

שער רביעי

לעיצובם של כללי משפט
בינלאומי-פרטי ישראליים

קביעת תוכנו של הדין הזר ודרך הוכחתו בבתי המשפט בישראל – הצעה לרפורמה

טליה איינהורן*

1. הקושי בהחלת הדין הזר בבתי משפט מדינתיים
2. הכללים החלים בישראל בהווה
3. קשיים וביקורת
 - 3.1 סיווג הדין הזר כעובדה
 - 3.2 חזקת שוויון הדינים
 - 3.3 נטל ההוכחה
4. הצעת חוק ברירת הדין של פרופ' לבונטין
5. היבטים השוואתיים
 - 5.1 ארצות הברית
 - 5.2 צרפת
6. האמנה האירופית מ-1968 בדבר מידע על הדין הזר
7. הרפורמה המוצעת

1. הקושי בהחלת הדין הזר בבתי משפט מדינתיים

החלת דין זר בבית משפט מדינתי היא אתגר. בית המשפט נדרש להכריע בסוגיה משפטית כאילו היה בית משפט של מדינה זרה. אולם ברור שאי-אפשר לצפות או לדרוש משופט מדינתי ששבילי שיטת המשפט הזר יהיו נהירים לו כשבילי שיטת המשפט של ארץ מולדתו. האפשרות להחיל דין זר במדינה כלשהי תהיה לעולם מותנית בכך שנצפה מהשופט שירכוש רק הבנה סבירה של הפתרון ששיטת המשפט הזר מציעה לבעיה הנידונה בפניו.

עקרונית, קיימות שתי גישות לשאלת קביעת תוכנו של הדין הזר¹: הגישה האחת מניחה שהשופט מחיל את הדין הזר *ex officio* — *iura novit curia* (זאת אומרת,

* פרופסור למשפטים במכללת שערי משפט בהוד השרון; עמית מחקר בכיר אורח באוניברסיטת תל-אביב, הפקולטה לניהול.

1 ר' את הדיון הנרחב של *International* Imre Zajtay, "The Application of Foreign Law", in: *Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Ch. 14 (1970).

לבית המשפט ידיעה שיפוטית של הדין, לרבות הדין הזר). השופט רשאי לבדוק בעצמו את החקיקה, את הפסיקה ואת ספרי הפרשנות. ככל שהשופט אינו יודע את כללי המשפט הזרים הנוגעים לעניין, הוא חייב לברר אותם באמצעות עדות מומחה המתמנה מטעם בית המשפט.² שיטות משפט הנוקטות גישה זו (למשל, גרמניה ואוסטריה) גם מספקות אמצעים לברר את הדין הזר בעלות סבירה, בדרך כלל באמצעות מוסדות מחקר שעוסקים בחקר המשפט הפרטי של מדינות אחרות, כמו גם במשפט השוואתי ובמשפט בינלאומי-פרטי. באחדים מענפי המשפט, דוגמת עניינים אזרחיים ומסחריים, הצדדים מסכימים לעתים לקיים את הדיון על פי ה-*lex fori* (דין המדינה שבה מתנהלת ההתדיינות), אולם זהו עניין של חופש הצדדים (*party autonomy*) לבחור בדין הרצוי להם, ואין הוא קשור בשאלת הוכחת הדין הזר.³ ככלל הצדדים אינם יכולים למנוע מהשופט את החלת הדין הזר במקום שהחלה נדרשת על פי כללי המשפט הבינלאומי-פרטי של שיטת המשפט המקומית, שכן הכללים הם חלק מאותה שיטת משפט אשר על פיה ומכוחה הוא יושב בדין. אם אין בדין הזר פתרון מן המוכן לבעיה הנידונה, השופט חייב להשתדל להגיע לאותה החלטה שהשופט הזר היה מגיע אליה אילו ישב בדין. השופט אינו צריך להזדרז להחיל את ה-*lex fori* בשל הלקונה בדין הזר. קודם לכן, הוא רשאי לחפש את התשובה בשיטות משפט קרובות לדין הזר שעליו להחיל, אלא אם כן שיטת המשפט שלו מונעת אותו מעשות כן. כך למשל, הוא רשאי לחפש את התשובה לבעיה שהתעוררה בדין האוסטרי או השווייצרי במשפט הגרמני, את התשובה לשאלה במשפט הטורקי – בדין השווייצרי ואת התשובה לשאלה שהתעוררה בדין של מדינות ארקנסו או נברסקה – בדין של מדינות ניו יורק או קליפורניה. הטעם לכך הוא ששופט באותן מדינות היה אף הוא פונה לשיטת המשפט הקרובה לשיטתו כדי למצוא בה פתרון אפשרי לסוגיה.

הגישה השנייה מבוססת על התאוריה שלפיה הדין הזר הוא מעצם טבעו עניין שבעובדה אשר יש לטעון לו ולהוכיח אותו ככל עובדה אחרת. גישה זו פותחה באנגליה ובשאר ארצות המשפט המקובל, ותחילה גם בצרפת עד שננטשה שם.⁴ לשופט אין ידיעה שיפוטית של הדין הזר, ועל הצד המבקש להסתמך עליו מוטלת החובה לטעון את כללי הדין הנוגעים לעניין ולהוכיחם. גם אם הדין הזר הנוגע לעניין מסתכם רק בסעיף חוק אחד שניתן להחילו כמובן מאליו, יש צורך בעדות מומחה. במדינות אלו אין מוסדות מחקר העוסקים באופן רשמי במתן חוות דעת מומחה לבתי המשפט. הצדדים חייבים לשלם בעבור חוות הדעת באופן פרטי. החלת הדין הזר עלולה אפוא להיות יקרה מאוד (אף כי לעתים קרובות עלותה היא רק חלק קטן מהוצאות ניהול

² Kurt Siehr, *Internationales Privatrecht* (Heidelberg, 2001) 466ff.

³ Kurt Siehr, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", in: *Festschrift für Max Keller* (Zürich 1989) 485–510.

⁴ הטעם להחלת הדין הזר כעובדה וגבולות התאוריה הנוגעת לדין הזר במשפט האנגלי נבחנו על ידי Richard Fentiman, *Foreign Law in the English Courts* (Oxford, 1998) 66ff.

המשפט בכלל). משום כך השופט אינו חייב להחיל את הדין הזר אם אף אחד מהצדדים לא טען לתחולתו והוכיח את תוכנו. במקרים כאלה, המשפט קובע כי על השופט להחיל את ה-*lex fori*.⁵

ישראל אימצה את הגישה השנייה.⁶ את הצעתי לשנות את הגישה אני מקדישה לכבודו של פרופ' אבנר חי שאקי, מראשוני החוקרים של המשפט הבינלאומי-פרטי של ישראל.

2. הכללים החלים בישראל בהווה

את הכללים החלים בישראל בהווה ניתן לתמצת כלהלן:

- א. אם הדין הזר חל על מקרה מסוים, יש לטעון לתחולתו ולהוכיח את תוכנו לדין הישראלי, ומחילים את הדין הישראלי כעניין שבעובדה.
- ב. אם כללי הדין הזר לא הוכחו, ניתן להניח שהדין הזר זהה לדין הישראלי, ומחילים את הדין הישראלי במקומו של הדין הזר.
- ג. חזקת שוויון הדינים סויגה בשלושת התנאים המוקדמים הבאים:⁷
 1. אין אפשרות מעשית להוכיח את תוכנו של הדין הזר ומשום כך, אם לא מחילים את החזקה, התביעה תידחה;
 2. אין סיבה לחשוד בצדדים שעשו יד אחת שלא להציג ראיות לגבי תוכנו של הדין הזר, בניגוד לתקנת הציבור או לעניינם של צדדים שלישיים שאינם יכולים להופיע בפני בית המשפט במקרה הנדון ולשטוח את טענותיהם;
 3. מושגי הצדק האלמנטריים הנוגעים למקרה הנדון אחידים וסביר שיטילו חובה דומה בכל המדינות בנות תרבות.
- ד. ברוב המקרים בתי המשפט דורשים שהדין הזר יוכח באמצעות עדות מומחה.⁸

5 Adrian Briggs, "Proof of Foreign Law", in: *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (Lawrence Collins [ed.]) (London: Sweet & Maxwell 2000) 121ff.

6 ר' אבנר חי שאקי, משפט בינלאומי פרטי ובינדתי (עורך: מנשה שאוה, בית ההוצאה של אגודת הסטודנטים 1973), עמ' 505–513.

7 ר' מנשה שאוה, "חזקת שוויון הדינים", עיוני משפט ד (1975) 583. במאמרו התייחס שאוה בעיקר לשאלות של סטטוס לגביהן סבר שעל שלושת התנאים המוקדמים להתקיים (שם, עמ' 590). אולם בפועל שופטים ציטטו לא אחת את התנאים האלה ללא הבחנה גם במקרים שבהם היה מדובר בחוזים, במיוחד חוזי עבודה, נזיקין, דיני קניין, ירושה וכו'.

8 אולם בית המשפט רשאי להסתמך גם על טענות בעלמא של התובע בכתב התביעה לגבי תוכן הדין הזר, אם טענותיו לא הוכחו על ידי הנתבע, ר' למשל בד"ע נז/71 רבינטקס נ' חלימה, פד"ע לג 136. בית הדין הארצי לעבודה ציין שלמעשה אין הוכחה טובה מזו של הדין הזר החל בעניין אחר קיבל בית המשפט לענייני משפחה החלטה של בית משפט באיטליה הנוגעת לאותם צדדים כהוכחה מספקת של הדין האיטלקי על אותו העניין, ר' תמ"ש (תל-אביב) 5062/97 א נ' ב, תקדין-משפחה (1997) 17, עמ' 23.

כללים אלה חלים ככל שאין כלל מיוחד שנקבע לעניין זה בחוק הדן בסוג מסוים של עניינים.⁹

3. קשיים וביקורת

החלת הכללים הקיימים היא לעתים קרובות קשה ומכבידה. מספר דוגמאות מבהירות את גדר הקושי.

3.1 סיווג הדין הזר כעובדה

סיווג הדין הזר כעובדה בעייתי מיסודו. כל דין, לרבות דין זר, הוא יסוד משפטי בכל הליך, ולא עובדה. ואולם, ההשלכות המעשיות הנובעות מסיווג זה מושכות את הלב. הסיווג מאפשר לבתי המשפט להתנער מכל ידיעה שיפוטית לגבי תוכנו של אותו דין, ומטיל על הצדדים את נטל ההוכחה אם ברצונם להסתמך על הדין הזר. מסיבות מובנות, מצב עניינים זה הולם במיוחד עניינים אזרחיים ומסחריים. הצד החפץ להסתמך על דין זר צריך לשאת בעלות הוכחתו. בעניינים שיש להם נגיעה לצדדים שלישיים, דוגמת סטטוס, ירושה, או יחסי ממון בין בני זוג, יש צורך בגישה אחרת.

בעניין חוזה שבו קבעו הצדדים שהדין הגרמני יחול, הביאה קביעה זו לכך שהן בית המשפט המחוזי בחיפה והן בית המשפט העליון החליטו שמאחר שהתובע לא טען כראוי לתחולת הדין הזר בכתב התביעה, היה מקום לדחות את התביעה¹⁰. אכן, סיווג הדין הזר כעובדה – אם להתייחס אליו ברצינות – חייב להוביל לתוצאה זו. למרבה המזל, ברוב המקרים השופטים לא פעלו על פי המסקנה המתבקשת מגישה זו. במקרים רבים דרשו בתי משפט מהצדדים לתקן את כתבי הטענות ולהביא גם עדות

9 לדוגמה, סעיף 14 לנספח לחוק אמנת האג (השבת ילדים חטופים), התשנ"א-1991, מסמך, בהתאם לאמור באמנה, את הרשויות השיפוטיות והמינהליות להתייחס ישירות לדין המדינה שבה נמצא מקום מגוריו הרגיל של הילד, ולהחלטות שיפוטיות או מינהליות של אותה מדינה, כבואן לקבוע אם הייתה הרחקה או אי החזרה של הילד באותה מדינה, שלא כדין, מבלי להזדקק להליכים מיוחדים להוכחת אותו דין או להכרה בהחלטות זרות, שהיו נדרשים לולא הוראה זו.

10 רע"א 3924/01 חברת הס פורם ליכט נ' הנדסת חשמל כללית, תקדין עליון 2002 (החלטה מיום 10.2.2002). הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון קבעו כי, מאחר שחזקת שוויון הדינים אינה תופסת במקרה זה (חוזה שבו בחרו הצדדים להחיל את הדין הגרמני), היה מקום לדחות את התביעה אם הדין הזר לא הוכח להנחת דעתו של בית המשפט. בית המשפט לערעורים (2nd circuit) הגיע להחלטה דומה בעניין *Walton v. Arabian American Oil Co.*, 233 F.2d (2d Cir. 1956), אולם הלכה זו איבדה מחשיבותה בינתיים. אף כי להלכה עוד ייתכן שבית משפט אמריקאי יפסוק כך, הרי בפועל בית המשפט רק לעתים נדירות ידחה תביעה מפני שהדין הזר לא הוכח.

מומחה¹¹. רק לאחר שבתי משפט השתכנעו שהצדדים אינם מסוגלים לעשות כן, החילו את ה-*lex fori*. ניהול ההליכים בדרך זו מייקר מאוד את ההתדיינות שלא לצורך.

3.2 חזקת שוויון הדינים

חזקה זו גרמה לדיון מסורבל ומביך בפסיקה. במקום חזקה זו ניתן היה לנסח כלל שלפיו אם הדין הזר לא הוכח יחול ה-*lex fori*, לא משום החזקה שהדין המקומי זהה לדין הזר, אלא פשוט משום שזהו הדין היחיד שלבית המשפט יש לגביו ידיעה שיפוטית.

התנאים המוקדמים הקשורים בחזקה תרמו למבוכה. מדוע יחויבו צדדים המבקשים לחסוך את ההוצאות הכרוכות בהזמנת עדות מומחה, או המוכנים להחיל את ה-*lex fori*, להוכיח שאין שום דרך מעשית להוכיח את חלותו של הדין הזר? קשה להבין מדוע בית המשפט יתעניין ביסוד הנפשי (שמא קשרו קשר אם לאו) שנקטו הצדדים לגבי אי-הסתמכות על הדין הזר, אלא אם כן התוצאה שאליה מגיעים איננה תואמת את תקנת הציבור הבינלאומית של מדינת הפורום (זאת אומרת, תקנת הציבור החלה במקרים שיש להם היבט בינלאומי שהיא, מטבע הדברים, מצומצמת מתקנת הציבור החלה במקרים מקומיים גרידא). בתי משפט מסוגלים לדון בבעיות כאלה¹², והפיכתן לחלק מעניין הוכחת הדין הזר מבלבלת.

לבסוף, האם ניתן לטעון ברצינות לקיום חזקת שוויון הדינים כאשר למשל הדין הזר הוא אירני, עירקי, הודי או ירדני? מדוע יש צורך להיות מסוגלים להניח אחידות בין שיטות משפט כדי להחיל את ה-*lex fori*? כך, בעניין אחד שעסק בירושה, הסיק בית המשפט העליון כי, מאחר שבת הזוג לא הצליחה להוכיח, להנחת דעתו של בית המשפט, כי הדין האיראני מכיר בשותפות בין בני זוג ברכוש שרכשו במהלך הנישואין, בית המשפט לא יוכל למלא את החלל שנוצר על ידי החלת המשפט הישראלי לפיו הייתה בת הזוג זוכה במחצית הרכוש שנכלל בירושה¹³.

במקרה אחר הצהיר בית המשפט כי החזקה לגבי החובה העקרונית של אב לזון את ילדיו הקטינים תופסת כמעט בכל העולם¹⁴. ואולם, בעניין אחר סירב בית המשפט

11 ר' שאוה, לעיל הערה 7, בעמ' 588. יש מקרים שבהם בתי המשפט החילו דין ישראלי כאשר הדין הזר לא נטען ותוכנו לא הוכח באופן ברור דיו על ידי הצדדים. ר' למשל את החלטת בית משפט השלום בת.א. 103462/97 (תל-אביב-יפו) טרייד האוס פרוגרס נ' קבוצת חייל סחר בינלאומי, תק-של 2001 (3) 870 (פסק-דין מיום 22.10.2001).

12 לעניין זה ר' Peter Nygh, *Party Autonomy in International Contracts* (Oxford, 1999) 226, לעיל הערה 3.

13 דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד (3) 573, בעמ' 584-585. במקרים אחרים לא התקשה בית המשפט להחיל משפט ישראלי לענייני ירושה. ר' לדוגמה ת.א. 1296/99 (ירושלים) עזבון פורוג' וויקטור קליינברג נ' עזבון קורן וחברת הביטוח אליהו בע"מ, תקדין מח 2000 (4) 1304.

14 ת.א. (תל-אביב) 713/92 צ'יאדרו נ' צ'יאדרו, תקדין-מח (1)93 346.

להחיל את החזקה בנוגע לחובת אדם לשפות את גרושתו, אם בנו, על הוצאות שהוציאה על הטיפול בקטין¹⁵.

דוגמה נוספת לקשיים ניתנה בעניין המחלוקת בדבר זכויות היוצרים על מגילות ים המלח המפוענחות¹⁶. בערכאה הראשונה בית המשפט המחוזי פסק שהדין האמריקאי חל. עם זאת, בהסתמך על חזקת שוויון הדינים, החיל את המשפט הישראלי מהטעמים הבאים: לשיטתו, החזקה חלה בענייני חוזים או נזיקין. אמנם זכויות יוצרים שייכות לדיני קניין, אולם לטענה בדבר הפרתן של הזכויות יש אופי נזיקי. משום כך קבע בית המשפט שמקרה זה הולם את העיקרון המחיל את החזקה לגבי תוכנם של דיני זכויות יוצרים. יתר על כן, בית המשפט הניח, בטעות, כי שיטות המשפט של כל המדינות בנות תרבות, לרבות ארצות הברית, מכירות בזכות מוסרית (*moral rights*), בזכויות יוצרים כפי שישראל מכירה בה¹⁷.

בעניין אחד הטעתה החזקה את בית המשפט להסתמך על קריטריונים נוספים שיתמכו בהחלת ה-*lex fori*. כך קבע בית הדין האזורי לעבודה בירושלים כי הדין הישראלי ולא הירדני הוא שצריך לחול במקרה של חוזה העסקה שנעשה ובוצע בשומרון, מהטעמים הבאים: (1) תוכנו של הדין הירדני לא הוכח כדבעי; (2) אליבא דבית המשפט חזקה שלא זו בלבד שהדין הישראלי זהה לדין בשומרון, אלא שהוא אף עולה עליו, ועל כן מחייב את החלתו. מאחר שדיני חוזים מחייבים, על פי בית המשפט ששיקולי צדק ותקנת הציבור (ז"א, תקנת הציבור בישראל – ט"א) יובאו בחשבון, במיוחד כשמדובר בחוזי תעסוקה¹⁸.

3.3 נטל ההוכחה

עקרונית, נטל ההוכחה צריך להיות מוטל על הצד המבקש להסתמך על הדין הזר¹⁹. במקרה אחד דרש בית המשפט המחוזי משני הצדדים לתקן את כתבי הטענות ולהביא עדות מומחה לגבי תוכנו של המשפט הגרמני. בערעור הפך בית המשפט העליון חלק זה של ההחלטה בקבעו כי במקרה זה, אשר בו הן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט

15 תיק משפחה (תל-אביב) 63880/98 א' וארבעה ילדים קטינים נ' ב', תקדין משפחה 2000(2) 286. על פי המשפט הישראלי, הדין העברי קובע את החובה של יהודים לבצע תשלומים כאלה. בית המשפט החליט שאין מקום לחזקה שלפיה כלל כזה חל גם במקרים שבהם המשפט העברי אינו חל (לדוגמה, כאשר הצדדים לעתירה הם נוצרים).

16 ת.א. (ירושלים) 41/92 אלישע קמרון נ' הרשל שנקס, איזנמן וה-Biblical Archeological Society, פס"מ (תשנ"ג) ג' 10.

17 בערעור החליט בית המשפט העליון כי, בהתאם לכללים של המשפט הבינלאומי-פרטי של ישראל, דווקא המשפט הישראלי ולא האמריקאי הוא החל על העניין. ר' רוברט איזנמן והרשל שנקס נ' אלישע קמרון, פ"ד נד(3) 817.

18 תב"ע (בית הדין לעבודה בירושלים) נא/3-570 מחמוד חמיס נ' דוד ברנרד, תקדין עבודה 1995(1) 16 (החלטה מיום 6 בפברואר 1995).

19 זוסמן, סדר הדין האזרחי (מהדורה 7, עורך: שלמה לוי, ירושלים 1995) § 112, עמ' 137.

העליון סברו כי החזקה לגבי שוויון הדינים אינה חלה, הייתה זו חובתו של התובע לבדו להוכיח את הדין הזר.²⁰ בית המשפט העליון הורה לבית המשפט המחוזי כי אם ייכשל התובע בכך, מוטלת על בית המשפט החובה לשקול מחדש את פנייתו של הנתבע כי התביעה נגדו תידחה.

4. הצעת חוק ברירת הדין של פרופ' לבונטין

ב-1988 פרסם משרד המשפטים נוסח חדש של הצעת החוק של פרופ' לבונטין.²¹ נקודת המוצא של הצעת החוק היא שהמשפט הישראלי מכיר בכל הזכויות שהוקנו על פי שיטות משפט זרות ובלבד שאינן סותרות את המשפט הישראלי ואינן מפרות את תקנת הציבור בישראל (סעיפים 5, 27–34). בהתאם לכך, ההצעה מסמיכה את בתי המשפט להצהיר בפסק מיוחד או בדרך אחרת על ההכרה בקנייטן או בקיומן של זכויות שנקנו מכוח דין זר (סעיף 7).

ההצעה מאמצת את הגישה האנגלית המסורתית לעניין אופן העלאת טענות לגבי תחולתו של דין זר והוכחת תוכנו. אין לשופטים ידיעה שיפוטית לגבי דין זר (סעיף 4(א)). צד המבקש להסתמך על דין זר או על הוראה מהוראותיו, או טוען לזכות מכוח דין זר, או לעמדתו של דין זר בעניין כלשהו, חייב להעלות את טענותיו לעניין זה בכתב הטענות שלו ולהוכיח את תוכנו של הדין הזר (סעיף 4(ב)). אותו צד חייב גם להרים את נטל הוכחת תוכנו של הדין הזר ככל שהדבר דרוש לעניין (סעיף 4(ג)(1)) ועליו הראיה שהתקיימה או קיימת, כל זיקה או עובדה הנחוצה לחלותו של הדין הזר לפי כללי ברירת הדין בחוק הזר; ובתביעת זכות מכוח דין זר – שהנתבע, הדבר, המעמד או הזכות הם בסמכותו של הדין הזר, או היו בסמכותו בזמן הקובע על פי הצעת החוק (סעיף 4(ג)(2)). סוגיה זו, של התחולה הבינלאומית של הדין הזר, נידונה בהרחבה בסעיף 30, אשר מגדיר את היסודות הזרים הקובעים את תחולת הדין הזר (לרבות הוראות ברירת הדין הכלולות בו – סעיף 4(ד)), וכן אימתי יש לראות אדם כנחשף למרותו של דין זר (סעיפים 30(א)(4) ו-30(ב)).

לרוע המזל, חלק נכבד מהצעת החוק עוסק בהרחבה רבה בתחולת הדין הישראלי באותם המקרים שבאים בפני בתי המשפט בישראל, לרבות הוראות מפורטות בסוגיות

20 הס' נ' הנדסת חשמל, לעיל הערה 10.

21 אביגדור לבונטין, פרופסור למשפטים (אמריטוס), באוניברסיטה העברית בירושלים, הוא מחבר הצעת החוק על פי בקשת משרד המשפטים ובהתאם להסכם עם המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר ליד הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. לביקורת על הנוסח הקודם (התקפה גם לגבי ההצעה הנוכחית), ר' Kurt Siehr, "A Statute on Private International Law for Israel", in: *Israel among the Nations – International and Comparative Law Perspectives on Israel's 50th Anniversary* (Kellermann/ Siehr/ Einhorn [eds.]) (The Hague: Kluwer Law International 1998) 353.

של הדין המהותי עצמו. כך, לדוגמה, פרק ב', סימן א': חוזים ופעולות משפטיות (סעיפים 9–16), קובע תחילה כי, ככלל, דין החוזים המהותי הישראלי חל גם על חוזים שנכרך בהם יסוד זר (סעיף 9). בהתאם לכך, סעיפים 10–16 מדגישים היבטים שונים של דין החוזים המהותי, במקום להסתפק בקביעת הדין החל והשארית ההחלטת באותם נושאים לאותו דין. הצעת החוק מטפלת באופן דומה גם בדיני נזיקין (פרק ב', סימן ב': עוולות (סעיפים 17–20)) ועשיית עושר ולא במשפט (סעיף 21). בצדק נכתב כי הצעת החוק כשלה בהתייחסה לשאלת הדין החל רק בהקשר של צדדים המתדיינים בפני בתי משפט בישראל במקום בהקשר של היחס המשפטי הנוגע לעניין²². עקב כך ההצעה אינה מספקת שום הנחיה לעורכי דין, לחברות, לאנשי עסקים וכיו"ב החיים בישראל או בחו"ל, שעה שהם באים לעצב את היחסים המשפטיים ביניהם (ז"א, זמן רב קודם שיגיעו לבית המשפט), בנוגע לכללים המשפטיים שעשויים לחול על אותם יחסים משפטיים.

5. היבטים השוואתיים

הגישה הקונטיננטלית שלפיה השופט צריך להחיל את הדין *ex officio* מושכת את הלב, במיוחד כיום כאשר מאגרי המידע האלקטרוניים יוצרים את הרושם (השטחי, אמנם) כאילו הדינים הזרים נגישים מאוד. ובכל זאת, יישומה של גישה זו יחייב, ככל שהדבר נדרש, שלרשות השופט יעמוד מנגנון שיאפשר לו להזמין חוות דעת מומחה במחיר סביר לצדדים. בארצות שבהן נוהג המשפט המקובל אין מנגנון כזה וכך המצב גם בישראל. ואולם ישראל יכולה ללמוד מהפתרונות שאימצו מדינות שמצבן דומה לשלה.

5.1 ארצות הברית

אם הצדדים אינם מוכיחים את הדין הזר, הפורום רשאי להסיק שהצדדים הסכימו להחלת ה-*lex fori*²³. עם זאת, יש הבדלים ניכרים בין הגישה האנגלית לגישה האמריקאית.

כלל 44.1 של ה-*Federal Rules of Procedure* קובע כדלקמן:

Rule 44.1. Determination of Foreign Law

A party who intends to raise an issue concerning the law of a foreign country shall give notice by pleadings or other reasonable

²² Kurt Siehr, "A Statute on Private International Law for Israel", *ibid.*, at p. 360
²³ *Restatement (second) of Conflict of Laws*, § 136, comment h. pp. 378–379

written notice. The court, in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination shall be treated as a ruling on a question of law.

סעיף 44.1 אינו משווה את הדין הזר לדין המקומי²⁴. אין הוא מחייב את בית המשפט המדינתי לחקור בעצמו את הדין הזר, אלא משאיר את העניין לשיקול דעתו של בית המשפט. אם הדין הזר לא הוכח על ידי הצדדים, בית המשפט האמריקאי יחיל אותו אך לעתים רחוקות. אולם מבחינות אחרות יש להוראה זו משמעות רבה. בית המשפט אינו קשור בראיות שהובאו על ידי הצדדים. השופט רשאי להתעלם מעדות מומחה, אף אם זו לא נסתרה על ידי הצד שכנגד, ולקבל החלטה המבוססת על חקירה עצמאית שעשה בעצמו²⁵. קביעת חלותו של הדין הזר היא שאלה משפטית המאפשרת ביקורת שיפוטית רחבה יותר על ידי ערכאת ערעור שאף היא רשאית לנהל חקירה ודרישה משלה לגבי חלותו של הדין הזר.

דוגמה למשפט הנוהג במדינות ארה"ב ניתן למצוא ב-*Rule 4511* של ה-*New York' Civil Practice Law and Rules* המתיר לבתי המשפט לקבוע מיוזמתם כי יש להם ידיעה שיפוטית של הדינים של מדינות ושל ישויות מדיניות זרות. בית המשפט רשאי להפעיל שיקול דעת אם להתייחס לכל חומר שהוא, לרבות "עדות, מסמך, מידע, או טיעון בנושא הנדון, בין אם הוא הובא על ידי אחד הצדדים או נתגלה על ידי בית המשפט בחקירה שבית המשפט עצמו ערך". מכל מקום, ללא קשר לשאלת הידיעה השיפוטית, "העתק מודפס של חוק או דין כתוב אחר או הכרזה, הודעה, צו, או תקנה של הרשות המינהלית בספר או פרסום, שפורסמו על ידי הממשלה או שהם מקובלים כראייה לדין הקיים בטריבונילים שיפוטיים של מערכת המשפט בה הם בני תוקף, מהווים עדות לכאורה לגבי הדין. את הפסיקה במערכת משפט כלשהי ניתן להוכיח בעדות או בהמצאת עותק מודפס של פסקי הדין של בתי המשפט של אותה מדינה" (*Rule 5611(d)*). גם כאן הקביעה של בית המשפט לגבי חלותו של הדין היא שאלה משפטית ולא עובדתית (*Rule 4511(c)*).

Cf. Rudolf Schlesinger, "A Recurrent Problem in Transnational Litigation: the Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law", 59 *Cornell Law Review* (1973) 1, 4, note 9

Cf. Lawrence W. Newman and David Zaslowsky, *Litigating International Commercial Disputes* (St. Paul, Minn.: West 1996) § 12.1.1, pp. 154–155 שם.

5.2 צרפת

צרפת הלכה תחילה בדרך בה הלכה ישראל. אולם ב-1979 היא תיקנה את הכללים המשפטיים החלים על עניין זה. סעיף 12 של הקוד החדש של הדיון האזרחי קובע:

A judge shall determine a dispute in accordance with the rules of law applicable thereto.

He shall provide or restore the proper legal definitions in relation to facts and deeds in issue without limiting himself for that matter to the denominations proffered by the parties.

He may ex proprio motu raise points of law irrespective of the legal basis relied upon by the parties.

Notwithstanding the above, he may not change such denomination or legal bases where the parties, by virtue of an express agreement and in the exercise of such rights which vest upon them an unfettered enjoyment, have limited his cognisance to such legal definitions and points of law within which they seek to restrict the argument.

Where a dispute has arisen, the parties may, where it shall pertain to the same matters and in the same conditions, vest the judge as an amicable compounder which shall be amenable to an appeal where the parties have not expressly renounced to the same²⁶.

הוראה זו דורשת מבתי המשפט בצרפת שיחילו את הדין הזר *ex officio* מאחר שהם מחויבים לפסוק בכל עניין על פי כללי הדין החל עליו ואינם מוגבלים על ידי הראיות שהצדדים הגישו במהלך הדיון²⁷.

6. האמנה האירופית מ-1968 בדבר מידע על הדין הזר²⁸

אמנה זו, שהגה וניסח תחילה Edoardo Vitta, חלה בין המדינות החברות במועצת אירופה. היא מסמיכה את הרשות השיפוטית בכל מדינה חברה להגיש בקשה לקבל מידע על פי האמנה. הבקשה חייבת לציין את טיבו של העניין התלוי ועומד בפני בית

26 את הטקסט המתורגם לאנגלית ניתן לראות ב-

[http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/ncpcatext.htm]

27 Sabine Hantel, "Anwendung ausländischen Rechts vor französischen Gerichten", 55 *RabelsZ* (1991) 143. See, e.g., 78 *Rev.crit.dr.int.pr.* (1989) 368

28 ניתן לראות את האמנה ב-[<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/062.htm>]

המשפט, את תמצית העובדות הדרושות להבנת הבקשה ולכתיבת התשובות, וכן את רשימת השאלות שלגביהן נדרש מידע על הדין הזר. הבקשה מועברת באמצעות גוף הקישור המדינתי, והתשובה ניתנת על ידי הגוף שעליו הטילה המדינה המשיבה את החובה לטפל בעניין, או על ידי פקיד ציבור או, גוף פרטי, או גורם הפועל בשם המדינה המשיבה. על פי סעיף 18, ועדת השרים של מועצת אירופה רשאית להזמין גם מדינות לא חברות להצטרף ולהיות צד לאמנה זו. אכן, בלארוס, קוסטה-ריקה ומקסיקו הצטרפו לאמנה לצד המדינות האירופיות שהאמנה חלה עליהן.

7. הרפורמה המוצעת

המצב הנוכחי אינו ברור ועלותו גבוהה. כיוון שכך, הוא מהווה נטל גם על הצדדים וגם על בית המשפט. ומשום כך, אני מציעה רפורמה על פי הקווים הבאים:

1. הדין הזר ייחשב כשאלה משפטית, לא עובדתית.
2. בתי משפט יוסמכו להחיל דין זר *ex officio*. נראה כי הכלל הצרפתי החדש, המחייב את השופט להתייחס ישירות לדין הזר, עדיף על כלל שרק מתיר לשופט להתייחס לדין הזר. מובן מאליו שהוכחת הדין הזר אינה יכולה להיות מושלמת וטובה כמו ההבנה של הדין המקומי. זה לא יקרה אף פעם. על השופט לעיין במסמכים, בחומר ובראיות המצויים בהישג יד ולעשות כמיטב יכולתו להבינם כהלכה.
3. כלל (2) אינו גורע מהחופש של הצדדים להסכים שהעניין שלהם יתברר על פי הדין הישראלי, אם על פי כללי המשפט הבינלאומי-פרטי הישראליים יש להם חופש בחירה כזה, כפי שהדבר קיים למשל בעניינים אזרחיים ומסחריים.
4. אם אין דרך להוכיח את הדין הזר יחול הדין הישראלי. אולם מאחר שמטרת בית המשפט הישראלי צריכה להיות החלת הדין הזר ככל הניתן כפי שבית המשפט הזר היה מחיל אותו, בית המשפט בישראל צריך לחפש את התשובה קודם כל בשיטת משפט אחרת הדומה לדין הזר החל על העניין. פתרון זה הולם במיוחד מצבים שבהם אין בדין הזר תשובה חד-משמעית לשאלה הנידונה, בעוד שבשיטה המשפטית הדומה יש תשובה כזאת.
5. מומלץ להקים מותב מיוחד בבית המשפט שידון בעניינים שמעורב בהם גורם זר (ז"א, שיש להם היבט חוצה גבולות מדינתיים שהוא רלבנטי ליישוב הסכסוך). מותבים המתמחים בבעיות מסוג זה קיימים למשל בגרמניה²⁹.

29 Kurt Siehr, "Special Courts for Conflicts Cases — A German Experiment", 25 *American Journal of Comparative Law* (1977) 663

6. בישראל אין מכון מחקר שביכולתו לספק חוות דעת מומחה בעניינים כאלה. אולם, במקרים שבהם בתי המשפט אינם יכולים לוודא את הדין הזר בעצמם או על יסוד ראיות שהוגשו להם על ידי הצדדים, הם יכולים להשתמש בסמכותם למנות מומחים על פי תקנות סדר הדין האזרחי ודיני הראיות³⁰. יש להתיר לצדדים להציג ראיות (לרבות עדות מומחה) לגבי הוראות הדין הזר החלות על העניין ולחקור את המומחים (לרבות אלה שמונו על ידי בית המשפט) חקירה נגדית.
7. על ישראל לשקול הצטרפות לאמנה של מועצת אירופה מ-1968 בדבר מידע על הדין הזר, לאחר הערכה של העלויות והתועלות הצפויות כתוצאה מהצטרפות זו.

30 פרק 11 (במיוחד תקנה 130) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984; סעיף 20, פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971; סעיף 8, חוק בית המשפט למשפחה, תשנ"ה-1995.