

## על גישת "מירב הזיקות" במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי

רונה שוז\*

- א. פתח־דבר
  - ב. גישת "מירב הזיקות" בחו"ל
    1. מקורה של גישת "מירב הזיקות" והתפתחות "הגישה המעורבת"
    2. הגנה על הציפיות המוצדקות של הצדדים
    3. גישת ניתוח האינטרסים
    4. הביקורת כנגד גישת "מירב הזיקות" ונגד הגישה המעורבת כ־Restatement (Second)
  - ג. אימוץ מבחן "מירב הזיקות" בארץ
    1. בקביעת הדין החל על החוזה
    2. בקביעת הדין החל על העוולה
    3. בקביעת הפורום הנאות
    4. מסקנות
  - ד. יישום מבחן "מירב הזיקות" בפסיקה הישראלית
    1. תיאור המקרים בהם יושם המבחן
      - (א) יישום המבחן בקביעת הדין החל על החוזה
      - (ב) יישום המבחן בקביעת הדין החל על העוולה
      - (ג) יישום המבחן בקביעת הפורום הנאות
    2. ניתוח יישומו של מבחן "מירב הזיקות"
      - (א) המסגרת לניתוח
      - (ב) זיהוי הזיקות הרלוונטיות ושקלולן
        - (1) זיהוי ושקלול הזיקות בקביעת הדין החל על החוזה
        - (2) זיהוי ושקלול הזיקות בקביעת הדין החל על העוולה
        - (3) זיהוי ושקלול הזיקות בקביעת הפורום הנאות
- \* מבוא  
\* נטל ההוכחה  
\* רמת ההוכחה  
\* שיקולי נוחות  
\* זיקות מהות  
(4) סיכום בעניין זיהוי ושקלול זיקות

\* ד"ר, מרצה בכירה במכללת שערי משפט ומרצה אורחת בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן. אני מודה לד"ר מיכאל קרייני על הערותיו המועילות על המאמר. תודתי גם לעו"ד שרון פלדמן־לנטון על השקעתה הרבה בעריכת המאמר ולעוזרות המחקר עינת מלול ודפנה פישקוביץ על עבודתם המסורה.

- (ג) כיבוד הציפיות הלגיטימיות של הצדדים  
 (1) ציפיות הצדדים בקביעת הדין החל על החוזה  
 (2) ציפיות הצדדים בקביעת הדין החל על העוולה  
 (3) ציפיות הצדדים בקביעת הפורום הנאות  
 (4) סיכום בעניין ציפיות הצדדים  
 (ד) האינטרסים הציבוריים  
 (1) האינטרסים הציבוריים בקביעת הדין החל על החוזה  
 (2) האינטרסים הציבוריים בקביעת הדין החל על העוולה  
 \* זיהוי האינטרס העצמי של הדין הישראלי לתחולה  
 \* חוסר ההתייחסות לאינטרסים של דינים אחרים  
 (3) האינטרסים הציבוריים בקביעת הפורום הנאות  
 \* מבוא  
 \* "אינטרסים שליליים"  
 \* "אינטרס חיובי"  
 (4) סיכום – אינטרסים ציבוריים  
 3. סיכום הפסיקה המיישמת את גישת "מירב הזיקות" והמסקנות המתבקשות  
 ה. ההשלכות הנובעות מאימוץ גישת "מירב הזיקות" בישראל  
 1. חוסר ודאות  
 2. טשטוש ההבחנה בין סמכות השיפוט לבין ברירת הדין  
 ו. לקחים משיטות משפט זרות  
 1. מבוא  
 2. לקחים בעניין ברירת הדין  
 (א) הדין החל על החוזה  
 (ב) הדין החל על העוולה  
 3. לקחים בעניין קביעת הפורום הנאות  
 ז. סוף דבר

#### א. פתח דבר

"מירב הזיקות" הינו הכינוי שניתן בשנים האחרונות<sup>1</sup> על ידי מחברים ושופטים ישראליים לגישה האנגלו-אמריקאית הידועה כגישת ה-*proper law*<sup>2</sup>, היא גישת ה-*most real and substantial connection* או גישת ה-*most significant relationship* (להלן: "גישת מירב הזיקות" ו/או "הגישה"). על פי גישה זו יש לקבוע באיזה פורום יישפט עניין מסוים ואיזה דין יחול עליו על-פי שקילת מכלול הזיקות השונות הקושרות את אותו עניין למערכות משפט שונות ולא על-פי זיקה נוקשה אחת בלבד,

1 קודם לכן השתמשו בכינוי "הזיקה האמיצה ביותר" (ראה לדוגמה ע' שפירא, "נזיקין במשפט הבינלאומי-הפרטי: מכללים מכניים לגישה פונקציונלית", עיוני משפט א (1971) עמ' 96) וביטוי זה עדיין נמצא בשימוש. לאחרונה, בית הדין הארצי לעבודה התייחס ל"עקרון הזיקה הקרובה" בע"ע 300050/98 המועצה המקומית גבעת זאב נ' מחמוד מוחמד אלי מוחמד ואח', תק"אר 1489 (1)2003 (להלן: פרשת גבעת זאב).

2 הגישה גם לפעמים נקראת "grouping of contacts" ו-"most significant relationship".

כפי שהיה נהוג לעשות בגישה המסורתית. כלומר, על בית המשפט לדון במקרה רק אם הוא הפורום אשר לו הקשר הקרוב ביותר עם ההתדיינות ולהחיל את הדין לו יש את הקשר האמיץ ביותר עם המקרה. יש לציין כי הרושם שיוצר הכינוי "מירב הזיקות" כאילו המדובר בשיטה כמותית הינו מוטעה. אמנם ניתן למצוא פסקי דין זרים שבהם קבעו בתי משפט איזה דין חל על פי מספר הזיקות<sup>3</sup>, אולם הדרך הנכונה ליישום הגישה היא לשקול את הזיקות על פי חשיבותן<sup>4</sup>, ועל כן אין ספק שמדובר בשיטה איכותית.

בשנות ה-80 של המאה העשרים, היקף תחולתה של גישת מירב הזיקות במשפט הבינלאומי הפרטי<sup>5</sup> הישראלי הורחב וגישה זו חלה כיום בארבעה תחומים שונים: קביעת הדין החל על חוזה בהעדר בחירה<sup>6</sup> על ידי הצדדים<sup>7</sup>, קביעת מקום

3 לדוגמה המלומד J. Prebble במאמרו "Choice of Law to Determine The Validity and Effect of Contracts: A Comparison of English and American Approaches to The Conflict of Laws" 58 *Cornell L. Rev.* (1973) 433 סבור כי: "Counting rather than weighing contacts has regrettably been a feature of some cases both in England and America. Enumerating the competing contacts associated with a particular contract, and basing a decision on numerical strength one way or the other, is easier than evaluating each contact carefully and rejecting those contacts which, in a particular case, should not be considered significant." (p. 648).

יש גם לראות את הביקורת נגד התופעה שמכונה *indiscriminate contact counting* ב-W.L.M. R.J. Reese "Chief Judge Fuld and Choice of Law" 71 *Colum. L. Rev.* (1971) 548, 552 ו-R.J. Weintraub *Commentary on the Conflict of Laws* (Mineola, N.Y., 4<sup>th</sup> ed., 2001) 460 ראה גם הדעה של ע' שפירא, לעיל הערה 1, בעמ' 117, כי "הזיקה האמציה" הינו מבחן כמותי, מכני ושרירותי אלא אם לוקחים בחשבון את התוכן של הדינים הפנימיים המתנגשים והמדיניות העומדת מאחורי דינים אלה."

4 לדוגמה, ב-*Restatment (Second) of Conflict of Laws* (1971) 145 המפרטת את הזיקות הרלוונטיות בקביעת איזה דין חל על העוולה, מצוין במפורש, "these contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue" ראה גם כן *Li Fu and others v. Hong Fu*, 160 N.J. 108 (1999), Supreme Court of New Jersey (להלן: "Fu דין"). גם באנגליה יש התייחסות למשמעות של כל זיקה. למשל, ביישום מבחן מירב הזיקות הושם משקל כבד על המינוח בחוזה (*Whitworth Street Estates v. Amin Rasheed Shipping Corpn v. Kuwait Insurance Co.* [1970] AC 58 ו-*Miller* [1984] AC 50). לאחרונה בית משפט ישראלי אישר שמדובר במבחן איכותי ולא כמותי. בפרשת גבעת זאב, ראה לעיל הערה 1, נאמר על ידי בית הדין הארצי לעבודה כי "בבחנית מכלול הזיקות יש לתת את הדעה לכך שלא כל זיקה הנוגעת לעניין היא בעלת משקל שווה." (פסקה 24).

5 הגישה גם אומצה בהקשרים אחרים כגון בקביעת מקום מושב לצורך זכאות לביטוח לאומי (ראה לדוגמה עב"ל 117/98 ענת קציר ו-2 אח' נ' המוסד לביטוח לאומי, תק"אר 99(2), 177), בקביעה האם יש להעביר דיון לבית משפט אחר (ראה לדוגמה בש"א 4394/99 "בזק" נ' ש. פירו, בנין פיתוח ותכנון בע"מ, תק"על 99(3) 1441. ובקביעה האם הכנסה חייבת במס הכנסה בישראל (לדוגמה, ת"פ (ירושלים) 55/96 מדינת ישראל נ' פרומדיקו בע"מ, תק"מח 99(1) 1432).

6 במשפט המקובל בחירה מכללת מספיקה, אבל בע"א 419/71 מנורה נ' נ.מ.נומיקוס, פ"ד כו (2) 531, 527: המילים של השופט זוסמן, מציעות שרק בחירה מפורשת של הדין החל נחשבת.

7 ע"א 714/87 שר נ' כהן, פ"ד מג (3) 159, 162: "החוזה הוא חוזה ישראלי על מירב זיקותיו...".

מושבו של אדם<sup>8</sup>, קביעת הדין החל על עוולה שבה כרוך אלמנט זר וקביעת הפורום הנאות<sup>9</sup>.

בשל כך התרכו בעשור האחרון פסקי הדין בהם היה על שופטים ליישם את הגישה, במיוחד בתחומים בהם נסב הדיון בעניני פורום נאות וברירת הדין בנוזיקין. עיון בפסיקה זו מגלה כי לעיתים קרובות "מערכבים" בתי משפט ישראליים תחת הכותרת של יישום גישת "מירב הזיקות"<sup>10</sup> רכיבים הנגזרים משתי גישות אחרות: האחת, מימוש הציפיות המוצדקות של הצדדים לגבי הדין החל או מקום ההתדיינות, והשנייה, גישת ניתוח האינטרסים<sup>11</sup>. כלומר, בפועל ביישום גישת מירב הזיקות במשפט הישראלי המדובר למעשה ביישום "גישה מעורבת"<sup>12</sup>, שבה בית המשפט מתחשב לא רק בזיקות האובייקטיביות הרלוונטיות, אלא גם בציפיות הצדדים ובאינטרסים ציבוריים. לאור כל האמור לעיל, הגיע הזמן לדעתנו לבחון ולנתח פסיקה זו ולהסיק מסקנות לגבי המשך השימוש בגישת מירב הזיקות. נראה לנו ראוי במיוחד כי רשימה בנושא זה תופיע בספר שנכתב לכבודו של פרופסור שאקי, שכתב מאמרים חשובים הן בנושא הדין החל על החוזה<sup>13</sup> והן בנושא קביעת מקום מושב<sup>14</sup> בשנות השישים של המאה הקודמת.

8 ההגדרה שאומצה בין היתר בחוק הכשרות המשפטית והאפורוסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 380, עמ' 120, סעיף 80, ובחוק הירושה תשכ"ה-1965, ס"ח 446, עמ' 63, סעיף 135 של "מרכז חייו של אדם", הינה בעצם מבחן של מירב הזיקות (ראה מ' שאווה, הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית, התשס"א, כרך א), בעמ' 409).

9 ייתכן והגישה גם תחול על סוגיות מסוימות בדיני קניין. לדוגמה על העברות פרטיקולאריות של מיטלטלין שמקום הימצאם במועד ההעברה אינו ידוע או הינו מקרי משום שהנכסים הינם במעבר (ראה הערת אוביטר בפסק דין אנגלי [1980] *Winkworth v. Christie Manson And Woods Ltd.* (1 Ch 496) ועל העברת מיטלטלין בלתי מוחשיים (ראה ת"א (ת"א) 2244/81 קומפני פריזיין דה פרטיסיפסיון נ' שמואל פלאטו שרון, דינים מחוזי, לב (1), 854 (להלן: פרשת פלאטו-שרון)).

10 בהקשר של פורום נאות, בתי משפט בדרך כלל מבחינים בין שקלול הזיקות והתחשבות באינטרסים ציבוריים.

11 כפי שנראה להלן, לא נמצא בפסיקה מקרה בו אימץ בית משפט בישראל את גישה ניתוח האינטרסים במלואה, עם זאת נראה כי ההתייחסות לאינטרסים ממשלתיים וציבוריים בקביעת הדין החל נגזרת מן הגישה הזו.

12 ראה מ' קרייני, השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית (תשס"ב-2002), בעמ' 56.

13 א' שאקי, "היקף המושג 'דין מהותי של חוזה' (Proper Law of a Contract) במשפט הבינלאומי הפרטי באנגליה ובישראל", הפרקליט יט (תשכ"ג) 53. במאמר זה, א' שאקי מותח ביקורת נגד גישת מירב הזיקות.

14 Shaki A. "The Criterion 'Domicile' and its Preference over the Criterion of Nationality in Israel Private International Law" (1966) 16 *Scripta Hierosolymitana Studies in Israel*, במאמר זה, *Legislative Problems* (Jerusalem, eds. G. Tedeschi & U. Yadin) at pp. 163. פרופסור שאקי תומך בהגדרה החדשה של מקום מושב כמרכז חייו של אדם. "We are convinced that the concept 'center of life' (despite the relative lack of clarity implicit therein) is preferable to other existing definitions, because of the flexibility and lack of technicality that typifies it

נציין, כי אמנם קיימת ספרות ישראלית העוסקת בגישת מירב הזיקות, אולם היא אינה סוקרת את מכלול הפסיקה שניתנה בשנים האחרונות. בנוסף, ההתייחסות לגישה הינה נקודתית לגבי קשר אחד בלבד<sup>15</sup>. לעומת זאת, מאמר זה ידון בגישת מירב הזיקות כתופעה כללית תוך השוואה בין שלושה תחומים שונים: קביעת הדין החל על החוזה, קביעת הדין החל על העוולה וטבעיות הפורום לצורך דוקטרינות הפורום הנאות והפורום הבלתי נאות (להלן: "קביעת הפורום הנאות").

לאחר התלבטות, החלטנו שלא לכלול דיון בקביעת מקום מושב ברשימה זו, זאת למרות הקשר של פרופסור שאקי לנושא, ממספר סיבות. ראשית, מדובר בקביעת חוליות קישור ולא בקביעה ישירה של הדין החל על העניין או הפורום לדיון בו. שנית, קיימים מעט מאוד פסקי דין בהם היה צורך לקבוע את מקום מושבו של אדם בהקשר של משפט בינלאומי פרטי ועל אף שניתן ללמוד על הקשיים ביישום המבחן. מפסקי דין הקובעים מקום מושב בהקשרים אחרים<sup>16</sup>, לרוב בקביעת זכאות לקצבאות ממוסד ביטוח הלאומי, השוני בשיקולים מגביל את המרחב להשוואה פורייה.

יש להדגיש כי המאמר יוצא מתוך הנחה כי גישת מירב הזיקות לא תוחלף בגישה אחרת בתחומים הנדונים בעתיד הקרוב<sup>17</sup>. לפיכך, מטרתו אינה למצוא גישה

15 לדוגמה, ע' שפירא, לעיל הערה 1, וגם "ברירת הדין בנוזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי בישראל: מאנדרלמוסיה ללכידות מתודולוגית", ספר שמגר ג (תשס"ג-2003) עמ' 75, וגם ב' ברכה, "לקראת כללים חדשים לברירת הדין בנוזיקין" הפרקליט כ"ו (תשס"א-1971) 167 (נוזיקין); מ' קרייני, "שיקולי הפורום הנאות: מסעם אל תום האלף השני ומעבר לו – הרהורים ומחשבות בעקבות פסק דין הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co.", מחקרי משפט יט (תשס"ב-תשס"ג) 67 (פורום נאות).

16 במיוחד כיצד מאזנים בין זיקות המצביעות כיוונים נגדיים במקרים גבוליים. נמצא חוסר עקביות לגבי שני עניינים עיקריים. הראשון, לא ברור כמה משקל יש לתת למעבר מקום מגורים. מצד אחד, בפסק דין ע"א 4631/90 ג'ולי נ' ג'ולי, פ"ד מט (5) 656, הוכרע העניין על בסיס הראיות כי המנוח חזר בשנים אחרונות לגור בירושלים, למרות העובדה כי שנים רבות קודם לכן "חילק את שגרת חייו" בין יריחו ובין ירושלים. לעומת זאת, בפסקי דין אחרים נקבע כי ניתוק זיקת המגורים כשלעצמה אינה מעידה על העתקת מרכז החיים (לדוגמה ע"א 395/77 שם טוב נ' שם טוב ואח', פ"ד לב' (1) 490, 492 רבג"צ 95/62 רואי נ' רואי ואח', פ"ד טז (2) 1384) וכי יש לקחת בחשבון את סיבת ההיעדרות ממקום המגורים הקודם ואת מידת שמירת הזיקה אליו (ראה ת"ע (ת"א) 4860/99 עזבון המנוחה פייר בלנק רעיה נ' שמעון עובדיה, תקדין משפחה 99(3), 1, כרך 71 (3) 1, פסיקה 9).

17 למרות קריאות על ידי מלומדים לחקיקה בנושאים של ברירת הדין בנוזיקין (ראה ע' שפירא, "ברירת הדין בנוזיקין – הצעת חוק", עיוני משפט ב (1972) 203) ובסיסי סמכות שיפוט (מ' קרייני, לעיל הערה 15). יש לציין כי למיטב ידיעתנו אין התקדמות לגבי הצעת החוק המקיפה של פרופסור לבונטין (א' לבונטין, ברירת הדין – הצעת חוק עם דברי הסבר לפי הסעיפים (מהדורה חדשה, התשנ"ח-1998)). בנוסף לא נראה לנו מציאותי לפנות שהשופטים עצמם יכניסו שינוי דרסטי, שישלול מהם את שיקול הדעת הרחב שגישה זו מעניקה להם (במילים של ע' שפירא, לעיל הערה 1 בעמ' 73: "קסמה להם בעליל הגמישות הרבה הטבועה בנוסחה *The court's current infatuation with flexible, rudderless approaches should not be expected to last forever*". אך ראה את הערתו של מלומד אמריקאי ידוע *The court's current infatuation with flexible, rudderless approaches should not be expected to last forever*).

רצויה אחרת<sup>18</sup>, אלא לבחון את יישומה של הגישה עד עתה ולהציע דרכים לשיפור. תנאי מוקדם לבחינה זו הינו הסבר קצר על מקורה של גישת מירב הזיקות בחו"ל ועל הביקורת שנמתחה כנגדה, ובדיקת הרקע לאימוץ השיפוטי של מבחן מירב הזיקות בארץ בכל אחד מהתחומים אותם ציינו לעיל (קביעת הדין החל על החוזה, קביעת הדין החל על העוולה וקביעת הפורום הנאות).

## ב. גישת "מירב הזיקות" בחו"ל

### 1. מקורה של גישת "מירב הזיקות" והתפתחות "הגישה המעורבת"

גישת "מירב הזיקות" הופיעה לראשונה בפסיקה האנגלית במחצית השנייה של המאה ה-19 בתחום דיני החוזים. הגישה שימשה למעשה כמכשיר לגילוי כוונות הצדדים (לחוזה) לעניין הדין אשר יחול על החוזה ביניהם<sup>19</sup>. מאוחר יותר, כאשר גישה סובייקטיבית זו הוחלפה על ידי הגישה האובייקטיבית, אשר על פיה יש לייחס לצדדים את הכוונות אשר אנשים סבירים היו מתכוונים באותן נסיבות, התקבלה ההנחה כי אנשים סבירים מתכוונים שיוחל הדין לו יש את הקשר הקרוב והממשי ביותר לעסקה. ההתייחסות השיפוטית הראשונה<sup>20</sup> שמצאנו בארה"ב לגישת מירב הזיקות נמצאת בפסק דין *Barber v. Hughes* לעניין הדין החל על החוזה, כאשר השופט Reichmann משתמש בשיטת "the accumulation of contact points" על מנת להצדיק מסקנה אליה הגיע בדרך אחרת<sup>21</sup>. גישה זו אומצה בארה"ב רק במקרים בודדים<sup>22</sup> עד אשר

S.C. Symeonides "The Judicial Acceptance of the Second Conflicts Restatement: A Mixed Blessing" 56 *Maryland Law Rev.* (1997) 1248, 1282

18 על כן אין צורך להתייחס לתאוריות הרבות והשונות שפותחו בארה"ב, חוץ מאלה הנוגעות לגישת מירב הזיקות.

19 ראה דיון מפורט להלן בפרק ג. יש לציין שהמושג של "קשר ממשי" מופיע בכתיבה אקדמאית כבר בשנת 1888: J. Westlake *A Treatise on Private International Law* (2<sup>nd</sup> ed.) at p. 237. אך מוקדם יותר הייתה התייחסות לגישה דומה "the seat of the contract". ראה פרק ג ומקורות בהערה 99 להלן.

20 63 N.E. 2d 417, 433 (1945). הוא מסביר שבשיטה זו משתמשים פרופסורים של משפט בינלאומי פרטי על מנת לבחון החלטות של בתי משפט המבוססות על הכוונות המשוערות של הצדדים ומצטט מ-*Cheatham, Dowling, Goodrich, Griswold Cases on Conflict of Laws* (2<sup>nd</sup> ed., 1941). הדרך הראשונה בה הגיע ביהמ"ש למסקנה זו הייתה: הוא מצא כי "The place of the contract's execution, the place of performance and the place whose law was intended by the parties to control — were all one and the same", והחיל את החוק של מדינה זו.

22 בעיקר בניו יורק — לדוגמה *Rubin v. Irving Trust*, 124 NE 2d 99 (1954), *Auten v. Auten*, 113 NE 2d 424 (1953). המלומד Harper F.V. במאמרו "Policy Bases of the Conflict of Law", 56 *Yale L.J.* (1947) 1155, 1164–1165 טוען שבתי משפט משתמשים בגישה הזו תחת המסווה של חיפוש אחר הכוונות המשוערות של הצדדים.

בשנת 1963 החליט בית משפט לערעורים בניו יורק להרחיבה לתחום דיני הנזיקין<sup>23</sup>. לאחר מכן אומצה הגישה כאבן-פינה ב-*Restatement Second* בה היא קיבלה את הכינוי "*the most significant relationship*"<sup>24</sup>. לבסוף, נסגר המעגל כאשר אומצה הגישה גם על ידי בית הלורדים באנגליה כחריג לכלל ברירת הדין המסורתי בניזיקין במקרים שהחלתו תגרום לתוצאות לא צודקות<sup>25</sup>. עם זאת, עיון בפסיקה ובספרות האמריקאית<sup>26</sup> מגלה את הנטייה לשלב גישה זו של מירב הזיקות עם גישות חדשות אחרות. נראה כי מקור השילוב הינו בהערותיו של השופט Fuld בשני פסקי דין אמריקאים מנחים. בפסק דין *Auten*<sup>27</sup>, אשר עסק בחוזה פירוד בין בני זוג אנגליים על פיו התחייב הבעל לזון את האישה וילדיהם, החוזה נערך בניו יורק בה התגורר הבעל בעוד שהאישה והילדים המשיכו לגור באנגליה. בערכאה ראשונה הוחל דין ניו יורק כדין מקום עריכת החוזה. אולם השופט Fuld בבית המשפט לערעורים בניו יורק הפך החלטה זו על ידי החלת גישת ה-"*grouping of contacts*". השופט טען כי יתרונה של גישה זו הינו:

"it gives the place having the most interest in the problem paramount control over the legal issues arising out of a particular factual context, thus allowing the forum to apply the policy of the jurisdiction most intimately concerned with the outcome of the particular litigation".

על פי דעת השופט המלומד, במקרה הנדון, ברור מאליו כי לאנגליה כל הקשרים

23 בפסק הדין המנחה *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (1963). בית המשפט בעצם אימץ את ההצעה של ד"ר מוריס במאמרים — J.H.C. Morris "The Proper Law of a Tort" 64 *Harv. L. Rev.* 881 (1949) ו-*J.H.C. Morris "Torts in the conflict of Laws" 12 Mod. L. Rev.* 248.

24 יש לציין שבתחום של חוזים ונזיקין רוב ההוראות של ה-*Restatement Second* משתמשות בעקרון "היחס המשמעותי" כבסיס לסתור את הפרזומפציה הספציפית בהוראה (שהינה כלל הבוחר מערכת משפט לפי זיקה נוקשה אחת, כמתכונת המסורתית). אולם למעשה בתי משפט משתמשים הרבה יותר בשתי הפסקאות הכלליות (פסקה 145 ופסקה 188) שבהם "היחס המשמעותי ביותר" הינו כלל בסיס בפני עצמו. E.G. Scoles & P. Hay & P.J. Borchers & S.C. P.J. Borchers "*Courts and Symeonides Conflict of Laws* (St. Paul, 3<sup>rd</sup> ed., 2000) 899, 907 and the Second conflicts Restatement: Some Observations and an empirical Note" 56 *Maryland Law Review* (1997) 122, 1242-1245.

25 ראה את הדעות של הלורדים Hodson ו-*Wilberforce* בפסק דין *Boys v. Chaplin* [1971] A.C. 356 שהסתמכו על הטיוטא של ה-*Restatement Second*. אולם יש לציין שרוב השופטים מתחו ביקורת על גישת מירב הזיקות האמריקאית ושה-*Law Commission* באנגליה דחתה אותה ככלל הבסיסי.

26 הספרות על המהפכה האמריקאית בכללי ברירת הדין הינה ממש ענקית. אולי הסיכום המעודכן והברור ביותר הינו זה של C.H. Peterson בספר *Private International Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century: Progress of Regress* (ed S.C. Symeonides, 1999) 413. *Auten v. Auten*, לעיל הערה 22.

המשמעותיים לעניין. זאת ועוד, לאנגליה, בתור מקום דומיסיל הנישואין של הצדדים ומקום המגורים הנוכחי של האישה והילדים, יש את האינטרס הגדול ביותר בהגדרת הסדרת חובות הנתבע על פי ההסכם. בנוסף לכך, טען השופט Fuld כי בעזרת שיטה זו ניתן לתת תוקף לכוונות או לציפיות המשוערות של הצדדים. דהיינו, השופט למעשה משלב בהחלטתו ונימוקיו שלושה רעיונות שונים: איזון בין זיקות, אינטרס של מערכות משפט בתוצאה מסוימת<sup>28</sup> וציפיות הצדדים.

פסק דין *Babcock* עוסק בתאונת דרכים שהתרחשה באונטריו אליה נסעו יחדיו התובעת והנתבע ממקום מגוריהם בניו יורק. לפי ה-*guest statute* שבדינה של אונטריו, נוסע חינום איננו זכאי לפיצויים מהנהג אלא אם הוכחה רשלנות רבתית. בית המשפט לערעורים בניו יורק קבע כי יש להחיל את דין ניו יורק ולא את דין אונטריו שהיה חל על פי הכלל המסורתי של מקום ביצוע העוולה. עיון בדעתו של השופט Fuld מגלה שוב שילוב בין שתי גישות: *grouping of contacts* ואינטרסים המדינות<sup>29</sup>, אם כי הדגש הינו על גישת האינטרסים<sup>30</sup>.

ה-*Restatement Second* ממשיך את השילוב בין הגישות השונות בכך שהינו קובע כי יש להחליט לאיזה דין מקומי יש את ה"יחס המשמעותי ביותר"<sup>31</sup> לא רק על פי זיקות אובייקטיביות כגון מקום ביצוע העוולה (פסקה 145) אלא גם על פי עקרונות הכוללים הן את המדיניות הרלוונטית של המדינות להן אינטרס בהכרעה בעניין והן הגנה על הציפיות המוצדקות של הצדדים (פסקה 6)<sup>32</sup>. רוב מדינות ארה"ב אמצו את ה-*Restatement* הן לגבי חוזים והן לגבי נזיקין, אולם יש גם מדינות שאימצו רק את גישת ה-"*contacts*" או רק את גישת ניתוח האינטרסים<sup>33</sup>.

28 ראה חלק 4 להלן.

29 מסקנת השופט הייתה שמשום שמטרת החוק של אונטריו הייתה להגן על חברות ביטוח באונטריו מתביעות כוזבות, לא היה לאונטריו שום אינטרס בהחלת הדין שלה. לעומת זאת, לניו-יורק היה אינטרס שתושב שלה שנפגע על ידי רשלנות יקבל פיצוי, ולכן היה מתקל מדומה (*false conflict*).  
30 לכן בספר: S.C. Symeonides & W. C. Perdue & A.T. Von Mehren *Conflict of Laws*: "If  
*Auten* represents the transition from the traditional approach to the modern approaches, *Babcock v. Jackson* represents the transition from the centre of gravity to the modern policy-based analyses. In fact, the transition can be seen between the eleventh and the twelfth paragraphs of the majority of the opinion".

לגבי העדר התייחסות לציפיות ראה דיון להלן בחלק 2 של פרק זה.  
31 יש לציין שבחלק מהכללים ב-*Restatement*, הדין שיש לו הקשר המשמעותי ביותר עם המקרה הינו חריג לכלל ספציפי מסורתי, המבוסס על זיקה נוקשה. לדוגמה פסקה 146 (החלת מקום התרחשות הנזק במקרים שעוולה גורמת לנזק גופני).

32 תופעה זו משקפת את האופי הפשוט של ה-*Restatement Second* (ראה Symeonides & Perdue  
& Von Mehren, לעיל הערה 30, בעמ' 136-137).

33 ראה את הטבלות ב-*S.C. Symeonides, Choice of Law in the American Courts in 2000: As the Century Turns, American Journal of Comparative Law* Vol. 49 (2001) p. 13. ישנן גם מדינות שמשלבות את ה-*Restatement* עם גישות מודרניות אחרות, כגון גישת הדין הטוב יותר.



יש לציין, כי למרות שהגישה האנגלית המקורית של ה-*proper law of the contract* התייחסה לזיקות פיזיות ומשפטיות בלבד<sup>34</sup>, כאשר אומצה גישת מירב הזיקות כחריג לכלל ברירת הדין בנוזיקין היא כללה בפירוש את בדיקת המדיניות של הדינים הפנימיים המתחרים<sup>35</sup>.

בטרם נדון בכיקורת שנמתחה כנגד גישת מירב הזיקות, נסביר ונבחן את הרכיבים ששולבו בגישה זו, קרי הגנה על הציפיות המוצדקות של הצדדים וגישת ניתוח האינטרסים.

## 2. הגנה על הציפיות המוצדקות של הצדדים

קיימת תמימות דעים כי כיבוד הציפיות המוצדקות של הצדדים הינו אחד ההצדקות לקיומו של המשפט הבינלאומי הפרטי ואחד ממטרות כלליות<sup>36</sup>. לפיכך, מימוש עיקרון הציפיות הלגיטימיות של הצדדים הינו מדד ראוי לצורך הערכה האם כלל ברירת הדין מסוים הינו מתאים אם לאו<sup>37</sup>.

עם זאת, חשוב להדגיש כי שימוש בעקרון הציפיות המוצדקות של הצדדים כמדד, שונה משימוש בציפיות הצדדים כגורם בקבלת החלטה במקרים ספציפיים לעניין איזה דין יחול על עניין מסוים או באיזה פורום תתקיים התדיינות.

ראוי לתת את הדעת כי הביטוי "הציפיות המוצדקות של הצדדים" הינו ביטוי הנתון לשתי פרשנויות. על פי הפרשנות האובייקטיבית, השאלה היא מה אנשים סבירים באותו מצב היו מצפים אם היו נותנים דעתם לעניין במועד הרלוונטי? לעומת זאת, על פי הפרשנות הסובייקטיבית, יש לחפש את כוונותיהם המפורשות או הבלתי-מפורשות של הצדדים במועד הרלוונטי ולהתחשב בהן כל עוד הן נחשבות לגיטימיות. מההערות המלוות את ה-*Restatement Second* עולה כי הכוונה היא לפרשנות השניה. המחבר מעיר כי:

"There are occasions, particularly in the area of negligence, when the parties act without giving thought to the legal consequences of their conduct or to the law that may be applied. In such situations, the

34 כגון המונחים בחוזה – ראה: *Whitworth Street Estates v. Miller*, לעיל הערה 4.

35 בפרשת *Boys v. Chaplin*, לעיל הערה 25, ראה את הדעה של Lord Wilberforce בעמ' 391. להסבר מדוע גישת ניתוח האינטרס הממשלתי אינה מתאימה לאנגליה, ראה J. J. Fawcett "Is American Governmental Interest Analysis the Solution to English Tort Choice of Law Problems?" 31 *International and Comparative Law Quarterly* (1982) 150.

36 ע' שפירא, לעיל הערה 15 בעמ' 80 (ספר שמגר). ראה גם כן R. Schuz *A Modern Approach to the Incidental Question* (London, Kluwer, 1997) 34–35.

37 R. Schuz "Private International Law at the End of the Twentieth Century: Progress or Regress?" *Israeli Reports to the XV International Congress of Comparative Law* (Jerusalem, A.M. Rabello ed., 1999) 145.

parties have no justified expectations to protect, and this factor can play no part in the decision of a choice-of-law question”.

כמו כן בהערה לפסקה 145 לעניין דיני נזיקין נכתב:

“...the protection of the justified expectations of the parties, which is of extreme importance in such fields as contract, property, wills and trusts is of lesser importance in the field of torts. This is because persons who cause injury on non-privileged occasions, particularly when the injury is unintentionally caused, usually act without giving thought to the law that may be applied to determine the legal consequences of this conduct. Such persons have few, if any justified expectations in the area of choice of law to protect...”.

אם כן, המרחב לשימוש בעקרון ההגנה של הציפיות המוצדקת של הצדדים בקביעת הדין לו יש את היחס המשמעותי ביותר עם המקרה הינו מוגבל, כיוון שלעיתים קרובות צדדים שהיו להם ציפיות בעניין הדין החל יציינו בסעיף בחוזה או במסמך ולוונטי אחר איזה דין חל. במקרה כזה השאלה היא בדרך כלל היקף עקרון אוטונומיית הצדדים ולא לאיזה דין היחס המשמעותי ביותר למקרה.

בנוסף, יש לציין כי לעיתים אפילו במקרים בהם התקיים תכנון מוקדם וניתן לגלות מה היו ציפיותיהם של הצדדים, החזיק כל אחד מהצדדים בציפיות שונות<sup>38</sup>. לעיתים, לא ניתן לקבוע כי ציפייה של אחד הצדדים הינה לגיטימית יותר מציפייתו של הצד השני. קל וחומר, כאשר מדובר במקרים בהם לא התקיים תכנון מוקדם, לעיתים קרובות הציפיות המשוערות של הצדדים יהיו שונות מכיוון שהציפייה הטבעית של כל צד שהדין המיטיב עימו (בדרך כלל דין מקום המגורים שלו) יחול, אינה בלתי סבירה בעליל.

מעבר לכך, המחברים Scoles and Hay<sup>39</sup> מציינים כי שימוש בניתוח אינטרסים ממשלתיים בעניינים חוזיים עלול להתנגש עם עקרון ההגנה על ציפיות הצדדים<sup>40</sup> ובשל כך בתי משפט מקריבים לעיתים את ציפיות הצדדים על מזבח האינטרס הציבורי. לפיכך, אולי לא יפלא כי עיקרון ההגנה על ציפיות הצדדים המוצדקות המצוין בפסקה 6 של ה-*Restatement Second* אינו מוזכר רבות בפסיקה אף בעניינים חוזיים, וכי ההתייחסות להגנה על ציפיות הצדדים בדרך כלל רק מחזקת את המסקנה אליה

38 יתכן וזו הסיבה שלא הוכנס לחוזה סעיף ברירת דין.

39 ראה: לעיל הערה 24 עמ' 890.

40 קיימים פסקי דין שבהם בית המשפט אומר בפירוש ששיקול מסוים גובר על הציפיות של הצדדים. ראה לדוגמה, *Dresser Industries Inc. v. Sandvick*, 732 F. 2d 783 (1984) ו-*CPC Intern v. Northbook Excess & Surplus Ins.*, 46 F. 3d 1211 (1995)

הגיע בית המשפט באמצעות התחשבות בזיקות המקרה<sup>41</sup>. ראוי גם לציין, כי עקרון מימוש ציפיות הצדדים אינו נחשב כגישה עצמאית על ידי מלומדים אמריקאים ולא זכה להתייחסות רבה בספרות<sup>42</sup>.

### 3. גישת ניתוח האינטרסים

גישה זו הינה פרי עטו של המלומד החשוב Brainard Currie<sup>43</sup>, ומבוססת על התפיסה על פיה לכל מערכת משפט יש אינטרס בהחלת הנורמות בהן היא תומכת במקרים בהם החלה זו תקדם את המדיניות העומדת מאחורי נורמות אלה (ולא במקרים אחרים). לכן בכל מקרה ספציפי יש לאתר מהי המדיניות העומדת מאחורי הנורמות של כל מדינה הקשורה לסכסוך. בירור זה יוביל לאחת משלוש האפשרויות הבאות: (א) מדובר במתקל מדומה שבו רק למערכת משפט אחת אינטרס שהנורמות בהן היא תומכת יחולו במקרה הנדון; (ב) מדובר במתקל אמיתי שבו לשתיים (או יותר) מערכות משפט, יש אינטרס שהנורמות בהן הן תומכות יחולו במקרה הנדון; (ג) מדובר במקרה שבו אין לאף מדינה אינטרס שהנורמות בהן הן תומכות יחולו במקרה הנדון (מקרה זה מכונה ה-*unprovided for case*). במצב הראשון ברור כי יש להחיל את הנורמות של המערכת לה יש אינטרס לחול. במצב השלישי הגישה אינה רלוונטית ויש להשתמש בגישה אחרת על מנת למצוא פתרון. המצב הבעייתי ביותר הינו המצב השני. בספרות ובפסיקה האמריקאית ניתן לזהות שני פתרונות עיקריים למתקל אמיתי. הראשון, וזה אשר מעדיף Currie עצמו, הינו החלת דין הפורום. השני, הנתמך על ידי המלומד Baxter, הוא הפעלת גישת ה-*comparative impairment* (להלן: "גישה פגיעה ההשוואתית"). על פי גישה זו יש לבדוק מה מידת הפגיעה באינטרסים של כל אחת ממערכות המשפט המתחרות, ולהחיל את הנורמה של מערכת המשפט שתפגע יותר אם הנורמות שלה לא יחולו<sup>44</sup>.

41 ראה לדוגמה *Jackson v. Miller-Davis Company*, 44 Ill App. 3d 611, 358 N.E. 2d 328 (1976) ו-*Emmart v. Piper*, 596 F. Supp. 823 (E.D. La. 1984), *Belanger v. Keydril Co.*, 659 F. Supp. 843 (S.D. Fla. 1987), *Harding v. Proko Industries Inc.*, 765 F. Supp. 1053, 1054 (D. Kan. 1991).

42 יש גם לציין כי לא מצאנו התייחסות לעקרון של הגנת ציפיות הצדדים בפסיקה בעניין של פורום לא נאות אלא אם קיימת תניית שיפוט. כנראה התפיסה היא כי כללי סמכות השיפוט יבטיחו שלא תוקנה סמכות במקרה שהנתבע לא היה יכול לצפות שייתבע באותו פורום. לכן אחת מהשאלות בקביעת סמכות לפי מבחן ה-*significant contacts* היא האם "the defendant's conduct and connection with the forum State are such that [the defendant] should reasonably anticipate being haled into court there." *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 292.

43 B. Currie *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Durham, 1963). גישה זו גם נקראת הגישה הפונקציונלית. (ראה לעיל שפירא הערה 1).

44 W.F. Baxter "Choice of Law and the Federal System" 16 *Stan. L.Rev.* (1963) 1, 7-11

אמנם גישת האינטרסים אומצה במידה זו או אחרת על ידי בתי המשפט בחלק ממדינות ארה"ב וזכתה לתמיכת מלומדים מסוימים<sup>45</sup>, יחד עם זאת רוב המלומדים הן בארה"ב והן ממדינות אחרות מתחו ביקורת לא מעטה כנגד הגישה<sup>46</sup>. הביקורת מתמקדת בשלושה היבטים שונים של הגישה. ראשית יש הטוענים כי היסוד התיאורטי של הגישה הינו מוטעה, קרי ההנחה שיש למערכות משפט אינטרס בתוצאה של התדיינות בין בעלי דין פרטיים הינה הנחה מוטעית. לדידם, האינטרס היחיד של המערכת הינו שיעשה צדק בין בעלי הדין. היבט שני מתייחס להיבט המעשי. לדעת המבקרים, לעיתים קשה עד מאוד לזהות את המדיניות העומדת מאחרי הנורמות הרלוונטיות, במיוחד לעניין היקף התחולה הטריטוריאלית של המדיניות<sup>47</sup>. צוין, כי גם אם היה זה אפשרי לזהות מדיניות בהקשר הבינ-מדינתי האמריקאי כאשר לכל מערכות המשפט רקע תרבותי, ממסדי ומשפטי משותף, יהיה זה בלתי-אפשרי לזהות מדיניות בהקשר הבינלאומי, בשל פערים משפטיים, תרבותיים חברתיים וממסדיים רבים שבינן מערכות המשפט השונות. לבסוף, המבקרים מציינים כי הגישה אינה מעניקה פתרון משביע רצון במקרה של מתקל אמיתי. החלת דין הפורום מעוררת את כל הבעיות של גישת דין הפורום שנדחתה על ידי רוב המלומדים, בעיקר כיוון שגישה זו מעודדת *forum-shopping* וסותרת את עקרון הציפיות הסבירות של הצדדים. אמנם הגישה של הפגיעה ההשוואתית נראית צודקת יותר, אך למעשה קשה מאוד למדוד את משקל הפגיעה של האינטרסים של המערכות השונות באופן אובייקטיבי, ולפיכך רק טבעי הוא שבית המשפט יראה את הפגיעה באינטרס של הפורום, שנורמותיו מופנמות בו, כפגיעה גדולה יותר<sup>48</sup>. לפיכך נטען כי גישה זו של ניתוח האינטרסים סובלת ממשוא פנים. מכאן נובעת המסקנה הבלתי נמנעת, כי בעיות זיהוי המדיניות וחוסר הפתרון האחיד במקרה של מתקל אמיתי גורמים יחדיו לכך שלעיתים קרובות יהיה זה בלתי אפשרי לצפות מראש מה תהיה תוצאת גישת ניתוח האינטרסים. כלומר, מדובר בגישה בה טמונה מידה גדולה של חוסר ודאות.

45 ראה במיוחד H.H. Kay "A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis" 215 *Recueil des Cours* 9 (1989-III)

46 ראה לדוגמה, L. Brilmayer *Conflict of Laws* (2<sup>nd</sup> ed., 1995) 47-125, J.J. Fawcett, לעיל הערה 35.

47 ראה לדוגמה המחלוקת בבית המשפט העליון של ניו ג'רסי בשאלה האם היה למדינת ניו ג'רסי אינטרס בהחלת דינה לפיו אין אחריות שילווחית, במקרה של תאונת דרכים בניו יורק, כאשר כל הצדדים היו תושבי ניו ג'רסי, בפסק דין *Fu*, לעיל הערה 4.

48 ראה לדוגמה *Bernard v. Harrahs Club* 546 P.2d 719 (1976). ניתן לטעון שהשופט היה יכול להזדהות יותר עם המדיניות של קליפורניה, מדינתו, למנוע תאונות דרכים בעקבות שתיית אלכוהול, מאשר עם המדיניות של נבדה להגן על בעלי פאבים מפני אחריות כבדה. לעומת זאת, אולי שופט נבדה היה יכול להזדהות יותר עם האינטרס הכלכלי של נבדה למנוע הטלת אחריות מרחיקת לכת על בעלי פאבים. אך יש להשוות *Paulo v. Bepex Corp* 792 F. 2d 894 (9<sup>th</sup> Circ. 1986), שבו בית המשפט בקליפורניה קבע שהפגיעה במערכת המשפט הזרה (מדינת אונטריו) תהיה גדולה יותר.

#### 4. הביקורת כנגד גישת "מירב הזיקות" ונגד הגישה המעורבת ב־Restatement (Second)

בפסק הדין *Boys v. Chaplin*,<sup>49</sup> Lord Wilberforce מסביר כי הסיבה שבעטייה אין הוא מאמץ את גישת מירב הזיקות במקום הכלל האנגלי הקיים, אלא רק כחריג לאותו כלל, הינה כי weighing "the task of tracing the relevant contacts, and of weighing them, qualitatively, against each other, complicates the task of the courts and leads to uncertainty and dissent". הביקורת המציינת את חוסר הוודאות וחוסר העקביות, חזרו על עצמן בספרות הענפה האמריקאית. קרייני בספרו מסכם את הביקורת נגד גישת מירב הזיקות: "הגמישות המרבית שבגישת מירב הזיקות משכה אליה גם ביקורת קשה: על פי הנטען, מרוב גמישות חדלה הגישה להיות גישה משפטית כלל אלא מכשיר מניפולטיבי בידי בית המשפט"<sup>50</sup>.

למעשה הגישה המעורבת ב־Restatement (Second) זכתה לביקורת משני מחנות. מחד, הפונקציונליסטים הטוענים כי בתי המשפט מתעלמים מההתייחסות שבפסקה 6 לעניין מדיניות המדינות להן אינטרסים, ולא מתייחסים לתוכן ולמטרה של הדינים השונים<sup>51</sup>. לפיכך, לדעתם קביעת הדין לו יש את היחס המשמעותי עם המקרה, הופכת להיות שקילה מכאנית (כמותית או איכותית)<sup>52</sup> של הזיקות ללא התחשבות בתוצאה הסופית, ולכן ממשיכה גישה זו למעשה ב"עיוורון" של הגישה המסורתית<sup>53</sup>. מאידך, אחרים טוענים כי הביטוי "היחס המשמעותי ביותר" מעניק שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל לשופטים המאפשר הגעתם לכל תוצאה הנראית נכונה לשופט הדין בעניין הספציפי<sup>54</sup>. עם זאת, לדעתם גישת ניתוח האינטרסים אינה עדיפה, כיוון שהיא מעניקה לשופטים שיקול דעת רב עוד יותר ומאפשרת מניפולציה לפחות במידה שווה<sup>55</sup>. במידה גדולה, המחלוקת בין המלומדים משקפת את המתח הנצחי בין ודאות

49 הערה 25 לעיל בעמ' 391.

50 הערה 12 לעיל בעמ' 53.

51 ראה לדוגמה, R. J. Weintraub "At Least, to Do No Harm: Does the Second Restatement of Conflicts Meet the Hippocratic Oath" 56 *Maryland Law Rev.* (1997) 1284

52 ראה הערות 3 ו-4 לעיל והטקסט המלווה.

53 D. F. Cavers במאמר מפורסם טען שהשיטה המסורתית של ברירת הדין הינה כמו Engaging in a blindfold test. "A Critique of the choice of Law Problem" 47 *Harvard Law Review* (1933) 173, 180.

54 ראה לדוגמה, S.C. Symeonides, לעיל הערה 17.

55 Symeonides שם (בעמ' 1272-1273) מצטט את דברי המדווח של ה־Restatement, W.L.M. Reese שאמר Courts which purport to take a governmental interest approach frequently engage in judicial masquerade. In actual practice, they decide first upon the particular rule they wish to apply and then attribute the policies to that rule that call for its application, "The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited" 34 *Mercer L.Rev* (1983) 501, 510-511

ויכולת חיזוי תוצאות המשפט מחד לבין גמישות ו־equity מאידך<sup>56</sup>. החיפוש המתמיד הוא אחר האיזון הנכון בין שני ערכים סותרים אלה – קרי "שביל הזהב"<sup>57</sup>. על פי רוב, ה־Restatement Second והגישות האמריקאיות החדשות האחרות הרחיקו לכת בתגובתם לנוקשות של ה־Restatement First ופנו באופן בוטה מדי לכיוון הגמישות<sup>58</sup>. נסיגה שיפוטית מסוימת ממצב זה נמצאת בפסק הדין *Neumeier*<sup>59</sup>, הקובע כללים ספציפיים<sup>60</sup> למקרים בהם מעורב *guest statute* (המונע פיצוי מנוסע חינום) המצביעים על איזה דין יחול במצבים עובדתיים מסוימים<sup>61</sup>. לדוגמה, במקרים בהם לצדדים מקום מושב משותף והרכב רשום ובוטח במדינה של אותו מקום מושב משותף, יחול הדין של אותה מדינה (ולא הדין של מקום התאונה). אמנם תוכן כללים אלו מושפע מן הגישות החדשות, אולם הכללים וודאיים<sup>62</sup>.

אמנם קיים קונצנזוס על פיו הסממנים המעורבבים של ה־Restatement Second גרמו לבלבול וחוסר עקביות ביישום ה־Restatement Second, עם זאת יש כאלה

S.C. Symeonides "The General Report" in *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* (Kluwer, S.C. Symeonides [ed], 2000), at pp. 21–22

57 לדין מפורט בנושא זה, ראה P. Hay "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law" 226 *Recueil des Cours* 281 (1991-I)

58 Symeonides, לעיל הערה 56 בעמ' 24.

59 *Neumeier v. Kuehner* 286 NE 2d 454 (NY 1985)

60 הכללים (בעמ' 457–458 לפסק הדין):

1. When the guest-passenger and the host-driver are domiciled in the same state, and the car is there registered, the law of that state should control and determine the standard of care which the host owes to his guest.
2. When the driver's conduct occurred in the state of his domicile and that state does not cast him in liability for that conduct, he should not be held liable by reason of the fact that liability would be imposed upon him under the tort law of the state of the victim's domicile. Conversely, when the guest was injured in the state of his own domicile and its law permits recovery, the driver who has come into that state should not — in the absence of special circumstances — be permitted to interpose the law of his state as a defense.
3. In other situations, when the passenger and driver are domiciled in different states, the rule is necessarily less categorical. Normally, the applicable rule of decision will be that of the state where the accident occurred, but not if it can be shown that displacing that normally applicable rule will advance the relevant substantive law purposes without impairing the smooth working of the multi-state system or producing great uncertainty for litigants.

61 מאוחר יותר נקבע כי כללים אלה חלים גם על מצבים עובדתיים אחרים, כאשר מדובר במתקלים בין כללים מסוג של loss-distribution (חלוקת הפסדים) בניגוד לכללים מסוג של conduct regulating (הסדרת התנהגות). ראה: *Schultz v. Boy Scouts of America, Inc.* 65 N.Y. 2d 189, 480 N.E. 2d 679 (1985)

62 פרט לכלל השלישי שהינו כלל שוורי.

הרואים בפשרה זו נקודת מוצא ממנה תצמח סינטזה חדשה בין הגישות השונות<sup>63</sup>, בעוד שאחרים מדגישים את ההיבט השלילי של הסתירות הפנימיות בתוך ה-*Restatement Second*, שלדעתם מחריפות את חוסר הוודאות של הגישות האינדיבידואליות. בהמשך ננסה להבין מדוע למרות ביקורת חריפה<sup>64</sup>, בתי המשפט בישראל אימצו את גישת מירב הזיקות ואת הגישה המעורבת ב-*Restatement* בזרועות פתוחות, ונבדוק האם יישום הגישה בארץ נותן תוקף לביקורות השונות.

### ג. אימוץ מבחן "מירב הזיקות" בארץ

בחלק הזה נבחן מתי, כיצד ומדוע אומצה גישת מירב הזיקות בישראל בכל אחד מההקשרים אותם ציינו (ברירת הדין בחוזים, ברירת הדין בנוזיקין וקביעת הפורום הנאות).

#### 1. בקביעת הדין החל על החוזה<sup>65</sup>

גישת איזון הזיקות<sup>66</sup> לקביעת "דין החוזה" (*the proper law of the contract*)<sup>67</sup>

63 ראה Symeonides, לעיל הערה 56 בעמ' 25–26. לדעתו, בתחומים מסוימים ניתן יהיה ליצור כללים חדשים ספציפיים וצרים, שתוכנם ייקבע על סמך הגישות החדשות והנסיון בפסיקה בסגנון של כללי Neumier. ראה גם עקרונות העדיפות של Cavers בתחומי נזיקין וחוזים בספרו D. F. Cavers *The Choice of Law Process* (Ann Arbor, 1965) 139–203.

64 לדעת Symeonides, לעיל הערה 56 בעמ' 22, הנסיון האמריקאי הינו מאלף: "if only as an example to be avoided".

65 יש לציין כי אמנם הדין החל על החוזה מסדיר את רוב העניינים העולים מהחוזה, כדוגמת פרשנות החוזה והתוקף המהותי של החוזה, אולם קיימים עניינים שעליהם יחול דין אחר. לדוגמה על כשרות משפטית חל מקום המושב של הצד הרלוונטי מכוח חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב–1962, ס"ח, 120, סעיף 77. ראה גם המאמר המאלף של א' לבונטין, "דין החוזה וסביבתו – עיון חוזר במושגים שכנים – בשולי ההצעה לחוק ברירת הדין" – ספר זיכרון לגד טדסקי (י' אנגלרד, א' ברק, מ'א' ראבילו, ג' שלו – עורכים, תשנ"ו), בעמ' 335.

66 רק בשנים האחרונות החלו שופטים להשתמש בכינוי "מירב הזיקות" בהקשר החוזי. בע"א 714/87 שר נ' כהן, ראה לעיל הערה 7 בעמ' 162, נאמר "החוזה הוא 'חוזה ישראלי' על מירב זיקותיו", אולם לא ניתנה אסמכתא כל שהיא למבחן "מירב הזיקות" עצמו.

67 ביטוי זה נמצא כתרגומו של הביטוי האנגלי "the proper law" בפסיקה חדשה יותר, כגון ע"א 352/87 גריפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ, פ"ד מד (3) 45, 62 (להלן: פרשת גריפין). בפסיקה ובספרות נמצאים גם תרגומים שונים, לדוגמה: "המשפט הנכון" (ע"א 36/50 רגינה שור נ' עזרון המנוח מאיר ויצמן, פ"ד ח(1) 613), "החוק הראוי" בע"א 99/60 משומר יעקב שמואל נ' יעקב שמואל ישראל, פ"ד יד(2) 1642, 1645) "הדין המהותי" (ע"א 74/81 אולימפיק אירוויס נ' מנקל מנזל קלימי, פ"ד לז(1) 1) וא' שאקי, לעיל הערה 13, בעמ' 53.

נקלטה בישראל מהמשפט המקובל<sup>68</sup> שנים אחדות לאחר קום המדינה<sup>69</sup>. בפסיקה הישראלית, כמו בפסיקה האנגלית המוקדמת, קיים חוסר עקביות דוקטרינלי לעניין מטרת איזון הזיקות. בחלק מהמקרים, בעיקר המוקדמים, מאמץ בית המשפט את הגישה הסובייקטיבית<sup>70</sup> על פיה איזון בין הזיקות נעשה על מנת לגלות את כוונות הצדדים<sup>71</sup>. לעומת זאת, רוב הפסיקה המאוחרת יותר מאמצת את הגישה האובייקטיבית, בה מטרת מבחן מירב הזיקות היא להצביע על הדין לו יש את הקשר הקרוב ביותר עם העסקה<sup>72</sup>. במיוחד, אומצה על ידי בתי המשפט הישראליים הגדרת ה-*proper law* שנוסחה על ידי Lord Simmons בפסק דין *Bonython*<sup>73</sup>, אשר הפכה למבחן המנחה במדינות המשפט המקובל והיא: "שיטת המשפט אשר בהסתמך עליה נעשה החוזה, או אשר עמה יש לעסקה את הקשר הקרוב והמציאותי ביותר"<sup>74</sup>. פירוש הגדרה זו הוא כי אם הצדדים בוחרים באופן מפורש או מכללא<sup>75</sup> איזה דין יחול על החוזה, יש באופן עקרוני לכבד

68 ראה לעיל פרק ב 1.

69 ע"א 35/49 ברטה נוסבוים ואח' נ' אליאס שטיינר, פ"ד (1) 37 וה"מ 1080/49 לבקוביץ נ' הפירמה "הפנר את ברגר", פס"מ ד' 447 וע"א 36/50 שור נ' ויצמן, ראה לעיל הערה 67.

70 לדיון מלא על ההבדל בין האסכולות הסובייקטיבית והאובייקטיבית ראה א' לבונטין, "ברירת הדין בחוזים עבר-לאומיים", דברי האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים 3, חוברת 9 (תשכ"ט-1968) 150, בעמ' 181-201.

71 לדוגמה בע"א 36/50 שור נ' ויצמן, ראה לעיל הערה 67 בעמ' 614, בית המשפט ערך רשימה של הזיקות הקושרות את העסקה עם הדין הליטאי, ואז סיכם "הדעת נותנת כי המשפט הליטאי הוא המשפט הנכון" (the proper law) באשר הצדדים התכוונו להסדיר את יחסיהם לפי קביעותיו של אותו משפט". ראה גם כן ע"א 99/60 שמואל נ' ישראל, לעיל הערה 67 בעמ' 1645.

בפסקי דין מוקדמים בתי המשפט הזדקקו גם להשערות בחפשים אחרי כוונות הצדדים. לדוגמה, בה"מ 1080/49 לבקוביץ נ' הפירמה "הפנראת ברגר", ראה לעיל הערה 69, נקבע שיש להסיק מה היו כוונות הצדדים "מטיב החוזה ותנאיו, מנסיבות המקרה בכלל", כן צוין כי קיימות שתי השערות משפטיות להסקת כוונת הצדדים. הראשונה היא כי כוונתם המשווערת של הצדדים היא למקום עשיית החוזה, ובמיוחד אם מקום ביצוע החוזה ומקום עשייתו זהים. השנייה היא כי אם מקום עשיית החוזה שונה ממקום הביצוע, הרי כוונתם המשווערת של הצדדים היא למקום הביצוע. במקרה הנ"ל לא היה צורך להחליט איזו הנחה גוברת משום ששתי ההשערות הביאו לתוצאה זהה.

כמו כן, בת"א 699/53 קרשנבאום נ' מזור, פס"מ ט 423, השופט צלטנר אמנם התייחס לכל נסיבות המקרה אך במקביל הסתמך על ההנחה כי הצדדים התכוונו שדין מקום הביצוע יחול.

72 לדוגמה פרשת גריפין, ראה לעיל הערה 67, ופרשת גבעת זאב, ראה לעיל הערה 1.

73 *Bonython v. Commonwealth of Australia* [1951] A.C. 201

74 ראה לדוגמה השופט כהן בע"א 165/60 אוניון חברה לביטוח בע"מ נ' עזרא יצחק משה, פ"ד יז 646, עמ' 653 (להלן: אוניון נ' עזרא); בע"א 419/71 מנורה חברה לביטוח נ' נ.מ.נומיקוס, ראה לעיל הערה 6. ראה בנוסף פרשת גריפין, לעיל הערה 67. יש לציין שבאנגליה נקרא הדין שנקבע על פי חלקו השני של המבחן (בהעדר בחירה מפורשת או מכללא על ידי הצדדים) ה-*objective proper law*. בפסק דין אוניון נ' עזרא, לעיל, אומצה הפסיקה האנגלית, המדגישה כי המבחן הינו עם איזו מערכת משפט קיים הקשר ההדוק והמציאותי ביותר ולא עם איו מדינה. הבדל זה בא לידי ביטוי בפסק הדין האנגלי *Whitworth Street Estates v. Miller*, לעיל הערה 4.

75 נראה כי השופט זוסמן בפסק דין מנורה נ' נ.מ.נומיקוס, לעיל הערה 6, לא חשב שיש מקום להסיק בחירה מכללא. הוא טען כי "אם נמנעו הצדדים מלגלות דעתם...על השופט למלא מה



את רצונם<sup>76</sup>, אולם בהעדר בחירה כזו יש לחפש את הדין אשר לו מבחינה אובייקטיבית הקשר הקרוב והממשי ביותר עם העסקה<sup>77</sup>.

על אף שקיים בלבול דוקטרינלי בין שתי האסכולות<sup>78</sup> וספק אם יש תועלת מעשית בוידואן מי מהאסכולות היא הנכונה<sup>79</sup>, עלינו לבדוק את התפתחותה של כל אחת מהן על מנת להבין מדוע אומצה גישת מירב הזיקות במקום קודמתה.

אין קונצנזוס לגבי מקורה של האסכולה הסובייקטיבית<sup>80</sup>, אולם אין ספק כי צמיחת

שהם החסירו. במקרה זה לא יחפש השופט כוונת הצדדים שלא הייתה קיימת, שאילו הייתה קיימת היו מעלים אותה על הכתב". שם בעמ' 531. אולם נראה כי השופט כהן בע"א 99/60 שמואל נ' ישראל, לעיל הערה 67, נתן תוקף להסכם מכללא בין הצדדים שקבע כי דין תורה יחול, ודחה את קביעת השופט בערכאה הראשונה שדין ישראל יחול, קביעה שהייתה מבוססת על זיקות החוזה עם ישראל.

76 השאלה מה מצדיק התעלמות מכוונה מפורשת הינה אולי הסוגייה הבעייתית ביותר בתחום ברירת הדין בחוזים, והינה מחוץ להיקף של מאמר זה.

77 אולם יש לציין שלפעמים שופטים אינם מבחינים בין שתי הגישות. לדוגמה השופט שמגר בפרשת גריפין, לעיל הערה 67 בעמ' 62, מזכיר את הנוסח האובייקטיבי בפסק דין *Bonython v. Commonwealth of Australia*, לעיל הערה 73, אך כנראה רואה אותו כחיפוש אחר כוונות הצדדים. 78 בעיקר בכך שהאובייקטיבים מוכנים לתת תוקף לבחירה מפורשת של הצדדים, בכפוף למגבלות מסוימות, ושהסובייקטיבים משתמשים בקריטריונים אובייקטיביים על מנת להסיק את כוונות הצדדים.

Thompson טוען ובצדק, כי הערבוב הנוכחי בין הגישה הסובייקטיבית והגישה האובייקטיבית אינו רצוי לא רק בשל חוסר עקביות תאורטית, אלא מפני שהערבוב גורם לחוסר ודאות – לדוגמה האם בחירת הצדדים תחול על תוקפו של החוזה, ומה הם גבולות אוטונומיית הצדדים. לפיכך, הוא מציע לאמץ באופן מלא גישה אובייקטיבית ולראות את בחירת הצדדים כ-*incorporation* של הוראות הדין שבחרו. בשיטה זו יהיה ברור שדין החוזה האובייקטיבי יחול על שאלות של תוקף החוזה ושכלליו הקוגנטיים יחולו. ראה: A. Thompson "A Different Approach to Choice of Law in Contracts" 43 *The Modern Law Rev.* (1980) 652.

79 א' שאקי, לעיל הערה 13 בעמ' 61, טען כי ניתן להסביר את התופעה של שימוש בשתי הגישות בבת אחת, הקיימת גם באנגליה, בכך "שחוש-המשפטן של השופטים הללו, שאינו כבול להשקפות דוגמטיות צרות, הבחין בחוסר-התועלת שבויכוח". אבל השווה עם א' לבונטין, לעיל הערה 70 בעמ' 187–189, הטוען שהוידואן האמיתי בין שתי האסכולות הינו על איכותו של "דין החוזה" ולא על טכניקה לגילוי. המלומד האנגלי F.A. Mann סבור שהוידואן האמיתי בין שתי הגישות הינו רק לגבי האפקטיביות של בחירה מפורשת של דין שאינו קשור לחוזה: "The Proper Law of the Contract" 3 *International Law Quarterly* (1950) 60, 69.

80 ראה א' שאקי, לעיל הערה 13 בעמ' 55, המסביר כי על אף שנהוג לייחס למשפטן הצרפתי Dumoulin במאה ה-15 את המצאת עקרון אוטונומיית הצדדים (לדוגמה א' לבונטין, לעיל הערה 70 בעמ' 157), משפטנים איטלקיים בימי הביניים הקדימו אותו (א' לבונטין, לעיל הערה 70 בהערת שוליים מס' 30 בעמ' 157). הביטוי הראשון באנגליה לתפיסה הרעיונית כי כוונות הצדדים הן הקובעות איזה דין יחול, נמצא בפסק דין *Robinson v. Bland* (1760) 2 Burr. 1077 מ-1760. מי שהניח את הבסיס לפרשנות פסק דין זה בדרך זו היה המלומד ההולנדי K. Ulric Huber (1936–1694) מהמאה ה-17, אשר כפי הנראה הכיר את הכתיבה האיטלקית, Lipstein *Principles of the Conflict of Laws, National and International* (Nijhoff, 1981) p. 13 ואשר כתב בספרו המפורסם: *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*: (1694–1636) כי דין עריכת החוזה יחול אלא אם יש לצדדים כוונה אחרת.

התפיסה הסובייקטיבית ניזונה מהתיאוריה הפוליטית של *laissez-faire* אשר רווחה באנגליה במאה ה-19.<sup>81</sup> על פי חסידי אסכולה זו, הכלל המסורתי על פיו דין מקום עריכת החוזה הוא זה החל על החוזה, נבע מן ההנחה כי הצדדים מתכוונים שדין זה יחול.<sup>82</sup> לכן בפסיקה של סוף המאה ה-19 נקבע כי הנחה זו ניתנה לסתירה אם הצדדים התכוונו אחרת.<sup>83</sup> על מנת להחליט מה היתה כוונת הצדדים, התחשבו השופטים לא רק בתנאי החוזה, אלא גם בנסיבות הרלוונטיות, ובכך היה דמיון מסוים לגישת מירב הזיקות המודרנית.<sup>84</sup> מאוחר יותר, נחלשה ההנחה כי הצדדים מתכוונים כי יחול דין מקום עריכת החוזה, עד שנעלמה כליל ועל השופט היה לגלות את כוונת הצדדים מכל הנסיבות הרלוונטיות<sup>85</sup> באופן חופשי. לפיכך, נראה כי למעשה גישה הדומה עד מאוד לגישת מירב הזיקות המודרנית<sup>86</sup> אומצה באסכולה הסובייקטיבית וזאת משום שבתקופת התפתחות המסחר הבינלאומי בחלק השני של המאה ה-19, חדלה להתקיים

81 שפוחו בין היתר על ידי Bentham. ראה א' לבונטין, לעיל הערה 70 בעמ' 156, ר"א שאקי, לעיל הערה 13 בעמ' 55.

82 א' לבונטין, לעיל הערה 70, ה"ש מספר 30 (בעמ' 157), מציין שכבר במאה ה-15 המשפטן Curtius השתמש ברעיון לפיו ברצון הצדדים להכפיף את עצמם למקום עריכת החוזה. ביטוי לרעיון הזה ניתן על ידי Turner L.J בפסק דין מנחה *Turner L.J v. Shand* (1865) 3 Moo P.C. (N.S.) 272. "The general rule is, that the law of the country where a contract is made governs as to the nature, the obligation and the interpretation of it. The parties to a contract are either the subjects of the Power there ruling or as temporary residents owe it a temporary allegiance: in either case equally they must be understood to submit to the law there prevailing and to agree to its actions upon their contract." יש לציין שלגבי עניינים הקשורים לביצוע החוזה, ההנחה הייתה שדין מקום הביצוע יחול – ראה: Story *Conflict of Laws* (8<sup>th</sup> ed., 1883), at Chap. 8, s. 280.

83 ראה לדוגמה פסק דין *Lloyd v. Guibert* (1865) L.R. 1 Q.B. 115. במקרה זה נקבע שההנחה נסתרה, מפני שבחוקה חכירת אונייה החלת דין דגל האונייה תגרום לאי-נוחות קטנה יותר ולתוצאות אבסורדיות פחות מאשר החלת דין מקום עריכת החוזה, ולכן סביר להניח כי לזאת התכוונו הצדדים. בפסק דין זה האופן שבו השופט התחשב בכל דין לו יש קשר עם החוזה הוא בעצם איזון בין זיקות. יש לציין שנוצרו גם הנחות אחרות ולפעמים סותרות, כגון מקום ביצוע החוזה (ראה לדוגמה *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co. Ltd.* [1891] 1 Q.B. 79).

84 ראה לדוגמה *Chamberlain v. Napier* (1880) 15 Ch.d. 614; *Re Missouri Steamship* (1889) 42 Ch. D. 321; *Royal Exchange Assurance Corporation v. Sjorforsakrings Aktiebolaget Vega* [1901] 2 KB 567. כאשר היה על בית המשפט לבחור איזו הנחה גוברת בכל מקרה, הפעיל בית המשפט שיקולים דומים לשיקולים המופיעים בגישת מירב הזיקות.

85 ראה לדוגמה, *Vita Foods Products Inc v. Unus Shipping Co.* [1939] AC 268, בו נאמר שבהעדר בחירה מפורשת יש להסיק את כוונת הצדדים מתנאי החוזה ומן הנסיבות הרלוונטיות. בפסק דין *Coast Lines v. Hudig* [1972] 2 QB 34 נאמר במפורש כי: "Presumptions, once fashionable during the earlier development of English private international law are now, whether for good or for ill, out of fashion and rejected"

86 ראה M. Reimann "Savigny's Triumph? Choice of Law in Contract Cases at the Close of the Twentieth Century" 39 *Virginia Journal of International Law* (1999) 571, 580.

ההנחה שהצדדים תמיד מתכוונים שדין מקום עריכת החוזה יחול במקרים בהם התקיימו זיקות אחרות עם מדינות אחרות.<sup>87</sup>

לגבי האסכולה האובייקטיבית, ראוי להבחין בין התפתחויות מקבילות בארה"ב ובאנגליה. באנגליה, לאחר מלחמת העולם השנייה, החלו השופטים להבין כי הגישה הסובייקטיבית הינה מלאכותית במקרים בהם אין בחירה מפורשת של דין כלשהו על ידי הצדדים, וכי אין זה באמת אפשרי להסיק על קיומו של הסכם בין הצדדים הקובע איזה דין יחול במקרים בהם הצדדים כלל לא חשבו על סוגיה זו<sup>88</sup>, ואם חשבו על כך לא בהכרח הגיעו לידי כוונה משותפת<sup>89</sup>. לפיכך, התקבלה הגישה שעל פיה יש לייחס לצדדים את הכוונות אשר לדעת השופטים היו אנשים סבירים מתכוונים באותן נסיבות<sup>90</sup>. מכאן הייתה קצרה הדרך לומר כי אנשים סבירים מתכוונים שהדין אשר לו הקשר הקרוב והממשי לעסקה יחול<sup>91</sup>. בשלב מסוים החלו בתי המשפט להשתמש בנוסח זה מבלי להזכיר שמטרתו היתה לקבוע מהם כוונותיהם של אנשים סבירים<sup>92</sup>, על אף שהמשיכו להתייחס לכוונות המשווערות כגורם רלוונטי<sup>93</sup>. לפיכך, ניתן לראות

- 87 ראה הערה דומה של הנשיא שמגר בפרשת גרייפין, לעיל הערה 67 בעמ' 63.
- 88 ראה Singleton LJ בפסק דין [1954] 2 W.L.R 234, *The Assunzione (No. 1)*, וכן Lord Wright בפסק דין *Mount Albert Borough Council v. Australian etc Life Insurance Society Ltd.* [1938] A.C 224 ו-Lord Denning בפסקי הדין, *Boissevain v. Weil* [1949] 1 KB 482, *Coast Lines v. Hudig*, 490-91, לעיל הערה 85.
- 89 ראה *The Assunzione* על פי Birkett LJ, לעיל הערה 88.
- 90 ראה לדוגמה: *Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance and General Mutual Life Assurance Society*, לעיל הערה 88. אך יש לציין כי ניתן לראות את סימני הגישה הזו כבר בשנת 1865 כאשר השופט Willes אמר "it is necessary to consider by what general law the parties intended that the transaction should be governed, or rather to what general law it is just to presume that they have submitted themselves in the matter." (*Lloyd v. Guibert Ltd.* [1938] AC 224, 2404).
- 91 מקורו של מבחן "הקשר הקרוב והממשי ביותר" הינו בספרו של המלומד J. Westlake *A Treatise on Private International Law* (7<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell limited, 1925) עמ' 302 פסקה 212, שנחשב כ"אביהם הרוחני של האובייקטיביסטיים המודרניים" (שאקי, לעיל הערה 13 עמ' 60). נוסח זה אומץ על ידי המלומד החשוב G.C. Cheshire בספרו *Private International Law* (2<sup>nd</sup> ed., 1938) בעמ' 254, אך לא אומץ על ידי השופטים האנגליים עד פסק דין *Bonython*, לעיל הערה 73, למרות שנוסח דומה ("הקשר הקרוב ביותר") שהופיע במהדורות קודמות של הספר של Westlake הופיע בפסקי דין בודדים כבר בסוף המאה ה-19 כגון *South African Breweries v. King* [1899] 2 Ch 173, 182, כגורם המצביע על כוונות הצדדים).
- 92 לכן לדוגמה, במהדורה השמינית של A.V. Dicey & J.H.C. Morris *The Conflict of Laws* (London, 8<sup>th</sup> ed., J.H.C. Morris ed., 1967) אכן התייחסות לכוונות הצדדים כמושג "קשר קרוב וממשי", בעוד שבמהדורה הקודמת שיצאה לאור תשע שנים קודם — A.V. Dicey *Dicey's Conflict of Laws* (London, 7<sup>th</sup> ed., J.H.C. Morris ed., 1958) — הייתה התייחסות לכוונה המיוחסת לצדדים. ראה גם: *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v. Compagnie d'Armement Maritime* [1971] 1 AC 572.
- 93 לדוגמה, בפסק דין *Coast Lines v. Hudig*, לעיל הערה 85, Lord Denning דוחה במפורש את הגישה הסובייקטיבית. אחד משיקוליו בעד החלת הדין האנגלי הינו שתנאי הפטור אינו תקף לפי

את אימוצה המפורש של גישת מירב הזיקות בנוסח האובייקטיבי כשכלול של הגישה הסובייקטיבית שנבע מחוסר שביעת רצון מהפיקטיביות של השניה<sup>94</sup>. לעומת זאת בארה"ב<sup>95</sup>, הכלל הנוקשה של מקום עריכת החוזה המשיך לחול הן בשל המסגרת הפדרלית<sup>96</sup> והן בשל ההשפעה של המלומד Beale שתמך בגישה הטריטוריאלית על פיה מקור תוקפו של החוזה הוא במדינה בו החוזה נערך<sup>97</sup>. בפסקי דין בוודדים בלבד, בהם תוצאת החלת דין מקום עשיית החוזה נתפסה כבלתי צודקת משום שהחוזה היה קשור הרבה יותר לדין אחר, נמנעו השופטים מלהחיל כלל נוקשה זה, וזאת על ידי שימוש ברעיון כי מיקום (localization) החוזה אינו בהכרח במקום בו הוא נערך אלא כי מיקום החוזה הוא ב"מושב" (seat)<sup>98</sup> או ב"center of gravity" (מרכז הכובד שלו)<sup>99</sup>. כלומר, בפועל הוחלה גישת מירב הזיקות. אולם גישה זו זכתה לקבלה כללית רק לאחר שהתורה הטריטוריאלית נדחתה והוחלפה על ידי עקרונות "היחס המשמעותי" ב-*Restatement Second*<sup>100</sup>.

- דין הולנד, כדבריו "it cannot be assumed that the Dutch charterers put their signatures to a contract which they did not intend to honour"
- 94 בנוסף לאסמכתאות בהערה 88 לעיל ראה: J.H.C. Morris "The Proper Law of a Contract: A Reply" 3 *International Law Quarterly* (1950) 197, 207.
- 95 להסבר על ההשפעה של המסגרת הפדרלית, ראה א' לבונטין, לעיל הערה 70 בעמ' 157-159.
- 96 לדיון בשאלה מדוע כלל זה התאים למצב שבו רוב החוזים היו בין-מדינתיים ולא בינלאומיים, ראה א' לבונטין, לעיל הערה 70 בעמ' 157-159.
- 97 ראה J.H. Beale "What Law Governs the Validity of a Contract" 23 *Harvard Law Review* (1909) 260 וה-*Restatement First, Conflict of Laws* (1934) 332 (ראוי לציין כי Beale שימש כמחבר הראשי של ה-*Restatement First*). יש לציין שעל שאלות לעניין ביצוע החוזה חל דין מקום הביצוע לפי פסקה 332 של ה-*Restatement First*.
- 98 כנראה מושגים אלה נלקחו מהמחבר האירופאי Savigny. ראה Reimann, לעיל הערה 86 בעמ' 598-596.
- 99 ראה לדוגמה *Jones v. Metropolitan Life Insurance Co.* 286 NYS 4 (1936), *Vanston Bondholders Protective Committee v. Green* 329 US 156, 161-2, 167 (1949), *Rubin Auten v. Auten* 308 NY 155, 124 NE 2d v. *Irving Trust Co.* 113 NE 2d 424 (1953) A. Nussbaum "Conflict Theories of Contracts: Cases Versus Restatement" 51 *Yale LJ* (1942) 893. כמו כן ראה: 99 (1954).
- 100 ראה לעיל פרק ב חלק 1.
- לדיון על הוראות ה-*Restatement Second* לגבי חוזים, ראה ע' שפירא, "מגמות בכרירת הדינים בענייני חוזים מסחריים במשפט הבינלאומי הפרטי האמריקאי המודרני" הפרקליט כ (1963) עמ' 149.
- נראה כי המהפכה בתחום החוזים הייתה איטית יותר מאשר בתחום הנזיקין. הסבר אפשרי אחד לכך הוא כי הכלל הנוקשה בחוזים נתפס כגורם לפחות אי-צדק מאשר הכלל המקביל בנזיקין, בין היתר בגלל אפשרות הצדדים לבחור איזה דין יחול.
- בשנת 1981, עשר שנים אחרי פרסום ה-*Restatement Second*, עדיין השתמשו רוב המדינות בכלל המסורתי. רק 16 שנה לאחר מכן אימצו רוב המדינות את הגישה של ה-*Restatement Second* וכעת נותרו תשע או עשר מדינות בלבד אשר עדיין דבקות בכלל הישן (Scoles & Hay, לעיל הערה 24, עמ' 892-893). לעומת זאת בנזיקין, כבר ב-1983, רוב המדינות דחו את הכלל הישן, ראה: 34 "Theory into Practice: Choice of Law in the Courts" H.H. Kay

רעיון אוטונומיית הצדדים לבחור איזה דין יחול על החוזה הגיע לארה"ב כבר במאה ה-19<sup>101</sup>, אולם לא זכה מיד להסכמה כללית<sup>102</sup>, אף לאחר שהתקבל, השפעתו הייתה פחותה מאשר באנגליה. דהיינו, אוטונומיית הצדדים נתפסה בארה"ב כחריג לכלל ברירת הדין הכללי ולא כמקורו<sup>103</sup>. לפיכך, לדוגמה, נדרש בארה"ב כי לדין הנבחר יהיה קשר מהותי עם העסקה או שיהיה בסיס סביר אחר לבחירה בו<sup>104</sup>.

לסיכום, באנגליה גישת מירב הזיקות אומצה ככלל ברירת הדין בחוזים כהתפתחות טבעית שנבעה מעקרון אוטונומיית הצדדים, ואשר התאימה לתיאוריות פוליטיות-כלכליות שרווחו באותה תקופה ולא כתגובה לכלל נוקשה הגורם לחוסר צדק. לעומת זאת, בארה"ב אימוץ גישת עקרון מירב הזיקות היווה חלק מהמהפכה במשפט הבינלאומי הפרטי<sup>105</sup>, אשר דחתה את התורה הטריטוריאלית של Beale, בעיקר משום שכלליה המכניים של תורה זו התעלמו לגמרי מתוצאות החלתם. לפיכך, על אף הדמיון בין שתי הגישות האובייקטיביות, אין פלא שקיימים הבדלים מהותיים ביניהן, כאשר ההבדל המהותי ביותר הוא, כי בפסיקה האנגלית אין התייחסות לאינטרסים ממשלתיים<sup>106</sup>.

כפי שראינו לעיל, מטבע הדברים הפסיקה הישראלית קלטה את גישת מירב הזיקות כדיני החוזים מהמשפט המקובל האנגלי, ולפיכך ניתן היה לצפות כי היא תשקף את

- 521 *Mercer Law Review* (1983). יש להשוות J. Prebble, לעיל הערה 3 בעמ' 436, 441, שסבור כי דווקא יותר קל לקבל את הגישות החדשות בחוזים מאשר בנוזיקין. המחבר טוען כי ספק אם רוב המדינות אימצו אי פעם את הכלל לגבי חוזים ב-*First Restatement* וכי עד שנת 1973 אימצו כבר רוב המדינות אחת מהדוקטרינות החדשות.
- 101 ראה לדוגמה *Wayman v. Southard* 23 US (10 Wheat) 1 (1825).
- 102 ראה לדוגמה הדעה המפורסמת של Judge Learned Hand בפסק דין *Gerli & Co. v. Cunard* (1931) 48 F.2d 115, 117. "some law must impose the obligation שבו בו הוא אמר and the parties have nothing whatever to do with that" לעיל הערה 97. יש לציין כי אין שום התייחסות לכוונות הצדדים ב-*Restatement First*.
- 103 לכן, לדוגמה, ניתן תוקף רק לבחירה מפורשת בכתב, או בחירה מכללא אותה ניתן להסיק מהחוזה עצמו (Scoles and Hay (3<sup>rd</sup> ed.), לעיל הערה 24 בעמ' 858-859). וה-*Restatement Second* פסקה 187 הערה (a) קובע כי: "it does not suffice to demonstrate that the parties, if they had thought about the matter, would have wished the law of a particular state to have applied."
- 104 ראה הפסיקה המובאת על ידי Scoles and Hay, לעיל הערה 24 בעמ' 871, וכן פסקה 187 (a)(2) של ה-*Restatement Second*. בנוסף, פסקה 187(2)(b) פוסלת את אפשרות בחירת הצדדים כאשר החלת הדין הנבחר סותרת מדיניות יסודית של מדינה אחרת, אשר לה אינטרס גדול יותר באופן מהותי, בתנאי שדין מדינה זו היה חל בהעדר הבחירה. יש לציין שפסילת בחירת הצדדים בפסקה 187 חלה רק לגבי כללים קוגנטיים.
- 105 אולם יש לציין כי Reese, המדווח הראשי של ה-*Restatement Second*, הושפע מעקרון "הקשר הקרוב ביותר" בפסיקה האנגלית. ראה: W.L.M. Reese "Contracts and the Restatement of Conflict of Laws, Second" 9 *ICLQ* (1960) 531, 537, 540-1.
- 106 ראה J. Prebble, לעיל הערה 3 בעמ' 647-646, הטוען כי למרות הבדלים אלו, אין שוני בתוצאות המעשיות בשתי המדינות.

הגרסה האנגלית של הגישה. בחלקו השלישי של מאמר זה נבדוק אם כך אכן הדבר, או שמא קיימים בפסיקה הישראלית סימני ההשפעה של הדין האמריקאי<sup>107</sup>.

2. בקביעת הדין החל על העוולה<sup>108</sup>

במבט לאחור, ניתן לראות כי דעת השופטת בן-פורת בפסק הדין קלאוזנר נ' ברקוביץ מסמנת את אימוץ גישת "מירב הזיקות" "האמריקאית"<sup>109</sup> ככלל ברירת הדין בנוזיקין<sup>110</sup>, במקום כלל המשפט המקובל הנמצא בפסק דין *Philips v. Eyre*<sup>111</sup>. לאחר סקירת פסיקה אנגלית ופסיקה אמריקאית השופטת מצהירה כי הגישה האמריקאית היא העדיפה. השאלה המתבקשת היא מה גרם להתפתחות זו.

לא היה כל צורך לשנות את כלל ברירת הדין על מנת להגיע לתוצאה הרצויה במקרה הנדון, בו העוולה בוצעה בארץ על ידי תושב ישראלי<sup>112</sup>. זאת ועוד, גם במקרה הטיפוסי יותר של תושב ישראלי שנפצע בעקבות רשלנות תושב ישראלי אחר בשטחים המוחזקים<sup>113</sup>, ניתן היה להגיע לתוצאה הרצויה, והיא החלת הדין הישראלי, הן לפי

107 יש לציין כי שפירא מנמק את פרסום המאמר העוסק במגמות בדין האמריקאי, לא בכך שהתפתחויות אלו עשויות להשפיע בארץ, אלא בכך שעורכי דין ישראלים ירצו לדעת איזה דין יחיל בית משפט אמריקאי על חוזה בין ישראלי ואמריקאי.

108 לסקירה ברורה של התפתחות הכלל הישראלי, ראה הדעה של השופט גל בע"א (י"ם) 6299/99 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' רחל אוחננה ואח', דינים מחוזי, כרך לב(10) 81 (להלן: פרשת אוחננה).

109 נראה כי השופטת לא היתה מודעת לעובדה כי אין גישה אמריקאית אחידה (ראה לעיל בע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לז(4) 449, וכן ס' וסרשטיין – פסברג, "ברירת דין וקביעת הנזק בתיבועות נזיקין", משפטים כו (תשנ"ו–1996) עמ' 325. אך נראה כי היא מתכוונת לגישת ה"Restatement".

110 כינוי זה מופיע בהקשר של ברירת הדין בנוזיקין לראשונה במאמרו של ב' ברכה, "לקראת כללים חדשים לברירת הדין בנוזיקין?", הפרקליט כו (תשל"א–1971) 167. בשנים האחרונות, מספר פסקי דין אימצו את הכינוי בהקשר הזה (לדוגמה, בר"ע (ת"א) 200680/98 אריה חברה לביטוח נ' נאיף נזוהה, דינים מחוזי, ל"ג 478(10) (להלן: פרשת נאיף נזוהה).

111 *Philips v. Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1, 28 "As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First the wrong must be of such character that it would have been actionable if committed in England...Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done."

112 בעניין שיעור הפיצוי עבור אובדן השתכרות, רוב השופטים קבעו כי הדין הישראלי יתחשב בנתונים לגבי רמת המשכורת בחו"ל, בחישוב פיצויים בגין אובדן השתכרות.

113 ת"א (ב"ש) 151/80 ליאור קפלן נ' ז'אק גבאי, פ"מ תשמ"ב (2) 290, ת"א (ת"א) 2808/80 יונה כץ, "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ נ' דוד סגל, פ"מ תשמ"ז (2) 119, המ' (י"ם) 1329/84 קופת חולים נ' נווה מדבר שארם א"שייך בע"מ בפירוק, פ"מ תשמ"ה (2) 412, ת"א (חי') 440/58 בלאו נ' מדינת ישראל, פ"מ כב' 7.

על אף כי שטח זה הוחזק על ידי צה"ל, הדין החל שם היה עדיין הדין הזר. בסיני ובעוזה חל הדין המצרי וביהודה ושומרון חל הדין הירדני.

הפירושו המקורי<sup>114</sup> של הכלל בפסק דין *Philips v. Eyre*, והן על ידי הפעלת החריג לכלל זה, המבוסס על גישת הזיקה האמציה, שנוצר על ידי בית הלורדים בפסק דין *Boys v. Chaplin*<sup>115</sup>.

אולי היה טבעי ששופטי בית משפט העליון ינצלו את ההזדמנות להביע את דעתם על פסק הדין *Boys v. Chaplin* לאור המחלוקת לגבי מעמדו בפסיקה מחוזית<sup>116</sup>, אולם הדיון הכללי לגבי מהו כלל ברירת הדין הראוי<sup>117</sup> והמסקנה כי יש להעדיף את הגישה האמריקאית דורשים הסבר<sup>118</sup>.

עיון בדעתה של השופטת בן-פורת מגלה שעצם הקיום של דיון זה נגרם בשל חוסר הבנתה את בסיס ההחלטה של השופט לוין בערכאה הראשונה. השופטת בן פורת סברה כי השופט לוין החיל את הדין האמריקאי על שאלת שיעור הנזק בגין אובדן השתכרות, בעוד שהשופט לוין לא החיל כלל כל דין זר שהוא<sup>119</sup>, אלא אך ורק השתמש בנתונים זרים לצורך חישוב סכום הפיצוי<sup>120</sup>. אולם, אף אם מדובר היה בחוסר הבנה הרי שהשופטת בן-פורת מעלה את האפשרות שהסייג שהוכנס בפרשת *Boys v. Chaplin* מאפשר את החלת דין מקום מושבו של הניזוק בלבד במקום דין מקום ביצוע העוולה<sup>121</sup>. אם כן, ניתן היה להגיע לתוצאה בה חפצה על ידי החלת הדין

114 ראה *Machado v. Fontes* [1897] 2 Q.B 231 CA שלפיו חל דין הפורום בתנאי שהמעשה אינו תמים לפי דין מקום ביצוע העוולה.

115 על סמך המילים המופיעות בתחילת המבחן "As a general rule". הצורך בחריג זה נבע מקביעתם של רוב הלורדים, כי הפרשנות בפסק הדין *Machado v. Fontes* אינה נכונה וכי יש להראות שהמעשה בר-תביעה לפי דין המקום בו בוצעה העוולה. השאלה הסבוכה ביותר, מהו הרציו העומד מאחורי פסק דין *Boys v. Chaplin*, לעיל הערה 25, שנדון בהרחבה ברשימות של שפירא ושל ברכה, הינה אקדמית היום, משום שפסיקה מאוחרת יותר באנגליה אימצה את ההנמקה המבוססת על החריג (הנמצא בדעותיהם של הלורדים Hodson ו-Wilberforce) ראה לדוגמה *Johnson v. Coventry Churchill International Ltd.* [1992] 3 All E.R. 14. QBD.

116 בת"א (ת"א) 178/71 גרוסמן נ' מקורות, פ"מ תשל"ו(א) 386, השופט דבורין קבע שעל התובע להוכיח כי המעשה בר-תביעה לפי דין מקום העוולה על סמך פסק דין *Boys v. Chaplin*, לעיל הערה 25. לעומת זאת בת"א (ת"א) 2808/80 יונה כץ, "אגד" נ' סגל, לעיל הערה 113 נקבע על ידי השופט מצא שפסק דין זה לא נקלט בארץ, ונפסק לפי ההלכה האנגלית הישנה של *Machado v. Fontes*, לעיל הערה 114.

117 יש לציין שפסק הדין קדם לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח מס' 978 עמ' 163, ולכן לכאורה המשפט האנגלי מחייב.

118 אכן גם השופט ש' לוין בפסק דין ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' ג'ון כהן ואח', פ"ד מח (2) 705, וגם השופט ברק בע"א 300/84 אימן עלי אבו עטיה נ' עיסא יוסוף ערבטיסי, פ"ד לט (1) 365, לא ראו לנכון לנקוט עמדה בשאלה מהו כלל ברירת הדין ביחס לעוולות זרות, במקרים שלא היה צורך להכריע בה.

119 השופט הנכבד לא התייחס כלל לנושא ברירת הדין. נראה כי הוא ראה את העניין כשאלת חישוב פיצויים ולא כעניין של משפט בינלאומי פרטי.

120 ראה מאמרה של פרופ' ורשטיין פסברג, לעיל הערה 109 בעמ' 329.

121 לאור הדיון על היקף הסייג בחוות דעתה של השופטת בן-פורת, לדעתנו קשה להצדיק את

האנגלי<sup>122</sup>. ולאור זאת עולה השאלה מה היה הטעם לדחות את הכלל האנגלי המקובל ולאמץ את הגישה האמריקאית?

נראה כי השופטת בן-פורת ביקשה לאמץ את הגישה הגמישה ביותר, על מנת להבטיח כי בכל מקרה יהיה אפשר להגיע לתוצאה הרצויה<sup>123</sup>. דהיינו, הכלל האנגלי לא היה גמיש דיו לדעתה. היא דוחה את בעיית חוסר הוודאות בטענה כי: "אמנם, האחידות גוררת וודאות משפטית (מקום העוולה) וזהו יתרון חשוב, אך חשוב הימנו השיקול המוביל לדין המתאים לעניין". ניתן לטעון כי גישה זו משקפת אידיאולוגיה כללית בעניין משפט בינלאומי פרטי שלפיה יש לשחרר את השופטים מכללים המכתיבים תוצאה מסוימת<sup>124</sup>.

יש לציין, כי השופט ברק (כתוארו אז), לא היה מוכן להצטרף למהלך זה של השופטת בן פורת. בפסק דין אבו עטייה נ' ארביטיסי<sup>125</sup> אמר כי:

"מבקש אני להשאיר בצריך עיון את שאלת הדין החל, אילו התביעה הייתה מתבררת בישראל. שאלת הדין החל היא סבוכה ביותר, נכתב עליה רבות, עמוקים בה חילוקי הדעות ויש בה פנים לכאן ולכאן. דבר אחד הוא להביע ספק בצידוק גישתו של המשפט האנגלי, דבר אחר לגמרי הוא לאמץ מבחן ראוי במקומו...."

לסיכום, למרות העובדה שגישת מירב הזיקות אומצה בארה"ב, על מנת להימנע מתוצאות בלתי צודקות אותם גרם הכלל הקודם<sup>126</sup>, לא היו כל ראיות כי הכלל האנגלי

הערתה של פרופ' וסרשטיין פסברג במאמרה, לעיל הערה 109 בעמ' 298, שהשופטת מציגה את הדין האנגלי ככלל נוקשה.

122 יש לציין כי בזמן הדיון בע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, לעיל הערה 109, הדעה הרווחת באנגליה הייתה כי הסייג חל גם במקרים בהם העוולה בוצעה באנגליה (ראה לדוגמה A.V. Dicey & J.H.C Morris *The Conflict of Laws* (London, 10<sup>th</sup> ed. by J.H.C. Morris and others, 1980) p. 944. רק לאחר מכן נקבע בפסק דין *Donaldson Inc.* [1990] 1 Q.B. 91 כי כלל ברירת הדין לא חל על עולות שבוצעו בפורום. לכאורה הלכה זו בוטלה על ידי ה-*Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 s.9(6)*, אך לא בטוח שזו התוצאה של נוסח הסעיף, ראה *Cheshire and North's Private International Law* (13<sup>th</sup> ed.) (1999) at pp. 625–6.

123 במלותיה "צריכה קשת האפשרויות להיות רחבה, תוך בדיקה, ככל מקרה נתון, מה הדין המתאים לו." (ראה לעיל הערה 109 בעמ' 459). השופטת שטרסברג-כהן בע"א 300/84 אבו עטייה נ' ערבטיסי, לעיל הערה 118 בעמ' 414, מביעה הסכמתה לדברים אלה. דברים ברוח דומה השמיע גם השופט בייסקי באותו פסק דין, שם בעמ' 465.

124 תפיסה זו באה לידי ביטוי בהערה של השופט אוקון בת"א 83875/95 (ת"א) זיאדה מוחמד נ' אלי יהושע ואח', דינים שלום, כרך טו, 239 (להלן: פרשת יהושע) כי "כללי ברירת הדין אינם האדונים".

125 ע"א 300/84 אבו עטייה נ' ערבטיסי, לעיל הערה 118.

126 הדוגמה הקלאסית הינה פסק דין *Babcock v. Jackson*, לעיל הערה 23, בו דנו קודם. אך לפני פסק דין זה נאלצו בתי משפט להשתמש בפטנטים כמו סיווג ותקנת הציבור על מנת להימנע מהחלת דין מקום העוולה במקרים שהדבר יגרום לאי-צדק. ראה לדוגמה פסקי הדין: *Kilberg*



שהיה קיים בישראל גרם לתוצאות בלתי צודקות או לכל בעיה אחרת. זאת ועוד, לא קיים כל נימוק משכנע העונה לשאלה מדוע ראוי להעדיף את הגישה האמריקאית לכלל האנגלי "המתוקן" בפרשת Boys.

על כן, עם כל הכבוד, אין מנוס מהמסקנה כי גישת מירב הזיקות אומצה ככלל ברירת הדין בנוזיקין בישראל בחיפזון וללא בדיקה עמוקה של ההשלכות, משום שהשופטת בן פורת חפצה בשיקול הדעת הרחב שמעניקה הגישה האמריקאית לשופטים<sup>127</sup>. ייתכן כי היסודות שאינם משיביעי רצון לדעתה של השופטת בן-פורת מעניקים הסבר מדוע מגלים בתי המשפט בחלק מהפסיקה המאוחרת יותר, אמביוולנטיות מסוימת לגבי אימוץ גישת מירב הזיקות בהקשר זה יותר מאשר בהקשרים אחרים<sup>128</sup>. בפסיקה זו נדון בהמשך.

### 3. בקביעת הפורום הנאות

דוקטרינת הפורום הבלתי נאות (*forum non conveniens*) מאפשרת לבית המשפט לסרב לדון בתביעה מסוימת<sup>129</sup> על אף שיש לו סמכות שיפוט בינלאומית לדון בה<sup>130</sup>,

*Haumschild v. v. Northeast Airlines, Inc.*, 9 N.Y. 2d 34, 172 N.E. 2d 526 (1961)  
*Continental Casualty* 95 NW 2d 814 (Wis. 1959)

127 קיימות דוגמאות מתחומים אחרים, שבהן ניתן לטעון כי פירוש מסוים של חוק הועדף, או דוקטרינה מסוימת אומצה, מפני שהדבר נותן שיקול דעתי מירבי לשופטים. לדוגמה, בעניין של הכרזת ילד כבר אימוץ לפי סעיף 13 של חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 1028, עמ' 293, נקבע כי עילת חוסר מסוגלות הורית, שטמון בה שיקול דעת רחב, גוברת על עילות אחרות (ראה ע"א 325/87 פלונית נ' היועהמ"ש, פ"ד מב (1) 848, 856). דוגמה נוספת היא השימוש הרחב של עקרון תום הלב בדיני חוזים (ראה ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה ב, תשנ"ה) עמ' 19-20 וגם ג' שלו, "עוד על עקרון תום הלב", קריית-המשפט ג (תשס"ג) 121 בעמ' 130.

128 בחלק מהפסיקה המחוזית השופט התייחס לחילופין לכלל האנגלי ולגישת "מירב הזיקות" והראה ששניהם מובילים לאותה תוצאה. ראה לדוגמה המ' (י"ם) 1329/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל נ' נווה מדבר שרם-א' שיח בע"מ בפרוק, לעיל הערה 113, ת"א (י"ם) 188/94 עזבון ויורשי המנוח איאד עמלי ז"ל ואח' נ' מדינת ישראל ואח', תק"מח 96 (3), 2475, ת"א (י"ם) 1851/96 עזבון המנוח עמאד מזרעה ז"ל ואח' נ' אריה חב לביטוח ואח', תק"מח 2001 (3), 1285 (להלן: פרשת מזרעה).

ראה גם כן את הסתייגותו של השופט ש' לוין, שדחה את הגישה האמריקאית בגלל חוסר העקביות של התוצאות ( במילים שלו משום ש "בענין זה... אפשר למצוא אסמכתה כמעט לכל פרופוזיציה". פס"ד ג'זין כהן, לעיל הערה 118 בעמ' 727). בת"א (י"ם) 1169/97 מאג'דה קראען נ' ינון יצור ושיווק מוצרי מזון ואח', תק"מח 2003(1), 57 (להלן: פרשת קראען), מעירה השופטת מזרחי בפסקה 16 כי "עולה תמונה בלתי בהירה לעניין עמדת הדין הישראלי בנושא ברירת הדין כיום. לא מצויה הכרעה של בית המשפט העליון בסוגיה, והשאלה סבוכה." ראה גם פרשת אוחננה, לעיל הערה 108.

129 המינוח בפסיקה הישראלית אינו עקבי. לעיתים מדברים על "מחיקת" התביעה (כמינוח האמריקאי dismissal), ולעיתים על "דחייה" או "עיכוב" (כמינוח האנגלי "stay"). ראה ס' גולדשטיין "סמכות בינלאומית מבוססת על תפיסת הנתבע – הלכה למעשה כיום", משפטים י (תש"ם) 409.

130 בדרך כלל הסמכות נקנית על ידי מסירת הזמנה לדין לנתבע שנמצא בארץ או למורשה שלו (כלל התפיסה). לדין בכלל זה, ראה גולדשטיין, שם.

כאשר הינו סבור כי אין הוא הפורום הנאות לבירור הסכסוך. לעומת זו, דוקטרינת הפורום הנאות הינה מבחן בו משתמש בית המשפט על מנת להחליט אם יש לתת היתר להמצאת תובענה מחוץ לתחום, כאשר אחת מהעילות של תקנת 500 לתקנות סדר הדין האזרחי מתקיימת<sup>131</sup>. את הרקע לאימוץ מבחן מירב הזיקות נבדוק בשתי דוקטרינות אלו.

דוקטרינת הפורום הבלתי נאות התפתחה בישראל בעיקר לאור ההכרה בדוקטרינה זו באנגליה<sup>132</sup>. בשנות ה-70 התרחשה ליברליזציה בפסיקה האנגלית בנוגע לתנאים הדרושים לצורך מתן סירוב לדון בהליכים שהוגשו כדין באנגליה. הגישה המסורתית אשר הטילה על הנתבע להוכיח ניצול לרעה של ההליכים על ידי התובע<sup>133</sup>, הוחלפה בגישה מודרנית על פיה די להוכיח כי קיים פורום אחר שהוא הפורום הטבעי לבירור הסכסוך המדובר<sup>134</sup>. הבחינה האם אכן קיים פורום אחר שהוא הפורום הטבעי לבירור

131 ראה: J.J. Fawcett "Declining Jurisdiction in Private International Law" *Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Oxford, J.J. Fawcett ed., 1995) 1, 5–6.

132 התפתחות זו מתוארת באופן מפורט בכמה פסקי דין ישראליים ובמיוחד בע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, לעיל הערה 118, ובע"א 2705/91 רג'אח סאלם חסן אבו ג'חלה נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד מח (1) 554 (להלן: פרשת אבו ג'חלה). יש לציין, כי בפרשת אבו ג'חלה תוארה גם הפסיקה האמריקאית. להשוואה בין ההתפתחויות באנגליה ובארה"ב, ראה לתיאור ההתפתחות המקבילה בארה"ב, ראה: D.W. Robertson "Forum Non Conveniens in America and England: A Rather Fantastic Fiction" 103 *LQR* (1987) 398. יש גם להזכיר כי עד שנת 1979 כמעט ולא היה צורך בדוקטרינה בישראל, משום שאם לא היה לתביעה קשר ענייני עם ישראל, לא הייתה סמכות שיפוט מקומית, אך בשנה זו תוקנו תקנות סדר הדין האזרחי והוענקה סמכות שיפוט שיוורת לבתי המשפט בירושלים (תקנה 4 לתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון), תשל"ט–1979, ק"ת 3953 עמ' 796. היום תקנה 6 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 4685 עמ' 2220). ס' גולדשטיין, לעיל הערה 129.

133 נוסח המבחן המסורתי נמצא בפסק דין: *St. Pierre v. South American Stores (Gath & Chaves Ltd.)* [1936] 1 K.B. 382 "In order to justify a stay two conditions must be satisfied, one positive and the other negative: (a) the defendant must satisfy the court that the continuance of the action would work an injustice because it would be oppressive or vexatious to him or would be an abuse of the process of the court in some other way; and (b) the stay must not cause an injustice to the plaintiff" ליישום מבחן זה בארץ ראה לדוגמה, בע"א 7/57 יוסף חכמוב נ' יוסף שמידט ואח', פ"ד יב 59, וע"א 100/76 אליעזר פרלמוטר נ' קרין פרלמוטר, פ"ד ל (3) 355.

134 פסקי הדין העיקריים בתהליך הליברליזציה היו, *The Atlantic Star* [1974] AC 436, *MacShannon v. Rockware Glass* [1978] AC 795, *The Abidin Daver* [1984] AC 398 ו-*The Spiliada* [1987] 1 AC 460. פסקי דין אלו נקלטו בארץ – ראה לדוגמה ת"א (ת"א) 11/79 אפרים פולק נ' ביז' דה אטואל, פ"מ תש"ם (א) 353, וע"א 588/83 אייזס אלרייס נ' החברה הערבית לביטוח בע"מ, פ"ד לח (3) 495. אנו יוצאים מתוך ההנחה כי הדוקטרינה החדשה חל גם במקרים של *lis alibi pendens* (הליך תלוי ועומד) וכי העובדה שקיימת התדיינות מקבילה במדינה אחרת הינה שיקול שיש להתחשב בו (ראה *R. Schuz "Controlling Forum Shopping: The Impact of Macshannon v. Rockware Glass Ltd."* 35 *International and Comparative Law Quarterly* (1986) 374, בעמ' 383). אך פסק הדין פש"ר 110/98 אנג'ל

הסכסוך המדובר, נעשית על ידי השוואה בין הזיקות הקושרות את התביעה לפרומים "המתחרים", דהיינו גישת מירב הזיקות<sup>135</sup>. אם נקבע כי אכן קיים פורום אחר שהוא הפורום הטבעי, בית המשפט יעכב את ההליכים, אלא אם הנתבע יוכיח כי קיימות נסיבות מיוחדות, ובשל כך הצדק מחייב כי הדיון יתקיים בפורום הנוכחי על אף שהוא אינו הפורום הטבעי<sup>136</sup>.

התפיסות שעמדו מאחרי מהפכה זו<sup>137</sup> היו החלפת השוביניזם השיפוטי ("chauvinism") בתורת הנימוסין ("comity")<sup>138</sup> והרצון לעשות צדק עם הצדדים

נ' *Salle National Bank* ואח', דינים מחוזי, כרך לב(2) 474, יצא מתוך ההנחה כי המבחן האנגלי המסורתי חל על הטענה של הליך תלוי ועומד.

135 נראה כי השופטים הישראלים הקדימו את חבריהם האנגלים באימוץ פורמלי של גישה זו כבסיס ההחלטה בדבר הפורום הנאות. בת"א (ת"א) 11/79 פולק נ' דה אטואל, לעיל הערה 134 בעמ' 360, נאמר "הדבר הקובע הוא שימוש בשיקול דעתו של בית המשפט בהביאו בחשבון את כל הנסיבות של המקרה המיוחד שלפניו." (הדגשה שלנו – ר.ש.). מילים אלה צוטטו בחיוב בע"א 300/84 אבו עטיה נ' ארבטיסי, לעיל הערה 118. שם אמר השופט ברק (כתוארו דאז) "בקביעת טבעיות הפורום יש להתחשב בנסיבות כולן ובמכלול הזיקות תוך התחשבות בצפייתיהם הסבירות של הצדדים כולם." (הדגשה שלנו – ר.ש.) פסק הדין הראשון בו מצאנו את הביטוי "מירב הזיקות" בהקשר זה הוא ע"א 74/83 חיים סארפסאדה ראד נ' יעקב חי, פ"ד מ(2) 141, 152 (להלן: "פרשת ראד"). המבחן המקביל האנגלי של "הקשר האמיתי והמהותי יותר עם הסכסוך" (More real and substantial connection test) נקבע באנגליה באופן סופי רק מאוחר יותר, בפסק הדין *Spiliada*, לעיל הערה 134. על אף כי Lord Goff השתמש במבחן הזה כהגדרה של פורום טבעי בפסק הדין *MacShannon*, לעיל הערה 134, הערתו לא אומצה ברוב פסקי הדין (ראה *Controlling* R. Schuz *Forum Shopping: The Impact of Macshannon v. Rockware Glass Ltd.* 35 *International and Comparative Law Quarterly* (1986) 374 בעמ' 382). אמנם רוב פסקי הדין ציטטו את הנוסח של Lord Diplock, לפיו על הנתבע להראות כי קיים פורום זר אשר בו ניתן להשיג צדק בפחות חוסר נוחות או בפחות הוצאות באופן משמעותי (or at substantially less inconvenience or expense), אך למעשה חיפשו פורום טבעי או מתאים יותר, ולשם כך היה צורך להתחשב בקשת רחבה יותר של זיקות (ראה Schuz שם בעמ' 381).

136 *The Spiliada*, לעיל הערה 134 בעמ' 409. לא מצאנו מקרה בארץ שבו התובע הצליח להוכיח נסיבות מיוחדות המצדיקות המשך הדיון בפורום הישראלי על אף שהוא אינו הפורום הטבעי. בפרשת אבוג'חלה, לעיל הערה 132, הטיעונים של התובע כי הצדק מחייב את המשך הדיון בארץ בגלל העיכובים הארוכים בבתי משפט באזור, ומשום שרמת חובת הזהירות בארץ גבוהה יותר, נדחו ולדעתנו בצדק. בית המשפט לא היה צריך לטפל בטיעונו של התובע לפיו הצדק מחייב את המשך הדיון בארץ מפני שעילת תביעתו התיישנה באזור, וזאת משום שהנתבע התחייב לא להעלות את עילת התיישנות ההליכים באזור. יש לציין שבאנגליה אין קביעה חד משמעית בשאלה האם התיישנות במדינה הזרה הינה סיבה לא לעכב הליכים, אך מהדעה של השופט Goff בפסק הדין *The Spiliada* נראה כי התשובה הינה חיובית, בתנאי שהתובע פעל באופן סביר בכך שלא התחיל הליכים בפורום הטבעי לפני סוף תקופת התיישנות שם (ראה גם Schuz לעיל הערה 135 בעמ' 392–393).

137 המרת המבחן הפכה את מתן צו העיכוב מפעולה יוצאת דופן לעניין שבגרה. ראה Robertson, לעיל הערה 134.

138 ראה לדוגמה 104 "Forum Non Conveniens: A View from the Shop Floor" A.G. Slater *LQR* (1998) 554. הערתו של Lord Diplock בפסק דין *The Abidin Daver* לעיל הערה 134, כי: "judicial chauvinism has been replaced by judicial comity" צוטטה על ידי המשנה

על ידי מניעת תופעת ה־*forum-shopping*<sup>139</sup>. יש לזכור כי האפשרות לפתיחת הליכים בבתי משפט באנגליה, ארה"ב וישראל קיימת גם במקרים בהם אין קשר משמעותי בין התביעה גופה לבין הפורום הנבחר, וזאת בעיקר כתוצאה מכלל התפיסה – כלל סמכות העלול לשקף קשר מקרי גרידא עם הפורום<sup>140</sup>. ראוי לציין, כי בישראל היה צורך מיוחד למנוע את תופעת ה־*forum-shopping* בעקבות החזקת שטחים שעברו לשליטה ישראלית במלחמת ששת הימים (להלן: "האזור") כיוון שניתן למסור הזמנה לדין לנתבע הנמצא באזור בדיוק כמו לנתבע הנמצא בישראל<sup>141</sup>. לפיכך, מאז ניתנה סמכות מקומית שיורית לבתי משפט בירושלים<sup>142</sup>, נפתח פתח רחב להגשת תביעות על ידי תושבי האזור נגד תושבי האזור בבתי משפט ישראליים, גם אם אין להם כל קשר עם מדינת ישראל.

לעומת זאת, דוקטרינת הפורום הנאות הינה רלוונטית כאשר הנתבע אינו נמצא בגבולות הפורום. במקרה זה, הדרך היחידה להקנות לבית משפט סמכות היא לקבל היתר להמצאת התובענה מחוץ לתחום לפי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי. תקנה זו, המבוססת על צו 11 לכללי הדיון האנגליים<sup>143</sup>, מעניקה לבית המשפט שיקול דעת אם לתת את ההיתר כאשר אחת מהעילות הרשומות בתקנה מתקיימת<sup>144</sup>. באופן מסורתי, הפעילו בתי משפט שיקול דעת זה בזהירות רבה<sup>145</sup>, כיוון שסמכות זו נתפסה כסמכות חריגה (*exorbitant*)<sup>146</sup>, אשר פוגעת בריבונות זרה<sup>147</sup>, מטילה עול כבד על נתבע זר<sup>148</sup>

- לנשיא בן־פורת בפסק דין ע"א 74/83 ראד נ' חי, לעיל הערה 135 בעמ' 151. כמו כן ראה דיון במאמרו של קרייני, לעיל הערה 15 בעמ' 87–86.
- 139 ראה Schuz לעיל הערה 135.
- 140 ראה לעיל הערה 130. כמו כן בתביעות של Admiralty, הסמכות מכוננת על ידי עצירת האונייה שהיא נושא ההליכים או "אחותה" (אונייה השייכת לבעלי האונייה נושא ההליכים). יש לשים לב כי רוב פסקי הדין שהיוו אבני דרך בהתפתחות הדוקטרינה באנגליה עסקו בתביעות בענייני אוניות.
- 141 על פי תקנות סדרי דין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים) תשל"ב–1969, ק"ת 2482, עמ' 458.
- 142 ראה לעיל הערה 132.
- 143 גרסתו המקורית נחקקה בשנת 1893. גרסתו הנוכחית נמצאת ב־*Civil Procedure Rules 1998* 6.20.
- 144 כל העילות, כמובן, משקפות זיקה בין הנתבע או בין התביעה לבין הפורום הישראלי. בתנאים מודרניים חלק מזיקות אלה עלולות להיות מקריות (ראה קרייני, לעיל הערה 15 בעמ' 98).
- 145 ראה לדוגמה, *Johnson v. Cordova Land Co. Ltd. v. Victor Bros.* [1996] 1 WLR 793, 796, *Taylor Brothers* [1920] AC 144, 153, וע"א 74/83 ראד נ' חי, לעיל הערה 135. קרייני, לעיל הערה 15 בעמ' 97–96.
- 146 ראה לדוגמה L. Collins "Temporary Presence, Exorbitant Jurisdiction and the U.S. Supreme Court" 107 *LQR* (1991) 10, L.I. De Winter "Excessive Jurisdiction in Private International Law" 17 *ICLQ* (1968) 706. לדיון על הסתירה בין סמכות זו לבין התורה הטריטוריאלית, ראה קרייני, לעיל הערה 15 בעמ' 92–95.
- 147 ראה לדוגמה *George Munroe Ltd. v. Americian Cyanamid Corp.* [1994] K.B. 432. דין ליבהר, לעיל הערה 145.
- 148 ראה לדוגמה *Societe General de Paris v. Dreyfus Bros* (1885) 29 Ch. D. 2339.

וגורמת להתנגשות סמכויות<sup>149</sup>. בהפעלת שיקול הדעת, התחשבו בתי המשפט בקשת רחבה של שיקולים הקושרים את התביעה עם הפורום<sup>150</sup>, אולם עד לשנות ה-80 של המאה האחרונה לא הוזכרה גישת מירב הזיקות בהקשר זה. השינוי בעניין זה החל כתוצאה מהתפתחותה של דוקטרינת הפורום הבלתי נאות, אותה תיארו לעיל. כבר בעניין ראד<sup>151</sup> יישם בית המשפט העליון את מבחן מירב הזיקות בבקשה לקבל היתר להמציא לחו"ל תוך התייחסות לפסיקה בעניין פורום בלתי נאות. מאוחר יותר, בתי המשפט האנגליים הכירו גם הם בקשר ההדוק שבין שיקול דעת בית המשפט בשני ההקשרים (קרי בקשות להמציא מחוץ לתחום ובקשות לעיכוב הליכים)<sup>152</sup>. ישנה אירוניה בכך שפסק דין המנחה בעניין דוקטרינת הפורום הבלתי נאות, *The Spiliada*, היה בעצמו בקשה להמציא מחוץ לתחום לפי צו 11 האנגלי. בפסק דין זה נקבע, כי מהות הדוקטרינה החדשה של הפורום הלא נאות חלה גם על בקשות למתן רשות להמציא מחוץ לתחום השיפוט תוך הפיכת נטל ההוכחה. כלומר, על התובע להוכיח כי הפורום הדין הוא הפורום הטבעי, קרי הפורום עם הקשר הקרוב ביותר להתדיינות. יש לציין, כי החידוש העיקרי בהלכה זו הוא הכנסת אלמנט השוואתי. בעוד שבעבר, כפי שהסברנו לעיל, תובעים אשר ביקשו מתן רשות להמציא מחוץ לתחום היו חייבים להוכיח כי הפורום המתבקש הינו פורום נאות, ולא הייתה עליהם חובה להוכיח כי זהו פורום מתאים יותר מכל פורום אחר<sup>153</sup>.

לסיכום, אימוץ גישת מירב הזיקות בדוקטרינת הפורום הנאות הינו הרחבת השימוש בגישה זו בדוקטרינת הפורום הבלתי נאות. המקור לאימוץ גישת מירב הזיקות בדוקטרינה זו בישראל הינו שילוב בין שני גורמים: מצד אחד, הליכה בעקבות השינוי בתפיסות השוביניסטיות האנגליות, ומצד שני, הצורך למנוע את תופעת ה-*forum-shopping* שקיבל משנה תוקף בנסיבות הישראליות לאחר תיקון תקנות סדרי הדין בשנת 1979.

149 ראה פסק דין ליבהר, לעיל הערה 145.

150 ראה רשימת השיקולים הרלוונטיים ב-*G.S. Cheshire & P.M. North Private International Law* (London, 13<sup>th</sup> ed., P.M. North & J.J. Fawcett ed., 1999) בעמ' 314–315.

151 לעיל הערה 135 (אשר בו הבקשה להמציא לפי תקנה 500 מבוססת על חוזה שלפי טענת התובע נערך בארץ).

152 בתחילה לא היו מוכנים בתי המשפט האנגליים לאמץ את גישתה של דוקטרינת הפורום הלא נאות בכללותה בבקשות לקבלת היתר המציא מחוץ לתחום, למרות הדמיון בין תוכנו של שיקול הדעת בשני ההקשרים, וזאת בשל ההבדל בטבעם של שני ההליכים ובמיוחד לאור ההבדל בנטל ההוכחה: *Amin Rasheed Shipping Corp v. Kuwait Insurance Co.* [1984] AC 50, 72 (per Lord Wilberforce).

153 ראה *Schuz*, לעיל הערה 135 בעמ' 407.

4. מסקנות

בדיקת נסיבות אימוץ גישת מירב הזיקות בארץ בהקשרים השונים מאשרת את ההנחה האינסטינקטיבית, כי הגישה באה להחליף כללים מכניים ונוקשים בגישה גמישה<sup>154</sup> המאפשרת הגעה לתוצאה הרצויה<sup>155</sup>. אולם מאחורי הכללה זו<sup>156</sup> מסתתרים הבדלים בין ההקשרים השונים, אשר עשויים להביא להבדלים ביישום הגישה על ידי בתי משפט בהמשך. לדוגמה, ראינו בהקשר של דיני החוזים, כי על פי האסכולה הסובייקטיבית, הגישה משרתת ככלי לגילוי כוונות הצדדים, ולכן אינטרסים ציבוריים אינם יכולים להיות רלוונטיים. מאידך גיסא, לפי האסכולה האובייקטיבית יש לקבוע את הדין החל על ידי איזון זיקות, בדיוק בשל הסיבה שלא ניתן לגלות מהן כוונות הצדדים ולכן ציפיות הצדדים אינן יכולות להיות רלוונטיות ביישום הגישה. מטרת מבחן מירב הזיקות הינה לבדוק למה אנשים סבירים היו מתכוונים, קרי הציפיות המוצדקות שלהם במובן האובייקטיבי, ולכן ציפיות אלה אינן יכולות להיות רכיב בתוך המבחן.

בנוסף, ראינו כי בהקשרים של דיני הנזיקין, גישת מירב הזיקות אומצה משום שהיא נראתה אטרקטיבית לשופטים, על אף שלא נידון כל מקרה בו לא ניתן היה להגיע לתוצאה רצויה לפי הכלל האנגלי המסורתי או הכלל האנגלי המתוקן. כמו כן, לא היה כל צורך לאמץ את הגישה בהקשר של פורום נאות. בתי המשפט הצליחו להגיע לתוצאות משביעות רצון גם ללא שימוש בגישה זו. הסיבה לאימוץ הגישה, הייתה כנראה הרצון להתאים דוקטרינה זו של פורום נאות לדוקטרינה החדשה של פורום בלתי נאות. לעומת זאת, בהקשר של פורום לא נאות, היה צורך אמיתי לתת לבית משפט שיקול דעת לסרב להפעיל סמכות במקרים בהם אין הוא הפורום המתאים לדון בעניין, ובמיוחד כאשר התובע ביצע למעשה *forum shopping*.

יש להעיר כי באמצע את גישת מירב הזיקות כתחליף לכללים נוקשים, לא בחנו בתי המשפט גישות חלופיות שנידונו בספרות<sup>157</sup>. ניתן להציע, כי הסיבה לכך שגישת מירב הזיקות היתה הבחירה הטבעית של בתי משפט היא כיוון שגישה זו מספקת מידה מקסימלית של גמישות. זאת ועוד, נראה כי גישת מירב הזיקות, אולי בגלל חוסר התוכן

154 הדבר נכון גם לגבי קביעת מקום מושב, כאשר אימוץ ההגדרה של "מרכז חייו" על ידי המחוקק מסמל את דחיית הכללים הנוקשים של המשפט המקובל לקביעת "דומיטיל". ראה מ' שאוה, הדין האישי בישראל, לעיל הערה 8 בעמ' 409, ו-A.H. Shaki, לעיל הערה 14 בעמ' 188.

155 ראה לדוגמה את דבריה של השופטת בפרשת פלאטו־שרון, הערה 9 לעיל, המסבירים את העדפתה של גישת הזיקות על פני הגישה המסורתית של דין הסיטוס בעניין העברת מטלטלין לא מוחשיים: "כמובן שאין להעדיף גישה אחת על חברתה רק בשל נסיבותיו של המקרה הנדון. יחד עם זאת, נסיבות המקרה הזה הם דוגמה טובה לכך שיש לתת בידי בית המשפט מכשיר גמיש דיו כדי לעשות צדק לכל בעלי הדין. מכשיר כזה גלום בגישה המעדיפה את הדין הנאות, גישה המקובלת היום על מרבית המלומדים בעולם".

156 יצויין כי המקור האידיאולוגי העומד מאחורי החלפת הכללים הנוקשים בכללים גמישים הינו תורת ה-*Legal Realism* האמריקאית.

157 יש להשוות שיטות אחרות, כגון ההצעות המתוחכמות של D.F. Cavers, לעיל הערה 63.

שלה, נתפסה אפילו בקרב השופטים השמרנים האנגליים כהגמשת ההלכה הקודמת, כלומר, כפעולה שיפוטית לגיטימית ולא כחקיקה שיפוטית התופסת את תפקיד המחוקק. בכך קיימת אירוניה מסוימת כיוון שתוצאת אימוץ גישת מירב הזיקות הינה למעשה שינוי מובהק בהלכה. זאת ועוד, ספק אם היו המחוקקים מסכימים להעניק שיקול דעת כה רחב לבתי המשפט כיום<sup>158</sup>.

#### ד. יישום מבחן "מירב הזיקות" בפסיקה הישראלית

##### 1. תיאור המקרים בהם יושם המבחן

בפרק זה נבחן כיצד יושם מבחן "מירב הזיקות" בפסיקה בארץ בשלושת ההקשרים המוזכרים לעיל: קביעת הדין החל על החוזה, קביעת הדין החל על העוולה וקביעת הפורום הנאות. לאחר תיאור המקרים בהם יושם המבחן ננתח את יישומם של האלמנטים השונים במבחן תוך השוואתם בהקשרים השונים.

##### (א) יישום המבחן בקביעת הדין החל על החוזה

אין פסקי דין רבים בארץ העוסקים בבחירת הדין בחוזים וכמעט בכל פסקי הדין הקיימים אין ספק לעניין השאלה איזה דין יחול<sup>159</sup>. המקרים הנראים לנו גבוליים הינם אוניון נ' עזרא (להלן: פרשת אוניון)<sup>160</sup>, חמיס נ' ברנרד<sup>161</sup> (להלן: פרשת חמיס) ופסק הדין המועצה המקומית גבעת זאב נ' מחמוד מוחמד אלי מחמוד ואח'<sup>162</sup> (להלן: פרשת גבעת זאב).

בפרשת אוניון, המערערת, חברת ביטוח שמקום מושבה הראשי בצרפת, הוציאה פוליסת ביטוח-חיים למשיב תושב עיראק. לאחר שעלה המשיב לארץ, תבע מן המערערת סכום כולל של הפרמיות ששילם. בפוליסה הייתה תניית שיפוט, על פיה

158 לכן בשנים האחרונות, כאשר מחוקקים זרים הסדירו את כללי ברירת הדין הללו, שיקול הדעת הרחב צומצם. לדוגמה, באנגליה, בחקיקה המסדירה את כללי ברירת הדין בנויקין ובחוזים (ראה פרק ו' להלן), בארה"ב הקודקס של מדינת Louisiana ובטיוטה של אמנת האג בדבר סמכות שיפוט ופסקי דין זרים בעניינים אזרחיים ומסחריים (ניתן להשיג באתר של ועדת האג [www.hcch.net](http://www.hcch.net)) (לפרטים ראה פרק ו' להלן). כל זאת יש להשוות כמובן להגדרה הגמישה שניתנה ל"מקום מושב" על ידי המחוקק הישראלי, אך יש לזכור כי הגדרה זו ניתנה לפני ארבעים שנה.

159 לדוגמה, ע"א 32/80 ד.א.נ.ה. חברה להשקעות בע"מ נ' S.H. Nihom B.Y., פ"ד לה(3) 489; מב/ 13-2 נורדון שירותי נפט נ' ויליאם, פד"ע יג' 368 (מקראה כרך ג' סע' ה עמ' 59).

160 ראה לעיל הערה 74.

161 תב"ע (י"ם) נא/ 570-3 מחמוד מחמד חמיס נ' דוד ברנרד, תק"עב (1)95, 16.

162 ע"ע 300050/98 המועצה המקומית גבעת זאב נ' מחמוד, לעיל הערה 1.

כל התדיינות בין הצדדים תתקיים בעיראק, אולם לא צוין בחוזה איזה דין חל על החוזה. נקבע על ידי בית המשפט העליון כי דין צרפת חל על החוזה ולא דין עיראק. שני המקרים האחרים מתייחסים לחוזים בין מעביד ישראלי שעסקו נמצא בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל (להלן: "האזור"), ועובד פלסטינאי תושב האזור, כאשר העבודה (או לפחות רובה) בוצעה באזור. בפרשת חמיס, עלתה השאלה האם התקיימו יחסי עובד-מעביד בין התובע לנתבע, ואם כן האם התובע פוטר והאם הוא זכאי לזכויות סוציאליות אחרות. בפרשת גבעת זאב מדובר בחמישה תיקים שאוחדו<sup>163</sup>, אשר עלו בהם היבטים שונים של זכויות העובדים (כגון תשלום שכר מינימום, פנסיה, תגמולים, קרן השתלמות, דמי הבראה, פיצויי פיטורין, פיצויי הלנת שכר). בפרשת חמיס, קבעה השופטת אלישבע ברק כי דין ישראל חל על החוזה בעוד שבפרשת גבעת זאב קבע בית הדין הארצי לעבודה כי דין האזור<sup>164</sup> חל על החוזים. יש להדגיש כי הסתירה בין פסקי הדין אינה כה חדה, זאת כיוון שבפרשת גבעת זאב נקבע כי ייתכן ותקנת הציבור הישראלית תחייב את החלת דין ישראל על סוגיות ספציפיות בחלק מהמקרים<sup>165</sup>, ואילו בפרשת חמיס החליטה השופטת כי דין ישראל חל רק על בסיס תקנת הציבור ללא התייחסות לזיקות או ציפיות הצדדים. יש לציין, כי מדובר בתקנת ציבור חיובית (קרי כי עקרונית יסוד של החברה הישראלית מחייבים את החלת דין ישראל דווקא), כאשר בדרך כלל במשפט בינלאומי פרטי משתמשים בתקנת הציבור רק בצורתה השלילית (קרי שוללים החלת הדין הזר משום שתוכנו מאוס לדעת החברה הישראלית).

(ב) יישום המבחן בקביעת הדין החל על העוולה

רוב פסקי הדין אשר בהם הזדקקו בתי משפט לגישת מירב הזיקות, כמבחן עיקרי או כחריג, היו במקרי תביעות בגין תאונות שהתרחשו באזור<sup>166</sup>. ניתן לחלק את פסקי הדין

163 ע"ע 300053/98 המועצה המקומית גבעת זאב נ' מחמוד, לעיל הערה 1. מדובר בערעורים על בתי דין לעבודה, שקבעו כי דין ישראל חל על החוזים האלה.

164 מכוח המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מס 2) תשכ"ז, הדין הירדני שחל באזור לפני מלחמת ששת הימים ממשיך לחול כפוף למנשרים וצווים של המפקד הצבאי באזור המתקנים אותו דין.

165 לפירוט ראה להלן בחלק ב (4) (א).

166 קיימת מחלוקת האם כללי ברירת הדין חלים במצב זה. דעה אחת גורסת כי הדין שחל באזור חל בכוח חקיקת מפקד האזור (ראה לעיל הערה 163), שהינו כידו הארוכה של הריבון הישראלי. דהיינו השאלה האם יחול דין האזור או הדין הישראלי איננה שאלה של ברירת הדין, אלא שאלה של היקף הקביעה על ידי המחוקק הישראלי באמצעות מפקד האזור, שהסדר מסוים יחול על פיצוי נפגעים בתאונות באזור. (ראו ת"א (ת"א) 1269/85 משה אמסלם נ' דני לוי, תק"מח 92(3) 751, וכמו-כן רע"א 577/99 ג'אנם פהים ואח' נ' ועדת הבחירות למועצה המקומית סג'ור, תק"על 99(1) 1220). הדעה ההפוכה גורסת, כי חקיקת מפקד האזור רלוונטית רק במידה ודין האזור חל לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראליים. לכן השאלה המקדמית הינה שאלת ברירת הדין (ראה ת.א. 459/98 זיידאן נ' מנורה חברה לביטוח ואח' (לא פורסם)). דיוגנו מתייחס ליישום גישת מירב הזיקות במקרים בהם בית המשפט אימץ את הדעה השנייה, או דן בה באופן חלופי. לכן אין צורך להיכנס למחלוקת עצמה.



האלו לשלוש קבוצות: (1) כאשר שני הצדדים היו ישראלים, (2) כאשר שני הצדדים לא היו ישראלים (3) כאשר אחד מהצדדים היה ישראלי ואילו הצד השני לא היה ישראלי. לענין הקבוצה הראשונה, הפסיקה הינה עקבית בקביעתה כי מבחן מירב הזיקות מוביל להחלת דין ישראל כמקום המושב המשותף של בעלי הדין. בתי המשפט מצדיקים תוצאה זו בין היתר כיוון שהיא עולה בקנה אחד עם ציפיות הצדדים<sup>167</sup>. כן נקבע כי ניתן לסטות מהחלת דין מקום העוולה מטעמי תקנת הציבור<sup>168</sup>.

לענין הקבוצה השנייה, לא נמצא מקרה הדין במישרין בשאלת ברירת הדין, זאת משום שבתי המשפט דוחים בדרך כלל דיון במקרים אלה על בסיס פורום לא נאות<sup>169</sup>. אולם אין ספק כי מבחן מירב הזיקות יוכל להחלת דין האזור על תביעות אלו.

הקבוצה השלישית היא כמובן הקבוצה הבעייתית ובה נתמקד. ברוב המקרים תושב האזור<sup>170</sup> תובע את מעסיקו הישראלי<sup>171</sup> בגין פגיעות שסבל בעקבות תאונת עבודה שהתרחשה באזור. התובעים טענו כי דין ישראל חל על העוולה. מנגד, הנתבעים טענו כי דין האזור חל. למרות שהעובדות כמעט זהות בכל המקרים, קיימים הבדלים ביישום מבחן מירב הזיקות על ידי השופטים והתוצאות אינן זהות. קרי בחלק מהמקרים נקבע כי יש להחיל את דין האזור<sup>172</sup> ובחלק אחר נקבע כי יש להחיל את הדין הישראלי<sup>173</sup>. בנוסף, קיימת גם קבוצה של שלושה פסקי דין בהם תושבי האזור נפגעו מירי חיילי

- 167 אולי המקרה המעניין ביותר הינו ע"א 6299/99 הכשרת היישוב חברה לביטוח נ' אוחננה ואח', לעיל הערה 108, שם נקבע כי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 780 עמ' 234, חל על תאונה שאירעה 25 מטר מעבר לגבול ישראל-מצרים, בתחום המצרי של מסוף הגבול ברפיח, כאשר בתאונה נפגעה נוסעת ישראלית כאשר ירדה מהאוטובוס שבו נסעה עם קבוצת ישראלים מבית שמש למטרת טיול במצרים. היה ברור לשופטים שדין ישראל חל לפי מבחן מירב הזיקות, אך הבעיה הייתה כי עד כה לחוק זה לא הייתה תחולה אקסטרטריטוריאלית. לאחר דיון מפורט במטרות חוק זה, נקבע כי בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה, ובמיוחד לאור העובדה שהנוסעים טרם נקלטו במצרים, יש להחיל את החוק.
- 168 ת"א (כ"ש) 151/80 ליאור קפלן נ' ז'אק גבאי, לעיל הערה 113. קביעה זוהי נמצאת כאחד הנימוקים האלטרנטיביים בפסק הדין ת"א (י"ם) 439/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' נווה מדבר שארם א שיח בע"מ בפירוק, לעיל הערה 113.
- 169 אולם ראה בר"ע המ' (ת"א) 5756/88 או.בי.גי נ' זידאן, פס"מ תשמ"ט (ב) 503, שבו אושר המשך הדיון בישראל משום שנתבעה גם חברת ביטוח ישראלית, וכן ר"ע 8272/94 חיירי נ' עטווי (לא פורסם), בו אושר המשך הדיון בישראל משום שהתאונה אירעה בישראל.
- 170 הביטוי "תושב האזור" מתייחס לתושב לא ישראלי, אלא אם צוין אחרת.
- 171 תאגיד הרשום בישראל או אזרח ישראלי.
- 172 בפרשת נאיף נוזהה, לעיל הערה 110, ת"א (כ"ס) 5777/99 מנצור פייק מוחמד נ' יקיר אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ, דינים שלום כרך יח, 286 (להלן: פרשת יקיר), ת"א (י"ם) 188/94 עיזבון איאד עמלי נ' מ"י ואח', לעיל הערה 128, בש"א (פ"ת) 1308/00 בן אור צעצועים בע"מ ואח' נ' סולטאן פראס, שלום, תש"ס (3) 628 (להלן: פרשת בן אור), בפרשת מזרעה, לעיל הערה 128.
- 173 ת.א. 39053/93 אמסאלם נ' מפעלי בניטקס, ת"א 459/98 זיידאן נ' מנורה, לעיל הערה 165, פרשת יהושע, לעיל הערה 124, ת"א 5076/00 (הרצליה) זיאד (ג'אלב) תלתלין נ' מגדל חברה לביטוח, דינים שלום, כרך כא, 415, פרשת קרעאן, לעיל הערה 128.

צה"ל אשר לטענתם היה ירי רשלני ובמקרה אחד פלילי. בשניים מהמקרים התובע נפצע בזמן שנסע ברכב בו נהג תושב האזור ושבוטח על ידי חברת ביטוח מהאזור. במקרים אלה הוחל דין האזור. לעומת זאת, במקרה השלישי בו לא היה מעורב גורם שלישי (כגון הנהג במקרים האחרים), נקבע כי יש להחיל את דין ישראל.

בשני מקרים בודדים אחרים אזורי ישראלי תבע אדם תושב האזור בעקבות תאונה שהתרחשה באזור. בפסק דין אלטריפי<sup>174</sup>, קטיין אזורי ישראלי, תושב מזרח ירושלים, נפגע ממכת חשמל קשה בזמן שטיפס על ערימת פסולת שהונחה תחת כבל מתח גבוה, כך שפסגת הערימה היתה קרובה אל הכבל. הערימה הוערמה על ידי אחת מהנתבעות, חברה אשר מקום מושבה היה באזור. צוין כי לא היה ברור אם מקום התאונה היה בתוך ישראל או באזור, אולם נקבע כי גם אם התקבל ההנחה כי מקום התאונה היה באזור עדיין יש להחיל את הדין הישראלי.

בפסק דין המוסד לביטוח לאומי נ' אבו עיטא<sup>175</sup>, כשריפה שפרצה במפעל באזור ניספה אזורי ישראלי שהגיע למקום לצורך העמסת סחורה. המוסד לביטוח לאומי שילם גמלאות לשאריו ודרש שיפוי מבעלי המפעל ומקבלנים שעבדו שם, כולם תושבי האזור. נקבע כי יש להחיל את הדין הישראלי.

יש לציין, כי למרות תפיסת הצדדים הברורה בכל המקרים כי דין ישראל מיטיב עם התובעים, ברוב פסקי הדין לא הוכח מהו השוני המעשי המדויק בין החלת שני הדינים<sup>176</sup>. זאת ועוד, בפסיקה קיים בלבול לגבי ההבדלים בין הדין הישראלי והדין החל באזור<sup>177</sup>. מחד, במרבית הפסיקה מתקיימת ההנחה כי הדין הישראלי דורש רמת זהירות גבוהה יותר ממעסיקים. מצד שני, הובהר בפסק דין מוחמד נ' יקיר כי לעניין תאונות עבודה "הדין הישראלי מבוסס על אחריות יחסית של אשם ועל פיצוי ריאלי בעוד שדין האזור מבוסס על אחריות מוחלטת שבצידה פיצוי תעריפי ומוגבל"<sup>178</sup>.

174 ע"א 5118/92 אלטריפי נ' סלאיימה, פ"ד נ(5) 407.  
 175 ת"א (י"ם) 910/82 המוסד לביטוח לאומי נ' אבו עיטא, פס"מ תשמ"ח (2) 133.  
 176 אחד מפסקי דין הבודדים שבו ההבדל בין הדינים הוכח הינו רע"א 3003/96 החברה הערבית לביטוח נ' פייצל עבדאללה עמר, תק-על (1)99, 472. דין האזור היה צו בדבר פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ביהודה ושומרון, תשל"ו-1976, על תיקוניו. ההבדל בין דין האזור לבין הדין הישראלי נגרם בשל פער זמנים בין תיקון החוק הישראלי ותיקון הצו החל על האזור.  
 177 חוק העבודה הירדני מס' 21 לשנת 1960, כפי שתוקן בחוק העבודה הירדני מס' 2 לשנת 1965 ובצווי מפקד האזור, בצו בדבר חוק העבודה (פגיעות בעבודה) (יהודה ושומרון) (מס 663) תשל"ו-1976.  
 178 ראה את הערותיו של השופט שנלר בבש"א 1308/00 (פ"ת) בן אור צעצועים בע"מ נ' פראס, לעיל הערה 172. יש להעיר, כי העובדה כי קיים סכסוך בשאלה איזה דין קובע את רמת הפיצוי, מעידה על הנחת הצדדים והשופט, שלרוב לא בוטאה במפורש, כי שיעור הנזק נחשב עניין מהותי ולא פרוצדורלי. ניתן להסביר הנחה זו בהתבסס על כך שחוק העבודה הירדני הינו הסדר שלם, ולכן אין מקום לפיצול בין הדין החל על האחריות לבין הדין החל על שיעור הנזק (ראה אמסלם נ' לוי, לעיל הערה 165). אך בפרשת מזרעה, לעיל הערה 128, השופט רביד מבסס את קביעתו כי מדובר בעניין פרוצדורלי על פסק הדין קלאוזנר, לעיל הערה 109, ועל מאמרה של ורשטיין-פסברג, לעיל הערה 109.

לבסוף, יש להזכיר מקרה בודד בו בוצעה העולה במדינה זרה לחלוטין והוא פסק דין מסיקה נ' דולנס<sup>179</sup>. בפסק דין זה עלתה השאלה איזה דין חל על האחריות הנזיקית של מנתח זר בעל מוניטין בינלאומי כלפי תובע ישראלי, בעקבות ניתוח שבוצע על ידי הנתבע במדינת סלובניה ונכשל.

על פי הדין הסלובני הרופא לא חייב באופן אישי (אלא רק בית החולים) ובכל מקרה עילת התביעה התיישנה אחרי שנתיים. בית המשפט המחוזי בתל-אביב, אשר יישם את גישת מירב הזיקות, קבע כי יש להחיל את הדין הישראלי ולא את הדין הסלובני.

### (ג) יישום המבחן בקביעת הפורום הנאות

לצורך הדיון, נחלק את המקרים לשתי קבוצות עיקריות. הראשונה, מקרים להם אין זיקה משמעותית לישראל, דהיינו מקרים של *forum shopping* מובהק<sup>180</sup>, הן על ידי תושבי האזור<sup>181</sup> והן על ידי תושבי חוץ<sup>182</sup>. פסקי דין אלה אמנם חשובים מבחינת התפתחות דוקטרינת הפורום הלא נאות וניתן ללמוד מדעות השופטים על השיקולים הרלוונטיים השונים, אולם בסופו של דבר אין הם משליכים אור רב לעניין יישום גישת מירב הזיקות משום שברור מאליהם כי ישראל אינה הפורום הנאות לקיום הדיון. לעומת זאת, הקבוצה השנייה עוסקת במקרים להם יש זיקות משמעותיות הן

179 ת"א 823/95 (14.2.99) אליהו מסיקה נ' ד"ר וינקו דולנס ואח' (לא פורסם). ראה דיון נרחב בפסק דין זה על ידי שפירא, לעיל הערה 15.

180 תובעים מהאזור מחפשים פיצויים גבוהים יותר והליך מהיר והוגן יותר. מניעיהם של תובעי חוץ הם מגוונים. לדוגמה בהמ' (חי') 175/98 *Oleksander v. Odessa State Maritime Academy*, דינים מחוזי כז(2), 337 (להלן: פרשת *Odessa*) התובעים (צוות אונייה אוקראינית שתבע את בעלי האונייה – מוסד ממשלתי של אותה מדינה) טענו כי הסיכוי למשפט צדק אמיתי באוקראינה בתביעה של אזרח כנגד המדינה הינו אפסי, משום שעדיין שורת מנטליות קומוניסטית לפיה "מתגמדת טובת הפרט אל מול המדינה". בת"א (י"ם) 189/93 *United Gemidam v. Lloyds Underwriters*, תק"מ 94(2), 43 (להלן: ענין *Gemidam*), התובעת לא רצתה לחשוף פרטיים עסקיים במקום בו היא רשומה בשל שיקולי מס.

181 פרשת אבו ג'חלה, לעיל הערה 132 (תובע תושב האזור נפגע באזור על ידי חברה שרשומה בישראל, אך פועלת רק באזור), ת"א (י"ם) 21793/95 אררט חברה לביטוח בע"מ נ' מוחמד אחמד עווד, דינים שלום, כרך ב, 690 (מזיק וניזוק תושבי האזור, תאונה באזור, חברת ביטוח ישראלית), רע"א 4716/93 החברה הערבית לביטוח שכס נ' זריקאת, פ"ד מח(3) 265 (שני צדדים תושבי האזור ותאונה באזור), ע"א 489/85 סאלחאת נ' עיריית שכס ומדינת ישראל, פ"ד מב(1) 497 (כל הצדדים, למעט המדינה, קשורים לאזור).

182 ענין *Gemidam*, לעיל הערה 179 (תביעה שהוגשה על ידי חברה אמריקאית העוסקת במסחר ועיבוד יהלומים נגד חתמי לוידיס, עקב שוד במשרדה של התובעת בלוס אנג'לס, ארה"ב – נקבע "לישראל אין כל זיקה למי מהצדדים המתדיינים, למקום האירוע או למקום הוצאת הפוליסה."), פרשת *Odessa*, לעיל הערה 180 (צוות אונייה אוקראינית שנעצרה בישראל ונמכרה כאן, תבע את בעלי האונייה בגין שכר שלא שולם להם. כל הצדדים היו מאוקראינה – נקבע "כל הזיקות הינן אך ורק לאוקראינה").

לישראל והן לאזור<sup>183</sup> או למדינה זרה<sup>184</sup>. על כן, אופן יישום מבחן מירב הזיקות הינו קריטי, כפי שניתן לראות מהדוגמאות הבאות:

בשני מקרים של תאונות בשטחים, תושב השטחים הגיש תביעה הן נגד המזיק והן נגד חברת הביטוח שביטחה את המזיק, ואילו חברות הביטוח ביקשו לעכב את ההליכים. בפסק דין ארט חברה לביטוח נ' מוחמד<sup>185</sup>, המזיק היה תושב האזור בעוד חברת הביטוח היתה ישראלית. לעומת זאת, בפסק דין אברהים נ' חברת ביטוח הלאומית<sup>186</sup> המזיק היה תושב ישראל וחברת הביטוח היתה מהאזור. בשני פסקי הדין נקבע כי ישראל אינה הפורום הנאות לדון בתובענה.

בשני המקרים הדנים בדין החל על יחסי עבודה בין מעביד ישראלי תושב האזור לבין עובד פליסטיני תושב האזור, פרשות גבעת זאב<sup>187</sup> וחמיס<sup>188</sup> עלתה כמו כן השאלה של הפורום הנאות. בשני פסקי הדין נקבע כי ישראל הינה הפורום הנאות, אולם מעניין השוני בנימוק בשני פסקי הדין. בעוד שבפרשת חמיס, הדגש היה על כך שדין ישראל חל על החוזה וכי התובע לא יקבל סעד דומה באזור, בפרשת גבעת זאב השופט הדגיש הן את הקשר ההדוק בין המעבידים לבין ערכאות השיפוט בישראל

183 ת"א (י"ם) 1149/99 אברהים נ' חברת הביטוח הלאומית, תק"מח 99(4), 374 (תובע מהאיזור נפגע על ידי ערבי ישראלי בתאונה באיזור. חברת ביטוח מהאיזור), תב"ע (ירושלים) נא/ 3-570 חמיס נ' ברנרד, לעיל הערה 160 (המעסיק – מתנחל ישראלי, העובד – תושב האיזור, העבודות בוצעו הן באזור והן בישראל).

184 פש"ר (י"ם) 110/98 אנג'ל נ' La Salle National Bank, תק"מח 98(1), 3950, רע"א 2705/97 הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co., פ"ד נב(1) 109, המ' 742/96 (טבריה) חדר נ' Realdredit, דינים שלום, כרך יב, 536 (הנתבעת תושבת ישראל, התובעת חברה נורבגית, מקום עשיית חוזה הלוואה והנכס ששועבד בנורבגיה) המ' (י"ם) 4991/97 טיילור ואח' נ' ליפשיץ ואח', דינים מחוזי כרך לב(2) 305 (חלק מהפועלים בענין הפרת חובת הנאמנות וגזילת כספי הנטענים היו תושבי ישראל, וחלק היו תושבי חוץ), רע"א 2903/96 אליהו מסיקה נ' פרופ' וינקו דולנס, פ"ד נב(1) 817 (תובע ישראלי, נתבע מסלובניה ועוולה שבוצעה בסלובניה), ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, פ"ד מח(2) 77 (שני הצדדים ישראלים שהיגרו לארה"ב, והסכסוך הוא לגבי בעלות במקרקעין בישראל שנרכשו לפני ההגירה). רע"א 2736/98 Habboud Bros. Co. נ' Nike International Ltd., פ"ד נד(1) 614 (התובעות חברות זרות שמנהלות את עסקיהן בארץ באמצעות מפיץ מקומי, הנתבעים תושבי הרשות הפלשתינית, סחורה שהנתבעים ייבאו ושלקאורה מפירה את סימני המסחר של התובעים נתפסה על ידי רשות המכס בנמל ישראלי). ה"פ (ת"א) 2111/96 Barron's Educational Series Inc., Sibley נ' פרנקל (פדאור 97 (4) 181) (סכסוך בין תובעות ישראליות לנתבעות אמריקאיות, לגבי הסכם הפצת ספרי התובעות על ידי הנתבעות בארה"ב). ברע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah servicios de saude s/c Ltd. ואח', תק"על 2003(2), 3342 (להלן: פרשת אלביט) (סכסוך בין תובע ברזילאי לבין נתבע ישראלי הנובע מחוזה שנכרת בברזיל, בקשר למכרו שערך הצבא הברזילאי להקמת מרכז רפואי בברזיל).

185 ת"א (י"ם) 21793/95 ארט חברה לביטוח בע"מ נ' מוחמד אחמד עווד, לעיל הערה 181.

186 ת"א (י"ם) 1149/99 איברהים נ' חברת הביטוח הלאומית בע"מ, לעיל הערה 183.

187 לעיל הערה 1.

188 לעיל הערה 161.

והן את העובדה כי גישה לבתי משפט מקומיים באזור (שנמצאים בשטחי A ו-B) הינה "בעייתית אם לא בלתי אפשרית".  
 בשני מקרים אשר עסקו בנתבע תושב חוץ, הפך בית משפט העליון את קביעתו של בית המשפט המחוזי לעניין הפורום הנאות. בפרשת הגבס<sup>189</sup>, היה המדובר בתביעה בגין הפרת חוזה של חברה ישראלית נגד חברה אמריקאית שסיפקה לה מכונה. בחוזה נקבע כי דין מדינת אילינוי יחול על החוזה אולם לא הייתה תניית שיפוט. בית המשפט המחוזי סירב לתת היתר המצאה לחו"ל בנימוק שישראל אינה הפורום הטבעי לדיון. ערעור התובעת לבית משפט העליון התקבל וההיתר ניתן. בדומה, בפרשת מסיקה, המתוארת לעיל, אמנם בית המשפט המחוזי קיבל את טיעונו של הנתבע כי ישראל איננה הפורום הנאות לדיון<sup>190</sup>, אך קביעה זו נהפכה על ידי בית משפט העליון<sup>191</sup> והדיון התקיים בארץ<sup>192</sup>.

## 2. ניתוח יישומו של מבחן "מירב הזיקות"

### (א) המסגרת לניתוח

בחלקו השני של המאמר ראינו כי ב-*Restatement Second* אומצה גישה מעורבת, על פיה בקביעת הדין לו יש היחס המשמעותי ביותר לעניין הנדון (מירב הזיקות), יש להתחשב בין היתר באינטרסים של המדינות או מערכות המשפט השונות בתוצאה מסוימת (להלן: "אינטרסים ציבוריים") ובציפיות המוצדקות של הצדדים.  
 עיון בפסיקה ישראלית מגלה למעשה כי הגישה הנקראת "מירב הזיקות" הינה לרוב ערבוב בין שלושה רכיבים אלה. לדוגמה, דבריו של השופט אמיר בפרשת יקיר: "מבחן מירב הזיקות הוא מבחן גמיש. אין בוחנים בו רק זיקות אובייקטיביות. ניתן בו משקל גם לשיקולים של ציפיות הצדדים, שהוא מרכיב סובייקטיבי"<sup>193</sup>.  
 כמו כן, בפרשת אבו עטייה בהקשר של פורום לא נאות, השופט ברק (כתוארו דאז) אמר כי בקביעת טבעיות הפורום, "יש להתחשב בנסיבות כולן ובמכלול הזיקות תוך התחשבות בציפיותיהם הסבירות של הצדדים"<sup>194</sup>.  
 לעיתים, הטרמינולוגיה שונה מעט אך המהות נשארת זהה<sup>195</sup>, במיוחד במקרים

189 רע"א 2903/97 הגבס א' סיני 1989 בע"מ נ' *The Lockformer Co.*, פ"ד נב (1) 109.

190 ע"א 1907/95 פרופ' וינקו דולנס נ' אליהו מסיקה (לא פורסם).

191 רע"א 2903/96 אליהו מסיקה נ' פרופ וינקו דולנס, פ"ד נב(1) 817.

192 יש להשוות פרשת אלביט, לעיל הערה 184 שבה בית משפט העליון הפך את החלטת בית משפט המחוזי לא לעכב את ההליכים ולכן בסוף הדיון לא התקיים בארץ.

193 פרשת יקיר, לעיל הערה 172, פסקה 23.

194 ע"א 300/84 אימן עלי אבו עטייה נ' עיסא יוסוף ערבטיסי, לעיל הערה 118 בעמ' 385.

195 תיאור מתוחכם יותר של גישת מירב הזיקות נמצא בפסק דינה של השופטת מזרחי בפרשת קראען, לעיל הערה 128. לדעתה, "הדין הישראלי היום נוטה לאמץ כללים גמישים בתחום זה, כללים המביאים בחשבון מגוון של שיקולים, הנגזרים מתכליות דיני ברירת הדין". היא ממשיכה

בהם במקום התייחסות לציפיות הצדדים מופיעה התייחסות לאינטרסים של הצדדים. דוגמה לכך הינה הגדרת המבחן, בהקשר של פורום לא נאות, על ידי השופט שטרסבורג כהן בפרשת זריקאת:

”בקביעת טבעיות הפורום יש להתחשב בנסיבות כולן וליישם את מבחן מירב הזיקות הרלוונטיות אשר להן הקשר האמיתי והמהותי למקרה נושא דיון. ...קיימת אבחנה בין שני סוגי שיקולים המנחים את בית המשפט: האחד, מתייחס לבעלי הדין; והשני לציבור הרחב”<sup>196</sup>.

לפיכך, נחלק את הניתוח לשלושה חלקים בהתאם לרכיבים המרכיבים את המבחן הכולל. בכל חלק נתח את ההתייחסות לרכיב המסוים בכל הקשר בנפרד ובסיכומו של כל חלק נעשה השוואה בין ההקשרים השונים. מטרת הניתוח הינן לבדוק האם כל שלושת הרכיבים מוזכרים תמיד, וכן לבחון האם יש עקביות בזיהוי הגורמים הרלוונטיים (זיקות, ציפיות, אינטרסים ציבוריים) ובמשקל המיוחס לכל גורם. לבסוף נסיק מסקנות לעניין המשמעות של כל רכיב בהכרעה הסופית.

(ב) זיהוי הזיקות הרלוונטיות ושקלולן

נסקור את הזיקות הנזכרות על ידי בית המשפט בכל אחד מן ההקשרים, נצביע על קשיים בפרשנות הזיקות ונבדוק האם בהתמודדות עימם מגיעים בתי המשפט לידי פתרון עקבי. כן נבדוק את כובד המשקל אשר מוטל על כל זיקה והאם מבוצע איוון בין הזיקות באופן עקבי.

(1) זיהוי ושקלול הזיקות בקביעת הדין החל על החוזה  
ראינו לעיל כי הפסיקה הישראלית איננה עקבית בשימוש בגישה האובייקטיבית או הסובייקטיבית לענין קביעת דין החוזה, אולם לא מצאנו כל תוצאה מעשית הנובעת מההבדל בין הגישות הננקטות. אדרבה, עולה מהפסיקה כי קיים קונצנזוס, על פיו יש לקבוע את דין החוזה על פי גורמים אובייקטיבים שהם סממנים ענייניים. ניתן ללמוד זאת מהעובדה שבכל פסקי הדין עורך בית המשפט רשימה של זיקות אובייקטיביות ועל סמך אותה רשימה קובע מהו דין החוזה. הזיקות המוזכרות באופן

להסביר כי קיימים מוקדי אינטרסים שונים הנקשרים לתכליות אלו שהם "מדינת הפורום, מדינות אחרות שלהן זיקה לאירוע, הצדדים לאירוע והמערכת המשפטית הבינלאומית". אך מיישומה של הגישה במקרה הזה, מסתבר כי בקביעה לאיזה דין "הזיקה האמיצה ביותר" יש להתחשב בכל האינטרסים האלה.

196 ברע"א 4716/93 החברה הערבית לביטוח שכס נ' זריקאת, לעיל הערה 181 בעמ' 269. יש להשוות פרשת אבו ג'חלה, לעיל הערה 132, שבה השופט שמגר לכאורה מאמץ את הנוסח של השופט ש' לויין בת"א 11/79 פולק נ' דה אטואל, לעיל הערה 134, שכן הוא מתייחס לציפיות של הצדדים ("בקביעת טבעיות הפורום יש להתחשב בנסיבות כולן ובמכלול הזיקות, תוך התחשבות בציפיותיהם של הצדדים כולם").

קבוע הן: מקום עריכת החוזה<sup>197</sup>, המקום בו נמצא נושא החוזה<sup>198</sup>, מקום מושבם או מקום עסקם של הצדדים<sup>199</sup>, מקום ביצוע החוזה<sup>200</sup>, תניית שיפוט<sup>201</sup>, מושגים בחוזה<sup>202</sup>. בנוסף, המטבע על פיו נקבע המחיר<sup>203</sup> יכול להיות רלוונטי, אלא אם המדובר בדולרים אמריקאים<sup>204</sup>. ובדומה לכך, לעובדה שהחוזה נערכה בשפה האנגלית אין משקל<sup>205</sup>, אולם עריכת החוזה בשפה אחרת נחשבת כגורם ענייני<sup>206</sup>.

מטבע הדברים, בפסקי הדין בהם מצביעים כל הגורמים האובייקטיביים של המקרה על אותה התשובה אין אינדיקציה רבה לשאלה כיצד יש לאזן בין הזיקות. לעומת זאת, בפרשות אוניון<sup>207</sup> גבעת זאב<sup>208</sup> היה צורך לדון במשקל אותו ראוי לייחס לזיקות מסוימות. בפרשת אוניון משקל כבד יוחס לזיקות של מקום ההתקשרות (צרפת) ומקום ביצוע החוזה (צרפת או אנגליה), ולמסקנה דומה הגיע גם בית הדין הארצי לעבודה, לאחר דיון מפורט יותר בעניין משקל הזיקות הרלוונטיות בפרשת גבעת זאב. לאחר שפירט בית הדין את הזיקות הקושרות את החוזה לדין ישראלי (שהיו: מעסיק ישראלי, תשלום שכר במטבע ישראלי, מסמכים רלוונטיים הכתובים בשפה העברית), והזיקות הקושרות את החוזה לדין החל באזור (שהיו: מקום עסקו של המעביד, מקום ביצוע העבודה או לפחות עיקר העבודה, מקום מושבם של העובדים), הובעה הדעה שאין לייחס משקל ניכר לזיקות "הישראליות". לדעת בית הדין, השימוש במטבע ישראלי ובשפה העברית מוסברים על ידי המציאות באזור, שבו מטבע ישראלי הוא "הליך חוקי והינו מטבע העובר לסוחר" והשפה העברית רווחת. כמו כן, נאמר כי

- 197 לדוגמה, ע"א 36/50 שור נ' ויצמן, לעיל הערה 67, פרשת גרייפין, לעיל הערה 67, ע"א 714/87 שר נ' כהן, לעיל הערה 7, ע"א 165/60 אוניון נ' משה, לעיל הערה 74.
- 198 לדוגמה, ע"א 36/50 שור נ' ויצמן, לעיל הערה 67 (מכר בית שנמצא בליטא).
- 199 לדוגמה, מב 13-2 נורדון שירותי נפט נ' ויליאם, פד"ע יד 368, ע"א 714/87 שר נ' כהן, לעיל הערה 7.
- 200 לדוגמה, ע"א 419/71 מנורה נ' נ.מ. נומיקוס, לעיל הערה 6, ע"א 165/60 אוניון נ' עזרא, לעיל הערה 74, פרשת גבעת זאב, לעיל הערה 1.
- 201 לדוגמה, ע"א 419/71 מנורה נ' נ.מ. נומיקוס, לעיל הערה 6, אלא שיש להשוות פסק דין זה לע"א 165/60 אוניון נ' עזרא, לעיל הערה 74, בו נקבע שתניית השיפוט אינה מהווה ראייה לעניין דין החוזה. בנושא זה הקדים פסק הדין את המשפט האנגלי, לפיו הייתה הנחה כי צדדים ששכללו בחוזה תניית שיפוט, התכוונו כי דינה של המדינה המוזכרת בתניה יחול על החוזה, ראה *Compagnie d'Armement Maritime v. Compagnie Tunisienne* [1971] AC 572.
- 202 לדוגמה במב 13-2 נורדון שירותי נפט נ' ויליאם, לעיל הערה 198, הושם דגש על העובדה כי בחוזה הופיעו מושגים אשר להם משמעות רק בישראל, כגון "עבודה בשעות נוספות, בשבתות וחגים" ו"תשלומים למוסד לביטוח לאומי".
- 203 לדוגמה ע"א 36/50 שור נ' ויצמן (מטבע ליטאי) לעיל הערה 67.
- 204 שנחשבים כמטבע בינלאומי.
- 205 ע"א 714/87 שר נ' כהן, לעיל הערה 7.
- 206 לדוגמה ע"א 165/60 אוניון נ' עזרא, לעיל הערה 74, פרשת גרייפין, לעיל הערה 67 בעמ' 63.
- 207 ראה לעיל הערה 74.
- 208 כפי שהוזכר לעיל, הייתה התייחסות לזיקות בפרשת חמיס, לעיל הערה 161.

הזהות הישראלית של המעסיק אינה כשלעצמה מלמדת על החלת הדין הישראלי, כיוון שאין זה מתקבל על הדעת שדין ישראל יחול על מעסיקים ישראליים הפועלים מעבר לים.<sup>209</sup>

לעומת זאת, לדעת בית הדין, קיים משקל ניכר ואף מכריע למקום ההתקשרות ולמקום ביצוע העבודה. החשיבות של מקום ביצוע העבודה מבוססת על אמנת האיחוד האירופי בדבר כללי ברירת הדין בחוזים משנת 1980 (להלן: "אמנת רומא"). סעיף 6 לאמנת רומא קובע כי בהעדר בחירה של הדין החל על ידי הצדדים, יחול דין המדינה בה מבצע העובד את העבודה על פי החוזה, בדרך כלל, אפילו אם הוא מועסק זמנית במדינה אחרת. בכל המקרים הנדונים בפרשת גבעת זאב מקום ביצוע העבודה היה באזור. בית הדין מזכיר גם את הכלל שבאמנת רומא לעניין חוזים אשר לגביהם אין הוראות ספציפיות באמנה. על פי סעיף 4 לאמנת רומא, קיימת חזקה שהדין החל על חוזה הוא דין מקום המגורים הרגיל או דין מקום העסק של הצד שביצעו מאפיין את החוזה (*characteristic performance*). אף לפי כלל זה יחול דין האזור, שהוא מקום המגורים הרגיל של העובד שביצעו מאפיין את החוזה.<sup>210</sup>

בית הדין ציין כי העובדה שדין ישראל חל על ישראלים הגרים באזור באופן אישי<sup>211</sup> אינה משנה את מעמדו התקף של דין האזור על מקום העסקים. לפיכך, נקט בית הדין בגישה פורמאלית לגבי מקום ביצוע העבודה ולא התייחס לעובדה כי לפחות בחלק מהמקרים בוצעה העבודה בישוב ישראלי. בעניין זה, ניתן לראות חוסר איזון מסוים, משום שבית הדין מתייחס ל"מציאות" על מנת להפחית את משקל הזיקות הישראליות, אבל לא על מנת להפחית את משקל הזיקות המצביעות אל האזור.

על אף הקושי הטמון בשקלול הזיקות במקרים הנוגעים באזור, נראה לנו כי בפרשת גבעת זאב, מסתמנת מגמה חדשה לעניין ברירת הדין בחוזים והיא הסתמכות על אמנת רומא. לדעתנו, ונרחיב בעניין בהמשך המאמר, התפתחות זו הינה מבורכת וביכולתה להפחית את חוסר הוודאות הטמון בשקלול זיקות, לפחות במקרים שאינם נוגעים באזור.

(2) זיהוי ושקלול הזיקות בקביעת הדין החל על העוולה על אף שפסקי דין רבים מתייחסים לאותן זיקות, הסתכלותם השונה של השופטים על עובדות זהות מובילה למסקנות הפוכות. ניתן להדגים עניין זה על ידי השוואה

209 דוגמה זו מטעה, מפני שהיא מתעלמת מהמציאות שבה המעסיק הישראלי פועל בשטח בשליטה מלאה של ישראל, ולכן מצבו שונה לחלוטין מזה של מעביד בחו"ל. ראה הערה של השופט מזרחי בפרשת קרעאן, לעיל הערה 128.

210 ראה פירוט בפרק ו' חלק 2 (א) להלן.

211 אזרחי ישראל הגרים באזור נחשבים תושבי ישראל לצורך חוקים מסוימים, מכוח חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חרום (יהודה ושומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית) תשל"ח-1977, ס"ח עמ' 48.



בין שני מקרים של תאונות עבודה להם עובדות רלוונטיות זהות. בפרשת יהושע<sup>212</sup> השופט טען כי "מירב הזיקות מוליכות אל הדין הישראלי, כפי שנאמר: "התובע הוא אמנם תושב השטחים המוחזקים, אך כל יתר הזיקות הן ישראליות". לעומת זאת, בפרשת יקיר מסקנת השופט הייתה כי "רוב רובן המכריע של הזיקות האובייקטיביות (למעט האזרחות – אך לא תושבות – של הנתבעות) מצביעות, כאמור, על קשר הדוק לאזור ולא לישראל".

עיון בדעות אלה מגלה, כי סתירה זו נגרמה בעיקרה בשל פרשנות שונה של זיקת הנתבע עם האזור. בפרשת יהושע, המפעל נתפס כישראלי משום שניהולו ושיטת המיסוי בו התנהלו על פי המשפט הישראלי והימצאות המפעל באזור הייתה בזכות שליטת ישראל<sup>213</sup> שם, בעוד שבפרשת יקיר, הודגשה תושבות הנתבע באזור. בפרשת נאיף נוזהה<sup>214</sup> תוארה הזיקה בין המעביד לבין ישראל כזיקה פורמאלית בלבד, כיוון שהתבססה אך ורק על רישום ברשם החברות, בעוד ש"שאר פעילותה ואופייה [של הנתבעת] מצביעים על זיקה לשטחים".

כמו כן, נמצאו פסקי דין בהם מקום האירוע נתפס כבעל זיקה ישראלית משום שנטען בהם כי המדובר ב"מעין אי ישראלי"<sup>215</sup> בתוך השטחים, בעוד שבמקרים אחרים העובדה כי האירוע התרחש באזור הודגשה על ידי השופטים<sup>216</sup>.

עניין נוסף שיש לתת עליו את הדעת, הוא כי ניסוחן של הזיקות יכול להיות בעל חשיבות מרובה. בפרשת תלתלין<sup>217</sup> השופט הפחית במשקלן של הזיקות הקושרות את המקרה לאזור, על ידי כך שקבע כי זיקות מסוימות (קרי מקום עבודת התובע, מקום מושב המעביד, מקום אירוע התאונה ומקום אירוע הנזק) מהוות למעשה זיקה אחת, כיוון שכולן נעוצות בעובדה שהמפעל ממוקם בשטחים. יש להשוות קביעה זו עם דעתו של השופט אמיר בפרשת יקיר אשר צוטטה לעיל.

גם בפסקי דין העוסקים בירי צה"ל אנו רואים הבדלים משמעותיים בין האופן שבו שופטים שונים מפרשים את משמעות הזיקות. בפרשת עמלי<sup>218</sup>, שבה נסע התובע ברכבו של הנתבע השלישי, נאמר כי "הצדדים המעורבים בסכסוך חיים ופועלים

212 פרשת יהושע, לעיל הערה 124.

213 ראה גם את דברי השופט צבי דותן בפרשת תלתלין, לעיל הערה 172 בפסקה 21: "אני סבור כי אף מיקום מפעלה של הנתבעת, באזור התעשייה "ניצני שלום" שליד טול כרם, מצביע על זיקה ישראלית, יותר מאשר זיקה לשטחים. אזור התעשייה נמצא ליד טול כרם, קרוב מאוד לקו הירוק, באזור C. האזור קרוי "ניצני שלום", וקיימים בו כנראה רק מפעלים בבעלות ישראלית. התובע כפוף לקבלת אישור מרשויות השלטון הישראליות בכדי להיכנס לאזור התעשייה ולמפעל, על העבודה באזור חלים צווים, המוצאים ע"י צה"ל, כגון צו המחייב תשלום שכר עבודה שאינו נופל משכר המינימום בישראל".

214 פרשת נאיף נוזהה, לעיל הערה 110.

215 פרשת קרעאן, לעיל הערה 128 בפסקה 19.

216 לדוגמה, פרשת נאיף נוזהה, לעיל הערה 110.

217 ראה לעיל הערה 173 בפסקה 19.

218 ראה לעיל הערה 128.

בשטחים למעט נתבעת 1 [מדינת ישראל] שזיקתה לדין ישראל חזקה יותר". לעומת זאת, בפרשת אבו שמיסה<sup>219</sup>, בה לא היו מעורבים צדדים שלישיים במקרי הירי, צוין כי "הקשר בין הדין ובין בעלי הדין" נתפס כברור משום שהנתבע "הינו מדינת הפורום עצמו". דהיינו, הקשר של מפקד האזור עם ישראל נחשב כל כך הדוק עד כי גבר על הקשר שבין התובע והאירוע לאזור.

שיקול הדעת הרחב שניתן לבית המשפט לפרש את הזיקות ואת משקלן בא לידי ביטוי בפסק דין מסיקה נ' דולנס<sup>220</sup>. בית המשפט הפחית כמעט לגמרי במשקל הזיקה של המקום בו בוצעה העוולה, בטענה שבחירת סלובניה למקום ביצוע הניתוח היתה מקרית. התובע ביקש את שירותיו של מנתח בעל מוניטין בינלאומי והופנה לסלובניה רק משום שהיה למנתח תור קרוב שם<sup>221</sup>. לפיכך, קבע בית המשפט כי הזיקה לישראל, כמקום המגורים הרגיל של התובע וכמקום בו ניתן הטיפול לפני ואחרי הניתוח, הינה משמעותית יותר מהזיקה לסלובניה<sup>222</sup>.

(3) זיהוי ושקלול הזיקות בקביעת הפורום הנאות

\* מבוא

מתיאור אימוץ גישת מירב הזיקות בדוקטרינות הפורום הנאות והפורום הבלתי נאות בפרק ג' של המאמר עולה חשיבותם של נטל ההוכחה ורמתו בתחום זה. למעשה, במקרים גבוליים, התוצאה של שקלול הזיקות תלויה בשאלות על מי מוטל הנטל להוכיח כי פורום אחד טבעי יותר ומה רמת ההוכחה הנדרשת. לכן נתחיל את ניתוח חלק זה בדיון בגישת הפסיקה בעניין הנטל ורמת ההוכחה הנדרשים.

עיון בפסיקה רבה יחסית בעניין הפורום הנאות/בלתי נאות מגלה סתירות לא מעטות בפרשנותן של חלק מהזיקות ובמשקל המושם על זיקות מסוימות. יתכן והסתירה החשובה ביותר היא בין פסיקה מוקדמת יותר שבה משקל משמעותי הושם על שיקולי נוחות, לבין פסיקה מאוחרת יותר שבה המשקל המיוחס לשיקול זה הופחת כמעט לגמרי. לפיכך, נדון ראשית בהתפתחות זו ולאחר מכן ננתח את ההתייחסות בפסיקה לזיקות האחרות, הנקראות זיקות מהות<sup>223</sup>.

219 ת"א (ב"ש) 636/87 מחמד מריואן אבו שמיסה נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון ואח', פדאור 94(3) 628.

220 ראה לעיל הערה 179.

221 יש להשוות את הפרשנות שנתנה השופטת אלשיך לעובדות (בהחלטתה בעניין פורום לא נאות) (ע"א (ת"א) 1907/95 פרופ' וינקו דולנס נ' אליהו מסיקה, דינים מחוזי, כרך כו (5), 220). היא התייחסה לעובדה שהרופא מבצע ניתוחים גם בארץ, וציינה כי "המשיב בחר בכל זאת לנסוע למקום מושבו ומרכז חייו של המשיב בחו"ל".

222 יש להשוות את מסקנתה של השופטת אלשיך (שם), שהתייחסה לשאלה של ברירת הדין כשיקול בקביעה האם הפורום הישראלי הוא פורום לא נאות. לדעתה, "הדברים מדברים בעד עצמם, ולכאורה הדין שיש לו הקשר האמיץ ביותר עם בעלי הדין ועם שאר נסיבות העניין הוא הדין הסלובני".

223 זוהי וריאציה של הסיווג של קרייני בין שיקולי נוחות ושיקולי מהות. קרייני כולל בתוך

## \* נטל ההוכחה

אימוץ גישת מירב הזיקות הקלה על הרמת הנטל המוטל על נתבע שנתפס בארץ והמעדיף להתדיין בפורום זר, אולם הביאה להכבדת הנטל המוטל על תובע המבקש רשות לבצע המצאה מחוץ לתחום. זאת משום שלא די בהוכחה כי הפורום הינו נאות, אלא יש להוכיח גם כי הפורום המתבקש הינו טבעי יותר מפורומים חילופיים. נראה כי צעד זה נעשה ללא מחשבה תחילה וללא מתן הצדקה.

לפיכך, אולי אין זה מפתיע לגלות שבתי המשפט הישראליים לא הקפידו על הטלת נטל ההוכחה על המבקש רשות להמציא מחוץ לתחום. בית המשפט העליון בעניין הגבס<sup>224</sup> קבע "שיש לצאת מההנחה שקנויה לו סמכות לדון בעניין ורק אם האיזון בין הזיקות לפורום הישראלי לבין הזיקות לפורום הזר נוטה בכיוון באופן משמעותי לפורום הזר, יחליט כי אין הוא הפורום הנאות"<sup>225</sup>. אין ספק, כי גישה זו חורגת מהפסיקה הקודמת<sup>226</sup> ומבלבלת בין דוקטרינת פורום בלתי נאות ופורום נאות<sup>227</sup>. אף-על-פי-כן, ניתן להיווכח במידה רבה של הגיון בגישה זו כיוון שעם דחיית התורה הטריטוריאלית<sup>228</sup>, אין הצדקה בהטלת נטל כבד יותר על תובע המבקש רשות המצאה מחוץ לתחום, מאשר זה המוטל על תובע התופס את הנתבע בתוך תחום השיפוט.

הקטגוריה השנייה שיקולים ציבוריים, בעוד שאנו נדון באינטרס ציבורי כקטגוריה נפרדת (ראה להלן חלק ב.4 של פרק זה). לכן אנחנו מכנים את הקטגוריה "זיקות מהות" במקום "שיקולי מהות".

224 ראה לעיל הערה 189.

225 ראה לעיל הערה 188 עמ' 114. גם במקרים אחרים בית המשפט לא מבדיל בין נטל ההוכחה לפי שתי הדוקטרינות. ראה לדוגמה, פסק דין ע"א 74/83 ראד נ' חי, לעיל הערה 135, ע"א 83/87 מילמן נ' עזבון דוד שרגה ז"ל ואח', פ"ד מ"ד(2) 45, ע"א (י"ם) 4343/97 I.D.G. International Development Group נ' Danzig Securities Ltd., דינים מחוזי כרך לב(1) 652, המ' (י"ם) 4991/97 טיילור ואח' נ' ליפשיץ ואח', לעיל הערה 183, ורע"א 9141/00 Franz Lang ואח' נ' ירון מרכוס ואח', פ"ד נו(1) 118. יש לציין כי בשלושת המקרים האחרונים התקיים התנאי של פסקה 10 בתקנה 500 – דהיינו הנתבע הזר היה "בעל דין דרוש או נכון כתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר", ולכן אולי ראוי לתת משקל לעובדה שהפורום כבר רכש סמכות בעניין.

226 לדוגמה, ראה ע"א 837/87 הוידה נ' הינדי, פ"ד מד(4) 545 (בו בית המשפט הזכיר שכל ספק פועל לטובת הנתבע, למרות שמדובר במקרה בו העוולה נעשתה בישראל בזמן ששני הצדדים התגוררו בישראל, ובנתבע ששמר על קשר עם ישראל). ראה גם האסמכתות לעיל בהערה 145.

227 ראה קרייני, לעיל הערה 15 בעמ' 73, וגם ס' גולדשטיין וא' טאוסגי, "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" עלי משפט ג (תשס"ג) 279, 310–311. בלבול דומה נמצא באוסטרליה. ראה R. Garnett "Stay of Proceedings in Australia: a 'Clearly Inappropriate' test"? 23 Melbourne U. L.R. (1999) 30 Oceanic Sun Line Special Shipping Co. Inc v. Fay (1988) 62 ALJR 389, מקרה של בקשה להמציא לחו"ל שטופל על ידי בית המשפט הגבוה כמקרה של עיכוב הליכים.

228 קרייני שם בעמ' 101.

עילות תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי ישקפו בדרך כלל קשר ענייני יותר<sup>229</sup> בין התביעה ובין והפורום הישראלי מאשר תפיסת הנתבע גרידא. לכן אם התובע שתפס את הנתבע אינו צריך להוכיח כי הפורום שבחר הינו טבעי יותר מפורומים אחרים, קל וחומר שאין לדרוש הוכחה כזו מהתובע שהוכיח את קיומה של אחת מעילות תקנה 500. לפיכך, אם כבר שולב תוכנן של שתי הדוקטרינות, יש לשלבו לחלוטין, כולל עניין נטל ההוכחה.

\* רמת ההוכחה

ניסוחן של שתי הדוקטרינות דורש הוכחה שפורום אחד מתאים יותר מהשני באופן ברור ומובחן (*clearly and distinctly*)<sup>230</sup>. אולם, למעשה למרות שבתי המשפט המיישמים את מבחן מירב הזיקות בדרך כלל משלמים מס שפתיים לדרישה זו, אין הם תמיד מקפידים על קיומה. לכן, יתרון מועט לפורום זר יכול להיות מספיק להצדקת סירוב לדון בתביעה<sup>231</sup>. מאידך, אם לדעת בית המשפט על המקרה להישמע בפורום הדין, הוא יקבע כי דרישת ההוכחה ברמה של "ברור ומובחן" לא התמלאה<sup>232</sup>. כמובן חוסר הקפדה על רמת ההוכחה הדרושה, עלול להעלות את מידת חוסר הוודאות וחוסר האפשרות לחזות את תוצאות ההחלטות בעניין הפורום הנאות<sup>233</sup>.

\* שיקולי נוחות

על פי הגישה המסורתית, יש להתחשב ואפילו להעניק משקל כבד לעניין מידת אי הנוחות שתגרום לבעל דין<sup>234</sup> ולעדים<sup>235</sup> בשל התדיינות בפורומים

229 למרות שחלק מהעילות מבוססות על זיקות שאינן בהכרח משקפות קשר ענייני, כגון מקום עריכת החוזה. ראה קרייני לעיל הערה 15 בעמ' 98.

230 לפעמים משתמשים במילה "מובהק" במקום "מובחן", לדוגמה פסק דין פש"ר (י"ם) 110/98 אנג'ל נ' La Salle National Bank, לעיל הערה 184.

231 לדוגמה בערכאה הראשונה בפסק דין הגבס, לעיל הערה 189, ובפסק דין מסיקה, לעיל הערה 221.

232 ראה לדוגמה פסק דין של בית משפט העליון, רע"א 2903/96 אליהו מסיקה נ' פרופ' דולנס, פ"ד נב (1) 817 לעיל הערה 184, ה"פ Ellen Sibley 2111/96, לעיל הערה 184, ורע"א 2736/98 Nike, לעיל הערה 184. במקרה האחרון נראה כי רמת ההוכחה שנדרשה מהנתבע הועלתה. נקבע כי התובע לא הוכיח שהפורום הפלסטיני הוא "הפורום המתאים ביותר" וכי ישראל היא פורום נאות. דהיינו, לא די בכך שהפורום הזר נאות יותר מהפורום הישראלי, אלא יש להוכיח כי הפורום הזר הוא הפורום הנאות ביותר, וכי הפורום הישראלי אינו נאות כלל. נוסח זה דומה למבחן האומץ באוסטרליה. ראה להלן פרק ו', חלק 3.

233 ראה Robertson לעיל הערה 134.

234 לדוגמה בהמ' 742/96 חדד נ' Realdredit, לעיל הערה 184, מסקנת בית המשפט הייתה "כי בעוד שלמשיבות לא תיגרם כול אי נוחות מניהול המשפט אם זה יתקיים בנורבגיה, הרי שאם יתקיים המשפט בישראל יהא הדבר לקושי רב, כלכלי ואחר, למבקשת."

235 לדוגמה, המ' 742/96 חדד נ' Realdredit, לעיל הערה 183, והחלטת בית המשפט המחוזי בפרשת מסיקה, לעיל הערה 190. ברע"א 2705/97 הגבס, לעיל הערה 189, בית המשפט בערכאה הראשונה קבע שמידת חוסר הנוחות של העדים של שני הצדדים הינה שווה, משום שכל העדים

"המתחרים"<sup>236</sup>. לעומת זאת, הגישה המודרנית גורסת שהקשיים להתדיין במדינה זרה נעלמו במידה רבה, בגלל התפתחויות מודרניות בקומוניקציה בינלאומית<sup>237</sup>. לדוגמה, אם ניתן לשדר גביית עדות במקום המגורים של העדים דרך תשדיר לוויין או אמצעי דומה לבית המשפט במדינת הפורום בזמן הדיון, העובדה שרוב העדים אינם גרים במקום ההתדיינות כמעט ואינה רלוונטית<sup>238</sup>.  
 לדעתנו הגישה המודרנית מרחיקה לכת, וזאת משום שלמרות שאמצעי התקשורת המודרניים אכן הפחיתו את הקשיים בהתדיינות במדינה זרה, השימוש באמצעים אלה כרוך בהוצאות לא מבוטלות ואיננו כה קל כפי שמצטייר<sup>239</sup>. כמו כן, יש לציין כי הרעיון להפחית בשיקולי נוחות לא התקבל באנגליה<sup>240</sup>.

של התובעת היו בישראל וכל העדים של הנתבעת היו בארה"ב. קביעה זו לא הייתה מקובלת על בית משפט העליון, משום שעל העדים מארה"ב היה ממילא להגיע לארץ לבדוק את המכונה. בפסק הדין המנחה אבו ג'חלה עצמו, לעיל הערה 132, בית המשפט התחשב בעובדה שלטענתו זימונם של עדים מהאזור "נתקל בקשיים רבים ובמקרים רבים אין הוא בריביוע". אולם יש להשוות מקרים שבהם לא התחשבו בקושי של רופאים ישראלים, שטיפלו בתובע תושב האזור בזמן אשפוז בישראל, להעיד באזור בשל סיבות ביטחוניות או אחרות (ת.א. (י"ם) 1149/99 אברהים נ' חברת הביטוח הלאומית, לעיל הערה 182, ע"א 300/84 אבו עטייה נ' ארבטיסי, לעיל הערה 118, רע"א 7416/93 החברה הערבית לביטוח שכ"מ נ' זריקאת, לעיל הערה 181.  
 236 רוב השיקולים ה"פריטיים" שהוזכרו בפסק הדין האמריקאי המנחה *Gulf Oil Corp v. Gilbert* 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839 (1947) היו שיקולי נוחות.  
 237 דברי השופט אור ברע"א 2705/97 הגבס, לעיל הערה 189, שאושרו ברע"א 2903/96 מסיקה נ' דולנס, לעיל הערה 183, וברע"א Nike 2736/98, לעיל הערה 183, וברע"א 3144/03 אלביט הדמיה רפואית בע"מ נ' Harefuah servicios de saude s/c Ltd. ואח', לעיל הערה 184.  
 יש לציין כי מסקנת השופט אור, כי משמעות התפתחויות אלה היא שיש לצמצם את הנטייה להיעתר לטענות פורום לא נאות, הינה מוטעית, והביקורת שנמתחה נגדה במאמר המאלף של קרייני הינה מוצדקת. טוב שהמסר המובא במאמר זה נקלט לפחות על ידי שופט אחד. בפרשת אלביט השופט ריבלין מסביר, תוך התייחסות למאמר של קרייני, כי "לא התייחר מבחן זה [של פורום לא נאות] בשל הפיחות שחל במעמד השיקול בדבר נוחות הצדדים".  
 238 פרשת מסיקה, לעיל הערה 184 בעמ' 821.  
 239 לדוגמה, בדיון בגופו של עניין החבות בפרשת מסיקה, אף על פי שנקבע כמה פעמים מועד לחקירת הנתבע באמצעות "ועידת וידיאו", הדבר לא יצא לפועל בגלל סירוב הנתבע להשתתף (תודה לעו"ד נחמי מיזלש מהמשרד של עו"ד גניהר על הפרוטוקולים של הדיונים הרבים בעניין זה).  
 240 ראה *Cheshire and North's Private International Law* (13<sup>th</sup> ed) (1999) בעמ' 338.  
 ראה גם טיוטת אמנת האג בדבר סמכות שיפוט ופסקי דין זרים בעניינים אזרחיים ומסחריים (להלן: "טיוטת אמנת האג") נוסח משנת 2001 – נמצא באתר של ועדת האג ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)), אי נוחות לצדדים לאור מקום המגורים הרגיל שלהם וטבען ומיקומן של העדויות נכללים באופן מפורש ברשימת השיקולים בהם על בית המשפט להתחשב בהחליטו האם יש לדחות את ההליכים. לדיון מפורט על טיוטת אמנת האג, ראה להלן פרק ו' חלק (3).  
 לעומת זאת, בתי משפט באוסטרליה, בכמה מקרים שבהם החליטו לא לעכב את ההליכים, הסבירו כי התפתחויות טכנולוגיות מפחיתות את העלות של המשך קיום ההתדיינות באוסטרליה לנתבע. ראה *R. Garnett "Stay of Proceedings in Australia: a 'Clearly Inappropriate' test"?* 23 *Melbourne U. L.R.* (1999) 30.

נראה לנו כי בתי משפט בוחרים בגישה המתאימה לתוצאה אליה הם מעוניינים להגיע. לכן, אם שיקולי הנוחות מפריעים לתוצאה שנראית רצויה, משתמש בית המשפט בגישה החדשה על מנת להפחית מחשיבותם של שיקולי הנוחות.<sup>241</sup> לעומת זאת, אם לדעת בית המשפט שיקולי הנוחות תומכים בתוצאה הנראית לו רצויה, מתייחס אליהם בית המשפט על מנת לחזק את מסקנתו.<sup>242</sup> בנוסף, יש לציין כי בתי משפט ממשיכים להתחשב בשיקולי נוחות מסוימים הנתפסים כרלוונטיים לאינטרס ציבורי, כגון הקושי בהוכחת דין זר.<sup>243</sup>

ראוי לציין לעניין זה, כי יש להבחין בין הנוחות האישית של הצדדים והעדים לבין יעילות ההליך המשפטי.<sup>244</sup> לדוגמה, האפשרות לדון בסכסוך כולו באופן מאוחד בוודאי ממשיכה להיות שיקול רלוונטי.<sup>245</sup>

\* זיקות מהות<sup>246</sup>

מקום המגורים<sup>247</sup> של בעלי הדין: בשני מקרים בהם תבע תובע שנפגע בתאונת

241 זה היה המצב בפרשות הגבס, לעיל הערה 189, ובפרשת מסיקה, לעיל הערה 184.  
242 ראה לדוגמה בש"א (ירושלים) 9241/01 מנתור טראסט ל.ט.ד נ' עזבון המנוחה ברניס רות ז"ל, תק"מ 2003(2) 1925, שבו נאמר (פסקה 11) כי "העובדה שמקום מושבם של יתר הנתבעים בישראל מלמדת דווקא שניהול הדיון בישראל יהא יעיל ונוח לכלל הנתבעים." וגם בש"א (ירושלים) 7836/02 עוידה נ' הבנק הערבי, תק"ש 2003(2), 181, שבו נאמר כי מקום מגורי העדים והאפשרות להביאם להעיד הינו "שיקול נוסף שלא לקיים כאן את המשפט המצטרף לשיקולים האחרים, ולא שיקול העומד בפני עצמו."

ראה גם פרשת תלתלין, לעיל הערה 173 פסקה 11, שבה השופט הסביר כי "נכון שסגר המוטל על השטחים מעת לעת, יקשה על התובע להביא עדים שהינם תושבי השטחים (אולם זה ענינו של התובע, שבחר את הפורום), אולם האפשרות ההפוכה, שבה יהיה על הנתבעת ועדיה, תושבי ישראל, להופיע למתן עדות בבית משפט בשכרם או ברמאללה, במצב הבטחוני השורר כיום, היא בעייתית הרבה יותר, אם לא בלתי אפשרית."

243 ראה להלן חלק ב.4 (ג).

244 בפרשת אלביט, לעיל הערה 237 פסקה 11, נאמר כי טבעיות הפורום נובע בין היתר "מהיכולת לנהל הליך יעיל".

245 ראה לדוגמה ת"א 1195/00 כרמל אולפנים בע"מ נ' ליבוביץ סוכנים לביטוח בע"מ, פדאור 02 (5) 508. יש גם לציין כי עילה 10 בתקנה 500 של תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 ("האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר, שהמצאה לו הזמנה כדין בתחום המדינה") נובעת גם היא משיקול של יעילות.

246 נתייחס לזיקות העיקריות. כמובן שישנן זיקות אחרות אותן הצדדים יכולים להעלות, אך הן נדחות כלא רלוונטיות על ידי בתי המשפט – לדוגמה אשפוז בישראל, העובדה שרכב שעשה תאונה באזור היה בדרכו לישראל, הוצאת פוליסה בסניף ישראלי של חברת ביטוח זרה (רע"א 4716/93 פרשת זריקאת, לעיל הערה 181).

247 בהקשר זה משתמשים בתי משפט בביטויים "מקום מגורים" ו"מקום מושב" באופן חלופי, למרות שיש הבדל מהותי בין שני הביטויים אלו. לנו נראה כי הביטוי "מקום מגורים" עדיף במקרה זה, כיוון שבית המשפט מתייחס לזיקה כעניין של עובדה גרידא ולא מוזכר כאן מבחן משפטי כל שהוא. זיקה של חברה למדינה מסוימת נמדדת על בסיס קשרים מהותיים, כגון מקום עיקר הפעילות ומקום המגורים של הדירקטורים, ורישום גרידא אינו מספיק (ראה פרשת אבו

דרכים או תאונת עבודה את המזיק ואת חברת הביטוח שביטחה את המזיק, עלתה השאלה: למקום המגורים של איזה נתבע יש להתייחס? בעניין אררט חברה לביטוח נ' מוחמד<sup>248</sup>, העובדה שחברת הביטוח היתה ישראלית לא נחשבה כזיקה רלוונטית<sup>249</sup>, בעוד שבעניין אברהים נ' חברת ביטוח הלאומית<sup>250</sup>, העובדה שמקום מושבה של חברת הביטוח היה באזור נתפסה כזיקה משמעותית<sup>251</sup>, על כן נקבע כי ישראל איננה הפורום הנאות וזאת על אף שהנהג המזיק עצמו היה תושב ישראל. ניתן אולי לאבחן בין שני מקרים אלו על בסיס ההבדלים בעובדות<sup>252</sup>, אולם קשה להתעלם מהמסקנה כי השאלה האם יש להתייחס למקום המגורים של חברת הביטוח, נענית לאור המדיניות של סגירת שערי בתי משפט ישראליים מפני תושבי האזור.

לגבי המשקל אותו יש להעניק לעניין מקומות המגורים של בעלי הדין, קיים קונצנזוס על פיו כאשר לכל בעלי הדין יש מקום מגורים משותף, ינתן משקל כבד מאוד לזיקה זו ויהיה קשה מאוד להוכיח כי פורום אחר הוא הפורום הנאות<sup>253</sup>. לעומת זאת, כאשר לבעלי הדין מקומות מגורים שונים, בית המשפט אינו מסביר מהו הבסיס לאבחנה ביניהם. עולה מהפסיקה כי אם התובע הוא ישראלי, משקל כבד ניתן לזיקה זו<sup>254</sup>, למרות שמקום המגורים של הנתבע קשור לתביעה באותה מידה ויותר<sup>255</sup>.

ג'חלה לעיל הערה 132, וגם ע"א 4343/97 I.D.G. נ' Danzig, לעיל הערה 225 (בו נאמר לגבי המערערת שהיא "נוסדה בחו"ל בעיקר משיקולים של טקטיקה מסחרית, כאשר רוב זיקותיה היו לארץ").

הערה 181 לעיל. 248

בהתבסס על כך שחברה שמספקת שירותים מצפה להתדיין במקום בו היא מספקת את השירותים. יש להשוות בר"ע המ' 5756/88 א.ב.ג. חברה ואח' נ' גדאלייב זידאן, פס"מ תשמ"ט ב' 503, שבו העובדה שחברת הביטוח הייתה ישראלית נחשבה כעובדה משמעותית, משום שהיא נתבעת ישירה ונשאה אחריות במישרין ומשום שלא היו לישראלים בשטחים תנאים נוחים לנסוע למקומות יישוב ערבים.

הערה 183 לעיל. 250

בהתבסס על כך שבסופו של דבר חברת הביטוח תשלם את הפיצויים. 251

במקרה הראשון דובר בתאונת עבודה ובמקרה השני בתאונת דרכים. ההבדל הוא שבמקרה הראשון חברת הביטוח הישראלית ביטחה מעסיק תושב האזור בגין תביעות על ידי עובדיו תושבי האזור, ולכן הייתה ציפייה שכל התדיינות תהיה באזור. לעומת זאת במקרה השני, משום שהביטוח כיסה את הנהג הישראלי הן לגבי תאונות בישראל והן באזור, הן כלפי תביעות מישראלים והן כלפי תביעות מתושבי האזור, לא הייתה לחברה ציפייה לגיטימית שהתדיינות הנובעת מפוליסת הביטוח תהיה במקום מסוים. לכן למקום המושב של חברת הביטוח יש משמעות גדולה יותר.

ראה לדוגמה פרשת *Odessa*, לעיל הערה 182. כמו כן בע"א 4343/97 I.D.G. נ' Danzig, לעיל הערה 225, לא ניתן היה לומר שישראל אינה פורום נאות, משום ששניים משלושת המשיבים היו ישראלים (והמערערת הייתה חברה שרוב זיקותיה היו לארץ).

להצדקת עמדה זו, במיוחד בבקשות להמציא לחו"ל, ראה גולדשטיין וטאוסיג, לעיל הערה 227 בעמ' 310.

בפרשת מסיקה, לעיל הערה 183, מסתבר שמשקל כבד יותר הושם על התושבות הישראלית של התובע ועל כריתת החוזה בישראל מאשר על התושבות הסלובנית של הנתבע וביצוע הניתוח בסלובניה. כך גם בה"פ Sibley 2111/96 נ' פרנקל, לעיל הערה 184, משקל כבד יותר הושם על

לעומת זאת, המשקל שניתן לעובדה שהנתבע הוא ישראלי תלוי בנסיבות העניין<sup>256</sup> ובשאלה האם בקשת התובע הזר להתדיין בישראל נחשבת לגיטימית<sup>257</sup>. ייתכן ומצב זה משקף דעה סמויה בדרך כלל<sup>258</sup> של השופטים, על פיה חלק מתפקידם של בתי המשפט הישראליים הוא להעניק שרות לתובעים מקומיים.

מקום "האירוע"<sup>259</sup>: במקרים בהם עילת התביעה נובעת משני אירועים (או יותר)<sup>260</sup> אשר התרחשו במדינות שונות, יש צורך להחליט האם להתחשב במקום ההתרחשות של שני האירועים ואם כן לאיזה מהם להעניק משקל רב יותר.

מצאנו בפסיקה כי במקרים בהם מתקיים יותר מאירוע אחד, בתי משפט בוחרים להטיל משקל על האירוע שהתרחש במקום שנתפס כפורום הנאות על בסיס הזיקות האחרות. בחירה זו נעשית ללא השוואה בין משמעותם של האירועים השונים. לדוגמה, בפרשת מסיקה<sup>261</sup> ניתן משקל לעובדה כי החוזה נעשה בישראל, למרות שלכאורה משקלה של עובדה זו שולי בהשוואה לעובדה שהניתוח התבצע

התושבות הישראלית של התובעות וכריתת החוזה בישראל, מאשר על התושבות האמריקאית של הנתבעות וביצוע ההפצה בארה"ב.

עמדה זו קיבלה ביטוי מפורש בארה"ב בפסק דין *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 US (1981), אך אינה מקובלת באנגליה, J. J. Fawcett "Trial in England or Abroad: the Underlying Policy Considerations" 9 *Ox. J. Legal Stud* (1989) 205, p. 218–219. בנוסף, בסעיף 22(3) של טיוטת אמנת האג (לעיל הערה 240) כתוב במפורש שאין להפלות בין הצדדים על בסיס אזרחות או מקום המגורים הרגיל. ניתן להבין איסור זה על רקע טבעה ההדדי של האמנה, וגם על רקע התפיסה האוניברסלית העומדת ביסוד האמנה, והיא כי לכל תובע (כולל תובעים של מדינות שאינן חברות באמנה) זכות לתבוע בפורום שיש לו סמכות על פי האמנה. יש להשוות את המצב באנגליה. P. Beaumont ב-*Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Fawcett (ed)) 131 בעמ' 218, 256. כותב שנדיר מאוד שבית המשפט יסרב להפעיל סמכות כאשר התביעה הוגשה במדינת מקום המושב של הנתבע.

לדוגמה בפש"ר 110/98 אנגל' נ' *Salle La*, לעיל הערה 184 בפסקה 8 נקבע שאמנם "הזיקה היחידה הקושרת את הבקשה לישראל היא מגוריהם של החייבים בישראל בששת החודשים האחרונים", "המשקל של שיקול זה לאור האופי של הבקשה והמטרה של הפקודת פשיטת הרגל" גובר על מכלול הזיקות הקושרות את המקרה לארצות הברית. יש להשוות את המקרה הזה עם פסק דין חדר נ' *Realdredit*, לעיל הערה 184, שבו מקום המושב של הנתבעת בישראל לא גבר על הזיקות המהותיות והאמיתיות לנורבגיה.

אך ראה ביטוי מפורש של מדיניות זו בפרשת אלביט, לעיל הערה 237 בפסקה 12: "בית המשפט הקשה על נתבעים אשר העלו טענת פורום בלתי נאות, כאשר בפניו ניצבו תובעים ישראליים. זאת, מתוך רצון להגן ולהקל על התובע הישראלי, במיוחד כאשר מדובר בצרכן." ראה דיון בנושא זה בחלק 2. (ד)3 של פרק זה להלן.

רע"א 7416/93 החברה ערבית לביטוח שכס נ' זריקאת, לעיל הערה 181 נאמר: "שיש במקום אירוע התאונה כדי להפוך את מאזן הזיקות".

לדוגמה בתביעה חוזית, ניתן להגדיר גם את מקום כריתת החוזה וגם את מקום הפרת החוזה כמקום ה"אירוע". כמו כן, כאשר מדובר בהפרה בשל מוצר פגום השאלה הינה האם מקום האירוע הוא מקום הייצור או מקום הנזק?

ראה לעיל הערה 185. 261



בסלובניה<sup>262</sup>. בנוסף, בעוד שקיימת נטייה להדגיש נסיבות המחזקות את חשיבותו של מקום אירוע זה ובמיוחד את טבע העסקה<sup>263</sup>, נסיבות המחלישות את חשיבותו אינן מוזכרות. הדין החל: לעיתים משקל רב ואפילו מכריע, מוענק לדין החל<sup>264</sup>, ולעיתים הזיקה אינה נחשבת רלוונטית כלל<sup>265</sup>. ראוי גם לציין, כי הדין החל מוזכר לא רק במישור של איוון הזיקות אלא גם כמשפיע הן על ציפיות הצדדים והן על האינטרס הממשלתי. נראה לנו שהתחשבות באותו שיקול מספר פעמים בהקשרים שונים עלולה לעוות את הפעלת שיקול דעת בית המשפט, אולם לא נמצא פסק דין המממש פוטנציאל זה.

אפשרות אכיפת פסק הדין: קיימת מחלוקת לעניין השאלה האם שיקול זה הינו שיקול לגיטימי<sup>266</sup>. בפרשת הגבס, בעוד שהשופט אור סבור שאפשרות אכיפה הינה שיקול לגיטימי<sup>267</sup>, השופט טירקל מביע ספק בעניין זה. טירקל מבסס דעתו הן על העובדה כי המדובר בשיקול חיצוני להליך השיפוט, והן כיוון שנתונים עובדתיים

262 כמו כן, בה"פ 2111/96 פונקל נ' Sible, לעיל הערה 184, ניתן משקל רב יותר למקום כריתת החוזה (ישראל) מאשר למקום ביצוע החוזה (ארה"ב). לעומת זאת, בפרשת הגבס, לעיל הערה 188, מקום כריתת החוזה לא נלקח בחשבון כלל.

263 בפרשת הגבס, לעיל הערה 189, הודגש כי מדובר במכונה מורכבת ויקרה וכי חובות היצוא לא מסתיימות עם מסירת המכונה, אלא כוללות טיפול בבעיות העולות לאחר מכן, ומטבע הדברים הטיפול יתנהל בארץ.

המ' 742/96 חדד נ' Realdredit, לעיל הערה 184: מדובר במשכנתא על בית בנורבגיה, שכמובן נרשמה ומומשה גם בנורבגיה.

ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, פ"ד מח(2) 77: משום שמדובר בסכסוך לגבי מקרקעין בישראל, הפורום הזר לא יהיה מוכן לדון בו.

רע"א 2736/98 Nike, לעיל הערה 184: סכסוך לגבי הפרת סימני מסחר הרשומים בישראל. אולם לא תמיד ברור שיש בעובדה המודגשת חיזוק של ממש. לדוגמה, ת.א. (י"ם) 1149/99 אברהים נ' חברת הביטוח הלאומית, לעיל הערה 183: חקירת נסיבות התאונה על ידי המשטרה המקומית הפלסטינית נתפסה כזיקה המחזקת את משמעות מקום העוולה. (אולם ברור שניתן היה להביא את תוצאות החקירה בפני בית משפט ישראלי).

264 לדוגמה בפרשת חמיס, לעיל הערה 161, הקביעה שהדין החל הינו הדין הישראלי נתפסה כשיקול מכריע בשאלת הפורום הנאות. גם בבית המשפט המחוזי בפרשת מסיקה, לעיל הערה 189, משקל כבד יוחס לעובדה שלדעת השופטת יחול דין סלובניה.

265 לדוגמה, בערעור בפרשת הגבס, לעיל הערה 189, סעיף ברירת הדין של אילינוי לא נתפס כזיקה התומכת במדינה זו כפורום נאות (ראה דיון להלן). בערעור בפרשת מסיקה, לעיל הערה 184, לא הייתה התייחסות לדין החל. (עמ' 820 ה-1).

266 השיקול מוזכר בפסק הדין האמריקאי המנחה *Gulf Oil Corp v. Gilbert*, לעיל הערה 236.

267 העובדה שפסק הדין הזר ייאכף בישראל מוזכרת בכמה פסקי דין כזיקה התומכת בדיון בפורום הזר. ראה לדוגמה ע"א 74/83 סארפסאדה ראד נ' חי, לעיל הערה 135, רע"א 7416/93 חברה ערבית לביטוח נ' זריקאת, לעיל הערה 181 עמ' 269, המ' 4991/97 טיילור נ' ליפשיץ, לעיל הערה 184, פרשת *Odessa* לעיל הערה 180, המ' 742/96 חדד נ' Realdredit, לעיל הערה 184. במקרה האחרון יתכן והאפשרות לאכוף את פסק הדין הנורבגי בישראל היא פרי הגשת התביעה בישראל, שבעצם כפתה על הנתבעת להסכים לסמכותו של בית המשפט הנורבגי. ללא הסכמה זו, לבית המשפט בנורבגיה לא הייתה סמכות בינלאומית לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים בישראל, ולכן פסק הדין לא היה אכיף (חוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-1959, ס"ח 244, עמ' 68, סעיף 6(א)(3)).

עליהם מושתתת ההנחה כי אכיפה תהיה קלה יותר במדינה אחת מאשר במדינה שניה, עלולים להשתנות<sup>268</sup>. עם זאת, יש לציין, כי גם השופט אור אינו מוכן לקבל טיעון זה מפי הנתבע. דהיינו, אם התובע מוכן לקחת על עצמו את הסיכון שבאי אכיפת פסק חרץ, הנתבע לא יכול להתלונן על כך.

(4) סיכום בעניין זיהוי ושקלול זיקות

מסקירת הפסיקה והניתוח שערכנו בחלק זה, ניתן לראות כי הליך הפרשנות ושקלול הזיקות נעשה באופן בלתי מסודר וללא קריטריונים אובייקטיביים. כמו כן, ראינו כי קיימת מניפולציה של הזיקות על ידי השופטים על מנת להגיע לתוצאה שנתפסת בעיניהם כרצויה<sup>269</sup>. תוצאת תופעות אלה היא חוסר עקביות בולט. הניסיון הישראלי מוכיח את טיעונו של המלומד האנגלי Briggs כי מדובר ב-*discretion which is "unstructured and unstructurable"*<sup>270</sup>. הערה זו נאמרה בהקשר של פורום לא נאות, אך היא רלוונטית למבחן מירב הזיקות גם בהקשרים אחרים.

עם זאת נדגיש, כי בשני פסקי דין שניתנו לאחרונה לענין ברירת הדין, אנחנו רואים מעט אור בקצה המנהרה. בפרשות גבעת זאב ו־אוחנונה, הסתמכות השופטים על הסדרים שאומצו באנגליה עשויה להפחית את שיקול הדעת הרחב בזיהוי ושקלול הזיקות הנתון בידי השופטים. כבר הערנו כי שימוש באמנת רומא, אשר החליפה את דוקטרינת דין החוזה (*the proper law*) באנגליה<sup>271</sup>, ביישום מבחן מירב הזיקות בהקשר של חוזים הינו התפתחות מבורכת<sup>272</sup>. כמו כן, התייחסות מפורטת לחוק האנגלי בעניין ברירת הדין בנוזיקין (*Miscellaneous Provisions Act*) (*Private International Law*) (1995) ובמיוחד התייחסות לפרשנות החריג בסעיף 12 לחוק בפרשת אוחנה, הינה צעד בכיוון הנכון וזאת משום שהחוק האנגלי ופרשנותו בספרות מעניקים מבנה מסוים להליך שקלול הזיקות. נפרט יותר על יתרונותיהם של ההסדרים האנגליים בפרק ו של המאמר להלן.

לעומת זאת, לעניין קביעת הפורום הנאות, לא מצאנו התפתחויות חיוביות. נהפוך הוא, חוסר הבהירות בעניין שאלת הרלוונטיות של שיקולי נוחות והבלכול בעניין נטל ההוכחה רק החריפו את חוסר הוודאות הטמון בשקלול הזיקות.

268 האפשרות שפסק הדין יוכר ויאיכף הינה אחד מהשיקולים הרשומים בסעיף 22 של טיוטת אמנת האג (ראה לעיל הערה 240). הכנסת שיקול זה מובנת בהקשר זה, כיוון שמטרת כללי הסמכות באמנה היא לאפשר אכיפת פסקי חרץ.

269 Robertson, לעיל הערה 134, מדווח על אותה תופעה בארה"ב.  
270 A. Briggs "Forum Non Conveniens — Now we are ten?" 3 *Legal Stud.* (1983)74, בעמ' 77.

271 האמנה הוכנסה לתוקף באנגליה על ידי *The Contracts (Applicable Law) Act 1991*. האמנה חלה על חוזים שנכרתו אחרי 1.4.91.

272 לעיל פרק ד חלק ב (2) (א).

## (ג) כיבוד הציפיות הלגיטימיות של הצדדים

כבר הסברנו<sup>273</sup> כי הביטוי "הציפיות הלגיטימיות של הצדדים" הינו ביטוי הנתון לשתי פרשנויות. פרשנות אובייקטיבית, על פיה השאלה היא למה היו מצפים אנשים סבירים באותו מצב אם היו נותנים את דעתם לעניין, והפרשנות הסובייקטיבית, על פיה יש לחפש את כוונותיהם המפורשות או הבלתי-מפורשות של הצדדים ולהתחשב בהן כל עוד הן נחשבות לגיטימיות. בהתייחסות לציפיות הצדדים ביישום מבחן מירב הזיקות, בתי המשפט אינם מבהירים תמיד באיזו פרשנות מדובר וברוב המקרים אין נפקא מינא בעניין. לפיכך, נכלול תחת כותרת זו את שתי הגישות ונעמוד על ההבחנה רק במידה שיש לה משמעות.

## (1) ציפיות הצדדים בקביעת הדין החל על החוזה

בהערכת הרלוונטיות של ציפיות הצדדים בקביעת הדין החל על החוזה, יש להבחין בין שתי התיאוריות (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של דין החוזה, אותן הסברנו לעיל<sup>274</sup>.

על פי הגישה הסובייקטיבית, מבחן הזיקות אינו אלא כלי שרת בידי בית המשפט המחפש את כוונותיהם של הצדדים. כלומר, המדובר בציפיות הממשיות של הצדדים ועל בית המשפט להעניק משקל לכל זיקה על פי המידה שהיא משקפת את ציפיות הצדדים. לכן, בוודאי יש התייחסות לציפיות הצדדים במובן הסובייקטיבי. יש לציין, כי על פי עקרון אוטונומיית הצדדים, יש לכבד את רצון הצדדים בכפוף למגבלות מסוימות ולכן אין מקום לבדוק האם כוונות הצדדים הינן לגיטימיות אם לאו. אף-על-פי-כן, נראה לנו, כי למעשה כאשר בית המשפט מעריך עד איזו מידה זיקה מסוימת משקפת את כוונות הצדדים, הוא יושפע ממידת הסבירות או הלגיטימיות של כוונות אלה<sup>275</sup>.

הגישה האובייקטיבית מושתתת על העמדה כי לא ניתן לגלות את כוונות הצדדים, אם היו להם כוונות כלל, ולכן מטרת המבחן הינה לגלות מה אנשים סבירים היו מתכוונים במקרה הספציפי – כלומר מהן הציפיות הלגיטימיות של הצדדים במובן האובייקטיבי. מכך נובע, כי הציפיות הללו אינן יכולות להיות רכיב במבחן עצמו. לפיכך, בפסקי הדין המיישמים את הגישה האובייקטיבית, אין התייחסות לכוונותיהם או לציפיותיהם של הצדדים<sup>276</sup>.

273 לעיל פרק ב חלק 2.

274 לעיל פרק ג חלק 1.

275 לדוגמה, בפסק דין ת"א (ת"א) 699/53 קרשנבאום נ' מזור, פס"מ ט עמ' 423, לעיל הערה 71 בעמ' 427, השופט צלטנר מציין כי למקום ביצוע החוזה (שהיה ישראל) היתה "חשיבות רבה בעיני הצדדים". כנראה דעה זו מבוססת על הרצון המובן מאוד של כל הצדדים לעזוב את פולין בשנת 1943, מועד עשיית החוזה בפולין.

276 ראה לעיל הערה 6, מגורה נ' נ.מ.נומיקוס, ר-שר נ' כהן, לעיל הערה 7.

(2) ציפיות הצדדים בקביעת הדין החל על העוולה ברוב המקרים בית המשפט אינו מסתפק בבחינת זיקות עובדתיות ומתחשב בנוסף בציפיות הצדדים<sup>277</sup>. בית המשפט העליון בפסק דין החברה הערבית לביטוח נ' עמרו<sup>278</sup>, אף ראה ב"ציפיות הצדדים" מבחן עצמאי נפרד משאלת ברירת הדין, לפיו ניתן להכריע במקרה מבלי לדון בשאלות ברירת הדין, שנתפסו כקשות לפתרון. לעומת זאת, קבע בית המשפט כי הציפיות הסבירות של הצדדים היו ברורות, כיוון שלדעת השופטים ידעו הצדדים או היו צריכים לדעת כי אחריות בגין תאונת דרכים באזור מוסדרת על ידי צוים של המפקד הצבאי.

ציפיות הצדדים היוו שיקול משמעותי בפסק דין המוסד לביטוח לאומי נ' אבו עיטא<sup>279</sup>. השופטת דורנר קבעה כי אזרח ישראלי "גם (ב)היותו ביהודה ושומרון – אינו רואה עצמו קשור לדין הירדני ואינו מצפה כי הנורמות הנהוגות בירדן יחולו עליו."<sup>280</sup> השופטת דורנר סברה כי "עובדות אלה משפיעות גם על ציפיותיו של הצד השני – במקרה שלפניי – המזיק תושב השטחים המוחזקים, שהרי לא מדובר באירוע פנימי בין תושבי האזור לבין עצמם אלא בנוק שנגרם לישראלי באזור שהינו אך להלכה בריבונות זרה ואילו למעשה נמצא בשליטת ישראלי." דהיינו, ציפיות הצדדים מושפעות מהמציאות העובדתית, דהיינו כי המדובר בצד "כובש" וצד "נכבש".

הקושי בזיהוי ציפיות הצדדים במקרים מסוימים נראה באופן הברור ביותר בפסקי דין העוסקים בתאונות עבודה. בפרשת אריה ביטוח, צוין שאדם העובד באזור מסוים מצפה כי הדין המקומי יחול אף אם המעסיק הינו חברה זרה. כמו כן, בפסק דין בן אור צעצועים נ' פראס (להלן: "פרשת בן אור"), גורם חשוב בקביעת ציפיות הצדדים היה העובדה שפוליסת הביטוח של המעביד קבעה כי דין האזור חל<sup>281</sup>. לעומת זאת, בפרשת יהושע, צוין כי עובד המועסק על ידי ישראלי בשטחים מצפה שדין ישראל יחול על מערכת היחסים ביניהם.

אכן קשה לקבוע מי צודק. מחד, סביר לצפות כי דין זהה יחול על עובד המועסק באזור על ידי מעביד ישראלי ועל שכנו המועסק על ידי מעביד פלסטיני. מאידך, סביר להניח כי עובד מקומי יצפה שדין זהה יחול עליו ועל עובדים ישראליים באותו מפעל (בהנחה כי עובדים ישראליים עובדים במפעל). בנוסף ניתן גם לטעון, כי עובד המועסק על ידי מעסיק ישראלי יצפה שדין זהה יחול עליו ועל שכנו המועסק במפעל

277 או מבחינה אובייקטיבית או מבחינה סובייקטיבית (ראה לדוגמה פרשת יקר, לעיל הערה 172).

278 רע"א 3003/96 החברה הערבית לביטוח בע"מ נ' פייצל עבדאללה, תקעל (1)99 (472).

279 לעיל הערה 175.

280 ראה גם כן המ' (י"ם) 1329/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל

נ' נוה מדבר שרם-א'שיח בע"מ בפרוק, לעיל הערה 113 בעמ' 416.

281 לא ברור כיצד עובדה זו משפיעה על ציפיות עובד אשר אינו יודע מה תוכנה של הפוליסה. בפרשת תלתלין, לעיל הערה 173 בפסקה 22, נאמר כי הטענות בעניין פוליסת הביטוח אינן רלוונטיות במקרה שבו חברת הביטוח אינה בעלת דין בתובענה.

ישראלי בתוך הקו הירוק<sup>282</sup>. בפרשת יקיר, הציע השופט אמיר כי השוני בהערכת ציפיות הצדדים במקרים אלו נובע משוני בתפישות העולם של השופט<sup>283</sup>. לדידו "יש הרואה את היישוב הישראלי באזור כ"מובלעת ישראלית" ולכן יש לייחס למי שבא לעבודה שם ולמי שמנהל שם את עסקיו ומעסיק פועלים מן החוץ – צפייה לתחולת הדין הישראלי." לעומת זאת, "יש מי ששם את הדגש על היות היישוב באזור ועל היותו מחוץ לישראל ולכן מיחס את ציפיות הצדדים לתחולת דין האזור." לדעתו, קשה לומר שתפיסת עולם אחת צודקת ואילו השנייה מוטעית. מסקנתו, אפוא, היא "שאינ מנוס מלחזור לזיקות האובייקטיביות, ולבסס המסקנה בראש ובראשונה עליהן"<sup>284</sup>. הערה זו ממחישה את שרירותיות הערכת ציפיות הצדדים בעניין הדין החל על העולה אותה, ראינו בפסקי הדין המוזכרים לעיל<sup>285</sup>.

(3) ציפיות הצדדים בקביעת הפורום הנאות ברוב המקרים, ציפיות הצדדים מוזכרות כגורם נוסף המחזק למעשה את מסקנות השופט לגבי שקלול הזיקות<sup>286</sup>. עם זאת, מצאנו שני מקרים בהם שופטי ערכאה ראשונה ייחסו משקל רב ואף מכריע לציפיות הצדדים. בשניהם הקביעה כי ישראל איננה הפורום הנאות נהפכה על ידי בית המשפט העליון.

בפרשת הגבס<sup>287</sup>, הסיקו שני שופטים מסקנות הפוכות לגמרי מהעובדה שבחזרה נמצא סעיף ברירת דין על פיו דין אילינוי חל על החוזה, אך לא קיים סעיף שיפוט. לדעת שופט הערכאה הראשונה, ניתן להסיק שהצדדים ציפו כי ההתדיינות תהיה בבית משפט באילינוי שיחיל את הדין המקומי. לעומת זאת, השופט אור בבית המשפט

282 ראה ת"א (י"ם) 1632/96 אלצוף נ' מתכת אריאל בע"מ, דינים מחוזי, לג' (3) 388 בפסקה 6, וגם פרשת זיידאן, לעיל הערה 166.

283 לעיל הערה 172 פסקה 23.

284 שם.

285 יש להדגיש שאין הבחנה בין גורמים עובדתיים במקרה הספציפי שעשויים להשפיע על ציפיות הצדדים. לדוגמה, נראה לנו יותר הגיוני לקבוע שהיה לצפות שדין ישראל יחול במקרה בו המפעל היה בתוך ישוב יהודי (אלפי מנשה) ושבו רוב העובדים היו ישראלים (פרשת קרעאן, לעיל הערה 128), מאשר במקרה שבו המפעל היה באזור התעשייה "ניצני שלום" ליד טול-כרם, שבו יש להניח כי רוב רובם של העובדים היו פלסטינאים (פרשת תלתלין, לעיל הערה 173). בפרשת תלתלין צוין שכל המפעלים היו בבעלות ישראלית. עולה השאלה האם התוצאה תהיה שונה כאשר מדובר במפעל שנמצא, לדוגמה, באזור התעשייה "ארז" בעזה, שם מחצית המפעלים הינם בבעלות פלסטינאית.

286 לדוגמא ציפייה של חברת ביטוח שההתדיינות תהיה במקום בו היא מספקת את השירותים (ת.א. (י"ם) 21793/95 אררט נ' עווד, לעיל הערה 181), ציפייה של תושבי האזור שההתדיינות לגבי תאונה בישראל תתקיים בישראל (ת"א 524/92 עזבון המנוח מהאני נ' עזבון המנוח אבו ריא (לא פורסם)), ציפייה של חברה מגרנזי העוסקת בניהול נאמנויות ליחידים בכל רחבי העולם, שבאחד הימים היא תיתבע על ידי מי מנהיגיה במקום אחר (כש"א 9241/01 מנתור טראסט נ' עזבון ברניס רות, לעיל הערה 242).

287 פרשת הגבס, לעיל הערה 189.

העליון סבר שהעדר סעיף שיפוט מוכיח כי הצדדים לא ציפו שההתדיינות תהיה דווקא באילינוי. לדידו, חברה אמריקאית המשווקת את מוצריה ברחבי העולם צריכה לצפות כי היא עלולה להיתבע במדינות אליהן מוצריה משווקים. אם אפשרות זו אינה מקובלת עליה, על חברה זו להכניס תניית שיפוט לחוזה<sup>288</sup>. חברו לדין בערעור, השופט טירקל, לא היה מוכן להכריע במחלוקת והשאיר בצריך עיון את השאלה האם "שתיקתם של המתקשרים בעניין הפורום – אפילו הסכימו מה הדין שיחול – יש לה משמעות"<sup>289</sup>.

בפרשת מסיקה, שופטת הערכאה הראשונה קבעה כי ציפיותיהם הסבירות של הצדדים היו שהתביעה תוגש בסלובניה. הודגש, בין היתר, כי התובע ידע שבנוסעו לעבור ניתוח בסלובניה יחולו עליו אמות המידות והתקנים הרפואיים הנהוגים שם<sup>290</sup>. עם כל הכבוד, הערה זו מתייחסת יותר לשאלת הדין החל ולא לשאלת מקום ההתדיינות. בבית המשפט העליון, ציין המשנה לנשיא ש. לוין: "איני סבור שאפשר לייחס משקל מכריע לציפיותיהם של בעלי הדין". על פי הערה זו, נראה כי השופט לוין אינו חולק על שופטת הערכאה הראשונה לענין תוכן הציפיות, אלא על המשקל אותו יש לייחס לציפיות אלו.

לדעתנו, הקושי בקביעת ציפיות הצדדים כפי שבא לידי ביטוי בעניין הגבס וגם בהקשרים אחרים, מצדיק את עמדת השופט לוין. אולם, נראה כי המגמה היא דווקא הפוכה וחשיבות ציפיות הצדדים הולכת וגוברת. לדוגמה, לאחרונה בפרשת אלביט<sup>291</sup>, השופט רבלין מצדיק את המשך דוקטרינת הפורום הנאות על אף הפחתת משקלם של שיקולי נוחות<sup>292</sup>, בין היתר, בכך שבקביעת טבעיות הפורום יש להתייחס לציפיותיהם הסבירות של הצדדים.

#### (4) סיכום בעניין ציפיות הצדדים

המסקנה הבלתי נמנעת מסקירת הפסיקה לעניין ברירת הדין בנוזיקין ולעניין פורום נאות הינה, כי במקרים רבים הערכת הציפיות הסבירות של הצדדים באופן אובייקטיבי הינה בלתי אפשרית. זאת כיוון שכאשר לא התקיים תכנון משפטי מראש, לעיתים קרובות הציפיות המשוערות של הצדדים יהיו שונות, מאחר שהציפייה הטבעית של

288 שם, עמ' 114–113.

289 שם, עמ' 117.

290 על פי דברי השופטת, הדברים מקבלים משנה תוקף בשל העובדה שהנתבע עבר מפעם לפעם ניתוחים בארץ, אך בחר לנסוע ולהתנתח בסלובניה. לדעתנו, קשה להסיק מעובדה זו מסקנה כל שהיא מבלי לדעת את כל הנסיבות – לדוגמה, אולי היה על התובע להמתין זמן רב עד שהנתבע ינתח אותו בארץ. ניתן אף לטעון כי העובדה שהנתבע מגיע לארץ לצורך עבודתו תגרום לציפייה סבירה מצד התובע שישראל תהיה פורום ראוי להתדיינות ביניהם.

291 ראה דיון לעיל בחלק 2(ג) (4).

292 ראה לעיל הערה 237.

כל צד שהדין שמיטיב עימו (בדרך כלל דין מקום המגורים שלו) יחול, או שההתדיינות תתקיים במדינתו, אינה בלתי סבירה בעליל.<sup>293</sup>

לפיכך, מדובר בתרגיל ספקולטיבי שמושפע מתפיסות העולם של השופט. זאת ועוד, מסתמן מהפסיקה כי לרוב הציפיות הסבירות של הצדדים נקבעות על סמך מכלול הנסיבות, קרי הזיקות עם המדינות הרלוונטיות, ולכן המדובר למעשה בחזרה על הליך פרשנות ושקלול הזיקות. כלומר, לכאורה ההתייחסות לציפיות הסבירות של הצדדים מחזקת את תוצאת שקלול הזיקות ונותנת את הרושם כי לא נעשה עוול לאחד מבעלי הדין, כיוון שהיה צריך לצפות לתוצאה זו, אולם לאמיתו של דבר, בדרך כלל מדובר בתרגיל מיותר לגמרי.<sup>293</sup>

מסקנות אלה מחזקות את דעתו של שפירא<sup>294</sup> שמזהיר כנגד שימוש מוגזם בעקרון מימוש ציפיות הצדדים במונח האובייקטיבי. לדעתו, במקרים בהם סביר להניח כי לא התקיים תכנון משפטי מוקדם על ידי הצדדים, "הופכת המטרה של קידום ציפיות הצדדים" לסיסמה ריקה מכל תוכן של ממש".

#### (ד) האינטרסים הציבוריים

לצורך ניתוח השימוש באינטרסים הציבוריים, נבין את גישת ניתוח האינטרסים הממשלתיים באופן רחב. לפיכך, נכלול בחלק זה כל התייחסות לאינטרסים ממשלתיים או ציבוריים. בנוסף נבדוק את אופן זיהוי וביסוס אינטרסים אלו על ידי בתי המשפט וכן נבחן האם קיימת עקביות בין פסקי הדין.

לרוב, מתייחסים בתי המשפט הישראליים לאינטרסים של מדינת ישראל בלבד. לפיכך, נמלא את החסר ונבדוק בבחינתנו גם האם יש למדינות אחרות אינטרסים במקרים הנדונים בפסיקה, ואם אכן קיים אינטרס כלשהו למדינה זרה, איזה אינטרס ראוי להעדיף על פי התיאוריה האמריקאית של ניתוח האינטרסים.<sup>295</sup>

#### (1) האינטרסים הציבוריים בקביעת הדין החל על החוזה

פסק הדין היחיד שמצאנו, אשר בו מושפעת קביעת דין החוזה משיקולים של אינטרס ציבורי הינו פרשת חמיס<sup>296</sup>. פרשה זו עסקה בחוזה עבודה בין עובד תושב האזור ובין מעסיק ישראלי, תושב של ישוב ישראלי באזור, כאשר העבודה בוצעה הן בישראל והן באזור. השופטת אלישבע ברק קבעה כי על החוזה חל דין ישראל וזאת, בין היתר<sup>297</sup>,

293 אך ראה את העיקרון הראוי, לפיו חברה שמשווקת את מוצריה למדינה אחרת צריכה לצפות שאם מוצריה גורמים לנזק במדינה האחרת, היא תצטרך להתדיין שם.

294 ראה לעיל הערה 15 בעמ' 81 (ספר שמגר).

295 מוסבר לעיל בפרק ב.3.

296 לעיל הערה 161.

297 הסיבות האחרות שניתנו על ידי השופטת היו כי לא הועלתה טענה אחרת בכתב ההגנה וכן שהדין הזר לא הוכח לשופטים, ולכן יש להפעיל את חזקת שיוויון הדינים.

משום שתקנת הציבור הישראלית דורשת כי העובד יקבל את הגנתם של דיני העבודה הישראלים על מנת למנוע אפליה כנגדו<sup>298</sup>. השופטת הסבירה כי תקנת הציבור "באה להגן על אינטרסים עליונים המיוחדים לחברה מסוימת ועל השקפותיה בעניינים חיוניים כגון דת, מוסר, חברה ועוד"<sup>299</sup>. כלומר, תקנת הציבור מבטאת את האינטרס הציבורי<sup>300</sup>. אולם, נציין כי בית הדין הארצי לעבודה הסתייג בפרשת גבעת זאב<sup>301</sup> מגישה זו. לדעת בית הדין, השאלה איזה דין חל אינה מושפעת כלל מאינטרסים ציבוריים, אלא מבוססת אך ורק על שקלול הזיקות.

עם זאת, ראוי להדגיש כי אין להסיק מהחלטת בית הדין הארצי בפרשת גבעת זאב כי אינטרסים ציבוריים אינם רלוונטיים בהכרעה הסופית, זאת כיוון שעולה מפסק הדין בעניין זה כי אינטרסים אלה באים ליד ביטוי באפשרות שתקנת הציבור תגבר על החלת הדין הזר.

לאור זאת, עולה השאלה אילו אינטרסים נחשבים חשובים דיים, כך שחוסר התייחסות אליהם יהא נוגד את תקנת הציבור. לשאלה זו לא ניתן למצוא תשובה ברורה בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה בפרשת גבעת זאב. מחד, מדגיש בית הדין כי רק במקרים חריגים ייפסל דין זר החל על החוזה (תקנת ציבור שלילית) או יוחל דין ישראלי במקום הדין החל על החוזה (תקנת ציבור חיובית). התוצאה היא, כי יש לבדוק בפירוט בכל סוגיה ספציפית, האם הפער בין הדין הזר החל על החוזה לבין הדין הישראלי כה רב עד שהינו מצדיק הפעלה של תקנת הציבור. לדעת בית המשפט, יהיה קל יותר להצדיק את החלת הדין הישראלי כאשר הדין הזר לא מעניק כלל לעובד זכות בסיסית מסוימת המוכרת בכל המדינות בנות התרבות (לדוגמה שוויון בין נשים וגברים, חופשת לידה וחופשות מנוחה). מאידך, מטיל בית הדין ספק לעניין ההצדקה להעסקת עובדים פלסטיניים תושבי האזור בתנאים שונים מאלו החלים על עובדים ישראליים. אם כן, למעשה, יחול דין ישראל על יחסי העבודה בין מעסיקים ישראליים באזור לבין עובדים מקומיים, אלא אם המעסיק אינו מעסיק כלל עובדים ישראליים.

לדעתנו, פסק דין חמיס מדגים את בעיית קביעת הדין החל על החוזה על פי אינטרס ממשלתי. בפסק דין זה קבעה השופטת את האינטרס הציבורי על בסיס

298 לנימוק דומה בפסק דין בנוזיקין, ראה להלן. ניתן, כמובן, להעלות את הטענה שהחלת דין ישראל מפלה נגד תושבי האזור המועסקים שם על ידי מעסיקים מקומיים שאינם ישראלים, והמבצעים חלק מעבודתם בישראל!

299 השופטת מתייחסת לתקנת הציבור החיובית, על פיה אינטרס הפורום מכתוב דווקא את החלת דין הפורום, ללא קשר לתוכנו של הדין הזר. זאת בניגוד לתקנת הציבור השלילית, על פיה הדין הזר נדחה משום שתוכנו סותר את תקנת הציבור של הפורום, ודין הפורום חל רק כברירת מחדל.

300 בית המשפט אינו בודק את האינטרס של הדין המתחרה, אך ברור שאין לדין הירדני שום אינטרס לחול אם העובד המקומי יזכה להגנה טובה יותר לפי הדין הישראלי.

301 לעיל הערה 1.



עקרונות כלליים מבלי לבדוק האם קיים דבר חקיקה או מקור משפטי אחר, המעידים על קיומו של אינטרס ממשלתי. לכן, לא התייחסה השופטת למדיניותה של ממשלת ישראל לעניין המשך החלת דין מקומי באזור<sup>302</sup> ולא הסבירה מדוע מדיניות זו אינה חלה על חוזה עבודה בין תושב האזור לבין ישראלי המנהל עסק באזור. לטעמנו, יש להעדיף את גישתו של בית הדין הארצי לעבודה בפרשת גבעת זאב לפיה אינטרסים ציבוריים אינם רלוונטיים בקביעת הדין החל<sup>303</sup>, אלא רלוונטיים לשאלה האם תקנת הציבור תגבר על הדין החל, וזאת ממספר סיבות. ראשית, גישה זו מובנת וברורה יותר, ולפיכך סיכוי רב יותר שבית המשפט יעניק לגורמים השונים את המשקל הראוי להם. לדוגמה, ייבדקו הדרישות של תקנת הציבור לגבי כל תנאי באופן נפרד<sup>304</sup> ללא פיצול הדין החל על החוזה. שנית, חוסר הוודאות לגבי השאלה האם תקנת הציבור גוברת על הדין החל בעייתית פחות מאשר חוסר הוודאות לגבי הדין החל. זאת משום שמצב בו תקנת הציבור גוברת על הדין החל הינו למעשה חריג, ולכן נטל ההוכחה יוטל על מי שטוען כי תקנת הציבור גוברת. אם לא ברור מה דורש האינטרס הציבורי, הטוען לא יצליח להרים את הנטל. שלישית, חוסר הוודאות לגבי תוכנו של האינטרס הציבורי במקרים אלה, נגרם על ידי המצב הפוליטי המיוחד של האזור שלא הוסדר כראוי בחקיקה ואשר שנוי במחלוקת ציבורית. לכן, ראוי כי הדיון בשאלה זו ייערך באופן מפורש במסגרת שאלת היקפה של תקנת הציבור ולא יהיה "מוסתר" בתוך דיון בשאלה "הרגילה", קרי, לאיזה דין הקשר הקרוב ואמיץ ביותר לעסקה. ראוי להבהיר, כי למרות שבעבר הבענו את הדעה כי אין להרחיב את תקנת הציבור<sup>305</sup>, המצב המשפטי לעניין האזור הינו מצב מיוחד משום שההתייחסות אליו הינה שאלה מובהקת של מדיניות ואינטרסים ציבוריים. בנוסף, באופן עקרוני, המצב הינו זמני וחל רק עד שייערך הסדר קבע. לכן, אין סכנה של מדרון חלקלק, כלומר, אין סכנה של הגברת השימוש בתקנת הציבור במקרים שאינם נוגעים באזור.

(2) האינטרסים הציבוריים בקביעת הדין החל על העוולה הבדל בולט בין פסקי הדין לעניין הדין החל על העוולה אותו ראוי לציין הוא ההתייחסות או חוסר ההתייחסות לאינטרסים ציבוריים. קרי, בעוד שבחלק מפסקי הדין האינטרס הישראלי לעניין איזה דין יחול הינו שיקול מרכזי, בחלק אחר רכיב זה אינו מוזכר כלל<sup>306</sup>. עיון בפסקי דין הדנים באינטרס הדין הישראלי לחול, מעלה

302 ראה דיון מפורט בעניין בחלק 2 להלן.

303 זוהי גם הדעה של המלומדים האמריקאים Scoles and Hay, לעיל הערה 24 בעמ' 892.

304 בפרשת גבעת זאב, לעיל הערה 1, בית הדין הארצי לעבודה החזיר את התיקים לערכאה הראשונה לצורך בדיקה זו.

305 ר' שזו, "ברירת הדין לגבי יחסי ממון: הדין המצוי והדין הרצוי", מחקרי משפט טז(2) (תשס"א-2001) 425 בעמ' 440-441.

306 ראה לדוגמה פרשת נאיף נוזהה, לעיל הערה 110.

שתי בעיות. ראשית, אין קונצנזוס לעניין השאלה מהו האינטרס הישראלי לחול במקרה של עוולות שהתבצעו באזור, ואשר היה מעורב בהם גורם ישראלי. ניתן למצוא חילוקי דעות, במיוחד בפסקי הדין העוסקים בתאונות עבודה, המעידים על הקושי בזיהוי האינטרס הממשלתי אותו הזכרנו לעיל<sup>307</sup>. שנית, במקרים בהם נקבע כי לדין הישראלי אינטרס לחול, הוחל הדין הישראלי ללא התייחסות לאפשרות כי קיים דין זר אשר לו אינטרס מתנגש. כחלק זה נדון בשתי בעיות אלה.

\* זיהוי האינטרס העצמי של הדין הישראלי לתחולה

בפסיקה מתגלות שתי גישות סותרות לעניין האינטרס של הדין הישראלי לחול במקרים של תאונות המתרחשות באזור שבהן מעורבים ישראלים ותושבים מקומיים של האזור. מחד, קיימים פסקי דין היוצאים מתוך ההנחה כי אין לדין הישראלי אינטרס לחול במקרים אלה. הדעות בפסקי דין אלה מתבססות על המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (מס 2) תשכ"ז<sup>308</sup> הקובע, כי: "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ה באייר תשכ"ז (7.6.67) יעמוד בתוקפו עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו שינתנו על ידי... ועל הצווים של המפקד הצבאי על האזור, המעדכנים את הדין הירדני בכלל ואת חוק העבודה הירדני בפרט. לדעת המצדדים בגישה זו, מסמכים אלה מעידים על מדיניות ברורה על פיה דין ירדן יחול באזור<sup>309</sup>.

מאידך, הנחת היסוד בחלק אחר של פסקי הדין, היא כי לישראל קיים אינטרס שדינה יחול במקרים של תאונות אלה, הנובע משליטתה המלאה של ישראל באזור<sup>310</sup> ומהעובדה שבאזור גרים ועובדים יחדיו אזרחים ישראלים ותושבי האזור<sup>311</sup>. ביטוי מפורש של תפיסה זו נמצא בקביעתו של השופט אוקון בפרשת יהושע<sup>312</sup>, על פיה יש לדין ישראל "עניין" גדול יותר בתביעה, כיוון שהמדובר במפעל ישראלי ש"ניהולו ומסויו..כופים לדין ישראלי", ומפני שהדין הישראלי "מופנה אל המעביד ותכליתו היא לגבש כללי זהירות הולמים, בהם יחויב המעביד הישראלי"<sup>313</sup>.

307 ראה Fawcett, לעיל הערה 35 ו-1 paras. 4.36-4.45 Law Commission Working Paper No. 87 (1984)

308 שפורסם על ידי המפקד הצבאי.

309 ראה דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בפסק דין ע"א 300/84 אבו עטיה, לעיל הערה 118 בעמ' 3338 "לא יעלה על הדעת כי ביהמ"ש בישראל יסכל מדיניות זו על ידי החלתו של דין אחר."

310 נראה כי זו הייתה כוונתה של השופטת דורנר בפסק דין אבו עיטא, לעיל הערה 175, כאשר אמרה כי מטעמים של תקנת הציבור יש לראות במעשי נזיקין באזור שמעורבים בהם גם ישראלים, כמצב שבא בגדר החריג על פי הלכת *Boys v. Chaplin*, לעיל הערה 25.

311 יתכן והאינטרס הישראלי אינו נובע דווקא מהרצון שהדין הפנימי הישראלי יחול, אלא מהשאיפה לשוויון ולמניעת הפליה. ראה לדוגמה פרשת יהושע, לעיל הערה 124. לפי הגישה הזו אין מניעה להחיל את דין האזור אם כל העובדים הם פלסטינים.

312 לעיל הערה 124.

313 ראה גם פרשת קרעאן, לעיל הערה 128, ופרשת מתכת אריאל, לעיל הערה 282. יש אירוניה מסוימת בהתייחסות לסטנדרטים של זהירות ובטיחות ישראליים במקרים אלה, משום שלפי

לדעתנו, שתי עמדות אלה אינן משכנעות. לעניין העמדה הראשונה, ניתן לטעון כי הכוונה בחקיקת המנשר הייתה אך ורק להבטיח סדר משפטי באזור, מבלי לקבוע באילו מקרים יחול דין האזור ובאילו מקרים יחול דין ישראל. לפיכך, פירושה של חקיקה זו אינו בהכרח כי אין לדין ישראל אינטרס לחול על תאונות באזור.<sup>314</sup>

לעניין העמדה השנייה, בהנחה שהדין הישראלי מיטיב עם התובע, לא ברור מאילו מדוע יש בזהות הישראלית של הנתבע כשלעצמה<sup>315</sup> לעורר את האינטרס הישראלי. אמנם ניתן להסביר זאת בטענה שאין להבחין בין נתבעים ישראלים הגורמים נזק בישראל ונתבעים ישראליים הגורמים נזק באזור. עם זאת, הסבר זה אינו משביע רצון, הן משום שהמטרה העיקרית של דיני הנזיקין היא לפצות תובע ולא להעניש נתבע, והן כיוון שקיימים הבדלים רבים נוספים בתנאי המגורים והעסק של ישראלים באזור לעומת ישראלים בתוך הקו הירוק.

לדעתנו, ראוי לאמץ גישת ביניים הגורסת כי אף-על-פי שאין בחקיקה הקיימת שלילת האפשרות כי לדין ישראל אינטרס לחול על תאונות באזור, קיימת ציפייה של המחוקק כי כרגיל אין אינטרס כזה קיים. לפיכך, על בית המשפט לפרש את האינטרס הישראלי בהחלת דין ישראל על אירועים שהתרחשו באזור באופן מצומצם ולקבוע כי קיים אינטרס כזה רק כאשר האינטרס הינו ברור ומהותי.

#### \* חוסר ההתייחסות לאינטרסים של דינים אחרים

לפי גישת ניתוח אינטרסים, קבלת העמדה כי לדין ישראל אינטרס לחול במקרים מסוימים, אינה מחייבת היענות לאינטרס זה במקרים בהם קיימים אינטרסים מתנגשים. לפיכך, יש לבדוק אם קיימים אינטרסים מנוגדים במקרים דנן. בדיקה זו לא התבצעה בפסיקה, ולכן נוכל רק לשער מה היו יכולות להיות תוצאות בדיקה כזו אם הייתה נערכת.

ייתכן, כי הסיבה להתעלמות בתי המשפט הישראליים מהאינטרס של הדין הזר לחול במקרה שמדובר בדין האזור, נובעת מהתפיסה כי לא יכול להיות לדין ירדני כל אינטרס עצמאי, כיוון שדין זה אינו נקבע על ידי ריבון מקומי, אלא על ידי ממשלת ישראל. מנגד, ניתן לטעון כי בעוד שהמדיניות הכוללת של המשכיות הדין הקיים נקבעה על ידי מדינת ישראל, מערכת הדין הירדני הינה מערכת עצמאית וככזו יש לה אינטרס בהחלת כלליה והוראותיה הספציפיים, במקרים שהם מיועדים לחול על

הדין הירדני יש אחריות מוחלטת של המעביד, מה שלכאורה דורש מן המעביד סטנדרט גבוה יותר. השופט אמיר בפרשת יקיר, לעיל הערה 171, מביע דעתו כי הוא אינו בטוח שהדין הירדני פחות מתקדם מהדין הישראלי.

314 ראה פרשת קרעאן, לעיל הערה 128 פסקה 9.

315 בפסק דין ת.א. 636/87 אבו שמיסה, לעיל הערה 219, צוין כי למדינת ישראל יש אינטרס בביקורת על מעשי הרשויות שלה – ובמקרה זה הצבא. בשני המקרים האחרים של פגיעת ירי של חיילי צה"ל, לא הייתה כל התייחסות לאינטרס ממשלתי.

פי המטרות העומדות מאחורי אותם כללים והוראות. לפיכך, בדיונו נצא מההנחה כי ייתכן ויש לדין האזור אינטרס לחול במקרים מסוימים.

יש להניח שבפרשת יהושע<sup>316</sup> לא היה לדין האזור כל אינטרס לחול, זאת משום שלכאורה הדין הישראלי מגן על העובד המקומי טוב יותר מהדין הירדני ולכן אין לדין הירדני אינטרס למנוע הטלת עול כבד יותר על מעסיק ישראלי. כלומר, התקיימה התנגשות שווא או התנגשות מדומה. לעומת זאת, תתקיים התנגשות אמיתית במקרה הנדיר בו העובד הינו ישראלי והמעסיק הינו תושב האזור, משום שלדין ישראל יהיה אינטרס להגן על העובד ולדין ירדן יהיה אינטרס למנוע הטלת עול כבד יותר על המעביד המקומי. בנוסף, קיים פוטנציאל להתנגשות אמיתית במקרה בו הדין הירדני ייטיב עם התובע, לדוגמה אם לא הוכחה רשלנות או אם קיימת מידה רבה של רשלנות תורמת<sup>317</sup>. בדומה, קיים פוטנציאל להתנגשות אמיתית בפסק דין אלטריפי<sup>318</sup> לדין ישראל אינטרס להגן על התובע, שהינו תושב ואזרח ישראלי, הנמצא בתוך גבולות ישראל, שהתפתה על ידי מעשי הנתבע ללכת למקום סכנה בצידו השני של הגבול<sup>319</sup>. מאידך, ייתכן ויש לדין האזור אינטרס להגן על החברה המקומית שערמה את הערימה. לפיכך, קיימת כאן התנגשות אמיתית.

נוכיר כי בספרות ובפסיקה האמריקאית קיימים שני פתרונות עיקריים אותם ניתן להפעיל במקרים של התנגשות אמיתית בין שני דינים או יותר והם: החלת דין הפורום ושיטת הפגיעה ההשוואתית<sup>320</sup>. הפתרון הראשון ברור מאליו, ולפיכך נתמקד בפתרון השני. במקרה של עוולה שבוצעה באזור נראה שהפגיעה הגדולה יותר תהיה בדרך כלל, אם לא תמיד, הפגיעה באינטרס הישראלי, וזאת כי אם התקבלה הטענה כי לדין הישראלי אינטרס לחול, למרות צו מפקד האזור, הרי זהו סימן שהאינטרס הישראלי הינו אינטרס חזק שיגבר על האינטרס של הדין הירדני.

לעומת זאת, מצב בו מתקיים מתקל אמיתי בין אינטרס ישראלי לבין אינטרס של מדינה זרה, לחלוטין עלול להיות קשה יותר לפתרון. מצאנו רק מקרה אחד בו מצב זה התקיים והוא בפרשת מסיקה<sup>321</sup>. במקרה זה בית המשפט קבע כי לדין הישראלי אינטרס לחול הן על מנת להגן על התובע הישראלי מהדין הסלובני, שתואר כלא צודק ומיושן,

316 לעיל הערה 124.

317 בפרשת יהושע, לעיל הערה 124, נאמר שאין להחיל את הדין הירדני אם התובע אינו חפץ בכך. מכאן ניתן להבין שאם הדין הירדני ייטיב עם התובע, הוא יכול לבקש החלת אותו דין. לכאורה פתרון זה הינו העדפת האינטרס הירדני.

318 לעיל. הערה 174.

319 בית המשפט העליון שם דגש על העובדה שגם אם מקום הערימה היה מחוץ לגבולות ירושלים, אמצעי הזהירות שהיה על הנתבע לנקוט היו מכוונים בעיקר למנוע סיכון מילדים המתגוררים או משחקים סמוך אליה, כולל ילדים שגרו בתוך ירושלים. השלכת הנימוק הזה הינה שאם התאונה הייתה מתרחשת בלב האזור, הרי שדין האזור היה חל אפילו אם הקטין היה אזרח ותושב ישראל המטייל באזור.

320 ראה לעיל פרק א חלק 4.

321 לעיל הערה 179.

והן על מנת להגן על החברה הישראלית, אשר עליה ייפול התובע כנטל אם לא יקבל פיצוי מהנתבע. אנו מסכימים כי קיים במקרה זה אינטרס בהחלת הדין הישראלי וזאת על מנת שתובע ישראלי יקבל פיצוי ממזיק, אולם קיימים שני היבטים בנימוק בית המשפט שהם בעייתיים לדעתנו. ראשית, מתיחת ביקורת נגד דיני נזיקין של מדינה אחרת אינו עולה בקנה אחד עם רוח ההדדיות העומדת בבסיס המשפט הבינלאומי הפרטי.

שנית, אין בהחלטת בית המשפט התייחסות לשאלה האם גם לדין הסלובני אינטרס לחול. נראה, כי קיים אינטרס כזה כיוון שלכאורה מטרת הדין הסלובני הינה להגן על רופאים העובדים בבתי חולים בסלובניה מתביעות משפטיות. זאת ועוד, בפסק הדין הנ"ל נקבע לעניין הפורום הנאות על ידי שופטת בית המשפט המחוזי, כי לסלובניה עניין לגיטימי בקיום המשפט בתחומה, כיוון שהמדובר הוא "בתביעה בגין רשלנות רפואית שבוצעה באחד ממתקניה הציבוריים." לדעתנו, אם קיים אינטרס בקיום הדיון בסלובניה<sup>322</sup>, קל וחומר, קיים אינטרס לדין הסלובני בהחלתו.

לפיכך, ניתן לראות כי לפנינו דוגמה מובהקת של התנגשות אמיתית. לדעתנו, הפתרון של גישת הפגיעה ההשוואתית יוביל למסקנה, כי יש להחיל את דין סלובניה, כיוון שהפגיעה באינטרס הסלובני הספציפי, שהינו להגן על רופאים המבצעים ניתוחים בבתי חולים בסלובניה, תהיה גדולה יותר מהפגיעה באינטרס הישראלי הכללי, שהינו לדאוג לכל תושב ישראלי שנפגע עקב רשלנות<sup>323</sup>, אולם תוצאה זו אינה ברורה מאליה.

### (3) האינטרסים הציבוריים בקביעת הפורום הנאות

\* מבוא

פסיקת בית משפט העליון מתאפיינת בגישה זהירה בנוגע לשאלת הרלוונטיות של שיקולים ציבוריים בקביעת פורום נאות<sup>324</sup>. בפסק דין אבו עטיה, השופט ברק (כתוארו

322 אך ראה הערה שלנו בטקסט הצמוד להערה 347 להלן.

323 העדפת מדיניות ספציפית על פני מדיניות כללית עולה מפסק הדין Harrah, לעיל הערה 48. בנוסף, הערתו של פרופסור שפירא, לעיל הערה 15, כי החלת הדין הישראלי במקרה הזה עלולה למנוע מחולים אחרים בישראל את האפשרות להתנתח על ידי הנתבע, מציעה שהאינטרס הישראלי אינו חד-משמעי.

324 יתכן וזהירות זו משקפת את היסוסי המלומדים בעניין. גולדשטיין במאמרו *Declining Jurisdiction in Private International Law* בספר של Fawcett (ed.), לעיל הערה 131 עמ' 265, טוען שהגורמים שנקראים ציבוריים אינם באמת גורמים שישתנו ממקרה למקרה, אלא הם חלק מההצדקה של הדוקטרינה עצמה. לדוגמה, עומס בבתי משפט הינו בעייתי רק אם לתיק אין קשר עם הפורום. המלומד האנגלי Fawcett לעיל הערה 255, אף סבור ששיקולים ציבוריים אמיתיים (כגון ייעול ההליך השיפוטי על ידי שמיעת שתי תביעות שיש בהן עניין משותף באותו פורום) יישקלו ממילא בתור שיקולי נוחות הצדדים. Fawcett גם טוען כי בעיית העומס תיפתר מעצמה, כיוון שאם יהיו עיכובים אנשים לא יפנו להתדיין באותה מדינה. לדעתנו, טיעון זה אינו משכנע, לפחות לא בישראל, משום שיש עיכובים ארוכים יותר באזור, ראה לדוגמה פרשת אבו ג'חלה, לעיל הערה 132. כמו כן, לא ברור מדוע על התושבים המקומיים לסבול עד שתושבים זרים יבינו כי לא רצוי להתדיין באותה המדינה.

דאז) השאיר שאלה זו בצריך עיון. בעניין אבו ג'חלה<sup>325</sup>, הנשיא שמגר הביע את הדעה, כי יש להעדיף את הגישה האמריקאית על פני הגישה האנגלית<sup>326</sup>, ולכן אם כפות המאזניים מעוינות, יש להתחשב בשיקולים ציבוריים. עם זאת הדגיש שמגר, כי השיקולים הציבוריים אינם מכריעים במקרה הספציפי, כיוון שבמקרה זה ניתן לקבוע שישראל אינה פורום נאות מבלי להזדקק להם כלל<sup>327</sup>. זאת ועוד, בפרשת מסיקה<sup>328</sup> קבע המשנה לנשיא השופט לוין כי בנסיבות המקרה לא ניתן לייחס משקל מכריע לשיקולי טובת הציבור.

עם זאת ולמרות האמור לעיל, מוצאים אנו לאחרונה רמז משופט בית משפט העליון, הוא השופט רבלין, כי שופטים אכן מתחשבים באינטרסים ציבוריים אחרים שעד כה לא קיבלו ביטוי מפורש. בפרשת אלביט<sup>329</sup>, מעיר השופט רבלין כי "בית המשפט הקשה על נתבעים אשר העלו טענת פורום בלתי נאות, כאשר בפניו ניצבו תובעים ישראליים. זאת מתוך רצון להגן ולהקל על התובע הישראלי, במיוחד כאשר מדובר בצרכן"<sup>330</sup>. לדעתנו, אינטרס זה נובע בין היתר מהתפיסה כי אחד מתפקידיה של מערכת בתי משפט בארץ הינה לשרת את תושבי המדינה<sup>331</sup>. אינטרס זה מסביר כמובן את ההחלטות בבית המשפט העליון במקרים הגבוליים של פרשת מסיקה<sup>332</sup> ופרשת הגבס<sup>333</sup>.

לעומת גישת בית המשפט העליון, שופטי ערכאות ראשונות אמצו את הערות

325 לעיל הערה 132.

326 באנגליה, בית הלורדים אישר לא מזמן כי באנגליה אינטרסים ציבוריים אינם רלוונטיים (*Lubbe v. Cape Plc* [2000] 1 WLR 1545, 1566 per Lord Hope of Craighead), אך המלומד מצייין שגישה זו לא עולה בקנה אחד עם כללי סדר הדין האזרחי החדשים, שמטרתם המוצהרת כוללת "to deal with cases justly", כולל, במידת האפשר – "allotting to [each case] an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases." E. Peel "Forum Non Conveniens Revisited" 117 *Law Quarterly Review* (2001) 187.

327 אך השופטת שטרסברג כהן בע"א 4716/93 זריקאת, לעיל הערה 180, מזכירה שיקולים ציבוריים.

328 פרשת מסיקה, לעיל הערה 183.

329 פרשת אלביט, לעיל הערה 183.

330 שם בפסקה 12. השופט מזכיר את המאמר של גולדשטיין וטאוסגי, "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי משפט הכלליים" עלי משפט ג (תשס"ג) 279, לעיל הערה 226, בעמ' 310–311 כמקור דבריו.

331 יש לציין שתושבי המדינה מסבסדים את המערכת על ידי תשלום המיסים. להכרה בארה"ב של האינטרס של מדינת התובע בקיום הדיון שם, ראה קרייני, לעיל הערה 12 בעמ' 291, והמקורות המובאים שם.

332 לעיל הערה 183.

333 ניתן להבין את הערתו של השופט אור בפרשת הגבס, לעיל הערה 188 בעמ' 115, שהנתבעת הייתה צריכה לצפות בתיתבע במדינה שאליה מגיעים מוצריה, כאמירת מדיניות, קרי שיש לאפשר לאלה שקונים מוצרים אלה לתבוע במדינותיהם, ולכן כאשר מדובר בקונה ישראלי קיים אינטרס ישראלי לאפשר את קיומו של הדיון בארץ.

האוביטר של השופט שמגר ומתייחסים ברוב המקרים לשיקולים ציבוריים באופן חופשי. בפסיקתם ניתן למצוא התייחסות לאינטרס הממשלתי בשני מישורים. ברובם של המקרים ההתייחסות הינה למישור השלילי – דהיינו, כי קיים אינטרס שלא לקיים את המשפט בפורום מסוים<sup>334</sup>. אולם, מצאנו גם התייחסות למישור החיובי – דהיינו, כי לאור טבע התובענה או הנסיבות הספציפיות של המקרה, יש למדינה מסוימת אינטרס שהדיון יתקיים בפורום מסוים. נבדוק את שני המישורים.

\* "אינטרסים שליליים"

עומס על בתי משפט ישראלים: אינטרס מדינת ישראל למנוע הטלת עומס מיותר על בתי המשפט שלה, מוזכר באופן שגרתי במקרים בהם מחליט בית המשפט כי ישראל אינה הפורום הנאות. אינטרס זה מודגש במיוחד כאשר התובע הוא תושב האזור<sup>335</sup>, בשל הפוטנציאל הקיים לפתיחת פתח לתביעות רבות מסוג זה. עם זאת, התייחסות לאינטרס זה קיימת גם במקרים של תביעות זרות אחרות להן אין קשר מספיק לישראל<sup>336</sup>. במקרים אלו אימצו בתי המשפט הישראליים את הגישה האמריקאית ולא את הגישה האנגלית<sup>337</sup>.

יחד עם זאת, חשוב לציין שבכל המקרים בהם נלקח בחשבון האינטרס למנוע

334 למעשה תמיד מדובר בפורום הישראלי, אבל באופן עקרוני אין סיבה לא להתייחס לאינטרס של מדינה זרה שהדיון לא יתקיים שם.

335 ע"א 2705/91 אבו ג'חלה, לעיל הערה 132, אררט נ' אחמד, לעיל הערה 181, ע"א 4716/93 זריקאת, לעיל הערה 181.

336 השיקול מוסבר יפה בעניין *Gemidam*, לעיל הערה 180, על ידי השופטת שידלובסקי אור: "בתי המשפט בישראל עמוסים לעיפה ועומס זה נותן אותותיו בחיי היומיום, כאשר אנשים שנפגעו בתאונות קשות, או שרכשו דירה והקבלן הפר את החוזה עימם, ממתניים בתור שנים לקביעת מועד לשמיעת עניינם, ונשחקים בתהליך זה. הוספת עניינים ללוח העמוס של בתי המשפט, עניינים שאין להם זיקה מכל סוג שהוא לישראל, באה בדרך הטבע על חשבון העניינים המקומיים הממתניים בתור, ונמצאו תושבי ישראל נפגעים. יש להזכיר בהקשר זה את הנאמר בגמרא, מסכת בבא מציעא ע"א א: "עמי ונוכרי עמי קודם, עמי ונוכרי עמי קודם, עניין ועניין עירך עניין קודמין, עניין עירך ועניין עיר אחרת עניין עירך קודמין". ראה גם כן עניין *Odessa*, לעיל הערה 180, וכן פרשת מסיקה, לעיל הערה 221, שלדעת השופטת אלשיך "תיצור עומס בלתי ראוי על מערכת בתי משפט בישראל" (מוזכר בערעור לעיל הערה 183 עמ' 820).

337 בארה"ב עומס על בתי המשפט מוזכר באופן שכיח כשיקול נגד שמיעת הדיון בפורום, בעוד שבאנגליה טיעון זה לא רק שאינו נחשב לגיטימי – נהפוך הוא. התדיינות של זרים באנגליה זוכה לעידוד ונתפסת כמקור פרנסה (ייבוא סמוי). ישנם שני הסברים עיקריים להבדל בין התפיסה האמריקאית לזו האנגלית בעניין זה: (1) טבען של התביעות "הזרות" המוגשות: בעוד שבארה"ב מדובר בתביעות בגין נזק גופני שנגרם בחו"ל או במדינה אחרת נגד חברות אמריקאיות, שלא נתפסות כ"עניין" של הפורום, באנגליה מדובר בתביעות מסחריות (המתוארות על ידי הפרשן Robertson, לעיל הערה 134, כ-"highly desirable stuff") (2) פנייתם של זרים אל המערכת המשפטית האנגלית, במיוחד בעניינים מסחריים, נתפסת באנגליה כהוכחה לרמתה הגבוהה של זו והינה מקור לגאווה. בארה"ב לא קיימת תחושה מקבילה, ולשופטים יש אינטרס עצמי לצמצם את עומס עבודתם (Robertson שם עמ' 417).

עומס על בתי המשפט, ברור כי השיקולים האחרים שנשקלו באותו מקרה היו מובילים לאותה התוצאה אף ללא התחשבות בשיקול הזה<sup>338</sup>. דהיינו, שיקול זה מוזכר למעשה כהצדקה נוספת.

הקושי בהוכחת דין זר<sup>339</sup>: שיקול זה מובא לעיתים כשיקול של נוחות<sup>340</sup> ולעיתים כשיקול ציבורי<sup>341</sup>. לדעתנו, טעות תהיה להתייחס לקושי בהוכחת דין זר כשיקול ציבורי<sup>342</sup>, כיוון שלמעשה נופל עול על הצדדים, אשר עליהם לשלם לצורך הבאת המומחים לדין הזר לצורך הוכחתו<sup>343</sup>. ההשלכה הציבורית לעניין הצורך להוכיח דין זר הינה רק בהתארכות המשפט. אם מדובר במשפט שלגביו ישראל היא הפורום הנאות<sup>344</sup>, האינטרס הציבורי לעשיית צדק גובר על תוספת הזמן השיפוטית העלולה להיגרם. אם מדובר במקרה בו ישראל אינה הפורום הנאות, ראוי לסרב לדון בתביעה בלאו הכי. זאת ועוד, הטיעון כי למדינה אינטרס שלא לשמוע משפטים הדורשים הוכחות דין זר, מערער את כל מערכת המשפט הבינלאומי הפרטי, המבוססת על נכונות בתי משפט להחיל דין זר.

\* "אינטרס חיובי"

סוג התביעה: בפרשת אנג'ל<sup>345</sup> נקבע שמטרת הליך פשיטת הרגל מחייבת פעולה בדרך היעילה ביותר על מנת לתפוס את החייב ולכנס את נכסיו במקום בו הוא נמצא. האוניברסליות של פקודת פשיטת הרגל מאפשרת את העברת נכסי החייב לנאמן בחו"ל<sup>346</sup>. ניתן לטעון כי למעשה המדובר הוא באינטרס פרטי של הנושים ולא באינטרס ציבורי.

בפרשת מסיקה<sup>347</sup>, שופטת הערכאה הראשונה קבעה כי לסלובניה עניין לגיטימי

338 ראה לדוגמה פרשת זריקאת, לעיל הערה 181, עניין *Odessa* לעיל הערה 180.  
 339 לעיתים שיקול זה מוצג באופן חבוי – היינו כי יש ליישב סכסוכים בפני בית המשפט המכיר את הדין (פרשת אבו ג'חלה, לעיל הערה 132 עמ' 577). לדיון על שימוש בדוקטרינה של פורום לא נאות כפתרון של קושי בהוכחת דין זר, ראה R. Fentiman, *Foreign Law and the Forum conveniens* in J.A.R. Nafziger and S.C. Symeonides (ed.), *Law and Justice in a Multistate World* (2002, NY), at p. 275.

340 חדר נ' *Realdredit*, לעיל הערה 184.

341 בפסק דין אררט ביטוח נ' אחמד, לעיל הערה 181, נאמר "שיקול נוסף הוא שיקול ציבורי: יש ליישב סכסוכים במקומם הטבעי ובפני בית המשפט המכיר את הדין". יש אירוניה בהערה זו במקרה זה, משום שלפי הדין החל באזור, חלו צווים של המפקד הצבאי לגבי תאונות עבודה.

342 אך השווה *Gulf Oil Corp v. Gilbert* 330 US 501, 508-9 לעיל הערה 236.

343 ראה גם גולדשטיין, לעיל הערה 129.

344 אם הדין שלכאורה חל על המקרה הוא הדין של "הפורום המתחרה", עובדה זו נלקחה בחשבון בקביעה מהו הפורום הנאות (ראה לעיל חלק 2(ב)3 של פרק זה).

345 לעיל הערה 183.

346 ראה גם ת"א (ת"א) 11/79 פולק נ' דה אטואל, לעיל הערה 134 בעמ' 353, בו נאמר שאם בית המשפט משוכנע שהתובע בורח מנושיו, יצדיק הדבר דחיית בקשתו לעיכוב הליכים נגדו.

347 לעיל הערה 221.



בקיום המשפט בתחומה משום שהמדובר הוא "בתביעה בגין רשלנות רפואית שבוצעה באחד ממתקניה הציבוריים". ראוי לציין, כי השופטת אינה מבהירה מהו בדיוק האינטרס הסלובני. לכאורה, האינטרס של סלובניה הינו החלת דינה ולא קיום המשפט בתחומה.

מדיניות לגבי האזור: במספר מקרים בהם היו שני הצדדים תושבי האזור, במקום או בנוסף להתייחסות לאינטרס הציבורי השלילי של מניעת עומס על בתי משפט בישראל, נמצאה התייחסות לאינטרס הישראלי החיובי, קרי כי התדיינות בין תושבי האזור תתקיים באזור. בדרך כלל מצוין רק כי מדיניות השלטון הישראלי מאז 1967 היא להשאיר על כנם את מוסדות המשפט באזור, ללא דיון בסיבה העומדת מאחורי מדיניות זו. עם זאת, מדיניות זו מוצגת לעיתים כמדיניות המיועדת לשרת את אינטרס תושבי האזור. לדברי השופט זילר "אין להשליט מערכת בתי משפט זרה על תושבי האזור, על ידי מתן יכולת לאחד הצדדים לתבוע את יריבו בארץ"<sup>348</sup>. אם הסבר זה מתקבל, הרי מדובר בשיקול פרטי, על פיו הצורך לעשות צדק בין הצדדים דורש כי המשפט יתקיים באזור ולא יתקיים בישראל, ללא קשר לאינטרס הציבורי הישראלי.

#### (4) סיכום – אינטרסים ציבוריים

מהסקירה שערכנו עולה כי ההתייחסות לאינטרסים ציבוריים משתנה מהקשר להקשר. לעניין קביעת הדין החל על החוזה, הובהר בפרשת גבעת זאב<sup>349</sup>, כי אינטרסים ציבוריים אינם רלוונטיים בקביעת דין החוזה, אלא רלוונטיים רק בשלב מאוחר יותר, לעניין ההכרעה בשאלה האם תקנת הציבור מחייבת סטייה מהחלת דין החוזה. אמנם בעוד שבהקשר של קביעת הדין החל על העוולה, קיימת התייחסות לאינטרסים ציבוריים ברוב המקרים, הרי שהמשקל המיוחס לאינטרסים אלה משתנה ממקרה למקרה. בנוסף, אין תמימות דעים לעניין שאלת תוכנו של האינטרס הישראלי במקרים בהם התרחשו אירועים באזור, ואשר בהם צד אחד היה ישראלי והצד השני תושב האזור. זאת ועוד, הגישה בפרשת מסיקה, המעניקה עדיפות ברורה לצד המקומי בהסתמך על ההנחה כי אינטרסים ציבוריים מחייבים מתן פיצוי, תוך התעלמות מוחלטת מהאינטרס של המדינה הזרה, נראה יותר כאימוץ של גישת ה-*better law*<sup>350</sup> ולא כהפעלת גישת מירב הזיקות. לאור זאת ניתן לראות בפסיקה בעניין הדין החל על העוולה, הוכחה לטיעונים בדבר חוסר הוודאות והמניפולציה המובאים על ידי המתנגדים להתייחסות לאינטרסים ציבוריים בהליך ברירת הדין<sup>351</sup>. לפיכך, נראה לנו כי גם בעניין הדין החל על העוולה ייתכן ועדיף להתייחס

348 בת"א 527/92 פאח'ורי נ' החברה הערבית לביטוח (לא פורסם), מצוטט בת"א (י"ם) 21793/95 אררט חברה לביטוח נ' אחמד, לעיל הערה 181.

349 פרשת גבעת זאב, לעיל הערה 1.

350 לתיאור של גישה זו ומקורה, ראה קרייני, לעיל הערה 12 בעמ' 55–56.

351 ראה לעיל פרק ב חלק 3.

לאינטרסים ציבוריים כחלק של חריג תקנת הציבור<sup>352</sup> במקום כחלק מקביעת הדין החל<sup>353</sup>. ונשאלת השאלה, האם לפי גישה זו, תדחה תקנת הציבור את הדין החל בפסקי דין המובאים לעיל? אנו כבר הבענו את הדעה שעקרונית יש הצדקה בקביעה, כי תקנת הציבור הישראלית מחייבת את החלת דין ישראל על יחסים בין ישראלים לתושבי האזור וזאת בגלל האופי הפוליטי של היחסים בין ישראל לאזור. לעומת זאת, לדעתנו, אין תקנת הציבור מחייבת את דחיית הדין הסלובני בפרשת מסיקה<sup>354</sup>. אמנם תוכן הדין הזר הינו מיושן ולא נאור, אך אי אפשר לומר שהוא נוגד "ערכים חברתיים בסיסיים, עקרונות מוסר מושרשים ומושכלות ראשונים של צדק והגינות"<sup>355</sup>.

יש לציין, כי אין אנו מציעים הוצאת שיקולי האינטרסים הציבוריים אל מחוץ לשאלת קביעת הדין החל לחלוטין. לדעתנו, ראוי להתייחס לשיקולים אלה במקרים בהם בדיקת האינטרסים של המדינה שדינה אמור לחול מובילה למסקנה שאין לה אינטרס שדינה יחול במקרה הנדון, קרי כלל מסוים אינו מיועד לחול במקרה הספציפי. במקרה זה קיימת התנגשות שווא<sup>356</sup>, ואם קיימת נורמה של מדינה אחרת שכן מיועדת לחול, יש להעדיף אותה.

מהפסיקה העוסקת בפורום נאות, עולה כי ההתייחסות לאינטרסים ציבוריים הייתה בעייתית פחות במקרים אלה מאשר בהקשר של קביעת הדין החל. עיון בפסיקה מגלה, כי למרות ש"האינטרס השליילי" באי קיום המשפט בישראל הוזכר פעמים רבות, לא הייתה לו השפעה על התוצאה הסופית. בנוסף, ראינו כי מלבד השיקול לעניין מניעת עומס בבתי המשפט, השיקולים האחרים המוזכרים כשיקולים ציבוריים הם בעצם שיקולים פרטיים או שיקולים שאינם רלוונטיים לקביעת הפורום הטבעי.

לעומת זאת, בשני מקרים בהם הוזכר אינטרס חיובי, האינטרס היה מכריע<sup>357</sup>. יתר על כן, הערתו של השופט רבלין בפרשת אלביט, המרמז כי החלטות בעניין פורום נאות מושפעות ממדיניות והשקפת עולם סמויות של השופטים לגבי שאלות

352 גישה זו אינו מאפשרת, כמובן, לקחת בחשבון אינטרסים של מדינות אחרות, אך ראינו שלמעשה בתי משפט בישראל אינם מתחשבים באינטרסים אלה. בנוסף, אם מפרשים את תקנת הציבור בצורה מצומצמת, הרי שנפעיל את החריג רק במקרים שהאינטרס הישראלי הינו כה חזק, שהוא לבטח יגבר על אינטרסים זרים (לפחות בעיני בית המשפט הישראלי).

353 לביקורת על התייחסות לאינטרסים בפרשת *Boys*, לעיל הערה 25, ראה Fawcett and Torremans, *Intellectual Property and Private International Law* (Oxford and NY, 1998), at pp. 627–628.

354 פרופסור שפירא גם סבור כך (לעיל, הערה 15 בעמ' 90–91).  
355 דבריו של פרופסור ע' שפירא, "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ", עיוני משפט ד (תשל"ה) 509, 528, שצוטטו על ידי השופט חשין בע"א 93/1137 אשכר נ' היימס, פ"ד מח(3) 641. השופט חשין מזהיר שלא די בכך שפסק דין זר הינו מוטעה או גורם אי צדק. דברים אלה נאמרו בהקשר של השאלה האם פסק דין זר נוגד את תקנת הציבור, אך יפים הם גם לגבי השאלה האם הדין הזר נוגד את תקנת הציבור.

356 ראה לעיל פרק ב חלק 3.

357 בפסק דין אנג'ל, לעיל הערה 184 ובפרשת מסיקה בערכאה הראשונה, לעיל הערה 221.

נורמטיביות כגון תפקידם של בתי המשפט הישראליים, הינה מאירת עיניים. לדעתנו, ראוי להתייחס לשיקולים נורמטיביים מסוג זה באופן מפורש<sup>358</sup>.

### 3. סיכום הפסיקה המיישמת את גישת "מירב הזיקות" והמסקנות המתבקשות

הניסיון הישראלי ליישום מבחן מירב הזיקות בהקשר של דיני חוזים אינו מעיד על קשיים מעשיים ביישום המבחן, למרות הבלבול הדוקטרינלי הקיים. ספק אמנם אם ניתן להסיק מסקנות בעלות ערך ממדגם כה קטן של פסיקה, במיוחד לאור העובדה שרובה ישנה יחסית, אולם ראוי לציין כי מסקנה זו הוסקה גם על ידי מלומדים אנגליים על בסיס מדגם פסיקה רב יותר<sup>359</sup>. ייתכן וההסבר לחוסר בעייתיות של יישום מירב הזיקות בקביעת הדין החל על החוזה, הינו כי קיים מרחב צר יותר לחוסר עקביות ביישום המבחן בהקשר זה, משום שאין התייחסות לציפיות הסבירות של הצדדים ומשום שאינטרסים ציבוריים אינם נשקלים בקביעת הדין החל, למעט בפרשת חמיס<sup>360</sup>.

לעומת זאת, בהקשר של קביעת הדין החל על העוולה, ראינו חוסר עקביות הן בזיהוי הציפיות הסבירות של הצדדים והן בזיהוי האינטרסים הציבוריים הנגרם, במידה רבה בשל תפיסות העולם השונות של השופטים. בנוסף, ציינו כי בדרך כלל התייחסו שופטים לרכיבים אלה על מנת לחזק את המסקנה אליה הגיעו על ידי שקלול הזיקות העובדתיות באותו המקרה. לכן, לא ברור כלל איזה משקל יש לייחס לרכיבים אלה אם הם היו נוטים בכיוון אחר מזה שאליו מוביל שקלול הזיקות. קשיים אלה הובילו אותנו למסקנה, כי אין להתייחס לציפיות סבירות במובן האובייקטיבי ולאינטרסים ציבוריים כרכיבים נפרדים ביישום מבחן מירב הזיקות בהקשר זה.

358 אינטרסים נורמטיביים של הפורום מוזכרים על ידי בתי המשפט בארה"ב. הניתוח של פסיקה זו על ידי קרייני בספרו, לעיל הערה 12 עמ' 290–298, מגלה חוסר עקביות בנושא זה. לדוגמה, כתביעה שהוגשה בקליפורניה נגד יצרן שמקום עסקו הראשי היה בקליפורניה, בגין מוצרים פגומים ששווקו באנגליה על ידי תובעים שסבלו נזק באנגליה, נאמר "While we are sensitive to concerns of creating or adding to trial court backlogs, California courts have a responsibility to provide a forum for litigation against corporations utilizing this state as their principal place of business for torts committed in California" (*Holmes v. Syntex Laboratories Inc.* 156 Cal. App. 3d 372 (1984)).

359 ראה לדוגמה Prebble לעיל הערה 3, המציין בעמ' 653 "the English proper law test is applied with general success and without complaint from the courts that it gives insufficient guidance". כמו כן ראה "The Proper Law of the Contract — An Obituary" F.A. Mann (1991) 353 LQR 107. הוא מתאר את כלל ברירת הדין האנגלי (כולל כמובן מבחן הקשר הקרוב ביותר) במילים: "one of the great achievements of the English judiciary during the last 041 years or so which.....was recognised and followed in practically the whole world and has not at any time or anywhere led to dissatisfaction or to a demand for reform."

360 הערה 161 לעיל.

לגבי אינטרסים ציבוריים, ראינו שאין התייחסות לאינטרסים של מדינות אחרות ולכן עדיף, לדעתנו, להתייחס לאינטרסים של הפורום במסגרת השאלה, האם תקנת הציבור מחייבת סטייה מהדין החל.

נציין, כי הפחתת המעמד של ציפיות הצדדים ואינטרסים ציבוריים אינו פותר כמובן את כל הבעיות ביישום גישת מירב הזיקות בהקשר של ברירת הדין בנוזיקין כיוון, שכפי שראינו, גם בתהליך פרשנות וסקולול הזיקות קיים מרחב גדול למדי לתפיסות שונות המובילות להחלטות סותרות. בפרק השישי נדון בדרכים לצמצום מרחב זה.

בהקשר של פורום נאות, נראה כי הבעיה העיקרית ביישום גישת מירב הזיקות היא בכך כי המשקל שניתן לזיקה מסוימת או שיקול מסוים עלול להיות שרירותי<sup>361</sup>, או מושפע ממדיניות והשקפות עולם סמויות של שופטים לגבי שאלות נורמטיביות, כגון תפקידם של בתי המשפט הישראליים. בנוסף, גם בהקשר זה ההתייחסות לציפיות הסבירות של הצדדים במקרים בהם הציפיות אינן ברורות תורמת לחוסר הודאות. לכן גם בהקשר הזה הצעתנו היא שאין להתייחס לציפיות הסבירות של הצדדים כמובן האובייקטיבי כגורם עצמאי. לעומת זאת, יש מקום להתייחס באופן מפורש לאינטרסים הציבוריים השונים, חיובים ושליילים, ספציפיים וכלליים, הנובעים מהמדיניות הנורמטיבית של הפורומים האלטרנטיביים<sup>362</sup>.

אף-על-פי כן, נראה לנו שהבעיה האמיתית הינה עמוקה יותר והיא כי ההנחה העומדת בבסיס שימוש בגישת מירב הזיקות על מנת לקבוע מהו הפורום הנאות, קרי ההנחה כי העובדה שפורום אחד הוא בעל "מירב הזיקות" הופכת כל פורום אחר להיות פורום לא נאות, הינה מוטעית. הנחה זו מתעלמת מהנחת היסוד כי כללי סמכות אינם קובעים סמכות בלעדית, אלא רק סף כניסה לפורום מסוים<sup>363</sup>. יש להדגיש כי ההנחה המוטעית הייתה פחות בעייתית אם היו מקפידים על רמת ההוכחה המוצהרת, קרי הוכחה כי קיים פורום זר שהוא מתאים יותר באופן ברור ומובחן (*clearly and distinctly*). בפרק ו נציע פתרון חלקי להנחה מוטעית זו.

361 המסקנה של המחברת הנוכחית מניתוח פסקי הדין הראשונים שבהם יושמה גישת מירב הזיקות בעניין פורום לא נאות באנגליה לפני 18 שנה, "Where the factors point in different direction, the court must put them in the balance in order to make its decision. It is difficult to establish the criteria used by the court in performing this exercise. It is unclear whether any more weight should be given to some factors than to others." לגבי הפסיקה הן בישראל והן באנגליה.

362 הבעיה של איזה משקל לתת לאינטרסים אלה נפתרה במידה רבה על ידי הצעתנו להלן להוריד את האלמנט ההשוואתי מקביעת הטבעיות של הפורום (ראה פרק ו' חלק 3 להלן).

363 קרייני, לעיל הערה 12 בעמ' 298.

## ה. ההשלכות הנובעות מאימוץ גישת "מירב הזיקות" בישראל

## 1. חוסר ודאות

מניתוח הפסיקה בפרק הקודם עולה כי בשניים מההקשרים שבדקנו, התממש הפוטנציאל ליצירת חוסר ודאות הטמון בגישת מירב הזיקות. בכל ההקשרים ובמיוחד בעניין ברירת הדין בנזיקין, מתקבלות תוצאות סותרות במקרים זהים, ובהקשר של פורום נאות מתקבלות החלטות שונות באותו מקרה בערכאות שונות.<sup>364</sup>

כידוע, חוסר אפשרות לצפות כיצד יישם בית המשפט את החוק מקשה הן על תכנון עסקאות בטרם מתגלה סכסוך<sup>365</sup> והן על ניהול משא ומתן "בצל החוק". התוצאה בשל כך היא יצירת התדיינות מיותרת, הפוגעת בדרך כלל בשני הצדדים, או השגת פשרה שאינה צודקת כלפי הצד החלש, שאינו יכול להרשות לעצמו את הסיכונים של התדיינות.

יש לציין, כי מחיר חוסר הוודאות הנגרם בשל גישת מירב הזיקות, הינו כבד יותר בהקשר של דוקטרינות הפורום הבלתי נאות והפורום הנאות, מאשר בהקשר של ברירת הדין וזאת משתי סיבות. ראשית, אימוץ ודרך היישום של גישת מירב הזיקות בהקשר של פורום לא נאות, העלו באופן משמעותי את כמות ההתדיינות בשאלה היכן ראוי לדון בגופו של הסכסוך<sup>366</sup>, כאשר לא ברור ששינוי כלל ברירת הדין החל על העוולה גרם לעלייה דומה בהתדיינות<sup>367</sup>. שנית, תוצאות חוסר הוודאות הינן חמורות יותר בעניין קביעת טבעיות הפורום. זאת משום שחוסר הוודאות יוצר מחד תמריץ לתובעים לעסוק ב-*forum shopping*, כיוון שיש סיכוי שבית המשפט יסכים לדון בתביעה<sup>368</sup>, ומאידך תמריץ לנתבעים להעלות את הדוקטרינות של פורום לא נאות<sup>369</sup>.

364 באנגליה, המלומד Peel (לעיל הערה 326 בעמ' 189–190) מתלונן על תופעה זו בהקשר של פורום לא נאות.

365 בדרך כלל תכנון אינו רלוונטי בהקשר של נזיקין, אך אין זה המצב כאשר קיימים יחסים קודמים בין הצדדים. לדוגמה, לאור הפסיקה, מעביד ישראלי מהאזור המעסיק תושבים מקומיים אינו יודע האם הוא צריך ביטוח מעביד ברמה של הדין הירדני או ברמה של הדין הישראלי.

366 הן במקרים שברור מאליו שישראל אינה הפורום הנאות (אסמכתאות בהערות 180 ו-181 לעיל), והן במקרים בהם ברור שישראל הינה פורום נאות משום שיש זיקות משמעותיות אליה, אפילו אם יש אפשרות שפורום אחר נאות יותר במידה שולית – לדוגמה פרשת מסיקה, לעיל הערה 221, פרשת הגבס, לעיל הערה 189, ופסק דין *Ellen Sibley* לעיל הערה 184.

לביקורת על התפיסה של התדיינות כדי לדעת היכן להתדיין, ראה A. Briggs "Conflict of Laws: Postponing the Future" 9 *Oxford Journal of Legal Studies* (1989) 253.

367 נראה לנו שהסיבה לעלייה במספר המקרים הינה עליית רמת הקשר בין תושבי האזור לבין ישראלים בעשרים השנה האחרונות. בנוסף, אחת מהסיבות לריבוי המקרים האלה הינה שבית משפט העליון לא דן בעניין לעומת זאת, בית המשפט העליון דן בעניין של פורום לא נאות מספר פעמים ואף על פי כן, מתרבים המקרים.

368 לדוגמה, פסק הדין *Odessa*, לעיל הערה 180, ופסק הדין *Gemidam*, לעיל הערה 180.

369 בספרות כינויה של תופעה זו הוא "reverse forum-shopping". ראה לדוגמה, F.K. Juenger "Forum Shopping, Domestic and International" 63 *Tulane Law Review* (1989) 553.

או פורום נאות<sup>370</sup> מסיבות טקטיות טהורות, היינו, בכוונה לעכב את המשפט הסופי או על מנת להתיש את התובע. בנוסף, חשוב לציין, כי ההנחה על פיה תוצאת ההחלטה בעניין פורום נאות אינה גורלית, משום שהיא קובעת את מיקום הדיון בלבד ולא את חבותו של הנתבע<sup>371</sup>, הינה שגויה מעיקרה. כאשר הטיעון של פורום לא נאות שהועלה על ידי נתבע מתקבל או כאשר התובע אינו מקבל היתר להמציא לחו"ל את התובענה, ייתכן ולתובע לא יהיו האמצעים או האנרגיה להגיש תביעה מחדש בפורום "הטבעי". מסקר שנערך בארה"ב, עולה כי ההחלטה בעניין פורום לא נאות היא לעיתים קרובות "outcome determinative" (קרי, קובעת את התוצאה הסופית של ההתדיינות)<sup>372</sup>, וכי ייתכן ותוצאת עיכוב ההליכים תהיה כי התביעה לא תידון בשום מקום ואף הסכם פשרה סביר לא יושג. כמובן, כאשר מדובר בתובע העוסק ב-*forum shopping* השלכות אלה מוצדקות, אך הבעיה היא שחוסר הוודאות ביישום הדוקטרינות עלול להביא למצב שבו יפגעו תובעים תמי לב<sup>373</sup> ולעיתים אפילו איום מצד נתבע כי יעלה את הטיעון של פורום לא נאות עלול לגרום לתובע לוותר על תביעתו ולהסכים לקבל פשרה לא הוגנת. כלומר, המצב רחוק מלהבטיח כי התביעה תישמע במקום בו מטרות הצדק תקבלנה מענה באופן הטוב ביותר<sup>374</sup>. ייתכן ובניסיון להגן על הנתבע מ-*forum shopping* – הלכנו רחוק מדי והגענו למצב בו אנו פוגעים בסיכויי התובע להשיג צדק. להלן נבדוק דרכים חלופיות להשגת המטרות העומדות מאחורי הדוקטרינות של פורום נאות ופורום בלתי נאות, ללא חוסר הוודאות הקיים היום<sup>375</sup>.

370 ראינו לעיל שלמרות שבאופן מסורתי נטל ההוכחה נוטל על התובע להוכיח כי הפורום הוא נאות כאשר הוא מבקש היתר להמציא לחו"ל, בשנים האחרונות בתי המשפט בישראל הטילו את הנטל על הנתבע להוכיח כי קיים פורום מתאים יותר, כאשר קיימת אחת מהעילות בתקנה 500 של תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (ראה חלק 2(ב)3 של פרק ד). כמו כן, אפילו אם הנטל הוא על התובע, כאשר ההיתר ניתן במעמד צד אחד, הנתבע שמבקש את ביטול ההיתר יעלה את הנושא של פורום נאות.

371 זהו כנראה הבסיס לדיעה של Justice Scalia בבית המשפט העליון של ארה"ב כי ניתן להשלים עם חוסר האחדות וחוסר הפשרות לצפות את התוצאה, הטמונים בדוקטרינה של הפורום הלא נאות, משום שהדוקטרינה משמשת ככלל פרוצדורלי ולא ככלל מהותי: *American Oredging*, *Co. v. Miller*, 510 VS 443, 445 (1998).

372 הסקר התבסס על שאלונים שנשלחו לעורכי דין אשר תביעות לקוחותיהם נדחו בשל הדוקטרינה של פורום לא נאות. נמצא כי 49% מהתובעים הפרטיים במקרי נזקי גוף ו-27% מהתובעים המסחריים ויתרו על התביעה או התפשרו על פחות מ-10% מערכה. בתאריך הסקר אף לא אחד מהתובעים זכה בבית משפט זר, אם כי יש לציין כי 15% מהתביעות היו עדיין תלויות ועומדות. ראה D.W. Robertson "Forum Non Conveniens in America and England: "A Rather Fantastic Fiction?" at p. 419-420, לעיל הערה 132.

373 לדוגמה, אם הערעור של מר מסיקה לא היה מתקבל, לא בטוח שהוא היה יכול לתבוע בסלובניה, אפילו אם לפי הדין הסלובני היה מגיע לו פיצוי.

374 "where the ends of justice can best be met" (כדבריו של השופט Goff בפסק דין *Spiliada*, הערה 134 לעיל).

375 בפרק 1 להלן.

## 2. טשטוש ההבחנה בין סמכות השיפוט לבין ברירת הדין

פסיקה רבה העוסקת ביישום מבחן מירב הזיקות בהקשר של פורום נאות דנה בעוולות ובחוזים. לפיכך, עולה השאלה מהו ההבדל, אם בכלל, בין יישום מבחן מירב הזיקות לצורך קביעת הפורום הנאות, לבין יישומו לצורך קביעת הדין החל. השופטים המתייחסים לשאלה זו מודעים לכך כי קיים הבדל, אולם מתקשים להסביר במה הוא מתבטא. להלן ציטוטים מדברי שופטים לשם המחשת טענתנו זו:

"אין מדובר ביישום זהה של מבחנים, באשר ההדגשים והתכליות שונים. בעוד שבסוגיית הפורום הנאות נבחנת שאלת מקום הדיון, הרי בשאלת כללי ברירת הדין נבחן הדין המהותי החל על ההליך. אין דין זה כדין זה"<sup>376</sup>.

"הכללים בסוגיית ברירת הדין דומים במידה רבה לכללים המיושמים בסוגיית פורום לא נאות, ולכן במידה רבה תהיה להלן חזרה על דברים שכבר נאמרו לעיל"<sup>377</sup>.

לכן לכאורה, שימוש בגישת מירב הזיקות הן בהקשר של קביעת הפורום הנאות והן בהקשר של קביעת הדין החל, הביא לטשטוש מסוים בין סמכות השיפוט לבין ברירת הדין<sup>378</sup>. בנוסף, הפחתת משקלם של שיקולי הנוחות בקביעת הפורום הנאות תרמה אף היא לטשטוש הזה.

עולה איפוא השאלה, האם טשטוש זה הינו התפתחות חיובית או שלילית. בעד הטשטוש, ניתן לטעון כי בשנים האחרונות הוכרו יחסי הגומלין הקרובים בין תחומי המשפט של סמכות שיפוט וברירת הדין, ובמיוחד לעניין המגמה של התחשבות בשאלה איזה דין חל בשלב קביעת סמכות<sup>379</sup>. קרייני בספרו המאלף<sup>380</sup> הולך צעד נוסף קדימה וטוען, כי הליך ברירת הדין צריך להיות שיקול כבד ואפילו מרכזי בקביעת סמכות השיפוט הבינלאומי. נימוקיו העיקריים הם כי אימוץ גישה תכליתית

376 פרשת אוחננונה, לעיל הערה 108 פסקה 29.

377 בפרשת תלתלין, לעיל הערה 173 בפסקה 15. ראה גם בבית המשפט המחוזי בפרשת מסיקה, לעיל הערה 221 בחלק ה של פסק הדין.

378 דוגמה מובהקת לבלבול זה היא פסק דינו של בית המשפט המחוזי ע"א 1907/95 דולנס נ' מסיקה, לעיל הערה 190, שבו השופטת הנכבדה קובעת כי לכאורה הדין החל הינו הדין הסלובני, על סמך אותן זיקות שהביאו אותה למסקנה כי סלובניה הינו הפורום הטבעי. שתים מהזיקות שהיא מביאה אינן רלוונטיות לקביעת הדין החל ("מקום מגורי רוב העדים" ו"הציפיות הסבירות של הצדדים לגבי מקום השיפוט"). הבלבול בא לידי ביטוי גם במינוח לא מדויק (ואולי אף נגרם בשל כך). כלומר לעיתים שופטים משתמשים בביטוי "תניית שיפוט" גם בהתייחסם לתניה הקובעת היכן תתקיים ההתדיינות בין הצדדים, וגם לתניה הקובעת איזה דין חל על החוזה (ראה לדוגמה פרשת הגבס, לעיל הערה 189).

379 J. Fawcett "The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law" 44 *Current Legal Problems* [1991] 39 וקרייני הערה 12 לעיל בעמ' 2-6.

380 לעיל, הערה 12.

בברירת הדין המתחשבת בתוצאה הסופית מחייב שגם כללי הסמכות יהיו תכליתיים. התעלמות משיקולים תכליתיים בשלב סמכות השיפוט "עלול להביא לסיכולה של התוצאה הנורמטיבית שכללי ברירת הדין המודרניים שואפים להגיע אליה".<sup>381</sup> לבסוף, ניתן לטעון כי מבחינה מעשית, חיבור בין שני השלבים של קביעת סמכות וקביעת ברירת הדין לשלב אחד עשוי לייעל את ההליך המשפטי ולחסוך הן בהוצאות הצדדים והן בזמן שיפוטי, במקרים שנקבע כי קיימת סמכות שיפוט.

אף על פי כן, הכרה בהשפעה של תחום אחד על השני או אפילו השפעה הדדית בין שני התחומים הינה שונה לחלוטין מטשטוש או שילוב ביניהם.<sup>382</sup> אפילו קרייני מודה בפירוש כי נימוקיו "אינם מחייבים הישענות בלעדית על הליך ברירת הדין לקביעת סמכות השיפוט הבינלאומית". כלומר, הוא אינו מציע טשטוש בין שני התחומים אלא *re-alignment*, קרי, שינוי של היחס ביניהם, וזאת משום שקיימים שיקולים שהינם רלוונטיים רק לקביעת סמכות ולא להליך ברירת הדין.<sup>383</sup> בנוסף, נציין כי שימוש באותה גישה בשני התחומים, תוך הכרה מפורשת בהבדלים ביניהם ובין מטרותיהם,<sup>384</sup> עשוי להביא גם לייעול במקרים בהם המשפט בסופו של דבר כן מתקיים בארץ, משום שרוב הקביעות העובדתיות יהיו רלוונטיות הן להחלטה בעניין סמכות והן בהחלטה בעניין ברירת הדין.<sup>385</sup> על אף שייתכן כי המשקל שניתן להן בשני השלבים אינו זהה.

לפיכך, לדעתנו, אפילו אם לכאורה אותו מבחן של מירב הזיקות אומץ בשני התחומים, יש לשמור על ההבדלים בין שני השלבים ביישומם. לטעמנו, ההבדלים העיקריים הם: ראשית, קיים שוני בגורם הזמן. בברירת הדין יש לבדוק את הזיקות בעת ביצוע העוולה או בעת כריתת החוזה,<sup>386</sup> בעוד שבקביעת פורום נאות, יש להתייחס לזיקות בזמן התחלת ההליכים או אפילו בזמן קיום הדין.<sup>387</sup> שנית, שיקולי נוחות הינם עדיין רלוונטיים במידה זו או אחרת לעניין קביעת פורום לא נאות,<sup>388</sup> אך אין הם

381 שם, בעמ' 238.

382 J. Fawcett, הערה 379 לעיל, ו-H. Litman "Considerations of Choice of Law in the Doctrine of Forum Non Conveniens" 74 Cal. L. Rev. (1986) 565, 601 מזהירים נגד

טשטוש בין שני התחומים.

383 קרייני, לעיל הערה 12 בעמ' 328.

384 ראה דיון להלן.

385 ראה קרייני, לעיל הערה 12 בעמ' 254.

386 ראה פרשת פלאטו שרון, לעיל הערה 9.

387 ראה Schuz (1986) לעיל הערה 135 בעמ' 382. בפסק הדין *Lubbe v. Cape* לעיל הערה 326, בית הלורדים התחשב בשינוי בנסיבות שהתרחש אחרי ההחלטה של בית המשפט (קרי הצטרפות של שלושת אלפים תובעים נוספים).

388 לדוגמה, ייתכן וינתן משקל כבד לפער משמעותי בין יכולת הצדדים לממן את ההתדיינות בפורומים המתחרים (ראה *Connolly v. RTZ Corp* [1997] 3 WLR 373 ו-*Lubbe v. Cape* לעיל הערה 326) או לאפשרות לצרף צדדים אחרים הקשורים בסכסוך בפורום אחד ולא בשני (*Hemmelgarn v. Boeing* 165 Cal. Rpts 190 (1990) ו-*Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak* [1987] AC 871). ראה קרייני, לעיל הערה 12 עמ' 328.



רלוונטיים כלל בקביעת הדין החל. שלישית, יתכן וציפיות הצדדים לגבי הדין החל אינן זהות לציפיותיהם לגבי מקום ההתדיינות<sup>389</sup>. רביעית, האינטרסים הציבוריים יהיו שונים. ולבסוף, אפילו אם במקרה מסוים הזיקות הרלוונטיות הינן זהות, נטל ההוכחה השונה<sup>390</sup> עשוי להוביל לתוצאה שונה<sup>391</sup>.

הבדלים אלה כמוכן נובעים מהמטרות השונות של שני תחומים אלה של משפט בינלאומי פרטי. כללי סמכות השיפוט מיועדים למנוע התדיינות בפורום לא מתאים במיוחד כאשר יגרם בשל כך עוול לנתבע, בעוד שכללי ברירת הדין מיועדים להבטיח שהסכסוך הנדון יוכרע על פי הדין המתאים ביותר. ממטרות אלה עולה הבדל חשוב ואולי ברור מאליו בין שני התחומים, שלעיתים נשכח. בעוד שיש צורך לבחור דין אחד שיחול על העניין הנדון<sup>392</sup>, ייתכן וקיימים שניים או יותר פורומים המתאימים לדיון בעניין הנדון. הבדל זה, בא לידי ביטוי ביישום גישת מירב הזיקות, בכך שבתחום ברירת הדין אם כפות המאזניים מאויינות, יהיה בית המשפט חייב להכריע איזה דין הינו בעל מירב הזיקות<sup>393</sup>, בעוד שבעניין של פורום נאות אם כפות המאזניים מאויינות, על בית המשפט להסכים לדון בתביעה למרות שקיים פורום נוסף המתאים גם הוא באותה מידה לקיים דיון בעניין<sup>394</sup>. נרחיב ונעסוק במשמעויותיו של הבדל זה ביישום מירב הזיקות בקביעת טבעיות הפורום בפרק הבא.

389 בפרשת אוניון, לעיל הערה 74 ובפרשת הגבס, לעיל הערה 189, הייתה מודעות להבדל זה כאשר מדובר בכוונות ממשיות. בפרשת אוניון נקבע כי סעיף שיפוט זר לא בהכרח מעיד על כוונות הצדדים בעניין ברירת הדין. בפרשת הגבס, קבעו שופטי הרוב בבית משפט העליון כי סעיף ברירת הדין לא בהכרח מעיד על כוונות הצדדים בעניין מקום ההתדיינות. אולם כאשר מדובר בציפיות משוערות, לא תמיד עמדו על ההבדל הזה. ראה לדוגמה את דברי הנשיא זילר בת"א (י"ם) 1245/86 שאהין נ' עיריית רמאללה ואח' (לא פורסם), המצוטטים על ידי הנשיא שמגר בפרשת אבו-ג'חלה, לעיל הערה 132 בעמ' 577, שבהם אין הבחנה בין ציפיות הצדדים לגבי הדין החל לבין ציפיותיהם לגבי הפורום.

390 ראה דיון לעיל בפרק ד חלק 2(ב)(3).

391 בפרשת מסיקה, לעיל הערה 184, קבע בית המשפט העליון כי הנתבע לא הרים את נטל ההוכחה המוטל על המבקש את מחיקת ההליך בשל טענת פורום לא נאות, ולפיכך אין למחוק את ההליכים. המשנה לנשיא ש. לויין לא התייחס לדעתה של שופטת בית המשפט המחוזי על פיה דין סלובניה חל על העוולה, אך אין כל סימן בפקס הדין שמראה שמשקנה זו לא הייתה מקובלת על כבוד השופט לויין.

392 כמוכן ייתכן והסכסוך כולל כמה עניינים, ולפי גישת הפיצול ניתן להחיל דין שונה על כל עניין (ראה ווסרשטיין פסברג, לעיל הערה 109, בעמ' 338–342).

393 קיימות מערכות משפט שונות לתובע לבחור מבין שני דינים קשורים איזה דין יחול. לדוגמה ה-German Statute on Private International Law of Non-Contractual Obligations and ה-Property of 21 May, מרשה לתובע לבחור האם יחול על העוולה דין המקום בו בוצע המעשה הגורם לנזק, או דין מקום התרחשות הנזק.

394 זאת בהנחה שנטל ההוכחה הוא על הנתבע גם בדוקטרינה של הפורום הנאות. ראה לעיל פרק ד' חלק 2(ב)(3).

ו. לקחים משיטות משפט זרות

1. מבוא

ראינו בפרקים קודמים כי גישת מירב הזיקות אומצה על ידי בתי המשפט הישראליים, בעיקר<sup>395</sup> על מנת להימנע מהתוצאות הבלתי צודקות של הכללים המסורתיים המכניים. עם זאת, יישום גישה זו באופן גורף, אפילו במקרים בהם לא ברור מאליו כי תוצאת הכלל המסורתי הינה בלתי צודקת, הביא למצב של אנרכיה משפטית, בו יש לבית המשפט שיקול דעת בלתי מובנה ובלתי מוגבל בהכרעה איזה דין חל על החוזה או על העוולה ואיזה פורום הינו טבעי יותר. מצב זה יצר חוסר ודאות, חוסר יכולת לצפות תוצאות משפטיות וחוסר אחידות, אשר לעיתים מאפשרים את ניצולו של הצד החלש ומניעת צדק ממנו.

אמנם ייתכן ורצוי לשנות את המצב המשפטי הקיים לעניין ברירת הדין על ידי חקיקה המכילה כללים ו/או חזקות ספציפיות לסוגי סיטואציות שונות. בדומה, חקיקת כללי סמכות חדשים המבטיחים שקיים קשר ענייני בין הפורום לבין הסכסוך לאור תנאי המאה ה-21 (ולא רק קשר שרירותי כדוגמת נוכחות זמנית או מקום עריכת החוזה), תפחית במידה גדולה את הצורך בשיקול דעת שיפוטי בעניין טבעיות הפורום<sup>396</sup>. אולם, לא נראה שחקיקה כזו תיחקק בעתיד הקרוב<sup>397</sup>. לפיכך, הדרך היחידה לרכך את ההשלכות הבלתי רצויות של גישת מירב הזיקות הינה על ידי שינויים ביישום השיפוטי של הגישה.

ניתן למצוא דוגמה מובהקת של המגמה המרכזת את התוצאות הבלתי רצויות של גישת מירב הזיקות בפ"ד האמריקאי *Neumeier*<sup>398</sup>, שם קבעו השופטים כללים מנחים ליישום הגישות החדשות במקרה ספציפי של *guest statute*. הנחיות אלה אומצו לאחר מכן בארה"ב גם במקרים אחרים, בנושא מתקל בין דינים הנוגעים לחלוקת ההפסד (*loss distribution*)<sup>399</sup>.

אפילו ללא קביעת קווים מנחים מפורטים כדוגמת אלה שנקבעו בפסק דין *Neumeier*, ניתן ליצור מבנה ליישום גישת מירב הזיקות על ידי הענקת משקל

395 אך זו לא הייתה הסיבה לאימוץ הגישה באנגליה בעניין קביעת דין החוזה.

396 אך השווה "Trial in England or Abroad: The Underlying Policy Considerations" Fawcett

205 (1989) *Oxford Journal of Legal Studies* 9, לעיל הערה 252, שמציע כי "The way

ahead is to abandon the rules in this area and to concentrate on the underlying policy

"considerations" (בעמ' 229).

397 ראה לעיל פרק ב' חלק 1.

398 ראה לעיל הערה 59.

399 491 N.Y.S.2d 90, N.E. 2d 679 (N.Y. 1985) *Schultz v. Boy Scouts of America*. ראה לעיל

פרק ב.

כבר יותר לזיקה מסוימת היוצרת חזקה הניתנת לסתירה, כפי שניתן למצוא בחלק מהחקיקה הזרה. ראינו בפסיקה ישראלית חדשה, סימנים של השפעת התפתחויות אלה המתרחשות בחו"ל בעניין ברירת הדין. בחלק הבא נציע כיצד ניתן להרחיב השפעה רצויה זו.

## 2. לקחים בעניין ברירת הדין

### (א) הדין החל על החוזה

פרשת גבעת זאב מדגימה את הקושי ביישום גישת מירב הזיקות בהקשר של חוזים כאשר קיימות זיקות משמעותיות לשתי מדינות. כבר ציינו שלדעתנו ההתייחסות לאמנת רומא בהקשר זה הינה מבורכת. אמנה זו קובעת, במקרים שבהם לא בחרו הצדדים את הדין שיחול על היחסים ביניהם, חזקות הניתנות לסתירה לעניין מהי המדינה לה הקשר הקרוב ביותר לחוזה, כמו גם כלל שאינו ניתן לסתירה במקרה של חוזי צרכנות מסוימים.

לדוגמה, על פי סעיף 4 (2) לאמנת רומא, אם לא קיימים כלל או חזקה פרטיקולריים, קיימת חזקה שהדין החל על חוזה הוא דין מקום המגורים הרגיל של הצד שביצעו מאפיין את החוזה (*characteristic performance*), אלא כאשר נכרת חוזה תוך התנהלות מקצועית או מסחרית של צד זה, יחול דין מקום עסקו<sup>400</sup>. אמנם, נמתחה ביקורת כנגד תפיסה זו של הביצוע המאפיין את החוזה<sup>401</sup>, בין היתר, כיוון שלא ניתן לזהות את הביצוע המאפיין את החוזה בכל מקרה<sup>402</sup>. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי חזקה זו עשויה למנוע חוסר ודאות במקרים גבוליים בהם ניתן לזהות את הביצוע המאפיין את החוזה<sup>403</sup>. לכן, לדעתנו, פתרון זה, אם כי לא מושלם, הרי עדיף על יישום גישת מירב הזיקות שאינה מונחית על ידי חזקות כלשהן<sup>404</sup>.

400 על פי הדו"ח של *Guiliano and Lagarde* המלווה את האמנה, הביצוע המאפיין את החוזה הינו בדרך כלל הביצוע שתמורתו משולם כסף ולא תשלום הכסף עצמו. לדוגמה בחוזה מכירה, הביצוע המאפיין את החוזה הינו מסירת הסחורה על ידי המוכר ולא התשלום של הקונה.

401 ראה *P. Kaye The New Private International Law of Contract of the European Community* (Dartmouth, 1993), עמ' 187–191 והמקורות המובאים שם.

402 לדוגמה, חוזי חליפין, חוזי פרסום ספר. כאשר לא ניתן לזהות את הביצוע המאפיין את החוזה, החזקה לא חלה (4.5).((5).

403 לדוגמה בפסק הדין האנגלי שקדם לאימוץ האמנה, *Whitworth Estates v. Miller* לעיל הערה 4, התשובה לפי האמנה הינה ברורה (דין סקוטלנד יחול), ולכן היה ניתן להימנע מהתדיינות עד לבית הלורדים, שם נקבע על ידי רוב של שלושה נגד שניים שדין אנגליה חל.

404 אך מידת התועלת בחזקה תלויה, במידה רבה, במידת הקלות שבה ניתן לסתור אותה. בעניין זה יש להשוות את גישת בתי משפט האנגליים, הסבורים כי החזקה חלשה וניתן לסתור אותה אם לדעת בית המשפט הדין החל לפי החזקה אינו מתאים, לגישת בתי משפט בהולנד, הסבורים כי יש לייחס לחזקה משקל כבד ולסתור אותה במקרים חריגים בלבד. (ראה *Cheshire and North*, לעיל הערה 150 בעמ' 574).

כפי שראינו לעיל על פי סעיף 6 לאמנת רומא, על חוזה עבודה יחול דין המדינה בה מבצע העובד את העבודה על פי החוזה, אלא אם עולה מכל נסיבות החוזה כי למדינה אחרת יש קשר קרוב יותר לחוזה. כמו כן, לפי סעיף 5(3) במקרה של חוזה צרכנות<sup>405</sup> הממלא את דרישות סעיף 5(2) לאמנה<sup>406</sup>, יחול דין מקום המגורים הרגיל של הצרכן<sup>407</sup>. ניתן לראות כי הוראות אלה משקפות ערכים נורמטיביים בעניין הגנה על הצד החלש<sup>408</sup>, ומעדיפות את האינטרס הציבורי של מדינת מקום המגורים הרגיל של הצרכן על פני זה של הצד השני.

לפיכך, ראוי להתייחס להוראות אמנת רומא כנקודת מוצא ביישום גישת מירב הזיקות על מנת לקבוע את הדין החל על החוזה. כלומר, הצעתנו הינה כי תתקיים חזקה הניתנת לסתירה על פיה הדין החל על פי אמנת רומא הינו הדין בעל מירב הזיקות עם העסקה. יש לציין כי קיים הגיון רב בהצעה הזו, הן משום שבאנגליה עצמה המשפט המקובל הוחלף על ידי אמנת רומא, והן משום שהאמנה נוסחה לאחר דיונים בין מומחים במשפט בינלאומי פרטי בכל מדינות האיחוד האירופי. מיותר לציין כי אף אם אין אנחנו מסכימים עם כל הוראות האמנה, אין הדבר מונע שימוש בהוראות מסוימות כקווים מנחים ביישום מבחן מירב הזיקות.

(ב) הדין החל על העוולה

בסקירת פסקי הדין, ראינו כי מקרה של תאונת עבודה בה נפצע עובד תושב האזור המועסק באזור על ידי מעביד ישראלי, הינו מצב עובדתי החוזר על עצמו בפסקי דין רבים. כמו כן ראינו כי השופטים השונים מגיעים לתוצאות סותרות בהחליטם לעניין זה, קרי לעיתים נקבע שדין ישראל חל ולעיתים נקבע כי הדין הירדני חל. לדעתנו, מצב זה דורש יצירת קווים שיפוטיים מנחים כדוגמת אלה שנפסקו בפסק דין *Neumeier*<sup>409</sup>. כללים אלה ייקבעו מתוך התחשבות בשיקולי מדיניות הקשורים

405 מוגדר כ"a contract the object of which is the supply of goods or services to a person (the consumer) for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, or a contract for the provision of credit for that object."

406 להלן התנאים:

"if in that country [the habitual residence of the consumer — RS] the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or the other party or its agent received the consumer's order in that country, or if the contract is for the sale of goods and the consumer travelled from that country to the other country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy."

407 כלל זה אינו ניתן לסתירה.

408 בנוסף נקבע כי דין שנבחר בחוזה אינו יכול למנוע מהצרכן או מהעובד את ההגנה של כללים מנדטוריים של מדינת מקום המגורים הרגיל שלו [סעיף 5(2), סעיף 6(2)].

409 לעיל הערה 59.

למצב באזור<sup>410</sup>, איזה דין יחול, הן אם דין ישראל מיטיב עם התובע והן עם דין ירדן מיטיב עם התובע. בנוסף, על הקווים המנחים להתייחס לשאלות הבאות: (א) האם יש מקום להבחין בין מקומות עבודה בהם כל העובדים הם תושבי האזור ומקומות עבודה בהם עובדים גם ישראלים. (ב) האם המיקום הספציפי של מקום העבודה (לדוגמה בתוך יישוב ישראלי או בתוך אזור תעשייה שבו רוב העובדים הם תושבי האזור) הינו רלוונטי<sup>411</sup>. ייתכן כי יש להתייחס גם למצבים פוטנציאליים דומים, כדוגמת מצב בו תושב האזור מעסיק עובד ישראלי.

כמובן, קביעת קווים מנחים כאלה אינה מייתרת את הצורך להסדיר את יישום גישת מירב הזיקות במצבים אחרים. ראינו לעיל התייחסות מפורטת לחוק האנגלי בפרשת אוחנונה<sup>412</sup> על ידי השופט גל. כבר ציינו, כי לדעתנו התפתחות זו הינה מבורכת, ולפיכך נבחן בפרוטרוט את החוק האנגלי.

כפי שהסברנו לעיל, על פי החוק האנגלי *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, קיימת חזקה כי הזיקה החשובה ביותר הינה מקום התרחשות האירוע<sup>413</sup>. ניתן לסתור חזקה זו אם מתקיים התנאי המופיע בסעיף 12 לחוק:

“If it appears, in all the circumstances, from a comparison of —

- (a) the significance of the factors which connect a tort or delict with the country whose law would be the applicable law under the general rule; and
- (b) the significance of any factors connecting the tort or delict with another country that it is substantially more appropriate for the applicable law for determining the issues arising in the case, or any of those issues, to be the law of the other country”.

כלומר, יש לערוך השוואה בין משמעות הזיקות למדינה בה התרחש האירוע לבין משמעות הזיקות למדינה אחרת. אם השוואה זו מובילה למסקנה כי ראוי יותר באופן ניכר להחיל את הדין של המדינה האחרת, החזקה נסתרת. למרות שלכאורה, חריג זה מעניק שיקול דעת רחב לשופטים באנגליה, בדיוק כפי שמעניקה גישת מירב הזיקות לשופטים בארץ<sup>414</sup>, פרשנות החריג בספר האנגלי המנחה

410 לפיכך לא יהיה מקום לחרוג מן הכללים על בסיס תקנת הציבור.

411 ראה לעיל הערה 285.

412 לעיל הערה 108.

413 כאשר האירוע התרחש ביותר ממקום אחד, סעיף 11(2) קובע איזה דין חל.

414 ראה ביקורת של R. Fentiman, “The English Report” in *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* (Kluwer, S.C. Symeonides [ed], 2000)

לעיל הערה 56 בעמ' 186.

*Dacey and Morris* 415, אליו מתייחס גם השופט גל, מעניקה מבנה מסוים למבחן מירב הזיקות בחריג בסעיף 12 של החוק. מחברי הספר מחלקים את הגורמים היכולים לבוא בחשבון להביא להפעלת החריג לשלוש קטגוריות בלתי ממצות: "א) גורמים הקשורים לצדדים; (ב) גורמים הנוגעים לאירועים המקימים את יסודות העולה; (ג) גורמים הנוגעים לנסיבות התרחשות האירועים והשלכותיהם." המחברים מסבירים שהקטגוריה הראשונה מתייחסת למקרים בהם לא התקיימה זיקה אמיתית בין הצדדים לבין המדינה בה התרחש האירוע, ואילו הקטגוריה השנייה מתייחסת למצב בו אין זיקה משמעותית בין האירועים לבין המדינה בה התרחש האירוע. עם זאת, יש לציין, כי המחברים מודים בכך כי קשה יותר לזהות את הנסיבות אליהן מתייחסת הקטגוריה השלישית. הם מציעים כי ייכנסו לקטגוריה זו מקרים בהם המעשה שהביא לגרימת נזק היה במדינה אחרת ולא במדינה בה התרחש הנזק וכן מקרים בהם תוצאות הנזק מורגשות במדינה אחרת מזו בה התרחש הנזק.

ראוי לציין, כי המחברים מדגישים את כובד הנטל המוטל על הצד הטוען להתקיימות החריג. על צד זה להוכיח לדעתם כי:

"there is a clear preponderance of factors declared relevant by section 12(2) which point towards the law of the other country."<sup>416</sup>

דרישה זו לדעת המחברים תמנע את העלאת החריג בכל מקרה שיידון בבתי המשפט. נעיר, שלכאורה המקרים הבעייתיים בפסיקה הישראלית (מקרי תאונות העבודה<sup>417</sup> וכן פרשת מסיקה), אינם נכנסים לקטגוריות אלה כיוון שהמדובר במקרים בהם היה קשר ענייני בין הצדדים והאירוע למקום התרחשות האירוע. אמנם, ניתן לטעון כי המציאות של שליטה ישראלית באזור הינה גורם רלוונטי, שיכול להכניס את המקרים שאירעו באזור לקטגוריה השלישית, אך לא ברור אם די בגורם זה על מנת להרים את הנטל הנדרש. מסקנה זו ממחישה את הצורך בקביעת קווים מנחים ספציפיים למקרים אלה.

כן יש לציין, כי תוכן החוק האנגלי דומה מאוד למספר חוקים ולהצעת חוק שהועלתה לאחרונה באירופה<sup>418</sup>. אף-על-פי כן, נראה לנו כי המודל האנגלי מתאים

A.V. Dicey & J.H.C. Morris *The Conflict of Laws* (L. Collins et al. (ed.), London, 13<sup>th</sup> ed., 2000) בעמ' 1549–1554.

416 זו משמעות הביטוי "substantially more appropriate" בסעיף 12 של החוק.

417 ראה לעיל פרק ד, חלק (1)(ב).

418 ראו לדוגמה ה-German Statute on Private International Law of Non-Contractual Obligations and Property of 21.5.99 וגם ה-Proposal for a European Convention on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (text adopted in Luxemburg 25–27 Sept 1998) המוזכרים במאמרו של שפירא, לעיל הערה 15, בעמ' 75–76. ההבדל העיקרי בין חוקים אלה לבין החוק האנגלי הוא כי בשניהם נקבעה חזקה שכאשר לצדדים יש מקום מגורים רגיל משותף במועד התרחשות העולה, דין זה יחול. בנוסף, כאשר האירוע והנזק

יותר לאימוץ שיפוטי בארץ הן בגלל המסורת של אימוץ המשפט המקובל בכלל והן כיוון שהינו מבוסס על החריג שאומץ בפרשת *Boys*<sup>419</sup>, שכבר נקלט בארץ<sup>420</sup>, בפרט.

### 3. לקחים בעניין קביעת הפורום הנאות

נביא שני מודלים מחו"ל שמהם ניתן, לדעתנו, להפיק לקחים אשר יובילו לשיפור המבחן לקביעת הפורום הנאות.

המודל הראשון הינו בשימוש באוסטרליה. שם סירב בית המשפט הגבוה בפסק הדין המנחה של *Voth v. Manildra Flour Mills* (להלן: פסק הדין *Voth*)<sup>421</sup> לאמץ את מבחן 'הפורום הנאות יותר' (*the more appropriate forum*), אשר נקבע בפסק דין *Spiliada*<sup>422</sup>, ובמקומו אימץ את מבחן 'הפורום הלא נאות באופן ברור' (*clearly inappropiate forum*) כלומר, על הנתבע המבקש עיכוב הליכים להוכיח כי הפורום הנוכחי אינו נאות באופן ברור ואין די אם יוכיח כי קיים פורום מתאים יותר<sup>423</sup>. הנימוק העיקרי ולדעתנו משכנע, שניתן בפסק הדין לבחירה זו, היה כי למרות שברוב המקרים יובילו שני המבחנים לאותה תוצאה, הרי שבמקרים בהם השאלה איזה פורום הוא טבעי הינה מסובכת וקשה להכרעה (*finely balanced*), מבחן "הפורום הלא נאות באופן ברור" יעזור לבית המשפט להגיע להחלטה בעניין. קרי, לקבוע כי אין הוא פורום לא נאות באופן ברור. בנוסף, לדעת בית המשפט ראוי יותר כי בית משפט אוסטרלי יתמקד ביתרונות ובחסרונות של התדיינות בפורום האוסטרלי, שלגביה יש לו ידע וניסיון, מאשר לנסות להשוות עם היתרונות וחסרונות של התדיינות בפורום זר שאינו מוכר לו. בית המשפט מבהיר, כי אין בבחירתו את מבחן הפורום הלא נאות באופן ברור לקבוע, כי שיקולים הקשורים להתאמה של הפורום הזר החלופי אינם רלוונטיים כלל לשאלה האם הפורום האוסטרלי הינו לא נאות באופן ברור, אלא שבמקרים גבוליים אין צורך לקבוע איזה פורום מתאים יותר. ניתוח פסיקה אוסטרלית המיישמת את המבחן אשר נקבע בפסק הדין *Voth* על

שנגרם כתוצאה ממנו התרחשו במדינות שונות (ואין לצדדים מקום מגורים משותף), החוק הגרמני נותן לתובע לבחור איזה משני דינים אלה יחול. כמו כן, בקודקסים הישנים יותר של משפט בינלאומי פרטי הן בשוויץ (1987) והן באוסטריה (1978), קיים סעיף כללי שמרשה לבית המשפט לסטות מהחלת הדין הנקבע על ידי כללי ברירת הדין הספציפיים בקודקס, כאשר קיים קשר קרוב יותר במידה ניכרת עם דין אחר. ראה "The General Report", Symeonides, לעיל הערה 56 עמ' 33-34.

419 לעיל הערה 25.

420 ראה לעיל פרק ג חלק 2.

421 171 CLR 538 (1990).

422 לעיל הערה 134. לדין ברקע לפסק דין זה, ראה לעיל פרק ג חלק 3.

423 בבקשה להמציא מחוץ לתחום, מוטל על התובע להוכיח כי הפורום אינו בלתי נאות באופן ברור.

ידי המלומד *Garnett*<sup>424</sup>, מגלה כי ארע מקרה אחד בלבד (מתוך חמישים ואחד מקרים שנבדקו על ידו) בו זיקות בין שני פורומים רלוונטיים היו פחות או יותר שוות ובו סירב בית המשפט האוסטרלי לעכב את ההליכים, בנימוק שלא הוכח כי אוסטרליה אינה פורום לא נאות באופן ברור, בעוד שלא בטוח שהמבחן שנקבע בפסק הדין *Spiliada* (פורום נאות יותר) היה מוביל לאותה התוצאה. אכן, במקרים מסוג זה קיים יתרון ברור למבחן האוסטרלי, אך לדעתו של *Garnett*, מקרים אלה יהיו נדירים. לעומת זאת, על פי ניתוחו של *Garnett* בשלושה מקרים אחרים אשר הגיעו לבית המשפט האוסטרלי התוצאה אשר אליה הגיעו השופטים הינה שונה מזו אשר הייתה מתקבלת על פי המבחן שנקבע בפסק הדין *Spiliada*, זאת משום שלדעתו הזיקות עם אוסטרליה במקרים אלה היו חלשות. המקרה הבולט ביותר, *WFM Motors Pty Ltd v. Maydwell*<sup>425</sup>, עסק בתובע אוסטרלי שביקש לאכוף ערבות של תושב הונג-קונג בגין חובות של חברה מהונג-קונג בפירוק, שהצטברו במהלך מסחר בין התובע לבין החברה<sup>426</sup>. במקרה זה קיבל התובע רשות להמצאה לחו"ל, בין היתר על בסיס העובדה שהערבות הופרה באוסטרליה, אשר הייתה המקום בו היה על הנתבע לשלם לתובע<sup>427</sup>. השופט קבע באופן מפורש כי למרות שבית המשפט האוסטרלי הינו פורום מתאים פחות מהפורום בהונג-קונג, לא הוכח כי הוא פורום לא מתאים באופן ברור. המלומד *Garnett* מותח ביקורת כנגד החלטה זו ושתי ההחלטות האחרות<sup>428</sup>, מהטעם שיש בהן העדפה לא מוצדקת לתובע האוסטרלי, כאשר רוב הגורמים הקשורים לחבות הנתבע התעוררו בחו"ל והסיכויים היו שדין זר יחול. לאור זאת, מסקנתו היא כי ראוי להעדיף את המבחן האנגלי. אנחנו מסתייגים ממסקנה זו משתי סיבות. ראשית, ביקורתו של *Garnett* אינה מתחשבת באינטרס הפורום להעניק שירות לתושבים מקומיים<sup>429</sup>, ובמקרה של *WFM Motors Pty Ltd. v. Maydwell* אף אינה מתחשבת בציפיות המפורשות של הצדדים<sup>430</sup>.

שנית, אין אנו יודעים מהי ההשפעה הרחבה יותר של פסק הדין *Voth*. היינו, ייתכן ונתבעים נרתעים מלבקש עיכוב הליכים כצעד טקטי, משום שיהיה להם ברור כי אין להם סיכוי להוכיח כי אוסטרליה הינה פורום לא נאות באופן ברור ולכן הגשת בקשה כזו אף לא מהווה קלף מיקוח רציני. בשל כך ייתכן והמחיר של מתן יתרון

424 לעיל הערה 239.

425 Lexis 7463 NSW (1993) (מיום 23.4.93).

426 ייבוא טלפונים ניידים לאוסטרליה.

427 עילה זו מקבילה לזו בתקנה 500 פסקה 5 של תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

428 *Al-Ru Farm Pty Ltd v. Hedleys Humpers Ltd.* (Unreported, Supreme Court of South Australia) (מיום 10.1.91) ו-*SGS v. Phosphate Co-operative Company of Australia Ltd.*

(Unreported Federal Court of Australia) (מיום 7.4.93).

429 לפחות במקרים שהוא פעל בתוך הפורום. ראה דיון לעיל בפרק ד חלק 2(ד)3.

430 נכתב בחוזה בין הצדדים במקרה הזה, כי ניתן לאכוף את הערבות בבית משפט בכל תחום שיפוט מוסמך וברור, איפוא, שהנתבע ציפה שיתבע באוסטרליה.



קל לתובע במספר מצומצם של פסקי דין הינו ראוי. יחד עם זאת, למרות יתרונותיו החשובים שהוצגו לעיל, ברור שהפתרון האוסטרלי אינו מושלם. לפיכך, נעבור כעת לבדוק פתרון חלופי אחר.

את המודל השני ניתן למצוא בטיוטת אמנת האג בדבר סמכות שיפוט, פסקי דין זרים ועניינים אזרחיים ומסחריים<sup>431</sup>. טיוטת האמנה יוצרת הסדר שלם חדש לעניין סמכות שיפוט ואכיפת פסקי חוץ, וזאת במתכונת דומה לזו הקיימת באמנת האיחוד האירופאי העוסקת בסמכות שיפוט והכרה ואכיפת פסקי דין בעניינים אזרחיים ומסחריים 1968 (להלן אמנת בריסל)<sup>432</sup>. התפיסה העומדת מאחורי אמנות אלה הינה כי איחוד בסיסי הסמכות במדינות המתקשרות מצמצם את אפשרות התובע לעסוק ב-*forum shopping*, כמו גם מאפשר הכרה ואכיפה אוטומטית הדדית של פסקי הדין בין המדינות המתקשרות.

על פי טיוטת האמנה, בסיסי הסמכות העיקריים הינם מקום המגורים או מקום המגורים הרגיל של הנתבע<sup>433</sup>. בנוסף, קיימים בטיוטת האמנה בסיסי סמכות ספציפיים לסוגי תביעות שונות: לדוגמה, בעניינים קשורים לאספקת טובין – הסמכות היא למדינה בה סופקו הטובין (סעיף 6 לטיוטא); בעניינים קשורים לאספקת שירותים – הסמכות היא למדינה שבה השירותים סופקו (סעיף 6 לטיוטא) לעניין חווי צרכנות – הסמכות היא למדינת מקום המגורים הרגיל של הצרכן ובתנאי שהתביעה נובעת מפעילויות מסחריות או מקצועיות בהן עסק הנתבע באותה מדינה, או כיוון אותם לאותה מדינה (סעיף 7 לטיוטא); בתביעה על ידי עובד נגד מעסיקו – הסמכות היא למדינה בה מבצע העובד כרגיל את העבודה לפי החוזה (ס. 8 לטיוטא); בעניינים נזיקיים – הסמכות היא למדינה בה התרחש המעשה או המחדל שגרם לנזק, או למדינה בה התרחש הנזק, אלא אם הוכיח הנתבע כי לא היה צפוי שהמעשה או המחדל יגרמו לנזק

431 לעיל הערה 240. דיונים בענין הטיוטה הזו הופסקו לאור חוסר אפשרות להגיע להסכמה, בעיקר בגלל ההשלכות בתחום הקניין הרוחני. לכן הוחלט לעבוד בינתיים רק על סוגיות ספציפיות שבהן כן ניתן להשיג הסכמה, כגון תניות שיפוט (מסמך שלא פורסם אשר נכתב על ידי Andrea Schulz, שהינה First Secretary at the Hague conference on Private International Law, ואשר הייתה אחראית על פרויקט זה עד לשנת 2001. ראה גם P. Nygh, Arthurs Baby: The Hague Negotiations for a World-Wide Judgements Convention, in J.A.R. Nafziger, and S.C. Symeonides (ed.), *Law and Justice in a Multistate World* (2002, N.Y.), at p. 275.

432 מעודכן על פי Council Regulation (ED) No 44/2001 of 22 December 2000.  
433 יש מחלוקת בשאלה איזו חוליית קישור עדיפה. מחד מקום המגורים נתפס כזיקה חלשה מדי, ומאידך מקום המגורים הרגיל נחשב כטכני מדי לאור הפסיקה הרבה בעניין הזה לפי אמנת האג בדבר חטיפת ילדים (ראה R. Schuz "Habitual Residence of Children under the Hague Child Abduction Convention: Theory and Practice" *Child and Family Law Quarterly* Vol. 13 (2001) 1 וגם "Policy Considerations in Determining Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context" 11 *Journal of Transnational Law and Policy* (Fall 2001) 101).

בדומה, לפי אמנת בריסל, לעיל הערה 432, בסיס הסמכות הינו מקום מושב של הנתבע.

מסוג זה במדינה זו (סעיף 10 לטיוטא). בנוסף, יש לציין, כי בסיסי סמכות "מופרזים" כגון נוכחות זמנית של הנתבע, המצאה לנתבע ואזרחות גרידא של התובע, מוכרזים כאסורים להסתמכות (סעיף 18 לטיוטא).

בטיוטת האמנה נשמרת דוקטרינת הפורום הבלתי נאות, אך במתכונת מצומצמת מזו הקיימת במשפט האנגלי, אשר אומץ בישראל. סעיף 22 לטיוטת האמנה קובע כי:

1. In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4 or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits."
2. The court shall take into account, in particular:
  - a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence
  - b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;
  - c) applicable limitation or prescription periods;
  - d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits."
3. In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties."

יש לציין, כי הרציונל העומד מאחורי הגרסה המצומצמת של הדוקטרינה הוא כי רק במקרים יוצאי דופן יהיה הפורום לא נאות, וזאת כיוון שכללי הסמכות אשר באמנה מיועדים להעניק סמכות רק במקרים בהם קיים מלכתחילה קשר מהותי בין המקרה לבין הפורום. כלומר, התפיסה היא כי כמעט ואין אפשרות ל-*forum-shopping* על פי האמנה, ולכן העובדה כי נקנית סמכות על פי האמנה מהווה למעשה חזקה כי הפורום הוא נאות, וניתן לסתור חזקה זו רק במקרים יוצאי דופן<sup>434</sup>. על מנת לסתור את החזקה לא די בהוכחה כי קיימם פורום מתאים יותר, אלא חובה על הנתבע גם להוכיח כי הפורום הנוכחי אינו מתאים, קרי אינו פורום נאות<sup>435</sup>. כמו כן, בהפעלת שיקול הדעת

434 ראה Nygh, הערה 431 לעיל, בעמ' 331.

435 מבחן זה אינו מבחן השוואתי, ולכן העובדה שקיים פורום אחר בעל קשר קרוב יותר לאירוע,

לסרב להפעיל את הסמכות, הדגש הוא על עניינים הקשורים להתדיינות ולא על הזיקות המהותיות בין המקרה לבין הפורומים השונים, כיוון שההנחה היא כי קיים קשר ענייני עם הפורום.

לעומת זאת, כפי שראינו<sup>436</sup>, בישראל, המצב הוא כי כללי הסמכות הישנים אינם בהכרח משקפים זיקה עניינית עם הפורום. לכן, העובדה כי קיימת סמכות אינה יוצרת חזקה שהפורום הוא נאות וכתוצאה מכך קיים צורך להעניק לשופטים שיקול דעת רחב באם להפעיל או לסרב להפעיל את הסמכות.

על אף הבדל חשוב זה, ניתן לטעמנו להפיק לקחים מטיוטת האמנה הן לעניין המשקל אותו יש לייחס לזיקות מסוימות והן לעניין הנטל המוטל על הנתבע, וזאת על מנת להפחית את חוסר הוודאות הטמון ביישום גישת מירב הזיקות. לדעתנו, ראוי להעניק משקל כבד לזיקות המבססות סמכות שיפוט על פי טיוטת האמנה, כיוון שהן משקפות קשר ענייני עם הפורום. לפיכך, אם אחת מזיקות אלה מתקיימת, חזקה היא שהפורום הנוכחי הינו בעל מירב הזיקות והנטל המוטל על התובע לסתור חזקה זו הינו נטל כבד, בדומה לסעיף 22 לטיוטת האמנה. כלומר, לא מדובר במבחן השוואתי לכשעצמו, אלא בצורך להוכיח כי הפורום הנוכחי אינו מתאים באופן ברור, על אף קיומה של זיקה עניינית עמו<sup>437</sup>.

לעומת זאת, אם אחת מהזיקות המבססות סמכות על פי טיוטת האמנה אינה מתקיימת, חזקה היא שהפורום הנוכחי אינו מתאים לדיון בעניין הספציפי, ולכן אם הנתבע מוכיח כי קיים פורום מתאים אחר, על בית המשפט לעכב את ההליכים, אלא אם התובע מוכיח כי בכל זאת הפורום הנוכחי הינו בעל מירב הזיקות, או כי יימנע ממנו צדק בפורום הזר.

ראוי לציין, כי למרות שלכאורה אין סעיף 22 לטיוטת האמנה מאפשר התחשבות בשיקולים ציבוריים ונורמטיביים, לדעתנו, אין צורך להימנע משימוש גלוי בשיקולים אלה. עם זאת כאשר שיקולים אלה נוגדים את הנורמות העומדות בבסיסה של הטיוטת לאמנת האג, יש לבחון בקפידה איזו נורמה עדיפה. לדוגמה, אם הוגשה תביעה על ידי תושב האזור כנגד חברת ביטוח בישראל הנעוצה באירוע שהתרחש באזור, קיימת על פי טיוטת האמנה סמכות לבית המשפט הישראלי לדון בעניין, על כן, לפי הגישה המוצעת, חזקה היא כי בית משפט בישראל הינו פורום נאות. לכאורה כנגד תוצאה זו, עומד השיקול הציבורי של מניעת עומס על בתי המשפט הישראלי בתביעות של תושבי האזור, אותו היצגנו<sup>438</sup>. יחד עם זאת, בהכרעה בין השניים, ניתן לטעון כי המשק

אינה מובילה בהכרח למסקנה כי הפורום הנוכחי אינו מתאים באופן ברור. לפיכך הוא דומה לגישה האוסטרלית, ראה לעיל הערה 421.

436 לעיל פרק ג חלק 3.

437 ייתכן שבפרשת אלביט, לעיל הערה 184, הנתבע הישראלי היה מצליח לסתור את החזקה הזו לאור הפער המשמעותי בין הזיקות לברזיל לבין הזיקות לישראל.

438 לעיל פרק ד חלק 2(ד)(3).

הישראלית מרוויח מהביטוחים אותם מספקות חברות ביטוח ישראליות לתושבי האזור ועל כן על מערכת המשפט הישראלית לספוג את עול ההתדיינות הנובע מכך. שיקול נורמטיבי זה תואם את הטיוטא לאמנת האג.

## ז. סוף דבר

בדיקת הרקע לאימוץ מבחן מירב הזיקות אותה ערכנו מגלה מניעים מעורבים. אמנם כוונת השופטים באימוץ שיטה זו, שבבסיסה עמד הרצון למנוע עוול לצדדים, הייתה ראויה. יחד עם זאת, נראה כי מכל הגישות אשר בעזרתן ניתן להשיג מטרה ראויה זו, נבחרה גישת מירב הזיקות דווקא כיוון שהתאימה לאינטרס השופטים להעניק שיקול דעת בלתי מוגבל לעצמם. לדעתנו, סיבה זו לבחירת השיטה מבהירה מדוע, לפחות בהקשר של דיני נזיקין, אומצה גישת מירב הזיקות אף ללא כל צורך, ולמרות הביקורת שכבר נמתחה כנגדה במדינות אחרות.

סקירתנו וניתוחינו של הפסיקה המיישמת את גישת מירב הזיקות בארץ, מעניקים משנה תוקף לביקורת שנמתחה במדינות שונות. אכן, לא ניתן להימנע מהמסקנה כי לעיתים קרובות, חוסר הוודאות הטמון בזיהוי ושקלול הזיקות מוחרף על ידי חוסר הוודאות הטמון בזיהוי הציפיות המוצדקות של הצדדים והקושי בזיהוי אינטרסים ציבוריים. לפיכך, הצענו הן שלא להתייחס לציפיות הצדדים במובן האובייקטיבי בכל ההקשרים והן שלא להתייחס לאינטרסים ציבוריים בקביעת הדין החל.

יש לציין, שבתחום הדין החל על החוזה, בו אין מוזכרים ביישום גישת מירב הזיקות ציפיות הצדדים ואינטרסים ציבוריים<sup>439</sup>, מצאנו פחות בעיות בפסיקה.

בנוסף, ראינו שאימוץ גישת מירב הזיקות הן בתחום סמכות השיפוט (קביעת הפורום הנאות) והן לעניין ברירת הדין הוביל לטשטוש בין שני תחומים אלה. ציינו את ההבדלים שבין שני תחומים אלה והסברנו מדוע, על אף ההתקרבות בין התחומים בשנים האחרונות, עדיין ראוי לשמור על הבחנה ברורה ביניהם.

לבסוף, הצענו דרכים בהן ניתן להפחית את חוסר הוודאות הטמון בשקלול הזיקות, על ידי הפקת לקחים מחקיקה רלוונטית בארצות אחרות, וציינו כי לטעמנו ההתייחסות לכללי החקיקה הזרה כקווים מנחים או אפילו כחזקות בכל התחומים עשויה להעניק מבנה ומידה מסוימים של וודאות ליישום גישת מירב הזיקות. אכן, ניצנייה הראשונים של המגמה להסתמך על חקיקה זרה בעניין קביעת הדין החל<sup>440</sup> הינם מבורכים לדעתנו. בנוסף לכך, הצענו כי לעניין פורום לא נאות, ישונה המבחן הנהוג ויהפוך למבחן בלתי השוואתי, כדוגמת זה הקיים בדין האוסטרלי. קרי, המבחן

439 הסיבה להבדל זה נעוצה בסיבות לאימוץ הגישה בהקשרים השונים. ראה פרק ב חלק 4.

440 בפרשת גבעת זאב, לעיל הערה 1 ופרשת אוחנונה, לעיל הערה 108.

יהיה באם הפורום הנוכחי הוא פורום לא נאות ולא באם קיים פורום נאות יותר, כאשר הפורום הנוכחי ייחשב נאות כאשר קיימות זיקות ענייניות מספיקות עמו, גם אם קיימות זיקות ענייניות כבדות משקל עם מדינה אחרת, ולכן אין צורך לקבוע איזה פורום מתאים יותר.<sup>441</sup>

ברצוננו להדגיש כי הצעות אלה אינן באות כתחליף לחקיקה ראויה בכל התחומים, אלא מהוות פתרון חלקי וזמני לקשיים המשמעותיים הקיימים ביישום מבחן מירב הזיקות בבתי המשפט בישראל. עם זאת, אנו תקווה כי חשיפת הקשיים וניתוח מקור הבעיות שהתבצעו במאמר זה יתרמו בשני מישורים: הן בעזרה לשופטים בשינוי ושיפור יישום גישת מירב הזיקות, אם על ידי אימוץ הצעותינו ואם בדרך אחרת, והן בעידוד העוסקים בקידום חקיקה חדשה לזרז עבודתם ולמצוא פתרונות יצירתיים אשר יביאו לתוצאות הרצויות בנושאים השונים, ללא המכשולים הטמונים בגישת מירב הזיקות כפי שהינה מיושמת כיום.

441 אך פער משמעותי וברור בין משקל הזיקות המובילות לכל פורום, מצביע על כך כי הפורום בעל הזיקות שמשקלן נמוך יותר – אינו נאות.

