

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"¹

אריה רייך

א. מבוא ♦ ב. הרקע לחקיקת חוקי המכר הבין-לאומי: אמנות האג משנת 1964
1. הצורך בהאחדת דינים 2. ההיסטוריה של אמנות האג 3. תהליך גיבושה של אמנת
וינה ♦ ג. הטיעונים בעד חוק מכר בין-לאומי אחיד 1. תיאור המצב הקיים ללא חוק
מכר אחיד 2. הטיעונים בעד יצירת חוק מכר בין-לאומי אחיד 3. הטיעונים בעד
הצטרפות מדינת ישראל לאמנת וינה 4. הטיעונים נגד החוק האחיד ודחייתם ♦ ד. ניתוח
השוואתי של חוקי המכר הבין-לאומי: מגרעותיה של אמנת האג לעומת אמנת וינה
1. תחום התחולה הבין-לאומית של החוקים האחידים 2. היקף תחולה מטריאלי
3. פרשנות החוק האחיד 4. העברת הסיכון לגבי טובין 5. תרופות בשל הפרת חוזה
המכר: גישה מפצלת מול גישה אחידה ♦ ה. סיכום ומסקנות ♦ ו. סוף דבר: הצעת חוק
המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשנ"ז-1997

א. מבוא

כמעט כל העסקאות למכר טובין בין-לאומי, כלומר עסקאות של יבוא ויצוא מוצרים, אשר
לא הוסכם לגביהן במפורש אחרת בין הצדדים, מוסדרות בישראל על-ידי חוק המכר (מכר
טובין בין-לאומי), התשל"א-1971 (להלן: "חוק המכר הבין-לאומי").² חוק זה חוקק בזמנו
בעקבות הצטרפות מדינת ישראל לאמנה בין-לאומית, אמנת האג בדבר חוק אחיד למכר
טובין בין-לאומי (The Hague Convention Relating to a Uniform Law on the
International Sale of Goods, 1964).³ מאוחר יותר חוקק בישראל חוק המכר (עשיית חוזים
למכר טובין בין-לאומי), התשל"ח-1978 (להלן: "חוק עשיית חוזים למכר בין-לאומי"),⁴ גם

* המחבר הוא מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ברי-אילן; חוקר אורח ב-Georgetown University, וושינגטון, ארצות-הברית.

** תודתי נתונה למוכירות ארגון UNCITRAL על עזרתה, ולעמיתתי, ד"ר רונה שון, על השיחות המועילות בעניין כללי ברירת הדין. תודה גם למערכת "מחקרי משפט" על עבודת העריכה.

1 ויקרא, כו, י.

2 ס"ח 42.

3 פורסם ב: 855 (1964) 3 I.L.M.; 109 834 U.N.T.S. (להלן: "אמנת ULIS").

4 ס"ח 908. בדבר היקף תחולת החוק, ראה להלן פרק ד, 1(א).

הוא בעקבות אמנה שנכרתה כהאג ב אותו מועד.⁵ מטרת האמנות הללו היתה להביא לאחידות בדיני המכר שיחולו על עסקאות מכר טובין הנקשרות בין צדדים שמקומות עסקיהם נמצאים במדינות שונות. בכך ביקשו למנוע, בין היתר, את הבעיות הכרוכות בהבדלי ציפיות של צדדים הבאים משיטות משפט שונות ומדיני מכר שונים וכן כתוצאות הקשות של התנגשויות אפשריות בין דינים שכאלה. ואולם אמנות האג נכשלו למעשה בהשגת מטרה זו מאחר שרק מדינות בודדות הצטרפו אליהן, ומאז שנת 1980 קיימת אמנה אחרת הבאה להחליף את אמנות האג. אמנה זו, אמנת האו"ם על חוזים למכר טובין בין-לאומי (The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980) (להלן: "אמנת וינה"), זכתה להצלחה רבה, וכחמישים מדינות המייצגות למעלה משני שלישים של היקף הסחר הבין-לאומי כבר חתומות עליה.⁷ עד היום, לא הצטרפה מדינת ישראל לאמנת וינה אלא ממשיכה להחיל את אמנות האג על כל עסקאות המכר הבין-לאומיות, גם לגבי מדינות שאינן צדדים לאמנות אלה.

מטרת מאמר זה היא להראות מדוע מן הראוי, שמדינת ישראל תיטוש את אמנות האג ותצטרף לאמנת וינה, תוך כדי אימוץ בחקיקה הפנימית שלנו של החוק האחד החדש שהושג באמנה האחרונה וביטול חוק המכר הבין-לאומי הקיים. הטיעון שלנו מורכב משני ראשים: האחד מתייחס לתכלית החקיקתית של חוק המכר הבין-לאומי שנכשלה, והצגת הטיעון בעד השאיפה להאחדת דינים⁸ בתחום דיני המכר הבין-לאומי. פועל יוצא מטיעון זה הוא, כי ראוי

5 אמנת האג בדבר חוק אחיד על עשיית חוים למכר טובין בין-לאומי, The Hague Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, 1964; פורסם ב: 864 I.L.M. 3 (1964); 834 U.N.T.S. 169; (להלן: "אמנת ULF").

6 פורסם ב: 671 I.L.M. (1980) 19 (להלן: "אמנת וינה").

7 ראה: A. Kritzer "The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: the Scope, Interpretation and Resources", in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, ed: *Cornell Int'l L. J.* (1995) 147, at p. 148

8 המונח "האחדת דינים" הנו תרגום למונח האנגלי-אירופי "Unification of Law", וכונתו לתהליך שבו מביאים לכך שהדין שיחול במדינות שונות או במחוזות שונים יהיה דין אחיד. תהליך כזה עשוי להתרחש הן במישור הבין-לאומי והן במישור הפנים-ארצי, כאשר פועלים להאחדת הדין החל בתוך גבולות המדינה, וביטול ההבדלים הקיימים בין מחוזות שונים או מדינות המרכיבות פדרציה. כך אירע בתוך אנגליה בימי הביניים, כאשר הנושפט המקובל הוטל על כל הממלכה, ובכך ביטל את החשיבות של מנהגים מקומיים. כך גם בימינו בארצות-הברית, שבה יש לחמישים המדינות אוטונומיה משפטית בתחומים מספר, ולצורך מניעת הבדלים גדולים מדיי ביניהן, קיים גוף מרכזי (National Conference of Commissioners on Uniform State Law) המפרסם חוקים אחידים אשר המדינות יכולות לאמץ, אם רצונן בכך. על היוזמות להאחדת דינים במישור הבין-לאומי, בייחוד בתחום המשפט הפרטי, ראה להלן פרק ב, 1. מקובל להבחין בין המונח "האחדה" (Unification), ובין המונחים "הרמוניזציה" (Harmonization) או "קירוב של דינים" (Approximation). המונחים "הרמוניזציה" ו"קירוב של דינים" מציינים רגה נמונה יותר של אחידות, שבה חותרים לבטל את ההבדלים העיקריים היוצרים מחסומים והפרעות, אך לא ליצור אחידות מוחלטת. ראה, למשל: *The Oxford Companion to Law* (1980) 555, 1248; וכן: A. Diamond "Conventions and their Revisions" in *Unification and Comparative Law in Theory and Practice* (1984) 45, 46; סעיף 3(h) לאמנת רומא המייסדת את הקהיליה האירופית (*Official Journal of the European Communities*, No. C 224/8) מונה בין שאר תפקידי הקהיליה את התפקיד להביא ל"קירוב הדינים של המדינות החברות במידה הדרושה לשם תפקודו של השוק המשותף" (תרגום שלי - א"ר). עם זאת

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציא"

להצטרף לאמנה שמשיגה את מטרת ההאחדה באופן מלא יותר. הראש השני מתייחס לתוכנם המטריאלי של אמנות האג ושל חוקי המכר הבין-לאומי שחוקקו בעקבותיהן, ומציג חלק מהמגרעות של חוקים אלה בהשוואה לחוק האחדיד שאומץ באמנת וינה. לאור מסקנתנו, ולפיה אמנת וינה עדיפה על פני החוקים הקיימים גם מבחינת תוכנה, הרי שיש גם בכך כדי לתמוך בטענתנו, שמן הראוי שמדינת ישראל תצטרף לאמנת וינה ותביא לחקיקתו של חוק מכר בין-לאומי חדש במקומם של החוקים הקיימים.⁹

ב. הרקע לחקיקת חוקי המכר הבין-לאומי: אמנות האג משנת 1964

1. הצורך בהאחדת דינים

במדינות שונות נוהגות שיטות משפט שונות. כל עוד תושב של מדינה מסוימת פועל אך ורק בתוך מדינתו הוא, ואינו בא במגע עם כל גורם ממדינה אחרת, ההכרלים הקיימים בין שיטות המשפט אינן מהוות בעיה מיוחדת. הוא מכיר את שיטת המשפט שבתוכה הוא פועל ומכלכל את מעשיו בהתאם לכך. ואולם מן הרגע שבו הוא צריך לבוא במגע עם גורם ממדינה אחרת, שיש בה שיטת משפט שונה משלו, הבעיות עלולות להיווצר. כל צד עלול להניח כי השיטה המוכרת לו היא זו שחלה. הבדלי הציפיות ואי-ההבנות הכרוכות בכך הם כר נוח להתדיינות ארוכות ויקרות בדבר תוכן ההתקשרות וכוונת הצדדים ובדבר ברירת הדין שצריך לחול עליה.

כך, למשל, עשויה להתעורר השאלה, אם הצעה מסחרית הקובעת זמן קצוב לקיבולה ניתנת לחזרה על-ידי המציע בתוך הזמן הקצוב. בהתאם למשפט האנגלי, אם לא ניתנה תמורה, המציע רשאי לחזור בו מהצעתו, ואילו על-פי המשפט הגרמני הוא אינו רשאי לעשות כן. תחת ה-UCC האמריקני, הצעה שניתנה בכתב איננה ניתנת לחזרה. דוגמה אחרת קשורה למקום התשלום על-פי ההסכם, כשזה לא נקבע במפורש: בצרפת ההנחה היא כי מקום התשלום הוא במקום עסקו של הקונה, ואילו באנגליה התשלום מתבצע במקום עסקו של המוכר.¹⁰

על רקע זה ננקטו במאה האחרונה יוזמות רבות, שמטרתן להביא להאחדת הדין אשר יחול בתחום המשפט הפרטי, וכייחוד לגבי פעילות מסחרית התרצה גבולות. התחומים שבהם

כבר העירו המלומדים, כי אין האמנה שומרת על עקביות בשימוש שלה במונחים השונים ("קירוב", "הרמוניזציה", "סטנדרטיזציה"), וגם הגבול בין האחדה ובין הרמוניזציה עשוי להיטשטש לעתים (ראה: דויד, להלן הערה 10, בעמ' 35; וכן: E. Stein *Harmonization of European Company Laws* (1971) 11).

9 בי"א בתמוז התשנ"ז (16.7.97), לאחר מסירת מאמר זה לפרסום, פורסמה ברשומות הצעת חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשנ"ז-1997, הצ"ח 2636, המציעה לאמץ בדרך של חקיקה את אמנת וינה. בזמן שמאמר זה מוגש לרפוס, טרם התקבלה ההצעה בכנסת. מדינת ישראל גם לא הצטרפה עדיין לאמנת וינה, ולא קיבלה על עצמה כל התחייבויות בין-לאומיות בעניין זה. על כן, הקריאה להצטרף לאמנה ולחוקק חוק מכר בין-לאומי חדש לאורה, היא אקטואלית ביותר. בסוף המאמר נתייחס באופן ספציפי להצעת החוק ולכמה מן הבעיות שהיא מעלה.

10 ראה: R. David "The International Unification of Private Law", Vol. II-5 of *International Encyclopedia of Comparative Law* 9.

נעשו פעולות להאחדה או להרמוניזציה כוללים: עסקאות מכר בין-לאומיות, מסמכים סחירים, אשראים דוקומנטריים, דיני הובלה ימית ואווירית, דיני משפחה וירושה, דיני עבודה, ברירת דין, בוורות בין-לאומית, ולאחרונה גם דיני פירוקים ופשיטות רגל.¹¹

2. ההיסטוריה של אמנות האג

(א) תהליך גיבוש האמנה

מקובל לראות את ראשיתה של אמנת האג בשנת 1930, עת החליט ארגון ה-UNIDROIT למנות ועדה של מומחים לצורך הכנת חוק מכר בין-לאומי אחיד.¹² היוזמה באה בעקבות קבלת דוח של פרופ' ארנסט ראבל, נומחה בעל מוניטין עולמי בנושא דיני המכר, אשר סבר כי פרויקט כזה הוא בריבוי ורצוי מאוד למען קידום המסחר הבין-לאומי.¹³ ועדת המומחים שמונתה כללה מומחים מארבע ארצות מערב אירופיות, המייצגות ארבע שיטות משפט מרכזיות: האנגלו-אמריקנית, הלאטינית, הגרמנית והסקנדינבית.¹⁴ טיוטה ראשונית

- 11 הגופים הפעילים בנושא ההאחדה הם רבים. הם כוללים את המוסד הבין-לאומי להאחדת המשפט הפרטי (The International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT) שמרכזו ברומא, ועדת האר"ם על משפט הסחר הבין-לאומי (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL), שמרכזו בווינה, ועידת האג על המשפט הבין-לאומי הפרטי, וכן לשכת הסחר הבין-לאומי שמרכזו בפריס (International Chamber of Commerce – ICC). על המבנה והפעילות של ארגון UNIDROIT, ראה: דויד, לעיל הערה 10, בעמ' 133-136. מלבד מכר טובין בין-לאומי, יזם הארגון גם אמנות בנושא תחבורה, בוורות, אחריות בנויקין ומסמכים סחירים. שיטות ההאחדה מגוונות; יש שפועלים באמצעות יצירת אמנות בין-לאומיות לחתימתן של מדינות ריבוניות – כגון אמנות האג על מכר טובין בין-לאומי – ויש שפועלים באמצעות יצירת קודים של כללים אשר יהיו פתוחים לאימוץ וולונטרי על-ידי צדדים לעסקה – כגון הכללים האחידים לגבי אשראים דוקומנטריים, פרי יצירת לשכת המסחר הבין-לאומית. על השיטות השונות להאחדת דינים, ראה: דויד, שם, בעמ' 34-37; וכן: P.C. Muller-Graff "Private Law Unification by Means other than of Codification", in *Toward a European Civil Code* (A. Hartkamp et al., 1994). קיימים גם גופים אזוריים רבים שפועלים להאחדת הדין בין המדינות של אזור מסוים. הקהילייה האירופית, למשל, התגלתה נגורם משמעותי מאוד בתחום זה. ראה סעיף 3(h) לאמנת רומא, לעיל הערה 8, וכן שטיין, לעיל הערה 8, בעמ' 5-22. כמובן, קיימים ארגונים ענפיים, הפועלים להאחדת הדין בתחומים מסוימים, ונגון ארגון הקניין הרוחני העולמי (WIPO), ארגון הספנות הבין-לאומי (IMO), וארגון התעופה האזרחית הבין-לאומי (ICAO).
- 12 ראה: M. Ndulo "The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis" 38 *Int'l & Comp. L. Quart.* (1989) 1.
- 13 ראה: E. Rabel *Observations sur l'utilité d'une unification du droit de la vente au point de vue des besoins de commerce international* (1929) 22 *Rabels Zeitschrift*, הודפס ב: *de vue des besoins de commerce international* (1929) 117. הדוח לווה במחקר השוואתי אשר ערך פרופ' ראבל ומכון המחקר שכראשונו. מחקר זה שימש את הבסיס למחקרו השוואתי הקלאסי של פרופ' ראבל על דיני המכר, שפורסם כמה שנים מאוחר יותר: *Das Recht des Warenkaufs* (1936, 1957).
- 14 הארצות היו: צרפת, גרמניה, אנגליה ושוודיה. ראה: H.C. Gutteridge "An International Code of the Law of Sale" 14 *Brit. Y. B. Int'l L.* (1933) 75, 82. החוק, וההשפעה המכרעת של שיטות המשפט הקונטיננטלי, היוו גורם חשוב לאי-הצלחת. ראה להלן הטקסט הצמוד להערות 24-25.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציא"

לחוק אחיד הוגשה בשנת 1935, והופצה על-ידי חבר הלאומים לממשלות, לצורך קבלת תגובות. על יסוד התגובות שהתקבלו הוכנה טיוטה שנייה אשר פורסמה בשנת 1939.¹⁵ מלחמת העולם השנייה מנעה כמובן את המשך שיתוף הפעולה, והעבודה חודשה רק לאחר המלחמה. בשלב זה כבר היה ברור כי החוק האחיד יוגבל אך ורק למכר בין-לאומי, ולא לעסקאות פנים-ארציות. כך תוכלנה מדינות לשמור על הדין הנהוג לגבי מסחרן הפנימי, וייקל עליהן להצטרף לאמנה. כמרכן הוחלט כי יש להכין חוק גם לגבי אופן כריתת החוזה הבין-לאומי, מן הטעם שגם בעניין זה יש הבדלים גדולים בין המדינות, ומספר הוראות בטיוטה שהוכנה התייחסו למועד כריתת החוזה, מבלי שמועד זה הוגדר בחוק המוצע.¹⁶ בשנת 1951 ארגנה ממשלת הולנד ועידה דיפלומטית על מכר טובין בין-לאומי במטרה לבחון את הטיוטה שהוכנה על-ידי UNIDROIT ולקבוע דרכים לקידום הפרויקט. חוץ מיפן, כל המשתתפות בוועידה היו מדינות מערב-אירופיות. הוועידה אימצה את הטיוטה בכפוף למספר תיקונים, ומינתה ועדת מומחים נוספת כדי להכין נוסח מתוקן. גם הפעם היתה הוועדה מורכבת ממומחים מארצות מערב-אירופה. הנוסח המתוקן היה מוכן ב-1956 והופץ בין ממשלות וגופים המעוניינים לקבלת תגובות.

(ב) ועידת האג משנת 1964

בשנת 1964 כינסה ממשלת הולנד שוב ועידה דיפלומטית בין-לאומית במטרה להגיע לכריתת שתי אמנות על מכר טובין בין-לאומי: אמנה אחת על מכר טובין בין-לאומי, ואמנה אחרת על אופן כריתת הסכמים למכר טובין בין-לאומי, אשר הוכנה בינתיים במקביל על-ידי UNIDROIT.

הוועידה התכנסה בהאג בשנת 1964, ואף מדינת ישראל השתתפה בוועידה זו. מתוך עשרים ושמונה המדינות אשר שלחו נציגים רשמיים לוועידה, היו הרוב ממערב אירופה, ואולם הפעם היו גם מיוצגות לראשונה ארצות-הברית וכמה מדינות ממזרח אירופה. לאחר שלושה שבועות של דיונים קדחתניים,¹⁷ אימצה הוועידה שתי אמנות: האמנה בדבר חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי (Uniform Law on the International Sale of Goods – ULIS), והאמנה בדבר חוק אחיד לעשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי (Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods – ULF).¹⁸ עקב ההבדלים הגדולים הקיימים בין המדינות בנושא אופן כריתת החוזה, ומתוך הערכה שיקשה

15 תגובות הממשלות הודפסו ב: *9. Reabels Zeitschrift* 651 (1936) לדין בטיוטה משנת 1935, ראה: E. Rabel "A Draft of an International Law of Sales" 5 *U. Chi. L. Rev.* (1938) 543.

16 ראה: P. Winship "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts", in *International Sales: The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (N.M. Galston & H. Smit eds. (1984)) 6-1.

17 J. Honnold "The Uniform Law for the International Sale of Goods: The Hague Convention of 1964" 30 *Law & Contemp. Probs.* (1965) 326, at p. 328-332 (להלן: "הונולד 1965").

18 שתי האמנות נפתחו לחתימה ביום 1.7.64, אך נכנסו לתוקף רק ביום 18.8.72 לאחר שאושרו על-ידי חמש מדינות. הטקסט הרשמי של האמנות פורסם ב: 834 U.N.T.S. 107 (1972) ו-834 U.N.T.S. 169 (1972).

אריה רייך

על מדינות מסוימות לקבל על עצמן את החוק האחיד שאומץ בהאג לעניין זה (ULF), הוחלט לשמור על הפיצול בין שתי האמנות. כך לא תצטרך מדינה כזו להימנע כליל מלהצטרף לאמנה, אלא תוכל להצטרף רק לאמנה העיקרית, ULIS.

מדינה שנעשית צד לאחת האמנות מתחייבת לאמץ את החוק האחיד לתוך התחיקה הפנימית שלה בתור הדין החל על החים למכר טובין בין-לאומי.¹⁹ המטרה של טכניקה זו היא להבטיח שבכל המדינות החברות באמנה יחול חוק שווה על עסקאות מכר טובין בין-לאומי. אמנם, עצם האימוץ של הוראות זהות איננו מבטיח אחידות בפרשנות ובאופן היישום. על כן, הכין פרופסור אנדרה טונק (Tunc), שהיה המנסח הראשי של החוק האחיד, פירוש בלתי רשמי להוראות החוק, אשר פורסם כחלק מהפרוטוקולים הרשמיים של ועידת האג.²⁰ הכוונה היתה שבתי משפט המתלבטים בפרשנות החוק האחיד ייעזרו בפירוש זה, האמור לשקף את כוונת המנסחים, וכך תושג החלה אחידה של החוק האחיד בכל המדינות המתקשרות.²¹

כבר בתחילת דרכן נתקלו אמנות האג בביקורת נוקבת. בין היתר נטען נגדן כי הן משקפות אינטרסים מערב-אירופיים, וכי אין בהן התחשבות מספקת בצרכים של מדינות העולם השלישי ושל מדינות סוציאליסטיות, אשר לא השתתפו בוועידה משנת 1964.²² גם מצד ארצות-הברית, אשר לא השתתפה בהליך הניסוח שקדם לוועידת האג, נמתחה ביקורת נוקבת.²³ בשנת 1966 ייסדה בינחיים עצרת האומות המאוחדות ארגון מיוחד בנושא של משפט הסחר הבינ-לאומי (U.N. Commission on International Trade Law - UNCITRAL), במטרה לקדם את "הדרמוניזציה וההאחדה ההדרגתית של משפט הסחר הבינ-לאומי". כבר בישיבתו הראשונה הוזלית UNCITRAL לבחון את יחסן של מדינות העולם לאמנות האג. התברר כי אמנות האג אינן צפויות לתמיכה גדולה, וכי אם יש רצון להשיג אמנה בעלת תחולה רחבה, יהיה צורך לערוך שינויים מספר בנוסח החוקים האחידים, וגם לפתוח בתהליך חדש של גיבוש נוסח מוסכם – תהליך אשר ישתף נציגים מכל היבשות ומכל סוגי המדינות.²⁴

- 19 סעיף 1: לשתי האמנות, שם. החוק יכול שיהיה מאומץ באחת משתי השפות הרשמיות של האמנה, אנגלית או צרפתית, או בשפה הרשמית של המדינה המאמצת.
- 20 הפירוש נמצא ב: *I Hague Conference Records & Documents* 357-391.
- 21 על בעיית הפרשנות של האמנות, ראה להלן, פרק ד, 3.
- 22 ראה: וינשיפ, לעיל הערה 16, בעמ' 1-12; וכן גדולו, לעיל הערה 12, בעמ' 3-4. מצב זה יצר את התחושה, כי אמנות האג העדיפו את האינטרסים של המוכרים על פני הקונים, ובכך נתנו עדיפות ליצואנים של מוצרים תעשייתיים מהמדינות המפותחות.
- 23 הביקורת מסוכמת במאמרים הבאים: H.J. Berman "The Uniform Law on International Sale of Goods: A Constructive Critique" 30 *Law & Contemp. Probs.* (1965) 354; K.H. Nadelman "The Uniform Law on the International Sale of Goods: A Conflict of Laws Imbioglio" 74 *Yale L. J.* (1965) 449. ראה גם להלן בפרק ד, בביקורת שלנו על אמנות האג.
- 24 קבוצת העבודה שמונתה עלי ידי UNCITRAL נתבקשה לבחון "אילו שינויים של הטקסטים הנוכחיים עשויים להפוך אותם למקובלים יותר על מדינות בעלות שיטות משפטיות, חברתיות וכלכליות שונות". ראה: גדולו, לעיל הערה 12, בעמ' 3.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאוו"

ואמנם קצב ההצטרפות לאמנות האג היה איטי מאוד, ורק בשנת 1972 השיגו האמנות את האשרורים של חמש מדינות, הדרושים לצורך כניסתן לתוקף.²⁵ בשיאן היו לאמנות האג תשע חברות בלבד.²⁶ ואולם, גם ההצטרפות של מדינות מועטות אלה היתה מסויגת בסייגים שונים, אשר צמצמו עוד יותר את תחולת האמנה, ולמעשה כל המדינות מלבד ישראל הצטרפו בכפוף להסתייגות כלשהי. כך, למשל, ניצלה אנגליה את האפשרות להצטרפות מסויגת הקבועה בסעיף V לאמנת ULIS, ולפיה החוק האחיד יחול רק כאשר הצדדים לעסקה בעצמם בחרו את החוק האחיד כדין שיחול על החוזה. הסתייגות זו למעשה מרוקנת את החוק האחיד ממשמעותו, והופכת אותו ללא יותר מאשר "חוזה לדוגמה", אשר הצדדים יכולים לאמץ אותו לפי רצונם. באין אימוץ מפורש כזה ימשיכו בתי המשפט האנגליים להחיל על העסקה את דיני המכר האנגליים הפנימיים.²⁷

3. תהליך גיבושה של אמנת וינה

כאמור לעיל, עוד לפני שאמנות האג נכנסו לתוקף כבר הוחל בהכנת אמנה חדשה לשם החלפתן. הוקמה קבוצת עבודה המורכבת מנציגים מארבע-עשרה מדינות המייצגות יבשות, מסורות משפטיות, ודרגות התפתחות כלכלית שונות.²⁸ בין השנים 1969 ו-1976 שקדה הקבוצה על גיבוש נוסח מוסכם. בשנת 1978 סיימה UNCITRAL את עבודתה והחליטה לאחד את שני הטקסטים שגובשו על-סמך ULIS ו-ULF לתוך טקסט אחד הן גם בכריתת החוזה (חלק II) וגם בזכויות הצדדים לחוזה (חלק III). עם זאת הוחלט כי תינתן האפשרות להצטרפות מסויגת, ללא ההחלה של חלק II הן בכריתת החוזה.²⁹ בחודש מרס 1980 כונסה ועידה דיפלומטית בווינה, מקום מושבו של UNCITRAL, עם נציגים משישים ושתיים מדינות ומשמונה ארגונים בין-לאומיים.³⁰ הדיונים נמשכו במשך חמישה שבועות, תוך הכנסת מספר שינויים בטיטה שהוגשה לוועידה, אך לבסוף אומצה האמנה פה אחד על-ידי כל משתתפי הוועידה.³¹ ואולם עצם האישור בוועידה עדיין איננו מחייב את המדינות, ויש צורך בחתימה

- 25 ראה: סעיף VIII לאמנת ULF, וסעיף X לאמנת ULIS, לעיל הערות 3 ו-5.
- 26 המדינות החברות היו: איטליה, אנגליה, בלגיה, גמביה, גרמניה המערבית, הולנד, לוקסמבורג, סאן מרינו, וישראל. למצב העדכני של החברות באמנות האג, ראה אתר האינטרנט הרשמי של ארגון ה-UNIDROIT: <http://www.agora.stm.it/unidroit/english/implement/i-64ulis.htm>.
- 27 הסתייגות נוספת נוגעת להחלת החוק רק כאשר מקומות עסקיהם של שני הצדדים נמצאים בתוך שטחיהם של מדינות מתקשרות. ראה להלן פרק ד, 1(א). הסתייגות זו נוצלה, למשל, על-ידי סאן-מרינו.
- 28 החברות הראשונות בקבוצת העבודה היו: ברזיל, צרפת, גאנה, הונגריה, הודו, אירן, יפן, קניה, מקסיקו, נורווגיה, תוניסיה, ברית המועצות, אנגליה וארצות-הברית. ראה גם בספר הפרשנות המרכזי שנכתב על אמנת וינה, על-ידי מי שעמד בראש ארגון ה-UNCITRAL בעת ועידת וינה ובמהלך הניסוח הסופי של האמנה, פרופסור הונולד, מארצות-הברית: J. Honnold *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (1991) 54, note 10 (להלן: "הונולד").
- 29 ראה סעיף 92 לאמנת וינה, לעיל הערה 6. מדינות סקנדינביה (דנמרק, נורווגיה, פינלנד ושבדיה) ניצלו זכות זו, ולא יחילו את חלק II לאמנה.
- 30 הארגונים הבין-לאומיים היו, בין היתר, הבנק העולמי, מועצת אירופה, הקהיליה הכלכלית האירופית, לשכת המסחר הבין-לאומית ו-UNIDROIT. הונולד, לעיל הערה 28, עמ' 55.
- 31 הונולד, שם, בעמ' 56. בדבר סקירה מפורטת על מהלך גיבוש האמנה במסגרת UNCITRAL, ראה: J. Honnold "The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods:

אריה רייך

פורמאלית על האמנה ואשרורה בהתאם לחוק הפנימי של כל מדינה. ואמנם אמנת וינה דרשה את הצטרפותן של לפחות עשר מדינות כתנאי לכניסתה לתוקף³² – כלומר כפליים מהדרישה על-פי אמנות האג.

אכן, אמנת וינה זכתה בתמיכה גדולה בהרכבה מזו של אמנות האג, ובשנת 1987 השיגה את המספר הדרוש. היא נכנסה לתוקף ב-1 בינואר 1988 עבור אחת-עשרה מדינות.³³ נכון להיום, כחמישים מדינות כבר הצטרפו לאמנת וינה, והן מייצגות יותר משני שלישים של הסחר העולמי בטובין.³⁴ במדינות הללו נכללות ארצות-הברית, סין, מדינות מערב ומזרח אירופה, וכן מדינות מתפתחות רבות. מדינות נוספות נמצאות בתהליכי הצטרפות. מדינה חשובה שעדיין לא הצטרפה היא יפן.

אמנת וינה באה כאמור כתחליף לאמנות האג, ועל כן כל מדינה המצטרפת אליה ואשר היתה חברה באמנות האג, בשתייהן או באחת מהן, מתחייבת לפרוש מאמנות ישנות אלה, ולהחיל בתחומה רק את אמנת וינה.³⁵ מבין תשע המדינות שהיו חברות באמנות האג, פרשו כבר חמש מדינות והצטרפו לאמנת וינה.³⁶ על תוכנה של האמנה החדשה נעמוד בהמשך.³⁷

ג. הטיעונים בעד חוק מכר בין-לאומי אחיד

כדי לבסס את טיעוננו, שלפיו מן הראוי שמדינת ישראל תצטרף גם היא לאמנת וינה, יש לעמוד תחילה על החשיבות שבהשגת אחידות בתחום דיני המכר הבין-לאומי באמצעות האמנה.

1. תיאור המצב הקיים ללא חוק מכר אחיד

כדי להבין את התרומה של חוק מכר בין-לאומי אחיד, עלינו לתאר תחילה את המצב המשפטי השורר במדינה אשר אין בה חוק כזה, כלומר, מדינה אשר לא הצטרפה לאמנה כלשהי בנושא זה. זהו המצב ששרר בישראל לפני תקיפת חוק המכר הבין-לאומי וחוק

223 (1979) 27 *Am. J. Comp. L.* "An Overview". האמנה אושרה בשישה נוסחים רשמיים, בכל

אחת משש השפות הרשמיות של האו"ם: אנגלית, סינית, ספרדית, ערבית, צרפתית ורוסית.

32 ראה: סעיף 99 לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

33 הוגולד, לעיל הערה 28.

34 המדינות החברות נכון לחודש מאי 1997 הן כדלקמן: אוזבקיסטן, אוסטרליה, אוסטרליה, אוקראינה, איטליה, אסטוניה, אקוודור, ארגנטינה, ארצות-הברית, בולגריה, בוסניה-הרצגובינה, בילורוסיה, בלגיה, גאנה, גינאה, גרוזיה, גרמניה (המאוחדת), דנמרק, הולנד, הונגריה, ונצואלה, זמביה, יוגוסלביה, לוקסמבורג, ליטא, לטוניה, מולדובה, מצרים, מקסיקו, נורווגיה, ניו זילנד, סוריה, סין, סינגפור, סלובניה, סלובקיה, ספרד, עירק, פולין, פינלנד, צ'ילה, צ'כיה, צרפת, קובה, קנדה, רומניה, רוסיה, שבדיה, שוויץ. לקבלת מצב עדכני של המדינות המתקשרות, ראה באינטרנט באתר הרשמי של UNCITRAL: <http://www.un.or.at/uncitral/status/index.htm#TOP>.

35 ראה: סעיף 399(3) לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

36 המדינות שפרשו הן: איטליה (תאריך כניסה לתוקף: 1.1.98), בלגיה (1.11.97), גרמניה (1.1.91), הולנד (1.1.92), ולוקסמבורג (1.2.98). ראה לעיל הערה 26.

37 ראה להלן פרק ד.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציא"

עשיית חוזים למכר בין-לאומי. באופן חלקי בלבד זה גם המצב השורר היום בישראל, בשל העובדה שאמנות האג לא זכו בתמיכה בין-לאומית.

בעולם שהיה קיים טרם כריתתן של אמנות האג ווינה, עסקאות מכר בין-לאומיות היו מוסדרות באמצעות הדין הפנימי של כל מדינה. בתקופה המודרנית קיימות רק מערכות לאומיות, להבדיל ממערכות בין-לאומיות, העוסקות בדין הפרטי. כל מדינה קובעת בעצמה, באופן בלתי חלוי, כיצד יוסדרו בבתי המשפט שלה היחסים בין הצדדים לעסקה, בין ששני הצדדים הם אזרחיה ובין שרק צד אחד.³⁸ ואולם אם המדובר ביחסים בין-לאומיים, תזדקק המדינה בדרך-כלל לכללים הנוהגים אצלה לגבי ברירת הדין שיחול על היחסים (Choice of Law). השאלה שתישאל היא: הדין הלאומי של איזו מדינה צריך שיחול על העסקה? האם הדין הגרמני, השבדי או הישראלי? משהוכרעה שאלה זו, יוחל הדין הפנימי של המדינה אשר לטובתה נפלה ההכרעה, הגם שדין זה זהה בדרך-כלל לדין החל גם על עסקאות מכר פנימיות. לשון אחר: אין התחשבות באופיה המיוחד של העסקה כעסקה בין-לאומית החוצה גבולות וכרוכה בבעיות מיוחדות משלה, כגון הבעיות הכרוכות במעבר גבולות (רשיונות יצוא, רשיונות יבוא, מכסים וכולי), הצורך בהובלה ארוכה, הבדלי מטבע, הבדלי דינים וקשיי אכיפה.

זאת ועוד. התהליך שבאמצעותו בורר לו בית המשפט שבפניו הובא הסכסוך את הדין שיחול, כרוך בבעיות לא מעטות. ראשית, קיימת אירודאות לגבי אופן הבחירה. כיצד יעריך בית המשפט את עובדות המקרה ויקבע איזה דין יש להניח שהצדדים התכוונו לבחור, או לחילופין: לאיזה דין יש את "מירב הזיקות" לחוזה הנידון?³⁹ והלא לפי מבחן זה לאף לא אחת מן הזיקות השונות (מקום הכריתה, מקום הביצוע, מנהג הסוחרים) אין משקל מכריע.⁴⁰ מה גם, שבמדינות שונות נוהגים כללים שונים לברירת הדין.⁴¹ חוזה שבית משפט אנגלי יחשיבו כחוזה עם כירב הזיקות לדין האנגלי, עשוי להיחשב על-ידי בית משפט צרפתי כחוזה אשר ה-*loi d'autonomie* שלו הוא הדין הלאומי של הצד שכנגד, למשל, הדין הצרפתי.⁴² ועוד; גם אם יסכים בית משפט אנגלי כי הדין החל על החוזה הוא הדין הצרפתי, לא ייקל עליו בירור התוכן של דין זה.⁴³ יהיה עליו לשמוע את דעתם של מומחים במשפט זה, ולעתים יאלץ להכריע בין דעות סותרות של המומחים, המתייחסות למשפט שהשופט בכלל

38 ראה: דויד, לעיל הערה 10, בעמ' 7.

39 זה הכלל שהיה חל בדין האנגלי. ראה: Dicey & Morris on The Conflict of Laws, (11th ed., 1987) 1161-1162; וכן פסק-הדין: *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1984] A.C. 50. בשנת 1991 שונה הדין באנגליה בעקבות כניסתה לתוקף של אמנת רומא לברירת הדין החל על חיובים חוזיים, שהיא עוד דוגמה ליוזמת האחדת דינים. *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal of the E.C.* 1980 L/266/1.

40 Dicey & Morris, לעיל הערה 39, בעמ' 1164-1165.

41 על הבדלים אלה ראה, למשל: Cheshire & North *Private International Law* (11th ed., 1987) 9. כאמור, נקטו מספר יוזמות במטרה להביא לאחידה גם של הכללים האלה. דוגמה אחת היא אמנת האג בדבר הדין החל על מכר טובין בין-לאומי, U.N.T.S. 1964, No. 7411, p. 149, וכן אמנת רומא, החלה רק על מדינות אירופה, ואשר הוזכרה לעיל בהערה 39.

42 ראה: דויד, לעיל הערה 10, בעמ' 8.

43 ראה: Cheshire & North, לעיל הערה 41, בעמ' 106-111.

איננו מצוי בנבכיו.⁴⁴ לעתים, כאשר לא הובאו ראיות מספקות לגבי עמדתו של המשפט הזר בנקודה מסוימת, ייאלץ השופט להווייל עליו עת הדין המקומי (Lex Fori),⁴⁵ תוך הסתמכות על הנחה מפקפקת של שוויון הדינים.⁴⁶ במצב הדברים הזה, וכיחוד במצב ראשיתי של היעדר כל הסכמים בין המדינות על שיתוף פעולה והכרה הדדית של פסקי־דין, גם אין זה ברור כלל וכלל אם הכרעת בית משפט לאומי אחד תהיה ניתנת לאכיפה בתוך תחומיה של מדינה אחרת.⁴⁷ בייחוד אמורים הדברים כאשר קיימים הבדלים מהותיים בין דיני המכר והחוזים של המדינות השונות. כבר לעיל הבאנו כמה דוגמאות להבדלים בעניין אופן כריתתו של ההסכם והתוכות החלות על הצדדים.⁴⁸ ניתן להזכיר עוד את ההבדלים הקיימים לגבי צורתו של החוזה, בכרית־המועצות, כל חוזה שנכרת על־ידי גוף כלכלי סובייטי חייב היה להיות בכתב, ואילו במדינות מערב אירופה אין דרישה שכזאת.⁴⁹ כך גם מושג "ההפרה הצפויה", המוכר במשפט האנגלי והישראלי,⁵⁰ והמזכה את הנפגע בתרופות מסוימות, איננו מוכר כלל במשפט הצרפתי ובשיטות אחרות.⁵¹ במצב דברים זה, לסוגיית ברירת הדין החל על העסקה וקביעת מקום השיפוט עשויה להיות משמעות קריטית עבור הצדדים, והדבר עשוי לגרום להשקעת משאבים במציאת הפורום הנוח ביותר למי מהצדדים ובהבאת הסכסוך בפני אותו פורום (Forum Shopping).

אמנם נכון הוא שהצדדים יכולים לפתור את רובן של הבעיות המתוארות אם רק יסכימו מראש ביניהם, בעת כריתת החוזה, מהו הדין, ומהן ההוראות המפורטות שיחולו על העסקה. אלא שגם פתרון זה אינו נקי לגמרי מבעיות. ראשית, יש מדינות, בעיקר באפריקה, באסיה ובדרום־אמריקה, אשר בתי המשפט שלהן לא תמיד מוכנים לקבל את שלילת התחולה של הדין המקומי, כאשר לדעתם היה עליו לחול.⁵² גם בבתי המשפט באנגליה מקובלת ההלכה, שבברירת הדין צריכה שתיעשה *bona fide* או בשל "נימוקים המתקבלים על הדעת", ולא – לא

44 שם, בעמ' 110; ראה גם: מ' שאוה *הדין האישי בישראל* (מהדורה שלישית, 1991), בעמ' 428-439; וכן ע"א 281/53 פסיפיק מדיטרניין ליינ ג' חששיות א"י בע"מ, פ"ד ט 1779, 1784.

45 ראה: שאוה, לעיל הערה 44, בעמ' 479-481; וכן: Dacey & Morris, לעיל הערה 39, בעמ' 223.

46 כך הוא הדין באנגליה ובמדינות רבות אחרות (ראה: שאוה, שם, וכן בעמ' 485). בארצות־הברית ובמספר מדינות אחרות, הכלל חל באופן פחות קיצוני, דהיינו רק אם יש בסיס להנחה בדבר שוויון הדינים (שם, בעמ' 481).

47 ראה: Cheshire & North, לעיל הע"ה 41, בעמ' 337-383. בעיה זו קשורה בעיקר לסוגיית ההכרה בפסקי־דין של בתי משפט זרים ובהסדרים הקיימים בין המדינות לעניין זה, ויכולה להיות קיימת גם כאשר קיים דין מכר אחיד. ואולם, הנדלים גדולים בדין המכר המהותי עשויים להחמיר את הבעיה; למשל, אם בית המשפט במדינה שבו מבוקשת אכיפת פסקי־החוק סבור שתוכנו של הפסק נוגד את תקנת הציבור. ראה, למשל, חוק אכיפת פסקי־חוק, החשי"ח-1958, ס"ח 244, סעיף 3(3). ראה גם: Cheshire & North, שם, בעמ' 375, לגבי חקיקה אנגלית הבאה להגביל את ההכרה בפסקי־חוק במקרים מסוימים בשל תוכן הפסק.

48 ראה הטקסט לעיל בפרק ב, 1.

49 ראה: דויד, לעיל הערה 10, בעמ' 9; זה עדיין המצב המשפטי במספר מדינות במזרח אירופה.

50 ראה: סעיף 17 לחוק החוזים (תרופות נשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 610.

51 דויד, לעיל הערה 10, בעמ' 10.

שם 52

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

יכבדו אותה בתי המשפט.⁵³ כמִרְכָּן יש שיטות משפט הדורשות שהדין שנבחר על-ידי הצדדים יהיה בעל "קשר משמעותי" אל החוזה, כדי שיהיה מחייב.⁵⁴ שנית, הפתרון של ברירת דין מוסכמת, גם אם נניח שהיא תכובד על-ידי בתי המשפט, איננו תמיד בר-ביצוע בפרקטיקה. בדרך-כלל לא נותנים הצדדים את דעתם לשאלת ברירת הדין בכואם לבצע עסקה פשוטה יחסית של רכישה טובין. וגם אם יתנו על כך את דעתם, פעמים רבות קשה לשני סוחרים המסכימים על המרכיבים היסודיים של עסקת המכר שלהם להגיע להסכמה גם לגבי ברירת הדין שיחול עליה.⁵⁵ מטבע הדברים, כל צד מעדיף את הדין החל במדינתו, שאותו הוא מכיר. כיצד פותרים מחלוקת כזו? זאת ועוד. לעתים, עצם העלאת הנושא במגעיים בין הצדדים מכניסה יסוד של אי-אימון לתוך היחסים. וכי מדוע יעלה צד אחד עניין זה אלא אם כן הוא חושש מפני מחלוקת וסכסוך אפשרי?

העולה מכל האמור הוא, שבמצב של הברלים משמעותיים בין דיני המכר החלים בשיטות המשפט השונות, שעסקת המכר הבין-לאומי קשורה אליהן, ובהיעדר חוק בין-לאומי אחיד, קיימת אי-ודאות רבה לגבי זכויות הצדדים על-פי חוזה המכר ולגבי הפתרון הצפוי לסכסוכים שעלולים להתעורר ביניהם. הדבר עלול להביא להתדיינויות ארוכות ויקרות. לעתים דיני המכר הפנימיים שיוחלו על העסקה לא יהיו מתאימים למאטריה המיוחדת של עסקת המכר הבין-לאומית ולבעיותיה המיוחדות. כמִרְכָּן קיימת סבירות לכך שתהיינה אי-הבנות בין הצדדים בגלל הברלים בציפיות של צדדים הבאים ממסורות משפטיות שונות.

היטיבה לבטא זאת באופן ציורי השופט נתניהו בהקשר של אמנה אחרת להאחדת הדין:⁵⁶

בימינו, כאשר קשרי תובלה וסחר הולכים ומתהדקים בין מדינות רבות ושונות בכל רחבי העולם, בין עמים מפורדים זה מזה בשפה, בתרבות, במסורת, בהרגלי חיים ומחשבה, במושגי צדק ומוסר ובשיטות משפט, חשיבותם של דיני מסחר אחידים הולכת וגוברת, פן "שבע ומאה ועשרים מדינה, מדינה ומדינה ככתבה ועם ועם

53 ראה, למשל: *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.* [1939] A.C. 277 (P.C.); וכן: "I do not believe *Boissevain v. Weil* [1949] 1 KB 482 שם, בעמ' 491 אומר השופט דנינג: "determined. Their intention is only one of the factors to be taken into account." ראה גם: *Re Helbert Wagg & Co Ltd's Claim* [1956] Ch 323 at 341, [1956] 1 All ER 129, at p. 136; וכן: *Cheshire & North*, לעיל הערה 41, בעמ' 453-456.

54 כך, למשל, בהחלטה של ערכאה בוררות צ'כית, לגבי הסכם מכר בין מוכר פקיסטני לקונה צ'כי שקבע, שהדין האנגלי חל על ההסכם, נקבע כי הוראה זו איננה מחייבת, כאשר לחוזה לא היה "קשר בעל משמעות" אל הדין האנגלי. ראה: *Court of Arbitration of the Czechoslovak Chamber of Commerce*, award of March 1, 1954 (*Centrotex Prague v. M.K. Pakistan*) *Journal de Droit International* 1956, No. 2, p. 468-472. כך היה הדין ברוב המדינות הסוציאליסטיות. ראה: *T. Ionasco & I. Nestor "The Limits of Party Authority", in The Sources of the Law of International Trade* (C. Schmitthoff ed., 1964).

55 ראה: דויד, לעיל הערה 10, בעמ' 10.

56 ד.ג. 36/84 שייכנר נ' אייד פלנט, פ"ד מא (1) 589, 641.

אריה רייך

כלשונו" (מגילת אסתר ח, ט) ידברו כל אחד בשפתו "אשר לא ישמעו איש שפת רעהו" (בראשית, יא, ז). הצירף למנוע מצב זה הוא שמביא לפעילות למען האחדות הדין במשפט המסחרי הבינלאומי, המתקיימת ליד ארגון האומות המאוחדות.

2. הטיעונים בעד יצירת חוק מכר בין-לאומי אחיד על רקע התיאור בסעיף הקודם, נוכל לנסח את הטיעונים המרכזיים בעד יצירתו של חוק מכר בין-לאומי אחיד, אשר יחול ברוב מדינות העולם (ובאופן רצוי, בכולן).

(א) חוק המותאם לעסקה הבינלאומית

הצטרפות לאמנה היוצרת חוק מכר בין-לאומי אחיד מבטיחה כי עסקאות המכר הבינלאומיות תוסדרנה על-ידי חוק מיוחד המותאם לאופי המיוחד של עסקאות כאלה והמתייחס לבעיות המיוחדות הנזכרות בעסקאות כאלה, להבדיל מעסקאות מכר פנים-ארציות.⁵⁷ בעיות אלה נובעות ממאפיינים מיוחדים כמו: מעבר גבולות של מדינות והבעיות הנובעות מכך (הצורך בושינוגות יצוא, רשיונות יבוא, תשלום מכסים, עמידה בתקנים מקומיים, וכו'),⁵⁸ המרחק הגאוגרפי בין הצדדים, הצורך בהובלה ארוכה, הברלי מטבע, הברלי דינים וקשיי אכיפה.

כך, למשל, קובע חוק המכר, הנושכ"ח-1968,⁵⁹ שהוא החוק החל בישראל על עסקאות מכר פנים-ארציות, כי המועד לתשלום מחיר הממכר הוא במועד מסירת הממכר, ומקום התשלום הוא במקום עסקו של המוכר.⁶⁰ ואולם אין הוראה זו מתאימה לנסיבות המיוחדות של עסקת מכר בין-לאומית. בעסקה כזו, בדרך-כלל אין המוכר מוכן להמתין לקבלת התשלום עד להגעת הסחורה לידי הקונה, ומאידך גיסא, פעמים רבות אין הקונה יכול לבצע תשלום במקום עסקו של המוכר. על כן מקובל כי התשלום מבוצע כנגד מסירת המסמכים המייצגים את הסחורה,⁶¹ ובמקום שבו מתבצעת מסירה זו. חוק המכר הבינלאומי האחד של אמנת וינה מתחשב במצב דברים זה, וקובע הוראות בהתאם לכך.⁶² כמו-כן מכילה האמנה,

57 ראה: דויד, לעיל הערה 10, בעמ' 7; ונין: קוירובסקה, להלן הערה 70, בעמ' 16.
58 חוק מכר בין-לאומי אינו אמור להסדיר את כל הסוגיות המורכבות הללו, כייחוד אלה הנוגעות ליחסים שבין המדינה ובין הפרט, ואשר המדינות רשאיות להסדירן בעצמן באופן ריכוזי. ואולם, עליו להתייחס אל בעיות אלה ככל שהן נוגעות ליחסים שבין הצדדים לעסקת המכר, ולהתחשב בהשלכותיהן על טיב היחסים הללו. על חוק המכר הבינלאומי להשיב על שאלות, כגון: ביחסים שבין המוכר והקונה, על מי החובה לדאוג לרשיונות היצוא או היבוא? על מי החובה לשלם את מכסי היצוא או היבוא? ומי נושא באחריות בגין הפרת זכויות הקניין הרוחני בארץ היצר?

59 ס"ח 529.
60 שם, סעיף 21. באין למוכר מקום עסק, יהיה התשלום במקום מגוריו הקבוע.
61 המסמכים שעליהם מדובר הם בדרך-כלל, חשבון הספקים (invoice), שטר המטען (bill of lading), ופוליסת ביטוח ימי, אשר הוצאתה הוטלה על הקונה. לעתים נדרשים מסמכים נוספים, כגון תעודת מקור או אישור עמידה בתקן.

62 ראה: סעיף 57 לאמנת וינה, לעיל הערה 6, הקובע:
"If the buyer is not bound to pay the price at any other particular place, he must pay it to the seller....(b) if the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place."

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

למשל, הוראות מיוחדות המתייחסות לטיפול בהובלה הימית⁶³ ובאי-התאמות של המסמכים,⁶⁴ נושאים אשר אין למצוא לגביהם הוראות ברורות בחוק המכר הפנימי.

(ב) תיאום ציפיות

חוק מכר בין-לאומי אחיד מפחית בצורה משמעותית את הסכנה לאי-הבנות בין הצדדים לעסקת המכר הבין-לאומית, אשר מקורן בכך שכל אחד מהצדדים מניח שהכללים החלים בשיטה המשפטית במדינתו שלו זהים לאלה החלים במדינתו של הצד שכנגד. החוק הבין-לאומי האחיד, אם הוא חל בשתי המדינות הגירונות, אכן מאמת את ההנחה האמורה, ולא יהיה מקום לאי-הבנות. החוק האחיד הזה הנו חלק מספר החוקים המקומי, מופיע בשפת המקום, והוא נהנה אפוא מנגישות מרבית לציבור הסוחרים. ניתן לדרוש מכל מי ששולח ידו במסחר בין-לאומי שיהיה מודע לתוכנו של חוק כזה.

(ג) הפחתת הוצאות עסקה

קיומו של חוק אחיד בין-לאומי מפחית את העלויות הכרוכות בכריתת עסקאות מכר בין-לאומיות, ובכך הוא מקל על כריתתן של עסקאות כאלה, הוא תורם לריבוי ומביא להגברת היעילות המצרפית.⁶⁵ בהיעדר חוק כזה, עלולים היצואנים והיבואנים להידרש להתמודד עם משטר חוקי שונה בכל אחת ואחת מן הארצות שאליהן הם חפצים לייצא את תוצרתם, או שמהן הם מעוניינים לייבא – לפי העניין. התמודדות זו תדרוש מהם השקעת משאבים ניכרים, או בשל הצורך ללמוד את תוכנו של משטר זה, או בשל הצורך להחליפו בהסדר חוזי מוסכם בעקבות ניהול משא ומתן עם הצד שכנגד. לעתים, הוצאות אלה יהיה בהן כדי להרתיע אותם מלהיכנס לעסקה.⁶⁶ לעומת זה, אימוץ חוק בין-לאומי אחיד מביא למצב שבו הסוחרים חייבים להכיר רק שני משטרים חוקיים: אחד עבור עסקאות פנים-ארציות, ואחד עבור עסקאות בין-לאומיות.⁶⁷ על כן, משביצע הסוחר עסקה

ראה גם: שם, סעיף 58. מובן שהוראות חוק המכר יחולו רק "כשאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים" (שם, סעיף 4(ב)), כך שיהיה ניתן להתחשב בכוונה המיוחדת שמן הסתם יש לייחס לצדדים לעסקת מכר בין-לאומית. אלא שאין בפתרון כזה די לספק את הוודאות המושגת על-ידי חוק מפורש הקובע את הכללים המפורטים שיחולו על העסקה המיוחדת.

63 סעיף 32 לאמנת וינה. הוראות דומות מצויות בסעיפים 19(3) ו-154(1) ו-2 לחוק המכר האחיד של אמנת האג (ULIS) (ראה סעיפים מקבילים בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971).

64 ראה: סעיף 34 לאמנת וינה, לעיל הערה 6. הוראה זו מאפשרת, בין היתר, למוכר לתקן אי-התאמות שנפלו במסמכים אשר כבר נמסרו, כאשר נמסרו לפני המועד האחרון שנקבע לשם כך, אם לא יהיה בכך כדי לגרום לקונה אי-נוחות או הוצאות בלתי סבירות. הוראה דומה איננה קיימת באמנת האג.

65 ראה: D. Leebbron "Claims for Harmonization: A Theoretical Framework" 27 *Can. Bus. L. J.* (1996) 63, at p. 77.

66 ראה: O. Lando "Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation" 40 *Amer. J. Comp. L.* (1992) 573.

67 ליברון, לעיל הערה 65, שם. זאת, כמובן, בהנחה האוטופית, שכל מדינות העולם יאמצו את החוק האחיד. אם לא כן, תהיה הקביעה נכונה רק לגבי המדינות שעשו כן. במצב דברים זה, ייקל על היצואן לסחור עם מדינות כאלה, ואילו לגבי האחרות, כריתת העסקה תהיה מותנית בהתגברות על הוצאות העסקה המוגברות.

בין-לאומית אחת עם מדינה כלשהי, יוכל להרחיב את עסקיו גם עם מדינות זרות אחרות מבלי להתחייב בהוצאות עסקה ניכרות בשל קיומו של משטר חוקי שונה. החוק האחיד יוצר אפוא יתרון לגודל (Economy of Scale), התורם להגברת היעילות המצרפית.⁶⁸

(ד) הפחתת סיכון

אימוצו של חוק מכר בין-לאומי אחיד מפחית את הסיכון הכרוך בעסקת המכר הבין-לאומית והנובע מאי-הוודאות הכרוכה בעסקה כזו, כפי שזו תוארה לעיל.⁶⁹ כאשר סוחר מתקשה לקבל תשובה ברורה לגבי התוכן המדויק של החובות והזכויות של הצדדים לעסקה וכן לגבי אופן הכרעתו של סכסוך העשוי להרגלע ביניהם, הדבר מהווה מבחינתו סיכון הכרוך בעסקה כזו, בשונה מעסקה פנים-ארצית. נייכון זה עלול להרתיע צדדים מלכרות עסקה שבפועל היתה כדאית לשניהם.⁷⁰ לעומת זה, כאשר בכל המדינות הקשורות בעסקה יחול דין זהה לעסקאות מכר בין-לאומיות, שאלת זכירת הדין החל על החוזה תהיה כמעט חסרת משמעות, והדבר יעניק לסוחרים את המשטר הכרוך והצפוי שהם זקוקים לו לצורך עשיית עסקים. אמנם תמיד קיימת מידה מסוימת של אי-וודאות לגבי האופן שבו בית המשפט עשוי לפרש את החוק וליישמו על המסכת העובדתית שבפניו. ואולם, אינה דומה אי-וודאות זו לאי-הוודאות הקיימת כאשר עצם הדין החל על מערכת היחסים של הצדדים מוטל בספק. מכל מקום, ברור שעם השאיפה לאימוץ החוק האחיד על-ידי מדינות רבות ככל האפשר, יש לחתור גם לאחידות המרבית בפרשנות החוק וביישומו.⁷¹

(ה) הקלה על בתי המשפט

אימוצו של חוק אחיד יביא להקלה בנטל המוטל על בתי המשפט בקשר ליישוב סכסוכים מסחריים בין-לאומיים. ראשית, ככל שיקטן הסיכוי לאי-הבנות בין הצדדים כאשר לזכויותיהם ולחובותיהם ותקטן אי-הוודאות בהקשר זה, כך יפחת גם מספר הסכסוכים הדורשים את הכרעת בתי המשפט. אך גם כאשר סכסוך כזה יתגלע, תהיה מלאכת יישובו קלה ופשוטה יותר, מאשר בהיעדרו של חוק בין-לאומי אחיד. ייותר הצורך להשקיע משאבים בפתרון שאלות של התנגשות דינים וזכירת הדין על-פי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי.⁷² כך גם לא יהיה עוד צורך בהוכחת דין זר החל על העסקה, אלא בית המשפט יוכל להכריע במחלוקת על-פי חוק המכו הבין-לאומי האחיד, אשר מהווה חלק מספר החוקים הלאומי, כמו כל חוק אחר. אמנם עדיין יהיה צורך לפרש את החוק האחיד בהתאם לכללים

68 ליברון, שם, בעמ' 87.

69 ראה לעיל בפרק ג, 1. ראה גם: K. Zweigert & H. Kotz *An Introduction to Comparative Law*, Vol. I (1977) 20.

70 ראה: A. Kaczorowska *International Trade Conventions and their Effectiveness: Present and Future* (1995) 15. כבר עמד על כך קוז, באומרו כי אחד התנאים הדרושים להשגת עסקה מתקנת פארטו-אופטימלית הוא מידע מלא לשני הצדדים בדבר כל הנחונים הרלוונטיים של העסקה; ראה: R. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960), at p. 15.

71 על כך ראה בהמשך, בפרק ד, 3.

72 ראה לעיל פרק ג, 1.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציא"

המיוחדים המתאימים לפרשנות סוג כזה של חקיקה, ותוך התחשבות בחומר זר,⁷³ אך מלאכה זו קלה בהרבה ממלאכת הלימוד של דין שהוא זר לחלוטין, מבוטא בשפה זרה, וקשור פעמים רבות לתרבות משפטית אשר איננה מוכרת לשופט.

3. הטיעונים בעד הצטרפות מדינת ישראל לאמנת וינה

הטיעונים שהעלינו בסעיף הקודם מתייחסים לתועלת הצומחת מעצם יצירתו של חוק אחד למכר טובין בין-לאומי והחלתו של חוק כזה במערכות המשפט הלאומיות השונות. הטיעונים הללו היו בוודאי בין אלה שהדריכו את קובעי המדיניות בישראל כאשר החליטו להצטרף לאמנות האג ולאמצן לתוך משפטנו המקומי. כפי שקבע הנשיא שמגר בעניין *אמרופא נ' המגדר תעשיות פלדה בע"מ*: "עצם חקיקתו של החוק נועדה ליצור ביטחון משפטי בדרך של יצירת אחידות ומניעת החלת דיניה הפנימיים של כל מדינה ומדינה."⁷⁴ ואולם אותם נימוקים עצמם מחייבים היום את המסקנה, כי יש לבטל את חוקי המכר הבין-לאומי הקיימים ולהחליפם בחוק האחד של אמנת וינה.

היום ברור, כי חוקי המכר הבין-לאומי הקיימים אינם משרתים את מטרת האחידות עם שיטות משפט של המדינות שאתן מקיימת ישראל קשרי מסחר. כפי שהבהרנו לעיל, רק תשע מדינות הצטרפו לאמנות האג, ומכניהן פרשו כבר חמש והצטרפו לאמנת וינה.⁷⁵ מלבד ישראל נותרו אפוא שלוש מדינות בלבד, אשר שתיים מהן חסרות חשיבות לחלוטין מבחינת הסחר עם מדינת ישראל (סאן מרינו וגמביה).⁷⁶ ואילו המדינה השלישית החברה עדיין באמנת האג, אנגליה, למעשה מעולם לא החדירה את החוק האחד של אמנה זו אל תוך הפרקטיקה של חיי המסחר שלה.⁷⁷

התוצאה המצטברת ממצב דברים זה היא משונה למדי; מדינת ישראל מחילה על כל עסקאות המכר הבין-לאומי הנידונות בפני ערכאותיה⁷⁸ חוק מכר, אשר מטרתו להשיג אחידות עם שיטות משפט זרות, אבל למעשה אינו משיג אחידות אלא עם עצמו. "החוק הבין-לאומי האחד" איננו אחד ואף איננו בין-לאומי. הוא גם איננו משיג תיאום ציפיות בין הסוחרים הישראליים ובין עמיתיהם ברחבי העולם, הואיל ויש להניח כי החוק "האחד"

73 על כך ראה להלן בפרק ד, 3(ב).

74 ע"א 132/85, 133 אמרופא א.ג. נ' ה.ש.י. המגדר – תעשיות פלדה בע"מ, פ"ד מא (4) 477, 487.

75 ראה לעיל הטקסט ליד הערה 36.

76 סאן מרינו היא הרפובליקה הקטנה ביותר בעולם, ומשתרעת על שטח של לא יותר מ-61 ק"מ מרובעים בחצי-האי האיטלקי. יש בה כ-24,000 תושבים (ראה: http://inthenet.sm/det_smg.htm). גם גמביה היא מדינה קטנה מאוד הנמצאת במערב אפריקה. יש בה כחצי מיליון תושבים המחגורים על שטח של כ-10,000 ק"מ מרובעים משני צדי נהר הגמביה (ראה: <http://www.gambia.com>).

77 ראה: The Uniform Laws on International Sales Act, 1967, וכן לעיל, הטקסט ליד הערה 27. אין חוק זה מחיל את האמנה אפילו באופן דיספוזיטיבי, אלא רק מאפשר לסוחרים לאמץ אותו מרצון, באמצעות הסכמה מפורשת בין הצדדים, כתור הדין שיסדיר את עסקת המכר שלהם. ואולם בפועל, אימוץ כזה נדיר ביותר, ורוב עסקאות המכר הבין-לאומי נידונות באנגליה על-פי הדין האנגלי הרגיל. ראה: C. Schmitthoff *Schmitthoff's Export Trade* (9th ed., 1990).

78 חוק המכר הבין-לאומי מוחל בבחי המשפט בישראל על כל עסקה המוגדרת כ"בין-לאומית", בהתאם למבחנים שבחוק, ובהתעלם מכללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי. ראה סעיפים 1 ו-2 לתוספת לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 2; וכן בפירוט להלן בפרק ד, 1(א).

המרחל בישראל איננו מוכר לאיש מהם. גם אם הוא משיג את המטרה של הקלה על כתי המשפט, בכך שהוא פוטר אותם מלהיכנס לבעיות הכרוכות בכרירת דין על-פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי,⁷⁹ ואף פוטר אותם מהצורך להחיל דין זר על המכר הבינלאומי, הרי שהוא עושה זאת במחיר יקר של הזולה כפריה של חוק מכר בעייתי ובלתי מקובל בעולם על צדדים ממדינות אשר מעולם לא קיבלו על עצמן חוק כזה.⁸⁰

לעומת זה, אמנת וינה כבר זכתה להצטרפות של כחמישים ממדינות העולם, ביניהן שותפות סחר חשובות לישראל, כגון ארצות-הברית, רוב מדינות אירופה המערבית והמזרחית, וגם סין. מדינות אלה מייצגות כיום כשני שלישים של הסחר הבינלאומי בעולם, וניתן לצפות להצטרפותן בעתיד של מדינות רבות נוספות.⁸¹ מכאן, שרק אמנה זו יכולה לשרת את המטרה החשובה של האידת דיני המכר הבינלאומי בעולם, גם אם מטרה זו עדיין לא הושגה במלואה.

4. הטיעונים נגד החוק האחיד ריחיתם

ניתן להעלות שלושה סוגים של טיעונים כנגד אימוץ החוק האחיד. הסוג הראשון הוא טיעון עקרוני כנגד כל סוג של הסדר אחיד, הואיל והוא מתעלם מן הערך שבשוני ומן ההבדלים הטבעיים הקיימים בין המדינות השונות. סוג אחר של טיעונים מתייחס באופן ספציפי לחוק האחיד שבו עסקינן. אין הוא פוסל באופן עקרוני הסדר ששיג אחריות בין מדינות העולם אלא רק את החוק האחיד המסוים המוצע כאן, בטענה שהוא איננו מתאים ואיננו משתלב עם שיטת המשפט הלאומית שלנו, ויהיה כאן "נטע זר" שצפוי לגרום לקשיים לסוחרים ולבתי המשפט. סוג שלישי של טיעונים מופנה גם הוא כנגד תוכנו של ההסדר המוצע ופוסל אותו פשוט משום שאיננו מוצלח ובטענה שהוא יביא לתוצאות בלתי רצויות, ולא רק אצלנו. על סוג אחרון זה של טיעונים: דון, בין היתר, בהמשך הדברים, כאשר נתייחס באופן ספציפי לאמנות השונות וליתרונותיהן ולחסרונותיהן היחסיים.⁸² כאן נדון בשני הסוגים הראשונים של טיעונים אפשריים כנגד אמנת וינה וננסה להראות מדוע אין הם תופסים במקרה הנידון.

(א) הערך שבשוני

הטענה הבסיסית היא, כי יש ערך גם להבדלים שבין המדינות, וכי האחדה באה על חשבוננו של ערך זה.⁸³ בהתאם לעמדה זו, ההבדלים הקיימים בין המשטרים הכלכליים והמשפטיים של מדינות שונות משקפים במידה רבה צרכים שונים, הנובעים מהבדלים בנתונים כלכליים, חברתיים ופוליטיים ומהעדפות לאומיות שונות.⁸⁴ עליידי כפיית מתכונת אחידה על כלל

79 ראה סעיף 2 לתוספת לחוק המכר הבינלאומי, לעיל הערה 2.

80 אמנת וינה, בניגוד לאמנות האג, אינה נוקטת דרך "כופה" כאמור, אלא מחילה את החוק רק בהתאם לכללי ברירת הדין של המשפט הבינלאומי הפרטי. ראה דיון מפורט על כך בהמשך בפרק ד, 1(א).

81 ראה: קריצר, לעיל הערה 7, בעמ' 148.

82 ראה להלן בפרק ד.

83 לפיתוח מעמיק של טיעון זה בהקשרים כלכליים שונים – לא בהקשר של חוק המכר הבינלאומי –

ראה: ליברון, לעיל הערה 65, בעמ' 107-91.

84 שם, בעמ' 92-93.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

המדינות, כך נטען, אנו שומטים את היתרונות הטמונים במשטרים משפטיים או כלכליים שעוצבו תוך התחשבות בצרכים מיוחדים אלה, וייתכן שבמקרים רבים התועלת הטמונה באחידות איננה עולה כדי הנזק הכרוך באי-ההתאמה של המשטר האחיד לצרכים המיוחדים. זה, בין היתר, הבסיס הרעיוני לעקרון הסובסידיאריזם, אשר אומץ באופן חלקי באיחוד האירופי, ואשר חסידיו מקווים כי יהווה משקל נגד למגמות ההאחדה והסטנדרטיזציה הנרחבות של מוסדות האיחוד.⁸⁵

בהקשר של ענייננו, חוק המכר האחיד, תהיה הטענה שדיני המכר המקומיים הקיימים משקפים את מושגי הצדק ואת הצרכים הכלכליים של מדינת ישראל, וכי הם מותאמים לתנאי הארץ, ואילו חוק המכר האחיד שעוצב בידי משפטנים מכל רחבי תבל איננו מותאם בהכרח לצרכים ולתנאים אלה.

הגם שטענות מסוג זה יכולות להיות נכונות ובעלות משקל בהקשרים אחרים, הרי שבהקשר המיוחד של השאלה העומדת לפנינו במאמר זה – קרי: האם להצטרף לאמנת וינה ולאמץ את החוק האחיד שלה לתוך המשפט הישראלי – אין להן כל תוקף. טעמים מספר יש לכך: ראשית, לדעתנו, אין למצוא בחוק המכר האחיד של אמנת וינה כל סתירה למושגי הצדק של הציבור בישראל, ואף לא לצרכיה הכלכליים של מדינת ישראל. שנית, החוק האחיד איננו חל על עסקאות מכר הגערכות בתוך ישראל בין מוכרים מקומיים, ואין הוא בא להחליף את חוק המכר, התשכ"ח-1968 או את החוקים האחרים החלים על עסקאות כאלה.⁸⁶ החוק האחיד חל על עסקאות אשר ממילא נידונות בישראל על-פי חוק אחיד פרי יצירתה של אמנה בין-לאומית, הלוא היא אמנת האג. אלא שחוק זה כבר איננו ממלא את ייעודו ויש בו פגמים שונים המצדיקים את החלפתו, כפי שנבהיר בהמשך. זאת ועוד. בשל האופי הבין-לאומי של העסקה, יש סיכוי שהיא תידון בפני ערכאה מחוץ לישראל על-פי דין זר, וממילא היא תהיה כפופה לכללים ולדינים שאינם משקפים בהכרח את "מושגי הצדק והצרכים הכלכליים" של ישראל. במצב דברים זה, אין ספק שעדיפה מטרת האחידות, ושהעסקה תידון בכל המדינות על-פי חוק מכר בין-לאומי אחיד המוכר לסוחרים ולבתי המשפט המקומיים.

(ב) השתלבותה של אמנת וינה בחקיקה האזרחית הקיימת

הסוג השני של הטיעונים מתייחס לאי-השתלבותו של החוק האחיד בחקיקה האזרחית הקיימת בישראל, על עקרונותיה ועל מושגיה. החשש הוא כאמור, שחוק זה יהווה נטע זר בתוך שיטתנו המשפטית. גם טיעון זה איננו תופס במקרה הנידון. חוק המכר הבין-לאומי של אמנת וינה איננו זר לעקרונות ולמושגים השולטים בחקיקה האזרחית בישראל. כפי שהבהרנו לעיל,⁸⁷ אמנת וינה מבוססת בחלקים גדולים על אמנות האג, תוך כדי הכנסת מספר שיפורים

85 בעניין זה ראה: ח' שחור-לנדאו "הרהורים על עקרון הסובסידיאריזם באיחוד האירופי" מחקרי משפט יג (2) (תשנ"ז) 301.

86 על סעיפי התחולה של החוקים האחידים של אמנות האג ווינה, ראה להלן בפרק ד, 1.

87 ראה לעיל פרק ב, סעיפים 2 ו-3.

חשובים.⁸⁸ ואילו אמנות האג היו בשעתן מקור השראה מרכזי בעיצוב חקיקת החוזים בישראל.⁸⁹ כדבריו של פרשן חשוב:

המקור החשוב ביותר לחוק המכר [תשכ"ח-1968] הוא החוק האחיד משנת 1964. מנסחי החוק הישראלי שאפו ליצור הרמוניה בין הדין שעתיד היה לחול על חוזי מכר בינלאומיים ובין הדין החל על חוזי מכר מקומיים. ההסתמכות על החוק האחיד ועל עבודות ההכנה שקדמו לו אפשרו ליהנות מהמחקר ההשוואתי המקיף שנערך לשם ניסוחו.⁹⁰

אם כן, כמו שהחוק האחיד של אמנת האג קרוב מאוד במושגיו וכללי לחקיקה האזרחית הישראלית, כך הוא גם החוק האחיד של אמנת וינה. אדרבה, מתברר כי בנושאים לא מעטים קרובה החקיקה האזרחית הישראלית יותר לאמנת וינה מאשר לאמנת האג.⁹¹ הגם שחקיקה זו עוצבה ברובה לפני שהתקבלה אמנת וינה, ואף-על-פי שישראל לא היתה צד לאמנה זו ולא שותפה לעיצובה, הרי שמנסחי החקיקה הישראלית החדשה זיהו במקרים רבים את הפגמים שבחוק האחיד משנת 1964 ונמנעו מהם.⁹² במקרים רבים, הפתרונות שנבחרו על-ידם מתאימים להפליא לאלה שאומצו מאוחר יותר על-ידי אמנת וינה. נעמוד על כך ביתר פירוט להלן בדיון על תוכנו של החוק האזרחי.⁹³ מכאן, שאימוץ החוק האחיד של אמנת וינה לא זו בלבד שלא יביא להכנסת "נטע זר" לתוך החקיקה האזרחית הישראלית, אלא שיהיה בכך כדי לחזק את האחדות הפנימית של חקיקה זו, בנוסף על השגת אחדות דינים עם הרוב המכריע של שותפות הסחר של ישראל.

(ג) בית המשפט העליון כבר נזקק לאמנת וינה: פרשת Eximin

אף-על-פי שמדינת ישראל טרם הצטרפה לאמנת וינה, כבר נזקק בית המשפט העליון שלנו לאמנת וינה לצורך פתרון סכסוך משפטי שבא לפניו בהקשר של עסקת מכר בין-לאומית.

88 ראה: התולד, לעיל הערה 28, בעמ' 54; וכן: M. Ziontz "A New Uniform Law for the International Sale of Goods: Is it Compatible with American Interests?" 2 *Northwestern J. Int'l L. & Bus.* (1980) 129, 130.

89 א' זמיר *חוק המכר תשכ"ח-1968* (זשמ"ז) 3; לדבריו, לשתי האמנות היתה השפעה רבה מאוד על חקיקת החוזים בישראל, כפרט בנושאים של מכר, כריתת חוזה ותרופות בשל הפרת חוזה. ראה גם: ד' צלטנר "על דיני המכר" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים חשל"ה – *החקיקה האזרחית החדשה* (תשל"ו) 79; ג' שלו *כריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי)*, תשל"ג-1973, פרק א, טעיפים 1-12 (תשל"ח), עמ' 2, הערה 3; ד' צלטנר *דיני החוזים של מדינת ישראל* (חשל"ד), שער ראשון, בעמ' 53, 106, 109, 226, 264-265, 388-389, 419-420.

90 זמיר, שם, בעמ' 4.

91 זמיר, לעיל הערה 89, בעמ' 5, הערה 13. ראה גם ביתר פירוט: E. Zamir "European Tradition, the Conventions on International Sales and Israeli Contract Law", in *European Legal Traditions and Israel* (A.M. Rabello ed., 1994) 499, 505.

92 שם, בעמ' 506.

93 ראה, למשל, להלן הערה 245, בעניין העברת הסיכון; וכן הערות 268-269 והטקסט הצמוד להן, בעניין תרופות להפרת חוזה.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאוו"

הדבר אירע בפרשת *Eximin S. A.*, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה.⁹⁴ הצורך בהזדקקות זו נבע, בין היתר, מאי-הבהירות הקיימת באמנת האג לגבי השאלה שעמדה לדין. דומה כי יש גם בכך כדי להצביע על הצורך, המשתקף מן "השטח", בהחלפת חוקי המכר הכין-לאומי הקיימים כדין החדש של אמנת וינה, ועל כך שגם המערכת השיפוטית מצפה ומוכנה לשינוי זה.

במקרה זה נידון חוזה מכר בין יצרן ישראלי ובין חברה בלגית, אשר קנתה כמות מסוימת של מגפי גיינס עבור לקוח שלה בארצות-הברית. כשהגיעה הסחורה לשם, התברר כי יש בדגם משום הפרת סימן מסחר הרשום בארצות-הברית, ולכן עוכב המשלוח במכס. הקונה הבלגית תבעה השבת מחיר הסחורה, אשר שולם כבר באמצעות מכתב אשראי דוקומנטרי, בטענה של כישלון העסקה באשמת המשיבה. המחלוקת המרכזית בין הצדדים היתה, מי נושא באחריות בגין ההתעלמות מהפרת סימן המסחר הרשום במדינת היעד.

היה מוסכם כי על העסקה חל חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971. אלא שחוק זה לא סיפק תשובה חד-משמעית לבעיה. סעיף 52(א) לתוספת לחוק קובע כי מקום שהטובין כפופים "לזכות או לתביעה של אדם שלישי", על הקונה, אם לא הסכים ליטול את הטובין בכפוף לאותה זכות או תביעה, להודיע למוכר על הזכות או התביעה, ולדרוש שהטובין ינוקו מהן תוך זמן סביר, או שהמוכר ימסור לו טובין אחרים נקיים מכל זכויות ותביעות של אדם שלישי. סעיף קטן (ג) שם קובע כי אם המוכר לא מילא אחר הדרישה לפי סעיף קטן (א), ונגרמה בכך הפרה יסודית של החוזה, רשאי הקונה להודיע על ביטול החוזה ולתבוע פיצויים. אין אפוא התייחסות מפורשת בחוק לזכויות של קניין רוחני: האם גם זכויות כאלה, אף-על-פי שאין הן יוצרות זכויות בממכר עצמו, כלולות בלשונו של סעיף 52 שנזכר לעיל? הגם שהפרשנים נוטים להשיב על כך בחיוב,⁹⁵ הרי שבחוק עצמו אין לכך, כאמור, תשובה ברורה.

לצורך פתרון הבעיה, פנה הנשיא שמגר, בין היתר, לאמנת וינה.⁹⁶ סעיף 42 לאמנה זו מתייחס במפורש לזכויות קניין רוחני, וקובע את החובה על המוכר לספק טובין הנקיים מכל זכויות של צד ג, לרבות זכויות הנובעות מקניין רוחני או תעשייתי והקיימות בארץ היעד של הסחורה.⁹⁷ ואולם הוראה זו גם קובעת סייגים לחובת המוכר לספק טובין הנקיים מזכויות כאלה, סייגים שגם הם אינם בנמצא בחוק האחיד של אמנת האג. בין היתר, נקבע שם, כי אם הקונה ידע על הזכויות, או אם הזכויות נובעות מכך שהמוכר מילא אחר המפרטים או העיצוב שסיפק לו הקונה, לא תחול חובה זו. גם אם נקבל שניתן להתגבר על אי-הבהירות של אמנת

94 ע"א 3912/90 *Eximin*, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מו (4) 64.
95 ראה דעתו של צלטנר בפירושו לחוקי החוזים, לעיל הערה 89, בעמ' 98: "בביטוי 'זכות אחרת' של צד שלישי נכללות, כפי הנראה, זכויות לפטנטים ולסימנים מסחריים המוקנות לאדם שלישי" (ההדגשה שלי - א"ר).

96 שם, בעמ' 72.

97 להלן לשונו של סעיף 42(1):

"The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property..."

אריה רייך

האג בעניין זכויות קניין רוחני, ולומר שגם הן כלולות במונח "זכות או תביעה של אדם שלישי", עדיין קשה ליצור יש מאין את הסייגים לעניין זה המפורטים באמנת וינה. סייגים אלה היו מאוד רלוונטיים למקרה הנידון, משום שהמוכר טען כי הקונה ידע על קיום סימן המסחר בסמל שהוצמד למגפיים. הוא גם טען כי ייצר אותם בהתאם למפרט ולעיצוב שהומצא על-ידי הקונה. בפועל, אינו הנשיא שמגר את הסייגים הללו של אמנת וינה ובחן לאורם את התנהגות הצדדים. הוא גם פנה לאמנת וינה בקשר לסוגיות אחרות שנוקט להן במהלך פסק-הדין.⁹⁸

שמגר נימק את פנייתו לאמנת וינה בעניין זה במילים הבאות:

סעיף 42 הוא מעין קודיפיקציה בזעיר אנפין של סייגים שהתפתחו לאורך השנים לעניין חובתו של המוכר לזעביר בעלות נקייה מזכויות צד שלישי. לפיכך, ניתן להיעזר בהוראותיו, על דרך האנלוגיה, גם בענייננו. הדבר גם עולה בקנה אחד עם הרצון להאחדת הדין...⁹⁹

במקום אחר בפסק-הדין שמגר מתייחס לכך שחוק המכר טובין בין-לאומי משקף את המשפט הבין-לאומי ההסכמי שוויה קיים בעבר, ושבינתיים "חלו שינויים במשפט הבין-לאומי ההסכמי" בעקבות כריתת אמנת וינה.¹⁰⁰

יש להעיר על כך, שבניגוד למשפט בין-לאומי מנהגי, משפט בין-לאומי הסכמי אינו משתנה מעצמו אלא כתוצאה מהכנסתה של המדינה להיות קשורה בו על-ידי חתימה ואשרור של אמנות בין-לאומיות. כל עוד מדינת ישראל לא הצטרפה לאמנת וינה, לאמנה זו לא יכולה להיות כל השפעה פורמאלית על דיני המכר הבין-לאומי שלה. לא ניתן לראות באמנת וינה אמנת חוק דקלרטיבית, שרק מצהירה על כללים הקיימים כבר במשפט הבין-לאומי המנהגי,¹⁰¹ ולכן הדיבור על "קודיפיקציה" של סייגים "שהתפתחו לאורך השנים" נראה בעייתי מן ההיבט הנושפטי הפורמאלי. גם הפנייה לאנאלוגיה אין לה בסיס בדין, כאשר מדובר באמנה אשר מדינת ישראל בחרה שלא להצטרף אליה. "הרצון להאחדת הדין" הוא אכן מטרה חשובה וראויה, כפי שניסינו להראות, אך כדי להוציא אותו אל הפועל דרושה יוזמה של הרשות המבצעת נמי שמוסמכת לכרות אמנות בין-לאומיות, ושל הרשות המחוקקת כמי שיכולה לאמץ אותן לתוך משפטנו המקומי.

98 ראה פסק-דין *Eximin*, לעיל הערה 94, בעמ' 79, בעניין עקרון הסיביות בחיוב פיצויים על הפרת חוזה, וכן: שם, בעניין החובה להקטנת הנזק.

99 שם, בעמ' 73.

100 שם, בעמ' 70.

101 ראה: דינשטיין, המשפט הבין-לאומי והמדינה (1971), בעמ' 148. אמנה דקלרטיבית כזו עשויה לחדור מעצמה למשפט הפנימי הישראלי אך על-פי ישראל לא הצטרפה אליה, מן הטעם שמשפט בין-לאומי מנהגי כן נקלט ישירות למשפט הארץ, בהתאם לדוקטרינה האנגלית של בלקסטון. ראה שם; וכן ע"א 65/67 קורץ ולטושינסקי נ' קירשן, פ"ד כא (2) 20, 26. ואולם אין המדובר כאן במנהג המדינות ביחסיהן זו עם זו אלא על משפט פנימי של כל אחת. כמורכב אין מקום לדבר על מנהג כאשר קיימת אמנה, ומדינה מסוימת בחרה שלא להצטרף אליה; להפך: המנהג הוא שמדינה שמצטרפת לאמנה אכן מחילה את הוראות האמנה בתוך משפטה הפנימי (אגב, כל אחת בכפוף לסייגים שהיא בחרה אוחם), ואילו מדינה שלא הצטרפה איננה מחילה אותן.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

מכל מקום, עצם העובדה שכית המשפט העליון נאלץ לפנות לאמנת וינה לשם מציאת פתרון לבעיה שהתעוררה, למרות הקשיים הפורמאליים הכרוכים בפנייה כזו, רק מחזקת את הטענה כי אנו זקוקים לאמנה זו, וטוב יעשו הרשויות המוסמכות אם יביאו לאימוצה בישראל בהקדם האפשרי במקומם של חוקי המכר הבין-לאומי הקיימים.

ד. ניתוח השוואתי של חוקי המכר הבין-לאומי: מגרעותיה של אמנת האג לעומת אמנת וינה

עד כה דנו בעיקר במטרת ההאחדה של חוקי המכר הבין-לאומי, ובצורך לאמץ את החוק האחיד של אמנת וינה במקומם של החוקים הקיימים, בעקבות כישלונה של אמנת האג. ואולם אין צורך זה נובע רק מכישלון מטרת ההאחדה של החוקים הללו, אלא גם מהפגמים התוכניים שהחוקים הקיימים סובלים מהם. למעשה הדברים תלויים אלו באלו; יש בסיס לסברה, שגם פגמים אלה תרמו רבות לקבלה הצוננת שזכתה לה אמנת האג.¹⁰² להלן נעמוד על כמה פגמים מהותיים שנפלו בחוק המכר האחיד שהתקבל באמנת האג, תוך כדי השוואה לאמנת וינה, כדי להיווכח באיזו מידה תוקנו פגמים אלה באמנה החדשה.

1. תחום התחולה הבין-לאומית של החוקים האחידים

בראשית הדיון, מן הראוי לעמוד על שאלת התחולה הבין-לאומית של חוקי המכר האחידים שהתקבלו על-פי האמנות השונות. הגם שסוגיה זו עשויה לעורר טיעונים לכאן ולכאן כאשר לעדיפות ההסדר, נדמה שגם בעניין זה גישה של אמנת וינה ראויה יותר וצודקת יותר מזו של אמנות האג.¹⁰³

(א) היקף תחולתן של אמנות האג

כללי התחולה של שני חוקי המכר הבין-לאומי הקיימים, הן זה הנובע מאמנת ULIS והן זה הנובע מאמנת ULF, מוגדרים בפרק א של התוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971.¹⁰⁴ בהתאם לפרק זה, חוק המכר הבין-לאומי, כמו רוב חוקי החוזים בחקיקה הישראלית, הנו חוק דיספוזיטיבי, אשר הצדדים רשאים להתנות במפורש או מכללא נגד

102 ראה הביקורת שהשמיעה המשלחת של ארצות-הברית לוועידת האג: Diplomatic Conference 1 Records, להלן הערה 240, כפי שנסקרה בציון, לעיל הערה 88, בעמ' 135-138; וכן לעיל בפרק ב, 2(ב). ראה גם הביקורת של ברמן ונאדלמן, לעיל הערה 23. קשה להסכים אפוא עם הטענה, שבעיקר נימוקים לא משפטיים הם אלו שהביאו לאי-קבלתן של אמנות האג. ראה: P. Schlechtriem *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods* 18 (1986); וכן: Zamir, לעיל הערה 91, בעמ' 500.

103 לדין ממצה בעניין זה, ראה: קז'ורובסקה, לעיל הערה 70, בעמ' 53-18.

104 ראה סעיף 1 לתוספת לחוק העשייה של חוזי מכר בין-לאומי, לעיל הערה 4, הקובע כי "חוק זה יחול על עשיית חוזים למכר טובין, שבכריתתם היו מוסדרים בחוק האחיד בדבר מכר טובין בין-לאומי". בכך חוק העשייה של חוזי מכר בין-לאומי – קרי: אמנת ULF – מפנה למעשה להוראות התחולה של חוק המכר הבין-לאומי – קרי: אמנת ULIS.

הוראותיו, כולן או חלקן.¹⁰⁵ מטרת החוק היא אפוא למלא את החללים שהותירו הצדדים בחוזה המכר הבינלאומי שכרתו, ולהחיל עליו מערכת שלמה של הוראות שתסדיר את יחסיהם. מאידך גיסא, גם צדדים לעסקה אשר איננה מוגדרת כעסקה שעליה חל החוק, יכולים לבחור בחוק האחיד ולאמצו בתור החוק שיחול על החוזה שלהם, אך לשם כך דרושה הסכמה מפורשת מצדם.¹⁰⁶

כדי שהחוק האחיד יחול מאליו, על חוזה המכר למלא שני תנאים מצטברים, אשר שניהם באים כדי לאפיין את החוזה כחוזה בינלאומי, להבדיל מחוזה פנים-ארצי.¹⁰⁷ התנאי הראשון הוא, שמדובר בחוזה למכר טובין¹⁰⁸ שהתקשרו בו צדדים שמקומות עסקיהם נמצאים בשטחיהן של מדינות שונות.¹⁰⁹ בהקשר זה בחר החוק להתבסס על מקומות עסקיהם של הצדדים כגורם המכריע, להבדיל מאזרחותם.¹¹⁰ אכן, מקום העסק של צד הוא קל יותר לקביעה וגם נראה מהותי יותר ל"בינלאומיות" של החוזה מאשר אזרחותם של הצדדים, שספק אם היא נמצאת כלל בידיעת ווצד שכנגד.¹¹¹ ואולם החוק אינו מסתפק באפיון יחיד זה אלא דורש כתנאי נוסף שיתקיים אחד משלושה מצבים אחרים, אשר יש בהם כדי לבסס את אופיו הבינלאומי של חוזה המכר. אפשרות אחת היא, שחוזה המכר מוסב על טובין שבעת עשיית החוזה הם מובלים, או עומדים להיות מובלים, משטחה של מדינה אחת לשטחה של מדינה אחרת.¹¹² אפשרות אחרת היא שההצעה והקיבול היו בשטחיהן של מדינות שונות.¹¹³ האפשרות השלישית היא שמסירת הטובין צריכה להיות בשטחה של מדינה שההצעה והקיבול לא היו בשטחה.¹¹⁴

על הגדרת תחולה זו יש להעיר הערות מספר. ראשית, חשוב לחזור ולהרגיש כי תחולת החוק הקיים איננה תלויה כלל בכך שמקום עסקו של הצד הלא-ישראלי לחוזה הבינלאומי יהיה במדינה שחברה גם היא באונגת האג. "מדינות שונות" נאמר בחוק, ולא "מדינות מתקשרות שונות". אכן, האפשרות להגביל את תחולת החוק לצדדים ממדינות שהן צד

105 ראה סעיף 3 לתוספת לחוק המכר הבינלאומי, לעיל הערה 2, הקובע: "הצדדים לחוזה מכר רשאים לשלול ממנו, במפורש או מכללא, את תחולת חוק זה, כולו או מקצתו".

106 ראה סעיף 4, שם.

107 על הטעמים לצמצום תחולתו של החוק האחיד לעסקאות בין-לאומיות בלבד, עמדנו לעיל בפרק ג, 2.

108 טובין, להבדיל משירותים, ידע או קניין רוחני. דרישה דומה קיימת לגבי אמנת וינה. על שאלת תחולת החוק הבינלאומי על מכר של תוכנת מחשבים, ראה: A. Fakes "The Application of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer Software and Database Transactions" 3 *Software L. J.* (1990) 559; L.S. Primak "Computer Software: Should the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods Apply? A Contextual Approach to the Question" 11 *Computer L. J.* 197 (1991). פרימק תומך בהחלה רחבה של האמנה, אשר תכלול גם מכר של תוכנת מחשבים.

109 סעיף 1(א) לתוספת לחוק המכר הבינלאומי, לעיל הערה 2.

110 סעיף 1(ג) לתוספת לחוק קובע במפורש שתחולתו של החוק לא תהיה תלויה באזרחותם של הצדדים.

111 אם לאחר הצדדים לחוזה אין מקום עסק, יבוא במקום זה מקום מגוריו הרגיל (שם, סעיף 1(ב)).

112 שם, סעיף 1(א)(1).

113 שם, סעיף 1(א)(2).

114 שם, סעיף 1(א)(3).

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשלי"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאור"

לאמנת האג ניתנה באמנה זו, ונוצלה על-ידי מדינות מספר.¹¹⁵ במקרה כזה היה עליהן להצהיר על כך בהודעה שנתנו לממשלת הולנד בעת הפקדת מסמך האשרור או ההצטרפות, וגם להוסיף את המילה "מתקשרות" לאחר המילה "מדינות" בראש סעיף 1 האחיד לחוק.¹¹⁶ מדינת ישראל לא נקטה דרך זו, ועל כן אצלנו, כפי שגם גקבע על-ידי בית המשפט העליון, החוק חל גם כאשר הצד לעסקה נמצא במדינה שאינה צד לאמנה.¹¹⁷

שנית, החוק קובע במפורש, כי תחולתו איננה תלויה בכללי המשפט הביין-לאומי הפרטי, וכי על בית המשפט להתעלם מכללים אלה.¹¹⁸ מכאן נובע, כי משקבע בית משפט ישראלי כי נתונה לו סמכות השיפוט על הסכסוך שהובא בפניו – בהתאם לכללי הסמכות הביין-לאומית המקובלים¹¹⁹ – וכי הסכסוך נוגע לחוזה מכר בין-לאומי הממלא אחר התנאים שמנינו לעיל, שומה עליו להחיל על הסכסוך את הנוראות החוק, גם אם כללי ברירת הדין של המשפט הביין-לאומי הפרטי מחייבים את החלתו של דין שאיננו הדין במדינת ישראל. גישת החוק, שהיא כמובן הגישה של אמנת האג, היא אפוא אוניברסלית באופיה; לא רק שאיפה להאחדה יש כאן, אלא גם חתיירה לאוניברסליות המתכחשת למוסכמות בדבר שיוכו הלאומי של "דין החוזה".¹²⁰

היתרון שבגישה זו הוא שהיא מונעת באופן מוחלט מבתי המשפט את הצורך להזדקק לכללי ברירת הדין של המשפט הביין-לאומי הפרטי, ומהצורך להזדקק לדין זר ולעמוד על תוכנו של דין זה, בכל מה שנוגע לחוזה מכר בין-לאומי. גם הצדדים לא יהיו חשופים לאי-הוודאות הכרוכה בתהליך ברירת הדין, ובכפיפות לדין זר שהם אינם יודעים את תוכנו. הם גם יהיו מוגנים מהזדקקות לדין לאומי כלשהו אשר ייתכן שיש בו משום קיפוח של זכויותיהם, כאשר סעיף 17 לחוק האחיד מונע למעשה פנייה לדין לאומי בעניינים אשר אינם מוכרעים באופן מפורש בחוק האחיד. תחת זאת יש להסדירם בהתאם "לעקרונות הכלליים שעליהם מבוסס חוק זה".¹²¹

מאידך גיסא, הגישה של אמנת האג עשויה להיתפס לא כאוניברסלסטית אלא כאימפריאליסטית. האמנה מחילה את עצמה באופן כפוי על מדינות שעשויות להיות להן תפיסות שונות מאלה של מנסחי האמנה כאשר למה שצודק ונכון בעסקת המכר

115 למשל, סאן מרינו ואנגליה.

116 ראה: סעיף IV לאמנת ULIS, לעיל הערה 3.

117 ראה: פסק-דין אמנופא נ' המגדל, לעיל הערה 74, בעמ' 483.

118 סעיף 2 לתוספת לחוק המכר הביין-לאומי, לעיל הערה 2: "כללי המשפט הביין-לאומי הפרטי לא יובאו בחשבון לעניין החלתו של חוק זה, זה זולת אם יש בו הוראה אחרת לעניין זה."

119 כללים אלה באים לידי ביטוי, בין היתר, בחקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4685.

120 ראה דבריו של P. Bellet, כפי שהובאו על-ידי קוירובסקה, לעיל הערה 70, בעמ' 18:

"The Uniform Law was the best alternative, and as such, with its attribute of universality, in principle, should be adopted everywhere in the world. Universal and uniform, this law excludes by definition conflict of law rules."

121 סעיף 17 לתוספת לחוק המכר הביין-לאומי, לעיל הערה 2.

הבין-לאומית, ובחרו בדיוק מטעם זה שלא להצטרף לאמנה.¹²² הגישה של האמנה עלולה לפגוע אפוא כמה שהוגדר כ"צדק טריטוריאלי".¹²³ היו שהאשימו את אמנת האג ב"לאומנות משפטית", אשר איננה הופכת ללגיטימית יותר אם היא נעשית במשותף על-ידי קבוצה של מדינות.¹²⁴

על כך יש להוסיף כי הגישה "הכופה" של אמנת האג עלולה לפגוע קשות בציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה. כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי מיועדים, בין היתר, להבטיח עשיית צדק עם בעלי הדין, והתעלמות מהם בשם שיקולי פשטות ויעילות המערכת השיפוטית עלולה לפגוע בצדדים לחוזה המכר ולהביא לתוצאות בלתי צודקות.¹²⁵ כך, למשל, חוזה מכר שמירב זיקותיו הן למשפט לאומי מסוים, החלת דין אחר עליו – דין שייכתן שהוא בלתי מוכר לשני הצדדים לחוזה ואשר הם לא יכלו לכלכל את צעדיהם לאורו – רק מפני שזה דין הפורום (*lex fori*), תביא בדרך-כלל לתוצאות בלתי צודקות ובלתי יעילות. מטעם זה גם נמתחה ביקורת חריפה על-ידי המלומדים כנגד הגישה של אמנת האג, המבטלת לחלוטין את תחולתם של כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי בכל מה שנוגע לחוזה המכר הבין-לאומי.¹²⁶

משהתברר גם כי בהוראות המהותיות של האמנה יש פגמים לא מעטים, וכאשר האמנה ננטשת ומדינת ישראל נותרה בין הנוודות שעדיין נוהגות על-פיה, הרי ביקורת זו מקבלת משנה תוקף, והחלטה הכפירה של אמנת האג על כל סכסוך המגיע, ואולי במקרה, לפני בית משפט ישראלי, נראית בעייתית במיוחד.

במצב הקיים, המאבק המשפטי וזין הצדדים לסכסוך עובר למעשה מן הזירה של ברירת הדין לזירה של קביעת סמכות השיפוט. הדין שיחול על החוזה יהיה תלוי בפורום שיהיה מוסמך לדרון בסכסוך שיתעורר לגביו. אם לבית משפט ישראלי תהיה נתונה הסמכות, הוא ירון בו בהתאם להוראות חוק המכר הבין-לאומי של אמנת האג. ואם הסמכות תהיה נתונה לבית משפט של מדינה אחרת, ובית משפט זה יחליט כי אין מקום להזדקק למשפט הישראלי, הוא יחיל דין אחר על הסכסוך, עם אפשרות להכרעה שונה מזו של אמנת האג.

122 ראה: R. Kollwijn "Les conventions relatives a une loi uniform sur la vente internationale et le droit international privé" 12 *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1965) 223

123 ראה: קז'רובסקה, לעיל הערה 70, בעמ' 19.

124 G. van Hecke "Principles et methodes de solution des conflits des lois" 126 *Recueil des cours de l'académie de droit International de la Haye* (1969) 471

125 ראה, למשל: ע' שפירא "הערות על טיבם וחליתם של כללי ברירת הדין במשפט הבין-לאומי הפרטי" *עיוני משפט* י (2) (תשמ"ד) 275, 293: "חוש הצדק המשפטי מחייב קיום קשר רציונלי בין הצדדים לסכסוך לבין הנורמות המשפטיות לפיהן תימדד התנהגותם. הקריטריונים לקיומו של קשר כזה נשאבים מתחושת הסבירות והצדק של בית המשפט היושב לדין. ...ודאי שאין זה הוגן להעמיס על אדם אחריות מכוח הדין של מדינה פלונית בגין מעשה שעשה תוך הסתמכות סבירה על דיניה השונים של מדינה אלמונית. פרקטיקה מעין זו עלולה לקעקע את היסודות של תכנון מוקדם יציבות ובטחון בעולם המשפט. אין להחפלא, אפוא, טועקרון 'ההגנה על ציפיות מוצדקות' עובר כחוט השני בכל רבדיו של המשפט הבין-לאומי-הפרטי."; ראה גם: J.G. Collier *Conflict of Laws* (2nd ed., 1994) 377-386

126 הביקורת נסקרה בהרחבה בספרה של קז'רובסקה, לעיל הערה 70, עמ' 19-22.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאוי"

טול, למשל, מקרה של ספק אנגלי אשר נתן הצעה ללקוח ישראלי למכירת טובין אשר יובלו מאנגליה לישראל, וההצעה קבעה מועד קצוב לקיבולה. לפני שעבר הזמן שהוקצב כאמור, חזר בו המציע האנגלי, ואילו הלקוח הישראלי התעלם מהחזרה ושלח הודעת קיבול בתוך הזמן שהוקצב לכך. הישראלי עומד על קיום החוזה שלדבריו נכרת כדין, ואילו האנגלי טוען שלא נכרת חוזה מעולם, הואיל ולא ניתנה כל תמורה (consideration) ואין דבר שימנע ממנו לחזור בו מהצעתו בטרם זו התקבלה.¹²⁷ אם בית משפט ישראלי יקנה סמכות על הסכסוך, הרי שיהיה עליו להחיל את חוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי), התשל"ח-1978, הקובע כי מציע אינו יכול לחזור בו מהצעה הקובעת זמן קצוב לקיבול.¹²⁸ בית המשפט יקבע אפוא כי נכרת חוזה מחייב, ויסיק את כל המסקנות המתחייבות מכך. אם לעומת זה, סמכות השיפוט תהיה נתונה לבית משפט אנגלי, יש להניח שהוא יחיל על ההצעה את דיני החוזים של ה־Common Law האנגלי,¹²⁹ אשר אינם נותנים תוקף מחייב להצעה לזמן קצוב, או אפילו להתחייבות שלא לחזור מהצעה, אלא אם כן ניתנה בעדה תמורה.¹³⁰ למותר לציין, כי קביעת סמכות השיפוט – אשר במקרה זה תכריע את הדין לכאן או לכאן – עשויה להיות תלויה באירוע מקרי לחלוטין, כגון מסירת כתבי בית-דין לנתבע בעת ביקורו בישראל.¹³¹ מצב הדברים הזה פותח כמובן פתח רחב ל־Forum shopping.

(ב) היקף תחולתה של אמנת וינה: היחס לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי
בניגוד לאמנת האג, לא דחתה אמנת וינה לחלוטין את כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי. כללים אלה עשויים לבוא לידי ביטוי באחת מהחלופות של סעיף התחולה של האמנה, כפי שנבדיר בהמשך. היטיב לנסח זאת המלומד "This is: Delaume

127 ראה להלן הערה 130.

128 ראה סעיף 5(ב) לתוספת לחוק. ואילו כללי התחולה של חוק העשייה הם כאמור זהים לאלה של חוק המכר הבין-לאומי.

129 לפחות הוא ינהג כך אם יהיה סבור ש"דין החוזה" (אילו נכרת) היה הדין האנגלי. כמו־כן, ברוב המקרים בית המשפט האנגלי, בניגוד לעמיתו הישראלי, גם לא יודק לאמנת ULI, אף־על־פי שהוא אומץ כאנגליה בחוק משנת 1967. הנימוק לכך הוא שאמנה זו חלה כאמור על תהליך הכריתה של חוזה, רק אם חוזה כזה, אילו היה נכרת, היה מוסדר על־ידי אמנת ULIS. ראה סעיף 1 לתוספת לחוק עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי. הואיל ובאנגליה חוזה יהיה מוסדר על־ידי אמנת ULIS רק אם הצדדים בחרו בה במפורש, הרי שכרוב המקרים גם ההצעה החד־צדדית של הספק האנגלי (אשר לא ציין במפורש כי הצעתו כפופה לאמנת ULI) לא תהיה כפופה לאמנה זו. ראה בעניין זה: R.H. Graveson & E.J. Cohn & D. Graveson *The Uniform Laws on International Sales Act 1967: A Commentary* (1968) 22.

130 ראה: 141 G.H. Treitel *The Law of Contract* (9th ed., 1995); וכן: *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch.D. 463. טרייטל בעצמו מותח ביקורת על הלכה זו, ומציע כי המחוקק האנגלי יתערב כדי לחקן את העוול שעלול להיווצר בגללה (שם, בעמ' 142).

131 ראה: "זוסמן סדרי הדין האזרחי" (מהדורה שביעית, ש' לויין עורך, 1995) 34; וכן: ע"א 23/83 יוחימק נ' קדם, פ"ד לח (4) 309.

in the clearest terms, a welcome recognition of the role that Private International Law has played for centuries"¹³².
היקף תחולתה של האמנה מוגדר בסעיף 1, הקובע:

אמנה זו תחול על חוזים למכר טובין בין צדדים שמקומות עסקיהם נמצאים במדינות שונות, אם התקיימה אחת מאלה:
(א) המדינות הן צד לאמנה;
(ב) כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי מפנים לחוקיה של מדינה שהיא צד לאמנה.¹³³

הכלל הבסיסי שנקבע בסעיף קטן (א) הוא כלל פשוט וברור שאיננו מעורר בעיות פרשניות. לפי כלל זה, האחדת דיני המכר הבינ-לאומי תהיה מוגבלת למדינות שהחליטו להצטרף לאמנת וינה. רק אם שני הצדדים לחוזה המכר הבינ-לאומי באים ממדינות כאלה,¹³⁴ תחול האמנה. במקרה כזה, ואם התקיימו תנאי התחולה של האמנה,¹³⁵ אין משמעות לכללי ברירת הדין של המשפט הבינ-לאומי הפרטי, ושומה על בית המשפט להתעלם מהם, גם אם הם מובילים להחלת הדין של מדינה שלישית, אשר איננה צד לאמנת וינה.¹³⁶ ואולם, כלל בסיסי זה איננו ממצה את אפשרויות התחולה של האמנה. סעיף קטן (2) בא להרחיב תחולה זו, הפעם לא על-ידי דחיית כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי, אלא על-ידי הזדקקות להם דווקא. לפי הוראה זו, האמנה עשויה לחול גם מבלי ששני הצדדים הם ממדינות מתקשרות, כאשר "כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי מפנים לחוקיה של מדינה שהיא צד לאמנה...". כך, למשל, אנו נכרת חוזה מכר בין-לאומי בין מוכר ממדינה א שהיא צד לאמנה, ובין קונה ממדינה ב שאיננה צד לאמנה, ובית משפט של מדינה א, שאליו הובא הסכסוך, מגיע למסקנה כי כללי ברייח הדין הנהוגים אצל מובילים להחלת הדין של אותה מדינה (מדינה א), אזי הדין שעליו להחיל יהיה הדין של אמנת וינה.¹³⁷ לעומת זאת, אם כללים אלה מובילים להחלת הדין של מדינה ב, או של מדינה אחרת שאיננה צד לאמנה, אזי שומה על בית המשפט לדון בסכסוך בהתאם לדין הזר, ולא בהתאם לאמנה. במקרה כזה תהיה אפוא התוצאה שונה מזו של אמנת האג, אשר בכל מקרה מחייבת את החלת דיניה שלה.

G.R. Delaume *Transmittal and Instruction Sheet for Transnational Contracts* (2nd ed., 132
1981), Vol. I, p. 34. כללי המשפט הבינ-לאומי הפרטי גם קיבלו מעמד לצורך בחירת הדין אשר
ישמש מקור למילוי לאקנונות – ראה סעיף 7(2) לאמנת וינה, ולהלן בפרק ד, 3(ה).

133 התרגום על-פי הצעת החוק.

134 כלומר, שמקומות עסקיהם של הצדדים נמצאים במדינות המתקשרות.

135 התנאים שצריכים להתקיים הם: (1) שמקום עסקיהם של שני הצדדים לחוזה נמצאים במדינות מתקשרות שונות; (2) שהצדדים לא שללו במפורש את תחולתה של האמנה על חוזה המכר שלהם (ראה סעיף 6 לאמנה); (3) שהערכאה הדנה בסכסוך נמצאת בתוך מדינת מתקשרת.

136 למשל, אם מירב הזיקות קושרות את החוזה למדינה שלישית (מקום החתימה, מקום החשלוס, המטבע, וכולי).

137 ראה: הונולד, לעיל הערה 28, בעמ' 84.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאור"

יצוין כי אמנת וינה גם מאפשרת למדינות המתקשרות להסתייג, בעת הצטרפותן לאמנה, מתחולה על-פי סעיף קטן (2) שנזכר לעיל.¹³⁸ מדינה שהסתייגה כאמור, תחיל את האמנה אך ורק במקרה ששני הצדדים לחוזה המכר באים ממדינות שהן צד לאמנה. מספר מדינות ניצלו אפשרות זו.¹³⁹

ניתן להיווכח אפוא, כי מנסחי אמנת וינה נסוגו מן הגישה האוניברסליסטית של אמנת האג, לנוכח הביקורת שכוונה כנגד גישה זו. ואולם, הנוסח הסופי שהתקבל הנו תוצאה של פשרה בין מספר גישות,¹⁴⁰ ופשוט כידוע אינן מביאות תמיד לתוצאה אידאלית. מחד גיסא, התחולה על-פי סעיף קטן (1), דהיינו כאשר מקומות עסקיהם של שני הצדדים נמצאים במדינות מתקשרות שונות, משיגה שתי מטרות: ראשית, היא מונעת את אי-הוודאות הכרוכה בהזדקקות לכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. שנית, היא מונעת את החלתו של דין מכר פנימי, דין אשר מן הסתם איננו ידוע לאחד הצדדים, ואשר עשוי גם להיות בלתי מותאם לתנאים המיוחדים של מכר בין-לאומי.¹⁴¹ תחת זאת היא מחילה חוק מכר בין-לאומי אחיד, אשר שתי המדינות הסכימו לגביו. מאידך גיסא, כאשר אין מקומות עסקיהם של שני הצדדים נמצאים במדינות מתקשרות, אין ודאות מוחלטת כזו. סעיף קטן (2) מחזיר מידה מסוימת של אי-ודאות בכך שהוא נזקק לכללי ברירת הדין לשם החלת האמנה במקרה כזה. אמנם גישה זו מאפשרת את הרחבת התחולה הבין-לאומית של חוק המכר הבין-לאומי האחיד מבלי שהיא חוטאת ב"אימפריאליזם משפטי".¹⁴² כמורכב היא מפחיחה את המקרים שבהם ייאלץ בית המשפט להחיל דין זר ובלתי מוכר על הסכסוך שבפניו. ואולם, מטרה זו מושגת במחיר של אי-ודאות מסוימת באשר לתוצאת הפעלת כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי,¹⁴³ וכן במחיר של פתיחת פתח מסוים ל-Forum shopping.¹⁴⁴ הטעם לכך הוא שכללי ברירת הדין של המדינות שונים הם אלו מאלו. על כן צד שלא יהיה מעוניין בהחלת אמנת וינה יוכל לנסות

138 ראה: סעיף 95 לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

139 המדינות שעשו כן הן: ארצות-הברית, סין, סינגפור, סלובקיה וצ'כיה. ואילו גרמניה הצהירה כי היא לא תפעיל את התחולה לפי סעיף קטן (א) (2) כלפי מדינות אשר הצהירו כי הן לא יחילו את סעיף קטן (א) (2). קנדה הודיעה בתחילה כי הפרובינציה שלה, קולומביה הבריטית (British Columbia), לא תחיל את סעיף 1 (ב), אך לאחר מכן היא ביטלה הסתייגות זו. ראה: <http://www.un.or.at/uncitral/status/index.htm#TOP>.

140 על הרקע לניסוח סעיף זה, ראה: הונולד, לעיל הערה 28, בעמ' 80-83.

141 שם, בעמ' 82.

142 שהרי בית המשפט יחיל על-פיה את האמנה בחור הדין הפנימי של הפורום, לאחר שכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי הובילו להחלת דין פנימי זה, ולא באופן מאלץ ו"כפוי".

143 ראה ביקורת נוקבת בעניין זה של קזורובסקה, לעיל הערה 70, בעמ' 33-37. לדעתנו, הביקורת שלה מוגזמת, וברובם המכריע של המקרים אין ספקות ממשיים לגבי תחולת האמנה. כמורכב נראה לנו שאמנת האג פותחת פתח רחב בהרבה מזה של אמנת וינה ל-Forum shopping, כפי שכבר ציינו לעיל, שהרי עצם קניית סמכות בידי בית משפט של מדינה החברה באמנה כבר מחייבת בהכרח את החלת אמנת האג, ואילו כל פורום אחר היה מפעיל כללי ברירת דין ומגיע במקרים רבים להחלת דין אחר.

144 ראה ברדה של A.E. Von Overbeck על היקף תחולתם של כללי התנגשות דינים ושל חוקים אחידים מכוח אמנות, ב: 58 Annuaire de l'Institut de Droit International (1981), Session, d'Athènes 1979, Vol. I, p. 171, הובא בקזורובסקה, לעיל הערה 70, בעמ' 32.

להביא את הסכסוך בפני בית משפט כזה אשר כללי ברירת הדין שלו לא יובילו למדינה מתקשרת.

כדי לפתור בעיה אחרונה זו, יש צורך גם בהאחדת כללי ברירת הדין. משימה זו הופקדה בידי ועידת האג על המשפט הבין-לאומי הפרטי (Hague Conference on Private International Law) ועידה זו יזמה לשם כך אמנה חדשה משנת 1985 בדבר הדין החל על חוזים למכר טובין בין-לאומי (International Law Contracts for the Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods).¹⁴⁵ ככל שיותר מדינות תצטרפנה לאמנה זו, כך תקטן האפשרות למניפולציות בבחירת פורום, ותגדל יכולת הצפייה של הצדדים לגבי דין שיחול על סכסוך שהתעורר ביניהם.

ואולם, לאמתו של דבר, ברוב המקרים של המקרים אין מתעוררים ספקות של ממש באשר לתחולתה הבין-לאומית של אמנת וינה.¹⁴⁶ הרלוונטיות של סעיף קטן (ב) גם הולכת ופוחתת ככל שיותר מדינות מצטרפות אליה, ותחולתה מופעלת בעיקר באמצעות סעיף קטן (א), כאשר שני הצדדים הם ממדינות האמנה. ואילו כאשר אחד מן הצדדים איננו ממדינה כזו, ובית משפט מגיע למסקנה כי מירב הזיקות של החוזה איננו מוביל אותו לדין של מדינה מתקשרת, אזי בדרך-כלל גם לא יזוהו זה צודק להחיל כאופן כפוי, בניגוד לציפיותיהם הסבירות של הצדדים, את דין האמנה.

(ג) היקף תחולתן של האמנות: מבחן האופי הבין-לאומי של העסקה

לבסוף נציין שני שיפורים שהוכנסו כאמנת וינה בהקשר של תחולתו הבין-לאומית של החוק האחיד. כאמנת האג, גם אמנת וינה הגבילה את תחולתה לחוזה מכר בין-לאומיים, להבדיל מחוזים פנים-ארציים. גם היא בחרה לבסס הבחנה זו על היות מקומות עסקיהם של שני הצדדים – להבדיל מאזרחותם – במדינות שונות.¹⁴⁷ אלא שאמנת האג לא הסתפקה בדרישה זו, ודרשה מרכיב נוסף אשר יעיד על אופייה הבין-לאומי של העסקה,¹⁴⁸ ואילו אמנת וינה ויתרה על המרכיב הנוסף הזה. אכן רישות אמנת האג, התלויות בקביעת המקום שבו היו ההצעה והקיבול,¹⁴⁹ מעוררות קשיי פרשנות.¹⁵⁰ היכן הוא המקום שבו "היו" ההצעה והקיבול, כאשר אלה נעשו באמצעות משלוח מכתבים, מברקים או פקסימיליות? האם

145 האמנה פורסמה ב: The Hague Conference on Private International Law, Collection of Conventions (1951-1988) (1988). האמנה לא נכנסה עדיין לתוקף. ראה גם: http://ananse.irtv.uio.no/trade_law/art/Hague.Applicable.Law.SOG.Convention.1986/006.html

146 ראה: וינשיפ, לעיל הערה 16, בעמ' 1-27, אשר כחן חמישים וארבע פרמוטציות שונות (מקום עסקיהם של שני הצדדים, מקום הפורום, כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי, והסתייגויות שונות של מדינות מתקשרות), והגיע למסקנה כי בחמישים ושניים מהמקרים התשובה ברורה, ורק שני מקרים מעוררים קושי מסוים.

147 ראה סעיף 1 לאמנת וינה, לעיל הערה 6; וסעיף 1 לחוק האחיד על-פי ULIS, לעיל הערה 2. וראה לעיל הטקסט ליד הערה 111, על ההנמקה שנתנו לבחירת גורם ייחוס זה.

148 ראה לעיל פרק ד, 1 (א).

149 ראה: סעיף 1(א)(2) ו-3 לחוק המכר האחיד על-פי ULIS, לעיל הערה 2.

150 ראה גם: הונולד, לעיל הערה 28, בעמ' 76.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאוי"

הכוונה היא למקום עשיית הפעולה הפיסית של המשלוח, או שמא יש לתור אחר המקום שבו קיבלו פעולות אלה תוקף משפטי. מן הנוסח האנגלי – "have been effected" – ניתן להסיק לכאורה, כי האפשרות השנייה היא הנכונה.¹⁵¹ חלק מן הקשיים נפתרים על-ידי סעיף 1(ד) לחוק, אך לא כולם.¹⁵² כאמור, קשיים אלה אינם מתעוררים באמנת וינה, אשר מסתפקת בדרישה אחת לעניין זה, שמקומות עסקיהם של הצדדים ימצאו בשטחיהן של מדינות שונות.

ואולם אמנת וינה מדגישה כי עובדה זו חייבת להיות בתחום אפשרות ידיעתם של הצדדים בעת חתימת החוזה.¹⁵³ שליחות נסותרת של סוכן מקומי המתקשר עם מוכר או קונה מאותה מדינה לא תהפוך את החוזה לבין-לאומי, כאשר לא היתה לצד המתקשר כל דרך לדעת שהסוכן פועל בשליחות של גורם ממדינה אחרת.

גישה דומה מאמצת האמנה לפתרון בעיה אחרת אשר לא זכתה לפתרון ברור באמנת האג: כיצד קובעים את מקום עסקו של צד הפועל במדינות רבות? תופעה נפוצה היא בימינו, שאדם או תאגיד מנהל את עסקיו במדינות רבות.¹⁵⁴ מה, למשל, יהיה הדין אם המוכר מנהל את עסקו במדינות א, ב, ג, ואילו הקונה מנהל את עסקו במדינות ג, ד, ה? האם חוזה שנעשה ביניהם במדינה ג (ישראל) ייחשב כממלא אחר דרישת הבין-לאומיות של האמנה? אמנת האג, כאמור, אינה מתייחסת כלל לבעיה זו, וייתכנו גישות שונות לפתרונה.¹⁵⁵

151 ראה: גרייווסון וכהן, לעיל הערה 129, בעמ' 50; ראה גם: א' וינגרד *תקנות סדרי הדין* (מהדורה שלישית, תשנ"ו), בעמ' 878, המביא את ההלכה האנגלית, ולפיה חוזה שנעשה במכתב שנשלח מארץ לארץ, נחשב כחוזה שנעשה במדינה שבה נתקבלה ההצעה על-ידי מכתב קבלתה או על-ידי משלוח הסחורה.

152 בסעיף 1(ד) נאמר: "בחוזים שנעשו בתכונות, יראו את ההצעה והקיבול כאילו היו בשטחה של מדינה אחת רק אם המכתבים, המברקים או שאר מסמכי התקשורת, המכילים את ההצעה והקיבול, נשלחו ונתקבלו בשטחה של אותה מדינה". הוראה זו, יש לפרשה כמתייחסת לדרישה המופיעה בסעיף 1(א)(2), ולפיה על ההצעה והקיבול להיות בשטחיהן של מדינות שונות. המובן הפשוט של הוראת סעיף 1(ד) הוא שדי בכך שאחד ממסמכי ההתקשורת נשלחו ממדינה שונה מן המדינה שבה נתקבלו או נשלחו יתר מסמכי ההתקשורת, כדי למלא את הדרישה ש"ההצעה והקיבול היו בשטחיהן של מדינות שונות". ואולם, גם כאשר לפרשנות זו יש החולקים. ראה: גרייווסון וכהן, לעיל הערה 129, בעמ' 50. מכל מקום, הוראה זו איננה עוזרת בפרשנות סעיף 1(א)(3), הדורשת כי "מסירת הטובין צריכה להיות בשטחה של מדינה שלא בשטחה היו ההצעה והקיבול".

153 ראה סעיף 1(2) לאמנת וינה, הקובע:

"The fact that the parties have their places of business in different states is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract."

154 כוונתו היא למקרה שבו תאגיד מקיים סניפים, להבדיל מחברות בת, במדינות רבות. במקרה שקיים תאגיד בעל אישיות משפטית נפרדת בכל מדינה, נראה שהשאלה לא תתעורר, כאשר רק מקום העסקים של התאגיד שבו עסקינן יהיה רלוונטי.

155 גרייווסון וכהן מביעים את הדעה, כי חוזה כזה ימלא אחר הדרישה הראשונה של סעיף 1(א) לחוק האחיד של אמנת האג. הנימוק לעמדתם הוא שהוראה זו איננה שוללת את התחולה על צדדים שמקומות עסקיהם נמצאים באותה מדינה, אלא רק מחייבת שיהיו להם מקומות עיסוק במדינות שונות, ודרישה זו מתמלאת כאן. גרייווסון וכהן, לעיל הערה 129, בעמ' 49. פרשנות זו נראית לנו כמלאכותית ומאולצת. אם החוזה נעשה כולו בין הסניפים המקומיים של חברות רב-לאומיות, הפועלים באותה מדינה, או

אמנת וינה, לעומת זאת, קובעת במפורש, כי כאשר לאחד הצדדים יש יותר ממקום עסקים אחד, מקום העסקים הרלוונטי יהיה זה שיש לו הקשר ההדוק ביותר לחוזה ולביצועו, בהתחשב בנסיבות שהיו ידועות לצדדים עובר לכריתת החוזה.¹⁵⁶ בכך אנו מונעים תוצאות מלאכותיות ובלתי צפויות. אם מוכר ישראלי סיכם את תנאי החוזה וביצע אותו באמצעות הסניף שלו באנגליה, מקום שבו נוצר מקום עסקו היחיד של הקונה, יש להניח כי שני הצדדים שהיו מעורבים בעסקה מכירים את דיני המכר הפנימיים של אנגליה ומצפים שהם אלה שיחולו. החלת אמנת האג או אמנת וינה על חוזה כזה היתה סותרת את כוונתם ואת ציפיותיהם.

2. היקף תחולה מטריאלי

יש הרבה מן המשותף בין אמנות האג ווינה באשר לתחולתן המטריאלית. שתיהן באות לקבוע בעיקר עקרונות כלליים של דיני המכר. את התנאים המיוחדים של החוזה, על הצדדים לקבוע בעצמם, ולעולם הסכמות שנקבעו במפורש על-ידם יגברו על הוראות האמנה.¹⁵⁷ כמו-כן ברור שהוראות אלה באות להסדיר אך ורק את היחסים בין המוכר והקונה, ואינן משפיעות על זכויות של צדדים שלישיים. האמנות אינן באות להסדיר את שאלת הבעלות בטובין שנמכרו, והן גם אינן נוגעות בשאלת השפעת המכר על צדדים שלישיים שרכשו זכויות בטובין שנמכרו, או על הנושים של המוכר או הקונה.¹⁵⁸ סוגיות אלה יש להסדיר באמצעות הדין הלאומי.¹⁵⁹

כמו-כן, אין החוקים האחרים נוגעים בשאלות של כשרות הצדדים, ואינם גורעים מהוראות הדין הפנימי בדבר טעות, הטעיה, כפייה, עושק, הגנת הצרכן, וחוזים הנוגדים את תקנת הציבור.¹⁶⁰ האמנות גם אינן באות לגרוע מהוראות מחייבות אחרות של הדין הפנימי לגבי מרכיבים שונים הקשורים בעסקת המכר, כגון הוראות פיקוח על מטבע חוץ, הוראות בדבר פיקוח על מחירים, הגבלות על יבוא או יצוא, וכדומה. אמנת וינה גם קובעת במפורש

העובדה שלחברות אלה יש גם מקומות עסקים במדינות אחרות נראית בלתי רלוונטית. החלת חוק המכר הבינ-לאומי על חוזה כזה אינה נראית כתואמת את הציפיות הסבירות של הצדדים, אשר מן הסתם לא ראו את העסקה כעסקה בין-לאומית.

156 ראה סעיף 10(א) לאמנת וינה. לעיל הערה 6.

157 ראה סעיף 3 לאמנת האג וסעיף 6 לאמנת וינה.

158 ראה סעיף 8 לחוק האחיד של אמנת האג, לעיל הערה 3, הקובע: "חוק זה מסדיר אך ורק את חיובי המוכר והקונה הנובעים מחוזה המכר. במיוחד אין חוק זה עוסק לא בכריתת החוזה, לא בהשפעתו על הבעלות בטובין שנמכרו, ולא בתקפם של החוזה, או של תנאי מתנאיו, או של כל נוהג, זולת אם נקבעה בו הוראה מפורשת אחרת". הוראה דומה, אך לא זהה, מצויה בסעיף 4 לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

159 נדולו, לעיל הערה 12, בעמ' 5.

160 ראה: נדולו, שם; וכן הוגולד, לעיל הערה 28, בעמ' 114-116. אלה הן שאלות הנוגעות ל"חוקפו של החוזה", במובן סעיף 4 לאמנת וינה, וסעיף 8 לאמנת האג. לעניין זה אין משמעות לשאלה אם על-פי הדין המקומי חוזה "בטל" באחד המקרים הללו, או רק "ניתן לביטול". כך או כך, עניין זה קשור בתוקפו של החוזה, ואין בחוקים האחרים כל הוראות חלופיות המסדירות סוגיות אלה.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאאו"

כי היא אינה נוגעת לעניין האחיות בגין נזקי גוף הנגרמים על-ידי מוצרים פגומים.¹⁶¹ סוגיה זו אף היא נחשבת כעניין להסדרה פנימית של כל מדינה.¹⁶² מן הטעמים הללו ביקשו שתי האמנות להוציא מכלל תחולתן מכירות לצרכנים. עסקאות כאלה מוסדרות במדינות רבות באמצעות חקיקה שמטרתה להגן על הצרכנים. אלא שההוראה של החוק האחד של אמנת האג בעניין זה נראית מצומצמת מדי. אין היא שוללת את תחולת החוק האחד על עסקאות כאלה אלא רק קובעת שהחוק לא בא לפגוע בהוראות חובה שבחוק הישראלי בעניין זה.¹⁶³ כמ-כך היא מזהה משום מה עסקאות צרכניות כ"עסקאות מכר שבתשלומים לשיעורין".¹⁶⁴ ואולם עסקאות צרכניות נעשות כידוע גם בתשלום אחד, ומההוראה הלא-מוצלחת של חוק המכר הבין-לאומי עלולים להסיק שחוק זה יחול גם על עסקאות צרכניות כאלה, וכי הוא גובר על הוראות ספציפיות בעניין זה. כך, למשל, רכישה של צרכן מתוך קטלוג של חברה זרה באמצעות הדואר עשויה למלא את דרישות התחולה של חוק המכר הבין-לאומי, אשר יתפרש כשולל את תחולת חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1983¹⁶⁵ או את חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.¹⁶⁶ לדעתנו, מסקנה כזו תהיה מוטעית ביסודה,¹⁶⁷ ואולם אמנת וינה מונעת כל ספק בעניין זה, בקובעה במפורש כי היא לא תחול על מכירות של טובין אשר נרכשו לשימוש אישי, משפחתי או ביתי, אלא אם כן בעת כריתת החוזה לא ידע המוכר ולא היה עליו לדעת שהטובין נקנו למטרה כזו.¹⁶⁸

161 ראה סעיף 5 לאמנת וינה, לעיל הערה 6. הגם שהגבלה זו לא נקבעה במפורש בחוק האחד של אמנת האג, העמדה המקובלת היתה, כי זה פירושה הנכון. ראה: נדולו, לעיל הערה 12, בעמ' 5.

162 ואולם בקהילייה האירופית הוכר הצורך להשיג אחידות גם בתחום זה, והוצאה דירקטיבה שמטרתה להביא לקירוב הדינים החלים על היקף האחיות בגין מוצרים פגומים במדינות החברות בקהילייה. ראה: Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning L.M. Mathewson, Liability for Defective Products, 1985 O.J. L 210/29 "Harmonization of Product Liability Laws in The European Community: A Comparative Analysis" 24 L. & Pol. in Int'l Bus. (1993) 1285.

163 ראה סעיף 5(ב) לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 2, הקובע: "חוק זה אינו בא לפגוע בהוראות חובה שבחוק הישראלי, הנוגעות להגן על הקונה בעסקאות-מכר שבתשלומים לשיעורין".

164 ש.ש.

165 ס"ח 1068.

166 ס"ח 1023.

167 באשר לחוק החוזים האחידים, המדובר על אפשרות בטלותו של תנאי בחוזה אחד שנמצא מקפת (סעיף 3 לחוק). עניין זה נופל אפוא במסגרת ההגבלה המצויה בסעיף 8 לחוק המכר הבין-לאומי המתייחסת ל"תוקפם של החוזה או של תנאי מתנאיו". ואילו לגבי חוק הגנת הצרכן, הקובע איסורים שונים בעלי השלכות פליליות ואזרחיות, נראה לנו כי הוא דין מיוחד (Lex specialis) בנושא הגנת הצרכן, וכי אין לחוק המכר הבין-לאומי הוראות חלופיות לעניין זה. בנסיבות העניין גם לא יהיה זה נכון להסיק הסדר שלילי משתיקת חוק המכר הבין-לאומי בעניין זה, מפני שלא זה הנושא שחוק זה בא להסדיר. ומכל מקום, אין בסיס לשלילת תחולתו של חוק זה על העסקה הצרכנית שאיננה עסקת תשלומים לשיעורין, ולכן בשאלות כמו התאמה וחובת הודעה נראה שלא יהיה מנוס מהחלת הוראותיו, אף-על-פי שהוא יועד להסדיר את יחסיהם ההדדיים של טוחרים, ולא יחסי סוחר-צרכן.

168 סעיף 2(א) לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

באשר ליתר הגבלות התחולה, שתי האמנות זהות, וקובעות כי הן לא תחולנה על מכר של סטוק, מניות, בטוחות להשקעה, מסמכים סחירים או כספים, ולא על מכר של חשמל ושל אוניות, ספינות וכלי טיס, ולא על מכר הנעשה על-פי סמכות שבחוק או בהליכי הוצאה לפועל.¹⁶⁹ כמורכב, מעצם הגדרתן, אין הן חלות על מכר של שירותים או של ידע וקניין רוחני.¹⁷⁰

3. פרשנות החוק האחד

(א) בעיית האחידות בפרשנות

שאלה חשובה ביותר היא שאלת אופן פרשנותן של האמנות. כאשר מטרתן המרכזית של האמנות שבהן עסקינן היא השגת אחידות בדיני המכר הבינ-לאומי החלים בכל מדינות האמנה, ברור עד כמה חשובה גם השגת אחידות בפרשנותן וביישומן של האמנות במדינות אלה. ואולם לאמנות הללו אין ערכאת שיפוט מרכזית ועליונה אשר יכולה להעניק להן פרשנות מחייבת ואחידה. מלאכת פרשנותן מוטלת כל כולה על כתפי הערכאות השיפוטיות של המדינות. כיצד ניתן אפוא להבטיח אחידות בפרשנות זו?¹⁷¹

169 ראה סעיף 5(a) לחוק המכר הבינ-לאומי. לעיל הערה 3; וכן סעיף (f)-(b)2 לאמנת וינה. אמנת וינה מוסיפה גם מכירה פומבית (sales by auction), וכן גם מכר של רחפות (Hovercraft). הטעם להוצאת אוניות וכלי טיס מתחולת החוק הוא, שמיטלטלין אלה כפופים בדרך-כלל למערכת דינים מיוחדת הרומה לזו שחלה על מקרקעין, וגם דורשת רישום כמו במקרקעין. ראה פירושו של פרופ' טונק, לעיל הערה 20, על סעיף 5(a) לאמנת U.I.S. אכן, אמנת האג שללה את תחולתה רק בתנאי שכלי התחבורה אלה רשומים או שיש לרושםם, ואילו באמנת וינה אין הגבלה כזו.

170 כאמור לעיל, החוקים האחדים חלים רק על מכר של טובין, מונח הכולל מוצרים מוחשיים, ואינו כולל שירותים וקניין רוחני. ראה: הונולו, לעיל הערה 28, בעמ' 21-59. בעניין שירותים, אמנת וינה גם מתייחסת במפורש לבעיית החוזה המעורב, המורכב מטובין ושירותים, כגון מכר של מרכיבי טלפונים, כאשר המוכר גם מתחייב להתקין את המרכיבים, להכשיר את קהל העובדים של הקונה בתפעולה, וכן לתת למוצר תמיכה טכנית ושירות לוגשך תקופה ארוכה. בעניין זה קובעת אמנת וינה את מבחן העיקר והטפל. סעיף 3(2) קובע כי האמנה לא תחול על חוזים שבהם החלק העיקרי (the preponderant part) של התחייבויות הספק מורכב מהחובה לספק עבודה ושירותים אחרים. לשם יישום כלל זה, ניתן להשוות את הערך של חלק התמורה המתייחס לטובין, אל החלק המתייחס לשירותים הנלווים (שם, בעמ' 107); באשר לתחולת החוק על מכר של תוכנת מחשבים, ראה לעיל הערה 108.

171 בעיה זו חמורה בייחוד במדינות ומוגדרות כ"דואליסטיות" ביחסן למשפט הבינ-לאומי הפומבי. מדינות אלה, וישראל בתוכם, אינן מגירות בנורמות מתוך אמנות בין-לאומיות כחלק ממשפטן הפנימי, אלא אם כן צורפו נורמות אלה בכוח החקיקה של המדינה וקיבלו צורה של חוק מחייב (ראה: ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נמקדים נ' סמרה ואח', פ"ד י 1825, 1829, וכן: י' דינשטיין, לעיל הערה 101, בעמ' 128-131). במדינות המעניקות תחולה ישירה לנורמות מתוך אמנות בין-לאומיות המתבצעות מאליהן (self-executing), בלי צורך בחקיקה מיוחדת, בחי המשפט, כבואם לפרש את דיני המכר הבינ-לאומי יהיו מודעים לכך שהם מפרשים אמנה בין-לאומית, וישתמשו לשם כך בכללי הפרשנות המקובלים באמנות בין-לאומיות. לעומתם, בחי המשפט במדינה כמו ישראל עלולים, לדעתי שלא בצדק, להתייחס לחוק האחד כמו לנל חוק אחר בספר החוקים המקומי, ולפרשו בהתאם לדוקטרינות ולכללי הפרשנות המקומיים. ראה, למשל, דעת המיעוט של השופט ברק (כתוארו אז) בד"צ 36/84, להלן הערה 190. כתוצאה מכך עלולים להיווצר הבדלים גדולים בדרך היישום והפרשנות של החוק האחד במדינות השונות. ראה בעניין זה: P. Volken "The Vienna Convention: Scope,

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאור"

אמנת וינה התייחסה לבעיה זו וקבעה הוראה המחייבת לפרש אותה בהתחשב באופיה הבין-לאומי ובצורך לקדם אחידות בתחולתה.¹⁷² הוראה דומה לא היתה כלולה באמנות האג.¹⁷³

(ב) פרשנות "בהתחשב באופיה הבין-לאומי"

משמעות הדרישה לפרשנות "בהתחשב באופיה הבין-לאומי" של האמנה היא, שאם וכאשר אמנת וינה תאומץ באמצעות חקיקה לתוך המשפט הישראלי (אשר תכלול מן הסתם גם הוראה זו), שומה יהיה על בתי המשפט לפרש את החוק שיתקבל באופן שונה מעט מן האופן שבו הם נוהגים לפרש חוקים מקומיים רגילים. הוראה זו תחייב להתחשב במקורו המיוחד של החוק, ולהשתמש לשם כך בכללי הפרשנות המקובלים לגבי אמנות בין-לאומיות, להבדיל מחוקים.¹⁷⁴ בין היתר, שומה על הפרשן לתור אחר משמעות מושגי החוק האחיד על-פי מקורם באמנה – בהתאם לאחת מלשונותיה הרשמיות.¹⁷⁵ כמורכן יהיה עליו להתחשב בהוראותיה של אמנת וינה בדבר דיני אמנות משנת 1969 ("אמנת האמנות").¹⁷⁶ סעיף 31 לאמנה זו קובע, כי אמנה תפורש בתום-לב, לפי המשמעות הרגילה שיש ליתן למונחי האמנה "בהקשרם ולאור נושאה ומטרתה". כמורכן ניתן, על-פי סעיף 32 לאמנת האמנות, להזדקק לדרכי פרשנות נוספות, לרבות עבודת ההכנה לאמנה (travaux préparatoires) והנסיבות שבהן נכרתה.¹⁷⁷

Interpretation and Gap-Filling", in *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (P. Sarcevic & P. Volken eds., 1986) 19, at p. 21.

172 ראה סעיף 17(1) לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

173 הוראת הפרשנות הכללית היחידה המצויה בחוק האחיד של אמנת האג היא ההוראה שבסעיף 17, הקובעת כי שאלות הנוגעות לעניינים המוסדרים בחוק זה ולא הוכרעו בו במפורש, "יוסדרו בהתאם לעקרונות הכלליים שעליהם מבוסס חוק זה". הוראה זו קשה ליישום, הואיל ולא ברור תמיד מהם "העקרונות הכלליים" שעליהם מבוסס החוק. לא החוק, וגם לא האמנה עצמה, אינם כוללים מבוא או הוראה אחרת, המצהירים על העקרונות הכלליים או על מטרת החוק. כמצב דברים זה ייאלץ הפרשן הרבה פעמים לפנות לעקרונות ולהוראות של הדין המקומי כדי לפתור ספקות העשויים להתעורר בקשר ליישום החוק האחיד, ודבר זה יפגע כמובן במטרת האחידות.

174 ראה: הנוולד, לעיל הערה 28, בעמ' 136-145. ראה גם: בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל ביו"ש ועזה, פ"ד מב (2) 4, 19, העומד על ההבדל שבין פרשנות המשפט הבין-לאומי ובין פרשנות המשפט המוניציפלי. וראה גם הביקורת של פרופ' י' דינשטיין, במאמרו: "גידושים משטחים מוחזקים" עינני משפט יג 403, 405-408.

175 ראה לעניין זה גם את דבריו של השופט ד' לוי, בע"א 20/83 דדון נ' אייר פרנס, פ"ד לח (3) 785, 795. הנוסחים המחייבים של אמנת וינה הם הנוסחים שבשפות: אנגלית, סינית, ספרדית, ערבית, צרפתית, ורוסית (ראה סעיף 101 לאמנת וינה).

176 Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331; 8 I.L.M. 679; נוסח עברי ודברי מבוא פורסמו בספר בהוצאת האוניברסיטה העברית: אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (תשל"ח), תרגום ודברי מבוא מאת מ' זהרי וש' רוזן.

177 לדרכי פרשנות נוספות אלה ניתן להזדקק כדי לאשר את המשמעות הנובעת מהחלתו של סעיף 31 לאמנת האמנות, או כדי לקבוע את המשמעות במקום שהפרשנות לפי סעיף 31: (א) מניחה פירוש לכאן ולכאן, או פירוש מעורפל; או (ב) מובילה לתוצאה שהיא בבירור חסרת שחר או בלתי סבירה; ראה גם: י' דינשטיין אמנות בינלאומיות (תשל"ד) 142-149.

מסקנה זו מתחייבת גם מדורך הפרשנות התכליתית המקובלת בישראל.¹⁷⁸ גישה זו מכירה בחשיבות הפנייה להיסטוריה החקיקתית של החיקוק נשוא הפרשנות, בתור מקור של מידע בדבר תכליתו החקיקתית.¹⁷⁹ במקרה של חוק שנכרת בעקבות אמנה בין-לאומית, ההיסטוריה החקיקתית של החוק היא למעשה ההיסטוריה של האמנה, כפי שזו משתקפת מתוך העבודה המכינה. את החוק יש לפרש אפוא בזיקה לאמנה שממנה הוא שאוב, ובהתאם למשמעותה הנכונה של אמנה זו על-פי דרכי הפרשנות המקובלות שלה. הלכה פסוקה היא, שתכליתו של כל חוק היא להגשים את המשפט הבין-לאומי ולא לנגוד אותו,¹⁸⁰ וכי מן הדין לפרש את החוק החרות, אם הוא אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי. אם לגבי כל חוק כך נפסק, הרי על אזות כמה וכמה יפים הדברים לגבי חוק שמקורו באמנה בין-לאומית ושמטרתו המוצהרת היא להגשימו.

גם במדינות שבהן לא מקובלת הפנייה להיסטוריה החקיקתית של החוק, כגון אנגליה, נתקבלה זה מכבר העמדה, כי שונה דינם של חוקים המיישמים אמנה בין-לאומית.¹⁸¹ לגבי חוקים כאלה, מחובתו של בית המשפט להתחשב גם בעבודה המכינה, וגם לפסיקה זרה ולכתיבה של מלומדים המפרשים און האמנה.¹⁸²

(ג) פרשנות "בהתחשב בצורך לקדם אחידות"

חשובה לא פחות, ואולי אף יותר, היא ההנחה המחייבת לפרש את אמנת וינה בהתחשב בצורך לקדם אחידות בהחלטה.¹⁸³ משמעותה של הנחה זו היא, כי בכואו לפרש את האמנה וליישמה, על השופט לזכור כי אחת ממטרותיה המרכזיות היא השגת אחידות בדיני המכר הבין-לאומי בכל המדינות המתקשרות, ומתפקידו כפרשן לחתור למימוש מטרה זו. לשם כך על הפרשן להיות קשוב גם לפרשנות שניתנה להוראות האמנה בבתי משפט של מדינות

178 ראה, למשל: בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 513 (דברי השופט ווסמן); וכן: ע"א 674/85 "אליהו" חברה לביטוח בע"מ נ' זיק, פ"ד מג (1) 356, 364 (דברי השופט ברק); ראה גם בהרחבה: א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ב) 141-172.

179 ברק, שם, בעמ' 353.

180 ראה: ברק, שם, בעמ' 576; וכן: ע"א 522/70 אלקוטיב נ' שאהין, פ"ד כה (2) 77, 80 (השופט לנרו).

181 ראה פסק-דין של בית הלורדים באנגליה בקשר לאמנת ורשה על הובלה אווירית: *Fothergill v. Monarch Airlines* [1981] A.C. 251; [1980] 2 All E.R. 696 (H.L.).

182 תהליך דומה עבר על צרפת, אשר נעבר היתה מסוגרת מאוד בתוך מושגי הדין שלה, גם בהתייחסה לאמנות בין-לאומיות, ועתה היא פתוחה יותר לקבלת הנחיה מהעבודה המכינה של האמנה *G. Miller Liability in International Air Transport*: ראה: *Kahn v. Trans World Airlines*, 443 N.Y. 368 (1977); וראה גם פסק-דין מארצות-הברית: *Supp. 2nd 79* (1981).

183 סעיף 7(1) לאמנת וינה, לעיל הערה 6. בעוד הרישא של הנחה זו (על הצורך להתחשב באופיה הבין-לאומי של האמנה) היא דאונטולוגית במהותה ומרגישה את המקור והרקע של מושא הפרשנות, הרי ההנחה הנוכחית היא טלאולוגית ודורשת השגת תכלית של אחידות. עם זאת אין ספק שתכלית זו היא במידה רבה פועל יוצא מהמקור והרקע של האמנה. וראה לעניין זה: V.S. Cook, Note, "The Need for Uniform Interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods;" 50 *U. Pa. L. Rev.* (1988) 197.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

מתקשרות אחרות, כמו גם לדעותיהם של מלומדים ברחבי העולם.¹⁸⁴ אמנם פסיקה של ערכאה כלשהי במדינה מתקשרת אחרת אינה יכולה לחייב בית משפט מקומי, וייתכן שהאחרון יסבור שדווקא פירושו שלו מתאים יותר למובנם הרגיל של מונחי האמנה, ולמטרתה ותכליתה. ואולם, מה שכרוך הוא כי אל לו לפרשן לפרש את החוק האחד על-פי דוקטרינות ומושגים שמקורם במשפט המקומי שלו, ולהתייחס אליו כאילו היה הוא מעשה חקיקה רגיל מפרי יצירתו של המחוקק המקומי.

עמדה זו בוטאה היטב בהחלטת בית הלורדים בעניין *Fothergill v. Monarch Airlines*¹⁸⁵, אשר בה נדרשה פרשנותה של אמנת ורשה בדבר אחריותם של מובילים אוויריים,¹⁸⁶ אמנה אשר יושמה באמצעות חוק של הפרלמנט. בעניין זה החליט בית הלורדים ברוב דעות, שלא להעניק למונח מסוים מתוך האמנה את המשמעות הרגילה הניתנת למונח זה בדרך-כלל בדין האנגלי, אלא משמעות רחבה יותר בהתחשב באמנה שבמסגרתה הוא מופיע. דברים אלה נפסקו אף-על-פי שלא היתה באמנה זו הוראת פרשנות כדוגמת ההוראה שבאמנת וינה.¹⁸⁷

184 ראה: הונולד, לעיל הערה 28, בעמ' 142-144. כדי לקדם את הצורך בפרשנות אחידה של האמנה יום UNCITRAL פרסום שוטף של תקצירי פסקי-דין שניתנו על-ידי כתי משפט לאומיים בארצות האמנה בקשר לאמנת וינה. תקצירים אלה מתפרסמים במסגרת פרסום שוטף של UNCITRAL המכונה: CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts), והכולל תקצירי פסיקה של כתי משפט וערכאות בודדות מכל רחבי העולם, המתייחסות לטקסטים של הארגון. התקצירים מסופקים על-ידי קורספונדנטים של הארגון במדינות השונות החברות בארגון. פרסום זה מאפשר גישה נוחה לפסקי-דין שניתנו בארצות רבות ובשפות זרות לשופטים ולמשפטנים הנוקקים לפרשנות האמנה. על יסוד פרסום זה ניתן להזמין מהארגון את ההחלטה בנוסחה המלא. בדבר הסבר על שיטת ה-CLOUT, ראה: United Nations, Commission on International Trade Law, Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT); User Guide, U.N. Doc. A/CN.9/SER.C/GUIDE/1 (1993). באשר לספרות משפטית, אין בנמצא פירוש רשמי או חצי-רשמי של האמנה, כדוגמת הפירוש שהכין פרופ' טונק על אמנות האג, ואשר פורסם כחלק מהפרוטוקולים הרשמיים של ועידת האג. ועידת וינה לא הסכימה לאשר הכנת פירוש כזה, למרות דרישתן של כמה משלחות. ואולם קיים פירוש של מזכירות הארגון שחוכרה לטיטה קודמת משנת 1978. ככל שאין הבדל בין הנוסחים, פירוש זה עשוי להיות לעזר רב, כביטוי לכוונת המנסחים ולעבודה המכילה. ראה: United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980, Official Records", United Nations, New York, 1981, A/CONF.97/19, pp. 14-66. קטעים רלוונטיים מפירוש זה מובאים לגבי כל סעיפי האמנה בספרו של קריצר: *A. Kritzer Guide to Practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1989); כמו-כן פורסמו מספר ספרי פרשנות מצוינים, אשר מביניהם ראוי להזכיר את ספרו של מי שהיה המזכ"ל של UNCITRAL בעת ועידת וינה, והמנסח הראשי של האמנה, פרופסור ג'ון הונולד, לעיל הערה 28. ספרי פרשנות אחרים הם: P. Schlechtriem *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1986); C.M. Bianca & M. Bonell *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (1987). ספרות זו עשויה להיות לעזר רב לכתי המשפט הישראליים אם וכאשר תאומץ האמנה אל חוק הדין הישראלי.

185 לעיל הערה 181.

186 אמנה לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה אווירית בין-לאומית (אמנת ורשה משנת 1929, כפי שתוקנה בהאג בשנת 1955) כ"א 8, בעמ' 479.

187 ראה בייחוד דברי הלורד דיפלוק, בעמ' 706, להחלטה זו בעניין *Fothergill*, לעיל הערה 181.

מופיע. דברים אלה נפסקו אף על-פי שלא היתה כאמנה זו הוראת פרשנות כדוגמת ההוראה שבאמנת וינה.¹⁸⁷

כך נפסק גם בישראל בפרשת *דיון נ' איד פונט* מפי השופט ד' לויין:

לא כך הדבר כאשר מתיחסים לאמנה בין-לאומית. גם כשזו היתה לחלק מן הדין הישראלי, עדיין לא ניתן להתייחס להוראות האמנה ולסייגיה כאילו הם פרי השיבה חקיקתית ישראלית מקורית, שהרי לנגד עיניהם של הצדדים לאמנה לא עמדו העקרונות המשפטיים המקובלים בישראל, על ההבחנות הכלולות בהם, אלא עקרונות שיהיו יפים לשיטות משפט שונות. התיחסות אשר כזו לאמנה ולהוראותיה תפגע בהכרח באחת ממטרותיה העיקריות של האמנה שלפנינו, דהיינו יצירת גוף אחיד של דינים המסדירים נושאים שונים בתחום התוכלה האוירית הבין-לאומית.¹⁸⁸

לאור עמדה זו, ותוך הסתמכותו על העבודה המכינה ועל הפרשנות המקובלת בעולם לאמנת ורשה, קבע בית המשפט העליון כי תקופת ההתיישנות של שנתיים, הקבועה בסעיף 29(1) לאמנת ורשה, היא אבסולוטית, ואין אפשרות לשנותה בהתאם לעילות הקבועות בחוקי ההתיישנות המקומיים, לרבות חוק ההתיישנות הישראלי.¹⁸⁹ החלטת בית המשפט העליון שלעיל הגיעה לדיון נוסף,¹⁹⁰ ובו היא אושרה ברוב דעות. שופטי הרוב דחו את דעת המיעוט של השופט ברק, אשר גרס כי ענו הפיכתה של הנורמה הבין-לאומית לחלק מהמשפט הפנימי, היא בהכרח משנה את אופיה ו"מתאימה את עצמה לסביבתה הלאומית".¹⁹¹ על כן סבר הוא, שמן הדין לפרש את הוראות ההתיישנות של אמנת ורשה, בזיקה לדיני ההתיישנות המקומיים של ישראל.¹⁹²

עמדת הרוב העקרונית עדיפה ו: ענינו על פני דעת המיעוט. נראה לנו כי בעמדתו של השופט ברק יש משום שלילה של כל אפשרות להאחדת הדין בין מדינות שונות, תהא אשר תהא תועלתה, ומשום סיכול כוונת מדינות אשר כרתו אמנה בין-לאומית לשם השגת מטרה כזו, תהא אשר תהא החלטיותן. לאור גישתו הפרשנית, האחדה מלאה בתחום כלשהו לעולם לא תהיה בת-ביצוע, כי הכללים האחידים יעברו תמיד מטמורפוזה לאומית כמהלך

187 ראה בייחוד דברי הלורד דיפלוק, בעמ' 706, להחלטה זו בענין *Fothergill*, לעיל הערה 181.

188 *דיון נ' אייד פונט*, לעיל הערה 175, בעמ' 805.

189 שם, בעמ' 807.

190 ד"ר 36/84 טייכנו נ' איד פונט נחזיב זוויר צרפתיים, פ"ד מא (1) 589.

191 שם, בעמ' 613. השופט ברק (כתוארו אז) הביע למעשה ספקנות לגבי עצם התועלת של האחדה מלאה של הדין בתחום זה, ומכך נבעה גם כך נדמה, גישתו הפרשנית. דבריו משקפים במידה מסוימת את העמדה הביקורתית כלפי האחדת הדין, אשר הזכרנו לעיל בפרק ג, 4(א). וכך הוא כותב שם: "כל עוד קיימים ייחודיות לאומית ומשפטים לאומיים, אין כל אפשרות – ודומה שאין זה אף רצוי – להגיע לדין אחידות מלאה". (שם, בעמ' 612).

192 מכל מקום, יש לזכור כי אמנת ורשה לא כללה הוראה מפורשת כדוגמת זו המצויה באמנת וינה והמחייבת פרשנות בהתחשב באופי הבין-לאומי של האמנה וכצורך להשיג אחידות. על כן ייתכן כי לגבי אמנת וינה, עמדתו של השופט ברק תהיה שונה מוז שנקט לגבי אמנת ורשה.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

קליטתם.¹⁹³ ריבונותם של ממשלות ובתי מחוקקים אשר אימצו אמנות האחדה בין-לאומיות, לעולם תצטרך לסגת מפני שמרונותם של שופטים לאומיים הנוטים אחר קטגוריות משפטיות המוכרות להם בשיטות המשפט שלהם.¹⁹⁴ זו תוצאה שאין לקבלה.¹⁹⁵ לאור מסקנתנו זו, נראה לנו כי לא יהיה זה נכון להחיל על חוזה מכר בין-לאומי הנופל תחת אמנת וינה – אם וכאשר היא תאומץ לתוך המשפט בארץ – הוראות ועקרונות מתוך החקיקה האזרחית הישראלית, כל עוד מדובר בסוגיות המוסדרות באמנה.¹⁹⁶ דברים אלה אמורים גם לגבי חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, למרות הוראת התחולה הרחבה הכלולה בסעיף 61 שלו. מסקנה זו מתבקשת הן מהוראת סעיף 7 לאמנה – המחייבת להחילה ולפרשה בהתחשב באופיה הבין-לאומי ובצורך לקדם אחידות – והן מהוראת סעיף 61 בעצמו. כאשר החוזה שבו עסקינן הוא חוזה מכר בין-לאומי, עם צד ממדינה זרה החתומה גם היא על אמנת וינה, וכאשר הסוגיה הספציפית שבה עסקינן איננה בבחינת לאקונה באמנה זו, הרי לפנינו מקרה שבו קיים בחוק אחר, ספציפי, "הוראות מיוחדות לעניין הנידון",¹⁹⁷ ואשר

193 וראה דבריו, בעמ' 612-613, שם: "כל האחדה, מטבע בריחה, היא חלקית בלבד. הנורמה 'הבין-לאומית' האחדה נקלטת על קרקע לאומית, וכשם שהיא משפיעה על המערכת הלאומית, כן היא מושפעת ממנה... מכאן, שכל מדיניות חקיקתית של האחרת הדין בתחום מיוחד חייבת להציב לפניו, מטבע הדברים, מטרות האחדה מוגבלות, הפועלות בתחומים ברויים. האחדה בתחום מיוחד לא תוכל לעולם להיות מלאה. ייחוד התחום מחייב חלקיות ההאחדה."

194 ראה דבריה של השופטת נתניהו, שם, בעמ' 641.

195 ראה גם דבריו של הלורד סקארמן בפסק-הדין *Fothergill*, לעיל הערה 181, בעמ' 715, המדגישים את החשיבות של פרשנות שתביא להאחרת הדין בכל מדינות האמנה:

"Rules contained in an international convention are the outcome of an international conference; if, as in the present case, they operate within the field of private law, they will come under the consideration of foreign courts; and uniformity is the purpose to be served by most international conventions, and we know that unification of the rules relating to international air carriage is the object of the Warsaw Convention. It follows that our judges should be able to have recourse to the same aids to interpretation as their brother judges in the other contracting states. The mischief of any other view is illustrated by the instant case. To deny them this assistance would be a damaging blow to the unification of the rules which was the object of signing and then enacting the Convention. Moreover, the ability of our judges to fulfil the purpose of the enactment would be restricted, and the persuasive authority of their judgements in the jurisdictions of the other contracting states would be diminished."

196 כבר עמדנו על כך לעיל, כי יש סוגיות שבהן האמנה איננה עוסקת, אלא משאירה במודע להסדרה באמצעות הדין הפנימי (לעיל פרק ד, 2). כמובן יכולות להיות לאקונות, אשר אינן ניתנות למילוי בהסתמך על "העקרונות הכלליים" שעליהם מבוססת האמנה. במקרה כזה מתירה האמנה למלא לאקונות אלה תוך פנייה למשפט הלאומי החל על העניין בהתאם לכללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי (ראה סעיף 2)7 לאמנת וינה, לעיל הערה 6).

197 ראה סעיף 61(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. הואיל ובענייננו מדובר לכל הדעות בחוזה, הרי שסעיף קטן (א) הוא הסעיף הרלוונטי, ולא סעיף קטן (ב), החל על פעולות משפטיות "שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". מכל מקום, גם סעיף קטן (ב) מסויג בכך "שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים", וגם בכך יש כדי לשלול את התחולה על סוגיה המוסדרת באמנת וינה, מפני שמהטעמים שהסברנו, החלה כנו לא תהיה מתאימה ונכונה.

אין בו תחולה לחוק החוזים. מסקנו: זו שונה מהגישה שנוקטה בפסק-הדין *Eximin*, בשעה שהאמנה עדיין לא חלה בישראל.¹⁹⁸

(ד) פרשנות בהתחשב בצורך לקדם "תום-לב במסחר הבין-לאומי" שיפור חשוב נוסף של אמנת וינה, המחזק עוד יותר את הדרישה לקליטתה בישראל, הוא אימוצו של עקרון תום-הלב לתוך ייגוי המכר הבין-לאומי. באמנת האג אין כל אזכור של עקרון תום-הלב. אף-על-פי שעיקרון זה מהווה ערך מרכזי במשפט הישראלי,¹⁹⁹ הרי שבחוקי המכר הבין-לאומי שאומצו כאן בעקבות אמנת האג, אין אפוא כל זכר לחובה כזו.²⁰⁰ באמנת וינה, לעומת זה, הוכנס עקרון תום-הלב לתוך הוראת הפרשנות הכללית שדנו בה לעיל, והיינו סעיף 7(1), שעתה נביא אותה כלשונה:

(I) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.²⁰¹

חשוב לציין כי אין הוראה זו מטילה חובת תום-לב כללית. דרישה לאימוץ חובה כזו הועלתה על-ידי מספר משלחות, לפחות כמה שקשור לשלב כריתת החוזה, אך לא התקבלה.²⁰² כנגדה נטען כי יש בחוזה כזו כדי ליצור אי-ודאות לגבי תוכן הזכויות והחובות של הצדדים, הואיל ואין משמעות אחת ברורה ומוסכמת למושג "תום-לב".²⁰³ הנוסח שהתקבל לבסוף מהווה מעין פשרה בין שתי עמדות אלה. מחד גיסא, עקרון תום-הלב לא

198 ראה פסק-דין *Eximin*, לעיל הערה 94, בעמ' 76, שבו מצדיק הנשיא שמגר את ההחלה המלאה של חובת תום-הלב על תחולתו הרחבה של חוק החוזים, ועל סעיף 61(ב) לחוק זה. וראה בפירוט על עניין זה להלן בפרק ד, 3(7).

199 ראה: בג"ץ 566/81 *עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול*, פ"ד לו (2) 1, 9 (השופט אלון): תום-הלב משמש "כעקרון התנהגות וכמדריניות משפטית מחייבים לעניין פעולות משפטיות וחייבים שבכלל המערכת המשפטית הישראלית"; ד.ג. 7/81 *פנידר נ' קמטרן*, פ"ד לו (4) 673, 687 (תום-הלב הוא "עקרון-יסוד משפטי, החולש על כל תחומי המשפט"); וכן: ג' פרוקצ'יה "קווים לתורת תום הלב" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 41; ג' פרוקצ'יה "תחולת עקרון תום הלב בשיטת המשפט הישראלית" הפרקליט לט (תש"ן) 291; וברק, לעיל הערה 178, בעמ' 549. הבסיס לתחולתו של עקרון תום-הלב במשפט הישראלי הוא בראש ובראשונה בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, הקובע כי הוראותיו – לרבות עקרון תום-הלב שבו (ראה סעיפים 12 ו-39 לחוק זה) – "יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה" (שם, סעיף 61(ב)). לענייננו חשוב גם סעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

200 כוונתנו היא לחובת תום-לב כללית, כדוגמת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, או סעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968. מובן שקיימות בחוק המכר הבין-לאומי הוראות ספציפיות שונות שמטרתן להשתית את יחסי הצדדים על בסיס של תום-לב, כגון ההוראות השונות הנוגעות למחן הודעה לצד שכנגד. ראה, למשל, סעיפים 39 ו-52(א) לחוק. ואולם אין בו חובה כללית היכולה לחול במקרים שאינם מכוסים על-ידי הוראות ספציפיות.

201 ההרגשות אינן במקור.

202 ראה הונודר, לעיל הערה 28, בעמ' 146.

203 שם.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

הוגבל לשלב הטרום-חוזי. אך מאידך גיסא, הוא לא התקבל כתור חובה כללית גמישה, אלא כעקרון פרשנות, שעל-פיו יש לפרש את הוראות האמנה.²⁰⁴ בכך הוא נופל מחובת תום-הלב הכללית החלה במשפט הישראלי הפנימי²⁰⁵ ובשיטות משפט רבות אחרות.²⁰⁶ בשיטות אלה, בניגוד למצב על-פי אמנת וינה, חובת תום-הלב מיתוספת לחובות הרגילות של הצדדים המפורטות בחוזה, חובה שיש לראותה כאילו היתה כתובה במפורש בחוזה.²⁰⁷ על התוכן המדויק של עקרון תום-הלב ועל ההשלכות המעשיות שעשויות להיות לו על דיני המכר הבינ-לאומי על-פי האמנה, עדיין קשה לעמוד. ואולם ניתן להצביע כבר עתה על מספר הוראות של האמנה, אשר פרשנותן בוודאי תושפע מעיקרון זה. כך, למשל, נראה כי יש לפרש לאורו את ההוראות השונות שבאמנה המחייבות קיום תקשורת בין הצדדים, כלומר חובת הודעה על התפתחויות שונות הקשורות לעסקת המכר הבינ-לאומית ועל אי-הכנות אפשריות. כך, למשל, מחויב מציע להפנות את תשומת לבו של הניצע לשינויים קלים בהודעת הקיבול בהשוואה להצעה, אם המציע מתנגד לשינויים אלה.²⁰⁸ פרשנות הוראה זו לאור עקרון תום-הלב צריכה למנוע מהמציע לנצל הכדלים קטנים אלה, כדי להתחמק מהחובה במועד מאוחר יותר, בטענה שלא נכרת חוזה מחייב. הוא הדין לגבי פרשנות המונח "זמן סביר" המופיע פעמים רבות באמנה.²⁰⁹ כאשר, למשל, מחובת הקונה להודיע על ביטול החוזה כגין הפרה יסודית תוך זמן סביר,²¹⁰ יש לפרש

204 זו הדעה השלטת בין הפרשנים, דעה הנתמכת גם מהעבודה המכינה לאמנה, כפי שהראינו בטקסט. בין החומכים בדעה זו נמנים: R.A. Hillman "Article 29(2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a New Effort at Clarifying the Legal Effect of 'No Oral Modification' Clauses" 21 *Cornell Int'l L. J.* (1988) 449, at p. 458; P. Winship "Formation of International Sales Contracts Under the 1980 Convention" 17 *Int'l L.* (1983) 10, n. 22; וכן פירוש המוכיחות, לעיל הערה 184, לסעיף 6 של הנוסח הישן, מובא בספרו של קריצר, שם, בעמ' 111. אחרים רואים בעקרון תום-הלב "עיקרון כללי של האמנה", אשר יש להשתמש בו הן לצורך פרשנות האמנה והן לצורך הרחבתה. ראה: שלכטריאם, לעיל הערה 184, בעמ' 38; ראה גם: P. Koneru "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles" 6 *Minn. J. Global Trade* 105 (1997) 140 כלליית המוטלת על הצדדים לעסקה מתוך העקרונות הכלליים של אמנת וינה, שיש להם מעמד של מקור פרשני בהתאם לסעיף 7(2) לאמנה.

205 ראה לעיל הערה 199.

206 ראה, למשל, בחוק האזרחי הגרמני, ה-BGB, בסעיף 242; וכן ה-UCC בארצות-הברית סעיף 203-1.

207 ראה את האמור בע"א 338/73 *חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואח' נ' כהן ואח'*, פ"ד כט (1) 365, בעמ' 369. לגבי סעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

208 ראה סעיף 19(2) לאמנת וינה, לעיל הערה 6, הקובע כי הודעת קיבול של הצעה המכילה תנאים שונים או נוספים ביחס למה שהיה בהצעה, אך אשר אינם משנים באופן ממשי את תנאי ההצעה, תיחשב כקיבול אלא אם כן התנגד המציע בעל-פה או בכתב, "ללא דיחוי" ("without undue delay"). לשינויים אלה.

209 ראה, למשל, סעיפים 18(2); 33(c); 39(1); 43(1); 46(2); 46(3); 47(1); 48(2); 49(2); 63(1); 64(2); ו-65 לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

210 ראה סעיף 49, שם. המונח המדויק למה שקרוי אצלנו "ביטול" הוא: "declare the contract avoided".

זאת לאור חובת תום-הלב. על כן אין לאפשר לקונה לעכב את הודעתו עד שיראה כיצד מתפתחים המחירים, כדי לכוון את נותן הודעתו למועד שייתן לו את מירב הרווחים.²¹¹

ביקורת על דעת הרוב בפסק-דין Eximin לאור עקרונות הפרשנות של אמנת וינה שפורטו בפסקאות הקודמות, נראית לנו הגישה שנקטה דעת הרוב בפרשת Eximin *2 טקסטיל והנעלה*,²¹² כמוטעית. כבר לעיל²¹³ עמדנו על הקושי בעצם ההזדקקות לאמנת וינה, בטורם אומצה זו לתוך שיטת המשפט שלנו, וכל עוד חווי המכר הבין-לאומי כפופים לחוק האחיד של אמנת האג. אך גם משנוקק בית המשפט במישרין להוראות האמנה כיוצרות את המסגרת הנורמטיבית שלאורה הוא דן בסכסוך,²¹⁴ החלטה ופרשנותה נעשתה, לדעתנו, באופן מוטעה ושלא בהתאם להוראותיה שלה בעניין זה. במקרה זה הגיע הנשיא שמגר למסקנה, כי על-פי הוראות אמנת וינה המוכר אינו צריך לשאת באחריות בגין היות הטובין כפופים לסימן מסחרי של צד ג, מן הטעם שחזקה על הקונה שידע על קיומו של סימן זה, ומשום שהמוכר ייצר את הטובין בהתאם לעיצוב שבחר הקונה. אף-על-פי-כן קבע, שגם המוכר צריך לשאת בחלק מן הנזק שנגרם. הטעם למסקנה זו הוא שלדעת שמגר הוא לא מילא אחי חובת תום-הלב המוטלת עליו מכוח סעיף 39 לחוק החוזים ומכוח סעיף 6 לחוק המכר התשכ"ח-1968, בכך שמכר טובין שגם הוא ידע שהם מפרים סימן מסחרי.²¹⁵ בסופו של דבר חילק בית המשפט את החבות בגין הנזק שנגרם בין המוכר והקונה בחלקים שווים.²¹⁶

לא נראה לנו כי זוהי התוצאה הנכונה על-פי אמנת וינה, אילו היתה חלה על התווה הנידון. ראשית, אין מקום "לייבא" לתוך סכסוך הנידון על-פי אמנת וינה, הוראות מתוך חוקים ישראליים אחרים, כל עוד מדובר בשאלה המוסדרת במפורש באמנה או שניתן לפותרה בהתאם לעקרונותיה הכלליים של האמנה.²¹⁷ שנית, כאשר לעקרון תום-הלב, ראינו כי עיקרון זה קיים באמנה, אך הוא אינו מגיע לכדי חובה עצמאית אלא מוגבל לעיקרון פרשני. לא ניתן לעקוף הכרעה זו של מנכ"ח האמנה על-ידי הזדקקות לדוקטרינות מקומיות

211 על-פי סעיף 76 לאמנת וינה, אם החוזה בוטל ("was avoided"), והקונה עדיין לא קיבל את הטובין לידי, הוא יהיה זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק כשיעור ההפרש שבין מחיר הטובין בעת הביטול ובין מחירים תחזי. הוראה זו עשויה לאפשר אפוא מניפולציות מצד הקונה על חשבון המוכר, כאשר יש תנודות מחירים חריפות של הטובין שבהם עסקינן. פרשנות המונח "זמן סביר" לאור עקרון תום-הלב צריכה למנוע מניפולציות כאלה. ראו לעניין זה גם את ע.א. 815/80 הרלו אנד ג'ונס נ' אדרס חומרי בנין בע"מ, פ"ד לו (4) 225, בעמ' 230, ה"ן בסוגיה זו לאור החוק האחיד של אמנת האג.

212 לעיל הערה 94.

213 לעיל פרק ג, (ג)4.

214 כפי שהדגשנו לעיל, אימץ הנשיא שוגר את הסייגים של אמנת וינה לעניין החובה לספק טובין הנקיים מזכויות קניין רוחני של צד ג. על יסוד סייגים אלה קיבל את ההנחה הבסיסית, שהמוכר לא הפר באופן מלא את חובתו לספק טובין כאלה. כך עשה כאמור אף-על-פי שלא היה זכר באמנת האג החלה על החוזה לסייגים כאלה. אין המדובר אפוא בהזדקקות לאמנת וינה "על דרך האנאלוגיה" או "כמקור השראה" גרידא לצורך פרשנות החוק האחיד של אמנת האג.

215 פסק-דין Eximin, לעיל הערה 94, בעמ' 76.

216 שם, בעמ' 86.

217 ראה סעיף 7(2) לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

השונות מאלה שאומצו באמנה. גם מבחינת חוק החוזים וחוק המכר, אין מקום להחלתם כאשר יש בדין אחר (אמנת וינה) "הוראות מיוחדות לעניין הנדרון".²¹⁸ לגופו של עניין, סעיף 42 לאמנה התייחס במפורש ובפורטרוט לסוגיית המסירה כאשר הטובין כפופים לזכויות קניין רוחני של צד ג, וקבע את כללי האחריות שיחולו במקרה כזה. מכללים אלה עולה בבירור, שאם הקונה ידע על זכויות אלה, או לא יכול היה שלא להיות מודע אליהן, אין המוכר נושא באחריות לגביהן, ואינו מחויב לספק טובין הנקיים מהן.²¹⁹ פטור זה קיים במפורש גם כאשר המוכר ידע על זכויות אלה.²²⁰ אם כן, לא זו בלבד שהיבוא של הוראות מתוך חוקים אחרים לתוך מערכת ברורה זו חוטאת למתודולוגיה הנכונה של פרשנות האמנה, אלא שהמסקנה שאליה הגיע בית המשפט על יסוד מתודולוגיה פגומה זו – ולפיה גם המוכר צריך לשאת בחלק מהנזק שנגרם בשל הפרת הסימן המסחרי – גם היא עומדת בסתירה גמורה להוראותיה המפורשות של האמנה.

גם מטעמי מדיניות לא נראית לנו רצויה התרצאה שדעת הרוב הגיעה אליה. מדוע צריך המוכר לשאת באחריות בגין הפרת סימן מסחר אשר הקונה ידע עליה, ואשר היא תוצאה של מילוי מדויק אחר הוראות הקונה? יש לזכור כי סימני מסחר, כמו גם פטנטים, הם זכויות שיש להן הגנה טריטוריאלית, וסימן המוגן במדינה אחת לא יהיה מוגן בהכרח במדינה אחרת.²²¹ כמורכב, יכול בעל הסימן להעניק זכויות שימוש לבעלי רשות שונים בכל ארץ וארץ.²²² לא תמיד יכול המוכר לדעת אם בארצות שבהן יימכרו הטובין יהיה בכך משום הפרת סימן מסחר של צד ג, ואם אין הקונה בעל רשות בסימן כזה. מטעם זה מטילה אמנת וינה, בניגוד לאמנת האג,²²³ את האחריות על המוכר רק אם במועד כריתת החוזה ידע המוכר על זכויות הקניין הרוחני של צד ג, או לא יכול היה שלא להיות מודע אליהן.²²⁴ כמורכב אחריות זו מוגבלת לזכויות קניין רוחני הקיימות במדינות שבהן התכוונו הצדדים בעת כריתת החוזה כי הטובין יימכרו, או למדינה שבה נמצא מקום עסקו של הקונה.²²⁵ מדוע אפוא להטיל אחריות משותפת על המוכר לגבי המצב המדויק השורר במדינתו של הקונה, כאשר הקונה בעצמו מודע לזכויות הקניין הרוחני הקיימות שם ומזמין את הטובין בידיעה זו? מדוע צריך המוכר להיכנס לתוך שיקוליו של הקונה בעניין זה; אולי יש בדעת הקונה להגיע להסדר עם בעל

218 ראה סעיף 4(ב) לחוק המכר, התשכ"ח-1968; וסעיף 61(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

219 ראה סעיף 42(2) לאמנת וינה; וכן הנוולד, לעיל הערה 28, בעמ' 350.

220 זאת ניתן להסיק בבירור מתוך סעיף 42(1) לאמנת וינה, שהרי עצם חובתו לספק טובין הנקיים מזכויות קניין רוחני של צד ג קמה רק אם הוא ידע או לא יכול היה שלא להיות מודע לזכויות אלה. ומחובת זו פוטר אוחו סעיף קטן (2) אם גם הקונה ידע על כך.

221 ראה: פקודת סימני המסחר (נוסח חדש), התשל"ב-1972, דמ"י תשל"ב 511 סעיף 54. ההגנה מותנית ברישום בישראל.

222 שם, סעיף 50.

223 אם מתקבל הפירוש של דעת הרוב לאמנת האג, כלומר לסעיף 52(א) לתוספת של חוק המכר הבינ-לאומי, הרי שחובתו של המוכר לספק טובין נקיים מזכויות קניין רוחני היא מוחלטת, גם אם אינו יודע על זכויות כאלה, וגם לא יכול היה לדעת עליהן. זו לכאורה המסקנה המתבקשת מהכללת זכויות קניין רוחני בגדר חובתו של המוכר על-פי סעיף 52(א), הגם שאין תוצאה זו סבירה.

224 ראה סעיף 42(1) לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

225 ראה סעיף קטן (a), שם. אם לא היתה כוונה ברורה לגבי ארץ השימוש או המכירה החוזרת בעת כריתת החוזה, ההנחה היא כי ארץ היעד היא במקום עסקו של הקונה (שם, סעיף קטן (b)).

הזכויות? הטלת חובה כזו על המוכר נראית לנו בלתי צודקת ובלתי יעילה, הואיל והקונה נמצא במצב נוח יותר מאשר המוכר לשאת באחריות כגין זכויות קניין רוחני הקיימות בארץ היעד.

על כן נראית לנו דעת המיעוט של השופט גולדברג, אשר ביקש לדחות את הערעור ולהותיר את האחריות על הקונה, נכונה יותר, גם מן ההיבט המתודולגי וגם לגופו של עניין.²²⁶ גם פרשנים אחרים הביעו עמדה דומה, אך מנימוקים שונים.²²⁷

(ה) מילוי פערים

כדי להשלים את הדיון על אופן פרשנותה של אמנת וינה, יש להתייחס להוראת סעיף 7(2) של האמנה העוסקת בנושא של מילוי פערים, קרי: כיצד לפתור שאלות אשר אין להן תשובה מפורשת בהוראות האמנה. הוראה זו קובעת:

Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

הרישא של הוראה זו זהה להוראת הפרשנות הכללית היחידה שקיימת בחוק האחיד של אמנת האג.²²⁸ כנגד הוראה זו, המאונצת את הגישה הקיימת בשיטות משפט קונטיננטליות,²²⁹ נטען בעבר כי היא בלתי מספקת, מן הטעם שקשה לדעת מהם "העקרונות הכלליים" שעליהם מבוסס החוק האחיד. אמנת האג מעולם לא פירטה מהם העקרונות האלה, והסקת מסקנות לגבי מהותם נותרה אפוא בידי כל בית משפט אשר ניצב בפני פער (לאקונה) הדרוש מילוי.²³⁰ מצב דברים זה יוצר מידה רבה של אי-ודאות.

אמנת וינה אימצה מערכת מפורטת יותר של הוראות פרשנות, שעל מקצתם עמדנו כבר לעיל. הצורך לפרש את האמנה, בהתחשב באופיה הבינ-לאומי ובמטרה לקדם את האחידות,

226 פסק-דין *Eximin*, לעיל הערה 94, בעמ' 87. השופט גולדברג אינו נזקק כלל לאמנת וינה אלא דן בסוגיה בהסתמך על החוק האחיד של אמנת האג בלבד. הוא מגיע למסקנה, כי חובת המוכר לספק סחורה נקייה מזכויות צד ג קמה רק אם לא הסכים הקונה ליטול את הטובין בכפוף לאותן זכויות. לדעתו, הסכמה כזו יכולה להילמד גם מכללא, ואם הקונה ידע מראש על הפרת סימן המסחר, ואף-על-פי-כן הזמין את הטובין, הרי שיש לראות בכך הסכמה כאמור. במצב דברים זה, אין לראות חוסר חוסר-לב בהתנהגות המוכר.

227 ראה: מ' דויטש "דיני חוזים: סקירה והתפתחות" ספר *השנה של המשפט בישראל* (א' רחון-צבי עורך, תשנ"ו) 167, בעמ' 200; אך ראה: א' פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתי? עיוני משפט יח (תשנ"ד) 103, בעמ' 155-158, הדוגל ברעת הרוב. ואולם גם פורת איננו מתייחס לסוגיה מנקודת המבט של אמנת וינה.

228 ראה סעיף 17 לחוק המכר הבינ-לאומי הקובע: "שאלות הנוגעות לעניינים המוסדרים בחוק זה ולא הוכרעו בו במפורש, יוסדרו בהתאם לעקרונות הכלליים שעליהם מבוסס חוק זה".

229 ראה: E. Rabel "The Hague Conference on the Unification of Sales Law" 1 *Am. J. Comp. L.* 58 (1952), at p. 60.

230 ראה: הונולד, לעיל הערה 28, בעמ' 151; וכן נרולי, לעיל הערה 12, בעמ' 9.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציא"

יש לו בוודאי השלכה גם על השאלה של מילוי פערים. כמרכן הוסיפה האמנה הוראה משלימה להוראה בדבר הפנייה ל"עקרונות הכלליים", ולפיה בהיעדר עקרונות כאלה, שאלות כאלה יפתרו בהתאם לדין החל על העניין מכוח כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. כאן יש אפוא הכרה נוספת בכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, בנוסף על זו שראינו בהקשר התחולה הבין-לאומית של האמנה.²³¹ בהתאם לכך יכול בית משפט לפנות לשיטת המשפט הלאומית של המדינה שהדין שלה צריך לחול בהתאם לכללי ברירת הדין. ואולם פנייה כזו לדין הלאומי – דין החוזה – תהיה מותרת אך ורק לאחר שהוא הגיע למסקנה שלפניו פער הדרוש מילוי, קרי: שאלה שאין לה תשובה מפורשת בהוראות האמנה – גם אחרי שהוא פירש אותן בהתאם לעקרונות הפרשנות הקבועים בסעיף 7(1). תנאי נוסף הדרוש לשם כך הוא שפער זה אינו ניתן למילוי באמצעות העקרונות הכלליים שעליהם מבוסס החוק האחיד.²³² הוראה זו באה כמובן כדי לענות על הביקורת שהושמעה כנגד ההוראה המקבילה של אמנת האג, אך היא עושה זאת במחיר מסוים של פתיחת דלת להחזרת שיטות משפט לאומיות ופגיעה במטרת ההאחדה.

4. העברת הסיכון לגבי טובין

כפי שהדגשנו לעיל, אחד המאפיינים של עסקת המכר הבין-לאומית היא הובלה ארוכה. בישראל מדובר בדרך-כלל בהובלה ימית או אווירית. במהלך ההובלה ובעת הפריקה והאחסנה בנמל היעד, הטובין חשופים לסיכונים שונים, כגון טביעת האונייה או התרסקות המטוס, שריפה, נזקי מים, גנבות ועוד. על חוזה המכר לקבוע מי יישא בסיכון זה והחל מאיזו נקודת זמן. באין קביעה מפורשת של הצדדים לעסקה, על חוק המכר האחיד להשלים חסר זה.²³³

(א) העברת הסיכון על-פי אמנת האג

בעניין זה קובע חוק המכר הבין-לאומי בסעיף 97:

(א) הסיכון עובר לקונה משכרעיה מסירת הטובין בהתאם להוראות שכחוזו ובחוק זה.

(ב) נמסרו טובין שאינם תואמים את החוזה, והקונה לא הודיע על ביטול החוזה ולא דרש את החלפת הטובין, עובר הסיכון לקונה מן העת שכרעיה המסירה בתנאים שנקבעו בחוזה ובחוק זה, זולת עצם אי-ההתאמה.

231 ראה: סעיף 1(1)(b) לאמנת וינה, לעיל הערה 6; וכן בטקסט לעיל בפרק 7, 1(ב).
232 יש מספר עקרונות כלליים שניתן להסיק מתוך אמנת וינה. למשל: חופש ההתקשרות של הצדדים, חובת מתן ההודעה בתוך זמן סביר לצד השני על התפתחויות בעסקה החשובות לאותו צד, הגנה על אינטרס ההסתמכות של הצדדים ושמירת חוקפו של החוזה. ראה: קונר, לעיל הערה 204, בעמ' 115-123.
233 אמנם, בדרך-כלל הצדדים לעסקת המכר הבין-לאומית מבטחים את עצמם מפני סיכון זה, אך עדיין יש חשיבות לשאלת הסיכון, באשר היא הקובעת על מי מבין הצדדים יהיה לשאת תחילה בעלויות נזקי הדרך, ולאחר מכן לממש את זכויות התביעה העומדות לו כנגד המוביל והמבטח. כמרכן קיימת לעולם מידה מסוימת של סיכון שיורי, למשל במקרה שהמבטח יהיה חדל פירעון או שיתברר כי הנזק אינו מכוסה במלואו על-ידי הביטוח.

מכאן, שמעבר הסיכון מהמוכר לקונה לפי אמנת האג תלוי בביצוע המסירה (delivery) של הטובין בהתאם לנדרש בהסכם בין הצדדים ולפי הוראות החוק. בסעיף 19(א) לחוק נקבע כי המסירה תהא "בנתינת הטובין המתאימים לחוזה". לא נקבעה אפוא נקודת זמן אובייקטיבית ובלתי תלויה לאירוע וחשוב של מעבר הסיכון בין הצדדים. כדי להשיג את העברת הסיכון, על המוכר למלא לא רק יסוד פיסי של "מסירה", אלא גם יסוד משפטי של "התאמה". דרישה זו יוצרת מצב של ערפול ואי-ודאות לגבי שאלה חשובה ועקרונית. אם לאחר שייגעו הטובין לקונה, יודיע הלה על אי-התאמה, יתברר למוכר פתאום, שהוא ממשיך לשאת בסיכון הסחורה הנמצאת בארץ רחוקה, ושיכולת שליטתו בה מוגבלת ביותר. כך יהיה המצב לכאורה גם אם אי-ההתאמה מתבטאת באספקת כמות גדולה או קטנה מכפי שהתחייב בחוזה,²³⁴ או בטובין מסוג שונה, אך בעלי ערך מסחרי זהה.²³⁵ הטובין יהיו בשליטתו המלאה של הקונה, אך באופן פרדוקסלי יוסיף המוכר לשאת בסיכון לגביהם.²³⁶ כך יהיה המצב גם אם יבטל הקונה את החוזה בשל הפייה יסודית אחרת, כמו איחור משמעותי במסירה, לפני שהגיעו הטובין לידיו.²³⁷ תוצאה זו נוגדת את הפתרון המקובל במסחר הבינ-לאומי, שבו הקונה נושא בסיכון במהלך ההובלה.²³⁸ ההיגיון בפתרון המקובל הוא ברור: אם יארע נזק לטובין בעת ההובלה, מי שישגלה אורו הוא הקונה בעת הגעת הטובין ליעדם. על כן הקונה הוא במצב טוב יותר לתבוע את המיכיל או את המבטח, ולהקטין את הנזק על-ידי תיקון הפגם או מכירת הטובין.²³⁹ המדיניות הראויה היא אפוא, שהסיכון יהיה מוטל על הקונה, ואילו התוצאה לפי אמנת האג עשויה להיות מנוגדת למדיניות זו.²⁴⁰

234 ראה סעיף 33(א)(1) לחוק המכר הבינ-לאומי.

235 שם, סעיף קטן (2).

236 אמנם נכון הוא, שלשם כך על המוכר להודיע על ביטול החוזה או לדרוש את החלפת הטובין (שם, סעיף 97(ב)). כמו-כן ברור כי הבדלים וחזרונות ש"אין להם חשיבות" לא יובאו בחשבון, ולא ייחשבו כאי-התאמה (שם, סעיף 33(ב)). לשם ביטול החוזה, על ההפרה להיות הפרה יסודית (שם, סעיף 43).

237 סעיף 26 לחוק מעניק לקונה את הזכות לבטל את החוזה כאשר אי-מסירת הטובין במועד שנקבע היא הפרה יסודית של החוזה. מכאן, שמיכר זר עלול למצוא את עצמו במצב שהוא שלח את הסחורה כאונייה לישראל, וכשהסחורה כבר בדרך או אפילו בגמל בישראל, הוא יקבל הודעת ביטול בשל איחור במסירה. אשר על כן, המסירה לא בוצעה "בהתאם להוראות בחוזה ובחוק זה" (סעיף 97), והסיכון נשאר על המוכר. גם כאן יהיה המוכר במצב קשה כאשר יצטרך להתמודד עם נזקים לסחורה, והוא בארץ רחוקה. מלבד המרחק הוא יצטרך להתמודד גם עם מצבים שבהם חברת הביטוח שביטחה את הסחורה חסרה להתייחס לתביעתו בטענה, שהמוטב על-פי הביטוח היה הקונה ולא המוכר.

238 כך, למשל, בשתי מחכונות המסחר ונפוצות ביותר, עסקאות F.O.B ו-C.I.F, נקבע כי הסיכון עובר לקונה עם מעבר הסחורה את דופן האונייה בגמל היצאה. ראה: C.M Schmitthoff *Schmitthoff's*, בעמ' 24 ו-42, (1990) *Export Trade: The Law & Practice of International Trade* (9th ed., 1990). בהתאמה. כך הוא הדין גם על-פי ה-INCOTERMS 1990, של לשכת המסחר הבינ-לאומית (ICC). ראה תחת תנאי ה-FOB, סעיפים A-5 ו-B-5, וכן גם תחת תנאי ה-CIF, סעיפים A-5 ו-B-5.

239 ראה: P.M. Roth "The Passing of Risk" 27 *Am. J. Comp.L.* (1979) 291, 296.

240 בהתייחס לפגם זה טענה משלחת ארצות-הברית כחום ועידת האג, כי "החוק האחיד לא עומד בדרישות הפעילות היומיומית של המסחר הבינ-לאומי וכי אין הוא מתיישב עם המקובל והנהוג במסחר הבנוי על הובלה ימית". 1 Diplomatic Conference on the Unification of Law Governing the International Sale of Goods, Records 309 (1966); וכן: M. Ziontz "A New Uniform Law".

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאוו"

(ב) העברת הסיכון על-פי אמנת וינה

בניגוד לאמנת האג, אמנת וינה איננה תולה את מעבר הסיכון במילוי חובות משפטיות שונות. היא מגדירה את נקודת הזמן שבה עובר הסיכון בהתאם ליסוד פסי ברור של מסירת הטובין לידי הקונה או לידי המוביל, לפי העניין, וגם מפרידה באופן ברור בין מעבר הסיכון ובין זכות המוכר להמשיך ולעכב את המסמכים המתייחסים לטובין.²⁴¹ אם חוזה המכר כרוך בהובלת הטובין, הרי שהסיכון יעבור מן הרגע שהטובין נמסרו באופן פסי ("handed over") למוביל הראשון לשם הובלתם לקונה בהתאם לחוזה המכר.²⁴² אם חוזה המכר לא היה כרוך בהובלה, יעבור הסיכון לקונה כאשר הוא מקבל את הטובין לידי, או כאשר הם הועמדו לרשותו והוא היה אמור לקבלם, ולא עשה כן תוך הפרת החוזה.²⁴³ גישה זו של אמנת וינה משקפת אפוא את הנוהג המקובל במסחר הבין-לאומי, כמו גם במסחר הפנימי, וקובע כללים ברורים ופשוטים ליישום שאלת הסיכון בעת ההובלה. פתרון זה דומה גם לפתרון של ה-UCC האמריקני,²⁴⁴ וכן גם לזה של חוק המכר.²⁴⁵

for the International Sale of Goods: Is it Compatible with American Interests?" 2
Northwestern J. Int'l L. & Bus. 129 (1980) 140

241 ראה סעיף 67 לאמנת וינה, לעיל הערה 6. שם נקבע, בין היתר: "The fact that the seller is authorized to retain the documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk". הוראה זו באה להפריד בין שאלת העברת המסמכים, המעניקים חזקה בטובין, ובין שאלת הסיכון. כשהצדדים קובעים עסקה של תשלום כנגד מסמכים (cash against documents), האינטרס שלהם הוא להבטיח תשלום כנגד קבלת הסחורה, והעניין אינו נוגע לשאלת הסיכון; ראה גם הנולד, לעיל הערה 28, בעמ' 463. התשלום עשוי להתבצע זמן רב אחרי שהסחורה כבר נמצאת על אונייה בדרך לקונה. ואילו הסיכון צריך להיות מוסדר באופן שהוא יחול על הקונה, אשר יהיה מבוטח בגין סיכון זה מן הרגע שהסחורה נמסרה למוביל.

242 סעיף 67(1) רישא, לאמנת וינה, שם:

"If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place."

חשוב להדגיש, כי אם הקונה והמוכר כרתו חוזה מכר מסוג קבוצת ה-C, כגון חוזה C.I.F ASHDOD, שבו אשדוד היא נמל היעד, אין פירוש הדבר שהוסכם כי על המוכר למסור את הטובין בנמל היעד, וכי לפי סעיף 67 הסיכון יעבור רק שם, אלא המסירה מתבצעת בנמל היציאה, ורק עלות ההובלה עד לנמל היעד מוטלת על המוכר. בעניין זה טעה Ziontz, לעיל הערה 240, במה שכתב בעמ' 165; ראה גם הנולד, לעיל הערה 28, בעמ' 458.

243 ראה סעיף 69(1) לאמנת וינה, וזו לשונו:

"In cases not within articles 67 and 68, the risk passes to the buyer when he takes over the goods or, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery."

244 ראה החוק המסחרי האחד בארצות-הברית (Uniform Commercial Code), סעיף 2-509.

245 ראה סעיף 22(ב) לחוק המכר: "הוסכם על הובלת הממכר והמוכר מסרו למוביל האחראי כאמור בסעיף 8(ג), אין הקונה משוחרר מחיוביו אם אבד או נתקלקל הממכר אחרי שנמסר למוביל מסיבה שאין המוכר אחראי לה". ראה גם סעיפים 5(א) ו-6 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, ס"ח 633; וכן סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974, ס"ח 742.

5. תרופות בשל הפרת חוזה המכר: גישה מפצלת מול גישה אחידה
 אחד השיפורים המרכזיים שהוכנסו באמנת וינה לעומת אמנת האג נעוץ באימוץ גישה אחידה כלפי הפרת חוזה המכר. החוק האחיד של אמנת האג הושפע בעניין זה מהמשפט הגרמני (ושיטות אחרות המושפעות הימנו, כגון המשפט השוויצרי והאוסטרי), הנוקט גישה המפרידה בין סוגים שונים של הפרות.²⁴⁶ גישה זו שונה מהגישה המקובלת ברוב שיטות המשפט, הן בשיטות האנגלו-אמריקניות והן בשיטות הרומניות, אשר מתייחסות להפרה כמושג אחיד מבלי להבחין בין המקרים השונים היוצרים את ההפרה.²⁴⁷
 בחוק האחיד של אמנת האג מבדילים בין חמש קטגוריות שונות של הפרות מצד המוכר, אשר לכל אחת יש הוראות נפרדות בדבר תרופות. יש הוראות בחוק העוסקות בתרופות לעניין הפרת החיוב בדבר מועד המסירה,²⁴⁸ והוראות אחרות לעניין הפרת החיוב בדבר מקום המסירה.²⁴⁹ כמובן, יש הוראות מיוחדות בדבר תרופות למקרה של אי-התאמת הטובין,²⁵⁰ והוראות אחרות לגבי הפרת החיוב להעביר בעלות.²⁵¹ לבסוף יש הוראת סל המסירה את התרופות למקרה של הפרת חיובים אחרים של המוכר.²⁵² באשר לקונה, החוק האחיד מבחין בין הפרה מחמת אי-תשלום²⁵³ להנרה מחמת אי-נטילת הטובין²⁵⁴ או מחמת אי-עריכת מפרט²⁵⁵ או מחמת הפרת חיוב אחר של הקונה.²⁵⁶ גישה זו של מנסחי אמנת האג יצרה חוק ארוך ומורכב, ובמקום להביא ליתר בהירות, היא יצרה בעיות של פרשנות ואי-ודאות.²⁵⁷
 כך, למשל, אם טובין מסופקים באיחור, ניתן לראות בכך הן הפרה לעניין מועד המסירה והן הפרה לעניין מקום המסירה, כי נמועד שהוסכם עליו, היו הטובין במקום הלא נכון. וכן להפך; אם הטובין סופקו למקום הלא נכון, ניתן לראות בכך גם איחור במסירה, כי הטובין עדיין לא הגיעו ליעד המוסכם.²⁵⁸ ההפרדה המלאכותית של החוק האחיד בין התרופות עשויה ליצור אי-ודאות לא מעטה לגבי השאלה, איזו מערכת דינים צריכה לחול במקרה כזה. אם, למשל, המסירה צריכה להיות בנוזנית הטובין למוכר, והטובין ניתנו כאמור שלא במקום

246 ראה: U. Drobnig "General Principles of European Contract Law", in Dubrovnik Lectures, *supra* note 171, 305, at p. 317
 ה-BGB הגרמני מבחין בין ההפרות בהתאם לסיבות שהביאו להפרה, בין "היעדר אפשויות לביצוע" ובין "איחור בביצוע". ראה: K. Zweigert & H. Kotz *Introduction to Comparative Law*, Vol. II – The Institutions of Private Law (2nd ed., 1987) 179

247 דרובניג, שם, בעמ' 317; וכן צוויגרט וקוץ, שם, בעמ' 193.

248 ראה חוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 3, סעיפים 26-29.

249 שם, סעיפים 30-32.

250 שם, סעיפים 41-49.

251 שם, סעיפים 52-53.

252 שם, סעיף 55.

253 שם, סעיפים 61-64.

254 שם, סעיפים 66 ו-68.

255 שם, סעיפים 67-68.

256 שם, סעיף 70.

257 הונוולד, לעיל הערה 28, בעמ' 355. ואה גם את דבריו במאמרו משנת 1965, לעיל הערה 17, בעמ'

342-343, שם כבר הביע את החשש שאורכבות זו תמנע את אימוץ האמנה על-ידי מדינות רבות.

258 ראה במאמרו של הונוולד, שם, בעמ' 343.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציאו"

שנקבע, תהיה לקונה הזכות לבטל את החוזה רק אם הפרה זו עולה כדי "הפרה יסודית" בהתאם להגדרה הרגילה של החוק.²⁵⁹ הגדרה זו קבועה בסעיף 10 לחוק, ולפיה יראו הפרת חוזה כהפרה יסודית "כל אימת שהמפר ידע, או היה עליו לדעת, בעת גמירת החוזה, שאדם סביר במעמדו של הצד האחר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה". ואולם הפרה זו עשויה להיחשב גם כאי-מסירה במועד,²⁶⁰ ולגביה יש הוראה ספציפית המאפשרת לראות את ההפרה כיסודית כל אימת שמחיר הטובין נקבע בשוק, שבו יוכל הקונה להשיגם.²⁶¹ איזו מבין ההוראות יתולו במקרה כזה? הכרעה בשאלה זו עשויה לקבוע אם לקונה תהיה זכות ביטול אם לאו.

אמנת וינה, לעומת זאת, נוקטת גישה אחידה כלפי מוסד ההפרה, אשר מקצרת באופן משמעותי את אורכה של אמנה זו,²⁶² ומונעת את חוסר הוודאות המתוארת. מערכת אחידה של הוראות מטפלת בתרופות המגיעות לקונה במקרה שהמוכר לא מילא אחר איזו מתובנותיו ("fails to perform any of his obligations"),²⁶³ ואלה כוללות את הזכות לדרוש ביצוע,²⁶⁴ זכות ביטול החוזה ("avoidance"),²⁶⁵ לרבות סירוב לקבל את הטובין, הזכות להפחית את המחיר²⁶⁶ והזכות לפיצויים.²⁶⁷ גישה זו זהה לזו המקובלת במשפט הישראלי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970,²⁶⁸ אשר מסדיר את התרופות גם לגבי חוזי מכר אשר חוק המכר הבין-לאומי אינו חל עליהם.²⁶⁹ אם כן, גם בעניין

259 ראה סעיף 32(א) לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 3.

260 ביחוד אם לאחר שהטובין נמסרו בנמל היציאה הלא נכון, ולאחר מכן הגיעו, אם כי באיחור, לנמל הנכון.

261 שם, סעיף 28.

262 החוק האחיד של אמנת האג כולל 101 סעיפים, ואם נצרף לכך את 13 הסעיפים של חוק עשיית החוזים למכר בין-לאומי, נגיע ל-114 סעיפים, לעומת 88 הסעיפים של אמנת וינה, העוסקים בחוזה המכר הבין-לאומי ובאופן כריתתו (סעיפים 89-101 הם הוראות מינהליות במישור המשפט הבין-לאומי הפומבי). אמנת וינה כוללת אפוא פחות סעיפים מאשר אמנת האג, אף-על-פי שבנושאים רבים אחרים, אמנת וינה מציעה טיפול פרטני ומקיף יותר בבעיות שונות המתעוררות בהקשר של עסקת המכר הבין-לאומית.

263 סעיף 45 לאמנת וינה, לעיל הערה 6.

264 ראה: שם, סעיף 46.

265 ראה: שם, סעיף 49.

266 ראה: שם, סעיף 50.

267 ראה: שם, סעיף 45(1)(b), עם סעיפים 74-77.

268 ס"ח 610. סעיף 2 לחוק זה מעניק לנפגע – למקרה של הפרת החוזה, ומכלי להבחין בין הפרות שונות – את הסעדים של אכיפה או ביטול, וכן של פיצויים. הזכות לביטול מותנית בכך שההפרה היא יסודית (סעיף 7(א)), אך אם היא איננה יסודית מאמץ החוק את הפתרון הקיים גם כאמנת האג וגם כאמנת וינה של הודעת Nachfrist, דהיינו מתן אורכה למפר לקיום החוזה (שם, סעיף 7(ב)). השווה לסעיפים 27(ב), 31(ב), ר"ר 44(ב) לחוק המכר הבין-לאומי, לעיל הערה 3; וכן סעיפים 47 ו-49 לאמנת וינה, לעיל הערה 6. עם זה, מבחינה אמנת וינה בין הפרות של המוכר ובין הפרות של הקונה, ואילו בחוק התרופות כולן מטופלות במסגרת ההוראות הללו.

269 חוק המכר אינו כולל מערכת מפורטת משלו של תרופות אלא בונה למעשה בעניין זה על הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. ראה סעיף 27 לחוק המכר, וכן זמיר, לעיל הערה 89, בעמ' 548-552. חוק המכר רק מוסיף מספר הוראות מיוחדות למקרה של הפרת חוזה המכר, כמו, למשל, זכות הניכוי מהמחיר (ראה סעיף 28 לחוק).

אריה רייך

זה דומה אמנת וינה יותר למשפט הישראלי הקיים מאשר קודמתה, אמנת האג, וגם בזה יש כדי לתמוך בצורך להוציא את הישן מפני החדש.

ה. סיכום ומסקנות

כמאמר זה ניתחנו בהרחבה את הנימוקים בעד ונגד הצורך בהאחדה כלל עולמית של הדין החל על חוזה המכר הבין-לאומי. יאינו כי קיימים נימוקים כבדי משקל לטובת השגת אחדות זו למען קידום המסחר הבין-לאומי. אחדות זו עשויה בראש ובראשונה לתרום למניעת אי הבנות בין הצדדים לעסקת המכר הבין-לאומי, ובכך למנוע סכסוכים, אך גם למנוע את אי-הוודאות הקיימת כשאין אחדות ביחס לפתרונם של סכסוכים אשר בכל זאת יתעוררו.

השגת מטרות אלה חשובה בוודאי לכל מדינה בעולם, אך היא חשובה שבעתיים למדינת ישראל, התלויה בבירור ביבוא ויצוא ובקיום יחסי מסחר נרחבים עם גורמים במדינות זרות. לשם השגת מטרות חשובות אלו: עמלו שלושה דורות של מלומדי משפט מובילים מכל רחבי העולם כדי ליצור חוק אחיד למכר טובין בין-לאומי אשר יהיה מקובל על מספר רב ככל האפשר של מדינות. מטרתם הייתה להביא לכך שחוק זה יוחל באופן אוניברסלי במדינות אלה על חוזה המכר הבין-לאומי במקומם של הדינים הלאומיים השונים. בהיסטוריה הארוכה של פרויקט חשוב זה, היוותה אמנת האג משנת 1964 רק תחנת ביניים, תחנה המשקפת הישגים לא מבוטלים, אבל הסובלת גם מבעיות לא מעטות, אשר מנעו כסופו של דבר את התקבלותה על-ידי הקהילה הבין-לאומית. התחנה הסופית, לפחות עד כה, היא אמנת וינה משנת 1980. אמנה זו זכתה להצלחה רבה ולהצטרפות של כחמישים מדינות המייצגות כשני שלישים מכלל הסחר הבין-לאומי בעולם, כאשר עדיין מדינות רבות נמצאות בתהליכי הצטרפות. ואולם מדינת ישראל נשארה משום מה עד היום בתחנת הביניים, וכך נמנעו ממנה יתרונותיה של התחנה הסופית, הגם שנטשה זה לא כבר את תחנת היציאה של "הן עם לכדד ישכון ובגויים לא יתחשב".²⁷⁰

המצב הקיים אצלנו היום הוא אפוא אנומלי. כתי המשפט מחויבים להחיל על כל חוזה המכר הבין-לאומי, אשר הצדדים להם לא קבעו אחרת, את הוראותיו של חוק שכל מטרתו הייתה להשיג אחדות עם מדינות אחרות, בה בשעה שחוק כזה אינו קיים עוד בשום מדינה.²⁷¹ החוק האמור שונה מהוראות הדין הישראלי החל על חוזים מקומיים, והוא סובל מפגמים לא מעטים שעמדנו עליהם לאורך המאמר. ואם לא די בכך, הרי שהוא מחיל את עצמו "בכפייה" על כל חוזה מכר בין-לאומי המגיע לבתי המשפט בישראל, תוך התעלמות גמורה מהנחיות סותרות אפשריות של כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי, עד כדי כך שמנסחיר הואשמו ב"אימפריאליזם משפטי". אילו היה החוק מתקבל במידה נרחבת על-ידי רוב מדינות העולם, היה בכך אולי כדי לבפר קמעה על חטא זה. אך משנשארה ישראל בכדידות

270 במדבר כג, ט.

271 מלבר סאן-מרינו וגמביה. באנגליה החוק קיים, אך איננו מופעל הלכה למעשה. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 29.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: 'וישן מפני חדש תוציאו'

מזהרת בהחילה עדיין את החוק הישן, ובהתחשב בפגמים שנתגלו בו – האשמה זו מקבלת משנה תוקף.

לאור כל האמור, המסקנה המתבקשת היא, ששומה על מדינת ישראל להצטרף לאמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי, היא אמנת וינה משנת 1980, ובר כבוד להודיע על עזיבתה את אמנות האג משנת 1964. לאחר מכן עליה לפעול לקליטתה של אמנת וינה לתוך משפטנו המקומי על-ידי חקיקת חוק מתאים, אשר יחליף את חוקי המכר הבין-לאומי הקיימים היום, ואשר נחקקו בעקבות אמנות האג. ואולם, לאור המורכבות הרבה של הנושא, לא יהיה די בביצוע צעדים פורמאליים אלה כדי להביא לקליטת האמנה. האמנה צריכה להיקלט לא רק בספר החוקים, אלא גם בתודעתם ובלבותיהם של הסוחרים, אשר צריכים לכלכל את צעדיהם לאורה, וכן בתודעתם של עורכי-הדין והשופטים אשר תפקידם יהיה ליישמה הלכה למעשה. קליטה כזו דורשת היערכות הסברתית נרחבת מצד כל הנוגעים בדבר, הן באקדמיה והן בגופים המקצועיים השונים.

ו. סוף דבר: הצעת חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשנ"ז-1997

ב-16 ביולי 1997, לאחר הגשת המאמר למערכת, פורסמה מטעם הממשלה הצעת חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשנ"ז-1997 (להלן: "הצעת החוק").²⁷² הצעת החוק מבקשת לאמץ לתוך המשפט הישראלי בדרך של חקיקה את אמנת וינה, כפי שממליץ מאמר זה. להלן נתייחס בקצרה להצעה זו וננתח כמה ממרכיביה.

הצעת החוק באה להחליף את חוקי המכר הבין-לאומיים הקיימים, דהיינו חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971 וחוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי), התשל"ח-1978,²⁷³ בחוק אחד חדש, המבוסס כאמור על אמנת וינה, ואשר כמו האמנה מאחד בתוכו הן את סוגיית כריתת תווה המכר הבין-לאומי והן את הסוגיות הקשורות בתוכן החוזה ובתורפות בשל הפרתו. מעניין לציין, כי מדינת ישראל בחרה לפתוח בהליכי אימוץ של האמנה לתוך משפטנו הפנימי עוד בטרם הצטרפנו לאמנה במישור הבין-לאומי. בהתאם לאמור במבוא להצעת החוק, ישראל צפויה להצטרף לאמנה רק עם גמר הליכי החקיקה.²⁷⁴ לא כך נהגנו בהצטרפות לאמנות האג.²⁷⁵

הטכניקה החקיקתית שנבחרה דומה לזו שנקטה לגבי אמנות האג. הוראות האמנה תורגמו לעברית ומובאות בתוספת לחוק המוצע, ואילו החוק עצמו מעניק להוראות האמנה שבתוספת תוקף של חוק.²⁷⁶ תרגום האמנה נעשה, כך נאמר בהצעת החוק, מתוך שאיפה להיצמד ככל האפשר לסגנונה המקורי של האמנה, לאור החשיבות שבהיצמדות דוקנית

272 הצ"ח 2636.

273 ס"ח 42; וס"ח 908, בהתאמה.

274 הצעת החוק, לעיל הערה 272, בעמ' 432.

275 אמנות האג נחתמו על-ידי מדינת ישראל בשנת 1964 (אמנת ULIS) ושנת 1965 (אמנת ULF), ואילו החוקים המאמצים את האמנות נחקקו בשנים 1971 ו-1978, בהתאמה. אשרור אמנת ULIS היה בשנת 1971, ואילו אמנת ULF אושרה בשנת 1980. במקרה של אמנת וינה, החתימה צפויה רק אחרי השלמת תהליך החקיקה.

276 ראה סעיף 2 להצעת החוק.

למסמך המהווה את המקור להצעת החוק. כך נעשה גם כאשר קיים שוני בין סגנון זה ובין הסגנון המקובל בחקיקה הישראלית. יש כאן אפוא הכרה מכורכת מצד משרד המשפטים בצורך להבטיח התחשבות באופיו הבין-לאומי של החוק האחד ובצורך לקדם אחידות בתחולתו בכל מדינות האמנה ובמנותק ככל האפשר מדוקטרינות משפטיות מקומיות, כמצוותו של סעיף 7 לאמנה, שעמדנו עליו בהרחבה לעיל.²⁷⁷

ואולם בעניין אחר נקטו בעלי ההצעה גישה מפתיעה אשר עשויה לעורר קשיים בעתיד. בסעיף 3 להצעת החוק נאמר: "בנוסף לאמור בסעיף 1 לאמנה, יחולו הוראות האמנה גם על חוזה שצד לו מי שמקום עסקו במדינה שאינה צד לאמנה".

על פניו נראה, כי בעלי ההצעה מבקשים להחיל את אמנת וינה בישראל בדרך אחרת מזו שבחרו מנסחי האמנה – דהיינו, תוך התחשבות מסוימת בכללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי – אלא בדרך ה"כופה" של אמנת האג. במילים אחרות, בחי המשפט בישראל יהיו מצווים להחיל את החוק האחד על כל עסקאות המכר הבין-לאומי שתובאנה לפניו, ואשר לגביהן יש להם סמכות שיפוט, גם אם צד לו מי שמקום עסקו במדינה שאינה צד לאמנה, וגם אם כללי ברירת הדין היו מחייבים החלת דין אחר. למיטב ידיעתנו, תהיה מדינת ישראל המדינה היחידה מבין כל חברות אמנת וינה אשר בחרה בדרך כזו של החלת האמנה.²⁷⁸

ככלל נראה לנו שמן הראוי לוותר על סעיף 3 להצעת החוק ולהסתפק בהחלת אמנת וינה בדרך שבחרו בה מנסחיה. כבר לעיל עמדנו בהרחבה על הבעייתיות שבהתעלמות גמורה מכללי ברירת הדין, אשר באים, בין היתר, להבטיח התחשבות בציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה, ועל הביקורת שנמחתה בעולם כנגד "האימפריאליזם המשפטי" של אמנת האג. בהקשר זה היתה הגישה של אמנת וינה מתונה יותר וסבירה יותר. טול, למשל, מקרה של חוזה מכר שנכרת ביפן, בשפה היפנית, לגבי סחורה יפנית שתמורתה נקובה במטבע יפני בתנאי Ex Factory,²⁷⁹ והמיוערת לזווית מובלת להונג קונג, בין מוכר יפני לקונה ישראלי. במקרה כזה יש בסיס להנחה שהצדדים הניחו וציפו שהוא יידון לפי הדין היפני, ולא הישראלי. ואולם, אם תוגש תביעה בישראל, ולבית משפט ישראלי תהיה סמכות שיפוט, הוא יאלץ להחיל לגביו את אמנת וינה, והגם שיפן אינה צד לאמנה זו ויש להניח שהמוכר היפני לא מכיר את הוראותיה ולא העלה בדעתו שעליו לנהוג לפיה. לתוצאה כזאת אנו עלולים להגיע גם אם הקונה איננו ישראלי אלא ממדינה זרה שאינה צד לאמנה, אף-על-פי שבמקרה כזה לא קיים כל קשר בין הצדדים ובין האמנה.²⁸⁰

טענה אפשרית היא, שסעיף 3 שהוזכר לעיל מחיל את האמנה רק אם לפחות אחד מהצדדים לחוזה, מקום עסקו הוא באחת ממדינות האמנה, אבל אם שני הצדדים לחוזה אינם כאלה, וגם כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי אינם מובילים להחלת האמנה, יהיה זה בלתי מוצדק בעליל להחיל את האמנה על חוזה כזה, רק מפני שבית משפט ישראלי

277 ראה לעיל פרק ד, 3.

278 בבירור שערכתי עם מזכירות ארגון UNCITRAL נמסר שגם לה לא ידוע על מקרה נוסף כזה.

279 כלומר, שמסירת הטובין ומעבר הסיכון צריכים להתבצע בשערי המפעל ביפן.

280 כמובן דרושה סמכות שיפוט בין-לאומית לבית המשפט הישראלי, אך זו יכולה לקום על סמך מסירת כתבי בית-דין גרידא לנתבע ששהה בנקרה בישראל.

חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התשל"א-1971: "וישן מפני חדש תוציא"

קנה סמכות לגביו. לא ברור מה תהיה עמדת כתי המשפט נוכח טענה כזו.²⁸¹ ואולם גם אם היא תתקבל, הרי שאין בכך כדי לפתור את הקושי הטמון במקרים דוגמת המקרה הראשון שתיארנו לעיל.

טעמיהם של בעלי ההצעה שהזכרנו כרוורים. הם מבקשים להשיג אחדות באשר לדין שצריך לחול על כל חוזי המכר הבין-לאומיים המובאים לפני כתי המשפט בישראל, ולמנוע את אי-הוודאות שכרוכה לעתים בהזדקקות לכללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי.²⁸² ואולם יש לזכור כי כללים אלה קיימים שנים רבות וכתי המשפט שלנו נזקקים להם בהצלחה בכל סכסוך משפטי בין פרטים שבו מעורב מרכיב זר. התעלמות מהם עלולה להביא לתוצאות בלתי צודקות. אכן יעילות הדין חשובה, אך עשיית צדק בין הצדדים חשובה יותר, וכבר אמר נשיא בית המשפט העליון הראשון של מדינת ישראל, השופט זמורה, כי בהתנגשות בין "אמת ויציב – אמת עדיף".²⁸³ זו גם, כך נראה, הגישה שבחר המחוקק הישראלי בחקיקה האזרחית החדשה.²⁸⁴

מלבד הערה נקודתית זו, יש כמובן לברך על הצעת החוק אשר יש בה כדי לתקן מצב שכבר שנים רבות היה טעון תיקון. משתתקבל ההצעה יהיה בכך, לדעתנו, כדי לתרום לשילובה של מדינת ישראל בזירת המסחר הבין-לאומי ולמנוע מחסומים משפטיים לניהולו התקין של מסחר זה.

281 ביסוס לשוני לטענה זו ניתן למצוא בעובדה כי הסעיף נוקט לשון יחיד – "צד" ולא לשון רבים – "צדדים שמקום עסקם במדינה שאינה צד לאמנה". הצעה זו מעוררת קושי נוסף: לא ברור לחלוטין אם אכן כוונת הצעת החוק לבטל לחלוטין את השפעתם של כללי ברירת הדין של המשפט הבין-לאומי הפרטי. בניגוד לחוק המכר הבין-לאומי הקיים, לא כוללת הצעת החוק הוראה מפורשת בעניין חובת ההתעלמות מכללים אלה (ראו סעיף 2 בתוספת בחוק המכר, לעיל הערה 2). ניתן לטעון בעניין חובת כוונת סעיף 3 להצעת החוק היא להחיל את הוראות האמנה גם על חוזה שצד לו מי שמקום עסקו במדינה שאינה צד לאמנה, רק אם כללי ברירת הדין אינם שוללים החלה כזו. אלא שאז סעיף 3 הופך למיותר, שהרי לכך היינו מגיעים ממילא מכוח סעיף 1(א)(2) לאמנה, ומה מוסיף אפוא סעיף 3? (כאמור בו: "בנוסף לאמור בסעיף 1 לאמנה...")

282 ראה האמור בדברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 434.

283 ע"א 376/46 רזונבאום נ' רזונבאום, פ"ד כ 235, 254.

284 כך, למשל, אומץ על-ידו כעקרון-על חובת חוס-הלב, הגם שעיקרן זה הנתון לשיקול רעת השופט, פוגע במידה לא מבוטלת בוודאות הדין.

