

## עיון מחודש בהלכת אי-ההתערבות בטעותו של בורר בדין

מאת

### עודד רבינו\*

א. מבוא. ב. הדין בישראל; 1. עילת הטעות על פני הפסק בפקודת הבוררות; 2. פרשנות סעיף 7)24 לחוק הבוררות בפסיקתו של בית-המשפט העליון; 3. פסיקת בתי-המשפט המחוזיים. ג. בקיעים בגישה המצמצמת; 1. שינוי גישתה של פרופ' אוטולנגי; 2. סדקים בגישה המצמצמת בפסיקתו של בית-המשפט העליון. ד. פסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח וזיקתו לפרשנות סעיף 7)24; 1. עובדות פסק-הדין וההכרעה; 2. הצגת הטיעון; 3. שמא לפנינו דין מיוחד בהתיישנות?; 4. סיכום ביניים. ה. טעות בורר בדין במשפט האנגלי. ו. הנימוקים שניתנו לפרשנותו של סעיף 7)24 לחוק. ז. הנימוקים התומכים בשינוי ההלכה; 1. עידוד מתדיינים לפנות לבוררות; 2. שיפור איכות השפיטה בהליכי בוררות והגברת אמון הציבור בהליך זה; 3. עקרון חופש החוזים; 4. צדק מול יעילות. ח. ההסדר המוצע. ט. הדוקטרינה לשינוי פרשנות סעיף 7)24 לחוק; 1. לשון סעיף 7)24 לחוק; 2. שינוי מובנו של דין ישן מכוח חוקי-היסוד – הלכת גנימאת. י. סיכום.

### א. מבוא

בחוק הבוררות הישראלי מנויות עשר עילות לביטול פסק בוררות, המופיעות בחוק בהתאם לסדר הכרונולוגי של שלבי הבוררות. בהתקיים אחת מעילות הביטול, בית-

\* תלמיד לתואר מוסמך, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, תכנית ברקלי. עורך-דין, פישר בכר חן וול אוריון ושות'. חבר המערכת הראשונה של כתב העת עלי משפט. תודתי לפרופ' נילי כהן ולד"ר שרון חנס על הערותיהם החשובות למאמר. תודה לזיו אהרנפלד, מיכל כהן, מיכאל רביבו וענת רוטשילד שהעירו בכישרון לטיטות קודמות; ולעורך השופט רחמים כהן, לחבר המערכת תומר לינר ולהוצאת נבו, על עזרתם בהבאת המאמר לדפוס. תודה מיוחדת לאשתי, אורלי, על עזרתה הרבה בכתיבת המאמר. המאמר מוקדש להורי, זיוה ואברהם.

המשפט מוסמך להורות על ביטול פסק בוררות<sup>1</sup>. עילות הביטול נוגעות בעיקר לתקינות הליך הבוררות, לסמכויותיו של הבורר ולכמה דרישות פורמליות<sup>2</sup>. רק שתיים מעילות הביטול נוגעות לתוכן פסק הבוררות<sup>3</sup>. אחת מהן מצויה בעילה השביעית, שבה נקבע כי בית-המשפט רשאי לבטל פסק בוררות כאשר "הותנה בהסכם-הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן"<sup>4</sup>. בנוגע לעילת ביטול זו הובהר לפני כחמש-עשרה שנים בהלכת שטאנג<sup>5</sup> כי בית-המשפט רשאי לבטל פסק בוררות רק כאשר הבורר התעלם במכוון מן הדין, אולם אם טעה הבורר בדין, אין הדבר מהווה עילה לביטול פסק הבוררות. מאז פסק-הדין בעניין שטאנג ובמשך שנים ארוכות חזר בית-המשפט העליון על הלכה זו.

מזה כמה שנים מצוי מוסד הבוררות במשבר, אשר לדעת רבים, נובע מגישתו העקבית של בית-המשפט העליון לפרש בצמצום ובדווקנות את עילות הביטול שבחוק הבוררות, ובכלל זה גם את העילה הנוגעת לטעות בורר בדין. גישה זו אינה מאפשרת כמעט לבית-המשפט לתקן טעויות הנופלות בפסקי בוררות. על רקע משבר זה מנסה המאמר לבחון אם החלו להופיע סדקים בגישה זו ואם ראוי לשנותה.

בפרק ב של המאמר אתאר את התפתחות הדין בישראל בסוגיה זו למן ימיה של פקודת הבוררות המנדטורית ועד היום. בפרק ג אעמוד על הסדקים שניבעו בשנים האחרונות בגישה המצמצמת בנוגע להתערבות בית-המשפט בטעויות בורר בדין. בפרק ד אבקש לטעון כי בפסק-דין שניתן לאחרונה בבית-המשפט העליון בעניין שיכון

1 סעיף 24 לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 (להלן – חוק הבוררות או החוק). בית-המשפט רשאי שלא לבטל את פסק הבוררות אף אם מתקיימת עילת ביטול, אם הוא סבור שלא נגרם עיוות דין (סעיף 26(א) לחוק); והוא מצווה שלא להורות על ביטולו של פסק הבוררות כולו, במקום שבו ניתן לבטלו בחלקו, להשלימו, לתקנו או להחזירו לבורר (סעיף 26(ב) לחוק).

2 סעיף 24(1) לחוק – לא היה הסכם בוררות תקף; סעיף 24(2) – הבורר לא מונה כדין; סעיף 24(3) – הבורר חרג מסמכותו; סעיף 24(4) – לא ניתנה לבעל-דין הזדמנות לטעון טענות או להביא ראיות; סעיף 24(5) – הבורר לא הכריע באחד העניינים שנמסרו להכרעתו; סעיף 24(6) – הבורר לא נימק את הפסק במקום שבו נקבעה חובת הנמקה בהסכם הבוררות; סעיף 24(8) – פסק הבוררות ניתן לאחר שעברה התקופה לנתינתו; סעיף 24(10) – קיימת עילה שעל-פיה היה בית-המשפט מבטל פסק-דין שאין עליו ערעור עוד.

3 סעיף 24(7) לחוק – נקבע בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן, וסעיף 24(9) – תכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור. בנסיבות מסוימות גם עילת הביטול שבסעיף 24(10) לחוק נוגעת לתוכן הפסק.

4 סעיף 24(7) לחוק הבוררות.

5 רע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' יהוד שטאנג ובניו בע"מ, פ"ד מה(5) 511 (להלן – עניין שטאנג).

ופיתוח<sup>6</sup>, נהפכה למעשה הלכת שטאנג, אף שהדברים לא נאמרו שם במפורש. בפרק ה אתאר את הדין באנגליה בנוגע להתערבות בית-המשפט שם בטעויות של בוררים בדין. בפרקים ו ו-ז אבחן את השיקולים שהועלו בפסיקה בסוגיה זו ואדון בשיקולים נוספים שלא הוזכרו בה. במיוחד אבקש לבחון את תקפותה של ההנחה שהדריכה את בית-המשפט העליון משך שנים רבות, ולפיה קיים יחס ישר בין אי-התערבות בפסקי בוררות לבין עידוד מתדיינים לפנות לערוץ זה, ואנסה להראות כי הנחה זו אינה מבוססת. בפרק ח אציע את ההסדר הראוי לטעמי בסוגיית התערבות בית-המשפט בטעויות בוררים בדין. כאמור, בעניין שיכון ופיתוח לא נדון במפורש שינוי ההלכה וממילא גם לא הונחה בו התשתית המשפטית לשינוי זה. בפרק ט של המאמר אבקש גם להציע דוקטרינה משפטית לשינוי ההלכה.

מאמר זה אמנם עוסק בעילת הביטול השביעית שבחוק הבוררות, אולם עם זאת שיקולים רבים שיידונו בו יפים גם ביחס להרחבת היקף ההתערבות של בתי המשפט בליקויים שנפלו בפסקי בוררות בכלל, ולא רק בשל טעויות שבדין.

## ב. הדין בישראל

### 1. עילת הטעות על פני הפסק בפקודת הבוררות

בפקודת הבוררות המנדטורית מ-1926, היו שתי עילות לביטול פסק בוררות – התנהגות בלתי הוגנת של הבורר והשגת הפסק בדרך שאינה הוגנת<sup>7</sup>. מכוח סמכותם הטבעיה, הוסיפו בתי-המשפט לעילות אלה עילת ביטול שלישית: טעות על פני הפסק<sup>8</sup>. בתחילה, בעקבות הדין האנגלי, נדרשה הטעות להיות טעות גלויה על פני הפסק (error on the face of it)<sup>9</sup>, אולם ברבות השנים התרככה דרישה זו ועילת הביטול השתרעה על טעויות, בין שהן נגלות על פני הפסק ובין שהן חורגות מעבר למילותיו<sup>10</sup>.

- 6 רע"א 8059/03 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' דיור לעולה בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עניין שיכון ופיתוח).
- 7 עילות אלה הופיעו בסעיף 13 לפקודת הבוררות.
- 8 "זוסמן דיני בוררות (מהדורה שנייה מורחבת, 1962), סעיף 140; ס' אוטולנגי בוררות דין ונוהל (מהדורה רביעית מיוחדת, תשס"ה), 985.
- 9 רע"א 6726/96 אבו אברהם נ' בית נקופה מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד נה(5) 185, 166.
- 10 ע"א 347/65 ניירות ערך והשקעות בע"מ נ' "ישרונט" החברה הישראלית לנומיסטיקה, עתיקות ואמנות בע"מ, פ"ד יט(4) 468 (להלן – עניין ישרונט), 475.

הטעות על פני הפסק, שהייתה עילה לביטול לפי פקודת הבוררות, חלה הן על טעות משפטית הן על טעות שבעובדה<sup>11</sup>. כמו כן עילת ביטול זו חלה הן במקום שבו הבורר היה כפוף לדין הן במקום שהבורר היה משוחרר מן הדין<sup>12</sup>. בעבר נפסק כי אף אם הופטר הבורר מן הדין, אם החליט לפסוק על-פי הדין וטעה בו, יש לבטל את הפסק, שכן "הרשאה שלא לפסוק על פי הדין אינה מכשירה טעות"<sup>13</sup>, ו"היתר לפסוק שלא על פי הדין אינו היתר לטעות בדין"<sup>14</sup>.

פקודת הבוררות בוטלה בשנת 1968 עם חקיקת חוק הבוררות. בסעיף 24 לחוק הבוררות נקבעה רשימה סגורה של עשר עילות ביטול, אשר אין בלתן<sup>15</sup>. לענייננו נקבע בעילת הביטול שבסעיף 24(7) לחוק הבוררות כי ניתן לבטל פסק בורות אם "הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן". עילת הביטול של "טעות על פני הפסק" לא נכללה באחת מעשר עילות הביטול בחוק. כפי שנראה בפסיקה שלאחר חקיקת חוק הבוררות, בתי-המשפט ראו באי-הכללתה של עילת ביטול זו בחוק אות וסימן לכך שטעותו של בורר בדין אינה עוד עילה לביטול פסק בורות, ולכן קבעו שאין לפרש את העילה הקבועה בסעיף 24(7) לחוק ככזו החלה במקרה של טעות בורר בדין אלא ככזו החלה רק במקרה שבו התעלם הבורר מן הדין במכוון וביודעין<sup>16</sup>.

## 2. פרשנות סעיף 24(7) לחוק הבוררות בפסיקתו של בית-המשפט העליון

לאחר חקיקת חוק הבוררות נדרש בית-המשפט העליון לפרשנותה של עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(7) לחוק. הוא קבע כי אם טעה בורר בדין, טעותו אינה נכנסת לגדר עילת ביטול זו, אשר תחול רק כאשר הבורר התעלם במכוון מן הדין והחליט שלא לפסוק על-פיו. בית-המשפט העליון ביסס את עמדתו זו בשלושה פסקי-דין עוקבים: בעניין תימורים<sup>17</sup> קבע בית-המשפט העליון כי "אף אם טעה בורר בדבר הלכה או בשיקול הדעת אין בכך כדי לבטל את הכרעתו"; בעניין כוכבי<sup>18</sup> ציין בית-המשפט העליון כי "רק

11 זוסמן (לעיל, הערה 8), סעיף 141 וכן הערה 8.

12 שם, סעיף 145.

13 עניין ישרונט (לעיל, הערה 10), עמ' 475.

14 זוסמן (לעיל, הערה 8), סעיף 145.

15 ע"א 209/70 חביבאללה נ' קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבנין ועבודות ציבוריות, אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד כה(1) 108 (להלן – עניין חביבאללה), 112.

16 עניין שטאנג (לעיל, הערה 5).

17 ע"א 388/81 תימורים – מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' משתלות ויצמן סול כהנא בע"מ, פ"ד לו(4) 253 (להלן – עניין תימורים), 264 (ההדגשה שלי – ע' ר').

18 ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית קונסוליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מב(3) 265, 279 (ההדגשה שלי – ע' ר').

אם התעלם כליל מהדין המהותי ולא פעל על פיו, הגם שהותנה בשטר הבוררין כי יפסוק על פי הדין, תהא עילה לבטל את הפסק בהתאם לסעיף 24(7) לחוק; בפסק-הדין בעניין שטאנג הניח השופט אור את התשתית המלאה להלכה זו וסיכם אותה כך: "טעויות בפירוש הדין ויישומו מצידו של הבורר, אשר הותנה בהסכם הבוררות שיפסוק בהתאם לדין, אין בהן כדי להוות עילה לביטול הפסק על יסוד סעיף 24(7) לחוק"<sup>19</sup>. על פסק-הדין בעניין שטאנג ועל נימוקיו (שעליהם אעמוד בהמשך) נמתחה בעבר ביקורת<sup>20</sup>, אולם מאז פסק-דין זה, התמיד בית-המשפט העליון בהלכה זו במשך חמש-עשרה שנים וחזר עליה בעקביות פעם אחר פעם<sup>21</sup>.

כך או כך, הלכת שטאנג היא חלק מתפיסתו הכוללת של בית-המשפט העליון, שלפיה יש להימנע מהתערבות בפסקי בוררות ותחת זאת יש ליתן פרשנות דווקנית ומצמצמת לעילות הביטול שבסעיף 24 לחוק. כך למשל ציין בית-המשפט העליון באחת הפרשות: "מושכלות-יסוד הם כי תחום ההתערבות השיפוטי בפסק בורר מוגבל ומתוחם לעילות ביטול מוגדרות של הפסק שיש לפרשן בצמצום רב [...] התערבות שיפוטית

- 19 עניין שטאנג (לעיל, הערה 5), עמ' 516.
- 20 א' שטרוזמן "הרהורים וערעורים על פסק הבורר" הפרקליט מ (תשנ"א-תשנ"ג) 227; ד' גיורא "על בורר שחוייב לפסוק בהתאם לדין המהותי ולא עשה כן" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 279; א' קליר "ביטול פסק בורר שפסק בניגוד לדין" הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 208.
- 21 ראו למשל רע"א 3816/93 פורת נ' ורבולובסקי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; רע"א 5601/93 פלר נ' לפובסקי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; רע"א 1260/94 בן-חיים נ' אבי חן בע"מ, פ"ד מח(4) 826 (להלן – עניין בן-חיים); רע"א 3297/99 בורכוב נ' סקופס, תק-על 99(2) 1396; רע"א 7099/01 לומיר אחזקות בע"מ נ' מואב, תק-על 2002(1) 366 (להלן – עניין לומיר); רע"א 5653/02 נאות מזרחי בע"מ נ' קופ, תק-על 2002(2) 2621 (להלן – עניין נאות מזרחי); רע"א 7642/02 כץ נ' גוטליב זילברמן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עניין כץ); רע"א 1021/04 קואופרטיב מפיצי תוצרת החלב של תנובה חיפה בע"מ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עניין תנובה). יוער כי בפסיקה מחוזית הובעה הדעה שהאמור בהלכת שטאנג איננו בבחינת הלכה מחייבת אלא אמרת אגב, כיוון שבאותו מקרה השאלה אם הייתה טעות משפטית לא נדונה ולא הוכרעה; ע"מ (חי) 30141/97 מדינת ישראל – רשות הפיתוח וקק"ל נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה – מחוז חיפה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 13 לפסק-הדין: "בפס"ד שטאנג עמד אמנם ביהמ"ש שם (כבוד השופט אור) על ההבחנה בין מקרה בו הבורר מתכוון שלא לפסוק לפי הדין, לבין יישומו של הדין באופן מוטעה. אולם השאלה אם אכן נפלו טעויות משפטיות בפסק הבורר שם, לא נדונה ולא הוכרעה, הגם שבית-המשפט הניח שנפלו טעויות כאלה (שם, 514 ה-1). מכאן שפס"ד שטאנג, אליו הפנתה חב' פרידמן, אינו יכול לשמש הלכה מחייבת, כאשר הטעות היא מהותית או מכרעת וגלויה על פני הפסק (ראה להשוואה שם, 517 ה-1)".

בפסק הבורר הינה צרה ומוגבלת לעילות מוגדרות. עילות אלה מוחלות בזהירות ועל דרך פירוש דווקני, במגמה ליתן תוקף לפסק ולא לבטלו<sup>22</sup>. ההנמקה המרכזית שעמדה בבסיס גישה כללית זו היא שיש לשמור על מוסד הבוררות ולגונן עליו על מנת לעודד מתדיינים לפנות לאפיק זה. בהמשך הדברים<sup>23</sup> אבקש לערער על אקסיומה זו, המניחה קיומו של יחס ישר בין אי-התערבות בפסקי בוררות לבין עידוד מתדיינים לפנות לבוררות. נראה כי על אף מרכזיותה של הנחה זו בפסיקה, בית-המשפט העליון מעולם לא הביא לה תימוכין כלשהם.

### 3. פסיקת בתי-המשפט המחוזיים

כשבאו בפני בתי-המשפט המחוזיים בקשות לביטול פסקי בוררות בשל טעויות משפטיות של בוררים, לא תמיד קיבלו הם את פסיקתו הגורפת של בית-המשפט העליון. חלק מן השופטים התקשו לעצום את עיניהם ולהתעלם מטעויות משפטיות של בוררים. שופט שופט ודרכו הוא, ניסה למצוא דרך לתיקון המעוות. נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (דאז) ד"ר וינוגרד פסק באחת הפרשות כי "על הבורר מוטלת החובה לפסוק על-פי הדין המהותי ולנמק פסקו, וכך אף הוסכם מפורשות בין הצדדים בשטר הבוררין. ברצותו – ידחה טענת המשיבה, ברצותו – יקבלה בחלקה או בשינויים כפי שיראה וימצא לנכון, אך חייב הוא לדון ולהתייחס לסוגיית ההשבה, אם נטענה אם לאו, וזאת מכוח הדין"<sup>24</sup>. השופט (כתוארו אז) גורן ביטל פסק בוררות באחת הפרשות בציינו כי "אין בית-המשפט המורגל והמופקד על יישום הדין, יכול להתעלם מאי-יישום הדין כאשר על הבורר הוטל לפסוק על-פי הדין המהותי"<sup>25</sup>. שופט בית-המשפט המחוזי (כתוארו אז) בן יאיר ערך אנלוגיה מהמבחן הפונקציונלי המקובל במשפט המינהלי והציע להתערב בפסק בוררות כאשר הבורר הוכפף לדין, אך סטה ממנו: "מקום שנתמנה בורר להכריע בסכסוך [...] וסמכותו נקבעה לפסוק לפי הדין ואין ערעור על החלטתו, ומקום שהוא נתן החלטתו במסגרת תפקידו ולצורך מילוי התפקיד, ואפילו טעה בהחלטתו מן הדין או טעה בהחלת הוראה חוזית, לא ייחשב הדבר כאי מילוי התפקיד. אולם מקום שהחלטתו סוטה מן הדין או נוגדת הוראה חוזית, כך שאין בהחלטה מילוי התפקיד שהוטל עליו, ייחשב הבורר כמי שלא מילא את תפקידו והתערבות בית

22 רע"א 3680/00 גמליאלי נ' מגשימים – כפר שיתופי, פ"ד נז(6) 605 (להלן – עניין גמליאלי), פסקה 10 לפסק-הדין (ההדגשות שלי – ע'ר).

23 להלן בפרק ז.

24 ה"פ (ת"א) 1907/92 אור צורים מי צורים נ' דרך קידום, תק-מח 93(2) 1158, פסקה 7(ב) לפסק-הדין.

25 ת"א (ת"א) 1669/89 חברת כוכבי בע"מ נ' ארמה בע"מ, דינים מחוזי לד(1) 816 (להלן – עניין כוכבי), פסקה 17 לפסק-הדין.

המשפט תתחייב מכוח ס' 24(7) לחוק<sup>26</sup>. על תפיסתו זו חזר השופט בן יאיר גם בפסקי-דין נוספים<sup>27</sup>. גם השופטים גרשון ווסרקרוג מבית-המשפט המחוזי בחיפה התקשו לקבל את הדין. באחת הפרשות ציין השופט גרשון כי "עובדה היא שהדין אינו מכיר בסעד המחייב בעל מניות אחד לרכוש את המניות המוחזקות ע"י בעל מניות אחר, אלא בסיטואציה של עושק וקיפוח המיעוט [...] נראה שכאשר הכריע הבורר באופן שכפה על המבקש לרכוש את מניות המשיב, התעלם הבורר, הלכה למעשה, מהוראות הדין. בנסיבות אלה, נראה לי כי נכון יהיה לומר שמתקיימת כאן עילת ביטול לפי סעיף 24(7) לחוק<sup>28</sup>. השופט גרשון השתמש בטרמינולוגיה של "התעלמות" מן הדין, אף שאין מדובר כאן באותה התעלמות מכוונת מהדין המדוברת בהלכת שטאנג, אלא בטעות ביישום הדין הנכון. השופט ווסרקרוג ניסתה אף היא ליתן פרשנות מרחיבה יותר לסעיף 24(7) לחוק, בציינה כי "כאשר פרשנות של הדין היא כה מרחיקת לכת עד כדי התעלמות ממנו, קשה לומר שלא היתה התעלמות מן הדין"<sup>29</sup>. גם במקרה זה קבע בית-המשפט למעשה כי טעות בפרשנות הדין נכנסת לגדרה של עילת הביטול שבסעיף 24(7), דבר שבית-המשפט העליון סירב להכיר בו במשך כל השנים. השופטת שטרנברג-אליעזר מבית-המשפט המחוזי בתל-אביב ציינה כי "כל עוד לא בוטלה העילה השביעית על-ידי המחוקק, אין לשלול אפשרות נדירה של התערבות בית-המשפט בנסיבות חריגות ביותר, משיקולים של חומרת הטעות"<sup>30</sup>. אין להבין מהמתואר לעיל כי זו הייתה עמדתם

- 26 המ' (חי') 3550/82 תעשיות אלקטרו כימיות (פרוטרום) בע"מ נ' בתי הזיקוק לנפט בע"מ (לא פורסם) (ההדגשות שלי – ע' ר'); מובא בעניין כוכבי (לעיל, הערה 25), פסקה 16 לפסק-הדין.
- 27 ת"א (ת"א) 1114/89 סנה נ' ניר בנים (לא פורסם); ת"א (ת"א) 1980/89 ואליו אסט בע"מ נ' גינדי, עו"ד (לא פורסם). פסקי-הדין מובאים אצל אוטולנגי (לעיל, הערה 8), עמ' 1074, הערה 360.
- 28 ת"א (חי') 615/03 מזריב נ' פרוימוביץ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 8 לפסק-הדין.
- 29 בש"א (חי') 11260/99 אחים שורק בע"מ נ' רם – חברה לעבודות הנדסיות בנין ושוברי גלים בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – בש"א אחים שורק), פסקה 24 לפסק-הדין; בית-המשפט העליון לא התערב באמירה זו – ראו רע"א 3505/00 רם חברה לעבודות הנדסיות בנין ושוברי גלים בע"מ נ' אחים שורק בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.
- 30 ה"פ (ת"א) 10945/99 *Opal Financing Corporation* נ' *Opal Financing (2000) Inc.* (להלן – עניין *Opal*) (ההדגשה שלי – ע' ר'). ואולם לקראת *Ltd.* דינים מחוזי לד(1) 814 (להלן – עניין *Opal*) (ההדגשה שלי – ע' ר'). ואולם לקראת סוף כהונתה של השופטת שטרנברג-אליעזר נמצאו דברים אחרים בפסיקתה. בה"פ 1037/03 קואופרטיב מפיצי תוצרת החלב של תנובה חיפה בע"מ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 2 לפסק-הדין, היא ציינה כי "הפסיקה מצמצמת את העילה השביעית לביטול פסק בוררות ואינה מותירה אלא בדל סיכוי לביטול הפסק בעילה זו, המיועדת לבורר אשר התעלם מן הדין במודע". נראה

האחידה של בתי-המשפט המחוזיים, וכמובן שהיו שופטים שהלכו בתלם ההלכה שהותוותה על-ידי בית-המשפט העליון בעניין<sup>31</sup>. דעתו של בית-המשפט העליון לא הייתה נוחה מן העצמאות שגילו חלק משופטי בית-המשפט המחוזי וכל אימת שהגיע אליו מקרה שבו סטו הם מן ההלכה המסורתית, העמיד בית-המשפט העליון את ההלכה על מכונה וביטל את פסקי-הדין של בתי-המשפט המחוזיים. כך בפרשה אחת ביטל בית-המשפט המחוזי חלק מפסק בוררות כיוון שלדעתו הבורר לא יכול היה להגיע למסקנה שאליה הגיע על סמך המסמכים והראיות שהיו בפניו וציין כי "לדעתי אין מניעה להתערבותו של בית-משפט זה – שאינו בגדר של ערכאת ערעור לעניין זה – במסגרת עילות הביטול הקיימות על-פי החוק, ותוך הדגשה, כי טעות על פני הפסק, אינה עוד בגדר עילת ביטול"<sup>32</sup>. בית-המשפט העליון ביטל את החלטתו של בית-המשפט המחוזי בקובעו כי בית-המשפט איננו יושב כערכאת ערעור על פסקי בוררות<sup>33</sup>. בפרשה אחרת תיקן בית-המשפט המחוזי פסק בוררות בשל

כי אמירה זו הייתה מושפעת מן העובדה שהבורר לגביו נטען שטעה בדין המהותי, היה נשיא בית-המשפט העליון (בדימוס) שמגר, שביחס לפסק הבוררות שנתן השופט שטרנברג-אליעזר קבעה גם לגופו של עניין כי קשה לקבל את הטענות שפסק בניגוד לדין המהותי.

31 ראו למשל ה"פ (י"ם) 674/95 להב נ' רפאל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 9 לפסק-הדין; ת"א (ב"ש) 1226/02 אל-דר עבודות הנדסה אזרחית בע"מ נ' קניונים נכסים ובנין בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה (3) לפסק-הדין; ה"פ (ת"א) 543/03 לוי נ' אברמוביץ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 2 לפסק-הדין; ה"פ (ת"א) 1545/04 ברוורמן נ' משיאן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 16 לפסק-הדין; ולאחרונה ה"פ (ת"א) 710/05 למד חברה להשקעות ומסחר בע"מ נ' RIT Technologies Ltd., נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

32 ת"א (חי) 433/01 גוירצמן נ' פריד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 8 לפסק-הדין.

33 רע"א 5991/02 גוירצמן נ' פריד, פ"ד נט(5) 1 (להלן – עניין גוירצמן). מעניין לציין כי בשולי פסק-דינו, ציין השופט טירקל את הדברים הבאים: "הערה לפני סיום [...] בשולי הדברים אעיר כי נוטה אנכי לדעה שהתערבותו של בית המשפט בפסק בוררות תהיה, בדרך כלל, מוגבלת ומצומצמת במקום שבעלי הדין הפקידו בידי הבורר את הסמכות לפסוק שלא לפי הדין המהותי" (ההדגשה שלי – ע' ר'). מדבריו אלה ניתן ללמוד שדעתו יוחדה למצב שבו הבורר שוחרר מן הדין המהותי בבחינת מכלל לאו אתה שומע הן – דהיינו במקום שבו הבורר חויב לפסוק לפי הדין המהותי, התערבות בית-המשפט לא תהיה "מוגבלת ומצומצמת". עוד הציע השופט טירקל בפסק-דין זה להחיל את אמת המידה הערעורית החלה על פסקי-דין שניתנו על דרך הפשרה לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, על פסקי בוררות שניתנו במקרים שבהם הבורר לא היה כפוף לדין המהותי. הצעתו של השופט טירקל, אולי בלי משים, היא מרחיקת לכת, כיוון שהפסיקה הדגישה בנוגע לפסקי-דין על דרך הפשרה כי במקום שבו מדובר בטעות משפטית או כאשר פסק-הדין הוא מנומק, נפתחת הדרך להתערבות רחבה של בית-המשפט שלערוור על פסק-דין שניתן על דרך הפשרה. על התערבות בטעות משפטית בפסק-דין



טעות בורר בנקודה הנוגעת להכרעה בשאלה המרכזית שעמדה שם לדיון<sup>34</sup>. גם במקרה זה ביטל בית-המשפט העליון את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ואישר את פסק הבוררות כפי שהוא<sup>35</sup>.

## ג. בקיעים בגישה המצמצמת

### 1. שינוי גישה של פרופ' אוטולנגי

אין ספק כי חיבורה של פרופ' אוטולנגי על דיני הבוררות הוא החיבור המאוזכר והמצוטט יותר מכל מקור אחר בפסיקתו של בית-המשפט העליון, כמו גם בפסיקתם של בתי-המשפט הנמוכים. אין כמעט בנמצא פסק-דין העוסק בנושא בוררות שאינו מפנה לאמור בספר זה. במהדורה השלישית של ספרה<sup>36</sup> הציגה המחברת את ההלכה שלפיה רק התעלמות מכוונת מן הדין חוסה בצילו של סעיף 24(7) לחוק, אך לא כן טעותו של בורר:

"גם אם טעה הבורר בדין, לא יחליף בית המשפט את שיקול דעתו בשיקול דעת הבורר. משמעות עילת הביטול שבס' 24(7) אינה אלא זאת, שאם הבורר חויב בהסכם לפסוק לפי הדין – עליו לעשות כן. התעלם מהדין ביודעין ובמכוון – יבוטל פסקו. אבל אם התכוון לפסוק בהתאם

שניתן על דרך הפשרה ראו ע"א 2308/01 פרי הגליל בע"מ נ' סועאד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי. על פתיחת פתח רחב להתערבות כאשר פסק-הדין שניתן על דרך הפשרה מנומק, ראו ח' בן נון, ע' גבריאל "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984" הפרקליט מו (תשס"ב-תשס"ג) 257, 269. כאמור, פסיקתו המסורתית של בית-המשפט העליון גורסת שאין להתערב כלל בפסק בוררות שנפלה בו טעות, על כן מבחינה זו הצעתו של השופט טירקל היא סטייה משמעותית מן ההלכה המסורתית. ואכן בפסק-דין שועלי שניתן כמה ימים לאחר פסק-דין גוירצמן (לעיל, הערה 33) מאתר השופט רובינשטיין נקודה זו ואומר כי הוא מוכן להסכים עם השופט טירקל שיש דמיון בין השניים, רק שבפסק-דין על דרך הפשרה קיים שיקול-דעת ערעורי ועל פסק בוררות – לא קיים (רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין השקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד נט(4) 529 (להלן – עניין שועלי), פסקה ט(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין).

34 בש"א (חי) 2901/99 שזיפי נ' דוידסון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 55 לפסק-הדין. באותו פסק-דין ניסה בית-המשפט "לעקוף" את מכשלת אי-ההתערבות בטעויות, בקבעו כי בשל חומרת הדברים "העניין יוצא מגדר 'טעות' ונכנס לגדר חריגה מסמכות".

35 רע"א 1573/00 דוידסון נ' שזיפי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

36 ס' אוטולנגי בוררות דין ונוהל (מהדורה שלישית מורחבת, תשנ"א).

לדין וטעה לגביו – אין טעותו ניתנת לתיקון במסגרת עילת הביטול הזו"<sup>37</sup>.

לאחר הצגת דברים זו, לא ביקרה פרופ' אוטולנגי את ההלכה ולא הציגה כל עמדה הפוכה לה, אולם במהדורה הרביעית של ספרה מצאנו כי פרופ' אוטולנגי שינתה למעשה את עמדתה בסוגיה זו וכעת היא מותחת ביקורת קשה ונרחבת נגד פרשנותו של סעיף 24(7) לחוק על-ידי בית-המשפט העליון. וכך באו הדברים לידי ביטוי:

"עם כל הכבוד, כאשר הבורר טועה, אך אינו מחוייב לפסוק לפי הדין המהותי – טעות על פני הפסק שוב אינה עילה לביטול הפסק, ולכן הצדדים אינם יכולים לפנות לביהמ"ש ולקבול על טעותו. שונה הדבר, כאשר חייבוהו במפורש לפסוק לפי הדין המהותי. כאן שוב לא ניתן לומר שהסמיכוהו לטעות: הן קיימת עילת ביטול מפורשת, שיועדה במיוחד לעניין זה"<sup>38</sup>.

ובהמשך:

"האם מתוך שהצדדים סומכים על הבורר ועל ידיעתו את הדין – הם מסמיכים אותו לטעות בדין? הייתי אומרת, עם כל הכבוד, שההיפך הוא הנכון – בבחורם בו בשל כשירותיו הידועות, מצפים הם ממנו שיפסוק לפי הדין ולפיו בלבד"<sup>39</sup>.

פרופ' אוטולנגי מבקרת גם את הנימוק המרכזי שהוצג על-ידי בית-המשפט העליון לתמיכה בגישה המצמצמת וטוענת כי אין בגישה זו משום חיזוק מוסד הבוררות או עידוד מתדיינים לפנות לערוץ זה, אלא להיפך. היא סבורה עתה כי גישה פרשנית זו לסעיף 24(7) דווקא מחלישה את מעמדה של הבוררות ומרחיקה מתדיינים מפנייה לערוץ זה<sup>40</sup>. היא מטעימה כי אם בתי-המשפט רוצים לעודד הליכה לבוררות, עליהם לאפשר לצדדים לדרוש מהבורר שיפסוק לפי הדין המהותי ועל בתי-המשפט להקפיד על מילוי דרישה זו באמצעות עילת הביטול שבסעיף 24(7) לחוק<sup>41</sup>. עוד סבורה פרופ' אוטולנגי כי בורר שפסק שלא בהתאם לדין המהותי במקום שהיה מחויב לעשות כן, אף

37 שם, עמ' 456-457.

38 אוטולנגי (לעיל, הערה 8), עמ' 1073.

39 שם, עמ' 1075.

40 שם, עמ' 1077.

41 שם, עמ' 1078.

חרג מסמכותו ועל כן יש לבטל את פסקו גם מכוח העילה הקבועה בסעיף 24(3) לחוק הבוררות.<sup>42</sup>

במהדורה החדשה של ספרה ובשונה מהמהדורה השלישית, פרופ' אוטולנגי מביעה אפוא דעה נחרצת ואף קוטבית, שלפיה יש להתערב בפסק בוררות בשל כל טעות בדין. פסקי-דין רבים, שבהם נדחו בקשות לביטול פסק בורר מכוח סעיף 24(7) לחוק הבוררות, נסמכו גם על הפניה ספציפית לאמור במהדורה השלישית של ספרה של אוטולנגי בעניין זה.<sup>43</sup> על כן לשינוי גישתה של פרופ' אוטולנגי משנה חשיבות לנושא דיוננו כאן. בשולי הדברים אעיר כי בשעה שניתן פסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח (עליו אעמוד בהרחבה בהמשך), לא הייתה מונחת עדיין המהדורה החדשה של ספרה של פרופ' אוטולנגי בפני השופטים שישבו בדין<sup>44</sup>.

## 2. סדקים בגישה המצמצמת בפסיקתו של בית-המשפט העליון

לאחרונה החלו לנשב רוחות חדשות בבית-המשפט העליון ביחס לגישה המצמצמת את עילות הביטול שבחוק הבוררות. מי שהוביל את הגישה החדשה בבית-המשפט העליון היה השופט רובינשטיין. אמירתו הראשונה בעניין הגישה החדשה בפרשנות עילות הביטול שבסעיף 24 לחוק, הייתה בפסק הדין בעניין כהן נ' בונה<sup>45</sup>, שם הביע השופט רובינשטיין ספק אם נכונה עוד הדרך של צמצום רב כל כך של העילות לביטול פסק בוררות ואם נכונה פרשנותן הנוכחית. בעניין שועלי<sup>46</sup>, שבא בפני בית-המשפט העליון כמה חודשים לאחר מכן, הרחיב השופט רובינשטיין את היריעה, וכאן כבר הביע את דעתו כי בית-המשפט לא צריך להירתע מפרשנות מרחיבה יותר לעילות הביטול כדי להביא לעשיית צדק. על פסק-הדין בעניין שועלי הוגשה בקשה לדיון נוסף. השופטת ביניש (כתוארה דאז) שדנה בבקשה זו, ציינה את הצעתו של השופט רובינשטיין להרחיב

42 שם, עמ' 1018-1019; גם בעניין זה פסיקתו של בית-המשפט העליון היא כי פסיקת בורר בניגוד לדין המהותי איננה בבחינת חריגה מסמכות, ועל כן אין היא נכנסת לעילה הקבועה בסעיף 24(3) לחוק; ראו למשל עניין שטאנג (לעיל, הערה 5), עמ' 518.

43 הדברים נכתבו אצל אוטולנגי (לעיל, הערה 36), עמ' 456-457, ופסקי-דין רבים הפנו לעמודים אלה בדיוק. ראו עניין שטאנג עצמו (לעיל, הערה 5) (הפניה לעמ' 457 לספר הנ"ל); עניין גמליאלי (לעיל, הערה 22) (הפניה לעמ' 457 לספר הנ"ל); עניין לומיר (לעיל, הערה 21) (הפניה לעמ' 456 לספר הנ"ל); עניין נאות מזרחי (לעיל, הערה 21) (ציטוט מעמ' 456-457 לספר הנ"ל); עניין תנובה (לעיל, הערה 21) (ציטוט מעמ' 456 לספר הנ"ל).

44 המהדורה החדשה יצאה לאור בחודש אוגוסט 2005, ופסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6), ניתן ביום 1.9.2005. ההפניות בפסק-דין זה הן למהדורה השלישית של ספרה; ראו למשל בפסקאות ז(1)(ב), ז(6)(א) ו-ז(7)(ב) לפסק-הדין.

45 רע"א 5285/03 כהן נ' בונה, פ"ד נט(1) 39 (להלן – עניין כהן), עמ' 46.

46 עניין שועלי (לעיל, הערה 33), פסקה ח(1)-(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

את היקף התערבותו של בית-המשפט באמצעות פרשנות מרחיבה לסעיף 24 לחוק, אולם החליטה לדחות את הבקשה לקיום דיון נוסף, מן הטעם שדבריו של השופט רובינשטיין היו בגדר אמרת אגב בדעת יחיד. עם זאת ראוי לציין כי בהחלטתה קבעה השופטת ביניש כי ניתן להותיר את הארותיו של השופט רובינשטיין "לימים שיבואו, אם וכאשר נדרש לכך"<sup>47</sup>. ניתן ללמוד מדברים אלה כי השופטת ביניש, נשיאת בית-המשפט העליון כיום, נכונה לבחון מחדש את גישתו ארוכת השנים של בית-המשפט העליון ביחס לפרשנות עילות הביטול שבחוק הבוררות. לאחרונה ניתן פסק-הדין השלישי בסדרה – פסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח, פסק-דין זה מהווה כר נוסף למשנתו של השופט רובינשטיין ולגישתו הפרשנית ביחס לעילות הביטול שבחוק הבוררות. על פרשה זו נעמוד בהרחבה כעת.

#### ד. פסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח וזיקתו לפרשנות סעיף 24(7)

בפרק זה אבקש לטעון כי פסק-הדין שניתן בבית-המשפט העליון בעניין שיכון ופיתוח<sup>48</sup> משקף את המהפך המסתמן (והנדרש לדעת) בפרשנותו של סעיף 24(7) לחוק הבוררות, אף שהנמקתו הפורמלית של פסק-הדין אינה עוסקת בסעיף זה.

##### 1. עובדות פסק-הדין וההכרעה

תחילתה של הפרשה בשנת 1974, בחוזה שנחתם בין שיכון ופיתוח לבין דיור לעולה. במסגרת החוזה נטלה שיכון ופיתוח על עצמה את התחייבותה של דיור לעולה כלפי מינהל מקרקעי ישראל לפיתוחם של מקרקעין. בשנת 1978 נתגלעו חילוקי דעות בין הצדדים ולאחר תקופת מה נותקו היחסים ביניהם. רק לאחר למעלה מעשור, בשנת 1991, הגיעו הצדדים לערכאות, בבקשה למינוי בורר בהתאם להסכם ביניהם משנת 1974. בשנת 1992 הגיעו הצדדים להסכמה על העברת הסכסוך לבוררות בפני השופט (בדימוס) שאול אלוני<sup>49</sup>. שיכון ופיתוח הגישה תביעתה לבורר ואילו דיור לעולה הגישה תביעה שכנגד. בהחלטה מיום 16.3.1998 קבע הבורר אלוני כי ההסכם בין הצדדים בוטל לכל המאוחר בשנת 1981 ועל כן הזכות לתבוע סעדים כספיים קמה מאותו מועד. כיוון שמאז חלפו למעלה משבע שנים, דחה הבורר את תביעת שיכון ופיתוח מחמת

47 דנ"א 821/05 אפרים שועלי בנין השקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל-מונד, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – דנ"א שועלי).

48 עניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6).

49 השופט אלוני כיהן בעבר כשופט בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב וכשופט בפועל בבית-המשפט העליון.

התיישנות. בהחלטה נוספת מיום 14.3.1999 דחה הבורר גם את בקשתה של שיכון ופיתוח להגיש תביעה שכנגד לתביעה שכנגד שהגישה דיור לעולה וכן דחה את טענת הקיזוז שהעלתה שיכון ופיתוח. הבורר קבע שמדובר באותם סעדים שנטענו בתביעה המקורית שנדחתה על-ידי ודחיית התביעה היא מעשה בית-דין המונע משיכון ופיתוח לחזור ולהעלות את טענותיה בעניין זה. כמו כן קבע הבורר שטענות הקיזוז התיישנו בשל חלוף השנים ממועד היווצרות העילה שבבסיסן. בפסק הבוררות הסופי קיבל הבורר חלק מטענותיה של דיור לעולה ופסק לזכותה סכום של למעלה מ-13 מיליון ש"ח. שיכון ופיתוח פנתה לבית-המשפט המחוזי והגישה בקשה לביטולו של פסק הבוררות בשל כמה עילות. לענייננו חשובה טענת הביטול שנטענה מכוח העילה הקבועה בסעיף 24(4) לחוק, המאפשרת לבית-המשפט לבטל פסק בוררות כאשר "לא ניתנה לבעל-דין הזדמנות נאותה לטעון טענותיו או להביא ראיותיו". בית-המשפט המחוזי (השופט מגן אלטוביה) דחה את בקשת הביטול ואישר את פסק הבוררות<sup>50</sup>. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון. השופט טירקל נעתר לבקשת רשות הערעור והעביר את הדיון בערעור להרכב שלושה<sup>51</sup>. החלטתו של בית-המשפט העליון בערעור זה היא מושא דיונו.

בטרם נפנה לפסק-דינו של בית-המשפט העליון בערעור ולצורך ניתוח פסק-הדין, נתעכב מעט על סוגיית ההתיישנות ועל הלכת בר שירה<sup>52</sup>, ששימשה הן את בית-המשפט המחוזי הן את בית-המשפט העליון. סעיף 4 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, שכותרתו "תביעה שכנגד וקיזוז" קובע כדלהלן: "בתובענה על תביעה שלא התיישנה או שהתיישנה אך לא נטענה נגדה טענת התיישנות, לא תישמע טענת התיישנות נגד קיזוז באותה תובענה ולא נגד תביעה-שכנגד, כשהיא והתביעה שבאותה תובענה נושאן אחד או כשהן נובעות מאותן נסיבות". דיינו, במקום שבו הוגשה תובענה שלא התיישנה (או שהתיישנה ולא נטענה כלפיה טענת התיישנות), לא תישמע מפי התובע טענת התיישנות כנגד תביעה שכנגד או כנגד טענת קיזוז של הנתבע, ובלבד שהתביעה שכנגד או טענת הקיזוז של הנתבע עניינן באותו נושא של התביעה המקורית. בעניין בר שירה עלתה השאלה אם דיירים שהגישו תביעה נגד קבלן ותביעתם התיישנה בחלקה, יכולים לשוב ולהעלות את טענותיהן שהתיישנו, הפעם כטענת קיזוז כנגד תביעתו הנגדית של הקבלן כלפיהם. בית-המשפט המחוזי השיב לשאלה זו בשלילה. בערעור שהוגש על החלטה זו הפך בית-המשפט העליון את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי וקבע כי סעיף 4 לחוק ההתיישנות חל גם כאשר מבקשים להעלות טענות קיזוז כנגד תביעה שכנגד ולא רק כנגד

50 ה"פ (ת"א) 321/02 שיכון ופיתוח לישראל בע"מ נ' דיור לעולה בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עניין שיכון ופיתוח במחוזי).

51 עניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6), החלטתו של השופט טירקל מיום 20.1.04.

52 ע"א 654/99 בר שירה נ' מעונות ובנין בע"מ, פ"ד נז(5) 1 (להלן – עניין בר שירה).

תביעה ראשית. באותו מקרה "ניצלה" התביעה שכנגד של הקבלן מהתיישנות מכוחו של סעיף 4 לחוק ההתיישנות (מאז הולדת עילת התביעה שכנגד של הקבלן חלפו שבע שנים, ותביעתו לא נדחתה מחמת התיישנות רק בשל העובדה שהוגשה תביעה נגדו כאמור בסעיף 4 לחוק ההתיישנות). בית-המשפט העליון קבע שתביעה שכנגד גם היא תובענה והיא לא התיישנה מכוח סעיף 4 עצמו (ומשכך היא בגדר "תובענה על תביעה שלא התיישנה" כאמור בסעיף), ולכן גם כנגד תביעה שכנגד ניתן להעלות טענת קיזוז שלא היה ניתן לטעון (בשל התיישנות הטענה) אלמלא הוגשה התביעה שכנגד<sup>53</sup>.

נשוב כעת לעניין שיכון ופיתוח. פסק-הדין בפרשה זו ניתן פה אחד. הוא נכתב על-ידי השופט רובינשטיין, בהסכמתם של הנשיא (דאז) ברק והשופט אדמונד לוי<sup>54</sup>. בפסק-הדין הציב השופט רובינשטיין שאלה כפולה: השאלה הראשונה הייתה אם פסק הבוררות תואם את הלכת בר שירה שניתנה לאחר מתן פסק הבוררות אם לאו. אם פסק הבוררות תואם את הלכת בר שירה, יש לדחות את הערעור ואת הבקשה לביטול פסק הבוררות. רק אם המסקנה היא כי פסק הבוררות אינו תואם את הלכת בר שירה, נשאלת השאלה השנייה, והיא אם הלכת בר שירה רק הצהירה על הדין הקיים או שמא פירשה פירוש חדש לסעיף 4 לחוק ההתיישנות. אם הלכת בר שירה פירשה פירוש חדש לסעיף 4 לחוק ההתיישנות, אין להיעתר לערעור ואין לבטל את פסק הבוררות (כיוון שפסק הבוררות ניתן לפני פסק-הדין בעניין בר שירה)<sup>55</sup>.

אשר לשאלה הראשונה, קבע השופט רובינשטיין כי פסק-דינו של הבורר אינו תואם את הלכת בר שירה:

53 שם, פסקה 13 לפסק-הדין.

54 לעניין זה משנה חשיבות, שכן לא רבים הם פסקי-הדין שניתנים בבית-המשפט העליון בסוגיית בטלות פסקי בוררים בהרכב שלושה. הסיבה לכך נעוצה בעובדה שערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בבקשה לביטול פסק בוררות ניתנת לערעור ברשות בלבד (סעיף 38 לחוק הבוררות) ובקשת רשות הערעור נדונה בפני דן יחיד המוסמך לדחותה לבדו. מעבר לכך, נקבעה הלכה כי המבחן למתן רשות ערעור על החלטות בתי-המשפט המחוזיים שניתנו בבקשות לביטול פסק בוררות הוא מבחן מחמיר ביותר שכן מדובר בערעור ב"גלגול שלישי" ורשות כזו תינתן במשורה שבמשורה; ראו למשל רע"א 6453/04 א. נחשון הנדסת תנועה, תחבורה ודרכים בע"מ נ' עיריית הרצליה, נבו – המאגר המשפטי הישראלי: "רשות ערעור על פסק-דין שניתן בבקשה לבטל פסק בוררות אינה ניתנת על דרך השגרה, אלא רק במקרים שבהם עומדת להכרעה שאלה שיש לה היבט עקרוני החורג מגדר עניינם הפרטי של בעלי הדין". ואולם, ראו לאחרונה הרהוריו של השופט רובינשטיין גם על תפיסה זו שיש לראות בערעור כזה כערעור ב"גלגול שלישי", רע"א 1285/05 אלון כהן בע"מ נ' פרומודקס בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עניין אלון כהן בע"מ) וכן רע"א 2177/04 עזבון המנוח משה גולדבלית ז"ל נ' רובינשטיין, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עזבון המנוח משה גולדבלית ז"ל).

55 עניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6), פסקה ז(א)(1) לפסק-הדין.

"סבורני כי לא יהא חולק, שאין השניים – הלכת בר שירה ופסק הבורר – יכולים לדור בכפיפה אחת, במקרה שעובדותיו זהות ביסודן לאלה שבפרשת בר שירה"<sup>56</sup>.

ובהמשך פסק-הדין:

"כאמור, על פי הפרשנות שניתנה בפרשת בר שירה הדברים ברורים למדי. לכן אמירתו של הבורר כי מחמת מעשה בית דין אין לקבל את טענת הקיזוז, בכל הכבוד, קשה להלמה, כיוון שהקיזוז עומד כטענת הגנה לעצמו"<sup>57</sup>.

מהצבת השאלה השנייה על-ידי השופט רובינשטיין עולה כי גם הוא מסכים שאם מדובר בהלכה חדשה, הרי שכיוון שהחלטתו של הבורר ניתנה שלוש שנים לפני הלכת בר שירה, לא ניתן לבטל את פסק הבוררות בשל טעות בפרשנות חוק ההתיישנות, שכן ההלכה שמכוחה נטענת טענת הטעות נקבעה כמה שנים לאחר פסק הבוררות. המצב שונה אם אין בהלכת בר שירה כל חידוש, אלא אך הצהרה על הדין הקיים מקדמת דנא. במענה לשאלה השנייה שהציב, קבע השופט רובינשטיין כי הלכת בר שירה אך "הצהירה" על הדין הקיים ולא חידשה הלכה.

דומה כי קביעה זו של השופט רובינשטיין היא מוקשית, שכן היא עומדת בסתירה לכאורה לאמור בהלכת בר שירה עצמה, שם קבעה השופטת נאור כי "ערעורם של המערערים מעלה שאלה חדשה. שאלה זו נסובה על פרשנותו של סעיף 4 לחוק ההתיישנות"<sup>58</sup>. ואמנם, פסק-הדין בעניין בר שירה איננו מפנה לתקדים כלשהו הקיים בסוגיה זו. בנוסף, בית-המשפט המחוזי קבע בעניין שיכון ופיתוח כי לפני הלכת בר שירה הובעו דעות שונות בבית-המשפט העליון בסוגיה זו<sup>59</sup>.

מסקנתו של השופט רובינשטיין היא אפוא כי הבורר טעה בפרשנות סעיף 4 לחוק ההתיישנות, אולם בהנמקתו הפורמלית לא הסתמך השופט רובינשטיין על עצם טעותו

56 שם, שם.

57 שם, פסקה ז(6)(ג) לפסק-הדין.

58 שם, פסקה 11 לפסק-הדין (ההדגשה שלי – ע' ר').

59 פסקה 15 לפסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח במחוזי (לעיל, הערה 50), שם ציין בית-המשפט: "עוסקים אנו בטעות לכאורה של הבורר בפרשנות סעיף 4 לחוק ההתיישנות כאשר בזמן מתן פסקו לא הייתה מונחת לפניו הלכת בר שירה הנ"ל וטרם הוכרעה סוגיית פרשנות סעיף 4 לחוק ההתיישנות, יתרה מכך ניתן למצוא בפסקים קודמים של ביהמ"ש העליון תימוכין לפרשנותו של הבורר את הסעיף. הלכת בר שירה מחדשת במובן זה שהיא מאבחנת למעשה בין טענת התיישנות המהווה מעשה ב"ד (ההלכה הקודמת בעניין ח. קרמש ועניין אמגר דלעיל) ככל שמדובר בתובענות נפרדות מול העדר האפשרות להעלות טענת התיישנות נגד קיזוז ותביעה שכנגד במסגרת אותה תובענה (הלכת בר שירה)".

של הבורר כעילה לביטול הפסק, אלא סמך את קביעתו על העילה הקבועה בסעיף 24(4) לחוק הבוררות, שעניינה אי-מתן הזדמנות לטעון טענות ולהביא ראיות<sup>60</sup>. השופט רובינשטיין קבע כך:

“אכן משסים הבורר את דרכו בהקשר זה בלא שנתן דעתו לסעיף 4 לחוק ההתיישנות, לא ניתנה לשו”פ הזדמנות נאותה לטעון טענותיה”<sup>61</sup>.

## 2. הצגת הטיעון

טענתי היא כי פסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח מכיר למעשה בעילת ביטול בשל טעות בורר בדין, וכי ההנמקה הפורמלית של השופט רובינשטיין היא אך רטוריקה המבקשת שלא לפרוץ את גדרי ההלכה בריש גלי. ברצוני להציג כמה נימוקים לטענתי זו.

ראשית, למעשה הרציו-דסידנדי האמיתי של פסק-הדין הוא כי פסק הבוררות בוטל בשל טעות הבורר בפרשנותו את חוק ההתיישנות. תוצאת הלוואי של טעות זו הייתה שהבורר גם לא אפשר לשיכון ופיתוח להביא ראיותיה לעניין הקיזוז. אלא שעניין הבאת הראיות אינו מעלה ואינו מוריד בנסיבות מקרה פסק-הדין, שהרי ממה נפשך: נניח שהבורר היה מאפשר לשיכון ופיתוח לטעון את טענת הקיזוז במלואה ולהביא ראיותיה לעניין זה, אך בפסק הבוררות הסופי היה דוחה את טענת הקיזוז בשל התיישנות, בנימוק הנסמך על פרשנות מוטעית לסעיף 4 לחוק ההתיישנות. אם כך היה קורה, הרי שמצבה של שיכון ופיתוח לא היה משתנה במאומה ותוצאת פסק הבוררות הייתה בדיוק אותה תוצאה. נמצאנו למדים כי בעוד שטעותו של הבורר בפרשנות חוק ההתיישנות הייתה הגורם האמיתי לביטול פסק הבוררות (מבחינת סיבה ותוצאה), הרי שאי-הבאת הראיות לא היה גורם כזה, כיוון שגם אם היו מובאות טענות וראיות לעניין הקיזוז, היה הבורר דוחה את טענותיה של שיכון ופיתוח בדיוק בשל אותה טעות בפרשנות חוק ההתיישנות ותוצאת פסק הבוררות לא הייתה משתנה.

שנית, פסק הבוררות בעניין שיכון ופיתוח היה מקרה פרטי של מתן החלטה מקדמית בשאלת ההתיישנות. פעמים רבות שאלת ההתיישנות מוכרעת רק בסוף ההליך, בפסק-הדין הסופי (או בפסק הבוררות הסופי), לאחר שהצדדים כבר טענו טענותיהם והביאו את מלוא ראיותיהם<sup>62</sup>. הבנת פסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח כפשוטו תביא לתוצאה אבסורדית, שלפיה במקום שניתנה החלטה מקדמית מוטעית בשאלת ההתיישנות, פסק הבורר יבוטל (כיוון שאז ניתן יהיה לטעון שבעקבות הטעות לא ניתנה הזדמנות להבאת

60 לשון הסעיף היא: “לא ניתנה לבעל דין הזדמנות לטעון טענות או להביא ראיות”.

61 עניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6), פסקה ז(6)(ב) לפסק-הדין.

62 ראו למשל אוטולנגי (לעיל, הערה 8), עמ' 644.



ראיות), ואילו במקרה שבו ההכרעה המוטעית בשאלת ההתיישנות תיעשה רק בפסק הבוררות הסופי (לאחר הבאת כל הראיות), פסק הבוררות לא יבוטל. תוצאה שכזו אינה סבירה בעליל.

שלישית, לגופו של עניין קשה לומר שלא ניתנה לשיכון ופיתוח הזדמנות לטעון את טענותיה. שיכון ופיתוח טענה את טענותיה בעניין סוגיית הקיזוז באופן מלא, אלא שהבורר החליט לדחות טענות אלה בעקבות הכרעתו המשפטית בסוגיית ההתיישנות. על כן לכאורה כלל לא התקיימה עילת הביטול שבסעיף 24(4) לחוק הבוררות ולא היה ניתן להורות על ביטול הפסק בעילה זו. מעניין לראות את דבריו של בית-המשפט המחוזי בעניין שיכון ופיתוח שבחן את חומר הראיות בתיק. וכך הוא ציין בעניין זה:

"מעיון בסיכומים שהגישה 'שופ' לבורר עולה כי 'שופ' שטחה בפני הבורר את כל טענותיה בעניין קיומו של מעשה בי"ד בקשר עם השבת המקדמות ובעניין היחס שבין התיישנות לקיזוז על רקע סעיף 4 לחוק ההתיישנות (עמודים 7-14 לסיכומים), אני מוצא כי ניתנה ל'שופ' הזדמנות המלאה לטעון טענותיה [...] רוצה לומר, 'שופ' שטחה את כל טענותיה בפני הבורר ולכן לא נפגעה זכותה הטבעית בהקשר של עילת סעיף 24(4). אלא מאי? הבורר לא דן בטענות 'שופ' בעניין הקיזוז כיוון והכריע בשאלה המקדמית של קיום מעשה בי"ד שהרי עם הכרעתו בעניין מעשה בי"ד נתייטר לטעמו הדין בטענת הקיזוז לגופה. אין לראות בכך מניעת זכותה הטבעית של 'שופ'".<sup>63</sup>

ובהמשך:

"שופ' שטחה כל טענותיה בפני הבורר, פירטה אותם לעילא ולעילא ואף הבורר דן בשלל טענותיהם בפירוט"<sup>64</sup>.

נראה אפוא שעילת הביטול שבסעיף 24(4) כלל לא התקיימה בעניין שיכון ופיתוח והיא היוותה אך נימוק פורמלי לביטול פסק הבוררות.

רביעית, העילה שבסעיף 24(4) לחוק לא התפרשה בפסיקה ככזו שחלה במקרים של טעות משפטית בדין. המקרים שבהם הוחלה עילה זו היו למשל כאשר קוימה ישיבת בוררות ללא שזומנו אליה כל הצדדים או כאשר הבורר קיבל מסמכים בלא שהציגם לצד האחר בבוררות. במקרים אלה נמנעה מהצד האחר הזכות לטעון טענותיו ביחס לאותם מסמכים או לטענות שנטענו. מקרים נוספים הם כאשר בורר מסרב לשמוע עד מהותי,

63 עניין שיכון ופיתוח במחוזי (לעיל, הערה 50), פסקה 11 לפסק-הדין (ההדגשה שלי – ע'ר').

64 שם, פסקה 15 לפסק-הדין.

מסרב לקבל ראיות או שאינו מאפשר חקירת עדים<sup>65</sup>. הצד השווה לכל המקרים הללו הוא שלא־מתן הזכות לטעון טענות או להביא ראיות יש השלכה על הפסק, אולם בעניין שיכון ופיתוח ניתנה הזדמנות לטעון טענות ביחס לשאלת ההתיישנות ולשאלת זכות הקיזווז. הבאת ראיות לגופו של עניין לא הייתה משנה את הפסק שעניינו היה דחייה מחמת התיישנות. עד לפסק־הדין בעניין שיכון ופיתוח לא בוטלו פסקי בוררות בשל אי־הבאת ראיות כתוצאה מטעות משפטית בדין. כפי שראינו המקרים שעלו בפסיקה היו שונים בתכלית.

חמישית, העובדה שהשופט רובינשטיין הוא שכתב את פסק־הדין בעניין שיכון ופיתוח תומכת בעמדה כי יש בפסק־הדין משום שינוי ההלכה. כפי שכבר ציינתי, השופט רובינשטיין מזוהה יותר מכל שופט אחר בבית־המשפט העליון עם הביקורת על התפיסה השמרנית, שלפיה על בית־המשפט למשוך את ידיו מהתערבות בתוכן פסקי בוררות. חודשים אחדים לפני מתן פסק־הדין בעניין שיכון ופיתוח, הביע השופט רובינשטיין בכמה הזדמנויות את מורת רוחו מן הדין הקיים וקרא לשינויו:

"ואולם, עשיית צדק עולה לדעתי על כולנה, ואם ישנם מקרים שבהם נגרם חלילה עוול של ממש על ידי אי האפשרות לפתוח פסק בורר, אין נחמה מספקת בכך שהצדדים ידעו מראש כי כך הוא המצב המשפטי, ונטלו עליהם את הסיכון. לכן – במקרים המתאימים – אין בית המשפט צריך לדעתי להירתע מפרשנות שיהא בה יתר צדק בתיק הקונקרטי"<sup>66</sup>.

בפסק־דין אחר, אף הוא מהעת האחרונה, ציין השופט רובינשטיין:

"ואכן, לא אמנע מלציין, כי בחוק הבוררות במתכונתו כיום שאלות לא מעטות האומרות דרשני, כגון האם נכונה עדיין הדרך של צמצום רב כל כך של העילות לתקיפת פסק בוררות ופרשנותן המקובלת [...]"<sup>67</sup>.

גם בפסק־הדין בעניין שיכון ופיתוח עצמו, חזר השופט רובינשטיין על גישתו, ולפיה:

"כיום, כתום עשורים אחדים מחקיקתו של חוק הבוררות, יש מקום לעיין מחדש כיום בחלק מהוראותיו, וזאת כדי לחזק את האמון במוסד

65 אוטולנגי (לעיל, הערה 8), עמ' 1027-1033.

66 עניין שועלי (לעיל, הערה 33), פסקה ח(1) לפסק־הדין.

67 עניין כהן (לעיל, הערה 45), עמ' 46.

הבוררות, אם בקביעת מדרג ערעורי בתוך מערכת הבוררות ואם בדרך אחרת"<sup>68</sup>.

לאחרונה אף הביע השופט רובינשטיין עמדה ליברלית בנושא נוסף הקשור למידת התערבותו של בית-המשפט בפסקי בוררות – דעה שגם היא מנוגדת להלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון. השופט רובינשטיין סבר שאין לראות בבקשת רשות ערעור המוגשת לבית-המשפט העליון על החלטתו של בית-המשפט המחוזי בבקשה לביטול פסק בוררות משום בקשת רשות ערעור ב"גלגול שלישי", ועל כן אין היא צריכה לעמוד בתנאים המחמירים של בקשה ממין זה. מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" ניתנת במשורה שבמשורה, ורק אם היא מעוררת שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית החורגת מעניינם של הצדדים. וכך באו הדברים לידי ביטוי מפי השופט רובינשטיין:

"אכן, ככלל דומה שהמדיניות להתערבות בבקשות רשות ערעור על פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שעניינם פסקי בוררות בבית משפט זה דומה היתה בכלל לזו של רשות ערעור בגלגול שלישי, קרי במשורה [...] ; אוסיף, כי מכבד אני דעה זו הבאה לצמצם התדיינויות סרק, אך כשלעצמי מצאתי טעם, בכל הכבוד, בהערותיה לעניין זה של פרופ' ס' אוטולנגי (בוררות דין ונוהל מה' 4 כרך ב', עמ' 1240-1241) המצביעה על כך שלאמיתו אין המדובר בערעור בגלגול שלישי ככל משפטו וחוקתו; זאת – שכן 'רק ערכאה אחת נתנה את דעתה לסוגיה שבמחלוקת על פסקו של הבורר', מה גם שלא אחת הבורר אף אינו משפטן האמון על כל הכללים [...]. לדעתי הצורך ברשות ערעור, שאין עליו חולק, מאפשר לבית משפט זה במקרים הללו שיקול דעת בנסיבות כל מקרה"<sup>69</sup>.

נראה כי הסיבה לכך שבית-המשפט העליון לא ביטל את פסק הבורר מכוח סעיף 7)24 היא העובדה הפשוטה שבעניין שיכון ופיתוח הבורר לא היה כפוף לדין המהותי. לכן לא הייתה תחולה לסעיף 7)24 (לחוק הפותח במילים "הותנה בהסכם-הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין" ואילו העילה הקבועה בסעיף 4)24 לחוק הבוררות הייתה אך בבחינת קולר להיתלות בו. טענתי היא שאין סיבה שפסק בוררות יבוטל בשל טעות משפטית בחוק ההתיישנות (החל על בורר מכוח סעיף 1 לחוק, כפי שיוסבר בהמשך), אך לא יבוטל במקרים אחרים בשל טעות בורר בדין המהותי, החל על הבורר מכוח הסכם הבוררות שממנו שואב הבורר את כוחו.

68 עניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6), פסקה ז(3) לפסק-הדין.

69 עניין אלון כהן בע"מ (לעיל, הערה 54), פסקה ה(1) לפסק-הדין (ההדגשה שלי – ע' ר'); ראו עוד בחוות-דעתו של השופט רובינשטיין בעניין עזבון המנוח משה גולדבליט ז"ל (לעיל, הערה 54), פסקה א' לחוות דעתו.

### 3. שמא לפנינו דין מיוחד בהתיישנות?

יכולה להישמע הטענה שלעניין טעותו של בורר בחוק ההתיישנות לפנינו דין מיוחד, שהרי סעיף 1 לחוק ההתיישנות (סעיף ההגדרות) מגדיר בית-משפט ככולל "כל רשות שיפוטית או בורר", ומכיוון שהבורר כפוף לדין ההתיישנות מכוח חוק ההתיישנות הרי שיכולה להיטען הטענה כי טעות בדין זה מחייבת את ביטול הפסק, אך לא כן בנוגע לטעויות בדינים אחרים. בנוסף, השופט רובינשטיין עצמו מציין בפתח הדיון בפסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח כי "אין חולק כי דין ההתיישנות חל בענייננו"<sup>70</sup> אף שהבורר היה פטור מן הדין המהותי. אולם אני סבור, מכמה טעמים, שלא בכך טמון ההסבר לפסק-הדין:

ראשית, השופט רובינשטיין אינו קובע בפסק-הדין כי טעות בדין ההתיישנות (להבדיל מטעויות אחרות בדין) היא עילה לביטול פסק בוררות.

שנית, בפסיקתו של בית-המשפט העליון – גם לאחרונה – לא נעשתה כל הבחנה בין טעות בחוק ההתיישנות לבין טעות בדין אחר. להיפך, נקבע במפורש כי גם אם בורר טעה בפרשנות חוק ההתיישנות, אין הדבר מהווה עילה לביטול הפסק<sup>71</sup>.

שלישית, מצב דברים דומה לזה הקיים בחוק ההתיישנות, קיים גם בחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961. בסעיף 1 לחוק פסיקת ריבית והצמדה (סעיף ההגדרות) נקבע גם כן כי "רשות שיפוטית" היא "לרבות בורר"<sup>72</sup>, אולם גם כאן כשנתבקש ביטול פסק בוררות בשל טעותו של בורר בדין בעניין ריבית, חזרה ונשנתה ההלכה כי אין לבטל פסק בוררות בשל טעותו של בורר בדין<sup>73</sup>.

רביעית, קביעה שלפיה טעות בחוק ההתיישנות היא עילה לביטול פסק בוררות ואילו טעות אחרת בדין המהותי אינה עילה לביטול, איננה הגיונית. סעיף 1 לחוק ההתיישנות מחיל את דין ההתיישנות על כל בורר, בלא הבחנה בין בורר שהופטר מן הדין לכוזה הקשור בו (כמו בעניין שיכון ופיתוח, שם היה הבורר פטור מן הדין). טענה לדין מיוחד בהתיישנות תביא למצב שבו גם טעותו של בורר שהופטר מן הדין תביא לבטלות הפסק

70 עניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6), פסקה ז(1)(ב) לפסק-הדין.

71 עניין כץ (לעיל, הערה 21), פסקה 4 לפסק-הדין.

72 "רשות שיפוטית" – בית-משפט, בית-דין או רשות אחרת המוסמכת על פי דין לפסוק תשלום לבעל-דין, או לקבוע סכום המשתלם לבעל-דין, לרבות בורר".

73 עניין בן-חיים (לעיל, הערה 21) (בפרשה זו פסק הבורר שיעור ריבית שלא בהתאם לחוק הריבית, תשי"ז-1957 (גם בסעיף 1 לחוק זה נאמר: "בית משפט" – לרבות בורר). בית-המשפט המחוזי ביטל את פסק הבוררות בשל טעות זו, אולם בית-המשפט העליון הפך את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי וקבע כי הלכה היא שטעותו של בורר בדין אינה עילת ביטול לפי חוק הבוררות). כן ראו רע"א 4230/90 כדורי נ' כליף, פ"ד מה(5) 715, פסקה 2 (א) לפסק-הדין; ע"א 823/87 דניה סיבוס חברה לבניה בע"מ נ' ס.ע. רינגל בע"מ, פ"ד מב(4) 605; ה"פ (ת"א) 2278/95 לופנפלד נ' גמרמן, תק-מח 96(2) 122.

(בשעה שטעות אחרת בדין של בורר שהוכפף לדין לא תביא לבטלותו). תוצאה זו היא מרחיקת לכת. יש לזכור שכאשר מופטר בורר מן הדין, יהא זה במקרים רבים דווקא כאשר הבורר אינו משפטן. במצב דברים זה, כמעט בלתי אפשרי לדרוש מן הבורר לשלוט בנבכי ההלכה על דקויותיה, כפי שהיה למשל בעניין שיכון ופיתוח. לראיה, בעניין שיכון ופיתוח הבורר היה שופט בדימוס של בית-המשפט העליון ואף הוא טעה בדין ההתיישנות. על כן פרשנות שלפיה קיים דין מיוחד בהתיישנות, תטיל על בוררים שאינם משפטנים נטל כבד מנשוא ותחייבם לפסוק בהתאם לדיני ההתיישנות על דקדוקיהם.

חמישית, קשה לטעון כי יש להבין את הלכת שיכון ופיתוח באופן זה, שכן משמעות הדברים היא שהסכמה מפורשת של הצדדים להחלת הוראות הדין חלשה מתחולת הדין עליהם מכוח הוראה עקיפה בחוק. כאמור, הלכת שטאנג קובעת שבמקום שבו הסכימו הצדדים במפורש בהסכם הבוררות כי הבורר יהא כפוף לדין, טעותו אינה מהווה עילת ביטול. לעומת זאת על-פי הטענה המוצעת לעיל, טעותו של בורר בדין ההתיישנות תהווה עילה לביטול הפסק, אף שהבורר כפוף לדין ההתיישנות רק מכוח הוראה עקיפה בחוק ההתיישנות. לטעמי, הפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ובחופש החוזים של הצדדים במקרה הראשון חמורה הרבה יותר, כך שקשה לטעון שההגנה על הסכמתם המפורשת של הצדדים היא חלשה מההגנה הניתנת להוראת חיקוק עקיפה<sup>74</sup>.

#### 4. סיכום ביניים

כאמור, טענתי היא שפסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח הכיר למעשה בטעות בדין כעילה לביטול פסק בוררות. לטעמי קיימת זהות בין המקרה שנדון בעניין שיכון ופיתוח לבין המקרה הטיפוסי מושא מאמר זה, שבו בורר כפוף לדין בהסכם הבוררות. לכן אין סיבה שפסק בוררות יבוטל בשל טעות משפטית בחוק ההתיישנות, אך לא יבוטל בשל טעות בורר בדין המהותי החל על הבורר מכוח הסכם הבוררות, שממנו שואב הבורר את כוחו. כשם שבעניין שיכון ופיתוח מחויב היה הבורר לפסוק בהתאם לחוק ההתיישנות (מכוח סעיף 1 לחוק ההתיישנות), כך גם מחויב בורר לפסוק בהתאם לדין במקרה שבו נקבע בהסכם הבוררות כי הוא כפוף לדין. כפי שבעניין שיכון ופיתוח בוטל פסק בוררות בשל טעות בדין, כך יש לבטל פסקי בוררות בשל טעויות בדין, במקום שהבורר היה כפוף לדין בהסכם הבוררות. יתרה מכך, לדעתי אף מדובר בקל וחומר. אם בית-המשפט

74 בית-המשפט העליון הביע רעיון דומה בע"א 3439/90 ד.ד.ד. בניה עבודות עפר והשקעות בע"מ נ' המועצה האזורית מטה יהודה, פ"ד מה(3) 337, שעה שביטל פסק בורר בנימוק שהצדדים קבעו במפורש בהסכם הבוררות כי יחול לעניין הריבית חוק פסיקת ריבית והצמדה, והבורר טעה בדין זה. בית-המשפט הבחין מקרה זה מהפניה כללית לפסוק על-פי הדין.

העליון ביטל פסק בוררות בשל טעות בדין גם כאשר הבורר שוחרר מן הדין (כמו בעניין שיכון ופיתוח), על אחת כמה וכמה שיש לבטל פסק בוררות בשל טעות בדין מקום שהבורר הוכפף אליו במפורש.

### ה. טעות בורר בדין במשפט האנגלי

פקודת הבוררות המנדטורית מ-1926 הועתקה כמעט במדויק מחוק הבוררות האנגלי משנת 1889, על כן יהא זה מעניין לבדוק מה הייתה ההתפתחות באנגליה ביחס לטעותו של בורר בדין ומה המצב שם כיום בעניין זה. מאז 1889 שונה החוק באנגליה כמה פעמים<sup>75</sup>, עד לחקיקת ה-Arbitration Act 1996 (להלן – החוק האנגלי). אחת המטרות העיקריות של החוק האנגלי החדש הייתה ליצור קודקס בהיר ופשוט, שדי יהיה בעיון במילותיו, בלא צורך להיזקק להלכות ולדינים שקדמו לו<sup>76</sup>. בטרם נעסוק בטעויות בורר בדין, ראוי לציין כי בחוק האנגלי קיימת עילה לביטול פסק בוררות בשל מה שמכונה שם אי־תקינות רצינית (serious irregularity)<sup>77</sup>. עילה זו החליפה את העילה בדבר התנהגות בלתי הולמת (misconduct), שהייתה קיימת ב־Arbitration Act, 1950<sup>78</sup>. אי־תקינות רצינית משמעותה אי־תקינות הנוגעת לאחד מהפגמים המפורטים בחוק, שלדעת בית־המשפט גרם או יגרם לחוסר צדק מהותי (injustice substantial)<sup>79</sup>. בתוך רשימת פגמים זו ניתן למצוא למשל אי־ניהול הבוררות בהתאם לפרוצדורה שהוסכמה בין הצדדים, אי־בהירות או דו־משמעות בפסק הבוררות, וכן סעיף סל הכולל כל אי־תקינות ביחס להליכי הבוררות או לפסק הבוררות<sup>80</sup>. בגדרי עילה זו, בית־המשפט רשאי להחזיר את פסק הבוררות לבורר לדיון מחדש, לבטל את פסק הבוררות או להצהיר על אי־תקפותו. בדומה לסעיף 26(ב) לחוק הבוררות הישראלי, גם באנגליה בית־המשפט יבטל את הפסק או יצהיר על אי־תקפותו, רק אם אין זה ראוי להחזיר את הפסק אל הבורר<sup>81</sup>. בנוסף לעילה בדבר אי־תקינות רצינית, קיימת באנגליה אפשרות לערער על טעותו של בורר בעניינים משפטיים. ב־Arbitration Act, 1979 בוטלה עילת הביטול בשל טעות

75 בשנים 1934, 1950 ו-1979. לסקירה היסטורית של חקיקת הבוררות באנגליה ראו M.J. Mustill, S.C. Boyd *Commercial Arbitration* (1982), 381-408; K. Tweeddale, A. Tweeddale *A Practical Approach to Arbitration Law* (1999), 1-30.

76 *Lesotho Highlands Development Authority v. Impregilo SpA* [2005] UKHL 43, para 19 (Lord Steyn).

77 סעיף 68(1) ל־Arbitration Act 1996.

78 R. Merkin *Arbitration Act 1996* (2000), 140.

79 סעיף 68(2) ל־Arbitration Act 1996.

80 שם, שם.

81 שם, סעיף 68(3).

על פני הפסק, מחד גיסא, אך נקבעה אפשרות לערער על פסקי בוררות, מאידך גיסא. בסעיף 1(1) לחוק מ-1979 נקבע כי לבית-המשפט אין סמכות לבטל פסק בוררות בשל טעות עובדתית או משפטית העולה על פני הפסק, אולם עילת הביטול של טעות על פני הפסק הוחלפה בסעיף 1(2) לחוק, במנגנון ערעור על פסקי בוררות בשאלות משפטיות<sup>82</sup>. התנאים לערער על פסקי בוררות הוסדרו מחדש ב-Arbitration Act, 1996. נקבעה שם הוראה דיספוזיטיבית, שלפיה ניתן לערער על טעותו של בורר בנקודה משפטית (לעתיים בזכות ולעתיים ברשות)<sup>83</sup>. ברירת המחדל בחוק היא כי ניתן לפנות בערעור לבית-המשפט בשאלה משפטית העולה מהפסק ( a question of law arising out of an award ), אלא אם הצדדים שללו זאת בהסכם הבוררות ביניהם<sup>84</sup>. לצדדים לבוררות תהיה זכות ערעור לבית-המשפט, אם נקבעה זכות כזו בהסכם שנכרת ביניהם טרם התגלעות המחלוקת<sup>85</sup>. אם לא נקבעה זכות כזו בהסכם, על העותר לבקש רשות ערעור מבית-המשפט<sup>86</sup>. כאמור, ניתן לערער על שאלה משפטית בלבד. הממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי הבורר הם סופיים ואינם נושא לערעור<sup>87</sup>. ההכרעה בשאלה המשפטית שתובא בפני בית-המשפט תתבסס באופן מלא על הממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי הבורר ואין זה מעלה או מוריד אם בית-המשפט סבור כי הממצאים העובדתיים נכונים הם או לא<sup>88</sup>. הערעור יתאפשר כאשר אין בסיס לממצאים המשפטיים שנקבעו על-ידי הבורר. נקבע למשל כי אם הבורר כתב בפסק הבוררות בטעות כי הצדדים הסכימו באשר

82 Mustill & Boyd (לעיל, הערה 76), עמ' 528.

83 ערעור לא יובא בפני בית-המשפט אם המערער לא מיצה קודם הליכי תקיפה אחרים, לרבות לפי סעיף 57 ל-Arbitration Act 1996, שעניינו פנייה לבורר לתיקון הפסק בשל טעות סופר, פליטת קולמוס, השמטה מקרית, הבהרת הפסק ואי-התייחסות בפסק לטענה שהוצגה בפני הבורר (שם, סעיפים 69(2), 70(2)).

84 סעיף 69(1) ל-Arbitration Act 1996. בסעיף זה נקבע גם כי אם הצדדים הסכימו בהסכם ביניהם לוותר על מתן נימוקים על-ידי הבורר, הרי שהדבר ייחשב כאילו שללו את זכות הערעור.

85 סעיף 69(a) ל-Arbitration Act 1996; para. ; *Russell on Arbitration* (22<sup>nd</sup> ed., 2003), 8-061.

86 סעיף 69(b) ל-Arbitration Act 1996.

87 *Russell on Arbitration* (לעיל, הערה 85), פסקה 8-058.

88 *Geogas S.A. v. Trammo Gas Ltd* [1993] 1 Lloyd's Rep. 215, p. 228, CA מובא ב-*Russell on Arbitration* (לעיל, הערה 85), פסקה 8-058. הצדדים לא יוכלו לעקוף את הכלל, לפיו הממצאים העובדתיים של הבורר הם סופיים, על-ידי טענה שהממצאים אינם עקביים, שהם יוצרים אי-תקינות חמורה, או על בסיס הטענה שלא היו ראיות מספקות התומכות בממצאים הנדונים; ראו שם, שם.

לנקודה מסוימת, אין הדבר מעלה שאלה משפטית<sup>89</sup>. במקרה כזה, הצדדים רשאים לפנות לבורר בבקשה לתיקון הפסק מכוח סעיף 57 ל-Abitration Act, 1996<sup>90</sup>. בית-המשפט ייתן רשות ערעור אם ישתכנע כי התקיימו כל התנאים הבאים<sup>91</sup>: (1) הקביעה בשאלה המשפטית תשפיע באופן מהותי על זכויות מי מהצדדים; (2) השאלה המשפטית היא אחת השאלות שנמסרו להכרעתו של הבורר; (3) החלטתו של הבורר היא מוטעית בבירור (obviously wrong) או, במקרה בו השאלה נוגעת לעניין ציבורי חשוב, די בכך שנכונות החלטתו של הבורר נתונה לפחות בספק רציני (גם אם אינה מוטעית בבירור); (4) למרות הסכמת הצדדים לפתור את המחלוקת ביניהם בבוררות, יהא זה ראוי וצודק בנסיבות העניין שבית-המשפט יכריע בשאלה. אציין כי גם כאשר צד רשאי להגיש ערעור בזכות (במקרה שבו הוסכם בין הצדדים בהסכם כי תהיה להם זכות כזו), על המערער לעמוד בתנאים אלה<sup>92</sup>.

ברוח הוועדה לחקיקת ה-Abitration Act, 1996<sup>93</sup>, הוזכרו פניות לוועדה, שבהן נטען כי משעה שהצדדים הסכימו לפתור את הסכסוך ביניהם בבוררות עליהם לציית להחלטת הבורר שבו הם בחרו. בפניות אלה נטען כי אין לאפשר ערעור לבית-המשפט על פסק בורר, כיוון שהצדדים לא בחרו בהכרעתו של בית-המשפט ומשכך היא גם אינה רלוונטית<sup>94</sup>, אולם הוועדה המליצה שלא לבטל את זכות הערעור. הוועדה סברה שמתן זכות ערעור, המוגבלת באמצעות כמה דרישות, עדיין עולה בקנה אחד עם בחירתם של הצדדים לבורר את הסכסוך ביניהם בבוררות ולא בבית-המשפט<sup>95</sup>. מעניין לציין כי לתמיכה בעמדה זו של מתן זכות ערעור, הובא ברוח הוועדה ההסבר הבא: בהסכמי בוררות רבים, הצדדים מסכימים כי זכויותיהם וחיוביהם ייקבעו על-פי דין מסוים. הוועדה סברה שבצדק יכולה להיטען הטענה כי בנסיבות הללו הצדדים הסכימו שהדין יוחל במדויק על-ידי הבורר, וכי תוצאת כישלונו של הבורר מלעשות זאת, היא שהסכסוך בין הצדדים לא הוכרע על-פי הסכמתם בהסכם הבוררות<sup>96</sup>. בהמשך הדברים אראה כי אחד מנימוקיו של בית-המשפט העליון הישראלי היה כי משעה שהצדדים

*Russell on Arbitration* (לעיל, הערה 85), פסקה 8-058. 89  
 על משמעותו של סעיף זה ראו לעיל, הערה 83. 90  
 סעיף 69(3)(d) ל-Abitration Act 1996. 91  
*Russell on Arbitration* (לעיל, הערה 85), פסקה 8-061. 92  
 Departmental Advisory Committee *On Arbitration Law – Report on the Arbitration Bill* (February 1996) (להלן – דוח ה-D.A.C.). 93  
 שם, פסקה 284. 94  
 שם, פסקה 285. 95  
 שם, פסקה 285. 96



בחרו לפנות לבוררות, עליהם לקבל את הכרעת הבורר, שכן לשם כך מינוהו, ואל לו לבית-המשפט להתערב בפסק<sup>97</sup>. נראה כי יש בדברי הוועדה המובאים כאן משום תשובה הולמת לנימוק זה שהועלה על-ידי בית-המשפט העליון<sup>98</sup>. אעיר עוד כי זכות ערעור על פסקי בוררות קיימת גם בצרפת. בדומה לחוק האנגלי, גם החוק הצרפתי קובע כלל דיספוזיטיבי של זכות ערעור, זולת אם הצדדים שללו זכות זו בהסכם הבוררות ביניהם<sup>99</sup>. על-פי החוק בצרפת לא תהיה לצדדים זכות ערעור אם הבורר הוסמך לפסוק על דרך הפשרה, אלא אם שמרו הצדדים במפורש על אפשרות הערעור בהסכם ביניהם גם במקרה כזה<sup>100</sup>.

### 1. הנימוקים שניתנו לפרשנותו של סעיף 24(7) לחוק

הנימוקים התומכים בגישתו הפרשנית של בית-המשפט העליון ביחס לסעיף 24(7) לחוק עוצבו בעניין שטאנג ומאז שב בית-המשפט על נימוקים אלה, ובמיוחד על שניים מתוכם. נימוק אחד נעוץ באי-הכללת עילת הטעות על פני הפסק בחוק הבוררות; הנימוק השני נעוץ בצורך לשמור על מוסד הבוררות ולעודד מתדיינים לפנות אליו<sup>101</sup>. כאמור, הנימוק הראשון עניינו אי-הכללתה של עילת ה"טעות על פני הפסק" בחוק הבוררות<sup>102</sup>. בית-המשפט העליון סבר כי הכרה בטעות כעילת ביטול לפי סעיף 24(7) לחוק משמעה הותרת עילת הביטול של טעות על פני הפסק על כנה, דבר המנוגד לכוונת המחוקק שלא הכליל עילה זו בחוק הבוררות. בית-המשפט סבר כי פרשנות המבקשת להכיר בטעות כנכנסת לגדר סעיף 24(7) לחוק, אף מרחיבה את העילה ההיסטורית של טעות על פני הפסק, שכן על-פי הפרשנות המוצעת לא נדרש שהטעות תהיה "גלויה"

97 להלן, פרק 31, הטקסט הצמוד להערות 164-166.

98 לגישתי מכוח עקרון חופש החוזים ניתן להגיע למסקנה דומה. על כך אעמוד להלן בפרק 31.

99 France – Code of Civil Procedure, Book IV: Arbitration (in force 14 May 1981), Article 1482.

100 שם, שם.

101 קליר (לעיל, הערה 20), עמ' 208-210, מצא בפסק-הדין ארבעה נימוקים. הוא ראה גם בלשון סעיף 24(7) לחוק (פסקה 5 לפסק-הדין) את אחד הנימוקים. בלשון הסעיף נעסוק בנפרד בפרק 5 להלן; גיורא (לעיל, הערה 20), עמ' 283-287, מצא אף הוא ארבעה נימוקים בפסק-הדין, אולם הם לא חופפים במלואם לארבעת הנימוקים של קליר. במקום הנימוק בדבר לשון הסעיף, הוא ראה בהעדפת בית-המשפט את אינטרס קיום הפסק על אינטרס ההכרעה על-פי הדין לאמיתו, כאחד הנימוקים בפסק-הדין (פסקה 6(ד) לפסק-הדין). גם בעניין איזון האינטרסים נעסוק בנפרד בפרק 5 להלן.

102 עניין שטאנג (לעיל, הערה 5), עמ' 517.

כפי שנדרש היה בעילת הטעות על פני הפסק. אולם היסק זה כלל אינו הכרחי. כפי שראינו לעיל, עילת הטעות על פני הפסק השתרעה הן על טעויות שבעובדה הן על טעויות שבמשפט, הן מקום שהבורר היה כפוף לדין המהותי הן כשהיה משוחרר ממנו<sup>103</sup>. למעשה סעיף 24(7) לחוק הבוררות הותיר את עילת הטעות במתחם צר בהרבה משהיה בפקודת הבוררות, כזה החל רק על טעות משפטית ורק במקום שבו הבורר הוכפף לדין המהותי בהסכם הבוררות. בנוסף, עיון ברוח הוועדה המייעצת לחקיקת חוק הבוררות מטיל צל כבד על הנמקתו זו של בית-המשפט העליון. נכתב שם ביחס לסעיף 34(א)(9) לחוק המוצע (סעיף 24(7) לחוק דהיום) כך:

"הוועדה שללה, איפא, את הגישה האנגלית שלפיה על הבורר לפסוק בהתאם לחוק (ראה תוספת פסקה י"א) ואף השמיטה את העילה של 'טעות על פני הפסק' מרשימת העילות האמורות (סעיף 34). ברם אין זה מונע מהצדדים להתנות כי הבורר יפסוק עפ"י הדין. במקרה זה אין בית המשפט צריך דווקא לבטל את פסק הבוררות. כאשר הטעות היא משפטית רשאי בית המשפט לתקן את הפגם או להחזיר את העניין לבורר עם הוראות מתאימות"<sup>104</sup>.

מן האמור לעיל ברור שבאיהכללת עילת הביטול של טעות על פני הפסק, המחוקק לא ביקש לשלול את סמכות הביקורת של בית-המשפט במקרה של טעות משפטית של הבורר.

הנימוק השני נעוץ כאמור במגמת החוק לעודד העברת סכסוכים לבוררות, ולכן "עילות אלה, לביטול, פורשו על דרך הצמצום ובצורה דווקנית ביותר, כשהנטייה הבוררה היא להימנע ככל האפשר מהתערבות בפסק הבוררות"<sup>105</sup>. נימוק זה מניח קיומו של יחס ישר בין אי-התערבות בפסקי בוררות לבין עידוד מתדיינים לפנות לערוץ זה. בפרק הבא אנסה להראות כי הנחה זו מעולם לא נבדקה על-ידי בית-המשפט העליון, דבר שלא מנע מבית-המשפט העליון לחזור שוב ושוב על נימוק זה, כמעט כמצוות אנשים מלומדה<sup>106</sup>.

103 לעיל, פרק א1.

104 עמ' 8 לדוח (ההדגשה שלי – ע' ר'); מובא אצל גיורא (לעיל, הערה 20), עמ' 282.

105 עניין שטאנג (לעיל, הערה 5), עמ' 517.

106 ראו למשל עניין שועלי (לעיל, הערה 33), דעת הרוב מפי השופטת חיות, הקובעת כי יש להימנע מהתערבות בפסקי בוררות "ולעודד בכך את המגמה של העברת סכסוכים לבוררות" (פסקה 12 לפסק-דינה של השופטת חיות); דנ"א שועלי (לעיל, הערה 47), דברי השופטת (דאז) ביניש, המציינת את מגמת הפרשנות המצמצמת "על מנת לחזק את מעמדו של פסק הבוררות כהכרעה סופית, ועל-מנת לעודד העברת סכסוכים לבוררות" (פסקה 1 להחלטה); עניין גמליאלי (לעיל, הערה 22), דברי השופטת פרוקצ'יה, שלפיהם "דיני הבוררות בנויים על מדיניות משפטית שעיקרה חיזוקו של מוסד הבוררות וצמצום ההתערבות השיפוטית במהלכיו" (פסקה 11 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה).

## ז. הנימוקים התומכים בשינוי ההלכה

בפרק זה אבקש לעמוד על נימוקים אחדים התומכים לדעתי בשינוי ההלכה ביחס לפרשנות סעיף 24(7) לחוק, תוך התייחסות גם לנימוקו המרכזי של בית-המשפט העליון, שלפיו מדיניות של אי-התערבות בפסקי בוררות תעודד מתדיינים לפנות לערוץ זה. חלק מן הנימוקים שאמנה להלן, תומכים אף בהרחבת ההתערבות בפסקי בוררות בכלל, ולא רק במסגרת העילה הקבועה בסעיף 24(7) לחוק.

### 1. עידוד מתדיינים לפנות לבוררות

כאמור, הנימוק בדבר השמירה על מוסד הבוררות ועידוד מתדיינים לפנות לאפיק זה, הוא שעמד בבסיס תפיסתו ארוכת השנים של בית-המשפט העליון בפרשנות המצמצמת והדוקנית של עילות הביטול שבחוק הבוררות, ובכללן העילה השביעית. הן בעניין שטאנג הן בפסיקת בית-המשפט העליון בשנים שלאחר מכן, לא הובאו כל תימוכין לטענה שאי-התערבות בפסקי בוררות מעודדת מתדיינים לפנות לבוררות<sup>107</sup>, וכפי שנאמר כבר בהקשר דומה "המדיניות והחקיקה נקבעים לא-אחת על סמך השערות שלא נבדקו"<sup>108</sup>. אנסה להראות כי אם היה תר בית-המשפט העליון אחר תימוכין לעמדתו, יש להניח שהיה מוצא דווקא תימוכין הפוכים. על תימוכין אלה נעמוד בפרק זה. לטעמי, אי-התערבותו של בית-המשפט בטעויות בוררים בדיון המהותי – על אף ההסכמה החוזית המפורשת בין הצדדים שסכסוכם יוכרע על-פי הדין המהותי – הוא דווקא גורם המרתיע מתדיינים מלפנות לבוררות ולא גורם המעודד אותם לכך. אנסה לבסס גם את הטענה כי תופעת ההדרה הזו הולכת ומחמירה, מן הטעם שככל שיותר מתדיינים ועורכי-דין "נכווים" בפסק בוררות שניתן בניגוד לדין המהותי ובית-המשפט שאליו הם עותרים משיב להם כי "גם אם אתם צודקים אינני יכול לעשות דבר", תופעת ההדרה ממוסד הבוררות תלך ותתרחב. יתרה מכך, לטעמי, לא רק הצד המפסיד ידיר רגליו ממוסד זה אלא גם הצד המנצח. עורך-דין היודע שניצח בבוררות בגלל טעות משפטית של בורר, ירחיק גם הוא את עצמו ואת לקוחותיו ממוסד זה בטווח הארוך, בידעו

107 ספק כלל אם בית-המשפט היה רשאי לעשות שימוש בנימוק זה. שאלה מעניינת היא אם בית-משפט רשאי לנמק את פסקיו בנימוקים שבמדיניות משפטית, המערבים עניינים שבעובדה בלא שהובאו ראיות לכך. הדבר חורג לכאורה מהדיעה השיפוטית המצומצמת שבה מותר לשופט לעשות שימוש בלא שהוצגו לפניו ראיות (וראו י' קדמי על הראיות (כרך ב, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשס"ד), 565-627). שאלה זו חובקת את סוגיית שיקולי המדיניות המשפטית בכל שטחי המשפט והיא חורגת ממוסד דיונו כאן.

108 מ' בר-ניב, ר' לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות לשוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" משפט ועסקים ב (תשס"ה) 209, 224.

שבכוררות הבאה הוא יכול למצוא עצמו בעברו השני של המתרס. בפרק זה אנסה לבסס את טענתי זו ממקורות שונים.

א. שנאת סיכון (*Risk Averse*) – ההנחה המקובלת בתחומים רבים היא שאנשים הם בדרך כלל "שונאי סיכון" במצבים של חוסר ודאות: "People are generally risk-averse, preferring a sure thing to uncertain levels of consumption"<sup>109</sup>. לדברי Kenneth J. Arrow (זוכה פרס נובל בכלכלה לשנת 1972), "שנאת סיכון" היא הסבר לתופעות רבות בעולם הכלכלה:

"(a) individuals tend to display aversion to the taking of risks, and (b) that risk aversion in turn is an explanation for many observed phenomena in the economic world"<sup>110</sup>.

על תופעה זו מושתת למשל עולם הביטוח<sup>111</sup>. בשל תופעת שנאת הסיכון אנשים מוכנים לשלם פרמיית ביטוח גבוהה יותר מתוחלת הסיכון שלו הם חשופים. כך למשל על מכונית ששווייה 50,000 ש"ח והסתברות גניבה של 1%, אנו נכונים לשלם פרמיית ביטוח הגבוהה מ-500 ש"ח, שהיא תוחלת הסיכון במקרה זה<sup>112</sup>. שנאת סיכון מסבירה התנהגויות בתחומים נוספים. כך למשל רוב האנשים מעדיפים השקעה עם סיכון נמוך, אף שהשקעות עם סיכון גבוה (כמו השקעה במניות) נותנות בממוצע תשואה גבוהה יותר. אין ספק כי פנייה לבוררות ללא יכולת להשיג על תוצאת הבוררות מגלמת בתוכה סיכון לא קטן. אם אין כל ערובה לכך שבוררות, שהוסכם לגביה על-ידי הצדדים שתוכרע לפי הדין המהותי, אכן תוכרע לפי דין זה, ובהינתן העובדה שגם אם יטעה

A.E. Roth "Comments on Tversky's Rational Theory and Constructive Choice" *The Rational Foundations of Economic Behavior* (K. Arrow et al. eds., 1996), 208

K.J. Arrow "The Theory of Risk Aversion" *Essays in the Theory of Risk-Bearing* (1974) 90

L. Wortham "The Economics of Insurance Classification: The Sound of One Invisible Hand Clapping" 47 *Ohio St. L.J.* (1986) 835, 843; R.H. McAdams "Relative Preferences" 102 *Yale L.J.* (1992) 1, 47: "Insurance is explained by the concept of 'risk aversion'; risk-averse consumers will pay others more than the expected value of a risk of loss to induce them to bear the risk"; P. Siegelman "War Damage Insurance After Fifty Years: A New Old Look at Terrorism Insurance: Jack Hirshleifer's War Damage Insurance after Fifty Years" 9 *Conn. Ins. L.J.* (2002) 19, 26: "insurance is welfare-enhancing because most people are usually risk-averse"

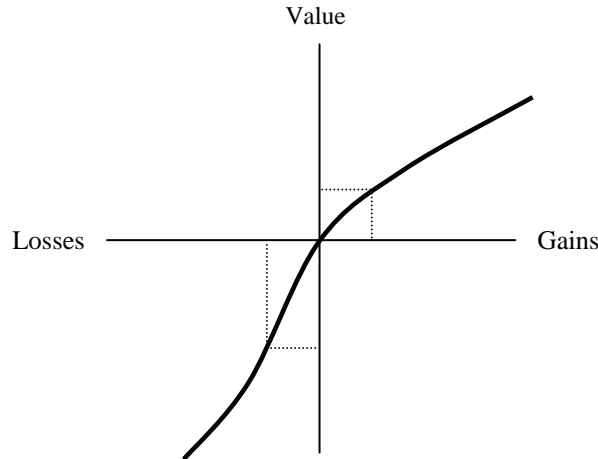
112 תוחלת היא ממוצע משוקלל, שבו כל תוצאה אפשרית משוקללת בהסתברות שתתרחש. התוחלת בדוגמה שלעיל היא  $0.01 \times 50,000 + 0.99 \times 0 = 500$  (1% שנפסיד 50,000 ש"ח + 99% שלא נפסיד דבר); ראו ד' כהנמן רציונליות, הוגנות, אושר – מבחר מאמרים (מ' בריהל עורכת, 2005), 65.

הבורר בטעות ברורה וקשה, לא יזכו המתדיינים לכל סעד, הרי שבהיות מרבית האנשים שונאי סיכון, יש להניח שהם לא יפנו לערוץ שכזה. בהינתן שמרבית האנשים הם שונאי סיכון, הרי שיש לנקוט דרך שיש בה כדי להקטין סיכונים על מנת לעודד אנשים לפנות לערוץ זה.

ב. תורת הערך (*Prospect Theory*) – תורת הערך היא אחת מהתאוריות החשובות ביותר בתחום קבלת החלטות בתנאי אי-ודאות. תורת הערך פורסמה על-ידי פרופ' דניאל כהנמן ופרופ' עמוס טברסקי בשנת 1979<sup>113</sup>. על פיתוחה של תאוריה זו זכה פרופ' כהנמן בפרס נובל בכלכלה לשנת 2002. תורת הערך היוותה חלופה לתורת תועלת המבוססת על הרציונליות של האנשים<sup>114</sup>. כהנמן וטברסקי היו חלוצי התפיסה שלפיה הטיות קוגניטיביות מונעות מאנשים לפעול בצורה רציונלית מלאה במוכן הנדרש על-ידי תורת התועלת. הם גילו למשל שהפסד הוא בעל משקל רב יותר מאשר ניצחון באותו שיעור. תופעה זו כונתה על-ידיהם שנאת הפסד (*loss aversion*)<sup>115</sup>. מחקרם הראה שבני אדם מביעים חוסר שביעות רצון רב יותר מהפסד מסוים מאשר שביעות רצון מרווח בשיעור דומה<sup>116</sup>. כדברי כהנמן וטברסקי: "losses loom larger than corresponding gains". כך למשל הם גילו שמיעוט קטן ירצה להשתתף בהגרלה שיש בה הסתברות של 50% לזכות ב-\$150 והסתברות של 50% להפסיד \$100, למרות שתוחלת הרווח במקרה כזה גדולה מתוחלת ההפסד. למעשה, הסתבר שרק כאשר סכום הרווח עולה פי שניים לפחות מסכום ההפסד, ירצו רוב האנשים להשתתף בהגרלה כזו<sup>118</sup>. דהיינו, כדי לפצות על הסיכוי להפסד נדרש פיצוי של סיכוי לרווח בסכום של פי שניים ומעלה. הם ציינו

- D. Kahneman, A. Tversky "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk" 113  
47 *Econometrica* (1979) 263
- 114 תורת התועלת היא תאוריה כלכלית, שלפיה אנשים מקבלים החלטות על-פי מבחן מיקסום התועלת הכלכלית בהחלטות רציונליות.
- A. Tversky, D. Kahneman "Loss Aversion ; (לעיל, הערה 113) Kahneman & Tversky 115  
in Riskless Choice: A Reference Dependent Model" 106 *Quarterly Journal of Economics* (1991) 1039; D. Kahneman, J.L. Knetsch, R.H. Thaler "The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias" 5 *Journal of Economic Perspective* (1991) 193
- R. Thaler, A. Tversky, D. Kahneman, A. Schwartz "The Effect of Myopia and Loss 116  
Aversion on Risk Taking: An Experimental Test" 112 *Quarterly Journal of Economics* (1997) 647  
Kahneman, Knetsch & Thaler (לעיל, הערה 115).
- 117 Tversky & Kahneman (לעיל, הערה 115).
- 118 כהנמן (לעיל, הערה 112), עמ' 161.

שתופעה דומה קיימת גם בקבלת החלטות בידי תאגידים ואף ביתר שאת<sup>119</sup>. פונקציית הערך תוארה על-ידי כהנמן וטברסקי בגרף הבא<sup>120</sup>:



פונקציית הערך המבוטאת בגרף זה תלולה בתחום ההפסדים של הגרף ומתונה יותר בתחום הרווחים. כפי שניתן לראות מן הקורדינטות המסורטטות על גבי הגרף, רווח בשיעור מסוים הוא בעל ערך חיובי נמוך מהערך השלילי הנובע מהפסד באותו שיעור. כהנמן וטברסקי גילו ששיפוע הגרף בתחום ההפסדים תלול פי שניים משיפוע הגרף בתחום הרווחים<sup>121</sup>.

מחקר זה מטיל צל כבד על ההנחה המסתתרת מאחורי הפרשנות המצמצמת של בית-המשפט העליון, שלפיה צדדים הפונים לבוררות מעונינים בהכרעה מהירה שלא יהיו אחריה השגות נוספות על פסק הבוררות, מתוך מחשבה שפעם אחת יכול המתדיין להפסיד, אך בפעם אחרת לנצח. מחקרים אלה מצביעים על כך שההשפעה השלילית על

119 שם, עמ' 113.  
 120 Kahneman & Tversky (לעיל, הערה 113), עמ' 279; Tversky & Kahneman (לעיל, הערה 115), עמ' 1040; Kahneman, Knetsch & Thaler (לעיל, הערה 115), עמ' 200.  
 121 Kahneman, Knetsch & Thaler (לעיל, הערה 115), עמ' 199. להשלמת התמונה יוער כי פונקציית הערך משקפת גם תופעה של "אהבת סיכון" בתחום ההפסדים כאשר אין מדובר בהפסדים גדולים, דהיינו אנשים מעדיפים סיכון להפסד גדול מאשר הפסד ודאי קטן יותר, ולכן רוב האנשים יעדיפו הסתברות של 50% להפסיד \$100 מאשר הפסד ודאי של \$50; ראו כהנמן (לעיל, הערה 112), עמ' 162.

מתדיינים שיפסידו בבוררות שלא כדין (ללא יכולת השגה על כך) ועל עורכי-דינם תהיה גדולה בהרבה מההשפעה החיובית על אלו שינצחו.

ג. מחקרים אמפיריים – למיטב ידיעתי נערך בישראל מחקר אמפירי אחד על נטייתם של מתדיינים לפנות לבוררות: המחקר ומחקר ההמשך של בורונובסקי (בר-ניב) ולחמן<sup>122</sup>. המחקר נערך בקרב עורכי-דין ושופטים אשר נשאלו למידת נטייתם של מתדיינים לפנות לערוץ הבוררות. הממצא המרכזי של המחקר הוא שהנטייה לפנות לבוררות בקרב מתדיינים היא נמוכה ביותר<sup>123</sup>. המחקר הניח כי עורכי-דין הם הקבוצה הטובה ביותר לבחון שאלה זו משום שהם המייצגים למתדיינים באשר לצעדים שעליהם לנקוט<sup>124</sup>. המחקר גילה כי לנטייתם של עורכי-דין לפנייה לבוררות יש משקל נכבד בהשפעה על נטייתם של המתדיינים לפנות לאפיק זה<sup>125</sup>, ולכן הוצע אף על-ידי המחברים למקד מאמצי עידוד לפנייה לבוררות בקרב עורכי-הדין<sup>126</sup>. באופן מפתיע גילה המחקר שאין קשר בין הנטייה לפנות לבוררות לבין האופן שבו תופסים הנשאלים את תפקודם הכללי של בתי-המשפט, את יעילותם ואף לא למידת שביעות הרצון מהם<sup>127</sup>. התברר כי גם מי שסולד ונרתע מבתי-המשפט איננו נוטה לפנות לבוררות<sup>128</sup>. בהיעדר הסבר המניח את הדעת, ניסו המחברים לתלות את תופעת הנטייה הנמוכה לפנות לבוררות במאפיין אי-הוודאות המשפטית המיוחסת לבוררות. המחברים הסבירו שבעוד שבהליך בבית-המשפט ניתן לצפות לרמה גבוהה של ודאות, הרי שבהליך בוררות אי-הוודאות באשר לתוצאת הבוררות היא גבוהה יותר<sup>129</sup>, אולם עורכי המחקר נטו שלא לאמץ הסבר זה באומרים כי: "חולשתו העיקרית של הסבר זה הוא בכך, שהצדדים חופשיים להתנות כי הליכי הבוררות יתנהלו על-פי כללי הדין המהותי והפרוצדורלי. הסכמתם לכך עשויה להביא לניהול ההליך ולתוצאה, הקרובים ביותר לאלה הצפויים בבית-משפט"<sup>130</sup>. כאן, לדעתי, לא נתנו המחברים את דעתם לנתון מאוד רלוונטי לעניין והוא מושא מאמר זה. בשונה מבית-המשפט, אם נופלת בבוררות טעות

122 מ' בורונובסקי, ר' לחמן "שימוות הבוררות כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ (תשנ"א-תשנ"ג) 269, ומחקר ההמשך בר-ניב ולחמן (לעיל, הערה 108).

123 בורונובסקי ולחמן (לעיל, הערה 122), עמ' 285. מחקר ההמשך הראה שנטייה נמוכה זו נשמרת (בר-ניב ולחמן (לעיל, הערה 108), עמ' 232), והיא אף נחלשה עוד יותר בקרב נתבעים (שם, עמ' 233).

124 בר-ניב ולחמן (לעיל, הערה 108), עמ' 226.

125 בורונובסקי ולחמן (לעיל, הערה 122), עמ' 281.

126 שם, עמ' 285.

127 שם, עמ' 279.

128 בר-ניב ולחמן (לעיל, הערה 108), עמ' 233.

129 בורונובסקי ולחמן (לעיל, הערה 122), עמ' 284.

130 שם, שם.

בדין המהותי, ואפילו תהא זו טעות קשה ובוררה, הרי על-פי הדין הקיים התוצאה הזו לא תשתנה והצדדים ימצאו עצמם עם הכרעה שאינה על-פי הדין. לכן לא ניתן לומר, כפי שהניחו המחברים, כי אם מחילים את הדין המהותי על הבוררות, הצדדים יכולים להגיע לרמה גבוהה של ודאות הדומה לזו שבבית-המשפט. משכך, הסברם של המחברים, שלפיו ייתכן שבסוגיית הוודאות המשפטית טמון ההסבר לנטייה הנמוכה של מתדיינים לפנות לבוררות, חוזר לראשיתו, ואכן יש בו כדי להסביר את תופעת הנטייה הנמוכה לפנות לבוררות.

ממצא נוסף מעניין עולה ממחקר זה ויש בו – כך נדמה לי – להאיר עניינים. הסתבר כי אחת התגליות העיקריות היא כי נטייתם של עורכי-דין בעלי ותק גבוה (למעלה מ-6 שנים) לפנות לבוררות נמוך עד פי חמישה מעורכי-דין בעלי ותק פחות (1-6 שנים)<sup>131</sup>. ממצא זה נראה תמוה ביותר בעיני המחברים והם לא מצאו לו כל הסבר: "המימצא העיקרי הוא, כי עורכי-דין 'חדשים' מעריכים במידה רבה יותר קיום נטייה לבוררות מאשר עורכי-דין 'ותיקים'. לכאורה ניתן היה לצפות שדווקא עורכי-הדין החדשים 'ישושו אלי קרב המשפט' ואילו הותיקים יגלו נכונות לפשרה. אולם הממצאים הפוכים"<sup>132</sup>. נדמה לי שפיצוח הממצא הבלתי מוסבר הזה נעוץ בטענה שביקשתי לטעון בתחילת הדברים ובתופעת שנאת ההפסד. טענתי הייתה שככל שעורך-הדין נחשף ליותר בוררויות, הסיכוי שהוא "ייכווה" גבוה יותר. כיוון שהפסד הוא בעל השפעה גדולה יותר על קבלת ההחלטות מאשר ניצחון, הרי שככל שעורך-דין משתתף במספר רב יותר של בוררויות, סביר להניח שהוא ילך ויסלוד ממוסד זה<sup>133</sup>. זהו ההסבר לדעתי לממצא שלפיו נטייתם של עורכי-הדין הוותיקים (אלה שהספיקו להיכוות) לפנות לבוררות נמוך מעמיתיהם החדשים<sup>134</sup>. ממצא מעניין נוסף במחקרם של בר ניב ולחמן, העשוי לשפוך

131 שם, עמ' 279. תופעה זו הופיעה במחקר ההמשך בקטיגוריה של הנכונות להכליל תניות בוררות בהסכמים. התגלה כי נטייתם של עורכי-הדין הוותיקים לכלול תניות בוררות בהסכמים נמוכה מאשר בקרב עמיתיהם ה"צעירים" (בר-ניב ולחמן (לעיל, הערה 108), עמ' 237).

132 בורונובסקי ולחמן (לעיל, הערה 122), עמ' 285 (ההדגשה שלי – ע' ר').  
 133 ניתן אולי להעלות גם את הסברה שככל שעורך-הדין ותיק יותר הוא חושש מיסוד אי-הוודאות הטמון בהיעדר היכולת לבחור את השופט פחות, להבדיל מבורר שאותו ניתן לבחור. נראה לי שניתן להעלות גם את הטענה ההפוכה: ככל שעורך-הדין ותיק יותר, הוא נאיבי פחות והוא יודע שאמונה כנה בצדקת עמדתו איננה ערובה לתוצאה נכונה במשפט.  
 134 ממצא נוסף התומך בהסבר זה הוא שנטייתם של עורכי-דין שכירים לפנות לבוררות גבוהה מנטייתם של השותפים במשרדים. מסתבר שבקרב השותפים במשרדים הגדולים הנטייה לבוררות היא נמוכה ביותר (בורונובסקי ולחמן (לעיל, הערה 122), עמ' 281). המחברים העלו השערה בלבד שמא שיקולים שבשכר טרחה יש בהם כדי להסביר תופעה זו. ההסבר שהצעתי לעיל נותן מענה גם לממצא זה, שכן בדרך כלל עורכי-הדין השכירים הם בעלי הוותק המועט ואילו השותפים הם בעלי הניסיון הרב יותר.



אור על גישתם המצמצמת של בתי-המשפט, הוא ששני שלישים מהשופטים בישראל מצדדים בהצעה שלפיה תינתן להם סמכות להעביר סכסוכים לבוררות גם ללא הסכמת הצדדים. בר-ניב ולחמן מציינים ובצדק כי ממצא זה מדאיג, משום שהשופטים מצדדים בהצעה כזו, על אף הפגיעה הקשה בזכות הגישה לערכאות הגלומה בה. המחברים מייחסים ממצא זה לעומס הרובץ על השופטים<sup>135</sup>.

ד. שימוש המדינה במוסד הבוררות – אחת מהמלצות הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט בישראל, בראשותו של שופט בית-המשפט העליון (דאז) תאודור אור, הייתה כי משרד המשפטים יוציא הנחיה לכל הפרקליטים המופיעים בשם המדינה ליזום הליכים אלטרנטיביים ובהם בוררות, על מנת להקל על העומס במערכת בתי-המשפט<sup>136</sup>. על אף המלצה זו, בפועל הוציא היועץ המשפטי לממשלה דאז המלצה הפוכה לחלוטין, ולפיה ככלל, מדינת ישראל על זרועותיה לא תיטול חלק בהליכי בוררות. בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה אף הובא הנימוק לכך: "ככלל, על סכסוך שהמדינה צד לו להתברר בפני ערכאה שיפוטית והמדינה לא תפנה ליישוב בסכסוך בדרך של בוררות, וזאת מתוך הגישה שעל המדינה, שהליך שיפוטי מאפשר לה מיצוי זכויותיה הדיוניות, לנהל הליכים על פי סדרי דין ודיני ראיות אחידים. בנוסף, פסקי-דין של בתי-המשפט ניתנים לערעור, מקום שהדבר דרוש, בעוד שהעילות לפי חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, להשגה על פסק בוררות הן מצומצמות ביותר"<sup>137</sup>. בפרשת שועלי ציין השופט רובינשטיין (עד לא מזמן היועץ המשפטי לממשלה ומי שחיבר את ההנחיה הנ"ל) כי פתיחה מסוימת של ההתערבות בפסקי בוררות עשויה להביא לשינויה של הנחיה זו<sup>138</sup>. הנה כי כן, לפנינו ממצא אמפירי מובהק לכך שהמתדיין הגדול בישראל מדיר רגליו באופן גורף ממוסד הבוררות, בשל העובדה שלא ניתן להתערב בפסקי בוררות במקום שהבורר טעה, ואף אם טעותו חמורה, וכל זאת אף בהינתן המלצה הפוכה של הוועדה לבדיקת מערכת בתי-המשפט<sup>139</sup>.

ה. ההצעה לתיקון החוק – ביום 31.10.2005 הוגשה לכנסת הצעת חוק הבוררות (תיקון – ערעור על פסק בוררות), תשס"ו-2006<sup>140</sup>. הצעת חוק זו נועדה לייסד ערכאת

- 135 בר-ניב ולחמן (לעיל, הערה 108), עמ' 242-243.  
 136 דוח הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל (בראשות שופט בית-המשפט העליון תיאודור אור, תשנ"ז-1997), 104.  
 137 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 6.1204 (י"ז באלול תשס"ג, 14 ספטמבר 2003).  
 http://www.justice.gov.il.  
 138 עניין שועלי (לעיל, הערה 33), פסקה ה(ב) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.  
 139 ניתן אולי לטעון כי המדינה מעדיפה להתדיין בבית-המשפט ולא בבוררות, גם משום שזהו מוסד מדינתי ושם היא עשויה למצוא אוזן קשבת, יותר מאשר אצל בורר "פרטי", אולם אם נימוק זה קיים, הרי שזהו נימוק סמוי שאינו מצוי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, ועל כן קשה להעריכו.  
 140 הצעת החוק פורסמה באתר הכנסת <http://www.knesset.gov.il>.

ערעור סטטוטורית על פסקי בוררות, במקום שבו הצדדים מסכימים על כך בהסכם הבוררות ביניהם. בדברי ההסבר להצעת החוק הובהר כי גישת הפרשנות המצמצמת אינה מניחה את הדעת ואינה מאפשרת תיקון טעויות של ממש בפסקי בוררות. על כן נדרש, לדעת יוזמי הצעת החוק, שינוי חקיקה שיאפשר תיקון טעויות בפסקי בוררות. בדברי ההסבר להצעת החוק הוסבר עוד כי נדרש שינוי חקיקתי, כיוון שגישת הפרשנות המצמצמת לעילות הביטול מרתיעה מתדיינים מלפנות לבוררות<sup>141</sup>.

ו. נתוני לשכת עורכי-הדין – על-פי נתונים שפורסמו על-ידי לשכת עורכי-הדין מונו רק 52 בוררים על-ידי ראש לשכת עורכי-הדין בשנה החולפת<sup>142</sup>, בעוד לשכה זאת עשויה לרכז מספר פניות גדול בהרבה. בנייר עמדה מטעם יוזמי ההצעה לתיקון החוק (שאחד מהם הוא יושב-ראש ועדת הבוררות של לשכת עורכי-הדין), הם סברו – מניסיונם – כי במקום שבו הלקוחות עשויים לאבד את זכויותיהם ללא זכות ערעור אין רגליהם של הפרקליטים ולקוחותיהם רוצה לדרוך<sup>143</sup>.

ז. הרהורי כפירה של בתי-המשפט עצמם – כפי שכבר הוזכר, השופט רובינשטיין העלה הרהורי כפירה בעניין זה בפסקי-הדין שנתן לאחרונה. כך, באחת הפרשות ציין כי: "ל'פורמליות' היתרה של מסגרת הבוררות תועלת של שימת קץ לסכסוכים, אך גם שוברת בצדה, בחשש של מתדיינים להעביר עניינם לבוררות, שמא לא יוכלו להשיג על טעויות בעלות משמעות, אם יפלו כאלה לידים בפסק הבורר"<sup>144</sup>. דברים דומים אמר השופט רובינשטיין גם בעניין שועלי<sup>145</sup> ובעניין שיכון ופיתוח<sup>146</sup>. הרהורים דומים מצאנו גם בפסיקת בתי-המשפט המחוזיים. השופטת וסרקרוג ציינה כי: "דווקא המגמה לעודד העברת סכסוכים לבוררות, מצדיקה לעיין מחדש בקביעה כי בין עילות הביטול לא תתקיים עוד העילה של 'טעות על פני הפסק'... אולי [היא] אף יכולה לעודד פניה

141 וכך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק: "בשל כך שאין דרך סלולה לתקן טעות שנפלה בפסק בוררות, דבר המרתיע רבים מלפנות לבוררות מלכתחילה" (ההדגשה שלי – ע' ר').

142 נייר עמדה מטעם יוזמי הצעת החוק (ללא תאריך).

143 בנייר העמדה מטעם יוזמי הצעת החוק נכתב: "תופעה נוספת בה ניתן להבחין הנה נקיטת מדיניות של 'בריחה מהליכי בוררות' על-ידי עורכי-דין רבים ואף אנשי עסקים בכירים. במקום בו עשויים הלקוחות לאבד את זכויותיהם ללא זכות ערעור אין רגליהם של הפרקליטים ולקוחותיהם רוצה לדרוך".

144 עניין כהן (לעיל, הערה 45), עמ' 46.

145 עניין שועלי (לעיל, הערה 33), פסקה ד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

146 עניין שיכון ופיתוח (לעיל, הערה 6), פסקה ז(3) לפסק-הדין. אין להבין מכך שזו העמדה השלטת בבית-המשפט העליון. השופט חשין למשל ציין בפרשת שועלי (לעיל, הערה 33) כך: "אשר להערותיו של חברי השופט רובינשטיין על-אודות היחס בין הליכי בוררות לבין ההליכים בבית-משפט... לוואי ובעלי דין היו נדרשים להליכי בוררות – תחת בית-משפט – יותר משנדרשים הם לכך כיום. על צידי-שלי אוסיף, כי נוח לי שהתערבות בתי-המשפט בהליכי הבוררות תהא מצומצמת ככל שניתן" (ההדגשה שלי – ע' ר').

רבה יותר של מתדיינים למוסד זה<sup>147</sup>. וכך גם השופטת שטרנברג-אליעז: "פרשנות מחמירה זו [לסעיף 24(7) – ע' ר'], עלולה להחמיץ מדיניות של עידוד העברת הסכסוכים לבוררות, שכן המעוניינים בהכרעה על-פי הדין המהותי, ידירו רגליהם ממוסד זה"<sup>148</sup>. לאחרונה אף ציינה השופטת סירוטה (מבית-המשפט המחוזי בתל-אביב) כי נוכח המצב הקיים, ידוע לה מניסיונה שהמתדיינים נוהרים מפנייה לבוררות וקראה למחוקק ליתן דעתו בעניין בהקדם<sup>149</sup>.

ח. פרשת אלי ארוך – לאחרונה ניתן פסק בוררות בעניין משקיע המעו"ף (מכשירים עתידיים ופיננסיים) אלי ארוך נגד חברת כלל פיננסים (לשעבר אילנות בטוחה). פסק הבוררות ניתן על-ידי שופט בית-המשפט העליון (בדימוס) יעקב מלך ז"ל. פסק הבוררות שלא היה מנומק, נכתב על פני שני עמודים וחצי ובו חויבה חברת כלל פיננסים בתשלום של 95 מיליון ש"ח. הסכום החריג גרם לסערה רבתי בעולם העסקי והמשפטי כאחד והפרשה זכתה להד רב. מיד לאחר שניתן פסק הבוררות בפרשה זו, הודיע יושב-ראש כלל פיננסים כי מעתה ואילך לא ייכללו עוד תניות בוררות בהסכמים מסחריים של הקבוצה, וכי כל סכסוך יופנה אך ורק לבית-המשפט<sup>150</sup>. עוד צוטט יושב-הראש כמי שאומר שניתן להניח שמהלך דומה יחול בקבוצת אי. די. בי. כולה (שקבוצת כלל משתייכת אליה), שהיא אחד הקונצרנים הגדולים במשק<sup>151</sup>. בעקבות הפרשה התבטא גם נשיא המוסד הישראלי לבוררות עסקית, שופט בית-המשפט המחוזי (בדימוס) אמנון סטרשנוב, וציין כי על בית-המשפט להיכנס לגופו של פסק הבוררות ולא להסתפק

147 בש"א אחים שורק (לעיל, הערה 29), פסקה 24 לפסק-הדין.

148 עניין *Opal* (לעיל, הערה 30). יוער כי השופטת שטרנברג-אליעז הייתה השופטת שעסקה בענייני בוררות בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב במשך שנים רבות, כך שלאמירתה זו יש ערך מוסף של שנות ניסיון בפועל במפגש עם מתדיינים בבוררות.

149 ה"פ (ת"א) 710/05 למד חברה להשקעות ומסחר בע"מ נ' *RIT Technologies LTD* (13.3.06), נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

150 התבטאות זו מחזקת את העמדה שהצעתי לעיל, שלפיה מי ש"נכווה" בבוררות בלא אפשרות להשיג על תוכנה, ידיר רגליו ממוסד זה. יש להניח כי יושב-ראש כלל פיננסים כבר זכה בעברו בכמה בוררות, אולם כפי שצינתי, די בתסכול אחד הנובע מאי-היכולת להשיג על החלטה מוטעית, כדי להעיב על כל ניסיון קודם, מוצלח ככל שיהיה. לעומת זאת היו שטענו כי הצהרות אלה היו חלק מניסיון הפעלת לחץ על המערכת המשפטית לשינוי החלטת הבורר.

151 כך צוטט יושב-ראש כלל פיננסים, מר אביגדור קפלן, בעיתון גלובס מיום 19.2.2006: "מכאן ואילך אנו נימנע באורח מוחלט מהכללת סעיף בוררות בהסכמים מסחריים. כל סכסוך מסחרי יופנה אך ורק לבית משפט. אני מניח שהחלטה דומה תתקבל בקבוצת אי. די. בי כולה. אם התוצאות של בוררות הן הליך ארוך ומייגע, סטיה מכתב מינוי הבורר... והיעדר אפשרות לערער על פסיקתו של הבורר גם אם היא נוגדת את השכל הישר – בשביל מה להשתמש במנגנון כה מסוכן?" (ההדגשה שלי – ע' ר').

בבחינה חיצונית של<sup>152</sup>. גם השופטת (בדימוס) שרה פריש, היושבת בדין כבוררת, התבטאה בעקבות הפרשה ואמרה כי יש להרחיב את התערבות בתי-המשפט בפסקי בוררות<sup>153</sup>.

ניתן לסכם ולומר כי בחינה מדוקדקת של ההנחה שהיוותה הבסיס לפסיקתו של בית-המשפט העליון מגלה כי הפרשנות המצמצמת לעילת הביטול שבסעיף 24(7) לחוק אינה מעודדת מתדיינים לפנות למוסד הבוררות אלא דווקא מרחיקה אותם ממנו.

## 2. שיפור איכות השפיטה בהליכי בוררות והגברת אמון הציבור בהליך זה

שיקול נוסף לתמיכה בהתערבותם של בתי-המשפט בפסקי בוררות, הוא שיפור איכות השפיטה בבוררות. בתחום המשפט המינהלי למשל, תפקידה המרכזי של הביקורת השיפוטית הוא בשיפור מעשי המינהל ובהבטחת תקינות החלטותיו. כך ציין פרופ' יצחק זמיר: "החשיבות העיקרית של הביקורת השיפוטית, כמו של כל ביקורת אחרת נעוצה בהרתעה [...] אם הביקורת לא תהיה קפדנית ויעילה, יחלשו העירנות והזהירות של הרשויות המינהליות, תפגע הרמה של ההתנהגות המינהלית, ויתערער גם הבסיס לאמון מצד בית המשפט"<sup>154</sup>. באחת הפרשות, בהרחיבו את הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי, היטיב הנשיא (לשעבר) ברק לתאר תאוריה זו באומרו כי "באין דיין אין דין"<sup>155</sup>. על-פי תפיסה זו, הערובה להכרעה בסכסוך על-פי הדין המהותי היא הבטחת האפשרות שהדיין (בית-המשפט) יוכל להתערב מקום שהדין אינו מיושם. כמו במשפט המינהלי, כך גם במעשה השפיטה עצמו, הביקורת השיפוטית נועדה לא רק להבטיח משפט הוגן וצודק אלא גם להבטיח את תפקודה הנאות של הערכאה הראשונה. בית-המשפט העליון ציין באחת הפרשות:

152 בכתבה בעיתון גלובס מיום 5.3.2006 נכתב: "סטרשנוב הביע תקוותו כי בית המשפט, שידון בבקשה לביטול פסק הבורר, שבוודאי בקרוב תוגש, לא יסתפק בבחינה פורמלית של עילות ביטול פסק בורר לפי סעיף 24 לחוק הבוררות, אלא ייכנס לעובי הקורה ויפעיל מבחנים מהותיים, על מנת להכריע אם נעשה במקרה זה משפט צדק". דברים דומים יוחסו לשופט סטרשנוב גם בעיתון הארץ מיום 6.3.2006.

153 כך צוטטה השופטת שרה פריש בעיתון גלובס מיום 27.2.2006: "בהיעדר אפשרות לערער על פסק בורר, צריך להרחיב את ההתערבות של בתי המשפט בפסקי הבורר".

154 'זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו), 77. ראו גם ר' הר-זהב המשפט המנהלי הישראלי (תשנ"ז), 441.

155 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 638.

"קיומה של ערכאת ערעור, שתפקידה להעביר את פעולתו של בית המשפט של ערכאה ראשונה תחת שבט הביקורת, משפיע במישרין על אופן תפקודו של בית המשפט של ערכאה ראשונה"<sup>156</sup>.

דברים דומים ציין גם ד"ר שלמה לויין:

"כמו כל גוף מבוקר, יהיה זה אך טבעי שאיכות עבודתו של שופט הערכאה הראשונה עשויה להיות מושפעת מעצם העובדה שהחלטתו יכולה לעמוד למבחן לפני ערכאה אחרת"<sup>157</sup>.

בסוגיה סמוכה תארו חמי בן-נון ועמוס גבריאל<sup>158</sup> את הסכנה הטמונה במצב שבו אין ביקורת שיפוטית של ממש על מעשי השפיטה:

"גורם שיתכן כי מקצר לעיתים, לדעתנו, את זמן ההכרעה בפסיקה על-פי סעיף 79א<sup>159</sup>, הוא ידיעת השופט שיש מעט מאוד ערעורים על פסק הדין כזה ועל כן יקדיש השופט פחות זמן לבחינה 'מדוקדקת' של התיק בהשוואה לתיקים אחרים, בהם הסיכוי לערער גדול יותר".

ניתן לסכם ולומר כי הדעה הרווחת היא שביקורת שיפוטית, בין בג"צית ובין ערעורית, משפרת את עבודתו של הגוף המבוקר. ניתן להניח כי ביקורת שיפוטית על טעויות בוררים בדין המהותי תביא לכשעצמה לשיפור איכות השפיטה בהליך זה. התערבות בית-המשפט בטעויות בדין תפתח מנגנון ביקורת עצמית בקרב הבוררים, ביודעם שהם נתונים לביקורת בית-המשפט גם על תוכן החלטתם ולא רק על פרוצדורת ניהול הבוררות.

### 3. עקרון חופש החוזים

עקרון חופש החוזים תומך במובהק בהתערבות בית-המשפט במקרה של טעות בורר בדין, במקום שבו הצדדים הסכימו בהסכם הבוררות ביניהם כי סכסוכם יוכרע על-פי הדין המהותי. חופש החוזים עומד בבסיס תפיסת דיני החוזים הקלסית<sup>160</sup>. חופש זה הוא

156 בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 373.

157 ש' לויין תורת הפרוצדורה האזרחית מבוא ועקרונות יסוד (תשנ"ט), 172.

158 בן נון וגבריאל (לעיל, הערה 33), עמ' 263, הערה 29.

159 הכוונה היא לפסיקה על-פי סעיף 79א לחוק בתי המשפט, תשמ"ד-1984. פסיקה מכוח סעיף זה מאפשרת לבית-המשפט, בהסכמת הצדדים, ליתן פסק-דין על דרך הפשרה ואף בלא נימוקים. הדין הוא כי במקרה של פסיקה לפי סעיף 79א היכולת לערער על פסק-הדין היא מוגבלת מאוד.

160 J. Beatson Anson's Law of Contract (28<sup>th</sup> ed., 2002), 4-7

החופש להתקשר או לא להתקשר בחוזה והחופש לקבוע את תוכנו של החוזה (המכונה גם חופש "העיצוב"). גם בדיני החוזים המודרניים, עיקרון זה עומד בבסיס התורה החוזית. עמד על כך הלורד Diplock:

"A basic principle of the common law of contract [...] is that the parties are free to determine for themselves what primary obligations they will accept"<sup>161</sup>.

חופש החוזים הוכר כעיקרון מרכזי גם במשפטנו. נקבע כי חופש החוזים הוא חלק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי, ואוטונומיה זו היא זכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פרופ' אהרן ברק ציין בספרו:

"טול את דיני החוזים הבנויים על חופש החוזים, המהווה ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו של הרצון הפרטי היא זכות חוקתית. היא מעוגנת בכבוד האדם"<sup>162</sup>.

וכן:

"החופש של כל פרט לקבוע עם מי הוא מבקש להתקשר בחוזה, הוא חלק אינטגרלי מכבוד האדם וחירותו. בדומה, החירות של הפרט לקבוע את תוכן החוזה היא מרכיב מהותי של כבוד האדם וחירותו.

אכן, עיקרון חופש ההתקשרות וחופש החוזים, הידוע מתוך המשפט הפרטי, הוא עיקרון חוקתי. הוא מהווה זכות אדם חוקתית הנגזרת מכבוד האדם וחירותו.

על כן חופשי כל פרט לנהל משא ומתן לכריתת חוזה עם מי שיחפוץ. בדומה, חופשיים המתקשרים החוזיים לעצב את תוכן החוזה על פי רצונם. בעשותם כך, הם מגשימים את זכותם החוקתית"<sup>163</sup>.

161 827, 848 A.C. [1980] *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd.*; הדברים מובאים אצל Beatson (לעיל, הערה 161), עמ' 7.

162 א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 69.

163 שם, עמ' 426 (ההדגשה שלי – ע' ר'). בה"פ (ת"א) 1670/00 א.צ.מ. אחזקות בע"מ נ' יאבור, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, ציינה השופטת שטרנברג-אליעז במפורש את מעמדה של האוטונומיה של הרצון הפרטי כחלק מכבוד האדם, בדונה בבקשה לביטול פסק בוררות ("מנגד ניצב אינטרס הציבור שלא לפגוע בחופש ההתקשרות. האוטונומיה של רצון הצדדים, ככל שאינה מתנגשת עם תקנת הציבור, היא זכות חוקתית ממעלה

המקרה הנדון במאמר זה, עניינו בצדדים שהסכימו בהסכם הבוררות ביניהם כי סכסוכם יוכרע על-פי הדין המהותי. בסעיף יד לתוספת לחוק הבוררות נקבעה הוראה דיספוזיטיבית, שלפיה הדין המהותי איננו חל בבוררות על-פי החוק. בסעיף 2 לחוק נקבע שאם לא הסכימו הצדדים אחרת, תחולנה ההוראות הקבועות בתוספת לחוק על הבוררות שביניהם. לאור האמור, במקרה שבו הצדדים מחילים את הדין המהותי על הבוררות בהסכם הבוררות ביניהם, הם משנים במפורש את האמור בתוספת לחוק. להתניה מפורשת זו של הצדדים יש ליתן משקל נכבד. על כן במקרה שבו הוכרעה הבוררות שבין הצדדים שלא לפי הדין המהותי (במקום שבו הבורר טעה בדין זה) יש ליתן תוקף להסכמה החוזית המפורשת ביניהם ועל בית-המשפט לתקן את הדרוש תיקון בפסק הבוררות.

כנגד זאת ניתן להקשות ולטעון כי טענתי זו היא מעגלית, שכן – כך ניתן לטעון – כפי שיש ליתן תוקף ומשקל להוראה החוזית בהסכם הבוררות, יש ליתן תוקף ומשקל גם להסכמה "מכללא" של הצדדים כי במקרה שבו הבורר יטעה, "הוסכם" ביניהם שהדבר לא יצמיח להם טענות בבית-המשפט כלפי טעות זו. ואמנם, טענה זו הועלתה על-ידי בית-המשפט העליון בכמה פסקי-דין, אם כי לא בהקשר החוזי המדויק הזה. בית-המשפט ציין למשל בעניין תימורים<sup>164</sup>: "אף אם טעה הבורר בדבר הלכה או בשיקול הדעת אין בכך כדי לבטל את הכרעתו, שהרי על מנת כן קיבלוהו הצדדים עליהם"; בעניין שטאנג<sup>165</sup>: "בהטילם על בורר לפסוק על-פי הדין, בחרו הצדדים לעצמם בורר, אשר סומכים הם עליו שיוכל לפסוק כך, ונטלו על עצמם את הסיכון שהבורר עלול לטעות"; בעניין גמליאלי<sup>166</sup>: "הצדדים קבלו על עצמם מראש את הכרעת הבורר גם אם יטעה, וגם אם צד זה או אחר לא ישבע נחת מההחלטה".

ואולם ראשית, במקום שבו קיימת הוראה חוזית מפורשת בין הצדדים, המתנגשת בכלל שהתגבש בפסיקה או בדבר חקיקה, נראה כי ניתן לומר שאומד דעת הצדדים וכוונת הצדדים הם לקיים דווקא את ההוראה החוזית המפורשת. לעניין זה ניתן להקיש למשל מהכלל שנקבע בדיני השטרות, שלפיו אם כולל השטר שתי הוראות סותרות, אחת מודפסת על גבי השטר והשנייה הוספה בכתב יד, יש לבכר את ההוראה שהוספה בכתב יד על פני ההוראה המודפסת. כך נקבע בעניין זה בבית-המשפט העליון: "לסיכום: המסגרת הפרשנית של השטר היא, כנקודת מוצא, המסגרת הפרשנית הכללית של דיני החיובים – כביטויים בחוק החוזים. לפיכך, אם מדובר בשטר, אשר מכיל הוראות

ראשונה... באיזון בין האינטרסים המתנגשים גובר עקרון העל של כיבוד רצון הצדדים, אף

אם לכאורה נשקפת התדיינות נוספת".

164 עניין תימורים (לעיל, הערה 17), עמ' 264.

165 עניין שטאנג (לעיל, הערה 5), עמ' 518.

166 עניין גמליאלי (לעיל, הערה 22), פסקה 15 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

סותרות – יש להתחקות אחר ההוראה הקולעת ביותר לאומד דעת הצדדים. כך, למשל, אם הוראה אחת בכתב־יד והוראה אחרת מודפסת, ההנחה היא כי ההוראה בכתב־היד גוברת<sup>167</sup>. שנית, אני סבור כי צד שיבקש לטעון כי אין להתערב בפסק הבוררות אפילו אם הבורר טעה בדין, אף שבבסיס הפנייה לאותו בורר עמדה הסכמתו המפורשת לידון לפי הדין, תוכל להיטען כלפיו טענת השתק ומניעות. שלישית, לדעתי היקף ההגנה שיש ליתן לתניה החוזית ה"גרעינית" שבין הצדדים (ההסכמה שהסכסוך ביניהם יוכרע לפי הדין המהותי), רחב מהיקף ההגנה שיש ליתן להסכמה מכללא שלהם או להסכמה המשתמעת שלהם (שאף אם יטעה הבורר בדין לא יהיה בידם סעד). תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בהבחנה בין זכויות "ראשוניות" לבין זכויות "משניות", שהיקף ההגנה הניתן לאלה מן הסוג הראשון רחב מזה הניתן לאלה מן הסוג השני. דניאל פרידמן ונילי כהן עמדו על הבחנה זו בספרם:

"ראוי לציין כי חופש החוזים במובנו המלא חל רק על הזכויות והחובות המהותיות (המכונות גם 'ראשוניות') ביחסי הצדדים. חופש זה חל רק בצורה מוגבלת בכל הנוגע לסעדים במקרה הפרה (נושא המכונה גם זכויות וחובות 'משניות')"<sup>168</sup>.

באופן דומה, יש לדעתי ליתן הגנה רחבה להסכמה החוזית הגרעינית של הצדדים כי הסכסוך ביניהם יוכרע על־פי הדין המהותי והגנה מצומצמת להסכמה המשנית, המשתמעת, כי במקרה של טעות בדין לא יתערב בית־המשפט. מכל מקום, ככל שלטענה כזו יש מקום, הרי שהיא תהא מוגבלת עד לשינויה של הלכת שטאנג. לאחר שינוי ההלכה לא תוכל כמובן להישמע עוד הטענה שיש ליתן תוקף להסכמה "מכללא" הנסמכת על ההלכה הקיימת (כיוון שזו כבר תחלוף מן העולם).

#### 4. צדק מול יעילות

בפסק־הדין בעניין שטאנג נתן בית־המשפט העליון משקל נמוך לעיקרון של ההכרעה לאמיתה<sup>169</sup>. לטעמי הכרעה לאמיתה ועשיית צדק עולים על החשיבות לסופיות ההליכים. האמת והצדק הם תכליות המשפט, הם "כוכב הצפון" שצריך להדריך את בית־המשפט<sup>170</sup>. כבר נקבע בפסיקתנו כי המשפט עומד על האמת, כי ביסוד ההליך השיפוטי

167 ע"א 1560/90 ציטיאט נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל, פ"ד מח(4) 498, 513.

168 ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך א, תשנ"א), 38.

169 ראו דיון בקביעה זו של בית־המשפט בעניין שטאנג (לעיל, הערה 5), להלן, בסוף פרק ט.

170 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פסקה 22 לפסק־דינו של הנשיא ברק.



עומדת חשיפת האמת וזו מטרתו העיקרית<sup>171</sup>. גם אם יש בהתערבות בפסקי בוררות משום פגיעה בסופיות הסכסוך בין הצדדים, הרי שעשיית הצדק עולה על כולנה<sup>172</sup>. כמאמרו של השופט ש"ז חשין המנוח: "צדק הנעשה באיחור עדיף על אי צדק מהיר"<sup>173</sup>. בהקשר זה ראוי להזכיר כי למוסד הבוררות יתרונות רבים אחרים לבד מסופיות-מהירות, אפשרות לבחור את המותב, סודיות, אי-צורך בתשלום אגרת משפט, אי-תלות בעומס על בתי השפט ועוד. בפסיקה לעתים סוגיית העומס על בתי-המשפט כשיקול התומך בצמצום התערבותם של בתי-המשפט בפסקי בוררות. הטענה היא כי אם נכיר בטעות בורר בדין כעילת ביטול, הרי לנו מקור ליצירת עומס על בתי-המשפט בדמות בקשות רבות לביטול פסקי בוררות. לטעמי שיקול זה של עומס על בתי-המשפט, הוא צדו השני של מטבע עידוד המתדיינים לפנות לבוררות, שעליו עמדתי בהרחבה לעיל. כלומר אם נכונים הדברים כי המצב המשפטי הקיים כיום מדיר מתדיינים ממוסד הבוררות, הרי לפנינו גורם מהמדרגה הראשונה ליצירת עומס על מערכת בתי-המשפט. אולם גם אם יש בהרחבת ההתערבות בפסקי בוררות רק משום קידום האמת ואין בה משום עידוד מתדיינים לפנות לבוררות, הרי שטענה זו לעומס על בתי-המשפט איננה משמעותית בהקשר דנן. הטעם לכך נעוץ באופיו של הליך הבקשה לביטול פסק בוררות. בשונה מניהול תביעה בבית-המשפט, הליך של בקשה לביטול פסק בוררות מתנהל בדרך כלל באמצעות טיעונים בכתב וללא עדויות בבית-המשפט כיוון שמדובר בשאלה משפטית בלבד – אם הבורר פסק על-פי הדין אם לאו, ולעניין זה אין כל מקום להעדת עדים. משכך, ככל שהדבר יטיל עומס על בתי-המשפט, לעומס זה לא תהיה משמעות גדולה.

## ח. ההסדר המוצע

מגוון השיקולים שעליהם עמדתי לעיל מוביל למסקנה כי ההלכה הקיימת אינה מניחה את הדעת. אינני מבקש לטעון כי אין מתדיינים הרואים חשיבות בכך שפסק הבוררות יהיה סופי וללא אפשרות להשיג על תוכנו, גם אם הבורר טעה בדין. מתוך ההכרה בחשיבות חופש החוזים, אני מציע שמתדיינים כאלה יוכלו להסכים בהסכם הבוררות ביניהם כי טעותו של הבורר לא תהווה עילה לביטול פסק הבוררות. לכן לדעתי שינוי ההלכה על-ידי בית-המשפט צריך להיעשות באמצעות קביעת כלל דיספוזיטיבי,

171 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' גלעד, פ"ד מט(2) 512, פסקה 5 לפסק-הדין. ראו גם י' שילה "צדק רחוי עדיף על אי צדק מהיר" עלי משפט ג (תשס"ג-תשס"ד) 317, 322-320.

172 כדברי השופט רובינשטיין בעניין שועלי (לעיל, הערה 33), פסקה ח(1) לפסק-הדין.

173 המ' 295/59 כוז'הינוף נ' מרום, פ"ד יג(2) 1438, 1440.

שלפיו במקום שבו קבעו הצדדים בהסכם הבוררות כי על הבורר לפסוק לפי הדין המהותי והבורר טעה בדין זה, יהווה הדבר עילה לביטול הפסק, אולם בשל אופיו הדיספוזיטיבי של הכלל, יש ליתן תוקף לתניה שתיקבע על-ידי צדדים בהסכם הבוררות, שלפיה גם במקום שבו יטעה הבורר בדין, לא יהווה הדבר עילה לביטול הפסק. בכך תינתן כאמור אפשרות לצדדים הרואים חשיבות גדולה יותר לסופיות פסק הבוררות על פני פסיקה בהתאם לדין, לכלול תניה שכזו בהסכם הבוררות ביניהם. במסגרת שינוי ההלכה ניתן להציע כמה חלופות. ניתן לקבוע למשל שכל טעות בורר בדין המהותי תהווה עילה לביטול הפסק. קביעה רחבה כזו ניתן לגדור באמצעות הדרישה לעיוות דין – הקבועה בסעיף 26(א) לחוק הבוררות – כתנאי לביטולו של פסק בוררות. לחלופין ניתן ללכת בדרך המשפט האנגלי ולהציב תנאים מסוימים להתערבות בפסק בוררות, כגון התנאי שהטעות המשפטית תהא מוטעית בבירור או התנאי שהטעות המשפטית תשפיע באופן מהותי על זכויות הצדדים.

כיום נראה שבת-המשפט אינם מאפשרים אף לא כלל דיספוזיטיבי הפוך, שלפיו ברירת המחל הוא שאין להתערב בטעויות בורר בדין אלא אם התנו הצדדים בהסכם הבוררות במפורש אחרת, ובכך מאפשרים הם פגיעה חמורה בחופש החוזים של המתקשרים בחוזה. לאחרונה (ביום 3.10.2006) ניתן בבית-המשפט המחוזי פסק-דין<sup>174</sup>, באשר למקרה שבו קבעו הצדדים במפורש בהסכם הבוררות ביניהם כי "טעות מהותית בפסק הבורר תהווה עילה לביטולו ו/או לתיקונו, ותחשב לחריגה מסמכות מצד הבורר". דהיינו הצדדים התנו במפורש שגם טעות בדין תהווה עילה לביטול הפסק ולא רק התעלמות ממנו. בית-המשפט המחוזי קבע באותו מקרה כי הצדדים היו מודעים להלכה הקיימת בשעה שכתרו את הסכם הבוררות, כדבריו: "למקרא הסכם הבוררות [...] אין לי ספק שבאי כח הצדדים היו מודעים היטב להלכה הפסוקה שיצאה מתחת ידו של בית המשפט העליון [...] אדרבא, נראה כי הצדדים נסחו את הסכם הבוררות כפי שנסחוהו כדי להבטיח שגם אם יטעה הבורר טעות מהותית בדין, יוכלו לפנות לבית המשפט בבקשה לביטול פסק הבורר [...]"<sup>175</sup>. עם זאת קבע בית-המשפט כי לתניה זו אין תוקף כיוון שהצדדים ביקשו לעקוף את הלכת שטאנג, וכי אין בכוחם של הצדדים להרחיב את סמכותו של בית-המשפט. בכל הכבוד, נראה לי שפסק-דין זה מעמיד מתדיינים החפצים לפנות לבוררות במצב בלתי אפשרי, שהוא חמור אף מהלכת שטאנג עצמה. גם אם נקבל לצורך העניין את נימוקו של בית-המשפט העליון שלפיו אי-התערבות בפסק בוררות יעודד מתדיינים לפנות לבוררות, הרי ברור שאת הצדדים לפסק-הדין האמור – וצדדים

174 ת"א (חי') 1035/03 עיריית חיפה נ' ב.מ. כפריס דדו בע"מ, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

175 שם, פסקה 6 לפסק-הדין.

אחרים כמותם – הוא לא יעודד כי אם ידיר ממוסד הבוררות. ברור שהצדדים במקרה זה הסכימו ביניהם במפורש כי גם טעות של הבורר תהווה עילה לביטול, ולא רק התעלמות מן הדין על-ידינו. צדדים כאלה, שנאותו לפנות לבוררות רק בתנאי שגם טעות בפסק תהווה עילת ביטול, לא יפנו עוד לבוררות בשעה שבית-המשפט לא נותן תוקף לרצונם הבורר הזה. כאמור, נוכח עקרון חופש החוזים ומגוון השיקולים האחרים התומכים בשינוי ההלכה, פסק-דין זה אינו יכול לעמוד.

### ט. הדוקטרינה לשינוי פרשנות סעיף 24(7) לחוק

עד כה עמדתי על השיקולים התומכים בשינויה של ההלכה, הצעתי הסדר להלכה הרצויה ואף ביקשתי לראות בפסק-הדין שניתן בעניין שיכון ופיתוח כפסק-דין המשנה למעשה את הלכת שטאנג, אולם בין אם כך הדבר ובין אם לאו, כיוון שבפסק-הדין בעניין שיכון ופיתוח לא נדונה במפורש עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(7) לחוק, ממילא לא הונחה תשתית עיונית לשינוי ההלכה בנוגע לעילה זו. בפרק זה אבקש להציע דוקטרינה משפטית לשינויה של ההלכה.

כאמור, העילה הקבועה בסעיף 24(7) לחוק פורשה עד היום כחלה על מצב שבו הבורר, במודע ובמכוון, פסק שלא על-פי הדין, וכלא חלה על מצבים שבהם טעה הבורר בדין.

לדעתי ניתן להעניק פרשנות שונה לסעיף 24(7) לחוק, כזו שבתוך גדריה יבואו גם טעויות בורר בדין, וזאת אף ללא צורך בשינוי חקיקה. טענתי היא כי הפתח לשינוי פרשני כזה נפתח עם פרשנותו של בית-המשפט העליון את חוק-היסוד. לשם כך אבחן אם הפרשנות המוצעת יכולה לבוא בגדרי לשון הסעיף. אם אשיב על כך בחיוב, אבחן את השפעת חוקי היסוד על פרשנותו של הסעיף.

#### 1. לשון סעיף 24(7) לחוק

כידוע הפירוש אינו מוגבל רק למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש<sup>176</sup>. על כן יש לבחון בתחילה אם לשון סעיף 24(7) לחוק יכולה להכיל פירוש שלפיו גם טעותו של בורר בדין תבוא בגדרי לשון הסעיף. על-פי גישתו של בית-המשפט העליון בשנים

176 ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715.

האחרונות, די שלפירוש המוצע תהיה נקודת אחיזה ארכימדית בלשון החוק<sup>177</sup>. נזכיר את לשונו של סעיף 24(7) לחוק הבוררות:

”הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן”.

על-פי לשונו הפשוטה של הסעיף, נראה שהוא יכול לחול גם במקרה שבו הבורר טעה בדין ולא רק במקום שבו החליט לפסוק שלא לפי הדין. נראה אף שמשמעותו הרגילה מכוונת למקרה של טעות ולא למקרה של התעלמות מכוונת. בסעיף נכתב שהוא חל כל אימת שהבורר פוסק שלא “בהתאם” לדין המהותי, כלומר כל אימת שפסיקת הבורר אינה תואמת את הדין יש תחולה לסעיף, אף אם סבר הבורר, סובייקטיבית, שהוא עשה כן. יתרה מכך, היו שסברו שהפרשנות שניתנה לסעיף בעניין שטאנג, שלפיה הסעיף חל רק כשהבורר התכוון לפסוק שלא לפי הדין, כלל איננה אפשרית<sup>178</sup>. נראה כי גם מדבריו של בית-המשפט העליון בעניין שטאנג עצמו, ניתן ללמוד שהפרשנות המוצעת על-ידי אפסרית היא מבחינת לשון החוק. נאמר שם כי: “האם בכל מקרה שהבורר טעה טעות בדין המהותי יחשב הוא כמי שפסק שלא בהתאם לדין, או שמא הוא יחשב כאמור רק כשהתעלם מהדין המהותי והלה לא היה נר לרגליו בפסקו. דומה שנוסח הסעיף בודאי ‘סובל’, מבחינה לשונית, את הפירוש לפי האפשרות השניה”. בית-המשפט העליון נקט בלשון “סובל” דווקא ביחס לפירוש שלפיו הסעיף חל רק כאשר הבורר מתעלם במכוון מן הדין, ללמדך שלכאורה פשט הלשון היא ביחס לטעות בורר בדין ולא להתעלמות מכוונת ממנו. בין כך ובין אחרת, לעניינינו די במסקנה שהפרשנות המוצעת על-ידי באה גם היא בגדר לשון הסעיף ובכך נראה שאין ספק.

## 2. שינוי מובנו של דין ישן מכוח חוקי-היסוד – הלכת גנימאת

לשונו של סעיף 24(7) לא חייבה אפוא מעולם את הפרשנות המצמצמת, שלפיה תהיה תחולה לסעיף רק כאשר הבורר במכוון פוסק שלא על-פי הדין. בית-המשפט הוא שבחר ליתן לסעיף פרשנות מצמצמת ביותר ועל כן בידיו ליתן פרשנות או מובן שונה.

177 ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, פסקה 2 לפסק-דינו של הנשיא ברק וכן דעת הרוב בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי. לביקורת על גישה זו ראו את דעת המיעוט של השופט חשין. כן ראו ד' פרידמן “לפרשנות המונח ‘פרשנות’ והערות לפסק דין אפרופים” המשפט ח (תשס"ג) 483.

178 גיורא (לעיל, הערה 20), עמ' 292.

משכך לדעתי לא נדרש תיקון חקיקה, שכן פתיחת השערים תלויה בשוערים<sup>179</sup>, שבמקרה דנן הם, כפי שראינו, שופטי בית-המשפט העליון ולא המחוקק. חקיקת חוקי היסוד החדשים – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – ופסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין בנק המזרחי<sup>180</sup>, נתנו את האות למהפכה החוקתית. לאמור, ליצירת מדרג נורמטיבי שבו לחוקי-היסוד יש מעמד חוקתי על-חוקי. בעניין בנק המזרחי נקבע כי לבתי-המשפט הסמכות לפסול חוקים של הכנסת או לשנותם, אם הם אינם עומדים בפסקת ההגבלה שבחוק-היסוד<sup>181</sup>. עם זאת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכנס סעיף "שמירת דינים", שלפיו "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד"<sup>182</sup>. משמעותו של סעיף זה היא כי לא ניתן לפסול הוראות בחוקים שנתקבלו בכנסת לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (דהיינו לפני שנת 1992). משמעותה של הוראה זו הייתה לכאורה שריון החקיקה שקדמה לחוקי-היסוד, מפני השפעתם של חוקי-היסוד החדשים. כיוון שחוק הבוררות נחקק ב-1968, הוראותיו מוגנות לכאורה מפני השפעתם של חוקי-היסוד החדשים.

כידוע, בפרשת גנימאת<sup>183</sup> השתנתה התפיסה בנוגע לחקיקה שקדמה לחוקי היסוד. נקבע שם כי אמנם חוק ישן מוגן מפני ביטול, אך הוא אינו מוגן מפני פרשנות חדשה הנובעת מחוקי-היסוד. בית-המשפט העליון קבע כי ההקרנה החוקתית הבאה מחוקי-היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט בישראל והיא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן<sup>184</sup>. נקבע כי אין כל אפשרות להבחין בין דין ישן לבין דין חדש באשר להשפעת הפרשניות של חוק-היסוד, וכי כל נורמה חקוקה (גם כזו שנחקקה לפני חוק-היסוד) צריכה להתפרש בהשראתו של חוק-היסוד<sup>185</sup>. לצורך כך, מורה פסק-הדין בעניין גנימאת לשוב ולעייין בתפיסות הקיימות, לבחון את הערכים המתנגשים ולברוק אם יש ליתן להם כיום, לאחר חקיקת חוקי-היסוד, משקל שונה משניתן להם בעבר. לשם כך עלינו להביא בחשבון את הנתון החוקתי החדש – חוקי היסוד – וליתן לו משקל נכבד במלאכת הפרשנות של הדין הישן:

- 179 כלשונו של א' שטרזמן ספר הבוררות (1999), 271.
- 180 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן – עניין בנק המזרחי).
- 181 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
- 182 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 183 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (להלן – דנ"פ גנימאת).
- 184 דנ"פ גנימאת, שם, עמ' 653.
- 185 שם, שם.

"לעתים ניתן לערכים המתנגשים בעבר משקל יחסי השונה מזה המתבקש עתה, למרות שניתן היה כבר אז ליתן את המשקל היחסי המתבקש כיום. במצבים אלה מתבקש השופט-הפרשן לעיין מחדש בפרשנות שניתנה בעבר, ולבחון עצמו מחדש.

ביסוד בחינה מחודשת זו עומד הנתון החוקתי החדש, שעניינו חוקי היסוד החדשים. בחינה מחודשת זו צריכה להיעשות מזווית הראיה החדשה, פרי ההפנמה של חוקי היסוד, וההכרה בשינוי העמוק שהם הביאו למשפט ולחברה בישראל"<sup>186</sup>.

לאחרונה עשה בית-המשפט העליון שימוש בטכניקה פרשנית זו, ובפסק-דין נרחב שניתן בהרכב של תשעה שופטים<sup>187</sup> שינה את הפרשנות שניתנה עד כה לסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, מכוח הדוקטרינה המשפטית שנקבעה בעניין גנימאת<sup>188</sup>.

בענייננו, במקום שבו צדדים הסכימו כי הבוררות שביניהם תידון ותוכרע לפי הדין המהותי והבורר פסק שלא על-פי הדין המהותי במחלוקת ביניהם (גם אם התכוון לפסוק לפי דין זה וטעה), נפגע הרובד הבסיסי ביותר של ההסכמה החוזית ביניהם. כפי שראינו לעיל, רובד זה של חופש החוזים הוא חלק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מתן פרשנות מרחיבה יותר לעילה הקבועה בסעיף 24(7) לחוק הבוררות, פרשנות שתאפשר לבית-המשפט לכוף את הדין המהותי הנכון על הסכסוך שבין הצדדים, עולה בקנה אחד עם זכותם של הצדדים להגנה על האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם בעיצוב החוזה ביניהם. על כן חוק-היסוד מחייבנו להעדיף פרשנות מרחיבה בעניין זה על פני פרשנות מצמצמת. נוסף על כך, כידוע, במקום שבו ניתן דבר חקיקה לשני פירושים סבירים, תועדף הפרשנות המגשימה יותר את זכויות היסוד: "מבין שני

186 שם, עמ' 654.

187 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

188 פסק-הדין בעניין יששכרוב עסק בקבילות ראיות שהושגו שלא כדין. בית-המשפט העליון קבע בפסק-דין זה כי אי-מתן הודעה לנאשם על זכותו להיוועץ עם עורך-דין עשויה להביא לפסילת קבילות הודאתו, מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, הקובע כי הודאת נאשם תהיה קבילה רק אם הייתה "חופשית ומרצון". בית-המשפט העליון שינה את הפרשנות שניתנה עד עתה לסעיף 12 לפקודת הראיות (שנחקק לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו), וכלל בתוכה גם אי-הודעה על זכות ההיוועצות עם עורך-דין, על-פי הדוקטרינה המשפטית שנקבעה בעניין גנימאת.

פירושים אפשריים, יש לבחור באותו פירוש המקיים את זכויות היסוד של האדם והאזרח. ההנחה הנה, כי זו הנה תכליתו (האובייקטיבית) של החוק<sup>189</sup>. נדמה שהמשקל שנתן בית-המשפט העליון בעניין שטאנג לערכים המתנגשים בבואו להכריע בדבר הפרשנות הנכונה, אינם יכולים לעמוד עוד במדרג הערכים כיום ובאיזון הראוי ביניהם. בית-המשפט בעניין שטאנג תיאר את התנגשות הערכים והכריע ביניהם כך:

"נשאלת, כמובן, השאלה אם לא ראוי שטעות בדין המתגלית בפסק-הבורר, תתוקן, והאינטרס שההכרעה בסכסוך תוכרע על פי הדין לאמתו יגבר על האינטרס של קיום פסק-הבורר, אשר הצדדים העדיפו שהוא, ולא בית המשפט, יכריע בסכסוך ביניהם. נראה לי שיש להעדיף את האינטרס השני".

לטעמי, נראה שכיום "יש להעדיף את האינטרס הראשון". כאמור, ההסכמה "הגרעינית" בין הצדדים היא שסכסוכם יוכרע על-פי הדין המהותי. זהו תוכן החוזה ביניהם. זהו רצונם הבסיסי. רצונם זה הוא כיום זכות חוקתית על-חוקתית ומשום כך אנו מצווים לפרש כל דבר חקיקה באופן העולה בקנה אחד עם זכות היסוד הנדונה. פרשנות הכוללת בסעיף 24(7) לחוק גם מקרה של טעות בורר בדין, עולה בקנה אחד עם זכות היסוד יותר מפרשנות הקובעת שטעות בדין אינה נכללת בו. על כן יש להעדיף את הפרשנות הראשונה על פני זו האחרונה. פרשנות מרחיבה זו גם באה בגדריו של לשון הסעיף, כפי שראינו לעיל.

## י. סיכום

הלכת שטאנג, ששלטה בבית-המשפט העליון משך שנים רבות, קבעה כי רק התעלמות מכוונת ומודעת של הבורר מן הדין המהותי באה בגדרה של עילת הביטול הקבועה בסעיף 24(7) לחוק הבוררות. לא כן טעותו של בורר בדין, שזו לא היוותה עילה לביטול הפסק.

במאמר זה ביקשתי לטעון כי פסק-הדין שניתן לאחרונה בבית-המשפט העליון בעניין שיכון ופיתוח הכיר למעשה בטעות בדין המהותי כעילה לביטולו של פסק בוררות.

הצבעתי גם על שיקולים מגוונים המצדיקים את שינויה של הלכת שטאנג, כמו גם את גישתו המצמצמת של בית המשפט העליון בכללותה, ועמדתו בהרחבה על ההנחה

189 א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג), 553.

שהדריכה את בית-המשפט העליון בפסיקותיו, שלפיה קיים יחס ישר בין אי-התערבות בפסקי בוררות לבין עידוד מתדיינים לפנות לערוץ זה. ניסיתי להראות כי הנחה זו אינה מבוססת.

הצעת לקבוע כלל פסיקתי דיספוזיטיבי שלפיו במקום שבו הצדדים קבעו בהסכם הבוררות כי על הבורר לפסוק לפי הדין המהותי והבורר טעה בדין זה, ועל כן למעשה פסק שלא על-פי הדין, יהא הדבר עילה לביטול הפסק, אלא אם יקבעו הצדדים אחרת בהסכם הבוררות ביניהם.

לבסוף טענתי כי שינוי ההלכה אינו מחייב שינוי חקיקה. הדוקטרינה המשפטית שהוצעה על-ידי לשינויה של ההלכה מתמקדת ברצונם של הצדדים בהכרעה על-פי הדין המהותי, רצון שבא לידי ביטוי מפורש בהסכם הבוררות ביניהם. רצונם זה של הצדדים הוא חלק מהאוטונומיה הפרטית שלהם, המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עמדתי על כך שהפרשנות המוצעת על-ידי לסעיף 24(7) לחוק הבוררות, כזו הכוללת גם טעות בורר בדין, מתיישבת יותר עם זכות זו, מאשר הפרשנות שניתנה לסעיף בהלכת שטאנג, ועל כן יש להעדיפה.