

תניות ברירת דין בחוזים בין-לאומיים: הצעה למודל של אוטונומיה מוגברת

איילת בן-עזר*, יעד רותם**

המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי מאפשר למתקשרים בחוזה לבחור לעצמם את שיטת המשפט שתחלוש על סכסוכים אזרחיים עתידיים ביניהם. אוטונומיה זו מעוררת, למשל, את השאלה באיזו מידה – אם בכלל – יש לאפשר למתקשרים למלט את היחס המשפטי ביניהם מתחולתן של הוראות קוגנטיות של המשפט המהותי הישראלי על-ידי בחירה בדין זר. במשפטנו טרם נערך דיון מעמיק בשאלת היקף האוטונומיה המוקנית למתקשרים בחוזה להחיל כך דין זר. בשיטות משפט אחרות, שאף בהן מתאפשר למתקשרים להכפיף את יחסיהם המשפטיים לדין זר, מוטלות הגבלות שונות ביחס ליכולת זו של המתקשרים.

המאמר הנוכחי מנתח את ההצדקות למתן אוטונומיה למתקשרים בחוזה מסחרי לבחור דין זר, ואת ההגבלות שהוטלו ביחס ליכולת זו, ומציע להשתית את הכלל המשפטי הישראלי על מודל חדש – מודל של אוטונומיה מוגברת. מודל זה שואף לחשוף אף הגבלות נסתרות ביחס לאוטונומיית הרצון של המתקשרים, כגון אלה החבויות בשגרת האפיון המתחייבת מתהליך ברירת הדין, ומציע לעמת – על רקע הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה – את ההצדקות למתן אפשרות למתקשרים לבחור דין זר עם האינטרס שמגשימה כל הגבלה. המודל אף מציע להקפיד לבסס עימות זה על איזון בין האינטרסים, ולא – כפי שנעשה לעיתים – על סיווג דוקטרינרי. הגבלות שאי-אפשר לזהות אינטרס משכנע להטלתן, המודל מציע לא לאמץ. לבסוף, המודל מזהה הגבלות מסוימות שבהקשר זה – של הסכמה חוזית על תחולת דין זר – מוצע לראותן כ"מוחלטות".

* מרצה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** תלמיד-מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחקרים מבקשים להודות לפרופ' אריאל בנדור ולפרופ' דניאל מור על עזרתם הרבה. כן מבקשים המחקרים להודות ליובל פרוקציה, ד"ר אלון קלמנט, ד"ר הלל סומר, נעם שר, למשתתפי הסמינר המחלקתי במרכז הבינתחומי הרצליה ולחברי מערכת משפט ועסקים על הערותיהם המועילות, לטלי פייג על סיועה במחקר, ולחגית שמש אברהם על עזרתה בעריכת המאמר.

מבוא

פרק א: הכלל המשפטי – הדין החל על סכסוכים הנובעים מחוזים בין-לאומיים

1. הליך ברירת הדין
2. כלל ברירת הדין בחוזים
3. אוטונומיית הרצון במשפט המשווה

פרק ב: החלת דין זר בבית-המשפט של הפורום

1. הקושי העיוני
2. ההצדקות להחלת דין זר בבית-המשפט של הפורום
3. עקרון היחסיות
4. הסכמה בחוזה על תחולת דין זר – מתווה לדיון

(א) מודלים של אוטונומיה

(ב) כלים ופרמטרים לבחירה בין המודלים

פרק ג: ההצדקות לכיבוד הסכמה על תחולת דין זר

1. שיקולים של צדק הסכמי
2. אוטונומיית הרצון כערך העומד בפני עצמו
3. יעילות ורווחה חברתית
4. קידום חיי המסחר
5. הרמוניזציה
6. רציונל של תיאוריית הבחירה הציבורית – אפשרות ליציאה
7. שיקולים של יישוב סכסוכים

פרק ד: ההגבלות ביחס להסכמה בדבר תחולת דין זר

1. הגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום
2. תקנת הציבור של הפורום
3. איסור לסתור חקיקה כופה של הפורום
4. הגבלות שמקורן בהוראות מהותיות של דין זר
5. דרישה לזיקה בין הדין הנבחר לבין החוזה
6. דרישה שיהיה מדובר בחוזה "בין-לאומי"
7. בחירה מפורשת
8. בחירה בדין פוזיטיבי
9. איסור פיצול של החוזה
10. איסור בחירה בדין "צף"
11. דרישה ל"תום-לב"

פרק ה: המודל המוצע

1. התייחסות להגבלות נוספות
 - (א) הקושי
 - (ב) התיקון המוצע
2. הסרת הגבלות "חלשות"

- (א) הקושי
 (ב) התיקון המוצע
 3. איזון במקום סיווג
 (א) הקושי
 (ב) התיקון המוצע
 4. הטלת הגבלות "מוחלטות" – הגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום
 (א) הקושי
 (ב) התיקון המוצע
 פרק ו: במקום סיכום

מבוא

מתקשרים בחוזה בין-לאומי – דהיינו, חוזה שיש לו זיקה ליותר משיטת משפט אחת¹ – משלבים לעיתים בחוזה תניית ברירת דין.² תניה זו קובעת כי אם סכסוך הנוגע בחוזה יגיע לבית-משפט (במונחי המשפט הבין-לאומי הפרטי: הפורום), ידון בו זה על-פי הוראות הדין שנקבע בתניה האמורה.³ דומה שכלילת תניה של ברירת דין בחוזה בין-לאומי הינה כורח המציאות. לעסקות בין-לאומיות, מטבע ברייתן, יש זיקות לדינים לאומיים שונים. כאשר מתגלע סכסוך בין הצדדים לחוזה, וכאשר השוני בין הדינים הלאומיים הרלוונטיים לחוזה הינו משמעותי, טבעי שכל צד ינסה להחיל על הסכסוך את הדין הלאומי שמיטיב

1 להבדיל, "חוזה רגיל" (או "חוזה פנימי") הוא חוזה שאין לגביו ולו גורם זר רלוונטי אחד. לפירוט, ראו: Albert V. Dicey & John H. Carlile Morris *On the Conflict of Laws* 3 (London, 13th ed. by Lawrence Collins, 2000). עם זה, יש לשים לב כי קיומו של גורם זר רלוונטי אינו מחייב כשלעצמו דיון בשאלות של משפט בין-לאומי פרטי. דיון כזה נדרש רק כאשר מתברר לשופט הנקרא להכריע בסכסוך האזרחי כי בעלי-הדין המתדיינים לפניו חלוקים ביניהם בשאלות אלה.

2 עקרונית, גם צדדים לחוזה "פנימי" יכולים להסכים על דין זר שיחלוש על יחסיהם המשפטיים, ולשלב בהתאם תניית ברירת דין בחוזה.

3 תניית ברירת דין בחוזה יכולה להיות מנוסחת, למשל, באחד האופנים הבאים: "This contract shall be governed by and interpreted and construed in accordance with English law"; "Disputes shall be settled under Israeli law"; "This agreement shall be construed in accordance with the law of France" or "This agreement shall be interpreted and applied in accordance with the law of Germany".

עימו. במקרה כזה, ההכרעה בשאלת ברירת הדין תקבע את גורל ההתדיינות כולה. השיפה זו של החוזה הבין-לאומי לתחולה אפשרית של דינים מהותיים שונים יוצרת חוסר ודאות באשר לזכויותיהם ולחובותיהם של הצדדים לחוזה. אם המתקשרים אינם יכולים לחוות את הדין שיחלוש על מערכת היחסים המשפטית ביניהם, בוודאי אין הם יכולים לדעת במדויק את זכויותיהם וחובותיהם. חוסר ודאות זה, וכפועל יוצא ממנו הפגיעה ביכולת הצדדים לחוות את זכויותיהם וחובותיהם, מקשים ומכבידים במיוחד בתחום המסחר הבין-לאומי. ממילא עסקת מכר בין-לאומית טומנת בחובה סכנות כלכליות לכל אחד משני הצדדים – למשל, עקב הסיכון הכרוך בהתקשרות עם צד ממדינה אחרת או הסיכון הנובע לעיתים ממעורבות של צדדים שלישיים בהעברת הטובין בין מדינות. הערפול האופף את שאלת הדין שעל-פיו יתבררו זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים מגדיל את הסיכון שהם נחשפים אליו. זאת ועוד, חוסר ודאות ביחס לדין החל עלול ליצור הבדלי ציפיות ואי-הבנות, שעלולים לגרור התדיינות ממושכות ויקרות שבהן ינסה כל צד לממש את זכויותיו כפי שהוא מבין אותן.⁴

הרצון למזער את הסיכונים שצדדים לעסקות מסחריות בין-לאומיות נחשפים אליהם, ולצמצם את בזבוז המשאבים על התדיינות מיותרות, הניע מדינות שונות להתור לאחד דינים מהותיים ולהגביר את ההרמוניזציה ביניהם. ההנחה היא שהאחדה והרמוניזציה של דינים מהותיים ירככו את ההבדלים הקיימים בין דינים לאומיים שונים ויפחיתו את חשיבותה של שאלת ברירת הדין. כך, למשל, נעשה ניסיון לאמץ אמנות בין-לאומיות בתחום המשפט המסחרי המהותי ובתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי, דוגמת אמנת האו"ם משנת 1980 בנוגע לחוזים למכר טובין בין-לאומי.⁵

ברם, אמנות אלה נותרו לרוב בבחינת "אות מתה". רובן אומצו על-ידי מדינות ספורות בלבד, ואף משאומצו, הפרשנות השונה שניתנה להן בכל מדינה ומדינה הותירה בעינו את הקושי הטמון בשוני בין דינים לאומיים שונים. בתחומים מסוימים ניסתה הקהילה העסקית להתמודד עם הבעיה, על-ידי נסיונות להתאגד במסגרת גופים שונים שיקבעו נורמות אחידות בתחום הסחר הבין-לאומי, אולם הצלחתה הייתה חלקית ביותר.⁶

4 ראו אריה רייך "חוק המכר (מכר טובין בינלאומי), התשל"א-1971: זיישן מפני חדש תוציאו" מחקרי משפט יד (תשנ"ח) 127, 129.

5 The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (להלן: אמנת וינה). אמנה זו עוצבה על-ידי ה-UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). אמנת וינה זכתה בהצלחה רבה, וכחמישים מדינות, המייצגות יותר משני שלישים של היקף הסחר הבין-לאומי, כבר חתומות עליה. האמנה אומצה לאחרונה גם בישראל: חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, ס"ח 6 (להלן: חוק המכר). ראו בהקשר זה גם רייך, שם, בעמ' 128, 134.

6 ראו: Filip De Ly *International Business Law and Lex Mercatoria* (Amsterdam, 1992) 172-185.

נראה אם כן שהפתרון היעיל ביותר לבעיות הנובעות מהתנגשות בין דינים מהותיים טמון בכללי ברירת הדין בחוזים, ובמיוחד בכלל המכיר באוטונומיה של מתקשרים בחוזה לבחור לעצמם את הדין החל על סכסוך ביניהם (להלן: כלל האוטונומיה או הכלל בדבר כיבוד רצון המתקשרים). מנקודת-מבטם של המתקשרים בחוזה, הכלל מאפשר להם לדאוג בעצמם להסדרת הפתרון, ובכך למזער מראש את הסיכונים והעלויות הנובעים מהתנגשות דינים במסחר בין-לאומי.

במשפט הישראלי, אשר למרבה הצער אינו מודרך בעניין זה על-ידי חקיקה מתאימה, הוכרה בפסיקה בתי-המשפט האפשרות העקרונית של מתקשרים בחוזה לבחור לעצמם דין שימש לבירור סכסוך עתידי ביניהם, אולם לא נערך עד כה דיון של ממש בהיקפה של אוטונומיה זאת. כמו-כן לא נערך דיון בשאלת ההגבלות המוטלות על המתקשרים ביחס לבחירת דין זר, ובעקרונית שעל-פיהם יש לעצב את הכלל המשפטי הזה, שנשאב מן המשפט האנגלי, כדי להתאימו למשפט הישראלי.

על רקע זה יציע המאמר מודל חדש לתחימת האוטונומיה הנתונה במשפט הישראלי למתקשרים בחוזה לבחור לעצמם דין זר לצורך יישוב סכסוכים ביניהם.⁷ ההנחה שתשמש נקודת מוצא למאמר היא כי הצדדים המתדיינים לפני הפורום בחרו במסגרת החוזה – שבו התקשרו בנקודת-זמן כלשהי בעבר – דין זר שיחלוש על היחסים המשפטיים ביניהם; והשאלה היא אם בעקבות זה על הפורום אכן להחיל במועד בירור הסכסוך את הדין הזר שבחרו הצדדים.⁸ הטיעון שנציע הוא כי ביחס לחוזים בין-לאומיים⁹ יש להרחיב את החופש הניתן למתקשרים בחוזה לבחור דין זר, ולבסס את הכלל המשפטי בדבר כיבוד רצון הצדדים על מודל של אוטונומיה מוגברת. מודל זה מבקש לתקן קשיים עקרוניים אחדים שהשתרשו במשפטן של מדינות אחרות. יוצע אפוא לעצב את ההסדר המשפטי בראש ובראשונה כך שיחשוף את מכלול ההגבלות המוטלות על המתקשרים ביחס לבחירת דין זר, כולל הגבלות שדרך קבע אינן נחשבות לכאלה אף שלמעשה הן מגבילות את יכולת המתקשרים לבחור דין זר. שנית, יוצע להסיר הגבלות ביחס לבחירה בדין זר שלא זוהה טעם משכנע להטלתן. מסתבר כי בעוד חלק מן ההגבלות המוטלות על המתקשרים בחוזה ביחס לבחירת דין זר מבוססות על אינטרסים לגיטימיים שמדינת הפורום מבקשת להגשים, לגבי הגבלות אחרות אי-אפשר לזהות טעם ממשי המצדיק את קיומן. שלישית, ההסדר המוצע יטיל על מתקשרים בחוזה את ההגבלות הלגיטימיות, אך אף זאת תוך בדיקה קפדנית אם בנסיבות העניין אכן קיימת הצדקה להטלת כל אחת מן ההגבלות. בדיקה כזו

7 אף שנציג את המודל בהקשר של המשפט הישראלי, מדובר במודל כללי שניתן ליישמו בכל שיטת משפט המכירה בלגיטימיות של החלת דין זר בסכסוכים אזרחיים.

8 לא נעסוק ברשימה זו בפתרונות מוסדיים לבעיית השוני בין דינים לאומיים – כגון הפניית הצדדים לסכסוך לבוררות – שניתן אולי לטעון כי הם עדיפים על הפתרון של החלת דין זר בבית-משפט. נקודת המוצא לרשימה תהיה מציאות נתונה שבגדרה בתי-משפט בישראל מחילים דינים זרים לצורך יישוב סכסוכים אזרחיים.

9 ההנחה ברשימה זו תהיה כי מדובר בחוזים שאין בהם פערי כוחות בין המתקשרים.

תתאפשר על-ידי זניחת הפרקטיקה הנוהגת, המתמקדת באינטרסים שביסוד ההגבלות ומתעלמת למעשה כליל מן האינטרסים התומכים במתן אוטונומיה למתקשרים בחוזה לבחור לעצמם דין זר כדין החל, והחלפתה בפרקטיקה של עריכת איוון מדויק בין האינטרסים המתחרים. רביעית, ההסדר המשפטי לא יוותר על הגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום, אשר נכנה אותן להלן "הגבלות מוחלטות".

פרק א של המאמר יציג את ההסדר של ברירת הדין בחוזים, המפנה בראש ובראשונה לרצונם של הצדדים כמקור לקביעת הדין החל. פרק ב יעסוק בהצדקות השונות להחלת דין זר בבית-המשפט של הפורום. במסגרת זו תוצג התשתית הרעיונית למודל המוצע, המבוססת על תפיסת היחסיות של המשפט המהותי המקומי. בפרק זה אף נמקם את הדין בבחירת הכלל המשפטי הרצוי בהקשר העיוני הרחב. בפרק ג יידונו ההצדקות לכיבוד רצונם של המתקשרים הבוחרים לעצמם דין זר כדין החל. בפרק ד יוצגו ההגבלות המוטלות באופן מסורתי על המתקשרים ביחס לבחירת דין זר. בפרק ה נצביע על מאפייניו של המודל ה"ישראלי" המוצע, תוך זיהוי קשיים שהתגלו בשיטות משפט אחרות.

פרק א: הכלל המשפטי – הדין החל על סכסוכים הנובעים מחוזים בין-לאומיים

1. הליך ברירת הדין

רוב שיטות המשפט שקיים בהן ענף של משפט בין-לאומי פרטי בוררות את הדין החל באמצעות הכלל המשפטי המתקרא "נוסחת ברירת הדין". כלל זה, במתכונתו הקלאסית, בנוי לרוב על שני אדנים. האדן הראשון עניינו באפיון – קטגוריוזציה – של מצבים משפטיים, בדרך-כלל בהתאם למיון המשפטי המקובל במשפט הפרטי על ענפיו השונים.¹⁰ כללי ברירת הדין מורים לעיתים על אפיון נוסף, משני, במסגרת הענף שאליו מוינה השאלה המשפטית.

האדן השני עניינו בשימוש בזיקת מקום מסוימת – בהתאם לקטגוריה שאליה מוינה השאלה המשפטית שהתעוררה במסגרת הסכסוך – כחוליית-קישור בין שאלה זו לבין שיטת משפט קונקרטית. הפורום עשוי לקבוע, למשל, כי שאלה משפטית הנוגעת בבסיס האחריות שלפיו יש לבחון את חבותו של יצרן הנתבע במסגרת התדיינות שבה מעורב

10 קביעת האפיון לענף המשפט הרלוונטי, קביעת חוליית-הקישור המתאימה וכן פתירת כל השאלות המקדימות הסובבות את תהליך ברירת הדין – מוכרעות לפי דין הפורום. ראו: Dicey & Morris, *supra* note 1, at pp. 30–33.

גורם זר רלוונטי היא שאלה נזיקית. משקבע כך הפורום, הוא שב ונפנה לנוסחת ברירת הדין, ובדוק מהי חוליית-הקישור החלה בשאלות מתחום דיני הנזיקין. חוליית-הקישור תצביע על דין פוזיטיבי מסוים, המכונה "דין העניין" (lex causae). למשל, יש שחוליית-הקישור תצביע על דין המקום שבו התרחשה העוולה. דין זה יוחל על-ידי הפורום על-מנת לברר את זכויותיהם המהותיות של הצדדים.¹¹

2. כלל ברירת הדין בחוזים

כאשר במסגרת ההתדיינות מתעוררת סוגיה משפטית הקשורה לחוזה שנערך בין הצדדים, האפיון הראשוני מפנה מטבע הדברים את הפורום הבורר את הדין החל אל תחום החוזים. בשיטות המשפט המערביות, לרבות זו הישראלית, הפורום פונה בדרך-כלל אל חוליית-הקישור של "הדין הנאות של החוזה" (או "דין החוזה").¹² עם זה, הפורום נזקק לעיתים לאפיון משני בסוגיות חוזיות מסוימות, ועשוי להחליט כי מתאימה להן חוליית-קישור אחרת. כך, למשל, בסוגיות של הצעה וקיבול,¹³ כשרות להתקשר בחוזה¹⁴ או צורת החוזה.¹⁵ הן במשפט המקובל, הן בישראל, "הדין הנאות של החוזה" נקבע על-פי מדרג של עדיפויות.¹⁶ את העדיפות הראשונה הפורום נותן לבחירה שבחרו הצדדים באופן

11 הדרך המתוארת אינה הדרך היחידה לברור את הדין החל. בצד מודל זה, המכונה "המודל המסורתי", בולט - במיוחד במשפט האמריקאי - מודל הגורס כי יש לברור את הדין החל על יסוד ניתוח של שיקולי מדיניות שונים. למשל, לפי גישה אחת יבדוק בית-המשפט מהו הדין שיש לו "הקשר המשמעותי ביותר" למקרה המתעורר לפניו, בהתחשב ברשימת שיקולים, כגון מדיניותו של הפורום, הגנה על ציפיות מוצדקות, קידום הוודאות, מדיניותו של המדינות המעורבות ועוד.

12 ראו: ע"א 419/71 מנורה חברה לאחריות ולביטוח משנה בע"מ נ' מ' נומיקוס, פ"ד כו(2) 531, 527 (להלן: עניין מנורה); ע"א 36/50 שור נ' עזבון המנוח ויצמן ואח', פ"ד ח 612, 614 (להלן: עניין שור); ע"א 165/60 אוניון חברה לביטוח בע"מ נ' משה, פ"ד יז(1) 646, 652 (להלן: עניין אוניון); ע"א 99/60 משומר נ' ישראל, פ"ד יד 1642, 1645 (להלן: עניין משומר); דב"ע מב/13 נורדן שירותי נפט בע"מ נ' מורי, פד"ע יג 368, 378 (להלן: עניין נורדן); ע"א 352/87 גרייפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ ואח', פ"ד מד(3) 45, 62 (להלן: עניין גרייפין).

13 חוליית-הקישור כאן היא "הדין הנאות המשוער של החוזה".

14 כאן המשפט הישראלי קובע בחוק את חוליית-הקישור: סעיף 77(1) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380.

15 במשפט הישראלי קיימות בהקשר זה שתי חוליות-קישור אפשריות: "דין המקום שבו נכרת החוזה" או "הדין הנאות של החוזה". ראו עניין מנורה, לעיל הערה 12, בעמ' 533-532.

16 במשפט הישראלי, כאשר החוזה הוא חוזה בין-לאומי למכר טובין, כלל ברירת הדין שונה במקצת מן הכלל הנוגע בחוזים סתם, וזאת לאור ההסדר בחוק המכר, לעיל הערה 5.

מפורש.¹⁷ כאשר בחירת הצדדים אינה מובעת במפורש בחוזה, הפורום נוהג לתור אחר בחירתם המשתמעת של הצדדים ב"דין הנאות של החוזה".¹⁸ אם הפורום מוצא כי הצדדים לא בחרו את "הדין הנאות של החוזה" – במפורש או במשתמע – הוא יחיל את שיטת המשפט שיש לה הויקה האמיצה ביותר לחוזה.¹⁹ איתור שיטת המשפט שיש לה הויקה האמיצה ביותר לחוזה מהווה אף הוא במובן מסוים כיבוד של רצון הצדדים לחוזה.²⁰

17 ראו, למשל: עניין מנורה, לעיל הערה 12, בעמ' 531; עניין גרייפין, לעיל הערה 12, בעמ' 62. כלל ברירת הדין החל בישראל ביחס ל"חוזים למכר טובין" מעוגן בחוק, אולם לגבי חוזים אחרים – בהעדר חוק כללי העוסק בהליך ברירת הדין – אין התייחסות ברורה לשאלת המקור הנורמטיבי לאוטונומיה של הצדדים לבחור את הדין החל. מקובל להניח כי אוטונומיית הרצון של הצדדים תהיה מקור לגזירת הדין החל אם היא תיקבע כחוליית-קישור בנוסחת ברירת הדין המסורתית המשמשת את הפורום בברירת הדין החל. השאלה היא מהו המקור הנורמטיבי המפנה את הפורום לחוליית-קישור זו במסגרת ההליך של ברירת הדין. בהקשר זה עשויות לבוא בחשבון כמה אפשרויות. ראשית, ייתכן שהכלל בדבר אוטונומיית הרצון של הצדדים נשאב מכללי ברירת הדין בחוזים הנוהגים במשפט המקובל האנגלי, דרך סימן 46 לדבר המלך במועצתו. ראו, לדוגמה: עניין אוניון, לעיל הערה 12, בעמ' 652–653; עניין מנורה, שם, בעמ' 531; עניין נורדן, לעיל הערה 12, בעמ' 378; עניין גרייפין, שם, בעמ' 62. מקור שני אפשרי לאוטונומיית הצדדים עשוי להימצא בסעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, שבו נקבע כי "תכנון של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים". ייתכן כי בסעיף זה ניתן לראות גם כלל עצמאי של ברירת דין. מקור שלישי אפשרי לגזירת הכלל בדבר זכותם של הצדדים לבחור לעצמם את הדין החל הוא המשפט הבין-לאומי המנהגי. מקור רביעי אפשרי הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ככל שמעוגנת בו האוטונומיה של הרצון. ראו והשוו: Peter E. Nygh *Autonomy in International Contracts* (Oxford, 1999) 35–37; Andreas F. Lowenfeld *International Litigation and the Quest for Reasonableness* (Oxford, 1996) 208–209. המודל שנציע לבסס עליו את הכלל המשפטי עשוי להתיישב עם כל אחת מארבע האפשרויות שהוצגו לעיל.

18 ראו: עניין גרייפין, שם, בעמ' 71; Dacey & Morris, *supra* note 1, at p. 1211. בפועל, העדר בחירה מפורשת בחוזה יביא פעמים רבות לידי כך שבית-המשפט יפנה ישירות לעדיפות השלישית, קרי, למציאת שיטת המשפט שיש לה הויקה האמיצה ביותר לחוזה. ראו גם עניין גרייפין, שם, בעמ' 62.

19 ראו: עניין שור, לעיל הערה 12, בעמ' 614; עניין אוניון, לעיל הערה 12, בעמ' 653–657; עניין גרייפין, שם, בעמ' 62–63.

20 ראו: Jean G. Castel *Canadian Conflict of Laws* (Toronto & Vancouver, 3rd ed., 1993) 550.

3. אוטונומיית הרצון במשפט המשווה

העיקרון של מתן תוקף לבחירת הצדדים עצמם בדין החל הינו עיקרון מקובל בשיטות משפט רבות בעולם.²¹ כך, למשל, הוכר עיקרון זה במשפט האנגלו-אמריקאי במדינות כאנגליה,²² שווייץ,²³ ארצות-הברית,²⁴ קנדה²⁵ ואוסטרליה,²⁶ ואף במדינות כסקוטלנד, דרום-אפריקה וסרי-לנקה, שבהן ניכרת עדיין השפעתה של השיטה הרומניסטית. מדינות הקהילייה האירופית אימצו אף הן - רובן ככולן - את העיקרון האמור, כפי שנקבע בסעיף 3.1 לאמנת הקהילייה האירופית שנחתמה ברומא.²⁷ העיקרון משתקף באמנות רבות בתחום ברירת הדין, ביניהן אמנות האג בנושא מכר טובין בין-לאומי שהוחלו בעבר במשפט הישראלי, אמנת וינה²⁸ ואמנת מקסיקו.²⁹

- 21 ראו: Peter E. Nygh "The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort" 251 *Collected Courses of the Hague Academy of Int'l L.* (1995) 269, 298
- 22 פסק-הדין המפורסם שהכיר לראשונה בבחירת הצדדים בדין החל הוא: *Vita Food (Products) Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd. (In Liquidation)*, [1939] A.C. 277 (P.C.), 1 All E.R. 513 (להלן: עניין *Vita Food*). נציין כי בדין האנגלי קיימת השקפת מיעוט הרואה את בחירת הצדדים בדין החל רק כזיקה אחת - שאינה מכרעת - המצביעה על הדין הנאות של החוזה. ראו: Dicey & Morris, *supra* note 1, at p. 1212.
- 23 שווייץ חוקקה חוק מיוחד בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי: "Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987".
- 24 ראו פרשת *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S.Ct. 1907 (1972) (להלן: עניין *The Bremen*), שהינה האסמכתה המפורסמת ביותר לעניין זה, הגם שהיא עוסקת בסעיף שיפוט זר בחוזה. הדין האמריקאי בנושא זה משתקף גם ב- Restatement of the Law (Second), Conflict of Laws (1971) §187 (להלן: הרסטייטמנט השני), שאומץ במדינות רבות בארצות-הברית (במיוחד חשוב להזכיר בהקשר זה את המדינות שהמסחר בהן מפותח, כגון קליפורניה, טקסס ואוהיו), וגם ב- Uniform Commercial Code §105.1 (להלן: ה-U.C.C.), שהינו קודיפיקציה של דיני המסחר בארצות-הברית אשר חלה כיום בארבעים ותשע מדינות וכן במחוז קולומביה ובפורטו-ריקו.
- 25 ראו: Castel, *supra* note 20, at pp. 548, 553-558.
- 26 ראו: Peter E. Nygh *Conflict of Laws in Australia* (Sydney, 1991) 271-276; Edward I. Sykes & Michael C. Pryles *Australian Private International Law* (Granville, 3rd ed., 1991) 584, 595-600.
- 27 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome 1980 (להלן: אמנת רומא).
- 28 סעיף 6 באמנת וינה, לעיל הערה 5, מכיר באפשרות שהצדדים יבחרו לעצמם דין כרצונם.
- 29 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (להלן: אמנת מקסיקו). ראו: Friedrick K. Juenger "The Inter-American Convention

פרק ב: החלת דין זר בבית-המשפט של הפורום

1. הקושי העיוני

האם על בית-המשפט לכבד בחירה של הצדדים בדין זר? מבחינה מעשית, תניית ברירת דין המפנה לדין זר מביאה לידי כך שהפורום ייוקק לדין שאינו מוכר לו, ויידרש לזנוח את הכללים המשפטיים המהותיים המשמשים אותו ברגיל.³⁰ לשם החלת הדין הזר, יהא הפורום מחויב בלימוד עקרונותיה של שיטה משפטית זרה ולא-מוכרת,³¹ ולימוד זה כרוך באובדן זמן שיפוטי יקר ובהגדלת העלויות של בירור הסכסוך. קיימת סכנה שהצדדים לחוזה יעבירו אל כתפיה של מערכת המשפט במדינת הפורום – בדרך שהכלכלנים מכנים אותה "החצנה" – חלק מהעלות של יישוב הסכסוך ביניהם.³² לעיתים החלת הדין הזר מחייבת החלת מערכת זרה של ערכים. יש בה גם מעין נגיסה סמלית בריבונותה של מדינת הפורום, אפילו כאשר החלת הדין הזר נעשית מכוח דין הפורום עצמו.

על רקע משמעויות אלה של כיבוד בחירת הצדדים בדין זר, יש לשאול, ראשית, מהן ההצדקות להחלת דין זר – יהא אופן גזירתו אשר יהא – בבית-המשפט של הפורום; ושנית, מדוע ראוי לקבוע את הדין החל על-פי רצון הצדדים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בתניית ברירת הדין.

on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons" 42 *Am. J. of Comp. L.* (1994) 381

30 לקשיים המלווים החלת דין זר, ראו עניין שור, לעיל הערה 12, בעמ' 614-616.
31 דין זר הינו עניין שבעובדה הטעון הוכחה. ראו: עניין שור, שם, בעמ' 615; ע"א 459/79 הוועד הכללי לכנסת ישראל ואח' נ' אל איובי ואח', פ"ד לה(4) 188, 195 (להלן: עניין הוועד הכללי); ע"א 755/85 עיזבון המנוח שאמן נ' עיזבון המנוחה שאמן, פ"ד מב(4) 103, 107 (להלן: עניין שאמן). הדין האמריקאי שונה לעיתים. על-פיו, הדין הזר הינו שאלה שבמשפט. ראו: Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers & Symeon C. Symeonides *Conflict of Laws* (St. Paul, 3rd ed., 2000) 529-538.

32 התופעה הכלכלית של יצירת השפעה חיצונית שלילית הינה סוג של כשל שוק. בתמצית, כאשר נוצר פער בין עלותה הפרטית של פעילות מסוימת לבין עלותה החברתית, פעילות השוקים משתבשת. שכן במצב שבו העלות הפרטית של הפעילות – שהינה אחד השיקולים המרכזיים בהחלטת הפרט אם לקיים את הפעילות – נמוכה מן העלות החברתית של פעילות זו, אם יבחר הפרט לקיים את הפעילות, החברה היא שתישא בחלק ניכר מעלות הפעילות. הפרט, המונע על-ידי השאיפה לקדם את האינטרס האישי שלו, לא יבחר במצב זה את הכמות המיטבית של הפעילות שהוא מבקש לקיים, ועל-כן החלטותיו לא יקדמו בהכרח את הרווחה החברתית הכוללת, כפי שהיה קורה אילו נשא הפרט בעלות פעילותו במלואה.

2. ההצדקות להחלת דין זר בבית-המשפט של הפורום

שאלת ההצדקה להחלת דין זר בבית-המשפט של הפורום קשורה בטבורה לשורש קיומו של המשפט הבין-לאומי הפרטי. תיאוריות שונות, אינטואיטיביות באופיין, ניסו להסביר ולהצדיק את קיומה של מערכת משפט בין-לאומי פרטי, שבמסגרתה מוחלים דינים זרים בבתי-המשפט של מדינות רבות בעולם. למשל, לפי דוקטרינת ה-"comity"³³, ראוי שמדינה ריבונית לא תתעלם מדינים של מדינות אחרות, שכן התעלמות כזאת מהווה חוסר נימוס בין-לאומי ופגיעה בעיקרון של כיבוד הדדי.³⁴ לפי גישה זו, אין בהפגנת הנימוס כלפי המדינה הזרה משום פגיעה בריבונות, ועל-כן החלת הדין הזר הינה במקרים מסוימים אף מחויבות מוסרית של מדינת הפורום.³⁵

החלת דין זר בבית-המשפט של הפורום נדרשת לעיתים כדי להשיג הכרעה צודקת בסכסוך פרטי שהובא להכרעת בית-המשפט. כך המצב, למשל, במקרים שבהם הגורם הזר הרלוונטי – שעורר מלכתחילה את שאלת ברירת הדין – קושר את הסכסוך באופן הדוק לדין הזר.³⁶ החלה כזאת מעוגנת לפעמים בחובת בית-המשפט להחיל דין העולה בקנה אחד עם ציפיות הצדדים לסכסוך, שכן החלת דין כזה תהיה "צודקת" יותר מבחינתם של אותם בעלי-דין. ציפיות של צדדים לסכסוך להחלת דין זר הינן רלוונטיות לא רק במצב שבו מקור הסכסוך בין הצדדים הוא בחוזה שנכרת ביניהם שבגדרו בחרו דין זר, אלא גם במצבים שבהם אין קשר חווי מוקדם ביניהם. ציפיות אלה נובעות ממערכת הנורמות כפי שהיא נתפסת בעיניו של כל פרט הכפוף לה. טלו, למשל, מקרה שבו איכר באוסטריה, החורש את שדהו מדי יום באמצעות קומביין, פוגע באחד הימים בטעות בניזוק ישראלי שנקלע במקרה לשדה.³⁷ הדעת נותנת כי האיכר האוסטרי, שמעולם לא העלה על דעתו כי

33 דוקטרינה זו מיוחסת ל־Huber ו־Story. ראו: Gerard S. Cheshire & Peter M. North, *Private International Law* (London, 13th ed., 1999) 20–21. למונח Comity יש פנים רבים. ראו: Joel R. Paul "Comity in International Law" 32 *Harv. Int'l L. J.* (1991) 1. להתפתחותו ההיסטורית של המונח, ראו: Hessel E. Yntema "The Comity Doctrine" 65 *Mich. L. Rev.* (1966) 9.

34 ראו: Cheshire & North, *ibid.*, at pp. 4–5.

35 ראו: Mark B. Rockwell "Choice of Law in International Products Liability: 'Internationalizing' the Choice" 16 *Suffolk Transnational L. Rev.* (1992) 69, 86. דוקטרינת ה-"comity" ספגה קיתונות של ביקורת. העובדה העיקרית שמפריעה למתנגדיה היא שבת-המשפט, הממלאים פונקציה שיפוטית של יישוב סכסוכים בין פרטים, נדרשים לעניין פוליטי שבין מדינות ריבוניות.

36 ראו: Cheshire & North, *supra* note 33, at pp. 4–5; Dicey & Morris, *supra* note 1, at p. 5.

37 אלה העובדות ברע"א Lang 9141/00 נ' מרכס, פ"ד נו(1) 118.

יפגוש בשדהו ניזוק מִישראל דווקא, מצפה כי מידת אחריותו לנזק שנגרם לניזוק הישראלי תתברר לפי הדין האוסטרי.³⁸

טיעון נוסף בעד החלת דין זר מבוסס על התופעה של בחירה מניפולטיבית בפורום (forum shopping). תופעה זאת עלולה להתרחש אם לתובע במשפט אזרחי יש הזדמנות להשפיע באופן שרירותי על תוצאת ההתדיינות על-ידי עצם בחירתו בזהות הפורום שבו יתברר הסכסוך. אם אפשרות כזו תיפתח לפני תובעים, נטייתם הטבעית תהיה לתור אחר הפורום הנוח להם, קרי, הפורום שהדין שיוחל בו יביא את התובע לעמדה הטובה ביותר האפשרית. "מסע" זה של התובע יוצר תחושה של אי-נוחות ואי-צדק, בין היתר לנוכח היתרון הלא-הוגן המוקנה בדרך זאת לתובע.³⁹

3. עקרון היחסיות

קיום ההצדקות השונות להחלת דין זר בבית-המשפט של הפורום מלמד כי המשפט הבין-לאומי הפרטי המודרני מושתת על תפיסה של יחסיות המשפט המהותי המקומי (להלן: עקרון היחסיות). לפי תפיסה זו, יש מקרים שבהם בית-המשפט של הפורום יפסוק בסכסוך אזרחי המובא לפניו לא על-פי כלליו המהותיים של הדין המקומי.

בצד ההכרה העקרונית באפשרות שהכללים המהותיים של המשפט המקומי לא יחולו על סכסוך שידון בבית-המשפט של הפורום, עקרון היחסיות מכיר גם בכך שדרושות אמות-מידה שיקבעו באילו נסיבות יש להסיג את המשפט המהותי המקומי מפני המשפט הזר, ובאילו נסיבות יש להעדיף את החלת הכללים המהותיים של המשפט המקומי. נורמות המשפט הבין-לאומי הפרטי – וביניהן גם הכלל בדבר התחשבות ברצון המתקשרים בחוזה בנוגע לדין החל – קובעות את אמות-המידה הנדרשות. למשל, כללי הסמכות

38 טיעון נוסף שהושמע בעד החלת דין זר הוא טיעון כלכלי. Posner הסביר כי בסיטואציות מסוימות ניתן להצביע על מדינות שיש להן יתרון יחסי בוויסות ובעיצוב של התנהגותם של בני-אדם, וכי ראוי לנצל יתרון זה. ראו: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (New York, 5th ed., 1998) 645–646. על-כן יש להחיל דין זר על סכסוכים מסוימים שהדין הזר מיטיב יחסית ליישבם. למשל, אם תושב מדינה א פגע בתושב מדינה ב בתאונת-דרכים שהתרחשה במדינה ב, עשוי להיות יתרון להחלת דין מדינה ב על התביעה שיגיש ב נגד א, משום שדין מדינה ב עוצב בהתאם לתנאי הכבישים במדינה זו, לתנאי מזג-האוויר בה, לרמת הבטיחות של המכוניות בה וכן הלאה. (מאידך גיסא, מציין Posner, ייתכן שבמקרה זה יש יתרון יחסי לדין מדינה א דווקא, אם נניח כי דין מדינה א מעוצב כך שיהלום התנהגות של נהגים מסוגו של א.)

39 פתיחת פתח ל-*forum shopping* גם אינה יעילה. תוצאתה היא שתובעים משקיעים משאבים לצורך הגשת תביעה בפורומים שאינם טבעיים, ונתבעים מבזבזים אף הם משאבים על התדיינות בפורומים הללו, כל זאת על-מנת להשיג מטרה חלוקתית של נטילת עושר מכיס אחד (הנתבע) והעברתו לכיס אחר (התובע).

הבין-לאומית קובעים מתי ייסוג המשפט המקומי לטובת בירור הסכסוך במדינה אחרת (על-פי דין זר). ואילו כללי ברירת הדין קובעים באילו מקרים ייסוג המשפט המהותי המקומי לטובת בירור הסכסוך (לפני בית-המשפט של הפורום) על-פי הוראות משפט זר.⁴⁰ מסקנה נוספת שניתן לגזור מעקרון היחסיות נוגעת בדרך שבה יש להתחשב – בעת עיצוב כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי – בהצדקות הכלליות להחלת דין זר. כאמור, מהצדקות אלה קשה לגזור תיאוריה כללית יציבה לגבי החלת דין זר בבית-המשפט של הפורום. כל אחת מהן מבליטה היבט אחר של היתרון שבהחלת דין זר.

דומה שכיום יש להעדיף במשפט הבין-לאומי הפרטי קיום דיון בשאלת החלת דין זר רק בהקשרים מסוימים, ועל יסוד טעמים שהינם ייחודיים להקשר המסוים – החווי, הנזיקי, הקשר הסמכות הבין-לאומית ועוד. דיון הקשרי זה צריך להחליף את הדיון בהצדקות הכוללניות להחלת דין זר. דומה שרק כך ניתן להציג במדויק את הטעמים להסגת כללי המשפט המקומי המהותיים. הדיון בהסגת המשפט המקומי בהקשר המסוים יאפשר התייחסות אף לנסיבות הסכסוך המסוים, ובכלל זה לזהות הצדדים, לטיב הסכסוך ביניהם וכיוצא באלה פרטים רלוונטיים.

נמצא כי הכלל בדבר כיבוד בחירתם של המתקשרים בדין זר, כמו יתר כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, נועד להציב אמת-מידה לקביעת מידת יחסיותו של המשפט המקומי בהקשר שבו הצדדים לחוזה בחרו דין זר. מהן אפוא גבולות יחסיותו של המשפט המקומי המהותי במקרה כזה? ברי כי את אמת-המידה המשקפת יחסיות זו יש לעצב תוך עימות – כלומר איזון – בין הטעמים שניתן להעלות בעד כיבוד רצון המתקשרים, אפילו בחרו הם דין זר כדין החל, לבין הטעמים שניתן להעלות בעד העדפת הדין המקומי חרף בחירת המתקשרים בחוזה.

4. הסכמה בחוזה על תחולת דין זר – מתווה לדין

על-מנת להבין מדוע ראוי לקבוע את הדין החל על-פי רצון הצדדים, כפי שהוא בא לידי ביטוי בתניית ברירת הדין, חשוב להבין תחילה מהן האפשרויות העומדות בהקשר זה לפני כל מתכנן חברתי. אכן, לנוכח ההגבלות המוטלות על הצדדים ביחס לבחירת הדין החל,

40 העיקרון של יחסיות המשפט המקומי משקף במובלע הנחה חשובה נוספת: גם במקרים שבהם מוחל דין זר בבית-המשפט של הפורום, החלת הדין הזר נעשית מכוח משפטה של מדינת הפורום, ולא מכוח מקור נורמטיבי כלשהו שהינו חיצוני למשפט של מדינת הפורום. המשמעות היא שדין הפורום חל כל אימת שמתעורר סכסוך בבית-המשפט של הפורום, אף אם דין זה מגלה כאמור נכונות, במקרים מתאימים, לסגת לטובת תחולת דין זר. עקרון היחסיות מיישב אפוא, להשקפתנו, ויכות עתיקי-יומין במשפט הבין-לאומי הפרטי, בנוגע לשאלה אם משפט זר מוחל מכוח דין הפורום או מכוח מקור משפטי חיצוני.

ברי כי האוטונומיה המוענקת למתקשרים בחוזה לבחור דין זר שיחול על סכסוכים המתעוררים בהקשר של החוזה שביניהם אינה מוחלטת, והיקפה אינו ההיקף היחיד האפשרי.

ניתן לתאר דרגות שונות של אוטונומיה לבחור בחוזה דין זר. ההבחנה ביניהן מבוססת על היקף ההגבלות המוטלות על הצדדים בהקשר זה, טיבן של הגבלות אלה ואופן יישומן על-ידי בתי-המשפט. מהו היקף ההתחשבות הראוי ברצון הצדדים בתהליך ברירת הדין החל על סכסוך חוזי? בית-המשפט נדרש לשאלה זו כאשר עליו להחליט אם לאכוף את תניית ברירת הדין.

(א) מודלים של אוטונומיה

ניתן לתאר שלושה טיפוסים מודלים שונים של מתן אוטונומיה למתקשרים בחוזה לקבוע דין זר כדין החל. בקצה האחד של הקשת נמצא מודל השולל התחשבות כלשהי ברצון המתקשרים בשלב ברירת הדין החל – מודל של העדר אוטונומיה.⁴¹ המודל של העדר אוטונומיה משתקף במשפטן של מדינות אשר שוללות החלת דין זר ומחילות תמיד את דין הפורום, כלומר, את דינן שלהן. בשיטות המשפט המערביות לא נעשה בדרך-כלל שימוש במודל זה, חרף הצעות שונות של מלומדים.⁴²

בקצה האחר של קשת האפשרויות נמצא מודל שעל-פיו ניתנת למתקשרים אוטונומיה מוחלטת לבחור את הדין החל על סכסוך חוזי שיתעורר ביניהם. על-פי מודל זה, כל ההגבלות שייסקרו בפרק ד להלן, למעט הגבלות הנובעות מדיני החוזים המהותיים של הפורום, עשויות להיחשב ללא-לגיטימיות. למיטב ידיעתנו, אין כיום מדינה שמעניקה לצדדים לחוזה אוטונומיה מוחלטת לבחור את הדין החל.

באמצע הרצף המתואר מצוי מודל האוטונומיה המצומצמת של הרצון. על-פי מודל מקובל זה, יש להתחשב ברצונם של המתקשרים בחוזה לבחור דין זר כדין החל על סכסוך שיתעורר ביניהם בהקשר של החוזה שכרתו, אך כשיקול אחד שאינו חוות הכל. ההגבלות ביחס לבחירת דין זר המוטלות על הצדדים – במישרין או בעקיפין – משקפות העדפה של שיקולים ואינטרסים אחרים על הטעמים לתמיכה בבחירת הצדדים.⁴³

41 מודל כזה מעדיף להגשים אינטרסים ציבוריים של מדינת הפורום, המבוטאים בדין הפורום, ומשקף עמדה שלפיה אין לייחס משקל משמעותי לרצון הצדדים בתהליך ברירת הדין. א-פריורית, אפוא, נשללת זכותם של הצדדים לבחור דין זר.

42 ניתן למוצאו רק בגישות של מלומדים לגבי סוגיות ספציפיות, כגון אחריות של יצרנים למוצרים פגומים. ראו, למשל: Celia W. Fassberg "Products Liability and the Conflict of Laws: Theory and Practice" 9 T.A.U. St. L. (1989) 205.

43 גישה זו, של אוטונומיה מוגבלת של הרצון, היא הגישה השלטת ברוב מדינות המשפט האנגלו-אמריקאי. ההבדלים בין המדינות נוגעים בדרך-כלל במהות ההגבלות המוטלות על הצדדים ביחס לבחירת הדין החל, ובמידת השימוש בהן. כפי שנראה בפרק הבא, יש מדינות שמוכנות לוותר על מקצת מן ההגבלות שמדינות אחרות אינן מוכנות לוותר עליהן.

נקודת המוצא לביורור טיבו של המודל הרצוי במשפט הישראלי היא שלילת המודל של העדר אוטונומיה. גישה הגורסת כי אין לאפשר למתקשרים בחוזה לבחור דין זר שיחול על סכסוך עתידי ביניהם אינה מקובלת במשפט הישראלי, ואף לא במשפטן של מדינות אחרות. לפיכך יש למקם את הדיון בעיצוב הכלל המשפטי הרצוי במתחם שבין מודל האוטונומיה המצומצמת, מחד גיסא, לבין מודל האוטונומיה המוחלטת, מאידך גיסא.

(ב) כלים ופרמטרים לבחירה בין המודלים

את ההתקדמות על-פני הרצף האפשרי בין שני מודלים אלה – של אוטונומיה מצומצמת ושל אוטונומיה מוחלטת – ניתן לתאר על-פי כמה פרמטרים. למשל, ניתן לתאר על-פי כמות ההגבלות המוטלות על הצדדים ביחס לבחירת הדין החל. ברי כי ככל שהכלל המשפטי מצמצם את מספר ההגבלות שניתן להטיל על הצדדים, כן ניתן למקמו על-גבי הרצף קרוב יותר לקוטב של אוטונומיה מוחלטת.

פרמטר שני שניתן להשתמש בו הוא מהות ההגבלות המוטלות על המתקשרים. ניתן להבחין בין הגבלות שונות על-פי האינטרסים השונים שהן משקפות. לא לכל האינטרסים יש משקל שווה. ככל שיש פחות הגבלות "חלשות" – כלומר, הגבלות שהאינטרס העומד ביסודן הינו פחות-ערך – כן ניתן לומר כי האוטונומיה הניתנת לצדדים קרובה יותר למודל האוטונומיה המוחלטת. הבחנה זו מבוססת אם כן על מהותם וטיבם של האינטרסים המשתקפים מכל הגבלה.⁴⁴

הפרמטר השלישי שעל-פיו ניתן לקבוע את מקומו על-פני הרצף עוסק בטכניקה שהפורום משתמש בה לשם איזון בין ההצדקות להחלת הדין הזר שבחרו הצדדים לבין האינטרסים שמצדיקים את שלילת בחירתם של הצדדים. בהקשר זה ניתן לתאר לפחות שני סוגים של איזונים. הסוג האחד הוא טכניקה של סיווג או של איזון עקרוני א-פרוירי. במשפטן הבינ-לאומי הפרטי של מדינות מסוימות הפורום מחליט אם לאשר או לשלול את בחירת הצדדים על-ידי סיווג הסיטואציה המוצגת לפניו לקבוצה של מצבים שהוא מזהה כבעלי מאפיינים דומים. בשיטות משפט אלה נטען, למשל, שבחירת המתקשרים בדין זר נעשתה מבלי שלמתקשרים או לחוזה הייתה זיקה מספקת אל הדין שנבחר. במקרה כזה, על-פי הטכניקה הנוהגת, הפורום עשוי לפסול את בחירת המתקשרים בדין הזר לאחר שיבחן את מידת קרבתם לדין שבחרו. נמצא כי פורום הנוקט טכניקה של סיווג בוחן אם המקרה המובא לפניו מצדיק את פסילת בחירתם של המתקשרים בדין הזר במנותק מן השיקולים העומדים ביסוד השאיפה לתת תוקף לבחירתם. פסילת בחירתם של המתקשרים בדין זר מושתתת על ההנחה כי האינטרס המשתקף מן ההגבלה, שעיקרה דרישה לזיקה בין המתקשרים בחוזה לבין הדין שבחרו, עדיף א-פרוירית על השיקולים המצדדים בכיבוד

44 חשיבותו של הפרמטר השני נובעת מכך שקשה, מטבע הדברים, לבסס את הבחירה בין המודלים על הפרמטר הראשון שהצגנו – כמות ההגבלות המוטלות על הצדדים ביחס לבחירת הדין החל – ועדיף לבחון לצורך זה באופן ענייני את טיבן של ההגבלות.

בחירתם. האיוון שהפורום נוקט הינו איוון עקרוני שנקבע מראש, עוד בטרם התעורר סכסוך קונקרטי. על-פי איוון זה, בחירת מתקשרים בדין שאין להם זיקה מספקת אליו לעולם תהא פסולה. הקושי בצורת איוון זו הוא שאף-על-פי שהפורום אינו מעוניין בכך, שימוש בטכניקת הסיווג מטשטש את השיקולים התומכים באכיפתה של תניית ברירת הדין. לפי דרך שונה של איוון בין האינטרסים, הפורום נדרש לבחון תחילה מהן ההצדקות למתן תוקף לבחירה בדין זר, מצד אחד, ומהן ההצדקות להגבלת בחירתם של המתקשרים בדין זר, מן הצד האחר. על הפורום להצמיד לכל הצדקה משקל מתאים, ההולם את נסיבות המקרה המסוים שלפניו. לאחר-מכן ייערך איוון בין ההצדקות, ובעקבותיו יוכרע אם לשלול את בחירת הצדדים בדין החל או לאשרה. לעיתים ייערך האיוון אד-הוק, ולעיתים על-פי אמת-מידה קבועה, כלומר, בעזרת נוסחת איוון המשקפת משקל יחסי קבוע של האינטרסים המתנגשים. למשל, ניתן לתאר איוון המחייב הוכחה כי הכרה בבחירת הצדדים בדין החל אינה סבירה. זו נוסחת האיוון שאומצה במשפט האמריקאי. באופן דומה, ניתן לתאר איוון על-פי מבחן "הוודאות הקרובה". אם כן, לפי סוג זה של איוון המתייחס למקרה המסוים, כאשר עולה הטענה כי בחירת המתקשרים בדין זר מנוגדת לתקנת הציבור של הפורום, על הפורום לאזן בין הפגיעה הצפויה בתקנת הציבור לבין הפגיעה הצפויה בהצדקות למתן תוקף לבחירה בדין זר.

טכניקה זו של הפעלת שיקול-דעת מקובלת במשפט הישראלי כטכניקה ראויה לאיוון בין אינטרסים מתנגשים גם במשפט הפרטי.⁴⁵ היא משמשת גם כאשר רשות מרשויות המדינה מעוניינת לקבל החלטה הפוגעת בזכות-יסוד של הפרט, כגון האוטונומיה של הרצון. הרעיון המלווה שיטת איוון זו הוא שככל שהאיוון מדויק יותר, ונעשה בכלים עדינים יותר, כן גוברת ההסתברות שיכובד רצון הפרט (או תוגן זכות-היסוד). לפיכך מודל המושתת על איוון קרוב יותר למודל של אוטונומיה מוחלטת מאשר מודל המושתת על סיווג או איוון אינטרסים א-פריורי עקרוני.

עתה ניתן לפנות לביורר היקף האוטונומיה שעל המשפט הישראלי להעניק למתקשרים בחוזה ביחס לבחירת דין זר כדין החל. נעשה זאת על-ידי חשיפת ההצדקות לכיבוד בחירה של מתקשרים בחוזה בדין זר שיחול על סכסוכים עתידיים ביניהם, מחד גיסא, ועל-ידי חשיפת ההגבלות שיש להטיל על המתקשרים בבואם לבחור כאמור, מאידך גיסא.

45 ראו פסק-דינו של השופט מישאל חשין בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בעמ' נ' שף הים (1994) בעמ', פ"ד נו(1) 56 (להלן: עניין טבעול), בעמ' 102-108.

פרק ג: ההצדקות לכיבוד הסכמה על תחולת דין זר

על-מנת להעריך את ההצדקות השונות לכיבוד הסכמה על תחולת דין זר, ראוי לאמץ הבחנה – המבוססת על נקודת-הזמן הרלוונטית להתבוננות – בין מועד כריתת החוזה לבין המועד שבו התגלע הסכסוך בין הצדדים לחוזה. על יסוד הבחנה זו ראוי לבחון אם הצדדים לחוזה היו מעוניינים, כבר בשלב כריתת החוזה, לבחור את הדין שיחול על הסכסוך ביניהם. אם הצדדים עצמם היו אדישים – בשלב כריתת החוזה, או בדיעבד, לאחר שהתגלע ביניהם סכסוך – לדרך שבה ייבחר הדין שישמש ליישוב הסכסוך, ייתכן מאוד כי שאלת הכיבוד של רצון המתקשרים ביחס לדין הזר לא תתעורר כלל. מכל מקום, אף אם תתעורר, סביר שהיא תידון בצורה שונה מכפי שדנים בשאלה מקום שהצדדים אינם אדישים לשאלת הדין שיחול על סכסוך ביניהם – אם בשלב כריתת החוזה או אפילו לאחר שהתגלע הסכסוך ביניהם – ואחד הצדדים מעוניין באכיפתה של תניית ברירת הדין, בעוד הצד האחר מתנגד לכך.⁴⁶

להלן יפורטו שיקולים שעוצמתם אינה זהה. כל אחד מהם עשוי להצדיק במידה שונה את הדרישה לתת לצדדים לחוזה את האפשרות לבחור לעצמם את הדין החל במסגרת החוזה. לשיקולים שיפורטו להלן עשוי להיות רובד "פנימי" לצד רובד "בין-לאומי". לכל אחד מהם יש משקל – המשתנה על-פי הנסיבות של כל מקרה – אף אם מניחים כי מדינת הפורום מבקשת לאמץ השקפה אנוכית הבוחנת אך ורק את טובתה שלה ואת טובת תושביה. ברם, משקלם של חלק מן השיקולים הללו גובר אם הפורום מאמץ תפיסת-עולם הרואה את מדינת הפורום כחלק מקהילייה של מדינות שיש לשתף עימן פעולה.

1. שיקולים של צדק הסכמי

תניית ברירת הדין הינה בראש ובראשונה תניה חוזית. כך, למשל, על-מנת לקבוע כי הצדדים קבעו בחוזה שנכרת ביניהם את הדין שיחול על סכסוך ביניהם, יש לוודא כי תניית ברירת הדין נכרתה כדרך כל חוזה אחר, ובכלל זה, כי לא נפלו פגמים בכריתתה. תניית ברירת הדין אף משקפת במובהק הקצאה של סיכונים בין הצדדים לחוזה. בהתעורר סכסוך, החלת הדין שנבחר על-ידי המתקשרים מיטיבה עם צד אחד יותר מאשר עם הצד האחר. הצדדים להתדיינות הסתמכו על כך שיינתן תוקף לבחירתם בדין שיחול על סכסוך

46 שאלת אכיפתה של תניית ברירת הדין משפיעה על טיב הפתרון – מנקודת-מבטו של כל אחד מן הצדדים – שיימצא למחלוקת שבינו לבין בעל-דינו. מכיוון שכך, השאלה המדויקת שנבחנת היא כיצד ראוי, בשלב בירור הסכסוך, לבחור את הדין הרלוונטי ליישובו, כאשר בין הצדדים קיימת הסכמה חוזית בעניין החלת דין זר שהתגבשה עוד לפני שהתגלע הסכסוך ואשר מבטאת את רצונם המשותף של הצדדים במועד זה (בלבד).

ביניהם. כאשר קיים חוזה שבגדרו בחרו הצדדים את הדין החל, אין זה ראוי אפוא לא לאכוף בחירה חוזית זאת.

שיקולים של צדק הסכמי מתמקדים בעשיית צדק בין בעלי-הדין, ושואפים למנוע צד לחוזה מלהתכחש – בנקודת-הזמן שבה מתברר סכסוך בין הצדדים – להתחייבותו החוזית. לשיקולים אלה יש חשיבות רבה במשפט הישראלי,⁴⁷ ויש הסוברים כי קיים אף אינטרס ציבורי בהגשמתם.⁴⁸

שיקול אחד של צדק הסכמי הוא השיקול המשתקף מן המכתם "חוזים יש לקיים" (Pacta Sunt Servanda). אכיפתו של החוזה "צודקת" משום שהחוזה בוסס מלכתחילה על רצונם החופשי של הצדדים לו. שיקול נוסף של צדק הסכמי הוא שיקול של תום-לב והגינות חוזית. כפירה של צד בהתחייבותו החוזית – כאשר מלכתחילה רצה בה או למצער יצר לפני הצד שכנגד מצג של רצון – נתפסת כנגועה בחוסר תום-לב ובחוסר הגינות. כפירה זו הינה מגונה ואופורטוניסטית. הימנעות מאכיפת חוזה פוגעת גם באינטרס הציבורי שהסכמים יכובדו ושבעלי חוזה – לרבות חוזה בין-לאומי – ינהגו זה כלפי זה בתום-לב ובהגינות.⁴⁹

לכאורה היה ניתן לטעון כי איסור מראש שיטיל הפורום על המתקשרים בחוזה לבחור דין זר כדין החל לא יעורר – בשלב בירור הסכסוך האזרחי – כל בעיה הנוגעת בצדק הסכמי, אם המתקשרים אכן ידעו מראש כי אסור להם במסגרת החוזה לבחור דין זר כדין החל. ברם, במישור הבין-לאומי נכרתים חוזים בין מתקשרים שבאים משיטות משפט שונות ואשר מפתחים על-יכן ציפיות שונות. מכיוון אחר, זהות הפורום שידון בסכסוך אינה ידועה תמיד מראש, ועל-יכן עלול להיווצר מצב שבו מתקשרים בחוזה בחרו דין זר כדין החל כשהם צופים התדיינות לפני פורום המתיר בחירה כזו בחוזה, אך בדיעבד ההתדיינות בין המתקשרים נערכת לפני הפורום הישראלי. במצב זה, שיקולי צדק הסכמי פועלים להצדיק את אכיפתה של תניית ברירת הדין.

2. אוטונומיית הרצון כערך העומד בפני עצמו

להבדיל משיקולים של צדק הסכמי, שמבקשים בדיעבד לעשות צדק בין הצדדים לחוזה, שיקולים של אוטונומיית הרצון כערך מתמקדים בנקודת-הזמן של כריתת החוזה, ומתייחסים לשני המתקשרים בחוזה כאל ישות אחת המבקשת לממש חופש של הפרט כלפי המדינה והחברה. ניתן לומר כי כלל משפטי המתיר לפרט חופש לממש את בחירתו מבוסס על אתיקה קאנטיאנית.⁵⁰ ניתן להצדיק את גזירת הדין החל מרצון המתקשרים – כלומר,

47 ראו עניין טבעול, לעיל הערה 45.

48 ראו פסק-דינו של השופט יעקב טירקל בעניין טבעול, שם.

49 ראו פסק-דינו של השופט יעקב טירקל וכן פסק-דינו של המשנה לנשיא שלמה לוין בעניין טבעול, שם.

50 על-פי האתיקה של עמנואל קאנט, לכל אדם יש ערך פנימי מיוחד הנובע מהיותו יצור

לדרוש מן המדינה כי תעניק תוקף לתניית ברירת הדין שבחווה – על-ידי הרעיון של כיבוד אוטונומיית הרצון של הפרט. מנקודת-מבט חיצונית לפרט, ראוי להימנע מהתערבות בחופש שלו לפעול במשפט הפרטי.⁵¹ על-פי טיעון זה, עצם בחירתם של הצדדים לחווה בדרך שבה הם הפצים כי סכסוך עתידי ביניהם יתברר – וזו, למעשה, מהותה של תניית ברירת הדין בחווה, המצביעה על מערך קונקרטי של כללים המגדירים פתרון מסוים לכל סכסוך – מחייבת את בית-המשפט, מבחינה מוסרית, ליישב את הסכסוך בין הצדדים בהתאם לדרך שבחרו.

זאת ועוד, הרעיון בדבר האוטונומיה של הרצון, ובדבר כוחו של אותו רצון "ליצור", מקבל בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי מימד מעניין. ניתן להשקיף על המשפט הבין-לאומי הפרטי כעל גוף של כללים משפטיים המסדיר את המתקל שנוצר בין מדינה (והמחוקק הריבוני בה) לבין מדינה אחרת במצב שבו לכל אחת מן המדינות יש פתרון "צודק" אחר באשר לאופן שבו ראוי ליישב סכסוך שהתעורר בתחום המשפט הפרטי. כך, הכללים המסדירים את סמכות השיפוט של הפורום, ובמובן מסוים גם כללי ברירת הדין, מנסים להכריע במתקל זה.⁵² בהקשר של סוגיית ברירת הדין ניתן לתהות – במצב של מתקל בין-מדינתי כזה – מהי ההצדקה להעדפתו של מחוקק ריבוני של מדינה אחת על מחוקק ריבוני של מדינה אחרת, שביטויה הוא עצם מתן האפשרות לדינה של הראשונה לחול, ולא לדיני המדינה האחרת.⁵³ שכן ככלל, מנקודת-מבט שאינה פנים-מדינתית אנוכית, ניתן לטעון כי לשום מדינה או לשום מחוקק ריבוני אין – ולא ראוי שתהא –

אנושי רציונלי. ערך זה הינו המקור לחירותו של האדם, שממנה נגזרות כל זכויותיו. קאנט סבר כי כל אדם קובע לעצמו את הכללים המוסריים שעל-פיהם יחיה. במובן זה, הסביר קאנט, האדם הינו מחוקק ריבוני. לרצונו החופשי יש כוח ליצור. האדם הינו עצם חומרי, אולם בניגוד ליתר העצמים בעולמנו, הפועלים על-פי חוקי הפיזיקה, האדם כפוף לרצונו שלו. על-כן גם מוסריותו נמדדת על-פי יחסה אל האוטונומיה של רצונו. אחת התביעות שניתן להשמיע על-יסוד תורתו של קאנט היא התביעה לכבד את אוטונומיית רצונו של הפרט, משום שיש לה ערך משל עצמה. ראו עמנואל קאנט הנחת היסוד למטפיסיקה של המידות (תש"י) 114-121. ראו גם: Henry E. Allison *Kant's Theory of Freedom* (Cambridge, 1990) 99.

51 ראו: George P. Fletcher "Law and Morality: A Kantian Perspective" 87 *Colum. L. Rev.* (1987) 533, 535. זו החירות החיצונית, המאפשרת לפרט לפעול ללא הגבלות מטעם המדינה או מטעם אחרים. החירות הפנימית היא יכולתו של הפרט לפעול ללא הפרעה מצד ההיגיון.

52 גם כללי ברירת הדין עוסקים למעשה בהקצאה בין מדינות של הכוח (הסמכות) לברר סכסוכים פרטיים, משום שהחלת דין מסוים על סכסוך עשויה לקשור את בירור הסכסוך אל המדינה שדינה מוחל. ראו, למשל, תקנה 500(4)(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220, המאפשרת לבית-המשפט הישראלי לרכוש סמכות שיפוט על נתבע זר כאשר על החווה בינו לבין התובע חל הדין הישראלי.

53 ראו והשוו עניין גרייפין, לעיל הערה 12, בעמ' 72.

עדיפות על מדינה אחרת או על מחוקק אחר ככל שמדובר בשאלת הדין שיחול על הסכסוך. וכאשר מדובר בבירור הדין החל על סכסוך חוזי, אפשר לטעון כי משתלב בתמונה "מחוקק ריבוני" נוסף, במובן הקאנטיאני: הצדדים לחוזה עצמם. שכן, כאמור, גם לרצונם של הצדדים יש "כוח" יוצר. השאלה היא אפוא אם לא ראוי להעדיף במצב זה את רצון הצדדים, שבחרו במסגרת החוזה שכתרו את השיטה המשפטית שתחול לצורך בירור הסכסוכים ביניהם.

במשפט הישראלי הוכרה אוטונומיית הרצון של הפרט – ובכללה זכותו של הפרט להתקשר בחושים ולעצבם כרצונו – כחלק מזכותו החוקתית של האדם לכבוד.⁵⁴ זכות חוקתית זו עומדת לכל אדם, אף אם הוא אינו אזרח ישראלי או תושב ישראל.⁵⁵ גם כלל פסיקתי בנוגע לבירור דין נדרש למזעור הפגיעה בזכות היסוד זו, ויש לכך חשיבות באיזון שבין האינטרס בדבר הגשמת האוטונומיה של הפרט לבין אינטרסים אחרים.

3. יעילות ורווחה חברתית

בחירת הצדדים בדין שיחול על סכסוך ביניהם כמוה כעסקה להעברה של נכס או זכות.⁵⁶ הבחירה בדין החל מגלמת הקצאה של סיכון שכל אחד מן הצדדים נוטל על עצמו, שבמקרה של סכסוך שיתגלגל לערכאות, החלת הדין שנבחר בחוזה תרע את מצבו.⁵⁷ בהנחת רציונליות ניתן לשער כי הצדדים תמחרו לתוך החוזה את הסתברות החלתה של שיטה

54 ראו ע"א 5924/97 און הצפון (וינגרטן) בע"מ נ' סודה פופ בע"מ, פ"ד נג(4) 496.
 55 סעיף 2 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב, ס"ח 1391 (להלן: חוק היסוד), מדבר על "אדם באשר הוא אדם". להגנה החוקתית במשפט הישראלי על האוטונומיה של הרצון עשויה להיות משמעות רבה אם כלל ברירת הדין בחושים, שכיום הוא כלל יציר הפסיקה, יעוגן בתחיקה, כפי שנעשה בכמה שיטות משפט אחרות. תחיקה עתידית כזו לא תינהג מההגנה של סעיף שמירת הדינים (סעיף 10) שבחוק היסוד, אלא תהא כפופה לחוק היסוד ולביקורת שיפוטית על-פיו. פגיעה באוטונומיה של רצון הצדדים לחוזה תהא אפוא כדין רק אם תקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. כך, ניתן לשער כי החלטה של המחוקק להפקיע לחלוטין מצדדים לחוזה בין-לאומי את היכולת לקבוע מהו הדין שיחול על סכסוך ביניהם עשויה לא לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה, למצער משום שמדובר בפגיעה באוטונומיה של הרצון במידה שעולה על הנדרש. שאלה שונה היא אם החלטה של מחוקק להפקיע מצדדים לחוזה "פנימי" את היכולת לקבוע מהו הדין שיחול על סכסוך ביניהם הינה חוקתית.

56 הסכמתם של פרטים רציונליים להעברת נכסים שבבעלותם משמשת מדד המשקף את כדאיות העסקה מבחינתם, וכפועל יוצא מכך – את יעילותה הכוללת של העסקה, שיש בה כדי לשפר את רווחת הכל. Posner, *supra* note 38, at p. 13.

57 לדעה שונה, ראו והשוו משה בר ניב (בורנובסקי) "הסכמה לשיפוט זר בחושים עסקיים" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 25, 36–37.

משפט כלשהי, על היתרונות והחסרונות הגלומים בה לכל אחד מהם. ההנחה היא שסחר-חליפין זה משפר כאמור את מצבם של שני הצדדים לעסקה, שהרי אחרת לא היו מגיעים להסכמה בנושא זה.⁵⁸

כידוע, מתן אפשרות לצדדים לבחור את הדין שיחול על סכסוך עתידי ביניהם גם יביא לידי כך שהצדדים יבחרו את המשטר המשפטי היעיל ביותר מבין המשטרים המשפטיים המוצעים בשוק העולמי על-ידי מדינות שונות. ניתן להסיק זאת מן הרעיון הגורס כי הסכמת הצדדים להעברת זכויות ונכסים תניב את התוצאה היעילה ביותר של הקצאת משאבים.⁵⁹

ברם, השאלה המרכזית היא מדוע יש לאמץ כלל ברירת דין התומך באוטונומיה של הרצון כאשר יש מצבים שבהם המדינה שואפת להתערב בחוזה שבין הצדדים לנוכח קיומו של כשל שוק.

התשובה טמונה ברעיון של מזעור עלויות העסקה במטרה להגדיל את ה"עוגה" החוזית. מקובל בהקשר זה לומר ביחס לכללים הדיספוזיטיביים בדיני החוזים כי מטרתם צריכה להיות מתן אפשרות לצדדים למזער את עלויות העסקה הכרוכות בכריתת החוזה על-ידי העמדת תניות חוזיות מוכנות מראש שישמשו אותם כמעין "מוצר מוכן מן המדף". לעומת כללים דיספוזיטיביים בדיני חוזים, כללים קוגנטיים מיועדים להתגבר על כשלי שוק שאי-אפשר לצפות שהצדדים יתקנו בעצמם. הכללים הקוגנטיים קובעים על-כך פתרון כפוי, שהצדדים מחויבים לו ואינם יכולים להתנות עליו.

מנקודת-מבטה של מדינת הפורום, כאשר המתקשרים מבקשים להסדיר באמצעות החוזה סוגיה שהם רשאים להתנות עליה – למשל, השיטה להספקת הסחורה ולהעברת התשלום תמורתה – הכלל המשפטי שימזער את עלויות העסקה במידה המרבית, בהנחה שהצדדים עשויים לחפוף בשיטות שונות של הספקה ותשלום, הוא זה שיתיר לצדדים להמיר את דין הפורום בדין זר.⁶⁰ כך, באמצעות הפניה לדין זר, הצדדים עשויים להתנות על התנאים להספקת הסחורה ולהעברת התשלום שבדין הישראלי, ולאמץ במקומם את תנאי הדין הזר.

58 כאשר ניתן אף להניח, בהעדר נתונים נוספים על הסכסוך שבין הצדדים, כי מי שנושא בעלות הבחירה במשטר משפטי זר הם הצדדים לחוזה עצמם, ואין בהסכמתם כדי להטיל עלות על צדדים שלישיים, לפנינו מצב שבו "זה נהנה וזה אינו חסר", ועל-כך אין כל טעם המצדיק למנוע את האפשרות למימוש. ניתן לכאורה לטעון כי בבחירת משטר משפטי זר הצדדים מחצינים את עלויות בחירתם, למצער, אל בית-המשפט של הפורום שבו הם מתדיינים, הנדרש להיזקק לדין זר. אולם ברוב שיטות המשפט הבעיה נפתרת באמצעות כללים משפטיים היוצרים הפנמה של עלות הבחירה בדין הזר. ראו להלן סעיף ה(ב2).

59 ראו: Posner, *supra* note 38, at pp. 645–646.

60 ראו: Andrew T. Guzman "Choice of Law: New Foundations" 90 *Geo. L. J.* (2002) 883, 913–914; Erin A. O'Hara & Larry E. Ribstein "From Politics to Efficiency in Choice of Law" 67 *U. Chi. L. Rev.* (2000) 1151.

ככל שכללים מסוימים במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי הינם בבחינת נתון, כוחו של טיעון זה בדבר מועורן של עלויות העסקה עשוי להיות יפה גם למצב שבו הצדדים מבקשים להסדיר באמצעות החוזה סוגיה קוגנטית שמדינת הפורום אינה מתירה להם לכאורה להתנות עליה. למשל, נניח שהצדדים מבקשים להתנות על חובת תום-הלב – שבעיני מדינת הפורום היא חובה קוגנטית – על-ידי הפניה לדין מדינה אחרת שאינו מחייב מתקשרים בחוזה לנהוג בתום-לב האחד כלפי רעהו. כדי להבין מדוע גם במצב שבו המתקשרים מפרים בהסכמתם איסור קוגנטי אפשר שיש עדיין להעדיף כלל התומך באוטונומיה של הצדדים לבחור לעצמם בדין החל, חשוב להיזכר בשני כללים מן המשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי.⁶¹ ראשית, כידוע, מתקשרים רשאים לכלול בחוזה ביניהם, מלבד תניית ברירת דין, גם תניית שיפוט זר. תניה זו מאפשרת למתקשרים להביא לידי כך שהפורום הישראלי יימנע, ככלל, מלדון בסכסוך ביניהם, ויפנה אותם להתדיין במדינה שעליה הסכימו. המתקשרים רשאים אם כן לבחור להתדיין בפורום שבו האיסור הקוגנטי אינו קיים, או קיים כהוראת חוק דיספוזיטיבית בלבד, כך שלפני פורום זה יינתן תוקף אף לבחירתם בדין. נמצא כי על-ידי בחירה בפורום הזר המתקשרים יכולים להגיע לאותה תוצאה בדיוק שאליה היו מגיעים על-ידי הסכמה על תחולת הדין הזר, ולפיכך אין כל טעם לאצם לצעוד בדרך ה"מעקף", שמשמעותה אינה אלא בזבוז משאבים.⁶²

שנית, כאשר הדין המקומי בוחר לאסור על הצדדים עסקה מסוימת באמצעות כללים קוגנטיים, אך טבעי הוא שצדדים מבקשים לעיתים לעקוף איסור זה באמצעות החוזה. במשפט הבין-לאומי הפרטי, דוקטרינת ההבלעה (אינקורפורציה) מאפשרת למתקשרים בחוזה להביא לידי החלת דין זר על סכסוך עתידי ביניהם לא רק על-ידי בחירה בדין הזר (להלן גם: הפניה), אלא גם על-ידי העתקת קטעים מתוך הדין הזר אל תוך החוזה, כאילו מדובר בתניות חוזיות שהצדדים עיצבו לעצמם.⁶³ אף שלכאורה התוצאה זהה, הפורום נוטה להקטין את מידת התערבותו בחוזה עצמו, ולהתייחס ב"סלחנות" רבה יותר לתניות חוזיות שקבעו הצדדים לעצמם מאשר להפניה של המתקשרים במסגרת החוזה לדין זר. במקרים מסוימים ברי אפוא כי הטלת איסור על הצדדים לבחור את הדין הזר שהם מעוניינים בו לא רק לא תמנע את הצדדים מלנסות לעקוף את האיסור הקוגנטי (למשל, על התנהגות נעדרת תום-לב), אלא אפשר שגם לא יהיה בה כדי להשיג את המטרה של שימור האיסור הקוגנטי.

המתקשרים עשויים להצליח לעקוף את האיסור הקוגנטי באמצעות חוזה מפורט דיו,

61 הטיעון כאן מוגבל אפוא להנחה שהמשפט הישראלי פועל על-פי כללים אלה.

62 ראו: Michael J. Whincop & Marry E. Keyes "Statutes' Domains in Private International Law: An Economic Theory of the Limits of Mandatory Rules" 20 *Syd. L. Rev.* (1998) 435.

63 אפשר לעשות זאת הן על-ידי העתקת הטקסט התחיקתי עצמו, הן על-ידי הפניה קונקרטית למקורות משפטיים ספציפיים. ראו, לדוגמה: עניין מנורה, לעיל הערה 12; עניין *Vita Food*, לעיל הערה 22; סעיף 187(1) לרסטיטוט השני, לעיל הערה 24.

שיעתיק את כל ההוראות הרלוונטיות בדין המדינה האחרת ויהפכן ל"תניות חוזיות"; על-ידי כתיבת חוזה מפורט, שיכיל שורה של תניות חוזיות שתפרוט לפרוטות את הסכמת הצדדים לוותר על חובת תום-הלב; או על-ידי בחירה בפורום זר שיכבד את רצונם לוותר על דרישת תום-הלב. אלא שנקיטת דרכים אלה לשם השגת המטרה כרוכה בעלויות עסקה גבוהות יחסית: אם יחליטו המתקשרים לכתוב חוזה מפורט, הם יידרשו להחליט בדיוק לאילו הוראות של הדין הזר או לאילו הוראות חוזיות הם זקוקים; הם יודקו לייעוץ משפטי כדי לבחון את ההשלכות האפשריות של העתקת הוראות אלה אל תוך החוזה; אם יבחרו הוראות שמקורן בדין זר, יהיה עליהם לשלב בחוזה לא רק הוראות סטטוטוריות, אלא גם את הפרשנות שניתנה להם בפסיקת בתי-המשפט; הם יאלצו לשאת בעלויות המנהליות הכרוכות בכתיבת חוזים ארוכים, וכך הלאה. ואם יבחרו המתקשרים לשלב תניית שיפוט זר כדרך לעקיפת האיסור הקוגנטי, אזי קיים חשש שהם יבחרו פורום שאינו הפורום העדיף מבחינתם, וזאת אך ורק כדי שיעלה בידיהם להתדיין לפני פורום שיכבד את החוזה שביניהם.

אם כן, גם כאשר מדובר במקרים שבהם ראוי להגביל את חופש החוזים, הכלל המשפטי היעיל, הממוער את עלויות העסקה בצורה הטובה ביותר, הוא זה שיתיר לצדדים להחליף את דין הפורום בדין זר. אם תוקנה למתקשרים בחוזה יכולת לברור מבין כמה "מוצרים" סטטוטוריים שונים את המוצר המועדף מבחינתם, לא תידרש יותר מתניה אחת בחוזה על-מנת לגלם את בחירתם, ואין ספק שהדבר יגרום לחיסכון של ממש בעלויות; ואם החלפת הדין המקומי בדין זר אסורה, ממילא המשאבים שיושקעו על-ידי הצדדים בניסיון לעקוף את האיסור – בהנחה שמשאבים אלה אבודים מבחינה חברתית משום שהושקעו בקידום מטרה לא-חוקית – יהיו מינימליים. על-כן, עקרונית, רצוי לקבוע כלל משפטי המתיר למתקשרים בחוזה לבחור דין זר.⁶⁴

4. קידום חיי המסחר

עקרון האוטונומיה של הרצון הולם היטב גם את הצורך בוודאות ובאפשרות ניבוי, אשר חיוניות לקיום מסחר.⁶⁵ אכן, בטחונם של הצדדים לעסקת-מכר בזכויותיהם, כמו-גם יכולתם לחזות את חיוביהם כלפי הצד האחר, נשאבים מן החוזה שנערך ביניהם, המאפשר

64 יישום חשוב של מסקנה זו הוא מתן אפשרות להיזקק למשטרים משפטיים המוצעים על-ידי מדינות שונות. למשל, בתחום של דיני התאגידים, אפשר שבמסמכי ההתאגדות של תאגיד תשולב הוראה הקובעת כי הדין החל על סכסוכים הקשורים להשתתפות בתאגיד יהיה דין מדינת דלאוור שבארצות-הברית, אם מניחים, כפי שיש העושים, כי מדובר בדין מוצלח יחסית שהפניה אליו תגרום למשיכת משקיעים לתאגיד. בדרך זו, גם מדינת הפורום יכולה לנצל את היתרונות הגלומים בדינים זרים.

65 ראו: Kirt O'Neill "Contractual Choice of Law: The Case for a New Determination .of Full Faith and Credit Limitations" 71 *Texas L. Rev.* (1993) 1019, 1024

למתקשרים לתכנן את צעדיהם באופן מושכל. מכיוון שהמתקשרים מודעים לזכויותיהם על-פי הדין שבחרו להחיל, גוברת הוודאות ביחס לתנאי העסקה. ודאות זו גם מקנה לצדדים בסיס למשא-ומתן ביניהם לצורך יישוב סכסוכים.

הטעם המסחרי האמור נכון במיוחד כשמדובר בעסקות בין-לאומיות, שבהן הצדדים חשופים גם לסיכונים הנובעים מאופייה הבין-לאומי של העסקה ביניהם. מתן אפשרות בחירה בדין החל מעניק לצדדים כוח לפזר את הערפל שהם שרויים בו, ולהקטין, למשל, את החשש מפני נטייתו של בית-המשפט של הפורום להחיל את דינו שלו,⁶⁶ או מפני התופעה של forum shopping.

שיקולים מסחריים אלה מבטאים לא רק שיתוף-פעולה בין-מדינתית, אלא גם אינטרס אנוכי של כל מדינה, שכן מדינה הבוחרת לפגוע בשיקולי ודאות אלה מסתכנת בכך שסוחריה יתויגו בשוק העולמי כמי שקשה לסחור עימם. למצער היא תגרום לכך שסיכון זה במסחר ישוקלל לתוך המחיר החוזי, וייקר את העסקות שסוחריה מהווים צד להן. במשפט האמריקאי, למשל, השיקול של קידום המסחר נתפס כשיקול העיקרי לכיבוד רצון הצדדים לבחור לעצמם את הדין החל.⁶⁷

5. הרמוניזציה

לנוכח העובדה שמדינות רבות מכבדות את בחירת הצדדים בדין החל, מתן תוקף לתניית ברירת הדין מוליד אחידות בהסדרים המשפטיים של סוגיה זאת. ככל שקיימת מידה רבה יותר של הרמוניה ותאימות בין כללים משפטיים של מדינות, כן קטן הסיכון להיווצרותם של מתקלי דינים ובעיות בתחום המשפט הבין-לאומי הפרטי, שמהם יסבלו בראש ובראשונה המתקשרים בחוזה. ממילא פוחתים גם הסכסוכים המובאים לפני בתי-המשפט. מנקודת-מבטה של מדינת הפורום, אימוץ הסדר משפטי הדומה להסדרים מקובלים בעולם מקל על אורחיה להשתלב בחיי המסחר הבין-לאומיים. הדבר דומה, למשל, לשאיפתן של מדינות רבות להתאים את עצמן לכללי השוק האירופי המשותף.⁶⁸

66 ראו: Stewart E. Sterk "The Marginal Relevance of Choice of Law Theory" *U. Pa. L. Rev.* (1994) 949, 973, 976
Lea Brilmayer *Conflict of Laws* (Boston, 2nd ed., 1995) 15

67 ראו את התייחסותם של בתי-המשפט לשיקול זה בעניין *The Bremen*, לעיל הערה 24, וכן בעניין *Lipcon v. Underwriters at Lloyd's*, 148 F. 3d. 1285 (11th cir. 1998) (להלן: *Lipcon*).

68 הצורך בהרמוניה מתחזק גם על רקע הרצון למנוע forum shopping, הפוגע, מצידו, גם במידת הוודאות שבה המתקשרים בחוזה יכולים לפעול. בהקשר זה חשוב לציין כי בדרך-כלל ההגבלות המוטלות על הצדדים לחוזה ביחס לבחירת הפורום שבו הם מעוניינים להתדיין, להבדילה מן הבחירה בדין החל, הינן מועטות ביותר. על החשש האמור מפני תופעת ה-forum shopping יש להוסיף את העובדה שסכסוכים הנובעים מאותו חוזה

6. רציונל של תיאוריית הבחירה הציבורית – אפשרות ליציאה

תניית ברירת הדין מאפשרת לצדדים לחוזה להשתחרר מכבליה של שיטת משפט שאין הם חפצים בה. על-ידי בחירה בדין זר, הצדדים יכולים להכפיף את עצמם, לפחות במידה מסוימת, לשיטת משפט אחרת במקום שיטת המשפט של מדינת הפורום. לאפשרות זו יש חשיבות רבה אם בוחנים אותה מנקודת-מבט של תיאוריית הבחירה הציבורית, המציעה הסבר לתהליכים של קבלת החלטות ציבוריות המבוסס על ניתוח פעולתן של קבוצות-אינטרסים.⁶⁹

למשל, נטען כי חקיקה הינה תוצאה של השפעת קבוצות-אינטרסים על הגוף המחוקק, שלעיתים אינה ביחס הולם למשקלן האמיתי של קבוצות אלה בקרב כלל האוכלוסייה.⁷⁰ חקיקה זו אינה יעילה, וניתן אף לטעון כי היא לוקה מבחינה מוסרית.⁷¹ על רקע זה ראוי לתת אפשרות לפרטים למלט את עצמם – לפחות ביחס להיבטים מסוימים של חייהם – מן המשטר המשפטי המוכתב על-ידי בית-המחוקקים של מדינת הפורום.⁷²

אין ממש בחשש שמא יבחרו הצדדים בדין זר המתיר להם חופש בלתי-מוגבל ושחרור מלא מרגולציה כלשהי. כל שיטת משפט כפופה במידה מסוימת להגבלות רגולטיביות שמעצבים הבוחרים במדינה שבה חלה שיטת המשפט. על-כן קשה לתאר שיטת משפט המשחררת את הצדדים לחלוטין מכל פיקוח שהוא על פעולותיהם. בחירת הצדדים בדין מסוים, כדי להימלט מהחלת דין אחר, אינה מאפשרת אפוא הימלטות "מלאה" מן האיסורים הקבועים בדין הפורום.

עשויים להידון לפני פורומים שונים, אם כל אחד מן הצדדים יגיש בתורו תביעה בפורום אחר. במצב כזה עשויים לחול כמה דינים על החוזה, ולמצער קיים חשש מפני חוסר בהירות ובלבול באשר לדין שיחול.

69 ראו: Philip P. Frickey & Daniel A. Farber *Law and Public Choice: A Critical Introduction* (Chicago, 1991).

70 תוצאה זו מתאפשרת משום שהפעלת התהליך הפוליטי כרוכה בעלויות שמקורן בהאצלת כוח החקיקה על נציגי הבוחר, המעדיפים לנצל את מעמדם כדי להשיג הטבות לעצמם – כגון תרומות למסע בחירות – בין היתר מקבוצות קטנות מאורגנות ובעלות עוצמה. קבוצות אלה דורשות בתמורה את סיועם של המחוקקים בקידום חקיקה המשפרת את מצבם. ראו: Roberta Romano "Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation" 107 *Yale L. J.* (1998) 2359, 2395, 2402, 2410.

71 לדיון בהשפעות ex-ante שיש למתן אפשרות למתקשרים בחוזה לבצע opt-out, ראו: Erin A. O'Hara "Opting out of Regulation: A Public Choice Analysis of Contractual Choice of Law" 53 *Vand. L. Rev.* (2000) 1551.

72 ראו: Jerry L. Mashaw "The Economics of Politics and the Understanding of Public Law" 65 *Chi. Kent. L. Rev.* (1989) 123, 132-133. באחרונה ניתן לשמוע את הדיה של השקפה זו גם במשפט הישראלי. ראו, למשל, דפנה ברק-ארו "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב (תש"ס) 793, 818.

7. שיקולים של יישוב סכסוכים

במהותה, תניית ברירת דין קובעת מנגנון למציאת פתרון במקרה של סכסוך במסגרת המשפט הפרטי, להבדיל מקביעת הפתרון עצמו. במועד כריתת החוזה הצדדים מבטאים באמצעותה את הדרך שבה הם מעוניינים ליישב סכסוך עתידי ביניהם, וניתן להניח כי בנקודת-הזמן של כריתת החוזה אין הצדדים יודעים עדיין איזה סכסוך יפרוץ ביניהם, והם שרויים בחוסר ודאות בעניין זה.

לבחירה במנגנון ליישוב סכסוך יש משמעות מיוחדת לפרטים הפועלים במישור הבין-לאומי, משום שהיא מגבירה, מנקודת-מבטו של הפרט, את הסיכוי לכך שסכסוך שהוא יהיה מעורב בו יפתר במסגרת הליך הוגן. חששו של כל פרט הקושר את עצמו בקשרים משפטיים בין-לאומיים הוא מפני היקלעות לסכסוך לפני פורום אשר יתייחס אליו בחוסר הגינות או יעדיף את הצד האחר לסכסוך. חשש זה אינו מופרך, שכן נטייה טבעית היא להעדיף את "עניי עירך" על זרים. לעומת זה, כאשר הסכסוך מיושב על-פי "כללי המשחק" שהצדדים קבעו לעצמם, יש בכך כדי להגביר את תחושת הצדק וההוגנות שהמתדיין חש ביחס להליך השיפוטי שהוא מעורב בו, בעיקר אם הליך זה מתנהל במדינה זרה.

אם משקיפים על תניית ברירת הדין כעל מנגנון ליישוב סכסוך ותו לא, אזי יש לנקוט גישה עקבית ולהשוות את היקף החופש להיוקק לה להיקף החופש המוענק לצדדים להשתמש במנגנונים פרטיים אחרים ליישוב סכסוכים בתחום המשפט האזרחי. בדרך-כלל, בית-משפט מתיר לצדדים לסכסוך אזרחי לאמץ לעצמם לא רק כל פתרון משפטי שהם בוחרים כדי ליישב את הסכסוך – על-דרך הפשרה – אלא גם מידה רבה של חופש בבחירת המנגנון שבעזרתו יוכרע הסכסוך. חופש זה מקורו בתפיסה מודרנית הרואה את תפקידו העיקרי של בית-המשפט כמכשיר ליישוב סכסוכים, ובשאיפה ליעל את בירורן של תובענות.⁷³ כידוע, בית-המשפט מאפשר לצדדים לסכסוך גם לבחור מנגנונים שקיימת בהם אפשרות לשנות את תוכן הדינים החלים על הסכסוך – כגון בוררות או גישור – והוא אוסף חוזים שהוסכם בהם להיוקק למנגנונים אלה.

73 במשפט הישראלי נקבע, למשל, כי צדדים רשאים ליישב סכסוך ביניהם שהובא לפני בית-משפט על-ידי הסכמה שבית-המשפט יאמץ תוצאות בדיקה של עדים במכשיר פוליגרף כבסיס להכרעה השיפוטית, חרף העובדה שאמינותו של כלי זה לא הוכחה. עם זה, הצדדים אינם רשאים לאמץ כל מנגנון שהוא ליישוב הסכסוך. למשל, בית-המשפט לא יאפשר לצדדים ליישב בין כתליו סכסוך אזרחי על-ידי זריקת מטבע, פנייה לאובות ולידעונים או הימור, ולא יאכוף הסכם לעשות כן. ראו ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, 475. ראו גם שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט).

פרק ד: ההגבלות ביחס להסכמה בדבר תחולת דין זר

הפורום מכפיף את בחירת הצדדים בדין זר לדרישות שונות. מכיוון שאנו מבקשים להגדיר את גבולות יחסיותו של המשפט המהותי המקומי, בבדיקת ההגבלות המוטלות על המתקשרים ביחס לבחירת דין זר יש לחשוף ולכלול כל הגבלה משפטית אשר מצמצמת הלכה למעשה את יכולתם של המתקשרים בחוזה להביא לידי תחולת דין זר על הסכסוך ביניהם.

נפתח בהצגת ההגבלות המסורתיות ביחס לבחירת דין זר שהוטלו במדינות שונות על הצדדים לחוזה, ונצביע – במקום שניתן – על הטעמים להן.

1. הגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום

כמו כל תניה חוזית, תניית ברירת הדין עשויה להידרש לעמוד בקנייני-המידה שהפורום מציב לצורך הכרה בתוקף חוזים. במסגרתם תיבחן התניה על-פי דיני הפגמים ברצון של מדינת הפורום, על-פי דיני הכשרות להתקשר בחוזה, לאור דרישות הנוגעות בהליך כריתת החוזה (כגון מסוימות וגמירת-דעת) שהפורום מציב לפני מתקשרים בכל חוזה שהוא, לאור דרישות צורניות הקבועות בדין הפורום, ואף לאור עקרון תום-הלב. תניית ברירת הדין עשויה להיות כפופה אף לעקרונות כלליים אחרים בדיני החוזים המהותיים של הפורום, כגון שלילת חוזה הפוגע בצד שלישי.⁷⁴

2. תקנת הציבור של הפורום

החלת דין זר על-פי כללי ברירת הדין עשויה להיות מושפעת מעקרונות-על של הפורום הנכללים בגדר תקנת הציבור. על עניינים המסווגים כעניינים של תקנת ציבור "פנימית", המתקשרים בחוזה רשאים להתנות על דרך הבחירה בדין מהותי זר. לעומת זה, אין הם רשאים להתנות בחוזה ביניהם, באמצעות הפניה לדין מהותי זר, על עניינים המסווגים כעניינים של תקנת ציבור "חיצונית".⁷⁵ כללית, זו ההלכה גם בארצות-

74 אם תניית ברירת הדין חסרת תוקף, קיימת עדיין אפשרות שיתר תניות החוזה יעמדו בתוקפן ויחייבו את המתקשרים. ברם, במקרה כזה הדין הנאות של החוזה, שעל-פיו ייבחנו תניות אחרות אלה, ייקבע על-ידי הפורום, ולא בהכרח בהתאם לבחירת המתקשרים.

75 ראו: מנשה שאוה הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשס"א, כרך ב) 853-855; אביגדור לבונטין ברירת-דין – הצעה לחוק עם מבוא ודברי הסבר מקוצרים (תשנ"ח) 33-34, 118; דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 627-628 (להלן: עניין נפיסי); וכן דברי הביקורת שנאמרו לגבי פסק-דין זה במאמרה של סיליה ו' פסברג

הברית,⁷⁶ וזה הכלל גם על-פי אמנת רומא.⁷⁷ כלל זה מגביל את היקף יכולתם של מתקשרים בחוזה לבחור דין זר כדין שיחול על סכסוך ביניהם.⁷⁸ בסיסה של דוקטרינת תקנת הציבור טמון ברעיון שלמדינת הפורום יש אינטרסים כבדי-משקל שהיא אינה מוכנה לוותר עליהם, ועל-כן תדחה מכוחם עקרונות או אינטרסים אחרים, כגון חופש החוזים של הצדדים. בישראל, למשל, הוכללו עד כה בתקנת הציבור ה"חיצונית" עקרון שוויון זכויות האישה, עקרון טובת הילד, ההגנה על בטחון המדינה, ומניעת ההחלה של דין גרמניה הנאצית בבתי-המשפט בישראל.

-
- "צדק ומשפט בברירת הדין: יחסי ממון בין בני זוג לאחר דנ"א נפיסי" משפטים לא (תש"ס) 97. כמו-כן ראו: Dicey & Morris, *supra* note 1, at p. 1222.
- 76 עם זה, סעיף 187(2) לרסטייטמנט השני, לעיל הערה 24, וגם סעיף 105-1 ל-U.C.C., לעיל הערה 24, אינם כוללים הגבלה ספציפית בעניין תקנת הציבור. הטיוטה החדשה המוצעת לסעיף האחרון - U.C.C. (1997 Revision notes) §1-302 - כוללת אומנם הגבלה כזאת, אך היקפה וניסוחה נתונים עדיין במחלוקת. יש לשים לב שהקטגוריה האמריקאית של תקנת הציבור הינה רחבה יותר מאשר רעותה האירופית, באשר היא כוללת גם מקרים של פגיעה בהוראות כופות של הפורום. ברגיל, מתייחסים שם להוראות כופות כמשקפות שיקולים של תקנת הציבור. השוני ביניהם, לפי הגישה האמריקאית, נעוץ בזמן שבו הם נעשים רלוונטיים. הוראות כופות מוציאות את העניין הנידון אל מחוץ לתהליך ברירת הדין, שכן ברור שהן עדיפות על הדין שהמתקשרים בחרו (או דין אחר שהיה צריך לחול על-פי כללי ברירת הדין). לעומת זה, שיקולים של תקנת הציבור נכנסים לתמונה כאשר תהליך ברירת הדין מוביל לדין (במקרה זה, הדין שבחרו הצדדים) שהפורום מסווגו כפוגע בתקנת הציבור. ראו: Scoles & Others, *supra* note 31, at pp. 863-867.
- 77 לעיל הערה 27 (מעטת ואילך התייחסותנו לאמנת רומא מעידה גם על הדין האנגלי בעניין. אמנת רומא אומצה בדין האנגלי בחוק: Contracts (Applicable Law) Act 1990). זו ההלכה גם במדינות כקנדה, שווייץ ואוסטרליה. זה גם הדין על-פי Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, 1955 (להלן: אמנת האג-1955), על-פי Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sales of Goods, 1986 (להלן: אמנת האג-1986), ועל-פי אמנת מקסיקו, לעיל הערה 29.
- 78 דוקטרינת תקנת הציבור הינה כללית, ויכולה לחול על כל סוגיה הקשורה לברירת דין, אולם היסטורית, התייחסו אליה גם כשייכת במיוחד לתחום של ברירת דין בחוזים. ראו עניין *Vita Food*, לעיל הערה 22.
- 79 ראו: עניין נפיסי, לעיל הערה 75; ע"א 5016/91 שאוליאן נ' שאוליאן, פ"ד מט(5) 387; ע"א 174/54 מזור נ' קירשבאום, פ"ד י 1479 (להלן: עניין מזור). לאי-התחשבות בדין הנאיצי מטעמים של תקנת הציבור, ראו ע"א 66/66 בק נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד כו(2) 617.

3. איסור לסתור חקיקה כופה של הפורום

לעיתים הדין הזר הנבחר על-ידי הצדדים לחוזה מנוגד להוראה כופה⁸⁰ המצויה בדין הפורום. הוראות חוק כופות מיועדות להגן על קבוצה מסוימת של אנשים שאינם צדדים לחוזה, או על המערכת הכלכלית הלאומית כולה, בתחומים של עבודה, צרכנות, פיקוח על חוזים אחרים, הגבלים עסקיים, ניירות-ערך, פיקוח על יבוא וייצוא, פיקוח על מחירים ועוד.

נהוג להבחין בהקשר זה בין הוראות חוק קוגנטיות הקבועות בדין הפורום לבין הוראות חוק כופות, שהינן – בעיני מדינת הפורום – הוראות קוגנטיות גם כאשר מדובר בחוזה בין-לאומי. למשל, במשפט האנגלי, דרישת התמורה (consideration) הינה הוראה קוגנטית אך אינה הוראה כופה. לפיכך מתקשרים בחוזה "פנימי" באנגליה אינם יכולים לוותר בחוזה על דרישת התמורה כתנאי לשכלול החוזה, אולם הם רשאים, בתנאים מסוימים, להחיל על סכסוך ביניהם את הדין האיטלקי, שבו אין דרישה מקבילה.⁸¹ הוראה כופה בדין הפורום מסכלת בכל מקרה את בחירת הצדדים בדין זר כדין החל.⁸² זה הכלל גם במשפט הישראלי.⁸³ רק לעיתים החוק הכופה קובע בעצמו את היקף התפרשותו בסיטואציות של ברירת דין. על-פי-רוב, קביעת היקף התפרשותו של החוק הכופה נעשית על-דרך פירושו על-ידי בית-המשפט של הפורום. כמו ביחס לתקנת הציבור, הטעם שביסוד האיסור לעקוף תחיקה כופה של הפורום הוא שלמדינת הפורום יש

80 המונח באמנת רומא, לעיל הערה 27, הוא "mandatory rules". להבנה מעמיקה של המונח, ראו: Cheshire & North, *supra* note 33, at pp. 496–497. סעיף 3(3) לאמנת רומא מגדיר הוראת חוק כופה כהוראת חוק שאי-אפשר להתנות עליה בחוזה.

81 הצדדים רשאים לעשות כן אם קיימות בנסיבות המקרה זיקות מספיקות לאיטליה. ראו: *Re Bonacina*, [1912] 2 Ch 394. סעיף 3(3) לאמנת רומא, שם, מתיר למתקשרים לחמוק על-ידי בחירה בדין זר מדרישות קוגנטיות המצויות בדיני מדינות שונות, כולל מהוראות קוגנטיות (שאינן כופות) המצויות בדין של מדינת הפורום; אך הוא אינו מתיר למתקשרים לחמוק מדרישות קוגנטיות המצויות בדין המדינה (בין שמדובר במדינת הפורום, בין שמדובר במדינה זרה) שמסתבר כי במועד הבחירה בדין הזר כל הזיקות הרלוונטיות לסכסוך (להוציא הזיקה של בחירה בדין זר ובפורום זר) הפנו אליה.

82 *Dacey & Morris, supra* note 1, at p. 1216. זו הוראת סעיף 7(2) לאמנת רומא, שם. זה הדין גם באוסטרליה, בקנדה ובשווייץ, וכן על-פי אמנת האג-1986, לעיל הערה 77, ועל-פי אמנת מקסיקו, לעיל הערה 29.

83 ראו עניין נורדן, לעיל הערה 12, בעמ' 382–384. הוראות כופות נמצא אולי בחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954 ובסעיפים 6 ו-9 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951. ראו גם ע"ע 300050/98 המועצה המקומית גבעת זאב נ' מחמוד, פד"ע לח (תשס"ג) 577. עם זה, מפסקי-דין אלה עולה שבמשפט הישראלי המסגרת הנורמטיבית לדין בהוראות כופות היא דוקטרינת תקנת הציבור ה"חיצונית".

אינטרסים כבדי-משקל שהיא אינה מוכנה לוותר עליהם. אכן, בארצות-הברית, הקטגוריה העוסקת בהוראות כופות נכללת ברוב המקרים בקטגוריה העוסקת בתקנת הציבור. לאחרונה החלה להסתמן בפסיקה האמריקאית מגמה המעדיפה שימור של כוונת הצדדים ובחירתם בדין החל גם על התחשבות בהוראות שהינן ביסודן הוראות כופות. מגמה זו באה לידי ביטוי בהרחבת יכולתם של המתקשרים בחוזה להתנות על הוראות חוק כופות בעניינים השייכים למשפט המסווג שם כ"משפט ציבורי", דוגמת דיני הגבלים עסקיים, דיני ניירות-ערך ודיני איכות הסביבה.⁸⁴

ההצדקות שניתנו לכך דומות לאלה שתומכות בשימור אוטונומיית הפרט במשפט הפרטי. אם כל מדינה המושפעת מעסקה בין-לאומית תעמוד על כך שכללי המשפט הציבורי שלה יחולו על העסקה, ייצור הדבר נטל מופרז על המסחר הבין-לאומי וחוסר שוויון בין מדינות ביחסי המסחר שביניהן.⁸⁵

4. הגבלות שמקורן בהוראות מהותיות של דין זר

הפורום עשוי להטיל על מתקשרים המבקשים לבחור בחוזה דין זר הגבלות שמקורן בדינים זרים. נניח כי מתעוררת שאלה באשר לעצם קיומה של הסכמה חוזית על הדין החל בשל חשש שהסכמת צד אחד לתניית ברירת הדין אינה בת-תוקף – למשל, משום שלא הועלתה על הכתב. במצב כזה מתעוררת ממילא גם השאלה לפי איזה דין תוכרע שאלת תקפותה של ההסכמה על תחולת דין זר הקבועה בתניית ברירת הדין. שאלת קיומה של הסכמה תקפה בנוגע לדין החל עשויה להתברר לפי כמה דינים חלופיים שונים. ייתכן, למשל, שעל-פי דין הפורום אין דרישה להעלאתה של תניית ברירת הדין על הכתב, ואילו בדין המדינה שבה כרתו הצדדים את החוזה קיימת דרישה כזו.

הפורום עשוי לבחון שאלה זו על-פי דיני החוזים המהותיים שלו עצמו,⁸⁶ אולם אפשר שהשאלה תיבחן לאור דין מיוחד של מדינה זו או אחרת שיש לה זיקה לסכסוך. כך, אפשר שיחול הדין הנאות המשווער של החוזה,⁸⁷ אפשר שיחול הדין הנאות של תניית ברירת

84 ראו, למשל, *Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F. 3d, 716, 723 (9th Cir., 1999) שבו הכיר בית-המשפט בתניית ברירת דין בחוזה בין-לאומי שנועדה להחליף את דיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים. כך גם לגבי התחום של דיני ניירות-הערך: *Stamm v. Barclay's Bank*, 158 F. 3d, 30 (2nd Cir., 1998); עניין *Lipcon*, לעיל הערה 67.

85 Philip J. McConaughay "The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development" 39 *Colum. J. Transnat'l L.* (2001) 595. ראו גם עניין *Lipcon*, שם.

86 זו הייתה הצעתם של Cheshire & North, וזו הייתה גם דעתו של Nygh. ראו: Cheshire & North, *supra* note 33, at pp. 496–497; Dicey & Morris, *supra* note 1, at p. 1228; Nygh, *supra* note 21, at p. 283, footnote 40. דעה שונה, ראו: Nygh, *supra* note 17, at p. 92.

הדין,⁸⁸ אפשר שיחול הדין של מקום כריתת החוזה,⁸⁹ אפשר שיחול דינם האישי של הצדדים⁹⁰ ואפשר שיחול הדין הנאות לפי מבחן הדין בעל הקשר ההדוק ביותר לחוזה.⁹¹ יש אף הרואים בשאלה זו שאלה עובדתית סתם.⁹² הפורום עשוי להתחשב בהגבלות ביחס לבחירת המתקשרים בדין זר הנובעות מדין זר גם כאשר נבחנת כשרות הצדדים להתקשר בתניית ברירת דין, כלומר, להסכים על תחולת דין זר. בעניינים אלה, הדין החולש על שאלת תוקפה של תניית ברירת הדין יכול שיהיה הדין הנאות של החוזה או הדין של מקום כריתת החוזה, דינם האישי של הצדדים לחוזה,⁹³ או הדין של מקום מושבם.⁹⁴ בעייתיות דומה מתעוררת במצבים שבהם נטען כי אכיפתה של תניית ברירת הדין מנוגדת להוראה קוגנטית הקבועה בדין הזר, אף אם היא עולה בקנה אחד עם דין הפורום. לעיתים הפורום מתחשב בהוראות קוגנטיות המצויות בדין הזר אף אם בדין הפורום אין הוראה קוגנטית דומה. מדובר בדרך-כלל בדין הזר שהיה חל אילו לא בחרו המתקשרים דין אחר. אכן, אמנת רומא קובעת כי כאשר ההוראה הקוגנטית מצויה בדין מדינה שכל הזיקות הרלוונטיות מובילות אליה – בין שמדובר במדינת הפורום, בין שמדובר במדינה זרה – אין הצדדים יכולים לחמוק מן ההוראה הקוגנטית שהייתה אמורה לחול.⁹⁵ אלא שההגבלה הקבועה באמנת רומא מצומצמת ומסויגת מאוד. הדרישה שם היא שההוראה הקוגנטית

87 כך ינהג ככל הנראה גם בית-המשפט בפורום ישראלי, השואב את עקרונותיו מן המשפט האנגלי. כך נקבע גם בדין הקנדי – ראו: Castel, *supra* note 20, at p. 571, וכך נקבע גם באמנת רומא, לעיל הערה 27. ראו גם: Dacey & Morris, *ibid*, *ibid*. זו גם דעתו של Nygh, *supra* note 17, at pp. 92, 94–95.

88 ראו: Nygh, *supra* note 21, at pp. 314–315. הדין החל על תניית ברירת הדין והדין הנאות של החוזה עשויים לעיתים להיות אותו דין, אך לא בהכרח.

89 זו הייתה הצעתו של לורד Diplock באוביטר בפרשת, [1982] 1 A.C. 565 *The Hollandia*, (להלן: עניין *The Hollandia*). 3 All E.R. 1141.

90 זו ההוראה שאומצה באמנת מקסיקו, לעיל הערה 29, בסעיף 12.

91 ראו: Dacey & Morris, *supra* note 1, at pp. 1225–1226. כן ראו: Nygh, *supra* note 17, at p. 283.

92 ראו: Nygh, *supra* note 17, at pp. 93–94.

93 בקנדה, למשל, טרם הוברר אם הדין החל על שאלת כשרות הצדדים להתקשר בחוזה הוא הדין הנאות של החוזה או אחד מן הדינים שהוזכרו. ראו: Castel, *supra* note 20, at p. 572.

94 זו חוליית-הקישור הבסיסית בכלל ברירת הדין הישראלי לעניין זה, הקבוע בסעיף 77 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 380.

95 סעיף 3(3) לאמנת רומא, לעיל הערה 27. ראו: Dacey & Morris, *supra* note 1, at pp. 1215–1216.

תימצא בדין שהיה חל בוודאות אילולא בחרו הצדדים דין אחר.⁹⁶ הדין האנגלי נוטה לא לאפשר למתקשרים להתחמק מתחולתן של הוראות קוגנטיות המצויות באמנות בין-לאומיות.⁹⁷ בתי-המשפט בארצות-הברית הכירו לעיתים גם בשיקולי תקנת הציבור של המדינה בעלת הזיקה האמיצה ביותר לסכסוך כשיקולים שעשויים לגבור על בחירתם של הצדדים.⁹⁸

התחשבות בהוראות דין זר בשלב שבו נבחן תוקפה של תניית ברירת הדין מגבילה, כשלעצמה, את יכולתם של המתקשרים בחוזה לבחור לעצמם דין זר כלשהו כדין החל. זה המצב, כמובן, מקום שבבחירת הדין החל המתקשרים מבקשים לעקוף הוראות קוגנטיות שבאותו דין זר. הוא הדין מקום שמדובר בדין זר המציב דרישות שהמתקשרים לא ידעו עליהן בעת כריתת החוזה.⁹⁹ התחשבות הפורום בדרישה הקבועה בדין הזר תביא לידי כך שעל הסכסוך בין המתקשרים יוחל דווקא דין המציב דרישות שהמתקשרים אינם עומדים בהן, הגם – והוא העיקר – שמנקודת-מבטו של הפורום מדובר בדרישות מיותרות לגופן. שהרי אילו סבר הפורום כי דרישות אלה ראויות או הכרחיות, היה קובע אותן בדינו שלו. מהי ההצדקה לכך שהפורום יעדיף להחיל דין זר במקום הדין הזר שבחרו המתקשרים בחוזה? היוקת הפורום לדין הזר שלא נבחר על-ידי המתקשרים פירושה שהפורום מבקש להגשים שיקולי מדיניות שמקורם בדין מהותי של מדינה זרה. החלת דין זר תוך הסגה לאחור של רצון המתקשרים המשתקף מתניית ברירת הדין נעשית מטעמים "ציבוריים" שמקורם ביחסים שבין מדינת הפורום לבין המדינה הזרה.

5. דרישה לזיקה בין הדין הנבחר לבין החוזה

הדינים המועמדים לחלוש על סכסוך הנובע מחוזה בין-לאומי הם הדינים שיש לחוזה קשר אליהם. למשל, כאשר החוזה נערך בבלגיה בין חברה גרמנית לחברה צרפתית, הדינים המשמשים מועמדים טבעיים להחלה – לעיתים אף לפי בחירת הצדדים – הם הדינים הבלגי, הגרמני והצרפתי. כלום רשאים המתקשרים בחוזה לבחור לעצמם דין זר שאין כל

96 סעיף 3(3) לאמנת רומא, שם. בחינת הזיקות נעשית בהתייחס למועד הבחירה בדין החל, ומעשי הצדדים לאחר כריתת החוזה אינם מובאים בחשבון. ראו: Dicey & Morris, *ibid*. זה הדין גם בקנדה, זה הדין גם לפי ה-Swiss Federal Statute on Private International Law, *supra* note 23, וזה הדין גם על-פי אמנת מקסיקו, לעיל הערה 29.

97 Nygh, *supra* note 21, at p. 276. האסמכתה לכך היא עניין *The Hollandia*, לעיל הערה 89, שם ביקשו הצדדים לעקוף הוראות המצויות באמנה המכונה Hague-Visby Rules.

98 כך, למשל: *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571, 73 S.Ct. 1254 (1953). ראו גם סעיף 187(2)(b) לרסטייטמנט השני, לעיל הערה 24.

99 למשל, במצב שבו הצדדים לא ידעו על דרישה הקבועה בדין של מקום כריתת החוזה, שאינו דין הפורום, להעלות על הכתב את תניית ברירת הדין.

זיקה בינו לבין החוזה? האם יכולים הצדדים לבחור דין שרירותי או ניטרלי, כגון – בדוגמה שהבאנו – את הדין היפני?

נראה כי דווקא בחוזים מסחריים קיימת אפשרות שהמתקשרים בחוזה יבקשו לבחור דין ניטרלי. הסיבה לכך נעוצה בחוסר האפשרות להגיע לפשרה לגבי הדין החל.¹⁰⁰ אמנת רומא, למשל, מתירה לצדדים לבחור דין שאין לכאורה כל קשר בינו לבין החוזה,¹⁰¹ וכך גם אמנת מקסיקו.¹⁰² בארצות-הברית, סעיף 187(2) לרסטייטמנט השני מחייב "זיקה מהותית" בין המתקשרים בחוזה או בין העסקה מושא החוזה לבין המדינה שאת דינה המתקשרים מבקשים להחיל רק אם המתקשרים מבקשים באמצעות הבחירה בדין הזר להתנות על עניינים קוגנטיים, ואין להם כל בסיס סביר אחר לבחירתם בדין הזר.¹⁰³ לעומת זה, סעיף 1-105 ל-U.C.C.¹⁰⁴ מחייב בכל מקרה קיומה של "זיקה סבירה" בין החוזה לבין המדינה שאת דינה הצדדים מבקשים להחיל.¹⁰⁵

100 סיבה נוספת לבחירת דין זר לחוזה (תרתי משמע) נעוצה בחשיבותם של דינים מסוימים למסחר הבין-לאומי. כך, ידוע לכל שהדין המסחרי האנגלי משמש כיום מעין law of merchants על-שום היותה של בריטניה מרכז עולמי של ביטוח, ימייה ופיננסים, המשמש חברות רבות לצורכי ליווי של עסקות מסחריות שהן מעורבות בהן.

101 אמנת רומא, לעיל הערה 27. ראו גם: Dicey & Morris, *supra* note 1, at pp. 1214–1215; Cheshire & North, *supra* note 33, at pp. 481–482.

102 אמנת מקסיקו, לעיל הערה 29. ראו גם: Nygh, *supra* note 21, at p. 307. לדיון בעיקריה של אמנת מקסיקו, ראו: Juenger, *supra* note 29. המדינות החתומות על אמנת מקסיקו הן בוליביה, ברזיל, מקסיקו, אורוגוואי וונצואלה. ברם, רק מקסיקו וונצואלה אשררו את האמנה.

103 מקרה שבו לא החילה הפסיקה האמריקאית את הדין הזר שנבחר על-ידי המתקשרים היה כאשר מקום המושב של המתקשרים, מקום כריתת החוזה ומקום ביצועו היו באותה מדינה, ולמרות זאת בחרו המתקשרים להחיל על החוזה דין אחר. במקרה זה נפסק שזיקות אלה מהוות את כל הרכיבים החשובים של העסקה, ולכן לא ייתכן שהמתקשרים יבחרו דין אחר. *Crawford v. Seattle, Renton & Southern Railway Co.*, Wash. 86, 150, 628, 1155, 1157 (1915).

104 ה-U.C.C., לעיל הערה 24.

105 המונח באנגלית הוא "reasonable relation". להשוואה בין הרסטייטמנט השני לבין ה-U.C.C., ראו: David Frisch "Contractual Choice of Law and the Prudential Foundations of Appellate Review" 56 *Vand. L. Rev.* (2003) 57, 65 גם: O'Neill, *supra* note 65, at pp. 1026–1027. הפרשנות שניתנה להגבלה זאת הייתה מצומצמת מאוד. כך, מן הפסיקה מסתבר שכמעט כל סיבה שהמתקשרים מעלים לבחירה בדין זר מסוים מוכרת כסיבה נאותה, המספקת את הזיקה הנדרשת בין החוזה לבין המדינה שאת דינה מבקשים להחיל. פרקטיקה זו העניקה מרחב-מחיה ניכר למתקשרים. זאת ועוד, הוצע להחליף את סעיף 1-105 הנ"ל בסעיף שיתיר למתקשרים לבחור אף דין שאינו קשור כלל לעסקה. ראו: Richard K. Greenstein "Is the Proposed U.C.C. Choice of Law

דרישה לקיום זיקה בין הדין הנבחר לבין החוזה מגבילה את חופש ההסכמה של המתקשרים, בצמצמה באופן מלאכותי את מאגר הדינים הזרים שמתוכו הם רשאים לבחור את הדין החל.

6. דרישה שיהיה מדובר בחוזה "בין-לאומי"

ניתן לתאר מצב שבו צדדים לחוזה שהינו "פנימי" לחלוטין – קרי, נעדר כל זיקה זרה רלוונטית – יבקשו להחיל על החוזה דין זר. לדוגמה, שני ישראלים, הכורתים בישראל חוזה שמקום ביצועו בישראל, עשויים לרצות לשלב בחוזה תניית ברירת דין המפנה אל הדין האנגלי.

אמנת רומא מתירה לצדדים לחוזה "פנימי" לבחור דין זר שיחול על החוזה, ובלבד שלא ימנעו החלת הוראות כופות הקיימות בדין שכל יתר הזיקות הכרוכות בחוזה מצביעות על החלתו.¹⁰⁶ אמנת מקסיקו, לעומת זה, מחייבת קשר עובדתי אובייקטיבי בין הצדדים או העסקה לבין מדינה זרה על-מנת לבחור את דינה כדין החל.¹⁰⁷ בארצות-הברית, תיקון שהוצע לסעיף 1-105 ל-U.C.C. מאפשר בחירת דין זר אף אם לעסקה אין זיקה למדינה זרה כלשהי.¹⁰⁸

נטייה רווחת בספרות המשפטית היא להרחיב את הגדרת התיבה "בין-לאומי", אם זו מהווה תנאי הכרחי לבחירת המתקשרים בדין זר לחוזה. כך הובעה הדעה כי חוזה "פנימי" לכאורה עשוי לכלול זיקות זרות רלוונטיות עקיפות. למשל, ייתכן שהחוזה מהווה חלק מעסקה בין-לאומית מקיפה.¹⁰⁹ באופן דומה, ייתכן כי שינוי נסיבות לאחר מועד הכריתה עשוי להקנות לחוזה "פנימי" אופי בין-לאומי.¹¹⁰

1159 (2000) 73 *Temp. L. Rev.* "Provision Unconstitutional?" שתי מדינות – ניו-יורק וקליפורניה – חוקקו חוקים המאפשרים למתקשרים בחוזה לבחור את דיניהן שלהן בלבד אף בהעדר כל זיקה שהיא בין החוזה לבין המדינה. נראה כי המניע לחקיקה מסוג זה הוא רצונה של כל אחת משתי המדינות לקדם את מעמדה כמרכז מסחרי ופיננסי.

106 ראו: Nygh, *supra* note 21, at p. 305. גישה דומה ניתן למצוא ב-Code Civil of Quebec, 1991, Vol. 10, §3111(1).

Nygh, *ibid*, *ibid* 107

108 ראו: (ALI Council Draft 2000) §1-301(b)(2), *supra* note 24, U.C.C.

109 ראו: Nygh, *supra* note 21, at p. 305.

110 ראו: Nygh, *ibid*, *ibid*. מדובר בשינוי נסיבות כגון העתקת מקום מגוריו של צד לחוזה או החלטת צד לחוזה לספק טובין לשוק הבין-לאומי.

7. בחירה מפורשת

מה הדין כאשר המתקשרים מבקשים להכיר בבחירתם בדין זר כאשר בחירה זו באה לידי ביטוי בחוזה בצורה עמומה, ולא בלשון חד-משמעית? למשל, מה הדין כאשר המתקשרים בחרו את ה-"British Law" בחוזה שביניהם, אך התכוונו בפועל להחלת ה-"English Law"?¹¹¹ כמו-כן, האם ניתן לומר שהמתקשרים בחרו דין זר כאשר כוונתם באה לידי ביטוי לא באמצעות תניית ברירת דין? האם ניתן לבחור דין זר בצורה משתמעת?¹¹² אמנת רומא קובעת כי הצדדים צריכים לבחור את הדין החל בצורה מפורשת או בדרך המאפשרת להסיק את הדין שנבחר בוודאות סבירה מלשון החוזה או מנסיבותיו.¹¹³ בישראל נקבע כי דין הפורום הוא שיכריע אם המתקשרים בחרו דין זר.¹¹⁴ מדובר בשאלה של איתור אומדן-הדעת של הצדדים, שעקרונית אינו תלוי אך ורק בלשון החוזה.¹¹⁵ עם זה, קיימות בפסיקה אינדיקציות לכך שעל המתקשרים לבטא את כוונתם לבחור דין זר באופן ברור ומפורש.¹¹⁶ דרישה זו מהווה הגבלה של רצון הצדדים אם הפורום מנצל את העמימות שבה ניסחו הצדדים את תניית ברירת הדין כדי לפסול את בחירתם בדין החל.

111 ראו: [1991] 1 Lloyd's Rep. 613; *The Laertis*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 613; *The Komminos S.*, [1991] 1 Lloyd's Rep. 370 (C.A.); F.M.B. Reynolds "Vita Food Resurgent" 108 L. Quarter. כן ראו: Rev. (1992) 395, 395-398.

112 גישה כזאת אומצה על-ידי בית-המשפט העליון באוסטרליה בעניין *Akai Pty Co. Ltd v. The People's Insurance Ltd.*, [1996] 141 A.L.R. 374.

113 זו הוראת סעיף 1(3) לאמנת רומא, לעיל הערה 27. *Richard Plender The European Contracts Convention – The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts* (London, 1991) 91-96. דרישה דומה קיימת גם באמנת האג-1955 ובאמנת האג-1986, לעיל הערה 77. זה הדין גם באמנת מקסיקו, לעיל הערה 29, וכן בחוק השווייצרי. דרגות הוודאות משתנות קמעה בין האמנות השונות, אולם בכולן נדרש כי בית-המשפט יסיק כוונה אמיתית, ולא יפעל מכוח פיקציה.

114 ראו עניין גרייפיין, לעיל הערה 12, בעמ' 59, וכן: *Dacey & Morris, supra note 1*, at p. 1218. בסעיף 10(1)(a) לאמנת רומא, שם, נקבע כי שאלות פרשניות יוכרעו על-פי הדין החל מכוח האמנה. אולם נוצר כאן מעגל שוטה, שכן ההכרעה בשאלת הדין החל על-פי האמנה הרי תלויה בפרשנות החוזה. רק במצב שבו הדין שהיה חל אילולא נעשתה בחירה מפורשת זהה לדין החל על-פי בחירת הצדדים המפורשת ניתן לקבל את הטענה כי פרשנות החוזה תיעשה על-פי הדין החל. בכל יתר המקרים, המחברים מציעים לבחון את שאלת הפרשנות מנקודת-מבט רחבה המבוססת על עקרונותיה של אמנת רומא.

115 ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265.

116 ראו עניין גרייפיין, לעיל הערה 12, בעמ' 62.

8. בחירה בדין פוזיטיבי

האם המתקשרים בחוזה רשאים לבחור דין שאינו דין לאומי פוזיטיבי? למשל, האם הם רשאים לקבוע כי הדין הנאות של החוזה יהא משפט הסוחרים (*lex mercatoria*) או "עקרונות משפט כלליים" או המשפט הרומי? ההלכה כמעט בכל שיטות המשפט היא שאין למתקשרים אפשרות לבחור דין שאינו דין פוזיטיבי.¹¹⁷ המשפט הישראלי התיר במקרה אחד לצדדים לחוזה לבחור את "דין תורה" כדין החל.¹¹⁸

האיסור לבחור דין שאינו דין פוזיטיבי מהווה הגבלה של רצון המתקשרים. דומה שההיגיון שביסוד איסור זה טמון בסברה כי רק שיטת משפט פוזיטיבית יכולה למצות את זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים באופן שיספק להם מסגרת מקיפה דייה ליישוב הסכסוך שהתגלע ביניהם.¹¹⁹ ביקורת רבה הוטחה בהגבלה זו.¹²⁰ אכן, קשה להבין, למשל, מדוע המתקשרים רשאים "לכתוב" לעצמם דין חוזים מהותי משלהם, אולם אינם רשאים לבחור דין כזה שכבר נכתב בעבר לא על-ידי מדינה.¹²¹ נוסף על כך, ההתפתחויות החשובות שאירעו ב־*lex mercatoria* (דין־העל המסחרי) וכן בעקרונות של דיני מכר ודיני חוזים שהינם נחלת הקהילייה הבין־לאומית כולה¹²² – התפתחויות שעיקרן שכלול הדינים האמורים לכלל מערכת דינים מקיפה – נוטלות את העוקץ מן החשש כי המתקשרים יבחרו דין לא־ממחה. עם זה, ניתן לטעון שה־*lex mercatoria*, כפי שהתפתחה, מהווה סוג של "דין פוזיטיבי", מכיוון שהוא מהווה מערכת כללים המוכרת על-ידי בתי־משפט של מדינות.

9. איסור פיצול של החוזה

האם המתקשרים בחוזה רשאים לבחור כמה דינים זרים, כך שעל שאלות משפטיות שונות העולות מן החוזה יחולו דינים שונים? האם הם רשאים לבחור דין זר שיחול רק על חלק מהחוזה, באופן שעל החלק האחר יחול הדין החל באופן אובייקטיבי על החוזה (בהנחה שמדובר בדין שונה)? מצב כזה מכונה פיצול (*depêçage*).¹²³ אמנת רומא קובעת כי

117 עם זה, אמנת מקסיקו, לעיל הערה 29, אף שהיא אינה מתירה בחירה חופשית בדין שאינו דין פוזיטיבי, מאפשרת להתחשב – במקרים שבהם המתקשרים בחוזה לא בחרו מפורשות דין זר – בעקרונות כלליים של משפט מסחרי בין־לאומי שהוכרו על-ידי הקהילייה המסחרית.

118 עניין משומר, לעיל הערה 12, בעמ' 1645.

119 ראו: Nygh, *supra* note 21, at pp. 307–308.

120 ראו: Nygh, *ibid*, at p. 308.

121 זהו טיעון האוטונומיה המהותית. ראו: Nygh, *supra* note 17, at p. 176.

122 ראו: Nygh, *supra* note 21, at pp. 308–309.

123 יש להבחין בין שאלה זו לבין השאלה אם ניתן לדון במערכת יחסים חוזית בין צדדים על-פי דינים שונים.

הצדדים לחוזה רשאים לפצל את הדין החל על חוזה אחד, בתנאי שהפיצול הינו עקבי והגיוני, ואינו יוצר סתירות.¹²⁴ באוסטרליה ובקנדה הנטייה היא להכיר בדין אחד בלבד כדין הנאות של החוזה; הכרה ב"פיצול" אפשרית ככל הנראה, אך מוגבלת לנסיבות מיוחדות.¹²⁵ בישראל שאלה זו טרם הוכרעה.¹²⁶

דומה שהטעם העומד בבסיס הסירוב להתיר "בחירת דינים מפוצלת" טמון בשיקולי נוחות של הפורום וברצון לפשט את הדיון ולחסוך במשאבים ובהוצאות מנהליות. לבית-המשפט נוח ופשוט יותר להחיל דין אחד, ופיצול הדינים מסבך מבחינתו את ההכרעה.

10. איסור בחירה בדין "צף"

צדדים לחוזה עשויים לקבוע תניית ברירת דין שמחילה דינים שונים בהתאם לנסיבות שונות. למשל, המתקשרים עשויים לקבוע בחוזה ביניהם כי אחד מהם הוא שיבחר את הדין החל, אם וכאשר ייווצר הצורך בכך.¹²⁷ באופן דומה, המתקשרים עשויים "לבטח" את עצמם מפני שלילת תחולתו של דין מסוים שבחרו, על-ידי בחירת דין זר חלופי שיחול במקרה כזה. לעיתים, כאשר המתקשרים אינם מצליחים להסכים על תחולת דין אחד, הם בוחרים יותר מחלופה אחת. זו בחירה פרגמטית. לדוגמה, המתקשרים עשויים לקבוע בחוזה ביניהם תניית שיפוט זר המפנה לבית-המשפט במקום מושבו של התובע (או הנתבע) בעתיד, ותניית ברירת דין המחילה את דין המדינה של מקום המושב העתידי. אף שבדין האנגלי שקדם לאמנת רומא נאסרה בחירה בדין "צף", נראה כי אמנת רומא ביטלה איסור זה.¹²⁸ לעומת זה, במשפט האוסטרלי, למשל, אין הצדדים רשאים לבחור דין "צף", אף שלא הוצע שם הסבר לאיסור זה.¹²⁹

11. דרישה ל"תום-לב"

תום-הלב במשפט הבין-לאומי הפרטי הוא תום-ליבם המשותף של המתקשרים בבחירתם

124 ראו: Dicey & Morris, *supra* note 1, at pp. 1205–1208, 1219–1220; Cheshire & North, *supra* note 33, at p. 476.

125 ראו: Castel, *supra* note 20, at pp. 568–569; Nygh, *supra* note 21, at p. 271.

126 ראו והשוו עניין גרייפין, לעיל הערה 12, בעמ' 85.

127 ראו: *The Iran Vojdan*, [1984] 2 Lloyd's Rep. 380.

128 ראו: Dicey & Morris, *supra* note 1, at pp. 1220–1221. לדעה אחרת, הגורסת שההלכה

האנגלית טרם הכריעה בשאלה זו, ראו: Nygh, *supra* note 21, at p. 320.

129 ראו: Nygh, *ibid*, at p. 273.

בדין זר.¹³⁰ הדרישה היא כי בחירת המתקשרים בדין הזר תיעשה בצורה לא-שירותית, ובעיקר מבלי שהמתקשרים ינסו להתחמק מהחלת אותו דין שאלמלא בחירתם היה חל על-פי כלל ברירת הדין בחוזים.¹³¹ אף שהטעם לדרישה זו לא הוסבר, דומה כי היא נועדה בעיקר למנוע מצב שבו יבחרו המתקשרים דין זר לצורך התחמקות מהחלת דין אחר שיש בו הוראות חוק כופות – בדרך-כלל הדין בעל הזיקה האמיצה ביותר לחוזה – שהיה חל בהעדר אותה בחירה בדין זר.¹³²

פרק ה: המודל המוצע

השיקולים המצדיקים את אכיפתה של תניית ברירת הדין, כפי שעמדנו עליהם בפרק ג, אינם, כאמור, חזות הכל, ולפיכך בנסיבות מסוימות יש לבכר דווקא את הגשמתם של האינטרסים הלגיטימיים שביסוד ההגבלות, שהוזכרו בפרק ד. למשל, קשה לקבל מצב שבו בית-משפט בישראל יאכוף תניית ברירת דין שבגדרה נבחר כדין החל דינה של גרמניה הנאצית, חרף הפגיעה האפשרית במכלול השיקולים של צדק הסכמי, יעילות, ודאות בחיי המסחר וכולי. במקרה כזה אפשר שיהיה מוסכם על הכל כי יש להימנע מאכיפתה של תניית ברירת הדין מטעמים של תקנת הציבור.¹³³

סקירת המשפט המשווה מעלה כמה קשיים שיש להתמודד עימם בעת עיצוב ההסדר המשפטי. יש לשאוף, לשיטתנו, להסדר משפטי אשר, ראשית, יחשוף את מכלול ההגבלות המוטלות על המתקשרים ביחס לבחירת דין זר; שנית, יסיר הגבלות ביחס לבחירת דין זר שלא זוהה טעם משכנע להטלתן; שלישית, יטיל על מתקשרים בחוזה הגבלות שיש טעם להטלתן אך תוך בחינה קפדנית שהטלת כל אחת מן ההגבלות הללו אכן מוצדקת בנסיבות העניין, קרי, הטלת ההגבלות בדרך של איזון מדויק אד-הוק, המתאים את עצמו לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ולא בדרך של סיווג עקרוני מראש; רביעית, לא יוותר על הגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום, אשר נכנה אותן "הגבלות מוחלטות". ננמק את גישתנו.

130 זאת, להבדיל מדרישת תום-הלב במישור הפנים-חוזי, שנדונה במסגרת ההגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום ואשר מתמקדת בשאלת תום-ליבו של צד אחד כלפי הצד שכנגד.

131 כלומר, על-פי מבחן הזיקות האובייקטיביות. דרישה זו מקורה בעניין *Vita Food*, לעיל הערה 22. זו ההלכה גם במשפט הקנדי ובמשפט האוסטרלי.

132 ראו: *Golden Acres v. Queensland Estates*, [1969] QdR 378.

133 ראו עניין מזור, לעיל הערה 79.

1. התייחסות להגבלות נוספות

(א) הקושי

בהטלת ההגבלות המסורתיות על מתקשרים בחוזה ביחס לבחירת דין זר, התעלמו בתי-המשפט מהשפעתן של דוקטרינות כלליות של המשפט הבין-לאומי הפרטי על אוטונומיית הרצון של המתקשרים. דוקטרינות ברירת הדין רלוונטיות לא רק לברירת הדין החל על סוגיה חוזית, אלא גם לעניין החלת דין זר בכל סוגיה שהיא – נזיקת, קניינית או מתחום דיני המשפחה. דוקטרינות אלה מהוות הגבלות "דה-פקטו" של בחירת הצדדים בדין זר, משום שתוצאת ההיזקקות להן היא התעלמות מתניית ברירת הדין, ובמובן זה מדובר בהתערבות ביחסים החוזיים שבין המתקשרים. חרף זאת, אין בשיח המקובל במשפט הבין-לאומי הפרטי התייחסות לנפקותן לעניין ההתייחסות לרצון המתקשרים בתחולת דין זר.

ראשית, מחלוקת משפטית המתעוררת במסגרת ההתדיינות עשויה להיות מאופיינת כמחלוקת נוהלית (כלומר, מחלוקת דיונית, פרוצדורלית), ולא כמחלוקת מהותית.¹³⁴ למשל, שאלות של דיני ראיות וסדרי דין יאופיינו כנוהליות. הכלל ברוב שיטות המשפט הוא שבעניינים נוהליים יחול דין הפורום.¹³⁵ בענייני מהות, לעומת זה, יחול דין העניין (ה-*lex causae*), הנקבע על-פי חוליית-הקישור המתאימה.¹³⁶ אפיון הסוגיה שבמוקד ההתדיינות עשוי להכריע אם כן אם הפורום יתחשב בתניית ברירת הדין שבחווה. אפיון שאלה כנוהלית מייתר את התייחסות הפורום לשאלת ברירת הדין בכלל ולשאלת תוקפה של תניית ברירת הדין שבחווה בפרט, הגם שהצדדים מלכתחילה לא נזקקו להבחנה בין עניינים שבמהות לבין עניינים שבנוהל.

הטעם להבחנה בין עניינים נוהליים לבין עניינים מהותיים, והקביעה כי ניתן להחיל דין זר רק על עניינים שבמהות, יסודם על-פי-רוב בשיקולי נוחות ויעילות של הפורום ובשאיפתו למנוע את הכפפתו על-ידי הצדדים למנגנון דיוני זר.¹³⁷ יש הסוברים אף כי אפיון מחלוקת כנוהלית צריך שיהא כלי-שרת להחזרת שיקולי מדיניות לתהליך ברירת הדין, על-מנת להשיג תוצאה מהותית רצויה.¹³⁸ טעם אפשרי נוסף, שניתן לחלוק על

134 אף האפיון עצמו נעשה לפי דין הפורום, בהתאם לכלל הקובע כי בשאלות מקדמיות חל תמיד דין הפורום.

135 ראו ע"א 750/79 קלאוזנר נ' ברקוביץ, פ"ד לז(4) 449, 456.

136 ראו עניין גרייפין, לעיל הערה 12, בעמ' 52, 55-60, 74-80. הכלל הקובע כי בעניינים נוהליים חל דין הפורום תופס גם באנגליה, באוסטרליה ובארצות-הברית. ראו: Dicey & Morris, *supra* note 1, at p. 157; Scoles & Others, *supra* note 31, at pp. 124-125.

137 ראו עניין גרייפין, שם, בעמ' 59.

138 ראו עניין גרייפין, שם, בעמ' 76-77, 80. למשל, אפיון מחלוקת בעניין סדר עדיפויות בין נושים כמחלוקת נוהלית יאפשר לשיטת המשפט הישראלית לקדם את שיקול המדיניות של צמצום ההכרה בשעבודים ימיים, שהינם שעבודים סטוטוריים נסתרים, או להביא

תוקפו, הוא ההבחנה בין הזכות (המהותית) לבין הסעד, המבוססת על הטענה שרק לגבי בירור הזכות יש להחיל את הדין הזר. ניתן להוסיף על כך גם את הטיעון הפרגמטי שלפיו במשפט הבין-לאומי הפרטי, ניסיון לטשטש את ההבחנה בין עניינים שבמהות לבין עניינים שבנוהל ייצור מעגל שוטה: כאשר נפתחת התדיינות סביב סכסוך מסוים, יש לנהל אותה מראשיתה על-פי כללים כלשהם; אם ייקבע כי יש לנהלה על-פי דין העניין, לא ברור איזה דין ישמש להכרעה בשאלה מהו דין העניין.

על כל פנים, ברי כי האינטרס המצדיק את ההבחנה בין עניינים נוהליים לבין עניינים מהותיים אינו מוחלט, והוא עשוי לסגת מפני אינטרסים אחרים. למשל, אין לשלול כליל אפשרות שכיבוד רצון המתקשרים בחוזה יועדף על נוחותו של הפורום. ברם, כאשר אין מתייחסים לאפיון המבחין בין ענייני נוהל לענייני מהות כאל הגבלה של רצון המתקשרים בחוזה, ממילא לא נערך איזון או עימות בין האינטרסים המתנגשים.

שנית, על-פי נוסחת ברירת הדין, רק אפיון השאלה המשפטית המתעוררת בהתדיינות כשאלה חוזית מוליך לשימוש בחוליית-הקישור שבמסגרתה בית-המשפט נפנה לאימוץ בחירת המתקשרים בדין החל. שיקול-הדעת כיצד לעשות את פעולת האפיון מסור לבית-המשפט של הפורום, ונערך על-פי דין הפורום.¹³⁹ באופן כללי ניתן לומר כי מטרתה של פעולת האפיון היא לבסס את הליך ברירת הדין כהליך ניטרלי, כלומר, השאיפה היא שאיתור הדין החל ייעשה ללא הטיה מכוונת לטובת דין הפורום.

ייתכן אפוא שבית-המשפט יאפיין סכסוך מסוים שהתגלע בין המתקשרים כסכסוך נזיקי, למשל, או כסכסוך קנייני, ולא כסכסוך חוזי. במקרה כזה תשתנה חוליית-הקישור, וכתוצאה מכך לא יפנה בית-המשפט כלל לבדיקת הדין שנבחר על-ידי המתקשרים בחוזה.¹⁴⁰ לדוגמה, אם התובע טוען כי הנתבע, שעזמו היה לתובע חוזה שכלל תניית ברירת דין, יצר כלפי התובע מצג-שווא שגרם לתובע נזק, בית-המשפט יכול לסווג את הסכסוך שלפניו כחוזי או כנזיקי. אולם התוצאה של סיווג הסכסוך כלא-חוזי תהיה התעלמות מבחירת המתקשרים בדין החל.

(ב) התיקון המוצע

האינטרס המוגשם על-ידי שימוש בטכניקת האפיון אינו מוחלט, בין שמדובר בקידום הניטרליות במסגרת ההליך של ברירת הדין (במסגרת ההתלבטות כיצד לאפיין מחלוקת

לידי כך שבתחרות בין נושה בעל משכנתה רשומה על אונייה לבין נושה בעל שעבוד ימי על האונייה, יגבר הראשון.

139 ראו: Dicey & Morris, *supra* note 1, at p. 35; Scoles & Others, *supra* note 31, at p. 120. לגבי ישראל, ראו, למשל, עניין גרייפין, שם, בעמ' 61-62.

140 למשל, כלל ברירת דין בענייני נזיקין מפנה לעיתים מזומנות לדין של מקום התרחשות הנזק. תיאורטית, ייתכן שכלל ברירת דין בתחום אחר, כגון נזיקין או קניין, יפנה את הפורום לבחירת הצדדים בדין החל, אולם בדרך-כלל כללי ברירת דין בחוזים הינם ייחודיים לענף זה, ואינם חלים בענפי משפט אחרים.

מהותית) ובין שמדובר בקידום שיקולי מדיניות אחרים (כמסגרת ההתלבטות בין נוהל למהות), אלא עשוי לסגת מפני אינטרס אחר, כגון השאיפה להתחשב ברצון המתקשרים. אך מכיוון שאין מתייחסים לשאלת האפיון כאל הגבלה של רצון המתקשרים, אין עורכים בדיקה באשר להצדקה שיש לאפיון עניין כנוזקי או כנוהלי בנסיבות שבהן המתקשרים בחרו דין זר כדין שיחול על סכסוך ביניהם. יש להכיר אפוא בכך שמדובר הלכה למעשה בהגבלה של רצון המתקשרים. על הפורום יהיה אפוא להחליט אם ערך הניטרליות – שעשוי להכתיב אפיון של המחלוקת שהובאה לפני הפורום כלא-חוזית, ולהוליך בעקבות זה להתעלמות מבחירת המתקשרים בדין שיחול על מחלוקת זו – עדיף על האינטרסים התומכים בכיבוד רצון המתקשרים.

2. הסרת הגבלות "חלשות"

(א) הקושי

מקובל לחלק את ההגבלות שהמשפט מטיל ביחס לחופש החוזים – כלומר, ביחס לחירותם של מתקשרים לשלב בחוזה כל תניה שהם חפצים בה – לשני סוגים: הסוג האחד הוא הגבלות פטרנליסטיות, שמטרתן להגן על הצדדים מפני עצמם; הסוג האחר הוא הגבלות שנועדו להגן על צדדים שלישיים, ובכלל זה על הציבור כולו, מפני הצדדים לחוזה, בעיקר במקרים שבהם נוצרים כשלי שוק.¹⁴¹

גם את ההגבלות המוטלות על הצדדים לחוזה ביחס לבחירת דין זר ניתן למיין באופן דומה. למשל, הטלת הגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום – כגון איסור על מציע לקבוע כי שתיקת הניצע בתגובה על הצעה לכרות תניית ברירת דין תשכלל את החוזה – נועדה למנוע שילוב תניית ברירת דין בחוזה כאשר קיים חשש כי הסכמת אחד המתקשרים אינה הסכמה אמיתית. דוגמה להגבלה שנועדה להגן על צדדים שלישיים היא האיסור לבחור דין זר המנוגד לתקנת הציבור ה"חיצונית" של הפורום.

עם זה, קשה להצביע על טעם משכנע לחלק מההגבלות המסורתיות המוטלות על המתקשרים בבואם לבחור דין זר. הכוונה להגבלות הבאות: דרישה לזיקה בין הדין הנבחר לבין החוזה, דרישה שיהיה מדובר בחוזה "בין-לאומי", דרישה להוכחת בחירה מפורשת, איסור בחירה בדין שאינו פוזיטיבי, איסור לפצל את החוזה, איסור בחירה בדין "צף" והצגת הדרישה ל"תום-לב". להלן נכנה הגבלות אלה "הגבלות חלשות".

טלו, למשל, את הדרישה להוכחת זיקה בין הדין הזר שבחרו המתקשרים לבין החוזה או העסקה ביניהם. לעיתים מתקשרים בוחרים דווקא דין זר שאינו קשור אליהם ישירות, בין משום שמדובר בדין מפותח יחסית ובין משום שמדובר בדין ניטרלי מבחינת המתקשרים. לדעתנו, אין הצדקה למנוע זאת. כך גם אין הצדקה לדרישה שהמתקשרים

Ian Ayres & Robert Gertner "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules" 99 *Yale L. J.* (1989) 87, 88–89

יימנעו מלבחור דין זר שונה שיחול על כל מקטע אחר בסכסוך ביניהם. ומדוע למנוע מן הצדדים את האפשרות לבחור שיטת משפט שאינה פוזיטיבית להכרעת הסכסוך ביניהם? ניתן להסביר את סוד שרידותן של הגבלות היסטוריות אלה בתופעה הכלכלית של יצירת השפעה חיצונית שלילית, שהינה סוג של כשל שוק. מקור ההגבלות ה"חלשות" הוא בשאיפה למנוע מתקשרים בחוזה מלהחזין את עלויות הפעילות של בחירה בדין זר על מדינת הפורום שהם נזקקים לבית המשפט שלה כדי לברר את הסכסוך ביניהם. החצנה כזו של עלויות – כלומר, הטלת הנשיאה במחיר של החלת הדין הזר – עלולה להתרחש אם משימת ההתמודדות עם הדין הזר תוטל על כתפי בית המשפט של הפורום. אכן, נראה כי התפיסה שאימצו בהקשר זה בתי המשפט היא שכאשר אחד הצדדים טוען לתחולת דין זר, מציאות החיים היא שהפורום נדרש לשאת במידה מסוימת בעלויות הכרוכות בביורר הדין הזר ובהחלתו. למשל, זמן שיפוטי יקר מתבזבז על הבנת הכללים והמושגים המשפטיים של הדין הזר, אף במקרה שבו הצדדים מממנים מכיסם את הבאתו של מומחה לדין הזר לצורך הסברתם. צדדים לחוזה הבוחרים דין זר אינם נושאים בעלות זו של השירות המשפטי שהם מקבלים, אלא מחצינים אותה אל הקופה הציבורית של מדינת הפורום. התפיסה שאומצה, כך נראה, היא כי ראוי שבית המשפט "יספוג" עלויות אלה רק בנסיבות מיוחדות, שבהן, למשל, קיימת קרבה מיוחדת בין הצדדים לחוזה לבין הדין הזר שבחרו, היוצרת "ערך מפצה" מנקודת מבטו של הפורום. בתי המשפט של הפורום השתמשו אפוא בהגבלות ה"חלשות" האלה כב"פתחי מילוט" מפני החלת הדין הזר שבחרו הצדדים לחוזה במצבים שבהם נסיבות העניין לא יצרו "ערך מפצה" כאמור.

לנוכח הטענה שמקצת מן ההגבלות המסורתיות שימשו למניעת התופעה של החצנה, השאלה המתעוררת היא אם ניתן להתמודד עם החשש מפני החצנה בדרך מידתית הפוגעת פחות באוטונומיית הרצון של המתקשרים, הכוללת את זכותם לבחור דין זר כדין החל.

(ב) התיקון המוצע

ההגבלות ה"חלשות" השתרשו במהלך השנים במשפטן הבינ-לאומי הפרטי של מדינות שונות, אם כי ניתן להצביע על תהליך ברור של צמצום בהיקפן ובאופן יישומן. האם במשפט הישראלי האוטונומיה של המתקשרים בחוזה לבחור דין זר צריכה להיות כפופה להגבלות ה"חלשות"?

כדי למנוע תופעה של החצנת עלויות, ניתן לבחור שני קווי פעולה חלופיים. האחד, לאסור את הפעילות החברתית המחצינה, כלומר, את הבחירה בדין זר כדין החל. זו בדיוק המשמעות של שימוש בהגבלות ה"חלשות" כב"פתחי מילוט" מפני החלת הדין הזר. הגבלות אלה אוסרות הלכה למעשה בחירה בדין הזר במצבים שבהם הן מופעלות. קו הפעולה השני האפשרי הוא לדאוג לכך שבשלב שבו הפרט מקבל החלטה אם לבחור דין זר כדין החל – כלומר, בשלב כריתתה של תניית ברירת הדין – עלות הבחירה בדין הזר שהוא יסקלל לתוך חישוביו תהיה זהה לעלותה החברתית הכוללת. הכלכלנים מכנים דרך

אחרונה זו של שינוי התנהגותו של הפרט "הרתעה" או "הפנמה". אם מצליחים להביא לידי כך שהפרט יפנים את עלות פעילותו (הבחירה בדין הזר), אזי מובטח שהפרט יבחר לקיים פעילות זו רק אם יהיה מוכן לשאת בעלותה המלאה, ורק אם התועלת שהוא עשוי להפיק מפעילות זו גבוהה מעלותה, שאז קיום הפעילות יעיל.

כלל משפטי המבוסס על הטלת ההגבלות ה"חלשות" הינו במהותו כלל האוסר פעילות חברתית של בחירת דין זר. מובן כי הקושי שכלל זה מעורר טמון בפגיעה באוטונומיה של המתקשרים בחוזה, שנאסר עליהם לבחור דין זר כרצונם. מדובר אפוא בפגיעה בפעילות חברתית, או בערך חברתי, שהינם רצויים בעיקרם. קושי זה היה עשוי להיות בלתי-נמנע אילולא היה ניתן לאלץ את הצדדים לחוזה להפנים את העלויות שהם מחצינים. אלא שהפנמה כזו אפשרית בענייננו. ניתן לעצב את הכלל המשפטי כך שיגרום להפנמת העלויות, מחד גיסא, ויימנע מפגיעה בחופש של המתקשרים בחוזה לבחור דין זר, מאידך גיסא. הגשמת שתי מטרות אלה אפשרית אם הכלל המשפטי יבטל את ההגבלות ה"חלשות" אך בד בבד יחייב את המתדיינים, במידת הצורך, לפצות את הפורום בגין נזקיו - העלויות שבהן נשא עקב בחירת המתדיינים בדין זר.¹⁴² הפורום עשוי לקבל פיצוי כזה על-ידי הטלת הוצאות על המתדיינים - או על אחד מהם - לטובת המדינה. כלל משפטי המציב לפני הפרט את הבחירה אם לשלב תניית ברירת דין בחוזה ולשאת בעלותה החברתית, ואינו אוסר בחירה זו לחלוטין, הינו מידתי יותר מכלל האוסר לחלוטין בחירת דין זר.

איי-אפשר להתעלם כמובן מבעיות של מידע הכרוכות בפתרון ההפנמה. כיצד ידע הפורום מה גובה הפיצוי שעליו להשית על הצדדים שבחרו דין זר כדין החל באופן שלא יגרום להרתעת-יתר או להרתעת-חסר? האם הנזק שהפורום רואה אכן משקף את ההשפעה החיצונית הנובעת מן הבחירה בדין הזר? שאלות אלה מצביעות על הגורמים שעלולים להכשיל נסיונות להביא לידי כך שהצדדים לחוזה "יפנימו" את עלות הבחירה בדין הזר. אלא שאנו סבורים כי לנוכח חשיבותם של הטעמים שמנינו בעד כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים, יש להעדיף את הניסיון להתמודד עם בעיות של מידע הכרוכות באיתור הכמות היעילה של פעילות הבחירה בדין הזר - למשל, על-ידי ביצוע הערכות שאינן מדויקות - על ויתור גורף על פעילות זו.

3. איזון במקום סיווג

(א) הקושי

הקושי השלישי שאנו מצביעים עליו נוגע בטכניקת העימות בין הטעמים שביסוד כיבוד רצונם של המתקשרים בחוזה לבין הטעמים שביסוד כל הגבלה.

142 לדעה שונה ראו: Steven Shavell "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System" 26 *J. Legal Stud.* (1997) 575

כידוע, כללים משפטיים מושתתים על איזון בין שיקולים שונים, שתכופות סותרים זה את זה. כאשר הכלל המשפטי הרלוונטי מעוגן בתחיקה, האיזון נקבע בתחיקה זו, כלומר, הוא נערך על-ידי המחוקק עצמו. אף אז, על בית-המשפט מוטל התפקיד של פירוש האיזון שבהר המחוקק ויישומו בנסיבות המקרה המובא לפניו. אלא שבהעדר תחיקה המגדירה את האיזון הרצוי בין האינטרסים המנוגדים – כפי שהמצב במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי – המשימה של הגדרת השיקולים הרלוונטיים ומציאת האיזון הנאות ביניהם מוטלת על בית-המשפט. למשל, במשפט הישראלי אין הכרעה א-פריורית בשאלה אילו הוראות חוק הינן הוראות כופות, שהמתקשרים בחוזה אינם יכולים לעוקפן באמצעות הפניה לדין זר. באופן דומה גם אין הכרעה בשאלה מה ייחשב לתקנת ציבור "חיצונית", שתגבר על הוראות הדין הזר שבחרו המתקשרים בחוזה.

במצב דברים זה, ההכרעה בשאלת אופייה הכופה של הוראת חוק כלשהי של מדינת הפורום, או ההכרעה בשאלת היות אינטרס מסוים בגדר תקנת ציבור "חיצונית", צריכות להתקבל על יסוד איזון בין השיקולים המצדיקים הכרה בכוחה הכופה של הוראת החוק או בעליונות האינטרס שנטען כי הוא בגדר תקנת ציבור "חיצונית", מחד גיסא, לבין השיקולים המצדיקים את כיבוד רצונם של המתקשרים בחוזה להחיל דין זר – וזאת בהתייחס לנסיבות העניין הקונקרטיות – מאידך גיסא. שהרי זו בדיוק ההכרעה ההקשרית בדבר יחסיות המשפט המהותי המקומי.

ברם, הפסיקה במשפט האנגלו-אמריקאי, שממנה כאמור שואב המשפט הישראלי, הגבילה את חירות המתקשרים בחוזה לבחור דין זר מבלי שערכה – בוודאי לא במודע – איזון בין האינטרסים שביסוד כל אחת מן ההגבלות לבין השיקולים שבבסיס הצורך לכבד את אוטונומיית הרצון של המתקשרים בחוזה. ההנמקה השגרתית בבדיקת תוקפה של בחירת המתקשרים בדין זר הייתה כי תניית ברירת הדין שבחוזה תיאכף ככל שהיא אינה סותרת את אחת ההגבלות המסורתיות. ואילו ההכרעה בשאלה מתי הגבלה מסוימת חלה התקבלה על-ידי טכניקה של סיווג. הפורום העדיף הוראת חוק על הדין הזר שבחרו המתקשרים כל אימת שהחליט כי ההוראה המדוברת הינה הוראה כופה שאין לוותר על תחולתה. אומנם, סיווג ההוראה ככופה הושפע לרוב מטעמים ענייניים התומכים בעיגון אופייה הכופה של הוראת החוק, אך הוא נעשה מבלי שטעמים אלה עומתו במפורש עם הטעמים שביסוד הכלל בדבר כיבוד רצון המתקשרים.

בעניין זה, פסק-הדין המנחה בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי הוא פסק-הדין האנגלי בעניין *Vita Food*¹⁴³, שבו נקבעו לראשונה שלוש מבין ההגבלות המסורתיות המוטלות על מתקשרים בחוזה ביחס לבחירת דין זר. בפסק-דין זה אין כל דיון בשאלת איזון האינטרסים. באותו מקרה קבעו הצדדים במפורש בשטר-מטען כי הדין שיחול על סכסוך עתידי ביניהם יהיה הדין האנגלי.¹⁴⁴ בית-המשפט חזר על ההלכה הידועה במשפט האנגלי שלפיה הדין הנאות של החוזה הוא הדין שאותו התכוונו הצדדים להחיל על החוזה, וזה

143 לעיל הערה 22.

144 שם, בעמ' 518, 520.

ייקבע בראש ובראשונה על יסוד בחירתם המפורשת של הצדדים, כפוף לסייגים מועטים בלבד. בפסיקה האמריקאית המצב שונה מעט, אך גם שם אין בית-המשפט מטריח את עצמו ברוב המקרים בשאלות של איזון אינטרסים.¹⁴⁵ עם זה, בפסיקה האמריקאית ניתן אולי להצביע על שינוי-מה בתפיסתם של בתי-המשפט את התמונה הכוללת, בדרך של עריכת איזון בין השיקולים המתנגשים. ראינו זאת כאשר עמדנו על "פלישתה" של תניית ברירת הדין אל תחומי המשפט הציבורי. ההנמקה שעליה התבססו בתי-המשפט – שאפשרו למתקשרים בחוזה לבחור דין זר תוך עקיפת הוראות כופות שבדין הפורום – נשענה על הטעמים המצדיקים את כיבוד רצון הצדדים.

(ב) התיקון המוצע

ביחס לכל ההגבלות, על הפורום לקבל החלטה אם לאכוף את תניית ברירת הדין על יסוד איזון בין טעמים, ולא על בסיס סיווג א-פריורי. איזון כזה, שיכלול התייחסות הן לשיקולים התומכים באכיפתה של תניית ברירת הדין והן לשיקולים המצדיקים כל אחת מן ההגבלות, יכוון את הפורום אל הקונפליקט האמיתי שמולו, ויאפשר לו לראות את חשיבותם היחסית של האינטרסים המתנגשים כמו-גם לחשוף את הכרעתו לביקורת. איזון כזה צריך להיערך על רקע נסיבות המקרה המסוים, ולכלל שיקול יש לתת את המשקל המתאים לו בנסיבות העניין.

טלו, למשל, את הדוגמה הבאה: אפשר שתוצאת איזון כזה תהיה שהסדר עסקי מסוים, אשר אילו נערך בין שני מתקשרים "ישראליים" היה נחשב להסדר כובל המנוגד לחוק ההגבלים העסקיים הישראלי, לא ייחשב לכזה במקרה שאחד הצדדים להסדר הוא חברה זרה, מכיוון ששיקולים של קידום מסחר יכריעו את הכף לטובת כיבוד של הסכמת הצדדים לבחור כדין החל על היחסים ביניהם דין של מדינה שאינה רואה בהסדר זה משום הסדר אסור.

4. הטלת הגבלות "מוחלטות" – הגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום

(א) הקושי

על רקע העיקרון של יחסיות המשפט המהותי המקומי עולה שאלה נוספת, שאף היא לא נידונה בפסיקה האנגלו-אמריקאית. השאלה היא כיצד יש לאזן בין הטעמים המצדיקים את אכיפתה של תניית ברירת הדין לבין הטעמים המצדיקים את ההגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של מדינת הפורום. כיצד, למשל, יש לאזן בין הטעם המצדיק הכרה בדוקטרינת הטעות כמקימה עילה לביטול תניית ברירת הדין לבין הטעמים המצדיקים את אכיפתה של תניה זו?

145 ראו, למשל: *DeSantis v. Wackenhut Corporation*, 793 S.W. 2nd 670 (1990).

מחד גיסא, לכאורה, מקצת הדוקטרינות הקבועות בדיני החוזים המהותיים של הפורום, כגון דיני הפגמים ברצון, מיועדות לבחון את שכלולו של חוזה תקף בין המתקשרים. מאידך גיסא, נקודת המוצא של כל הטיעונים בעד אכיפתה של תניית ברירת הדין הייתה ההנחה בדבר קיומו הבלתי-מעורער של רצון משותף של המתקשרים בחוזה לבחור דין זר כדין החל על סכסוך ביניהם. טלו, למשל, את דוקטרינת הטעות בדיני החוזים במשפט הישראלי. טענה כי תניית ברירת הדין נכרתה מתוך טעות חותרת תחת התשתית של כל הטיעונים שהוצגו בעד אכיפתה של תניית ברירת הדין. שכן אם תניית ברירת הדין אכן נכרתה מתוך טעות, אי-אפשר להניח קיומו של רצון משותף של המתקשרים לבחור דין זר, וממילא אי-אפשר לבסס על קיומו של רצון זה את כל הטיעונים שהווכחו לעיל המצדיקים את אכיפתה של תניית ברירת הדין.¹⁴⁶

ברם, כללים אחרים שמקורם בדיני החוזים המהותיים של הפורום אינם נוגעים בנקודת המוצא המסוימת הנ"ל, המגבשת טיעונים בעד כיבוד האוטונומיה של הרצון. טלו, למשל, את ההקפדה על דרישות צורניות הקבועות בדיני החוזים המהותיים של הפורום. הטעם לדרישות אלה הוא בעיקרו החשש שאם דרישת הצורה אינה מתמלאת, החוזה בין הצדדים אינו משקף הסכמה אמיתית ביניהם.¹⁴⁷ אלא שכאן מדובר בחשש בלבד ביחס לתוקפה של הסכמת הצדדים לחוזה, ולא במסקנה ודאית. ברור אפוא כי האינטרס בהסרת חשש זה – שהינו אינטרס מוצדק כשלעצמו – עשוי לסגת מפני אינטרסים אחרים, שאפשר שהם חשובים יותר, כגון האינטרס בקידום המסחר הבין-לאומי או האינטרס שבהגשמת שיקולים של צדק הסכמי, יעילות וקידום המסחר, הרמוניזציה, שיקולים של אפשרות יציאה ושיקולים של יישוב סכסוכים. נמצא כי איזון בין האינטרס בשמירה על צורה מסוימת של החוזה לבין אינטרסים מתחרים הינו אפשרי. מסיבה זו גם היה הפורום הישראלי מוכן לפסוק בשאלות של צורת החוזה על יסוד דרישות צורניות הקיימות בדין של מקום כריתת החוזה או בדין הנאות של החוזה – כפי שהצדדים לחוזה בחרוהו – ולא עמד על החלת דין הפורום בעניינים אלה.¹⁴⁸ נכונות זו משקפת היטב את העיקרון של יחסיות המשפט המקומי.

דומה אפוא שככל שמדובר בקביעת יחסיותה של בחירת דין זר על-ידי מתקשרים בחוזה, ניתן למעשה להבחין – ביחס להגבלות שמקורן בדיני החוזים המהותיים של הפורום – בין הגבלות "מוחלטות" לבין הגבלות "יחסיות".

ניתן לטעון כי את ההגבלות ה"מוחלטות" ביחס לבחירת דין זר יש להטיל על המתקשרים בחוזה בכל מקרה, משום שהן עצמן מגבשות את נקודת המוצא לדיון בשיקולים

146 ראו לעיל בפרק ג – שיקולים של צדק הסכמי, הגנה על אוטונומיית הרצון, שיקולי יעילות וקידום המסחר, הרמוניזציה, השיקול של אפשרות היציאה ושיקולים של יישוב סכסוכים.

147 אם מטעמים של העדר הסכמה, אם מטעמים של הסכמה שאינה רצינית וכולי. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (תשנ"א) 7-9, 18.

148 ראו עניין מנורה, לעיל הערה 12.

המצדיקים את אכיפתה של תניית ברירת הדין. אולם טענתנו היא כי את ההצדקה להיזקקות להגבלות ה"יחסיות" – המשקפות, למשל, רק הסתברות לכך שרצון המתקשרים אינו אמיתי – ניתן לאזן אל מול שיקולים מתחרים. יישום ההבחנה בין הגבלות "מוחלטות" לבין הגבלות "יחסיות" בהקשר של צורת החוזה מבוסס על שימוש במבחן הבא: אם ההגבלה הקבועה בדיני החוזים המהותיים של הפורום נועדה לשלול אפשרות ודאית שתניית ברירת הדין אינה משקפת את רצונם האמיתי של המתקשרים, אזי מדובר בהגבלה "מוחלטת", אך אם ההגבלה נועדה רק למזער את החשש מפני פגמים באמיתות ההסכמה או ברצינותה, אזי מדובר בהגבלה "יחסית".¹⁴⁹

בדיני החוזים המהותיים של הפורום ניתן להצביע על הגבלות "יחסיות" נוספות – למשל, עקרון תום-הלב או האיסור לכרות חוזה לרעת צד שלישי. הטעמים שביסוד הגבלות אלה של אוטונומיית הרצון של המתקשרים בחוזה בהקשר של בחירת דין זר אינן מיועדות לשלול אפשרות ודאית שתניית ברירת הדין אינה משקפת את רצונם האמיתי של המתקשרים, אלא להגשים אינטרסים אחרים. עקרון תום-הלב נועד לקדם התנהגות ערכית של המתקשרים בחוזה, ואילו האיסור לכרות חוזה לרעת צד שלישי נועד להגן על צדדים שלישיים. שתי הגבלות אלה הינן "יחסיות" אפוא, ובאופן עקרוני ניתן לאזן את הצורך בהטלתן על המתקשרים בחוזה אל מול האינטרס בכיבוד האוטונומיה של הרצון.

(ב) התיקון המוצע

קיומה של תניית ברירת דין בחוזה מצביע על קיומה של הסכמה עובדתית באשר לדין החל. השאלה היא אם הסכמה זו השתכללה לכלל הסכמה משפטית מחייבת. בדינים המהותיים של כל מדינה קבועות הוראות הבודקות שאלה זו. בדיני החוזים הישראליים, למשל, סעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע את דרישת המסוימות, או סעיפים 14-15 ו-17-18 לחוק זה, המציבים דרישות להעדר פגמים ברצון, מעצבים את כוונה ההיתוך שההסכמה העובדתית נדרשת לעבור על-מנת שתוגדר כהסכמה חוזית מחייבת. הגבלות מסוג זה ניתן להגדירן לענייננו כ"מוחלטות", במובן זה שאין לאזן את הטעמים שביסודן עם הטעמים בעד אכיפתה של תניית ברירת הדין. ממילא, עמידה בהגבלות אלה הינה תנאי מוקדם להעלאת הטענות בעד אכיפתה של תניית ברירת הדין. תכליתן של הגבלות אלה היא להציג נקודת מוצא עקיבה לדיון: קיומו של אומדן-דעת משותף של המתקשרים בדבר בחירה בדין זר. מנקודת-מבטה של מדינת הפורום, אם תניית ברירת הדין אינה עוברת את כוונה ההיתוך של הגבלות אלה, נשלל גם מיניה וביה תוקפם של הטענות שמנינו בדבר מתן תוקף לרצון המתקשרים.

ניתן כמובן לתהות מה הדין לגבי קבוצת ההגבלות שבפורום אחד עשויות להיחשב לתנאי לגיבוש רצון הצדדים ואילו בפורום אחר הן אינן רלוונטיות. למשל, האם דרישה לתמורה במובנה מן המשפט האנגלי – בהנחה שתמורה נדרשת כתנאי לשכלול חוזה –

149 ראו והשוו לבונטין, לעיל הערה 75, בעמ' 75-76.

צריכה להיות הגבלה גם במשפט הבין-לאומי הפרטי הישראלי? התשובה על כך פשוטה. לכל פורום יש הסמכות להתחשב בהגבלות שמסייעות לטעמו לאתר את רצון המתקשרים ה"אמיתי". סמכות זו נובעת מן התפיסה שלפיה במשפט הבין-לאומי הפרטי החלת דין זר נעשית מכוח הסכמת הפורום, וכאמור, ההצדקה העניינית היא סיוע בגיבוש הנחת המוצא לדיון שיערך בתקפותה של בחירת המתקשרים בחוזה בדין זר. צפוי לכן שוני בין ההגבלות הנכללות בקבוצה זו בכל מדינה ומדינה.

לעומת ההגבלות ה"מוחלטות", יש דרישות בדיני החוזים המהותיים של הפורום שניתן לאפיינן כ"יחסיות". בקבוצה זו ניתן למצוא, למשל, דרישות של צורה או אף את עקרון תום-הלב. הטעם להצבת דרישות אלה טמון בחשש שהסכמה של המתקשרים שאינה מקיימת אותן אינה הסכמה אמיתית או רצויה. ברם, מכיוון שגם במצב של אי-קיום הדרישות של ההגבלות ה"יחסיות" קיימת עדיין אפשרות שהסכמת המתקשרים הינה אמיתית ורצויה, האינטרס בהסרת חשש זה עשוי להיות בעל חשיבות פחותה בהשוואה לאינטרסים אחרים, כגון אלה המצדיקים את אכיפתה של תניית ברירת הדין. על-מנת להגיע למסקנה בעניין זה, יש לאזן אפוא בין השיקולים המתחרים.

פרק ו: במקום סיכום

במאמר הנוכחי הצענו מודל שניתן לכנותו מודל של אוטונומיה מוגברת. בראש ובראשונה משמעותו של המודל המוצע היא קבלת הרעיון שלפיו היקף התערבותו של הפורום בחוזה שבו בחרו המתקשרים דין זר כדין החל עשוי להיות מצומצם מהיקף התערבותו בחוזה דומה שבו נמנעו הצדדים מבחירה כזו. כך, ייתכן שהפורום יאפשר לצדדים שביקשו להחיל דין זר על סכסוך ביניהם "לעקוף" איסורים קוגנטיים הקבועים בדין המהותי של מדינת הפורום, שצדדים לחוזה רגיל אינם יכולים לעקוף. למשל, הפורום עשוי לאפשר לצדדים "לעקוף" את חובת תום-הלב שבדיני החוזים, או את האיסור לערוך הסדר כובל שבדיני ההגבלים העסקיים, אם בדין הזר שבחרו הצדדים לחוזה אין איסור דומה. תוצאה זו נובעת במישור מן התפיסה בדבר יחסיות המשפט המקומי, שפירושה הוא כי קיימים שיקולים התומכים בהסגת המשפט המקומי מפני משפט זר. במקרה של תניית ברירת דין, תוצאה זו הגיונית ומחויבת-המציאות לנוכח השיקולים המשמעותיים התומכים באכיפתה של תניית ברירת הדין.

אומנם, אין להתעלם מהחשש מפני נסיונות של מתקשרים בחוזה לעקוף איסורים כופים על-ידי בחירת דין זר. אולם איזון הולם בין השיקולים הרלוונטיים בכל מקרה ומקרה יסכל נסיונות אלה. למשל, כאשר מדובר בחוזה "פנימי" – כגון חוזה בין שני סוחרים ישראליים שאין להם כל זיקה בין-לאומית – ברי כי שיקולים של חיוק המסחר

הבין-לאומי או הרמוניזציה אינם רלוונטיים, ואין לאפשר על יסודם לצדדים לחוזה כזה "לעקוף" איסורים כופים הקבועים בדין המקומי. זאת ועוד, יש לזכור כי מתן אפשרות למתקשרים בחוזה "לעקוף" איסורים קוגנטיים שבדין הפורום אין פירושו כי המתקשרים ייהנו מחופש מוחלט לעשות ככל העולה על רוחם; זהו אך החופש לאמץ הסדר משפטי מגביל פחות, שנקבע במדינה אחרת.

איתור הגבלות שהגדרנו כ"חלשות", והעלאת ההצעה להחליפן בכלל של פסיקת הוצאות, מאפשרים לגזור מסקנה נוספת: ייתכן שבעתיד יהיה על הפורום לשקול אם למיין מחדש הגבלות מסוימות שעד כה נחשבו ללגיטימיות, ולסווגן כהגבלות "חלשות", ובדרך זו להגדיל את היקף האוטונומיה המוענקת למתקשרים בחוזה לבחור דין זר. כך, למשל, האיסור לבחור דין זר למטרה של בירור שאלות נוהליות שמתעוררות במהלך ההתדיינות. הנימוק להטלת הגבלה זו נעוץ בהעדפת נוחותו של הפורום ככל שמדובר בבירור סכסוכים משניים המלווים כל התדיינות סביב סכסוך עיקרי, כאשר סכסוכים אלה נוגעים בשאלות של נוהל, ולא של מהות. לדעתנו, הגבלה זו משקפת לא רק שאיפה למנוע החצנה של עלויות הבחירה בדין הזר אל הפורום, אלא התחשבות ממש בנחותם של השופטים, אשר ההתמודדות עם דין זר מכבידה עליהם. לא כל שכן כאשר התמודדות זו נדרשת ביחס לשאלות דיוניות העשויות להתעורר בגדרי ההתדיינות, שבהן השוני בין הדין המקומי לבין הדין הזר צפוי להיות ניכר במיוחד. אולם ייתכן כי שקילה מחדש של סוגיה זו תוליך למסקנה כי האיסור לבחור דין זר בשאלות של נוהל נועד אך ורק למנוע מהצדדים את האפשרות להחצין את עלויות הבחירה בדין הזר אל הפורום, שאז ניתן להתמודד עם הבעיה על-ידי חיוב הצדדים בתשלום "פיצוי" לבית-המשפט, ולא על-ידי הטלת איסור גורף עליהם לבחור דין זר.