת הדינים בדבר מקום קרות העוולה הן, כאמור, תערובת של שיקולי מדיניות ריבונית ושיקולים פרטיקולריים בדבר הגברת

⁴⁴ תופעה הידועה בכינוי *Dépeçage*. ראו: Alex Mills, *The Application of Multiple Laws Under the Rome II Regulation*, in THE ROME II REGULATION ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS 133, 136 (John Ahern & William Binchy eds., 2009) (להלן: *Mills, The Application of Multiple Laws*).

⁴⁵ יצוין כי בהקשרן של תאונות דרכים ככלל אין הבדל בין מקום קרות העוולה למקום קרות הנזק. מקרה נדיר שבו יתקיים הבדל יהיה, למשל, כאשר התאונה מתחילה ברשלנות אשר אירעה בגבולה של מדינה אחת והרכב "גולש" לגבולה של מדינה אחרת שבה מתרחשת לבסוף ההתנגשות ובה נגרם הנזק. ראו למשל: *Alabama Great Southern Railroad Co. v. Carroll*, 11 So. 803 (Ala. 1983). אולם הסיכוי להתרחשותן של תאונות כאלו הוא נמוך מאוד.

הוודאות והגשמת ציפיות הצדדים. אולם יש המבקרים את הכלל בדבר מקום קרות העוולה תוך השמעת הטענה כי בניגוד לכלל בדבר מקום קרות הנזק, הוא משקף שיקולי מדיניות ארכאיים של דיני הנזיקין אשר הדגישו את יסוד ענישתו של הגורם האחראי לאירוע הנזיקי, ואינו מייחס חשיבות מספקת לתפיסות מודרניות של דיני הנזיקין המבכרות להדגיש את יסוד פיצויו של הנפגע.

מנקודת המבט של עוולת הנזיקין בדבר האחריות למוצרים פגומים, גם ניתוח כלכלי של הכלל בדבר מקום קרות העוולה לעומת הכלל בדבר מקום קרות הנזק, אינו מוביל בהכרח להכרעה חד-משמעית בין השניים.⁴⁶ מחד גיסא, ניתן לטעון, כי מתן ביטוי לעיקרון בדבר מקום קרות העוולה מקדם את הסחר, היות שיש בו כדי להעדיף את הרגולציה ואת סטנדרט הזהירות של דין מדינת המקור (שבו נוצר למשל המוצר הפגום), וכן כדי להפחית את החשש שבית המשפט של הפורום ייתן עדיפות לרגולציה מקומית. חופש הסחר משמש בהקשר זה כמעין כלל בררת דינים נסתר. מדינות צריכות להבטיח שעל אירוע נזיקי שהתרחש עקב הספקת שירותים או טובין פגומים, יחולו כללי המדינה שממנה פעל ספק השירותים או הטובין. כך יוכלו יצרני טובין וספקי שירותים להסתמך על תחולת דין יחיד – דינם שלהם – גם כאשר לפעילותם השלכות בכחינת גרימת נזקים במדינות רבות אחרות. אחרת, כך התומכים בכלל בררת דין בדבר מקום קרות העוולה, יישלל מאותם המוצרים היתרון היחסי שלהם. אין סיבה, כך המצדדים בכלל, שמדינות המעוניינות לעודד השקעות זרות לא תוכלנה לעשות זאת באמצעות הפחתת סטנדרט הרגולציה.

מאידך גיסא, ניתן לטעון כי דווקא החלת דין מקום קרות הנזק מוצדקת כלכלית,⁴⁷ וזאת משום שאין סיבה ליתן לספק טובין או שירותים של מדינה אחת

⁴⁶ השיקולים הכלכליים שיובאו להלן נדרשים לעולות הקשורות בסחר בין-לאומי. הקשר בין סחר בין-לאומי, שיתוף פעולה בין-לאומי וקוסמופוליטיות מושרש היטב במסורת של ליברליות בין-לאומית. רבים הדגישו את ההשפעה החיובית שיש לכלכלה החופשית על יחסים בין-לאומיים. בתחילה רווחה האמונה שגידול בסחר הבין-לאומי יעודד שיתוף אינטרסים אשר יגבר על שאיפות אימפריאליסטיות בלתי רציונליות. מאוחר יותר ג'רמי בנת'ם (Jeremy Bentham) וגון סטיוארט מיל (John Stuart Mill) טענו שסחר חופשי מקדם את השלום הואיל ומדינות מכירות בכך שהאינטרסים הכלכליים האינדיבידואליים שלהן אינם מקודמים באמצעות קונפליקטים צבאיים, אלא באמצעות יצירת שיתוף פעולה טרנס-לאומי, ראו: Joseph S. Nye, Jr., *Neorealism and Neoliberalism*, 40(2) WORLD POLITICS 235, 245–247 (1988).

⁴⁷ Horatia Muir Watt, *Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool*, in THE INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF EUROPEAN PRIVATE LAW 107 (Fabrizio Erin Ann O'Hara & Larry E. Ribstein, *From Politics to Efficiency*; Cafaggi ed., 2006) Giesela Rühle, *Methods and ;in Choice of Law*, 67 U. CHI. L. REV. 1151, 1191 (2000) *Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective*, 24 BERKELEY J. INT'L L. 801, 819 (2006).

זכות לגישה בלתי מוגבלת לשוק של מדינה זרה, אלא אם כן הוא נכון להכפיף עצמו לאווירת השוק הנוהגת באותה המדינה. בנוסף, החלת דין מקום ההתרחשות המזיקה עלולה להוביל להתנהגות מתוחכמת מצדם של שחקנים אשר ימקמו מבחינה אסטרטגית את פעילותם העסקית במקום שבו הרגולציה אינה תובענית. התנהגות זו תוביל לניצחון תופעת המרוץ לתחתית, שכן המדינות שבהן התרחש הנזק תחויבנה להכיר בסטנדרט הרגולציה הנמוך של מקום התרחשות האירוע המזיק, ותהיינה מנועות מלהטיל מגבלות נוספות על אותם ספקי טובין או שירותים. לדעת התומכים בכלל בררת דין בדבר מקום קרות הנזק, אין סיבה שמהצרכנים תישללנה, למשל, הגנות המוענקות להם במקום מושבם. ההגנות של השוק החופשי אינן צריכות לעודד יצרנים וספקי שירותים לגרום נזקים. נזק שנוצר במדינה המארחת, נוצר **לאחר** ש"נוצלה" על ידי המוצר או השירות הזכות לחדור לשוק חדש, דהיינו לאחר שמיצה את "זכותו" לסחר חופשי. לכן שאלת האחראיות בנזיקין אינה צריכה להיות מושפעת מרטוריקת השוק החופשי וזכות הגישה לשווקים חדשים. הזכות לייצא טובין או לספק שירותים באופן חוצה גבולות אינה מצדיקה מתן חסינות מפני תביעות נזיקיות, וודאי שאינה מצדיקה כינונה של "זכות להזיק".

יש לציין שניתוח כלכלי זה חל על כללים נזיקיים שעניינם "חלוקת נזק", ואי אפשר ליישמו כפשוטו על כללים נזיקיים שמטרתם "הסדרת התנהגות".

3.4 **חריג בדבר דין המדינה שלו הקשר ההדוק ביותר לעולה – הצדקות וביקורת**

ברי כי מטרת אימוץ החריג הייתה לסייע בפתרון מקרים בעיתיים במיוחד אשר אינם מתמסרים בקלות לכלל הקשוח.⁴⁸ ודוק, בית המשפט בעניין **ינון** מותיר שאלות רבות בדבר תפקידו המדויק של החריג פתוחות, ובכך מערער את הוודאות והאחידות שלה שאף בהנהיגו כלל פשוט וברור.⁴⁹ בית המשפט אינו נותן הנחיות ברורות בדבר היקפו של החריג; מהותו של מבחן "הקשר ההדוק"; והסף המינימלי לתחולת החריג. לעניין היקף פועלו של החריג, בית המשפט מערבב בין שיקולי צדק לבין שיקולים בדבר הקשר ההדוק לעולה. אין זה ברור אם החריג נועד לחול כל אימת

⁴⁸ לדיון ביתרונותיו ובחסרונותיו של כלל בררת דין המאפשר לבית המשפט לאזן בין זיקות שונות ראו: Lea Brilmayer & Raechel Anglin, *Choice of Law Theory and the Metaphysics of* the Stand-Alone Trigger, 95 IOWA L. REV. 1125, 1167 (2010) (להלן: Brilmayer & Anglin, *Choice of Law Theory*).

⁴⁹ יש המתארים חריג זה כמעורר בעיות צפיות נכבדות: Russell J. Weintraub, *The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither?*, 43 TEX. INT'L L. J. 401, 412 (2008).

שלדעת בית המשפט הדין החל מכוח הכלל מוביל לפתרון שאינו צודק או שמא יש להחילו בכל מקרה שבו דינה של מדינה אחרת הוא בעל קשר הדוק לעוולה יותר מאשר דין מקום קרות העוולה.

לעניין מהותו של מבחן "הקשר ההדוק", בית המשפט אינו מגדיר את מהותן של הזיקות שיכולות להיות רלוונטיות לגיבושו של החריג. בעניין זה שאלה היא אם עת בוחנים את החריג רשאי בית המשפט להביא בחשבון את הזיקה בדבר "מקום קרות הנזק". בהעדיפו את מקום קרות העוולה ככלל בררת הדינים שלל בית המשפט את מעמדו של מקום קרות הנזק כגורם שיש להתחשב בו. אין זה ברור אם שלילה זו חלה גם בעת שבית המשפט שוקל את הזיקות הרלוונטיות לעניין החריג, או שמא עליו להביא זיקה זו בחשבון. ברי כי זיקה זו כשלעצמה אין בה די כדי להפעיל את החריג, שכן תהא בכך חתירה תחת הכלל. אולם עדיין נותרת השאלה אם ניתן להתחשב בזיקה זו בעת בחינת התקיימותו של החריג, ואם כן – עד כמה. שאלה פתוחה אחרת היא אם יש להתחשב רק בזיקות הנוגעות לצדדים ולעוולה עצמה או אם יש להתחשב גם בזיקות חיצוניות לעוולה (לדוגמה, לפי דינה של איזו מדינה היו הצדדים מבוטחים).

יתרה מזאת, בית המשפט אינו קובע מבחן עזר לאיתור הדין שלו הקשר ההדוק ביותר לעוולה. האם המטרה היא למצוא את המדינה בעלת הקשר העובדתי החזק ביותר לעוולה או שמא על בית המשפט להרחיק לכת ולהעריך את חשיבותו של קשר עובדתי זה? לחלופין, האם על בית המשפט להעריך מהו הדין אשר יוביל לתוצאה האופטימלית? נדמה שבקשרו את החריג למונחים של צדק, מעדיף בית המשפט מבחן ערכי על פני מבחן גאוגרפי עובדתי. כך גם נדמה כי בית המשפט אינו מסתפק בהצגת הזיקות השונות של הדין לאירוע הנזיקי באופן מכני וסיכומן באופן מתמטי, וזאת מאחר שהחריג כולל לשיטתו גם אלמנט של שיקול דעת המחייב להעריך את חשיבותן היחסית של הזיקות הגאוגרפיות. עם זאת, מהותו של המבחן הערכי, דהיינו השאלה אם הוא קשור לציפיות הצדדים או שמא לערכים אחרים, נותרת עלומה.

לכסוף, בית המשפט אינו קובע במפורש מהו מבחן הסף להחלת החריג. מובן כי אין די בכך שהדין האלטרנטיבי יהיה קשור לעוולה יותר מאשר דינו של המקום שבו קרתה העוולה, שהרי עליו להיות קשור קשר אמיץ לעוולה.⁵⁰ עדיין נותרת פתוחה השאלה אם החריג יוחל כאשר לדין מקום קרות העוולה אין קשר הדוק לעוולה (המבחן הצר) או אם ניתן להחיל את החריג גם כאשר לדין מקום קרות העוולה קשר הדוק לעוולה אף שיש דין חלופי בעל קשר משמעותי יותר והדוק יותר לעוולה (המבחן הרחב)? לפי המבחן הראשון, החריג יוחל רק כאשר הקשר בין מקום קרות העוולה לבין העוולה הוא שולי ביותר ובלתי משמעותי. ברי כי אם המבחן הצר חייב

⁵⁰ בית המשפט משתמש בה"א הידיעה בקבעו שהחריג יחול כאשר נמצא "דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה העוולה". עניין ינון, לעיל ה"ש 5, פס' 34 לפסק דינו של השופט ריבלין.

להתקיים, יופעל החריג רק במקרים נדירים ביותר, שכן למקום קרות העוולה יהיה ברגיל קשר כלשהו לעוולה, גם אם מדובר בקשר קלוש ובלתי משמעותי.⁵¹

ג. עניין יובינר – על חבלי משיח ותופעות הלוואי של המהפכה

באופן לא מפתיע אפוא ותוך זמן קצר יחסית, שוב נדרש בית המשפט העליון, בעניין **יובינר**,⁵² לשאלת בררת הדין בנזיקין. עניין **יובינר** עורר את השאלה אם כלל בררת הדינים שנקבע בעניין **ינון** מתאים גם כאשר האירוע הנזיקי התרחש מחוץ לישראל אך מקום מושבם המשותף של הצדדים לסכסוך הוא ישראל.⁵³ לפי עובדות המקרה, שלושה אזרחים ישראלים, תושבי ישראל, חברו יחד בעת שהותם בניו-זילנד לטיול ברכב. בזמן שאחת מהשלושה נהגה ברכב התרחשה תאונת דרכים, ואחד הנוסעים

⁵¹ לאחרונה נדרש בית המשפט של האיחוד האירופי לפרש חריג דומה המצוי במשפט האירופי. הוא פסק לטובת המבחן הרחב (אם כי ביחס לבררת הדין בחוזים) בקבעו: "Since the primary objective of [the choice of law rules] is to have applied to the contract the law of the country with which it is most closely connected, [the exception] must be interpreted as allowing the court before which a case has been brought to apply, in all cases, the criterion which serves to establish the existence of such connections, by disregarding the 'presumptions' if they do not identify the country with which the contract is most closely connected", C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV, 6 October 2009. ניתן לצפייה בכתובת: <http://curia.europa.eu/> (נבדק לאחרונה ב-10.11.2010).

⁵² עניין **יובינר**, לעיל ה"ש 1.

⁵³ שאלות נוספות שנדונו שם אך נופלות מחוץ למסגרת הדיון של רשימה זו, הן שאלת הפורום הנאות לדיון בסכסוך (במאמר מוסגר ייאמר שלא תמיד יש לראות בפורום הישראלי שאליו הוגשה התביעה ואשר הוא גם הפורום של מדינת מקום המושב של הנתבעת, כניצול לרעה של הפרורוגטיבה הנתונה לתובע במשפט הבין-לאומי הפרטי לבחור את הפורום להגשת התביעה). בפסק הדין קביעה חשובה לעניין השאלה אם לצורך קביעת הפורום הנאות לבחינת הסכסוך יש להתחשב לא רק בשיקולי נוחות של הצדדים, אלא גם בדין השולט על המקרה (שאלה שנותרה בצריך עיון במשפט הישראלי, ראו עניין **אבו עטיה**, לעיל ה"ש 28, פס' 3 לפסק דינו של השופט ברק) ואשר הוכרעה בחיוב על ידי השופטת נאור בעניין **יובינר**, לעיל ה"ש 1, פס' 18-19. עוד נדונה בפסק הדין השאלה אם כאשר נפסק שהדין החל על הסכסוך הוא הדין הישראלי, יש להחיל את פקודת הנזיקין או שמא חל חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (השופטות נאור וחיות פסקו שתחול פקודת הנזיקין. שם, פס' 27 לפסק דינה של השופטת נאור; שם, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות. השופטת ארבל השאירה את השאלה פתוחה. שם, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל).

נפצע קשה והוכר כנכה. הוא שב לישראל ותבע את הנהגת בגין רשלנות.⁵⁴ לפי הדין של ניו זילנד, דרכו של הנפגע חסומה לתבוע את הנהגת הרשלנית. פסק הדין כולל שלוש חוות דעת עצמאיות ושונות, ובסופו של יום נפסק ברוב דעות, כי על הסכסוך יחול הדין הישראלי, אך ההצדקות להחלתו הן נבדלות ומגוונות. חרף התחושה שאחזה בשלוש שופטות המותב כי הן מהלכות עקב בצד אגודל בנתיב שנפרץ בהלכת ינון ומחילות אותה כפשוטה, נתגלעה ביניהן מחלוקת, וכמספר השופטות כך מספר המתודות שהוצעו על ידן לפתרון שאלת הדין שיחול על הסכסוך. קריאת פסק הדין מותירה את הקורא בתחושה ספקנית לגבי כלל בררת הדין בדיני נזיקין במשפט הישראלי. ואכן, פסק דין זה תלוי ועומד כעת בדיון נוסף בפני מותב מורחב של שבעה שופטים.⁵⁵

אפנה כעת לניתוח דעות השופטות, כדי לפתח הבנה עמוקה יותר לתאוריה המצויה בבסיס ההכרעה של כל אחת מהן. אגב הדיון תידונה שאלות כלליות יותר כגון: האם כללים מסורתיים בדבר "מיקומה" של התביעה עדיפים על פני גישת הצדק המהותי? מה מידת הפירוט וההנחיה הרצויים לתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי? ומה היא הפרספקטיבה אשר מבעדה יש לבחון את כללי בררת הדינים – האם פרספקטיבה לאומית או שמא יש להביא בחשבון טרנספורמציות בין-לאומיות העוברות על המשפט הישראלי? אולם שאלות אלו לא תידונה בהקשרן הכללי, אלא מבעד לפריזמת הדעות שהביעו השופטות שישבו בדין. מטרת דיון זה היא לספק מסגרת קונספטואלית אשר באמצעותה ניתן יהיה לעצב כלל מקיף וממצה לבררת הדינים בנוזיקין עבור שיטת המשפט הישראלי.

⁵⁴ הגם שהתביעה עוסקת בשאלת האחיות, ברקע עומדת שאלת גובה הפיצויים שייפסקו לתובע. למרות זאת, הואיל והשאלה מנוסחת במונחים של אחיות ולא במונחים של תרופות, בית המשפט לא נדרש כלל לשאלה המקדמית בדבר סיווגה של שאלת גובה הפיצויים לפרוצדורה או למהות (גם בעניין ינון מותר בית המשפט שאלה זו בצריך עיון. עניין ינון, לעיל ה"ש 5, פס' 35 לפסק דינו של השופט ריבלין). בית הלורדים חזר וסיווג לאחרונה שאלה זו כשאלה פרוצדורלית המוכרעת לפי דין הפורום (Harding v. Wealands, [2007] 2 A.C. 1 (H.L. 2006)). לעומת זאת, משפט האיחוד האירופי מסווגה לשאלה מהותית: European Parliament and Council Regulation 864/2007, The Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II), Russell J. Weintraub, *Choice of* (להלן: Rome II) 2007 O.J. (L 199) 40, § 15(c). ראו גם: Russell J. Weintraub, *Law for Quantification of Damages: A Judgment of the House of Lords Makes a Bad Rule Worse*, 42 TEXAS INT'L L. J. 311 (2007). בעניין ינון השאלות בדבר קיומה של זכות פיצויי בגין ראש נזק מסוים ותקרת הפיצוי סווגו כשאלות מהותיות ולא פרוצדורליות, ראו עניין ינון, לעיל ה"ש 5, פס' 35 לפסק דינו של השופט ריבלין.

⁵⁵ דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פדאור 811 (21)09 (2009).

1. השופטת נאור – ברומא התנהג כרומאי

1.1 תפיסה פורמליסטית

השופטת נאור בוחרת להחיל כפשוטו את הכלל שנקבע בעניין ינון בדבר דין מקום קרות העוולה, ומחילה את הדין של ניו-זילנד על הסכסוך.

במבט ראשון ניתן היה לחשוב כי השופטת נאור מעדיפה שיקולים פורמליים במטרה להגביר את הלגיטימיות של פסק הדין בעניין ינון.⁵⁶ היא תופסת את התקדים של עניין ינון כמייצר כלל משפטי נוקשה שלו מתלווה חריג נדיר שאינו מתקיים לשיטתה בנסיבות הספציפיות, השכיחות למדי. נדמה שלדידה של השופטת נאור, כוחו של פסק דינה הוא בהתאמת הכלל למקרה הספציפי.⁵⁷ היא מייחסת משקל נכבד לרושם שעולה מעניין ינון ולפיו דווקא הפוטנציאל הטמון באי-הוודאות של כלל בררת הדינים – הגם שהכריע לטובת כלל בררת דינים המנוסח בקפידה עם חריג מצומצם למקרים יוצאי דופן והמותיר מעט שיקול דעת לשופטים – הוא מדאיג, והיא מעוניינת להפיג חשש זה.

לפיכך מיישמת השופטת נאור את הכלל המשפטי בלא שהיא נדרשת לעיבודם של נתונים משפטיים או חוץ-משפטיים נוספים. גם כאשר היא נדרשת לקשיים ביישום ההכרעה, היא מעניקה לקשיים אלו מקום שולי. היא שמה לה למטרה להשפיע על ההתנהגות (עידוד הנוסעים למקומות זרים להתעניינות בדין החל ולרכישת ביטוח מתאים) ומקדמת את המטרה של יישוב סכסוכים באופן ברור ומעשי כך שקביעות בתי המשפט יהלמו את המציאות החברתית.⁵⁸ היא מתגברת בקלות יחסית על הקשיים ביישום הכלל, ואף שהיא מודעת לאפשרות של שינוי אטי ומתמשך של הכלל בעתיד, היא מסרבת להתחיל את תהליך השינוי כבר במקרה זה, זאת גם במחיר "הקרבת" המקרה הספציפי התלוי ועומד.

השופטת נאור מקדמת פורמליזם מהותי במובן זה שהיא מאמינה בצורך לגזור תוצאה אובייקטיבית תוך שימוש בעיקרי המדיניות שפורטו בתקדים של ינון. נדמה שהיא סבורה כי בעניין ינון הגדיר בית המשפט מחדש את גבולותיו ואת כיווני התקדמותו, וכי כעת יש חשיבות להקפדה על פסיעה בדרך שסומנה בעבר תוך שמירה על עקביות, בסגנון אחיד וללא נופך אישי. בעשותה כן, מבטאת השופטת נאור מסר של משפטיזציה שעיקרו השלטת החוק והסדר בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי באופן רציונלי וללא מעורבות של הרגשות העזים של שיטת המשפט הלאומית

⁵⁶ ראו בכלליות: מיכל אלברשטין "מדד הפורמליזם בפסקי דין 'טראומטיים': אבחון סגנוני" המשפט 27, 6 (2009).

⁵⁷ עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 22 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁵⁸ שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור.

(המשקפת לגישתה את תחושות הצדק של צד אחד בלבד לסכסוך רחב יותר) כלפי נושא זה. היא מטשטשת את ההיבט האידאולוגי של הסכסוך (האם צודק שהנפגע יפוצה) תוך הנחה שתפקידה מתמצה בעיבוד הסכסוך והפיקוח עליו ללא התמודדות עם יסודותיו הטראומטיים (כלפי צד אחד לסכסוך).⁵⁹

1.2 כללי בררת הדינים – הצדקות קלאסיות

בעניין ינון מיישם בית המשפט את התפיסה המסורתית, הקלאסית, של כללי בררת הדינים. תפיסה זו מבוססת על ההנחה שתפקידם של כללי בררת הדינים הוא להבטיח שכל סכסוך טרנס-לאומי בעל יסודות זרים ייפתר בהתאם לדינה של המדינה בעלת מערכת היחסים ה"קרובה" ביותר לסכסוך. כאמור לעיל, לאורך השנים נחלקו הדעות באשר לשאלה כיצד לקבוע את "נאותותה" של קרבה זו. שיטות משפט שונות פתרו שאלה זו באופן מגוון – שהשתנה, בין היתר, בהתאם לתחום המשפטי שאליו סווג הסכסוך.⁶⁰ למרות חילוקי הדעות בין השיטות השונות לגבי הפתרונות הקונקרטיים, רוב התאוריות הקלאסיות למשפט בין-לאומי פרטי עסקו בבחירת המדינה הנאותה שתנפק את הדין שיחול, ולא בחיפוש אחר הדין המהותי שראוי שיחול, ועוד פחות מכך בחיפוש אחר התוצאה המהותית לפתרון הסכסוך.

ההנחה המשתמעת של הגישה הקלאסית – גישת ה"צדק המתקלי" (conflicts justice) – היא שברוב המקרים דינה של המדינה הנאותה הוא גם הדין הנאות לחול על הסכסוך. אולם "נאותות" בהקשר זה אינה מוגדרת במושגים בדבר תוכנו של הדין או טיבה של התוצאה שהוא מנפק, אלא במונחים גאוגרפיים. אם הקשר בין המדינה אשר משיטת משפטה נובע הדין והסכסוך חוצה הגבולות המצוי לפתחו של בית המשפט תואם דרישות מוגדרות מראש של בררת דינים, תחולת הדין נחשבת ראויה ללא קשר לאיכות הפתרון שהוא מספק. השאלה אם הפתרון שניתן למקרה הקונקרטי הוא טוב או רע תלויה באופן שבו שיטת המשפט הראויה לתחולה פותרת את הסכסוך, ולכללי בררת הדינים אין הרבה לומר בהקשרו של עניין זה. ככלות הכול, התנגשות קיימת בגלל העובדה שמדינות שונות מאמצות ערכים ושיקולי מדיניות שונים.⁶¹

⁵⁹ שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁶⁰ סיליה וסרשטיין-פסברג "קשיי אפיון כברירת הדין (סעיף 19 לחוק ההתיישנות וסעיף 8 לחוק המקרקעין)" **משפטים** יט 401 (1990); Rhona Schuz, *A Modern Approach to the Incidental Question* (1997).

⁶¹ Jürgen Habermas, *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, in *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition* 107, 124–125 (Amy Gutmann ed., 1994): "[E]very legal system is [...] the expression of a particular form

ככל שמדובר בסכסוך בין מדינות הדורש לברור בין דינים שונים, בחירה כזו ממילא עשויה להתקבל בסיפוק על ידי חברה אחת ובאכזבה על ידי שיטת משפט אחרת. נוכח מציאות זו, בררת הדינים אינה יכולה להיות מונעת משיקולים שעניינם בשאלה: האם הדין שייבחר יהיה צודק או טוב לסכסוך הספציפי. לכן כללי בררת הדינים צריכים לשאוף לצדק מתקלי, דהיינו להבטחת תחולת הדין הנאות ביותר, תוך ויתור על השאיפה להשיג "צדק מהותי" (material justice), מהסוג ומהאיכות של הצדק ששואפים אליו בעניינים מקומיים טהורים. נאותות זו יכול שתיבחן במשקפי הצדדים, שכן בהעדפת כלל נוקשה יש כדי לתרום לאפשרות להגיע לאחידות התוצאה, יהא הפורום שידון בסכסוך אשר יהא; דבר שבמישור הפרטי יוביל להפחתת עלויות עסקה ויאפשר תכנון כלכלי ובמישור הבין-לאומי יפחית את תופעת הפורום שופינג (forum shopping). לפי גישת הצדק המתקלי, שבה תומכת השופטת נאור, בבררת הדין יש לשאוף לא רק להשכנת צדק בין התובע לנתבע, אלא גם לאיזון בין שיקולי המדיניות והאינטרסים המשתקפים בדינים המהותיים של המדינות המעורבות. על בית המשפט לא להירתע ממתן תוקף למדיניות ציבורית של מדינה זרה ולהעדיפה על פני שיקולים ציבוריים של דין הפורום, ובכך לקדם תחושה של ערכות הדדית בין הערכאות השיפוטיות השונות.⁶²

1.3 כללי בררת הדינים – הצדקות קוסמופוליטיות לכללי בררת הדין

ניתן להתבונן על הגישה שמקדמת השופטת נאור בראייה רחבה עוד יותר, דהיינו מבעד למשקפי תופעת הגלובליזציה. עד כמה שמכירים בקיומם של ערכים חוצי גבולות משותפים ועד כמה שקיים רצון לקדם את תופעת הגלובליזציה ולמקם את מדינת ישראל בתוך הסדר המשפטי הבין-לאומי החדש שנוצר, גישת הצדק המתקלי היא התואמת ביותר תופעה זו.

מבין המטרות שעליהן מצביע השופט ריבלין בעניין ינון כהצדקה לכלל בדבר מקום קרות העוולה, נדמה שהמטרה בדבר שמירה על הריבונות הטריטוריאלית, שהיא גם המטרה המרכזית והראשונה המצינת על ידו, אינה נחשבת כאחת מהמטרות הקלאסיות אשר המשפט הבין-לאומי הפרטי נועד לקדם. ודוק, שמירה זו על הריבונות מבטאת דווקא את הגשמת היעד בדבר קידום הגלובליזציה והבין-לאומיות – מטרות דומיננטיות בתרבות המודרנית ובשיח הפוליטי-כלכלי, אך לא תמיד במשפט הבין-לאומי הפרטי, שכן בעולם המודרני של ניידות חופשית ושל סדר כלכלי גלובלי, עלול לשלוט כאוס כל עוד לא יכובד, ולו באופן עקרוני, הכלל בדבר סמכות שיפוט טריטוריאלית.

"of life" and "legal regulation expresses the collective identity of a nation of citizens"

62 עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור.

ניתן להסביר רציונל זה של פסק הדין בעניין ינון כניסיון להשתמש בעקרונות מתחום המשפט הבין-לאומי הפומבי כדי לתחום את הגבולות הטריטוריאליים עבור המשפט הבין-לאומי הפרטי. בלאום המשפט הבין-לאומי הפרטי משמעותו אמונה במערך של ערכים בין-לאומיים: בין היתר, פישוט הסחר הבין-לאומי,⁶³ שימת דגש על נימוס בין-לאומי, שיתוף פעולה עם שיטות משפט ובתי משפט זרים והתנגדות לפרובינציאליות. המגמה היא לבנות סדר משפטי בין-לאומי חדש תחת חוסר הסדר, ה-*realpolitik* וצרות האינטרסים הלאומיים. באופן יותר קונקרטי, מדובר בזכותן של מדינות להחיל את דינן בטריטוריה שלהן וחובתם של בתי משפט אחרים לכבד זכות זו ולהימנע מלהחיל את דינם הלאומי על מקרים שמצויים בסמכות השיפוט הטריטוריאליית הזרה. העמדה אינה עמדה ניטרלית. ההנחה היא שסדר משפטי בין-לאומי שכזה יגבש עולם טוב יותר מעולם המתקלים, התחרות הרגולטיבית והאנרכיה הרווח כיום.

שיקולים שאינם מקומיים טהורים שיחקו תפקיד עקיף במשפט הבין-לאומי הפרטי המסורתי, בין היתר, באמצעות דוקטרינת הנימוס הבין-לאומי (*comity*) אשר נחשבה כמקדמת אינטרסים ארוכי טווח של הפורום.⁶⁴ כך גם ניתן היה למצוא מאפיינים קוסמופוליטיים בגישת הזכויות המוקנות.⁶⁵ ככל שהדבר נוגע למשפט

⁶³ אף ששיקולי סחר נחשבו לרוב לבעלי חשיבות משנית, המטרה של שיפור הסחר הבין-לאומי היא מטרה מוצהרת של המשפט הבין-לאומי הפרטי: JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONFLICT OF LAWS 34 (Boston: Hilliard, Gray and Company, 1834)

⁶⁴ “[T]he recognition which one nation allows within its territory to the Comity הוגדר כך: legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws” (Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 164 (1895)). ראו, בין היתר: Donald Earl Childress III, *Comity as Conflict: Resituating* 44 UC DAVIS LAW (צפוי להתפרסם ב-2010.10.24); Joel R. Paul, *Comity in International Law*, 32 (נבדק לאחרונה ב-2010.10.24); Joel R. Paul, *The Transformation of International Comity*, HARV. INT’L L.J. 1 (1991) 71 LAW & CONTEMP. PROBS. 19, 19 (2008).

⁶⁵ כלל ה-*lex loci delicti* מבוסס על דוקטרינת הזכויות המוקנות. יצוין שבניגוד לארצות-הברית, כלל זה פותח בקנדה ובאוסטרליה ככלל המתאים לתפיסת הריבונות שלהן כאשר המתקל הוא תוך פרטיבי, היינו כאשר למדינות שונות של הפדרציה יש זיקה לסכסוך הנזיקי. בקנדה ובאוסטרליה כלל זה מושפע מהתאוריה החוקתית ומההכרה בריבונות של המדינות החברות בפדרציה. אולם גם בקנדה ובאוסטרליה הוחל הכלל בנוגע למתקלי נזיקין שאירעו מחוץ לטריטוריה המדינתית (לקנדה ראו: Tolofson v. Jensen [1994] 3 S.C.R. 1022, 1062–1063; לאוסטרליה ראו: Régie National des Usines Renault SA v. Zhang [2002] 210 CLR 491). גם באירופה, בין המדינות החברות באיחוד האירופי, נוסח כלל אשר מבחין בין נזק אשר אירע

הבין-לאומי הפרטי המודרני, כיום, בהיעדר ארכיטקטורה מוסדית בין-לאומית, "הזרם הקוסמופוליטי" המיושם באמצעות החלטותיהם של שופטים לאומיים הוא בעל פוטנציאל להיות הזרם התאורטי המשפיע ביותר על עיצובם של כללי ברת הדינים.⁶⁶

הדוגלים בקוסמופוליטיות גלובלית נוקטים ראייה מקיפה הכוללת אינטרסים וערכים של פרטים וחברות מחוץ לתחום השיפוט של המדינה. הם מעודדים מחוקקים

בטריטוריה של מדינה השייכת לאיחוד האירופי – אשר נחשב להיות פחות "זר" – לבין נזק שארע מחוץ לאיחוד. דומה שאף המדינות החברות בקהילה הבינו שיש להבחין בין דרגות שונות של זרות. אם כן, כלל ברת דין זה מתאים לקיומה של מערכת אכיפה על-לאומית, Rome II, לעיל ה"ש 54.

66 התמקדותם של משפטנים בין-לאומיים ברעיון של מערך ייחודי בדבר ערכים משותפים, עלול לערפל את העובדה שיש גישות שונות להשגת סדר משפטי בין-לאומי. מיפוי של העמדות השונות הוצע על ידי קנדי (Kennedy) אשר הצביע על קיומם של שני סגנונות עיקריים אשר כל אחד מחויב לכינונו של סדר משפט בין-לאומי והתמודדות עם הריבונות הלאומית הנושאים דגשים שונים: David Kennedy, *The Disciplines of International Law and Policy*, 12: LEIDEN J. INT'L L. 9 (1999). מחד גיסא, ה"מטרופוליטנים" הדוגלים בהקמת מוסדות על-לאומיים בדמות המדינה הלאומית המסורתית, באמצעות הקמת מבנים מקבילים למדינה – מועצות מחוקקות, בירוקרטיה, בתי משפט וכדומה – במישור הבין-לאומי: דוגמאות לגישה המטרופוליטנית במשפט הבין-לאומי הפרטי ניתן להביא מהפרומות של המשפט הבין-לאומי הפרטי בקהילה האירופית לדיני החוזים (European Parliament and Council Regulation) 593/2008, The Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), 2008 O.J. (L Hague Conference on Private International Law, Rome II, שם) או (177) ולדיני הנזיקין (Rome II, שם) או (21.10.2010); Law. ניתן לצפייה בכתובת: www.hech.net/index_en.php (נבדק לאחרונה ב-21.10.2010); Arthur T. von Mehren, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach For the Hague Conference?* 57 LAW & CONTEMP. PROBS. 271 (1994) מאידך גיסא, ה"קוסמופוליטיים" ששמים פחות דגש על תרופות ותבניות מסורתיות ובמקומן מאמינים שניתן להשיג סדר בין-לאומי באמצעות דיפוזיה בין משטרים שונים בעלי חזון בין-לאומי משותף. ה"קוסמופוליטיים" פחות מוטרדים מאפשרות הקמת מוסדות הזקים ברמה הבין-לאומית, ועסוקים יותר במטרה של הפצה נמרצת של התפיסה הליברלית: David Kennedy, *The International Style in Postwar Law and Policy* 1994 UTAH L. REV. 7, (1994) 28–29. למרות שונות זו, המחויבות הבסיסית של שני הזרמים היא לרעיון הכללי שלפיו יש צורך למצוא תמיד פתרון בין-לאומי שיקדם מטרות בין-לאומיות ויצמצם את הריבונות הלאומית במובנה הקלאסי. לגישתם, דברים נעשים טוב יותר כאשר הם נעשים במישור הבין-לאומי. עם זאת, וכמוסבר בטקסט, הזרם הקוסמופוליטי, בדרגת התפתחותו כיום, עשוי להיות דומיננטי בהרבה מהזרם המטרופוליטני במידת השפעתו על עיצובם של כללי ברת הדינים במשפט הבין-לאומי הפרטי. ראו בכלליות: ALEX MILLS, THE CONFLUENCE OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW (2009) (להלן: MILLS, THE CONFLUENCE OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW).

ושופטים לפעול ברוח שיקולים שאינם מקומיים טהורים. המשפטנים הבין-לאומיים הקוסמופוליטיים נרתעים מכוחות צנטריפוגליים, המושכים לכיוון המדינה הלאומית, וזאת כיוון שהם רואים בלאומנות את האיום הרציני ביותר לסדר הבין-לאומי.⁶⁷ עיקר הביקורת מופנית כלפי השיפוט המדינתי המבוסס על מערכת ארכאית של ריבונות, שאינה תואמת את דרישות המציאות הרווחת של כלכלה גלובלית, סחר בין-לאומי וניידות רבה. לדידם של התומכים בקוסמופוליטיות גלובלית, נטייה לכיוון פרובינציאליות מעמידה בסכנה את הרעיונות של שיתוף פעולה וקידום טובין ציבוריים, לרבות קידומו של שלום בין-לאומי ויצירתו של שוק כלכלי בין-לאומי מתפקד. גישה זו תואמת גם את ממצאי התאוריה בדבר ניתוח כלכלי של המשפט הבין-לאומי הפרטי שלפיהם שמיכת הטלאים של המשטרים הלאומיים השונים של כללי בררת הדין יוצרת חוסר ודאות המעודדת התדיינות מקבילות בערכאות שונות, פורום שופינג והתנהגויות אסטרטגיות אחרות בעלות גבוהה ותוך בזבוז משאבים. חוסר ודאות גם מקשה על יכולתם של הצדדים להעריך סיכונים במדויק, מגביר את עלויות העסקה ומוביל להקצאת סיכונים בלתי יעילה בין הצדדים.

ודוק, קיימת סכנה באימוץ ערכים בין-לאומיים לתוך המשפט הבין-לאומי הפרטי. עורכי הדין והשופטים היושבים בדין בסכסוכים מתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי אינם מומחים לאתגרים של התנגשות דינים טרנס-לאומית ואינם נדרשים ברגיל לבחינה רחבה יותר של פריזמת האינטרסים הלאומיים. הם מוטרדים יותר משאלות הנוגעות להגינות הצדדים לסכסוך וכינונה של סכמה ישימה עבור בתי המשפט המקומיים, מאשר שיקולים רחבי היקף בדבר שלום בין-לאומי וסחר בין-מדינתי. אכן, שיקולים מוסריים בדבר קוסמופוליטיות לא תמיד מספקים הדרכה ברורה לבתי המשפט.⁶⁸

הואיל וקשה להגדיר במדויק את קווי המתאר של השלכות התאוריה בדבר קוסמופוליטיות מוסרית על דוקטרינות ספציפיות של המשפט הבין-לאומי הפרטי,

⁶⁷ המשפט הבין-לאומי הפרטי המסורתי נתפס ככלל כתחום משפטי אשר מקורותיו והאוריינטציה שלו הם מתחום המשפט הלאומי. ככל שהדבר נוגע למקורות המשפט הבין-לאומי הפרטי הרי שברגיל הם אינם נובעים מהמשפט הבין-לאומי המנהגי או ההסכמי. למעשה מחוקקים לאומיים ובתי המשפט הם שיוצרים את המשפט הבין-לאומי הפרטי. עד כמה שהדבר נוגע לאוריינטציה הרי המשפט הבין-לאומי הפרטי מתרכז פעמים רבות בשיקולי המדיניות של אותה סמכות שיפוט אשר במסגרתה פועלים אותם מחוקקים ושופטים. כך, לדוגמה, ככל שהדבר נוגע לאכיפת פסקי חוץ, תקנת הציבור שבה מתרכזים המחוקקים והשופטים, היא תקנת הציבור של הפורום ולא תקנת הציבור של המדינה שבה ניתן פסק הדין. ראו דיון על ההתפתחות ההיסטורית של המשפט הבין-לאומי הפרטי: Alex Mills, *The Private History of International Law*, 55 INT'L & COMP. L.Q. 1 (2006).

⁶⁸ פוג (Pogge), המבחין בין קוסמופוליטיות מוסרית לבין קוסמופוליטיות משפטית. Thomas W. Pogge, *Cosmopolitanism and Sovereignty*, 103 ETHICS 48, 49 (1992).

נוהגים, כאמור, לקשרה לשתי דוקטרינות נוספות בדבר מחויבות לליברליות גלובלית: במישור הכלכלי תמיכה בסחר הבין-לאומי, ובמישור הפוליטי תמיכה בנימוס בין-לאומי. הליברליות הגלובלית מקבלת משנה תוקף בעולם שבו הקשרים החברתיים, הפוליטיים, הכלכליים והתרבותיים גדלים נוכח השינויים המהפכניים המתרחשים בתחום התקשורת, התחבורה, ההגירה והסחר. הליברליות הגלובלית אינה דוגלת בזהות בין הגבולות השיפויים לגבולות הנורמטיביים. היא גורסת כי החובות המוסריות של המדינה אינן מסתיימות בגבולה ומצדדת בערכות הדדית בין המדינות. באמצע את הזרם הקוסמופוליטי למסגרת דיסציפלינת המשפט הבין-לאומי הפרטי, בתי משפט לאומיים משפיעים על הרפורמה הבין-לאומית תוך שהם מסייעים במלחמת החורמה נגד נטיותיהן של רשויות שלטוניות מקומיות לפרובינציאליות ואימוץ אינטרסים עצמיים צרים. שכן אף שתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי מרוחק מהפוליטיקה הגבוהה ועוסק יותר בתחום המסחרי כלכלי, בהחלט ניתן להשפיע באמצעותו על קידום התפיסה הקוסמופוליטית. ברוח זו אפשר להצביע על מגמה עולמית מבורכת בקרב בתי משפט לאומיים לשתף ביניהם פעולה כדי לקדם אינטרסים בין-לאומיים במקומות שבהם המדינה נכשלה.⁶⁹

הבחירה ללכת בעקבות עניין ינון, משמעה ראיית המשפט הבין-לאומי הפרטי כנוטה יותר לתפיסתו כתחום משפטי משדה המשפט הציבורי. ברגל לא פעם נקדע המשפט הבין-לאומי הפרטי בין הדיסציפלינות המשפטיות של המשפט הפרטי (או הפרוצדורלי) ובין המשפט הבין-לאומי הפומבי והציבורי, ונתפס כפועל בצלן של שתי הדיסציפלינות וכהכלאה בעייתית של שתיהן. אולם קביעת כלל בררת דין ברור בנזיקין קושרת את המשפט הבינלאומי הפרטי בעבותות חזקים דווקא למשפט הציבורי, שכן היא מסייעת לחיזוק הקשרים הידידותיים בין המדינות ומעניקה ערך מוסף לאינטרסים פוליטיים בדבר יישוב סכסוכים בדרכי שלום.⁷⁰ כמו כן, כלל נוקשה לבררת דין בנזיקין עשוי לעודד שיתוף פעולה ונימוס בין-לאומי.⁷¹ התכנסות של

⁶⁹ שפירא מדגיש שאחת ממטרות המשפט הבין-לאומי הפרטי היא ההדדיות ושיתוף הפעולה הבין-לאומיים. לדבריו, "בעולם הרצוף עסקאות ויחסים עבר-לאומיים לא תצלה דרכו של עם החפץ לשכון לבדו ובגויים לא יתחשב. לכל מדינה עשוי להיות עניין ממשי בקידום קווי המדיניות או עקרונות הצדק שלה, הגלומים בדיניה, גם כאשר מתנהל הדיון המשפטי על אדמת נכר. לצורך זה היא נזקקת, כמוכן, לשיתוף פעולה מצידו של בית משפט זר. התעלמות תכופה מאינטרסים לגיטימיים של מדינות זרות חותרת תחת אושיותיו של סדר בינמדינתי ראוי. חזקה עליה שתוליך גילויים שליליים של טינה, עוינות, נקם ושילם ביחסים הבינמדינתיים". שפירא "בררת הדין בנזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל", לעיל ה"ש 18, בעמ' 79.

⁷⁰ Larry Kramer, *Rethinking Choice of Law* 90 COLUM. L. REV. 277, 339-345 (1990)

BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, לעיל ה"ש 14, בעמ' 185.

⁷¹ BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS, שם.

ערכאות שיפוטיות שונות סביב כללים וערכים אחידים מקדמת את הנכונות של בתי משפט לכבד ערכאות זרות, והופכת את שיתוף הפעולה למוצדק מוסרית.⁷²

2. השופטת ארבל – "הילכו שנים יחדו; בלתי אם-נועדו"⁷³

2.1 המשפט ההשוואתי – חלופה לתפיסה הקוסמופוליטית

השופטת ארבל בוחרת להנהיג חריג חדש לכלל שנקבע בעניין ינון המבוסס על מקום מושבם המשותף של הצדדים. בדומה לשופטת נאור, גם היא מחזיקה בדעה כי בקביעתה זו היא ממשיכה את דרכו של פסק הדין בעניין ינון.

השופטת ארבל מאתרת את החריג שעליו היא מסתמכת בכללי בררת הדין בנוזיקין של המשפט האירופי, המצוי גם בשיטות משפט של מדינות נוספות.⁷⁴ היא מחילה טכניקות של משפט השוואתי ומדגישה את חשיבות אימוץ החריג החדש לשיטה הישראלית, בין היתר, בשל שכיחותו בשיטות משפט אחרות.

ווינקופ (Whincop) וקייס (Keyes) טוענים שניתן לסווג בתי משפט העוסקים בסכסוכים הנוגעים למשפט בין-לאומי פרטי כנעים בין הקוטב של אלו המעוניינים לקדם שיתוף פעולה בין הערכאות השונות לבין הקוטב של אלו המעדיפים תחרותיות ביניהן.⁷⁵ במילים אחרות, בתי משפט מכירים את המנעד הרחב שמעמידים כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. בהפעילם את שיקול דעתם יכול ששופטים יבכרו דווקא כללי בררת דינים המשיגים הרמוניה במונח המהותי, במזערם את השונות בין כללי בררת הדינים של שיטת משפטם לבין שיטות משפט זרות, או לחלופין יכול שיעדיפו את אלו מבין הכללים המדגישים נבדלות וייחודיות והממקסמים משטר של בחירה חברתית וסגוליות לאומית. נדמה שהשופטת ארבל מצדדת בגישת שיתוף הפעולה

⁷² טיעון זה מבוסס על תאוריות מתחום היחסים הבין-לאומיים. המתבססים על קאנט (Kant) גורסים שמדינות ליברליות אינן נלחמות זו בזו. סלאוטר (Slaughter) טוענת כי בין מדינות ליברליות רווח דיאלוג טרנס-לאומי בין בתי משפט אשר לוויים זה מזה, משתפים פעולה זה עם זה ומנומסים זה כלפי זה. לשיטתה, כללי בררת הדין של המשפט הבין-לאומי מהווים: "[R]eciprocal dialogue in which courts of different States engaged in a common endeavor to make transnational relations among individuals [...] more certain and predictable while taking account of multiple State interests". Anne-Marie Slaughter,

International Law in a World of Liberal States, 6 EUR. J. INT'L L. 503, 524 (1995)

עמוס ג 3.⁷³

עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארבל.⁷⁴

MICHAEL J. WHINCOP & MARY KEYES, POLICY AND PRAGMATISM IN THE CONFLICT OF LAWS 2 (2001).⁷⁵

וההרמוניזציה. לדבריה: "האחדה כזו עשויה למנוע התדיינויות מרובות וכן את התופעה הבעייתית של "forum shopping"⁷⁶.
 אכן, הגישה ההשוואתית היא המתודולוגיה המועדפת על חלק הארי של החוקרים בתחום בררת הדינים.⁷⁷ הדרך שבה פוסעים מרבית השופטים שפונים למשפט השוואתי מיושנת במובן זה שהדין הזר מהווה אך בבחינת אמצעי שכנוע נוסף בשירות הפתרון המועדף על ידי בית המשפט. אולם תוצר הלוואי של גישה השוואתית זו הוא לא פעם אימוץ של הכלל הרווח במדינות רבות. הצטברות זו תורמת אף היא לקידום החברה הגלובלית.⁷⁸ כלל בררת דין בעל תחולה אוניברסלית הוא דוגמה ספציפית למדיניות שיפוטית המצדדת באינטגרציה, המאפשרת החלטות הרמוניות במישור הטרנס-לאומי, והמקדמת יעילות בהקשרה של המערכת הגלובלית.

איחוד מהותי של דיני הנזיקין של המדינות השונות נראה עדיין כמטרה רחוקה אשר אינה ניתנת להגשמה בשלמותה.⁷⁹ דיני הנזיקין, על אף שייכותם למשפט הפרטי, משקפים שיקולי מדיניות רחבים יותר, ועל כן שונות מנטלית חברתית עומדת לא פעם בדרכה של האחדה מושלמת. הרמוניזציה של כללי בררת הדינים בתחום דיני הנזיקין הגם שהיא יעד ראלי יותר, אף היא אינה משימה פשוטה.⁸⁰ לא בכדי השופטת ארבל מציינת כי בעניין **ינון** קיבל בית המשפט השראה מהשיטה האירופית, אך בחר לבסוף בכלל בדבר מקום קרות העוולה, ואילו המשפט האירופי דוגל במקום קרות הנזק.⁸¹ השופטת ארבל עצמה, אף שהיא מקבלת השראה מהמשפט האירופי,

⁷⁶ עניין **יובינר**, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁷⁷ Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple*, 49 AM. J. COMP. L. 407, 408 (2001)
 תמיכה לגישה זו ניתן למצוא גם בפסק דינה של השופטת נאור בעניין **יובינר**, שם, פס' 25 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁷⁸ Jason Herbert, *The Conflict of Laws and Judicial Perspectives on Federalism: A Principled Defence of Tolofson v. Jensen*, 56 U.T. FAC. L. REV. 3, 38 (1998)

⁷⁹ על ניסיון ההאחדה של דיני הנזיקין במשפט האירופי, ראו: Pierre Larouche, 'Legally Relevant Damage' and a Priori Limits to Non-Contractual Liability in the DCFR, 45 TILEC Discussion Paper (2008), ניתן לצפייה בכתובת: <http://ssrn.com/abstract=1313649>, (נבדק לאחרונה ב-19.10.2010).

⁸⁰ ברי כי הרמוניזציה של כללי בררת הדינים תתרום לקירוב בין שיטות המשפט, ללא צורך בהאחדת הכללים המהותיים של שיטות המשפט השונות. יודגש כי גם במצב שבו מתקיימת הרמוניזציה של כללי בררת הדינים, השונות הנותרת בכל הנוגע לכללים המהותיים של המשפט הפרטי ושל שיטות המשפט השונות משמרת את הזהות המשפטית הלאומית של כל מדינה ומדינה.

⁸¹ ודוק, בעניין **ינון** בית המשפט אינו מסביר כיצד ייקבע מקום קרות העוולה. האם מדובר במקום שבו אירע הנזק או במקום שבו התרחש המעשה או המחול או במקום שבו הורגשו הנזקים. כך,

מתעלמת מהעובדה כי הדין האירופי הקריג, לעת עתה, את תחום תאונות הדרכים מתחולת התקנה העוסקת בבררת הדין בנוזיקין.⁸²

הבחנה אפשרית נוספת שעליה ניתן להצביע היא בין הפתרון המועדף על ידי המשפט האירופי לפתרון של המשפט האמריקני לעניין היקף ההכרה של כל אחת משיטות אלו בחריג בדבר מקום המושב המשותף. המשפט האירופי קובע חריג מוגדר המוחל ללא סייגים בכל עת שמתחוויר כי לצדדים מקום מושב משותף, ואילו המשפט האמריקני נוטה להידרש למקום המושב המשותף של הצדדים באופן יותר מורכב.⁸³ בדרך כלל בתי המשפט האמריקניים לא פונים למקום המושב המשותף כאשר המחלוקת נסבה על ההשלכות המשפטיות של התנהגותו של הפוגע. הם מסתפקים בפנייה לדין מקום המושב המשותף של הצדדים כאשר המחלוקת בין הצדדים נסבה על סוגיית גובה הפיצויים, וכאשר דין מקום המושב המשותף מעניק פיצויים נדיבים יותר מאשר אלו הניתנים על ידי דין מקום קרות העוולה.⁸⁴ השופטת ארבל מעדיפה את השראתו של הדין האירופי ואינה נדרשת לדקויות אלו של המשפט האמריקני.

אולם, ובכך העיקר – גם כאשר יעד האחדת כללי בררת הדינים אינו בר השגה באופן מושלם, אין לוותר על הניסיון להשיגו. יתרה מזאת, אף שלא פעם המקור לכללי בררת הדינים הוא אכן בראש ובראשונה לאומי ולכן שונה ממדינה למדינה, מן

למשל, נניח שבמדינה א' נגרם נזק לכור אשר זיהם את הסביבה של מדינה ב' ועקב זאת נפגעו תושבי מדינה ג' ששהו במדינה ב'. נראה שבמדינה א' התרחשה העוולה, במדינה ב' אירע הנזק ובמדינה ג' הורגשו התוצאות העקיפות של הנזק. מחד גיסא, נראה שלפי כלל בררת הדין שעוצב על ידי בית המשפט העליון, דינה של מדינה א' הוא אשר יחול על הסכסוך. מאידך גיסא, הפתרון שניתן על ידי משפט הקהילה הוא שיחול דינה של מדינה ב', שכן משפט הקהילה דוגל ב-*lex loci delicti* כביטוי לכלל בדבר האירוע המהותי האחרון (last event sub-rule). אשר על כן גם כאשר נדמה שהכללים דומים, ניסוח שונה במעט יכול שיביא לדיונים ארוכים בדבר המשמעות שיש ליחס לכלל. יושם אל לב, שהגם שמשפט האיחוד האירופי קבע ככלל את דין מקום קרות הנזק, הוא נותן מעמד חשוב לדין מקום קרות העוולה, ראו: ס' 17 ל-*Rome II*, לעיל ה"ש 54.

82 *Rome II*, שם, כוללת הודעה של הנציבות לפיה: "The Commission, being aware of the different practices followed in the Member States as regards the level of compensation awarded to victims of road traffic accidents, is prepared to examine the specific problems resulting for EU residents involved in road traffic accidents in a Member State other than the Member State of their habitual residence. To the end the Commission will make available to the European Parliament and to the Council, [...] a study on all the options, including insurance aspects, for improving the position of cross-border victims, which would pave the way for a Green Paper"

83 *Symeonides, Choice of Law in Cross-Border Torts*, לעיל ה"ש 12.

84 דהיינו המשפט האמריקני מבכר את גישת הצדק המהותי על פני גישת הצדק המתקלי. גישת הצדק המתקלי מועדפת באירופה. על ההבחנה בין גישות אלו ראו להלן פרק ג, 3.3.

הראוי שפרשנותם של הכללים תהא מושפעת מהניסיון הנלמד מן הדין הזר. במובן זה גם לדעת השופטת ארבל, כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי פחות נטועים תרבותית בשיטת המשפט שממנה הם יצאו, והם אינם מושפעים מערכי חברה כלשהי ומתפיסה תרבותית קונקרטית.⁸⁵ אכן, כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הם כללים ייחודיים. לא פעם הם נתפסים בבחינת כללים מכניים, ועל כן העברתם משיטת משפט אחת ונטיעתם בשיטת משפט אחרת נחשבת יותר קלה מאשר השתלתם של כללים הנחשבים להיות אורגניים לשיטת משפט ספציפית. העובדה שכלל מקום המושב המשותף הוא דומיננטי בהרבה שיטות משפט מלמדת על תופעה של איחוד "מלמטה למעלה".⁸⁶

גישה ליברלית ליחסים בין-לאומיים מובילה למסקנה שכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי בין מדינות ליברליות צריכים להיות הרמוניים ולעודד את המדינות לגילוי מחויבות האחת כלפי רעותה, שכן הערכים שכללים אלו מבטאים דומים הן מהבחינה המהותית והן מהבחינה הפרוצדורלית.⁸⁷ במובן זה, תפיסתה של השופטת ארבל אינה כה רחוקה מעמדתו של השופט ריבלין בעניין ינון ושל השופטת נאור בעניין יובינר, והיא מבטאת עמדה קוסמופוליטית שלפיה על המשפט הישראלי לשקול את הצרכים של החברה הבין-לאומית מן הטעם שאין הוא יכול להרשות לעצמו את המותרות של מוסרנות מקומית.

2.2 מקום המושב המשותף – חלופה להסכמת הצדדים?

לכאורה השופטת ארבל אינה סוטה מהכלל שנפסק בעניין ינון, אלא מציעה לאבחנו ולסייגו באמצעות חריג נוסף אך מוגדר; חריג המצדיק מתן עדיפות לדין האישי המשותף של הצדדים. החלטתה, לכאורה, ממשיכה באימוץ התאוריה שנפרסה בעניין ינון על ידי השופט ריבלין, ואין בה משום הצעה לחשיבה מחודשת בעניין כללי בררת

⁸⁵ Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law* Jan Smits, *On ;Ends Up in New Divergences* 61 MOD. L. REV. 11, 17 (1998) *Successful Legal Transplants in a Future Ius Commune European*, in COMPARATIVE N. ;LAW IN THE 21ST CENTURY 137, 145 (Andrew Harding & Esin Örcü eds., 2002) Foster, *Transmigration and Transferability of Commercial Law in a Globalized World*, in COMPARATIVE LAW IN THE 21ST CENTURY, 55, 58 (Andrew Harding & Esin Örcü eds., 2002).

⁸⁶ Walter Van Gerven, *Comparative Law in a Regionally Integrated Europe*, in COMPARATIVE LAW IN THE 21ST CENTURY 155, 172 (Andrew Harding & Esin Örcü eds., 2002).

⁸⁷ Slaughter, לעיל ה"ש 72.

הדינים.⁸⁸ הואיל ולשיטתה של השופטת ארבל, הנימוק המרכזי בעניין **ינון** לקביעת כלל בררת הדין הספציפי הוא קידום הוודאות והקלת הצפיות, הרי שאף החריג החדש שהיא יוצרת מגשים מגמה זו. עם זאת, היא מזהירה מפני האפשרות שיהיו מצבים עתידיים שבהם יקשה לקבוע אם חל הכלל או שמא דווקא החריג לו, ומותירה את הנושא ללא הכרעה.⁸⁹

עיון בפסק הדין מלמד כי השופטת ארבל דווקא סוטה מהפילוסופיה שעליה נשען כלל בררת הדין שעוצב בעניין **ינון**. לעומת כלל זה, המבוסס למעשה על זיקה יחידה וייחודית בדבר מיקומה הגאוגרפי של העוולה, הכלל שפותח על ידי השופטת ארבל מבוסס על ריבוי זיקות, מגוון שיקולים ועושר של שאלות מדיניות. לא רק שציפיות הצדדים הובילו את כל אחד מהשופטים – ריבלין וארבל – לפתרונות שונים ואף סותרים, אלא שהעיקרון הטריטוריאלי שהוזכר בעניין **ינון** מאבד ממרכזיותו, לטובת שיקולים פרסונליים. כך שהמתודולוגיה, הפילוסופיה והטרמינולוגיה שנוקטת השופטת ארבל שונות בתכלית מאלה שדגל בהן השופט ריבלין בעניין **ינון**.⁹⁰

אכן, חריג המעניק עדיפות לדין האישי של הצדדים הוא מוכר ואף כמעט נדוש בדיסציפלינה של המשפט הבין-לאומי הפרטי, ומחייב על פי רוב החלת דין הפורום. אין לטעות, חריג זה אינו חלק ממגמת ה"חזרה הביתה" שבמסגרתו בתי משפט מעדיפים החלת דינם שלהם (*lex fori*) למרות זיקות הדוקות לדין אחר.⁹¹ זאת, הגם שקיימת סבירות גבוהה שמקום המושב המשותף של הצדדים יהיה גם המקום שבו מצוי הפורום שאליו יפנו הצדדים. אולם, בית המשפט מחיל את דינו בשל היותו הדין האישי של הצדדים ולא בשל היותו דין הפורום.

ודוק, למרות ההסכמה הרחבה בדבר הצורך בחריג גמיש, קיים חוסר ודאות באשר למקרים שעליו הוא יחול. כך, למשל, מה דינם של שני זרים בעלי מקום מושב משותף המבצעים עוולה זה כלפי רעהו בעת שהותם בישראל – האם יש להחיל בהקשרם את הדין הישראלי או את דינם שלהם? באותו אופן ניתן לשאול, האם יש להחיל בהקשרו של ישראלי הפוגע באופן אקראי בזר במדינה אחרת את דינה של מדינת ישראל אם יתברר לבסוף כי אותו זר הוא בעצם ישראלי? נדמה כי לגישתה של השופטת ארבל, אף כאשר דינם האישי המשותף של הצדדים אינו דין הפורום ולא דין מקום קרות העוולה, עדיין נדרש בית המשפט להיות נכון להחיל על עוולות אלו

⁸⁸ הרציונל של יצירת הכלל בעניין **ינון** בדבר הגברת הוודאות והיציבות לא מוגשם. הא ראייה, שכבר בעניין **ינון** וגם לאחר מכן בעניין **יובינר**, מרבית השופטים מעדיפים להחיל דין אחר תחת דין מקום קרות העוולה.

⁸⁹ שם, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹⁰ שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹¹ Jeffrey Jackson, *No Place like Home: Public Policy and Prudent Practice in the Conflict of Laws*, 90 W. VA. L. REV. 1195 (1988).

(בין שבוצעו בישראל ובין שמחוצה לה) דין של מדינה שלישית זו. שאלה נוספת נוגעת לחשש מפני פיצול אפשרי של הדינים שיחולו על אותה התנהגות מעוולת. כך למשל בתאונה שבה מעורבים שלושה אנשים: הפוגע ואחד מהנפגעים הם בעלי מקום מושב משותף, ואילו נפגע נוסף הוא בעל מקום מושב אחר. האם ראוי "לפצל" תאונה זו למרכיביה כך שאף שמדובר באותו אירוע נזיקין, יפצה הפוגע את הנפגע הראשון לפי דין מקום מושבם המשותף ואילו את הנפגע השני לפי דין אחר?⁹² לא בכדי גולש הדיון לוויכוח בין השופטת נאור לשופטת ארבל סביב שאלת שרירותיותה של הבחירה. לעומת השופטת ארבל, הטוענת שלא פעם מקום קרות העוולה הוא שרירותי,⁹³ השופטת נאור טוענת שזהות הצדדים יכולה אף היא להתברר כשרירותית.⁹⁴ השופטת ארבל, המודעת לאפשרות קיומם של רכיבים שרירותיים בגישה שבה היא תומכת, פותרת בעיה זו בקבעה כי אנו נכונים ממילא "לספוג" מידה מצומצמת של שרירותיות בדיני הנזיקין (כך לדוגמה כאשר מידה מועטה של רשלנות גורמת לנזק משמעותי, הגורר פסיקת פיצויים גבוהה). לדידה, בה במידה עלינו להיות מוכנים לסבול שרירותיות באשר לסטנדרטים המוחלים בנוגע לזכאות הבסיסית לפיצוי.⁹⁵ כאמור, נדמה שהרציונל של תפיסת המשפט הבין-לאומי הפרטי כחלק מהמשפט הציבורי⁹⁶ הניתן להסקה מעניין ינון לא באמת משכנע את השופטת ארבל, שכן היא מציבה את הרציונלים המוזכרים בפסק הדין בעניין ינון בסדר חדש המעניק עדיפות לציפיות הצדדים, דהיינו לעקרונות המשפט הפרטי. אולם, אם אכן זה המצב, הרי

⁹² ראו באופן אנלוגי: *Tooker v. Lopez*, 24 N.Y.2d 569, 301 N.Y.S.2d 519 (1969). לגישה שלפיה הפיצול אינו תופעה שלילית ראו: Tim W. Dornis, "When in Rome do as the Romans do?" – A Defense of the *Lex Domicilii Communis* in the Rome II-Regulation, Mills, *The Application of* ;7 THE EUROPEAN LEGAL FORUM I-152, I-157 (2007)

Multiple Laws, לעיל ה"ש 44.

⁹³ עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹⁴ שם, פס' 25 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁹⁵ שם, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹⁶ נדמה שמסיבה זו קבע השופט ריבלין בפסק הדין בעניין ינון, לעיל ה"ש 5, רק חריג נדיר מאוד לכלל, ולמרות היותו כלל מקובל (אם כי מובן שאינו נדרש בעניין ינון) לא קבע את הכלל בדבר מקום המושב של הצדדים (אפילו לא כאמרת אגב) כחריג לגיטימי. לגישת השופט ריבלין נדמה שבין אמת (צדק בין הצדדים) ויציב (סדר משפט בין-לאומי), עדיף יציב. כללים מדויקים עדיפים ורצויים, ויש לצמצם את הגמישות. הרציונל של פסק הדין בעניין ינון ניתן להסבר ברוח דבריו של ריימן (Reimann): "[B]lackletter rules are, in principle, desirable, not deplorable. The clearer rules cut, the better. The underlying assumption is that if a rule incorporates the appropriate policies and interests and is well-drafted, its blackletter character will not lead to unjust results, except in extreme, and thus rare, cases", MATHIAS REIMANN, *CONFLICT OF LAWS IN WESTERN EUROPE: A GUIDE THROUGH THE JUNGLE* 13 (1995).

שווקר (Walker) מציעה תאוריה חלופית להצדקת העדפת דינם האישי של הצדדים. לטענתה, תפיסה של המשפט הפרטי ודיני הנוזיקין למשפט הבין-לאומי הפרטי צריכה להוביל לתוצאה שלפיה יש לשקול ברצינות את מערכת היחסים בין הצדדים לצורך קביעת האחריות הנוזיקית. יישום גישתה מוביל למסקנה שאמנם ניתן לחשוב על הצדקה להחלת הדין הישראלי במקרה שבו מתקיים מעין חוזה בין חברים ישראלים הנוסעים יחדיו במהלך טיול בניו-זילנד, אולם אין בהתרחשותה של תאונה בניו-זילנד, אשר בדיעבד מסתבר כי אירעה באופן מקרי בין ישראלים, כדי לגרור החלת דין מקום המושב המשותף שלהם. רק כאשר הדין האישי שלהם יוצר ציפיות לגיטימיות – לדוגמה כאשר הנתבע חב חובת זהירות מיוחדת לנפגע או כאשר התובע זכאי להגנה גבוהה במיוחד מהנתבע אשר גרם לו נזק – מן הראוי כי הדין האישי יזכה למלא תפקיד בסכסוך.⁹⁷

אולם התבוננות עמוקה בעניין ינון ובעניין יובינר מותירה ספקות באשר לקן שמוביל בסופו של דבר את בית המשפט. אין זה ברור באיזו מידה החלת החרג מוגבלת אך למצבים שבהם ניתן להצביע על מערכת יחסים מיוחדת ומוקדמת בין הצדדים המלמדת על טיבו של הדין שיוחל. החלת החרג בעניין ינון ניתנת להצדקה בשל מערכת היחסים החברתית המסוימת בין הכובש לנכבש (אף שבית המשפט קובע שהוא מעדיף שיקולים טריטוריאליים גאוגרפיים ונדרש לניתוח הריבוני של ההתנחלויות). עם זאת, בעניין יובינר השופטת ארבל אמנם מזכירה את הסכמת הצדדים כשיקול המצדיק את יצירת החרג הנוסף,⁹⁸ אולם נדמה שהיא נכונה להחיל את החרג באופן גורף תוך הרחבת היקף פריסתו לכל המצבים שבהם מתברר כי לצדדים מקום מושב משותף.⁹⁹ אכן, אימוץ הפרשנות המצמצמת – בדבר הצורך בעמידה על הסכמה מהותית מוקדמת בין הצדדים – תוצאתו סטייה (חלקית)

⁹⁷ Janet Walker, "Are We There Yet?" Towards a New Rule for Choice of Law in Tort, 38 OSGOOD HALL L. J. 331, 350 (2000). לדידה, תאונה שהתרחשה בין שני כלי רכב במדינה זרה, כאשר מתברר בדיעבד שארעה בין תושבי אותה מדינה אינה מקימה זכות להחלת הדין של מקום המושב המשותף. אולם, כאשר מדובר בנוסע ונהג שיש ביניהם יחסים חוזיים או מעין חוזיים, יש ציפייה לגיטימית שהדין שיחול הוא דין מקום מושבם המשותף. ראו גם: Lawrence Collins, *Interaction between Contract and Tort in the Conflict of Laws*, 16 Thomas Kadner Grazinao, *Freedom to Choose the ;INT'L & COMP. L.Q.* 103 (1967) *Applicable Law in Tort – Article 14 and 4(3) of the Rome II Regulation, in THE ROME II REGULATION ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS*, 113 (John Ahern & William Binchy eds., 2009). יש המרחיבים בהקשר זה את התחולה של דין מקום המושב המשותף גם על *de facto* relationship, ראו: Ansgar Staudinger, *Rome II and Traffic Accidents*, 5 THE EUROPEAN LEGAL FORUM I-61, I-62 (2005).

⁹⁸ עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹⁹ שם, פס' 19 לפסק דינה של השופטת ארבל.

מהמגמה להגיע להרמוניה עם המשפט האירופי,¹⁰⁰ אך ייתכן שהוא המשקף את המדיניות הרצויה.¹⁰¹

2.3 מקום מושב משותף – הצדקות וביקורת

גישתה של השופטת ארבל מהדירה ממד נוסף של גמישות לכלל בררת הדין בניזיקין שנקבע בעניין ינון, המבליט את הרקע החברתי והכלכלי של הסכסוך. מקום מושב משותף אינו רק מושג משפטי. הוא משלב יסוד עובדתי פיזי של מגורים עם יסוד מנטלי של התיישבות וקינון בטריטוריה מסוימת כמו גם יסוד סוציולוגי של השתלבות חברתית וכלכלית בחיי קהילה מסוימת.

גישתה של השופטת ארבל נותנת ביטוי גם ליתרון פרקטי חשוב שלפיו נפגעי אירועים נזיקיים ייטו ככלל להגיש תביעה במקום מגוריהם אפילו התרחש האירוע הנזיקי בטריטוריה זרה. החלת כלל בררת הדין בדבר מקום המושב המשותף תאפשר לבית המשפט להחיל על הסכסוך את דין הפורום שלו הוא רגיל. לחריג זה גם הצדקות כלכליות: הוצאות התדיינות נמוכות יותר לצדדים, הליך משפטי יעיל יותר והרמוניה פסיקתית בין-לאומית נוכח יכולתו של בית המשפט להחיל את דינו שלו המוכר לו.¹⁰² לעומת זאת, יש להביא בחשבון כי במצבים שבהם התובע יעדיף להגיש תביעה במקום קרות העוולה בהיותו, לדידו, הפורום הנוח לבחינת שאלת האחריות בשל אפשרות הימצאותם של העדים והראיות בתחומי אותה מדינה, הרי בנוגע לפורום זה דין מקום המושב המשותף הוא בבחינת דין זר שהוא תמיד יקר יותר להוכחה וקשה יותר להחלה.

¹⁰⁰ במשפט האירופי גורם ההסכמה לא מופיע בהקשר של הכלל בדבר מקום המושב המשותף של הצדדים, אלא מופיע אך בהקשר של חריג בדבר הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לאירוע הנזיקי. כך קובע ס' 4(3) ל-Rome II, לעיל ה"ש 54: "Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question" Richard Fentiman, *The Significance of Close Connection, in THE ROME II REGULATION ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS*, 85 (John Ahern & William Binchy eds., 2009), לעיל ה"ש 97.

¹⁰¹ לניתוח שאלת התפקיד שיש ליתן לאוטונומיה של הצדדים למלא במסגרת כללי בררת הדינים של תחום הנזיקין ראו: Mo Zhang, *Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law*, 39 SETON HALL L. REV. 861 (2009).

¹⁰² Dornis, לעיל ה"ש 92, בעמ' I-157.

עד כמה שהסכסוך נוגע לשאלת הפיצויים ולא לשאלת האחריות, הרי הכלל שקובעת השופטת ארבל עולה בקנה אחד עם אינטרס כפול של המדינה שבה מתגורר הנפגע. ראשית, האינטרס הריבוני הוא שייפסקו לנפגע פיצויים בהתאם למציאות המשפטית, החברתית והכלכלית שבה הוא מתעתד לחיות. שנית, הטלת חובת פיצוי גבוהה על התובע, לפי דין מקום העוולה, למשל, עלולה אף היא להשפיע לרעה יתר על המידה על מצבו הכלכלי של הפוגע ועל שיקוליו להמשיך ולהתגורר במדינתו.

עם זאת, גישתה של השופטת ארבל לבררת הדין בנוזיקין מותירה שאלות רבות ללא מענה. אין זה ברור מה מעמד החריג שיצרה: האם מדובר בכלל שווה מעמד לכלל בדבר מקום קרות העוולה בדומה למצב במשפט האירופי שממנו קיבלה השראה? או שמא עסקינן, כפי שהדבר מתואר על ידי השופטת ארבל, בחריג לכלל? אם מקום המושב המשותף הוא בבחינת כלל נוסף שפועל לצדו של הכלל בדבר מקום קרות העוולה, הרי שחשיבות החריג שנקבע בעניין ינון בדבר הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לאירוע הנזיקי פוחתת משמעותית. לחלופין, אם מקום המושב המשותף הוא בבחינת חריג נוסף, נותרת פתוחה השאלה באשר למעמדו בהשוואה לחריג בדבר הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר. לדוגמה, איזה דין יש להחיל כאשר לצדדים מקום מושב משותף אך דינה של מדינה אחרת – שאינו דין מקום קרות העוולה – הוא הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לעוולה? כך הוא המצב, למשל, בניגוד לעובדות בעניין יובינר, כאשר הנזק מתרחש באותה המדינה שבה גם מורגשות תוצאותיו. האם במצב מסוג זה יחול דין מקום המושב המשותף או שיחול הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לסכסוך, דהיינו מקום קרות הנזק? האם השגת המטרות בדבר קידום הוודאות והקלת הצפיית תועדפנה, או שמא יכריע הרצון להותיר בידי בית המשפט שיקול דעת?

שאלה נוספת נוגעת למצב שבו לצדדים אין מקום מושב משותף, אבל הדינים של מקום מושבו של כל אחד מהם זהים בתוכנם ושונים מדין מקום קרות העוולה. האם אין זה ראוי להחיל במקרה כזה את החריג בדבר מקום המושב המשותף באנלוגיה?¹⁰³ לכן ראוי לשקול המרת הכלל בדבר מקום מושב משותף בכלל שלפיו יוחל הדין האישי של התובע והנתבע באופן אשר יאפשר הגעה לתוצאה שונה מהתוצאה שאליה היה מגיע דין מקום קרות העוולה.¹⁰⁴ בדומה ניתן לתהות על העדפת מקום

Symeon C. Symeonides, *Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity*, 56 AM. J. 103
de Lim Pinheiro, *Choice of Law on Non-Contractual Obligations Between Communitarization and Globalization – A First Assessment of*
Obligations Between Communitarization and Globalization – A First Assessment of
'עמ"ס 41, בעמ"ס 41, EC Regulation Rome II, DIR. INT. PRIV. PROC. 5, 18 (2008)
346.

¹⁰⁴ ס' 145 ל-RESTATEMENT (SECOND), לעיל ה"ש 27: "When certain contacts involving a

מושבים של הצדדים על פני דינם הלאומי של הצדדים. האם במצב שבו שני ישראלים שעברו לגור באופן קבע באנגליה ומעורבים במהלך ביקור בישראל בתאונת דרכים יחול דין מקום המושב המשותף שלהם דהיינו הדין האנגלי? ההצדקה להעדפת דין מקום המושב המשותף במשפט האיחוד האירופי מבוססת על עקרון איסור ההפליה על רקע לאומי שהוא עקרון יסוד של השיטה האירופית, אך שאלה היא אם בסיס זה מוצדק גם לגבי שיטת המשפט הישראלית.

סוגיה אחרת שנותרה פתוחה, עניינה בשאלה כיצד יכריע בית המשפט אם יתברר שדין מקום המושב המשותף של הצדדים מעניק פיצויים פחותים לנפגע בהשוואה לגובה הפיצויים שהיו מוענקים לו היה חל דין מקום קרות העוולה. כך יהיה ככל הנראה המצב במקרה שבו הנפגע מתגורר במדינה ענייה יותר מהמדינה שבה אירעה התאונה. אמנם לדין מקום המושב המשותף יש אינטרס להבטיח כי הנתבע המתגורר בתחומו יקבל פיצויים שיכסו את הוצאותיו, אך דין מקום קרות התאונה הוא בעל אינטרס מתחרה בכל הקשור בשמירה על רמת הרתעה מפני התנהגות מזיקה בתחומי הטריטוריה שבה אירעה התאונה ובהענקת ביטחון כלכלי למי שנפגע בתחומי אותה טריטוריה אפילו אם הוא מתגורר במקום אחר. האם במקרה זה – שבו שיטות המשפט השונות מייצגות אינטרסים מתחרים באשר לדרך המאבק הראויה בתאונות – תהא הצדקה להפעיל את החריג בדבר חוסר צדק? הפעלת החריג תוביל להותרת שיקול דעת רחב מאוד בידי בית המשפט, והיא עלולה לערער את הוודאות המשפטית, המהווה את העיקרון שהנחה את בית המשפט בעניין ינון. תוצאת הפעלת החריג בנסיבות אלו תהא החלת הדין המעניק את מרב הפיצויים לנפגע.¹⁰⁵ אולם נדמה כי מתודולוגיה זו נדחתה על ידי בית המשפט בעניין ינון, שם בית המשפט לא בחר לאמץ כלל בררת דין שלפיו הדין שיחול על העוולה יהא נתון לבחירתו של הנפגע.

יתרה מזאת, יש הטוענים כי הכלל בדבר הדין האישי המשותף הוא ראוי רק כאשר מתקיימים שלושה תנאים: האירוע הנזיקי רשלני ולא מכוון, הצדדים המעורבים באירוע הם אך ורק הפוגע והנפגע, ומקום קרות העוולה לא מעניק פיצויי כלל או מעניק פיצוי נחות משמעותית בהשוואה לפיצוי שהיה ניתן לפי הדין האישי המשותף. בנסיבות שאינן מקיימות את התנאים האמורים, החלת הדין האישי תפגע באינטרס ההרתעה של דין מקום קרות העוולה. כמו כן, החלת הדין האישי בעייתית כאשר דין מקום קרות העוולה מוביל להטלת אחריות בנזיקין ודין מקום המושב המשותף מעניק פטור מאחריות ועסקינן בסכסוך נזיקי המערב זכויות

tort are located in two or more states with identical local law rules on the issue in question, the case will be treated for choice-of-law purposes as if these contacts were grouped in a single state"

105 לעמדה התומכת בפתרון זה ראו: STONE, לעיל ה"ש 41, בעמ' 345.

של צדדים שלישיים.¹⁰⁶ ביקורת זו מבכרת למעשה "צדק מהותי" על פני "צדק מתקלי".¹⁰⁷

3. השופטת חיות – "צדק צדק תרדה"¹⁰⁸

3.1 גישת הצדק המהותי

השופטת חיות פוסקת כי נסיבות המקרה מחייבות להחיל את החריג שנקבע בעניין ינון, שלפיו טעמים של צדק יכולים להצדיק סטייה מהכלל בדבר מקום קרות העוולה.¹⁰⁹ הגם שהיא אינה נדרשת כלל למבחן העזר המוצע בעניין ינון להחלתו של החריג בדבר "דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה העוולה", ומסתפקת באמירה שאין זה צודק להחיל את דינו של מקום ביצוע העוולה, אף היא סבורה שהיא פוסעת בדרך שסלל בית המשפט בעניין ינון. המקרה הוא חריג לשיטתה לא בשל מקום המושב המשותף של הצדדים לסכסוך, אלא בשל תוכנו של דין מקום קרות העוולה, הדין הניו-זילנדי, שאינו מאפשר ליתן לתייר פיצוי בגין נזקי גוף. התהום העמוקה הפעורה בין הדין הישראלי לדין של ניו-זילנד בעניין זה מעידה לדעתה על חוסר צדק.¹¹⁰ היא מבכרת ערכים בדבר צורך בהכרעה רציונלית, רגישה והוגנת במקרה הספציפי המובא לבית המשפט, על פני ערכים של אחידות וודאות.¹¹¹

¹⁰⁶ כך המצב, למשל, כאשר מתרחשת תאונת דרכים בין רכב שבו נהג ונוסע הם בעלי דין אישי משותף, ובין רכב שבו נהג ממדינה זרה כאשר התאונה אירעה במדינה הזרה. הנחה נורמטיבית היא כי הנהג פטור מאחריות כלפי הנוסע לפי הדין האישי אך לא לפי דין מקום קרות התאונה. הנחה נוספת היא כי הנוסע תובע לא את נהג הרכב שבו ישב, אלא את נהג הרכב השני. האחרון – נהג הרכב השני – מעוניין "לחזור" לנהג הרכב הנפגע ולחייבו לשאת בחלק מהאחריות. החלת הדין האישי המשותף פוגעת באינטרס של מקום קרות העוולה בדבר הבטחת פיצויו של הנהג, וייתכן גם שלא יהיה בה לקדם את האינטרס של מקום המושב המשותף בעת שפטר את הנהג מאחריות בנוגע לתביעת הנוסע.

¹⁰⁷ Russell J. Weintraub, *Rome II: Will it Prevent Forum Shopping and Take Account of the Consequences of Choice of Law?*, in THE ROME II REGULATION ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS, 47 (John Ahern & William Binchy eds., 2009).

¹⁰⁸ דברים טז 20.

¹⁰⁹ הרעיון של צדק במשפט בין-לאומי פרטי קשור ברגיל לניסיון להגן על זכויות פרט.

¹¹⁰ עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹¹¹ כל שיטת משפט מגיבה באופן שונה למתח זה ומאזנת באופן שונה בין צרכים אלו. ראו: SYMEON C. SYMEONIDES, PRIVATE INTERNATIONAL LAW AT THE END OF THE 20th CENTURY: PROGRESS OR REGRESS? 21–35 (1998) (להלן: SYMEONIDES, PRIVATE INTERNATIONAL LAW AT THE END OF THE 20th CENTURY).

היא שוללת את עמדתה של השופטת נאור כי עשיית צדק עם התובע, משמעותה גרימת חוסר צדק לנתבעת וקובעת שבשל התרשלותה של האחרונה יש להחיל עליה דין שלפיו היא תחויב בפיצויים.¹¹² בגישתה זו, המעניקה מעמד משני לשיקולים גאוגרפיים והמעדיפה זיקות שהן גם אישיות וגם טריטוריאליות, השופטת חיות מתקרבת לפילוסופיית בררת הדינים שבה דוגלת השופטת ארבל.

ברי כי הכלל שנבחר על ידי בית המשפט העליון בעניין ינון הוא בעיקרו כלל בררת סמכות. הוא מייעד מדינה אשר דינה הוא אשר יוחל, בשל הקשרים הפיזיים טריטוריאליים בין הסכסוך לבין אותה המדינה, ולא בשל תוכנו של הדין. לעומת זאת, יש הטוענים כי במשפט הבין-לאומי הפרטי המודרני, הבררה מבוססת לא רק על קשרים פיזיים, אלא גם על תוכנו של הכלל והמדיניות שהמדינה, שאל דינה הפנו כללי בררת הדין, מעוניינת לקדם (כלל בררה תוכני).¹¹³ לגישתה של השופטת חיות סכסוכים חוצי גבולות אינם שונים במהותם מסכסוכים מקומיים, ובשני סוגי הסכסוכים על בית המשפט לדבוק בחובתו לפתורם באופן צודק לצדדים. אין מקום לפשרות כלפי סכסוכים בעלי יסודות זרים, ואין מקום לפסיקה בעלת איכות מופחתת – שבה ישלימו עם מה שמכונה "צדק מתקלי" בלבד – אלא יש לשאוף גם בסכסוכים חוצי גבולות להשגת "צדק מהותי". גישה זו אינה מניחה שדינה של המדינה הנאותה הוא גם הטוב ביותר, אלא מחייבת את בית המשפט לבדוק ישירות את הדין החל ולבחון אם הוא מספק את הפתרון והתוצאה המתאימה לצדדים.

נדמה שהשופטת חיות מבכרת את מסורת המשפט המקובל (המעדיפה צדק בין הצדדים) על פני גישת הקונטיננט (המעדיפה יציבות, ודאות ועקביות).¹¹⁴ עוד נדמה שהיא מחדירה למשפט הישראלי דילמות שעמן מתמודד המשפט האמריקני סביב השאלה מה ייחשב פתרון ראוי לסכסוך חוצה גבולות ועד כמה יש להתחשב בגישת הצדק המהותי, גישה שנהוג לשייך בראש ובראשונה ללפלר (Leflar),¹¹⁵ ופוסקת

¹¹² היא מבחינה בין כללים אשר מטרתם העיקרית היא להרתיע בפני התנהגות פוגענית (כללים מסדירי התנהגות) לבין כללים אשר מטרתם העיקרית היא חלוקה ראויה של הפסדים כלכליים וחברתיים עקב העוולה (כללי הקצאת הפסדים). היא סבורה כי כללי בררת הדינים במקרה זה נוגעים לכללי הקצאת הפסדים. כאמור, השופטת חיות קובעת כי יש להחיל את פקודת הנזיקין הישראלית ולא את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ראו: עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹¹³ Symeon C. Symeonides, *American Conflicts Law at the Dawn of the 21st Century*, 37 WILLAMETTE L. REV. 1, 46–60 (2001) (להלן: Symeonides, *American Conflicts Law at the Dawn of the 21st Century*).

¹¹⁴ REIMANN, לעיל ה"ש 96, בעמ' 13.

¹¹⁵ בשנות ה-60 הציע Leflar חמישה פרמטרים הנדרשים להילקח בחשבון על ידי שופטים הנדרשים לברור את הדין: 1. ציפיות הצדדים; 2. טיפוח של הסדר הבין-לאומי; 3. נוחות

בהתאם לאופן שבו מכריעים, לא פעם, בתי המשפט האמריקנים בפועל.¹¹⁶ השופטת חיות נדרשת לתפקידה כמכריעה בסכסוך מפרספקטיבה לאומית כפי שהוגדרה על ידי המחוקק הישראלי, ולא רואה עצמה כחלק מרשת של שופטים אשר תפקידם הטרנס-לאומי הוא שיתוף פעולה עם בתי משפט לאומיים אחרים במטרה ליתן פתרון בין-לאומי לסכסוך. היא רואה את תפקידה השיפוטי מזווית פנימית כרשות המאזנת בין הרשות המבצעת ובין הרשות המחוקקת – תפיסה אשר מדגישה שקילתם של אינטרסים לאומיים, חלף הגישה המכירה במשפט הבין-לאומי הפרטי כחלק ממערך בין-לאומי. לדידה החלת המשפט הזר היא אקט אוטונומי. החלה זו היא מתן ביטוי לרצונו של המחוקק הלאומי אשר עונה על הצורך למלא אחר סטנדרטים לאומיים ותפיסות מקומיות של צדק. מפרספקטיבה זו אין הכרח להבטיח שהחלת הדין הזר תיעשה באותו האופן שהיה עושה זאת בית המשפט הזר, אלא כל שיש להבטיח הוא שתוכנו של הדין הזר המוחל תואם את הנורמות של המשפט הלאומי.

השופטת חיות שואפת להשיג צדק מהותי בנסיבות הקונקרטיות של המקרה. היא עושה זאת באופן יצירתי ועצמאי, מתוך כוונות טובות, בדיעבד למקרה, ומגבילה את תוצאת הכרעתה לנסיבות הספציפיות שבפניה. לטענת התומכים בגישת הצדק המהותי, יש בגישה זו כדי להפוך את כללי בררת הדינים לכללים אידאולוגיים ולא לכללים נטולי ערכים. כך, יתרונות אפשריים לכלל המעדיף את הנפגע בנוזיקין, יכול שיהיו הגשמת הרציונל האוניברסלי שלפיו תובע תם לא יצטרך לשאת בהוצאות פגיעתו, ומניעת מרוצו של הנתבע ל"תחתית הרגולטורית".

התפקיד השיפוטי; 4 קידום האינטרסים המדיניים של הפורום; 5. החלת הדין הטוב ביותר. Robert A. Leflar, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 N.Y.U.L. REV. 267 (1966); Robert A. Leflar, *Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations*, 54 CAL. L. REV. 1584 (1966). הגם שניתן היה לחשוב שלעתים לקריטריון הדין הטוב ביותר יהיה תפקיד מכריע ולעתים הוא לא יהיה בעל משמעות, קריטריון זה הפך להיות מרכזי ומכריע בבתי המשפט האמריקנים שבחרו ללכת בשיטתו של Leflar, גם כאשר השיקולים האחרים לא היו שוליים. בתי המשפט נדרשו אליו כאל יסוד קטגורי בשלמם מס שפתיים ליתר ארבעת השיקולים. ראו: SYMEON C. SYMEONIDES, THE AMERICAN CHOICE-OF-LAW REVOLUTION: PAST, PRESENT AND FUTURE 82–83 (2006). לגישת הצדק המהותי יש תומכים נוספים בין המלומדים האמריקנים, לדוגמה: Prof. Friedrich Juenger, Prof. Joseph Singer, Prof. David Cavers, Prof. Luther McDougal, Russell Weintraub. גישתם עוד יותר שנויה במחלוקת מאשר גישת הדין הטוב ביותר, שכן הם אינם סבורים כי על השופטים לבחור מבין שיטות המשפט הקיימות, אלא עליהם ליצור דין מהותי חדש, הנובע מכל הדינים של המדינות המעורבות בסכסוך ושיהווה את הפתרון המהותי והמודרני הטוב ביותר לסכסוך. חלקם אף מטיפים ליכולתו של השופט לעצב כלל מהותי כראות עיניו גם אם זה יאומץ משיטת משפט שכלל אינה רלוונטית לסכסוך.

¹¹⁶ Symeonides, *Choice of Law in Cross-Border Torts*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 349.

ייתכן שיש בו גם משום הכוונת התנהגות וחינוך לזהירות מצד פוגעים פוטנציאליים.

3.2 ביקורת על גישת הצדק המהותי – *government des judges*

עמדתה האמורה של השופטת חיות מחזירה אותנו להרהר בשאלה בסיסית: מדוע בכלל נחוצים כללי בררת דינים? התשובה האוניברסלית כמעט שניתנת לשאלה זו מפנה לאילנות הגבוהים של מושגי הצדק. במובן מסוים תשובה זו נדושה ושחוקה. מתן הכרעה צודקת לצדדים הוא הדבר שאחריו אנו תרים בכל הכרעה שיפוטית. נדמה כי איש לא יחלוק על המרכזיות שתופס הפרט במשטר שמנהיג המשפט הבין-לאומי הפרטי. הוגן לומר שעצם קיומו של תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי נועד מלכתחילה למלא אחר הציפיות הלגיטימיות של הצדדים לחוזה או לאירוע.¹¹⁷ אולם המבקרים את גישת הצדק המהותי גורסים כי גם אם במבט ראשון נדמה כי עקרונות אלו של "צדק" ו"ציפיות הצדדים" מקנים הצדקות המבוססות על זכויות הפרטים לבררת הדינים, התבוננות קרובה יותר מגלה שהידרשות לעקרונות אלו כהצדקה לכללי בררת הדינים מאפילה על הבעייתיות ועל הצורך בפרספקטיבות חלופיות ומעוררת שאלות יותר מאשר מספקת תשובות.¹¹⁸

מבקרי עמדת הצדק המהותי גורסים כי שופטים אמורים בכל סכסוך המגיע אליהם – ובעניין זה אין גם לשיטתם שוני בין סכסוך מקומי טהור לסכסוך בעל יסודות זרים – להחיל את הדין, ולא להכריע בסכסוכים על בסיס אינטואיציות ותחושות פנימיות. זאת, משום שהכרעה שיפוטית המתקבלת רק על בסיס תוצאה מועדפת אינה משקפת את הדין, אלא את ההעדפות הסובייקטיביות של השופטים, לרבות הטיותיהם האפשריות. ההכרעה הופכת להיות שלטון השופט ולא שלטון החוק. גם אם נאמר שראוי ליתן לשופטים שיקול דעת נרחב, עדיין קשה ליישב בין עקרונות בסיסים בדבר סמכות בתי המשפט ותפקיד השפיטה לבין גישת הצדק המהותי.

הידרשות למילה צדק אינה מהווה קו מנחה לאופן שבו ראוי להחיל את כללי בררת הדינים. הרעיון ששיקולי צדק יכולים לשמש כהצדקה להחלת דין זר נחזית

Herbert Kronke, *Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: "Rules" at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws*, in *FESTSCHRIFT FÜR ERIK JAYME* 461, 465 (Heinz-Peter Mansel ed., 2004)

"The truth is that a system of law built on what a particular court considers to be the expectations of the parties or what it thinks is fair, without engaging in further probing about what it means by this, does not bear the hallmarks of a rational system .of law. Indeed in the present context it wholly obscures the nature of the problem"

עניין *Tolofson*, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1046–1047.

להיות הנחת המבוקש, שכן עיקר הבעיה טמון בשאלה אילו שיקולי צדק צריכים לחול.¹¹⁹ כך, נטען בעבר כי גישת הצדק המהותי יכולה לשמש כלשון נקייה (euphemism) לאמתלה בדבר החלת דין הפורום, והיא עולה לכדי מסכה פשוטה המסווה סובייקטיביות שיפוטית לטובת החלת דין הפורום. אף ש-Leflar עצמו ניסה להפיג חששות אלו בדבר בררת דין סובייקטיבית באומרו שהשופטים מוכשרים לזהות דין זר כשהוא טוב מדין הפורום, יש ראיות רבות התומכות בדעה שסכנה זו היא ממשית.¹²⁰ ביקורת זו אינה מפתיעה. שיטה המאפשרת ואף מצדיקה כלגיטימית בחירה חופשית, בלתי-מונחת ואד-הוקית של הדין, ואשר בדיעבד נבדקת לפי אמת מידה של הדין הטוב ביותר, צפוי שתשקף את העדפותיהם הסובייקטיביות של השופטים הבוררים את הדין. העדפת דין הפורום היא תוצר נלווה של הנטייה האנושית להימשך למזכר. טבע אנושי זה אינו פוסח על השופטים.¹²¹

עוד נטען כי העדפת הדין המקומי מתורגמת לעתים קרובות, אם כי לא תמיד, להעדפת התובע על פני הנתבע. זאת, נוכח שיקול הדעת הרחב שתובעים נהנים ממנו בבחירת הפורום ונוכח ההסתברות הגבוהה שהם יבחרו את הפורום אשר כללי בררת הדינים שלו והדין המהותי שלו יעניקו להם פיצוי.¹²² כמו כן, נטען כי כאשר בית המשפט נקרא להכריע בין העדפת דין הפורום לבין העדפת מתדיין השייך לפורום יועדף, ככל הנראה, המתדיין המקומי על פני המתדיין הזר ועל פני הדין המקומי.¹²³ למרות ביקורות אלו, כפי שמודגם על ידי סימיונידס (Symeonides), לשיקולים של צדק מהותי תפקיד משמעותי – דה פקטו – בעת שבתי משפט נדרשים לברור את

¹¹⁹ כך ראו המחלוקת בין עמדת השופטת נאור, שלפיה הדין הניו-זילנדי במהותו אינו פוגע בתקנת הציבור, עניין יובינר, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור, אל מול עמדתה של השופטת חיות, שם, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹²⁰ SYMEON C. SYMEONIDES, AMERICAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 243–247 (2008).
¹²¹ לדעת המבקרים, הגם שבררה מותנית-תוצאה היא לא פעם ההסבר המשכנע ביותר לשורה התחתונה של פסקי דין רבים העוסקים בכללי בררת דינים, הדבר עדין אינו מצדיק המרת שיטת הצדק המתקלי בשיטת הצדק המהותי. זאת, משום שיש בכך כדי להמיר שיקולי מדיניות חקיקתית בחולשות אנושיות. ראו בכלליות: P. R. H. Webb, *Some Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law*, 10 INT'L & COMP. L.Q. 818 (1961).

¹²² על יתרונות גישה זו באופן מהותי, אם כי תוך הצעת דרכים אלטרנטיבות להשגתה, ראו: Symeonides, *Choice of Law in Cross-Border Torts*, לעיל ה"ש 12.

¹²³ הטיה זו מתעמעמת בארצות-הברית בשנים האחרונות, שכן גם מיעוט המדינות אשר נטו בעבר ללכת בעקבות כלל בררת הדין בדבר הדין הטוב ביותר, ממתנות כיום כלל זה בשלבן אותו עם כללי מתקל אובייקטיבים, תוך שהן מודות בקשיי השופטים להכריע איזה דין טוב יותר, או שהן מנסות לקעקע את החשד שהדין הטוב ביותר משמש לא פעם כמילה נרדפת להחלת דין הפורום. ראו: Symeonides, *American Conflicts Law at the Dawn of the 21st Century*, לעיל ה"ש

הדין במדינות שבהן אין קודיפיקציה של כללי בררת הדינים.¹²⁴ אף במדינות שבהן הוסדר תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי בחקיקה, הרי זו, לא פעם, שזורה בשיקולים של צדק מהותי הכוללים סעיפים הנותנים עדיפות לפתרון שיפוטי מסוים או לצד מסוים.¹²⁵ ודוק, כאשר הדבר נעשה על ידי השופטים ולא על ידי המחוקק, הפתרונות נחשבים תמיד מגמתיים, סובייקטיביים וקיצוניים. לעומת זאת, פתרונות חקיקתיים נחזים להיות יותר אובייקטיביים, קונסיסטנטיים ומתונים. נתון זה חשוב במיוחד במדינת ישראל, שלה אין מסורת חקיקתית של כללי בררת הדין הנותרים לפיתוח פסקתי. הואיל ובגישת הצדק המהותי השופט נחשב כרב החובל של ספינת בררת הדינים, והוא בעל שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל בדבר האופן הראוי להכרעה בסכסוך, קיים חשש שגישת הצדק המהותי תגלוש להיות גישת הצדק הסובייקטיבי של השופט היושב בדין.¹²⁶

כפי שהראו במקום אחר, במהלך המאה ה-20 שב ועלה מעמדם של כללי הצדק המהותי, והפך להיות חשוב לא פחות מאשר הצדק המתקלי.¹²⁷ הוויכוח אינו נסב עוד על שאלת הלגיטימיות של השימוש בשיקולים של צדק מהותי, אלא בשאלה של מידה והיקף. גישתה של השופטת חיות אינה גישה קיצונית, שכן היא עצמה אינה דוגלת בגישת הצדק המהותי כגישה המנחה, אלא כגישת צדק מתקן אשר אמורה לחול רק במקרים קיצוניים כהשלמה לכללי בררת הדינים הרגילים. גישתה מתיישבת עם מגמה עולמית זו. אף על פי כן, ולמרות היתרונות האפשריים של מהלך כזה בדבר צדק מתקן קונקרטי, הסכנה בתקדימיות של המקרה, מחייבת תמרוז אזהרה מפני פיתוח גישת צדק מהותי לכללי בררת הדינים במשפט הישראלי.

3.3 ביקורת על גישת הצדק המהותי – גישת הצדק הפלורליסטי וסגירת מעגל

בעוד השאיפה ליתן לצדדים פתרון צודק אינה מלמדת רבות על הליך בררת הדינים, יש הטוענים כי דווקא הליך בררת הדינים יכול ללמדנו רבות על הרעיון של צדק. החלת דין זר מטעמי צדק, משמעו נכונות להכיר באפשרות שהפתרון הקבוע בדין הזר יהיה צודק יותר מפתרונו של הדין המקומי. המבקרים את גישת הצדק המהותי

¹²⁴ SYMEONIDES, PRIVATE INTERNATIONAL LAW AT THE END OF THE 20th CENTURY, לעיל ה"ש 111.

¹²⁵ Symeon C. Symeonides, *Result-Selectivism in Conflicts Law*, 46 WILAMETTE L. REV. 1 (2009) (להלן: Symeonides, *Result-Selectivism in Conflicts Law*).

¹²⁶ נוכח העובדה שעדיין רבים מהאירועים חוצי הגבולות המגיעים לבית המשפט הישראלי עוסקים בסכסוכים אזרחיים שאירעו בשטחים, שהם אירועים הטעונים מטען אידאולוגי פוליטי, סובייקטיביזציה זו עוד יותר מסוכנת מאשר ברגיל.

¹²⁷ Symeonides, *Result-Selectivism in Conflicts Law*, לעיל ה"ש 125, בעמ' 28.

טוענים שמעבר לשיקולי צדק אינדיווידואלי, שהוא כאמור מדומה, קיים היבט משמעותי שעמו אמורים כללי בררת הדין להתמודד, והוא – ההיבט הבין-לאומי. לדידם, בהקשר של המשפט הבין-לאומי הפרטי הידרשות לצדק היא הגיונית רק כאשר היא משמשת אמת מידה לקביעת נאותות חלוקת הסמכויות הרגולטיביות בין המדינות.¹²⁸ פירוש הדבר הוא שהמשפט הבין-לאומי הפרטי צריך לעסוק בשאלה איזו שיטת משפט הכי צודק להחיל לא כעניין פרוצדורלי, אלא כעניין מהותי בדבר חלוקה ראויה של הרגולציה העולמית. הקביעה אם הדין של ניו זילנד או הדין של ישראל אמור לחול על תאונת הדרכים אינה צריכה להיות נגזרת מהשאלה אם הדין הישראלי או הדין הניו-זילנדי מעניקים פתרון צודק יותר לסכסוך, אלא עליה להיות מוכרעת על בסיס ההחלטה איזה מבין הדינים מתאים יותר לפתרון סוג כזה של סכסוכים. ההכרעה בשאלה זו צריכה להיעשות תוך בחינת התוצאות המערכתיות העומדות בבסיס תפיסתו הכוללת של כלל בררת הדינים ומנקודת מבט פוליטית בדבר הדרך הנאותה ליצירת סדר משפט בין-לאומי וממשליות (governance) גלובלית, להבדיל מבחינת התוצאה הספציפית שנפסקה במקרה הקונקרטי. לכן כללי בררת הדינים העוסקים במידת הקשר הראוי בין הסכסוך לפורום או לשיטת המשפט האחרת, צריכים להיות בעלי אופי ופרספקטיבה ציבורית מערכתית ולא בעלי אופק צר בדבר הסדרת מערכת היחסים בין הפרטים לסכסוך בלבד.

תפיסה זו של "צדק פלורליסטי" יוצאת מתוך הנחה שהמשפט הפרטי בשיטות משפט שונות עשוי לתת פתרונות נוגדים למצבים דומים, ולכן ליצור משטרים חופפים וסותרים.¹²⁹ ידועה האמירה המפורסמת של השופט קרדוזה (Cardozo) שלפיה: "We are not so provincial as to say that every solution of a problem is wrong because we deal with it otherwise at home". בהקשר זה הצורך בתיאום בין-לאומי אינו רק צורך טכני משפטי, אלא הוא עניין פוליטי, כלכלי

¹²⁸ במובן זה המשפט הבין-לאומי הפרטי הוא בעצם כללים מסדר שני, ראו: HERBERT L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 79 (2nd ed. 1994), ואילו השופטת חיות נדרשת לכללי בררת הדינים כאילו היו כללים מסדר ראשון. להבחנה בהקשר של משפט בין-לאומי פרטי ראו: Peffy Dane, *Whereof One Cannot Speak: Legal Diversity and the Limits of a Restatement of Conflict of Laws* 75 IND. L. J. 511 (2000).

¹²⁹ הרעיון של פלורליזם של צדק מקביל לרעיון בדבר פלורליזם של ערכים בפילוסופיה אשר שונה מאבסולוטיזם ערכי או יחסיות ערכית. במינוח זה תוצאה צודקת לסכסוך אינה תלויה רק בעובדות הסכסוך עצמו, אלא בהקשר שבו הוא קורה. הוא מבוסס על ההנחה שתרכיביות משפטיות שונות מייצגות מערך של נורמות נבדל ועצמאי אשר צריכות להיות מוערכות באופן בלתי תלוי ואוטונומי. בכפוף למגבלות הגלומות במונח של תקנת הציבור, אשר מגדיר את גבולות הסובלנות לשונות בין המדינות, אין צדק אוניברסלי לסוג סכסוכים מסויים, אלא התנגשות בין ערכים שלא ניתן ליישבם והמגולמת במערכות דינים שונות, ראו: MILLS, THE CONFLUENCE OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, לעיל ה"ש 66, בעמ' 5.

ותרבותי – תפיסה של צדק גלובלי. תפיסה מערכתית זו רואה במשפט הבין-לאומי הפרטי מערכת צדק ולא מכשיר להחלת המדיניות הלאומית של שיטת המשפט של הפורום.

יש המבקרים את גישת הצדק המהותי מתוך הפרספקטיבה הלאומית. לדידם, ניתן לאתר אינטרס לאומי חזק ביצירת מערכת בין-לאומית הרמונית שמטרתה להפחית את כמות הסכסוכים חוצי הגבולות. לכן על השופטים להכיר בעובדה שגם תחום המשפט הבין-לאומי הפרטי הוא למעשה תוצר של מערך יחסים בין השופטים למחוקק בתוך המדינה, וכי על השופטים לתת תוקף גם לסוג זה של שיקולי מדיניות שיכול שינחה את המחוקק. אולם מרבית הביקורת משקפת פרספקטיבה בין-לאומית. הטענה היא כי המשפט הבין-לאומי הפרטי הוא פומבי במובן עמוק עוד יותר, דהיינו במובן שלשופטים יש תפקיד בפיתוח רגישות בין-לאומית וכניסה לדיאלוג טרנס-לאומי על יצירת סדר משפט בין-לאומי. לפי הגישה הבין-לאומית, אין לראות בהחלת הדין הזר אקט שיפוטי אוטונומי, עצמאי ומקומי אלא פעולה המשפיעה על הדין הזר עצמו, על היקף תחולתו ועל תחום התפרסותו, המבטאת מחויבות הדדית ושותף. לפי גישה זו, פסק דין בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי נתפס כמקטע אחד מתוך מערכת כללית של המשפט הבין-לאומי הפומבי. בהיותו ביטוי ליזמה קולקטיבית, המשפט הבין-לאומי הפרטי מחייב קורטוב של אמון הדדי וקבלת השיפוט של האחר. לכן הוא מגלם את הסובלנות לשונה, לא במובן פטרנליסטי, אלא במובן של כבוד בין שווים והכרה הדדית. ולכן הוא מגלם מערכת יחסים טרנס-לאומית בין שופטים למחוקקים המכהנים במדינות שונות.

ד. כלל בררת הדינים בנזיקין בכלל ובדיני תאונות הדרכים בפרט – דיון נורמטיבי

לדעתי, פתרון המורכב משלוש הדעות המוצעות על ידי השופטות בעניין יובינר הוא הפתרון המועדף לכלל בררת הדין בנזיקין בישראל. לדידי, בבררת הדין בנזיקין יש להחיל כלל חלופי שלפיו על אירוע נזיקי בעל יסודות זרים יחולו דין מקום קרות העוולה, ואם לפוגע ולנפגע דין מקום מושב משותף, דין מקום המושב המשותף. לכלל יתווסף חריג שיופעל במקרים נדירים ביותר שבהם דין מדינה אחרת הוא הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לעוולה.¹³⁰

בנוסף, יש להביא בחשבון את ההבחנה הנהוגה במשפט האמריקני בין כללים מכווני התנהגות – שלגביהם תמיד יתחשבו במקום קרות העוולה – לבין כללים

¹³⁰ לדוגמה כאשר מקום קרות הנזק והמקום שבו מורגשות תוצאות הנזק הוא משמעותי לאירוע. יודגש כי לעניין החריג, לדידי, יש להעדיף את ביסוסו על יסודות אובייקטיביים: הדין שלו הזיקה האמיצה ביותר לעוולה, על פני יסודות סובייקטיביים בדבר שיקולי צדק.

המסדירים את גובה הפיצויים – שלגביהם יתחשבו במקום המושב המשותף של הצדדים. ודוק, לדעתי אין לפצל את שאלת כלל בררת הדינים בנוזיקין בין שאלת האחריות לשאלות הפיצוי, אך יש להותיר בכל זאת בידי בית המשפט את האפשרות להתחשב בהבחנה זו. הדבר ייעשה באמצעות קביעה שלפיה במחלוקת הנוגעות לשאלת האחריות, כאשר כלל בררת הדינים מפנה לדין אחר מדין מקום קרות העוולה, יידרש בית המשפט לתת דעתו ל"נתונים עובדתיים" משיטת המשפט של מקום קרות העוולה.¹³¹ נתונים עובדתיים אלו צריכים להילקח בחשבון, לדעתי, גם לצורך בחינת השאלה אם לניזוק התרשלות תורמת. מאידך גיסא, כאשר המחלוקת נסבה על שאלת התרופות, וכלל בררת הדינים מפנה לדין מקום קרות העוולה, על בית המשפט להעריך את הפיצויים תוך שקלול "הנתונים העובדתיים" הנובעים ממקום קרות הנזק. דהיינו על בית המשפט להתחשב בהוצאות הרפואיות הממשיות שבהן נושא הנפגע בשיטת המשפט של מקום מגוריו.¹³² יש להיות מודע לעובדה

¹³¹ ראו ס' 17 ל-*Rome II*, לעיל ה"ש 54, הקובע: "In assessing the conduct of the person claimed to be liable, account shall be taken, as a matter of fact and in so far as is appropriate, of the rules of safety and conduct which were in force at the place and time of the event giving rise to the liability". ראו גם ס' 7 לאמנת האג בדבר הדין החל על תאונות דרכים משנת 1971, Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents of May 4, 1971, 965 U.N.T.S. 416 (להלן: אמנת האג), הקובע: "Whatever may be the applicable law, in determining liability account shall be taken of rules relating to the control and safety of traffic which were in force at the place and time of the accident". ניתן לצפייה בכתובת: www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=81 (נבדק לאחרונה בתאריך 6.11.2010). לביקורת על הסעיף ראו Fentiman, לעיל ה"ש 100, בעמ' 89. על תפקידים של "נתונים עובדתיים" במשפט בין-לאומי פרטי ראו בכלליות: Herma Hill Kay, *Symeon C. ; Conflict of laws: Foreign Law as Datum*, 53 CAL. L. REV. 47 (1965) Symeonides, *Tort Conflicts and Rome II: A View From Across in Festschrift für Symeonides, Tort Conflicts* (להלן: ERIK JAYME 935 (Heinz-Peter Mansel ed., 2004) *and Rome II*).

¹³² זה הפתרון שהוצע על ידי האיחוד האירופי, בפס' 33 להקדמה של *Rome II*, לעיל ה"ש 54, הקובע: "According to the current national rules on compensation awarded to victims of road traffic accidents, when quantifying damages for personal injury in cases in which the accident takes place in a State other than that of the habitual residence of the victim, the court seized should take into account all the relevant actual circumstances of the specific victim, including in particular the actual losses and costs of after-care and medical attention". זה גם הפתרון שנקבע בעבר במשפט הישראלי בעניין **ג'ון כהן**, לעיל ה"ש 17. על החלת דין לעומת לקיחתו בחשבון כנתון ראו: Symeonides, *Tort Conflicts and Rome II*, לעיל ה"ש 131, בעמ' 942. אבל ראו: Andrew Dickinson, *Cross-Border Torts in EC Courts – A Response to the Proposed "Rome II" Regulation*, 13

שפיצול שכזה המוסיף התרשמות מנתונים עובדתיים עלול לגרום להוצאות משפט גבוהות יותר, שכן הנפגע יאלץ לטעון תוך שהוא מסתמך למעשה על שתי מערכות דינים.

תפיסת היסוד של כלל זה שונה מעמדת המוצא של בית המשפט בעניין ינון. בעניין ינון צידד בית המשפט בהנחה שלפיה ראוי שאירוע נזיקי סבון, אשר ייתכן שכל אחד מהיבטיו התרחש במדינה זרה שונה, יוכפף כולו לדין אחד ויחיד. אולם לדעתי תפיסה הוליסטית של בית המשפט בעניין ינון אינה מבחינה כראוי בין "הסביבה הגאוגרפית של האירוע או ההתנהגות" לבין "הסביבה החברתית של הצדדים". הכלל המוצע כאן הוא כלל רובדי.¹³³ הוא אינו מעדיף באופן חד-צדדי את הנפגע או את הפוגע. חשוב מכך – הוא מאפשר החלתם של דינים שונים על אותה עוולה, בהתאם לנסיבות. הוא מאפשר גמישות בלא פיצול מלאכותי בין שאלת האחריות לשאלת הפיצוי. דיני הנזיקין כוללים לרוב איזון בין שאלת האחריות לשאלת הפיצוי – לרוב סף נמוך של נטל הוכחה לכינון אחריות מצדיק אף סף נמוך של פיצוי ולהפך, ולכן אין זה צודק להפריד את שיטות המשפט המתמודדות עם כל אחת מהשאלות באופן מלאכותי. יש להתייחס אליהן כמכלול. עם זאת, בהחלט ייתכן שעל אירועים נזיקיים המוניים יחולו דינים שונים בהתאם לנסיבות. יחס דיפרנציאלי לפרטים המעורבים בתאונות המוניות כאלו אינו עולה לכדי שרירות, אלא מוצדק על בסיס טיבן של חוליות הקישור השונות הנובעות מעובדות המקרה.

לכסוף, האירוע בעניין יובינר סובב סביב תאונת דרכים. המשפט הישראלי לא נקט בעבר עמדה ברורה בשאלה אם ראוי שכלל בררת הדינים בניזיקין יחול גם על עוולות ייחודיות כגון אחריות בגין מוצרים פגומים, איכות הסביבה ותחרות בלתי הוגנת. גם בעניין יובינר לא נדונה השאלה אם ראוי לעצב כלל בררת דינים נפרד וייחודי לתאונות דרכים. אמנת האג בדבר הדין החל על תאונות דרכים משנת 1971,¹³⁴ אשר ישראל אינה צד לה, מעידה על כך שמדינות אחדות סברו שאין די בכללי בררת הדינים הכלליים להתמודדות עם הבעיות הנזיקיות המורכבות שמעוררות תאונות הדרכים. אמנת האג מדגישה את מקום קרות העוולה ככלל בררת הדין ונדרשת למקום מרשם הרכב ("מקום המושב של הרכב") כחריג לכלל וכגורם משמעותי. אכן, אם בית המשפט הישראלי מעוניין לקדם את יתרונות הקוסמופוליטיות, עליו להיות, לכל הפחות, מודע לפערים אפשריים בין הפתרון

Eur. Bus. L. Rev. 369, 375 (2002). אכן, האירוע בעניין יובינר ייחודי בהיבט נוסף. התובע יקבל טיפולים רפואיים במדינה (ישראל) שהיא שונה מהמדינה שבה נגרם הנזק הישיר (ניו-זילנד). בהקשר זה היה על בית המשפט לחוות דעתו שלפיו הערכת הפיצויים תיעשה בצורה מתוחכמת תוך שהיא מביאה בחשבון את ההוצאות הרפואיות הממשיות שבהן נושא הנפגע.

Brilmayer & Anglin, *Choice of Law Theory*, לעיל ה"ש 48, בעמ' 1164. ¹³³

אמנת האג, לעיל ה"ש 131. ¹³⁴

שמוצע במאמר זה לפתרונות המוצעים באמנת האג.¹³⁵

אינני רוצה לקבוע מסמרות בשאלת כלל בררת הדין הרצוי לתאונות דרכים, אולם, לדעתי, שכיחות התרחשותן של תאונות הדרכים מצדיקה שקילת אימוצו של כלל בררת הדינים הרובדי, המוצע לעיל, גם בנוגע אליהן. לשיטתי אפוא תאונות דרכים אינן מחייבות עיצובם של כללי בררת דין ייחודיים. עם זאת, יש להביא בחשבון שתאונות דרכים מערבות בתביעה לרוב גורם נוסף על התובע והנתבע, דהיינו את חברת הביטוח. בנוסף, שיטות משפט רבות פיתחו כללים ספציפיים לתאונות דרכים המבוססים לא פעם על יצירת מנגנון בדבר אחריות מוחלטת ועל תקרת פיצויים. במקרים של היעדר קורלציה בין כלל בררת הדינים המוצע לעיל ובין הכללים המיוחדים שמן הראוי לתפור בהתאם למידותיהן של תאונות הדרכים, מוצע כי החריג שנקבע על ידי השופט ריבלין בעניין ינון ישמש אמצעי לגישור ולתיאום בין הגישות השונות ברוח הפתרונות המוצעים על ידי האמנות הבין-לאומיות שנחתמו בתחום.¹³⁶

¹³⁵ להשוואה בין *Rome II*, לעיל ה"ש 54, לבין אמנת האג, שם, ראו Csongor István Nagy, *The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with Some Room for Forum Shopping – How So?*, 6 JPIL 93 (2010), *Staudinger: for Forum Shopping – How So?*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1-66. לו היו מוחלות על עובדות המקרה של עניין יובינר הוראות אמנת האג, הדין החל היה ככל הנראה דין מקום מרשם הרכב, דהיינו הדין של ניו-זילנד. שאלה נפרדת היא האומנם מייצגות הוראות אמנת האג תפיסה גלובלית, הואיל ועד היום האמנה אושררה בעיקר על ידי מספר מצומצם (יחסית) של מדינות אירופיות.

¹³⁶ אין בכוונת המאמר לדון במכלול השאלות המשפטיות שיכולות להתעורר בסוגיות תאונות הדרכים, אלא להאיר בעיה קונקרטית אחת מיני רבות, הנוגעת לתחום והיא שאלת אחריותו של מבטח הרכב. תופעה נפוצה היא שתיירים שוכרים רכב במדינה שבה הם בחרו לטייל. במקרה שאירעה תאונה מתעוררת שאלת אחריותו של מבטח הרכב. מקרה קלאסי, המזכיר חלקית את עובדות עניין יובינר, ואשר נדון באנגליה עסק בשני תיירים אנגלים אשר שכרו רכב בספרד. הרכב היה רשום בספרד ומבטח בספרד. עקב נהיגה רשלנית, נהג איבד את השליטה ברכב וגרם נזקי גוף לנוסע. בית המשפט האנגלי החיל על המקרה את הדין האנגלי אף שחברת הביטוח הייתה ספרדית, בקבעו שעל חברת הביטוח הספרדית להביא בחשבון שרוב שוכרי הרכב יהיו זרים ושהפיצויים שבגינם יהיה צורך לפצות ייפסקו בהתאם לשיטות משפט זרות (Edmunds v. Simmonds, [2001] 1 WLR 1003 (Q.B.D)). ודוק, על פסק הדין נמתחה ביקורת לפיה גם אם צדק בית הלורדים בקבעו כי חברות הביטוח של כלי רכב מושכרים צריכות לצפות אפשרות שלפיה הפיצויים שיידרשו לשלם ייפסקו לפי דינים של מדינות אחרות ממדינת השכרת הרכב, ספק אם באמת הן נוהגות להביא אפשרות זו בחשבון בקבען את פרמיית הביטוח שיש לגבות משוכרי הרכב. לפי ס' 3 וס' 48) לאמנת האג, לעיל ה"ש 131, הדין שיוחל על תאונה שכזו יהיה דין מקום קרות התאונה. ואולם לפי חלק מהדעות שהובעו בעניין יובינר ייתכן שבית המשפט הישראלי יבחר להחיל במקרה זה את דין מקום המושב המשותף של המעורבים בתאונה. במקרים של השכרות רכב, יש סכנה שכלל בררת דין בדבר מקום מושב משותף יוביל לתוצאה שבית המשפט יחייב את הנהג הפוגע לשלם פיצויים שאינם מכוסים על ידי חברת

ה. סיכום – *I like the indefinite, the boundless; I like continual*
¹³⁷uncertainty

בפסק הדין בעניין יובינר מביעות כל אחת מהשופטות שישבו בדין דעה שונה לגבי כלל בררת הדינים הרצוי לתחום הנזיקין. זאת, הגם שכל אחת מהן סבורה כי היא ממשיכה במידה זו או אחרת את ההלכה שנקבעה בפסק הדין התקדימי בעניין ינון. השופטת נאור סבורה שיש להחיל את הכלל שנקבע בעניין ינון; השופטת ארבל סבורה שיש להוסיף לכלל שנוצר שם חריג חדש; והשופטת חיות סבורה שיש להחיל את החריג המקורי שהוזכר ויושם כבר בעניין ינון. מטרתו של מאמר זה אינה להגן על הנמקה זו או אחרת של מי מבין השופטות לכלל בררת הדין בנזיקין, אלא לתת לבוש תאורטי לבחירות השונות שעשו.

הגם שבדרך כלל המשפט מפגר אחר מגמות חברתיות תרבותיות, לעתים הוא דווקא פעיל בכינון. פסק הדין בעניין יובינר הוא דוגמה לכך. התבוננות על האפיזודה המצומצמת לכאורה של ניסוח כללי בררת הדין בנזיקין בישראל דרך משקפי השופטות בפסק הדין מלמדת על המתח האלמותי בין צרכים פרטיים מתנגשים – הצורך בקידום הוודאות, ביציבות ובהגשמת ציפיות הצדדים מצד אחד, והצורך בגמישות ובהכרעה העושה צדק עם הצדדים מן הצד האחר; ובין צרכים ציבוריים מתנגשים – הרצון להעדפת המדיניות המצויה בבסיס החוקים הלאומיים הרלוונטיים מצד אחד, והשאיפה להשתלבות במערך הגלובלי ושיתוף פעולה בין-לאומי במטרה לקדם את האמון בין שיטות המשפט ובאמצעותו את הסחר הבין-לאומי מן הצד האחר. חשיבותו של פסק הדין אינה רק בניסוח מדויק של כלל בררת דין לדיני הנזיקין בישראל. בהנמקתן השופטות פורצות את הדרך להחדרתן של מגמות מגוונות בדבר התפיסה הראויה לתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי בכללותו. נקיטת עמדה ערכית בדבר ההנמקה המועדפת לכלל בררת הדין בנזיקין, מחייבת מתן תשובה לשאלת הליבה בדבר האופן שבו ראוי כי בית המשפט ימלא את תפקידו בעת שהוא נקרא להכריע בסכסוכים בעלי יסודות זרים: האם בבואו לפסוק בסכסוכים חוצי גבולות על בית המשפט לראות עצמו כממלא תפקיד אופקי טרנס-לאומי כבית משפט אחד מבין בתי משפט בסמכויות שיפוט אחרות המוסמכים להכריע בסכסוך, או שמא עליו לראות עצמו כמי שממשיך למלא תפקיד קלאסי של בית משפט המכריע בסכסוכים מקומיים טהורים, קרי בית משפט היושב במערך אנכי בראש הפירמידה

הביטוח. במקרים אלו ייתכן שיש מקום לטענה שדין המקום שבו הרכב רשום ומבוטח צריך להיות בעל משקל מכריע יותר מאשר דין מקום המושב המשותף של הצדדים. לפחות מן הראוי שכך יהיה במצבים שמקום ההשכרה הוא גם מקום קרות התאונה. במקרים אלו ייתכן שמן הראוי שהחריג בדבר הדין שלו הזיקה ההדוקה ביותר יחול.

GERHARD RICHTER & ROBERT STORR, GERHARD RICHTER: FORTY YEARS OF ¹³⁷
 .PAINTING 42 (2002)

והמאזן אינטרסים לאומיים אל מול אינטרסים פרטיים. תפיסה מוסדית זו משליכה על התפיסה המערכתית בדבר התפקיד שרצוי שהמשפט הבין-לאומי הפרטי ימלא. בסופו של יום תשובה לשאלה מבנית זו תלויה באופן שבו יש לתפוס את מיקומה של ישראל במערך הבין-לאומי, כמו גם במתן מענה לשאלות בדבר קידום אחדות, יציבות, יעילות, תחרותיות גלובלית וזכויות אדם אוניברסליות.

מציאת האיזון הראוי בין כל שיקולי המדיניות המפורטים לעיל אינה משימה קלה. המאמר מציג את הקושי הטמון בתוצאת פסק הדין בעניין **יובינר** ואת תחושת אי-הנוחות המתלווית אליה. החלת הכלל בדבר מקום המושב המשותף עלולה להוביל למצב שבו אחריותו של הנתבע לאירוע הנזיקי נמדדת בהתאם להוראות דין שהוא לא יכול היה לצפות. המאמר מציג את היתרונות בגמישות שתוענק לכללי בררת הדין בנוזיקין לו יבחר בית המשפט להוסיף לצד הכלל בדבר מקום קרות העוולה שנקבע בעניין **ינון** ושבעקבותיו הולכת השופטת נאור בעניין **יובינר**, את הכלל שנקבע על ידי השופטת ארבל בעניין **יובינר** בדבר מקום המושב המשותף של הצדדים, תוך שימור החריג בדבר הדין שלו הזיקה ההדוקה ביותר לעוולה שנקבע בעניין **ינון**. בנוסף, מוצע במאמר לאמץ כלל נוסף שלפיו בקביעת האחריות של הנתבע יובאו בחשבון עובדות וכללים בנוגע לבטיחות ולהתנהגות שהיו בתוקף במקום קרות התאונה. עוד מומלץ כי בנסיבות שבהן המקום שבו נגרמה העוולה שונה מהמקום שבו מורגשות תוצאות הנזק, יעריך בית המשפט את הפיצויים תוך שקלול נתונים עובדתיים מדינו האישי של הנפגע.

לפסק הדין בעניין **יובינר** פוטנציאל לתפוס מקום בקלאסיקה של פסקי הדין העוסקים בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי. זאת, מאחר שגם לאחר שתוסדר סופית השאלה הקונקרטית בדבר כלל בררת הדין בנוזיקין, וגם אם ההחלטה שתתקבל כעת תתהפך בעתיד, פסק הדין עשוי להשפיע על המערכת בכללותה, וטמון בו לקח נורמטיבי רחב בנוגע לסדר המשפטי שבמסגרתו פועל בית המשפט. בדיאלוג המתנהל בין השופטות במסגרת פסק הדין יש כדי ללמד, אולי, על האופן שבו תעשה פסיקה מאוחרת יותר שימוש בפסק הדין. יש יסוד להניח כי פסק הדין יישאר בתודעה בשל השפעתו הפוטנציאלית על קביעת כללי בררת הדין בתחומי משפט אחרים. בחירה בהנמקה של מי מהשופטות משמעותה הבעת תמיכה בתפיסה אידאולוגית בנוגע לסדר משפטי בין-לאומי בעולם שבו אין כלל אחיד לעניין סמכות השיפוט של בתי המשפט המדינתיים ואשר נעדר ממנו בית משפט בין-לאומי עליון שניתנה לו סמכות ההכרעה האחרונה. מעניין יהיה לראות כיצד קהילות חברתיות רחבות יותר, אשר בית המשפט פועל במסגרתם, תידרשנה לפסק דין זה בעתיד.