

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1432/03

וערעור שכנגד

בפני: כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות

המערערת (המשיבה שכנגד): ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ

נ ג ד

המשיבה (המערערת שכנגד): 1. מאג'דה קרעאן

המשיבים בערעור (משיבים
פורמלים בערעור שכנגד):

2. זכי זבארקה
3. מוחמד רמזן זבארקה
4. "ים סוף" מאפיה קורופקטיבית

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים
מיום 2.1.03 בת.א. 1169/97 שניתן על-ידי כבוד השופטת
מ' מזרחי

תאריך הישיבה: כ"ח בכסלו התשס"ד (23.12.03)

בשם המערערת
(המשיבה שכנגד): עו"ד אפרים ולדמן; עו"ד ליעד חורב

בשם המשיבה 1
(המערערת שכנגד): עו"ד אהרון ברקאי; עו"ד אירית יפו
בשם המשיבים 2 ו-3: עו"ד מחמוד חדיג'יה
בשם המשיבה 4: עו"ד ראובן הלר

פסק-דין

השופט א' ריבלין:

1. המשיבה, פלסטינאית תושבת העיר קלקיליה שבשטחים המוחזקים, נפגעה בתאונת עבודה בעת שעבדה במפעלה של המערערת, חברה הרשומה בישראל. המפעל

מצוי באלפי מנשה - יישוב ישראלי בשטחים. השאלה העומדת להכרעה בערעור זה היא שאלה של ברירת הדין: מהו הדין לפיו יש לדון בתביעת הנזיקין שהגישה המשיבה כנגד המערערת? הדין הירדני, המעניק לה, ללא צורך בהוכחת אחריות, פיצוי בסכום של 187,200 ש"ח (כך לפי חוות דעת מומחה שהוגשה לבית המשפט המחוזי)? או שמה הדין הישראלי, אותו החיל בית המשפט המחוזי, אשר פסק למשיבה סכום של כ- 1,400,000 ש"ח, משנקבע כי המערערת התרשלה כלפי המשיבה?

אלא שעוד קודם שנפנה לשאלה הנכבדה הזו, בדבר ברירת הדינים, עלינו להסיר מעל דרכנו קושי אחר, נכבד לא פחות, הנוגע ליחס שבין כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, החלים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, לבין כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

הדין החל על ארוע שארע בשטחים המוחזקים – בין המשפט הבינלאומי הפומבי לפרטי

2. המערערת סבורה כי לדיני ברירת הדינים אין כלל נגיעה למקרים, כגון זה שבפנינו, שבהם ארע מעשה העוולה בשטחים המוחזקים. לשיטתה של המערערת, יחול בהכרח, על עוולה אשר בוצעה בגדה המערבית, הדין הירדני, כפי שתוקן מעת לעת על ידי המפקד הצבאי. זאת מבלי שיתקיים צורך, ומבלי שתהא אפשרות, לדון בכללי ברירת הדין. לשיטתה, בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי, אשר אומצו בחקיקת מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, ממשך לחול, בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, הדין שנהג בו עובר לכיבוש. משכך, וכל עוד לא הוחלה, מפורשות ובמצוות המחוקק, פקודת הנזיקין [נוסח חדש], על השטחים המוחזקים, "סיפח", בלשונה, בית המשפט קמא, בהחילו, מכוח כללי ברירת הדינים, את הדין הישראלי על התאונה שבפנינו, את השטחים המוחזקים למדינת ישראל, מכוחה של "חקיקה שיפוטית".

טענות אלה, אף שיש להן הד בפסיקת הערכאות הראשונות (ראו למשל: תא (ת"א) אמסלם נ' לוי, פ"מ תשנ"ג(1) 232, ת"א 5777/99 (בית משפט השלום בכפר סבא) מוחמד נ' יקיר אגודה שיתופית להתיישבות קהילתית בע"מ), מבוססות, כך הבהירה היטב השופטת מ' מזרחי בפסק דינה המקיף והמעמיק, על תפיסה שגוייה בדבר תחולתם של כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ושל כללי המשפט הישראלי בשטחי הגדה המערבית.

3. עמדת המשפט הבינלאומי הפומבי בשאלת המשפט החל בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, מוסדרת בתקנה 43 לתוספת לאמנת האג בדבר דיניה ומנהגיה של

המלחמה ביבשה, משנת 1907 (אמנת האג הרביעית), אשר קובעת (בתרגומו של י' דינשטיין "סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים" עיוני משפט ב 505, 506, אשר אומץ בפסיקה, ראו למשל: בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הביטחון, פ"ד לו(2) 622, 629, בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 793) בזו הלשון:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים, תוך כיבוד החוקים שבתוקף בארץ אלא אם כן קיימת מניעה מוחלטת לכך.

בשל שאמנת האג הרביעית היא אמנה דקלרטיבית – לאמור: אמנה המבטאת משפט מינהגי – הרי שיש לה תחולה בדין הישראלי, כפי שכבר נקבע בבית משפט זה (בג"ץ 606/78 סלימאן תופיק אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 120, 129, בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 14, 29).

ברם, לעניין השאלה שבפנינו – לאמור: המשך תחולת הדין הקודם בגדה המערבית – אין צורך להדרש דווקא לכללי המשפט הבינלאומי הפומבי. אלה עוגנו, לעניין זה, מייד עם כינונו של הממשל הצבאי בגדה המערבית, במנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מנשר מס' 2) תשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 1) 3 (להלן: המנשר), אותו הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור. הוראת סעיף 2 למנשר קובעת:

המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 ביוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא ההגנה לישראל.

מאז הוצאת המנשר ועד היום לא הוחל על הגדה המערבית, ככלל, המשפט הישראלי (בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 13). סעיף 2 למנשר, נותר, איפוא, בגדר הוראת היסוד לעניין הדין החל בשטחים המוחזקים. נפסק כי לאור הוראת המנשר, חלות בשטחים המוחזקים, לצד תחיקת הביטחון וכללי המשפט הבינלאומי המינהגי, הוראות הדין הירדני, כפי שהתקיימו ביום 7 ביוני 1967 – בבחינת הדין הקודם של האזור. זאת, בלי כל קשר לשאלה הנכבדה בדבר מעמדה של ממלכת ירדן בגדה המערבית טרם נתפס האזור על ידי צה"ל, ובדבר עמידת החוקים שחוקקה

הממלכה ההאשמית במבחני החוקיות המקובלים במשפט הבינלאומי הפומבי (בג"ץ 61/80 העצני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 595, 597-598, וראו גם: א' זמיר וא' בנבנשתי אדמות היהודים ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים (1993) 64).

4. כללי המשפט הבינלאומי, אשר אומצו כאמור במנשר, מבטאים את התפיסה הרווחת בדבר מעמדה המשפטי של התפיסה הלוחמתית. כידוע, הכיבוש, אינו מקנה, כשלעצמו, בסיס לרכישת זכות בטריטוריה על ידי המעצמה הכובשת (M. N. Shaw, *International Law* (5th ed., 2003) 422-424, להרחבה ראו: Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (3rd ed., 2001) 151-155). מעמדה המשפטי של המעצמה הכובשת הוא כשל מחזיקה בפיקדון, כשל נאמנה בלבד. זמניות זו, הניצבת ביסוד התפיסה הלוחמתית, היא המסבירה את הגבלת סמכויות החקיקה של הממשל הצבאי, ואת הכלל בדבר שמירת המצב המשפטי הקיים בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. זאת ועוד זאת: שימור הדין הקודם, מבטיח רציפות, מונע את היווצרותו של וואקום משפטי, ומבטיח את זכויותיהם של תושבי השטח הכבוש, ככל שהתקיימו ערב הכיבוש (וראו את פרשנותם של פרופ' א' זמיר ופרופ' א' בנבנשתי להוראת סעיף 2 למנשר: בספרם הנ"ל, בעמ' 136-139).

5. המערערת גוזרת מהוראות המנשר, המבטאות את הכללים המנהגיים של המשפט הבינלאומי, את המסקנה לפיה יחול על ארוע שהתרחש בגדה המערבית, כאזור המוחזק בתפיסה לוחמתית, אך ורק הדין הירדני – הוא הדין הקודם בלא להתחשב בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. פרשנות זו אין לאמץ. אינני סבור כי היא עולה בקנה אחד עם לשונן של הוראות המנשר. יתרה מכך – היא אינה מתבקשת מתכלית המשטר המשפטי שכונן המנשר בגדה המערבית.

אכן, אין חולק על שבית המשפט הישראלי, מחוייב להוראות המנשר ולכללי המשפט הבינלאומי הפומבי המינהגי. עם זאת, בכך לבד אין כדי למנוע מבית המשפט מלהחיל את הדין הישראלי על אירועים שהתרחשו בשטחים המוחזקים, מקום בו מתבקשת החלה שכזו לאור כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

6. נפסק כבר בעבר, כי עצם עובדת היותם של שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה בבחינת שטחים מוחזקים, אינה מונעת את החלתם של חוקים ישראליים על הנעשה בהם, במידה שלפי כללי הפרשנות הנוהגים בישראל, יש לייחס לחוקים אלה תחולה אקסטרטריטוריאלית. כך כשם שייטכן שחוק ישראלי יחול – in personam – גם על מעשים הנעשים מחוץ לטריטוריה של מדינת ישראל – במדינות זרות (ראו למשל: בג"ץ

279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו(2) 945, ע"א 800/89 ביטון נ' קרטל, פ"ד מו(2) 651, 657), יכול החוק לחול, באותה מידה ובאותו האופן, מחוץ לטריטוריה של מדינת ישראל – בשטחים המוחזקים. לדוגמה, הוראות סעיף 131 לפקודת מס הכנסה, כנוסחן אז, פורשו כחלות גם על הגדה המערבית, וכמאפשרות לפקיד השומה להפעיל את סמכויותיו ולדרוש הגשת דוח גם בשטחים אלה (ע"פ 123/83 חברת ק.פ.א. פלדות קריית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 813, 822-823).

באורח דומה, נפסק כי חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991, חל גם בשטחים המוחזקים. בית המשפט קבע, כי בהתחשב במטרת החוק, יש לפרשו כמבקש לחול על כל ילד חטוף המצוי במקום הנתון לשליטתה של המדינה ובלבד שעניינה של החטיפה מצוי בסמכות בית המשפט בישראל (ע"א 6056/93 ע"ד נ' ע"ד, פ"ד נא(4) 197, 201. יוער כי חוק אמנת האג מנוי כיום בתוספת לתקנה 6ב לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967, ועל כן הוא חל על אזרח ישראלי שמקום מגוריו בשטחים – כפי שהיה בעובדות פרשת ע"ד).

בפרשות האמורות החיל בית המשפט חוקים ישראליים על ארועים שהתרחשו בשטחים המוחזקים. בכך אין לראות, בניגוד לסברתה של המערערת, משום "סיפוח שיפוטי" של השטחים למדינת ישראל. הסמכות להחיל את המשפט הישראלי על שטחים המוחזקים על ידי צה"ל, והמהווים חלק מארץ ישראל, נתונה בידי הממשלה, מכוח הוראת סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 (להלכה, סמכות זו עודה נתונה גם לשר הביטחון, מכוח הוראת סעיף 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948, אשר לא בוטלה. ראו: א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך א, מהדורה חמישית, תשנ"ז) 87-83. לשאלה האם יש בהחלת המשפט הישראלי, מכוח הפקודה, משום "סיפוח" ראו: י' דינשטיין "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה" הפרקליט כז 5 (תשל"א), י' בלום "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה" הפרקליט כז 315 (תשל"א), י' דינשטיין "והפדה לא נפדתה" או 'לא הפגנות אלא מעשים" הפרקליט כז 519 (תשל"א), י' בלום "מזרח ירושלים אינה שטח כבוש" הפרקליט כז 183 (תשל"ב)).

7. כשם שהחלת חקיקה ישראלית אקסטרטריטוריאלית על השטחים המוחזקים אינה מביאה ל"סיפוחם" (כטענת המערערת), כך גם החלתם של כללי ברירת הדין על עוולות שבוצעו בגדה המערבית. אכן, ייתכן כי, בסופה של בחינת כללי ברירת הדין, יגיע בית המשפט למסקנה כי על עוולה שבוצעה בגדה המערבית חל הדין הישראלי. אלא שאין

הכרעה זו, בסכסוך נתון, בהתאם לדין הישראלי, משפיעה על המעמד הריבוני של אותם השטחים. שהרי בהתרחש ארוע מסויים אין כללי ברירת הדין מחילים עליו, בהכרח, את דין המקום בו ארע. כך למשל, הוחלו, על מעשה עוולה שהתבצע בפולין דיני הפיצויים המוכרים במשפטנו שלנו (ע"א 180/51 גולדקורן נ' ויטוצקי, פ"ד ח(1) 262, 266 (להלן: פרשת גולדקורן)). בכך אין ולא כלום. בדיוק כשם שאין אבק של "סיפוח" במעשהו של בית המשפט של מדינת ניו יורק שהחיל על עוולה שבוצעה באונטריו, קנדה, את הדין של מדינת ניו יורק בפסק הדין החשוב בעניין *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (להלן: פרשת *Babcock*) אליו עוד נשוב בהרחבה.

אין זאת אלא שבעוד שהמשפט הבינלאומי הפומבי קובע איזהו הדין החל במקום בו בוצעה העוולה (לאחר שבית המשפט קבע, בהתאם להוראות המשפט הפרטי, מהו המקום הגיאוגרפי בו בוצעה העוולה), הרי שהמשפט הבינלאומי הפרטי קובע האם אותו דין, דין מקום ביצוע העוולה (*lex loci delicti commissi*) – הוא, ולא אחר – יכריע בסכסוך הנתון. כך קבעו, בפרשת גולדקורן, כללי המשפט הבינלאומי הפומבי, כי הארוע ארע בשטח הכפוף לריבונות ולדין של מדינת פולין. בפרשת *Babcock*, קבעו אותם כללים כי הארוע ארע בשטח הכפוף לריבונות ולדין של אונטריו. בשתי הפרשות, קבעו הוראות המשפט הבינלאומי הפרטי, כפי שהובנו על ידי בית המשפט דאז, כי אין להחיל על הארוע את דין מקום ביצוע העוולה. העוולה הוכפפה, לפחות בחלקה, לדין הפורום (*lex fori*).

8. במקרה שבפנינו, קובעות הוראות המשפט הבינלאומי הפומבי – וגם הוראות המפקד הצבאי – כי דין מקום ביצועה של עוולה, אם זו נתרחה בגדה המערבית, הוא דין מדינת ירדן, כפי שהתקיים ערב תפיסת השטח על ידי כוחות צה"ל. אך בכך, אין כדי לקבוע כי אכן דין מקום ביצוע העוולה – דין מדינת ירדן – הוא הדין החל על המאורע המעוול. ההכרעה בדבר ברירת הדין, תתקבל על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ולא על סמך כללי המשפט הבינלאומי הפומבי. אלה האחרונים, ככלל, אינם מטילים מגבלות על המדינות בכל הנוגע להסדרת היחסים הפרטיים הבינלאומיים (ראו: 30-38 (2000) *B. Audit Droit international privé*). כך החילו בתי המשפט את דין ישראל על עוולות שביצע אזרח ישראל אחד כלפי רעהו, בשטחים המוחזקים (ראו למשל: ת"א (ב"ש) 151/80 קפלן נ' גבאי, פ"מ תשמ"ב(2) 290, המ' (ת"א) 2911/83 כץ נ' חגל, פ"מ תשמ"ז(2) 119). בתי המשפט לא כפרו בכך שלפי מצוות המנשר ולאור כללי המשפט הבינלאומי הפומבי חל באותם אזורים דין זר – אלא שבהנתן כללי המשפט הבינלאומי הפרטי המקובלים עליהם, לא מצאו הם לנכון להחיל באותם מקרים את דין המקום בו בוצעה העוולה.

אשר על כן, יש לדחות את טענת המערערת, כי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי אינם מאפשרים כלל להכפיף מעשה עוולה שבוצע בגדה המערבית, ואשר התביעה בגינו נידונה בפני בית משפט ישראלי, לכללי ברירת הדין המקובלים אצלנו. עתה, נפנה לבחון את אלה.

ברירת הדין בנזיקין

9. כללי ברירת הדין מספקים מענה לשאלה איזהו הדין אשר לו תוכפף עילת תביעה בה מעורב גורם זר. בנסיבות המקרה שבפנינו, עניין לנו בכלל ברירת הדין בנזיקין. צריכים אנו לברור את הדין לפיו תוכרענה שאלת האחריות ושאלת גובה הפיצוי בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לשטחה של מדינת ישראל. שאלה זו, של בחירת הדין בנזיקין, נמנית על השאלות העיוניות המורכבות ביותר בדיני מתקל הדינים, בארץ ובעולם. בשיטות שונות הוצעו תשובות שונות ומגוונות לשאלה. עמדת המשפט הישראלי ביחס אליה אינה חד משמעית. התפיסות השונות שהובעו בפסיקה בארץ, נשענו, בעיקרן, על התפיסות השונות המקובלות בשיטות אחרות. נפנה אל אלה תחילה.

המשפט האנגלי

10. המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי הוטרד רבות בשאלת ברירת הדין בנזיקין. פסק הדין אשר הציב את "הכלל" של המשפט המקובל ניתן בעניין *Phillips v. Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1 (להלן: עניין *Phillips*). בפועל, סבה התפתחות המשפט המקובל בתחום זה סביב פרשנות מובאה אחת מדבריו של השופט Willes באותו עניין, בעמ' 28-29:

As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if committed in England...Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done.

מימרה זו, אותה ניתן היה להבין כמתייחסת דווקא לשאלת הסמכות, נתפרשה מאוחר יותר, ככלל הקובע את עקרונות ברירת הדין בנזיקין (*P. North Private International*) (Law Problems in Common Law Jurisdictions (1993) 156-157). למימרה שתי צלעות.

הראשונה - נוגעת לדרישה שהמעשה בגינו מוגשת התביעה יוכר כעוולה בת תביעה בדין האנגלי, לאמור – דין הפורום. הצלע השנייה מתייחסת לדין החל במקום ביצוע העוולה. מהות הדרישה, לעניין הקבוע בדין זה, דהיינו – הדרישה שהמעשה לא יהא "מוצדק" בדין מקום ביצוע העוולה - נידונה באריכות בפסיקה המאוחרת יותר ברחבי ארצות המשפט המקובל (להרחבה ראו: J. H. C. Morris *The Conflict of Laws* (by D. McClean, 5th ed., 2000) 360-362). היא נבחנה בפסיקת בית הלורדים בפרשה החשובה *Chaplin v. Boys* [1969] 2 All E.R. 1085 (להלן: פרשת *Chaplin*). באותה פרשה נחלקו דעות הלורדים וספק אם ניתן לדלות הלכה מחייבת ברורה מפסק הדין, אלא שבתי המשפט קבעו, מאוחר יותר, כי את ההלכה העולה מפסק הדין יש למצוא בחוות הדעת של הלורדים Wilberforce ו-Hodson (A. V. Dicey & J. H. C. Morris *The Conflict of Laws* (vol. 2, by L. Collins, 13th ed., 2000) 1511). הלורד Wilberforce הציב את הפרשנות החדשה לכלל ברירת הדין בנוזיקין של המשפט המקובל, תוך ניסוח מחודש של הצלע השנייה של הנוסחה שהוצבה כאמור בפרשת *Phillips*:

I would...restate the basic rule of English law with regard to foreign torts as requiring actionability as a tort according to English law, subject to the condition that civil liability in respect of the relevant claim exists as between the actual parties under the law of the foreign country where the act was done (p. 1102).

לאמור: הדרישה היא לקיומה של אחריות אזרחית, בין אותם הצדדים, לגבי כל אחד ממרכיבי התביעה, בדין מקום ביצוע העוולה. לפי פרשנות זו, הכלל הוא כלל של "תביעות כפולה" ("double actionability"); על התובע להראות כי עומדת לזכותו עילת תביעה הן בדין הפורום, והן בדין מקום ביצוע העוולה. הוא יזכה בתביעתו רק בגין כל רכיב של האחריות ושל הנזק שמתקיים בשני הדינים גם יחד. אלא שלכלל זה, הציבו הלורדים חריג, שנועד להבטיח מידה מסויימת של גמישות. לפי החריג הזה, מקום בו לא יהא זה מוצדק להפעיל את הכלל, יש להחיל את דין המדינה שלה הקשר המשמעותי ביותר לעוולה ולצדדים. כך, בפרשת *Chaplin*, הוכפפה תאונה בה היו מעורבים שני אנגלים, ששהו שהייה זמנית במלטה, כחלק משירותם הצבאי, לדין האנגלי בלבד – תוך התעלמות מהדין המלטזי – דין מקום ביצוע העוולה.

בפסיקה מאוחרת, נפסק כי החריג שהוכר בפרשת *Chaplin* יכול גם להביא להתעלמות מדין הפורום (ולא רק להתעלמות מדין מקום ביצוע העוולה, כפי שהיה בנסיבות פרשת *Chaplin*) ולהחלתו של הדין הזר בלבד (*Red Sea Insurance Co. Ltd. v.*)

(*Bouygues S.A.*, [1994] 3 All E.R. 749 (P.C.)) יחד עם זאת, נותרו גדריו של החריג עמומים (J. G. Collier *Conflict of Laws* (3rd ed., 2001) 225-226).

11. הביקורת הקשה שנמתחה על כלל ברירת הדין של המשפט המקובל, ובמיוחד כנגד המשקל הנכבד שהוא מייחס לדין הפורום, הניעה את המחוקק האנגלי לכלל מעשה. ה-1995 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act ביטל את הכלל שהציב המשפט המקובל – לאמור – כלל "התביעות הכפולה" המלווה כאמור בחריג (סעיף 10), וקבע כלל ברירת דין חדש, הנוגע למרביתן של העוולות. כלל "התביעות הכפולה" ממשיך לחול שם, רק לגבי עוולת לשון הרע המוגדרת בחוק באופן מרחיב (עד שנכללות בה עוולות השקר המפגיע והתיאור כוזב, ראו: סעיף 13 לחוק). ההסבר להוצאת עוולה זו מגדרי הכלל נעוץ בלחצם של גופי התקשורת אשר חששו לגורלו של חופש הביטוי בעיתונות האנגלית - זו המופצת גם מחוץ לאנגליה (G. C. Cheshire & P. M. North *Private International Law* (by P. North & J. J. Fawcett, 13th ed., 1999) 656-657). כלל ה"תביעות הכפולה" ממשיך גם לחול על עוולות אשר בוצעו טרם כניסת החוק לתוקף, ביום 1 במאי 1996 (סעיף 14(1)).

בכל הנוגע ליתר העוולות, הוחלף כלל "התביעות הכפולה" בכלל חדש, וגם לציודו של זה ניצב חריג. הכלל קבוע היום בסעיף 11 לחוק:

The general rule is that the applicable law is the law of the country in which the events constituting the tort or delict in question occur.

והחריג מפורט בסעיף 12:

1. If it appears, in all circumstances, from a comparison of-
 - a. the significance of the factors which connect a tort or delict with the country whose law would be the applicable law under the general rule; and
 - b. the significance of any factors connecting the tort or delict with another country,

that it is substantially more appropriate for the applicable law for determining the issues arising in the case, or any of those issues, to be the law of the other country,

the general rule is displaced and the applicable law for determining those issues or that issue (as the case may be) is the law of that other country.

2. The factors that may be taken into account as connecting a tort or delict with a country for the purposes of this section include, in particular, factors relating to the parties, to any of the events which constitute the tort or delict in question or to any of the circumstances or consequences of those events.

הכלל הנוהג כיום באנגליה זהה לכלל המקובל מקדמת דנא ביבשת אירופה – אליה עוד נשוב – ולפיו יוחל על העוולה דין מקום ביצועה. יחד עם זאת, קובע החוק חריג לכלל זה, הדומה ברוחו, לחריג שנקבע לכלל "התביעות הכפולה" בפסק הדין בעניין *Chaplin*. מכוח החריג, לא יוחל דין המדינה בה בוצעה העוולה אם קיימת מדינה אחרת, אשר לה קשר הדוק יותר, במידה משמעותית, עם העוולה או עם העניין. השוואה זו נערכת על יסוד השוואת הסממנים הקשורים, בין השאר, בצדדים, בארועים המהווים את העוולה, או בנסיבותיהם ותוצאותיהם (להרחבה ולהדגמה ראו: Dicey ו-Morris, בטרם ה"ל, בעמ' 1552-1556). אף חריג זה, לוקה, כמובן, בעמימות רבה, ועל כך נמתחה ביקורת (Collier, בטרם ה"ל, בעמ' 231-232, North ו-Cheshire, בטרם ה"ל, בעמ' 637-638). מנגד, יש המוצאים בכלל מסגרת ברורה, כמו גם מדיניות ברורה, אשר לאורן יוכלו בתי המשפט לפעול כשהם מונחים על ידי פרמטרים ברורים למדי (C. J. S. Morse "Making English Private International Law" In *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North* (ed. by J. Fawcett, 2002) 273, 298-299). אין בנמצא עדיין פסיקה די שתבהיר את היקף החלת החריג (לסקירת הפסיקה הקיימת ראו התוספת השלישית לספרם של Dicey ו-Morris, בעמ' 407), וטרם ניתן מענה לשאלה האם ניתן להתחשב בגדרו גם בשיקולים של מדיניות ציבורית (יש העונים לשאלה זו בשלילה, לאור לשון הסעיף המתייחסת אך לזיקות של הדינים לארוע ולצדדים: North ו-Cheshire, בטרם ה"ל, בעמ' 637-638, 639-640, אך יש הסוברים אחרת: Dicey ו-Morris, בטרם ה"ל, בעמ' 1554).

קנדה ואוסטרליה

12. בקנדה ובאוסטרליה, שתיים ממדינות המשפט המקובל, ניתן להצביע על התפתחות מעניינת וחשובה, בשנים האחרונות, בדיני ברירת הדינים בנוזיקין.

כבאנגליה, אף במדינות אלה הוחלף הכלל המסורתי בכלל חדש, הדומה לזה שאומץ בחקיקה האנגלית, אלא שבמדינות אלה, נתבצעה המרת כלל ברירת הדין בידי בית המשפט.

בקנדה, היה מקובל משך יובל שנים כלל "התביעות הכפולה" האנגלי שנוסח בפרשת *Phillips*. הכלל אומץ בפסיקת בית המשפט העליון הקנדי בפסק הדין *McLean Tolofson v. Pettigrew* [1945] S.C.R. 62. בפסק דין מנחה שניתן בשנת 1994 – *Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon* [1994] 3 S.C.R. 1022 (להלן: עניין *Tolofson*) - ביטל בית המשפט העליון הקנדי הלכה זו, אשר תוארה על ידיו כאנאכרוניסטית. השופט La Forest הסביר בפסק הדין כי בעולם המודרני, בו הולכת וגוברת הניידות מיום ליום, יש חשיבות יתרה לכיבודו של עקרון הטריטוריאליות. לפיכך הגיע השופט למסקנה כי:

From the general principle that a state has exclusive jurisdiction within its own territories and that other states must under principles of comity respect the exercise of its jurisdiction within its own territory, it seems axiomatic to me that, at least as a general rule, the law to be applied in torts is the law of the place where the activity occurred, i.e., the *lex loci delicti* (pp. 1049-1050).

שורה של גורמים הביאה את בית המשפט הקנדי לבחור בכלל זה של ברירת הדין – דין מקום ביצוע העוולה. השופט La Forest מציין כי כלל שכזה נושא עימו את יתרון הוודאות, והוא גם נוח להפעלה. הכלל תואם את ציפיותיהם הרגילות של הצדדים – אשר מניחים כי פעולותיהם נשלטות על ידי חוקי המדינה בה הם נמצאים. בדעת הרוב נפסק שם כי הכלל – לפיו יש להחיל את דין מקום ביצוע העוולה – נעדר חריגים, ככל שהדברים אמורים במתקל דינים בין דיניהן של פרובינציות קנדיות שונות. לעומת זאת, הסכימו כל השופטים, באמרות אגב, כי מקום בו המתקל הוא ברמה הבינלאומית (דהיינו – בין שתי מדינות – ולא שתי פרובינציות – שונות), יהיה לעיתים מקום לסטות מן הכלל האמור. ואכן, בפסיקה מאוחרת של הערכאות הנמוכות, שנדרשו להתמודד עם סוגיות של מתקל דינים בינלאומי, נקבע כי יש ליתן לבית המשפט שיקול דעת להפעיל חריג לכלל החלת דין מקום ביצוע העוולה, כאשר תביא החלת דין זה לאי צדק (ראו למשל את פסיקותיו של בית המשפט לערעורים של אונטריו: *Hanlan v. Wong v. Lee* (2002) 211 D.L.R. (4th) 69, *Sernesky* (1998) 38 O.R. (3d) 479 – שם הדגישו שופטי הרוב כי החריג יופעל רק במקרים חריגים ביותר).

13. בית המשפט העליון האוסטרלי בחר בנתיב דומה. בעבר, הוחל באוסטרליה כלל "התביעות הכפולה" שנקבע בפסק הדין בעניין *Phillips* (*Kopp v Bebb* [1951]) (HCA 74), בשינויים קלים (*McKain v. R. W. Miller & Co. (South Australia) Pty.*) (HCA 56 [1991] Ltd.). בשנת 2000, פסק בית המשפט העליון של אוסטרליה כי יש לזנוח כלל זה – כלל "התביעות הכפולה", ככל שהדברים אמורים בתביעות בתוך אוסטרליה בהן מעורבים גורמים מיותר ממדינה או טריטוריה אחת של הפדרציה האוסטרלית. בפסק הדין בעניין *John Pfeiffer Pty Ltd. v. Rogerson* [2000] HCA 36 (להלן: עניין *Pfeiffer*), נקבע כי הדין החל על עוולה שכזו הוא דין מקום ביצועה. עוד נקבע שם כי לכלל זה אין כל חריג.

כשנתיים לאחר מכן, פסק בית המשפט העליון האוסטרלי כי כלל "התביעות הכפולה" איבד מתוקפו גם מקום בו מדובר בשאלה של ברירת דינים בינלאומית. בעניין *Régie National des Usines Renault SA v. Zhang* [2002] HCA 10 (להלן: פרשת *Renault*) נפסק כי אף על עוולות שארעו מחוץ לשטחה של אוסטרליה, יוחל דין מקום ביצוען. שופטי הרוב היו נכונים להכיר בחריג מוגבל ביותר לכלל האמור, חריג שיופעל כאשר שיקולי תקנת הציבור מחייבים הימנעות מהחלת דין מקום ביצוע העוולה. שופט המיעוט היה נכון להכיר בחריג גמיש מעט יותר.

מדינות היבשת

14. בעוד ששיטות המשפט המקובל החלו מייחסות מעמד בכורה לדין מקום ביצוע העוולה רק בשנים האחרונות, מבוססים היו דיני ברירת הדין בנזיקין של מדינות אירופה, כמעט מאז ומתמיד, על עקרון היסוד לפיו הדין אותו יש להחיל על העוולה הוא דין מקום ביצועה (כלל ברירת דין זה בנזיקין הוא מכללי ברירת הדין העתיקים ביותר ביבשת, ואת שורשיו ניתן לאתר כבר במאה ה-13. לסקירה היסטורית מקיפה של התפתחות כללי ברירת הדין במערב, מהעת העתיקה ועד היום, ראו: Audit, 1990 H. Batiffol et P. Lagarde *Traité de droit international privé* 56-112, וכן ((8e ed., Tome 1, 1993) 372-410).

הכלל עודו מקובל ברובן המכריע של מדינות אירופה, מכוח חקיקה (ראו למשל בספרד סעיף 10(9) ל-*Código civil*) או פסיקה. מקצת מן המדינות מכירות בחריגים לכלל, למשל, מקום בו העוולה מתבצעת על רקע של מערכת יחסים קיימת, שאז מוחל הדין אליו כפופה מערכת היחסים. יש והחריג מבוסס על בחינת הזיקות של הצדדים למדינות השונות: אם לצדדים זיקה הדוקה יותר עם מדינה שאינה המדינה בה

בוצעה העוולה – דינה של מדינה זו הוא שיגבר. אולם מכל מקום, נקודת המוצא היא בכל מקרה החלתו של דין מקום ביצוע העוולה – אפילו ניתן לשקול החלת דין אחר (לסקירת דינן של המדינות השונות במערב אירופה ראו: M. Reimann *Conflict of Laws* (in *Western Europe – A Guide through the Jungle* (1995) 134-137).

יוער, עם זאת, כי במספר מדינות באירופה מקובלים כללים שונים. כך, למשל, בשווייץ, נוהג הסדר ייחודי, לפיו דין מקום ביצוע העוולה יוחל רק אם למזיק ולניזוק אין מקום מגורים רגיל משותף. במקרים בהם יש להם מקום מגורים משותף, יוחל דינו של אותו מקום. כמו כן, אם הפרה העוולה מערכת יחסים משפטית קיימת, היא תוכפף לדין שחל על אותם היחסים (סעיף 133 ל-Loi fédérale sur le droit international privé). יש המצביעים על ההסדר השווייצי הגמיש יחסית, כעל המקור לסעיפי החוק המתירים, באירופה, חריגה מהכלל המפנה לדין מקום ביצוע העוולה (Batiffol ו- Lagarde, בטרנס ה"ל, בעמ' 410).

15. את גישתן הרווחת של מדינות היבשת קל להדגים באמצעות הדין במדינת צרפת. כללי ברירת הדינים (כמו גם היבטים אחרים של המשפט הבינלאומי הפרטי) הם בין התחומים היחידים במשפט הפרטי הצרפתי שאינם מוסדרים בצורה מפורטת וברורה ב-Code civil (לענייננו ראו סעיף 1 al. 3 לקוד). לפיכך, התגבשו כללי ברירת הדינים בפסיקה (jurisprudence) תוך שהספרות המשפטית (doctrine) מילאה תפקיד מרכזי בהיווצרותם.

כל עוד לא הוכרעה השאלה סופית בפסיקה, סברו מרבית בתי המשפט, כמו גם המלומדים, כי הכלל הוא שיש להחיל את דין מקום ביצוע העוולה, כמקובל מאז ימי הביניים. ואכן, בשנת 1948 קבע ה-Cour de cassation מפורשות, בפסק דין שעסק בתאונת דרכים, בה היו מעורבים שני אזרחי צרפת, ואשר ארעה על אדמת מדינת ספרד, כי הדין החל על העוולה הוא דין המקום בו התרחשה – דין מדינת ספרד. מאז ועד היום לא ננטש הכלל הזה. מערכת המשפט הצרפתית סירבה בעקביות לכרסם בו או להמירו בגישות האמריקאיות, עליהן עוד נרחיב את הדיבור, העוסקות בניתוח אינטרסים וזיקות (Y. Loussouarn et P. Bourel *Droit international privé* (4e ed., 1993) 141-142). אמנם הערכאות הנמוכות ביקשו, לעיתים, להחיל על עוולות שבוצעו מחוץ לצרפת את דין הפורום – דין מדינת צרפת – במקרים בהם הן המזיק והן הניזוק היו אזרחים צרפתיים. לשם כך הופעלו על ידי בתי משפט אלה מספר כללים: התבססות על קשר תוזי מכללא שהתקיים כביכול בין הצדדים, סיווג השאלה כפרוצדוראלית, וכן השענות על חריג תקנת הציבור. אולם ה-Cour de cassation גילה יחס עויין בברור

ליצירת החריג באמצעות הטכניקות הללו, והוא נטה לפסול החלטות ברוח זו של הערכאות הנמוכות (Audit, בטרם הנ"ל, בעמ' 160, 660-661; P. Mayer Droit ; 422-427 (4e ed., 1991) *internationale privé*).

16. במאמר מוסגר – והנוגע לענייננו - יוער כי בעבר הוחל בצרפת על תאונות עבודה (וכזכור, המשיבה בענייננו נפגעה בתאונת עבודה) דין חוזה העבודה. כיום, נדחתה גישה זו כיוון שאין בתי המשפט נכונים עוד להותיר את השאלה להכרעתם החופשית של הצדדים, בחוזה שביניהם, מחמת פערי העוצמה שביין המעביד לבין העובד. יחד עם זאת, במרבית המקרים בתי המשפט אינם רואים בתאונות עבודה ארועים הנופלים לגדר דיני הנזיקין בהקשר של ברירת הדינים. התפיסה המקובלת יותר היא לראות בדיני הבטיחות בעבודה דינים אותם מבקש המחוקק להחיל, בשל שיקולי מדיניות ציבורית ותקנת ציבור, על כל מקרה בו מקום ביצוע העבודה הוא במדינת צרפת (Audit, בטרם הנ"ל, בעמ' 667; Bourel ו- Loussouarn, בטרם הנ"ל, בעמ' 435-436).

המשפט האמריקאי

17. השיטות אותן תארנו, הציבו איפוא כלל, מלווה לעיתים בחריג, אשר הפנה לדין מסויים – בדרך כלל דין מקום ביצוע העוולה.

שיטה חלופית מוכרת בארצות הברית. התפיסה שם אינה מתבססת על כלל, כי אם על שיקול דעת שיפוטי – על ניסיון פרגמטי של השופט לתור בכל מקרה אחר הדין ה"ראוי" ביותר לחול על אותה העוולה. גישות אלה מכונות לעיתים "דין העוולה" ("the proper law of the tort"). הגה את השם המלומד Morris : "The Proper Law of a Tort" 64 *Harv. L. Rev.* 881 (1951).

מדינות ארצות הברית לא אימצו מעולם את הכלל האנגלי כפי שעוצב בפרשת *Phillips*. בעבר, היה מקובל בהן הכלל לפיו נשלטת העוולה על ידי דין המקום בו בוצעה. כלל זה הוא שהופיע כעקרון היסוד בריסטייטמנט הראשון – Restatement, Conflict of Laws §377 (1934), שהושפע עמוקות מתאוריית "הזכויות המוקנות" (vested rights), אותה קידם המלומד האנגלי Dicey. לפי התאוריה הזו – הזכות, ובענייננו – הזכות הנזיקית – נרכשת במקום בו היא נוצרה – מקום ביצוע העוולה – ועל המשפט במדינות אחרות, לכבד זכות זו, שקיומה היה ל"עובדה" (על התאוריה וביקורתה ראו: ע' שפירא "הערות על טיבם ותכליתם של כללי ברירת הדין במשפט

הבינלאומי הפרטי" עיוני משפט י 275, 283-286 (תשמ"ד). הכלל עודו מקובל במספר מוגבל של מדינות (ראו: §124 Conflict of Laws 16 Am Jur 2d, וכן E. F. Scoles & P. Hay *Conflict of Laws* (2nd ed., 1992) 578-579). אולם הפרכת תאוריית הזכויות המוקנות, כמו גם הביקורת הרבה שנמתחה במחצית השנייה של המאה הקודמת על קשיחותו של הכלל המפנה, תמיד, לדין מקום ביצוע העוולה, ועוצם עיניו לתוכן המהותי של הדינים ביניהם הוא בורר, הביאה את מרבית מדינות ארצות הברית לנטוש אותו.

רוב רובן של המדינות בחרו בגישת "הזיקה המשמעותית ביותר" (most significant relationship). גישה זו היא שהחליפה את כלל החלת דין מקום ביצוע העוולה ב- §145 Restatement, Second, Conflict of Laws :

- (1) The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in §6.
- (2) Contacts to be taken into account in applying the principles of §6 to determine the law applicable to an issue include:
 - (a) the place where the injury occurred,
 - (b) the place where the conduct causing the injury occurred,
 - (c) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
 - (d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered.
 These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

§6, הפורס את המטרות הערכיות אשר לאורן נערכת הבחינה בהתאם למצוות §145 מורה :

- ...the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
- (a) the needs of the interstate and international system,
 - (b) the relevant policies of the forum
 - (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
 - (d) the protection of justified expectations,

- (e) the basic policies underlying the particular field of law,
- (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
- (g) ease in the determination and application of the law to be applied.

18. המבחן הקבוע בריסטייטמנט השני מחייב, איפוא, את בית המשפט לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ולהכריע – מהי המדינה שלה הזיקה המשמעותית ביותר למאורע ולצדדים. ההשוואה מתבצעת לרוב לאורו של מבחן, שיש הרואים אותו כמבחן אחר ונפרד ממבחן הזיקה האמיצה ביותר – מבחן ניתוח האינטרסים – Governmental interests approach. לפי המבחן, מתבצעת בחינת הזיקות, של התביעה בגין העוולה, אל המדינות השונות לאור האינטרסים של אותן המדינות בהחלט דינן על המאורע. המדינה שדינה יוחל, היא המדינה שלה העניין הרב ביותר בהחלט דינה על העוולה.

דוגמה לבחינה שכזו, ניתן למצוא בפסק דינו החשוב של בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק, שניתן בעניין *Babcock*. ההלכה שנפלה שם נחשבת כמבשרת "המהפכה האמריקאית" במשפט הבינלאומי הפרטי וזניחת כלל ברירת הדין המסורתית. באותו עניין יצאו שלושה חברים, תושבי מדינת ניו יורק, במכוניתו של אחד מהם, לחופשה בפרובינציה של אונטריו שבמדינת קנדה. שם, באונטריו, איבד הנהג שליטה על הרכב והרכב התנגש בקיר. אחת הנוסעות ברכב, שנפגעה בתאונה, הגישה תביעה במדינת ניו יורק, כנגד חברה הנהג. בפרובינציה של אונטריו, בה ארעה התאונה, היה תקף באותם ימים חוק שקבע כי הנהג אינו אחראי כלפי נוסע חינם הנפגע בתאונה ("guest statute"). הוראה שכזו לא נכללה בספר החוקים של מדינת ניו יורק. הערכאות הנמוכות במדינת ניו יורק קבעו, כי לאור תחולת דין מקום ביצוע העוולה – הוא דין אונטריו – מנועה הנוסעת מלהגיש תביעה כנגד הנהג. בית המשפט לערעורים הפך קביעה זו, תוך שהוא מחליף את כלל ברירת הדין המסורתי ב"כלל" חדש אותו הציג בדעת הרוב השופט Fuld בעמ' 283 :

...controlling effect [should be accorded] to the law of the jurisdiction which, because of its relationship or contact with the occurrence or the parties, has the greatest concern with the specific issue raised in the litigation.

ואכן, בית המשפט השווה את הקשרים של מדינות ניו יורק ואונטריו לתביעה שהוגשה בגין העוולה: הפגיעות נגרמו לתושבת ניו יורק בשל התרשלותו של תושב אחר של ניו יורק, אשר מערכת יחסיו עימה נוצרה במדינת ניו יורק, תוך שימוש במכונית אשר

נרשמה ובוטחה במדינת ניו יורק, והכל במהלך נסיעה שהחלה בניו יורק, ואמורה הייתה אף להסתיים בה. מנגד, כך לפי פסק הדין, התבטא הקשר היחיד בין הפרובינציה של אונטריו לבין המאורע, בעובדה המקרית שהתאונה ארעה בשטחה. לאור הבחינה הזו, הגיע בית המשפט, בדעת רוב, למסקנה כי למדינת ניו יורק זיקה הדוקה לתאונה, בעוד שלדיני הפרובינציה של אונטריו, אין אינטרס לחול על המאורע. כך, בשל שלדעת בית המשפט, תכלית החוק הרלוונטי של אונטריו הייתה מניעת קנוניות בין נוסעי הרכב למארחם – הנהג – בהגשת תביעות פיקטיביות או מוגזמות כנגד חברות ביטוח. משזו תכלית החוק, אליבא דבית המשפט, הרי שאין לפרובינציה של אונטריו כל עניין בתביעה המוגשת במדינת ניו-יורק, והמתנהלת בין תושביה של מדינה זו.

19. מבחן הזיקה המשמעותית ביותר (או גישת ניתוח האינטרסים), מותר שיקול דעת של ממש בידי בית המשפט הדין בכל מקרה ומקרה, ולכאורה, הוא כרוך בוויכוח מוחלט על הניסיון להציב כללים להכרעה בסוגיית ברירת הדין בנזיקין.

אלא שבפועל, לא נעלמו הכללים מן ההכרעה בשאלת ברירת הדינים, הם אך הוחלשו; ואכן, הריסטייטמנט השני קובע, בקשר לעוולות השונות ולסוגיות הנזיקיות השונות, חזקות בדבר המדינה שלה הזיקה האמיצה ביותר למאורע. לדוגמה, בקשר לתביעות בגין נזקי גוף נקבע בסעיף 146:

In an action for personal injury, the local law of the state where the injury occurred determines the rights and liabilities of the parties, unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in §6 to the occurrence and the parties, in which event the local law of the other state will be applied.

בחזקה זו, וברבות מהחזקות האחרות, שאף הן מפנות אל דין מקום ביצוע העוולה (ראו: §§156-160, 162, 164-166, 172), יש למעשה חזרה אל הכלל לפיו מוחל דין מקום ביצוע העוולה, תוך הכפפתו לחריג – המאפשר סטייה מן הכלל במקרים בהם יש לעוולה זיקה משמעותית יותר למדינה אחרת. נדמה, על כן, כי בסופו של יום, החלת השיטות האמריקאיות השונות אינה מביאה לתוצאות שונות באורח ממשי מאלו המתקבלות מהחלת הכללים המקובלים במדינות אחרות (Audit, ב1987 ה"ל, בעמ' 110).

עד כאן – שם; ומשם – לכאן.

הפסיקה הישראלית ושאלת ברירת הדין בנזיקין

20. ניתן היה, לכאורה, לסבור כי במשפט הישראלי נפתרת שאלת ברירת הדין בנזיקין, לפחות באופן חלקי, במסגרת הוראתו של סעיף 3 לפקודת הנזיקין:

הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה — כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה.

אלא שהפסיקה קבעה כבר כי אין בה, בהוראת הסעיף הזה, מענה לשאלה מהו הדין אשר יחול בתביעת נזיקין אשר בה מעורב גורם זר; נפסק מפורשות שאין הסעיף מונע את החלת הדין הישראלי על עוולה שבוצעה מחוץ לישראל – מקום שכללי המשפט הבינלאומי הפרטי שלנו מחייבים זאת (ע"א 98/67 ליבהר נ' גזית ושחם חברה לבניין בע"מ, פ"ד כא(2) 243, 248-249; לאור הדברים אותם כבר אמרנו, נכון הדבר גם לגבי עוולה שבוצעה בשטחים המוחזקים, ראו: א' רובינשטיין "ישראל והשטחים: סמכויות השיפוט" עיוני משפט יד 415, 451).

את מלאכת עיצוב כללי ברירת הדין בנזיקין, הותיר, איפוא, המחוקק לבית המשפט. דיני ברירת הדין של המשפט המקובל נשאבו אל תוך הפסיקה. בית המשפט אימץ את הכלל האנגלי כפי שנקבע בפרשת *Phillips*, בפרשת גולדקורן הנ"ל. לפי כלל זה נהגו בתי המשפט בארץ במשך השנים, והוא עודכן בהתאם להתפתחויות שחלו במשפט המקובל. כך, בת"א (ב"ש) 151/80 קפלן נ' גבאי, פ"מ תשמ"ב(2) 290, אימצה השופטת ד' דורנר (אז – שופטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע) את הפרשנות שניתנה להלכת *Phillips* בפרשת *Chaplin* על ידי השופטים Wilberforce ו-Hodson; קרי – את כלל "התביעות הכפולה" המלווה בחריג.

21. בעשורים האחרונים, לא נדרש בית משפט זה ישירות לשאלה נשוא הערעור הזה. הושמעו, עם זאת, מספר אמרות אגב בסוגיית ברירת הדינים. לפחות בחלקן, הייתה בהן בפועל משום סטייה מההלכות הקיימות.

בע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לז(4) 449 (להלן: עניין קלאוזנר) כתבה המשנה לנשיא (אז – השופטת) מ' בן-פורת, בהתייחסה לגישה הראוייה לשאלת ברירת הדינים בנוזיקין כי: "אין לי צורך להכריע בערעור זה בשאלה נכבדה זו, די איפוא אם אומר, כי לכאורה נראית לי הגישה בארצות הברית עדיפה [על זו שבמשפט המקובל האנגלי]" [ההדגשה במקור] (עמ' 459). אמרה זו נותרה בגדר אמרת אגב, כפי שציינה המשנה לנשיא, בשל שלבסוף הוחלט, באותו המקרה, כי התביעה נעדרה כל מרכיב זר. זאת ועוד זאת, בפועל, לא העלתה הפרשה שנידונה בפני בית המשפט באותו עניין, כפי שציינ שם השופט י' שילה, כל שאלה של ברירת דין. בית המשפט נדרש שם להעריך את הנזקים שגרמה תאונה שארעה במדינת ישראל לאדם, אשר טען כי יש לראות בו תושב מדינה זרה. השאלות שם נגעו לאופן הערכת הפסדיו ולאופן היוון הפיצויים. ההתחשבות בהיותו של הנפגע תושב זר בקשר לשאלות אלה איננה פועל יוצא של הפעלת כללי ברירת הדין, כי אם התחשבות במאפייניו האישיים של הניזוק, ככל שזו נדרשת לפי מצוות הדין הישראלי, על מנת שניתן יהיה לפסוק לו פיצוי ששייב אותו למצב בו היה מצוי אלמלא העוולה (עוד ראו הערותיה של המלומדה ס' וסרשטיין-פסברג על פסק הדין במאמרה "ברירת דין וקביעת הנזק בתביעות נזיקין" משפטים כו 325, 343-349 (תשנ"ו)).

כאמור, מאז שניתן פסק הדין בפרשת קלאוזנר השתנה הדין באנגליה. דומה כי המשנה לנשיא מ' בן-פורת ביקשה בפרשת קלאוזנר להביע את תמיכתה בכלל ברירת דין אשר יפנה לדין מקום ביצוע העוולה, אך ביקשה בד בבד להבטיח כי כלל זה לא יהא נוקשה, וכי יותיר לשופט שיקול דעת להעדיף על פני דין מקום ביצוע העוולה את דינה של מדינה אחרת, שלה זיקה הדוקה יותר לעוולה – כפי שמאפשר כיום הדין האנגלי.

22. בפרשה מאוחרת יותר, ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365, הביעה השופטת ט' שטרסברג-כהן תמיכה בדבריה של המשנה לנשיא מ' בן פורת בפרשת קלאוזנר. אף כאן נאמרו הדברים בהערת אגב, באשר נושא הדיון היה שאלה הקשורה בסמכות בית המשפט (דוקטרינת ה"פורום הבלתי נאות") ולא שאלת ברירת הדין. ואכן הנשיא (אז – השופט) א' ברק והשופט מ' בייסקי הסתייגו שם מפורשות מדבריה של השופטת ט' שטרסברג-כהן (להערות נוספות על הדברים ראו: מ' קרייני השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית (תשס"ב) 257-256).

23. בפרשה שלישית, ע"א 702/87 מדינת ישראל נ' כהן, פ"ד מח(2) 705 (להלן: עניין כהן), היה זה המשנה לנשיא (אז – השופט) ש' לוין אשר נדרש לשאלת ברירת

הדינים. אף במקרה זה, היו הדברים שנאמרו בעניין בגדר אמירות אגב. וזאת, כפי שציינן שם המשנה לנשיא, בשל שהנושא שנדון שם (כפרשת קלאוזנר) היה ההתחשבות בנתונים שמקורם בחוץ לארץ, ושמשפיעים על שיעור הפיצויים שיש לפסוק לפי הדין הישראלי לתושב זר אשר נפגע מעוולה במדינת ישראל. עם זאת הביע המשנה לנשיא ש' לויין דברים המנוגדים לעמדתה של המשנה לנשיא מ' בן פורת בפרשת קלאוזנר:

איני בטוח שקיימת תועלת של ממש להיזקקות להלכות האמריקניות בעניין זה, שבו אפשר למצוא אסמכתה כמעט לכל פרופוזיציה, כאשר השיקולים להחלת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי בתחום הבין מדינתי-פנימי אפשר שהם שונים מהשיקולים שבהם מתעוררת השאלה בין מדינות ריבוניות (עמ' 727).

עוד מזכיר שם המשנה לנשיא ש' לויין, בהסכמה, את הצעת החוק שהועלתה באותם ימים באנגליה, ולפיה על העוולה יוחל דין מקום ביצועה, אלא אם מצדיקות הנסיבות החלטה לסתור – הצעה שאומצה בינתיים.

24. התייחסות אחרונה בפסיקת בית משפט זה לשאלת ברירת הדין בנוזיקין מצוייה בע"א 5118/92 חברת אלטריפי ללתעהודאת אלעמה בע"מ נ' סלאיימה, פ"ד נ(5) 407. אלא שספק אם ניתן ללמוד מדבריו הקצרים של המשנה לנשיא (אז – השופט) ת' אור לענייננו, באשר באותו עניין לא הוכיחה הנתבעת כי העוולה בוצעה מחוץ לשטח מדינת ישראל.

25. ברי איפוא כי ההלכה לפיה חלים בישראל הכללים אשר נקלטו מהמשפט המקובל – ולפיהם יש להוכיח על מנת לבסס תביעה בנוזיקין בגין עוולה שבוצעה מחוץ לישראל את קיומה של "תביעות כפולה" – לא בוטלה מפורשות בפסיקה.

הפסיקה מלמדת עם זאת על אי נחת ממצב דברים זה. האמרות השונות, שנאמרו אמנם כבדרך אגב, מלמדות על מגמה ברורה. אף לא אחד מהשופטים מביע תמיכה בכלל האנגלי המסורתי של "התביעות הכפולה". גם לטעמי, אין עוד לדבוק בכלל "התביעות הכפולה".

26. במקרה שבפנינו, שלא כבפרשות אותנו סקרנו, אין לנו מנוס מלהכריע בשאלת ברירת הדין. סבור אני כי טוב נעשה אם נאמץ את המלצתם של השופטים אשר את עמדותיהם הבאנו, ונטוש את הכלל, שדומה כי אין עוד חולק כי אבד עליו הכלל, כלל

המייחס משקל מוגזם לדין הפורום (זוהי הביקורת המרכזית שנמתחה על הכלל, ראו למשל: 282-285 (P. Stone *The Conflict of Laws* (1995)), ומטיל נטל כבד על כתפי התובע, הנאלץ להוכיח את עילת התביעה שלו לאור הקבוע בשני דינים שונים. כיום, לאחר שהאנגלים עצמם נפרדו (ככל שהדברים אמורים ברוב העוולות) מכלל זה, וכמוהם - האוסטרלים והקנדים, לא נדבוק בו גם אנו.

27. מסקנה זו מביאה אותנו אל העניין המרכזי הדורש הכרעה. באמרות האגב אותן מצינו בפסיקה התחבטו השופטים בשאלת מהותו של הכלל שראוי שיחליף את הכלל כפי שנתקיים בעבר במשפט המקובל. נדמה כי בסופו של יום, אין פערי הגישות שבפסיקה רחבים כפי שהם נדמים ממבט ראשון. בדבריהם, הביעו השופטים תמיכה בכלל אשר יתבסס על פנייה לדין מקום ביצוע העוולה, תוך הותרת שיקול דעת לבית המשפט לסטות מדין זה, במקרים נדירים בהם שיקולי צדק דורשים זאת. אוסיף מטעמי להצדקת התפיסה הזו.

28. הפנייה אל דין מקום ביצוע העוולה נשענת על עקרון הטריטוריאליזם הממלא תפקיד מרכזי במשפט הבינלאומי הפרטי (וגם הפומבי). התפיסה המקובלת בדבר ריבונות טריטוריאלית, גוררת עימה את התפיסה לפיה הדין החל במקום בו בוצע המעשה, הוא שצריך להכתיב את תוצאותיו של אותו המעשה (Morris, 1901 ה"ל, בעמ' 355-356). הפנייה לדין מקום ביצוע העוולה מוצדקת גם בשל שהיא מציעה מענה לעניינן (ולחובתן) של המדינות בהסדרת הסדר הציבורי בשטחן, בהתאם לעקרון הריבונות הטריטוריאלית. דיני הנזיקין מעצבים כללי התנהגות שהם במידה רבה כללים המסייעים למדינה להבטיח סדר ציבורי (Audit, 1907 ה"ל, בעמ' 161). ידענו כי דיני הנזיקין נועדו להשיג מטרות ציבוריות חשובות של הרתעה, פיזור נזק, עידוד רכישת ביטוח ועוד.

יתרה מכך, המקום בו בוצעה העוולה מהווה בדרך כלל את הקשר האובייקטיבי היחיד של העוולה למדינה כלשהי. העוולה הנזיקית אינה קשורה בסטטוס של האדם או בכשרותו, והקשר שלה אליו נובע ממעשיו של אותו אדם בלבד (Batiffot ו-Lagarde, 1908 ה"ל, בעמ' 469).

ככל שיש לצדדים ציפיות, הכלל גם, עולה בקנה אחד עימן (פרשת *Tolofsen*, בעמ' 1050-1051). האדם הסביר מעריך כי התנהגותו נמדדת לפי הדין החל במקום בו הוא נמצא. ככלל, לא יהיה הוא סבור כי ביוצאו את מדינתו, מלווה אותו דינו שלו.

באותה המידה, אין הוא סבור כי בעודו פועל במדינתו, יוכפף הוא לדין זר – אך בשל העובדה שפגע בתושב מדינה זרה או נפגע על ידו.

יש הסוברים כי בשל שהעוולה הנזיקית היא חיוב בלתי רצוני – קרי: מעשה שאינו מתוכנן – הרי ככלל אין לייחס, בבחירת הדין החל עליה, משמעות של ממש לציפיות הצדדים (לטיעון שכזה ראו: שפירא, במאמרו הנ"ל, בעמ' 295). אכן, ציפיות הצדדים ממלאות תפקיד מועט יותר בדיני הנזיקין מאשר בדיני החוזים. אלא שאין לומר כי אין הן ממלאות בהם כל תפקיד. דיני הנזיקין מכוונים את התנהגותו של האדם. במסגרת ציפיותיו באשר להוראותיהם, הוא בוחר את הסיכונים אותם הוא נוטל, מבטח את עצמו כנגד מקצתם – ובשלב מאוחר יותר גם מנהל את ההתדיינות המשפטית בקשר לעוולה שכבר ארעה.

29. לכלל גם שורה של יתרונות מעשיים. הוא מקדם וודאות ומקל על הצפיות, ובכך הוא מאפשר למזיקים פוטנציאליים ולחברות ביטוח להעריך את הסיכונים שבפעילותם. במקרים בהם אין קושי לאתר את מקום ביצוע העוולה, יביא הכלל לאחידות יחסית בתוצאה ולחסכון בעלויות ההתדיינות. הוא גם יוצר תמריץ שלילי לבחירה מחושבת של מקום ההתדיינות (forum shopping) - בשל שהחלתו מביאה לפיחות משמעותי בהשפעת מקום ההתדיינות - על תוצאתה.

יקל על כן להבין מדוע הועדף הכלל הזה על ידי מרבית מדינות העולם המערבי, כפי שכבר ראינו. בפועל, ההבדל המרכזי בין השיטות השונות, מתבטא בשאלה האם יש מקום לוותר על מקצת מיתרונות הכלל – ובראשם הוודאות והאחידות בתוצאה – לטובת השגת גמישות מסויימת בהחלתו – זאת בדרך של הפעלת חריג בנסיבות מיוחדות. נראה כי אכן יש מקום להכרה בחריג שכזה. אמנם הוא נושא את מחיר הגריעה מן הוודאות, אלא שזהו מחיר ראוי, שכן נוקשותו של הכלל עשויה להביא לתוצאות בלתי רצויות.

30. חריג שכזה ראוי לו שיאפשר הימנעות מהחלת דין מקום ביצוע העוולה, כאשר הדבר נדרש מטעמי צדק. כך יקרה, מקום בו לא יתקיימו ההנחות אשר הביאו אותנו לבחור בכלל – דהיינו כאשר המקום בו בוצעה העוולה הוא נתון מקרי, הנעדר זיקה אמיתית למאורע.

חשוב להדגיש, כי המדובר בחריג, ובחריג בלבד. הכלל הוא כי יוחל דין מקום ביצוע העוולה. רק במקרים נדירים, בהם מצוייה מדינה אחרת, אשר לה זיקה הדוקה יותר, באופן משמעותי, לעוולה – יהיה מקום להפעיל את החריג.

ואכן, חריג דומה מקובל כיום ברבות ממדינות העולם המערבי, אף שהן משתייכות למסורות שונות של משפט. כך מצאנו אותו באנגליה ובסקוטלנד, בקנדה, בשוויץ ובאוסטריה, ובמדינות אחרות. אמנת האג בדבר הדין החל על תאונות דרכים (Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents) משנת 1971 אף היא קובעת כי הכלל הוא שהדין החל על תאונה הוא דין מקום התאונה (סעיף 3), וכי בנסיבות מסויימות ניתן לחרוג ממנו אם כלי הרכב המעורבים בתאונה – כולם – היו רשומים באותה מדינה (סעיפים 4 ו-5). במקרים מיוחדים תהא הפנייה לדין המדינה שבה נהגו כלי הרכב להימצא ("habitually stationed") (סעיף 6). טיטות בדבר אמנות מקיפות יותר, שהוצעו להסדרת שאלת ברירת הדינים בנזיקין בכללותה, במישור הבינלאומי, עוצבו אף הן לפי מודל זה (ראו: North, ב1970 הנ"ל, בעמ' 179-178).

גם בקרב המלומדים בעולם מצוייה תמיכה בהכרה בקיומו של חריג לכלל לפיו הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה, חריג המציג מידה של גמישות מבוקרת (Audit, ב1970 הנ"ל, בעמ' 164, Stone, ב1970 הנ"ל, בעמ' 291, North, ב1970 הנ"ל, בעמ' 173-174, 182-184).

העדרו של נתיב מילוט, המאפשר לבית המשפט לסטות מן החובה להחיל את דין מקום ביצוע העוולה, עשוי להביא לנסיגות מלאכותיים של המנעות מהפעלת הכלל, מקום בו עשוי יישומו להביא לתוצאות בלתי נסבלות. זאת, באמצעות סיווג מניפולטיבי של התביעה או על ידי שימוש גמיש מדי בכלי של תקנת הציבור (E. B. Crawford *International Private Law in Scotland* (1998) 295). תחזית זו התממשה במידה רבה בפסיקת הערכאות הנמוכות בצרפת, אותה תארנו. היא איפיינה גם את פסיקת בתי המשפט בארצות הברית, בימים שקדמו להכרה בחריג לכלל שבריסטיטמנט הראשון.

31. יש שיטענו כי מוטב לנו לנטוש לחלוטין את הניסיון להציב כללי ברירת דין, וטוב שנאמץ את אחת הגישות הנוהגות בארצות הברית באופן שמבחני הזיקה ההדוקה ביותר וניתוח האינטרסים יופעלו לא רק כחריג לכלל – אלא כדרך ההתמודדות הרגילה עם בעיות ברירת הדין בנזיקין. הצעה זו הוצעה בעבר על ידי מלומדים אחדים בארץ: ב' ברכה "לקראת כללים חדשים לברירת הדין בנזיקין?" הפרקליט כו 167 (תש"ל), ע'

שפירא "נזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי: מכללים מכניים לגישה פונקציונלית" עיוני משפט א 96 (תשל"א). (להצעה שונה בתכלית השינוי ראו את הצעתו של המלומד א' לבונטין בהצעת חוק ברירת הדין עם דברי הסבר (מהדורה חדשה, תשנ"ח) 113-119. שם מוצע לכונן בישראל מודל ייחודי לברירת הדין בנזיקין. אלא שספק אם ניתן לאמץ מודל מורכב זה, המהווה חלק מרפורמה כוללת המוצעת במשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי, שלא בדרך של חקיקה).

32. את ההצעה לנטוש כליל את הכלל אין לקבל.

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

הותרת השאלה להכרעה מזדמנת בכל מקרה ומקרה עלולה להביא להחלת המגמתית של דין הפורום גם באותם מקרים בהם הדבר אינו ראוי (יש הסוברים שזוהי אכן נטיית בתי המשפט האמריקאיים, וראו למשל הדברים המובאים על ידי Scoles ו-Hay, בספרם הנ"ל, בעמ' 570). יתרה מכך, היא פוגעת אנושות בצפיות ובוודאות.

יש לבכר, איפוא, כנקודת המוצא, את השיטה הנשענת על כלל של ברירת דין – כלל ניטרלי ומופשט, נעדר תוכן סובסטנטיבי, המבוסס על הוראה המפנה לדין מסויים, מבלי שהשופט יידרש, ככלל, לבחון את תוכנו המהותי של אותו דין.

הגישות ההפוכות לא זכו לתמיכה רבה מחוץ למדינה בה אומצו לראשונה – ארצות הברית. המדינות שנדרשו בעידן המודרני לבחון מחדש את כללי ברירת הדינים שלהן ביכרו שלא לאמץ את הגישות האמריקאיות, ונותרו נאמנות לכלל המסורתי לפיו הדין המוחל הוא דין מקום ביצוע העוולה, תוך שמירת הגמישות הרצוייה בדרך של הוספת חריג לכלל. כך נעשה באנגליה, תוך שגישת ניתוח האינטרסים נדחית מפורשות על ידי ה-North Cheshire Law Commission (בספרם הנ"ל, בעמ' 615). כך גם נהגו באוסטריה ובגרמניה.

בתי המשפט באוסטרליה ובקנדה שניצבו בפני הצורך להחליף את כלל "התביעות הכפולה" בכלל ברירת דינים חדש, דחו מפורשות את הגישה האמריקאית.

בנימוקיהם המשותפים בפרשת *Pfeiffer* כותבים נשיא בית המשפט האוסטרלי Gleeson

והשופטים Hayne ו-Gummow, McHugh, Gaudron :

..it might be thought that, often enough, the search for the proper law of the tort has led, in the United States, to the application of the law of the forum simply because the plaintiff chose to institute the proceeding in that place (para. 78).

ואילו השופט Kirby מציין בפרשת *Renault* :

In the United States, where the flexibility has been the result of a judicial revolution which resulted in the widespread abandonment of the rule of the place of the wrong, it has led to considerable uncertainty and difficulty of application. Indeed, the outcome has been described as 'hopelessly confused, chaotic, unpredictable, and – despite all laudable efforts to explain it – incomprehensible' (Kahn-Freud, reviewing *Morse Torts in Private International Law* (1979) 50 *British Year Book of International Law* 200 at 201). Australian law should resist all such temptations (para. 127).

33. כאמור, בארצות הברית עצמה נוצרו חזקות לפיהן נקבע מהו הדין המוחל על כל עוולה נתונה; בכך ביקשה גם הגישה האמריקאית להחליץ מן הגמישות המוקצנת.

מכל מקום יקשה ליישם אצלנו את הגישה דשם ולהתאימה ל"תנאי הארץ ויושביה". נתונה של מדינה פדרלית כארצות הברית שונים עד למאוד מנתונה של מדינת ישראל, אשר מתקלי הדין היחידים האפשריים בה הם אלו שברמה הבינלאומית. על כך עמד המשנה לנשיא ש' לויין בדברים שהבאנו מפרשת כהן. על הדברים חוזרת בהסכמה פרופ' ס' וסרשטיין-פסברג, במאמרה הנ"ל, בעמ' 350. גם מלומדים אחרים עמדו על העובדה שבמסגרת הפדרלית, יכול השופט במדינה אחת לעמוד בקלות יחסית על תכלית החקיקה שבמדינה האחות. לעומת זאת, ברמה הבינלאומית, בה רופף הקשר בין שיטות המשפט השונות בהרבה, הדבר קשה לאין ערוך (Audit, בספר הנ"ל, בעמ' 111, וראו גם: J. J. Fawcett "Is American Governmental Interest Analysis the Solution to English Tort Choice of Law Problems?" 31 *The International and Comparative Law Quarterly* 150, 158-159 (1982)).

34. סוף דבר, נותרנו ובידנו הכלל לפיו הדין החל על העוולה הוא דין מקום ביצועה. לכלל האמור, נכיר בחריג, על פיו לא יהא זה צודק להחיל את דין מקום ביצוע העוולה – מקום בו הקשר בין מקום ביצוע העוולה לעוולה הוא מקרי. במקרה חריג – ונדיר – שכזה, יהיה על בית המשפט להחיל את דין המדינה שלה הקשר ההדוק ביותר לאותה העוולה. אכן קיומו של חריג שכזה מוסיף, מטבע הדברים, עמימות לדין; יהא זה תפקידו של בית המשפט להבהיר בהדרגה עמימות זו, בעת שיבוא ליישם, בכל מקרה ומקרה, את הכלל ואת החריג לו. הפסיקה תעמוד גם בפני הצורך לקבוע מבחנים לקביעת מיקומה של עוולה חוצת גבולות (בעייה דומה קיימת בקשר לפרשנות תקנה 500(7) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שעניינה בכללי הסמכות). יהיו, ללא ספק, מקרים בהם לא בנקל יעמוד בית המשפט על מיקומה הגיאוגרפי של העוולה. אלא שאין זה המקרה שלפנינו. כאן נתקיימו מרכיבי העוולה במקום גיאוגרפי אחד.

35. במקרה שבפנינו אין לנו גם צורך להידרש לשאלה אם קביעת כללי שומת הנזק נתונה לדין הפורום בלבד. בפרשת קלאוזנר סברה המשנה לנשיא מ' בן פורת כי יש להפוך את ההלכה שקלטנו מהמשפט המקובל, ואשר לפיה מוכרעת שאלת שומת הנזק לפי דין הפורום, בלי כל תלות בדין החל על העוולה (זאת בשל שהיא מוגדרת כשאלה פרוצדוראלית). לנו אין צורך להדרש לשאלה זו כיוון שהשאלות העולות בפנינו – אם קיימת זכות פיצוי בגין ראש נזק מסויים, ואם קיימת תקרה לפיצוי אותו ניתן לפסוק בגין מעשה עוולה – הן שאלות מהותיות, ולא פרוצדוראליות; הן כפופות לפיכך לדין החל על העוולה, גם לפי הדין האנגלי (Morris ו-Dacey, בטרם ה"ל, בעמ' 1532-1533). אכן, אך מובן הוא כי לא ניתן לפצל בין שני היבטיו של הסדר האחריות שבדין הירדני – אין להלום כי בעוד שדין ירדן יוחל על שאלת האחריות – ולא תידרש הוכחת רשלנות, יוחל הדין הישראלי על שאלת הפיצוי, ולא תוטל כל מגבלה על אחריות המזיק. תוצאה שכזו תחתור תחת האיזון אותו ביקש להשיג הסדר האחריות החמורה שבדין מדינת ירדן. לפיכך, אילו היינו מגיעים למסקנה כי על העוולה חל הדין הירדני, הרי שהיינו מחילים על תביעת המשיבה את המגבלה על הפיצויים שבדין זה (ראו והשוו: ע"א 6860/01 חמאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב, פ"ד נז(3) 8, 18-21). אלא שלא כך הוא.

מן הכלל (והחריג) אל הפרט

36. במקרה שבפנינו, ארעה העוולה בשטח עליו חל הדין הירדני, כפי שתוקן מפעם לפעם על ידי המפקד הצבאי. לפי הכלל אותו הצגנו, על מעשה העוולה שביצעה

המערערת חל, ככלל, הדין הירדני. השאלה בה עלינו להכריע היא, לפיכך, האם יש מקום לסטות מכלל זה בענייננו.

התשובה לשאלה זו היא, לדעתנו, בחיוב. החריג זועק ליישום. אין מקום להחיל על תאונת עבודה, שארעה בשל התרשלותו של מעביד ישראלי, במפעל בבעלות ישראלית, הממוקם בשטחו של יישוב ישראלי בגדה המערבית, את הדין הירדני – אף אם הנפגע או הנפגעת הם תושבים פלסטינאים.

במציאות המשפטית הייחודית המתייחסת ליישובים הישראליים המצויים בשטחים המוחזקים לא מתקיימים אותם היסודות הניצבים בבסיס בחירתנו ככלל לפיו הדין המוחל על עוולה הוא דין מקום ביצועה. הכלל לא נועד להיות מופעל על מציאות כזו, שאין לה אח ורע במסגרת בה נוהג הכלל בעולם המשפט המערבי.

אכן, בשטחים המוחזקים לא הוחל הדין הישראלי. אלא שעל הישראליים המתגוררים בשטחים המוחזקים הוחלו חלקים נרחבים מהמשפט הישראלי באורח אישי וחוץ טריטוריאלי (אך יודגש כי הדין הישראלי לא הוחל במלואו על התושבים הישראליים, ראו: בג"ץ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(3) 675, 681-680). הדבר נעשה בשתי דרכים. האחת - באמצעות חוקים לגביהם נקבעה מפורשות תחולה אישית חוץ טריטוריאלי על התושבים הישראליים שבשטחים המוחזקים, כחיקוקים המנויים בתוספת לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967. חוקים ישראליים אחרים הוחלו על תושבים יהודים בשטח האזור, מכוח חקיקת המפקד הצבאי, אשר הוחלה רק על תושבי היישובים היהודיים. צווים אלה - צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (יהודה והשומרון) (צו מס' 892), התשמ"א-1981, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 48) 864, צו בדבר ניהול מועצות מקומיות (תיקון) (יהודה והשומרון) (מס' 1057), התשמ"ג-1983, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 60) 12, צו בדבר ניהול מועצות אזוריות (יהודה והשומרון) (מס' 783), תשל"ט-1979, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 45) 88, צו בדבר ניהול מועצות אזוריות (תיקון מס' 5) (יהודה והשומרון) (מס' 1058), התשמ"ג-1983, קמצ"מ (יהודה והשומרון) (מס' 60) 14 - מסמיכים את מפקד כוחות צה"ל לקבוע כללים בדבר הסדרת ענייניהם של תושבי המועצות, בתקנון המועצות המקומיות או האזוריות. בתקנונים אלה, מונה המפקד שורה של דברי חקיקה ישראליים המוחלים על תושבי המועצות.

התוצאה המתקבלת היא משטר משפטי ייחודי: מחד, להלכה, הדין החל בכל שטחה של הגדה המערבית הוא הדין הירדני, כפי שעודכן מעת לעת בתחיקת הבטחון, ומאידך, בפועל, פעולותיהם של התושבים היהודיים, ביישובים היהודיים, מוסדרות על ידי הדין הישראלי ("חריג להסדר כללי" זה הוא החלתם של דיני הקרקעות הירדניים על ישראלים – ראו דבריה של השופטת ד' דורנר בע"א 4726/01 ג.א.ל. בע"מ נ' הימנותא בע"מ, פ"ד נז(5) 617, 622-621).

37. הכפפת העוולה לדין מקום ביצועה מבוססת על עקרון הטריטוריאליזם. יסודה, כאמור, בהנחה שבטריטוריה נתונה חל רק דין אחד, אשר מסדיר את כל הפעולות של כל המצויים באותו השטח. כך מובטח השיוויון והאיזון בין זכויות הפרטים, כך נוצרות ציפיות של הפרטים בדבר הדין החל על פעולותיהם, וכך ניתן לעמוד על זיקה אובייקטיבית בין הטריטוריה לבין העוולה, זיקה המצדיקה את החלת דינה של אותה הטריטוריה. אלא שהמשטר המשפטי ביישובים הישראליים בשטחים המוחזקים הוא חריג לעקרון הטריטוריאלי, וחריג זה הוא העומד ביסוד הצורך להפעיל את החריג לכלל המחיל על עוולה את דין מקום ביצועה.

המעמד המיוחד של הישראלים המצויים ביישובים ישראלים בשטחים חורג מעיקרון הטריטוריאליזם המקובל בתפיסות משפטיות מודרניות, הקובע כי אנשים החיים בשטח מסויים יהיו כפופים לאותה מערכת חוקים. פרופ' א' רובינשטיין מתאר את המצב המשפטי שנוצר באופן זה כ"משפט המובלעות" (א' רובינשטיין "מעמדם המשתנה של ה'שטחים': מפקדון מוחזק ליצור כלאיים משפטי" עיוני משפט יא 439, 448, 455). וכי למה "מובלעות"? כיוון שבשטחן, חל, למעשה אם לא להלכה, דין שונה מהדין אשר חל בטריטוריה המקיפה אותן – דין ישראל ולא דין השטחים. העוולה בענייננו בוצעה ב"מובלעת" שכזו, ולכן אין לומר כי בטריטוריה בה היא בוצעה חל רק דין אחד, הלא הוא הדין הירדני.

אופייו המשפטי, מנקודת הראות של המשפט הישראלי הפנימי, של היישוב הישראלי כ"מובלעת" – אשר אינה כפופה בפועל למשפט החל באותה טריטוריה, הוא ההופך את הקשר בין העוולה לבין המדינה שדינה היה, ברגיל, דין מקום ביצועה, למקרי. הזיקה של פעולות משפטיות פרטיות המבוצעות באותם יישובים שבשטחים לבין מדינת ירדן היא חסרת נפקות במקרה הזה. הדבר משתקף בציפיותיהם של התושבים הישראלים. גם מנהלה של המערערת דכאן, לא טען בעדותו, כשנשאל על כך, כי סבר שפעולותיו במפעלו כפופות לדין הירדני.

הדין אשר ראוי להחילו בנסיבות המיוחדות של המקרה הוא הדין הישראלי, שהוא הדין בעל העניין האמיתי בהסדרת דפוסי העבודה ודפוסי ההתנהגות בכלל, בשטחם של אותם היישובים בשטחים. זיקתה של מדינת ישראל לאירוע אינה מתמצית, כפי שמציגה זאת המערערת, בהיותה מדינת תושבותו של המזיק (יוער כי בארצות הברית יש בין בתי המשפט אשר הסתפקו, בנסיבות מסוימות, ומטעמים שונים, בזיקה זו לבדה. ראו: *Labree v. Major*, 306 A.2d 808 (R.I., 1973), וכן - *Erwin v. Thomas*, *Neumeier v. Kuehner*, 286 N.E.2d 454 (Or., 1973) 506 P.2d 494, אך ראו מנגד: (N.Y., 1972)). הדין הישראלי הוא החל בפועל ב"מובלעת" אשר בשטחה בוצעה העוולה. את הזיקה בין "המובלעות" למדינת ישראל מתאר פרופ' א' בנבנשתי כך:

These settlements were enclaves where Israeli law applies exclusively, connecting them legally, economically, and socially to Israel (E. Benvenisti *The International Law of Occupation* (1993) 135).

בית משפט זה התייחס כבר בעבר לזיקה ההדוקה שבין השטחים המוחזקים (ולא רק היישובים היהודיים) לבין מדינת ישראל ודיניה. כך נמצאה בקשר המיוחד בין ישראל לשטחים המוחזקים, הצדקה להחלתם באותם השטחים של אמצעים פסקאליים שהוחלו במדינת ישראל (בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 320-321). כך הובאה זיקה זו כשיקול המקל על מתן "צו מרבה" ביחס לשימוש בנכסים המצויים בשטח הרשות הפלסטינית (רע"א 4556/03 בנק סטנדרט צ'דטר נ' קטב, פ"ד נז(6) 1, 8-9).

הקשר המיוחד שבין מדינת ישראל והשטחים המוחזקים בכלל, והיישובים הישראליים שהוקמו באותם שטחים בפרט, מביא אותנו למסקנה כי על תאונת עבודה שארעה במפעל ישראלי הנמצא בשטח יישוב יהודי בשטחים המוחזקים בשל רשלנותו של מזיק ישראלי, יוחל דין מדינת ישראל. נדגיש כי לא הגענו למסקנה זו בשל שסברנו שדין ישראל מטיב יותר עם הנפגעת. המערערת טוענת כי שיקול זה הוא שהביא את בית המשפט קמא להחיל על התביעה את דין מדינת ישראל. לטענה זו אין כל אחיזה. אין חולקין על עמדתה העקרונית של המערערת לפיה שיקול זה הוא פסול. אכן, אף לו סברנו שדין ישראל הוא "טוב יותר" מהדין הזר - הדין הירדני, לא היה בכך כדי להשפיע על החלטתנו, כל עוד לא היינו משתכנעים שהדין הזר - הדין הירדני - נוגד את תקנת הציבור. אף שיש המדגישים את זיהויו של ה-"better law" כשיקול להכרעה במתקל דינים (ראו: J. W. Singer "Pay No Attention to That Man Behind the Curtain:

The Place of Better Law in a Third Restatement of Conflicts" 75 *Ind. L. J.* 659 (2000), יש להימנע מהניסיון לדרג את הדינים השונים על פי "טיבם".

38. בפי המערערת טענות נוספות כנגד החלת דין המדינה על העוולה שבוצעה. שתיים מטענותיה מתמקדות בהסדרים הביטוחיים השונים להם כפופים היחסים שבינה לבין המשיבה 1. המערערת מצביעה על כך שחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995 אינו חל על עובדים פלסטינאים. בטיעון זה אין כדי לשכנע. כל עוד לא קבע החוק אחרת, הרי שההסדר הביטוחי – בין אם הוא בגדר חובה מכוח דין, ובין אם הוא וולונטרי – בא בעקבות ההסדר הנזיקי; אין הוא קודם לו. העובדה שהמחוקק מצא לנכון להחיל הסדר ביטוחי אחד על עובדים ישראלים והסדר ביטוחי אחר על עובדים פלסטינאים, אינה מלמדת כי הוא חפץ גם להחיל עליהם דין נזיקי שונה. הדינים הסוציאליים והדינים הנזיקיים נועדו להגשים יעדים שונים, גם אם יש ביניהם לעיתים זיקה; אין איפוא כל רבותא בכך שהיקף תחולתם שונה. העובדה כי המדינה – באמצעות המוסד לביטוח לאומי – אינה נוטלת חלק בביטוח הסיכונים הכרוכים בעבודתם של פלסטינאים, אין בה כדי להפחית מחבותם של מעבידים ביישובים יהודיים בשטחים המוחזקים כלפי אותם עובדים. זאת, אף אם יחייב הדבר את המעבידים לשאת בנטל מציאת מבטח מסחרי כנגד הסיכונים האלה.

אין צורך להכביר מילים לגבי טענתה האחרת של המערערת הנוגעת לביטוח הסיכונים אותו נטלה על עצמה. לפי טענה זו אין לחייבה לשאת בפיצוי המשיבה לפי אמות המידה המחמירות של הדין הישראלי, וזאת בשל העובדה שעובדים פלסטינאים לא בוטחו על ידה בביטוח מעבידים. למותר לומר כי אין אדם יכול להגביל את חבותו הנזיקית על ידי צמצום היקף הסיכונים כנגדם הוא מבטח עצמו, כשם שאין המזיק יכול להגדיר לעצמו את תחום אחריותו. ספק גם אם רשאת המערערת לטעון כי הסתמכה על כך שהדין הירדני הוא שיחול על המאורע – שהרי יודעים אנו כי הפסיקה, בבתי המשפט השונים, בשאלה זו, לא הייתה עד היום חד משמעית. יתרה מכך – המערערת טוענת כי סברה כי המשיבה היא אזרחית של ישראל. עתה מבכה היא את חיובה לשאת באחריות כלפיה, מבלי שהמוסד לביטוח לאומי, או המבטחת המסחרית עימה התקשרה, ישאו עימה בנטל. אלא שאין לה למערערת להלין אלא על עצמה, על שבחרה להניח – בלא בדיקה מתאימה – כי המשיבה היא אזרחית ישראל.

39. המערערת מוסיפה וטוענת כי אין להחיל את הדין הישראלי על תביעת המשיבה, בשל שרמת חייה, כתושבת השטחים, נחותה מרמת החיים הממוצעת של תושב ישראל. אף טענה זו אין בה כדי לשנות מן המסקנה אליה הגענו. בנתונו של

הנפגע הנתון – ובכלל זה בנתונים בדבר רמת חייו לפני התאונה וכושר השתכרותו – מתחשב בית המשפט, גם בעת שהוא מחיל את הדין הישראלי, בבואו להעריך את גובה הנזק. בעשותו כן, יתחשב בית המשפט גם במקום מושבו של הנפגע. אלא שכפי שכבר הבהרנו, בעת שדנו בפרשות קלאוזנר וכהן, עניין זה אין לו נגיעה לשאלה בדבר ברירת הדין – כי אם לדיון בהערכת גובה הנזק.

אשר על כן, אין בכוחן של טענות המערערת כדי לשנות מהמסקנה אליה הגענו, ודין ערעורה כנגד החלת הדין הישראלי על תביעת המשיבה, להדחות.

הערעור בשאלת חלוקת האחריות

40. תביעתה של המשיבה 1 הוגשה בגין הנזק שנגרם לה לאחר שידה נתפסה במכונה ללישת בצק, במפעלה של המערערת. בעקבות התאונה, נכרתה ידה של המשיבה 1 עד למרפק. בית המשפט קמא מצא כי התאונה נגרמה בשל רשלנותה של המערערת. בערעורה, לא טוענת המערערת כנגד עצם אחריותה, אך היא סבורה כי שגה בית המשפט קמא כאשר נמנע מלחלק את האחריות בינה לבין המשיבים 2 עד 4.

המשיבים 2 ו-3 שימשו, לטענת המערערת, קבלני כוח אדם אשר באמצעותם הועסקה המשיבה 1. הם שהיו, כך לשיטת המערערת, מעסיקיה של המשיבה 1. בית המשפט קמא, בהתבסס על העדויות ששמע והראיות שבחן, דחה טענה זו. מכל מקום, לא עלה גם בידי המערערת להצביע על התרשלות כלשהי מצידם של המשיבים 2 ו-3, שתצדיק הטלת אחריות עליהם. על כן, לא נפל כל דופי בהחלטת בית המשפט קמא שלא לחייב את המשיבים 2 ו-3 לחלוק באחריות בה נושאת המערערת.

המשיבה 4 מכרה למערערת את המכונה שגרמה לתאונה. המערערת טענה כי בשל כך יש לחייב אף אותה ברשלנות. בית המשפט דחה את הטענה הזו, לאחר שקבע כי המערערת עשתה שינויים במכונה, לאחר שנרכשה על ידה (שש שנים לפני קרות התאונה). בנוסף, נקבע בפסק הדין כי המערערת, ולא יצרנית המכונה, היא שהתרשלה – כאשר לא הבטיחה קיומה של סביבת עבודה בטוחה. אין מקום להתערב במסקנה עובדתית זו. חומר הראיות שהיה בתיק מצביע על טיפול לא מקצועי, בלשון המעטה, של המערערת במכונה שנרכשה מאת המשיבה 4. אכן, גם בעניינה של המשיבה 4, כבעניינם של המשיבים 2 ו-3, לא הצליחה המערערת להצביע על התרשלות בגינה יש לחייבה לשאת ולו במקצת מנזקי המשיבה 1.

לפיכך, צדק בית המשפט קמא כאשר נמנע מלחלק את האחריות בין המערערת לבין המשיבים 2 עד 4.

הערעורים לעניין גובה הנזק

41. לאחר שמצא כי המערערת היא שחבה בפיצוי נזקי המשיבה 1, נפנה בית המשפט קמא להערכת נזקים אלה. בית המשפט קבע כי עד שהותקנה לה תותבת, ועד שהסתיימו טיפולי השיקום, עמדה נכותה התפקודית של המשיבה 1 על 100 אחוזים. לאחר מכן, ירד שיעור זה עד ל-45 אחוזים. את הפסד ההשתכרות של המשיבה בעבר, ביסס בית המשפט קמא על המשכורת לה זכתה המשיבה אצל המערערת, אותה העמיד, לאחר שיערוך, על סך של 3,000 ש"ח לחודש. באשר להפסדי ההשתכרות בעתיד, מצא בית המשפט לנכון לפסוק למשיבה פיצוי גלובלי בסך 400,000 ש"ח, וזאת בשל הקושי בהערכת תנאי שוק העבודה העתידי בגדה המערבית בהתחשב בחוסר הוודאות המדינית. סכום זהה – 400,000 ש"ח – נפסק למשיבה 1 בגין כאב וסבל. כן חוייבה המערערת לממן למשיבה עשר החלפות של התותבת, לפי נתונים שנקבעו בפסק הדין. בגין עזרת צד ג' לעבר נפסקו לה 25,000 ש"ח, ולעתיד – 80,000 ש"ח. לבסוף, נפסקו למשיבה 1 3,000 ש"ח בגין הוצאות נסיעה שהוציאה בפועל, זאת לאחר שנדחו טענותיה לפגיעה בניידות.

המערערת מלינה כנגד ריבוי הפיצוי בגין נזקי הפסד ההשתכרות לעבר ולעתיד של המשיבה, ובגין כאב וסבל. המשיבה, בהודעת ערעור שכנגד שהגישה, מלינה כנגד מיעוט הפיצוי באותם ראשי נזק וכן בראשי הנזק האחרים. דין השגות המערערת על גובה הפיצויים להדחות. בהעריכו את הפסדי ההשתכרות של המשיבה, התבסס בית המשפט קמא על הראיות השונות שהוגשו לעניין זה, ולא נפלה בהחלטתו כל שגגה שתצדיק התערבותה של ערכאה זו. גם הסכום שנפסק למשיבה בגין הנזק הלא ממוני שהוסב לה עומד במבחני הסבירות. לעניין זה יוער, כי אין יסוד לטענתה של המערערת לפיה שגה בית המשפט כאשר פסק למשיבה סכום העולה על הסכום לו הייתה זכאית לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. טענות כגון אלה נדחו כבר בעבר בפסיקת בית משפט זה. את ההלכה לעניין זה סיכם המשנה לנשיא (אז – השופט) ת' אור בע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין, פ"ד נה(1) 765, 768 :

סכומי הנזק הלא ממוני הקבועים בדין לעניין תשלום פיצויים לנפגעי תאונות דרכים... אינם רלוונטיים לעניין שיעורו של הנזק הלא ממוני הנפסק בתביעות בשל נזקי גוף אשר נגרמו בגין רשלנותו של המזיק. בתביעות האחרונות שיעור הנזק הלא ממוני צריך להיקבע

בהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה הקונקרטי, בכאבים ובסבל של התובע במקרה הנדון...סכום הפיצויים שייפסק אינו צריך להיות מושפע מסכומי הנזק הלא ממוני הנפסקים על-פי הסטנדרטים של חוק הפיצויים והתקנות, אשר אינם עונים, ואינם מתיימרים לענות, על נסיבותיו המיוחדות של מקרה אינדיווידואלי...

בית המשפט קמא פסק את הפיצויים בגין כאב וסבל בהתאם להנחיות אלה של בית משפט זה, ואין לכן כל הצדקה לטרוניותיה של המערערת. אף טענותיה של המשיבה 1, היא המערערת שכנגד, כנגד מיעוט הפיצוי בגין כאב וסבל, וכנגד סכום הפיצוי הנמוך שנפסק לה, לשיטתה, בראשי הנזק האחרים, אינן מגלות עילה להתערבות, למעט בעניין אחד. לגבי ראש הנזק של סיעוד נראה שבית המשפט קמא המעיט בהערכת הנזק. בהתחשב בנתונים עליהם סמך בית המשפט את החלטתו לגבי היקף הסיוע בעבר, ועל פי הנתונים האחרים שהובאו, ראוי להעמיד סכום זה, בעבר ובעתיד גם יחד (כולל ריבית) על סך 250,000 ש"ח נכון ליום מתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי.

סוף דבר

הערעור נדחה. הערעור שכנגד מתקבל בחלקו. לסכום הפיצויים יתווסף הסכום של 145,000 ש"ח נכון ליום פסק הדין. המערערת תישא בהוצאות המשיבה 1 בסך 30,000 ש"ח, בהוצאות המשיבים 2 ו-3 בסך 15,000 ש"ח, ובהוצאות המשיבה 4 בסך 15,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה לפסק-דינו המקיף של חברי השופט א' ריבלין.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' ריבלין.

ניתן היום, ט"ו באלול תשס"ד (1.9.2004).

שופטת

שופטת

שופט