

ברירת דין וקביעת הנזק בתביעות נזיקין

מאת

סיליה וסרשטיין-פסברג*

הרשימה עוסקת בשני פסקי-דין שניתנו בבית-המשפט העליון בדבר תביעת-נזיקין של זר נגד ישראלי בגין עוולה שבוצעה בישראל. האחד מלמד שעל אירוע כזה יחול דין זר, ואילו האחר גורס שיחול עליו דין ישראל. ניתוח של הנחות השופטים מגלה כי השיטות השונות שהשופטים מאמצים, אילו הופעלו כראוי, היו מובילות לתוצאה זהה בעובדות הנדונות: אולם פסקי-הדין גם חושפים חילוקי-דעות במשפט הישראלי בשאלות כלליות הקשורות בברירת דין בנזיקין. הרשימה מזהה שלוש סוגיות שבמחלוקת: האם ראוי לעצב כלל אחיד לכל העוולות, או שמא עדיף להבחין בין עוולות על יסוד מקום ביצוען ולייעד כלל שונה לעוולות מקומיות מאשר לעוולות זרות? מהו המודל הראוי לברירת הדין בנזיקין? האם תרופות, בכלל, ושיעור הנזק, בפרט, נשלטים על-ידי דין-הפורום באופן בלעדי, או שמא יכול לחול עליהם דין זר? מסקנות הדיון הן, כי בדיון שיחקיים בישראל בפיתוחה של ברירת הדין בנזיקין אין להבחין בין עוולות מקומיות לזרות בעיצוב כלל ברירת הדין; בבחירת כלל חדש או גישה חדשה לברירת הדין בנזיקין אין ללכת שבי אחר הגישה האמריקנית, ויש לשקול גם אפשרויות אחרות; ואין סיבה לייחד לתרופות ולשיעור הנזק את דין-הפורום.

א. מבוא. ב. פסקי-הדין. ג. המחלוקות. 1. כלל אחיד לעוולות זרות ומקומיות; (א) תיאור המצב הקיים במשפט האנגלי; (ב) המשפט הרצוי; 2. שיעור הנזק – איזה דין?; (א) עמדות השופטים; (ב) המשפט הרצוי; 3. מהי הגישה הברירתית הרצויה?; (א) הנחות בדבר המצב הקיים במשפט האנגלי; (ב) הנחות ביחס למשפט האמריקאי; (ג) המודל הרצוי; א. הגישה האמריקאית; ב. המשפט האנגלי; ג. המודל שבהצעה לחוק ברירת דין ישראלי; ד. הקשר בין העמדות העיוניות ובין התוצאה המעשית; ה. מסקנות.

* הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
אני מודה לחברי המערכת של משפטים, על הערותיהם המועילות לרשימה זו.

א. מבוא

תייר שניזוק בישראל, כיצד תיקבע זכותו לפיצוי? שאלה זאת העסיקה את בית-המשפט העליון פעמיים בשנים האחרונות – בפרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ¹ ובפרשת מ"י נ' ג'ון כהן², ובכל פסק-דין ניתנה לה תשובה שונה. ההכרעות הסותרות במקרים אלה מגבשות עמדות רעיוניות מנוגדות. ההבדל המעשי בין שתי הגישות הוא כשאלת הדין החל על תביעה בגין עוולה שבוצעה בישראל, שבה נפגע זר על-ידי ישראלי. עמדה אחת צופה, שתביעתו של תובע כזה תידון כולה לפי דין זר³, בעוד שהעמדה האחרת צופה כי יחול עליה רק דין ישראלי⁴. אבל תוך כדי ההכרעה בעובדות המקרה, השופטים גם נקטו עמדות והביעו דעות ביחס לסוגיות המשליכות על מצבים עובדתיים אחרים: יש בהם דיון בגישה הראויה לברירת הדין בנזיקין; בשאלה, אם עוולה שבוצעה בפורום צריכה להידון כעוולה שבוצעה בתו"ל; בשאלה, אם שיעור הנזק בגין כאב וסבל יכול להיבדק בדין אחר מאשר שיעור הנזק בגין הפסד השתכרות בעתיד; ובשאלה, אם שיעור הנזק באופן כללי צריך להידון יחד עם ראשי הנזק כשאלה מהותית או לפי דין הפורום כשאלה פרוצדורלית⁵. רשימה זו תנתח ותעריך את עמדות השופטים בשאלות אלה, בכלל, ובעובדות של המקרים הנדונים, בפרט.

- 1 ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד ל"ז (4) 449.
- 2 ע"א 702/87, 703, 711, רע"א 337/87 מ"י נ' ג'ון כהן ואח', פ"ד מח (2) 705.
- 3 עמדה זו הובעה על-ידי השופטת בן-פורת בפרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ, לעיל הערה 1. כפי שיובהר להלן, הנכונות לפנות לדין זר חלה במקרים הנדונים רק על שיעור הפיצויים, אך ברור מתוך דבריה של השופטת בן-פורת ומתוך עמדתה בשאלת היחס בין שיעור הנזק ל"עניין כולו", שהיא צפתה שיחול דין זר, בעל הזיקה האמיצה ביותר לעניין, גם בשאלת האחריות. ראה על כך להלן, פסקה ב.
- 4 עמדה זו הובעה על-ידי השופט שלמה לוין בפרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ בבית-המשפט המחוזי ת"א (ת"א) 2009/72 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"מ תש"מ (1) 226, ובפרשת מ"י נ' ג'ון כהן, לעיל הערה 2, בבית-המשפט העליון.
- 5 שאלות אלה עצמאיות אחת מן השנייה, והעמדה הננקטת בשאלה אחת אינה מחייבת עמדה כלשהי בשאלה אחרת. ראה על כך להלן הערה 46.

ב. פסקי-הדין

בשני המקרים נפגע תייר מארצות-הברית⁶ בתאונה שאירעה בישראל וביקש לייחס לנתבע ישראלי את האחריות לנזקו. בכל אחד משני המקרים זרותו של התובע השפיעה על פתרון הסכסוך באופן שונה.

עד לפרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ' אפשר היה להניח שעובדות כאלה תידונה כפי שנדון מקרה שכולו ישראלי, ללא פנייה לדין זר. כלל ברירת הדין הישראלי נקלט מהמשפט המקובל האנגלי⁷ ואינו מייחס חשיבות לזהותו של התובע. הכלל האנגלי המסורתי, הידוע כנוסחת וילס⁸, מפנה אל דין הפורום ודין מקום ביצוע העוולה באופן מצטבר⁹, אך הוא נועד לעוולות שבוצעו בחו"ל בלבד. מקובל, שעל עוולות שבוצעו בתוך המדינה חל דין הפורום (*lex fori*)¹⁰.

ואמנם, כך נהג השופט שלמה לרין, ביושבו בדין בבית-המשפט המחוזי, בפרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ'¹¹. במקרה זה, אזרח ארצות הברית בן 18, ששהה בישראל באשרה של עולה, ניזוק בתאונת-דרכים. לא היתה מחלוקת בדבר קיום האחריות או

6 בקלאוזנר נ' ברקוביץ', לעיל הערה 1, חלק מההתלבטות של השופטים נסב סביב השאלה, אם הניזוק אמנם היה תייר, או שמא צריך היה להתייחס אליו כאל ניזוק ישראלי. שאלה זו עלתה, משום שבזמן התאונה שהה התובע בארץ באשרת-עולה.

7 המשפט האנגלי לעניין זה נקלט החל בע"א 186/51 גולדקורן נ' ויסוצקי, פ"ד ח 262. ראה גם ג' טדסקי, 'אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, תשל"ו) 517. עד לפרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ', לעיל הערה 1, לא הובעה בפסיקה כל הסתייגות מהמשפט האנגלי בסוגיה הנדונה. על-כן, אך טבעי הוא שהדין השיפוטי בשינוי הכלל יתבסס על המשפט האנגלי הקיים והביקורת עליו וכי כל דיון בסוגיה זו במשפט הישראלי יתחיל במשפט האנגלי.

8 מקורו בדבריו של השופט וילס בפרשת *Phillips v. Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1.

9 הכלל דורש שהעוולה, אילו בוצעה בפורום, היתה בת-תביעה בדין הפורום ושהמעשה היה לא-מוצדק בדין המקום שבו בוצע. חלק גדול מתולדותיו של כלל זה באנגליה הוא עיסוק בשאלת היחס בין שני דינים אלה. ראה להלן, פסקה ג1(א).

10 ראה למשל, Cheshire & North's *Private International Law* (12th ed., 1992 North and Fawcett ed.) 550; Dicey & Morris *The Conflict of Laws* (12th ed., 1993) 1534 שהזווה במשך שנים רבות אסמכתא יחידה לפרופוזיציה זו הוא *Szalatnay-Stacho v. Fink* [1947] K.B. 1. פסק-דין חדש בעניין זה הוא *Metall and Rohstoff A.G. v. Donaldson* [1990] 1 Q.B. 391 (CA). על-אף ששני הכללים הללו מוצגים ככללים גפרדים, ברור שכאשר הכלל המיוחד לעוולות שבוצעו בפורום מפנה לדין הפורום, הוא מפנה גם לדין מקום ביצוע העוולה. שני אלה מגובשים במקרה זה בדין אחד.

11 לעיל הערה 4.

באשר לחלוקתה¹². השופט לוי קיבל את הטענה, שלמרות שניתנה לו כבר אשרה של עולה, מעמדו של התובע כמעמדו של הייד ויש להתייחס אליו כאל תובע זר; אולם בהתאם להלכה המקובלת, זרות זו לא הביאה אותו לסטות מדין-ישראל בקביעת האחריות של התובע. הוא אף דחה את הטענה, שלפיה זרותו זאת צריכה להשפיע על גובה הפיצוי בגין ראש הנזק של כאב וסבל. לשיטתו, הפיצוי שנפסק בישראל בראש נזק זה נפסק באופן אחיד, ועל-כן הוא איננו משתנה לפי זהות התובע. ניזוקים ישראלים זוכים לפיצוי אחיד בגין כאבם וסבלם, בלא התחשבות במאפייניהם האישיים. לפיכך, אין זה ראוי שכית-משפט ישראלית יפסוק פיצוי גבוה במיוחד לתובע זר, משום שהוא בא מארץ שרמת-החיים בה גבוהה משל ישראל, או שיפסוק סכום נמוך מהמקובל לתייר שבא מארץ עם רמת-חיים נמוכה מזו שבישראל. בכל הקשור בראש הנזק של כאב וסבל, תובע זר "קונה" את השיטה המשפטית במחירים המקובלים בישראל. אמנם, הוא הסכים שהפיצוי בגין הפסד כושר השתכרותו בעתיד של התובע – נזק הכלכלי – יושפע מזרותו של התובע, אך גורם זה איננו מביא לתחולתו של דין זר. הוא מביא רק לכך, שהפסדו של התובע יימדד על בסיס ההנחה שמרכז חייו המקצועיים אשר נפגעו היה בארצות-הברית ועל יסוד נתונים בדבר ההשתכרות שם. הנתונים לחישוב גובה הפיצוי יהיו משכורות אמריקאיות¹³.

12 נקבע שהנתבע נשא באחריות של 80%, ואילו התובע נשא באחריות של 20%, בשל רשלנות תורמת. יצוין שהמקרה אירע לפני היכנסו לתוקף של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975.

13 ת"א (ת"א) 2009/72, לעיל הערה 4, בעמ' 239 ואילך. השופט לוי לא היה מוכן להתחשב בראיה, שלפיה נקבע בארצות-הברית גיל פרישה חובה של 70. מצד אחד, הוא לא השתכנע שהעלאת גיל פרישה חובה בהכרח תוציא את התובע מגדר המקרה הרגיל. מצד אחר, לא היה לו בסיס להכריע בשאלה, אם התובע היה ממשיך לעבוד גם אחרי הגיעו לגיל הפרישה הממוצע בארה"ב, שהוא גיל 62. על-כן, השופט לוי הסתפק בהנחה המקובלת בישראל, שיש לחשב את הפסד ההשתכרות על יסוד גיל פרישה של 65. הוא גם לא היה מוכן לסטות מעקרונות היוון ישראלים ולתת לתובע את הסכום במלואו, שכן לא השתכנע שאם הסכום יהיון לפי מבחנים ישראלים, התובע לא יפוצה פיצוי מלא, כטענתו (ראה עמ' 243 ואילך לפסק-הדין).

השופט סיליה, בערכאת-הערעור, פירש את עמדתו זו כאילו השופט לוי דחה את טענתו של התובע, שבארצות-הברית אין מהוונים פיצויים ושעל-כן יש להימנע מהיוונום גם במקרה זה (לעיל הערה 1, בעמ' 470); אולם מקריאת פסק-הדין של השופט לוי עולה, כי לא זו הטענה שנטענה. התובע טען רק, שאפשרויות ההשקעה בארצות-הברית אינן מבססות היוון לפי 3%. השופט לוי היוון את הפיצוי לפי המבחן הישראלי, משום שלא השתכנע שיש לנהוג אחרת כדי להגשים את העיקרון של השבת המצב לקדמותו. מעניין, שסירובו להשתמש בנתונים זרים אלה מנוסח במונחים ראייתיים ולא במונחים עקרוניים.

בערעורו של התובע לבית-המשפט העליון חל שינוי. אמנם, הערעור נדחה והתרופות שנפסקו לתובע הושארו על כנן; אולם רק השופט שילה הסכים עם דרך הניתוח של השופט לוין. גם הוא סבר, שהמקרה כלל אינו מעלה בעיה של ברירת דין ושדין ישראל חל על העניין¹⁴. לשאלה אם קנה-המידה לפיצוי צריך להיות ישראלי או אמריקאי, הוא השיב, כי בעוולה שבוצעה בתוך ישראל, העיקרון הישראלי של השבת המצב לקדמותו קובע כיצד ייקבע הפיצוי. עיקרון זה מחייב, שזקוק של כל נפגע ייקבע באופן אינדיבידואלי. גם הוא גרס, שבנסיבות העניין, העיקרון מחייב למדוד את הפסד ההשתכרות על-פי נתונים זרים¹⁵. מכאן, שהוא קיבל גם את עמדתו של השופט לוין, שלפיה מדובר בתושב זר.

בחוות-הדעת של שני השופטים האחרים, התפישת המשפטית של הבעיה שונה לגמרי. הסיבה היחידה לכך שהתוצאה המעשית לא שונתה היא, שהשופטים העריכו גם את העובדות בצורה שונה. השופטת בן-פורת סברה, שהשופט לוין קבע את שיעור הפיצוי בראש הנזק של כאב וסבל לפי דין ישראל; ואילו את שיעור הפיצוי בראש הנזק של הפסד השתכרות – לפי דין ארצות-הברית¹⁶. זאת, על-אף שכאמור, השופט לוין כלל לא החיל דין זר, אלא רק השתמש בעובדות זרות לשם חישוב נזקו של התובע האינדיבידואלי. הנחתה זו, שהשופט לוין החיל דינים שונים על פריטי נזק שונים, היא שהביאה את השופטת בן-פורת לפתוח בדיון בעקרונות ברירת דין. היא גרסה, שחישוב שיעור הפיצוי בכל ראשי הנזק – יהיה אופייים כלכלי או אחר – צריך להיעשות לפי דין אחד¹⁷. השופטת סברה עוד, שדין אחד צריך לחול לא רק על מרכיביו של שיעור הפיצוי, אלא גם על

14 מקרה המצטייר כמקרה ישראלי, שאינו מצריך פנייה לדין זר כלשהו, איננו בהכרח מקרה שאיננו מעורר בעיה של ברירת דין. ההחלטה שלא לפנות לדין זר היא תוצר של כלל ברירת דין, הקובע את חולייית-הקישור ומזהה את הגורם הזר המוציא את העניין מדין ישראל ושקובע במקרה הנדון, כי בעולות המבצעות בפורום חל דין הפורום. על ההיכט הבריתי הטמון בכל כלל משפטי ראה א' לבונטין ברירת הדין בחוזים עבר-לאומיים (תשכ"ט) 30-31.

השופט שילה סבר, שדין ישראל חל על עולות המבצעות בישראל מכות סעיף 3 לפקודת הנזיקין. נפסק כבר בע"א 98/67 ליבהר נ' גזית ושחם, פ"ד כא (2) 243, שסעיף 3 איננו מונע את החלתו של דין ישראל על עולות שבוצעו בחו"ל. בפרשת קלאוזנר (לעיל הערה 1), השופטת בן-פורת הביעה עמדה, שלפיה סעיף 3 גם איננו מונע החלתו של דין זר על עולות שבוצעה בפורום (שם, בעמ' 457). בפרשת כהן (לעיל הערה 2), המאוחרת יותר, השופט שלמה לוין הסכים עמה שסעיף 3 איננו כלל ברירת דין (לעיל הערה 2, בעמ' 725-726). על משמעותו של סעיף זה ראה ע' שפירא "נזיקין במשפט-הבינלאומי-הפרטי: מכללים מכניים לגישה פונקציונלית" עיוני משפט א (תשל"א) 96.

15 קלאוזנר נ' ברקוביץ, לעיל הערה 1, בעמ' 469-468.

16 שם, בעמ' 453.

17 שם, בעמ' 455. היא הציגה עמדה זו כעמדה משותפת לדין האנגלי ולדין האמריקאי, הגם שכל אחד מהם מכפיף את כל סוגיית שיעור הפיצויים לדין אחר: באנגליה שיעור הנזק כפוף

ראשי הנזק ועל העניין כולו, כלומר: שמן הראוי להתייחס אל כל סוגיית הפיצויים כאל עניין מהותי¹⁸. מכאן, שהשופטת בן-פורת נאלצה לשאול מהו הדין שחל על התביעה, בכלל, ועל התרופות, בפרט? לאחר סקירת האפשרויות המקובלות בדין אנגליה – הדוגל, לדבריה, כדין מקום ביצוע העוולה באופן נוקשה¹⁹ – ובארצות-הברית, היא הביעה העדפה לגישה האמריקאית. היא הציגה גישה זו כגישה גמישה: על-אף שדין מקום ביצוע העוולה הוא הכלל הבסיסי, יש אפשרות להחיל בסופו של דבר את הדין שיש לו הזיקה האמיצה ביותר לעניין. לדבריה, גישה זו מאפשרת להחיל את דינו של התובע, גם כאשר האירוע התרחש בפורום. על-כן, אילו קיבלה השופטת בן-פורת את מסקנתו של השופט לוין שלתובע מושב זר, היא היתה מחילה על העניין את דינו הזר; אולם, בשל העובדה שהתובע החזיק באשרת-עולה, היא סברה שיש להתייחס אליו כאל תושב מקומי. משום-כך, לא היתה סיבה לסטות – לדעת השופטת בן-פורת – מהעיקרון הבסיסי, שלפיו חל דין מקום ביצוע העוולה, במקרה זה דין ישראל, משום שהוא היה גם הדין בעל מירב הזיקות לפרשה²⁰.

גם השופט בייסקי דן בעניין כבכעיה של כרירת דין. הוא לא שלל את עמדתו של השופט לוין, שהוא פרש כהחלת דין פורום על מציאות זרה; אך הוא הוסיף שמצדו הוא גם לא היה רואה פסול בהחלת דינו של התובע – דין המקום שבו יתגבש נזקו – כדי להגיע לתוצאה צודקת²¹.

פסק-דין זה שינה לכאורה את המציאות מקצה עד קצה. לפיו, אפשר היה להניח שאילו יבוא לפני בתי-המשפט בישראל מקרה שבו תושב זר (אשר זרותו אינה

כולו לדין הפורום – כעניין שבפרוצדורה, גם כאשר דין זר חל על השאלה מהם ראשי הנזק; בעוד שבדין האמריקאי שיעור הנזק נחפש כעניין מהותי וכפוף לדין השולט בשאלות מהותיות (ראה מקורותיה שם).

18 שם, בעמ' 456. עמדה זו נוגדת את דעת-הרוב בפרשת *Chaplin v. Boys* [1971] A.C. 356, שלפיה בעוד שראשי הנזק הם מהותיים, שיעור הנזק הוא עדיין עניין שבסדר-דין.

19 על השאלה אם היא מדייקת בתיאור זה, ראה להלן, פסקה ג3א).

20 בכל-זאת היא היתה מוכנה לסטות מסכימי הפיצוי המקובלים בישראל, משום שהאשרה של התובע מאפשרת למחזיק בה לשנות את דעתו כאשר לעתיד. היא אישרה לבסוף את הפיצוי כפי שהוא נפסק, מאחר שהיא מצאה כי הוא עלה קצת על זה הישראלי בפריט כאב וסבל וירד ממנו קצת בפריט הפסד השתכרות.

21 לעיל הערה 1, בעמ' 467 ואילך. דומה, שבניגוד לשופטת בן-פורת, שהיתה מחילה על כל העניין – הן האחריות הן שיעור הפיצוי – את דינו של התובע, השופט בייסקי היה מוכן לפצל בין השאלות השונות ולהחיל את דין הפורום על שאלת האחריות, ולקבוע את שיעור הפיצוי לפי דינו של התובע. בשאלה אם שיעור הנזק הוא עניין מהותי או פרוצדורלי ואם הוא צריך להיות כפוף לדין העניין או לדין הפורום הוא ביקש שלא לנקוט עמדה.

מוטלת בספק) נפגע כתוצאה מעוולה שבוצעה בישראל על-ידי ישראלי, יחול על תביעתו – או על חלק ממנה – דין זר. ואמנם, בפרשה הבאה שנדונה בפסיקה כך נהג השופט בן-יאיר, שישב אז כשופט בבית-המשפט המחוזי. בפרשה זו – ג'ון כהן נ' החברה להגנת הטבע ואח' 22 – ניזוק התובע בתאונה שאירעה בטיול מאורגן בישראל. התובע היה אזרח ארצות-הברית ותושב ניו-יורק. גם פה זורתו של התובע השפיעה רק בשאלת גובה הפיצוי²³. השופט בן-יאיר אימץ את דבריה של השופטת בן-פורת בפרשת קלאוזנר, שלפיהם יש להחיל את הדין בעל הזיקה האמציעה ביותר, וקבע שיש לבחון את הניזוק וצרכיו באספקלריה הרחבה של הסביר והמקובל בחברה הסובבת את הניזוק. לפיכך, הוא העריך את הנזקים על-פי אמות-מידה מקובלות וסבירות במדינת ניו-יורק²⁴.

בערעור לכית-המשפט העליון שוב נהפכה הקערה על-פיה, כאשר השופט שלמה לוין, אשר כתב הפעם את פסק-הדין של בית-המשפט לערעורים, פסל עמדה זו וקבע שוב את אשר קבע בשבתו בפרשת קלאוזנר בבית-המשפט המחוזי. לשיטתו, השפעת זורתו של התובע מוגבלת לשימוש בנתונים זרים כדי לחשב את נזקו לפי ראשי נזק המוכרים בדין ישראל ובראש הנזק של כאב וסבל יש לפסוק על-פי הנהוג בישראל.

ג. המחלוקות

השופטת בן-פורת ביקשה להכניס שינויים מרחיקי-לכת למשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי. ראשית, היא ביקשה להחיל כלל ברירת דין אחיד, שיחול באופן מפורש

22 ת"א (חי') 1142/82 ג'ון כהן נ' החברה להגנת הטבע ואח', ניתן ביום 1.10.87 (לא פורסם).

23 גם פה, כבפרשת קלאוזנר, לעיל הערה 1, לא הועלתה הטענה שיש לקבוע גם את אחריותו של הנתבע על-פי דין זר. השופטת בן-פורת בוודאי צפתה בפרשת קלאוזנר, שדין זר יחול גם בשאלת האחריות, כשמדובר בתובע זר; שכן היא סברה שדין זר יחול בקביעת שיעור הנזק בכל מקרה שבו דין זר יחול על העניין כולו. קביעתה ששיעור הנזק של תושב זר יימדד לפי דין זר מניחה אפוא שדין זר יחול על העניין כולו. דומה, שגישתו של השופט בייסקי שונה בעניין זה, כאמור לעיל.

24 כך מוצגת עמדתו בפסק-הדין של הערעור, לעיל הערה 2, בעמ' 720. להבדיל מהשופט לוין בפרשת קלאוזנר, השופט בן-יאיר קבע גם את שיעור הנזק בראש הנזק של כאב וסבל על-פי אמות-המידה המקובלות בניו-יורק. עם זאת דומה, שגם הוא לא החיל כאן דין זר, אלא רק ניצל נתונים זרים לחישוב הנזק של התובע האינדיבידואלי. אולם דבריו, כפי שהם מובאים בפסק-הדין של ערעור (למשל: שם, בעמ' 720-721) מבססים הנחה שבניגוד לשופט לוין, וכמו השופטת בן-פורת, הוא אכן סבור שבמקרה הצורך יש לנהוג לא רק על-פי אמות-מידה זרות, אלא גם להחיל את הדין בעל הזיקה האמציעה ביותר.

גם על עוולות המבוצעות בפורום וגם על עוולות המבוצעות כחור"ל²⁵. שנית, היא ביקשה להחליף את כללי הברירה הקיימים בגישה גמישה, נוסח ארצות-הברית²⁶. שלישית, היא ביקשה להכפיף גם את שאלת שיעור הנזק לדין השולט במהות העניין²⁷. אמנם, השופט לוי ביקש לצמצם את הכרעתו לשאלה של הערכת הנזק, בעוולה שבוצעה בפורום, לפי ראשי נזק בדין ישראל, בלא לקבוע מסמרות ביחס לכללי ברירת הדין הרצויים בנוזיקין²⁸. עם זאת, הוא גילה את דעתו שאין צורך בכלל ברירת דין אחד לעוולות מקומיות ולעוולות זרות²⁹. הוא הסתייג מהגישה האמריקאית ביחס לעוולות זרות, ולא מצא פגם בכלל הברירה לעוולות מקומיות³⁰. בשאלה, אם שיעור הנזק צריך להיות כפוף לדין העניין או לדין הפורום, הוא לא נקט עמדה מפורשת³¹. בחלק זה של הרשימה אבקש להבהיר את גדר המחלוקת בסוגיות אלה ולהעריך את עמדות השופטים. בפרק האחרון אבדוק אם הבדלי הגישה הם המכתיבים את ההבדל בתוצאה המעשית.

1. כלל אחד לעוולות זרות ומקומיות

השופטת בן-פורת מניחה, שהמשפט האנגלי מכיר רק כלל ברירת דין אחד בנוזיקין, שהוא אחד לכל העוולות, בין אם בוצעו בתוך הפורום בין אם בוצעו מחוצה לו. בעוד שהיא מבקרת את הכלל בשל הקשיחות המאפיינת אותו וסבורה שהוא טעון

25 ראה למשל את הדיון בפרשת קלאוזנר, לעיל הערה 1, בעמ' 457. על השאלה באיזו מידה יש בכך לשנות את המצב הקיים ראה להלן.

26 לעיל הערה 1, בעמ' 459. הגישה של השופטת בן-פורת היא ביטוי פסיקתי לעמדה, שהובעה כבר בספרות הישראלית, הממליצה לנטוש את כלל ברירת הדין הקיים בנוזיקין ולאמץ תחתיו גישה הקרובה יותר לגישה ה"אמריקאית". לעניין זה ראה ע' שפירא "נוזיקין כמשפט-הבינלאומי-הפרטי – מכללים מיכניים לגישה פונקציונלית" עיוני משפט א (תשל"א) 96; ב' ברכה "לקראת כללים חדשים לברירת הדין בנוזיקין" הפרקליט כו (תשל"ל) 167; ראה המשך הקו הזה בדברי השופטת שטרסברג-כהן בע"א 300/84 אבו עטיה נ' ארבעסי, פ"ד לט(1) 365. החריג היחיד לנטייה זו כלול בהצעתו של פרופ' לבונטין לחוק ברירת דין, שהוגשה למשרד-המשפטים בשנת 1987 (ברירת הדין – הצעה לחוק, עם מבוא ודברי הסבר מקוצרים (משרד המשפטים, תשמ"ז)), שיוצג להלן, בפסקה ג(3)(ג). גישתו של השופט לוי מהווה הסתייגות שיפוטית, ואולי נסיגה שיפוטית, מהנטייה לנטוש את המשפט האנגלי בהקשר זה.

27 לעיל הערה 1, בעמ' 456.

28 לעיל הערה 2, בעמ' 726-727.

29 שם, בעמ' 726.

30 שם, בעמ' 726-727.

31 במקרה זה דין הפורום הכריע בעניין. לא ברור אם הוא תפקד פה כדין הפורום או כדין העניין. לדיון בעמדתו ראה להלן.

שינוי, היא רואה בחיוב את הטיפול האחיד בעוולות, בלי קשר למקום ביצוען.³² לעומת זאת, השופט לזין סבור שהמשפט האנגלי מבחין בין שני סוגי העוולות ומייחד לכל אחד כלל ברירת דין השונה מרעהו הן במידת גמישותו הן בפתיחותו לשינוי. לשיטתו, זהו המצב הרצוי.³³

(א) תיאור המצב הקיים במשפט האנגלי

כלל ברירת הדין האנגלי שנקלט בישראל³⁴, המפנה לדין הפורום ולדין מקום ביצוע העוולה, מיוחד, לפי נוסחו, לעוולות זרות. כאמור, על עוולות מקומיות חל דין הפורום. על-כן, לכאורה המשפט האנגלי אמנם מבחין בין השתיים ומייחד כלל ברירת דין שונה לכל אחת. אולם בעוולה שבוצעה בפורום, דין הפורום הוא גם דין מקום ביצוע העוולה וגם דין הפורום. לפיכך, למרות שהכללים בנויים למצבים עובדתיים שונים ומנוסחים באופן שונה, הם מפנים למעשה לאותם דינים. יישומם יוצר ביניהם שוני, משום שבעוולות מקומיות מתחשבים רק בדין אחד, בעוד שבעוולות זרות יש צורך להתחשב בשניים. אולם מבחינה פורמלית, הכלל אכן מצטייר ככלל אחיד.

נוסחת וילס העמידה קשיי פרשנות רבים בפני בתי-המשפט האנגליים. האם היא מחייבת שכל מרכיב ומרכיב של האחריות יהיה זהה בשני הדינים? מה התוצאה כאשר אין זהות ביניהם? האם הכלל מאפשר לפסוק על-פי דין אחד בלבד? בפרשת *Chaplin v. Boys*³⁵ בית-המשפט הסביר והגדיר את ההזקקות לשני דינים באופן מצטבר, כדרישה לתביעות כפולה (double actionability), וקבע שהיא דורשת אחריות אזרחית בדין הזר, בין אותם צדדים, לגבי כל עניין ועניין. עם זאת, הוא הוסיף לכלל סייג חשוב, שהגמיש אותו בצורה משמעותית. באותה הפרשה, הדין הזר – דין מקום ביצוע העוולה – לא זיכה את התובע בפיצוי בגין ראש הנזק של כאב וסבל. בית-המשפט ייחס חשיבות לעובדה, ששני הצדדים היו תושבי אנגליה, אשר דין מקום ביצוע העוולה ודאי לא נועד לחול עליהם, והחליט שמשום-כך אין

32 לעיל הערה 1, בעמ' 458.

33 לעיל הערה 2, בעמ' 726. לפי תפישתו, כלל ברירת הדין לגבי עוולה שבוצעה בפורום מחייב פנייה כמעט בלעדית לדין הפורום, בעוד שכלל ברירת הדין לעוולות שבוצעו בחו"ל שונה. השופט לזין אינו מפרט מהו כלל זה, אך הוא מכיע עמדה מפורשת שאין צורך להתייחס אל עוולה שבוצעה בפורום כפי שמתייחסים אל עוולה זרה: הכלל השורר ביחס לעוולות המבוצעות בפורום הוא הכלל הראוי בעיניו, והתסיסה הרעיונית קיימת בעיקר ביחס למקרים שבהם העוולה בוצעה בחו"ל. עמדתו זו מצמצמת לכאורה את אפשרויות שינוי הכלל לאותם מצבים שבהם העוולה בוצעה בחו"ל.

34 ראה לעיל הערה 7.

35 לעיל הערה 18.

זה צודק להגביל את הפיצוי. על־כן, הוא סטה מהדרישה שתתקיים גם בעניין זה אחריה אורחית בדיון הזר, והחיל על הסוגיה את דין הפורום בלבד.³⁶

היקפה המותר של סטייה זו אינו ברור. כאמור, באותו מקרה דין הפורום הוחל בלא דין מקום ביצוע העוולה, כאשר שני בעלי־הדין היו תושבי הפורום וכאשר דין הפורום העניק פיצוי שלא הוכר בדיון הזר. האם יש בכך הכשר לסטות גם אל דין מקום ביצוע העוולה, להסתפק בהוראותיו בלבד ולהתעלם מדין הפורום, כאשר שני בעלי־הדין הם תושבי המקום שבו בוצעה העוולה³⁷? האם ניתן לסטות גם כאשר שיעור הפיצוי יקטן כתוצאה מכך? האם תוכשר סטייה לדין זר אחר, שאינו מופיע במשוואה המקורית, כאשר שני הצדדים הם תושביה של מדינה שלישית זו? האם במקרה כזה רק הבדל בין הדינים יבסס סטייה, או שמא ניתן לסטות לדין שלישי, אף כששני הדינים שבמשוואה המקורית זהים? האם הבדל בין הדינים בדבר זהות הצדדים לתביעה יבסס סטייה מהכלל של תביעות כפולה? האם זהותו של התובע או זהותו של הנתבע – להבדיל מזהותם המשותפת – תספיק לבסס סטייה מהכלל? כל השאלות הללו, המחייבות הגדרה של הנסיבות שתצדקנה סטייה מהכלל והיקף הסטייה המותר, נותרו ללא מענה מחייב והן טעונות הכרעה שיפוטית ישירה.

שאלה נוספת, שנותרה אז פתוחה, חשובה לענייננו והיא, באיזו מידה ניתן להפעיל את הסייג הזה, או את העקרונות שעליהן הוא מונח, על עוולה שבוצעה בפורום³⁸. שאלה זאת עלתה, משום שלא היה ברור אם הכלל, שלפיו עוולות המבוצעות בפורום כפופות לדין הפורום, הוא יישום של כלל ברירת הדין, המיועד

36 רק שני שופטים מתוך החמישה תמכו בגישה זו. הם סברו, שיש צורך במפלט הפוטור מהדרישה לתביעות כפולה, כאשר היא מביאה לתוצאה בלתי־צודקת. שופט שלישי, שתמך בפירוש אחר של כלל ברירת הדין, שלפיו הדין הקובע הוא דין הפורום, הסכים שלכל כלל ברירת הדין יידרש סייג; אך הוא ניסח את דבריו בצורה שונה. הוא ראה צורך בסייג כדי למנוע את תופעת ה־forum shopping ולשם כך הכשיר סטייה מהכלל, כדי להחיל את הדין של ה"פורום הטבעי". הגם שלא היתה בעניין זה דעת־רוב בדוֹרה, דומה שהפסיקה האנגלית קיבלה באופן כללי את הרעיון שכלל ברירת הדין מלווה סייג "למען הצדק" (ראה *Dacey & Morris, supra* note 10, p. 1497).

37 מקרה יחיד בינחיים, שבו הביעו את העמדה כי ניתן לבסס תביעה על דין מקום כיצוע העוולה בלבד, הוא *Red Sea Insurance Co. Ltd. v. Bouygues S.A. and others* [1994] 3 All E.R. 749.

38 האסמכתא היחידה במשפט האנגלי לכלל ביחס לעוולה שבוצעה בפורום, היא גם מקרה שבו ראוי היה לפי העיקרון שהנחה את השופטים ב־*Chaplin* (לעיל הערה 18) להחיל דין זר שהיה דינם המשותף של הצדדים. באותו מקרה – *Szalatnay-Stacho* (לעיל הערה 10) עוולה בוצעה באנגליה על־ידי צ'כי כנגד צ'כי אחר וכל ההשלכות של העוולה הורגשו רק במסגרת החברה הצ'כית הגולה. בכל־זאת, הוחל רק דין אנגליה.

לפי גישתו לעוולות זרות – בנסיבות המיוחדות, שבהן דין הפורום ודין מקום ביצוע העוולה הם אותו דין – או שמא הוא כלל עצמאי. אם הוא כלל עצמאי, ייתכן שהסייג המאפשר סטייה לדין אחר – שנוסח ביחס לעוולות זרות – איננו כלול בו, כך שדרך הטיפול בעוולה זרה תהיה שונה מדרך הטיפול בעוולה מקומית. לאחרונה הובהר, שהדעה האחרונה היא הנכונה ושכלל ברירת הדין איננו חל על עוולות שבוצעו באנגליה³⁹. הכרעה זו מובנת במשפט האנגלי כהצבתו של מחסום בפני האפשרות להחיל על עוולה מקומית דין זר, משום שאפשרות זו מתבססת רק על הסייג שהוסף לכלל ברירת הדין, ואין לה בסיס עצמאי⁴⁰. כך נקבעה אפוא, סוף-סוף, הבחנה ברורה בין הכלל ביחס לעוולה זרה ובין הכלל ביחס לעוולה מקומית. אפילו ניתן לומר, שעוולות מקומיות כפופות – כעוולות זרות – לדין מקום ביצוע העוולה ולדין הפורום, אין לגביהן האפשרות, הקיימת לגבי עוולות זרות, להחיל דין אחר, שבנסיבות העניין קשור יותר לעניין.

כאשר ניתן פסק-הדין בעניין קלאוזנר נ' ברקוביץ', לא היתה סיבה לחשוב שכלל ברירת הדין לעוולות מקומיות שונה מזה לעוולות זרות. באותה תקופה הספק בדבר הפעלת הסייג על עוולות שבוצעו בפורום עמד בעינו. ניתן היה לצפות שהסייג יופעל גם ביחס לעוולות מקומיות ושדין עוולה מקומית כדין עוולה זרה. כאשר פרשת כהן הוכרעה, כבר הוחלט באנגליה שכלל ברירת הדין, על הסייג שבו, איננו חל על עוולות מקומיות, והיה ברור שהטיפול בשני סוגי העוולות שונה. מכאן, שכאשר שני השופטים תיארו את המצב במשפט האנגלי ביחס לאחידות הטיפול בעוולות מקומיות וזרות, הם תיארו מציאות שונה, משום שהיא אכן השתנתה בין שני פסקי-הדין.

(ב) המשפט הרצוי

היש הצדקה לכך שעקרונות שונים יקבעו איזה דין יחול על עוולה, בהתאם לשאלה היכן היא בוצעה? כאמור, המשפט הישראלי ירש הבחנה זו מהמשפט האנגלי, ועד אשר הוחלט ב-1990 שהסייג לכלל איננו חל על עוולות מקומיות, גם בו לא היתה לה משמעות משפטית. עבודות ההכנה של ה-Law Commission, שהוקמה באנגליה לבדוק את כללי ברירת הדין בנויין, שללו את ההבחנה בין עוולות המבוצעות בפורום לעוולות זרות. מנסחיה סברו שאין לה הצדקה וביקשו להכפיף עוולות מקומיות לכלל ברירת הדין הרגיל. למרות שעמדה זו נדחתה בהצעה הסופית של ה-Law Commission, אשר הוציאה עוולות כאלה מתחולתו של כלל ברירת הדין

³⁹ Metall und Rohstoff AG, *supra* note 10.

⁴⁰ ראה Dicey & Morris, *supra* note 10, p. 1535.

המוצעת⁴¹, הסיבות שניתנו לכך אינן משכנעות שיש הצדקה לקיומם של כללי ברירת דין נפרדים לעולות מקומיות ולעולות זרות⁴², והעמדה נתקבלה בביקורת רבה⁴³. כללי ברירת דין מסורתיים בנויים מקטיגוריה משפטית – נזיקין, קניין ועוד – ומחוליית-קישור – דין מקום ביצוע העוולה, דין מקום הימצאו של הנכס ועוד. בגלל השימוש בקטיגוריות מופשטות ובחוליות-קישור מופשטות, הכללים מגדירים את היקף התחולה של כל הדינים בעולם – דין הפורום ודינים זרים – באותה צורה ולפי אותו קנה-מידה. דין הפורום, היקפו כשל דינה של כל מדינה אחרת, בהתאם לזיקה שלה לעובדות. במערכת כזאת מקום הביצוע של העוולה

41 Law Commission No. 193, *Private International Law – Choice of Law in Tort and Delict* (1990).

42 הכלל שהוצע על-ידי ה-Law Commission יוחד לעולות שבוצעו בחוץ-לארץ והפנה לדין מקום ביצוע העוולה, עם אפשרות לסטות ממנו לדין בעל הזיקה המשמעותית ביותר לעניין. עולות שבוצעו בפורום הוכפפו באופן בלעדי לדין הפורום. ההסבר המוצע מתייחס לדוגמאות עובדתיות ספציפיות, שבהן סברו חברי-הוועדה שלא ראוי להחיל דין זר על אירוע שאירע באנגליה. הוא איננו משכנע, ואף איננו מבקש לשכנע, כי העמדה המקורית, שלפיה אין הבחנה עקרונית בין המקרים, מוטעית. אמנם, ההצעה מבקשת להסביר מדוע החלת דין הפורום על תאונה באנגליה, בין שני זרים בעלי מושב משותף, לא צריכה להיראות מוזר. מנסחי ההצעה מבססים את עמדתם בשלושה טעמים: התוצאה משקפת את המשפט הקיים; היא מגשימה את העיקרון שדין המקום שולט *locus regit actum*; וטבעי הוא שפורום יחיל את דינהוא על עוולה שבוצעה אצלו. הסברים אלה תמוהים. הוועדה הזקמה, משום שהמצב המשפטי הקיים נתפש כלקוי. לפי זה, קשה להצדיק הצעה של הוועדה בהסתמך על המצב הקיים ככזה. הגשמת העיקרון של *locus regit actum* איננה מועילה יותר. הוועדה עצמה הגיעה למסקנה שהעיקרון של *locus regit actum* איננו תמיד ראוי. במקרה הנדון, אילו העוולה אירעה בחו"ל, הכלל המוצע היה מחליף את דין מקום ביצוע העוולה בדינם המשותף של הצדדים, וזאת אף אם אלה לא היו תושבי הפורום. אין ולו רמז של הסבר, מדוע ינהגו אחרת, מדוע הנוסחה אמינה פחות או מדוע דין מקום ביצוע העוולה ראוי יותר, כאשר ה-*locus* הוא גם הפורום? זאת ועוד: ההצעה להחיל את הדין שיש לו מירב הזיקות לעניין מניחה, שהצטברות זו של זיקות, מרכזי-הכובד של העוולה, ניתנים לזיהוי על בסיס אובייקטיבי. היא מניחה אפוא, שכל שיטה שתנהג לפי אותו כלל, תחיל על הסוגיה אותו דין ושכלל כזה יגביר את הסיכוי שהתוצאה לא תשתנה לפי הפורום שבו מתקיים הדין. לעומת זאת, ההשלמה עם החלה אוניברסלית של דין הפורום על עולות מקומיות מוותרת על כל סיכוי להגיע לתוצאות ברירתיות אחידות, ובלא שיינתן לכך הסבר, היא תמוהה. קשה גם להשתכנע מהנטייה הטבעית להחיל את דין הפורום על עוולה מקומית, שמוצדק לנהוג כך. כללי ברירת דין נועדים להיאבק בנטייה הטבעית להחיל דין מקומי. נטייה טבעית זו אינה יכולה להצדיק את עצמה. אם מקום ביצוע העוולה איננו מכריע כאשר העוולה מתבצעת בארץ אחרת, אין די בנטייה טבעית זו בלבד כדי להצדיק הכרעתו רק משום שדין זה הוא דין הפורום.

43 ראה, למשל, 107 L.Q.R. 405 (1991) "Choice of Law in Tort and Delict" Carter.

עשוי להיות חשוב, לשם זיהוי הדין שיחול עליה, כחוליית-קישור בכלל ברירת הדין. אולם קשה להבין, מדוע יש לייחס לו חשיבות, גם בחלקו האחר של כלל ברירת הדין – הקטיגוריה המשפטית, ומדוע ישמש לאפיין קטיגוריה משפטית חדשה כביכול – מעשי נזיקין מקומיים, לעומת מעשי נזיקין זרים. התוצאה של מהלך כזה איננה רק ליצור שני כללי ברירת דין – אחד, גמיש, לעוולות שבוצעו בכל מקום מחוץ לפורום, ואחד, נוקשה לעוולות שבוצעו בתוך הפורום. התוצאה היא גם ליצור כלל ברירת דין מסורתי לעוולות זרות, המתייחס בשווה לדין הפורום ולדין זר, וכלל ברירת דין מיוחד לעוולות מקומיות, שמתייחס רק להיקף תחולתו של דין הפורום ושמרחיב אותו לעומת היקף התחולה המיועד לדינים זרים על מעשי נזיקין שאירעו בשטח מדינתם. שכן מהבחינה זו נובע, שעל עוולות מקומיות יחול רק דין הפורום, בעוד שעל עוולות זרות יכולים לחול דינים אחרים מאשר דין מקום ביצוע העוולה. הסיבה שבגללה במערכת המקובלת כללי ברירת הדין נוהגים להתייחס לדין הפורום ולדין זר בלי הבחנה היא, שבדרך-כלל אין הצדקה להגדיר את היקף תחולתו של דין הפורום במונחים אחרים מאשר את היקף תחולתם של דינים זרים. מוצאים הבחנה בין היקף התחולה של דין הפורום ובין זה של דינים זרים, וניתן להצדיקה, כאשר מדיניות מקומית מיוחדת מחייבת שתחולתו של דין הפורום תוגדר באופן עצמאי. דוגמה לכך היא כלל לתחולה מיידית. כלל כזה, תחולתו מחייבת גם אם גורמים זרים מעורבים בעניין, כל-אימת שסוגיה שהוא מסדיר נדונה בפורום ובלי קשר לכללי ברירת דין רגילים⁴⁴. מתקבל על הדעת, ששיקולי מדיניות מיוחדים יחייבו כי במקרים מסוימים כלל ישראלי ספציפי יחול באופן בלעדי, בין שהאירוע אירע בישראל בין שאירע בחו"ל. אולם קשה לתאר שיקולי מדיניות מוצדקים, שיחייבו כי רק דין ישראל יחול, כל-אימת שעוולה מכל סוג שהוא מתבצעת בישראל, כר-בזמן שעוולות זרות תוכפפנה למגוון רחב יותר של דינים ולא תוצמדנה רק לדין מקום ביצוע העוולה.

על-כן, ההנחה של השופט לזין, שרצוי לעצב כלל ברירת דין אחד לעוולות שבוצעו בחו"ל וכלל ברירה אחר לעוולות מקומיות, איננה מובנת מאליה, איננה מבוססת או מפותחת דיה, ובהיעדר ביסוס ראוי דומה שככלל יש להעדיף את גישתה של השופטת בן-פורת, אשר לפיה ראוי לעצב כלל ברירת דין אחד לעוולות מקומיות ולעוולות זרות.

44 לפישה אנגלית של תחולה מיידית ראה *Dicey & Morris*, לעיל הערה 10, בעמ' 177 ואילך; ולכתיבה אנגלית ביקורתית על גישה זו לברירת הדין ראה מקורות המובאים שם, בהערות 86 ו-87. לכתיבה ישראלית על נושא זה ראה A. Shapira "Rules of Law Delineating their Own Sphere of Applicability" *Israeli Reports to XIth International Congress of Comparative Law* (1982) 37.

2. שיעור הנזק – איזה דין?

(א) עמדות השופטים

בפסק-דינה בפרשת קלאוזנר, הביעה השופטת בן-פורת את דעתה, שיש למדוד את שיעור הנזק בראש הנזק של כאב וסבל לפי הדין המשמש למדוד את שיעור הנזק בהפסד השתכרות, וכי אין לפצל את סוגיית שיעור הנזק בין דינים שונים. היא גרסה עוד, שהעמדה האנגלית, המכפיפה את חישוב הפיצויים לדין הפורום כעניין פרוצדורלי, גם כאשר דין זר קובע את האחריות וראשי הנזק, אינה ראויה; על שאלה זו להידון במסגרת הדין החל על העניין כולו⁴⁵. עמדה זו דוחה, ולו במובלע, את טכניקת ה-*dépêchage*, המקובלת דווקא בארה"ב, המאפשרת להכפיף כל מרכיב ומרכיב של סוגיה נתונה לדין-הוא, במקום לפתור את הסוגיה בשלמותה בדין אחד בלבד⁴⁶. השופט בייסקי לא קבע עמדה בשאלה זו, אך, כאמור, דומה שהוא היה מוכן לצפות מצב שבו שיעור הפיצוי יידון על-פי דין זר, ואילו האחריות וראשי הנזק ייקבעו לפי דין הפורום.

עמדתו של השופט לויין אינה מפורשת. הוא איננו מביע עמדה, אף לא באחד מפסקי-הדין, בשאלה, אם צריך לייחד את התרופות כולן לדין הפורום אם לאו⁴⁷. מצד אחד, הוא מגביל את הכרעתו בפרשת כחן לסוגיה הבאה: הערכת הנזק, בעוולה אשר בוצעה בישראל ושעליה חל דין ישראל ובפיצוי שניתן בישראל על אבות-נזק המוכרים בישראל⁴⁸. אופן הצגת הדברים מבסס לכאורה הנחה, שלפי שיטתו, על עוולה שבוצעה בארץ חל דין ישראל – ורק דין ישראל יחול על שיעור הנזק בגין כאב וסבל; ואילו על עוולה שבוצעה בחו"ל יחול דין זר. לפיכך, דומה שגם הוא סבור, כמו השופטת בן-פורת, שאין מקום ל-*dépêchage*, שתורפות אינן חלק מענייני הפרוצדורה ושיש להכריע בכל השאלות במסגרת דין אחד. אולם עמדתו זו אינה חד-משמעית כפי שהיא נראית במבט ראשון. לא ברור,

45 קלאוזנר, לעיל הערה 1, בעמ' 456.

46 עמדה זאת, שיש להכפיף את כל השאלות המשפטיות העולות מאירוע אחד לדין אחד בלבד, היא שהתקבלה כנראה גם בהצעה של ה-*Law Commission* האנגלי. לביקורת על כך ראה Carter, לעיל הערה 43, בעמ' 405.

העובדה שהשופטת בן-פורת מוכנה לדחות את טכניקת ה-*dépêchage* ולהמליץ שתאומץ הגישה האמריקאית לברירת הדין (ראה להלן, בפסקה 33), המוכנה להכפיף שאלות שונות לדינים שונים ולהרכיב תשובה שלמה מדינים שונים אלה, מצביעה על כך שאין קשר הכרחי בין העמדות שנוקטים בשלוש השאלות אשר זוכות לדיון בפרשות הנדונות.

47 על-כן, לא ברור מדבריו, אם הוא צופה שרק דין זר יחול על עוולה שבוצעה בחו"ל, או שמא דין הפורום יכול או צריך לתרום לעיצוב הזכויות בעוולה כזאת.

48 לעיל הערה 2, בעמ' 726-727.

למשל, שהוא לעולם לא יחיל דין זר על עוולה שבוצעה בישראל. הוא מזכיר בחיוב את סיכום המשפט האנגלי על-פי Dicey במהדורתו החדשה. לפי סיכום זה, עוולה שבוצעה בפורום כפופה לדין הפורום, מלבד בשני מקרים שבהם המלומדים האנגלים צופים כי דין זר עשוי להילקח בחשבון: בעוולה של הוצאת לשון-הרע, כאשר הנתבע מבקש להסתמך על פטור כשל מעמדו הרשמי בדין זר⁴⁹; וכאשר נתבע מבקש להתגונן כנגד תביעה נזיקית באמצעות טענה המבוססת על חוזה שדינו זר⁵⁰. הדברים אינם נאמרים מפורשות, שכן השופט לויין ישב בדין באירוע שבו העוולה בוצעה בפורום, אולם הפנייתו לדברי Dicey כלהלכה הבסיסית למלמדת לכאורה, שגם לשיטתו, למרות שהעוולה בוצעה בפורום, תיתכנה נסיבות שבהן יחול דין זר⁵¹. אבל אם השופט לויין אכן היה מוכן להחיל דין זר גם על עוולה שבוצעה בישראל, עמדתו ביחס לפיצוי בגין כאב וסבל מעוררת קושי. האם שיעור הפיצוי בגין כאב וסבל יחושב על-פי דין ישראל, גם כאשר דין זר חל על ראשי הנזק? אם הוא אכן קושר בין הדין שחל על חישוב הנזק ובין הדין שחל על ראשי נזק, כפי שמשמע, לא תהיה לו ברירה אלא לקבוע את שיעור הנזק, גם בגין כאב וסבל, בהתאם לדין הזר השולט בראשי הנזק. לפיכך, בנסיבות שבהן יחול דין זר על האחריות ועל ראשי הנזק, יהיה מוצדק בכל-זאת לסטות מהעיקרון שלפיו תובע שנפגע בישראל, שיעור הפיצוי על כאבו וסבלו ייקבע תמיד על-פי "מחירים" המקובלים בישראל⁵².

49 חריג זה מבוסס על המקרה של *Szalatnay-Stacho*, לעיל הערה 10, שבו בית-המשפט לא היה מוכן לסטות מדין הפורום, גם ההצעה של ה-*Law Commission* איננה מאפשרת לסטות מדין הפורום בנסיבות כאלה.

50 ה-*Law Commission* החליט שלא לנקוט עמדה בסוגיה של הגנות חוזיות בתביעות נזיקין, בשל חילוקי-הדעות הרבים שנתגלעו בין חברי הוועדה.

51 מבלי לייחס לו דברים לא לו, אולי ניתן להסיק גם מהדרך שבה ניסח את הבעיה — כהערכת הנזק בראשי נזק המוכרים בדין ישראל — כי ייתכן מצב שבו הערכת הנזק תיעשה לפי ראשי נזק המוכרים בדין זר ושגם היא תיעשה לפי דין זר, למרות שהעוולה בוצעה בישראל. אילו אמנם סבר כי כל-אימת שהעוולה מבוצעת בישראל חל דין ישראל באופן בלעדי על כל השאלות, לא היה צורך בכל הצמצומים הללו. מאחר שלא היה צורך להכריע בכך, הדברים לא פותחו ולא ברור אם מה שהשופט לויין ראה לנגד עיניו היה החריגים הספציפיים הנצפים על-ידי המלומדים האנגליים — הוצאת לשון-הרע בין שני זרים והגנה המבוססת על חוזה זר — או שמא האפשרות הכללית שיהיה צורך והצדק לפנות לדין זר.

52 אם עמדתו בפרשת נהן אכן מקשרת בין הדין השולט בשיעור הנזק לדין השולט בראשי הנזק, ובין זה לדין השולט באחריות, אזי בדין בעוולה שבוצעה בחו"ל, שיתנהל במקרה הרגיל לפי דין זר, הוא יהיה מוכן להחיל דין זר גם על שיעור הנזק; אולם ייתכן שבמקרה כזה, כמו בעוולה שבוצעה בישראל, הכפופה לדין זר, ישראל תהיה גם פורום מקרי, ועדיף יהיה להימנע מדיון.

מצד אחד, עמדתו בפרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ מבססת הנחה, שהוא איננו מחייב לקשור בין ראשי הנזק לחישוב הפיצוי. נכונותו העקרונית בפרשה זו לנהוג כעניין ההיוון, הניכויים והריבית על-פי הנהוג בארה"ב, מדגימה לא רק שהערכת הנזק, בצורה שאינה מקובלת בישראל, איננה מציבה בפניו בעיה ושאינן צורך לאפיין תרופות כעניין פרוצדורלי⁵³. היא מצביעה גם על נכונות לפצל בין הדין ששולט בזכות לדין ששולט בתרופה ומשמיעה, שיכול שיהיה דין מהותי מתאים לתרופה ששונה מהדין המהותי השולט באחריות. עמדה זו דומה לעמדה של השופטת בן-פורת, שלפיה ראוי להוציא את התרופות משליטתו הבלעדית של דין הפורום. אך בניגוד לעמדתה, משתמע מעמדתו בפרשת קלאוזנר שהוא היה מוכן לנהוג לפי טכניקת ה-*dépêchage* ולהחיל על כל סוגיה את דינה הראוי, גם אם משמעות הדבר היא שדינים רבים תורמים לעיצובו של הפתרון השלם. פירושה של עמדה זו הוא, שלא תהיה מניעה עקרונית לכך שדין זר יחול על שאלות שונות מתחום התרופות, לא רק כאשר העוולה ברצעה בפורום ונדונה לפי דין זר (כרעת השופטת בן-פורת), אלא גם כאשר היא נדונה לפי דין הפורום, שלא כרעתה.

(ב) המשפט הרצוי

במשפט האנגלי והישראלי מקובלת ההבחנה בין עניינים פרוצדורליים, הכפופים רק לדין הפורום, לעניינים מהותיים, היכולים להיות כפופים לדין זר. הבחנה זו פירושה, שניתן לפצל בין הדינים השולטים בשאלות שונות, ככל שניתן לאפיין כשאלות מהותיות או כשאלות פרוצדורליות. העמדה האנגלית המקורית גרסה, שכל התרופות הן "עניין" פרוצדורלי, הכפוף לדין הפורום⁵⁴. רק בשנים האחרונות מודגשת נסיגה מעמדה זו, המפצלת בין הזכות לבין התרופה: נפסק, תחילה בחוזים, שריחוק הנזק הוא עניין מהותי הכפוף לדין החוזה⁵⁵, ולאחר-מכן בגזיקין, שראשי הנזק הם עניין מהותי הכפוף לכלל ברירת הדין הרגיל⁵⁶. אולם למרות התפתחויות אלה, באנגליה עדיין דוגלים בעמדה ששיעור הנזק הוא עניין פרוצדורלי, ועל-כן חישוב הפיצוי ייעשה לפי דין הפורום בלבד⁵⁷. לעומת זאת, בארה"ב גם שיעור

53 ראה לעיל הערה 13.

54 עמדה זו משונה דווקא במשפט האנגלי, שכן שם זכות מוגדרת באופן מסורתי על-פי התרופה שניתן להשיג בהפרתה, ובלא תרופה אין זכות. ואמנם, יש פסקי-דין גם בבירור הדין המגבשים את העמדה, שאם בפורום אין תרופה מתאימה לזכות שהופרה, אין לאוכפה משום שתרופה שונה תשנה את אופי הזכות (ראה, למשל, *Phrantzes v. Argenti* [1960] 2 Q.B. 19).

55 *D'Almeida Araujo v. Becker & Co. Ltd.* [1953] 2 Q.B. 329.

56 *Chaplin v. Boys*, לעיל הערה 18.

57 שם. בפרשת *Coupland v. Arabian Gulf Oil Co.* [1983] 1 W.L.R. 1151 נפסק עוד, שהשאלה אם צריך לנכות תשלומים של ביטוח לאומי ששולמו לתובע אף היא שאלה פרוצדורלית.

הנוק נחשב עניין מהותי שיידון במסגרת הדין הראוי⁵⁸. אך כמו בשאלה של קיום האחריות, כך גם השאלות השונות הקשורות בתרופות ניתנות לפיצול ותוכרענה כל אחת בדין הראוי לה.

דומה שהעמדה הרואה בכל היבטי התרופה עניין מהותי רצויה היא, ולו משום שאין הצדקה משכנעת לייחוד תרופותיו של הפורום או דרכי הישוביו. אין כל סיבה לעמוד על התרופות שבדין הפורום בלבד, כל עוד תרופות זרות ודרך עיצובן אינן פוגעות בחקנת הציבור של הפורום ואינן מקשות בצורה בלתי-סבירה על בית-המשפט. בהנחה שהצדדים מוכיחים את דרך הערכת הפיצויים בדין הזר לשביעות רצון בית-המשפט, אין גם סיבה מעשית לסרב לפעול על-פי דין זר שחל על העניין בכל סוגיית התרופות.

טיעון זה, שאין סיבה להחיל את דין הפורום באופן בלעדי, שונה מהטיעון המושמע יותר, שלפיו אין לייחד את נושא התרופות לדין הפורום, משום שיש קשר בל ינותק בין הזכות לתרופה⁵⁹. שני הטיעונים מוציאים את עניין התרופות משליטת דין הפורום ה"פרוצדורלי" ורואים בתרופות עניין מהותי. אולם הטיעון, שלפיו הקשר בין הזכות לתרופה הוא המחייב את האפיון המהותי של נושא התרופות, מחייב לכאורה שהזכות והתרופה תיקבענה לפי דין אחד ואיננו מאפשר להחיל

השווה את נכונותו של השופט לוי בפרשת כהן (לעיל הערה 2), לשקול ניכיים כאלה וחובת ניכוי בדין זר, שוב כחלק מההחלה של העיקרון הישראלי של השבת המצב לקדמותו. העמדה שלפיה ענייני פרוצדורה כפופים לדין הפורום אושרה בהצעה של ה-Law Commission ואף חזרו על ההבחנה בין ראשי הנוק, הנחשבים מהותיים, לשיעור הנוק, הנחשב פרוצדורלי.

הרחבת התחום המהותי כך שיקלול גם שאלות מתחום התרופות מפחיתה בצורה של ממש את התופעה של *dépêchage* – פיצול בין הדינים השולטים בעניין – המאפיינת את ההכנה המקובלת של ההבחנה בין פרוצדורה למהות. לעומת זאת, העמדה בארה"ב, הרואה גם את שיעור הנוק כעניין מהותי – גישה שהשופטת בן-פורת מאמצת – קשורה במדיניות מכוונת של פיצול עניינים שונים בין הדינים המתאימים להם ואינה מתיישבת בבירור עם עמדתה.

58 ראה אסמכתאות המובאות אצל השופטת בן-פורת בפרשת קלאוזנר, לעיל הערה 1, בעמ' 455. הדבר בולט נוכח העיסוק הרב של פסקי-הדין האמריקניים בסוגיה, איזה דין צריך לשלוט בשאלה אם להציב תקרה לפיצוי אם לאו, כבשאלת ברירת דין רגילה (ראה, למשל, מתוך פסקי-הדין המוכרים בפסקי-הדין הישראליים הנדונים וברשימה זו: *Kilberg v. Northeast Airlines Ltd.* 172 NE2d 526 (1961); *Reich ; Rosenthal v. Warren* 475 F2d 438 (1974); *Purcell v.* 432 P2d 727).

59 דומה, שקשר זה בין הזכות לתרופה הוא ששכנע את השופטת בן-פורת, כי יש לראות בתרופה עניין מהותי; שכן לשיטתה, דין אחד צריך לחול על כל השאלות הבריריות. אבל תפישה זו איננה מתיישבת עם הגישה הבריריתית שהיא ביקשה לאמץ: שכן גישה זו דוגלת בכך, שכל סוגיה וסוגיה תוכרע במסגרת הדין הראוי לה.

דינים שונים על היבטים שונים של הזכות. הטיעון הצנוע יותר מתבסס רק על כך, שאין הצדק לייחד תרופות לדין הפורום. על-כן, הוא איננו מחייב כל עמדה בשאלת ה-*dépêchage* או בשאלה הברירתית. הוא משאיר את השאלה, איזה דין צריך לחול על התרופות בכלל, ועל שיעור הנזק בפרט, לגישה הברירתית הכללית, ואיננו משפיע על בחירתה⁶⁰. לפיכך דומה, שעדיף לאמץ את הטיעון שאין הכרח לייחד את דין הפורום לסוגיית התרופות על-פני הטיעון שיש להחיל על תרופות את הדין שחל על העניין כולו. מן הראוי שהכרעה בשאלה, אם ראוי לאפשר פיצולן של סוגיות שונות בין דינים שונים, תבוא במסגרת דיון רחב יותר בגישה הברירתית הרצויה ושדיון זה יתנהל כשהוא משוחרר מאילוצים מלאכותיים ומיותרים.

3. מהי הגישה הברירתית הרצויה?

השופטת בן-פורת סברה, שיש להחיל הן על עוולות מקומיות הן על עוולות זרות את הגישה האמריקאית לברירת הדין, החותרת להחיל את הדין בעל הזיקה האמיצה ביותר לעניין⁶¹. גישתו של השופט לויין סבוכה יותר. הוא סבור, שיש לשמור על המצב הקיים ביחס לעוולות מקומיות: להחיל עליהן את דין הפורום ולסטות מדין זה רק במצבים מיוחדים. הוא מייחס את התסיסה הרעיונית רק לעוולות זרות וביחס לאלה הוא מסתייג מהגישה האמריקאית, בשל הקושי להוציא ממנה עקרונות עקביים⁶². הוא מגלה אהדה רבה יותר להצעה האנגלית החדשה, שלפיה יש להחיל את דין מקום ביצוע העוולה, מלבד כאשר נסיבות מצדיקות פנייה לדין אחר⁶³.

60 באופן פרדוקסלי, כאמור, העמדה האנגלית המסורתית, המסווגת תרופות כעניין פרודורלי, נוהגת אף היא לפצל בין הזכות ובין התרופה; אולם סיווג זה קבוע מראש ומחייב שרק דין הפורום יחול על תרופות. אין כל מקום לתחולתו של דין אחר.

61 קלאוזנר, לעיל הערה 1, בעמ' 459.

62 ראה לעיל הערה 2, בעמ' 727. למרות עמדתו, הוא הביא בכל-זאת אסמכתא אמריקאית לתמוך בגרסתו.

63 שם. הוא מצטט בחיוב את ההמלצות של ה-*Law Commission No. 193 Private International Law: Choice of Law in Tort and Delict* (1990). נסיבות שבהן ניתן לסטות מהכלל קיימות כאשר מקום ביצוע העוולה איננו ניתן לזיהוי או כאשר לדין אחר יש קשר משמעותי לעניין. כדי להפעיל אפשרות אחרונה זו, צריך תחילה להגיע למסקנה שהקשר לדין המקום שבו בוצעה העוולה אינו משמעותי, ורק לאחר-מכן להכריע בשאלה איזהו הדין שיש לו זיקה משמעותית לעניין. ההצעה איננה מספקת הנחיות בשאלה, מהי זיקה משמעותית לעניין. השופט לויין נמנע מדיון בשינוי הרצוי בכלל הברירה ביחס לעוולות זרות, משום שהדבר לא נדרש בעובדות המקרה. אין להבין מדבריו התנגדות עקרונית לעיצוב-מחדש של כלל ברירת הדין. הוא הסתייג, כאמור, מהגישה האמריקאית, לא מעצם האפשרות של שינוי. גישתו דומה

(א) הנחות בדבר המצב הקיים במשפט האנגלי

השופטת בן-פורת בנתה את הטיעון, שיש לאמץ את הגישה האמריקאית, על ההנחה המוטעית שהמשפט האנגלי, שהוא הבסיס של המשפט הישראלי בהקשר זה, מחיל את דין מקום ביצוע העוולה, ושכלל זה נוקשה.

הצגת המשפט האנגלי כאילו הוא מחיל תמיד את דין מקום ביצוע העוולה, אינה מדויקת: היא משקפת נכונה את הכלל החל על עוולות שבוצעו בפורום⁶⁴, אך לא את הכלל שחל על עוולות שבוצעו בחו"ל. שכן, כאמור, ביחס לעוולות כאלה, כלל ברירת הדין האנגלי שנקלט בישראל מחייב שהמעשה יהווה עוולה בת-תביעה בפורום ויהיה לא מוצדק בדין מקום ביצועו. על-כן, ניתן לומר שכלל אחד חל על עוולות זרות ומקומיות. אבל כלל זה מפנה לדין מקום ביצוע העוולה ולדין הפורום גם יחד, ולא לדין מקום ביצוע העוולה בלבד. רק בעוולה שבוצעה בפורום יחול למעשה דין מקום ביצוע העוולה. בעוולה שבוצעה בחו"ל, העמדה האנגלית שונה לחלוטין. הפסיקה האנגלית מלמדת בבירור שמתוך שני הדינים, דין מקום ביצוע העוולה משמעותי פחות, ואילו דין הפורום הוא הדין המכריע. עמדה זו באה לידי ביטוי קיצוני בפרשת *Machado v. Fontes*⁶⁵, שבה בית-המשפט האנגלי הטיל אחריות בנוזיקין על נתבע זר, בשל נזק שגרם לתובע זר בביתם המשותף, כאשר באותו מקום התנהגותו כלל לא הקימה אחריות אזרחית⁶⁶. אולם, על-אף שהלכה זו בוטלה בפסק-הדין *Chaplin v. Boys*⁶⁷, יוצא גם ממקרה זה, שבניגוד לדעת השופטת בן-פורת, דין הפורום הוא הדין המבסס את עילת התביעה, והדין הזר מספק לה רק תנאים מצטברים⁶⁸.

לזו של השופט ברק בע"א 300/84 אבו עטיה נ' ארביטי, פ"ד לט (1) 365, שלפיה לא ראוי להכריע בשאלה כבדה זו בלא שהכרעתה דרושה באופן ישיר.

64 אמנם, זה המקרה שנדון בפרשת קלאוזנר, לעיל הערה 1, כך שלא היה צורך להזכיר את הכלל לעוולות זרות; אולם ברור מתוך דבריה של השופטת בן-פורת, שההבחנה בין שני סוגי העוולות לא היתה משמעותית בעיניה וכי דבריה כווננו לברירת הדין בנוזיקין באופן כללי.

65 [1897] 2 Q.B. 231.

66 היא הקימה אחריות פלילית בדין מקום ביצועה, ואחריות זו היא שסיפקה את התנאי שהמעשה יהיה לא-מוצדק בדין מקום ביצועו.

67 לעיל הערה 18. נוסחת וילס פורשה, כאמור, כמחייבת תביעות כפולה, וזו הוצגה כדורשת שבדין הזר תתקיים אחריות אזרחית (אך לא בהכרח נזיקית) בין אותם צדדים בכל עניין ועניין.

68 הנכונות להסתפק באחריות אזרחית, שאיננה נזיקית, בדין הזר, מצביעה על תפקידו המרכזי של דין הפורום בגיבוש הזכות. התביעה הנזיקית צריכה להתבסס על דין הפורום וצריכה להיכונן סביבו. התנאים מהדין הזר הם תנאים מצטברים. הם אינם קובעים את מרכיבי העילה.

ההנחה כאילו הכלל האנגלי מופעל באופן נוקשה אף היא אינה מדויקת. כפי שראינו, הסייג שהוכנס לכלל זה בפרשת *Chaplin v. Boys* מטרתו לאפשר לשופטים לסטות מהכלל, כדי להגיע לתוצאה צודקת. כל עוד סייג זה לא יצומצם, ובינתיים הוא לא צומצם, הוא מאפשר גמישות רבה בהפעלת הכלל. גמישות זו סבוכה במקצת, שכן היא אינה מונחית בהנחיות ברורות, אך היא בוודאי קיימת; ובזמן ההכרעה בפרשת קלאוזנר, האפשרות לנהוג בגמישות, גם כדי להימלט מדין הפורום בעוולות מקומיות, היתה פתוחה עדיין אף היא.⁶⁹

(ב) הנחות ביחס למשפט האמריקאי

השופטת בן-פורת הניחה, שהמשפט האמריקאי מאפשר להחיל את דין התובע בנסיבות העניין, ועל-כן העדיפה גישה זו. השופט לזין הסתייג ממנה מאותה סיבה, משום שסבר שהמשפט האמריקאי מספק בסיס לכל פרופוזיציה שמבקשים לקדם. האסמכתאות שהשופטת בן-פורת מביאה אינן תומכות, לא בתוצאה שהיא חתרה אליה ולא בסברתו של השופט לזין.

השופטת בן-פורת מציינת בצדק, שהמשפט האמריקאי מגלה נכונות לסטות מדין מקום ביצוע העוולה; שיש בו נכונות להחיל במקומו את דין מושבם המשותף של הצדדים; ושיש גם מקרים שבהם הדין שהופעל בסופו של דבר היה דינו של הניזוק בלבד.⁷⁰ אולם בניגוד לדעתה, אין ללמוד מכאן שזרותו של התובע מאפשרת להחיל את דינו, במקום את דין הפורום, כאשר העוולה בוצעה בפורום. אדרבא: עיון בפסקי-הדין מגלה שזהו אחד מהמקרים הבולטים, שבהם לא יסטו מהכלל הבסיסי של דין מקום ביצוע העוולה.

הנכונות לסטות מדין מקום ביצוע העוולה גולדה מתוך התסכול, שנבע מהחלתו המחויבת של דין זה, גם במקרים שבהם זיקתו לעניין היתה מקרית. המקרה הראשון, שבו סירבו להחיל את דין מקום ביצוע העוולה, היה *Kilberg v. Northeast Airlines Inc.*⁷¹, שם סירב בית-משפט בניו-יורק להחיל על תושב ניו-יורק, שנפצע בתאונת-מטוס שאירעה במדינת מסצ'וסטס, את תקרת הפיצוי שבדין מסצ'וסטס, בשל מקריותו של מקום התאונה ובשל הצורך להגן על תושבי ניו-יורק ממדיניות מיושנת ובלתי-הוגנת של מדינות אחרות. במקרה הבא, *Babcock v. Jackson*,⁷² שני תושבי ניו-יורק נסעו במכונית אחת לאונטריו שבקנדה, שם אירעה תאונה. הנוסעת במכונית תבעה את הנהג-מארחת בביתם שבמדינת ניו-יורק, ולפי הכללים

69 ראה לעיל, פסקה 13(1).

70 פרשת קלאוזנר, לעיל הערה 1, בעמ' 459.

71 לעיל הערה 58.

72 191 NE2d 279 (1963).

הרגילים היה צפוי שיחול דין אונטריו. דין זה שלל מהתובעת פיצויים, משום שהיא היתה גוסעת-חינם. בית-המשפט בניו-יורק החליט, שהחלתו של דין אונטריו במצב זה, שתשלול מתושבת ניו-יורק פיצוי ותפטור תושב ניו-יורק מחבות רק משום שהתאונה אירעה במקרה מעבר לגבול הקנדי, אינה צודקת, והחיל תחת זאת את דין ניו-יורק. רבים מפסקי-הדין שבאו בעקבות זאת עסקו גם הם בנסיבות שבהן מקום ביצוע העוולה היה מקרי. מקריות זו ביססה את הדעה, שלא ניתן היה לייחס לצדדים ציפיות המעוצבות באותה שיטה ולא היתה הצדקה שבמדיניות להחיל עליהם את דינו של מקום ביצוע העוולה. פסקי-דין אלה עודדו גם מלומדים גם בתי-משפט בחלק מהמדינות בארה"ב לפתח מגוון של שיטות עיוניות אשר, למרות ההבדלים הרבים שביניהם, משותפת להם השאיפה בכל מקרה לזהות את הדין הראוי לכל עניין⁷³. אולם גם אם ניתן להתרשם מהכתבים הרבים שמדובר בחיפוש חופשי אחר הדין בעל מירב הזיקות לעניין, עיון בהם מגלה שהנטייה היא שלא לסטות מדין מקום ביצוע העוולה, אלא כאשר זיקתו לעובדות ולסוגיה היא מקרית⁷⁴.

גם הנכונות להתחשב בזהות הצדדים איננה פשוטה כפי שהיא נראית. המקרים הבולטים שבהם זהות זו השפיעה הם מקרים שבהם היה לשני הצדדים מושב משותף מחוץ למקום ביצוע העוולה. ההסבר לכך איננו רק ששיתוף מושב זה מצביע על הדין בעל הזיקה האמיצה ביותר. הוא מהווה את הזיקה האמיצה ביותר, כאשר מקום העוולה מקרי או, מנקודת-מבט אחרת, משום שהוא מצביע על כך שהמדיניות של דין מקום ביצוע העוולה איננה מחייבת שדין זה יחול על המקרה הנדון. תנאים אלה מתקיימים באופן מובהק, כאשר הצדדים פעלו במקום כבסביבה המבודדת מסביבתם הפיזית. כך היה ב-"*Babcock v. Jackson*", שבו הצדדים היו

73 מבוא לנושא זה ניתן למצוא ב-"J.H.C. Morris *The Conflict of Laws* (McClean ed., 4th ed., 1993) 447 ואילך. מבוא ביקורתי מעט יותר, אך גם מנקודת-מבט אנגלית, מצוי ב-"Cheshire & North *Private International Law* (12th ed., 1992) 31ff. בתי-משפט הפעילים והעקביים ביותר באימץ גישות כאלה תוך סטייה מהכלל הבסיסי של דין מקום ביצוע העוולה היו במדינת ניו-יורק ובמדינת קליפורניה. הפסיקה הרבה במדינות אלה והפסיקה ההססנית יותר במדינות אחרות מספיקות כדי להדגים כיצד הגישות השונות פועלות, לאילו תוצאות הן מובילות ולאילו תוצאות הן אינן מאפשרות להוביל, והן מקובלות ככאלה.

74 על נטייה זו ניתן להתרשם מעוד פסק-דין מרכזי בהקשר זה *Tooker v. Lopez* 24 NY2d (1969) 569, 585, כשבית-המשפט, בסוכרו שהגיע העת שבה ניתן לנסח עקרונות הנובעים מהפסיקה החדשה בתחום ברירת הדין בניזקין, מדגיש שבאין קשר משמעותי ומחייב לדין אחר, יוחל דין מקום ביצוע העוולה. ראה דיון ואישור של עמדה זו בפרשת *Neumeier v. Kuehner* 31 NY2d 121 (1972). ובחומר המובא על-ידי שפירא במאמרו, לעיל הערה 14, בעמ' 117. בפסיקה הרבה ובספרות הרבה עוד יותר, שיצאו מאז נכתב מאמר זה, לא חל שינוי עקרוני בעניין זה.

תושבי ניו-יורק, שהתקשרו בניו-יורק לטיול מניו-יורק וחזרה אל ניו-יורק, במכונת שהיתה רשומה ומבוטחת בניו-יורק.

שיתוף המושב ופעולתם של הצדדים בסביבה המבודדת ממקום ביצוע העוולה הם המסבירים גם את הביקורת באנגליה על ההחלטה בפרשת *Szalatnay-Stacho v. Fink*, שהוזכרה לעיל⁷⁵. שם, פקיד בממשלת-הגולה הצ'כית, שישבה בלונדון בזמן מלחמת-העולם השנייה, שלח לנשיא הרפובליקה הגולה, שישב אף הוא באנגליה, מסמכים, שייחסו התנהגות פסולה לתובע – פקיד צ'כי אחר. המסמכים פורסמו באנגליה. על-פי דין צ'כיה, הנתבע היה חסין מפני תביעה, בשל תפקידו הרשמי; ואילו בדין אנגליה, היתה לו חסינות מוגבלת בלבד. הוחל דין אנגליה, למרות שהוצאת הדיבה היתה מבודדת לגמרי לחברי הקהילה הצ'כית הגולה ולא היה לה כל קשר לאנגליה.

חשיבותה של הסביבה המבודדת להצדקת הסטייה מדין מקום ביצוע העוולה בולטת גם מעיון ביקורתי בפרשת *Chaplin v. Boys*. הצדדים בפרשה זו היו שניהם תושבי אנגליה – חיילים שהוצבו באופן זמני במלטה, המקום שבו בוצעה העוולה. אבל פרשה זו מבליטה שלא די בשיתוף המושב כדי להצדיק סטייה מדין מקום ביצוע העוולה. הנכונות לסטות מהכלל הרגיל – המשמש לכל הפחות אבן-בוחן לציפיותיהם ביחס לכללי התנהגות והנזקל משקל למדיניות הרתעה של מקום הביצוע – מוצדקת אולי כאשר מדובר בהתנהגות בסביבה מבודדת. אז ציפיות הצדדים כאשר לסביבה החברתית והמשפטית שבה הם פועלים באופן כללי ניתנות לזיהוי. אולם במקרה זה, הצדדים לא נסעו במכונת אחת, והתאונה לא אירעה בבסיס צבאי. הם נפגשו לראשונה באקראי, כאשר כל-ירכבו של האחד התנגש בכלי-ירכבו של האחר, בכבישה הפתוחים של מלטה, מבלי שלאחד מהם היתה סיבה להניח שהאחר יהיה אנגלי. דומה שבעובדות כגון אלה, כאשר המושב המשותף הוא גורם מקרי ומקום ביצוע העוולה איננו מקרי, ההצדק לפנות לדין המושב המשותף קטן בצורה ממשית, והסטייה מהכלל קשה יותר לביסוס.

המקורות שבשיתוף המושב מצביעה גם על הקושי שבהפעלת שיטה של ניתוח אינטרסים, כפי שעשו השופטים ב-*Chaplin v. Boys*. זיהויים של האינטרסים העומדים מאחורי כללי פיצוי של מדינות שונות, בצורה המכתיבה את היקף תחולתם, הוא מבצע שאינו מניב תוצאות חד-משמעיות. הא ראייה, שבתי משפט שונים בארצות-הברית ובקנדה מייחסים מדיניות שונה והיקף שונה לאותו כלל עצמאי⁷⁶. על-כן, ניתוחים כאלה אינם משכנעים ביותר. גם ציפיותיהם של צדדים

75 לעיל הערה 10.

76 השווה, למשל, את הניתוח בפרשת *Babcock v. Jackson* המובא ליד הערה 72, עם *Neumeier v. Kuehner* (לעיל הערה 74). במקרה אחרון זה תושב אונטריו שבקנדה נפגע בתאונה שנגרמה על-ידי מסייעו הניו-יורקי באונטריו. בפרשת *Babcock v. Jackson*, השופט Fuld החיל את

קשות לזיהוי, מלבד בהקשר של כללי התנהגות. למרבית האנשים שבחברה אין ציפיות מוגדרות באשר לראשי נזק ורמות פיצוי. אפילו יש משמעות לציפיות הצדדים בהקשר של פיצויים, קשה, בגסיבות כאלה. לייחס להם כוונות וציפיות אחרות מאשר אלה ששררו במקום ביצוע העוולה. משום-כך, קשה להצדיק את התוצאה ב-*Chaplin v. Boys* — החמרה עם הנתבע כלפי מי שרק בדיעבד הסתבר שהוא אנגלי, והטבה עם התובע, שהתמזל מזלו ומי שפגע בו בחור"ל היה דווקא אנגלי אחר, ודומה שהוא מדגים כיצד ניתוח אינטרסים יכול לשמש כסות להכרעה מגמתית.

אך, גם בהתקיים מושב משותף וסכיבה מבודדת, בתי-המשפט האמריקאיים אינם סוטים בהכרח מדין מקום ביצוע העוולה, במיוחד כאשר הוא גם דין הפורום. בפרשת *Kell v. Henderson*⁷⁷, למשל, בית-המשפט בניו-יורק דן בעובדות הפוכות מאלה של *Babcock v. Jackson*. במקרה זה תובע ונתבע מאונטריו ניזוקו בתאונה שאירעה בניו-יורק. אך גם במקרה זה החיל בית-המשפט את דין ניו-יורק — דין מקום ביצוע העוולה, ולא את הדין שהיה דינם המשותף של הצדדים ודין המקום שבו המכונית היתה רשומה ומבוטחת. זאת, בשל המדיניות המהותית של דין ניו-יורק — שהיה במקרה גם דין הפורום⁷⁸.

גם המקרים שהשופטת בן-פורת הביאה לתמוך בעמדתה, שניתן להפעיל את דין

דין ניו-יורק על שאלת האחריות, בין השאר משום שסבר שהמדיניות של הכלל במקום ביצוע העוולה היתה להגן על חברת-ביטוח מפני קנוניות והוא סבר שכאשר הנתבע מבוטח בחברת-ביטוח זרה, היא איננה רשאית ליהנות מהגנה זו. לפי ניתוח זה, העובדה שהנתבע במקרה של *Neumeier v. Kuehner* היה תושב אונטריו, מקום ביצוע העוולה, ולא תושב ניו-יורק, לא היתה צריכה לשנות את התוצאה; שכן גם במקרה זה, חברת-הביטוח היתה חברה ניו-יורקית. אותו שופט עצמו הודה, שמאז נכתב הפסק הראשון הוצעה האפשרות שהמדיניות, ואולי המדיניות היחידה, של הכלל הקנדי הפוטר את הנהג בגסיבות המקרה, היא להגן על נהגים נדיבים מפני נוסעים כפזיז-טובה. בשל כך, במקרה של תובע בן-המקום נגד נהג זר (בן-הפורום) אכן יחול דין מקום ביצוע העוולה, ולא תהיה הצדקה לסטות ממנו. מעניין לשים לב לכך, שהשופט לא אמר כי הוכח בפניו שהמדיניות של הדין הזר שונה מאשר הוכח במקרה הראשון. הוא מדבר על הצעות ואפשרויות וסברות. ואכן, אחת הביקורות המקובלות על הפסיקה האמריקאית העוסקת בניתוח אינטרסים היא, שלמעשה אין עוסקים במדיניות בפועל, אלא בהשערות לגבי מדיניות (ראה, למשל, *Cheshire & North Private International Law* (12th ed., 1992) 33).

77 270 NYS2d 552 (1966).

78 מקרה זה, כמו גם המקרה שהובא לעיל של *Neumeier v. Kuehner* (לעיל הערה 74), מדגים שוב עד כמה קשה להוציא עקרונות מוצדקים מהפסיקה האמריקאית ועד כמה מסובך להיעזר בה.

הניזוק אפילו כאשר דין מקום ביצוע העוולה הוא דין המזיק, אינם תומכים בגישתה. בפרשת *Rakaric v. Croation Cultural Club Inc.*⁷⁹, המובאת לתמוך בגישת השופטת כן-פורת, תושב ניו-יורק תבע תאגיד מניו-ג'רסי – בשל נזק שנגרם לו בפועל על-ידי תושב ניו-יורק אחר, שעה שפעלו יחדיו בניקוי מגרש בניו ג'רסי, שהיה בבעלות הנתבע. התובע והמזיק-בפועל היו שניהם תושבי ניו-יורק, שהיו קשורים לכנסייה בניו-יורק. התאגיד הנתבע הוקם כדי לקדם את מטרותיה של כנסייה זו. במסגרת פעילות חברתית של הכנסייה בניו-יורק, פורסמה בניו-יורק מודעה, שקראה למתנדבים לסייע בניקוי שטח-אדמה של הכנסייה. התובע והמזיק-בפועל נענו למודעה זו והגיעו למקום העוולה בניו-ג'רסי מניו-יורק בהסעה שאורגנה על-ידי הכנסייה, שהיתה אמורה גם להחזירם לניו-יורק בסוף העבודה. מיקומו של השטח בניו-ג'רסי היה מקרי לגמרי מבחינתם. בדין ניו-ג'רסי, לתאגיד הנתבע היתה חסינות. התביעה התנהלה בניו-יורק, והוחל דין הניזוק – דין ניו-יורק – שלא הכיר בחסינות התאגיד. במקרה זה הוחל דין הניזוק, למרות שדין מקום ביצוע העוולה היה גם דין הנתבע, משום שלדין אחרון זה לא היה קשר של ממש לעניין. מקום הביצוע היה מקרי במובן זה, שכל הסביבה שבה פעלו הניזוק והמזיק-בפועל היתה סביבה ניו-יורקית. גם האופי המיושן והלא-הוגן של הדין במקום ביצוע העוולה הוביל את בית-המשפט בניו-יורק לסטות ממנו ולהחיל את דין הניזוק, שהיה גם דין הפורום.

גם ב-*Rosenthal v. Warren*⁸⁰, המובאת אף היא כדי לתמוך בדעתה של השופטת כן-פורת, הוחל דין הניזוק במקום הדין שהיה גם דינו של המזיק וגם דין מקום ביצוע העוולה. אך במקרה זה, כבקודמו, דין הניזוק היה גם דין הפורום, והחלתו נבעה מהעדפה ברורה של המדיניות העניינית של הפורום – לפצות את מלוא הנזק – על פני המדיניות של מקום הביצוע להגביל את הפיצוי⁸¹. הנכונות להתחשב בדין התובע בפרשת *Reich v. Purcell*⁸² איננה מועילה בעובדות של קלאוזנר נ' ברקוביץ' אף היא. ב-*Reich v. Purcell*, דין מקום ביצועה של העוולה – דין מיסורי

79 430 NYS2d 829 (1980), מובא בפסק-דינה של השופטת כן-פורת בפרשת קלאוזנר, לעיל הערה 1, בעמ' 459.

80 לעיל הערה 58, מובא בפסק-דינה של השופטת כן-פורת, לעיל הערה 1, בעמ' 459. אישה מניו-יורק תבעה רופא ממסצ'וסטס בשל מות בעלה שנגרם כתוצאה מניתוח שביצע בבית-חולים במסצ'וסטס. דין מסצ'וסטס הציב תקרה לפיצויים, אך לא היתה תקרה כזאת בדין ניו-יורק. בית-המשפט בניו-יורק החיל את דינו.

81 פסק-דין זה עורר ביקורת רבה בהיותו חלק מתהליך של העדפת דין הפורום, שהגיע לשיא בפרשת *Allstate Insurance Co. v. Hague* 449 US 302 (1981).

82 לעיל הערה 58. מובא בפרשת קלאוזנר, לעיל הערה 1, בעמ' 459 בפסק-דינה של השופטת כן-פורת.

— שהגביל את הפיצוי שניתן היה לקבל, היה מקרי מבחינתם של שני בעלי-הדין, כשהתובע היה תושב אוהיו והנתבע היה תושב קליפורניה. דין הפורום — דין קליפורניה — פורש כדין שלא היתה לו זיקה לעניין, למרות היותו דין המושב של המזיק: העובדה שלא היתה בו כל תקרת פיצוי הצביעה — לדעת בית-המשפט — על כך שלפורום לא היה עניין מיוחד להגן על הנתבע. על-כן, הוחל דינו של התובע, שגם בו לא היתה תקרה לפיצוי כפי שהיתה בדין מקום ביצוע העוולה. אך ראוי לציין, שבמקרה זה דין התובע לא היה שונה בעניין הנדון מדין הפורום, שהיה, כזכור, גם דין המזיק. לפיכך, ניתן להבין פסק-דין זה כמקרה שבו סטו מדין מקום ביצוע העוולה והחילו דין ששיקף מדיניות שהיתה משותפת לדינים של כל אחד מהצדדים⁸³, הגם שהיו זרים זה לזה, כאשר שניהם יחד היו זרים למקום הביצוע ולמדיניות המיוחדת שלה.

על-כן, היעדרם הן של מקרה שבו בית-משפט סטה מדינו-הוא, כאשר העוולה בוצעה בפורום, הן של מקרה נקי, שבו הוחל דין שהיה רק דינו של התובע, איננו מקרי. הוא נובע מכך שהנכונות בספרות ובפסיקה בארה"ב להתחשב בזיקות לדינים אחרים איננה מבוססת על מניין זיקות בלבד. היא מבוססת על קיבוץ זיקות ושקלול זיקות. היא מתחשבת בהצטברות של גורמים ושיקולים: מקריותו של מקום הביצוע של העוולה וזיקות פוזיטיביות בין העניין לבין שיטה משפטית אחרת, המצביעות, מצד אחד, על השיטה שבה עוצבו ציפיות הצדדים, ומצד אחר, על עניינן של המדינות השונות בתוצאה, או על הלגיטימיות שבהפעלת המדיניות של כל אחת על העניין. נוכח כל אלה קשה לתאר מקרה שבו יוצדק להחיל את דינו של התובע בלבד, כאשר האירוע התרחש בפורום שהוא גם מדינת הנתבע.

סיכומו של דבר: בניגוד להנחות שני השופטים גם יחד, המשפט האמריקאי איננו מספק בסיס לפרופוזיציה, שדינו של תובע זר יכול לחול על עוולה אשר בוצעה בפורום על-ידי תושב הפורום.

(ג) המודל הרצוי

רשימה זו איננה עוסקת בשאלה, מהו כלל ברירת הדין הרצוי בישראל? שאלה זו סבוכה מכדי להכריע בה בדיון שפסקי-הדין הנדונים כאן מחייבים. על-כן, אסתפק בהערות מספר על האפשרויות השונות שבית-המשפט רואה לנגד עיניו.

א. הגישה האמריקאית

ה"גישה האמריקאית" מספקת אוצר של מקורות שיפוטיים ואקדמיים, שמהם

⁸³ כאמור, היא היתה משותפת גם לפורום.

ניתן לדלות מודלים לפתרונות. ריבויים של מקורות אלה נתפש תכופות כעושר מחשבתי, ומכאן משיכתו הרבה של המשפט האמריקאי בהקשר זה. אך עושר זה הוא בעוכריה, שכן אין גישה אמריקאית אחת. המשפט האמריקאי כולל אין-ספור גישות ושיטות, המרכיבות יחדיו "גישה" המתאפיינת בעיקר בגמישות. אמנם, השופט לוין הפריז כשאמר, שיש במשפט האמריקאי בסיס לכל פרופוזיציה שרוצים לבסס. אולם הפסיקה והספרות האמריקאיות בנושא זה מספקות יותר מדי בסיסים אפשריים ליותר מדי פרופוזיציות מכדי לשמש מודל שימושי. הגמישות שהוא מקנה אינו מלווה בערבויות כלשהן מפני שימוש מוטעה, שימוש לא-זהיר או שימוש מגמתי בפסיקה הענפה הקיימת וברעיונות שהיא מגבשת, ופרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ', שבה, כאמור, האסמכתאות שימשו כביכול כדי להצדיק תוצאה שאף גישה אמריקאית לא היתה מגיעה אליה, מדגימה היטב את הסכנה הרבה הטמונה בגישות אלה. ריבוי השיטות העיוניות המוצעות וריבוי פסקי-הדין, שקשה ליישב ביניהם, פוגעים בוודאות המשפטית וביכולת לנסח את העקרונות שעליהם הם מבוססים. על-כן, הסתייגותו של השופט לוין מהגישה האמריקאית, שזכתה עד כה לתמיכה נלהבת בישראל, מבורכת, ולו מן הטעם שלכשיעוצבו כללים חדשים בישראל, מן הראוי שגישה זו לא תתקבל מבלי שיתקיים דיון רציני בדרך הראויה להקנות גמישות מבוקרת לכלל ברירת הדין בנויקין⁸⁴.

ב. המשפט האנגלי

גם המשפט האנגלי המצוי והמוצע, שהשופט לוין מפנה אליו, בעייתי. הכללים הקיימים נותנים תפקיד חשוב מדי לדין הפורום. נסיבות הפעלתו של הסייג לכלל, היקפו המותר ומידת ה-*dépêcheage* שהוא מאפשר⁸⁵ אינם ברורים דיים, וההבחנה

84 השופט לוין הביע ספק אם גישה זו, שפותחה במסגרת בין-מדינתית פרולית, ראויה ליישום במסגרת בינלאומית. ייתכן, שהחופש הרב שבו השופטים האמריקאים פועלים בכלל בברירת הדין, ובמיוחד החופש שבו הם נוטלים לעצמם סמכות להתחשב בתוכן הדינים המתחרים כשיקול בזיהוי הדין הראוי, אכן קשור בתחושתם, שרק החוקה מסדירה את היחסים שבין המדינות ושבה בלבד מצויות מגבלות על הכוח התקיקתי והשיפוטי. אין כל ספק שהבסיס המשותף לשיטות המשפט השונות במדינות פדרטיביות מקל על השימוש בגישות האמריקאיות וכי שיקול זה ראוי שיילקח בחשבון בהערכת התועלת שניתן להפיק מגישות אלה.

85 *Chaplin v. Boys* (לעיל הערה 18), החילו את התביעות הכפולה על "כל עניין ועניין" והמליצו לסטות ממנה ולהחיל דין שיש לו זיקה משמעותית לשאלה הספציפית הנדונה, כאשר היא אינה מתקיימת. מכאן שאימצו, או חייבו, את הטכניקה של *dépêcheage*. הגם שה-*Law Commission* אימצה את הרעיון שיש להחיל את הדין שיש לו הזיקה המשמעותית ביותר לעניין, היא דחתה את גישת ה-*dépêcheage* וצפתה שיחול הדין בעל הזיקה המשמעותית ביותר לעניין כולו. כך משתמע גם מההצעה שעוללות מקומיות תוסדרנה רק במסגרת דין הפורום.

שנוצרה בין עוולות מקומיות לעוולות זרות איננה מוצדקת. ההצעה של ה-Law Commission איננה מועילה יותר. על-אף שכלל-היסוד ראוי – דין מקום ביצוע העוולה במקום הכלל הכפול – גם פה מידת הגמישות אינה מוגדרת דיה⁸⁶. יתירה מזאת: ההמלצה להחיל רק את דין הפורום על עוולות שבוצעו בפורום, בלא כל אפשרות להחיל דין זר, אינה מוצדקת⁸⁷.

ג. המודל שבהצעה לחוק ברירת דין ישראלי

השופט לוין הזכיר הצעה לחקיקה של פרופ' לבונטין⁸⁸. הצעה זו נוקטת גישה חדשנית למבנה של כללי הברירה בנוזיקין. היא צופה שני מסלולי תביעה חלופיים: תביעה לסעד הניתן בדין הפורום⁸⁹ ותביעה למימושה של זכות שהוקנתה בדין זר⁹⁰. האפשרויות הללו חלות באופן אחיד על עוולות מקומיות ועל עוולות זרות. שתי אלה יכולות לבסס תביעה לסעד הניתן לפי דין ישראל ותביעה על-פי זכות

86 ראה לעיל הערה 63.

87 ראה ביקורת נוקבת על ההצעה וחשש מפני השפעתה המקפאה והמאכנת של חקיקה, ועל-אחת-כמה-וכמה של חקיקה לא טובה, אצל "Carter Choice of Law in Tort and Delict" 107 L.Q.R. (1991) 405.

88 מוזכר בפסק-הדין של השופט ש' לוין, לעיל הערה 2, בעמ' 727.

89 "תביעה לסעד הניתן לפי דין ישראל ובגין פעולות או התנהגות מסוג הנחשב עוולה אזרחית לפי דין ישראל, אפשר לה אף כשהיא כרוכה ביסוד זר". יסוד זר מוגדר בהצעה כך: גורמים, עובדות או נסיבות מעין צד שאינו ישראלי; עשיית... פעולה מחוץ לישראל או שלא כמקובל בישראל...; התרחשותו של ארוע, או הימצאו של דבר, מחוץ לישראל (סעיף 10 להצעה).

90 "ניקנתה זכות מכוח דין זר שהיה מוסמך להקנותה, תוכר הזכות בישראל אם אין ההכרה בה נוגדת את דין ישראל ולא את תקנת הציבור" (סעיף 15 להצעה). "זכות פרטית מוכרת כאמור לעיל תיאכף בישראל אם האכיפה אפשרית בנתון לסדרי הדין הנוהגים בישראל, ובמידה שהינה אפשרית" (סעיף 17 להצעה).

האפשרות לבסס תביעה "נזיקית" הן על דין הפורום הן על דין זר נובעת מאפיונה של תביעה מסוג זה כתביעה טרנזיטורית. הזכות שהיא באה לממש איננה זכות המעוגנת במקום מוגדר ובדין אחד בלבד. על-כן, באופן עקרוני, גם אם העובדות מצמיחות זכות בדין זר – וניתן לתבוע את מימושה אם הדין הזר הוא דין מוסמך בעינינו – ניתן לבסס את התביעה גם בדין ישראל, אם הוא רואה עובדות כאלה כבסיס לזכות (ראה מבוא להצעה, עמ' ה ואילך; ודברי ההסבר לסעיף 10). על ההבחנה בין זכויות מעוגנות לזכויות טרנזיטוריות ועל האפשרות לבסס בדין ישראל תביעה של זכות טרנזיטורית ראה לבונטין, לעיל הערה 14. הסכנה שבכפייתת של זכות מדין ישראל בנסיבות לא-מוצדקות נמנעת באמצעות טענות ההגנה שההצעה מספקת.

שהוקנתה בדין זר. הנסיבות העובדתיות תכרענה בכל מקרה עד כמה אפשר להצליח בכל אחת מהתביעות הללו⁹¹. אין הכחנה עקרונית בין שני סוגי העוולות⁹². ההצעה צופה, שהדין שמבסס את הזכות יקבע את כל מרכיביה. בתביעת זכות שהוקנתה בדין זר, התובע צריך להראות שהדין המוסמך לכך הקנה לו זכות – במקרה זה, דינו האישי של הנתבע או דין שהנתבע נכפף אליו⁹³. כל ההגנות תבואנה מאותו דין, שבמסגרתו הזכות מוגדרת ומגובשת. השאלה, באיזו מידה ניתן לפצל את הסוגיות בין דינים שונים תלויה אף היא בדין ששולט בזכות, ובתביעה על-פי דין זר יהיה פיצול רק במידה שהדין הזר מאפשר זאת ומפנה לדין אחר. גם שיעור הפיצוי נתפש כחלק מהזכות, המוגדרת בדין ששולט בה, ולא תהיה מניעה לנהוג בעניין זה על-פי דין זר שהקנה את הזכות, אלא-אם-כן הסטייה מדין הפורום תהיה כרוכה בשיבוש דרך פעולתה של רשות ישראלית⁹⁴. בתביעה לפי דין הפורום, דין זר יכול להיות רלבנטי כעובדה, כבגישתו של השופט לוין:

נתעורר צורך לשקול אופיה של התנהגות, כגון אם היתה מקובלת או סבירה או מתונה או בתום לב, או שנתעורר צורך להעריך שיעורו של נזק או סבל או מידת אשם – יושם לב, בין שאר גורמים, אל דינים, הליכות, מציאות ונסיבות, בישראל ומחוצה לה, המאצילים על אופייה של ההתנהגות, או על שיעורו של הנזק או הסבל⁹⁵.

מעבר לכך, האפשרות לפיצול קיימת ומוגדרת בעיקר בטענות ההגנה. ניתן להביא

91 למשל: קרוב לוודאי כי בעוולה שבוצעה בפורום בין שני ישראלים לא יהיה בסיס לתביעה על-פי דין זר; אולם עשוי להיות בסיס כזה, כאשר שניים באו לפורום ופעלו בסביבה מבודדת המשותפת להם. האפשרות לבסס תביעה בדין זר תלויה בשאלה, אם הדין הזר מייחס חשיבות במקרה הראשון, לכך שכל העובדות "שייכות" למדינה אחרת, ובמקרה השני, לכך שמקום כיצוע העוולה זר לו.

92 האפשרויות האלה חלופיות במובן הזה שבהנחה כי כל מסלול מבסס תביעה, ניתן לבחור בכל אחד מהם כאופן חופשי. המגבלה היחידה על הפעלת שני המסלולים היא, שלא ייתבע יותר מאשר סך כל הנזק. על-כן, ניתן גם לחבוע על-פי שניהם, אם בגין אותן עובדות מסלול אחד מעניק זכות או תרופה שאינה מצויה כאחר.

93 סעיף 21 להצעה. דין שהנתבע נכפף אליו יכלול כנראה בין השאר דין המקום שבו פעל או שבו הורגשו תוצאות מעשיו.

94 סעיף 49 להצעה.

95 סעיף 14. אין להבין מכאן, שבנסיבות הנדונות ההצעה היתה בהכרח מחילה אמות-מידה זרות על שיעור הפיצוי בגין כאב וסבל. הסעיף מאפשר לפנות לנתונים זרים, אם "נתעורר צורך לשקול ... שיעורו של סבל". ככל שהמשפט הישראלי איננו מחייב לבדוק את סבלו האינדיבידואלי של הנפגע, צורך זה איננו מתעורר.

לשילובו של דין זר כתביעה לסעד על-פי דין ישראל, באמצעות טענת הגנה, הבאה לפטור את הנתבע מאחריות או לצמצם את אחריותו. הוא יהיה פטור מאחריות אם הוא אינו מוחזק אחראי, לא בדיון מקום ההתנהגות ולא בדיון האיש שלו. אם שני אלה גם יחד אינם מטילים עליו אחריות, דין ישראל אינו מוסמך לעשות כן. כמורכב, הוא יהיה פטור אם לתובע לא היתה זכות חפצא קודמת, אשר העוולה היוותה פגיעה בה, וקיומה של זכות חפצא קודמת זו יכול שיהיה תלוי בדיון זר⁹⁶. הנתבע יכול להתגונן עוד בטענה שהיה בין הצדדים קשר קודם לעוולה, הפוטר אותו מאחריות, או בטענה שהזכות הופקעה או נמחלה על-ידי דין המוסמך לכך⁹⁷, שהוא חייב היה לנהוג כפי שנהג על-פי דין המקום שבו פעל, שהמעשה היה פעולה שלטונית של ריבון זר שבית-משפט ישראלי לא יישב עליה בדיון, ושפעל בחו"ל כלפי זר בשליחות מדינת ישראל.

הצעה זו מיוחדת לעומת המודלים האחרים. היא מכירה בצורך להתחשב בדינים שונים, אבל היא מבהירה מראש, כיצד כל דין, בעל זיקה מוגדרת, יוכל להשפיע. כאשר התביעה מבוססת על דין זר, רק הדין הזר קובע באילו נסיבות ובאילו דינים יש להתחשב. כאשר התביעה מבוססת על דין ישראל, רשימת ההגנות היא הבסיס

96 התפישה הישראלית של דיני-הנזיקין רואה עוולה כמעשה הפוגע בזכות חפצא של אדם שלא להיפגע. על-כן, מעשה שאיננו פוגע בזכות חפצא איננו עוולה בעיניים ישראליות. בעוד שדין ישראל מוכן להעניק סעדים ישראליים בגין מעשה הנחשב בעיניו עוולה, הוא אינו מוסמך להעניק זכויות חפצא לכל באי עולם; ורק מי שיש לו זכות חפצא בדיון המוסמך לכך, יהיה זכאי לסעד בשל פגיעה בה.

קיומה של זכות חפצא קודמת נבחן על-פי מהות הזכות: זכות חוזית ומעמדה כלפי צד ג – קיומה נבדק בדיון מקום הימצאה של הזכות; זכות בדבר – בדיון מקום הימצאו; זכות אנוש מוגנת – בדיון מושב התובע או בדיון מקום הימצאו בעת עשיית העוולה. ראה על כך דברי ההסבר לסעיף 11 להצעה.

97 סעיף 45 להצעה קובע:

(1) הדין המוסמך להפקיע זכות או לשנותה הוא

...

(2) בזכות גברא –

(1) דין מקומו של החיוב או החוב כשההפקעה או השינוי הם על דרך תפישה, עיקול או המחאה;

(2) דין מושבו של הנושה או הזכאי, וכן כל דין שהלה נכפף אליו לעניין ההפקעה או השינוי, כשההפקעה או השינוי הם על דרך מחילה או ביטול מכוח דין.

...

לשילובו של דין זר. רשימה זו מאפשרת להחיל על אירוע אחד צירופים שונים של דינים, אבל הקשר שלהם לעניין והיקף השפעתם מוגדרים מראש בשיטתיות. כאמור, השאלה מהי הדרך הנאותה לפתור בעיות של ברירת דין בנוזיקין איננה שאלה שניתן להשיב עליה ברשימה קצרה כזו. האם "כללים" מסורתיים עדיפים על-פני "גישה" בסגנון המשפט האמריקאי? איזו מידה של פירוט והנחיה רצויים? האם ראוי להכפיף שאלות שונות באירוע אחד לדינים שונים? כל אלה הן שאלות שהכרעתן מחייבת עיון מעמיק. זה גם איננו המקום לדיון בהצעתו של פרופ' לבונטין. עם זאת חשוב להבהיר, שבדיקתם של מקרים מהפסיקה הזרה והישראלית לפי הכללים שבהצעתו מגלה שתי תכונות חשובות של ההצעה: הראשונה, כי ההצעה מספקת תשובות ברירתיות עקביות ורציונליות, בלא להשאיר את תחולתם של דינים לשיקול-הרעת של השופט; השנייה, כי המסגרת שמגדירה איך ומתי דינים זרים ישפיעו על פתורנו הברירתי של הסכסוך, מובילה לתוצאות מהותיות, שבוודאי אינן צודקות פחות מאשר אלה שהמודלים החלופיים מסוגלים לייצר. כך, למשל, בעובדות של *Chaplin v. Boys*, כתביעה לסעד על-פי דין הפורום, הנתבע לא היה יכול להיושע בהגנה מההגנות שההצעה מספקת ואי אפשר היה לחייב את התובע לתבוע על-פי דין שהנתבע נכפף אליו בעניין הגדרון – דין מקום ביצוע העוולה. לעומת זאת, אילו שני הצדדים במקרה זה היו מלטיים, היו עומדות לנתבע שתי טענות שהיו פוטרות אותו מהחייב האנגלי: הראשונה, שלתובע אין זכות חפצא קודמת, שכן דין מקום ביצוע העוולה ודינו האישי של התובע – דין מלטה – אינו מכיר בזכותו לפיצוי בגין כאב וסבל; השנייה, שהנתבע פטור מאחריות בראש נזק זה, משום שהוא פטור בדינו האישי ובדין מקום ביצוע העוולה גם יחד. אנגלי, שהיה תובע מלטי בגין העובדות של פסק-דין זה, היה סובל אף הוא מטענת ההגנה המצטברת שדין מלטה, שהוא גם דינו האישי של הנתבע גם מקום הביצוע של העוולה, פוטר אותו מאחריות בראש נזק זה. נתבע אנגלי לא יכול היה להתגונן ככך שדין מלטה פוטר אותו, שכן דין זה אינו דינו האישי, ואין מתקיימת הדרישה לפטור מצטבר בדין האישי ובדין מקום ביצוע העוולה. מנגד, הוא יכול להיעזר בטענה שלתובע לא היתה זכות חפצא קודמת לסעד בגין כאב וסבל, שכן זו לא קמה לו לא בדינו האישי ולא בדין מקום ביצוע העוולה (שהם במקרה זה דין אחד – דין מלטה)⁹⁸. דומה שתוצאות אלה רצויות לגופן. אך אפילו יש מקום להסתייג מתוצאה זו או אחרת, יתרון אחד בולט של כללים אלה הוא שהם מספקים תוצאות ברורות אשר ניתן לצפות אותן לפני כל התדיינות. הצעה זו מספקת מידה רבה של גמישות; אך גמישות זו מבוקרת ומוגדרת, כאשר תחולתו של כל דין מעוגנת בהוראה ברורה שניתנת להצדק ענייני – במישור האנליטי או במישור

98 לפתרון שני המקרים שנדונו בפסיקה הישראלית לפי שיטתו של לבונטין ראה להלן, פרק ד.

של מדיניות ספציפית. הוודאות, המאפשרת לצפות תוצאות, והגמישות המאפשרת להגיע לתוצאות צודקות, באות כאן לידי איזון שאינו נצפה במודלים האחרים. על-כן, לא רק בשל הבעייתיות שבהם, ראוי מודל זה לדיון רציני לכשיבוא רגע העיצוב של כלל ברירת דין חדש בישראל.

ד. הקשר בין העמדות העיוניות ובין התוצאה המעשית

כאמור, פסקי-הדין מייצגים שתי גישות שונות, ולכאורה לפחות, ההבדל בין הגישות מתבטא בכך שבעובדות הנדונות – תייר שנפגע בפורום על-ידי מעשה של תושב הפורום – השופטת בן-פורת היתה מחילה על התביעה כולה את דינו של התובע, שהוא דין זר, ואילו השופט לוין לא היה סוטה מדין הפורום. ואולם, עיון בגישות שונות אלה מעלה, שהמקור לתוצאה השונה של שני השופטים איננו השוני בגישה. שכן אף לא אחת מהגישות, כפי שהן מובנות ומופעלות בביתן, איננה מאפשרת להגיע לדינו של התובע, כאשר העוולה בוצעה בפורום על-ידי תושב הפורום כנגד תושב זר.

בנסיבות העניין, הכלל האנגלי מפנה לדין הפורום בלבד; ואפילו ניתן היה לסטות מהכלל במקרים חריגים, אין בסיס להנחה שזהותו של התובע בלבד היתה מצדיקה זאת. ב"*Chaplin v. Boys*" נאמר במפורש, שאילו דובר בתובע אנגלי ובנתבע מלטי, בעוולה שבוצעה במלטה, לא היתה סיבה לסטות מהכלל הרגיל. אם זרותו של התובע לא היתה מצדיקה סטייה מהכלל כאשר העוולה בוצעה בחו"ל, על-אחת-כמה-דוכמה היא לא היתה מצדיקה סטייה מדין הפורום כאשר העוולה בוצעה בפורום. הכלל האנגלי המוצע מחזק עמדה זו, כאשר הוא לעולם לא יאפשר להחיל דין זר על עוולה שבוצעה בפורום.

הדיון באסמכתאות האמריקאיות שבפסק-דינה של השופטת בן-פורת גילה, שגם הגישה האמריקאית לא היתה מבססת את החלת דינו של התובע בנסיבות הנדונות. פרשת קלאוזנר נ' ברקוביץ' ופרשת מ"י נ' כהן אינן מקרים שבהם ניתן לומר, כי אירוע העוולה בישראל היה מקרי במובן המחייב סטייה מדין מקום ביצוע העוולה. בשניהם התובע שהה בישראל תקופה ממושכת, כיועין ומתוך רצון. הוא נפגע על-ידי ישראלי, תוך כדי ניהול חיי היומיום שלו בישראל. בשניהם לא היה לצדדים מושב זר משותף, שהיה בו להצדיק סטייה; ולמושבו הזר של התובע לא הצטרפו נסיבות אחרות שיכלו להצדיק סטייה.

גם הצעתו של פרופ' לבונטין איננה מספקת הצדק לפרופוזיציה האמורה. בנסיבות העניין, טענות ההגנה, הפתוחות בתביעה לסעד על-פי דין ישראל, אינן

מבססות תחולתו של דין זר לא לשאלת האחריות ולא לשאלת הסעד⁹⁹. האפשרות לבסס את התביעה על דין זר גם היא אינה מועילה בנסיבות העניין, משום שהדין היחיד המוסמך להקנות זכות הוא דינו האישי של הנתבע או דין שהוא נכפף אליו. במקרה זה דינו האישי של הנתבע הוא דין ישראל, ואין כל בסיס לטיעון שנתבע תושב הפורום כפף את עצמו לעניין הנדון לדינו של התובע, שהוא לא הכיר לפני האירוע. על-כן, בנסיבות המתוארות, גם גישתו של לבונטין לא תאפשר פנייה לדין זר.

לפיכך, במשפט הישראלי, האנגלי או האמריקאי הקיים אין אפשרות משפטית להגיע לתוצאה, שלפיה דינו של תובע זר יחול על עוולה שבוצעה בפורום על-ידי תושב הפורום. התוצאה שאליה הגיע השופט לזין משקפת עמדה המשותפת לכל הגישות, והיא תוצאה ראויה. אין כל סיבה לדרוש מתושב ישראל לנהוג בישראל בהתאם לדרישותיו של דין אחר, כאשר מעשיו מכוונים רק אל תוך ישראל, ואין זה מוצדק להטיל עליו תוצאות המוגדרות בדין אחר. כאשר הוא מבצע עוולה בישראל, מוצדק להטיל עליו את מלוא האחריות למלוא נזקו של הניזוק האינדיבידואלי. על-כן, מוצדק למדוד את נזקו של ניזוק זה על-פי הנתונים כפי שהם, לרבות משכורתו בחו"ל והוצאותיו במקום שבו הן תוצאנה; אולם בין אם מצדיקים את תחולתו של דין במונחים של ציפיות הצדדים בנסיבות העניין בין אם מצדיקים אותה במונחים של אינטרסים ומדיניות לגיטימיים של מדינות, אין במקרה כזה כל סיבה לסטות מהיקף האחריות שבדין הפורום ולהעניק ראשי נזק או שיעורי נזק כמקובל בבית הניזוק.

ה. מסקנות

פיצויו של תייר שנפגע בישראל על-ידי ישראלי צריך להיקבע על-פי דין ישראל: האחריות, ראשי הנזק ושיעור הנזק בכל הפריטים ייקבעו על-פי עקרונות ישראליים בלבד. אין זאת אומרת, שעובדות זרות ואף דין זר אינם יכולים להשפיע כמרכיבים בקביעת שיעור נזקו של הנפגע האינדיבידואלי, אבל אין בסיס כלשהו לתחולתו של דין זר על עובדות אלה. שני פסקי-הדין הנדונים מספקים הזדמנות להבהיר שאלה זו, אבל חשיבותם אינה מצומצמת לעובדות הנדונות בלבד. יש בהם דיון חשוב בגישה הראויה לברירת הדין בניזוקין, בהבחנות בין עוולה זרה לעוולה מקומית ובין ראשי הנזק לשיעור הנזק, ובייחוד שבשיעור הנזק בגין כאב וסבל. דיונים אלה

99 גם אילו אפשרו טענות ההגנה להחיל דין זר, לא היה בכך להועיל לתובע, שביקש להסתמך על הדין הזר כדי להגדיל את הסעד שהיה זכאי לו. בהצעה של לבונטין, תביעה לסעד לפי דין הפורום אינה מאפשרת לזכות אלא בסעדים המקומיים. רק תביעה על-פי זכות שהוקנתה בדין זר תאפשר לגבש את הסעד על-פי דין זר.

חשובים, למרות שהבדלי הגישות אינם משנים את התוצאה בנסיבות העניין, ואולי דווקא משום-כך.

ההתייחסות לסוגיות העיוניות השונות מצביעה על מגוון של מצבים עובדתיים, שאין להם פתרון ברור, ונותנת ביטוי להכרה בצורך לעצב כלל ברירת דין מקיף וגמיש שיוכל להתמודד אתם. המחלוקות בסוגיות אלה חושפות מקצת ההכרעות שעיצבו של כלל כזה מחייב, ומזהות סוגים שונים של מודלים לפתרון. עיון בשני פסקי-דין אלה יחד מפריך את הרושם שנוצר מקריאתו של כל אחד מהם לחוד, כאילו קיימות רק שתי חלופות: כללים נוקשים, השוללים מהשופט את האפשרות לעשות צדק, וגישה נטולת-כללים, המחייבת את השופטים לעצב פתרונות על דעת עצמם. בזכות כל אלה פסקי-דין מניחים בסיס פורה לדיון הכרחי ביצירתה של מסגרת שיטתית, שתוכל להניב תוצאות ברירתיות ראויות וצודקות.
