

## פרשנות ותום לב כאתגרים של גלובליזציה בחוק המכר הבין-לאומי

מאת

יונתן יובל\* ועדו שחם\*\*

In memoriam

עדנה אולמן-מרגלית

דיני המכר הבין-לאומי של מדינת ישראל שוננו ללא הכר עם חקיקתו של חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, שאימץ את אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי (CISG) – האמנה הבין-לאומית המסחרית החשובה והמרכזית כיום בעולם. תכלית האמנה היא האחדה גלובלית של דיני המכר הבין-לאומיים וייתור המערך הביזנטי של כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי בתחום. עניינו של מאמר זה הוא תורת המשפט האופרטיבית של האמנה והוא מתמקד בשתי סוגיות יסוד שלובות, העומדות בבסיס ההבנה של האמנה ושל אפשרויות יישומה, תוך בחינתן הן עיונית והן אמפירית.

הסוגיה הראשונה צומחת מן התובנה הביקורתית שדין אינו יכול להתמצות ב"עוגן טקסטואלי" בלבד, ושמאמצי ההאחדה ושכלול דיני המכר הבין-לאומיים הם פרויקט נמשך ומתפתח. פרויקט זה תובע מבתי משפט ומפורומים אחרים של החברה האזרחית הגלובלית צורות חדשות ותובעניות של דיאלוג והתמודדות עם מסורות מגוונות של קריאה ופרשנות. במיוחד, האמנה דוחה הרמוניזציה "פנימית" דוגמטית של הדין החדש עם הדין הפנימי לטובת ראייה השוואתית, גמישה ואמפירית. חלק זה במאמר מתמקד אפוא בתורת הפרשנות הפנימית של האמנה, תוך פיתוח עמדה ראליסטית, הצבעה על בעיות ומתחים פרשניים, ויצירת מסגרת לפתרונות שלא נועדה להתעלם או לרדד את סוגיית הפלורליזם המשפטי העומדת בבסיס האתגר לאחידות יישומית של האמנה. חלקו השני של המאמר מיישם את העקרונות שעוצבו בחלקו הראשון, ביחס לשאלה מרכזית בפרשנות האמנה: האם האמנה מחילה על צדדים לחוזה מכר בין-לאומיים חובות תום לב ביצועיות או פרשניות בלבד? האם הוראות תום הלב שבאמנה מופנות לצדדים או לפורומים המפרשים אותה? טענת המאמר היא שבניגוד לקריאה מילולית של לשון האמנה ולפרשנויות המקובלות על מלומדים מרכזיים בעולם, בעיקר משיטות המשפט המקובל, בחינה אמפירית והשוואתית של יישומה מעלה שיש אטרקטיביות רבה בקריאתה כמטילה על הצדדים הוראות תום לב ביצועיות. טענה זו מבוססת על

\* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה.

\*\* עורך דין, מומחה למשפט מסחרי.

הגישה הראליסטית והדיאלוגית שפותחה בחלק הראשון של המאמר, המעדיפה לראות באמנה בסיס למולטילוג גלובלי בקרב קהילה פרשנית הולכת ומתרחבת, ומתקפת את הפרקטיקות הפרשניות שפותחו בעשורים האחרונים, בניגוד לגישות פרשניות נפוצות (ולטענתנו מיושנות) הבוחנות בעיקר את ההיסטוריה החקיקתית של האמנה (travaux préparatoires) ומייחסות לה קוהרנטיות פנימית מלאכותית. המאמר פותח בהקדמה כללית המציגה את המסגרת המושגית של האמנה ואת קליטתה במשפט הישראלי, ומסיים ביישום המסגרת התאורטית שפותחה בסדרה של שאלות הנוגעות להפעלת האמנה בישראל וביחס הנורמטיבי שבין הוראותיה להוראות קוגנטיות מרכזיות ברין הישראלי.

א. מבוא: תורת המשפט האופרטיבית של חוק המכר הבין-לאומי. ב. משטרי סחר והאחדת דינים בין-לאומיים. ג. תיאום פרשני בהיעדר הרמוניה פרשנית. 1. אופי בין-לאומי; 2. אחידות יישומית ותפקיד בתי המשפט; ד. תום לב: עקרון פרשני או ביצועי? 1. תום לב כעקרון ביצועי: מבט ראשון בעמדה המרחיבה; 2. תום לב כעקרון פרשני: העמדה המצמצמת; 3. התמיכה האמפירית בעמדה המרחיבה; 4. תום לב ביצועי כלקונה; ה. החלה של חובות תום לב מכוח אמנת המכר במשפט הישראלי. ו. עיון נוסף בהבחנה בין הוראה פרשנית להוראה יישומית. ז. תום לב וסבירות באמנה. ח. הערה לגבי פלורליזם משפטי באמנה. ט. סיכום.

## א. מבוא: תורת המשפט האופרטיבית של חוק המכר הבין-לאומי

דיני המכר הבין-לאומי של מדינת ישראל עברו שינוי משמעותי עם חקיקתו של חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999.<sup>1</sup> החוק אימץ את אמנת האו"ם בדבר

1 חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, ס"ח 1716 (להלן: "החוק", "חוק המכר", "חוק המכר החדש" או "חוק המכר הבין-לאומי הישראלי" לפי ההקשר). יש מקום להבהיר בלבול מסוים באשר לתאריכי הכניסה לתוקף של החוק. מבחינת הדין הישראלי הפנימי, החוק נכנס לתוקף ביום 5.2.2000 (ראו ס' 7 לחוק). עם זאת, מבחינת מדינות מתקשרות אחרות ישראל נחשבת ל"מדינה מתקשרת" רק מאז 1.2.2003, היינו: היום הראשון בחודש הראשון לאחר תום 12 חודשים מיום הפקדת כתב ההצטרפות במזכירות הכללית של האומות המאוחדות (להלן "התאריך הקובע"), לפי ס' 99(2) לאמנה – שלא נכלל בנוסח העברי שבתוספת לחוק – הקובע: "When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention [...] this Convention, with the exception of the Part excluded, enters into force in respect of that State [...] on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession". הואיל וס' 99 לאמנה לא נכלל בחוק המכר אין לו תחולה ישראלית-פנימית; אך מבחינת מדינות אחרות נהייתה ישראל ל"מדינה מתקשרת" רק בתאריך הקובע האמור. המשמעות היא שבתי משפט של מדינות זרות לא יכירו

חוזים למכר טובין בין-לאומי שנחתמה בווינה ב-1980 (להלן: אמנת וינה או CISG),<sup>2</sup> פחות או יותר כלשוונה.<sup>3</sup> מאז, בכפוף לכוחם של הצדדים להחריג את החוק בהסכמה חוזית,<sup>4</sup> חוק זה חל בישראל על מרבית הטיפוסים של עסקאות מכר בין-לאומיות שאחד מצדדיהן ישראלי. החוק ביטל את שני חוקי המכר הבין-לאומיים שקדמו לו ושחלו על עסקאות מכר בין-לאומיות ועל חוזים לעשייתן מכוח אמנת האג, 1964 (ULIS ו-ULF בהתאמה).<sup>5</sup> בכך הצטרפה ישראל, באיחור מה, לגוש הגדל והולך של מדינות העולם

בישראל כ"מדינה מתקשרת" ביחס לחוזים שנערכו לפני התאריך הקובע. לכן, מדינות מתקשרות שמסרו הסתייגות לפי ס' 95 לאמנה, שלפיה תחול האמנה רק על צדדים ממדינות מתקשרות – למשל ארצות-הברית – לא יחילו את האמנה על חוזים שאחד הצדדים להם ישראלי ושנכרתו לפני התאריך הקובע. לעניין קליטת החוק במשפט הישראלי ראו אריה רייך "חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971: וישן מפני חדש תוציאו" מחקרי משפט יד 127 (1997).

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Apr. 11, 1980, U.N.T.S 1489, p.3. ניתן למצוא מידע רב על אמנת וינה – היסטורי, אנליטי והשוואתי – באתר האינטרנט המפורט של המכון למשפט בין-לאומי באוניברסיטת פייס (Pace): [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu). באתר האינטרנט העשיר [www.biu.ac.il/LAW/cisg](http://www.biu.ac.il/LAW/cisg), בעריכת פרופ' אריה רייך, ניתן למצוא חומרים רבי-ערך על CISG ו-ULIS בהקשר הישראלי. לרקע פרשני והשוואתי חשוב ראו Eyal Zamir, *European Tradition, the Conventions on International Sales and Israeli Contract Law*, in EUROPEAN LEGAL TRADITIONS AND ISRAEL 499 (A.M. Rabello ed., 1994). עוד על היחסים בין ULIS לחוקי המכר והחוזים הישראליים ראו איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (1987) (זמיר מראה כי חוקים אלו היו מקור נורמטיבי מרכזי לחקיקת המכר הישראלית) (להלן: זמיר "חוק המכר"). לניתוח של הצטרפות ישראל לאמנה ושל השלכותיה בראייה היסטורית ותאורטית ראו: אריה רייך "גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביוכל הבא" מחקרי משפט יז 17 (2001). קיימת ספרות ענפה המנתחת את אמנת וינה; סקירות בסיסיות נמצאות אצל Joseph Lookofsky, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAWS – CONTRACTS 1 (J. Herbots & R. Lanpain eds., 2000); COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW: THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION (C.M. Bianca & M.J. Bonell eds., 1987); JOHN O. HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION (3rd ed. 1999).

ב-CISG יש 101 סעיפים; חוק המכר אימץ את ס' 1-88 ו-96 בלבד. 3

על-פי ס' 6 לאמנה; ראו ה"ש 17, 18 להלן. לטיפוסי העסקאות שעליהם חלה CISG ראו ס' 3-1 לתוספת לחוק; ראו גם ס' 3 ו-6 לחוק. 4

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971 (להלן: "חוק המכר הישן" או ULIS) וחוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי), התשל"ח-1978 (להלן: "חוק החוזים הישן" או ULF), החלים על חוזים שנכרתו לפני 5.11.2000 (ראו ס' 6 לחוק המכר החדש). חוקים אלו החילו את החוק האחד למכר טובין בין-לאומי ואת החוק האחד לעשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי, בהתאמה. שני חוקים אחידים אלו הם נספחים לאמנת האג (ULIS Convention Relating to a Uniform Law) 5

Convention Relating to a ) ULF- (on the International Sale of Goods, 1, July, 1964 Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, 1, July, 1964). הניסיון לספק באמצעות אמנה זו דיני מכר בין-לאומי נכשל: מדינות ספורות בלבד הצטרפו לאמנה וביקורת קשה נמתחה עליה כמוטה לכוון מערכות מערב-ארוניות. מלבד ישראל לא הצטרפה אליה אף מדינה מחוץ לארופה. למצער הייתה ל-ULIS השפעה משמעותית על ניסוח חוק המכר הישראלי; ראו זמיר "חוק המכר", לעיל ה"ש 2; לענין קליטת החוק במשפט הישראלי ראו: רייך, לעיל ה"ש 1. לדעת זמיר אין הבדלים משמעותיים ברמת הנורמות הפוזיטיביות בין CISG ל-ULIS (ראו Zamir, לעיל ה"ש 2, בעמ' 503). מלומדים אחרים סבורים כי CISG היא מכשיר חדשני ומשוכלל יותר מ-ULIS, בעיקר באופנים שבהם היא מאפשרת לפועלים משיטות שונות זו מזו להבינה וליישמה, בהתייחסותה הליברלית לנוהגים קיימים (Lex Mercatoria) ובנטייה יחסנית ואמפירית מסוימת (relational). ראו, Errol P. Mendes, *The U.N. Sales Convention & U.S.-Canada Transactions – Enticing the World's Largest Trading Bloc to Do Business Under a Global Sales Law*, 8 J.L. & COM. 109, 118 (1988): "It must be vigorously stressed that the Sales Convention is not simply a collection of rules supplanted from a multitude of common law, civilian and other sources. Rather, the drafters have aimed for a synthesis of the best features that modern sales systems have to offer"

עמדה דומה הביע Franco Ferrari, *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, 15 J.L. & COM. 1 (1995). עם זאת יש להרגיש שמגדס, פרארי ואחרים מתייחסים בעיקר לאופי הבין-לאומי ולחלוקה הכמעט-גלובלית של CISG (בניגוד לחלוקה המוגבלת של ULIS) ופחות לתוכנה הנורמטיבית, שבו התמקד זמיר. גם פרופ' שלכטריים מסכים עם זמיר – בעיקר באמור בדיני כריתת החוזה; ראו PETER SCHLECHTRIEM, UNIFORM SALES LAW: THE UN-CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 48 (1st ed. 1986). יש לציין כי ביטול פנימי של ULIS הוא תנאי להצטרפותה של מדינה ל-CISG; ראו ס' 399) לאמנה. הסעיף אמנם לא נכלל בחוק המכר הבין-לאומי כפי שנחקק בישראל (כאמור, אומצו ס' 88-1 ו-96 בלבד), אך ישראל צייתה לו כדי להיחשב "מדינה מתקשרת" כלפי חוץ. זו לשונו: "A State which ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention and is a party to either or both the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Formation Convention) and the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Sales Convention) shall at the same time denounce, as the case may be, either or both the 1964 Hague Sales Convention and the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect"

גם הארכיטקטורה של CISG שונה מזו של ULIS ו-ULF בכך שבעוד שהחוק הישן ניסה, בצורה מאולצת, להפריד בין נושאי חוזים ומכר בשני מכשירים נפרדים, CISG מספקת מכשיר אחד המתעלם מהבדלים בין שתי הקטגוריות. במאמר מוסגר ייאמר כי היחסים בין חוק המכר הישן לבין חוק החוזים הישן לא היו תמיד ברורים. ס' 8 לתוספת לחוק המכר הישן קבע כי החוק לא יסדיר נושאים של כריתת חוזה והעברת בעלות, אך ס' 15 לתוספת קבע כי במכר אין דרישת צורה וס' 52 לה דן בנושאי העברת בעלות. תרופות חוזיות הופיעו בתוספת לחוק המכר דווקא. אכן, עצם הניסיון

שהצטרפו לאמנת וינה מאז חתימתה ב-1980 וכניסתה לתוקף ב-1988, אם בדרך של אשרורה ואם בדרך של חקיקה פנימית,<sup>6</sup> כבסיס סטטוטורי של דיני הסחר שלהן.<sup>7</sup> מאז נכנסה האמנה לתוקף התפתח מאוד "משפט אמנת וינה" הגלובלי, וכיום היקפו רחב בהרבה משהיה אי-פעם משפט אמנת האג. משטר חדש זה של דיני מכר בין-לאומיים, ותורת המשפט האופרטיבית שהאמנה נושאת עמה, תובעים מבתי משפט ומפרשנים אחרים תביעות פרשניות ויישומיות חדשות, אולי אף חסרות תקדים. מהם האתגרים הפרשניים המתייחסים לטקסט של אמנה בין-לאומית, שתכליתה האחדת דינים מהותיים והיא מוחלת כלשונה בבתי משפט ופורומים אחרים בישראל וברחבי העולם? מאמר זה יעסוק בעקרונות ובאתגרים הפרשניים שמעמידה קריאה של מסמך בין-לאומי, המנותק ככל האפשר ממסורות תרבותיות נפרדות של קריאה. המאמר יבחן את תורת הפרשנות הפנימית של האמנה, יציב על בעיות לא פתורות ומתחים פרשניים, ויציע – מתוך גישה נורמטיבית – עקרונות לאיתור ולהתמודדות עם אמביוולנטיות פרשנית. האתגר כרוך בהבנה כוללת של משמעות האימוץ של אמנה גלובלית, שתכליתה המרכזית היא האחדה דוקטרינרית של דינים מקומיים שונים זה מזה, במציאות של קונפליקטים בין תרבויות משפטיות שונות זו מזו.

לאמנות גלובליות (היינו: אמנות הפתוחות להצטרפות של כל מדינה) יש בדרך כלל שתי תכליות מובנות נוסף על תוכן הספציפי. האחת היא קואורדינציה או אף האחדה של התייחסות משפטית לעניין הנדון, באופן שיהפוך את הדין לעצמאי ביחס ל- *locus in quo*. האחרת היא הסדרה מוצלחת של העניין, היינו: אספקת דין מהותי שאימוצו עדיף מהסדרתו הקיימת.<sup>8</sup> אמנת וינה שואפת ליותר מקואורדינציה או האחדת דינים אף שאלה

- להבחין בחדות בין "מכר" לטרנזקציה חוזית במכר הוא בעייתי, בין השאר משום שדיני המכר תומכים בברירות מחדל חוזיות מסוימות, מספקים תרופות בשל הפרת חוזה ונדרשים לשאלות של סבירות, תום לב ודרכי מסחר מקובלות לא פחות – אם לא יותר – מדיני החוזים הכלליים.
- 6 בהיותה בעלת מבנה של דבר חקיקה, בניגוד ל-ULIS, אמנת וינה היא *self executory*. על כן, במדינות שבהן הדין הפנימי מאפשר זאת, די בעצם אשרורה הסטטוטורי, ללא צורך בחקיקה נפרדת כבדין הישראלי. בארצות-הברית היא מופיעה כלשונה, (USCA Title 15, Appendix. (Supp. 1987).
- אמנות שארצות-הברית היא צד להן הן דין פדרלי ולכן עליונות על הדין המדינתי וגוברות על כל חקיקה מדינתית-פנימית, U.S. CONST. art. VI.
- 7 לרשימה מתעדכנת של המדינות המתקשרות ראו: [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html). אמנת וינה מאפשרת למדינות מתקשרות לאמץ אותה בהסתייגויות מסוימות; ראו פרק 5 לאמנה. ישראל לא מסרה הסתייגויות כלשהן.
- 8 כך, למשל, אמנת קיוטו (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 11, 1997, U.N.T.S 2303, p.148), תובעת מהחוזמות עליה הן קואורדינציה של רמת הפליטה של גזי חממה והן הפחתה שלה. התכלית הראשונה משולבת בשנייה.

תכליותיה המוצהרות.<sup>9</sup> מנסחיה קיוו ליצור באמצעותה דין אטרקטיבי הואיל ורק דין כזה יאומץ לא רק על-ידי מדינות – שלהן יש אולי עניין עצמאי כללי בקואורדינציה נורמטיבית – אלא גם על-ידי צדדים פרטיים לחוזה מכר. מטבע הדברים, לאלה אין עניין עצמאי בקואורדינציה כללית שכן עניינם הוא בדין יעיל, הוגן, גמיש וודאי שיחול על סכסוכיהם, אחת היא מה מקורו.

אף שאמנת וינה אינה כוללנית ויש בה לקונות מסוימות (כך, למשל, היא אינה עוסקת בשאלות של תוקף החוזה או בשאלות בעלות השלכות קנייניות כעסקאות נוגדות), היא הרבה יותר מסדרת כללים פוזיטיביים גרידא. היא מתאפיינת בתורת משפט אופרטיבית משלה, כלומר: היא כוללת הוראות – חלקן מפורשות וחלקן מוסקות – שהן המסגרת להבנתה, ליישומה, לפיתוח הדין מכוחה ולמיקומה בהשוואה לנורמות אחרות (הוראות דין שיריות מתנגשות ונורמות מנהגיות לא חקוקות). אחת השאלות המרכזיות שתורת משפט אופרטיבית זו עוסקת בהן היא פרשנות האמנה. במשפט הישראלי, תורת הפרשנות נתפסת בדרך כלל כחיצונית לדין הפוזיטיבי, אף שמרכיביה מושפעים ללא ספק מן הדין עצמו. בדינים זרים, ובאופן ספורדי בדין הישראלי, מופיעות לעתים הוראות פרשניות ספציפיות החלות על פרשנות הדין עצמו. מנסחי אמנת וינה היו ערים לכך שבמסגרת פרויקט בין-לאומי של האחדת דינים – כלומר: פרויקט שהוא תקשורת לא פחות משהוא משפטי – הסתפקות בשיתוף בהוראות דין לכשעצמן היא פעולה שמביסה את עצמה. אין טעם להשליך הוראות פוזיטיביות אל תוך מסורות פרשניות החלוקות ביניהן בשאלות מרכזיות, ולצפות להשיג בכך האחדת דינים והתמודדות עם ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי בעניינים מסחריים. הדין אינו רק מסמך אלא סדרה של פרקטיקות פרשניות. אלו, אף אם יתייחסו לאותו מסמך, יניבו פתרונות שונים זה מזה, ימלאו לקונות באופנים שונים זה מזה, יבצעו אנלוגיות והיקשים שונים זה מזה – בקצרה, האמנה תיהפך לעוגן טקסטואלי של ביזור נורמטיבי ויישומי. נוסף על כך יש לזכור את נטייתם הטבעית של בתי משפט, בפוגשם דילמות פרשניות, לשאוב פתרונות מן המערכת הפנימית שלהם – כלומר: ליצור הרמוניה פרשנית בין הדין ה"פנימי" לדין ה"חיצוני" שלהם ובענייננו – בין הדין המסחרי הפנימי המוכר להם לבין הוראות אמנת וינה. עשר שנים לפני כריתת האמנה ציין המלומד מנדי (Mundy):

[...] even when outward uniformity is achieved, [...] uniform application of the agreed rules is by no means guaranteed, as in practice different

9 מעיר בעניין זה המלומד Sheehy: "The CISG was looking to establish a new law merchant, a commercial law independent of any and all systems of the world, including the best of many systems, but also reaching beyond the traditional injustices in world trade". Benedict Sheehy, *Good Faith in the CISG: Interpretation Problems in Article 7*, in REVIEW OF THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) .2005-2006, PACE INT'L L. REV. 153, 191 (2007).

countries almost inevitably come to put different interpretations upon the same enacted words.<sup>10</sup>

הנטייה להתייחס לאמנת וינה כאל נדבך נוסף במשפט המקומי ("הנטייה המקומית", "homeward trend jurisprudence"), החי במסגרת תורת המשפט האופרטיבית הנורמלית של המערכת וכפוף לכללי הפרשנות הרגילים שלה, היא הפיתוי העיקרי שעליו מנסים להתגבר כללי הפרשנות הפנימיים של האמנה – כלל "האופי הבין-לאומי" וכלל "האחידות היישומית" (סעיף 7(א) לאמנה), שנדון בהם בהמשך בהרחבה.<sup>11</sup> הדין, כאמור, אינו רק הטקסט: הוא כולל את האופנים שבהם הטקסט נקרא ומיושם על-ידי סוכנים פרשניים כמו פרקליטים, אקדמאים, בוררים, שופטים, רגולטורים והצדדים החוזיים עצמם. קידומן של תכליות אלה מוטל במשותף על פורומים ברחבי העולם, והוא קורא לסוג כמעט נטול תקדים של תקשורת, דיאלוג והיזקקות למשפט משווה.

כשתכלית החקיקה היא הרמוניה משפטית בית המשפט מחויב להתחשב הן בעקרונות הכלליים שעליהם האמנה מבוססת והן בפרשנויות זרות של הוראותיה. הצטרפות של מדינה למשטר הסחר של אמנת וינה היא אפוא שינוי משמעותי הן במשפט החקוק והן בתורת המשפט האופרטיבית בתחום; מתעוררת לא רק השאלה: "מהו הדין החל?" אלא גם השאלה: "כיצד לשפוט?". המשמעויות המרכזיות נגזרות לא רק מהוראות האמנה עצמן אלא ממהותה, מעצם יומרתה ליצירת שפה של תקשורת גלובלית בתחום המתאפיין מחד גיסא בהעדפות אידאולוגיות ואידיוסינקרטיות של מערכות

R.J.C. Munday, *The Uniform Interpretation of International Conventions*, 27 INT'L & 10 COMP. L.Q. 450 (1978). מרחיב בעניין המלומד פרארי (לעיל ה"ש 5, בעמ' 8): "The first step to be taken to minimize the danger of diverging interpretations and, thus, non-uniformity in the application of uniform law, is to reject the thesis according to which 'by virtue of national proceedings, the [uniform law] conventions transform themselves into domestic law and therefore their interpretation and integration must take place according to the interpretive techniques [...] of the domestic legal system in which they are transplanted and will be applied.' This means, above all, that one should not have recourse to domestic interpretive techniques to solve interpretive problems, and that one should not read international uniform law through the lenses of domestic law"

11 דוגמה לנטייה פנימית זו מופיעה בפסק הדין האיטלקי: *Italdecor SAS v. Yiu's Industries (H.K.)*, Corte di appello di Milano, 790, 20 Mar. 1998 (It.), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980320i3.html>, ביישומו את הוראות האמנה העוסקות בשאלת ההפרה היסודית לצורכי ביטול של חוזה, בית המשפט אינו נזקק לכל פסיקה זרה ואף לא לניתוח פנים-טקסטואלי ביחס ל-CISG עצמה; הנחתו היא שמושג ההפרה היסודית מוכר לו מן הדין המקומי ואין לו אלא לשבץ הבנה זו בפסיקת CISG. לביקורת על גישה זו ראו, *Angela Maria Romito & Charles Sant'Elia, Case Comment*, CISG: Italian Court and Homeward Trend, 14 PACE INT'L L. REV. 179, 203 (2002).

משפט שונות זו מזו,<sup>12</sup> ומאידך גיסא במסורת של שיתוף פעולה; תחום ששורשיו בשחר הציביליזציה והתפתחותו העיקרית בימי הביניים המאוחרים, ברמות הוולונטריזם של Lex Mercatoria.<sup>13</sup> אימוץ אמנה שאפתנית שתכליתה האחדת דינים ברמה הבין-לאומית אינו כאימוץ אמנות מוגבלות יותר או כחקיקה פנימית רגילה.<sup>14</sup> עם אימוץ האמנה אימצה ישראל לא רק מסמך ולא רק ישות טקסטואלית אלא גם מחויבות פרשנית ביחס למסמך זה ולאופיו הבין-לאומי, ויצרה זיקה אל ההיסטוריה של פרשנות האמנה המתפתחת בעולם מאז כניסתה לתוקף בשנת 1988. דברי ההסבר להצעת החוק המעשית במשמעויות אלו ויצרו את הרושם כאילו השינויים שאימוץ האמנה מביא על הדין הישראלי הרלוונטי הם מינימליים.<sup>15</sup> זו, כאמור, אינה עמדתנו, לא ברובד הפוזיטיבי וודאי שלא ברובד הפרשני והתורת-משפטי.

הואיל וחוק המכר חל על עסקאות ייבוא וייצוא באופן אוטומטי,<sup>16</sup> בכפוף להחרגתו על-ידי הצדדים,<sup>17</sup> הרי שללא מודעות נאותה לאמנה וללא הכרתה צדדים עלולים למצוא את עצמם נתונים למרותו של דין שיחול על עסקאותיהם ועל סכסוכים הנובעים מהן בלי לדעת או להבין לאשורו את הדין המהותי הרלוונטי (*lex causae*).<sup>18</sup> יש גם בעיה הפוכה: בשל חשש מדבר חקיקה חדש ומורכב, בשל חשש מפני אי-ודאות פסיקתית ובשל היעדר בקיאות, ייתכן שצדדים ישראליים נמנעים מלעשות שימוש באמנה – שמעמדה

12 ראו בעיקר עניין האכיפה ב-CISG, להלן בעמ' 750-752.

13 ראו פרק ההקדמה בקובץ *From Lex Mercatoria to Commercial Law, in COMPARATIVE STUDIES IN CONTINENTAL AND ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY* 24 (Vito Piergiovanni ed., 2005). אחד היתרונות של קובץ זה הוא גישה ביקורתית הסודקת במידת מה את התדמית הרומנטית של Lex Mercatoria כמערכת מושלמת של אחדות יישומית וולונטרית.

14 Franco Ferrari, *CISG Case Law: A New Challenge for Interpreters?*, 17 J.L. & COM. 245 (1998).

15 הצעת חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשנ"ז-1997, ה"ח 2636.

16 ס' 1 לאמנת וינה. שימו לב לס' 3 לחוק המכר הבין-לאומי הישראלי המרחיב את חלות האמנה בדין הישראלי, על-ידי צמצום תנאי ס' 1 האמור. מאחר שזו הרחבה ולא צמצום היא איננה עומדת בניגוד לס' 98 לאמנה. ראו: <http://cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Israel.html>.

17 ס' 6 לאמנת וינה קובע כי "הצדדים רשאים להתנות על תחולתה של אמנה זו, או, בכפוף לס' 12, לגרוע ממנה או לשנות את התוצאה של כל אחת מהוראותיה". יש לציין כי ס' 12 לאמנה מאפשר סיוג של ס' 6 ככל שהדבר נוגע להצגת דרישות צורה בכריתת חוזה.

18 על-פי ס' 6 לחוק המכר יחול הדין הקודם על עסקאות ועל חוזה מכר בין-לאומיים שנכרתו לפני כניסת החוק לתוקף (היינו: יחולו הדינים הנובעים מאמנת האג 1964). צדדים החוששים מתחולת החוק החדש על עסקאות וחוזה שיכרתו לאחר כניסת החוק לתוקף רשאים לקבוע בחוזה המכר תניית אי-תחולה כוללת או חלקית על-פי ס' 6 לאמנה, בהתאם לעקרונות של *contracting out of a treaty*; גם במקרה זה לא יחולו כללי אמנת האג 1964 ויחולו ברירות המחדל של כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.



דיספוזיטיבי ולא קוגנטי, והיא מספקת, כאמור, מנגנון opt out – אף שהיא מספקת מערך עשיר, גמיש והוגן של נורמות.<sup>19</sup>

דיון באמנת וינה, הן עקרוני והן פרטני, חשוב גם למי שאין להם עניין עסקי או משפטי ישיר בעסקאות בין-לאומיות. הוא חשוב להבנה של תהליכי הגלובליזציה המשנים את החשיבה המשפטית המקובלת ואת תורת המשפט האופרטיבית המבוססת על דין המדינה הפנימי, כמו גם להבנה ביקורתית של חלק מהשפעות הגלובליזציה על החברה הישראלית פנימה.

## ב. משטרי סחר והאחדת דינים בין-לאומיים

מאז מלחמת העולם השנייה (ואף קודם לכן) מתנהל מאמץ ליצירת קודיפיקציה בין-לאומית מקיפה בתחומי הסחר הבין-לאומי ויישוב סכסוכי סחר.<sup>20</sup> למאמץ זה כמה פנים. אחד מהם מתנהל במישור הבין-מדינתי והישגיו המרכזיים הם הסכמי GATT (שגם ישראל צד להם) ומאז 1995 – הכינון של ארגון הסחר העולמי (World Trade Organization), שהאתגרים העומדים לפניו עצומים והישגיו הקונקרטיים, נכון לשעה זו, מצומצמים; בשנים האחרונות עומתה הרחבת פעילותו בתנועות מחאה במסגרת החברה האזרחית הגלובלית. בפן בין-מדינתי זה אין רשימה זו עוסקת כלל. פן אחר הוא יצירת סדרה של הסדרים כלכליים בילטרליים ומולטילטרליים המסדירים ומעניקים יתרונות סחר מסוימים לחברים בהם. רשימה זו אינה עוסקת גם בפן זה, שעניינו בעיקר הסדרים מכסיים והגבלות סחר לא מכסיות; ישראל – "אלופת העולם" בהסכמי אזור סחר חופשי – מעורבת בפן זה בעיקר דרך הסכמים כאלה עם ארצות-הברית, עם האיחוד האירופי, עם EFTA ועם מדינות נוספות.<sup>21</sup> רשימה זו מתמקדת במשפט הפרטי ועניינה המאמץ ליצירת משטר סחר גלובלי שיתגבר על הבדלים דוקטרינריים ועל הבדלים שבמנהג בין מערכות מדינתיות שונות זו מזו, ובכלל זה על אי-הוודאות ועל ברירות המחדל של המשפט הבין-לאומי הפרטי.<sup>22</sup>

19 האמירה דלעיל מבטאת התרשמות של המחברים (י.י. וע.ש.) משיחות עם לא מעט עורכי-דין, שמהן עלה שצדדים ישראלים לעתים קרובות אינם מודעים לחלות האמנה על עסקאותיהם, ואם הם מודעים – הם נוטים לעשות שימוש מרחיב באופציית היציאה של ס' 6.

20 לסקירה היסטורית ועכשווית ראו THE 1980 UNIFORM SALES LAW – OLD ISSUES REVISITED .IN THE LIGHT OF RECENT EXPERIENCES (Franco Ferrari ed., 2003).

21 לרשימה מלאה ראו: <http://moit.gov.il/NR/exeres/8A8AE4E9-3652-4DE4-841D-C2F252E53709.htm> (נבדק לאחרונה דצמבר 2010).

22 לסקירה ראו: René David, *The International Unification of Private Law*, in 2 INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW ch.5, p. 218, Inst. 1.

במסגרת תנועה זו התנהלו ומתנהלים מאמצים בכמה מוקדים, בעיקר לא מדינתיים.<sup>23</sup> מוקד מרכזי הוא קבוצות העבודה של ועדת האו"ם לענייני משפט הסחר הבינ-לאומי, UNCITRAL.<sup>24</sup> מבחינה דוקומנטרית UNCITRAL מייצרת שלושה סוגים עיקריים של מסמכים: חוקים לדוגמה (model laws); חוות דעת מייצרות ומסמכים פריפריאליים אחרים; ואמנות בין-לאומיות. שני הישגים עיקריים של מאמץ אחרון זה הם אמנת ניו-יורק מ-1958 ואמנת וינה מ-1980: הראשונה עוסקת בהפניה שיפוטית ובהכרה ואכיפה של בורריות חוץ שנהפכו – במידה רבה כתוצאה מתפוצתה הרחבה של אמנת ניו-יורק – לאמצעי עיקרי ביישוב סכסוכים בסחר הבינ-לאומי; השנייה מספקת – הן לבתי משפט והן לפרורמים של ADR<sup>25</sup> – דין מסחרי מהותי אחיד, המגשר על אי-הוודאות ועל ברירות המחדל של המשפט הבינ-לאומי הפרטי, בהיותו אדיש לשאלת *locus in quo*.<sup>26</sup> ההבנה של אמנת וינה ופרשנותה – כמו גם הכרה במגבלותיה ובאי-שלמותה – יכולות להיעשות רק מתוך הבנה של תפקידה ומקומה במסגרת המאמץ ליצירת משטר גלובלי לניהול יחסים ויישוב סכסוכים מסחריים, ושל המוטיבציות המניעות אותו.

23 המוקד הידוע שבהם הוא לשכת המסחר הבינ-לאומית, (ICC – International Chamber of Commerce), שפרסומיה היעילים כוללים את תניות המכר האחידות (INCOTERMS 2010, ICC Publication No. 715) ואת הכללים האחידים בדבר אשראי דוקומנטרי (Uniform Customs and Practices for Documentary Credit, 1993, ICC Publication No. 500). גוף חשוב נוסף הוא מכון UNIDROIT (שמקום מושבו באיטליה) ואשר עקרונות המסחר הבינ-לאומי שפרסם ב-1994 (עודכנו והורחבו ב-2004) מהווים תשתית למרבית החשיבה בתחום. להשוואה מפורטת של עקרונות UNIDROIT עם CISG ראו JOHN FELEMEGAS, AN INTERNATIONAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (1980) AS UNIFORM SALES LAW (2007). העקרונות המעודכנים זמינים לצפייה באתר האינטרנט <http://unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>. חומר רקע ודין פרשני במקורות מופיע אצל E. Allan Farnsworth, *Developments in International Commercial Law: An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 26 U. BALT. L. REV. 1 (1997); MICHAEL J. BONELL, AN INTERNATIONAL RESTATEMENT OF CONTRACT LAW – THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (3rd ed. 2004).

24 United Nations Commission on International Trade Law

25 Alternative Dispute Resolution – ADR – משמש כאן כביטוי טכני כללי המציין כל אלטרנטיבה פחות או יותר מוסדית ללטיגציה, ובכלל זה בוררות, פישור וגישור לסוגיהם.

26 יש להדגיש כי אמנת וינה אינה מספקת דיני חוזים או דיני מכר שלמים. כך, למשל, אין היא דנה בסוגיות החוזיות של פגמים בכריתה, בתוקף החוזה או בשאלות קנייניות מעבר להעברת הסיכון; אף אחידותה אינה מושלמת, כמודגם ביחס להוראות בדבר אכיפת חוזה בס' 28 לאמנה.

### ג. תיאום פרשני בהיעדר הרמוניה פרשנית

אמנת וינה היא אוסף של פשרות. הפרויקט עצמו נראה עצום ורב: יצירת דין אחד בנושאי חוזה ומכר שיוכל להתקבל ולהתיישב עם מערכות משפט רבות ומגוונות בעולם, על תפיסותיהן הנבדלות זו מזו (שאינן שלמות לכשעצמן) ועל האידאולוגיות המכוונות אותן והנאבקות על האינטרסים הרבים שהן משרתות. יתר על כן: על האמנה להיות אטרקטיבית לצדדים הפרטיים לעסקאות המכר הבין-לאומי, שאם לא כן, יעשו הללו שימוש ב"סעיף ההיחלצות" שבאמנה (סעיף 6) – opt out of the treaty – ונמצא הפרויקט קורס על אף החלת האמנה על-ידי מדינות העולם.<sup>27</sup> אכן, האמנה אינה מספקת פתרונות בכל נושאי המכר הבין-לאומי והסוגיות החוזיות הכרוכות בו, והיא מותירה לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי עניינים מסוימים שעליהם לא באו מחבריה לידי הסכמה. בנוסף, תרבויות משפטיות שונות עשויות וצפויות לפרש את הוראות האמנה באופנים שונים – לדוגמה, באופנים ההרמוניים ביותר עם משפטן הפנימי. צדדים פרטיים יטעו אז לחשוב שהם מסכימים על הנורמות החוזיות והקנייניות החלות על עסקת המכר הבין-לאומית, ויסתכנו בכך שכל צד יפרש הוראה מהוראות האמנה באופן שונה, כמו גם בתי המשפט ופורומים אחרים ליישוב סכסוכים במדינות הרלוונטיות.<sup>28</sup> מנסחי האמנה היו ערים לבעיה זו. אי-אפשר (ואולי אף לא רצוי) לתת לה פתרון מושלם ברובד הלשוני, בהתחשב ברבגוניות של הלשונות האנושיות. הפתרונות היחידים – והמגובלים בהכרח – הם ברובד התרבותי-נורמטיבי, ביצירת קהילה פרשנית גלובלית שאף בהיעדר הרמוניה תעבוד לפחות מתוך תיאום. ניתן לעשות זאת בדרכים רבות, דטרמיניטיביות וקואורדינטיביות. גישה דטרמיניטיבית מיוצגת על-ידי מאמצים לספק פרשנות אחידה להוראות האמנה תוך exegesis פרשני, למשל, באמצעות ה־Digest

27 ככל שאמנת וינה תיהפך נפוצה יותר ותאומץ על-ידי יותר שיטות משפט, כן יקשה על הצדדים למצוא שיטות משפט שלא יקיימוה כעניין שרדין, אם לא עניין שבהסכמה. אין הדבר מפליא: אחת מתכליותיה המרכזיות של האמנה היא יצירת דין גלובלי אחיד, ואין פלא שבמסגרת זו נפגעת האוטונומיה של הצדדים לחרוג ממסגרת האמנה. גם ההסתייגות האפשרית בס' 95 לאמנה, שלפיו תחולתה מותנית בכך שמקומות ניהול העסקים של הצדדים יהיו במדינות שונות ומתקשרות (ס' 1(א) לאמנה), ואין די בכך שכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי מפנים לדינה של מדינה מתקשרת (ס' 1(ב) לאמנה), תאבד מעוקצה עם ההצטרפות של מדינות נוספות ורבות לאמנה.

28 בורות אד-הוק נפוצה פחות מאשר בורות מוסדית ביישוב סכסוכים מסחריים בין-לאומיים, שבהם הנטייה היא להתדיין במוסדות מבוססים ובעלי מוניטין, בין השאר כדי לנטרל מראש את אפשרויות התקיפה של פסק הבוררות לכשתעלה שאלת אכיפתו (באופן טיפוסי, על-פי העילות המנויות בס' 5 לאמנת ניו-יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בורות חוץ, 1958 (כ"א 287), ראו: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, U.N.T.S on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, U.N.T.S, ראו, (330, p.3 http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral\_texts/arbitration/NYConvention.html). RENÉ DAVID, ARBITRATION IN INTERNATIONAL TRADE (1985).

המושפע, כך נראה, מ־Official comment המלווה את ההוראות של ה-UCC האמריקני (ביחס לשני המסמכים הקומנטר הוא מקור פרשני לא מחייב).<sup>29</sup> גישה מציאותית, קשה יותר ליישום אך גם פורייה יותר ועולה בקנה אחד עם הניסיון ליצירת רשת תקשורתית גלובלית בתחום זה, היא הגישה הקואורדינטיבית, התלויה בדיאלוג בין הפורומים המפרשים בפריסתם הגלובלית (קרי: בתי המשפט ומוסדות אחרים ליישוב סכסוכים). להלן ייבחנו גישה זו והשלכותיה.

מאז חתימת האמנה סעיף 7 לה הוא מקור לא אכזב לכתיבה פרשנית; ניתן לומר כי אין סעיף אחר בה שזכה לשפע כזה של התייחסות אקדמית פולמוסית. תה־הסעיף העיקרי העוסק בפרשנות הוא תמציתי:

7(a). אמנה זו תפורש בשים לב לאופייה הבין־לאומי, לצורך לקדם  
אחידות בתחולתה ולשמירת תום לב בסחר בינלאומי.<sup>30</sup>

פסקה זו כוללת למעשה שלוש הנחיות פרשניות, כל אחת מהן עמומה בדרכה: (1) קידום האופי הבין־לאומי של האמנה; (2) קידום אינטרס האחידות היישומית (applicative uniformity) בהחלתה (בניגוד לאחידות טקסטואלית בלבד); (3) שמירת תום לב בסחר בין־לאומי. להלן יידון כל אחד מאינטרסים אלו בנפרד. בהמשך נטען כי הוראות אלו הן משולבות ולמעשה אי־אפשר להבינן לאשורן ללא יחסי הגומלין ביניהן.

תורת המשפט האופרטיבית של אמנת וינה מורה לפורומים המיישמים אותה להתגבר על הנטייה להרמוניזציה פנימית, וליישם ביחס לאמנה עצמה נורמות פרשניות שיקיימו ככל האפשר את תכליתה – כלומר: האחדת הדין הבין־לאומי לאור העקרונות שהיא מבוססת עליה, גם אם הללו שונים מעקרונות המשפט הפנימי שהפורום מחויב לו.

29 The UNCITRAL Digest of Case Law on the CISG, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/7 (8 June 2004). ה־Digest הוא מעין מדריך, או "הערה" רשמית־למחצה בעריכת UNCIRAL, הסוקר הן את ההיסטוריה החקיקתית של סעיפי CISG והן – באופן חלקי מאוד ולא מעודכן – פסיקה רלוונטית. עם זאת יש לציין כי מדריך זה אינו מקיף או מעודכן דיו, והגישה של עורכיו היא לקונית, דסקרפטיבית ולא ביקורתית. מדריך מקיף בהרבה, מחקרי, אמפירי וביקורתי, שלא בחסות UNCITRAL, נמצא בהכנה בימים אלו בעריכת פרופ' איילון (Sieg Eiselen) ומתוכנן להתפרסם בשנת 2011. ההערות הרשמיות של ה-UCC האמריקני מתפרסמות בצמוד לטקסט ועוברות אישור עריכתי של המערכת הקבועה של הקוד, אך כידוע אינן חלק מן הטקסט החקיקתי וכל בית משפט מתייחס אליהן לפי שיקול דעתו (יש לזכור שה-UCC הוא דין מדינתי בארצות־הברית ושלמהוראותיו יש לעתים היסטוריה תקדימית ופרשנית ספציפית בכל מדינה); אף־על־פי שהן כלי עזר מקובל, אפשר לקבוע שהן מעולם לא הגיעו לרמת ההשפעה של הקומנטרים החשובים של משפטנים במשפט הקונטיננטלי.

30 למאמר מקיף על הדיונים שהובילו לניסוח הקיים וליחסם לאמנות הקודמות ראו Bianca & Bonell לעיל ה"ש 2, בעמ' 65-94.

העול המוטל על הפורום המפרש הוא כפול: לא רק להתגבר על נטייתו הטבעית להרמוניזציה פנימית אלא לדעת ולהכיר את המסורת הפרשנית הנוצרת בו בזמן אחר, בפורומים אחרים, במדינות, בתרבויות משפטיות ובשפות אחרות. פעולת השיפוט שבית המשפט מכיר – משתנה. בית המשפט העליון קבע (ביחס לאמנה אחרת) כי בניגוד להרמוניזציה של הדין הפנימי –

לא כך הדבר כאשר מתייחסים לאמנה בינלאומית. גם כשזו הייתה לחלק מן הדין הישראלי, עדיין לא ניתן להתייחס להוראות האמנה ולסייגיה כאילו הם פרי חשיבה חקיקתית ישראלית מקורית, שהרי לנגד עיניהם של הצדדים לאמנה לא עמדו העקרונות המשפטיים המקובלים בישראל, על ההבחנות הכלולות בהם, אלא עקרונות, שיהיו יפים לשיטות משפט שונות. התייחסות אשר כזו לאמנה ולהוראותיה תפגע בהכרח באחת ממטרותיה העיקריות של האמנה שלפנינו, דהיינו יצירת גוף אחיד של דינים.<sup>31</sup>

בתי המשפט בארצות-הברית הכירו בכך כשעמדו לפני פיתוי משמעותי ליישם דין פנימי. במקרה של *MCC-MCC-Marble Ceramic Center. v. Ceramica Nuova D'Agostino*<sup>32</sup> לא יישם בית המשפט הפדרלי לערעורים את ה-*Parol Evidence Rule*, הנתפס בדרך כלל כברירת מחדל חזקה מאוד בדין האמריקני, אף-על-פי שהנתבע טען שזהו כלל פרוצדורלי-ראיתי ולא כלל מהותי, שעל כן יש להחילו כחלק מדין הפורום (*lex fori*). בית המשפט קבע נכונה כי הכלל הוא חלק מדיני החוזים המהותיים בארצות-הברית (הוא עונה לשאלה: "מה נכלל במסגרת החוזה", לא רק "אלו ראיות לתוכן החוזה הנן

31 ע"א 20/83 דדון נ' אייר פרנס, פ"ד לח(3) 785, 805 (1984). ראו רייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 64: "כאשר נקלטה הנורמה הבין-לאומית במפורש לתוך חוקי המדינה, ובייחוד כאשר מטרתה של נורמה זו להביא להאחדת הדין החל במדינות רבות בתחום הנידון, מוטל גם על בתי המשפט תפקיד חשוב בקידומה של מטרה זו על ידי הכרת מקורה הבין-לאומי ופרשנותה בהתאם לכך. לשם כך יהיה עליהם לפרק את החוק הישראלי בשים לב לאופיו ומקורו הבין-לאומי ובצורך לקדם אחידות עם מדינות אחרות. בעיקר יהיה עליהם להיות קשובים לפרשנות שניתנה לנורמה הבין לאומית בערכאות בין-לאומיות מוסמכות ובבתי משפט של מדינות מתקשרות אחרות, כמו גם לדעותיהם של מלומדים ברחבי העולם. בהקשר זה יש להימנע מלהחיל על הנורמה הבין-לאומית דוקטרינות ותפיסות שמקורן במשפט המקומי". ראו גם איריס קנאור "המשפט הישראלי בצל הגלובליזציה: בית המשפט של ישראל כשותף ביצירת קהילת בתי-משפט טראנס-לאומית" מחקרי משפט כג 223 (2006); וכן Bianca & Bonell, לעיל ה"ש 2, בעמ' 65, 72-73, 88-91; CAMILLA BAASCH ANDERSEN, UNIFORM APPLICATION OF THE INTERNATIONAL SALES LAW: UNDERSTANDING UNIFORMITY, THE GLOBAL JURISCONSULTORIUM AND EXAMINATION AND NOTIFICATION PROVISIONS OF THE CISG 9, 30-31, 45 (2007).

32 144 F.3d 1384 (11th Cir. 1998).

קבילות"),<sup>33</sup> ועל כן אין בית המשפט רשאי לעשות בו שימוש בעסקאות ש-CISG חלה עליהן.<sup>34</sup> בית המשפט קבע:

The CISG was to provide parties to international contracts for the sale of goods with some degree of certainty as to the principles of law that would govern potential disputes. Courts applying the CISG cannot, therefore, upset the parties' reliance on the Convention by substituting familiar principles of domestic law.<sup>35</sup>

פסיקה זו בארצות-הברית אינה אחידה. במקרה של *Schmitz-Werke GmbH v. Rockland Industries, Inc.*<sup>36</sup> קבע בית המשפט שאפשר להשתמש, לצורך השלמת לקונות ב-CISG, במשפט מקובל מקומי (פרשנות הסעיפים המקבילים ב-UCC). בית המשפט התעלם מהשאלה אם הנושא נמצא בתחום החלות של CISG, שאז יש לגשת ללקונות דרך העקרונות הכלליים שעליהם היא מבוססת ולא דרך דין מקומי (סעיף 7 (ב) לאמנה).<sup>37</sup> ההסתמכות על דין מקומי היא המוצא האחרון, לאחר שמוצו כל הניסיונות למילוי פערים.<sup>38</sup> ה-Digest, הפרסום הרשמי למחצה של UNCITRAL לענייני אמנת וינה, מסביר:

Matters the Convention governs but which it does not expressly solve, are filled, if possible, without resorting to domestic law, but rather in conformity to the Convention's general principles.<sup>39</sup>

33 ראו E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 312-314 (5th ed. 1999).

34 ראו בעניין *Paolo Torzilli, The Aftermath of MCC-Marble: Is This the Death Knell for the Parol Evidence Rule?*, 74 ST. JOHN'S L. REV. 843 (2000). במקרה נוסף של עמידה על האופי הבינ-לאומי בפרשנות ראו *Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica*, Civ. No. 99-0380 § "K"(1), 1999 U.S. LEXIS 7380 (E.D. La. May 17, 1999), CLOUT Case No. 418, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html>.

35 עניין *MCC-Marble Ceramic Center*, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1391.

36 *Schmitz-Werke GmbH & Co. v. Rockland Indus., Inc.*, 37 Fed. Appx. 687; (S.D.N.Y. Aug. 11, 1997).

37 לעיון ביקורתי בהלכה זו ומקצת ממשמעויותיה ראו Jeffrey R. Hartwig, *Schmitz-Werke & Co. v. Rockland Industries Inc. and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Diffidence and developing International Legal Norms*, 22 J.L. COM. 77 (2003).

38 לפסק דין אמריקני מוקדם יותר הטועה ביישום תורת הפרשנות של האמנה על בסיס דומה ראו *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corporation*, 71 F.3d 1024 (2d Cir. 1995).

39 לעיל ה"ש 29.

לכאורה יש להבחין, כפי שהאמנה עצמה עושה, בין שני סוגי פעילויות: פרשנות ומילוי פערים. כללי הפרשנות של האמנה (כלל האופי הבין-לאומי וכלל האחידות היישומית) תובעים מבתי משפט הכרה והתחשבות בפסיקה זרה. כלל מילוי הפערים תובע מהם היכרות עם העקרונות הכלליים שעליהם האמנה מבוססת. למעשה, העניינים שלובים. הטעם לכך הוא שה"עקרונות הכלליים" הללו – דוגמת עקרונות UNIDROT – הם עצמם, לפחות בחלקם, ישויות טקסטואליות. ככאלה הם זקוקים ליישום ולפרשנות בפורומים, ועל פרשנות זו יחולו עקרונות האופי הבין-לאומי והאחידות היישומית. מכאן, שיש קשר אינטרינזי בין תורת הפרשנות לתורת מילוי הפערים של האמנה: שתייהן מצייתות לעקרון העל של האחדת הדינים.

עמדת ה-Digest יוצרת לכאורה היררכיה נורמטיבית, שבה יש להיזקק לדין מקומי במילוי לקונות בהוראות האמנה רק בהיעדר פתרונות בעקרונות האמנה הכלליים. בתי המשפט בארצות שונות היו ליברליים יותר: העקרון המקובל המסתמן הוא שבתי משפט רשאים להיעזר בהוראות מקומיות כל עוד אלו אינן מתחרות בעקרונות הכלליים של האמנה. גישה זו היא דיאלוגית יותר – אך גם מבוזרת יותר – מגישת ה-Digest ובעקרון היא נראית לנו. למשל, במקרה אחד נדרש בית משפט שוויצרי לקביעת "זמן סביר" לצורך התקופה העומדת לקונה לשם מתן הודעה בדבר אי-התאמה של הטובין.<sup>40</sup> בית המשפט ציין שהסטנדרטים הלאומיים משתרעים על-פני טווח רחב מאוד: מן הדרישה להודעה מיידית האופיינית לשיטות הגרמניות ועד הגמישות המאפשרת הודעה אף לאחר חודשים, אם העסקה מצדיקה זאת, האופיינית לשיטות המשפט המקובל. בית המשפט יצר קריטריון של פשרה, שרירותי במידת מה – חודש אחד – מתוך הכרה בצורך ליצור קריטריון בין-לאומי מעשי *de novo*, במקום להעדיף את הפתרון של משפחת שיטות משפט זו או אחרת.<sup>41</sup> מבחינה מתודולוגית הגישה הדיאלוגית נראית מועילה, אף כי מבחינה עניינית, בהקשר זה, דומנו שהפרשנות של "סבירות" אינה צריכה להיקבע כלל באופן כללי ומופשט אלא באופן יחסי לעסקה ולצדדים. כך קבעה דעה מיעצת של מלומדים בעניין זה:

40 ס' 39 (א) לאמנה: "הקונה מאבד את זכותו להסתמך על חוסר התאמה של הטובין אם לא נתן למוכר הודעה המפרטת את טיבו של חוסר ההתאמה, בתוך זמן סביר לאחר שגילה אותו או שהיה עליו לגלותו".

41 Obergericht de Kantons Luzern [OG] [Lucerne Appellate Court] 8 Jan. 1997, 11 95 41 123/357 (Switz.) [1998] Schweizerische Juristen-Zeitung 94, 515-518, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html>

No fixed period, whether 14 days, one month or otherwise, should be considered as reasonable in the abstract without taking into account the circumstances of the case.<sup>42</sup>

מובן כי אין פירוש הדבר שבתי משפט לא ילמדו על הגישות להבנת העסקה מן המשפט ההשוואתי. בעניין *Sport d'Hiver Genevieve Cutlet v. Ets. Louys et Fils* קבע בית משפט איטלקי כי הודעת הקונה בדבר אי-התאמה (סעיף 39 לאמנה), שניתנה 23 ימים לאחר המשלוח, כשהפגם היה גלוי, אינה עומדת בתנאי הזמן הסביר; על סבירות הזמן למד בית המשפט מעיון משווה במשפט הגרמני והשוויצרי ביחס לעסקאות בין-לאומיות דומות.<sup>43</sup>

## 1. אופי בין-לאומי

סעיף 7(א) לאמנה קובע כי היא "תפורש בשים לב לאופייה הבינלאומי". ביטוי המפתח הוא התיבה "בשים לב". תרגום זה אינו מייצג את מלוא המשמעות הסמנטית של הביטוי המופיע בשפות המקור של האמנה. באנגלית ובצרפתית נדרש regard לאופייה הבין-לאומי של האמנה.<sup>44</sup> הביטוי regard כולל משמעות חזקה יותר מ"תשומת לב". אף כי "תשומת לב" היא תרגום מדויק בהקשרים מסוימים, regard מציין יחס של כבוד והתחשבות אף אם לא כפיפות של ממש: "בהתחשב" הנו תרגום מוצלח יותר.<sup>45</sup>

CISG-AC Opinion no 2, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity: 42  
Articles 38 and 39, 7 June 2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html>

*Sport d'Hiver di Genevieve Culet v. Ets. Louys et Fils Trib. Civile di Cuneo*, 45/96, 31 43  
Jan. 1996 (It.) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960131i3.html>

טקסט האמנה באנגלית, לעיל ה"ש 2, ס' 7(א): regard "In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade" 44

מילון בנתהם-מגידו החדש מציע לתרגם regard כ"מבט; תשומת-לב; הוקרה". האם "שימת לב" לאופייה הבין-לאומי של האמנה מחייבת התייחסות גם לנוסחי האמנה בשפות המחייבות מטעם UNCITRAL? לכאורה יש כאן בעיה לוגית: אנו נדרשים לדעת מה פירוש "שימת-לב" כדי לדעת האם יש "לשים-לב" לנוסחים אלו; אך למעשה אין כאן קושי גדול, כי הגישה התורת-משפטית הישראלית המקובלת לשאלות פרשניות היא תכליתית. גישה זו, שלפיה יש לפרש את האמנה בשימת-לב לתכליתה כמכשיר של האחדת דינים בין-לאומיים, היא מקור פרשני עצמאי המחייב את הפרשן הן בבואו לפרש "שימת-לב" בהקשר זה – אף לו היה הביטוי "לשים לב" נעדר מס' 7(א), ואף אם היה הסעיף נעדר מדבר-החקיקה כליל. יש לציין כי התוקף של הפניה מילונית בהבניית משמעות מורכבת הוא מוגבל: המילון הוא יציר לשוני לכשעצמו ואינו מייצג אלא את עמדת עורכיו ביחס למשמעויות הפרדיגמטיות של ביטוי כלשהו. יתר על כן: למילון יש פונקציה אידאולוגית בכך שהוא בוחר מבין גלריית המשמעויות והקונוטציות הלשוניות-תרבותיות של כל ביטוי משמעויות מסוימות, שלהן הוא מייחס מעמד פרדיגמטי ואף עשוי לסדר אותן בסדר היררכי. עם זאת, לקסיקונים ומילונים מודרניים מתחילים לגלות רגישות פרגמטית. המילון הפרגמטי אינו רשימת משמעויות



פרשנים מסוימים רואים את ה"אופי הבינלאומי" כזהה, או כבעל זיקה חזקה לדרישת האחידות בהחלה. לטעמנו, מן האופי הבינלאומי נובע יותר מאשר אחידות יישומית. למשל, בשאלת ביטול חוזה על-ידי הקונה בשל הפרתו על-ידי המוכר, האופי הבינלאומי של עסקאות מתאפיין בדרך כלל בעלויות גבוהות במיוחד כשסחורות (ייחודיות או אחרות) מאחרות להגיע ובעקבות ביטול החוזה "נתקעות" בנמל זר. הוצאות רבות – למשל, כל ההוצאות שהוצאו כדי לאפשר את הייבוא למדינת הקונה – עלולות לרדת לטמיון לחלוטין, אלא אם כן ימצא המוכר עסקה חלופית באותה מדינה. האופי הבינלאומי של העסקה יוצר סיכונים מיוחדים, שמהם מושפעים פרשנות ההפרה היסודית (המאפשרת ביטול החוזה עקב הפרתו; סעיף 49), היחסים בין זכות המפר לרפא את ההפרה (סעיף 48) וכוחו של הנפגע לבטל. האופי הבינלאומי תורם לפרשנות בין-לאומית קונקרטי של מונחים ויחסים באמנה ומבחינים מפרשנויות מקומיות – לא רק לצורך האחדה יישומית אלא מתוך גישה הקשרית, פנימית, למהות העסקה (להלן נטען כי כך יש לגשת להבנת מושג תום הלב שבאמנה).

יש מקרים שבהם המשפט אינו מציע רצף של פתרונות "סבירים" אפשריים ובית המשפט נאלץ להתמודד עם הכרעה בינארית (למשל: האם מתקיימת זכות לאכיפה אם לאו) ולהכריע בין שתי אפשרויות. גם במקרים אלה המתודה ההשוואתית היא חשובה ובית משפט שלא ינקוט אותה יפר את חובתו על-פי עקרון האופי הבינלאומי. בתי משפט פדרליים בארצות-הברית הכירו בכך. בעניין *Usinor Industrie v. Leeco Steel Prods., Inc.*<sup>46</sup>, למשל, עסק בית המשפט הפדרלי בשאלה של "חלוקת העבודה" בין יחסים אובליגטוריים ליחסים קנייניים בהקשר של חוזים שיש בהם זיקה לצדדים שלישיים (גורמים פיננסיים). בית המשפט נאלץ לשאוב מעמדתם של בתי משפט אוסטרליים כמו גם מעמדות מלומדים זרים כדי לפרש את סעיף 4 לאמנה, המחריג מתוקף חלותה עניינים קנייניים, לצרכים ובהקשרים מסוימים: סכסוך יכול להתפס כקנייני ולכן מחוץ לתחלות האמנה, או כחיובי (חוזי) ולכן בגבולותיה, וקשה לנסח בסוגיה זו עמדות בניניים.

נוקשה אלא שרטוט רשת פתוחה של אפשרויות תרבותיות והפנמת הקשרים. משתנה גם אופן העיון: בניגוד למילון סטנדרטי שנועד לעיון נקודתי נוצר אופן של קריאת לקסיקון. הלקסיקון המודרני הוא צוהר לשוני לתרבות שהוא מייצג. בה בעת, אופן הצגת הדברים הוא צוהר לתרבותם ולאידאולוגיה הלשונית של מחבריו (לדיון במושג האידאולוגיה הלשונית ראו Bambi Schieffelin, *Language Ideologies* (1998); Michael Silverstein, *Language Structure and Linguistic Ideology*, in *The Elements: A Parasection on Linguistic Units and Levels* 193 (R. Clyne, W. Hanks & C. Hofbauer eds., 1979); Alan Rumsey, *Wording, Meaning and Linguistic Ideology*, 92 *AMERICAN ANTHROPOLOGIST* 346 (1990).

*Usinor Industrie v. Leeco Steel Prods., Inc.*, 209 F. Supp. 2d 880 (N.D. Ill. 2002) 46

בעניינו, האופי הבין-לאומי קשור באופן אמיץ דווקא להוראה האחרונה שבסעיף 7, העוסקת בחובת תום הלב. זוהי ההוראה המוקשה מכולן. לעיל נטען ש"אופי בין-לאומי" בהקשר זה דורש פיתוח של דוקטרינת תום לב ספציפית, המתאימה להקשר המסחר הבין-לאומי ואינה בהכרח זהה עם הבנת הדוקטרינה כפי שהיא מתקיימת במערכות מדינתיות פנימיות (אם כי היא יכולה, כמובן, לינוק מהן). תרומת ההוראה הבין-לאומית כאן אינה רק להאחדה יישומית אלא לברור תוכני נאות. נשוב לעניין זה להלן.

## 2. אחידות יישומית ותפקיד בתי המשפט

אין כל טעם באחידות טקסטואלית בהיעדר אחידות יישומית. הכרה נורמטיבית זו מחייבת את הפרשן להכיר בגישה הקואורדינטיבית – היינו: בתיאום ובהסכמה פרשנית בין מערכות משפט שונות זו מזו – כטעם פרשני. סוגיה זו הוכרה בכתיבה האקדמית וקיימים מחקרים אמפיריים ביקורתיים הסוקרים את הדרכים שבהן בתי משפט ופורומים בין-לאומיים ליישוב סכסוכים מתקשים ביישום תכלית זו.<sup>47</sup> מחקרים ביקורתיים מזהים נטייה של פורומים מסוימים להחיל דינים מקומיים ולהשתמש במסורת הפרשנית המקומית במקום בעקרונות בין-לאומיים במסגרת מאמץ קואורדינטיבי. נוסף על כך, יש פורומים שהתעלמו מהוראת מילוי הפערים שבאמנה, הקובעת:

7(ב). שאלות הנוגעות בעניינים הקבועים באמנה זו ואשר אינן מוסדרות בה במפורש, יוסדרו בהתאם לעקרונות הכלליים שהיא מבוססת עליהן, או, בהיעדר עקרונות כאמור – בהתאם לדין החל על-פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.

במקרה אחד נתבע יצרן סיני בתביעת פיצויים על-ידי קונה גרמני בטענת אי-התאמה (איכות חומרי הגלם שנמסרו לא תאמה את החוזה).<sup>48</sup> התביעה הובאה לפני CIETAC, פורום הבוררות הבין-לאומי של לשכת המסחר והכלכלה של סין.<sup>49</sup> בין השאר נזקק הפורום לפרשנות סעיף בחוזה הקובע כי טענות אי-התאמה יש להעלות תוך 30 יום מקבלת הטובין. לקונה היו טענות רבות, שחלקן נמסרו לפני תום התקופה המוסכמת וחלקן נמסרו לאחר מכן, והמוכר ביקש למחוק את הטענות המאוחרות יותר. טענת

47 CLAUDE WITZ, LES PREMIERES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DU DROIT UNIFORME DE LA VENTE INTERNATIONALE, CONVENTION DES NATIONS UNIES DU 11 AVRIL 1980 (1995).

48 CIETAC, 7 Jan. 2000, CISG/2000/06, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000107c1.html> לדין בפסק הבוררות (ולסקירת ההיסטוריה והפרקטיקה של CIETAC, אחד מפורומי-הבוררות המסחרית העוסקים בעולם) ראו: Dong WU, *CIETAC's Practice on the CISG*, 2 NORDIC J. COM. L. 42 (2005).

49 China International Economic and Trade Arbitration Commission

הקונה הייתה שמרגע שהועלו טענות אי-התאמה אפשר להמשיך ולשכללן גם לאחר חלוף התקופה. פורום הבוררות גרס כי לבעיה פרשנית זו אין התייחסות ב-CISG והחיל עליה את כלל הפרשנות נגד המנסח – *contra proferentem* – שהוא, לשיטתו, בעל תחולה כללית בדיני חוזים (במקרה זה פעל הכלל לטובת הקונה). הפורום לא נימק זאת באחת ההוראות הפרשניות של סעיף 7 ונראה שפעל על סמך קונבנציות של חזקת שוויון הדינים (הפרשניים, במקרה זה) של המשפט הבין-לאומי הפרטי, כאילו CISG אינה כוללת הוראות פרשניות כלל.

לאילו עקרונות מפנה סעיף 7(ב)? אפשרות אחת היא עקרונות UNIDROIT למכר בין-לאומי.<sup>50</sup> כמו כן, המסורת הפרשנית של אמנת וינה קוראת לקומנטרים אקדמיים שיספקו פרשנות לסעיפי האמנה ויבררו את תוכני העקרונות שעליהם היא מבוססת.<sup>51</sup> כפי שציין המלומד וויץ, אמנת וינה פתוחה לשילוב מתודולוגי של הישענות על קומנטרים אקדמיים מחד גיסא (הנטייה של שיטות משפט של *civil law*) ועל פסקי דין מאידך גיסא (הנטייה של שיטות *common law*).<sup>52</sup> דבר זה דורש הן הפצה נרחבת ויעילה של הפרשנויות והן נכונות של בתי המשפט להיזקק למקורות פרשניים אלו, כנגד ברירת המחדל של החלת דין מקומי. ייאמר מיד כי אתגר זה אינו פשוט לא רק ברמה המעשית אלא גם ברמה הנורמטיבית, כפי שיידון להלן בנוגע לשאלת התחולה של עקרון תום הלב.

לפני שנוכל להמשיך בדיון יש להעיר ש-CISG רחוקה מלהבטיח אחידות אפילו ברובד הטקסטואלי של החוק החרות. ראשית, כמובן, היא מתורגמת לשפות רבות ואין לצפות שבין התרגומים לא תהיה שונות סמנטית: כמו בכל אמנה בין-לאומית (או כל טקסט מתורגם), ההנחה שבכלל קיים טקסט מוסכם היא במידה מסוימת פיקטיבית, אף כי לא עד כדי שתסכל ברצינות את היכולת לאחידות יישומית סבירה.<sup>53</sup> שנית, האמנה

50 להרחבה ראו טקסט וה"ש 84-85 להלן. לסקירה השוואתית מקיפה בין שלושה מסמכים מרכזיים – CISG, עקרונות UNIDROIT עם CISG, ועקרונות דיני החוזים האירופיים מ-2005 (PECL) – ראו FELEMEGAS, לעיל ה"ש 23.

51 מסורת זו מתפתחת במהירות. באוניברסיטת פייס (Pace) פורסמו מאז 1980 יותר מ-600 עבודות העוסקות באמנת וינה ופרשנותה.

52 ראו Witz, לעיל ה"ש 47.

53 השפות הרשמיות שבהן נוסחה האמנה הן ערבית, סינית, אנגלית, צרפתית, רוסית וספרדית; ראו ס' 101(2) לאמנה, שאינו כלול בחוק בנוסחו הישראלי. הסעיף קובע כי הטקסטים בשפות אלו ייחשבו מחייבים בה במידה. הואיל והאמנה מאומצת כדבר חקיקה ישראלי, הטקסט המחייב את בתי המשפט הישראליים הוא זה שבשפה העברית. המדיניות הרב-לשונית של UNCITRAL מתעלמת במודע מן השונות ההכרחית בין הטקסטים, המוכרת על-ידי כל תיאוריה של תרגום. לא זה המקום להיכנס לעומקן של התורות הלינגוויסטיות הרלוונטיות, שכמעט כולן מסכימות כי השפה אינה מערכת סגורה של סימנים המציינים משמעויות שאפשר לצייןן באותו אופן במדויק באמצעות שפות אחרות. אפילו עמדות לקסיקליות – שעל-פיהן השפה מורכבת מרשימה סגורה ומעגלית של מציינים שכל

עצמה מאפשרת אי-אחידות בשני אופנים. אופן אחד הוא מתן אפשרות להסתייגות של מדינות מתקשרות ביחס לחלות האמנה על עניינים מסוימים, אף כי שוליים יחסית.<sup>54</sup> האופן השני הנו תלות של ההוראה הפוזיטיבית בדין הפורום המחיל את האמנה (בית משפט או פורום של בוררות) – סטייה רצינית מעקרון יצירת דין אחיד המתיימר להיות מנותק ממהות הפורום. הדוגמא הבולטת לכך ב-CISG הנה זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לאכיפה בעין (Specific Performance), בניגוד לזכות לפיצויים גרידא. הואיל ובמידה מסוימת שאלה זו מגדירה את טבע החיוב החוזי כפי שה-CISG רואה אותו – האם הוא חיוב אכיף או שמא ניצבת בצידו האופציה להפר תוך תשלום פיצוי – יש מקום להתעכב עליה כאן.

אכיפת החוזה נותרה השאלה המרכזית שבה לא הגיעו נסחי ה-CISG והמתדיינים ב-UNCITRAL להסכמה ואף לא לפשרה מהותית. בדין הקונטיננטלי, כמו בדין הישראלי, סעד האכיפה הוא ברירת המחדל: לנפגע יש זכות לאכיפה ובתנאים מסוימים בית המשפט רשאי לא לתת צו אכיפה. במשפט המקובל, ובדין האמריקני במיוחד, המצב הפוך: זכותו של הנפגע היא לפיצויים, וסעד האכיפה יינתן כצו פרוגרסיבי במקרים מיוחדים. האפשרות להפר חוזה בעלות מסוימת, המבוטאת על-ידי פיצויי ציפיה, היא יסוד בתפיסה האמריקנית של דיני החוזים. כפי שכבר כתב אוליבר וונדל הולמס, דיני החוזים אינם אוכפים את קיומן של הבטחות אלא מבטיחים פיצוי נאות אם לא התקיים הביצוע המובטח:

The only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In any case it leaves him [...] free to break his contract if he chooses.<sup>55</sup>

אחד מהם מוגדר על-פי יחסיו למציינים אחרים ועל-פי כללי פורמליזם וטרנספורמציה של משפטים – מכירות בכך שלקסיקונים אינם תמונות-מראה הדדיות, וכי הבדלים ברובד התחבירי, לא כל שכן באוצר המילים, אינם מאפשרים בעקרון תרגום "מושלם". על גישות סמנטיות במשפט נמתחו ביקורות קשות באמצעות תובנות קוגניטיביות, פרגמטיות ואחר כך ביצועיות, המדגישות את תפקידה הביצועי של הלשון: את העובדה שעושים באמצעותה דברים כגון להבטיח, להעליב, לתאר – דברים שאי-אפשר להבין מחוץ להקשרים התרבותיים הספציפיים שבהם השפה מתפקדת. ראו JAMES B. WHITE, JUSTICE AS TRANSLATION: AN ESSAY IN CULTURAL AND LEGAL CRITICISM (1991).

54 ראו ס' 12 ו-96 לאמנה בנוסחה הישראלית, ואת ס' 92, 93, 94, 95, 97 לאמנה, שלא נכללו בנוסח החוק הישראלי.

55 OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 76 (1880).

עקרון תרופתי זה חיוני, כמובן, לדוקטרינת ההפרה היעילה, שלפיה הפרת חוזה היא לגיטימית ואף רצויה אם יש בה כדי להביא לידי רווחה או ערך גבוהים יותר משל קיום החוזה.<sup>56</sup> בתנאי כזה הצד הרלוונטי מתמרץ להפר את החוזה ולשלם לנפגע פיצויים המחושבים על-פי הנזק שגרמה ההפרה לנפגע במגבלת ציפיית הנזק מן ההפרה בעת כריתת החוזה, בשקלול תרומתו היחסית של הנפגע לנזק בפועל (אי עמידה בחובת "הפחתת הנזק"). על-פי דוקטרינה זו, מתן סעד אכיפה, או שימוש בכללי עשיית עושר ולא במשפט במצבים כאלה, ימנע *ex ante* את ההפרה, גם כאשר קיימים טעמים טובים להרשותה.<sup>57</sup>

על החירות הכללית להפר התחייבות חוזית (בתנאי תשלום פיצוי כאמור), שאינה כפופה לצו עשה, לא הסכימה המשלחת האמריקנית ל-UNCITRAL לוותר, ואף הזהירה שארצות-הברית לא תחתום על האמנה אם זו תעניק זכות כללית לאכיפת חוזה בעין.<sup>58</sup>

56 במקרה פרידגמטי ראו NIPSCO v. Carbon County Coal, 799 F.2d 265 (7th Cir. 1986). במקרה זה, בעקבות עליה ניכרת במחיר הפחם וירידה במחיר המזוט, התיר בית המשפט הפדרלי לערעורים (השופט פוזנר) לצד המפר להסתלק מעסקה רבת-שנים לאספקת פחם בתשלום פיצויי ציפיה, וסירב לתביעת הצד הנפגע למתן צו לאכיפת ההסכם. מקרה ידוע שנדון רבות בספרות הוא Peevyhouse v. Judith L. Garland Coal & Mining Co., 382 P.2D 109 (Okla. 1962); לניתוח המקרה ראו: Maute, *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co. Revisited: The Ballad of Willie and Lucille*, 89 NW. U.L. REV. 1341 (1995).

57 לתיאור נהיר של הדוקטרינה ראו Richard Craswell, *Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach*, 61 S. CAL. L. REV. 629 (1988).

58 תרשומת שיחה עם נציג ארצות-הברית ל-UNCITRAL, E. Allen Farnsworth (עותק בידי המחברים).

לעומת זאת ראו, למשל, על מה "ויתרה" משלחת ארצות-הברית ל-UNCITRAL: בניגוד להוראות קוגנטיות ואחרות בדין האמריקני הפנימי (היינו: UCC Art. 2), אמנת וינה אינה דורשת מסמך בכתב כתנאי מהותי (statute of frauds). אכן, במקרה של *GPL Treatment v. Louisiana Pacific Corp.* (Or. App. 1995) 894 P.2d 470 התייחס בית המשפט לערעורים של מדינת אורגון להחלת אמנת וינה כגוברת על דרישת הכתב של הדין המקומי. האמנה אינה כוללת את דרישת התמורה הקוגנטית בדין האמריקני (consideration), אינה מתבססת על דוקטרינת הביצוע המושלם (perfect tender), ולפחות בפשוטם של דברים אינה מחילה על צדדים לחוזה את אחד מחידושי הגדולים של לואלין (Llewellyn) – חובת תום הלב בקיום חיוב חוזי. ס' 8 (ג) לאמנה קובע כי בפרשנות החוזה "ייתן משקל נאות לכל הנסיבות הנוגעות למקרה, לרבות המשא ומתן, כל פרקטיקה שהצדדים קבעו לעצמם, נהגים וכל התנהגות מאוחרת של הצדדים", בניגוד לכלל (UCC) Parol Evidence Rule §2-202 ("PER") המונע, בהתקיים חוזה בכתב, הסתמכות פרשנית נוגדת על אינטראקציות קודמות על-פיה. בתי משפט פדרליים אכן נמנעו מהחלת PER בעניינים ש-CISG חלה עליהם; ראו *Filanto v. Beijing Metals v. American Business Center*, 93 F.2d 1178 (1993) קבע בית המשפט כי PER חל בין שאמנת וינה חלה ובין שלא.

הפתרון שנתקבל הוא פשרה קשה, המנוגדת לפילוסופיה הבסיסית של הפרויקט: להפוך את סעד ברירת המחדל לתלוי-פורום. אמנם סעיפים 46 ו-62 לאמנה מעניקים סעד אכיפה שבזכות (במגבלות מסוימות), אך סעיף 28 קובע כי בית משפט שלא היה מעניק סעד כזה בעניין מקומי אינו מחויב להעניקו גם תחת כללי CISG. התוצאה האופרטיבית הנה תלוית פורום ונמצא ששאלת האחידות היישומית באחד העניינים המרכזיים ביותר – סעד ברירת המחדל – נפגע כבר בשלב הדוקטרינה, ברובד הכללים הפוזיטיביים. השאלה אם זו תקלה קשה או לא מבחינה מעשית זקוקה עדיין לביורר מחקר רציני. הממעיטים בחשיבות הכלל המפוצל מזכירים כי הוא חל, לפחות טקסטואלית, על בתי משפט ולא על פורומים אלטרנטיביים (כמוסדות בורות) ומציינים כי בסכסוכים מסחריים, הסעד הטיפוסי המועדף ממילא על התובעים הוא פיצויים.<sup>59</sup>

#### ד. תום לב: עקרון פרשני או ביצועי?

אחת השאלות הפרשניות העיקריות שבה נחלקו מלומדים ביחס להוראות CISG – ובה מתמקד מאמר זה – היא אם האמנה כוללת חובת תום לב המושתת על הצדדים (חובה "ביצועית") או רק הוראה העוסקת בפרשנות האמנה ("פרשנית"). מלומדים רבים מודים כי בעניין זה אין קונצנזוס.<sup>60</sup> ככלל, ניתן לאפיין שלוש עמדות עיקריות בעניין: עמדה מרחיבה, שלפיה התיבה "שמירת תום לב בסחר בין-לאומי" שבסעיף 7(א), על אף ניסוחה המאולץ, מחילה חובה ביצועית כללית של שמירת תום לב ביחסים בין הצדדים בכל העניינים שהאמנה חלה עליהם (כלומר: בשלב הטרם-חוזי, בשלב הביצוע החוזי

על-פי ה-UCC, חוזה מכר נכרת בשליחת הודעת קיבול ("mailbox rule") ועל-פי CISG – במסירת ההודעה לניצע; גם ענייני battle of the forms מוסדרים אחרת.

59 ראו Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* 112 YALE L.J. 829 (2003). למאמר אמפירי מעניין, הגורס שגם בשיטות המשפט הקונטיננטלי הבחירה הסטנדרטית של נפגעים היא פיצויים ולא אכיפה, ראו Henrik Lando & Caspar Rose, *On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries*, 24 INT'L REV. L. & ECON. 473 (2004). יש טיעונים אמפיריים בעלי אוריינטציה הפוכה, ראו Yair Listokin, *The Empirical Case for Specific Performance: Evidence from the IBP-Tyson Litigation*, 2 J. EMP. LEGAL STUD. 469 (2005). לא כאן המקום, כמובן, להרחיב בתיאוריה של דיני התרופות החוזיות; יש לציין רק את המובן מאליו: משא ומתן לפיצוי בעד הפרת חוזה, המתנהל בצל של החוק, מתנהל משתי נקודות מוצא שונות לחלוטין זו מזו – אם זכאי הנפגע לאכיפה או לפיצויים בלבד.

60 למשל, "An issue that remains unresolved in relation to the CISG is the role played by good faith." Lisa Spagnolo, *Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG*, 21 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 261, 261 (2006).

ובשלבי ההפרה, בין שבוטל החוזה ובין שלא); עמדה מצמצמת, שלפיה ההוראה חלה על פרשנות הוראות האמנה בלבד ואין לה תחולה ביצועית; ועמדת ביניים, שלפיה ייתפס תום הלב כטעם פרשני לא רק בפרשנות האמנה אלא גם בפרשנות החוזה בין הצדדים, מצגיהם והתנהגויותיהם. עמדת ביניים זו אמנם מחילה את עקרון תום הלב כטעם פרשני על יחסי הצדדים, אך אינה מחילה חובות ביצועיות של תום לב על הצדדים מעבר לשאלות פרשניות.<sup>61</sup> להלן יעומתו זו מול זו שתי העמדות העיקריות – המרחיבה והמצמצמת – לאור שתי מתודולוגיות, האחת אמפירית והאחרת מושגית.

### 1. תום לב כעקרון ביצועי: מבט ראשון בעמדה המרחיבה

העמדה המרחיבה מזוהה בעיקר עם פרשנים קונטיננטליים של האמנה. המלומד מגנוס (Magnus) קבע:

61 עניין זה מוכר מן המשפט הישראלי, שבו תום לב הוא טעם פרשני; כלומר: שמתוך כמה פרשנויות אפשריות של הוראה חוזית עדיפה זו המקדמת התנהגות בתום לב בין הצדדים (ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 497-490 (2001)); לרשימה ארוכה של הפניות ראו (שם). פרשנות הבעיה האנליטית הכרוכה בעמדה זו אף היא מוכרת היטב: השאלה מתי החלה של נורמה היא פרי פרשנות ומתי היא נובעת ישירות מתפיסה של יחסים בתום לב בין הצדדים אינה פשוטה כל עיקר. יש מצבים שבהם אפשר לבצע פעולה מסוימת בכמה אופנים, והוראת ס' 7, על-פי פרשנות זו, תורה לבצעה באופן תם לב; יש מצבים שבהם ביצוע הפעולה בתום לב משנה את מהותה או מחייב פעולה נוספת שזכרה לא בא בחוזה. בפרשת בג"ץ 59/80 שרותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' ביה"ד לעבודה, פ"ד לה(1) 828 (1980), למשל, נשאלה השאלה אם נקיטת הליך של שיבוש עבודה מחייב מתן הודעה מראש למעביד, אף שהסכם העבודה לא דרש זאת. עמדת הרוב, מפי השופט ברק, הייתה שפרשנות תכליתית של יחסי העבודה בין הצדדים מחייבת מתן התראה כזו לאור עקרון תום הלב. עמדת המיעוט הייתה שבכך חרג בית המשפט מאנליזה של היחסים בין הצדדים והחיל נורמת התנהגות משלו. לנו נראה שהעמסת חובה פוזיטיבית כזו על גבי הליך הנחזה להיות הליך פרשני היא חריגה מן הלגיטימיות של הפרשנות כפעילות נורמטיבית. עמדתנו נובעת מן התפיסה היחסנית של חוזים (relational contract theory), המכחישה שאפשר למצות את מכלול החיובים החוזיים ההדדיים בהקצאת סיכונים *ex ante*. במסגרת כזו השאלה היא אם מבחינה פנימית – מבחינת הבנה ראויה של היחסים בין הצדדים – הם כוללים חובת הודעה כזו. לנו נראה שהתשובה היא בחיוב, אך זאת בשל אנליזה יחסנית ולא בשל פרשנות של טקסט; ראו Ian Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (1980); Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. L. REV. 854 (1978).

It is commonly held that under the CISG the good faith principle also applies to the interpretation of the individual contract and to the parties' contractual relationship as such.<sup>62</sup>

לחזוק דבריו ציטט מגנוס מאמר ידוע ומוקדם של המלומד האיטלקי רב-השפעה בונל (Bonell) וכמה מקורות אקדמיים נוספים, כולם קונטיננטליים. האמירה "commonly held" נראית כהפרזה: לפחות בקרב הדור המוקדם של פרשני האמנה – הדור שהשתתף בניסוחה – נראה שהעמדה הנפוצה היא דווקא העמדה המצמצמת.<sup>63</sup> המלומד אורסי (Eörsi), נציג הונגריה בוועדה המנסחת של UNCITRAL, אף כינה את ה"פשרה" שהתקבלה "A strange compromise, in fact burying the principle of good faith"<sup>64</sup>, היינו: היעדר פשרה אמיתית ו"כניעה" לעקרונות המשפט המקובל.<sup>65</sup>

## 2. תום לב כעקרון פרשני בלבד: העמדה המצמצמת

העמדה המצמצמת נצמדת לניסוח המילולי של הסעיף, שלפיו ההוראה חלה על פרשנות הוראות האמנה במובחן ממרכיבים אחרים של היחסים בין הצדדים לחוזה המכר. עמדה זו מזוהה בעיקר – אך לא רק – עם פרשנים משיטות המשפט המקובל. המלומד האמריקני הידוע הונולד (Honold) קרא את הסעיף כפשוטו וקבע:

62 מאמר מקיף יותר של מגנוס בשאלת העקרונות המרכזיים שבבסיס האמנה הוא Ulrich Magnus, *Die Allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht [The General Principles of the CISG]*, ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 469 (1995).

63 לסקירה השוואתית ראו E.A. Farnsworth, *Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant Conventions and National Laws*, 3 TUL. J. INT. & COMP. L. 56 (1995).

64 Gyula Eörsi, *A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 31 AM. J. COMP. L. 333 (1983) (להלן: אורסי). אמנם יש לציין כי קביעה זו היא מוקדמת מאוד, טרם כניסת האמנה לתוקף, ונראית מופרזת בחומרתה כיום, כשעומד לרשות הפרשן קורפוס נרחב של כתיבה אקדמית ויישום פסיקתי מגוון של ס' 7. עם זאת, טענתו של אורסי שלפיה הנוסח שהתקבל בסופו של דבר אינו פשרה אמיתית בין הצדדים אלא אמצעי להסתיר אי-הסכמה מהותית שמעולם לא נפתרה (בלשונו, "covering up the lack of compromise") היא עדות חשובה, שיש להתחשב בה כשמסתמכים על ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף הנוטה, לכאורה, לתמוך בעמדה המצמצמת.

65 אורסי הוסיף שההתנגדות העיקרית להחלת החובה בשלבי המשא ומתן הייתה של המשלחת האמריקנית: "Especially unacceptable to the common law delegates was the view that the principle of good faith should also cover the formation of the contract; in the U.S.A. it is only applied to performance and enforcement".<sup>349</sup> בעמ' 349.



In 1978 the Commission [...] decided that an obligation of "good faith" should not be imposed loosely and at large, but should be restricted to a principle for interpreting the provisions of the Convention. This compromise was generally accepted and was embodied in the concluding words of Article 7(1).<sup>66</sup>

עם זאת ציין הונוולד שלעקרון חובת הביצוע בתום לב יש, למעשה, ביטוי בסעיפים ספציפיים של האמנה. בכך ביקש לרכז את היעדרה של דרישת תום לב כללית: היא אולי לא נכנסה "בדלת הראשית" כהוראה פוזיטיבית כללית, אך התחולה הרחבה של הפעילות הפרשנית בתורת המשפט המודרנית מחילה אותה על כל פעולה בעלת אספקט פרשני של הוראות האמנה. פירושו של דבר: לפחות מבחינה זו החובה חלה על כל פעולה מכוח הוראות האמנה.

עיון בעקרונות דיני החוזים האירופיים (PECL) משנת 2003 מראה ששם לא הסתפקו המנסחים בלשון שאומצה ב-CISG.<sup>67</sup> אמנם, הסעיף המרכזי הדין בפרשנות נראה כמעט כאלו הועתק מ-CISG,<sup>68</sup> אך בעוד שב-CISG סעיף הפרשנות הוא המקום היחיד שבו חובת תום הלב מוזכרת, ב-PECL היא מנוסחת כחובה ביצועית כללית, הן בכריתה ובניסוח של חוזה<sup>69</sup> והן בקיום חיוב חוזי.<sup>70</sup>

### 3. התמיכה האמפירית בעמדה המרחיבה

ניתן לנקוט לפחות שתי גישות מתודולוגיות כדי להתקדם בדיון בשאלה מרכזית זו. האחת היא לנסות לברר את יחסה של האמנה לשאלת תום הלב במונחים של תקפות או

JOHN O. HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION 98 (3rd ed. 1999) 66

PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, PREPARED BY THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, Parts I & II (Ole Lando & Hugh Beale eds., 1999); Part III (2003). הטקסט המלא של ה-PECL על שלושת חלקיו נגיש במספר אתרי אנטרנט, שהמעוררן שבהם הנו <http://jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> 67

Article 1:106: Interpretation and Supplementation: (1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application 68

Article 1:102: Freedom of Contract: (1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles 69

Article 1:201: Good Faith and Fair Dealing: (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty 70

של אמת פרשנית ("מהי הוראת האמנה בעניין?"). לצורך זה יש לבצע ניתוח פרשני של האמנה, תוך שימוש במודלים של קוהרנטיות ערכית, היזקקות להיסטוריה החקיקתית וכו'. הגישה האחרת תהא אמפירית, היינו: בחינת השאלה על-פי ההתייחסות אליה בפועל, בפורומים של שיטות המשפט שאימצו את האמנה. יתרונה של הגישה הראשונה בהיותה נורמטיבית, כלומר: מספקת לצדדים ולבתי המשפט הוראות משפט מהותיות לצורכי תכנון, התנהגות ויישום. יתרונה של הגישה השנייה בהיותה אמפירית, כלומר: מספקת מדרג טוב יותר לתחזית התנהגותם של בתי משפט ופורומים אחרים ומקדמת את ערך האחידות היישומית. אין טעם בדין המתיימר להיות רב-לאומי אם בסופו של יום יישומו תלוי באופן מכריע בשאלה באיזו שיטת משפט יפורש. לכן, הבחינה האמפירית נחוצה הן לבריור ביקורתי של התגשמות תכלית האופי הבין-לאומי של האמנה והן כמדד ביקורתי לבחינה המושגית-נורמטיבית. לכן, כדי לשמור הן על יושרה מושגית-נורמטיבית והן על מהימנות אמפירית יש להיזקק לשתי הגישות גם יחד. להלן ייבחנו כמה עמדות מרכזיות ששילבו בין גישות אלה.

פרופ' שלכטריים (Schlechtriem), מלומד רב-השפעה שהיה נציגה של מערב גרמניה ל-UNCITRAL ושותף לפשרה של סעיף 7, התייחס אליה כמה פעמים ובשני אופנים מנוגדים המבטאים את המתח בין שתי הגישות, הפרשנית והאמפירית. בראשונה הוא מצר על ניסוח הסעיף:

The German jurist may regret this rejection of a good faith rule corresponding to § 242 of the German Civil Code.

בטקסט מאוחר יותר הוא מודה (בתרגום שלנו):

ניסוח זה לא היה בבחינת פליטת קולמוס; הוא הוסכם לאחר דיונים ארוכים בקבוצת העבודה ובכינוס הוועדה, וכוון להיות דחייה של ההצעות מרחיקות-הלכת יותר ליישום עיקרון תום הלב והמסחר ההוגן לחיובי והתנהגויות הצדדים עצמם.<sup>71</sup>

שלכטריים לא עצר כאן; בהתפתלות מסוימת הוא כמעט חזר בו מן ההשלכות של עמדתו המקורית. בלשון פיוטית גרס (כנ"ל):

PETER SCHLECHTRIEM, GOOD FAITH IN GERMAN LAW AND IN INTERNATIONAL UNIFORM LAWS (1997). בלשון המקור: "This phrasing was not an inadvertent slip of the tongue; it was agreed upon only after lengthy discussions in the Working Group and the plenary session of the conference, and it was meant as a final rejection of more far-reaching proposals to apply the principle of good faith and fair dealing to the obligations and the behaviour of the parties themselves"

אך, כמו כוחם הבלתי ניתן להתנגדות של חוקי הטבע, כגון חוק כח המשיכה, העיקרון, שלא רק פרשנות הוראות האמנה, אלא גם הערכת היחסים, זכויות וסעדים העומדים לצדדים הנם כפופים לעיקרון תום הלב והלכות מסחר הוגנות (fair dealing), מצא את דרכו אל תוך האמנה, הבנתה בידי מרבית המלומדים ויישומה בבתי המשפט.<sup>72</sup>

שלכטרים הצדיק סטייה זו מעמדתו המקורית בכך שההבדל בין יישום העקרון באופן פרשני לסעיפי האמנה לבין החלתו על היחסים החוזיים בין הצדדים הוא "only clear in theory".<sup>73</sup> לעתים קרובות, לטענתו, החלת העקרון על עובדות של מקרה נתון נהיית מקור נורמטיבי ליישומים עתידיים (שלכטרים תיאר בעצם כיצד עובדת מערכת המבוססת על תקדים!). בסופו של יום גרס שלכטרים להבניית משמעותו של סעיף 7 כממד אמפירי חזק: ככל שיותר גורמים משפיעים – מלומדים ובתי משפט – יפרשו את חובת תום הלב כחלה על יחסי הצדדים ולא רק על פרשנות הוראות האמנה, תהא זו הפרשנות הנכונה או לפחות המקובלת של הוראת הסעיף. דימטאו ואחרים כתבו במאמר רחב-היקף:

Although it has not yet attained critical mass, CISG jurisprudence has grown significantly. As it has grown, greater uniformity of application has been evidenced.<sup>74</sup>

קונספטואלית, גישה זו משלבת בין הוראת תום הלב להוראה בדבר קידום האופי הבין-לאומי של האמנה. ככל שחובת תום הלב נתפסת ככללית, מעמדה במסגרת האמנה יישאב דווקא מעקרון האופי הבין-לאומי של סעיף 7, לאו דווקא מההוראה הישירה שבו. לכאורה, עמדתו של שלכטרים חורגת מן המסורת הפרשנית של הקודיפיקציה הגרמנית; היא נשמעת כמעט כהתנצלות של מי שמכיר בתוקף של הראליום המשפטי, הגורס שלהוראה משפטית אין משמעות בנפרד מהאופן שבו היא מובנת ומיושמת על-ידי הסוכנים הרלוונטיים. זו, לכאורה, עמדה משונה כשהיא באה מפי מלומד כשלכטרים, הואיל וכתבתו-שלו אמורה להיות אחד המקורות הפרשניים העיקריים שמהם ילמדו בתי

72 שם. בלשון המקור: "But similar to the irresistible force of fundamental laws of nature such as the law of gravity, the principle that not only the interpretation of the Convention, but also the evaluation of the relations, rights and remedies of the parties, should be subject to the principle of good faith and fair dealing has found its way into the Convention, its understanding by the majority of legal writers and its application by the courts"

73 שם.

74 Larry A. DiMatteo et al., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24 NW. J. INT'L L. & BUS. 299, 429 (2004).

המשפט על הפרשנות הראויה של סעיף 7. למעשה, התייחסותו של שלכטרים אינה כה חריגה והיא מושפעת ממסורת פרשנית ארוכה של האידאליזם הגרמני, המושפעת בתקופתנו בעיקר מן הפילוסוף הנס-גאורג גדמר (Gadamer), שתורת הפרשנות המשפיעה שלו גורסת שלטקסט אין משמעות טרום-פרשנית קבועה שהפרשנות מתיימרת "לחשוף", אלא שמשמעות מכווננת במפגשים דיאלוגיים, תלויי היסטוריה ופרסופוזיציות, בין פרשנים וטקסט (היוצרים "מסורת" פרשנית).<sup>75</sup>

אופן פורה להתייחסות ל-CISG ולמשפט מכוחה הוא תפיסתה כנחלתה של "קהילה פרשנית" בין-לאומית. קהילה פרשנית היא סוג של קהילה מדומיינת: היא אינה מזוהה על-ידי תדמיות של שייכות אורגנית, ומכווננת באמצעות מגננוני תקשורת ותודעה. על-פי סטנלי פיש (Fish), קהילה פרשנית מכווננת על-ידי גישות פרשניות משותפות לטקסט מרכזי (החוקה האמריקנית, "גן העדן האבוד" של מילטון וכדומה).<sup>76</sup> לטקסט אין משמעויות המנותקות מן האסטרטגיות הפרשניות של קריאתו, והקהילה מזוהה על-ידי גישותיה הפרשניות לטקסט. מודל זה מספק רקע תאורטי לעמדה האמפירית-קונבנציונלית של שלכטרים "המאוחר", שלפיה משמעותה של הוראת תום הלב בסעיף 7(א) של CISG תיקבע לא על-ידי אנליזה פנימית של ההוראה או ההיסטוריה החקיקתית שלה אלא על-פי הבנתה בקרב הקהילה הרלוונטית: בתי משפט, בוררים, מלומדים ואחרים.

בעקבות עבודתו במדע המדינה של המלומד בנדיקט אנדרסון, שהפיץ את מושג ה"קהילה המדומיינת",<sup>77</sup> אפשר להכליל את המושג גם לפרקטיקות לא טקסטואליות, מתנועות לאומיות לאוהדי ספורט ועד לקהילות של אספנים. על-פי אנדרסון, השיתוף בנרטיב, במיתוס מכוונן או ביחס לטקסט דומיננטי (כחוקה), וכמו כן חיקוי של קהילות אחרות, הוא משמעותי יותר להבחנת הקהילה הפוליטית מאלמנטים "אורגניים" כאתנוס, היסטוריה מטריאלית משותפת, דת וכדומה. טענתו של אנדרסון אינה שכל פרקטיקה בעלת מרכיבים קולקטיביים היא "קהילה מדומיינת", אלא שמושג זה מיטיב לתפוס פרקטיקות שיש להן מרכיבים של זהות ושל אידאולוגיה. אנדרסון עיצב את טיעונו כמודל הסברי לתופעת הלאומיות, אך מאז נעשה שימוש במושג באופן ביקורתי ביחס לקהילות בכלל. תפקיד המפתח שייחס להמצאת הדפוס בצמיחת הקהילה הלאומית המודרנית, משתקף בתפקיד החשוב שיש כיום לדיסמיניציה דיגיטלית של מידע ביחס ל-CISG. זאת, כי "אופי בין-לאומי" ו"אחידות יישומית" אפשריים רק אם לפרשנים

75 HANS-GEORG GADAMER, TRUTH AND METHOD (1984). ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות (2008) (פרק 3 – "גדמר והמשפט"); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 367 (1993).

76 STANLEY FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS? THE AUTHORITY OF INTERPRETATIVE COMMUNITIES (1998).

77 BENEDICT ANDERSON, IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM (1983).

ולפורומים יש גישה נוחה למלאכתם של פרשנים ופורומים אחרים. הדיסמינציה של מידע ביחס ל-CISG, אם באתר האינטרנט של UNCITRAL ואם באתרי אינטרנט אקדמיים, היא ללא תקדים.

אשר ל-CISG הציעה המלומדת קסטלי (Kastely) להשתמש במונח "קהילה רטורית" שבמסגרתו הקוראים מסכימים, ראשית, לשפה ולערכים של הטקסט עצמו, אחר משתמשים בשפה ובערכים אלו כדי להגדיר את יחסיהם ההדדיים.<sup>78</sup> במידת-מה זהו אפיון מועיל להנהרת היחסים בין קוראי הטקסט של CISG לבין עצמם, אף שראוי היה להשמיט ממנו את דרישת הקונצנזוס: כל קהילה יציבה מסוגלת לסבול – ואף נדרשת לחילוקי דעות ולשיח ארגומנטטיבי מהותי – אפילו כזה הנוגע לערכי היסוד שלה; וכל קהילה ראויה לשמה חייבת להיות מסוגלת לקיים רמה מסוימת של פלורליזם. בענייננו, מתברר, הקהילה הרטורית של CISG אינה מקיימת קונצנזוס ערכי ככל שהדברים אמורים בשאלת החלות של עקרון תום הלב. עוד יש להעיר כי ודאי שזוהי "קהילה" במובן מצומצם משהו, כי כולנו קוראים טקסטים רבים, משתמשים לעתים באסטרטגיות פרשניות ומקדמים ערכים בהקשרי חיינו הרבים – ולכן אנו משתייכים לקהילות מדומיינות רבות (למשל, כתבי שורות אלו בהחלט יעדיפו, בהקשרים מסוימים, פלורליזם משפטי מהאחדת דינים).<sup>79</sup> לכאורה, הדיאלוג העולמי, חוצה הגבולות, שפות ותרבויות ביחס ל-CISG הוא כה ער – שוב, בסיוע הדיסמינציה הדיגיטלית של מידע – עד שנראה שהמושג של "קהילת CISG" אמנם מתבקש, אף כי הוא זקוק להנכחה אמפירית-פרשנית רצינית יותר מעצם השימוש בביטוי "קהילה".

שלכטרים הודה שקביעה חד-משמעית ביחס לתפיסת הקהילה הרטורית את המשמעות והחלות של עקרון תום הלב ב-CISG אינה אפשרית במצב הידע של היום: על אף הכמות המתרבה של כתיבה השוואתית אין בנמצא מחקר מקיף ומועיל על חלות, ובעיקר על המשמעות המעשית והספציפית של חובת תום הלב החוזית בפרספקטיבה גלובלית. אולי אין בכך פלא: מהדורת 2009 של הקומנטר הסטנדרטי של Staudinger על סעיף תום הלב ב-BGB ("Treu und Glauben", סעיף 242 הידוע) מקיפה כמעט 800 עמודים, וזהו קומנטר החל על השיטה הגרמנית בלבד!<sup>80</sup> שלכטרים מזוהר מפני ביזור כזה ביחס ל-CISG, שיהפוך את תכלית האחידות היישומית ללא-מעשית.

78 Amy H. Kastely, *Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Convention*, 8 NW. J. INT'L L. BUS. 574 (1988).

79 מצבים קומפרהנסיביים, כאדיקות דתית או אידאולוגיה פוליטית חזקה, עשויים לגייס אדם לחברות קומפרהנסיבית בקהילה, שתחול על כל תחומי חייו, הפרטיים והקולקטיביים.

80 J. VON STAUDINGER, KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH: STAUDINGER BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht. §§ 241-243: .Treu und Glauben (Sellier – de Gruyter 2009).

נראה ששלכטרים נקרע בין שני כוחות: עמדתו הנורמטיבית כמשפטן גרמני, שלפיה על הדין הבין-לאומי להחיל את עקרון תום הלב בכל יחסי המסחר, ויושרתו, המודה שמבחינה פוזיטיבית לא זו הייתה ההכרעה המחייבת ב-UNCITRAL. אף שעמדתו אינה מספקת מבחינה עיונית, אין זה אומר שהיא אינה מועילה לעקרון האחידות היישומית: עיון בפסקי דין רבים מורה על תמיכה בעמדתו המאוחרת של שלכטרים, שלפיה בתי משפט – אם בערוץ פרשני ואם בערוץ השלמתי – מחילים בפועל את הגישה המרחיבה. כך, למשל, בעניין *Bonaventura Jeans* מכר יצרן בגדים צרפתי מכנסי ג'ינס לקמעונאי אמריקני בתנאי מפורש שהמכנסיים ישווקו בארצות-הברית בלבד. כאשר הופיעו הבגדים בשווקים אירופיים (ספרד) ביטל המוכר הצרפתי את החוזה.<sup>81</sup> אף-על-פי שהביטול היה בבירור כדין, הגיש הקונה האמריקני תביעת שווא על הפרת חוזה וגרם בכך הוצאות למוכר. בית המשפט לערעורים של גרנובל קבע כי התנהגות זו היא "בניגוד לעיקרון תום הלב במסחר בין-לאומי, כנדרש על-ידי סעיף 7 לאמנת וינה"<sup>82</sup> ופסק לנתבע פיצוי על הוצאות המשפט, אף-על-פי שעניינים כאלה – נשיאה בהוצאות המשפט על-ידי תובע שכשל בתביעת שווא – נמצאים בדרך כלל בתחום ה-*lex fori* וודאי שאינם מוסדרים ישירות על-ידי CISG. בדוגמה נוספת דן בית המשפט העליון של גרמניה בשאלת חלותרם של תנאים אחידים או חיצוניים (incorporation by reference) במסגרת חוזה מכר שחל עליו CISG. בית המשפט קבע כי צד הטוען לחלות כזו יושתק מפני העלאת הטענה, אם לא עשה מאמצים בתום לב להביא את האינקורפורציה לידיעת הצד השני באמצעים כגון שליחתם לצד השני והפניה ישירה אליהם, תרגומם מקום שאינם בשפת הניצע וכו'.<sup>83</sup>

בהקשר של CISG יש לנתון זה חשיבות מיוחדת. הואיל וההנחיה הפרשנית המרכזית באמנה עוסקת באופייה הבין-לאומי ובאחידות יישומית, הרי שהתפתחות "משפט מקובל של אמנת וינה" עשוי להתגבר בסופו של יום על הטענה המצמצמת הנתלית בעיקרה בהיסטוריה החקיקתית. האירוני בדבר הוא שדווקא מלומדים קונטיננטליים מגייסים כאן להצדקת עמדתם המרחיבה את המבנה המאפיין יותר מכל שיטות של המשפט המקובל ואף גישה ראליסטית, המנוגדת ל-*Black letter law*, המקובל בפרשנות קודיפיקציה בשיטות המשפט הקונטיננטלי.

לכאורה, החיסרון המרכזי של הגישה הקונבנציונלית-אמפירית הוא שאינה נורמטיבית: היא מלמדת אותנו כיצד פורומים פועלים, לא כיצד עליהם לפעול. אלא,

BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export, Cour d'Appel de Grenoble, 81 Chambre Commerciale, 22 February 1995, Journal du Droit International (J.D.I.), 1995, 632-639. מובא אצל שלכטרים, לעיל ה"ש 71, בעמ' 10.

82 "Contraire en principe de bonne foi dans le commerce international, édicté par Art. 7" תרגום המחברים.

Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court Of Justice] Oct. 31, 2001, VIII ZR 60/01 (31 83 October 2001), CLOUT abstract no. 445.

כאמור, שתורת המשפט של CISG מחברת בין שני מישורים אלו. עקרון האחידות היישומית ועקרון הכבוד לאופי הבין-לאומי של סעיף 7 הופכים את האמפירי לנורמטיבי ומתקפים הכרעות קיימות. לשיטות משפט שייצרו בהקדם מסה משכנעת של הכרעות תהיה אפוא השפעה רבה על הפרשנות המהותית של CISG מן הטעם שהן מספקות את הרקע הבין-לאומי להחלת שני העקרונות הללו. למרבה הצער, נכון למועד כתיבת דברים אלו ישראל ענייה למדי בפסיקת CISG. מסקנתנו היא שבהקשר של פרשנות אמנות מאחדות כ-CISG יש לגישה האמפירית של שלכטרים כוח שכנועי רב.

#### 4. תום לב ביצועי כלקונה

ניתן להציע אסטרטגיה פרשנית נפרדת לתמיכה בגישה המרחיבה. גישה זו תציע לראות את חובת תום הלב הביצועית ב-CISG כמעין לקונה, לא כהסדר שלילי. לפי גישה זו, האמנה קובעת חובת תום לב פרשנית אך שותקת באשר לחובת תום לב ביצועית. עקרון השלמת הלקונות של האמנה, בסעיף 7(ב), קובע כי עניינים שבגדר חלותרה אך לא מוסדרים בה מפורשות יוסדרו ככל האפשר בהתאם לעקרונות הכלליים שעליהם היא מבוססת (למען הנוחות מובא הסעיף שוב):

7(ב). שאלות הנוגעות בעניינים הקבועים באמנה זו ואשר אינן מוסדרות בה במפורש, יוסדרו בהתאם לעקרונות הכלליים שהיא מבוססת עליהם, או, בהיעדר עקרונות כאמור – בהתאם לדין החל על-פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.

יש בספרות הסכמה שעקרונות UNIDROIT, שפורסמו לראשונה בשנת 1994, נותנים ביטוי שיטתי לעקרונות הכלליים של סחר בין-לאומי, שעליהם מבוססת גם CISG.<sup>84</sup> עקרונות UNIDROIT מכירים בחובת תום לב ישירה וביצועית, של הצדדים

84 ראו לאחרונה פסק דין של בית המשפט העליון של בלגיה הפונה לעקרונות UNIDROIT מכוח ס' 7(ב) האמור, Hof van Cassatie, 19 June Scaform International BV v. Lorraine Tubes S.A.S., 2009, C.07.0289.N, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>. יחס זה מבוטא במבוא לעקרונות עצמם, שלפיו "They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments". ליחסים שבין העקרונות, CISG ומשטרי סחר בין-לאומי אחרים ראו A.S. Hartkamp, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in* COMPARABILITY AND EVALUATION: ESSAYS ON COMPARATIVE LAW, PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 95 (1994); Michael J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention (CISG) – Alternatives or Complementary Instruments?*, UNIF. L. REV. 26 (1996).

CISG (UNIDROIT Principles, Art. 1.7); הטענה תהיה שאפשר לשאוב חובה זו אל תוך CISG באמצעות מנגנון ההשלמה של סעיף 7(ב), ובלבד שנכיר שאכן יש בעניין לקונה במונחי סעיף 7(ב).<sup>85</sup> אמירה אחרונה זו משמעותית, הואיל וכידוע תורת המשפט האופרטיבית של המשפט המקובל אינה מקבלת את מנגנון הלקונה. במסגרת מאמץ יישומי להאחדת דינים, אין טעם בפתרון פרשני עקרוני שיהיה תלוי-פורום.

ביקורת זו היא לכאורית בלבד. ראייה של חובת תום הלב הביצועית כלקונה ביחס לסעיף 7 אינה נובעת מתורת משפט אופרטיבית חיצונית לאמנה אלא מהוראות האמנה עצמן. אף אם מושג הלקונה לא היה מוכר בעולם כלל, כלומר, אף אם כמושג כללי לא היה בעל חלות כלשהי, לא היה בכך כדי לפגוע בפתרון האמור הואיל והוא חי כל כולו מתוך סעיף 7(ב) עצמו. סעיף זה מכונן מנגנון השלמת חסרים ספציפי ל-CISG שכל פורום מחויב לו, תהא אשר תהא תורת המשפט החיצונית שלו.

המלומד האוסטרלי פלמגס (Felemagas), בן ה"דור השני" לפרשני CISG (כלומר: דור החוקרים שלא השתתף בעצמו בעבודה המכינה שהובילה לניסוח האמנה), מתנגד לראייה של חובת תום הלב הביצועית כלקונה ולהתבססות על עקרונות UNIDROIT בעניין זה.<sup>86</sup> בהישענו על ההיסטוריה החקיקתית של האמנה (travaux préparatoires), ובניגוד לביקורתו של אורסי,<sup>87</sup> הוא גורס כי סעיף 7 בתצורתו הנוכחית הוא פשרה מהותית ולא פגם טכני בין אסכולת המרחיבים, שביקשו להחיל באמצעותו חובת תום לב כללית במכר בין-לאומי, לבין אסכולת המצמצמים, שגרסו שאין לכלול כלל באמנה הוראות באשר לתום לב, שהוא, לשיטתם, מונח מעורפל הפתוח לפרשנויות וליישומים מנוגדים. פלמגס, בעיינו בפרוטוקולים של הישיבות, קבע כי הפשרה שנתקבלה היא החלה של תום הלב כטעם פרשני בלבד ולא חובת התנהגות ישירה: הוראת הסעיף במפורש אינה הוראה ביצועית (כלומר: כזו המטילה חובה על הצדדים) אלא הוראה פרשנית המופנית בעיקרה לבתי משפט ופורומים אחרים ליישוב סכסוכים.<sup>88</sup> לשיטתו זהו, אפוא, הסדר שלילי.

לטענת פלמגס, גישתם המרחיבה של מגנוס, שלכטרים ואחרים מתעלמת מהפשרה הזו ומחילה בדיעבד את העמדה המרחיבה. הוא אף רומז שיש בה משום חוסר יושר

85 הגרסה האחרונה של העקרונות היא משנת 2004. ראו <http://unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

86 ראו המבוא לספרו של FELEMAGAS, לעיל ה"ש 23.

87 אורסי, לעיל ה"ש 64.

88 פלמגס אף מציין כי ראיית החובה כחלה על הצדדים (להבדיל מהוראה פרשנית המיועדת לבתי המשפט) מכפיפה אותה לכוחם של הצדדים להתנות עליה, מכוח ס' 6 לאמנה – דבר לא רצוי בשל פגיעתו באחידות בסחר בין-לאומי. טענה זו טעונה בירור עצמאי, הואיל וס' 6 האמור מסמיך לכאורה את הצדדים להתנות על כל אחת מהוראות האמנה – הן הוראות החלות עליהם ישירות והן כללי פרשנות וכללים אחרים המופנים לפורומים המחילים את האמנה.



אינטלקטואלי: באמנה אין לקונה בעניין זה אלא הסדרה ברורה.<sup>89</sup> פלמגס עצמו מודה שלעת הזו, מרבית המלומדים מחזיקים בגרסאות של הגישה המרחיבה דווקא<sup>90</sup> – אולי בשל הדומיננטיות היחסית של מסורת המשפט הקונטיננטלי בפרשנות האמנה. הוא אינו מתייחס לממצאים אמפיריים או לטענתו של שלכטרים, שפורשה לעיל, שלפיה פרשנות בהתאם לתכליות האופי הבין-לאומי והאחידות היישומית של סעיף 7 עצמו תייחס חשיבות מיוחדת לממצאים אמפיריים בנושא ותגבר על פרשנות המתבססת באופן דומיננטי על ההיסטוריה החקיקתית.

אם נשתמש במונחיו של אהרן ברק,<sup>91</sup> הניתוח הנורמטיבי של טיעון הלקונה הוא שמתחם הלגיטימיות הפורמלי מרשה לקרוא את הוראת סעיף 7 (א) כחלה על חובת תום לב פרשנית וכשותקת ביחס לחובה ביצועית (CISG) לא החריגה בטקסט הפוזיטיבי שלה את עקרון תום הלב הביצועי. מבחינה מהותית סעיף 7 (ב) מורה לפנות אז לעקרונות כלליים שכאמור כוללים במפורש חובה ביצועית. כפי שהראינו לעיל, עיון במשטרים דומים – אף אם מאוחרים יותר, כ־PECL – תומך אף הוא בפרשנות המצדדת בגישה המרחיבה.

ברובד התאורטי, שאלת ההבניה הראויה של עקרון תום הלב היא אחת הבעיות הקשות בפרשנות CISG. מבחינה נורמטיבית אנו סבורים שחובות תום לב פוזיטיביות צריכות לחול במכר בין-לאומי, אולי אפילו ביתר דחיפות מאשר במערכות מדינתיות. דווקא במכר בין-לאומי, המערב באופן טיפוסי מה שאפשר לכנות כ"סיכונים תקשורתיים" ו"סיכונים תרבותיים", יש צורך בעקרון מאגד ופותר מחלוקות מעבר לסדרה של כללים פוזיטיביים. נטייתנו הפרשנית-תאורטית בדבר קיומה של לקונה בעניין זה ב-CISG ולא הסדר שלילי מושפעת, ללא ספק, מעמדתנו הנורמטיבית. לכאורה אפשר להאשימנו בדיוק במה שאנו מזהירים מפניו בפתח מאמר זה, היינו: "נטייה מקומית", "homeward trend jurisprudence"; אלא שאנו רוצים לחשוב שהעדפתנו למשטר מסחרי המבוסס על חובות תום לב נטועה בשיקולים נורמטיביים עצמאיים ולא בנאמנות לשיטת המשפט הישראלית או למשפחה של שיטות משפט.

89 דימטאו ואחרים מסכימים גם הם כי "A true gap is an issue not contemplated by the drafters" ראו FELEMEGAS, לעיל ה"ש 23, בעמ' 430. אנו משתעשעים במבנה הלוגי הבא: חלות ס' 7 (א) על ס' 7 (א) עצמו, כלומר: את ההוראה לפרש את הוראות האמנה בתום לב יש לפרש בתום לב. זו אינה מעגליות שוטה הואיל והאמנה אינה מגדירה תום לב, ועלינו להיוקק בכל מקרה להתוויה חיצונית נוספת לפרשנות הפנימית. זו תציית לעקרון האופי הבין-לאומי של האמנה – וחזרנו לטענה שבין חלקיו של ס' 7 (א) יש זיקת הדדיות, שהיא הבסיס העיוני לגישתו האמפירית של שלכטרים.

שם, בעמ' 14.

91 אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983); פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 75, בעמ' 108-97.

אשר לחששות מחובת תום לב ביצועית כקריטריון מופשט, שבניגוד לתכלית המרכזית של CISG ירבה אי־ודאות וסיכונים במקום להפחיתם, אפשר ללמוד מהניסיון הישראלי הפנימי מאז חקיקת חוק החוזים (חלק כללי) ב-1973,<sup>92</sup> המצביע על כך שלאחר תקופת הסתגלות מסוימת (אמנם לא קצרה), ועל אף ביקורת רבתי מצד בעלי המקצוע, המערכת הקוואיסיטית מגבשת קריטריונים מקובלים להבניה של חובות תום הלב והתוצאות האופרטיביות של הפרתן. אמנם מידת אי־הוודאות הכרוכה בהן כנראה לא תפוג לחלוטין לעולם, הואיל ותום הלב הוא סטנדרט או עקרון משפטי ולא כלל, ואחד מתפקידיו הוא לאפשר גמישות וחדשנות במשפט;<sup>93</sup> עם זאת, אי־הוודאות תתמעט בעיקר בעקבות הנתון ששלכטרים מייחס לו משמעות מיוחדת: היווצרות מואצת של קורפוס יישומי־פרשני על־ידי רשת של פורומים (הן בתי משפט והן פורומים של ADR, כמו גם כתיבה אקדמית) שיכולתם להכיר זה את פעילותו של זה – בין השאר בעקבות טכנולוגיות דיסמינציה ותקשורת מודרניות – היא כמעט חסרת תקדים.

אטרקטיביות נוספת של פתרון תאורטי, פנימי לסעיף 7 – בניגוד לגישה האמפירית של שלכטרים – טמון בהחלה של עקרון האופי הבין־לאומי על עקרון תום הלב, כלומר: החלה פנימית שלו בתוך סעיף 7 עצמו. נראה כי האופי הבין־לאומי של האמנה ושל החוזים הנכרתים מכוחה דווקא תובע היזקקות לסטנדרטים של סבירות ושל תום לב, בדיוק כדי להרבות את הוודאות והאחידות היישומית. צדדים היכולים לסמוך על כך שיחסייהם יפורשו לאור קריטריונים של סבירות ותום לב לא יזדקקו להגנות חוזיות מורכבות על מצבי סיכון קונטינגנטיים.<sup>94</sup> פירוש הדבר ש"תום לב" ב־CISG הוא מונח חדש, שאינו זהה למונח המקובל במערכות משפטיות מקומיות. במערכת הפנימית הטעמים המצדיקים את חובת תום הלב שונים מתכליות אלו כפי שהן מבוטאות באמנה. כפי שתוכן החובה וחלותה במשפט הישראלי היו עניין להיסטוריה קוואיסיטית ודוקטרינרית מקומית, כך על פרשני האמנה להיזקק לשיקולים הרלוונטיים של יישומה־שלה, המשולבים בעקרונות האופי הבין־לאומי והאחידות היישומית. זהו אתגר לא פשוט, הואיל ופרשני האמנה עצמם באים ממסורות וממערכות משפטיות שונות זו מזו. החובה לפרש כל חלק באמנה – כולל את חובת תום הלב שבה – באופן נאמן לאופייה הבין־לאומי ולא־דווקא מתוך מחויבות או הרמוניה עם המערכת הפנימית שממנה הם באים חלה על כולם בה במידה.

92 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

93 ה-UCC האמריקני מספק הגדרה להמשגה הבסיסית של תום הלב: "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing", UCC §1-201(20) (2001).

94 לעניין הסבירות ראו A.H. Kritzer, *Reasonableness in the CISG*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#over>.

## ה. החלה של חובות תום לב מכוח אמנת המכר במשפט הישראלי

האם בית משפט ישראלי, האמון על עקרון תום הלב כאחד משני עקרונות היסוד המכוננים של דיני החוזים, יאות לחרוץ משפט בסכסוך חוזי תוך התעלמות מחובת תום לב כללית וצמצומה לעקרון פרשני בלבד?<sup>95</sup>

יש להבחין עניין זה ממקרה שבו בית משפט ישראלי מפעיל דין זה, שאינו מכיר בכך שנורמה בדין הישראלי היא בעלת מעמד קוגנטי. כך, למשל, בית משפט ישראלי שיפעיל דין אנגלי על סוגיה של כריתת חוזה יהיה מחויב לעשות זאת ללא "הנחתה" חיצונית של חובות תום לב במשא ומתן. אחרת לא יהא בכך משום יישום הדין הזר אלא יישום היברידי של הדין הזר נוסף על הוראות מן הדין המקומי (*lex fori*). אם הדין המקומי אינו חל, גם הוראות קוגנטיות אלה לא יחולו (בסייג כוחו הכללי של בית המשפט – בשם עקרון העל של תקנת הציבור – לסרב לכבד את ברירת הדין בשלמותה ולהחיל הוראות קוגנטיות חיצוניות על הסכסוך הספציפי).<sup>96</sup> אמנת וינה אינה דין חיצוני כי אם דין ישראלי פנימי החל מכוח חיקוק מקומי, אף שלצורך החלתו ופרשנותו אנו מופנים (שוב, מכוח הוראת דין פנימי, הואיל וסעיף 7 לאמנה הוא דין פנימי בישראל) לעקרונות כלליים שאינם עקרונות המשפט הישראלי,<sup>97</sup> ולטענת פלמגס ודומיו, המתבססים על חומרים אלו – גם להיסטוריה חקיקתית שאינה מתמצה בהצעת החוק ובדיונים מקומיים אלא מתייחסת ל-*travaux préparatoires* של גוף בין-לאומי עצמאי, לפסיקה משווה ולכתיבה אקדמית זרה. על-אף ביקורתנו ביחס ל"נטייה פנימית" של פורומים, בה פתחנו מאמר זה, אין פירושו של דבר כי יש להקצין בכיוון ההפוך, היינו לבחור בהתעלמות מוחלטת מכללי-יסוד בשיטה המקומית, לפחות כאשר הללו אינם מתנגשים עם כללי ה-CISG. תהא זאת לפיכך שגיאה לגרוס כי:

Presumably it means that the court is to transcend its domestic perspective and become a different court that is no longer influenced by the law of its own nation state.<sup>98</sup>

החלת ה-CISG כנתינתה במשפט הישראלי אינה הזרה של המשפט הישראלי לטובת אמנה הרמטית או מופשטת המכוננת את הסביבה והתשתית הנורמטיביות שלה-עצמה.

95 הצעת החוק אכן גורסת כי "אמנת וינה נמנעת מקביעת חובה כללית להתנהגות בתום לב, אולם עתה נזכרת חובת תום הלב ככלי לפרוש האמנה (ס' 7 (א) של אמנת וינה)". לעיל ה"ש 15, בעמ' 1.

96 ראו בהקשר זה ס' 4(1) לאמנה.

97 לעקרון זה בפרשנות אמנות יפים דברי השופט לוין המובאים לעיל בעניין דדון, לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 31.

98 John E. Murray, Jr., *The Neglect of CISG: A Workable Solution*, 17 J.L. & COM. 365, 367 (1998).

זו החלה במסגרת השיטה. האמנה חלה במסגרת זו כדין ספציפי (*lex specialis*). לו היינו סוברים כי היעדר חובת תום לב ביצועית במסגרתה הנה הסדר שלילי, היתה קביעה נורמטיבית זו גוברת על קביעה מתחרה מן הדין הכללי (בהקשר זה, דיני החוזים הישראליים). אך כאמור, זו אינה עמדתנו כלל.

העקרון הכללי של תום לב ביצועי (להבדיל מראייתו כעקרון פרשני בלבד) הוא כה מושרש בדיני החוזים הישראליים ובשיטות משפט קונטיננטליות, עד שקשה לדמיין פורום שיפוטי שיחריג את החלתו מסכסוך חוזי שחל עליו דין ישראלי, אם "פנימי" (כחוקי המכר והחוזים הפנימיים) ואם "חיצוני" (כ-CISG). אנו צופים, לפיכך, כי בית משפט או פורום אחר שיזדקק לשאלה זו יאמץ אחת משתי העמדות המרחיבות שפותחו בספרות המחקרית שנותחה לעיל או את שתיהן (אין ביניהן סתירה). בשלב זה יפעיל מבחנים אמפיריים בהתבסס על הוראת האחידות היישומית או שתייחס לחובת תום הלב הביצועית במסגרת CISG לא כאל הסדר שלילי מכוח סעיף 7(א), אלא כאל לקונה שיש למלא תוך היזקקות לעקרונות הכלליים שעליהם האמנה מבוססת. הראינו לעיל מדוע אנו סבורים שהגישה האמפירית לשאלה תואמת את תורת הפרשנות של האמנה עצמה, שעל כן זהו, לטעמנו, הפתרון הראוי. גם הגישה המושגית – עיצוב הפתרון תוך שימוש במנגנון השלמת הפרטים של האמנה עצמה – תדרוש מבית המשפט לא להתבסס על ההלכות והדוקטרינות הפנימיות המוכרות לו. אמנם בכך יפעל בית המשפט הישראלי (או הקונטיננטלי) בהתאמה עם הדין הפנימי, אך זאת לא מכוח "נטייה מקומית" והתעלמות מתורת הפרשנות הפנימית של אמנת וינה אלא מתוך קריאה לגיטימית של ההוראות הפרשניות שבאמנה עצמה.

### 1. עיון נוסף בהבחנה בין הוראה פרשנית להוראה יישומית

ראוי לעיין שוב בביקורתו של שלכטרים "המאוחר" הגורס, כזכור – לכאורה, בניגוד לטקסט של CISG – כי ההבחנה בין הוראה פרשנית להוראה ביצועית היא מלאכותית מבחינה עיונית וחסרת משמעות מעשית. עמדתו נסמכת על תובנה הרמנויטית שמקורה בפילוסופיה של גרמר שהוזכרה לעיל, שלפיה כל החלה נורמטיבית – כל "יישום" או הוצאה לפועל של נורמה בעולם – מחייבת פרשנות של הנורמה. השפעותיה של גישה זו על ה־interpretative turn בתורת המשפט ועל ברק ודבורקין בפרט היא ניכרת. אנו סבורים כי גישה עקרונית זו נכונה. היא אינה מאיינת את ההבחנה האנליטית בין נורמה פרשנית לנורמה ביצועית, אך הופכת אותה לכמעט נטולת משמעות יישומית. אפשר להדגים טענה זאת בפנייה למנגנון פשוט יותר, כדלהלן.

סעיף 76 לאמנה קובע זכות לפיצויים על הפרת חוזה המבוססים על שווי שוק ממנגנון חלופי לפיצויים המבוססים על נזק צפוי כתוצאה מן ההפרה (בדומה לפיצויי

סעיף 11 לחוק התרופות בישראל). התנאי לפיצויים המבוססים על שווי שוק הוא שהנפגע לא נקט ערוץ של עסקה חלופית, שאז יבוא הפיצוי במצטבר לרווח חלופי שההפרה אפשרה וייווצר כפל פיצוי (למעשה, הנפגע יפוצה גם על נזק שהפחית). שאלה העולה תדיר היא אפוא מהי "עסקה חלופית", בעיקר בהקשרים מסחריים שבהם עסקאות מבוצעות באופן שוטף וקשה לאמוד לעתים מהי עסקה חלופית ומהי, בפשטות, עסקה אחרת שהייתה מתבצעת באותם טובין ללא קשר לעסקה שהופרה. הוראת תום הלב תהיה משמעותית הן כהוראה פרשנית והן כהוראה ישירה החלה על הצדדים. כהוראה פרשנית היא תורה לפרשן לפרש "עסקה חלופית" באופן המבקש לברר באופן אותנטי, לא פורמליסטי, את היותה של עסקה "חלופית" ולא בפשטות עסקה אחרת או אף נוספת בין אותם צדדים. כהוראה ישירה היא תרשה לנפגע לתבוע פיצויים המבוססים על שווי שוק רק בהיעדר עסקה חלופית, ולא להשתמש בסעיף כמכשיר להתעשרות מעבר לפרמוטציות של החוזה הספציפי.

לעתים יש משמעות לעצמאות ההדדית של הרובד הפרשני ושל הרובד הביצועי: למשל, האמנה קובעת כי בחוזה מכר הכולל משלוח ובהיעדר הסכמה אחרת בין הצדדים, הסיכון בטובין עובר לקונה עם מסירתם לידי "המוביל הראשון" (סעיף 31(1)). נניח מקרה שבו המוכר מוסר את הטובין לידי מוביל יבשתי שעליו להוביל את הטובין למקום הטענתם העיקרי (למשל לנמל שממנו ישוגרו). המוביל אינו אחראי להעברת הטובין למוביל הבא אלא הוא נוטל מן המוכר, ובנמל השיגור משיב אותם לנציג המוכר המטפל בשלב הבא של המשלוח. האם עבר הסיכון במסירה כזו? מבחינה מילולית הטובין עברו ל"מוביל" הראשון, אך פרשנות המחילה את עקרון תום הלב תגרום שכל עוד השליטה העיקרית בטובין נותרה בידי המוכר לא הייתה כאן "מסירה" של ממש: שלב הובלה כזה הוא שלב פנימי במסגרת הסדרי המוכר, ורק שיגור שבמסגרתו הטובין יוצאים משליטתו מהווה מסירה שלהם ל"מוביל הראשון" (בהשאלה, מעין mailbox rule של דיני הכריתה האמריקניים). למסקנה כזו תגיע גם פרשנות תכליתית של הכלל; כלל אצבע יוריסטי מראה שלעתים קרובות שתי הפרשנויות מתלכדות. עם זאת, אין כאן כל הוראה מעשית לצדדים עצמם אלא הוראה פרשנית בלבד. העובדה שהוראת תום הלב חלה על פרשנות הסעיף אינה הופכת אותה להוראה ישירה החלה על הצדדים, בניגוד לעמדתם של מגנוס ובונל.

לעומת זאת, בעקבות שלכטרים אפשר להדגים מצב שבו ההוראה הפרשנית נהפכת בפועל להוראה יישומית דרך הוראת האמנה כגורם מתווך. הלוגיקה היא כזו: הסכמות חוזיות שהאמנה חלה עליהן מצייתות להוראת האמנה הרלוונטית; הוראה זו יש לפרש בהתאם לעקרון תום הלב; מכאן שהחובה הפוזיטיבית-מעשית המדוברת כפופה – בעקיפין אם לא ישירות – לעקרון תום הלב. למשל: סעיף 76 האמור, המעניק פיצויי שווי שוק, מאפשר לאחד הצדדים, עקרונית, לבצע מניפולציה של השוק הרלוונטי

שביחס אליו ייקבע גובה הפיצוי (מבחינת המקום, הזמן ופרמטרים אחרים).<sup>99</sup> החלה פרשנית של עקרון תום הלב על סעיף 76 תורה לפרש את הביטוי האופרטיבי "current price" באופן תם לב. המשמעות המעשית היא הוראה ישירה המגבילה את מנעד הפעולות המותרות לנפגע באופן כזה שמניפולציות שיעלו את גובה הפיצוי ללא הצדקה במונחי העסקה והפרתה לא יובאו בחשבון לצורך קביעת הפיצוי. החובה לפרש "מחיר" באופן מסוים נהפכת להוראה ישירה לצד כיצד עליו לפעול ביחס לקביעת המחיר. אפשר להמשיך בכיוון זה: ככל שנראה שפרשנות הוראות האמנה בתום לב מחילה על הצדדים חובות ישירות, ולפיכך סיכונים משפטיים קורלטיביים, השאלה אם סעיף 7 מחיל חובת תום לב כללית תיהפך למשמעותית פחות: עקרון הפעולה בתום לב מופנם אז אל תוך הסעיפים הספציפיים עצמם במקום שיחול עליהם מבחון כמושג סתום כללי. יש עניינים לא מעטים שבהם האמנה מחילה במובלע חובת תום לב ביצועית בין הצדדים. הוראות אלו אפשר לחלק באופן כללי לשתי מחלקות עיקריות: כללי השתק (כגון סעיף 29(ב)) והוראות המחייבות צד לפעול לשמירת אינטרס הצד השני (כגון סעיף 85). שתי מחלקות אלו מייצגות יישומים מובהקים של חובת תום לב ביצועית.<sup>100</sup>

## ז. תום לב וסבירות באמנה

בעקבות מאמר של המלומד קריצר (Kritzer) יש פיתוי לפרש את חובת תום הלב באמנה לאור האזכורים הרבים של חובת הפעולה בסבירות. קריצר גורס שעל אף שקריטריון הסבירות אינו מופיע בחלק הכללי של האמנה, הרי הוא שולט על פעולות כה רבות ומופיע בסעיפים כה רבים עד שיש לראותו כ"עיקרון כללי של האמנה".<sup>101</sup> יש להבחין בין הטענות בענייננו: (1) היות הסבירות בעלת תחולה כללית; (2) היות הסבירות נורמה הממלאת בתוכן את ההפניה הפרשנית לעקרון תום הלב. עמדתו של קריצר (הטענה

99 ראו: Jonathan Yovel, *Current-Price and Market-Based Damages for Breach of Contract in International Sales*, in AN INTERNATIONAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 480 (John Felemegas ed., 2007).

100 ס' 16(ב2), המגן על הסתמכות סבירה של ניצע על אי־הדרתה של הצעה שאינה בלתי־הדירה; ס' 21(ב), המגן על ניצע שנתן הודעת קיבול באופן ראוי ושהגעתה באיחור לא הייתה באשמתו; ס' 29(ב), באשר להסתמכות של צד על תניה בחוזה שלפיה שינוי החוזה או סיומו ייעשה בכתב בלבד; ס' 37 ו־38, באשר לזכות המוכר לרפא אי־התאמה בטובין; ס' 40, המונע מן המוכר להסתמך על כך שהודעת אי־התאמה מטעם הקונה לא עמדה בתנאי ס' 38, אם אי־התאמה קשורה לעובדות שהמוכר ידע עליהן; איבוד הכוח לבטל את החוזה עקב הפרתו בתנאים מסוימים לפי ס' 49(ב), ס' 64(ב) ו־82; חיוב הצדדים לנקוט צעדים לשם שמירה על הטובין, ס' 85-88 ועוד.

101 ראו Kritzer, לעיל ה"ש 94.

הראשונה), על אף האטרקטיביות שלה, תצטרך להתגבר על בחירת הוועדה המנסחת שלא להציג את הסבירות כעקרון כללי ולטעון שהוועדה לא יצרה סדרה של הסדרים שליליים במקומות שבהם עקרון הסבירות אינו מוחל במפורש. הטענה השנייה היא בעייתית מכיוון אחר: עקרונית ומושגית יש להבחין בין תום לב לבין סבירות ולהיזהר מתרגום מהיר מדי של האחד לאחר. סבירות היא קריטריון העוסק בציפיית הצד השני ומגן בעיקר על זכותו להסתמך על קריטריונים כלליים של פעולה. היא עונה לשאלה כיצד צד הכפוף לפעולת הזולת רשאי לדרוש ולצפות מן הצד הפועל לבצע את פעולתו.<sup>102</sup> עקרון תום הלב הוא בה־בעת קונקרטי יותר וכללי יותר וגם שאפתן יותר; בניגוד לדיבורים רטוריים על מושג שסתום שיש למלאו תוכן באופן קזואיסטי, יש לו מובן בסיסי (sense) גם אם יישומיו ותחולתו (reference) אינם ניתנים למסגור מראש. עקרון זה קובע כי בביצוע פעולה על הצד הפועל להתחשב – ולו באופן מינימלי, כדרישת סף ללגיטימיות של פעולה – באינטרסים ובתכליות של הצד השני, ואינו מרשה לצד הפועל להתייחס לצד השני כאמצעי בלבד בקידום תכליותיו־שלו (המקור הקאנטיאני להבניה זו ברור: החובה המוחלטת להתייחס לכל אדם כאל תכלית לכשעצמה, לא כאמצעי בלבד).<sup>103</sup> בכך, העקרון מגביל את דוקטרינת *abuse of right* של המשפט המקובל המסורתי. לפיכך, תום לב אינו זהה לסבירות: הוא אינו מדמיינ "אדם סביר" בסיטואציה נתונה וגוזר מכך התנהגות ראויה. הוא קונקרטי למערכת יחסים נתונה. הוא אינו מבצע אובייקטיביזציה של הקיום החוזי כפי שפועלת הסבירות. הפועל בתום לב פועל כך כסובייקט, לא כאובייקט. אף שסבירות יכולה להיות אינדיקציה לתום לב, היא אינה השתקפות שלו ושני העקרונות נובעים מערכים אחרים. כך, התביעה להתנהגות תמת לב היא בעלת משמעות גם כשהתנהגות חסרת תום לב היא סבירה. לעקרון הסבירות יש מרכיב אמפירי חזק ואילו עקרון תום הלב הוא בעיקרו נורמטיבי. אפשר לנסח חובת תום לב בשפה נורמטיבית שאינה מכירה את מושג הסבירות, ממש כפי שאפשר לנסח את עקרון הסבירות בשפה שמושג תום הלב אינו קיים בה. גם ההתפתחות ההיסטורית של המושגים הללו והשדות המשפטיים האופייניים להם (סבירות בנוזיקין ותום לב בחוזים) מראים על עצמאות הדדית ועל כך שמושגים אלו אינם ניתנים לרדוקציה הדדית (non co-reducible). עם זאת, על אף הפער המושגי, במקרים קונקרטיים רבים סבירות ותום הלב עושים עבודה דומה: למשל, במקרה *Sport d'Hiver* שנדון לעיל, הקביעה שהתמהמהות הקונה במסירת הודעה על אי־התאמה הייתה לא סבירה (סעיף 39 לאמנה) הייתה יכולה להינתן במדויק גם מכוח חבותו בחובת תום לב. גם עיון ב־PECL מראה קרבה בין שני המושגים, כשהמנסחים עושים שימוש באחד כדי

102 יש, כמובן, עמדות רבות ביחס לסבירות, החל בעמדות אידאולוגיות במפורש וכלה בדקונסטרוקציה של המושג עצמו. לדיון בגישות משפטיות מקובלות בהקשרים שונים ראו כרך ב' של הספר

.REASONABLENESS AND LAW (G. Sartor, G. Bongiovanni, C. Valentini eds., 2009)

103 ראו עמנואל קאנט הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות (תרגום מ' שפי, 1984).

להנהיר – אך לא למצות – את השני.<sup>104</sup> אף ה-UCC יוצר זיקה כזו ומשתמש במושג הסבירות כדי לבצע קונקרטיזציה של חובת הפעולה בתום לב.<sup>105</sup> מבחינת האחידות היישומית, טענתו של קריצר תהיה שמושג הסבירות הוא נהיר יותר בספרה הביין-לאומית מאשר מושג תום הלב, וכי היעדרו של האחד מפוצה במידה רבה מאוד על-ידי קיומו של השני, שעל כן היעדר חובת תום לב ביצועית מה-CISG אינו בעל משמעות רבה.

### ח. הערה לגבי פלורליזם משפטי באמנה

יש לציין כי יש עניינים שבהם האמנה עצמה מאפשרת פלורליזם משפטי. פירוש הדבר שהיבטים מסוימים של הדין האופרטיבי החל על חיובים וסכסוכים במסגרתה יהיו נתונים להשפעות אידיוסיןקרטיות, בדרך כלל בשל מסורות, ערכים או שיקולי מדיניות של הפורום הדין – כשאלת סעד האכיפה שנדון לעיל – או של בחירת הצדדים תוך שימוש בכוחם על-פי סעיף 6 לאמנה. אלו שני ערוצים נפרדים: האחד מקורו בדין, האחר מקורו בחופש העיצוב החוזי של הצדדים. לכאורה, אפשר לפיכך לטעון שאת שאלת תום הלב אין הכרח לפתור באופן תאורטי ויש להותירה במסגרת השוליים הפלורליסטיים של החלת האמנה.

פלורליזם משפטי הוא אחת התופעות המעניינות בכל התבוננות סוציולוגית ונורמטיבית במשפט. התובנה המרכזית היא שהמשפט אינו מבנה מונוליתי אחיד כפי שהוא נחזה להיות בתורות משפט מסוימות, אם פוזיטיביסטיות ואם נטורליסטיות, אלא שבמסגרת קטגוריית הלגאליות יש מקום להסדרים מקבילים, חליפיים ואף מתחרים. העניין בפלורליזם משפטי גובר ככל שהמדינה הריכוזית המסורתית שותפה ליותר הסדרים משפטיים על-לאומיים מחד גיסא, ומכירה יותר בתקפם של הסדרים מקומיים וחלקיים במסגרתה מאידך גיסא.<sup>106</sup> בישראל, שאלת החלות המקבילה של דינים וערכאות בשאלות מסוימות הנוגעות לדיני משפחה היא דוגמה מובהקת של פלורליזם

104 זו לשון הסעיף הרלוונטי: "Article 1:302: Reasonableness – Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account"

105 לעיל ה"ש 93. ראו גם E. Allan Farnsworth, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code*, 30 U. CHI. L. REV. 666 (1963)

106 Thomas Wilhelmsson, *Legal Integration as Disintegration of National Law*, in LEGAL POLYCENTRICITY – CONSEQUENCES OF PLURALISM IN LAW 127 (1995). הספרות המחקרית בשאלות של פלורליזם משפטי צומחת כמעט מיום ואף מוקדש לה כתב עת, JOURNAL OF LEGAL PLURALISM AND UNOFFICIAL LAW



משפטי. דוגמאות נוספות קשורות להליכים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים (בעיקר כאלו המיישמים דין שאינו דין המדינה, כדין תורה), או להכרה המתגברת בחלות של המשפט הבין-לאומי הפומבי בעניינים שהדין הישראלי הפנימי חל עליהם, כבפסק הדין בעניין חומת הפרדה.<sup>107</sup> בחשיבה הרב-תרבותית, פלורליזם משפטי הוא פתרון מעניין לסדרה של בעיות, אך במשפט הבין-לאומי הפרטי הוא נתפס בדרך כלל דווקא כבעיית היסוד. כפי שנטען להלן, אחד משני הרציונלים של אמנת וינה הוא התמודדות עם פלורליזם משפטי בתחום חלות האמנה. הותרת עניינים מרכזיים בה להסדרה פלורליסטית נוגדת הן את הרציונל הזה והן את הוראת האחידות היישומית של סעיף 7. המשמעות של החלת פלורליזם משפטי בשאלת תום הלב היא העדפת עקרון הנטייה הלאומית ועידוד forum shopping על-פני יצירת דין בין-לאומי אפקטיבי. לכן, על אף האטרקטיביות של פלורליזם משפטי בתחומים מסוימים, אין לאמץ גישה זו כפתרון דוקטרינרי לשאלת תום הלב בעסקאות מכר בין-לאומיות. מובן שפלורליזם ורגישות הקשרית עשויים לבוא לידי ביטוי בשאלות של החלה ויישום האמנה: מה ייחשב כהתנהגות תמת לב ומה הם המנהגים והסטנדרטים הקהילתיים לביורור שאלה זו, בעקבות תיקופם של הללו על-ידי סעיף 9 לאמנה. השאלה הכללית איזו משמעות חיובית אפשר לייחס לקיום פלורליזם משפטי במסגרת CISG – לכאורה התופעה שהאמנה ניסתה להתגבר עליה – ובאלו אופנים אופייה היחסתני (bottom-up) של האמנה (למשל: תיקוף של נהגים קיימים, סעיף 9 לאמנה) משתלב בגישת top-down האופיינית לכל פרויקט של הסדרה בדרך של אימוץ חקיקה כוללנית (ובמידת מה, קודיפיקטיבית),<sup>108</sup> תיזקק לביורור בהזדמנות אחרת.

## ט. סיכום

עיקרו של מאמר זה בחיבור בין תורת הפרשנות האופרטיבית של מסמך היסוד של דיני המכר הבין-לאומי, אמנת וינה 1980 (CISG), לתורת תום הלב שלה, וליתר דיוק: שימוש בתורת פרשנות זו כדי לפתור קושיה נורמטיבית מרכזית באמנה, הנמצאת במחלוקת בין מלומדים זה שנים, היינו: האם האמנה מחילה על הצדדים חובת תום לב ביצועית ישירה (אף שבטקסט שלה אין זכר לכך), או חובה פרשנית בלבד המופנית מטבעה בעיקר כלפי פורומים המפרשים את האמנה עצמה. הראינו כי האמנה עצמה מְתַקֶּפֶת בחינה

107 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).

108 גישת ביניים מעניינת מאפיינת את PECL, שרבים ממחבריו, חברי ועדת Lando – אף שהם רואים אותו כבסיס אפשרי לקודיפיקציה אירופית עתידית של דיני חוזים – גורסים שלעת עתה ראוי להותירו כמסמך אקדמי, לא מחייב, שבתי משפט יוכלו להתייעץ בו ולהכניסו למערכת באופן אינקרמנטלי והדרגתי ולא בצורה של חקיקה "מלמעלה" (דיווח של חבר הוועדה פרופ' ריינהרד צימרמן, ראש מכון מקס פלאנק למשפט פרטי בין-לאומי והשוואתי, המבורג, יולי 2004).

אמפירית-ראליסטית של השאלה ולפיכך נמנענו בחלק הראשון של הדיון מחיפוש של מקור נורמטיבי ראשוני לעגן בו את חובת תום הלב הביצועית, הואיל ושאלת קיומו של מקור כזה היא שמהווה את עיקר המחלוקת בין מצדדי העמדה המצמצמת, הטוענים כי בקרב מנסחי האמנה הוסכם במפורש שלא להחיל את החובה הביצועית, לבין מצדדי העמדה המרחיבה, הגורסים שבסיס נורמטיבי זה קיים ואפשר לשאובו מעקרונות האמנה הכלליים. לשיטתנו, תורת הפרשנות האופרטיבית של האמנה מורה על בחינת השאלה אם האמנה מחילה חובת תום לב ביצועית או פרשנית בלבד כיום תוך התבססות על מציאות אמפירית נתונה ולא במונחים של תקפות פרשנית א-היסטורית ואל-זמנית, שאליה אפשר להגיע מתוך ניתוח נטול הקשר של הטקסט הנורמטיבי בלבד.

נוסף על כך פירטנו גם ניתוח פרשני-מושגי של הסוגיה המתבסס לא על תפיסה חיצונית כללית של לקונות ומילויין אלא על ניתוח פנימי של הוראות האמנה בנדון. מסקנתנו היא ששתי המתודות – האמפירית והפרשנית-תאורטית – מורות כי אמנת וינה מחילה חובת תום לב כללית – היינו: הן פרשנית (המופנית לבתי משפט ופורומים אחרים) והן ביצועית (המופנית לצדדים) – ללא הבחנה פורמלית בין שלבי היחסים המשפטיים שבין הצדדים (טרום-חוזי, חוזי ופוסט-חוזי). נוסף על כך הבענו פקוק בתנאי היסוד של השאלה, היינו: הקונסיסטנטיות מלכתחילה של ההבחנה בין חובה פרשנית לחובה ביצועית (שלא לדבר על התועלת או היעדר התועלת שבהבחנה זו). ניסינו לנסח טיעון שיוכל להתקבל גם על דעת גישות פורמליסטיות יותר, שיקבלו את ההבחנה הזו כנקודת מוצא תקפה.

אמנת וינה נמצאת במרכזו של תהליך מסתעף והולך של האחדה בין-לאומית של דינים עסקיים ומסחריים. קבוצות עבודה של UNCITRAL פרסמו – או מגבשות – אמנות בתחומים רבים, הן מהותיים (כמו דיני הובלה ודיני מסחר אלקטרוני) והן תומכים או פריפריאליים (כמו שיטות תשלום או יישוב סכסוכים).<sup>109</sup> ב-2003 פרסמה ועדת לנדו (Lando), שמונתה על-ידי האיחוד האירופי, את עקרונות דיני החוזים האירופיים –

109 קצת מן הפרוייקטים, שחלקם (אלו שתאריך בצידם) נשלמו, מפורטים להלן: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 1974); Legal Guide on International Countertrade Transactions; Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978 (the "Hamburg Rules"); United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade; Conciliation Rules (1980); Model Law on International Commercial Arbitration (1985); Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958); Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services (1994); Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works; Legal Guide on Electronic Funds Transfers; Model Law on International Credit Transfers (1992); Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York, 1995); Model Law on Electronic Commerce. מקור: [http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts.html](http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html).

INCOTERMS כ- (PECL) Principles of European Contract Law.<sup>110</sup> תניות מכר אחידות, של לשכת המסחר הבין-לאומית בפריז (ICC), נמצאות בשימוש נפוץ זה שנים, בעיקר לאחר עדכון בשנים 1990 ו-2000 ושוב בשנת 2010.<sup>111</sup> אפילו תחומים הנוטעים עמוק בתרבויות משפטיות מקומיות ובאידאולוגיות שלהן, כפשיטת רגל, נמצאים בתהליכי האחדה.<sup>112</sup> חלק ניכר מן הבעיות שנדונו במאמר זה, כמו גם הפתרונות שהוצעו להן, חלים גם ביחס לתחומים אלה. אין שום אפשרות להתייחס באופן קונסטרוקטיבי או ביקורתי לאתגרי הגלובליזציה הללו ללא פיתוח ביקורתי של תורת משפט אופרטיבית. המחשבה שאפשר לפתח דין בין-לאומי רק על-ידי אימוץ מסמך אחיד על-ידי שיטות משפט שיש להן מסורות פרשניות ויישומיות שונות זו מזו היא טעות מכשילה. הקשיים נוצרים ברובד התורת-משפטי האופרטיבי,<sup>113</sup> שבו באים לידי ביטוי העקרונות הבסיסיים ששיטת המשפט מחויבת להם בפוגשם דין של הקהילה הבין-לאומית. טענתנו אינה שעל שיטת משפט כלשהי לוותר על עקרונות נורמטיביים חשובים שהיא רואה עצמה כמחויבת להם, אלא שבפסיקת CISG יצטרכו הפורומים להצדיק במפורש העדפות נורמטיביות של *lex fori* מטעמי תקנת הציבור ולהבדילם מנטייתם הטבעית להרמוניזציה פנימית של דין "חיצוני" ו"פנימי"; כלומר: ניסיון להתאים ככל האפשר את הדין החדש לדינים הקיימים, המוכרים. ברירת המחדל בתחום זה אינה הדין המקומי אלא עקרון האופי הבין-לאומי והאחידות היישומית. סעיף 7 לאמנת וינה הוא המבטא את העמדה העקרונית הבסיסית של האחדת דיני הסחר הבין-לאומי. הואיל ועקרון כללי של תום לב לכשעצמו אינו לכאורה חלק מהאחדה זו, הרי שאין פלא שיישומו מעורר הרבה יותר מחלוקות וקשיים תאורטיים. מאמר זה מציע שתי דרכים להתגבר על קשיים אלה לקראת יישום של עקרון תום לב במסגרת CISG באופן שאינו פרשני גרידא אלא ביצועי. המשימה אינה קלה ותובעת מבתי משפט ומפורומים אחרים היכרות כמעט חסרת תקדים – ולו בשל חלוקתה של האמנה והכמות הגדולה של פסיקה פרשנית מכוחה – עם פסיקה בין-לאומית. המודל התורת-משפטי הפורמלי של מקורות המשפט הפוזיטיבי, המבחין בין מקורות מחייבים (או למצער בעלי תוקף של ברירת מחדל) לבין מקורות אחרים, אינו יכול לשרת את פסיקת אמנת וינה. סעיף 7 – ולמען האמת, עצם טבעה של האמנה, אף אם ההוראה הפוזיטיבית לא הייתה נכללת בה – קורא לקיום מולטילוג גלובלי בין פורומים במדינות לשם התגברות על הנטייה להרמוניזציה פנימית ולשם יצירת קהילה

110 ראו <http://jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002>

111 ראו <http://iccwbo.org/incoterms>

112 ראו [http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html), *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*

113 היינו תורת המשפט המכוונת את הבנת, הבניית ויישום הדין, להבדיל מתורת משפט תאורטית או ספקולטיבית העוסקת בשאלות (כגון טבע הנורמה המשפטית) שאינן בעלות זיקה לשיטת משפט מסוימת כלשהי.

דמיונית שמאפייניה המרכזיים, בעקבות אפיונו של הברמס (Habermas) למוסדות דמוקרטיים, הם שיתוף, פתיחות ודליברציה (deliberation) שהם מקיימים בשאלות נורמטיביות – זאת בניגוד למודל הדומינציה הסטנדרטי של המשפט ההיררכי.<sup>114</sup> אולי אין פלא שהמערכות העיקריות שפותחו במערב בתחום המשפט העסקי הבין-לאומי – Lex Mercatoria, דיני הובלה, ביטוח ושיטות תשלום – פותחו באופן הדרגתי על-ידי קהילות מסחריות מבוזרות הרבה לפני שאומצו על-ידי המשפט המדינתי. ההבחנה בין עסקה בין-לאומית למקומית נחלשת כל הזמן. האופציה והאלטרנטיבה הבין-לאומית לעסקה המקומית נוכחת יותר ויותר לא רק בתחומי המכר והייצור אלא גם בתחומי הזכיינות, השירותים, השירותים הפיננסיים, המקצועות החופשיים ושוק העבודה הגלובלי, שהוא אולי הגזרה הבעייתית ביותר. בניגוד לתחומי רגולציה מובהקים, האידאל של המשפט הפרטי הוא להיעלם אל הרקע – שהמשפט, במורכבותו המאיימת, יפסיק להיות מכשלה לטרנזקציות, מקומיות כבין-לאומיות. נראה כי CISG מנסה לעשות זאת בגמישותה היחסתנית (relational), במתן תוקף לנהגים קיימים, בעקרון הסבירות שלה ובפשרות שהיא מבצעת. לטעמנו, CISG מציעה אף יותר מזה, לפחות בעניינים מסוימים כגון דיני התרופות המשוכללים שלה, המנסים לתמוך בקיום עסקאות גם במצבי הפרה. כך, למשל, סעד ההפחתה במחיר (סעיף 50), השעיית הביצוע (סעיף 71), זכות ביטול מצומצמת במקרי הפרה לא יסודית (Nachfrist), (סעיף 49(2)) וזכותו של המוכר לרפא את ההפרה בתנאים מסוימים אף לאחר שחלף מועד הביצוע (סעיף 48).<sup>115</sup> החריג לכך הוא כישלונה הזועק בעניין סעד האכיפה תלוי הפורום, שנדון לעיל. במרבית חלקיה, היא מודל לדינים טרנסאקטואליים בכלל, בין-לאומיים כמקומיים. אכן, מנסחי PECL, שאינם מבחינים בין עסקה מקומית לבין-לאומית, נועצו ב-CISG לא אחת.<sup>116</sup> זאת, דווקא מפני שהיא מנסה להימנע מלספק כללי פעולה נוקשים, משתדלת לספק לצדדים תמיכה משפטית באופן שבו הם מבינים את היחסים המסחריים ביניהם ומעודדת תקשורת וחלוקה באינפורמציה (ראו, למשל, סעיף 8). קביעה זו, כמובן, אינה חפה מהטיות. מטרתנו במאמר זה הייתה לפתח תוך שימוש בטכניקות פרשניות עיון שיוכל להתקבל גם על דעת מי שמבחינה נורמטיבית אינו תומך בעמדה המרחיבה בשאלת תום הלב. לכן נמנענו מלהתבסס ישירות על טיעון נורמטיבי,

JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS (1996) 114

Jonathan Yovel, *The Seller's Right to Cure a Failure to Perform in International Sales*, ראו 115 NORDIC JOURNAL OF COMMERCIAL LAW 1 (2005); Jonathan Yovel, *Cure After the Date for Delivery*, in AN INTERNATIONAL APPROACH TO THE INTERPRETATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 480 (John Felemegas ed., 2007).

116 שיחה עם חבר ועדת לנדו, פרופ' ריינהרד צימרמן, ראש מכון מקס פלאנק למשפט פרטי בין-לאומי והשוואתי, המבורג, יולי 2004. להשוואה שיטתית בין המסמכים ראו FELEMEGAS, לעיל ה"ש 23.

היינו כי הפרשנות המרחיבה עדיפה על המצמצמת בשל טעמים עצמאיים התומכים בהחלה רחבה של תום לב ביחסים מסחריים בין-לאומיים בכלל. אחד התחומים שבהם CISG מתקשה הוא תחום תום הלב כעקרון כללי. במאמר זה ניסינו להראות כי תורת המשפט האופרטיבית של האמנה עצמה מאפשרת להתגבר על קושי זה באמצעות שתי אסטרטגיות שאין ביניהן סתירה. הדיון מראה כי על אף הרמה הגבוהה של קונצנזוס פרשני באשר למרבית הוראות CISG והערכים הגלומים בה, "הקהילה הפרשנית" של CISG אינה ישות נתונה: זהו פרויקט בבנייה, שחלקים ממנו מציפים אל פני השטח מחלוקות ערכיות עמוקות וחלקים אחרים מסתירים אותן.