

גלובליזציה ומשפט: השפעת המשפט הבין-לאומי על המשפט המסחרי בישראל ביוכל הבא

אריה רייך

א. מבוא ♦ ב. שורשיו הבין-לאומיים של המשפט המסחרי בישראל ♦ ג. "מדוע?" – תהליך הגלובליזציה של הכלכלה וההוויה הישראלית 1. הצורך בהאחדת הדין ובפירוק מחסומים משפטיים 2. הדרישה להשוואת תנאי התחרות 3. שינויים תרבותיים ואידאולוגיים ♦ ד. "היכן?" – תחומי השפעה צפויים של המשפט הבין-לאומי 1. דיני המכר הבין-לאומי 2. דיני ההובלה 3. לשכות רישום בין-לאומיות 4. מסחר אלקטרוני 5. דיני מסים 6. דיני חברות ♦ ה. "כיצד?" – צינורות היבוא של הנורמות הבין-לאומיות 1. קליטה באמצעות חקיקה 2. קליטה באמצעות חוזה 3. קליטה שיפוטית ♦ ו. דברי סיכום והערת אזהרה

"Just because we cannot see clearly the end of the road, that is no reason for not setting out on the essential journey. On the contrary, great change predominates the world, and unless we move with change we will become its victims."
Robert F. Kennedy¹

א. מבוא

בראותו את כותרת המאמר, בוודאי ישאל הקורא: מה עניין המשפט הבין-לאומי למשפט המסחרי של מדינת ישראל?² והלוא לכאורה המשפט הישראלי, לרבות המשפט המסחרי

* המחבר הוא מרצה בכיר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בראון, מנהל המרכז למשפט מסחרי ואחראי לתכניות החארים המתקדמים בפקולטה.

** מאמר זה הוא פיתוח של מחקר שהוצג לראשונה בכנס "המשפט בישראל ביוכל הבא" באוניברסיטת בראון בתשנ"ט. תודתי נתונה לאנשים רבים שהושיטו לי עזרה במהלך איסוף החומר למאמר והעידו לי את הערותיהם, וביניהם צ'רלט אבלסון, איל בנבנישתי, צילי דגן, צחי יגור, מלי סיטון ויוסף פוסמן, וכן לעוזרי המחקר שלי, איל מלכה תורית כהן, ולמערכת "מחקרי משפט". האחריות על טעויות הן על כתפיי בלבד.

1 רוברט פי קנדי, כמצוטט בעיתון *New York Times*, ב-2 ביולי 1964. מובא ב: *The Quotable Lawyer* § 18.19, at 38 (1986).

2 אף על פי שהמונח "משפט מסחרי" אינו מוכר בתור שכזה על ידי המחוקק הישראלי, בניגוד למצב בארצות הברית ובצרפת וגרמניה, הביטוי שגור בפי משפטנים וכותבים גם בישראל. מקובל לכלול בו

אריה רייך

שלנו, הנו פרי עבודת החקיקה של כנסת ישראל, ופרי הפרשנות היוצרת של בית המשפט העליון בישראל. וגם אם שואכים המהוקקים והשופטים את השראתם משיטות משפט זרות, הרי שמקורות השראה אלו הנם בגדר שיטות משפט לאומיות של מדינות זרות, ולא בגדר משפט בין-לאומי.

עוד יוסיף השואל לתמוה: מדוע זה סובר המתכבד שיחול שינוי במקורות ההשפעה של המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא, באופן שלמשפט הבין-לאומי – קרי, משפט שאין יסודו בחקיקה של מחוקק לאומי זה או אחר, אלא בהסכמות שהושגו בין מדינות או במסגרת ארגונים בין-לאומיים – תהיה השפעה גוברת והולכת על עיצוב התכנים של המשפט המסחרי הישראלי?

התשובה הקצרה והקולעת לשאלות נוקבות אלו אחת היא: תהליך הגלובליזציה העובר על הכלכלה העולמית, וביתר שאת על הכלכלה והחברה הישראלית.³ וייאמר מיד: התהליכים

את כל ענפי המשפט העוסקים בזכויות ובחובות שיש לצדדים השונים המעורבים בנושא הספקת נכסים או שירותים. ראה: ש' לרנר "משפט מסחרי ומשפט אזרחי: אנטומיה של סיווג" *ספר זיכרון לגד טדסקי: מסות במשפט אזרחי* ("אנגלרד ואח' (עורכים), ירושלים תשנ"ו) 503 (להלן: לרנר); וכן: Goode, להלן הערה 4, בעמ' 8. הצדדים הללו אינם רק המוכר והקונה של הנכס או השירות, אלא גם כל יתר המעורבים, כגון מממנים, נושים, מבטוים, מובילים ושלוחים. ענפי המשפט שברך כלל מדובר בהם הם דיני המכר, דיני שליחות, דיני חובלות סחורות, מסמכים סחירים, ערבות, בטוחות, ביטוח, וגם חברות ושותפויות. במאמר זה נשתמש בהגדרה רחבה מעט יותר מהמקובל, כדי לכלול לא רק ענפי משפט שמקובל לשייכם למשפט הפרטי, אלא גם כאלה שניתן אולי לסווגם כחלק מהמשפט המינהלי, כגון דיני המס, דיני מכס והיטלי סחר, דיני תקינה ודיני הגבלים עסקיים. הטעם לכך הוא שאף ענפי משפט אלה מסדירים את הפעילות המסחרית, ומחיימים להגדרה הכללית שהוכחה לעיל והמקובלת על הכותבים, קרי, שהם עוסקים בזכויות וחובות שיש לצדדים המעורבים בנושא הספקת נכסים ושירותים. אין זה משנה כלל וכלל שאותם הצדדים חבים זכויות וחובות אלה כלפי רשויות המסדירות היבטים שונים של הפעילות המסחרית, כגון שלטונות המכס, מכון התקנים, והממונה על ההגבלים העסקיים. עדיין הן חלק ממערכת ההסדרה של הפעילות המסחרית היוצרת זכויות וחובות לצדדים המעורבים, ולעניין זה ההבחנה בין משפט פרטי למשפט ציבורי אינה שימושית תמיד. כמו כן, לאור ההתפתחויות של השנים האחרונות, לדעתנו, ראוי לכלול בהגדרת המשפט המסחרי לא רק זכויות וחובות בהקשר של הספקת נכסים או שירותים, אלא גם בהקשר של הספקת הון וזכויות קניין רוחני וידע, שאף הם חיוניים לפעילות המסחרית. אם כן, יש לכלול בתחום הנושפט המסחרי – וכך אף עשו רבים מן הכותבים – גם את דיני הקניין הרוחני ואת דיני ההשקעות.

3 במאמר זה אשתמש במונח "גלובליזציה" כמציינ את התהליכים המביאים להגברת האינטראקציה בין אנשים לקהילות במדינות שונות ברחבי העולם והקושרים קהילות אלה באופן שהתרחשויות מקומיות מושפעות ומעוצבות מאירועים והתפתחויות שאירעו במדינות רחוקות, ולהפך. בהקשר הכלכלי התהליך מתייחס לתופעות כמו הגברת הניידות של כל המשאבים הכלכליים, סחורות, שירותים, הון, ידע ואנשים, תלות גוברת והולכת ביבוא ויצוא, התגברות המעורבות של גורמים זרים בכלכלה המקומית, וכדומה. אולי הדוגמה הבולטת והיום יומית ביותר של תופעה זו היא ירידתה ועלייתה של הבורסה לניירות ערך בתל אביב בהתאם לעליות וירידות בבורסות שונות בעולם, אפילו במדינות מרוחקות ביותר. על התופעה בכלל, ראה למשל: R. Robertson "Mapping the Global Condition: Globalization as the Central Concept", in *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity* (M. Featherstone (ed.), London 1990) 16; A. Giddens *The Consequences of Modernity* (Cambridge 1990), ובייחוד הגדרתו שבעמ' 64; לדין עכשווי ופופולרי בתופעת הגלובליזציה, ראה ספרו של העיתונאי תום פרידמן: *The Lexus and the Olive: Tree: Understanding Globalization* (New York 1999); על הגלובליזציה בהקשר של תאוריה

גלובליזציה ומשפט

והגורמים המשפיעים על התפתחותה של שיטת משפט רבים הם ומגוונים, ובוודאי לא ניתן לייחס את כל ההתפתחויות ואת כל השינויים הצפויים לגורם אחד בלעדי. ואולם, משנתבקשנו על ידי מארגני הכנס החשוב הזה "לדרוש באוב", ולנסות את כוחנו בניבוי העתיד, קשה שלא להבחין בתהליך אחד מרכזי וכולט הנותן את אותותיו בכל חיי המסחר והכלכלה בישראל ובעולם, ושנראה שרק יילך ויגבר בעתיד הנראה לעין. תהליך זה מקורו בהתפתחויות הטכנולוגיות והתרבותיות של השנים האחרונות, התפתחויות אשר הביאו לשיפור לאין ערוך באמצעי ההובלה והתקשורת בין מדינות, ולעלייה חדה בניידות של המשאבים הכלכליים, החל בסחורות, שירותים והון, וכלה בטכנולוגיה וכוח אדם. אמצעי התקשורת האלקטרוניים, ובראשם רשת האינטרנט, מגמדים בהדרגתיות את משמעותם של גבולות בין-מדינתיים, מגבירים את התלות ההדדית בין כלכלות לאומיות, ומוכילים את אט לקראת חזון "הכפר הגלובלי".

במצב דברים זה קשה להניח ששיטת המשפט הישראלית תישאר אדישה ובלתי מושפעת, ובייחוד המשפט המסחרי, שתפקידו לשרת את הקהילייה העסקית ולהסדיר את הפעילות המסחרית. פעילות מסחרית, חוצה גבולות, זקוקה להסדרה משפטית החוצה גבולות, הסדרה אשר תקטין את אי-ההתאמה ואת אי-הוודאות הכרוכות בהעדר האחידות שבין שיטות המשפט הלאומיות. על רקע זה ניתן לצפות לגידול ביוזמות ההסדרה הבין-לאומיות, כמו גם בנכונות לאימוץ של יוזמות אלה מצד הממשלה והכנסת בישראל. אמנם הסדרה כזו והשפעה בין-לאומית על המשפט המסחרי הישראלי היתה קיימת מאז ומעולם, ובחמשך המאמר נצביע על תופעה זו ועל שורשיה, ובייחוד בקשר למשפט הסוחרים הבין-לאומי *Lex Mercatoria*. ואולם, התזה המרכזית של המאמר היא שהשפעה כזו תלך ותגבר ביוכל הבא ותהיה בין הגורמים המרכזיים שיכתיבו את כיווני ההתפתחות העתידיים של המשפט המסחרי בישראל. להלן ננסה להצביע על הכוחות והגורמים הפועלים בתחום זה ועל תוצאותיהם האפשריות. למעשה, נרצה להשיב על שלוש שאלות בהקשר זה: "מדוע?" "היכן?" "כיצד?"

לאמור: מדוע תהיינה השפעות שכאלה, ומהם הכוחות הפועלים בכיוון זה? היכן ובאילו תחומים תהיינה במשפט המסחרי שלנו השפעות כאלה, ובאיזה אופן הן תבואנה לידי ביטוי? ולכסוף, כיצד ודרך אילו צינורות יבוא תחדורנה הנורמות הבין-לאומיות לתוך משפטנו הפנימי? אך, כאמור, לפני שנשיב על שאלות אלו, נעמוד על השורשים הבין-לאומיים הקיימים כבר היום במשפט המסחרי הישראלי.

ב. שורשי הבין-לאומיים של המשפט המסחרי בישראל

ההיסטוריונים של המשפט, הן באנגליה והן בקונטיננט, מלמדים אותנו כי חלקים גדולים מהמשפט המסחרי היו בעבר בעצם משפט בין-לאומי, במובן זה שהיו מבוססים על כללים

משפטית, ראה: W. Twining "Globalization and Legal Theory: Some Local Implications" Y. Dezalay "The Big Bang and the Law: The Current Legal Problems (1996) 1 Internationalization and Restructuration of the Legal Field" *Global Culture, ibid*, p. 279

אריה רייך

שנוצרו ושהיו מקובלים ומוסכמים בקהילת הסוחרים במדינות וביבשות שונות בעולם.⁴ כללים אלה, שמקורם כאמור לא היו: בבית מחוקקים לאומי כזה או אחר אלא במנהג הסוחרים, הסדירו את הליכות המסחר, ובעיקר את הליכות המסחר הבינ-לאומי. משפט זה, הידוע בכינויו *Lex Mercatoria*, ואשר התפתח בימי הביניים, אפשר לסוחרים בערים שונות ובנמלים שונים ברחבי העולם לנהל את עסקיהם בהצלחה ובהבנה הדדית. למעשה, המשפט המסחרי ששלט באנגליה במשך מאות שנים היה *Lex Mercatoria* זה (או בכינויו האנגלי: Law Merchant), והוא נידון בבתי משפט מיוחדים שלפניהם הופיעו סוחרים מכל העולם.⁵ השליטים והמחוקקים של אותם ימים לא התעניינו כנראה בכללי המסחר יתר על המידה, אלא השאירו עניין זה לסוחרים עצמם, ובלבד שיובטח להם שהמכסים המגיעים להם יועלו כמצופה וכנדרש.⁶ כך למשל, מוסדות משפטיים חשובים, כגון שטר החליפין ושטר המטען פותחו על ידי קהילת הסוחרים שבאיטליה, וממנה הגיעו אמצעים אלה ליתר מדינות אירופה והעולם.⁷ דוגמאות נוספות לתחומים שפותחו ועוצבו באמצעות ה-*Lex Mercatoria* הן דיני הביטוח, דיני ההובלה הימית, דיני שליחות ועקרונות כלליים, כגון חופש החוזים ועקרון תום הלב.

אל תוך המשפט המסחרי הישראלי המתחדש הגיעו עקרונות משפט הסוחרים הבינ-לאומי תחילה דרך המשפט האנגלי, אשר שימש בקום המדינה כמקור העיקרי למשפט האזרחי בישראל, ואחר כך ביתר שאת דרך המשפט הקונטיננטלי, אשר היווה מקור השראה

4 ראה, למשל: W. Mitchell *Essay on the Early History of the Law Merchant* (Cambridge 1904), הקובע שמשפט הסוחרים, ה-*Lex Mercatoria*, הוא בבחינת "המשפט הבינ-לאומי הפרטי של ימי הביניים", ומביא בעניין זה את דוגמיו של Sir John Davies מהמאה השבע עשרה, בספרו: *The Question Concerning Impositions*.

"The Law Merchant as it is part of the law of nature and nations is one and same in all the countries in the world; there is not one law in England, another in France, another in Germany, but the same rules of reason and the like proceedings are observed in every nation."

ראה גם: L.E. Trakman *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Colorado 1983) 7-21; וכן: R. Goode *Commercial Law* (2nd ed., London 1995) 3-8; (להלן: Goode). יצוין, כי רוב החוקרים מציינים כי ראיית ה-*Lex Mercatoria* כחוק אחיד לחלוטין בכל מדינות העולם היא במידת מה בבחינת אידאליזציה של המציאות, משום שלמעשה היו הבדלים מסוימים באופן החלת הכללים באזורים שונים, בעקבות השפעות מקומיות ואינטרסים סותרים. ואולם, ההבדלים היו מעטים למדי, והמשפט בכללותו היה בעל אופי בין-לאומי, גם באנגליה, ועוד יותר בקונטיננט (מיטשל, שם, בעמ' 7-8).

5 ראה: Goode, לעיל הערה 4, בעמ' 3-8; וכן: W.S. Holdsworth *A History of English Law*, vol. 1, pp. 562-573; vol. 5, pp. 60-154; vol. 8, pp. 90-300. Kelso. לדבריו, מחילת כינום של בתי המשפט של המלך באנגליה, מקובל היה ששלושה סוגי אנשים היו פטורים משיפוטם – כמרים, יהודים וסוחרים (!) הסוחרים היו פטורים, משום שהעדיפו שענייניהם יידונו לפני בתי הדין המיוחדים שפעלו על פי מנהגי הסוחרים הבינ-לאומיים. ראה: R.C. Kelso *International Law of Commerce* (2nd ed., Buffalo 1961) 28.

6 ראה: Trakman, לעיל הערה 4, בעמ' 9.

7 ראה: Mitchell, לעיל הערה 4, בעמ' 21.

גלובליזציה ומשפט

מרכזי לרבים מהחוקים המסחריים החדשים שנחקקו על ידי הכנסת.⁸ אמרנו "ביתר שאת", מפני שהמשפט הקונטיננטלי השכיל לשמר את כללי ה-*Lex Mercatoria* עוד יותר מהמשפט המקובל האנגלי.⁹

עם התגבשותן של המדינות המודרניות והתחזקות הזהות הלאומית והמסורות הלאומיות, איבד המשפט המסחרי מעט מאופיו הבין-לאומי. הוא נטה להתכנס יותר ויותר בתוך עצמו וההבדלים בין שיטות המשפט השונות התחדדו. באנגליה, נבע תהליך זה מהעברת הסמכות לדון בסכסוכים המסחריים מידי בתי המשפט של ה-*Admiralty* וה-*Staple Court* (בתי דין של שווקים מסחריים) אל בתי המשפט של ה-*Common Law*. בתי משפט "משפטיים" אלה, בניגוד לקודמיהם, לא השכילו לגלות את הגמישות הנדרשת לקליטת הנהגים של קהילת הסוחרים הבין-לאומית.¹⁰ ההבדלים שנוצרו בין שיטות המשפט השונות יצרו בעיות קשות לקהילת העסקים הבין-לאומית, ושיבשו במידה רבה את ה-*lingua franca*, "השפה" הבין-לאומית המשותפת שהיתה לסוחרים מארצות שונות.

על כן, בתחילת המאה העשרים אנו עדים ליזמות בין-לאומיות חדשות להאחדתו מחדש של הדין הפרטי, בייחוד בתחומים שיש בהם פעילות מסחרית בין-לאומית.¹¹ כך למשל, כבר בשנות העשרים הוקם ברומא מוסד ה-*UNIDROIT*, המוסד הבין-לאומי להאחדת המשפט הפרטי, אשר פתח ביזמות שונות בתחום זה. האמנה הבין-לאומית שיזם ארגון זה למען חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי, אומצה אצלנו בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971,¹² והיתה לה גם השפעה מרעפת על ניסוחם של חוקי החוזים החדשים, כגון חוק החוזים, חוק המכר הרגיל, ועוד.¹³

- 8 ראה: ד' צלטנר "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970" עיוני משפט ג (תשל"ג) 121, 122, 132; א' ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג 5 (תשל"ג); וכן: A.M. Rabello "An Introduction to the New Israeli Private Legislation: Harmonization of Private Law and Civil Law", in *European Legal Traditions and Israel* (A.M. Rabello (ed.), Jerusalem 1994) 565, 570-573.
- 9 ראה: Trakman, לעיל הערה 4, בעמ' 24-25.
- 10 ראה: Goode, לעיל הערה 4, בעמ' 7-8.
- 11 לסקירה וניתוח מקיף של היוזמות הללו, ראה: R. David "The International Unification of Private Law", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II-5.
- 12 ס"ח 615. האמנה "התאומה" לאמנה זו, האמנה בדבר חוק אחיד לעשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי, שנחתמה גם היא בשנת 1964, אומצה אצלנו כעבור כמה שנים בחוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי), התשל"ח-1978 (ס"ח 908); על חוקים אלה, ראה: א' רייך "חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971: יושן מפני חדש תוציאו" מחקרי משפט יד(1) (תשנ"ח) 127.
- 13 פרופסור א' זמיר קבע בספרו על חוק המכר, כי החוק האחיד משנת 1964, שהוא אמנת האג, היווה המקור החשוב ביותר לחוק המכר הישראלי. ראה: א' זמיר חוק המכר תשכ"ח-1968 (ירושלים תשמ"ז) 4. לדבריו היתה לו גם השפעה רבה מאוד על כל חקיקת החוזים בישראל, בפרט בנושאים כמו מכר, כריתת חוזה ותרופות בשל הפרת חוזה. אכן, במבוא להצעת חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ל-1970, מדובר במפורש על השפעה זו, ונאמר, בין היתר, כי פרק א של החוק נשאב בעיקר מתוך החוק האחיד למכר טובין בין-לאומי של אמנת האג משנת 1964 (הצ"ח 880, בעמ' 126). אמנם, הצעת חוק זו התפרסמה לצד הצעת חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"ל-1970 (הצ"ח 882), אשר אומצה כעבור כשנה; ראה גם: ד' צלטנר "על דיני המכר" החקיקה האזרחית החדשה – קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (תשל"ו) 79; ג' שלו כריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973

אריה רייך

מוסד בין-לאומי אחר בעל חשיבות גדולה הוא ה-UNCITRAL, נציבות האו"ם למשפט הסחר הבין-לאומי, שעצם קיומה מעיד על החשיבות שארגון-על כמו האו"ם מייחס להשגת יתר אחידות במשפט המסחרי הבין-לאומי. מוסד זה יזם וקידם בין היתר אמנה חדשה ומוצלחת יותר של חוק מכר בין-לאומי אחיד,¹⁴ ואף חוק זה אומץ בישראל, במקומו של החוק הקיים¹⁵ (בהמשך נדון ביזמות האחדה נוספות של שני גופים אלה).¹⁶ ואולם, כמו גם ארגונים בין-לאומיים, לא של מדינות, אלא של סוחרים, המחזירים עטרה ליושנה בהיבט של יצירת משפט סוחרים בין-לאומי, *Lex Mercatoria* מודרני ומותאם לנסיבות המשתנות. דוגמה לארגון כזה, שהגו בעל השפעה מכרעת בעיצוב המשפט המסחרי, היא לשכת המסחר הבין-לאומית (International Chamber of Commerce), שמושבה בפריס. ארגון סוחרים זה מנסח ומפרסם קודים בין-לאומיים רבים כתחום המסחר והבנקאות הבין-לאומית, שהחשובים והמפורסמים שביניהם הם הכללים האחידים בדבר אשראים דוקומנטריים¹⁷ וכללי ה-*Incoterms* המגדירים את תנאי הסחר הבסיסיים בעסקאות המכר הבין-לאומיות.¹⁸ לקודים אלה אין כל תוקף משפטי עצמאי אלא מכוח אימוצם בהסכמה על ידי הסוחרים והבנקים ברחבי העולם או בתור מנהג הסוחרים, ואף על פי כן הם חולשים, לעתים כמעט באופן בלעדי, על תחומי משפט שלמים ועל פני יבשות. יוצא אפוא, שבניגוד לתפיסה הרווחת, שלפיה ההסדרה הבין-לאומית היא תופעה חדשה, ניתן לקבוע כי כמובנים רבים היא קדמה לחקיקה הלאומית ולעלייתן של מדינות הלאום המודרניות. למעשה ניתן לטעון כי יותר מאשר "הבין-לאומי" צמח מתוך הלאומי, צמח הלאומי מתוך הבין-לאומי.¹⁹ כעת אנו עדים לירידה בחשיבותם של גבולות לאומיים, וממילא גובר הצורך לחזור ולהודקן להסדרה גלובלית. על כן, ההשפעות של המשפט הבין-לאומי ושל התפתחויות בין-לאומיות על המשפט המסחרי בישראל רק ילכו ויגברו, לדעתנו, ביוכל הבא. על הטעמים לכך נעמוד להלן.

ג. "מדוע?" – תהליך הגלובליזציה של הכלכלה וההוויה הישראלית

כפי שצינו במבוא, הכלכלה הישראלית – ובכלל ההוויה הישראלית – עוברת תהליך של גלובליזציה אשר צפוי אך להתגבר ולזעמיק בעשורים הקרובים. הנתונים מהשנים האחרונות

- (ירושלים תשל"ח), פרק א, סעיפים 1-12, בעמ' 2, הערה 3; ז' צלטנר דיני החוזים של מדינת ישראל (תל אביב תשל"ד), שער ראשון, בעמ' 51, 106, 109, 226, 264-265, 389-388, 419-420.
- 14 אמנת האו"ם על חוזים למכר טובין בין-לאומי, משנת 1980. על אמנה זו, תולדותיה ויחסה לאמנות האג שקדמו לה, ראה: רייך, לעיל הערה 12; ראה גם אתר האינטרנט הישראלי המוקדש לתוק זה ולפרשנותו: <http://www.biu.ac.il/law/cisg>.
- 15 חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, ס"ח 1716.
- 16 ראה להלן, פרק ד, סעיפים 1, 3, 4.
- 17 Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, 1993 Revision, ICC Publication No. 500
- 18 Incoterms 2000, ICC Publications No. 560; ראה גם: ב' פינטוב מונחי המכר אינקוטרמס 2000 (הוצאת מכון היצוא הישראלי, 1999).
- 19 ראה דברים ברוח דומה בספרו של הליזאי בהקשר של יחסים בין-לאומיים: F. Halliday *Rethinking International Relations* (Basingstoke 1994) 2

גלובליזציה ומשפט

מדברים בעד עצמם. כך למשל, בין השנים 1990 ל-1999 עלה שיעור היבוא לנפש ב-56.9%²⁰ והיצוא לנפש בין השנים הללו גדל ב-57.1%²¹. תהליך ההתערות של המשק הישראלי במשק הכלל עולמי ניכר גם ברמת ההשקעות של גורמי החוץ בישראל וההפך: הגידול ברמת ההשקעות גורמי חוץ בישראל בין השנים 1994-1998 היה 197%²², ואילו הגידול ברמת ההשקעות הישראליות מחוץ לישראל בין השנים הללו היה 43%²³. הגידול החד בהשקעות לשני הכיוונים מבטיח צמיחה במשק לטווח הארוך ומצביע על שיתוף הולך ומעמיק לאורך זמן של הכלכלה הישראלית במערכת הכלכלית העולמית.

העולם שבו אנחנו חיים שוב אינו מקום של מדינות ויבשות מרוחקות זו מזו ושל עמים ותרבויות מרוחקים. אמצעי התחבורה והתקשורת המודרניים הפכו אותו למקום "קטן" הרבה יותר; מקום שבו אסונות הטבע של בנגלה-דש וההפיכות של דרום אמריקה מבקרים אצלנו בסלון יום-יום, יחד עם הפרסומות למכנסי הגיינס מארצות הברית ומכשירי הווידאו מיפן. מכתב למזרח הרחוק שוב אינו צריך לנוע בדרכים במשך שבועות, אלא יכול לעבור בהרף עין בדואר האלקטרוני, ולזכות לתשובה מידית בתוך דקות ספורות. שיחת טלפון לספק שבארצות הברית עשויה לעלות פחות משיחה ללקוח שבאילת. סכומי עתק ניתנים להעברה אלקטרונית בתוך שניות מיבשת ליבשת. לא רק השוק המסחרי הפך גלובלי, אלא גם שוק הרעיונות והרעות, ונוצרה מערכת של הזנה הדדית של מסרים תרבותיים, אמנותיים ורעיוניים באמצעות הרדיו, הטלוויזיה, תעשיית הסרטים והאינטרנט. ואם אין די בכך, הרי שגם הצעירים שלנו נורדים על פני תבל, מהג'ונגלים של דרום אמריקה ועד למקדשים של נפאל, ורק המשפט עודנו נשאר כולו בתוך ארבע האמות של גבולות המדינה. הייתכן?

ודאי שלא. המשפט האנושי אינו אלא אמצעי להסדרת מערכת היחסים בין בני אדם לבין עצמם ובין הגופים והמדינות שהם הקימו, וככל שיתרבו מערכות היחסים אשר חוצות גבולות לאומיים, כך יגבר הצורך גם בהסדרה שחוצה גבולות. על כן, בין שנרצה בכך ובין שלא נרצה (וכאן אין חשיבות להשקפתו האישית של המשקיף) ניתן לצפות להתפתחות ניכרת של המשפט הבין-לאומי בעשורים הקרובים, ולהתגברות השפעתו גם על מערכות המשפט הלאומיות.

במקום אחר²⁴ תיארונו בהרחבה את תהליך היוורדיזציה שעבר על מערכת יחסי הסחר הבין-לאומיים בעשורים האחרונים, כלומר תהליך הדרגתי של החדרת נורמות משפטיות ומנגנוני שפיטה ואכיפה משפטיים באופיים לתוך מערכת היחסים שבין מדינות ריבוניות

20 בשנת 1990 היה שיעור היבוא \$3,188 לנפש ואילו בשנת 1999 עלה שיעור היבוא ל-5,003\$ לנפש (מתוך מאזן סחר החוץ של ישראל, המפורסם באתר הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. ראה: www.cbs.gov.il).

21 בשנת 1990 היה שיעור היצוא \$2,449 לנפש, ואילו בשנת 1999 היה שיעור היצוא \$3,847.4 לנפש (שם).

22 בשנת 1998 הושקעו בישראל כ-20 מיליארד דולר, בהשוואה ל-6.7 מיליארד בלבד בשנת 1994 (על פי ירחון הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שם).

23 בשנת 1998 הושקעו על ידי גורמים מקומיים כ-4.6 מיליארד דולר מחוץ לישראל, לעומת כ-3.2 מיליארד דולר בשנת 1994 (שם).

24 א' רייך "מדיפלומטיה למשפט: תהליך היוורדיזציה של יחסי הסחר הבינלאומיים במסגרת הסכמי גאט"ט והסכמי הסחר החופשי" עיוני משפט כב 351 (תשנ"ט), בעמ' 412-413.

אריה רייך

בתחום מדיניות הסחר. טענו שהאינטראקציה והתלות הגוברת בין המשקים שבמדינות השונות דורשת בהכרח הסדרה על בסיס איתן וניתן לצפייה, וראינו בעובדה זו את אחד הגורמים המרכזיים לכך שהמדינות הסונימו לכבול את עצמן למשטר משפטי בין-לאומי חזק ורחב היקף, שמבטיח תיאום מדיניות ושיתוף פעולה על בסיס של וראות ויציבות. במאמר הזה אנו טוענים שההתפתחויות האלה ישפיעו בהכרח גם על המשפט הפנימי של המדינות, לרבות זה של מדינת ישראל. לדעתנו, ניתן לדבר על שלושה טעמים מרכזיים שיביאו להשפעה כזו על המשפט המסחרי הישראלי: (1) הצורך בהאחדת הדין ובפירוק מחסומים משפטיים; (2) הדרישה להשוואת תנאי התחרות; (3) שינויים תרבותיים ואידאולוגיים. להלן ננחש אותם ביתר פירוט.

1. הצורך בהאחדת הדין ובפירוק נחסומים משפטיים
תהליך הגלובליזציה של הכלכלה הישראלית, אשר הביא ועוד יביא להתגברות של תנועת המשאבים הכלכליים מן המדינה ואליה – סחורות, שירותים, ידע, הון וכוח אדם – ייצור לחץ ליתר אחידות וליתר הרמוניה בין שיטות המשפט הלאומיות. הטעם לכך הוא שהבדלי הדינים שבין המדינות יוצרים מחסומים מלאכותיים לתנועה החופשית של כל המשאבים הללו וליכולת שיתוף הפעולה הבין-לאומי, וגורמים לאי-ודאות כמערכת הכלכלית שאין גרועה ממנה לפעילות עסקית תקינה. צפוי אפוא שייווצר לחץ של הגורמים הכלכליים לפירוקם של המחסומים הללו בין באמצעות האחדה מלאה ובין באמצעות הרמוניזציה מוגבלת. המחסומים שבהם מדובר מורגשים בכמה מישורים.²⁵ ראשית, הבדלי הדינים בין המדינות מגבירים את הסכנה לאי-הבנו: בין הצדדים לעסקה הבין-לאומית, אשר מקורה בכך שכל אחד מהצדדים מניח שהכללים החלים בשיטה המשפטית במדינתו זהים לאלו החלים במדינתו של הצד שכנגד. העלויות הכוזבות באי-הבנה כזו גבוהות בדרך כלל בהכרח מאלו הכרוכות באי-הבנה בעסקה פנים-מדינית, בגלל העלויות הרבות והקשיים הכרוכים ביישוב סכסוכים בין-לאומיים ובאכיפת ההכרעות שבסכסוכים כאלו. שנית, גם אם תהיה מודעות מלאה להבדלי הדינים שבין השיטות, הרי עצם העובדה שהעוסקים בפעילות מסחרית בין-לאומית נדרשים להכיר ולהתמודד עם שיטה משפטית שונה בכל אחת ואחת מן המדינות שאיתן הם מקיימים עסקים, יש בה נדי לייקר מאוד את הפעילות העסקית הבין-לאומית ולהגביר את אי-הודאות הכרוכה בה. לעתים, הוצאות עסקה אלה יהיה בהן כדי להרתיע צדדים מלהיכנס לעסקה, שאחרת היתר לתועלתם ההדדית. לעומת זה, אימוץ חוק בין-לאומי אחיד מייתר את הצורך בלימוד כל השיטות המשפטיות ויוצר יתרון לגודל (Economy of Scale), התורם להגברת היעילות המצרפית. שלישית, גם לאחר שהצדדים הסכימו להיכנס לעסקה הבין-לאומית, הבדלי הדינים יוצרים אי-ודאות באשר לאופן ההכרעה במחלוקות שיתגלעו ביניהם לגבי העסקה. הטעם לכך הוא שלא תמיד ברור איזו ערכאה היא הערכאה המוסמכת להכריע במחלוקות כאלו, ויפי איזה מן הדינים הלאומיים שיש להם זיקה לעסקה תהיה ההכרעה. מסיבה זו הסיכון של הצדדים בעסקה הבין-לאומית מוגבר, בשונה מעסקה פנים-מדינית. לעומת זה, כאשר יחול בכל המדינות הקשורות בעסקה דין זהה, תהיה שאלת

25. הנימוקים שבפסקה זו, בנויים על דברים שכתב המחבר במאמרו על חוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 12, בעמ' 139-141.

גלובליזציה ומשפט

בכרת הדין החל על העסקה כמעט חסרת משמעות, והדבר יעניק לסוחרים את המשטר הברור והצפוי שהם זקוקים לו לצורך עשיית עסקים. לבסוף, אימוצו של חוק אחיד יביא להקלה בנטל המוטל על בתי המשפט בקשר ליישוב סכסוכים מסחריים בין-לאומיים, שכן הוא יקטין את הסיכוי לאי-הבנות ולסכסוכים הנובעים מהם, וגם יקל על מלאכת יישובם של אותם סכסוכים שיתגלעו. לא יהיה צורך לריב על בררת הדין שיחול, ואף לא להשקיע משאבים בהוכחת דין זר החל על העסקה; בית המשפט יוכל להכריע במחלוקת על פי החוק הבין-לאומי האחד החל על העסקה, ואשר מהווה חלק מספר החוקים הלאומי, כמו כל חוק אחר.²⁶

כבר אנו רואים סימנים מובהקים לתהליך של הרמוניזציה משפטית אצל שכנינו ממערב, מדינות אירופה, אשר תהליכים אדירים של אינטגרציה כלכלית ופיננסית מתרחשים בתוכן.²⁷ כדוגמה ניתן להזכיר את הכנסת המטבע האירופי האחיד,²⁸ האירו, אשר השלב הראשון בה נכנס לתוקפו בהצלחה בתחילת 1999 באחת עשרה מדינות, וכנגד כל התחזיות הפסימיות מלפני מספר שנים בלבד.²⁹ לפני כן, צפינו בתכנית "השלמת השוק הפנימי" בקהילייה האירופית אשר חקיקתה הושלמה בסוף 1992, ומאז יושמה בהצלחה בכל מדינות הקהילייה. תהליך האינטגרציה הכלכלית האירופית גורר עמו גם הרמוניזציה והאחדה משפטית רבה,³⁰ והיום כמעט אין תחום במשפטן הפנימי של המדינות החברות שאינו מושפע באופן כזה או אחר מהנורמות הקהילתיות החדשות. כך לדוגמה, ברוב הפקולטות למשפטים בארץ שמרנית כמו אנגליה, כבר אין הוראת משפט הקהילייה מוגבלת כבעבר לקורסים ייחודיים בנושא זה, אלא היא משולבת בקורסים הרגילים, הן בתחום המשפט האזרחי, והן בתחום המשפט הציבורי.³¹ הקהילייה האירופית היא שותפת הסחר הגדולה ביותר שלנו, אנו קשורים אתה

- 26 על התפקיד החשוב של בתי המשפט בקליטת החוק הבין-לאומי ובפרשנותו לאור אופיו הבין-לאומי, ראה להלן פרק ה, סעיף 3.
- 27 ראה: J. Weiler & M. Cappelletti *Integration through Law: Political Organs, Integration; Techniques and Judicial Processes* (Berlin 1986); וכן: ע' לב משפט הקהילייה האירופית (חל אביב תשנ"ד).
- 28 נושא זה מוסדר בסעיפים 98-124 לאמנה המכוננת את הקהילייה האירופית (גוסס משולב).
- 29 ראה: לב, לעיל הערה 27, בעמ' 33; וכן: M.C. Malaguti *The Payment System in the European Union – Law and Practice* (London 1997) 273. בתחילת 2001 הצטרפה גם יוון לאיחוד המוניטרי, הכולל עתה שתיים עשרה מדינות. בתחילת 2002 אמור להיכנס למחזור מטבע האירו כהליך חוקי; ראה גם להלן הערה 59.
- 30 ראה בייחוד סעיף 94 לאמנה המכוננת את הקהילייה האירופית ("אמנת רומא") [הנוסח החדש המשולב] *Official Journal of the European Communities*, No. C 340, pp. 145-172 (10.11.1997). המסמך אח מוסדות הקהילייה להוציא דירקטיבות לשם קירוב ("approximation") חוקי ותקנות המדינות החברות, כאשר הדבר נוגע במישורין בתפקוד השוק המשותף. בשנת 1989 קרא הפרלמנט האירופי לגיבושו של קוד אזרחי אירופי *Official Journal of the European Communities* (No. C 158/400, 1989); בעקבות קריאה זו החלה פעילות של משפטנים לבחינת אפשרות כזאת, הן באקדמיה והן בפרקטיקה. ראה למשל: A.S. Hartkamp et al. (eds.) *Towards a European Civil Code* (Dordrecht 1994), ובייחוד מאמרו של P.C. Muller-Graf, *sw*, בעמ' 19.
- 31 ההודקות למשפט הקהילייה האירופית היא משמעותית ביותר בקורסים במשפט מינהלי, חוקתי, ודיני עבודה, וכן בתחומים רבים במשפט המסחרי, כגון דיני הגבלים עסקיים, דיני יבוא ויצוא, דיני תקינה, דיני חברות ודיני מכרזים. כמו כן, בכל הקשור לזכויות אדם, יש חשיבות רבה לאמנה האירופית לזכויות

בהסכם התאגדות אשר נכנס לתוקף טופי רק לאחריה, ³² וקשה לראות כיצד נוכל להישאר אדישים לתהליכי האינטגרציה שמתרחשים שם. יצוין, כי הסכם ההתאגדות כולל גם הוראה מפורשת בדבר הצורך לחתור לקירוב החוקים והדינים של שני הצדדים.³³ כדוגמאות לענפי משפט, שבהם הצורך בהאחדה ובפירוק מחסומים משפטיים כבר היום הביא להסדרה בין-לאומית, ניתן להזמיר את דיני המכר הבין-לאומיים,³⁴ דיני ההובלה הימית והאווירית,³⁵ דיני תקינה,³⁶ דיני מכס והיטלי סחר,³⁷ דיני האשראי הדוקומנטרי³⁸ ואמצעי

- אדם, של מועצת אירופה (Council of Europe), ולפסקי הדין שניתנו על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, מכוח אמנה זו. על ההשפעה הגוברת והולכת גם בתחומים אחרים והשלכותיה לחינוך המשפטי, ראה: B. De Witte & C. Forder (eds.) *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education* (Maastricht 1992).
- 32 הסכם אירופיים-תיכוני לכינון התאגדות בין מדינת ישראל מצד אחד, לבין הקהילות האירופיות והמדינות החברות בהן מצד האחר (נושר החוק, 1996), נחתם ב-20 בנובמבר 1995, ואושרר סופית בתחילת שנת 2000, ואולם רוב הוראות ההסכם, לאמור, אלה הנוגעות בענייני הסחר החופשי, נכנסו לתוקפם כבר בתחילת 1996, מכוח הסכם ביניים שנחתם באותו מעמד.
- 33 שם, סעיף 55, תחת הכותרת "קירוב חוקים" ("Approximation of Laws"): "הצדדים יעשו כמיטב יכולתם על מנת לקרב את הדינים של כל אחד מהם כדי להקל על יישום הסכם זה". הוראה זו מקבילה להוראה המצויה בסעיף 94 לאמנה המכוננת את הקהילייה האירופית, שהוזכרה לעיל בהערה 30, ושמוכחה מתבצע קירוב החוקים בין מדינות הקהילייה. יש לציין, כי סעיף 55 שלעיל לא היה כלול בין ההוראות שנכנסו לתוקף כבר ב-1996, ולכן רק עתה מתחילים הצדדים לחת את דעתם לשאלה, כיצד יש ליישם הוראה זו. מטבע הדברים, סביר יותר להניח כי אם יתבצע קירוב, הוא יהיה בצורה של התאמת הדין הישראלי לדין האירופי, ה-*Acquis Communautaire*, ולא להפך.
- 34 ראה להלן, פרק ד, סעיף 1.
- 35 ראה להלן, פרק ד, סעיף 2.
- 36 ראה לעניין זה את הסכם החקיקה של ארגון הסחר העולמי: Agreement on Technical Barriers to Trade. פורסם ב: *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: The Legal Texts* (Geneva 1995) 138; בעקבות הסכם זה וכדי לעמוד בהתחייבויות שבו, תוקן בישראל חוק התקנים, התשי"ג-1953. ראה למשל סעיף 7(ב) לחוק, הקובע שבקביעת חקן יאמץ מכון התקנים ככלל תקינה בין-לאומית אשוי נהגת בקרב המדינות המפותחות. כמו כן נקבע שם כי "בקביעת חקן כאמור יובא בחשבון אופי הסחר בין ישראל למדינות העולם". התקנים הבין-לאומיים הנזכרים בחוק הם תקנים שנקבעו על ידי מכוני תקינה בין-לאומיים, דוגמת ה-International Standards Institute (ISO), אשר פועלים ליצירת תקנים בין-לאומיים אחידים.
- 37 באשר לדיני המכס, ראה למשל הרסם על הערכת מכס, Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 ("Customs Valuation Agreement"), פורסם ב: *The Results of the Uruguay Round, ibid*, p. 197. הסכם זה יושם אצלנו בתיקון משנת תשנ"ה לפקודת המכס [נוסח חדש], ס"ח 24, בתיקון של סעיפים 130-134 לפקודה; אשר לדיני היטלי סחר, ראו: ההסכם על היטלי היצף, Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 ("Anti-Dumping Agreement"), פורסם שם, בעמ' 168; קודמו של הסכם זה, משנת 1979, הביא אצלנו לחקיקת חוק היטלי סחר, התשנ"א-1991, ס"ח 137, ואילו ההסכם האחרון עומד להיות מיושם בקרוב על ידי תיקון שהוכן כבר לפני שנים מספר במשרד התעשייה והמסחר, ועדיין ממתין לאישור של משרד האוצר.
- 38 ראה להלן הערה 238 והטקסט הצמוד אליה.

תשלום בין-לאומיים אחרים,³⁹ ודיני בטוחות ושעבודים הכרוכים בעסקאות בין-לאומיות.⁴⁰ בעתיד, צפויים להצטרף לרשימה זו ענפי משפט נוספים.

2. הדרישה להשוואת תנאי התחרות

הגלובליזציה של הכלכלה יוצרת גם לחץ גובר והולך להשוואת תנאי התחרות בין המשקים הלאומיים. פעמים רבות מדובר ברדישה שמקורה בגורמים עסקיים במדינות זרות, התובעים לבטל יתרונות בלתי הוגנים שמהם נהנים מתחרים ממדינות אחרות בגלל הבדלים משמעותיים בין שיטות המשפט ומערכות ההסדרה של המדינות. דרישה זו עשויה להוביל ליוזמה במישור הבין-לאומי של ממשלותיהם של אותם גורמים עסקיים; יזמה המתגבשת לבסוף לכלל אמנה בין-לאומית. המדינות הנדרשות מכוח האמנה להשוות את תנאי התחרות בתוכן עשויות להסכים לחתום על אמנה כזו מטעמים שונים: משום שיש לאותן מדינות אינטרסים דומים בסוגיה המוסדרת ביחס למדינות האחרות, או משום שהאמנה מהווה חלק מעסקת חבילה המשרתת את האינטרסים שלהן בתחומים אחרים.

במקרים אחרים, אמנה בין-לאומית עשויה להיות פתרון מתבקש כדי למנוע "מירוץ לתחתית" ("Race to the bottom") בין מערכות משפט לאומיות המתחרות על משיכת השקעות ועסקים.⁴¹ כאן היוזמה הראשונית לאמנה באה מהממשלות דווקא. היכולת הגוברת והולכת של משקיעים לנייד את עסקיהם ולבחור את המדינה שתציע להם את התנאים המיטיבים ביותר בעבורם, מאפשרת להם להפעיל לחץ על ממשלות ובתי מחוקקים.⁴² לחץ זה יעמוד לעתים בסתירה למדיניות הכלכלית והחברתית של הממשלות ובתי המחוקקים, ועשוי אף לפגוע בגורמים ניידים פחות, כגון עובדים ואזרחים אחרים. אם תוכלנה המדינות להגיע להסכמה על סטנדרטים בסיסיים משותפים שאין לרדת מהם, יהיה בכך כדי למנוע לחץ כזה. כללו של דבר, ככל שזירת הפעילות הכלכלית מתרחבת אל מעבר לגבולות המדינה, כך גובר הצורך ב"מגרש משחקים מאוזן" ("level playing field") בזירה הבין-לאומית.

כדוגמאות לאמנות שמטרתן השוואת תנאי התחרות ניתן להזכיר את האמנות הבין-לאומיות בתחום הקניין הרוחני. אחת המטרות המרכזיות של האמנות הללו היא

39 ראה להלן הערה 239 והטקסט הצמוד אליה.

40 ראה למשל להלן, פרק ד, סעיף 3. דוגמה נוספת היא האמנה של Unidroit על פקטורינג בעסקאות בין-לאומיות (סוג של המחאת חיובים): Unidroit Convention on International Factoring (Ottawa 1988) (ראה: <http://www.unidroit.org/english/conventions/c-fact.htm>). ישראל עדיין לא הצטרפה לאמנה זו.

41 הביטוי "מירוץ לתחתית" בהקשר זה מתאר מצב שבו מדינות מתחרות ביניהן על משיכת עסקים והשקעות ולשם כך נאלצות להוריד את הסטנדרטים התחיקתיים שלהן כדי להיות אטרקטיביים למשקיעים. הורדה כזו עלולה לבוא על חשבון אינטרסים אחרים בחברה, כגון האינטרס של הצרכנים, העובדים או משלמי המסים, או האינטרס של הגנת הסביבה. ראה גם להלן הערה 211.

42 דוגמה מקומית אחת מיני רבות להפעלת לחץ כזה היא סיפורה של חברת אינטל, שהצליחה להשיג הטבות מס ומענקים מפליגים מהממשלה בתמורה להסכמתה להקים מפעל בקרית גת, לאחר שהחברה איימה שאם לא תיענה תביעתה, היא תקים את המפעל באירלנד, שם לדבריה כבר הבטיחה לה ממשלת אירלנד להיענות לדרישתה.

להבטיח שתינתן הגנה, או אפשרות להגנה, על זכויות קניין רוחני בכל מדינות האמנה, ולמנוע מצב שבו ינוצלו זכויות אלו: שלא כדון על ידי אנשים שאינם מורשים בשל היעדר הגנה נאותה במדינות מסוימות. בזכות הגנה כזו יישמר התמריץ להשקעה אופטימלית במחקר ופיתוח של טכנולוגיה, המצאות ויצירות חדשות לתועלת האנושות.

כך לדוגמה, נחתם בשנת 1994 הסכם טריפס (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), הדן בהיבטי סחר הקשורים לזכויות קניין רוחני.⁴³ הסכם זה היווה חלק מחבילת ההסכמים של סכב אורוגוואי שגם הביאה להקמת ארגון הסחר העולמי (World Trade Organization). ההסכם מכוון בעיקר כדי להפסיק את התופעה הרווחת במדינות אסיה, לרבות ישו"אל, ובמדינות מתפתחות אחרות של תעשיית העתקות והפרת זכויות קניין רוחני על חשבינם של ממציאים, יוצרים ובעלי זכויות, אשר רובם מן המערב. ההסכם מחייב את המדינות המתקשרות להעניק הגנה נאותה על זכויות שונות של קניין רוחני בהתאם לסטנדרטים מוסכמים, לרבות אמצעי אכיפה, שהוגדרו בהסכם. מכוח הסכם זה, למשל, נאלצה מדינה כמו הודו להסכים לאפשר רישום פטנט גם על תרופות, בניגוד למצב שהיה קיים שם עד אז, דבר שצפוי לפגוע בתעשיית התרופות הגנריות המקומית, המתפרנסת משכפול תרופות מן המערב. גם מדינת ישראל תתומה על הסכם זה והתחייבה ליישמו בחקיקה המקומית עד לתחילת שנת 2000. לשם כך חוקקה הכנסת לקראת מועד זה שני חוקים חדשים: חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם טריפס, התשנ"ט-1999,⁴⁴ וחוק לזוגת מעגלים משולבים, התש"ס-1999.⁴⁵ חוקים אלה צפויים לחזק את ההגנה המשפטית הניתנת בישראל לזכויות קניין רוחני, הן באמצעות הרחבת ההגנה שבדין המהותי,⁴⁶ וזן על ידי חיזוק אמצעי האכיפה.⁴⁷ יש להניח כי מדינות המערב, וארצות הברית בראשן, יקיימו פיקוח הדוק על ישראל בנושא קיום הוראות הסכם טריפס, וזאת בהמשך ללחץ המופעל זה שנים מספר בעניין הזיוף של תוכנות והפרת זכויות

43 נוסח ההסכם התפרסם בין היתר ב: 365, p. *The Results of the Uruguay Round, supra note 36*; לדין בעיקרי ההסכם וברקעו, ראה: רייך, לעיל הערה 24, בעמ' 370; וכן: J.H. Reichman "Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPs Component of the WTO Agreement" 29 *Int'l Lawyer* (1995) 345.

44 ס"ח 1721.

45 ס"ח 1722.

46 כך למשל, החוק להגנת מעגלים משולבים פורס את הגנת החוק על סוג של יצירה טכנולוגית שלפני כן לא היתה מוגנת במשפט הישראלי. ואילו החוק לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם טריפס, מטרתו בין היתר להתאים את ההגנה הניתנת בחקיקה הישראלית הקיימת לסטנדרטים הגבוהים שנקבעו בהסכם טריפס שנוכר לעיל ובאמנות בין-לאומיות אחרות. החוקים הרלוונטיים הם: פקודת זכות יוצרים, חוק זכות יוצרים, 1911, פקודת הפטנטים והמדגמים, חוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972, חוק הגנת כינויי מקור, התשכ"ה-1965, פקודת סימני סחורות, חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984.

47 כך לדוגמה הוספו בחוק זכות יוצרים שתי תרופות חדשות: סמכות לבית המשפט להורות על השמדת נכסים גם במסגרת הליך שאיננו פלילי (סעיף 7ג המוצע לחוק) וזאת בהתאם לסעיף 46 להסכם טריפס, וכן הזכות לבקש עיכוב במכס של ט"בין שהם העתקות מפרות (סעיף 7ד), בהתאם להתחייבויות שעל פי סעיפים 51 עד 53 ו-60 להסכם טריפס. סעיפים דומים וגם נוספים מוצע בחוק להעניק גם להגנת זכויות אחרות של קניין רוחני, כגון סימני מסחר ופטנטים (ראה סעיפים 59 ו-69א המוצעים לפקודת סימני המסחר, ועוד).

יוצרים שמתקיימים בישראל ושאיף הביאו לאיום של ארצות הברית בנקיטת סנקציות כלכליות.

דוגמאות נוספות להשפעות בין-לאומיות שמקורן בדרישה להשוואת תנאי התחרות הן הסכמים בין-לאומיים בנושא מכרזים ציבוריים, שמכוחם מדינות עשויות להידרש לאמץ דיני מכרזים חרישים לחלוטין,⁴⁸ או לתקן את הדינים הקיימים;⁴⁹ הסכמים בנושא אמצעים נגד סחר בלתי הוגן; הסכמים בנושא דיני התחרות; הסכמים נגד שוחד בעסקאות בין-לאומיות;⁵⁰ הסכמים בנושא איכות הסביבה;⁵¹ וכן במידה מסוימת החקיקה החדשה בנושא איסור הלבנת הון.⁵² בהמשך המאמר נדון גם בתחומים אפשריים נוספים.⁵³

48 כך יהיה המצב במדינות מתפתחות רבות אם וכאשר יחתם הסכם בדבר שקיפות ברכש הממשלתי במסגרת ארגון הסחר העולמי, כפי שדורשות מדינות רבות. ראה להלן הערה 237.

49 כך הוא המצב בישראל. ראה סעיף 5א(ב) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (ס"ח 1387), שמכוחו מוגבלת תחולתן של חקנות על פי החוק כל אימת שתקנות אלה סותרות התחייבות של המדינה באמנה בין-לאומית. הדברים קשורים בעיקר לתקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת הארץ וחובת שיתוף פעולה עסקי), תשנ"ה-1995 (ק"ת 5653), שתחולתן מתבטלת כשהן סותרות את הסכם גאט"ט בדבר רכישות ממשלתיות, או הסכמים בין-לאומיים אחרים; ראה: א' רייך "השפעת הסכם גאט"ט בדבר רכישות ממשלתיות על דיני המכרזים בישראל" מחקרי משפט יב(2) (תשנ"ו) 419.

50 ראה ההסכם החשוב של ארגון ה-OECD בנושא זה: Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, שנחתמה בפריס בדצמבר 1997; באתר הארגון: <http://www.oecd.org/daf/nocorruption/20nov1e.htm>. מטרת ההסכם היא כמובן בראש ובראשונה למנוע את התופעה השלילית של שחיתות, והנוקטים הכבדים שהיא גורמת למדינה שבה היא מתרחשת. ואולם, אחד המניעים לייזום האמנה היה הלחץ מצד חברות אמריקניות אשר מחויבות מכוח החוק בארצות הברית להימנע ממתן שוחד לפקידים זרים, וטובלים לטענתם בשל כך מנחיתות מול חברות ממדינות אחרות, אשר אינן מחויבות כאמור בארצותיהן. ישראל טרם הצטרפה להסכם זה.

51 על הסכמים בנושא איכות הסביבה, ראה, למשל: מ' הירש "הגנה על הסביבה במשפט הבין-לאומי: רקע ועקרונות יסוד" אקולוגיה וסביבה, 1(3) (1994) 171. הסכמים אלה מונעים ללא ספק מן השאיפה להגן על הסביבה ולהביא להפצת הנורמות הדרושות לשם כך. ואולם במידה רבה הן מונעות גם מכך שמפעלים במדינות מפותחות, הנתונים תחת הגבלות של חקיקה סביבתית מגבילה, מעוניינים שגם המתחרים שלהם בארצות אחרות יהיו כפופים לאותן הגבלות, כדי שלא ייהנו מיתרון בלתי הוגן בהקשר זה.

52 ראה חוק איסור הלבנת הון, תשס"ו-2000, ס"ח 1753. חוק זה נחקק בעקבות לחץ כבד שהופעל על ישראל על ידי ה: Financial Action Task Force on Money Laundering, שהוא ארגון של ארגון ה-OECD. ארגון זה כלל את מדינת ישראל ב"רשימה השחורה" של מדינות שאינן עומדות בסטנדרטים שקבע הארגון לעניין המאבק בהלבנת הון. הכללתה של ישראל ברשימה זו יצרה בעיות קשות למערכת הבנקאית הישראלית בפעילותה הבין-לאומית, וזו הפעילה לחץ כבד על רשויות המדינה לאמץ חקיקה מתאימה בהתאם לדרישת הארגון. אכן, ההוראות המפורטות של החוק הנוכח מושפעות מאוד מן ההמלצות של הארגון, ונוסחו באופן שיניח את דעתו והוא יאות להוציא את ישראל מן הרשימה השחורה. בינתיים, גם לאחר שחוקק החוק, לא הוצא שמה של ישראל מן הרשימה, משום שהארגון ממתיך לראות שהוראות החוק גם ייושמו בפועל, ושהרשות למלחמה בהלבנת ההון אכן תקום. במקרה זה אין מדובר בהשפעה מכוח "המשפט הבין-לאומי" כמוכנו המקובל, הואיל ואין כאן אמנה או החלטה מחייבת אחרת אלא המלצות גרידא, ומדינת ישראל איננה חברה כלל בארגון ה-OECD שניסח את ההמלצות. ואולם, לא תמיד הצורה הפורמלית היא זו הקובעת, שהרי בפועל יש כאן מכשיר בין-לאומי המנוסח על ידי ארגון בין-לאומי, אשר בזכות סנקציות שונות שיש ביכולתו להפעיל הוא מצליח לאלץ מדינות להתאים את חקיקתן לסטנדרטים שהוא קובע. למידע על כוח המשימה

3. שינויים תרבותיים ואידאולוגיים

גורם נוסף הצפוי להביא להגברת ההשפעה של המשפט הבין-לאומי על מערכת המשפט בישראל קשור בשינויים התרבותיים והאידאולוגיים העוברים על החברה בישראל. לא רק הכלכלה הישראלית עוברת גלובליזציה, אלא גם החברה הישראלית, והדבר נותן את אותותיו בתרבות ובאידאולוגיה השלטת. אנו עדים לעליית קרנם של רעיונות ליברליים אוניברסליים, ואלה נוטים להקטין את הלגיטימיות של הפרטיקולריזם הלאומי. במישור התרבותי, קיימת חדירה מסיבית של תרבות (ואף ונת-תרבות) מערבית-גלובלית, בעיקר באמצעות כלי התקשורת ההמוניים, וזו באה מטבע הדברים על חשבון המורשת התרבותית הלאומית. על רקע זה תהיה פחות חשיבות גם לשומירת המורשת המשפטית הלאומית, הטמונה בהסדר הקיים, ויתר נכונות להחליף את ההסדר בהסדר גלובלי אחיד, בתנאי שהסדר כזה יקדם את הרווחה הכללית. סימנים ברורים לדחיית המורשת המשפטית הלאומית ניכרים כבר באופן עיצובו של המשפט הישראלי כיוכל הראשון של המדינה, ובהם הסירוב לאמץ את המשפט העברי כמשפט הנוהג בישראל, ופנייה למקורות משפט זרים, כגון המשפט האמריקני, האנגלי והקונטיננטלי.

ואולם, אם כיוכל זה היתר המטרה לעצב משפט אזרחי ייחודי "תוצרת הארץ",⁵⁴ מעין יצירה מקורית ישראלית שתשקף את הצרכים והערכים של החברה הישראלית,⁵⁵ דומה שביובל הבא זייהודיות הישראלית בתחום המשפט המסחרי תלך ותיטשטש ותהיה חדירה מוגברת של נורמות בין-לאומיות. אכן, עקרון היסוד הוא שמטרת המשפט האזרחי היא לשרת את הצרכים של החברה ולשקף את ערכיה ותפיסותיה, ולאור מטרה זו יש גם לפרשו.⁵⁶ אלא שצרכים אלה עשויים להשתנות, ונראה שביובל הבא ייגזרו הצרכים והערכים באופן הולך וגובר מהיותה של ישראל חלק ממערכת כלכלית ותרבותית גלובלית.

זאת ועוד. ככל שתגבר הגלובליזציה הכלכלית והתרבותית, כך גם תגבר הזהות האמיתית בין האינטרסים והצרכים של החברה הישראלית לאלה של מדינות מפותחות אחרות. במצב דברים זה, אימוצו של הסדר משפטי בין-לאומי – הסדר המשקף קונסנסוס רחב של מדינות

והמלצותיו, ראה: <http://www.oecd.org/fatf>. אחת הסיבות ללחץ שמפעיל הגוף הזה היא הרצון למנוע מצב שבו מערכת בנקאית של מדינה אחת, שבה הפיקוח על הלבנת הון לוקה בחסר, תמשוך אליה הון רב על חשבון הבנקים של מדינות אחרות, שבהן קיים פיקוח נאות בהתאם לכללים שנקבעו.

53 יזמות בין-לאומיות בתחום דיני המסיו (להלן פרק ד, סעיף 5) ודיני החברות (להלן סעיף 6).

54 ראה למשל: ג' פרוקצ'יה "עקרונות ופרשנות של הדין הישראלי ובמיוחד דיני החוזים לאור המשפט האנגלי" עיוני משפט ג (1973) 112, 118. וכך הוא כותב: "החוקים החדשים מיועדים להוות פרקים מתוך מערכת חוקים במשפט האזרחי הישראלי שלא באו לתקן או לשפר את הדין המקומי אלא להחליף שיטה משפטית ישנה וזרה וליצור חזתיה מערכת ישראלית מקורית וחדשה..."; ראה גם: א' ברק "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי יוסח ישראל" ספר זיכרון לגד טדסקי (בעריכת י' אנגלרד ואח', ירושלים תשנ"ו) 115, בעמ' 118-120.

55 ראה: ברק, שם, בעמ' 132, המזכיר על כך שיש לפרש את הקודקס האזרחי הישראלי לאור "המטרות, הערכים, האינטרסים וההסדרים שהקודקס נועד – אובייקטיבית – להגשים בחברה המודרנית שלנו", וכי "אידאולוגיות ומגמות יסוד אלה אינן משקפים את תפישותיהם הסובייקטיביות של האבות המייסדים", אלא הם משקפים את הצרכים האובייקטיביים של 'הבנים הממשיכים'.

56 שם.

גלובליזציה ומשפט

רבות, והמהווה פרי מאמץ אינטלקטואלי של טובי המומחים בעולם לאור ניסיון שנצבר במדינות רבות – יהיה דבר מחבקש והגיוני יותר, מאשר עיצוב מחדש של הסדר מקורי ישראלי שאין לו אח ורע בעולם. כמו כן, אם מעצביו של ההסדר הבין-לאומי באים ממעגל רחב של משתתפים, והם בעלי רמה מקצועית גבוהה, הרי שהסיכוי שתהיה למגזר צר של בעלי אינטרסים מסוימים השפעה מוגזמת על עיצוב ההסדר הוא נמוך יותר מאשר בהליך המקומי של גיבוש הסדר משפטי.⁵⁷ תהיה אפוא נטייה גוברת לראות בהסדר הבין-לאומי הסדר מיטבי ומושא לחיקוי, הן בשל היתרונות שבאחידות והן בשל האוטוריטה של המוסד הבין-לאומי העומד מאחוריו. דוגמה מאלפת לכך סיפקו לאחרונה דיוני התקציב בישראל, כאשר מול הלחצים הפוליטיים של מרכיבי הקואליציה הסתמך משרד האוצר על הנוראות אמנת מאסטריכט כמושא לחיקוי לגבי שיעור החוב הממשלתי ושיעור הגירעון התקציבי,⁵⁸ אף על פי שכמובן אין מדינת ישראל מחויבת לאמנה זו ואף איננה מתכננת להצטרף לאיתוד המוניטרי האירופי שבמסגרתו נקבעו ההוראות הללו.⁵⁹

57 אמנם גם תהליך העיצוב של הסדרים בין-לאומיים אינו חסין מפני לחצים של קבוצות אינטרסים, ויש הטוענים שבהרבה מקרים בעלי הון וחברות רב-לאומיות מצליחים להשיג השפעה גדולה על עמדותיהן של המדינות הגדולות במסגרת תהליך כזה. כך או כך, אין הכוונה לעסוק כאן בניתוח נורמטיבי של הטענות בעד ונגד תהליך הגלובליזציה, או בעד ונגד אימוצם של הסדרים בין-לאומיים אלא רק לנתח את הגורמים שיביאו להיווצרותם ולהשפעתם הגוברת.

58 לעניין שיעור החוב הממשלתי ביחס לתוצר הלאומי, ראה דברי שר האוצר (דאז), מר אברהם (בייגה) שוחט, בהציגו את תקציב שנת 2000 לכנסת (ביום 26.10.99) (סעיף 3 בדברי ההסבר שלו ל"מסגרת התקציב", פורסם ב: <http://www.mof.gov.il/budsp.htm>); וכן בדברי ההסבר למדיניות הכלכלית של ישראל, במסמך "תקציב לאומי לשנים 1999 עד 2001", פרק ב(2), פורסם ב: <http://www.mof.gov.il/hachnasot/99-01/CH2.htm>; גם ראש הממשלה הנוכחי, מר אריאל שרון, חזר בנאומו הכלכלי הראשון על הצורך להיצמד לקריטריונים של אמנת מאסטריכט; לעניין הגירעון התקציבי, ראה חוק הפחתת הגירעון, התשנ"ב-1992, ס"ח 1378, כפי שתוקן בחוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב), התשנ"ד-1994, ס"ח 1445, אשר קבע ששיעור זה לא יעלה על 3% מהתמ"ג (שיעור זה נלקח מהתנאים שנקבעו על פי אמנת מאסטריכט, וראה ההערה הבאה); ראה גם את דברי אבשלום וילן בדיוני התקציב לשנת הכספים 2000, הישיבה השישים וחמישה של הכנסת החמש עשרה, מיום 27 לדצמבר 1999, חלק כ"ח. חבר הכנסת וילן כנראה התרשם כל כך מטיעוני פקידי האוצר בעניין זה, עד שסבר בטעות שמדינת ישראל חתומה על אמנת מאסטריכט ומחויבת לה!

59 האמנה שנחתמה במאסטריכט בשנת 1992 בין שחיס עשרה מדינות הקהילייה (דאז) כללה בין היתר הוראות בקשר ליצירת איחוד מוניטרי ביניהן, שבמסגרתו יוכנס מטבע אחיד חדש שיחליף בהדרגה את המטבעות הקיימים (ראה: Title VII של אמנת הקהילייה האירופית, לציל הערה 28). לימים נקבע שמו של המטבע ל"אירו". האמנה קבעה תנאים מסוימים להצטרפות לאיחוד המוניטרי המתייחסים לכלכלה הלאומית של כל אחת מהמדינות החברות בקהילייה האירופית ולנכונותה להשתלב במדיניות המקור-כלכלית של יתר מדינות האיחוד. התנאים מתייחסים בעיקר לארבעת הנושאים הבאים: שיעור האינפלציה, שיעור החוב הלאומי, שיעור הגירעון התקציבי, ויציבות המטבע (ראה סעיף 121 לאמנה בנוסח המשולב). השיעורים המדויקים נקבעו בפרוטוקולים נפרדים: שיעור הגירעון התקציבי בהשוואה לתמ"ג: 3%; שיעור החוב הממשלתי בהשוואה לתמ"ג: 60% (Protocol on the Excessive Deficit); ושיעור האינפלציה: לא יותר מאשר 1.5% מעל שלוש המדינות האירופיות בעלות האינפלציה הנמוכה ביותר (ראה: Procedure Protocol on the Convergence Criteria Referred to in Article 109j of the Treaty Establishing the European Community). עד כה הצטרפו לאיחוד המוניטרי אחת עשרה מדינות הקהילייה האירופית.

ד. "היכן?" – תחומי השפעה צפויים של המשפט הבין-לאומי

כדברינו עד כה למעשה השבנו באופן חלקי לשאלת ה"היכן?", בעת שניתחנו את גורמי התהליך וברוגמאות שנתנו. אנסה בכל זאת לסרטט את המאפיינים של התחומים שבהם יש סיכוי גדול יותר להשפעות כאלה, מול התחומים שבהם הסיכוי לכך קטן, ולאחר מכן לתת דוגמאות מספר לתחומים מן הסוג הראשון.

ככלל, המשפט המסחרי הנו יעד צפוי להשפעות יותר מאשר אותם הענפים מהמשפט האזרחי אשר אינם נכללים במשפט המסחרי.⁶⁰ הטעם לכך הוא שמטרתו העיקרית של המשפט המסחרי היא לאפשר תנועה נוחה ויעילה של נכסים ושירותים בין בני אדם לרווחת הכלל, וכדי שמשפט מסחרי יוכל להוטיח את פיתוחו של המסחר עליו להיות דינמי ומתאים את עצמו לתמורות החלות בחיי המסחר.⁶¹ על כן, משמטרחת לה זירת הפעילות המסחרית העיקרית אל מעבר לגבולות המדינה, חייב המשפט המסחרי להתאים את עצמו לשינויים אלה. אם לא ישכיל לעשות זאת, הדבר עשוי לפגוע קשה בהתפתחות המסחר הבין-לאומי, ובכלכלה הלאומית בכללותה. לעומתו, המשפט האזרחי הלא-מסחרי – כגון דיני הנזיקין ודיני המקרקעין – הוא בעל תפיסה סטטית יותר, וחותר להגן על הזכויות הקנייניות והאינטרסים של הפרטים.⁶² ענפים אלה גם קשורים פחות בפעילות בין-לאומית, ועל כן הסיכוי להשפעות של תהליך הגלובליזציה הוא מטבע הדברים נמוך יותר, אם כי לא מבוטל.

בתוך המשפט המסחרי, אין ספק שהתחומים שבהם מתבקשות ביותר יזמות האחדה בין-לאומיות הם אותם תחומים שבהם קיימת פעילות החוצה גבולות לאומיים. כאן ההפרעה הנגרמת על ידי הברלי הדין הנם הנדולים ביותר, והצורך בפירוק המחסומים המשפטיים בולט מאוד. ואולם, תחומים פוטנציאליים לאחדה וקירוב עשויים להיות פועל יוצא גם של הגורמים האחרים שהזכרנו לעיל, כגון הצורך בהשוואת תנאי התחרות וכמניעת מירוץ לתחתית, ואלה לא בהכרח יעסקו בסדרת פעילות בין-לאומית. כך, למשל, תיקוני החקיקה האחרונים בתחום הקניין הרוחני בעקבות הסכם טריפס, שהזכרנו לעיל,⁶³ אינם קשורים כלל לפעילות בין-לאומית (לפחות לא בנושאיין), אלא לכל מערכת הזכויות והחובות בתחום זה בתוך מדינת ישראל.

היריעה תקצר כאן מלפרט את כל תחומי המשפט שבהם אפשרית השפעה של יזמות בין-לאומיות. נסתפק אפוא במספר דוגמאות לצורך ההמחשה והרחבת הדעת.

1. דיני המכר הבין-לאומי

הזכרנו כבר את סוגיית המכר הבין-לאומי של טובין, שהיתה יזמתו הראשונה של ה-Unidroit, ואת האמנה של ארגון ה-Uncitral שבאה במקומה, אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי משנת 1980.⁶⁴ אמנה זו אומצה בישראל ממש לאחרונה כאשר חוקק

60 על הגדרת המונח "משפט מסחרי" לצורך מאמר זה, ראה לעיל הערה 2.

61 לרנר, לעיל הערה 1, בעמ' 516-517.

62 ש.ס.

63 לעיל הערות 44 ו-45 והטקסט הצמוד להן.

64 לעיל הערות 12-15 והטקסט הצמוד להן.

גלובליזציה ומשפט

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999.⁶⁵ חוק זה כבר אומץ בקרוב לשישים מדינות, אשר מייצגות יותר משני שלישים של הסחר העולמי, ובכך הוא משיג את המטרה של יצירת דין בין-לאומי אחיד בנושא הסדרת זכויותיהם וחובותיהם של מוכרים וקונים בעסקאות מכר בין-לאומיות. המניע להתפתחות בסוגיה זו הוא אפוא הטעם הראשון מבין שלושת הטעמים שהזכרנו לעיל.⁶⁶ על הצורך לאמץ את האמנה לתוך המשפט שלנו כבר עמדתי במאמר שפורסם לפני כמה שנים,⁶⁷ ויש לברך על שכך נעשה בינתיים.⁶⁸ עתה נותר רק לקוות שגם כתי המשפט ימלאו את תפקידם בהגשמת מטרת ההאחדה, וייגשו למלאכת הפרשנות של הוראות החוק החדש בשים לב למטרה זו.

בהקשר זה ראוי לחזור ולהזכיר שלאמנות בין-לאומיות אלו היתה גם השפעה עקיפה חשובה על המשפט המסחרי בישראל, בכך שהן שימשו מקור השראה מרכזי ביותר למנסחי חוק המכר, התשכ"ח-1968⁶⁹ וחקיקת החוזים הענפה שבאה בעקבותיו.⁷⁰

יזמה חשובה נוספת בתחום זה הם עקרונות ה-UNIDROIT בדבר חוזים מסחריים בין-לאומיים (The Unidroit Principles of International Commercial Contracts) משנת 1994.⁷¹ עקרונות אלה, הגם שהם קרובים בתפיסתם המשפטית לאמנת ה-UNCITRAL שנזכרה לעיל, שונים הם מהאמנה הן בהיקפם והן במהותם. מבחינת ההיקף, אין העקרונות חלים רק על חוזים למכר טובין, אלא על כל סוגי החוזים המסחריים הבין-לאומיים, כגון חוזי שירות, חוזי השקעות וחוזי זיכיון.⁷² אך חשוב יותר ההבדל שבמהות. העקרונות הללו אינם בגדר אמנה בין-לאומית הזקוקה לחתימה ולאומץ של מדינות. העקרונות גם אינם מנוסחים כמו הוראות חוק פרטניות ומדויקות, כמו באמנת ה-UNCITRAL, אלא, כפי ששמם מעיד עליהם, כעקרונות כלליים. לעקרונות הללו יש מספר מטרות ודרכי השפעה אפשריות על הדין הנוהג.

ראשית, הם יכולים לחול כאשר הצדדים אימצו אותם במפורש לחוך ההסכם שלהם.⁷³ שנית, הם יכולים לחול כאשר הצדדים קבעו כי החוזה שלהם יידון לפי "עקרונות משפטיים

65 ס"ח 1716.

66 לעיל בראש פרק ג.

67 ריך, לעיל הערה 12.

68 אם כי, עד לכתובת שורות אלה מדינת ישראל עדיין לא הצטרפה משום מה לאמנה באופן רשמי ובמישור הבין-לאומי. כתוצאה מכך, לא תחול האמנה בהכרח על סכסוכים עם סוחרים ישראליים המגיעים בפני ערכאות בחוץ לארץ. למידע נוסף, ראה: www.biu.ac.il/law/cisg.

69 ס"ח 529.

70 ראה לעיל הערה 13.

71 לנוסח העקרונות ולפרשנותם, ראה: <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>; M.J. Bonell *An International Restatement of Contract Law* – ראה בין היתר: *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (New York 1994); E.A. Farnsworth "Developments in International Commercial Law: An International Restatement: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts" 26 *U. Balt. L. Rev.* (1997) 1

72 ראה דברי ההסבר הרשמיים לעקרונות, פסקת המבוא, סעיף 2, על המונח "commercial contracts", <http://www.unidroit.org/english/principles/chapter-0.htm>.

73 ראה המבוא לעקרונות, שם.

אריה רייך

כלליים", או לפי ה-"*Lex Mercatoria*" וכדומה.⁷⁴ מכאן, שמנסחי העקרונות רואים במסמך שהכינו מעין *restatement* של המשפט המסחרי הבינ-לאומי על פי מנהג הסוחרים, היכול לשמש כמקור מוסמך לתוכנו של משפט זה. שלישית, העקרונות עשויים לשמש כמקור של פרשנות והשלמה לאמנות ומסמכים בין-לאומיים אחרים בדבר האחדת הדין.⁷⁵ דברים אלה אמורים בייחוד לגבי החוק האחד של אמנת ה-UNCITRAL, אשר בעצמו קובע כי יש לפרשו לאור "אופיו הבינ-לאומי", וכי בעניינים אשר אינם מוסדרים במפורש באמנה יש לפנות "לעקרונות הכלליים שהיא מבוססת עליהם".⁷⁶ עקרונות ה-UNIDROIT נועדו לשקף עקרונות כלליים אלה ולבטא יוריספרודנציה בין-לאומית מקורית, וכך לשמש תחליף לפנייה לדוקטרינות משפטיות לאומיות לשכ פרשנות והשלמה של חוקים בין-לאומיים. כך יסייעו העקרונות לקידום האחידות שברין, על ידי פרשנות על פי מקור המשותף לבתי משפט וערכאות בכל העולם. נראה גם שהסבירות שפתרון המאומץ על פי העקרונות ישקף את ציפיות שני הצדדים לחוזה גבוהה יותר מאשר אילו היתה פנייה לדין לאומי של אחד הצדדים. לבסוף, העקרונות עשויים לשמש כמודל לחקיקה בעבור מדינות או בעבור גופים בין-לאומיים אחרים.⁷⁷

עקרונות ה-UNIDROIT טרם מזאו ביטוי משמעותי בפסיקה כתי המשפט בישראל, אך סביר להניח כי מצב זה ישתנה בשנים הבאות.

2. דיני ההובלה

דיני ההובלה בישראל מוסדרים מאז ומעולם בעיקר על ידי אמנות בין-לאומיות, אשר נקלטו לתוך משפטנו המקומי. עוד בשנת 1926⁷⁸ נחקקה פקודת הובלת סחורות ביים אשר אימצה את הוראות האמנה הבינ-לאומית לאיחוד תקנות מסוימות הנוגעות בשטרי מטען משנת 1924⁷⁹ והידועות כ"תקנות האג". בשנת תשנ"ב תוקנה הפקודה⁸⁰ וקלטה גם שני פרוטוקולים בין-לאומיים נוספים שנוגעים בהובלת טובין ביים.⁸¹ אמנות אלו מסדירות את מערכת היחסים בין מוביל הטובין ביים לבין הנוזקקים לשירותיו (השוגר, הנשגר, האדם שאליו הוסב שטר המטען, ועוד), וכן את היקף אחריותו של המוביל כלפיהם. הפקודה מחילה את הכללים הבינ-לאומיים הן על הובלה ימית בין-לאומית והן על הובלה פנימית, בין שני נמלים בישראל.⁸² יצוין כי במסגרת האו"ם הועלתה יזמה לביטול האמנה מ-1924 ולהחלפתה

74 ש.ס.

75 ש.ס.

76 סעיף 7 לאמנת האו"ם, לעיל הערה 14.

77 ראה המבוא לעקרונות, לעיל הערה 71.

78 חוקי א"י, כרך א, פרק יב, בעמ' 98.

79 נוסח האמנה פורסם ברשומות, בכ"א 37, כרך 11, בעמ' 781.

80 חוק לתיקון פקודת הובלת סחורות ביים, התשנ"ב-1992 (ס"ח 1379). בעקבות התיקון נהוג לכנות את הפקודה בשם פקודת הובלת טובין ביים, התשנ"ב-1992. שם הפקודה לא שונה במפורש אלא מכללא על ידי ביטול סעיף 1 ועל ידי החלפת המילה "סתורה" במילה "טובין".

81 האחד בדבר זכויות נוזקקים לשירותיו ההובלה הימית, תקנות הידועות כ"תקנות ויסבי", שנכללו בפרוטוקול שנעשה בבריטל בשנת 1968. האחר, שנעשה בבריטל בשנת 1979, לענין המרת יחידות החישוב הקבועות באמנה מ-1924.

82 ראה סעיף 2(א) לפקודה.

באמנה חדשה ("כללי המבורג"),⁸³ אך ישראל לא הצטרפה עדיין לאמנה זו משנת 1978 וספק אם תעשה כן.⁸⁴

גם דיני ההובלה האווירית מוסדרים ברובם על ידי נורמות שמקורן במשפט הבין-לאומי. ישראל הצטרפה לאמנה שנחתמה בוורשה ב-1929 לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה בין-לאומית באוויר.⁸⁵ כמו כן אימצה ישראל את הוראות הפרוטוקול שתיקן את הוראות אמנת ורשה שנחתם בהאג בשנת 1955⁸⁶ בחוק התובלה האווירית, התשכ"ב-1962.⁸⁷ מאז נחקק החוק בשנת 1962 נכרתו מספר אמנות בין-לאומיות נוספות המתקנות את אמנת ורשה ופרוטוקול האג.⁸⁸ ישראל אשררה גם חלק מאמנות אלו,⁸⁹ והן נכנסו לתוקף מכוח חוק התובלה האווירית, התש"ם-1980.⁹⁰ כמו במקרה של ההובלה הימית, החוק מסדיר על פי אמנות אלה הן את ההובלה הבין-לאומית, והן – בכפוף למספר שינויים – את ההובלה הפנים-ארצית.⁹¹ המניעים ליוזמות בתחום זה הם הצורך בהאחדת הדין – כדי למנוע forum shopping של התובעים ולהקל על ביטוח הסיכונים – וכן הצורך להשוואת תנאי התחרות בין חברות ההובלה השונות.

בשנים הקרובות צפויה רפורמה מקיפה בתחום זה בעקבות התפתחויות בין-לאומיות, בין היתר במה שקשור לאחריות בגין נזקי גוף הנגרמים עקב תאונות מטוסים. היום, האחריות של חברות התעופה בגין נזקים כאלה היא אחריות המבוססת על אשם, והיא מוגבלת על פי אמנת ורשה,⁹² כפי שתוקנה בפרוטוקול מונטריאול השני משנת 1975, לסכום מרבי של

- 83 אמנת האו"ם על הובלת טובין בים, משנת 1978. ראה: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.
- 84 עד כה הצטרפו לאמנה עשרים ושש מדינות, שכמעט כולן מדינות מתפתחות, ואילו המדינות המפותחות מסרבות עד כה להצטרף לאמנה ומעדיפות את ההסדרים של כללי האג או כללי האנג'ו-סבי. לדין בנימוקיהם, ראה: R. Force "A Comparison of the Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules: Much Ado About (?)", 70 *Tulane L. Rev.* (1996) 2051, 2053; בדברי ההסבר לחוק לתיקון פקודת הובלת סחורות בים, התשנ"א-1991 (הצ"ח 2064) נאמר על האמנה של 1978, שהיא "מחמירה בפרטים שונים יותר מקודמתה עם המובילים, ועל כן הסתייגו ממנה חברות הספנות והן פועלות למניעת הצטרפות מדינות המערב לאמנה החדשה, בראותן אותה כפוגעת באינטרסים של הספנות המערבית". על כן קובעים דברי ההסבר, "מחמת מעמדה המיוחד של ישראל בתחום הספנות המסחרית, אין מקום בשלב זה להצטרפותה לאמנה..."
- 85 כ"א 244, כךך 8, בעמ' 479.
- 86 ש"ס, בעמ' 523.
- 87 ס"ח תשכ"ב, בעמ' 90.
- 88 אמנה שנחתמה בגואדלהרה בשנת 1961, פרוטוקול שנחתם בגואטמלה סיטי בשנת 1971 וארכזה פרוטוקולים שנחתמו במונטריאול בשנת 1975.
- 89 האמנות שנכנסו לתוקף בינתיים הן הפרוטוקול הראשון והשני שנחתמו במונטריאול בשנת 1975. ראה הודעת התובלה האווירית (כניסה לתוקף של פרוטוקולים לתיקון אמנת ורשה), התשנ"ז-1997, ק"ת תשנ"ז 1072.
- 90 ס"ח 981 התש"ם, בעמ' 197.
- 91 ראה סעיף 5 לחוק.
- 92 ראה סעיף 20 לאמנת ורשה, כ"א 244, הקובע כי המוביל "לא ישא... באחריות אם יוכיח שהוא, משמשו וסוכניו נקטו בכל האמצעים הדרושים למניעת הנזק, או שלא היתה בידיו או בידיהם כל אפשרות לנקוט בהם". זו אפוא אחריות מן הסוג המכונה "אחריות מוגברת", המבוססת על אשם, אלא שבה מוטל על הנתבע הגטל להוכיח כי לא התרשל. הגבלת האחריות לחקרה כספית מוסדרת בסעיף 22 לאמנה.

אריה רייך

16,600 זמ"מ (זכויות משיכה מיוחדות).⁹³ בחודש מאי 1999 נחתמה במונטריאול אמנה חדשה בדבר אחריות בגין הובלה אווירית,⁹⁴ אשר אם תאומץ תכניס שינויים משמעותיים ביותר בדין הישראלי. האמנה מטילה אחריות מוחלטת על חברות התעופה בגין נזקי גוף, עד לתקרה של 100,000 זמ"מ.⁹⁵ אשר לנזק בשיעור העולה על תקרה זו יוכל המוביל להשתחרר מאחריות בגינו רק אם יוכיח שלא התרשל, או שהתאונה נגרמה על ידי מעשה או מחדל של צד שלישי.⁹⁶ מכאן, שלמעשה הוצע לבטל את התקרה על גובה הפיצויים, שקיימת היום באמנות ולהחמיר את מידת האחריות של המובילים. כמו כן, האמנה החדשה מחייבת את המובילים לבצע תשלומים תכופים למילוי הצרכים המידיים של הזכאים לפיצוי בעקבות נזק גוף או מות נוסע.⁹⁷ הוכנסו שינויים גם באשר לנזקי מטען, וכמו כן הורחבה סמכות השיפוט, באופן שניתנו לתובעים חלופות נוספות לבחירת מקום הגשת תביעותיהם.⁹⁸ גישה זוהי לזו המוצעת על ידי אמנת מונטריאול כבר אומצה על ידי הקהילייה האירופית, מכוח תקנות של מועצת הקהילייה משנת 1997, אשר הוחלו על המובילים האירופיים.⁹⁹ ואולם, גם חברות תעופה ישראליות רבות החליטו באופן וולונטרי לקבל על עצמן את התקנות הללו של הקהילייה האירופית, הן את ההוראות המבטלות את תקרת הפיצויים, והן את ההוראות האחרות.¹⁰⁰ על כן סביר להניח שמדינת ישראל תצטרף בקרוב גם לאמנת

93 זכויות משיכה מיוחדות (Special Drawing Rights); זו יחידת מטבעות של קרן המטבע הבין-לאומית, שווה ערך היום לכ-5.5 י"ח.

94 Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, אשר נחתמה במונטריאול ב-28 במאי, 1999 על ידי חמישים ושתיים מדינות, אך עדיין לא נכנסה לתוקף. האמנה תכנס לתוקף שישים יום לאחר שיושגו אשרור של שלושים מדינות לפחות (להלן: אמנת מונטריאול).

95 סעיף 17 לאמנת מונטריאול מטיל את האחריות המוחלטת. בסעיף 21(1) לאמנה נאמר כי אחריות זו בגין נזק בשיעור של עד 100,000 זמ"מ אינה ניתנת להתניה או להגבלה, ואילו בסעיף קטן 21(2) נאמר שבגין נזק מעל לסכום זה יוכל המוביל להשתחרר מאחריות אם יוכיח שלא התרשל או שהנזק נגרם על ידי צד ג.

96 סעיף 21(2) לאמנת מונטריאול.

97 שם, סעיף 28 ("Advance Payments"). ואולם חובה זו שבאמנה מותנית בכך שהדין הלאומי מחייב תשלום כזה. בתקנות הקהילייה האירופית, להלן הערה 99, החובה היא בלתי מותנית כאמור, והן מחייבות תשלום מקדמה בתוך חמישה עשר יום לאחר זיהוי הנפגע, ובסכום שלא יפתח מ-15,000 זמ"מ למקרה של מות (סעיף 5 לתקנות).

98 ראה סעיף 33 לאמנת מונטריאול. הסעיף מאפשר לחובע להגיש את תביעתו נגד המוביל בבית משפט של אחת המדינות המתקשרות, לפי אחת האפשרויות הבאות: 1. מקום מושבו של המוביל או מקום עסקו העיקרי; 2. מקום מושבו של משרד העסקים שרכשו נכרה חוזה ההובלה; 3. המקום שהיה יעד הטיסה. אם התביעה היא על נזקי גוף, ויחן להגיש את התביעה גם במדינה מתקשרת ששם מקום מושבו העיקרי והקבוע של הנוסע, ובתנאי שהמוביל מקיים שירותי טיסה לאותה מדינה, בין בעצמו ובין באמצעות מוביל אחר שאתו יש למוביל הנחבץ הסכם מסחרי למתן שירותי הטיסה משותפים.

99 Council Regulation (EC) No. 2027/97 of 9 October 1997 on air carrier liability in the event of accidents, O.J. No. L 285/1 (17.10.97)

100 כך, למשל, הוציאה חברת "אל-על", ניום 14.5.98, הודעה לעיתונות על כך שקיבלה על עצמה מרצון את תקנות הקהילייה האירופית הנוכחיות החל מיום 1 ביוני 1998, בכל יעדיה ולגבי כל נוסעיה (עוחק מההודעה לעיתונות מצוי בידי המחבר). מדיניות זו חלה גם על חברת "סאנדור", שהיא חברה בת של "אל-על", העוסקת בטיסות שכר. גם חברת "ארכי" אימצה מדיניות דומה.

גלובליזציה ומשפט

מונטריאול החדשה לאחר שזו תיכנס לתוקף, ושיתוקן חוק התובלה האווירית בהתאם לכך. כך תושלט אחידות ביחס לכל חברות התעופה הפועלות בארץ, והסדר הסוגיה החשובה הזאת ישתקף באופן ראוי גם בספר החוקים שלנו, ולא באמצעות הסדרים וולונטריים נעדרי פומביות.¹⁰¹

יזמה בין-לאומית מעניינת אחרת, אשר עשויה להיקלט גם היא בקרוב במשפט הישראלי, מקורה בארגון הספנות הבין-לאומי (IMO), אחד הארגונים המסופחים לאו"ם, והיא מבקשת להסדיר את האחריות הנזיקית לנזקי זיהום בשמן הנגרמים על ידי כלי שיט. הארגון יזם את גיבושן של שתי אמנות בין-לאומיות בנושא זה: האמנה הבין-לאומית בדבר אחריות אזרחית לנזקי זיהום בשמן משנת 1969,¹⁰² והאמנה הבין-לאומית בדבר הקמת קרן בין-לאומית לפיצוי בשל נזקי זיהום הים בשמן משנת 1971,¹⁰³ וכן הפרוטוקולים המתקנים אותן משנת 1976 ו-1992.¹⁰⁴

אימוץ האמנות לתוך המשפט הישראלי ייצור אחריות מוחלטת בנזיקין (ללא צורך בהוכחת אשם) של בעל כלי שיט המוביל למעלה מ-2,000 טון שמן לפחות, בצובר כמטען, לנזק זיהום ים, ובכלל זה נזק סביבתי, שנגרם בשל פליטת שמן. האמנה תחייב בעלי כלי שיט לבטח את עצמם בגין חבותם זו. לשם השלמת הפיצוי, מעל לתקרה של הגבלת החבות האפשרית על פי האמנה משנת 1969, הוקמה באמנה משנת 1971 קרן בין-לאומית לפיצוי נזקי זיהום. מדינה שהצטרפה לאמנות ויישמה אותן תוכל גם ליהנות מפיצוי משלים כאמור מאותה קרן. הקרן תהיה בעלת מעמד משפטי בכל אחת מהמדינות החברות באמנה, ותהיה כשרה לכל פעולה משפטית, לתבוע או להיתבע. האמנות הללו, שבאות לפתור בעיה המטרדה מאוד בשנים האחרונות את הקהילה הבין-לאומית, בעיה שהיא תופעת לוואי של

101 כאמור, המצב היום הוא שרק החברות אשר קיבלו על עצמן את ההסדר שלעיל מחויבות לו, אך חברות רבות הפועלות בארץ, ובייחוד חברות לטיסות שכר, לא עשו כן ועליהן יחול הדין החרוט. גם החברות שקיבלו על עצמן את ההסדר יכולות כמובן לחזור בהן בכל עת מהמחויבות הזאת, ואין כל דרך לכפות אותה עליהן משהודיעו על חזרתן ממנה אלא באמצעות חקיקה. זאת ועוד. במצב הקיים יש חשש להטעיית הלקוחות, הואיל ובכרטיסים של חברת "אל-על" עדיין מצוין כי חבותה מוגבלת ל-100,000 דולר, ואילו בכרטיסים הנייטרליים (אלה שסוכני הנסיעות משתמשים בהם, והמתאימים לכל חברות התעופה) כלולה הגבלה חמורה עוד יותר להוראות אמנת ורשה. מובן שאין להשלים עם מצב שבו סוגיה חשובה כל כך כמו האחריות למקרה מוות או נזקי גוף עקב תאונה מטוס מוסדרת מכוח הסדר וולונטרי (המבוסס על חקיקה של ישות מדינית זרה), אשר לא ניתן לו כל פרסום רשמי במדינת ישראל, אלא, אדרבה, הדין החרוט משקף הסדר שונה לחלוטין.

102 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, 973 U.N.T.S. 3; 9 I.L.M. 45 (1970). האמנה נכנסה לתוקף ב-19 ביולי 1975.

103 International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1971, 11 I.L.M. 284 (1972). האמנה נכנסה לתוקף ב-16 באוקטובר 1978; לניחוח האמנות הללו, ראה: D. Abecassis "IMO and Liability for Oil Pollution from Ships: A Retrospective" 1983 *Lloyd's Maritime and Commercial L. Q.* (Feb. 1983) 45; B. Van-Hanswyk "The 1984 Protocols to the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damages and the International Fund for Compensation for Oil Pollution Damages: An Option for Needed Reform in United States Law" 22 *Int'l Lawyer* (1988) 319.

104 לפירוט על מהות הפרוטוקולים השונים, ראה: <http://www.imo.org/imo/convent/liabilit.htm>.

אריה רייך

האצת המסחר הבין-לאומי, נוקטות גישה הדומה מאוד לזו שננקטה בישראל בקשר לפיצוי נפגעי תאונות דרכים.¹⁰⁵ יש כוונה לאמץ אותן בישראל, וכבר הוגש בעניין זה תזכיר הצעת חוק.¹⁰⁶

3. לשכות רישום בין-לאומיות

בהקשר זה של התובלה הבין-לאומית קיימת גם יזמה חדשה ונועזת של ארגון ה-UNIDROIT, בעניין הסדרת אפשוות יצירת שעבודים על ציוד נייד בעל שווי גבוה, כמו מטוסים, אֶגְיֹוֹת, רכבות, מכולות, אסדות קידוח, וכדומה.¹⁰⁷ המטרה היא למנוע את הקשיים הנוצרים כאשר שעבוד (כגון משכון) על ציוד כזה נוצר במדינה אחת, ואילו הסכסוך לגביו מתעורר בבתי המשפט של מדינה אחרת. לעתים יקרה שבתי משפט אלה לא יכירו בתוקפו של שעבוד שנוצר מחוץ למדינתם.¹⁰⁸

ואולם, גם כאשר מכירים בתוקפו של השעבוד, תינתן הכרה כזו בדרך כלל בהתאם לכללים החלים במשפט המקומי של הפורום, כללים שעשויים להיות שונים מאוד מאלה שבמדינה שבה נוצר השעבוד וניתן הווימון שהשעבוד בא להבטיח.¹⁰⁹ ההצעה מבקשת ליצור

105 ראה חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 780. גם חוק זה מטיל אחריות מוחלטת על גורם הסיכון – המשתמש בדרכ מנועי – אך מפזר אותו באמצעות ביטוח חובה. כמו כן הקים החוק קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים – קרית – אשר מפצה על הסיכון השיורי, כגון במקרה שהפוגע אינו ידוע, או שהמבטח האחראי אינו מסוגיל לשלם (ראה סעיף 12 לחוק). מעניין לציין כי הקרן שהוקמה על ידי אמנת ארגון הספנות הבין-לאומי איננה ממומנת רק על ידי בעלי האניות אלא גם על ידי היבואנים של השמן, אשר אף הם בין יוצרי הסיכון.

106 תזכיר חוק החבות בנויקין של בעל כלי שיט לנוזי ויהום הים בשמן, התשנ"ז-1997, משרד התחבורה, לשכת היועץ המשפטי, ח' בתמוז התשנ"ז (13.7.97); אמנות בין-לאומיות למניעת זיהום הים יש רכות, והן אף זכו לאימוץ בחקיקה הישראלית. ראה, למשל: חוק מניעת זיהום הים (הטלת פסולת), התשמ"ג-1983, ס"ח 110, וחוק מניעת זיהום הים ממקורות יבשתיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 118.

107 ראה: *Preliminary Draft of Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment*, באחר של מוסד ה-UNIDROIT; <http://www.unidroit.org/english/news/pdconv-99-02.htm> (13.2.2000).

108 כך, למשל, מידת ההכרה בשעבוד הימי (maritime lien) שונה ממדינה למדינה. ראה סקירה של המצב בעניין זה בע"א 352/87, 353 גריפין קורפוריישן נ' כוד סחר בע"מ ואח', פ"ד מד(3) 45, 54-55. הזרם המרכזי במשפט האנגלי גורס ששאלת קיומו של שעבוד ימי נשלטת על ידי דין הפורום (lex fori) ולכן תביעת נושים על פי שעבוד כזה תוכר יק אם הוא מוכר על ידי הדין האנגלי. לשעבוד ימי, אשר נוצר על פי דין זר אך אינו מוכר על ידי הדין האנגלי, לא יינתן תוקף על ידי בית המשפט האנגלי (Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyard Co. [1980] 3 All E.R. 197). כך היחה גם דעת המיעוט של השופט נתניהו בע"א 352/87 שלעיל לגבי הדין הישראלי; וראה עוד להלן הערות 117-122 והטקסט הצמוד להן.

109 לדוגמה: במדינת ישראל כנראה אין אפשרות למשכן את כלל נכסיו של יחיד, גם אלה שלא באו לעולם בעת רישום המשכון (ראה סעיף 1(א) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 המורבר על משכון "נכס"; וכן ש' לרנר *שעבוד נכסי חברה* (תל אביב תשנ"ז-1996) 179, המותח ביקורת על מצב זה). זאת בניגוד למצב החברה, שעל פיו אפשר ליצור שעבוד צף על כלל נכסיה של החברה, גם כאלה שעוד לא באו לעולם (ראה סעיף 165 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983). ואולם, גם שעבוד צף בחברה נחות לעומת משכון נכס ספציפי (ראה: ע"א 248/77 *בנק הפועלים נ' גרבורג*, פ"ד לב(1) 253, 261; וכן לרנר, שם, בעמ' 195). בארצות הברית ובקנדה המצב שונה, וניתן למשכן נכסים עתידיים הן של יחידים

לשכת מרשם בין-לאומית, אשר יירשמו בה שעבודים על ציוד נייד כאמור,¹¹⁰ ולהסדיר את מכלול הדינים החלים על שעבודים כאלה בין כל הצדדים הנוגעים בדבר. המרשם הבין-לאומי יהיה כפוף לפיקוח ולהוראות של "רשות בין-ממשלתית" ("Inter-Governmental Regulator"), ויישא באחריות משפטית בגין נזקים שייגרמו מחמת טעויות שלו.¹¹¹ הזכויות הבין-לאומיות שיווצרו מכוח רישום כזה יהיו נבדלות מן הזכויות על פי חוקים לאומיים, ולעתים אף יגברו עליהן.¹¹² באופן כזה תובטח תחולה אחידה בכל מדינות האמנה לשעבוד שנרשם בלשכת המרשם הבין-לאומית. טיוטת האמנה החדשה מבוססת על עקרונות חוקי ה-Personal Property Security Acts, אשר התקבלו ברוב מחוזות קנדה ומדינות ארצות הברית,¹¹³ והיא חלה לא רק על הסכמי משכון פורמליים, אלא גם על עסקאות שבמהותן יוצרות שעבוד, כגון סעיפי שמירת בעלות והסכמי שכר-מכר. קיים לחץ חזק של התעשייה ושל גופים פיננסיים לקידומה של יזמה זו,¹¹⁴ אשר יהיה בה כדי להקל על היכולת להעניק מימון לרכישת ציוד נייד כאמור, ועל כן יש סבירות גבוהה שהיא תצליח לצאת אל הפועל.¹¹⁵ בשלב ראשון כבר הוכן פרוטוקול לצורך יישומה של היזמה לגבי מטוסים,¹¹⁶ ובהמשך יש כוונה להרחיב את היישום אף לגבי כלים אחרים. יש סבירות גבוהה

והן של חברות, כך שלמשכון זה יהיה מעמד שווה ערך למשכון של נכס מוגדר וקיים. אם יבוא "שעבוד צף" כזה (Floating Lien) כפני בחי המשפט בישראל, לא ברור אם ייתגו לו מעמד שווה ערך לזה של משכון לפי חוק המשכון, וייתכן מאוד שיתייחסו אליו כמו אל שעבוד צף לפי פקודת החברות. ושוב דוגמה אחרת: על פי סעיפים 179-178 לפקודת החברות, כפי שפורשו על ידי בית המשפט העליון, רישום של שעבוד בתוך עשרים ואחד יום מיום כריחת הסכם השעבוד הוא בעל תחולה רטרואקטיבית מיום כריחת ההסכם (ע"א 315/89 ביאליסטוצקי ואח' נ' נייר גרף (תעשיות) בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מה(1) 698). המצב שונה במדינות רבות בעולם (כגון ארצות הברית וקנדה), שם הרישום תקף רק מיום הרישום בפועל (גם בישראל כך הוא המצב, כלפי צדדים שלישיים, כאשר מדובר ברישום משכון על פי חוק המשכון). ספק אם שעבוד שנרשם לפי פקודת החברות בישראל, ובא לפני בחי משפט בארצות הברית ובקנדה, תוענן לו תחולה רטרואקטיבית כאמור.

110 סעיפים 16-15 לטיטת האמנה, לעיל הערה 107. להסבר עקרונות האמנה המוצעת, ראה: R.C. Cuming "The Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment" 30 *Uniform Commercial Code Law Journal* (1998) 365; M.J. Stanford "The Unidroit Convention on International Financial Leasing and the Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment: Two Examples of Unidroit in its Law-Making Role" 27 *Int'l J. Legal Information* (1999) 188.

111 סעיף 26 לטיטת האמנה, לעיל הערה 107.

112 ראה Cuming, לעיל הערה 110, בעמ' 369, וכן סעיף 7(2) לטיטת האמנה.

113 על חקיקה כזו, ראה למשל: J.S. Ziegel & D.L. Denomme *Ontario Personal Property Security Act* (1994).

114 כך למשל, ניסוח הפרוטוקול בעניין כלי טיס נחמך באופן פעיל על ידי שני יצרני המטוסים הגדולים בעולם, חברת "בואינג" וחברת "אירבוס", וכן על ידי הארגון הבין-לאומי לתעופה אזרחית (ICAO).

115 ועידה דיפלומטית בין-לאומית עומדת להתכנס בקייפטאון שבדרום אפריקה בתאריכים 16.11.01 עד 29.10.01 לצורך חתימת האמנה. ראה:

<http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/conference2001/main.htm>

(בוקר ביום 6.8.01).

116 ראה: The Preliminary Draft Protocol to the Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment:

אריה רייך

שמוסדות מימון רבים – הן מהמגזר הפרטי, והן מוסדות בין-לאומיים כמו הבנק העולמי והגופים הקשורים עמו – יחליטו להונות מתן מימון לרכישת מטוסים בכך שמדינת המושב של החברה מבקשת המימון תאמץ או האמנה, בייחוד כאשר מדובר במדינות מתפתחות. אם כך יקרה, ייווצר לחץ כבד על מדינות ויבות להצטרף לאמנה זו.

קשיים הכרוכים בהחלת דיני השעבודים על כלי תחבורה הנעים על פני תבל, באו לביטוי מוחשי ביותר בפרשת גריפין קורפוריישן נ' כור סחר בע"מ, אשר הגיעה לבית המשפט העליון.¹¹⁷ במקרה ההוא התעוררה מזלוקת כאשר לסדר העדיפות של בעלי שעבודים שונים באגנייה המניפה דגל פנמי ורשומה במרשם הפנמי. האם עדיפה משכנתה שנרשמה על האגנייה במרשם הפנמי, או שמא יש להעדיף גורמים שונים אשר סיפקו שירותים לאגנייה ואשר לטענתם, עומדים להם שעבודים ימיים מכוח החוק? בית המשפט המחוזי סבר שיש להעדיף את השעבוד הימי על פני המשכנתה.¹¹⁸

בבית המשפט העליון נהפכה הקערה על פיה, ואולם כל אחד מן השופטים נתן לכך נימוק שונה. לדעת הנשיא שמגר, שאילת קיומו של השעבוד הימי היא שאלה מתחום המשפט המהותי, ובתור שכזאת עליה להישלט על ידי "דין העניין" (*lex causae*), כלומר דין המדינה שבה נוצר השעבוד.¹¹⁹ ואולם, שאלת סדר העדיפות בין סוגי שעבודים שונים הרובצים על האגנייה היא שאלה דיונית, ועל כן יש להחיל עליה את דין הפרום, כלומר הדין הישראלי.¹²⁰ לעומתו, סבר השופט ברק, שגם סדר העדיפות בין השעבודים הוא עניין מהותי, וצריך לחול עליו "דין העניין", ושרק במקרים שיש שיקולים מעשיים המונעים החלת דין זה יש לאמץ את דין הפרום.¹²¹ ואילו השופטת גתניחו החזיקה בעמדה שלישית, ולפיה לא רק בעניין סדר העדיפות בין השעבודים, אלא גם בשאלת עצם קיומם של השעבודים הימיים, דין הפרום הוא הקובע.¹²² אין צורך להכביר במילים על התוצאות השליליות שיש לאי-ודאות משפטית שכזו, אשר גורמת לארבעה שופטים ככירים להגיע לארבע תוצאות משפטיות שונות בסוגיה אלמנטרית למדיי בדיני שעבודים וחלים על כלי שיט. בעיות כאלה ושכמותן הן אלה המביאות לקידומן של יזמות בין-לאומיות, אשר יהיה בהן כדי להבהיר את המצב המשפטי וכך לקדם את היכולת לגייס הון לצורך פיתוח אמצעי ההובלה הבין-לאומיים.

הצטרפותה של מדינת ישראל לאמנת UNIDROIT שלעיל, לכשתגובש סופית, ואימוצה למשפט הארץ, עשויים להשתלב במגמה אחרת ובלתי תלויה לביצוע רפורמה בדיני המשכון בישראל שבמסגרתה יאומץ המודל הקנדי והאמריקני. מגמה זו באה לידי ביטוי בתזכיר

גם הוא באתר של המוסד: <http://www.unidroit.org/english/news/pdprot-99-02.htm>; וכן

Cuming, שם, בעמ' 374.

117 ע"א 352/87, לעיל הערה 108.

118 פס"מ תשמ"ז (2) 509 (השופט מ' בן-יאר).

119 ע"א 352/87, לעיל הערה 108, בעמ' 59.

120 שם, בעמ' 65.

121 שם, בעמ' 72.

122 שם, בעמ' 86.

גלובליזציה ומשפט

הצעת חוק שהוכן לאחרונה על ידי משרד המשפטים.¹²³ כאמור לעיל, גם אמנת UNIDROIT מבוססת על המודל הקנדי, ואימוצה עשוי ליצור אפוא אחידות בדין החל, הן על משכון מקומי והן על משכון בין-לאומי. לאחידות והשפעה הדדית שכזו בין חקיקה מקומית ואמנות האחרת של UNIDROIT כבר היינו עדים בתולדות החקיקה הישראלית החדשה בהקשר של חוק המכר וחוקי החוזים.¹²⁴

הרעיון של מרשם על-לאומי של זכויות קנייניות כבר יושם בקהילייה האירופית. שם הקימו לשכת מרשם אירופית מרכזית לפטנטים (במינכן שבגרמניה) ושל סימני מסחר (באליקנטה שבספרד), ואלה מעניקות פטנטים וסימני מסחר התקפים בכל אירופה.¹²⁵ הניסיון מלמד כי יזמות רבות של הקהילייה האירופית נוטות לשמש דוגמה לחיקוי כעבור כמה שנים או עשורים בקהילייה העולמית.¹²⁶

4. מסחר אלקטרוני

תחום חשוב ביותר, שבו, לדעתנו, הסבירות להצלחת יזמות ההאחרת הבין-לאומיות גבוהה ביותר, הוא תחום המסחר האלקטרוני. כאן מצוי ללא ספק כיוון ההתפתחות העתידי של הפעילות המסחרית. כבר היום חלק גדול מהחברות הגדולות העוסקות בסחר עברו למסחר אלקטרוני נטול ניירות (paper-less) בין לבין עצמן, באמצעות מערכות שונות של EDI,¹²⁷ שבהן הוחלפו כל הדוקומנטים המסורתיים של המסחר הבין-לאומי, כמו ההזמנה, הקיבול, שטר המטען, חשבון הספקים, פוליסת הביטוח, ושטר החליפין, במסרים אלקטרוניים מבוקרים. גם בתחום המסחר הקמעונאי, מול ציבור הצרכנים, יש חדירה מסיבית של המדיום האלקטרוני, באמצעות רשת האינטרנט. מכשולים ראשוניים, כגון בתחום הבטחת התשלום וזיהוי המתקשר, מוסרים בהדרגה בזכות פתרונות טכנולוגיים, ורוכזות האשראי כבר מכבדות עסקאות באינטרנט שנעשו באמצעות מערכות מסוימות. הגידול של המסחר באמצעות האינטרנט הוא גדול כל כך עד שהוא תואר כ"דרוויניזם על סטרואידים".¹²⁸

123 מדינת ישראל, משרד המשפטים, תזכיר חוק המשכון, התש"ס-1999 (כ"ד בחשון התש"ס, 3.11.99). בעמ' 4 לתזכיר נאמר כי ההצעה מבוססת על הסדר השעבודים החל ברוב המחוזות בקנדה ועל הקוד המסחרי האמריקני (U.C.C.), הגחשב כיום בין השיטות המתקדמות בדיני השעבודים.

124 ראה לעיל הערה 13.

125 W.R. Cornish *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (3rd ed., London 1996), pp. 103 and 525.

126 ראה על כך, בין היתר: A. Reich *International Public Procurement Law* (London 1999), 101, 257, 323, 344-345.

127 Electronic Data Interchange – הנו מונח המתייחס למערכת של העברת מסרים אלקטרוניים ממחשב למחשב, אשר כוללים מידע מובנה הערוך לפי תקנים מוסכמים מראש ובנושאים שהוגדרו מראש. פעמים רבות הגופים המשתמשים ב-EDI נעזרים גם באמצעי ביניים הקושר את כל המחשבים המעורבים ברשת, ומספק להם שירותי ערך מוסף (VAN – Value Added Network). ה-VAN משמש כ"בית דואר" למסר ה-EDI, עד שהמקבל אוסף אותו, והוא מאפשר מעקב ופיקוח על המסרים המועברים.

128 ראה: T.L. Friedman "Foreign Affairs: 1 Davos, 3 Seattles" *New York Times*, Feb. 1, 2000.

אריה רייך

הערכות רשמיות של ממשלת ארצות הברית צופות שהיקף המסחר האלקטרוני ברשת האינטרנט יגיע בשנת 2002 לכשלושד טריליון דולר.¹²⁹

היתרונות הטמונים במסחר האלקטרוני הם אדירים. ראשית, יש בו פוטנציאל של חיסכון משמעותי ביותר בהוצאות, החל בעלויות השיווק וההפצה (שכירת חנויות במרכזי הערים, נציגי מכירות, פערי תיווך, מערכת הובלה והפצה, הוצאות פרסום, ועוד) וכלה בעלויות המשלוח והטיפול (חיסכון בניירת, משלוח ישירות מהמחסן של היצרן או של המוכר, משלוח דרך הרשת (של תוכנות, מוזיקה, יצירות ספרות ועוד). שנית, בהקשר המסחר באמצעות רשת האינטרנט, רשת זו פותחת בפני הסוחרים גישה לקהל לקוחות גלובלי, ובפני הלקוחות היא פותחת גישה לשוק ספקים גלובלי. ברשת האינטרנט אין כמעט חשיבות למיקומו הגאוגרפי של המשתמש, והשוק האפקטיבי משתרע למעשה על פני חבל. כתוצאה מכך ניתן לצפות לגידול בתחרות, ביטול חסמי כניסה לתוך שווקים לאומיים, ביטול מונופולים וקרטלים, וירידת מחירים משמעותית.

ומדוע אמרנו שיש סבירות גבוהה ביותר להצלחת יזמות ההאחדה הבין-לאומיות? מכמה טעמים: ראשית, תחום זה חדש בכל מדינות העולם, ועדיין אין אף לא באחת מהן מסורת משפטית מעוגנת לגבי הסדרת פעילות זו; לא בחקיקה, לא בפסיקה ואף לא במחקר המשפטי. כאן תהיה אפוא נכונות רבה לאמץ מערכות דינים בין-לאומיות, ובלבד שאלה יהיו מערכות טובות וראויות.

שנית, המסחר האלקטרוני הנו מתחילה בין-לאומי באופיו; רשת האינטרנט, למשל, היא בין-לאומית כמעט מיום לידתה, הפעילות בה חוצה גבולות, ואין כל היגיון לקבל את ההבחנה שנעשתה בתחומים אחרים בין הדין שיחול על הפעילות הפנים-מדינתית לבין זה שיחול על הפעילות הבין-לאומית (נגזר בעניין חוק המכר, התשכ"ח-1968 מול חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשנ"ט-2000). זאת ועוד; רשת האינטרנט מציבה אתגרים קשים לכל תחולה טריטוריאלית של דינים, שהרי אין דבר קל יותר מאשר להתחמק מתחולה כזו של דין מדינתי על ידי הצבת האתר של המוכר בשרת המצוי מחוץ לתחולתו הטריטוריאלית של המשטר המשפטי הבלתי רצוי לבעל האתר. מכאן גם, שקיים קושי רב להגן על ציבור הצרכנים באמצעות הוראות קוגנטיביות של חוקי הצרכנות, אלא אם כן תהיה החלה בין-לאומית רחבה של סטנדרטים אדידים כאלה.

ולבסוף, טעם שלישי: משפט מסחרי נוטה לצמוח מתוך נהגים מסחריים אשר התפתחו על פני עשרות ומאות שנים; ואולם נתחום המסחר האלקטרוני קצב ההתפתחות הוא מדהים,

129 ראה: Unites States Department of Commerce *The Emerging Digital Economy*, April 1998, at 34-4, פורסם ב: <http://www.doc.gov>; בדוח מאוחר יותר מחודש יוני 1999, מצוין כי הביצועים בפועל עברו אפילו את ההערכות האופטימיות ביותר מהשנה הקודמת. *The Emerging Digital Economy II*, June 1999, at 4. בישראל, היקף המסחר האלקטרוני עדיין נמוך בהרבה, גם במונחים יחסיים. אחת הסיבות הפרכזיות לכך היא שאין חקיקה המסדירה את המסחר הזה ויש אירוואות רבה בקרב בחי העסק והלקוחות כאחד. בסוף שנת 1999 עמד היקף הרכישות בישראל באמצעות רשת האינטרנט על כעשרים מיליון דולר בלבד, וההערכה היא שעד שנת 2003 יגיע היקף המסחר של משקי בית בישראל לשש מאות חמישים מיליון דולר (א' וייס *שוק האינטרנט והמסחר האלקטרוני בישראל 1999-2004* (מוזקר של חברת IDC) International Data Corporation (IDC) Ltd., דצמבר 1999 (204-199).

גלובליזציה ומשפט

וקצב זה אך מדגיש את חסרונו של משטר משפטי ברור. במצב דברים זה לא ניתן להמתין להתפתחות האבולוציונית והאטית של הלכות מסחר שיפוטיות, אלא יש צורך דחוף ביזמת חקיקה מצד המחוקק, וכיזמה שתיצור, עד כמה שניתן, דין אחיד על פני תכל.¹³⁰ ואכן, ארגון ה-UNCITRAL נקט מספר יזמות חלוציות בתחום זה, ופרסם בין היתר בשנת 1996 את החוק לדוגמה על מסחר אלקטרוני (Model Law on Electronic Commerce).¹³¹ חוק זה הנו תוצאה של עבודה אינטנסיבית, בהשתתפות של מעל חמישים מדינות בעולם, על פני תקופה של שלוש שנים. לחוק לדוגמה שלעיל היתה כבר השפעה מכרעת על ניסוחן של ההוראות החדשות בתחום זה של ה-UCC האמריקני,¹³² וכן גם על מדינות common law אחרות, כגון קנדה ואוסטרליה. שתים עשרה מדינות כבר חוקקו חוקים המבוססים על החוק לדוגמה לתוך משפטן הפנימי,¹³³ ונראה שמדינות רבות אחרות צפויות ללכת בעקבותיהן. קשה למצוא סיבה שלא כך יקרה גם בישראל ושלא ישתמשו בחוק זה שהושקע בו מאמץ אינטלקטואלי כביר של מומחי משפט וטכנולוגיה בין-לאומיים כדוגמה לניסוח חקיקה ישראלית חדשה. לשם המחשה, ובשל חשיבות הנושא, נצביע להלן על שתים בלבד מתוך הבעיות הקיימות במשפט הישראלי בהקשר המסחר האלקטרוני ואשר עשויות למצוא את פתרונן אם תאומץ גישתו של החוק לדוגמה של UNCITRAL. הבעיות הן: סוגיית "הכתב" וסוגיית "החתימה".

(א) דרישת הכתב בעסקאות מסחריות

ברני החוזים של רוב מדינות העולם שולט עקרון חופש הצורה.¹³⁴ עקרון חופש הצורה הוא פועל יוצא של עקרון חופש החוזים,¹³⁵ והוא מעוגן אצלנו במפורש בסעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע: "חוזה יכול שיעשה בעל-פה, בכתב או בצורה אחרת, וולת אם היתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים".

130 אכן, כבר ביולי 1997 קרא הממשל האמריקני ליצירת "קוד מסחרי בין-לאומי עבור האינטרנט" (על משקל "הקוד המסחרי האחיד", ה-UCC, במשפט האמריקני). ראה: *The White House - A Framework for Global Electronic Commerce*. <http://www.iitf.nist.gov/eleccomm/ecom.htm>

131 ראה: 200 *I.L.M.* (1997) 36 *Electronic Commerce*, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce; וכן: *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-ninth session, 28 May-14 June 1996*, U.N. GAOR, 51st Session, Supp. No. 17, U.N. Doc. A/51/17 Annex I (1996).

132 ראה: A. Boss "Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform" *72 Tulane L. Rev.* (1998) 1931.

133 ראה האתר של ארגון UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>, המונה את המדינות הבאות: אוסטרליה, ברמודה, קולומביה, צרפת, הונג-קונג, אירלנד, הפיליפינים, קוריאה, סינגפור, סלובניה, מדינת ג'רסי שתחת חסותה של בריטניה, ומדינת אילינוי שבארצות הברית.

134 ראה: K. Zweigert & H. Kotz *An Introduction to Comparative Law* (3rd ed., Oxford, 1998) 366.

135 ד' פרידמן נ' כהן *חוזים* (תל אביב תשנ"א, כרך א) 387.

אריה רייך

עם זאת, כפי שעולה מן הסעיף, ניתן להגביל את חופש הצורה הן באמצעות חקיקה והן על ידי הסכם בין הצדדים. דרישת כתב כתנאי לתוקפו של חוזה¹³⁶ קיימת בחקיקה הישראלית ביחס למספר סוגי הסכמים: עסקאות במקרקעין;¹³⁷ עסקת מכירת כלי שיט;¹³⁸ הסכמי ממון בין בני זוג;¹³⁹ התחייבות שטרית;¹⁴⁰ הסכם הלוואה חוץ-בנקאית;¹⁴¹ התחייבות לתת מתנה בעתיד;¹⁴² הסכם לכרטיסי חיוב;¹⁴³ הסכם לקיצור תקופת ההתיישנות;¹⁴⁴ הסכם בוררות;¹⁴⁵ הסכם קיבוצי;¹⁴⁶ וכן ביחס לכל סוג של חוזה שהוכרז בתקנות שהוא חייב להיערך בכתב לשם מניעת הטעיה או ניצול מצוקת הצרכן.¹⁴⁷

כמו כן קיימות דרישות שונות בדיני הראיות וסדרי הדין הקשורים למסמכים ולראיות בכתב. כך כאשר להסכמים שעל פי הנוהג נעשים בכתב, או כאשר מועלית טענה או תביעה כנגד מסמך בכתב.¹⁴⁸ כמו כן, כדי לוצל את היתרונות של הגשת תביעה בדרך של סדר דין מקוצר, נדרשות "ראיות בכתב" לחוזה או להתחייבות המפורשת.¹⁴⁹ במדינות רבות אחרות, לרבות ארצות הברית, קיימות דרישות כתב מקיפות יותר, למשל לגבי כל עסקת מכר שערכה עולה על סכום מסוים.¹⁵⁰ דרישת הכתב באה בדרך כלל כדי לשרת שתי מטרות עיקריות: "המטרה ההרתעתית" – דרישת הכתב מבטיחה את המתקשר מפני קלות הדעת והפוזיות העשויות להיות כרוכות בהבטחות וזנינות בעל-פה; והמטרה הראייתית – ראייה שבכתב

136 בקשר למקצת הדוגמאות המובאות, עסקו בתי המשפט שמדובר בדרישה ראייתית ולא מהותית. ראה פירוט בפרידמן וכהן, *שם*, בעמ' 410 ואילך. אם דרישת הכתב היא דרישה ראייתית, יש מקום רב להקל לגביה ולהסתפק למשל רק בכתב שיעיד על חלק מן העסקה ("ראשית ראייה"). הואיל ועיקר המטרה היא למנוע כידוי של העסקה, ניתן להשיג מטרה זו גם על ידי ראייה תחליפית, כגון מכתב מאוחר או ראייה מהימנה אחרת. ברור שבהקשר של חיקוקים כאלה, שבהם דרישת הכתב היא רק ראייתית, יהיה קל יותר להכיר במסר אלקטרוני כמספק דרישה זו, ובלבד שמסר זה אכן אמין ומעיד על העסקה.

137 סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 575.

138 סעיף 26 לחוק הספנות (כלי שיט), הוש"ך-1960.

139 סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני-זוג, והתשל"ג-1973, ס"ח 712.

140 סעיף 3 לפקודת השטרות [נוסח חדש], דמ"י נ"ח 2, תשי"ז.

141 סעיף 2 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993, ס"ח 174.

142 סעיף 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, ס"ח 529.

143 סעיף 2(א) לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986, ס"ח 1185.

144 סעיף 19 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, ס"ח 251.

145 סעיף 1 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, ס"ח 535; אך ראה גם סעיף 39 לחוק, המאפשר מתן הכרה גם להסכם בעל-פה; ראה: ס' אוטולנגי *בדורות: דין ונוהל* (מהדורה שנייה, תל אביב 1980) 11 ואילך.

146 סעיף 7 לחוק הסכמים קיבוציים, ותשי"ז-1957, ס"ח 221. קיימת שם גם דרישת רישום אצל שר העבודה (ראה *שם*, סעיף 10).

147 סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 1023. דוגמה אחת לסוג כזה של חוזה הוא הסכם בדבר עסקה באשראי, שהוכרז שעליו להיעשות בכתב בתקנות הגנת הצרכן (מכירות, מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועסקה ברוכלות), ה'שמ"ג-1983, ק"ת תשמ"ג 670.

148 ראה סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני.

149 תקנה 202(1)(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

150 כך למשל, על פי ה-UCC, חוזה מכר שערכו עולה על \$5,000 איננו ניתן לאכיפה אלא אם כן הוא נעשה בכתב ונחתם על ידי הצד שכופר בו: (סעיף 2-201(a)). גם בצרפת, על פי סעיף 1341 של ה-Civil Code, דרוש כחב לעסקאות מסוימות.

נחשבת מהימנה יותר והיא נתונה לסכנה פחותה של ייצור עדויות או של שכחה. כאשר ראייה מועלית על הכתב, נשמר תוכנה בצורה מדויקת.¹⁵¹

דרישות אלה עלולות ליצור בעיה חמורה לסחר האלקטרוני.¹⁵² מסרי מידע המועברים על ידי אמצעים אלקטרוניים ומאוחסנים בהם אינם מצויים בצורה המקובלת של כתב, קרי, דיו על גבי נייר. הכתב האלקטרוני הוא קובץ אלקטרוני המצוי בזיכרון המחשב. הקובץ מומר על ידי המחשב לתצוגה חזותית על מסך חיצוני. אם הכתב האלקטרוני לא יוכר כ"כתב" לעניין הדרישות הללו, עלול הדבר ליצור מכשול משמעותי להתפתחותו של המסחר האלקטרוני. ככל שמכשול זה הנו תוצאה של הפליה בלתי עניינית, הנובעת מהתפתחות טכנולוגית שהמחוקק לא צפה אותה ולא הספיק להתאים את עצמו אליה, ברור שיש צורך להסירו בכל המקרים. ברור גם שדרושה בעניין זה גישה אחידה בשיטות המשפט השונות, שהרי יקשה מאוד לספקי מוצרים ושירותים ברשת האינטרנט להתאים את עצמם לדרישות שונות וסותרות הקיימות במדינות הרבות שבהן מצויים לקוחותיהם. כמובן, במידה שקיימים שיקולים ענייניים שלא להכיר בכתב האלקטרוני כשווה ערך לכתב המסורתי בהקשרים מסוימים, יהיה מקום לשמר את ההפליה הקיימת בהקשרים האלה, ובאלה בלבד.

במשפט הישראלי מוגדר המונח "כתב" הן בפקודת הפרשנות [נוסח חדש]¹⁵³ והן בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.¹⁵⁴ ההגדרה של פקודת הפרשנות, אשר שונה מזו של חוק הפרשנות, חלה על חיקוקים שנחקקו לפני 1.10.81, ואילו על חיקוקים שנחקקו מתאריך זה ואילך חלה ההגדרה של חוק הפרשנות. חוק הפרשנות מגדיר "בכתב": "לרבות בכל דרך אחרת של הצגת אותיות, ספרות או סימנים בצורה הנראית לעין או הניתנת לפענוח חזותי". פקודת הפרשנות קובעת כי "בכתב" כולל: "לרבות ברפוס, בליטוגרפיה, במכונת כתיבה, בצילום או בכל דרך אחרת של הצגת מילים או ספרות, או בהעתקתן, בצורה הנראית לעין". ניתן לטעון שההגדרה של פקודת הפרשנות אינה כוללת "כתב אלקטרוני", היות שהיא דורשת את הצגת המילים והספרות בצורה "הנראית לעין". כתב אלקטרוני אינו נראה לעין באופן רגיל. יש צורך בתהליך מסוים שיהפוך את הכתב האלקטרוני לכתב נראה לעין – כגון מחשב בעל תוכנה מתאימה ההופך את הקובץ האלקטרוני שנשלח אליו לכתב על גבי

151 פרידמן וכהן, לעיל הערה 135.

152 כך למשל התבשרנו לאחרונה, כי מינהל מקרקעי ישראל מתכוון לשווק קרקעות במכירה פומבית באינטרנט. על פי החכנית, יהיו המכרזים בשיטה של מכירה פומבית הנהוגה באינטרנט, שבה הצעות הקנייה של הקבלנים המשתתפים מוגשות דרך דואר אלקטרוני בזמן אמת. כך כל אדם שיבקש להגיש הצעה לקנייה, ידע מהי ההצעה הגבוהה ביותר שכבר הוגשה לפניו, ויוכל להגיש רק הצעה גבוהה יותר (דארן, מדור כלכלה, 2 באפריל 2000, בעמ' 2). הצעה המוגשת כאמור, ניתן להתייחס אליה בשני אופנים: ניתן לראות בה, כמונחים של חוק החוזים, כתור קיבול של הצעת מפרסם המכרז, או לחלופין ניתן לראות בה הצעה בתגובה להזמנה להציע הצעות, אשר מפרסם המכרז יכול לקבלה עם בחירת ההצעה הזוכה והודעתו על כך לזוכה (וראה בעניין זה בספרה של ג' שלו *חוזים ומכרזים של הדשות העיכורית* (ירושלים תש"ס) 146). כך או כך, הרי השתכללות החוזה ומילוי תוכנו נעשים באמצעות מסרים אלקטרוניים. אם כך, מתעוררת כאן לכאורה בכל תריפותה השאלה של הגדרת הכתב לעניין דרישת סעיף 8 של חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

153 דמ"י נ"ח 1, תשי"ד.

154 ס"ח 1030.

אריה רייך

המסך.¹⁵⁵ לעומת זאת, נראה שהתהליך האמור נכנס לגדר הדיכור "הניתנת לפענוח חזותי" בחוק הפרשנות, ועל כן מסתבר שחוקן הפרשנות מאפשר לראות אף ב"כתב אלקטרוני" כתב. יוצא אפוא שקיים לפחות ספק באשר לשאלה, אם דרישת הכתב המופיעה בחיקוקים שנחקקו לפני תחולת חוק הפרשנות מתמלאת על ידי כתב אלקטרוני. אשר על כן, היו שהציעו לפתור את הבעיה על ידי תיקון חיקתי שיקבע שהגדרת "כתב" בחוק הפרשנות תחול גם על חיקוקים שקדמו לו.¹⁵⁶

החוק לדוגמה של UNCITRAL על מסחר אלקטרוני נוקט בעניין זה, כמו גם בסוגיות אחרות שבהן עוסק החוק, גישה המבוססת על עקרון השקילות התפקודית (Functional Equivalence). בהתאם לגישה זו, המבקשת לבטל את ההפליה הבלתי מוצדקת בין ביצוע פעולות משפטיות באמצעים פיזיים מסורתיים לבין ביצועים באמצעים אלקטרוניים, יש להכיר בתקופתם המשפטית של האמצעים האלקטרוניים כל אימת שאלה משיגים את אותן המטרות, וממלאים את אותן הפונקציות כמו האמצעים המסורתיים. הפונקציות העיקריות של הכתב, לדעת מנסחי החוק, הן האפשרות לפענח ולקרוא את המידע המבוטא באמצעות הכתב, הן בשעה שהוא מועבר והן בכל עת לאחר מכן. בהתאם לכך קובע סעיף 6(1) לחוק:

Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

כלומר, כל אימת שהדין דורש שמידע יהיה בכתב, דרישה זו מתמלאת על ידי מסר מידע אלקטרוני, כהגדרתו בחוק, אם המידע הכלול בו ניתן לפענוח ולקריאה,¹⁵⁷ באופן שהוא יהיה ניתן גם לעיון חוזר בעתיד.¹⁵⁸

החוק לדוגמה מציב אפוא דרישה מתמירה יותר מאשר הגדרת "כתב" בחוק הפרשנות שלנו. אין די בכך שהכתב האלקטרוני ניתן לפענוח חזותי חוד-פעמי, אלא צריך שגם יישמר

155 הגדרה דומה מצויה באנגליה, בחוק הפרשנות משנת 1978, ושם הועלו ספקות רציניים אם היא כוללת מסר אלקטרוני. ראה דוח הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של מעבר ל-EDI: "סקירת ההיבטים המשפטיים של EDI", מדינת ישראל, משרד המשפטים – ממס"ח (ט"ז באב התשנ"ו) (הוכן על ידי מ' הרצברג וד' שר), בעמ' 151-152 (להלן: דוח הוועדה הישראלית). נראה שבעיה זו תהיה חמורה במיוחד כאשר בפועל המסר האלקטרוני לא הוצג בפני הצד שכנגד בצורה חזותית על גבי המסך, כגון שמסיבה כלשהי לא עיין במסר שהגיע אליו, או שהוא נמנע מלגשת אל הקובץ או "העמוד" באינטרנט שבו מפורטות ההוראות המשפטיות הרלוונטיות. בעניין זה יש חשיבות לסעיף 5 bis לחוק לדוגמה של UNCITRAL, הקובע שלא יישלל תוקף משפטי או יכולת אכיפה ממידע שאיננו כלול במסר אלקטרוני אלא שהמסר רק מפנה אליו.

156 דוח הוועדה הישראלית, שם, בעמ' 224.

157 ראה דברי ההסבר ב-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996), para. 50 ("The use of the word "accessible" is meant to imply that information contained in the form of computer data should be readable and interpretable, and that the software that might be necessary to render such information readable should be retained.")

158 הוראה זו חלה בין שדרישת הכתב היא בצורה של חובה, ובין שהדין רק קובע השלכות לכך שהמידע איננו בכתב (ראה סעיף 6(2) לחוק לדוגמה).

גלובליזציה ומשפט

לשם עיון חוזר בעתיד. רק כך מתמלאת המטרה הראייתית של דרישת הכתב, הדורשת אפשרות להוכחת תוכנה המדריך של הפעולה המשפטית למקרה של מחלוקת עתידית.¹⁵⁹ מכאן, שחווה מכר הנערך על גבי מחשב, אך לא נשמר בזיכרונו, לא ימלא את המטרה הזאת וממילא לא יעמוד בהכרח בדרישת הכתב על פי החוק לדוגמה. נראה לנו שאימוץ החוק לדוגמה של UNCITRAL יביא לפתרון חקיקתי הגיוני יותר ושלם יותר מאשר החלת הגדרת "כתב" שבחוק הפרשנות על כל החיקוקים בישראל, כפי שהוצע על ידי אחרים.¹⁶⁰ קיים גם סיכוי טוב יותר שהוא ישיג את מטרת ההאחדה עם שיטות משפט אחרות בעולם, אשר כבר אימצו או צפויים לאמץ את גישתו של החוק לדוגמה.¹⁶¹

(ב) בעיית החתימה

חתימה על גבי מסמך, בחיי המסחר המסורתיים, משמשת בדרך כלל לכמה מטרות: (א) ראייה לזהות עורך המסמך וכן אימות האמור בו; (ב) ראייה לכך שאותו אדם גמר בדעתו להתחייב בהתאם לאמור באותו מסמך ולהיות קשור מכוחו. השימוש בחתימה לצורך שתי המטרות הללו, ובייחוד כביטוי של גמירות דעת לגיבוש סופי של התקשרות חוזית, הנו נפוץ ביותר. יש לעתים שהמחוקק עצמו דורש חתימה לצורך גיבוש התחייבות מסוימת, ואולם בחקיקה הישראלית, שבדרך כלל מתרחקת מדרישות פורמליות, דרישה כזאת אינה נפוצה. פקודת השטרות דורשת חתימה על גבי שטר,¹⁶² וכך גם חוק חוזה הביטוח לגבי חוזה ביטוח¹⁶³ וחוק הירושה לגבי צוואה בכתב יד וצוואה בעדים.¹⁶⁴ נוסף על כך קיימת דרישה

159 אשר לפונקציה של הוכחת "רצינות" כוונת הצדדים, נראה שגם היא יכולה להיות מסופקת על ידי הכתב האלקטרוני, בייחוד כאשר זו תלווה בדרישה לחתימה או לפעולה אחרת שתראה גמירות דעת. על כל פנים, החוק לדוגמה מאפשר למדינות להוציא מגדר תחולתו של סעיף 6(1) חיקוקים שונים שלגביהם לא יהיה בכתב אלקטרוני כדי לספק את דרישת הכתב. כך למשל, סברתי תחילה שיש מקום להחריג את דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, כאשר עדיין אין השעה בשלה לביצוע עסקאות מקרקעין באמצעות האינטרנט, ואולם, לאחר מכן נתקלתי בדיעה בעיתון על הכוונה של מינהל מקרקעי ישראל לבצע מכרזי קרקעות באינטרנט. ראה לעיל הערה 152.

160 ראה לעיל הערה 156. יצוין כי האו"ם אימץ את החוק לדוגמה רק לאחר פרסום הרוח הישראלי שלעיל.
161 ראה למשל הנוסח של סעיף 2-210(a) לנוסח החדש של ה-Uniform Commercial Code, Revised Article 2. Sales, Proposed Final Draft (May 1, 1999), הדומה מאוד לנוסח של סעיף 6 ו-7 לחוק לדוגמה של UNCITRAL, בכך שאוסר הפליה של "כתב" או "חתימה" בצורה אלקטרוניים לעומת כתב מסורתי. אשר להגדרת "כתב", החליטו מנסחי ה-UCC החדש להחליף את המונח "writing" במונח "record", ולכלול במונח החדש הן מידע בכתב "מסורתי", והן מידע המאוחסן באופן אלקטרוני וניתן לשחזור בצורה הניתנת להבנה (form) (סעיף (2-102(a)(30)).

162 סעיף 3 לפקודת השטרות [נוסח חדש], דמ"ג"ח 2, תשי"ו.

163 סעיף 2(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, ס"ח 1005.

164 סעיף 19 ו-20 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 446. סעיפים אלה דורשים גם דרישות צורניות נוספות, כגון תאריך וכתב ידו של המצווה ביחס לצוואה בכתב יד, וכתב, תאריך וחתימה בפני עדים ביחס לצוואה בעדים.

אריה רייך

לחתימה מכוח הפסיקה לגבי חוזה לקיצור תקופת ההתיישנות.¹⁶⁵ ואולם, התחום שבו דרישת החתימה היא הנפוצה ביותר הוא ג'דיני התאגידים. מיעוטן של הדרישות הללו מקורן בחקיקה,¹⁶⁶ ואילו רובן נובעות מהתקנונים, או מנוסחים מקובלים ונפוצים מאוד של החלטות פורמליות של התאגידים לגבי אופן חיוב החברה ("זכות החתימה").¹⁶⁷ הגם שאין הגדרה פורמלית בחוק למונח "חתימה", ניתן להסיק הן מהגדרתו המילונית של המונח¹⁶⁸ והן ממקורות משפטיים אחרים,¹⁶⁹ כי "חתימה" היא "כתיבת שמו של אדם בעצם ידו לאישור הכתוב".¹⁷⁰ כידוע, בהעברת מסרים אלקטרוניים אין כתיבה "בעצם ידו" של אדם, אלא משתמשים בדרכים חלופיות לוודוא זהותו ומחויבותו של שולח המסר. מכאן, שדרישת החתימה עשויה לעורר קשיים גדולים להתפתחות המסחר האלקטרוני בכל אחד מן ההקשרים הללו, ובייחוד כאשר קיימת מעורבות של תאגיד. גם בעניין זה עשוי אימוץ החוק לדוגמה של UNCITRAL לסייע בפתרון הבעיה.¹⁷¹ חוק זה (בסעיף 7) נוקט גם בהקשר זה גישה של שקילות תפקודית. הוא מציע להכיר במסר

165 ע"א 113/69 חתמי לוידיס נ' לב, פ"ד כג(2) 230. פסק הדין מתבסס על האמור בסעיף 19 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, הדרוש עשיית חוזה נפרד בכתב; לביקורת על פסק הדין, ראה: פרידמן וכהן, לעיל הערה 135, בעמ' 450.

166 כך למשל, נקבע בסעיף 299 לחוק הזכויות, התשנ"ט-1999 כי לשם רישום העברת מניות בחברה, יש צורך שכתב ההעברה יחתם בידי המועבר והנעבר. כמו כן נאמר בסעיף 103 לחוק, כי לשם קבלת החלטת דירקטוריון ללא התכנסות, צריך לצרף אל החלטתה בכתב את חתימות הדירקטורים. בסעיף 90 לחוק נקבע שפרוטוקול שנחתם בידי יושב ראש האספה הכללית מהווה ראיה לכאורה לאמור בו. בעניין הגשת מסמכים ודיווחים לרשם החברות, ששם קיימת דרישה לכך שאלה ייחתמו בידי אחד מנושאי המשרה של החברה, כאן דווקא צפה המחוקק אפשרות של הגשת דיווחים באופן אלקטרוני (סעיף 39 לחוק). נאמר שם בסעיף קטן (ד), שאם קבע השר הנראה בדבר דיווח אלקטרוני, רשאי הוא גם לפטור מהצורך בחתימת נושא משרה על גבי דיווח כאמור.

167 הנוסח המקובל של החלטת ההרשאה בתאגידים הוא שלשם חיובה של החברה יש צורך בחתימת דירקטור אחד או יותר או מורשי חתימה אחרים, בצירוף חותמת החברה. גם הסמכות לחייב רשויות ותאגידים שהוקמו על פי חוק היא בדרך כלל מוגדרת במונחים של "חתימה", אם על פי חוק ואם על פי חקיקה פנימית של אותו גוף. ראה, למשל, סעיף 191 של פקודת העיריות, הקובע: "כל פקודת תשלום או שובר תשלום או שיק לחובת קופו העירייה יחתמו על ידי ראש העירייה, או פקיד אחר שהורשה לכך על ידי המועצה, וייחתמו חתימה שנוגד על ידי הגזבר או פקיד אחר שנתמנה לכך על ידי המועצה, ואם נחתמו כך רשאי הבנק לפרוע על פיהו".

168 עיין ערך: "חתימה", א' אבן-שושן המילון החדש (ירושלים תשכ"ט) 861.

169 בפקודת הפרשנות (סעיף 1) נאמר: "חתימה – באדם שאינו יודע לכתוב שמו – לרבות 'סימן'". מכאן, שחתימה בדרך כלל היא כתיבת שמו של אדם בידי הווא. כך עולה גם מסעיף 92 לפקודת השטרות, הקובע: "מסמך או כתב הטעונים לפי פקודה זו חתימתו של אדם, אין צורך שיחתום עליהם בידי הווא אלא די להם בחתימתו שנכתבה בידי אדם אחר בהרשאתו או על פיה או בחותמו שהוטבע עליהם בידי עצמו או בהרשאתו".

170 ראה לעיל הערה 168.

171 מאז כתיבת דברים אלה חוקקה הכניית את חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א-2001, ס"ח 1785. סעיף 2(א) לחוק זה קובע כי אם נדרשה לצי חיקוק חתימתו של אדם על מסמך, "ניתן לקיים דרישה זו לגבי מסמך שהוא מסר אלקטרוני, באמצעות חתימת אלקטרונית, ובלבד שהיא חתימה אלקטרונית מאושרת". "חתימה אלקטרונית מאושרת" מוגדרת בחוק כ"חתימה אלקטרונית מאובטחת אשר גורם מאשר הנפיק תעודה אלקטרונית בדבר אמצעי אימות החתימה המזהה אותה". בעקבות אימוצו של חוק זה נפתרו מרב הבעיות שהחוק לדוגמה של Uncitral ביקש לפתור בקשר לחתימה אלקטרונית, באמצעות

גלובליזציה ומשפט

אלקטרוני כממלא אחר דרישת החתימה שבדין,¹⁷² כל אימת שמתמלאות שתי דרישות לגבי המסר הזה:

- (a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and
- (b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.¹⁷³

הדרישה הראשונה מבין שתי הדרישות הללו מתייחסת לשתי הפונקציות העיקריות של החתימה שהזכרנו לעיל; דהיינו זיהוי עורך המסר וביטוי להסכמתו לתוכן המסר. היא מחייבת לתת הכרה לשיטה חלופית (אלקטרונית) אשר ממלאת פונקציות אלו. הדרישה השנייה מתייחסת למידת האמינות של השיטה הנזכרת, ומאמצת לעניין זה נוסחה גמישה שמותאמת למטרה שלשמה נוצר או הועבר המסר הנידון, בהתחשב בכל נסיבות העניין, לרבות כל הסכם רלוונטי.

בהקשר זה יש לזכור כי גם חתימה בכתב יד איננה שיטה מושלמת לזיהוי, וזיוף של חתימות הוא תופעה נפוצה למדיי שגם זוכה ב"הצלחה" לא מבוטלת. כמו כן, גם ברין הנוכחי קיימות רמות החמרה שונות לגבי אופן זיהוי החותם. יש שדורשים שהחתימה תאושר על ידי עד, נוטריון, או רשות מסוימת,¹⁷⁴ ויש שמוכנים להסתפק בתחליפים וראיים פחות מאשר חתימה בעצם ידו של צד, כמו בפקודת השטרות.¹⁷⁵ בהקשר זה יש חשיבות גם למנהג הסותרים, ובייחוד למה שהיה נהוג בין הצדדים המעורבים בעצמם. על כן, במקום לקבוע רמת ודאות מוגדרת וקשיחה, בחרו מנסחי החוק לדוגמה בנוסח גמיש שיתאים את רמת הודאות הנדרשת למה שסביר ומקובל בהתחשב בסוג הפעולה המשפטית שבה מדובר, בטיב היחסים בין הצדדים, וביכולת הטכנולוגית הקיימת באותה העת ובמקום.

פתרון נייטרלי למדיי מבחינה טכנולוגית. עדיין יש חשיבות גדולה לכך שתושג הסכמה בין-לאומית באשר לקריטריונים ולתנאים שיידרשו לצורך הכרה בחתימה אלקטרונית ובאשר להכרה בגורם מאשר של חתימות כאלה. ראה לעניין זה את סעיף 22 לחוק החתימה האלקטרונית, המסמיך את הרשם להכיר בגורם המאשר חתימות אלקטרוניות והפועל מחוץ לישראל, ובלבד שהוא נכח שהוא עומד בתנאים הדומים לאלה הנדרשים מגורם מאשר בישראל. מכאן, שאם יהיו הבדלים בין התנאים שיחולו בעניין זה במדינות שונות, יכול להיווצר קושי במתן הכרה הדדית, דבר שיקשה על המסחר האלקטרוני הבין-לאומי.

172 יש לשים לב לכך שהשימוש במונח "law" בהקשר של סעיפים 6-10 בחוק לדוגמה אינו מכוון רק לחקיקה אלא לכל מקור שממנו נובע דין מחייב, ועל כן נראה שהמקבילה שלו בעברית היא המונח "דין". ראה סעיפים 47 ו-68 לרברי ההסבר לחוק ("Guide to Enactment").

173 סעיף 7(1) לחוק לדוגמה של UNCITRAL, לעיל הערה 131.

174 צוואה בעדים, למשל, צריכה להיחתם על ידי המצווה בפני שני עדים, לאחר שהצהיר לפנייהם שזו צוואתו (סעיף 20 לחוק הירושה). ואילו הסכם ממון בין בני זוג טעון אישור בית המשפט לענייני משפחה או בית דין דתי (סעיף 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג).

175 ראה סעיף 92 לפקודת השטרות.

כפי שניתן להיווכח, החוק לדוגמה גם לא נקט כל עמדה בשאלה, איזו מן השיטות ומהתקנים הקיימים היום בשוק בנושא חתימה דיגיטלית יש להעדיף. מנסחי החוק בחרו בגישת הנייטרליות הטכנולוגית (Technological Neutrality). בדרך זו אין הפליה בין האמצעים האלקטרוניים הקיימים או הזעופה של טכנולוגיה אחת על פני זולתה. גישה זו גם מאפשרת לחקיקה בנושא מתפתח זה לשמור על חזיונותה אף לאור התפתחויות טכנולוגיות עתידיות של אמצעים אלקטרוניים שאינם קיימים היום. בכך שונה החוק לדוגמה של UNCITRAL ממספר חוקים שהתקבלו במעט מדינות בארצות הברית ובאירופה,¹⁷⁶ ואשר עוררו גל של ביקורת.¹⁷⁷ אין זה אומר שלא היה רצוי כי בסופו של דבר תושג הסכמה בין-לאומית גם על תקנים אחידים של חתימות אלקטרוניות, כדי להסיר את המכשולים הנובעים מהבדלים בין תקנים שונים ואת אי-הוודאות שמצב זה גורם. ניסיונות להגיע להסכמה כזאת נעשים במספר פורומים בין-לאומיים.¹⁷⁸ ואולם, ייתכן שהזמן טרם בשל להסכמה זו בשל ההתפתחויות הטכנולוגיות המהירות בתחום זה, אשר חדשות לבקרים מצמיחות טכנולוגיות חדשות, הטועות לעדיפות על פני כל הטכנולוגיות שקדמו להן, וכן בשל חילוקי הדעות הנוקבים בין המדינות בנושא זה.¹⁷⁹ נראה לנו שבתחום זה עדיף שכוחות השוק יוכלו לפעול בינתיים את פעולתם, מאשר שפקידי הממשל יכפו על השוק שיטה מסוימת, שבעתיד יתברר שהיא נחותה משיטות אחרות. תהליך כזה עשוי להכשיר את הדרך

176 המדינה הראשונה בארצות הברית שזווקקה חוק בנושא חתימה אלקטרונית היתה מדינת יוטה, בשנת 1995. ראה: Utah Code Annotated § 46-3-101 (1998). החוק שלה מבכר למעשה שיטה מסוימת של חתימה אלקטרונית, לאמור חתימה דיגיטלית. זו טכנולוגיה שנעשה בה שימוש ב-public key cryptography, המשחמשת באלגוריתם המשחמש בשני מפתחות שונים, אך קשורים, שאחד פומבי והאחר פרטי. עם זאת, אין החוק של יוטה פוסל לחלוטין שימוש גם בטכנולוגיה אחרת; ארבע מדינות נוספות שנקטו גישה דומה הן: מינסוטה, מיזורי, ניו המפשייר ושינגטון. באירופה, נקטה גרמניה גישה כזאת. ראה: T.J. Smedinghoff & R. Hill Bro "Moving with Change: Electronic Signature Legislation as a Vehicle for Advancing E-Commerce" 17 *John Marshall J. Computer & Information Law* (1999) 723, at p. 741; לעומתן, רוב המדינות האחרות של ארצות הברית נקטו את גישת הנייטרליות הטכנולוגית: שם, בעמ' 738-740.

177 שם, בעמ' 760-762; ראה גם: E. Beary "The Digital Signature Debate: Technology Neutral or Specific" *The Cyberlaw Journal*, at <http://raven.cc.ukansas.edu>

178 קיימת קבוצת עבודה במסגרת ה-UNCITRAL שעובדת על ניסיון לגבש כללים אחידים בין-לאומיים בהתייחסות למסדות מאשרים (מוסדות שיהיו אחראיים על האוטנטיות של המפתחות ושל הזיהוי של הגופים הפועלים ברשת) ועל הבעיות הכרוכות בהכרה הדדית בחתימות אלקטרוניות. בינתיים גובשה טיוטת חוק לדוגמה בעניין זה. ראה: Draft Uniform Rules on Electronic Signatures, באתר של הארגון: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>; גם בארגון ה-OECD, ארגון המדינות המפותחות, התבצעה עבודה בחרום זה, ואילו בתוך הקהיליה האירופית, גיבשה הנציבות הצעה לדירקטיבה לגבי מסגרת אחידה לחתימות אלקטרוניות, אשר נמצאת בשלבי חקיקה מתקדמים. ראה: Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on a common framework for electronic signatures, Document PC0195 599 (ראה: <http://europa.eu.int/eur-lex>).

179 ראה: S.A. Baker "International Developments Affecting Digital Signatures" 32 *Int'l Lawyer* (1998) 961, 971-975.

גלובליזציה ומשפט

בסופו של דבר ליזמת חקיקה בין-לאומית, אשר תמצא את הקונסנסוס המתאים, הן בין המדינות לבין עצמן, והן בינן ובינן הגורמים העסקיים.¹⁸⁰ לסיום סעיף זה חשוב להדגיש, כי לא זו בלבד ששתי הסוגיות שדנו בהן לעיל הן רק חלק קטן מן הסוגיות המוסדרות בחוק לדוגמה של UNCITRAL, אלא עדיין גם חוק זה רחוק מלמצות את הסדרת הסוגיות המשפטיות הרבות המתעוררות בקשר לסחר האלקטרוני. מלבד השגת הסכמה על שיטת ההסדרה של חתימות אלקטרוניות ויידוא אמינותן, שאותה הזכרנו, עדיין נותרה עבודה רבה בתחומים, כגון הגנת הצרכן, הגנת הפרטיות, הגנת הקניין הרוחני באינטרנט, בכרת הדין, מיסוי ועוד. צעדים ראשוניים בתחומים אלה כבר החלו.¹⁸¹

5. דיני מסים

תהליך הגלובליזציה, ובפרט התגברות הניידות של ההון, בשנים האחרונות, יצרו תופעה חדשה יחסית של "תחרות מס", לאמור מצב שבו מדינות ריבוניות נאלצות להפחית את שיעורי המס שלהן על הכנסות שצמחו לתושבי חוץ בתוך גבולותיהן, במטרה להתחרות במדינות אחרות במשיכת השקעות של אותם תושבי חוץ.¹⁸² תחרות מס זו מאיימת לפגוע פגיעה משמעותית בהכנסותיהן של המדינות ממס הכנסה, הן מיחידים והן מחברות. בעקבות כך נטו המדינות המתפתחות להעביר את נטל המס מההון, שהוא נייד, אל העבודה, שהיא ניידת פחות, ובהמשך, כאשר הכבדה נוספת של מיסוי ההכנסות מעבודה הופכת קשה מן הבחינה הפוליטית והכלכלית, יש קיצוץ ברשת הביטחון הסוציאלית. כך עלולה הגלובליזציה ותחרות המס לגרום לכך שמדינות הרווחה המודרניות יתקשו לקיים את מדיניות הרווחה שנקטו עד כה, וזאת דווקא בשעה שהשינויים הכלכליים והסוציאליים הנובעים מן הגלובליזציה דורשים יותר מאי-פעם את פריסת רשת הביטחון הסוציאלית.¹⁸³ גם בישראל אנו עדים ללחץ המופעל על הממשלה ועל שלטונות המס להעניק פטורים והטבות מס מפליגות למשקיעים – בייחוד למשקיעי חוץ.¹⁸⁴ כדי להיענות לדרישות הללו

180 להשקפה דומה, ראה: א' טננבאום "השלכות רשת האינטרנט על המשפט המהותי" *שערי משפט* א(2) תשנ"ח 133.

181 בעניין חתימות אלקטרוניות מחנהלת עתה עבודה יסודית בארגון UNCITRAL, לגיבוש כללים אחידים בנושא חתימות כאלה והמוסדות שיהיו מוסמכים לאשר את אמתותן. ראה: A/CN.9/WG.IV/WP.84 Draft Uniform Rules on Electronic Signatures מיום 8.12.1999, באתר של הארגון: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>. עבודה רבה מתבצעת גם על ידי ארגון המדינות המפותחות, ה-OECD, העוסקת בתחומים כגון: הגנת הצרכן במסחר האלקטרוני; הגנת הפרטיות במסחר האלקטרוני; מיסוי המסחר האלקטרוני; חתימות דיגיטליות וטכנולוגיות ההצפנה. ראה: http://www.oecd.org/subject/e_commerce; שאלת המיסוי גידונה גם באופן אינטנסיבי במסגרת ארגון הסחר העולמי, ה-WTO, אשר הוכרו בוועידת שרים שהתקיימה במסגרתו בשנת 1998 בהסכמה על המשך הנוהג הקיים שלא להטיל מיסוי על העברות אלקטרוניות (כגון, מכירת תוכנה או מוסיקה דרך רשת האינטרנט). ראה: <http://www.wto.org/wto/ecom/ecom.htm>.

182 ראה: R.S. Avi-Yonah "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State" 113 *Harv. L. R.* (2000) 1573; וכן: "Special Survey: Globalization and Tax" *The Economist* (Jan. 29, 2000).

183 Avi-Yonah, *ibid*, p. 3

184 ראה לעיל הערה 42.

אריה רייך

חוקקו בין היתר חוקי העידוד להשקעות הון,¹⁸⁵ ולפני שנים מספר אף הגדיל המחוקק לעשות כאשר חוקק את חוק אזוריים חופשיים לייצור בישראל, התשנ"ד-1994,¹⁸⁶ שיוצר אזור כמעט חוץ-טריטוריאלי מבחינת דיני המס ודיני העבודה הקיבוציים. כל זאת כדי למשוך משקיעים, ובייחוד משקיעים זרים, לאזורי פיתוח. בדרך הוועדה לרפורמה במיסוי הישיר (ועדת כן-בסט) צוין תהליך הגלובליזציה כאחד משיקולי היסוד שהנחו את הוועדה בגיבוש המלצותיה.¹⁸⁷ לדברי הוועדה, הגלובליזציה מגבירה את חשיבותו של המיסוי בקביעת מידת התחרותיות של המשק וגודל הנתח שלו בשוקי הסחורות וההון, והיא יוצרת תלות גדולה יותר של מדיניות המיסוי בישראל בהחלטות המתקבלות מעבר לים. בייחוד מצינת הוועדה את התגברות הנניידות של ההון והחמוש לבריחת הון כסיבות לכך ששיעורי המס על ההון אינם יכולים לסטות באופן משמעותי מאלה הנהוגים בארצות הברית ובמערב אירופה. זו אפוא דוגמה נוספת ל"מירוץ לתחתית" שהזכרנו לעיל כאחד הגורמים האפשריים ליצירת אמנות בין-לאומיות.¹⁸⁸ אכן, פתרון אפשרי לבעיה זו היא הגבלת תחרות המס המזיקה באמצעות אמנות בין-לאומיות, שבהן יתחייבו המדינות להפסיק את המירוץ לתחתית ולהעמיד את שיעורי המס על רמה מזערית מוסכמת או על עקרונות מיסוי מוסכמים. אמנות מס בין-לאומיות קיימות בשפע כבר היום, והן מהוות גם חלק אינטגרלי מדיני המס הישראליים.¹⁸⁹ ואולם אמנות אלה הן כולן בילטרליות ועוסקות בדרך כלל בצורך למנוע מיסוי כפל ובגיבוש שיתוף הפעולה בין המדינות המתקשרות. כדי למנוע תחרות מס, יש צורך באמנה רב-לאומית שתכלול מספר מרבי של מדינות, ואשר תקבע רמות מזעריות מסוימות של מיסוי ההון, או תאסור נוהגים מסוימים הפוגעים ביכולת המיסוי. סוגניות ליזמות רב-לאומיות כאלה קיימות כבר היום, אף כי עדיין לא ברור מה מידת סיכוייהן להצלחה. כך למשל, גיבשה מועצת הקהילייה האירופית בסוף שנת 1997 חבילת

185 חוק לעידוד השקעות הון, התש"י-1950, ס"ח 129; חוק לעידוד השקעות הון, התש"ט-1959, ס"ח 234; ראה גם חוק לעידוד השקעות (חברות עתירות הון), התש"ן-1990, ס"ח 170.

186 ס"ח 216. יצוין, כי חוק זה עדיין לא יושם.

187 *דו"ח הוועדה העיבורית לרפורמה במס הכנסה* (ועדת כן-בסט) (ירושלים תש"ס) 6.

188 לעיל פרק ג, סעיף 2.

189 אמנות המס הבין-לאומיות נקלטות במושפט הישראלי מכוח סעיף 196 לפקודת מס הכנסה, הקובע כי משהודיע שר האוצר בצו כי נעשה הסכם עם מדינה פלוגית ליתן הקלה ממסי כפל, וכי מן המועיל לתת תוקף להוראותיו, יהיה להסכם תוקף על אף האמור בכל חיקוק. גם בסעיף 46א לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961, מצויה הוראה הקולטת הסכמים עם מדינות זרות. מדינת ישראל כרתה עד היום קרוב לשלושים אמנות מס בילטרליות למניעת כפל מס עם מדינות שונות, והמדיניות בשנים האחרונות חותרת להרחבת רשת האמנות, תוך שימת דגש על מדינות שיש לישראל ולתושביה קשרי כלכלה ומסחר עמן, ואשר חתימת אמנות ביניהן צפויה לקדם את היחסים המסחריים והכלכליים. ואולם, כאמור בטקסט, עדיין אין הסכם רב-לאומי בענייני מס, לא בנושא מניעת כפל מס ואף לא בעניין מניעת תחרות מס או ניצול לרעה של נוהגי מס מזיקים. עם זאת יצוין, כי אמנות המס הבילטרליות מבוססות בדרך כלל על טיוטת אמנה לדוגמה של ארגון ה-OECD – Model Double Taxation Convention – United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 1980, שנוסחה במיוחד כדי להחאים לאמנות הנכרות בין מדינה מפותחת למדינה מתפתחת המבקשת לעודד השקעות בתחומה.

גלובליזציה ומשפט

הצעות שמטרתן "להיאבק בתחרות מס מזיקה בתוך האיחוד האירופי".¹⁹⁰ החבילה מורכבת מהצעה לשתי דירקטיבות על מיסוי של חסכונות ותשלומי ריבית ותמלוגים לחוץ לארץ, בהתאמה (ואלה יהפכו למחייבות עם אימוצן), וכן מ"קוד התנהגות" בלתי מחייב ביחס לאופן המיסוי של עסקים. בחודש יוני 2000, התקבלו ההצעות בשינויים מסוימים לאחר פשרה בין ראשי המדינות, והכוונה היא שהן ייכנסו לתוקף לקראת סוף שנת 2002.¹⁹¹ מובן שחבילה זו, אם תאומץ, תחייב כשלעצמה אך ורק את חמש עשרה המדינות החברות כעת בקהילייה האירופית. כאן טמונה כמובן גם הבעיה הקשה של היזמה, שהרי היא עשויה לגרום לכריחת הון למדינות כמו שווייץ וארצות הברית, או למקלטי מס מובהקים. מסיבה זו החליטו גם ראשי מדינות הקהילייה לפתוח בדיונים עם ארצות הברית ומדינות "מפתח" אחרות (מקלטי מס פופולריים, כגון שווייץ, ליכטנשטיין ומונקו) כדי לקדם אימוץ של צעדים דומים באותן מדינות. במקביל ליזמה של הקהילייה האירופית, מתנהלת גם פעילות בנושא זה בארגון המדינות המפותחות (OECD), המונה כיום עשרים ותשע מדינות. שם הוכן דוח וגובשו המלצות המבקשות להציע פתרון לבעיית תחרות המס באמצעות אמנה בין-לאומית, שאליה יצטרפו לא רק המדינות המפותחות חברות הארגון, אלא גם מדינות מתפתחות, רבות ככל האפשר.¹⁹² יזמה זו עשויה להיות רלוונטית מאוד גם לישראל, הפועלת בימים אלה כדי להתקבל לארגון יוקרתי זה.

עם זאת, אין ודאות שהיזמות הבין-לאומית הללו יצליחו, לאור ההתנגדות הצפויה ממדינות המשמשות מקלטי מס והנהנות מהפירות הכלכליים של משיכת הון זה. כמו כן, העובדה ששני הארגונים הללו הם מוגבלים בהיקף החברות שלהן – בין שזו הגבלה אזורית, כמו במקרה של הקהילייה האירופית, ובין שזו הגבלה על פי מידת ההתפתחות הכלכלית של חברה, כמו במקרה של ה-OECD – בוודאי תגביל מאוד את היקף ההשפעה והאפקטיביות של היזמות שלהן. על כן, יש המציעים שנושא ההסדרה הרב-לאומית של מדינות המיסוי תימסר לארגון הסחר העולמי (World Trade Organization).

מן הפן המהותי, אין ספק שסוגיות הקשורות בהסדרת הסחר הבין-לאומי ובמיסוי היבוא קרובות ביותר לסוגיות המיסוי הכללי, בייחוד בתנאים של ניידות הון כפי שקיימים היום. מן הפן המעשי, הטלת המשימה של פתרון בעיית תחרות המס הבין-לאומית על ארגון הסחר העולמי, נותנת סיכוי להצלחת משימה כזו, שכן בדרך זו תתאפשר כריכת התחייבויות בנושא זה בהתחייבויות בנושאים אחרים, בדרך של "עסקת חבילה" והטבות צולבות. מחד גיסא, מעטות המדינות שיכולות היום להרשות לעצמן לוותר על ההטבות הכרוכות בחברות בארגון זה, רק כדי לשמור לעצמן את הזכות להמשיך במדיניות מיסוי של מקלטי מס. מאידך גיסא,

190 Conclusions of the ECOFIN Council Meeting on 1 December 1997 concerning taxation policy, *Official Journal of the EC*, No. C 2 (6.1.1998), p. 1

191 ראה: Annex IV to the Presidency Conclusions of the Santa Maria de Feira European Council of 19/20 June 2000, Press release nr. 200/1/00, 19.6.2000 published on the website of the Council of the European Union (<http://ue.eu.int>)
COM(200)400 final (18.7.2001). ראה: Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue

192 הדוח פורסם תחת השם: Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue (OECD 1998); על פעילות הארגון בתחום זה, ראה: "Harmful Tax Practices", ב: http://www.oecd.org/daf/fa/harm_tax/harntax.htm

אריה רייך

השגת הסכם רב-לאומי בנושא המיסוי כרוכה בכעיות לא פשוטות,¹⁹³ ואין לדעת אם בצל הקשיים הרבים שהוא נתקל בהם בתקופה האחרונה, יהיה הארגון מוכן להסתכן במשימה כה כבדה.

כך או כך, קיים סיכוי סביר שבעתיד נהיה עדים להשפעה גוברת והולכת של המשפט הבינ-לאומי ההסכמי גם על דיני המס בישראל. ואולם על היקפה של השפעה זו עדיין קשה להתנבא.

6. דיני חברות

תחום נוסף שבו התחזיות בדבר השפעות בין-לאומיות נראות כמבט ראשון כרחוקות ואולי מעט ספקולטיביות, הוא תחום דיני החברות. הנה רק לאחרונה נתקבל בישראל חוק חברות חדש ומקיף,¹⁹⁴ פרי מאמץ אינטלקטואלי מקומי שנמשך שנים מספר ואשר הבשיל לכדי יצירה שהיא בחלקה ישראלית מקורית,¹⁹⁵ וכיצד ניתן אפוא לדבר כבר היום על הצורך לשנות את דיני החברות בישראל לאור יזמות האחדה בין-לאומיות?

ובכן, הבעיה היא שגיבושו של זוק החברות החדש החל לפני למעלה מחמש עשרה שנה, ויש מקום לחשש שמנסחיו לא זביאו בחשבון את תהליך הגלובליזציה המואץ שעובר עתה על הכלכלה הישראלית.¹⁹⁶ האב כאשר החלו את העבודה על ניסוח החוק, ניתן היה לצפות שמאות חברות ישראליות יונסקו וייסחרו בכורסות בחוץ לארץ? האם מנסחי החוק הביאו בחשבון את הליברליזציה בפיקוח על המטבע חוץ ואת הניידות הגדולה של ההון, אשר מאפשרת ליזמים ולמשקיעים לרשום את החברה שלהם בחוץ לארץ, תוך בחירת מקום הרישום הנוח ביותר? כבר היום קיימת נטייה הולכת וגוברת בין חברות החייטק להתאגד בחוץ לארץ, וייתכן שאימוצו של החוק החדש רק יגביר תופעה זו.

חשש זה מבוסס על כמה טעמים. ראשית, מהפכה חקיקתית כמו זו הכרוכה באימוץ חוק חברות חדש לחלוטין, יוצרת באופן טבעי רמה גבוהה של אי-ודאות לגבי תכניהם של ההסדרים המשפטיים.¹⁹⁷ מחד גיסא ההסדרים הישנים בטלו מן העולם; ומאידך גיסא, ההסדרים החדשים טרם פורשו באופן מוסמך על ידי בתי המשפט, ובמציאות הישראלית של

193 ראה: R.A. Green "Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments: A Comparison of the International Tax and Trade Regimes" 23 *Yale J. Int'l L.* (1998) 79

194 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 1711.

195 מובן שלא כל החוק הוא ישראלי מקורי. בהרבה מההסדרים שלו ניכרת השפעה אמריקנית חזקה, כמו המגמה לעצב את המבנה והמשטר של החברות הציבוריות הישראליות בדומה למבנה והמשטר הנוהגים באותן חברות בארצות הברית. ראה: א' חביב-סגל דיני חברות: לאחר חוק החברות החדש (תל אביב תשנ"ט, כרך א) 17. השפעה זו באה במקומה של ההשפעה של הדין האנגלי, שהייתה הכולטת בעבר. ואולם, כאן מדובר על השפעה של מערכת משפט לאומית מטוימת, ולא של המשפט הבינ-לאומי, כפי שהגדרנו בראש המאמר.

196 על החששות הללו, ראה גם: ס' קורן-ליבר "הראש היהודי ממציא לנו פטנטים" גלובס (22-23.12.99), בעמ' 60-61.

197 א' חביב-סגל, לעיל הערה 195, בעמ' 12.

גלובליזציה ומשפט

הזדקקות מועטה להתדיינות משפטית בנושא דיני החברות,¹⁹⁸ יחלפו עוד שנים רבות עד אשר יתפתח גוף משמעותי של פסיקה חדשה אשר תמלא תוכן קונקרטי בהסדריו של החוק.¹⁹⁹ בהקשר זה יש לזכור כי החוק החדש אימץ מספר רב של "מונחי מסגרת" גמישים – כגון "צודק ונכון", "הגינות", "תום לב", "נטילת סיכון בלתי סביר" ועוד²⁰⁰ – אשר בתי המשפט יצטרכו לצקת בהם תוכן.

החובה של נושאי משרה לפעול למען טובתה של החברה,²⁰¹ או האיסור על קיפוחו של בעל מניות,²⁰² הם הוראות סתומות, אשר משמעותן המדויקת תתברר רק לאחר שסוגיות אלה, בווריאציות שונות, יגיעו לבתי המשפט ויזכו לפרשנות מוסמכת. מול אי-הוודאות שבהסדר המקומי, עומדת האפשרות להתאגד במדינה כמו דלאוור, שיש בה חוק חברות מפותח מאוד, אשר קיימת לגבי מסורת של פסיקה ענפה. שנית, החוק החדש נוקט גישה מתערבת יותר מזו הנוהגת בשיטות משפטיות רבות בחוץ לארץ, וגם עובדה זו עלולה להביא להגירת חברות.

דוגמה אחת לכך היא הוראת החוק, שלפיה בית המשפט מוסמך להרים את מסך ההתאגדות, שפירושה בין היתר לייחס חובות של החברה לבעלי מניותיה, אם היה בניהול עסקי החברה "משום נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה".²⁰³ הוראה זו עלולה להרתיע מייסדים של חברה – בייחוד אם החברה עוסקת בתחום בעל סיכון עסקי גבוה – מלאגרה בישראל, פן ימצאו את עצמם נתבעים באופן אישי בגין חובות החברה, אם תיכשל החברה בעסקיה.²⁰⁴ כאמור, דרך פשוטה יחסית להימלט מסיכון זה, היא

198 ראה: 'צ' שטרן "אנטומיה של פסיכיות שיפוטית בדיני חברות – קוצר הנורמה הפוזיטיבית" עיני משפט יז (תשנ"ג) 811.

199 א' חביב-סגל, לעיל הערה 195, בעמ' 12.

200 "צודק ונכון", מוזכר למשל בסעיף 6(ב) לחוק לעניין הרמת מסך; "הגינות" מוזכרת למשל בסעיפים 192, לעניין חובת בעל מניות, ובסעיף 193 לעניין בעל שליטה; "תום לב" מוזכר לעניין חובת אימונים של נושא משרה, בסעיף 254, ולעניין חובת בעל מניות, בסעיף 192(א); "סיכון בלתי סביר" – סעיף 6 לעניין הרמת מסך ההתאגדות.

201 סעיף 254 לחוק.

202 סעיף 192(ב) לחוק.

203 סעיף 6 לחוק.

204 יש לציין, כי בדברי ההסבר להצעת החוק – שאגב לא כללה הוראה מפורשת שכזו – מדובר על כך כי אחד המקרים שבהם ניתן יהיה לשקול הרמת מסך, הוא כאשר החברה נוסדה במימון רק (ראה הצעת חוק החברות, תשנ"ו-1996, הצ"ח 2432, דברי ההסבר לסעיף 8 להצעה (סעיף קטן 7)). בית משפט עלול אפוא להגיע למסקנה, בחכמה שלאחר מעשה ומתוך התחשבות בנושאים "מקופחים", כי מימון המייסדים היה קטן מדי לגבי הסיכון העסקי שהחברה נטלה על עצמה, ולחייב את בעלי המניות של החברה באמצעות הרמת מסך ההתאגדות. כל זאת, אף על פי שאין החוק קובע שום מסמרות לגבי ההנן המוצעו הדרוש להקמת חברה. יש לציין, כי לאחרונה פורסם תזכיר הצעת חוק מטעם משרד המשפטים המציע לתקן את סעיף 6 ולצמצמו (משרד המשפטים, תזכיר חוק החברות (תיקון), התשס"א-2001, מיום 25.2.01). לדברי מנסחי ההצעה, מטרתה היא "להבהיר כי לא היה בכוונת המחוקק להרחיב את קשת המקרים בהם יורם מסך ההתאגדות לעומת המצב קודם תחילתו של חוק החברות". את זאת מבקשים להשיג, בין היתר, על ידי הקביעה בחוק, שהמקרים שבהם ייוחסו חובות החברה לבעלי המניות יהיו אך ורק "כאשר נכון וצודק לעשות כן, ובהתקיים אחד מן המקרים המפורטים בסעיף המוצע". לא ברור באיזו מידה התיקון המוצע יש בכוחו להשיג את מטרתו ולהסיר את אי-הוודאות שיצר החוק החדש.

אריה רייך

באמצעות רישום החברה במדינה בעלת מדיניות נוקשה בנושא הרמת המסך, וניהול העסקים בישראל כ"חברת חוץ", על פי סעיף 346 לחוק.²⁰⁵ דוגמאות אחרות להסדרים שעשויים להרתיע מפני רישום החברה בישראל, הן ההוראות המתייחסות לחלוקת דיווידנדים,²⁰⁶ ההסדרים העוסקים בחלוקת הסמכויות שבין האורגנים השונים בחברה,²⁰⁷ ההסדרים בדבר האחריות ההדדית של בעלי המניות בחברה,²⁰⁸ וכן ההוראות המגבילות את האפשרות להשתלט על חברות.²⁰⁹

קיימת אפוא אפשרות סבירה שהמחוקק הישראלי ימצא את עצמו תוך פרק זמן לא רחוק תחת לחץ גובר והולך לשנות הוראות מרכזיות מתוך החוק החדש כדי למנוע "הגירה" של חברות מישראל אל מדינות שבהן דיני החברות נוחים יותר לבעלי המניות או למנהלים. לחץ זה עלול ליצור תהליך של "מירוץ לתחתית" (race to the bottom) מן הסוג שהזכרנו בתחילת המאמר,²¹⁰ ואשר מוכר זה כשלושה עשורים בארצות הברית בהקשר של דיני החברות.²¹¹

205 על חברת חוץ, קרי, חברה שהתאגדה מחוץ לישראל, נראה שלא יחולו הוראות חוק החברות הישראלי, למעט ההוראות שבסעיפים 346-349 לחוק בדבר חובת רישום, דיווח וחשולם אגרות כחברת חוץ. מסקנה זו עולה מכלל הן שבהוראות הללו, וכן מהאמור בסעיף 5 לחוק, ולפייה "קיומה של חברה היא מיום ההתאגדות המצוין בתעודת ההתאגדות"; "תעודת התאגדות" מוגדרת בסעיף 1 כתעודה בהתייחס רשם החברות הישראלי.

206 ראה סעיף 302 לחוק החברות, הקובע כי מותר לבצע חלוקה רק מתוך רווחים צבורים, אך לא מתוך השבחת הנכסים. גם חלוקה מתוך הרווחים מותנית בכך שאין חשש סביר שהחלוקה תמנע מהחברה את היכולת לעמוד בחביותיה הקיימות והצפויות. חלוקה שלא מתוך רווחים צבורים מותרת רק על פי אישור מיוחד מבית המשפט, אשר מחויב לשמוע גם את עמדת נושי החברה שהתנגדו לכך (שם, סעיף 303).

207 ראה למשל סעיף 95(א) לחוק, האוסר על מנהלה הכללי של החברה לשמש גם כיושב ראש הדירקטוריון שלה. החריג היחיד לכלל זה, הוא על פי סעיף 121(ג) לחוק, המאפשר כהונה כזו לתקופה של עד שלוש שנים, אך רק בתנאים שזו אושרה על ידי האספה הכללית, כאשר במניין קולות הרוב ייכללו לפחות שני שלישים מקולות בעלי המניות שאינם בעלי השליטה בחברה. בתזכיר ההצעה לחיקוק החוק מטעם משרד המשפטים, לעיל הערה 204, נוצע לחקן את סעיף 121 כדי להקל על קבלת אישור כזה.

208 ראה למשל סעיפים 192 ו-193 לחוק, המטילים על בעל מניה חובה לנהוג "בהפעלת זכויותיו ובמילוי חובותיו כלפי החברה וכלפי בעלי המניות האחרים בתום לב ובדרך מקובלת", והמחייב אותו להימנע מ"ניצול לרעה של כוחו בחברה". כמו כן, בעל המניות מחויב להימנע מלקפח את בעלי המניות האחרים. שינוי זה גדול בהשוואה למצב החוקי הקודם, אשר הטיל חובה זו על בעלי שליטה בלבד, וזיכה בתרופות על קיפוח את בעלי מניות המיעוט בלבד. ראה: א' חביב-סגל, לעיל הערה 195, בעמ' 524. נוסף על כך, החוק החדש יוצר בסעיף 193 חובה חדשה על בעלי מניות הנמצאים בעמדת כוח, ומסוגלים להשפיע על מהלך קבלת ההחלטות בחברה לנהוג "בהגינות". חובת ההגינות היא חובה רחבה יותר מאשר חובה תום הלב: סעיף 193(ב) קובע שדין הפרת חובת ההגינות כדין הפרת חובת האמונים של נושא משרה כלפי החברה.

209 ראה סעיף 328 לחוק, המטיל הגבלות על אופן הרכישה של מניות חברה ציבורית. למעשה החוק כופה מנגנון אחד שרק במסגרתו ניתן לבצע השתלטויות על חברות. הדבר עלול לחסום השתלטויות על חברות, אשר היו עשויות להיטיב עם בעלי המניות באותן חברות ולהצמיח להם רווח נאה על השקעותיהם.

210 לעיל סעיף 2.

211 בארצות הברית, חברות גדולות רבות, בייחוד כאלה שמניותיהן פזורות בידי הציבור הרחב, היגרו למדינת דלאוור, מדינה אשר מעניקה להנהלה יד חופשית למדיי בניהול ענייני החברה הפנימיים. ביקורת נמתחה על הגירה זו על יסוד תאוריית המירוץ לתחתית, בטענה שהיא גורמת למחוקקים

בעיקרון עומדות בפני המחוקק הישראלי שתי אפשרויות להילחם בתופעת ההגירה. אפשרות אחת היא לאמץ בישראל את דוקטרינת "המושב האמתי" המקובלת בכמה מדינות אירופיות.²¹² לפי דוקטרינה זו, החוק החל על חברה מסוימת איננו בהכרח החוק של המדינה שבה התאגדה אותה חברה, אלא החוק של המדינה שבה נמצא "המושב האמתי" של החברה או ההנהלה המרכזית שלה. באופן שכזה יתפסו ברשותו של חוק החברות הישראלי גם חברות שנרשמו במדינות חוץ, וכלבד שמקום מושבה של הנהלת החברה הוא בישראל. ואולם, ייתכן ששכרה של גישה כזאת ייצא בהפסדה, משום שהיא עלולה להביא לכך שחברות יעבירו לא רק את מקום רישומן אל מחוץ לישראל אלא גם את הנהלותיהן. לחילופין, הדבר עלול להרתיע חברות בין-לאומיות מלפעול בתוך ישראל ולהקים כאן סניפים או חברות-בת. גישה זו גם יוצרת בעיות אחרות הקשורות באי-הוודאות באשר לדין החל עליהם.²¹³ אפשרות אחרת היא כמובן לתקן את ההסדרים הבעייתיים ולהתאימם להסדרים המקובלים כשיטות משפט אחרות, המשמשות כמוקדי משיכה לחברות הפועלות בישראל.

המדינתיים להנמיך את הסטנדרטים של התנהגות החברה, כדי לספק את רצון ההנהלה ולמשוך חברות אל תוך המדינה. כך התהליך מוביל להתדרדרות כוללת של הסטנדרטים, באופן העלול לפגוע בבעלי המניות מן הציבור ובנושי החברה. המונח "מירוץ לתחתית" בהקשר זה נטבע על ידי וויליאם קארי, ב: W. Cary "Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware" 83 *Yale L. J.* Kaplan "Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporation" 31 *Bus. Lawyer* (1974) 663, 666 D.B. Fischel (1976) 883; אך ראה גם דעתו החולקת של פישל: "The Race to the Bottom Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law" 76 *NW. U. L. Rev.* (1982) 913.

212 כך לדוגמה, על פי הדוקטרינה של *siège réel* של המשפט הצרפתי, עצם ההכרה בקיומה של חברה זרה מותנית בכך שחברה זו תהיה כפופה להוראות קוגנטיות של הדין הצרפתי, אם רוב פעילותה של החברה הוא בתוך צרפת. ראה: I.G.F. Cath "Freedom of Establishment of Companies: A New Step Towards Completion of the Internal Market" 6 *Yearbook of European Law* (1986) 247, 250. גישה דומה מקובלת גם ברוב המדינות האחרות של הקהילייה האירופית, מלבד בריטניה, אירלנד, דנמרק והולנד. מטרת הדוקטרינה היא למנוע מצב של גיבול דיני חברות זרים אשר מקלים יותר מהדין המקומי, וכן כדי להבטיח – מטעמים של תקנת הציבור ומדיניות משפטית מקומית – שלא ייעקפו דרישות חשובות של המשפט המהותי המקומי. על רקע זה, וכדי למנוע תחולה פוטנציאלית כפולה של דינים על חברה כזו – של מדינת הרישום ושל המדינה המארחת – נהוג לרשום חברת בת במדינה המארחת, ולא לפעול באמצעות חברת חוץ. קיימת גם גישה ביניים, בעלת שורשים בדין ההולנדי, ולפיה החברה הזרה מוכרת בכל מקרה, אם היא מוכרת במדינה שבה היא נרשמה, אלא שהיא תהיה כפופה לדרישות מסוימות של הדין המקומי. גישה דומה אומצה גם באנגליה בחוק החברות משנת 1985, סעיפים 691-703; ראה גם: D. Charny "Competition among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the 'Race to the Bottom' in the European Communities" 32 *Harvard Int'l L. J.* (1991) 423, at p. 428.

213 כך לדוגמה, אם החברה פעילה בכמה מדינות, עלול להיות ספק אם יחול הדין של אחת או יותר מהמדינות הללו, וברור שמבחינתם של "עיקר הפעילות" או דומים לזה, לעולם יהיו ודאיים פחות מאשר מבחן טכני כמו מקום הרישום. שנית, גישה כזו עלולה גם ליצור מצב של התנגשות בין דיני מדינת הרישום לבין דיני המדינה המארחת, אשר תיצור בעיות קשות, כגון הפליה בין נושים ל-forum shopping.

אריה רייך

עם זה, אם ינהגו כך כל המדינות, תהיה בכך כמובן משום התייצבות על בסיס המכנה המשותף הנמוך ביותר, לרווחתם של זגהלים ובעלי שליטה, אך למגינת לבם של בעלי מניות מן הציבור, של נושי החברה, ושל עובדיה. פתרון לבעיה זו עשוי להימצא בהסכם בין המדינות אשר יקבע סטנדרטים מוצעים מוסכמים של אחריות, חובות אימון, מינהל וכדומה. דוגמה ליזמה כזו מספקת לנו שוני הקהילייה האירופית.²¹⁴ שם אומצו מספר רב של דירקטיבות בנושא דיני החברות, החותרות להרמוניזציה של הדינים החלים בתחום זה במדינות השונות של הקהילייה. הנושאים אשר זכו כבר לטיפול באמצעות חקיקה קהילתית זו כוללים דרישות גילוי אחריות,²¹⁵ דרישות הון מזעריות,²¹⁶ תקנות מיזוג,²¹⁷ עקרונות ניהול ספרים אחרים,²¹⁸ כללים אחרים בובר הצעות רכש, ניצול מידע פנים, תשקיפים, ועוד.²¹⁹ מנגד, גם בארצות הברית כבר נשמעות קריאות גוברות והולכות להתערבות הממשלה הפדרלית בעצירת המירוץ לתחתית, הן בין מדינות ארצות הברית לבין עצמן, והן בינן לבין המדינות שמחוץ לארצות הברית.²²⁰

האם בעקבות הלחצים שיתעצמו ככל שיגבר תהליך הגלובליזציה נהיה עדים גם ליזמות הרמוניזציה רב-לאומיות, מחוץ לגושי הסחר הגדולים הללו? או שמא תגרום ההתקרבות הנמשכת של כלכלת ישראל אל הגוש האירופי לכך שנקבל על עצמנו גם את ה-*Acquis Communautaire*²²¹ בתחום דיני החברות? רק ימים יגידו.

214 ראה דיון מפורט במאמר: C.D. Stith "Federalism and Company Law: A 'Race to the Bottom' in the European Community" 79 *Georgetown L. J.* (1991) 1589

215 ראה: Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989, *Official Journal L* 395/36 (30.12.89)

216 ראה: Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal L* 026/1 (30/01/1977)

217 ראה: Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978, *Official Journal L* 295/36 (20/10/1978)

218 ראה שלוש הדירקטיבות: Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978, *Official Journal L* 222/11 (14/08/78); Eighth Council Directive #4/253/EEC of 10 April 1984, *Official Journal L* 126/20 (12/05/1984); Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983, *Official Journal L* 193/1 (18/07/1983)

219 ראה המאמרים המכונסים בספר: *Corporate Law – The European Dimension* (Buttersworth (1991), הדנים בנושאים הללו, וכן הצעות לדירקטיבות שחלקן טרם התקבל.

220 ראה למשל: L.A. Bebchuk "Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law" 105 *Harvard L. Rev.* (1992) 1437, at pp. 1508, 1510; וכן סקירה מפורטת של הוויכוח בעניין זה בספרות האמריקנית ב-Charny, לעיל הערה 212, בעמ' 430-434.

221 המורשת המשפטית הקהילייתית. להסבר המושג והקשרו לישראל, ראה לעיל הערה 33 והטקסט הצמוד אליה.

ה. "כיצד?" – צינורות היבוא של הנורמות הבין-לאומיות

דרכים רבות לה להשפעה הבין-לאומית לפעול את פעולתה. יש שהנורמות הבין-לאומיות נקלטות בדרך של חקיקה, ויש שהן נקלטות דרך השפיטה. יש גם שהסוחרים חוזרים לדרכם מני קדם ועושים דין לעצמם במסגרת ארגוני סוחרים או מוסדות אחרים, מבלי להצטרך לעזרתן של ממשלות או מדינות. דין עצמי אל-לאומי זה יכול להיקלט בעיקר בדרך החוזית, באמצעות אימוץ הפנייתי של הצדדים לעסקה. במקרה זה התפקיד היחיד שיועד למוסדות השפיטה והאכיפה המדינתיים, הוא לתת תוקף לרצון הצדדים. להלן נסקור את דרכי הקליטה הללו על סוגיהן השונים, תוך ניתוח יתרונותיהם וחסרונותיהם.

1. קליטה באמצעות חקיקה

במדינת ישראל בעלת הגישה הדואליסטית, שבה נורמות מן המשפט הבין-לאומי ההסכמי אינן נקלטות באופן אוטומטי לתוך משפטנו הפנימי,²²² צינור הקליטה המרכזי של המשפט הבין-לאומי ההסכמי הוא דרך החקיקה. בדרך כלל הנורמה הבין-לאומית נוצרת תחילה, לאחר שהממשלה החליטה להצטרף לאמנה בין-לאומית מסוימת, ובעקבות כך הכנסת מחוקקת חוק לקליטת האמנה וליישומה של הנורמה הבין-לאומית לתוך משפט הארץ.²²³ אותה נורמה בין-לאומית, המבקשת להסדיר סוגיה משפטית כלשהי באופן אחיד על פני תבל, צורות שונות ניתן לשוות לה. יש שיוצרים אמנה בין-לאומית של ממש, עליה מתבקשות המדינות לחתום וכך להתחייב לאמץ לתוך משפטן הפנימי חוק אחיד מאל"ף ועד תי"ו שעל הכנתו עמלו צוותי משפטנים מכל העולם עד אשר הגיעו לנוסח מוסכם. כך נהגו כאמור בתחום המכר הבין-לאומי (אמנת האג ואמנת וינה),²²⁴ בתחום ההובלה הבין-לאומית (אמנת ורשה, אמנת מונטריאול ועוד),²²⁵ וגם בתחומים אחרים, וייתכן שכך ינהגו ביחס ליזמות נוספות שאותן צופן העתיד.

יש שאין האמנה הבין-לאומית מכתובה נוסח אחיד של חוק, אלא אך קובעת סטנדרטים בסיסיים ומועריים, המשאירים מרחב פעולה למדינות המתקשרות להוסיף ולהרחיב את תוכן ההסדר ואופני יישומו, כל אחת בהתאם לערכיה, לצרכיה ולמורשתה המשפטית. ארגון הסחר העולמי נוקט דרך זו בהסכמים שהוא יזם עד כה, ושכאמור משפיעים ועוד ישפיעו על תחומים כגון הקניין הרוחני, דיני המכרזים, דיני התקינה, דיני המכס, דיני היטלי סחר, דיני

222 י' דינשטיין *המשפט הבין לאומי והמדינה* (תל אביב תשל"א) 146-148; בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4.

223 ואולם, יש גם שהכנסת מאמצת את האמנה תחילה לתוך משפטנו באמצעות חקיקה, עוד לפני שהיא הפכה לנורמה המחייבת את ישראל, ורק אחר כך המדינה מצטרפת באופן פורמלי לאמנה. כך קרה בעניין אמנת האו"ם על מכר טובין בין-לאומי, שאומצה בתוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), החש"ט-1999, הרבה לפני שמדינת ישראל חתמה על האמנה. ראה: רייך, לעיל הערה 12, בעמ' 175.

224 ראה לעיל פרק ד, סעיף 1.

225 ראה לעיל פרק ד, סעיף 2.

אריה רייך

הגבלים עסקיים, דיני השקעות, איכות הסביבה, ועוד.²²⁶ כך נוהגת גם הקהילייה האירופית כל אימת שהיא משתמשת בדירקטיבה, להבדיל מתקנה, להסדרת סוגיה כשלהי.²²⁷ היתרון בדרך פעולה זו הוא, שהיא פוטר את המדינות מן הצורך להחליף כליל את כל המערכת הקיימת שלהן, ותחת זאת מאפשר להן לשלב לתוך הקיים את התיקונים הדרושים לשם התאמתן לסטנדרטים הבין-לאומיים. שיטה זו גם מכירה בכך שמערכות משפטיות פועלות בדרכים שונות להשגת מטרת שהן לעתים שוות. אם אפשר, רצוי אפוא להותיר בידי כל מדינה את בחירת הדרך שבה יושגו המטרות הבין-לאומיות באופן המתאים והראוי ביותר במסגרת אותה מערכת משפטית לאומית.

עם זה, ברור שלשיטה כזאת גם חסרונות בצדה. ראשית, לעתים היא מנוצלת לרעה על ידי מדינות אשר תותרות אחר הדרך המוצעת למילוי התחייבויותיהן הבין-לאומיות, או אף כדי להתחמק מהן. נדרש אפוא פיקוח בין-לאומי על החקיקה המיושמת בכל מדינה, כדי לוודא שאכן היא מיישמת כיאות את האמנה. ואמנם, בגופים בין-לאומיים שבהם קיימת מערכת שיפוט ואכיפה, כדוגמת הקהילייה האירופית וארגון הסחר העולמי, אנו מוצאים תביעות רבות הטוענות לאי-מילוי ביאות של חובת היישום של הנורמה הבין-לאומית.²²⁸ שנית, ברור ששיטה כזאת אינה מביאה לאחידות מלאה בין שיטות המשפט השונות, ולעתים ההבדלים שבין השיטות יוצרים מחסומים ועיוותים. אף הפרשנות המשפטית של הערכאות הלאומיות לגבי החוקים המקומיים עשויה ליצור הבדלים כאלה, ובשל השוני המובנה עשוי להיות קושי בקידום פרשנות אחידה. יש אפוא צורך לבחון כל מקרה לגופו, תוך שקילת

226 כך לדוגמה, חוק לתיקון דיני הקניין הרוחני – התאמה להוראות הסכם טריפס, התשנ"ט-1999 לא אימץ נוסח אחיד שהוכתב על ידי הסכם טריפס (TRIPs), אלא ערך את התיקונים הנדרשים, לדעת משרד המשפטים, בחקיקה הישראלית הקיימת בנושא הקניין הרוחני, כדי להתאימה לדרישות ההסכם הזה. כך גם אשר לתזכיר חוק היטלי סחר (תיקון – היטל היצף והיטל משוה), התשנ"ז-1997, אשר מבקש לתקן הוראות מסוימות בחוק היטלי סחר, התשנ"א-1991 הקיים, ולהוסיף הוראות אחרות לתוכו, וכל זאת בהתאם לדרישות ההסכם ליישומן של סעיף VI להסכם הכללי על מכסים וסחר, הידוע גם בכינויו "ההסכם למניעת היצף" (Anti-Dumping Agreement).

227 על פי סעיף (189) לאמנה המכוננת את הקהילייה האירופית, לעיל הערה 30, קיימות שתי צורות של חקיקה בקהילייה: תקנות (regulations) ודירקטיבות (directives). לתקנות יש תחולה כללית. הן מחייבות בשלמותן ויש להן תחולה ישירה בכל מדינות הקהילייה. לעומתן, הדירקטיבות מכוונות למדינות הקהילייה ומחייבות רק לזבי מטרות שעליהן להשיג, תוך שהן משאירות לרשויות הלאומיות את הבחירה של הצורה והאמצעים להשגת מטרות אלו. הדירקטיבות, בניגוד לתקנות, דורשות אפוא יישום של רשויות החקיקה הלאומיות של כל אחת ממדינות הקהילייה, והן קובעות בדרך כלל בעצמן את פרק הזמן המוקצב לכל מדינה לביצוע יישום כאמור. על כן, השימוש בדירקטיבות מאפשר השגת מטרות הקהילייה מתוך התחשבות מרבית במאפיינים המיוחדים של שיטות המשפט והמינהל השונות בכל אחת ממדינות הקהילייה, מבלי לוותר על האופי המחייב והמאחד של החקיקה הקהילית. על כן, השימוש בדירקטיבות מקובל למשל בכל הקשור לקירוב ולהרמוניזציה של המשפטים הפנימיים של המדינות החברות. ראה: לב, לעיל הערה 27, בעמ' 44-45.

228 בקהילייה האירופית נידונות מאות תביעות כאלה בפני בית הדין של הקהילייה. רובן מוגשות על ידי נציבות הקהילייה, שתפקידה לשמש "כלב השמירה" של האמנה, כנגד מדינות חברות (לב, שם, בעמ' 47). גם בארגון הסחר העולמי קיימות תביעות רבות שכאלה, הנידונות במסגרת המנגנון ליישוב סכסוכים. ראה על כך: רייך, לעיל הערה 24, בעמ' 376-383.

היתרונות והחסרונות הרלוונטיים, כדי להכריע בשאלה איזו שיטה עדיפה – השיטה היוצרת אחידות מלאה או זו שרק מחייבת סטנדרטים בסיסיים אחידים.

למרות השוני שבין שתי הגישות הללו, הרי המשותף לשתייהן הוא שלצורך הסדרת הסוגיה הן נעזרות באמנה בין-לאומית היוצרת נורמה בין-לאומית מחייבת. ואולם, יש גם שמסתפקים באמצעי כופה פחות, כגון יצירת חוק לדוגמה (Model Law), העומד לאימוץ מרצון מלא או חלקי על ידי מדינות העולם. כך נהג ארגון ה-UNCITRAL בקשר למסחר האלקטרוני,²²⁹ לדיני המכרזים,²³⁰ לחלול פירעון בין-לאומית,²³¹ ועוד.²³² כן נהג גם ארגון ה-UNIDROIT בקשר לעקרונות של חוזים מסחריים בין-לאומיים (Principles of International Commercial Contracts),²³³ וקיימות לכך דוגמאות רבות גם בתחומים אחרים.

יתרונות הגמישות ואפשרות ההתאמה לשיטות המשפטיות השונות, אשר הזכרנו לעיל בקשר לסוג השני של האמנות הבין-לאומיות (אלה הקובעות רק סטנדרטים מזעריים), קיימים כמובן גם כאן, אלא ביתר שאת. כך גם כאשר לחסרונות. ואולם בשונה מהאמנה אשר קובעת למצער סטנדרטים מזעריים המחייבים את המדינות החתומות עליה, החוק לדוגמה איננו מחייב כלל, וכל כוחו תלוי במידת יכולתו להרשים את הרשויות המחוקקות בדבר טיבו המעולה וחיוניותו של ההסדר המוצע על ידו. והיה אם התרשמו מכל מרכיבי ההסדר – יש שיאמצו אותו על קרבו ועל כרעיו. והיה אם התרשמו רק מחלקו – יתכבדו ויכירו להם את המרכיבים אשר מצאו חן וחסד לפנייהם, אם בכלל, ויאמצו אותם לתוך משפטם הפנימי, בין בנוסח המלא והמקורי, ובין בשינויים כאלה או אחרים. ברור אפוא שאחידות רבה בין שיטות המשפט הלאומיות השונות לא תצמח מן החוק לדוגמה, אלא אם כן מתגבשת הסכמה בין-לאומית רחבה בדבר החשיבות והתועלת שבאימוצו. אם ניתן לגבש הסכמה כזאת – הרי שניתן כבר להמיר את החוק לדוגמה באמנה בין-לאומית, וכך לשדרג את מעמדו המשפטי הבין-לאומי. לא יהיה זה רחוק אפוא להניח שפעמים רבות הבחירה בצורה של חוק לדוגמה, להבדיל מאמנה בין-לאומית, נובעת מן ההערכה כי לא ניתן יהיה להשיג הסכמה רחבה לאמנה בין-לאומית, וכי עדיף יהיה להותיר את העניין להחלטתן החופשית של רשויות החקיקה הלאומיות. ייתכן גם שהצורך באחידות לוחץ פחות מאשר בתחומים אחרים, או שההערכה היא כי אין צורך בכוחה הכופה של האמנה, וכי בתחום הגידון חזקה על כל מדינה שתבחר לעצמה את ההסדר המתאים ביותר בעבורה.

בהקשר זה מעניין לציין את הדוגמה של דיני המכרזים, אשר אחת היזמות הבין-לאומיות הראשונות להסדרתם נעשתה בצורה של חוק לדוגמה דווקא. יזמה זו של ארגון ה-UNCITRAL משנת 1994²³⁴ כוונה בעיקר למדינות המתפתחות שעדיין אין להן חוק בדבר

229 ראה לעיל פרק ד, סעיף 4.

230 ראה: UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services, פורסם ב: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

231 ראה: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, פורסם שם.

232 יש גם חוקים לדוגמה נוספים של הארגון בנושא בודדות מסחריות בין-לאומית, ובנושא העברות כספיים בין-לאומיות.

233 ראה לעיל פרק ד, סעיף 1.

234 ראה לעיל הערה 230.

אריה רייך

מכרזים ציבוריים (דוגמת חוק חובת המכרזים של ישראל²³⁵). ואולם, משהתברר כי רק מעטות אימצו את החוק מרצון,²³⁶ "משהגיעו המדינות המפותחות למסקנה שגם האינטרס שלהן מחייב כי המדינות המתפתרות יאמצו חוק כזה כדי להפסיק את דרישות השווה ותופעות השחיתות וליצור תחרות אמיתית, הן לחצו להכנסת הנושא לסדר היום של ארגון הסחר העולמי, במגמה שהסכם בין-לאומי בעניין זה יהיה חלק מהמשטר המחייב של הארגון.²³⁷

2. קליטה באמצעות חוזה

כאמור, יש גם שיזמת ההאחזה נוצרה ואף מיושמת לא על ידי מדינות אלא על ידי ארגוני סוחרים. בעבודתם זו נותנים למעשה ארגונים אלה עדנה מחודשת וצורה מודרנית למוסד העתיק של ה-*Lex Mercatoria*. כך למשל, חלק גדול מהיזמות החשובות והמוצלחות ביותר של לשכת המסחר הבין-לאומית, ה-ICC, אינן מיועדות כלל לאימוץ חקיקתי, אלא לקליטה באמצעות חוזה, על ידי הצדדים המעורבים. הדוגמה הבולטת היא הסדרת כל נושא האשראים הדוקומנטריים, אשר נעשית בקוד המונפק על ידי הארגון מידי עשור, הלוא הוא ה-UCP²³⁸ (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits), ואשר יונק את תוקפו המחייב מכך שכמעט כל זבנקים בעולם נוהגים לאמץ את הוראותיו בכל מכתבי האשראי שהם מנפיקים. דוגמאות אחרות הן תנאי הסחר האחידים, ה-*Incoterms*, המגדירים את תוכנם של מושגים חשובים כמו "FOB" ו-"CIF" ואחרים,²³⁹ והכללים האחידים בדבר מסמכים לגבייה.²⁴⁰ אך קיימות גם יזמות של ארגונים אחרים המיועדות לקליטה חוזית, כגון העקרונות של ארגון ה-UNIDROIT שעסקנו בהם לעיל.²⁴¹

235 חוק חובת המכרזים, החשג"ב-1992, ס"ח 1387; והתקנות שהותקנו מכוחו.
236 המדינות שער היום חוקקו חוקי מכרזים על בסיס החוק לדוגמה, הן: אלבניה, קירגיסטאן, פולין וסלובקיה.

237 הנושא של "שקיפות ברכישות ממשלתיות" הוכנס לראשונה לסדר היום של הארגון בוועידת השרים שהתקיימה בסינגפור בשנת 1996, ומאז הנושא נידון בקבוצת עבודה שהוקמה לשם כך. המגמה של ארצות הברית, יחד עם מדינות אחרות, היא לנסח הסכם שיהווה חלק מ"עסקת החבילה" של הארגון, ואשר יכתוב מערכת מושלמת של דיני מכרזים שתחייב ניהול הליכי הרכישה של גופים ממשלתיים באמצעות תחרות חופשית ושוויונית על פי עקרונות של שקיפות במסגרת הליכים של מכרז. לדיווח על עבודת הקבוצה, ראה: <http://www.wto.org/wto/govt/working.htm>; ראה גם הצעתן המשותפת של המדינות: ארצות הברית, הונגריה, סינגפור וקוריאה לקראת ועידת סיאטל בסוף 1999, לגבי הסכם שיש לאמץ, לדעתן. מסמך: WT/GC/W/385; WT/WGTGP/W/27 (9 November 1999); לדיון בנושא ההסכם החדש המוצע, ראה: S. Arrowsmith "Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement" 47 *Int'l & Comp. L. Quart.* (1998) 793.

238 Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 1993 Revision, ICC Publication No. 500.

239 *Incoterms 2010*, ICC Publications No. 560; ראה גם: פינטוב, לעיל הערה 18.
240 ראה: Uniform Rules for Collections (ICC Publication 522). גם כללים אלה, המסדירים את הליכי החשלום לגובייגא (כגון: Cash against Documents), מאמצים כעניין שבשגרה על ידי הבנקים בישראל. הם נידונו לאזוורה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 4601/97 דלאל (אשדוד) 88 בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בפדאור).

241 ראה לעיל הערות 71 עד 73 והסקיזט הצמוד אליהן.

מול החיסרון של העדר מעמד סטטוטורי רשמי, עומדים לשיטת האחדה זו יתרונות משמעותיים של מקצועיות, גמישות ואפקטיביות, הן במישור של תהליך גיבוש הכללים, והן במישור של אימוץ הכללים במדינות השונות. במישור גיבוש הכללים, נוטה הליך הגיבוש להיות מקצועי וענייני יותר, כאשר הוא נעשה על ידי הסוחרים עצמם ונציגי הגופים המסחריים המעורבים בדבר, מאשר על ידי נציגים דיפלומטיים של מדינות רבות. נציגים אלו מונעים לעתים על ידי אינטרסים פוליטיים כאלה ואחרים, לרבות הרצון לשמור על זהות מרבית עם הדין הלאומי שלהם, ולא תמיד יש בכך כדי לתרום להצלחת המיזם. בעוד ועידה דיפלומטית בין-לאומית נאלצת להתמודד עם לחצים פוליטיים ולאומיים כאלה ועם הצורך להשיג קונסנסוס רחב אשר יוכל לזכות בברכתם של בתי מחוקקים במדינות רבות ככל האפשר, הרי כל מה שארגון בין-לאומי של סוחרים צריך לעשות זה להביא במסגרת ועדה מקצועית לגיבוש כללים סבירים אשר יאומצו על ידי מוסדות הארגון ויעמדו לשימושם הוולונטרי של ציבור הסוחרים בעולם.²⁴² מתכונת זו מאפשרת גם עדכון תקופתי שוטף של הכללים, כדי להתאימם לתנאים המשתנים של המסחר הבין-לאומי. כאמור, גם בשלב האימוץ נחסך הצורך בהליכים המייגעים, הכרוכים באשרור אמנה בין-לאומית וחקיקתה לתוך מערכת המשפט הלאומיות השונות. במקום זה, הצלחת היזמה תלויה כמובן ברצונם של הסוחרים והגופים המסחריים העוסקים בתחום לאמץ את הכללים לתוך הסכמיהם, לאחר שהשתכנעו כי רצוי לעשות כן.

בשל מגבלה זו ומעצם טיבה החוזי, ברור שאין שיטת הסדרה זו מתאימה לכל הסוגיות ולכל ענפי המשפט הזקוקים להסדרה בין-לאומית. אין היא יכולה להסדיר סוגיות קנייניות או נזיקיות, המשפיעות על צדדים שלישיים שאינם צד לתווה, ואף לא כאלה שבהן דרוש דין דיספוזיטיבי, בבחינת "בררת מחדל", שיחול דווקא בהיעדר הסדרה חוזית מטעם הצדדים. גם תחומים שבהם קיימת בחלק מהמדינות חקיקה קוגנטית הסותרת את ההסדר המוצע על ידי הארגון הבין-לאומי, אינם מתאימים להסדרה חוזית ודורשים אמנה בין-לאומית, אשר תחייב את המדינות הללו לשנות את חקיקתם הנידונה ולהתאימה להסדר הבין-לאומי. ואולם, כפוף למגבלות אלה, שיטת הקליטה החוזית של יזמה בין-לאומית, בייחוד כזו שמקורה בארגון מקצועי לא-ממשלתי, יש לה כאמור יתרונות בולטים.

3. קליטה שיפוטית

גם לבתי המשפט יש תפקיד חשוב בקליטת גורמות מהמשפט הבין-לאומי וכללים של ארגונים בין-לאומיים. קליטה זו תיעשה מטבע הדברים בתוקף תפקידם כמפרשי החוק ומיישמי הדין. תפקיד זה יכול להתבטא בשלושה סוגים של מקרים: (א) כאשר הנורמה הבין-לאומית נקלטה בדרך חקיקתית לתוך המשפט הישראלי, ועתה נדרשת פרשנותה

242 אין זה אומר שארגון של סוחרים או גופים מקצועיים אחרים אינו יכול להיות מושפע מאינטרסים צרים של מגזר כזה או אחר. מחד גיסא, ברור שבמסגרת ועדה מקצועית לגיבוש כללים בין-לאומיים, כל חבר ועדה עשוי לפעול לקידום האינטרסים של המגזר שהוא מייצג, ואם הוועדה לא תהיה מאוזנת במידת הייצוג שלה במגזרים השונים, התוצאה עלולה להיות מוטית באופן לא ראוי לטובת אחד המגזרים. כך למשל, יש הטוענים כי כללי ה-UCP מגנים על הבנקים יתר על המידה, בשל הרכב הוועדה המנסחת אותם. מאידך גיסא, אם יעוררו הכללים התנגדות רבה מדי מצד אחד המגזרים הנוגעים בדבר, הם עלולים להידחות ולא להיות מאומצים בנהגי הסוחרים.

אריה רייך

ויישומה; (ב) כאשר הנורמה הבין-לאומית נקלטה, בין במפורש ובין מכללא, לתוך היחסים החוזיים של הצדדים העומדים בפני בית המשפט, ועל בית המשפט לפרשה וליישמה; (ג) כאשר הנורמה הבין-לאומית מחייבת את מדינת ישראל במישור הבין-לאומי, אך לא נקלטה כיאות לתוך המשפט הישראלי.

(א) תפקיד בתי המשפט כאשר נורמה בין-לאומית נקלטה בחוק

כאשר נקלטה הנורמה הבין-לאומית במפורש לתוך חוקי המדינה, ובייחוד כאשר מטרתה של נורמה זו להביא להאחדת הדין החל במדינות רבות בתחום הנידון, מוטל גם על בתי המשפט תפקיד חשוב בקידומה של מטרה זו על ידי הכרת מקורה הבין-לאומי ופרשנותה בהתאם לכך. לשם כך יהיה עליהם לפרש את החוק הישראלי בשים לב לאופיו ומקורו הבין-לאומי ובצורך לקדם אחדות עם מדינות אחרות. בעיקר יהיה עליהם להיות קשובים לפרשנות שניתנה לנורמה הבין-לאומית בערכאות בין-לאומיות מוסמכות ובכתי משפט של מדינות מתקשרות אחרות, כמו גם לדעותיהם של מלומדים ברחבי העולם. בהקשר זה יש להימנע מלהחיל על הנורמה הבין-לאומית דוקטרינות ותפיסות שמקורן במשפט המקומי.²⁴³ הלכה ברוח זו אף נפסקה אצלנו בהתייחסו של השופט ד' לויין לאמנת ורשה בפרשת *דדון נ' איז פרנט*.²⁴⁴

לא כך הדבר כאשר מתייחסים לאמנה בין-לאומית. גם כשזו היתה לחלק מן הדין הישראלי, עדיין לא ניתן להתייחס להנורמות האמנה ולסייגיה כאילו הם פרי חשיבה חקיקתית ישראלית מקורית, שהרי לנגד עיניהם של הצדדים לאמנה לא עמדו העקרונות המשפטיים המקובלים בישראל, על ההבחנות הכלולות בהם, אלא עקרונות שיהיו יפים לשיטות משפט יענות. התייחסות אשר כזו לאמנה ולהנורמותיה תפגע בהכרח באחת ממטרותיה העיקריות של האמנה שלפנינו, דהיינו יצירת גוף אחד של דינים המסדירים נושאים שונים בתחום התובלה האווירית הבין-לאומית.

בעניין החובה לפרש אותן בשים לב לאופיין הבין-לאומי ולמטרה להשיג אחדות בין-לאומית,²⁴⁵ ובמקרים כאלה פרשנות באופן כזה מתבקשת לא רק מההיגיון, כמו במקרה של אמנת ורשה, אלא גם כעניין שנתובה על פי המשפט הבין-לאומי והתחייבויותיה של מדינת ישראל. אך גם כאשר אין בנמצא הסדר חקיקתי מקומי מפורש, או שהסדר המקומי, שאין מקורו באמנה בין-לאומית, דורש פרשנות יצירתית, ויש צורך למצוא את הפתרון המשפטי אשר ישרת את קהילת זוסוחרים באופן המיטבי, יש מקום לפנות להסדרים בין-לאומיים כמקור השראה. גם לשם כך דרושה כמובן פתיחות וגישה למקורות הבין-לאומיים, הן בין עורכי הדין והן בין השופטים.

243 להרחבה בנושא זה של הפרשנות הראויה של החוק האחד, ראה: רייך, לעיל הערה 12, בעמ' 160-164.

244 ע"א 20/83, *דדון נ' איז פרנט*, פ"ד לח(3) 785, בעמ' 805.

245 ראה למשל סעיף 7(א) לאמנת האו"ם בדבר מכר טובין בין-לאומי, הקובע: "אמנה זו הפורש בשים לב לאופייה הבין-לאומי, לצורך לקדם אחדות בתחולתה ולשמירת תום לב בסחר בין-לאומי" (על פי התרגום העברי הרשמי, כפי שבא לידי ביטוי בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999).

(ב) תפקיד בתי המשפט כאשר הנורמה הבין-לאומית נקלטה באמצעות חוזה

כאשר אימצו הצדדים את הנורמה הבין-לאומית לתוך יחסיהם החוזיים – כגון במקרה של אשראי דוקומנטרי המפנה לכללי ה-UCP,²⁴⁶ או הסכם מכר המאמץ את אחד מתנאי ה-INCOTERM,²⁴⁷ תפקידו של בית המשפט נגזר מעצם חובתו לפרש וליישם את ההסכם שבין הצדדים. במקרה כזה עליו לפנות כמוכן לכללים הנידונים, אך גם לפרשנות המקובלת שניתנה להם בערכאות בין-לאומיות – לרבות ה-ICC עצמו.²⁴⁸ ובית הדין הבין-לאומי לבוררות שלן²⁴⁹ – ובבתי משפט לאומיים שונים, כמקור ראשי לפרשנות. זאת בנוסף על קבלת השראה מכתביהם של מלומדים ופרשנים מובילים בתחום.

ואולם יש מקום לפנייה לכללים הללו גם כאשר לא אימצו אותם הצדדים לתווה במפורש. כך ראוי, למשל, כאשר הצדדים נזקקו לביטויים, להוראות או לנוסחאות שמקורם בכללים הללו, או כאשר הכללים מבטאים נוהג נפוץ וידוע בסוג המסחר הנידון באופן שיש מקום להניח שאף הצדדים דנו ידעו עליו והתכוונו לנהוג על פיו. כך לדוגמה, כאשר קבעו הצדדים לעסקת מכר בין-לאומית שתנאי העסקה יהיו לפי תנאי "FOB" או "DDP", אך מבלי להפנות במפורש לכללי ה-INCOTERMS, יש בסיס להנחה שכוונתם היתה לתנאים הללו כמשמעותם במנהג הסוחרים. הואיל וכללי ה-INCOTERMS נוסחו על ידי ארגון הסוחרים במטרה לבטא את מנהג הסוחרים בעולם, יש אפוא מקום לפנות לכללים אלה גם בהיעדר הפניה מפורשת, אלא אם כן ברור מהנסיבות שמנהגם של הסוחרים הנידונים או של הענף המדובר היה שונה מהכללים הללו. כך מתחייב גם מהוראות שונות של חוקי החוזים בישראל.²⁵⁰ גישה זו אומצה זה מכבר בחלק ממדינות אירופה (צרפת וגרמניה, למשל), שבהן קיבלו הכללים הכרה רשמית בפסיקה בתי המשפט כמבטאים את מנהג הסוחרים.²⁵¹

(ג) תפקיד בתי המשפט כאשר הנורמה הבין-לאומית לא נקלטה כיאות במשפט הישראלי

בסוג המקרים השלישי, הנורמה הבין-לאומית מחייבת את מדינת ישראל במישור הבין-לאומי, אך לא נקלטה כיאות במשפט הישראלי. ניתן היה לחשוב כי במקרים כאלה אין כל מקום לבית המשפט להשפיע, וזאת לאור הפסיקה שקבעה כי שיטת המשפט הישראלית

246 ראה לעיל הערה 238.

247 ראה לעיל הערה 239.

248 הוועדות המקצועיות של ה-ICC נוהגות לפרסם מידי פעם בפעם חוות דעת לגבי הפרשנות המקובלת של הכללים, בתשובה לשאלות שהפנו אליהן חברים שנתקלו בבעיות.

249 The International Court of Arbitration, נוסד בשנת 1923 בתור מוסד הבוררות של לשכת המסחר הבין-לאומית, ומאז טיפל ביותר מעשרת אלפים תיקי בורות בין-לאומית. לפרטים על המוסד, ראה: http://www.iccwbo.org/court/english/intro_court/introduction.asp

250 ראה בראש ובראשונה סעיף 9(ב) לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999, הקובע: "לא הוסכם אחרת, ייחשבו הצדדים כאילו החילו במשתמע על החוזה או על דרך כריחתו נוהג שהצדדים ידעו או שהיה עליהם לדעת עליו, ואשר בסחר הבין לאומי הוא ידוע ברבים לצדדים לחוזים, מהסוג שבו מדובר בסחר המסוים הנוגע בדבר, ושנוהגים לפיו בדרך כלל". נראה שהכללים של לשכת המסחר הבין-לאומית הנמצאים בשימוש נפוץ ביותר במסחר הבין-לאומי, עונים לתנאים הללו; ראה גם סעיף 9 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971, שבוטל לאחורונה; וכן סעיף 25(ג) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; וסעיף 5 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

251 ב' פינטוב, לעיל הערה 18, בעמ' 7.

ירשה את גישת המשפט האנגלי בעניין זה ואיננה מכירה בגורמות מתוך המשפט הבין-לאומי ההסכמי, אלא אם כן הן זוקקו בכור החקיקה של המדינה וקיבלו צורה של חוק מחייב.²⁵² למרות פסיקה ידועה זו, לדעתנו, גם כאן יש לבתי המשפט תפקיד חשוב בקידום האחידות והמחויבות למשפט הבין-לאומי, וכמה טעמים בדבר.

ראשית יש לציין, כי עמדת פסיקה זו זכתה לביקורת נוקבת מפי מלומדים רבים, בייחוד בשנים האחרונות, הן מבחינת הביטוס המשפטי שלה, והן מבחינת שיקולי המדיניות שמאחוריה והשלכותיה על המבנה הקונסטיטוציוני בישראל.²⁵³ ההבחנה הקיימת בעניין זה בין משפט בין-לאומי מנהגי, הנקלט לתוך המשפט המקומי, לבין המשפט הבין-לאומי ההסכמי, אשר איננו נקלט כביכול, בוקרה אף היא כבלתי הגיונית וכמביאה להפרות מיותרות ומזיקות של התחייבויות בין-לאומיות מצד רשויות המדינה.²⁵⁴ נטען גם כי גישה זו אינה מתיישבת עם מגמות עכשוויות בפטיקות של בית המשפט העליון בנושאים ציבוריים אחרים.²⁵⁵ על כן, ייתכן מאוד שבית המשפט העליון ירצה בעתיד לעיין מחדש בגישתו בסוגיה זו, ובפרט לאור הגלובליזציה.

בייחוד רלוונטית לענייננו הצעתו של פרופסור אייל בנבנישתי,²⁵⁶ ולפיה יש מקום לשנות את הכלל ככל שהוא נוגע באמנות שאינן קשורות בנושאי חוץ וביטחון, כגון הסכמים בין-לאומיים בנושאי סחר ומיסוי. בנבנישתי הצביע על כך ששאלת קליטת האמנות במשפט הישראלי התעוררה בעיקר בפסקי דין שדגו בנושאי חוץ וביטחון, ובית המשפט בישראל, כמו במדינות דמוקרטיות רבות אחרות, בחר להימנע מהתערבות בחוקיות של מעשי המינהל בתחומים אלו. אמנם הכלל שאמנות אינן חלק מהמשפט הישראלי אפשר לבית המשפט להימנע מביקורת על פעולות השלטון בתחומי החוץ והביטחון, אבל גרר עמו גם אי-קליטת אמנות בתחומים שאינם קשורים למדיניות חוץ וביטחון, וזו תוצאה בלתי רצויה. לכן הוא מציע לשנות את הכלל ולקבוע שאמנות נקלטות אוטומטית למשפט הארץ, ועם זאת להימנע מהתערבות בנושאי חוץ וביטחון באמצעות דוקטרינות הימנעות שונות, כגון: מעשה מדינה, חסינות המדינה, שפיטות, מעמד, פרשנות מצמצמת, ועוד.

ואולם, גם אם לא תתקבלנה ההצעות דלעיל בדבר שינוי או צמצום ההלכה הקיימת, יש מקום לבית המשפט לפעול לקליטת נורמות בין-לאומיות שלא נקלטו כיאות, על יסוד כלל הפרשנות שהתקבל בישראל, המניח התאמה למשפט הבין-לאומי. הלכה פסוקה היא כי תכליתו של כל חוק היא להגשים את המשפט הבין-לאומי ולא לנגוד אותו. ראה למשל דברי השופט לנדוי בע"א 522/70 אלקוטיב נ' שאהין:

252 כלשונו של השופט ברנזון, בע"א 148,145,25/55 האפורטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825, 1829; וראה גם: בג"ץ עפ"ו, לעיל הערה 222; ודינשטיין, לעיל הערה 222.

253 ראה למשל: ב' רובין "אימוץ אמנות בין-לאומיות למשפט הארץ בידי בית המשפט" משפטים יג (תשמ"ד) 210; ר' לפידות "מקומו של המשפט הבין-לאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט (תש"ן) 807; א' בנבנישתי "השלכות שיקולי ביטחון וקשרי חוץ על תחולת אמנות במשפט הארץ" משפטים כא (תשנ"ב) 221.

254 א' בנבנישתי, שם, בעמ' 224-226.

255 ראה: ל' שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ושכילי הפסיקה של בג"ץ בשטחים" עיוני משפט יז (1993) 757.

256 לעיל הערה 253, בעמ' 221.

גלובליזציה ומשפט

חזקה על המחוקק הישראלי שהוא שואף להתאמת חקיקתו אל עקרונות המשפט הבינלאומי... על כן יפורש הדין הישראלי ככל האפשר במגמה שלא ליצור סתירה בינו ובין הכללים המוכרים של משפט העמים.²⁵⁷

גם נשיא בית המשפט העליון, פרופסור אהרן ברק, עומד על כך בספרו *פרשנות כמשפט* :

מהו איפוא המעמד המיוחד של המשפט הבינלאומי הפומבי בפרשנות החקיקה? אכן, מעמד זה קיים דווקא באותם מקרים שבהם המשפט הבינלאומי אינו חלק מהמשפט הפנימי, ואף אינו מהווה חלק מההיסטוריה החקיקתית של המשפט הפנימי... הביטוי למעמד מיוחד זה הוא בחזקה כי במעשה החקיקה שלו ביקש המחוקק המקומי להתאים את עצמו למשפט הבינלאומי הפומבי. חזקה היא שכל חוק תכליתו היא להגשים את המשפט הבינלאומי ולא לנגוד אותו. מבין שני פירושים אפשריים לדבר חקיקה, יש לבחור באותו פירוש, העולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי הפומבי.²⁵⁸

ובהמשך:

גישה פרשנית זו – המקובלת באנגליה, בארצות-הברית, בקנדה וכן בארצות אחרות בעלות מסורת משפטית דומה – מבוססת על עקרון שלטון החוק. מדינת ישראל היא חברה במשפחת העמים. מן הראוי לה שלא תפר את התחייבויותיה הבינלאומיות.²⁵⁹

המשמעות המעשית של כלל הפרשנות הזו היא ראשית לכול, שאמנות בין-לאומיות וחומר מוסמך אחר המבטא נורמות של המשפט הבינלאומי ההסכמי אינם "מתוך לתחום" באולמות בתי המשפט בישראל. הצדדים רשאים להביא חומר כזה בפני בית המשפט, כדי שהוא יוכל להשתמש בו לצורך פרשנות כאמור. במישור של הדין המהותי, ברור גם שכל אימת שדבר החקיקה הישראלי ניתן לפרשנות כך שלא תהיה סתירה בינו לבין המשפט הבינלאומי הפומבי, יש לפרש אותו באופן כזה.

מכאן, שגם כאשר אנו מוצאים יישום של נורמה בין-לאומית בחוק המקומי, אשר נראה לנו כחסר או כבלתי מדויק, הבעיה ניתנת לפתרון פעמים רבות באמצעות פרשנות לאור הנורמה עצמה, כל עוד אין בחוק או במדיניות המשפטית הראויה בסיס חזק לשלילת פרשנות כזאת. גם במצבים של חסר, כאשר אין החוק מתייחס כלל לסוגיה מסוימת, אף על פי שהוא היה צריך לעשות זאת על פי התחייבות בין-לאומית של ישראל, נראה לנו שניתן וראוי להשלים חסר זה באמצעות פרשנות בהתאם לאותה התחייבות. עם זאת, כאשר ברור כי החוק שנחקק סותר בעליל את הנורמה הבינלאומית, וכי ננעלו שערי הפרשנות למניעת תוצאה

257 פ"ד כה(2) 77, בעמ' 80; ראה גם: בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966; ע"פ 336/61 אייכמן נ' היוז"מ, פ"ד טז 2033, 2041; ע"א 65/67 לטושינסקי נ' קירשן, פ"ד כא(2) 20, 26; ובג"ץ 302/72 חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169, 177; ולאחרונה: דג"פ 7048/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, 766.

258 א' ברק *פרשנות כמשפט* (ירושלים 1993, כרך ב) 576.

259 שם, בעמ' 577.

אריה רייך

כזו, במצב המשפטי הנוכחי אין לבית משפט מנוס מלקבל את דין המחוקק ולהשאיר את האחריות על אי-קיום ההתחייבויות הבין-לאומיות על הרשות המבצעת.

בעיה אחרת היא, כאשר הסתירה עם הנורמה הבין-לאומית מקורה בחקיקת משנה. האם גם אז נאמר שהנורמה המקומית גוברת על הבין-לאומית? נראה לנו, כי על יסוד עקרונות הפרשנות, התשובה על כך צריכה להיות שלילית. בהיעדר הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי להתקין תקנות בניגוד למשפט הבין-לאומי, לדעתנו, יש להעמיד את החקיקה הראשית על חזקתה שלא ביקשה להפר משפט זה. כל עוד ההוראה שהסמיכה את מחוקק המשנה להתקין תקנות ניתנת לפרשנות, יש לפרש אותה באופן העולה בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי הפומבי, ולא בסתירה לו. לכן אין לראותה ככוללת את הסמכות לקבוע הסדרים העומדים בסתירה להתחייבויותיה הבין-לאומיות של מדינת ישראל. לשון אחר: באין הוראה אחרת משתמעת, חזקה על המחוקק הראשי, שכאשר הסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות, הסמיך אותו לעשות כן בהתאם למשפט הבין-לאומי ולא תוך הפרתו. מכאן, שתקנה הסותרת אמנה בין-לאומית המחייבת את מדינת ישראל, יש בה משום חריגה מסמכות המביאה לידי בטלותה. ואם בתקנה כך, הרי שבמעשה מינהלי היונק את סמכותו מכוח הסמכה כללית שבחוק – על אחת כמה וכמה.

יש לציין כי הגישה שתוארה לעיל טרם התקבלה על ידי בית המשפט העליון, הגם שיש כבר ניצנים לנכונות לבקר את חקיקת המשנה בתחום הסחר הבין-לאומי.²⁶⁰ ואולם, לאור הגיונה הפנימי והתאמתה למגמות עמשוניות בפסיקת בית המשפט העליון, וכן בהתחשבות בעמדותיהם של רוב המלומדים בנושא זה,²⁶¹ נראה לנו שיש סיכוי טוב שהיא תתקבל בעתיד הלא רחוק. עם קבלתה ברור שתפקיד בתי המשפט בקליטת נורמות בין-לאומיות ילך ויתחזק באופן משמעותי, בייחוד בהתחשב בכך שרוב מדיניות סחר החוץ של ישראל מיושמת באמצעות חקיקת משנה.

260 כך למשל, בע"א 544/88 מ"י נ' סלון מוקי, פ"ד מו(4) 26, הצהיר בית המשפט העליון על בטלותה של תקנה 2 לחקנות המכס (הערכת טובין), תשל"א-1970, משום שנמצאה כחורגת מהפרשנות הסבירה של החוק המסמיך (פקודת המכס). פרשנות זו הסתמכה בין היתר על האמנה הבין-לאומית בדבר הערכת טובין לענייני מכס (Convention on the Valuation of Goods for Customs Purposes – "אמנת בריסל"); כמו כן, בבג"ץ 344/89 ח.ס.ה. – סחר בין לאומי בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד מו(1) 456, הצהיר בית הדין הגבוה לצדק על בטלותו של צו פיקוח מסוים על מצרכים ושירותים, ולפיו לא ינתן רישיון יבוא של מקלטי טלוויזיה אלא אם כן ספק המקלטים אשר ממנו נרכש המצרך הוא יצרן המקלטים או סוכנו הבלעדי של אותו יצרן לשיווק המקלטים בישראל. בג"ץ קבע כי צו זה חורג מסעיף ההסמכה שבחוק באשר הוא חורג מהמטרות הלגיטימיות של החוק המסמיך. בג"ץ הצביע על כך שהצו שניתן גורם למוגופוליזציה בלתי רצויה, וכי היה על הרשות המוסמכת להימנע, ככל האפשר, מיצירת בלעדיות המגבילה את חופש התחרות, ולהיות מודרכת על ידי הגישה המנחה שלפיה אין ליצור הגבלות שבדין על היבוא, אלא אם הן חיוניות למטרות של טובת הציבור.

261 ראה: ט' איינהוויץ "תפקיד בתי המשפט בישראל בקידום הסחר החופשי: מבט באספקלריה של הסכם הסחר החופשי בין ישראל לקהיליה האירופית" מחקרי משפט יב(1) תשנ"ה, 165, 224: "...מוצע להעמיד את המינהל בחזקתו שעליו לפעול במסגרת ההתחייבויות הבין-לאומיות של ישראל לסחר חופשי, ואם לא עשה כן ללא טעם סביר – ייפסל המעשה שנעשה והוא יהיה חסר תוקף, בין שזה צו מינהלי או חקיקת משנה ובין שזו פעולה מסוג אחר"; וכן: נ' מונין מיטוי זיכוא לפי הסכמי איזור הסחר החופשי של ישראל (ירושלים תשנ"ו) 222. דעות אלה מצטרפות לדעות המבקרות את המצב הקיים, אשר הבאנו אותן לעיל.

1. דברי סיכום והערת אזהרה

נתבקשנו על ידי מארגני הכנס לנסות ולחזות את ההתפתחויות שיחולו במשפט הישראלי ביובל הבא של מדינת ישראל. במאמר זה נעניתי לאתגר האינטלקטואלי הכרוך במשימה כזו, וביקשתי לטעון כי אחד התהליכים הבולטים שעתידי ליתן את אותותיו במשפט המסחרי הישראלי הוא תהליך הגלובליזציה העובר על הכלכלה וההוויה הישראלית. בעקבות התהליך הזה, כך טענתי, תהיה השפעה גוברת והולכת של יזמות האחרה והרמוניזציה בין-לאומיות, מהן בצורה של אמנות בין-לאומיות, ומהן הלוכשות צורות אחרות. זיהיתי שלושה גורמים מרכזיים אשר יביאו להשפעה כזו על המשפט המסחרי: ראשית, הצורך בהאחדת הדין ובפירוק מחסומים משפטיים המפריעים לתנועה התופשית של משאבים כלכליים מן המדינה ואלה וליצירת סביבת עסקים נוחה ובטוחה; שנית, הררישה להשוואת תנאי התחרות בין משקים לאומיים ולהסרת עיוותים מלאכותיים שמקורם בהבדלי דינים, וכן הצורך במניעת "מידורן לתחתית" בין מערכות משפט לאומיות המתחרות על משיכת השקעות ועסקים; ולבסוף, השינויים התרבותיים והאידיאולוגיים העוברים על החברה הישראלית, והגורמים לטשטוש הפרטיקולריזם הלאומי מול רעיונות אוניברסליים וצרכים גלובליים.

לאחר שהשבנו על שאלת ה"מדוע?", ביקשנו להשיב על שאלת ה"היכן?" על ידי סרטוט המאפיינים של התחומים שבהם צפויה השפעה של המשפט הבין-לאומי. תשובתנו הכללית היא שהמשפט המסחרי, כפי שהגדרנו אותו בתחילת המאמר, הגו יעד צפוי להשפעה כזו יותר מאשר יתר ענפי המשפט האזרחי, שהנם סטטיים יותר באופיים. ואילו בתוך המשפט המסחרי, התחומים המועדים יותר ליזמות האחרה בין-לאומיות, הם פועל יוצא של גורמי ההשפעה שמנינו לעיל. כך, אותם תחומים שבהם קיימת פעילות החוצה גבולות לאומיים הם מטבע הדברים אלה שבהם מתבקשות ביותר יזמות האחרה לשם פירוק מחסומים לפעילות כזו. ואולם, מכוח גורם כמו הצורך בהשוואת תנאי התחרות, יכול גם תחום משפטי העוסק בעיקרו בהסדרת פעילות מסחרית בתוך גבולות המדינה להפוך ליעד ליזמת האחרה בין-לאומית.

בהמשך המאמר הבאנו דוגמאות מתוך שישה תחומים שונים, שבהם צפויה לדעתנו, השפעה של יזמות כאלה, מהם תחומים שבהם קיימת כבר היום יזמת האחרה בין-לאומית – שאומצה או שטרם אומצה לתוך המשפט הישראלי – ומהם תחומים שבהם יזמת האחרה כזאת עדיין איננה קיימת כי אם על שולחן הסרטוט של יזמיה או בחזונו של צופיה. הארכנו במיוחד בתחום המסחר האלקטרוני שבו טמון, לדעתנו, כיוון התפתחות מרכזי וחשוב ביותר של המסחר העתידי, ושבו קיים גם צורך דחוף בהתאמת הדין למציאות המשתנה. בכל אחת מן הדוגמאות הללו השתדלנו להראות את התועלת הצפויה למשפט הישראלי מאימוץ היזמה הבין-לאומית.

בחלקו האחרון של המאמר עסקנו בשאלת ה"כיצד?", וניתחנו את צינורות היבוא השונים של הנורמות הבין-לאומיות לתוך משפטנו המקומי. תחילה עסקנו בקליטה באמצעות חקיקה, תוך שאנו מבחינים בין מהותה ומקורה של הנורמה הנקלטת. הצבענו על היתרונות והחסרונות של אמנות בין-לאומיות היוצרות אחידות מלאה מול אלה שאך מבקשות לקבוע סטנדרטים בסיסיים ומינימליים ובכך להותיר מרחב פעולה למדינות

אריה רייך

המתקשרות להוסיף ולהרחיב לגבי תוכן ההסדר ואופני יישומו. מול שתי אלה יחדיו ניצבת היזמה שאין בה אופי כופה כלל, אלא היא בצורת חוק לדרוגמה העומד לאימוצן הוולונטרי, בשלמות או כאופן חלקי, של המדינות. לאחר מכן דנו באפשרות הקליטה באמצעות חוזה של יזמות האחדה בין-לאומיות, בעיקר כאלה שמקורן בארגוני סוחרים בין-לאומיים, והנוגעות בסוגיות הניתנות להסדרה דו-צדדית. לבסוף, הצבענו על התפקיד החשוב המוטל על בתי המשפט בקליטת נורמות מהמשפט הביין-לאומי וכללים של ארגונים בין-לאומיים. בנוסף על התפקיד הטבעי המסור לבית משפט בהקשר זה כמפרש ומיישם של החוק ושל הסדרים חוזיים לאור הנורמות הביין-לאומיות ולאור הצורך בהאחדת הדין, הצבענו גם על האפשרות שבתי המשפט ימלאו תפקיד פעיל יותר בקליטת נורמות בין-לאומיות. לשם כך הצענו קונסטרוקציה משפטית המבוססת על עקרון הפרשנות, אשר תאפשר מתן עדיפות לנורמה הביין-לאומית ההסכמית על פני חקיקת משנה הסותרת אותה, כל אימת שמחוקק המשנה לא הוסמך במפורש לחוקק בניגוד לאותה נורמה בין-לאומית.

לסיום, מן הראוי להדגיש שבמאמר זה לא נכנסנו לעובי הקורה של השאלות הנורמטיביות הכרוכות בגלובליזציה ובהשפעתה על המשפט הישראלי. לא עסקנו ביתרונות ובחסרונות של הגלובליזציה, מפני שקיבלנו אותה כנתון שאתו יהיה על החברה הישראלית להתמודד בשנים הבאות. גם לא ניתחנו לעומק את היתרונות והחסרונות של אימוץ יזמות האחדה ושל ההשפעות הביין-לאומיות על המשפט המסחרי בישראל, מפני שדיון כזה חורג מן המסגרת שהציבו לנו מארגני הכנס, לאמור: צפיית כיווני ההתפתחות של המשפט הישראלי ביובל הבא. הוא גם מחייב ריון פרטני ונפרד לכל יזמה ויזמה ובהתייחס לשיקולים המנחים בסוגיה הנידונה. מובן שתוך כדי הדיון בבעיות השונות, שיחייבו פתרונות גלובליים, עלו ממילא גם הטיעונים בעד אותם פתרונות, וזאת מבלי שניתנה כמה נאותה גם לטיעוני הנגד. על כן ראוי לציין, שמול הטיעונים בדבר התועלת שבאחידות והחיוב שביזמות האחדה וההרמוניזציה, קיימים גם טיעונים נגדיים בלתי מבוטלים.²⁶²

ללא ספק יש גם ערך בשוני, ובעיצוב מערכת משפטית אשר תתאים לצרכיה ולערכיה המיוחדים של כל קהילה וקהילה. את ועוד: מבין אנשי הכלכלה והמשפט, היו שהרכבו בשבחה של התחרות הביין-משטרית, שבה כל מערכת משפטית מנסה לשאוף למשטר המשפטי האופטימלי כדי לקדם את כלכלתה ולמשוך אליה השקעות ופעילות מסחרית. מנקודת מבט זו, הפגיעה של יזמת האחדה בין-לאומית בתחרות הביין-משטרית, היא כפגיעתו

262 רוב המלומדים הדנים ביזמות האחדה, מחייחים אל יזמות אלה בחיוב, מונים את יתרונותיהן ומרבים בשבחן. אך יש גם קולות של ביקורת. לדיון בטענות נגד האחדה, ראה בעיקר: P.B. Stephan "The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law" 39 *Virginia J. Int'l Law* (1999) 743; U. Procaccia "The Case Against Lex Mercatoria", in *New Developments in International Commercial and Consumer Law* (J. Ziegel, (ed.), Hart Publishing 1998) 87; D.W. Leebron "Claims for Harmonization: A Theoretical Framework" 27 *Canadian Bus. L. J.* (1996) 63; M. Boodman "The Myth of Harmonization of Laws" 39 *American J. Comp. L.* (1991) 699; לדיון בחלק מטענות נגד אלה והפרכתן בהקשר של תוק המכ- הביין-לאומי, ראה: רייך, לעיל הערה 12, בעמ' 134-147; לדיון בטענות אלה בהקשר של ארגון הסחר העולמי, ראה מאמרי: "The World Trade Organization as a Law-Harmonizing Institution" (forthcoming).

גלובליזציה ומשפט

של הקרטל בתחרות העסקית. יש גם הטוענים שקיימות לא מעט בעיות מוכנות בתהליך גיבושה של החקיקה הבין-לאומית, אשר אינן קיימות בתהליך החקיקה הלאומית.²⁶³ המסקנה שצריך להסיק מקיומם של הטיעונים הללו איננה שיש לדחות כל יזמה בין-לאומית על הסף, אלא שיש צורך לבחון כל יזמה לגופה, כדי לוודא שחסרונותיה אינם עולים על יתרונותיה. בסופו של דבר, כל יזמת האחרת צריכה לעמוד במבחן "כוחות השוק" של צרכניה הפוטנציאליים – בין שאלה ממשלות ורשויות חקיקה לאומיות (שמתפקידן להגן על כלל האינטרסים והערכים של החברה), ובין שאלה ציבור הסוחרים, אנשי העסקים והצרכנים שהיזמה קשורה אליהם. אסור לשכוח כי המשפט המסחרי צריך לשרת את צורכי המסחר ולקדם את הכלכלה, ואלה צפויות להתפתח ולהשתנות ללא הרף בגלל תהליך הגלובליזציה וההתפתחויות הטכנולוגיות הדרמטיות של השנים האחרונות. אשר על כן, אם המשפט המסחרי של ישראל, כפי שיעוצב על ידי המחוקק ובתי המשפט, לא יענה על הצרכים המתפתחים הללו של הסוחרים ואנשי העסקים, הם יחפשו להם חלופות אחרות, משפטיות ולא משפטיות, ויתרחקו ממוסדות השיפוט ומהמשטרים המשפטיים שלנו – ואולי גם מארצנו בכלל. במצב כזה המשפט החרוט יהיה בלתי רלוונטי, ובמקום שהוא ישרת את הכלכלה, הוא יהפוך לנטל עליה.

263 ראה לעיל פרק ה, סעיף 2.
