

בשולי הפסיקה

כלל ברירת דין חדש בנוזיקין : הטוב והרע

רונה שוז*

- א. מבוא
- ב. עניין קרעאן
- ג. כלל ברירת דין חדש
- ד. עוולות חוצות גבולות
- ה. החריג בעניין קרעאן והשימוש בו
- ו. הדגמת בעייתיות נוסח החריג
- ז. סיכום

א. מבוא

בכרך הקודם של כתב העת מאזני משפט פורסם מאמרי, "על גישת 'מירב הזיקות' במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי"¹, שבו סקרתי במפורט את הפסיקה המיישמת את גישת מירב הזיקות בשלושה תחומים, ובהם בתחום קביעת הדין החל על העוולה. הצבעתי על תוצאות סותרות במקרים שונים, עקב השימוש בגישה זו, והגעתי לכלל מסקנה כי בתחום זה אכן התממש הפוטנציאל המוכר של גישת מירב הזיקות ליצור חוסר ודאות. לפיכך הצעתי לאמץ את המודל האנגלי², הקובע כלל ברירת דין קבוע (מקום התרחשות האירוע), בלוויית האפשרות לסטות מכלל זה במקרים חריגים.³ לאחר סגירת הגיליון של הכרך הקודם, פורסמה החלטת בית המשפט העליון בעניין ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן,⁴ שדחתה את השימוש בגישת מירב הזיקות בתחום ברירת הדין בנוזיקין, והבהירה כי כלל ברירת

* דוקטור, מרצה בכירה, מכללת שערי משפט, מרצה אורחת, אוניברסיטת בר אילן.
1 רונה שוז "על גישת 'מירב הזיקות' במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי" מאזני משפט ד (תשס"ה) 349.
2 הנמצא בתוך Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act, 1995, Ch. 42 (להלן: החוק האנגלי) סעיפים 11 ו-12.
3 כאשר השוואה בין משמעות הזיקות למדינה שבה התרחש האירוע לבין משמעות הזיקות למדינה אחרת מביאה לכלל מסקנה כי ראוי יותר באופן ניכר להחיל את דין המדינה האחרת.
4 טרם פורסם (להלן: עניין קרעאן).

הדין הוא מקום ביצוע העוולה, בכפוף לחריג. במידה רבה, כלל ברירת הדין החדש ונימוקיו של בית המשפט העליון עולים בקנה אחד עם מסקנותי והמלצותי במאמר, ועל כך יש לברך, אולם לדעתי נוסח ההלכה החדשה ובייחוד החריג שנקבע בפסק הדין הנם בעייתיים. משום כך ראיתי לנכון להכין רשימה קצרה, שתנתח את ההחלטה בעניין קרעאן ותבחן את השלכותיה של ההלכה החדשה. אחרי תיאור קצר של עניין קרעאן, אסביר ואעריך את כלל ברירת הדין החדש שנקבע שם. לאחר מכן אתמקד בשתי בעיות הכרוכות בכלל האמור: חוסר ההתייחסות לעוולות חוצות הגבולות ונוסח החריג לכלל. אסביר ואדגים כל אחת מן הבעיות ואציע להן פתרון.

ב. עניין קרעאן

מדובר בתביעתה של עובדת פלסטינית נגד מעסיקתה הישראלית. עילת התביעה הייתה פגיעה גופנית שנגרמה לעובדת במפעל, עקב תאונת עבודה. המפעל שכן באלפי מנשה, יישוב יהודי באזור. בערכאה הראשונה⁵ קבעה השופטת מזרחי כי יש להחיל את הדין הישראלי, אשר על פיו זכאית התובעת לקבל פיצויים בסך 1,400,000 ש"ח. השופטת מזרחי סברה כי ראוי לאמץ את הגישה האמריקנית הגמישה, וביססה את החלטתה על ניתוח הזיקות והאינטרסים המערבים בעניין. המעסיקה ערערה על החלטת הערכאה הראשונה וטענה כי יש להחיל את הדין הירדני, אשר על פיו תקבל התובעת פיצויים בסך 187,200 ש"ח. בית המשפט העליון דחה את הערעור, אך נימוקיו היו שונים לחלוטין מאלה של השופטת דלמטה. המעסיקה הגישה עתירה לדיון נוסף, וטענה שבית המשפט העליון טעה בקביעת חריג לכלל ברירת הדין החדש. עתירתה זו נדחתה על בסיס אי-הוכחת סיבה מוצדקת לקיום דיון נוסף, ובעיקר כיוון שקביעת החריג הייתה נכונה, מן הטעם שאין זה ראוי לקבוע כלל נוקשה שכזה בלא לקבוע חריג.⁶

ג. כלל ברירת דין חדש

בעניין קרעאן, לאחר סקירה מקיפה של דיני מערכות משפט זרות, דוחה בית המשפט העליון את הגישות האמריקניות המעניקות לבית המשפט שיקול דעת רחב, ומעדיף את הגישה המסורתית הקובעת כלל המבוסס על עקרון הטריטוריאליזם, שאומץ ברוב המדינות. השופט ריבלין מנמק החלטה זו באומרו:

5 ת"א (י"ם) 1169/97 קראען נ' ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ, תק"מח 2003(1), 57.
6 דנ"א 9254/04 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, תק"על 2005(1), 2227.

"אכן, כאמור, חובה היא להותיר מקום לשיקול דעתו של השופט הדין בכל מקרה ומקרה. ברם, חובה היא גם לשים גדרים לשיקול דעת זה. על בית המשפט להיות מונחה על ידי עקרון, אף אם יותר לו לסטות ממנו. על החריג לצאת מן הכלל. כלל אמורפי שכולו שיקול דעת – סופו שהוא מסכל את עצם האפשרות להפעיל שיקול דעת מושכל".⁷

לאחר דחיית גישת מרב הזיקות, מבהיר סוף סוף בית משפט העליון מהו כלל ברירת הדין בנוזיקין, בקובעו כי:

"הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה. לכלל האמור, נכיר בחריג, על פיו לא יהא זה צודק להחיל את דין מקום ביצוע העוולה – מקום בו הקשר בין מקום ביצוע העוולה לעוולה הוא מקרי. במקרה חריג – ונדיר – שכזה, יהיה על בית המשפט להחיל את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה העוולה".⁸

ראוי לברך את בית המשפט על הכרתו בסכנות הטמונות בשיקול דעת שיפוטי כה רחב בתחום זה (עניין שאותו ציינתי בפרק ה למאמרי הקודם), ועל נכונותו לצמצם שיקול דעת זה. הניתוח במאמרי,⁹ העוסק בפסקי הדין הסותרים שניתנו בערכאות נמוכות, שיישמו את גישת מרב הזיקות בתחום הנוזיקין,¹⁰ נותן משנה תוקף להחלטתו לדחות את הגישות האמריקניות. בנוסף, ראוי לדעת לברך את בית המשפט על הלקחים שהפיק בבוחנו את הדין האנגלי ואת הדין האירופי, שאימצו חזקות הניתנות לסתירה, כפי שהצעתי בפרק ו למאמרי.¹¹

יש לציין, עם זאת, כי השופט ריבלין אינו מתייחס לפתרונות שהציעו הדינים הזרים לבעיית קביעת מקום ביצוע העוולה במקרה של עוולה חוצה גבולות, ומשאיר עניין סבוך זה לפסיקה עתידית.

7 עניין קרעאן, לעיל הערה 4, פסקה 32 לפסק דינו של השופט ריבלין.

8 שם, פסקה 34 לפסק דינו של השופט ריבלין.

9 שו, לעיל הערה 1, בע' 388–390, 400–401, 405–406.

10 פסקי דין אלה אינם מוזכרים על ידי השופט ריבלין, המתייחס רק לפסקי דין של בית משפט העליון. הוא מסביר שאמרות של שופטי בית המשפט העליון, שאימצו את הגישה האמריקנית, היו אמרות אגב. משום כך הוא מניח, כי המשפט המקובל המשיך לחול. לדעתי, גישה פורמליסטית זו מתעלמת מהמציאות שבה שופטי הערכאות הנמוכות אימצו את גישת "מרב הזיקות" ויישמו אותה. יצוין כי השופט אינו משתמש בביטוי "מרב הזיקות", אלא בביטוי הנרדף "הקשר ההדוק ביותר".

11 שו, לעיל הערה 1.

ד. עוולות חוצות גבולות

כבוד השופט ריבלין מזכיר בעיה דומה לזו המתעוררת בקביעת הדין החל על עוולה חוצה גבולות בפרשנות תקנה 500(7) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי) בעניין המצאה לחו"ל, אבל אינו מתייחס להבדלי הנוסח המשמעותיים בין שני ההקשרים. הדרישה של תקנה 500(7) לתקנות סדר הדין האזרחי היא כי "התובענה מבוססת על מעשה או מחדל בתחום המדינה", ואילו כלל ברירת הדין שנקבע בעניין קרעאן מתייחס למקום ביצוע העוולה. לפיכך, אף שכבר נקבע כי גרימת נזק בישראל על ידי מוצר שיוצר בחו"ל אינה ממלאת את הדרישה של תקנה 500(7), כיוון שהמעשה או המחדל אינם בתחום המדינה,¹² ניתן לטעון לעניין ברירת הדין כי העוולה בוצעה בארץ משום שגרימת הנזק הנה רכיב הכרחי לקיום העוולה. זאת ועוד, השופט ריבלין אינו מתייחס להבדל הקריטי בין ההקשר של תקנה 500(7), כלומר קביעת סמכות, ובין ההקשר של קביעת הדין החל. כאשר מדובר בכלל סמכות, אין צורך שהכלל יצביע על מדינה אחת בלבד. המטרה היא לבדוק אם לפורום המסוים יש סמכות, ולא לשלול סמכות של מדינות אחרות.¹³ לעומת זאת, כלל ברירת הדין חייב להצביע על דין אחד שיחול באופן בלעדי.¹⁴ דוגמה טובה להבדל זה מספק עניין ת"א (ירושלים) 5297/03 פלונית נ' חוסייני,¹⁵ שבו נטענה רשלנות רפואית, כאשר חלק מהייעוץ ומהטיפולים ניתן ביריחו וחלק מהם בירושלים. היה ברור, שלבית המשפט יש סמכות שיפוט, הן משום שהנתבע היה תושב ירושלים והן משום שהמעשים המיוחסים לו בוצעו בחלקם בירושלים. הקושי התעורר בנוגע לקביעת מקום ביצוע העוולה לצורך קביעת הדין החל במקרה כזה, כאשר חלק מהמעשים נעשו במדינה אחת וחלק – במדינה אחרת.¹⁶

12 ראו ע"א 565/77 מזרחי נ' *Nobels Explosives*, פ"ד לב(2) 115; וגם רע"א 2752/03 *Metallurgique de Gerzat S.A.* נ' וילנסקי, פ"ד נו(6) 145 (להלן: עניין וילנסקי).
 13 לדוגמה ראו: QB 708 [1978] *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace S. A.*, פסק הדין המנחה של בית המשפט האירופי בעניין פרשנות הביטוי "the place where the harmful event occurred", שבסעיף 5(3) לאמנת האיחוד האירופי, העוסקת בסמכות שיפוט, הכרה ואכיפת פסקי דין בעניינים אזרחיים ומסחריים 1968 (אמנת בריסל) (המעודכן על ידי: Council Regulation (ED) No 44/2001 (of 22 December 2000). בפסק דין זה נקבע כי סעיף 5 (3) מעניק סמכות הן לבית המשפט במקום שבו פעל הנתבע (בצרפת, שם המפעל של הנתבע שפך כימיקלים לנהר הריין) והן במקום שבו נגרם הנזק לתובע (בהולנד, שם התובע השקה את משתלתו במים מזוהמים מנהר הריין).
 14 אלא אם כן הכלל מאפשר לאחד הצדדים (בדרך כלל לתובע) לבחור בין שני דינים אפשריים, כגון *The German Statute on Private International Law of Non-Contractual Obligations and Property of 21.5.99*, המאפשר לתובע לבחור בין דין המקום שבו התרחש האירוע לבין דין המקום שבו נגרם הנזק.
 15 תק"מח 2004(3), 6446.
 16 בית המשפט קבע, כי משום שכתב התביעה לא התייחס למעשים שנעשו ביריחו, היה צורך לתקן אותו, ולא היה מקום בשלב זה להחליט מהו הדין חל.

לפיכך הגיוני יותר לדעתי לחפש פתרון בדין האנגלי לבעיית קביעת הדין החל על עוולה חוצה גבולות, שכן דין זה מתייחס באופן ספציפי לבעיה של עוולות חוצות גבולות בהקשר של ברירת הדין, ולבכר אותו על פני הקשה מהפסיקה בעניין תקנה 500(7). המחוקק האנגלי¹⁷ קבע שכאשר עילת התביעה נסבה על נזק גופני, מוות או נזק לרכוש, יחול דין המדינה שבה הניזוק נפגע או הרכוש נפגע.¹⁸ גישה זו משקפת את הדעה המודרנית שהמטרה העיקרית של דיני הנוזיקין הנה להגן על האינטרסים של הניזוק,¹⁹ ומונעת את הצורך להשתמש בנימוק מאולץ ואבסורדי כדי לסייע לתובע.²⁰ על פי החוק, במקרים המעטים יחסית שבהם אין נזק גופני, מוות או נזק לרכוש, יחול דין המדינה שבה התרחשו "האלמנט או האלמנטים המשמעותיים ביותר".²¹

17 סעיף 11(2) ו-3(3) לחוק האנגלי קובע: "Where elements of those events occur in different countries, the applicable law under the general rule is to be taken as being — (a) for a cause of action in respect of personal injury caused to an individual or death resulting from personal injury, the law of the country where the individual was when he sustained the injury; (b) for a cause of action in respect of damage to property, the law of the country where the property was when it was damaged; and (c) in any other case, the law of the country in which the most significant element or elements of those events occurred. (3) In this section 'personal injury' includes disease or any impairment of physical or mental condition"

18 יש לציין שבנוגע למקרים אלה, שהנם רוב רובם של המקרים, המחוקק לא אימץ את הגישה של עיקר העוולה, שפותחה בפסיקה האנגלית בתחום הסמכות — ראו: *Distillers Co. (Bio-chemicals) Ltd. v. Thompson* [1971] AC 458 (להלן: עניין *Distillers*); וגם: *Castree v. Squibb and Sons Ltd.* [1980] 1 WLR 1248 (להלן: עניין *Castree*) — והורחבה לחול גם על תחום ברירת הדין. ראו: פרשת *Metall and Rohstoff AG v. Donaldson Lufkin & Jenrette Inc.* [1990] 1 QB 391. יש גם לציין כי באנגליה ההיקף בין סמכות לבין ברירת הדין הנו בעיית פחות מאשר בישראל משום שנוסח העילה בתקנה האנגלית המקבילה לתקנה 500 — בזמן פסיקה זו: Rules of the Supreme Court Order 11, Rule 1(1)(h) — התייחס לעוולה שבוצעה בתוך תחום השיפוט.

19 ראו: English Law Commission Working Paper No. 87 (1994), HMSO, London.
20 כגון הקביעה בעניין *Castree*, לעיל הערה 18, שבו עיקר העוולה היה היעדר הזהרה שהמכונה לקויה. ראו נימוק דומה בהחלטה של שופט בית המשפט המחוזי בעניין וילנסקי, לעיל הערה 12, בע' 117–121.

21 לא ברור אם יש הבדל מהותי בין המבחן הזה לבין המבחן של עיקר העוולה שפותח בפסיקה לפני החוק (ראו לעיל הערה 18). ראו: *Morrins v. Bonhams & Brook Ltd.* EWCA [2003] Civ 1802, פסקה 18 (להלן: עניין *Morrins*). הקושי ביישום המבחן הסטטוטורי מודגם היטב בפרשת *Douglas v. Hello! Ltd.* [2002] EWHC (Ch) 2560 (High Court) and [2003] ECWA Civ 139 (Court of Appeal). השחקנים מייקל דאגלס וקתרין זיטה ג'ונס תבעו באנגליה את המגזין השבועי "הלו" ואחרים בעקבות פרסום באנגליה של תמונות מטקס הנישואין שלהם, שנערך בניו יורק, תוך פגיעה בפרטיותם. התובעים ביקשו מבית המשפט האנגלי היתר להמציא הזמנה לדין לצלם שגר בארצות הברית. במהלך הדיון נדונה השאלה מהו הדין החל על פי סעיף 11 לחוק. בערכאה הראשונה השופט לדי היה סבור כי ניו יורק היא המדינה שבה התרחשו האלמנטים המשמעותיים ביותר של העוולה. לעומתו, בבית המשפט לערעורים, השופט ריקס הביע תמיכה בטיעון שעיקר העוולה (כלומר האלמנט המשמעותי ביותר) הוא הפרסום, שהתרחש באנגליה.

יש לציין, כי בדין האנגלי המבחן לקביעת מקום הביצוע של עוולה חוצה גבולות אינו תמיד גורלי, כיוון שניתן לסטות מן הדין החל כאשר קיים דין אחר, המתאים הרבה יותר לחול על פי הקריטריונים שבסעיף 12 של החוק.²² משום כך ייתכנו, למשל, מקרים של נזק גופני שבהם יהיה ניתן לסטות מהחלת דין המקום שבו התרחש הנזק, כיוון שדין המקום שבו פעל הנתבע מתאים הרבה יותר. אעבור לבדוק את החריג שנקבע בעניין קרעאן, ובהמשך אבחן באיזו מידה יוכל לסייע לנו במקרה של עוולה חוצה גבולות.

ה. החריג בעניין קרעאן והשימוש בו

למרות התייחסותו החיובית לחוק האנגלי, החריג שאותו מאמץ לבסוף השופט ריבלין הנו לכאורה צר יותר מהחריג הקיים בחוק האנגלי. לדברי השופט ריבלין, ניתן לסטות מהחלת דין מקום ביצוע העוולה רק כאשר החלתו של אותו דין אינה צודקת משום שהקשר בין העוולה למקום ביצועה הנו מקרי. העובדה שהדין האחר הוא בעל הקשר ההדוק ביותר למקרה הנזיקי אינה מספיקה אפוא כשהיא לעצמה כדי להפעיל את החריג (כמו בפסיקה ובחקיקה האנגלית). כל עוד הקשר למקום ביצוע העוולה אינו מקרי, ימשיך לחול דין מקום ביצוע העוולה. מבחן הקשר ההדוק ביותר (הוא מבחן "מרב הזיקות") יופעל כדי לקבוע איזה דין יחול רק כאשר חל החריג, כלומר כאשר הקשר בין העוולה למקום ביצועה הוא מקרי.

לא ברור מדבריו של השופט ריבלין מהן הסיבות שבגינן בחר לאמץ גישה שונה מזו הקיימת באנגליה ובמדינות אחרות.²³ כל שניתן הוא לשער, כי השופט רצה להימנע מהעמיתות המאפיינת את גישת מרב הזיקות, אפילו היא מתקיימת רק כחריג לכלל הבסיסי.²⁴ עם כל הכבוד, אף שבוודאי אחת ממטרות כללי ברירת הדין הנה להבטיח החלת דין אשר לו קשר ענייני ולא קשר מקרי גרידא לאירוע כזה או אחר, הרי "מקריות" אינה פרמטר מדעי או אובייקטיבי וייתכן שאין היא ודאית יותר מהפרמטר של "הזיקה ההדוקה ביותר".

לדעתי, הנימוק להחלת החריג במקרה הנוכחי מדגים את בעייתיות קריטריון המקריות. השופט ריבלין מסביר, כי המצב המשפטי הייחודי באזור, לפיו דינים שונים חלים על תושבים שונים (כלומר דיני ישראל חלים לרוב על ישראלים הגרים ביישובים

22 בעניין *Morrins*, לעיל הערה 21, טען הנתבע שגם אם ייקבע כי האלמנטים המשמעותיים ביותר התרחשו באנגליה, יש להפעיל את החריג ולהחיל את דין מונקו. החלטה בעניין זה לא נדרשה, כי הוחלט שהאלמנטים המשמעותיים ביותר התרחשו במונקו.

23 גם במדינות אירופה אין חריג כזה. החריגים שם מבוססים על נסיבות ספציפיות (כגון מקום מושב משותף של הצדדים) או על תקנת הציבור.

24 בעניין קרעאן, לעיל הערה 4, בפסקה 11 לפסק דינו השופט ריבלין דן בבקורת על עמיתות של החריג בחוק האנגלי.

היהודיים, ואילו דין ירדן חל על שאר האוכלוסייה) הנו חריג לעיקרון הטריטוריאלי, שעליו מבוסס כלל החלת דין מקום ביצוע העוולה. לפיכך, לדעתו:

"אופיו המשפטי, מנקודת הראות של המשפט הישראלי הפנימי, של היישוב הישראלי כ'מובלעת' – אשר אינה כפופה בפועל למשפט החל באותה טריטוריה, הוא ההופך את הקשר בין העוולה לבין המדינה שדיניה היו, ברגיל, דין מקום ביצוע, למקרי".²⁵

אציין כי לדעתי, תיאור הקשר בין העוולה לבין האזור, שבו חל הדין הירדני, כקשר מקרי, הנו תיאור מאולץ. לשיטתי, המושג "מקריות" מתאר מצב שבו העובדה שהעוולה בוצעה במדינה מסוימת הנה הקשר היחיד בין העוולה לבין אותה מדינה, ורק מזל (או חוסר מזל) גרם לכך שהעוולה בוצעה היכן שבוצעה ולא במדינה אחרת. דוגמה למקריות כזו ניתן למצוא בפסק הדין האמריקני הנודע *Babcock v. Jackson*.²⁶ בעניין זה נסעו הנוסעים מניו יורק והתכוונו לחזור לשם. במהלך נסיעתם חלפו בכמה מדינות, ותאונת דרכים אירעה להם באונטריו. העובדה שהתאונה התרחשה דווקא במדינת אונטריו, ולא במדינה אחרת, הנה מקרית לחלוטין.²⁷ דוגמה נוספת הניתנת בספרות, מתארת מקרה של תאונת מטוס. בעובדה שמטוס נופל מהשמים לשטח מדינה אחת ולא לשטחה של מדינה אחרת, שולטת יד המקרה.

במקרה הנדון, לעומת זאת, מדובר בתובעת תושבת האזור, אשר עובדת לא רחוק מביתה, ביישוב יהודי באזור. בנסיבות אלה, אין זה מקרי שהתאונה התרחשה באזור, והקשר לדין האזור גם הוא אינו מקרי. לדעתי, המצב המשפטי אשר על פיו חלים דיני ישראל על יישובים יהודיים באזור, אינו יכול להפוך קשר ענייני לקשר מקרי. אמנם אין פירוש הדבר שהמצב הייחודי הקיים באזור אינו מצדיק סטייה מכלל "מקום ביצוע העוולה",²⁸ אך עם זאת, אין במצב זה כדי לבסס את הפעלת חריג המקריות.

25 שם, פסקה 37 לפסק דינו של השופט ריבלין.

26 *Babcock v. Jackson*, 191 N. E. 2d 279 (1963) (להלן: עניין *Babcock*).

27 ראו גם את המקרה הדומה בעניין *Edmunds v. Simmonds* [2001] 1 WLR (להלן: עניין *Edmunds*). הצדדים היו שתי חברות מאנגליה שנסעו יחד לחופשה בספרד. בזמן שהנתבעת נהגה, רכבה השכור התנגש במשאית ושני הצדדים נפצעו קשה. בית המשפט קבע שיש להפעיל את חריג הקבוע בסעיף 12 לחוק האנגלי ולהחיל את הדין האנגלי על עניין חישוב הפיצויים, ולא את הדין הספרדי, שהיה דין מקום ביצוע העוולה.

28 המחלוקת בין שופטים בעניין זה באה לידי ביטוי בפסיקה בלתי עקיבה שבה דנתי במאמרי הקודם (שוז, לעיל הערה 1, בע' 381). בחלק מהמקרים, שבהם תבע תושב האזור את מעסיקו הישראלי בגין פציעות שסבל בעקבות תאונת עבודה שהתרחשה באזור, הוחל דין האזור. הנה כמה דוגמאות: בר"ע (ת"א) 200680/98 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' נוזהה, דינים מחוזי לג' (10) 478; בש"א (פ"ת) 1308/00 בן אור צעצועים בע"מ נ' פראס, תק"ש (3) 2000, 2680; ת"א (כ"ס) 5777/99 מוחמד נ' יקיר אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ, דינים שלום כרך יח (286). בחלק מהמקרים הוחל הדין הישראלי. למשל: ת"א 1632/96 אלצוף נ' מתכת אריאל, דינים מחוזי לג' (3) 388; בש"א 2308/02 ת"א 5076/00 תלתלין נ' מגדל חברה

יתר על כן, אף אם נקבל את הקביעה בעניין המקריות במקרה זה, אשר בו בוצעה העוולה בתוך יישוב יהודי, הרי תעלה השאלה, מה יהיה המצב במקרה שבו תתבצע עוולה במקום אחר באזור, כגון במפעל שאינו ביישוב יהודי. האם די בכך שבעל המפעל יהיה ישראלי, אשר עליו חל דין ישראל כדינו האישי, גם אם ואף שכל העובדים הם תושבי האזור? פסק הדין בעניין קרעאן אינו שופך אור על שאלה זו ואינו מעניק לה תשובה כלשהי.

1. הדגמת בעייתיות נוסח החריג

יודגש, כי לדעתי מבחן המקריות הוא בעייתי לא רק במקרים הקשורים למצב הסבוך באזור. עניין ת"א 823/95 מסיקה נ' ד"ר דולנס²⁹ מדגים היטב את הפתח הרחב לכלבול או למניפולציה שיפוטיים בקביעת מקריות גם במקרים אחרים. בהחלטתו בעניין ברירת הדין, נימק השופט טלגם³⁰ את החלטתו להחיל את הדין הישראלי בין היתר בכך שבחירת סלובניה למקום ביצוע הניתוח הייתה בחירה מקרית: התובע ביקש לשכור את שירותיו של מנתח בעל מוניטין בינלאומי, שהמועד הפנוי הקרוב לשכור את שירותיו היה בסלובניה, ורק משום כך בוצע הניתוח שם. לעומת זאת, באותו מקרה, בהחלטה מוקדמת יותר בעניין פורום לא נאות, פירשה השופטת אלשיך³¹ את העובדות באופן אחר, בציינה כי אף שהמשיב ביצע ניתוחים גם בארץ, התובע בחר לנסוע למקום מושבו של המשיב בחו"ל. בעשותו כן, היה עליו לצפות כי אמות המידה והתקנים הרפואיים הנוהגים בסלובניה יחולו עליו ושהתדיינות, במקרה הצורך, תתקיים שם. ברור אפוא כי לדעת השופטת אלשיך אי־אפשר היה להגדיר את הקשר לסלובניה כמקרי.

אני מסכימה לפירוש זה. אף אם ניתן לומר שהבחירה בביצוע הניתוח בסלובניה הייתה מקרית, הרי לאחר בחירתה של מדינה זו כמקום ביצוע הניתוח, ולאחר נסיעתו של התובע אליה למטרת ביצוע הניתוח, שוב לא ניתן לומר כי הקשר בין העוולה לבין סלובניה הוא קשר מקרי.³² אלמנט התכנון שולל אפשרות זו. עם זאת, כפי שנוכחנו, שופט החפץ להחיל את הדין הישראלי יסתמך על כך שהבחירה הייתה מקרית.

לביטוח, תק"ש 2002 (3) 2178; ת"א 459/98 זיידאן נ' מנורה חברה לביטוח (לא פורסם – הוזכר בת"א 5777/99 לעיל); ת"א (ת"א) 83875/95 מוחמדה נ' יהושע, דינים שלום טו(239).
29 לא פורסם. במקרה זה שבו עלו שאלות הן בעניין הסמכות והן בעניין ברירת הדין, נותח תובע ישראלי בסלובניה על ידי הנתבע, תושב סלובניה בעל מוניטין בינלאומי, שביצע ניתוחים במדינות רבות. לרוע המזל, הניתוח נכשל והתובע נהפך למשותק.

30 שם, שם.

31 ע"א (ת"א) 1907/95 פרופ' דולנס נ' מסיקה, דינים מחוזי כו(5), 220.

32 בדיון המהותי בעניין ת"א 823/95 מסיקה נ' ד"ר דולנס, תק"מח 2005 (2), 5773, אמרה בהערת אגב השופטת ענת ברון, בהסתמך על עניין קרעאן, כי דין סלובניה יחול על התביעה כדין מקום ביצוע העוולה, בלא שום התייחסות לחריג. אף על פי כן, בסופו של דבר, התצהיר של המומחה בדיון הסלובני הוצא מתיק בית המשפט משום שהמצהיר לא התייצב לחקירה נגדית, ובהיעדר הוכחת הדין הזר הוחל דין ישראל מכוח חזקת שוויון הדינים.

המחשה נוספת לבעייתיות חריג המקריות ניתן למצוא בעובדותיו של פסק הדין האנגלי המנחה, *Boys v. Chaplin*.³³ במקרה זה היה מדובר בתאונת דרכים בין רכבי שני חיילים אנגלים ששירתו במלטה ונסעו ברכבים שונים. האם הקשר בין העוולה לבין מלטה היה מקרי? מחד גיסא, ניתן לטעון כי מקרה זה שונה ממקרה שבו שני חברים נוסעים יחדיו,³⁴ כיוון שהתרחשות התאונה במלטה לא היוותה את הקשר היחיד לאותה מדינה, הואיל והצדדים שירתו שם. מאידך גיסא, ניתן לומר כי העובדה ששני החיילים שירתו דווקא במלטה היא עובדה מקרית. לדעתי, הטיעון הראשון הוא הנכון ואין אפשרות להגיד שהקשר למלטה היה מקרי. משום כך, מקרה זה אינו נופל לגדר חריג המקריות שקבע השופט ריבלין, ולשיטתו, דין מלטה היה חל, תוצאה הנוגדת את התוצאה בפסיקתו של בית הלורדים בעניין *Boys*, שקבע כי יש לסטות מהחלת דין מקום ביצוע העוולה ולהחיל את הדין האנגלי. ראוי להדגיש כי תוצאת פסק הדין קיבלה תמיכה רחבה בקרב מלומדים ושופטים.³⁵ דוגמה זו ממחישה אפוא את העמימות של מבחן המקריות, כמו גם את חוסר יכולתו להבטיח תוצאות צודקות.

אף על פי כן, קיים לדעתי סיכוי לא מבוטל שבפועל יבחנו שופטים הנדרשים לסוגיות כגון אלה שדנו בהן, אם קיים דין אחר, אשר לו הקשר ההדוק ביותר לעוולה אם דין כזה אכן קיים, יקבעו השופטים בפסק דינם כי הקשר למקום ביצוע העוולה הנו מקרי. לפיכך עדיף לדעתי לאמץ את מבחן הקשר ההדוק יותר ("מרב הזיקות") כקריטריון להפעלת החריג. יש לציין כי שימוש בגישת מרב הזיקות כחריג בלבד אינו גורם לחוסר הוודאות המאפיין את השימוש בגישה זו ככלל הראשי לברירת הדין, משום שנטל ההוכחה מוטל על מי שטוען להפעלת החריג, ועליו להביא ראיות ברורות ומשכנעות שקיים דין אחר הקשור הרבה יותר לעוולה.³⁶

לבסוף, יש לבדוק אם החריג יעזור להגיע לתוצאה נכונה במקרה של עוולה חוצה גבולות. נראה לי שהתשובה תלויה במידה רבה בכלל שייבחר לקביעת מקום העוולה. לדוגמה, אם נקבע כי מקום הייצור הנו מקום העוולה, מקום זה אינו מקרי ולכן החריג לא יחול גם אם המקום שבו נגרם הנזק קשור יותר. לעומת זאת, אם נקבע כי מקום גרימת הנזק הוא מקום ביצוע העוולה, יהיו מקרים שבהם מקום זה אכן יהיה מקרי,

33 *Boys v. Chaplin* [1971] A.C. 356 (להלן: עניין *Boys*).

34 כמו בעניין *Babcock*, לעיל הערה 26.

35 ראו: 13th ed., L. Collins ed., *The Conflict of Laws* (Albert Venn Dicey and J. H. C. Morris), London, 2000, at paragraphs 35-102 to 35-104. *Edmunds*, לעיל הערה 27, דעתו של השופט גרלנד.

36 עניין זה מומחש בפסק הדין האנגלי: [2002] EWCA 21 *Roerig v. Valiant Trawlers Ltd.* במקרה זה, בן זוגה של התובעת נהרג בתאונה שהתרחשה על אנייה אנגלית, שהייתה כבעלות מעסיקתו האנגלית. אף שהתובעת והמנוח היו תושבי הולנד ואזרחיה, נקבע שאין לסטות מהחלת הדין האנגלי כדין מקום ביצוע העוולה בעניין חישוב הפיצויים, כי הנתבע לא הצליח להוכיח שהדין ההולנדי מתאים הרבה יותר. יש לציין כי הדין האנגלי היטיב עם התובעת. לדעתי יש מקום להרהר אם התוצאה הייתה שונה לו הדין ההולנדי היה מיטיב אתה.

למשל, אם התובע נטל תרופה מזיקה כאשר הוא נמצא בחופשה בחו"ל.³⁷ במקרים כאלו, ניתן יהיה להחיל את החריג.

ז. סיכום

על אף ביקורתי על ניסוח ההלכה החדשה, ובייחוד על החריג שנקבע לה, הפיכת גישת מרב הזיקות לגישה המוחלת אך ורק במקרים חריגים הנה התפתחות מבורכת התואמת את מסקנותי, שהוצגו במאמרי הקודם. עם זאת, נאלץ כעת להמתין ולראות כיצד שופטי הערכאות הנמוכות יקבלו את צמצום שיקול דעתם בתחום זה, והאם ינסו לטרפד מגמה זו באמצעות מתן פרשנות רחבה לחריג המקריות.

עניין קרעאן מדגים בצורה ברורה את הצורך, שאותו ציינתי במאמרי הקודם,³⁸ לקבוע כללים ספציפיים אשר יסדירו את הדין החל על עוולות שבוצעו באזור. אמנם כבוד השופט ריבלין הכיר בעובדה שכללי ברירת הדין הרגילים אינם מיועדים למצב המשפטי המיוחד החל באזור, אך החמיץ את ההזדמנות לקבוע כללים או קווים מנחים ספציפיים, המתייחסים למצב הייחודי שם והמתאימים לו. התוצאה היא, שלשופטים נותר שיקול דעת רחב למדי להחליט באילו נסיבות עובדתיות המצב המיוחד באזור מצדיק שימוש בחריג המקריות. בשל כך, נותר עדיין למעשה פתח רחב להחלטות סותרות במקרים של תאונות באזור.

החלטת בית משפט העליון בעניין קרעאן אינה משנה כמובן את תמונת המצב, שהצטיירה במאמרי הקודם, בעניינים של ברירת הדין בחוזים וקביעת הפורום הנאות – שבהם מבחן מרב הזיקות ממשיך לחול. אולם ביקורתו של השופט ריבלין על מתן שיקול דעת רחב מדי לשופטים הנה רלוונטית גם לתחומים אלה. יש לקוות אפוא ששופטים אחרים יפנימו את דבריו ויאמצו דרכים, כגון אלה שהצעתי במאמרי הקודם,³⁹ כדי לצמצם את שיקול הדעת הטמון בגישת מרב הזיקות גם בעניינים אלה.

37 ראו דיון במקרה כזה בעניין *Distillers*, לעיל הערה 18.

38 שוז, לעיל הערה 1, בע' 424–425.

39 שם, בע' 422–424, 427–432.