

לא על הבוררות לבדה ולא על הגישור לבדו הצעה לאימוצו של הגישבור כמענה המתגבר על חולשותיו של מוסד הבוררות בישראל

מאת

דפנה לביא*

“תנו לי נקודת משען ואניף את העולם” [אריכמדס]

רשימה זו עוסקת בביקורת על תיקון מס' 2 לחוק הבוררות, התשס"ט–2008¹ ובהצעה לתפיסה שונה בדבר טיפול בחולשותיו של מוסד הבוררות בארץ: אלו שקדמו לתיקון (והובילו לחקיקתו) ואלו שנוצרו בעקבותיו.

כמענה המתגבר על חולשותיו של מוסד הבוררות הכושל בארץ ערב התיקון לחוק בחר מחוקק התיקון באימוצם של פתרונות פנים-פרוצדורליים-דיוניים, כדוגמת שני מסלולי הערעור על פסק הבוררות וכדוגמת חובת הנמקת הפסק שעל הבורר. כפתרון משלים לצעד שפתח בו מחוקק תיקון מס' 2 מציעה רשימה זו לאמץ אל חוק הבוררות בארץ, כבררת מחדל (וכל עוד לא התנו עליה הצדדים), את אחד מן המודלים לבוררות המוכרים בעולם: הגישבור (*med-arb*).

הגישבור, מדרכי ה-ADR (Alternative Dispute Resolution), אותן חלופות ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט, מורכב בראשיתו מהליך גישור, אשר מעצם טיבו העלה על נס את האוטונומיה של הצדדים. מתוך שתי התובנות הנדונות במאמר – האחת, כי פגיעה ב"אוטונומיה האישית של הצדדים" הייתה ועודנה הכשל השורשי והמרכזי של מוסד הבוררות בארץ, והשנייה, כי לעתים נדרשת נקודת משען חיצונית כדי להרים מוסד כושל – מציעה רשימה זו את הגישבור כמזור אמתי לחולשותיו של מוסד הבוררות בארץ וכפתרון העולה בקנה אחד עם שתי התובנות שלעיל.

מבוא. א. "לא על הבוררות לבדה". 1. כשלים אינהרנטיים במוסד הבוררות ערב התיקון לחוק; 2. תיקון מס' 2 לחוק ומשפט משווה; 3. כשלי של תיקון מס' 2 לחוק

* ד"ר, מכללת "שערי משפט". תודתי נתונה לד"ר חמי בן-ננון ולד"ר פרץ סגל ממשרד המשפטים על הנכונות לקרוא את המאמר ולהעיר את הערותיהם. כמו כן תודתי והערכתי הרבה לחברי מערכת כתב העת משפטים, ובמיוחד לעורכת נגה בליקשטיין ולעורך עמית זק על עבודתם הנפלאה, המקצועית והמסורה.

1 חוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט–2008, ס"ח 2186.

והשלכותיו; ב. "לא על הגישור לבדו". 1. האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור;
 2. חסרונותיה ומוגבלותה של האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור; ג. "כי אם על
 הגישבור" – הליך הגישבור כמזור לחולשותיו של חוק הבוררות הישן והמתוקן.
 1. מהותו, התפתחותו ומישורי תחולתו; 2. אופני ריפוי את חולשותיו של תיקון מס' 2
 לחוק הבוררות – הנקודה הארכימדית; 3. יתרונותיו בצד חסרונותיו ודרכי ההתמודדות
 עמם; אחרית דבר.

מבוא

בנובמבר 2008 נחקק חוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט–2008 (להלן: "תיקון מס' 2" או "התיקון").² בין חידושיו של תיקון מס' 2 היו הוספתם של שני מסלולי ערעור חדשים על פסק הבוררות בצד חובת הנמקה דיספוזיטיבית של הפסק. חולשתו של מוסד הבוררות בארץ ערב התיקון באה לידי ביטוי בנתונים המראים כי רק כ-650 בוררות מתקיימות בשנה בישראל לעומת 1.3 מיליון תיקים הנפתחים מדי שנה בבתי המשפט.³ חוק הבוררות, התשכ"ח–1968⁴ (להלן: "חוק הבוררות" או "החוק") טרם תיקון מס' 2 נתפס כאנכרוניסטי, דרקוני וכפייני וכאחד מן הגורמים המרחיקים מהליך הבוררות את ציבור הלקוחות הפוטנציאלי. רשימה זו דנה בראשיתה בחולשותיו של חוק הבוררות ערב תיקון מס' 2, בניסיון לתקן אותן במסגרת תיקון מס' 2, ובשאלה אם ניסיון זה צלח. השורש המרכזי המשותף לכשלו של חוק הבוררות ערב התיקון ואף לאחריו היה ועודנו פגיעה באוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים ובשלילה הכמעט מוחלטת מהם של שליטה על ההליך ותוצאתו. מאחר שכפי שיובהר בהמשך הרשימה תיקון מס' 2 לא היה פתרון ראוי לטיפול בשורש זה, רשימה זו מציעה את ה"גישבור" (קיצור של "גישור-בוררות" ובלעז: *med-arb* קיצור של *mediation-arbitration*) כפתרון משלים לזה שקבע מחוקק התיקון וכמענה הן לחולשותיו של התיקון החדש והן לאלו שקדמו לו והובילו אליו. הגישבור, מדרכי ה-ADR החדשניות, צובר תאוצה והכרה בעולם כאחד מן המודלים השימושיים והראויים של מוסד הבוררות. בשל היותו מורכב בראשיתו מהליך גישור, אשר מעצם טיבו מעלה על נס את האוטונומיה של הצדדים, הוא עשוי לחזק אוטונומיה זו ובכך להעניק "טיפול שורש" למוסד הבוררות בישראל. לפיכך אם יאומץ

2 שם, ס' 21א, 29ב.

3 ישראל שמעוני אופק חדש בבוררות – דיני בוררות עם ערכאת ערעור 1–2 (2009). יצוין כי נתונים אלו נבדקו ביחס לשנת 2007 ואינם מביאים בחשבון בוררות "א-פורמליות" הנערכות שלא על פי חוק הבוררות. לפיכך אין בהם כדי מדד מדויק, והם מובאים כאן אך כדי לסבר את האוזן בכל הנוגע ליחס הכללי שבין השימוש במוסד הבוררות לבין הפנייה למערכת בתי המשפט.

4 חוק הבוררות, התשכ"ח–1968, ס"ח 535.

כחלק ממוסד זה, עשוי הגישבור להנביט את התקווה לחיזוק מוסד הבוררות ולהשבת ציבור לקוחותיו תוך הפחתה ניכרת בעומס המוטל על כתפי בתי המשפט. המתחיל במצווה אומרים לו – גמור.⁵ המחוקק בחר בתיקון מס' 2 בפתרונות הישנים והמוכרים מתוך המערכת השיפוטית: הוספת מסלולי ערעור וחובת הנמקת הפסק. נדמה כי דווקא תיקון לחוק שנושאו הוא בוררות, מן הדרכים החלופיות להליך הדיוני, אינו יכול להיות שלם או מתקדם דיו רק באמצעות אימוצם של פתרונות תוך-דיוניים-אדוורסריים ובלא בחינה של פתרונות ADR חדשניים ולבר-דיוניים כדוגמת הגישבור. לעתים נדרשת נקודת משען ארכימדית כדי "להניף" מוסד כושל. רשימה זו מציעה את הגישור כנקודת משען שכזו, ואת הגישבור כתוצר של ההישענות עליה. ברשימה זו שלושה פרקים נוסף על פרק המבוא. הפרק הראשון דן בכשלו של חוק הבוררות ערב התיקון, בתיקון מס' 2 מתוך מבט של משפט משווה ובכשלו של תיקון זה. בנוסף מציג פרק זה את השורש המרכזי המשותף לכשלים אלו – פגיעה באוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים. הפרק השני בודק אם הגישור, המעצים את רכיב האוטונומיה של הצדדים, עשוי להיות פתרון חלופי למוסד הבוררות. בסוף הפרק ניתנת תשובה שלילית בשל חסרונותיה של אוטונומיה זו. הפרק השלישי מציע לאמץ את הליך הגישבור אל חוק הבוררות כברירת מחדל אם הצדדים לא קבעו אחרת וכמענה המתגבר על חולשותיו של תיקון מס' 2, תוך שהוא דן במהותו, התפתחותו, יתרונותיו ומישורו תחולתו של הליך הגישבור בעולם, כמו גם בחסרונותיו ובדרכי התמודדות אפשריות עמם בארץ ובעולם. החלק האחרון הוא סיכום ואחרית דבר.

א. "לא על הבוררות לבדה"

1. כשלים אינהרנטיים במוסד הבוררות ערב התיקון לחוק

נושא הבוררות בישראל מוסדר ברובו בחוק הבוררות ובתקנות הנלוות אליו. חוק הבוררות נועד לאפשר לצדדים לסכסוך להסכים ביניהם כי בוור שהם בוחרים או לחלופין נבחר על ידי גורם מקצועי אובייקטיבי, יפסוק במחלוקת שנתגלעה ביניהם לאחר שהצדדים קיימו בפניו הליך המוגדר "מעין שיפוט".⁶ במהלכו של הליך זה אמורים הצדדים להציג בפני הבורר את טענותיהם ולהביא בפניו את ראיותיהם. בכך העניק המחוקק לצדדים את האוטונומיה בבחירת דרך הכרעה מחייבת בסכסוך שלא באמצעות בתי המשפט. במסגרת יתרונותיו של הליך הבוררות הנטייה היא לציין את

5 שולחן ערוך, אורח חיים, סימן תקפה סעיף ד.

6 הליך הבוררות מסתיים בפסק של הבורר. ראו הגדרת "פסק בוררות" בסעיף 1 לחוק הבוררות, וכן ראו סעיף 21 לחוק.

מהירות התנהלותו היחסית, בהשוואה להליך הדיוני שבבית המשפט ואת המסגרת הבלתי פורמלית שלו,⁷ המאפשרת גמישות ונוחות יתר לצדדים. בנוסף, מנגנון הבוררות מאפשר לצדדים לבחור בורר בעל תחומי התמחות או ידע ספציפיים אשר יסייעו בידיו לדון בסכסוך שבפניו שעה שהתמחותם של השופטים בבתי המשפט מוגבלת, והכלים המקצועיים העומדים לרשותם באופן אישי מעטים. דא עקא, שמוסד הבוררות בישראל ערב תיקון מס' 2 לחוק כמעט "פשט את הרגל". ציבור לקוחותיו (או לקוחותיו הפוטנציאליים) "הצביע ברגליים" כשהנתונים מדברים על כ-650 בורריות בשנה כאשר על כך נוספת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לכל הגופים הממשלתיים כי המדינה לא תפנה סכסוכים להליך הבוררות.⁸

אפשר להצביע על מספר כשלים מרכזיים שהיו מנת חלקו של חוק הבוררות (והפרשנות שניתנה לו על ידי הפסיקה) ערב התיקון לחוק. אפשר להצביע אף על שורש משותף לכשלים אלו והוא פגיעה באוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים, כפי שנראה להלן.

(א) פגיעה באוטונומיה של הצדדים

הגברת האוטונומיה האישית של הצדדים הייתה (ועודנה) יעד שרבות מדרכי ה-ADR חיזרו אחריו.⁹ אוטונומיית הרצון הפרטי היא ערך יסודי בשיטת המשפט ומעוגנת כהגנה

7 כך לדוגמה הוראה י"ד לתוספת לחוק הבוררות קובעת כי "הבורר לא יהא קשור בדין המהותי, בדיני הראיות או בסדרי הדין הנהוגים בבתי המשפט".

8 ראו "העברת סכסוך שהמדינה צד לו לבוררות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1204, 2 (התשס"ג) (להלן: הנחיות היועץ המשפטי (התשס"ג)), שם מנחה היועץ המשפטי לממשלה דאז אליקים רובינשטיין את כל הגופים הממשלתיים שלא להפנות סכסוכים להליך הבוררות מאחר שאפשר לערער על החלטת הבורר בנסיבות מצומצמות ביותר. עם זאת לאחר תיקון מס' 2 לחוק, בתאריך 12.10.2009, פורסמה באמצעי התקשורת הידיעה שהיועץ המשפטי לממשלה מפרסם הנחיה חדשה שלפיה יש לזנוח את הגישה המסתייגת באופן גורף מאפשרות של יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בהליכי בוררות. ראו: "יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם בבוררות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1205, 1 (התש"ע) (שם נקבע: "וכי מכאן ולהבא הנחת המוצא תהא כי המדינה רואה בבוררות, לצד מנגנוני יישוב סכסוכים נוספים, כלי לגיטימי וראוי, במקרים המתאימים, גם ליישוב סכסוכים של המדינה").

9 בהליך הגישור למשל האוטונומיה של הצדדים היא מעקרונות היסוד של ההליך. ראו Jacqueline M. Nolan-Haley, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, 74 WASH. U.L. REV. 47, 49 (1996) (להלן: Nolan-Haley, *Court Mediation*); בהליך המשפט השיתופי (ה-*Collaborative Law*) בא לידי ביטוי הפן באוטונומיה של הצדדים אשר מחזיר לצדדים עצמם (להבדיל מעורכי דינם) את השליטה ההליך, על תוצאותיו ועל המשא ומתן המתנהל במסגרתו. ראו John Lande & Gregg Herman, *Fitting the Forum to the Family Fuss: Choosing Mediation, Collaborative Law, or Cooperative Law for Negotiating Divorce Cases*, 42 FAMILY COURT REVIEW 280, 281 (2004): "a civilized process, produce outcomes meeting the

החוקתית על כבוד האדם.¹⁰ חופש הצדדים לקבוע את תוכן החוזה הוא עיקרון חוקתי שנגזר מהעיקרון בדבר כבוד האדם וחירותו, הנותן ביטוי לאוטונומיה זו.¹¹ בהליך הבוררות האוטונומיה של הצדדים באה לידי ביטוי בעצם הישענותו על יסוד ההסכמה. עצם הבחירה במנגנון חלופי לבית המשפט לשם יישוב הסכסוך היא במהותה ביטוי של האוטונומיה האישית של צדדים בבחירת ההליך המתאים להם ליישוב המחלוקות שביניהם. זאת ועוד, הסכמת הצדדים היא מקור חיותה של הבוררות. הסכם הבוררות הוא מקור החיים של הבוררות. מכוחו היא קמה ומכוחו מתמנה הבורר, ורק המחלוקות המפורטות בו תהיינה נושא להכרעות הבורר.¹² הסכמת הצדדים, אשר באה לביטוי בהסכם הבוררות, תוחמת אף את מרווח פעולתו של הבורר, את היקפה של סמכות ההכרעה הנמסרת לידי, את זהותו של הבורר, את מידת כפיפותו לדין מהותי ופרוצדורלי ועוד כהנה.¹³

דא עקא, שדווקא מוסד הבוררות נתפס ערב התיקון לחוק כאחת מן החלופות הכפייניות לעומת דרכי ADR אחרות, אם לא הכפיינית שבהן.¹⁴ "כפיינית" במובן הזה

needs of both parties, minimize costs, and increase clients' control, privacy, and "compliance with agreements". גם בהליך ה-ENE (ה-ENE Early Neutral Evaluation) מציינת הספרות את הפן של החזרת השליטה לצדדים על ההליך ועל תוצאותיו (בהשוואה להליך השיפוט) ראו Jordan Leigh Santeramo, *Early Neutral Evaluation in Divorce Cases*, 42 FAMILY COURT REVIEW 321, 330 (2004).

10 בג"ץ 4330/93 גנאם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 231 (1996).

11 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 426 (1994).

12 אורי שטרומן ספר הבוררות 21 (2001). וראו שם: "הסכם הבוררות הוא כתוכנית לבניית בנין [...] כל חריגה בבניה מהתוכנית המאושרת – אסורה ועלולה להיפסל [...] חריגה מהמוסכם – עלולה לבטל את פסק הבורר ועל ההשקעה של בעלי הדין בהליך הבוררות עלולה לרדת לטמיון". וראו בר"ע 130/71 משיח נ' רביע, פ"ד כה(2) 572, 574 (1971): "מכאן ברור, שבאין הסכם בורות, אין ברור רשאי לדון בסכסוך, ואפילו היה הסכם בורות והוא בוטל, סמכות השיפוט של בורר פגה עקב הביטול".

13 מאיר שמגר "בוררות – הסמכות להכריע בשאלת הסמכות" משפט ועסקים א 83, 84 (התשס"ד). יתר על כן, אחת התאוריות המרכזיות המסבירה את מהותו המשפטית של מוסד הבוררות היא התאוריה החזוית. על פי תאוריה זו, אוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים תופסת מקום מרכזי בהבנת מהותו המשפטית של מוסד הבוררות, שכן הבסיס לקיומה של הבוררות הוא הסכמותיהם של הצדדים בהסכם הבוררות (הסכמותיהם בעניין פנייה לבוררות, מיהות הבורר, הדרך שבה תתנהל הבוררות והסכמתם האפריורית למלא אחר פסק הבוררות), ומקורן של הסכמות אלו הוא באוטונומיה החופשית של הצדדים. וראו דפנה קפליוק "לתפיסה חדשה בדבר גבולות ההתערבות השיפוטית בפסק בורר" משפטים לח 589, 590, ה"ש 6 (2008).

14 אם הנטייה היא לתאר את ההליך השיפוט, הכפייני, המסתיים בפסק, כמשולש ישר אשר קדקודו העליון הוא השופט ואילו קדקודיו התחתונים הם הצדדים, ואת הליך הבוררות בצורה דומה אלא שאת הקדקוד העליון מאייש הבורר, הרי שלהבדיל, הליך הגישור מתואר כמשולש הפוך, אשר את

שהיא אינה משאירה במה רחבה דייה לאוטונומיה האישית של הצדדים ולעתים אף שוללת אותה בעקיפין או במוצהר. ראש לכול היא מסתיימת בפסק (פסק הבוררות) ולעומת זאת מעטות הן דרכי ה-ADR המסתיימות בפסק להבדיל מבהסכם או בהסכמה. כבר בכך ננגס חלק נכבד מן האוטונומיה של הצדדים בעיצוב תוצאתו של ההליך.¹⁵ ולא עוד, אלא שעד תיקון מס' 2 לחוק סופיותו הכמעט מוחלטת של הפסק התבטאה בכך שלא ניתן בידי הצדדים הכוח לערער עליו. יתר על כן, משעה שנכנסו הצדדים למסגרת הבוררות והעניקו לבורר את הסמכויות לפי המוסכם ביניהם, מרגע זה הופקע ההליך מידיהם ועמו האוטונומיה שלהם בקשר אליו. הצדדים אוטונומיים להחליט על הסכם הבוררות ותנאיו, ברם מרגע שהבורר נכנס לתפקידו, שוב אין הם רשאים להפסיק את ההליך או להסתלק מן הבוררות.¹⁶ ההשלכה על האוטונומיה של הצדדים לבוררות היא ברורה. הבוררות מגבילה את האוטונומיה של הצדדים כשם שחווה מגביל את פעולותיהם העתידיות, כשהם צריכים לפעול בכפיפות לאותו חווה שעל פיו התחייבו מרצונם החופשי תוך הפעלה ברורה של האוטונומיה האישית שלהם.¹⁷ לא זו אף זו, המנגנון, אשר היה קיים בחוק הבוררות ערב תיקון מס' 2, כלל הוראות המרחיבות את סמכותו וכוחו של הבורר על חשבון האוטונומיה האישית של הצדדים. אותם כשלים אשר יפורטו להלן, כדוגמת אי-כפיפותו של הבורר לדין מהותי והיעדרה של חובת הנמקה של הפסק על ידי הבורר,¹⁸ היו חלק ממנגנון זה ומהגדלת היעדר שליטת הצדדים על התוצאה. ואם לא די בכך, הוסיפה הפסיקה את פרשנותה המצמצמת לסעיף 24 לחוק הבוררות על עילות הביטול שבו ואת "הלכת טעות גלויה על פני הפסק" (כשל נוסף אשר יידון להלן)¹⁹ וחסמה כמעט הרמטית לצדדים את אפשרות הביטול של פסק הבוררות, גם כאשר הדין והצדק היו לצדם. ובמילים אחרות: לא די בכך שמרגע שנבחר הבורר והחלה

קדוריו העליונים מאיישים הצדדים (המחליטים כל החלטה עקרונית-מהותית בתיק, כולל ההסכם שבסופו) ואילו את קדורו התחתון מאייש המגשר (הנטול כל סמכות הכרעה או החלטה מהותית בתיק). וראו להרחבה דפנה לביא המגשר – התפקיד והמפתח להצלחת הגישור 9–10 (התשס"ז) (להלן: לביא המגשר).

15 להבדיל למשל מהליך הגישור. וראו להלן פרק ב.1.

16 וכפי שנקבע בע"א 491/76 גאולים מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' צדוק, פ"ד לא(3) 625, 635 (1977): "מן הרגע שהבוררות נתכוננה היא חיה את חייה העצמאיים והיא כפופה לחוק מיוחד, הוא חוק הבוררות, ולא לחוקי החוזים. משהחל הבורר לכהן על פי-שטר-הבוררין, הוא מוסמך להמשיך בבוררות, אפילו ירצה אחד הצדדים לבטל את שטר-הבוררין מסיבה כלשהי".

17 כדוגמת ההתחייבות לתת מתנה או הבטחת נישואין ראו נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" המשפט יא 27, 28 (2007).

18 ראו להלן סעיף (ג) בתת-פרק זה.

19 ראו להלן סעיף (ד) בתת-פרק זה.

הבוררות מופקע הכוח מידי הצדדים בניהול הסכסוך כראות עיניהם,²⁰ ולא די בהכפפתם להכרעת הבורר, אלא שהאפשרות לתקוף הכרעה זו ולהיזקק לפורום אחר ליישוב הסכסוך ערב התיקון לחוק הייתה קלושה עד בלתי אפשרית. לא מן הנמנע שכל הללו תרמו לתחושה של הפקעת שליטה כמעט מוחלטת מן הצדדים, אשר בחרו להדיר רגליהם מן ההליך.²¹ כפי שייטען במאמר זה, פגיעה באוטונומיה של הצדדים אינה אפוא כשל נוסף גרידא, כי אם המכנה המשותף של רבים מכשיליו של חוק הבוררות ערב התיקון לחוק וכפי שיפורט להלן.

(ב) היעדרה של אופציית הערעור וצמצום הפיקוח השיפוטי על פסק הבוררות

חששם של בעלי דין מפנייה לבוררות בגלל חוסר האפשרות לערער על פסק הבורר איננו חשש מבוטל. חשש זה מרחיק בעלי דין מיישוב מחלוקותיהם בבוררות וגורם לפיחות במעמדה.²²

חסרונו המרכזי של הליך הבוררות עד לחקיקתו של תיקון מס' 2 היה נעוץ בעובדה כי הליך הבוררות אינו נתון לערעור. פסקו של הבורר, הניתן בסיומו של ההליך, נדמה ל-"מסמר בלי ראש", אשר כמעט אי אפשר להוציאו. חוק הבוררות במתכונתו הקודמת (לפני תיקון מס' 2) לא אפשר לצדדים לערער על פסק הבוררות, כמשמעו של ערעור בפני ערכאות בתי המשפט, אלא העניק לצדדים את האפשרות לפעול באחת משתי הדרכים האלה: האחת, פנייה לבורר לתקן את פסק הבוררות או להשלימו כאשר נפלה טעות סופר בפסקו או כאשר הפסק לקוי בעניין אשר אינו נוגע לסכסוך נושא הליך הבוררות, או כאשר קיים חסר בהוראות פסק הבוררות לעניין פסיקת ריבית, הוצאות הצדדים ו/או שכר טרחה לעורכי דינם.²³ השנייה, פנייה לבית המשפט בבקשה לביטול פסק הבוררות כאשר עילות הביטול מצומצמות לרשימה סגורה של עילות אשר פורטו בסעיף 24 לחוק הבוררות ואשר פורשו באופן דוקני ומצמצם מאוד על ידי פסיקת בתי

20 בשונה מדרכי ADR אחרות כדוגמת הליך הגישור, משפט שיתופי (Collaborative Law) או הליך "הערכת מקרה מקדמית" (ENE), אשר מותירים בידי הצדדים את חופש הבחירה וההחלטה מתחילתו של ההליך ועד לסיומו.

21 ראו הנחיות היועץ המשפטי (התשס"ג), לעיל ה"ש 8, שלפיהן פנייה של הממשלה לבוררות צריכה להיעשות במשורה. נימוקו של היועץ המשפטי לממשלה נשען על שני אדנים: האחד – ראוי שהמדינה תנהל הליכים משפטיים לפי סדרי דין ודיני ראיות אחידים, והשני – העילות המצומצמות לביטול פסק בוררות והעובדה שפסקי בוררות אינם ניתנים לערעור, ובמילים אחרות: אותם כשלים אשר הוצגו לעיל כאימנטיים לחוק הבוררות ערב התיקון. להנחיות אלה של היועץ המשפטי לממשלה משמעות רבה, שכן בעל דין מהגדולים במדינה מדיר רגליו במכוון מהליך הבוררות בשל הכשלים של מוסד זה ערב התיקון לחוק.

22 שטרומן ספר הבוררות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 244.

23 ס' 22 לחוק הבוררות.

המשפט במרוצת השנים.²⁴ פנייה שכזו לבית המשפט אפשרה את ביטולו של פסק הבוררות כשחלו פגמים מהותיים בהליך הבוררות (להבדיל מתוכנו של פסק הבוררות) או כשתוכן פסק הבוררות קיצוני עד כי הוא נוגד את תקנת הציבור. המגמה העולה מפסיקתו של בית המשפט היא הימנעות קיצונית מהתערבות בפסק הבורר.²⁵ צמצום ההתערבות השיפוטית בפסק הבורר בא לידי ביטוי גם בסעיף 26(א) לחוק הקובע כי אף אם קמה עילת ביטול, בית המשפט רשאי שלא לבטל את הפסק אם הוא סבור שלא נגרם עיוות דין.

אם כן, חוק הבוררות לפני תיקון מס' 2, בייחוד לאור הפרשנות שניתנה לו על ידי בתי המשפט, לא אפשר לצדדים לערער באופן כלשהו על פסק הבוררות. התפיסה אשר עלתה בעקבות מתוך פסיקותיו של בית המשפט ופרשנותו את חוק הבוררות הייתה כי יש לחזק את מוסד הבוררות, ואין להתייחס אליו או לאפשר לו לשמש מבוא או פרודור לערכאות הדיוניות, ולפיכך אין בית המשפט יושב כערכאת ערעור על פסק הבוררות. המחוקק שואף לכך, כך חזרה והסבירה הפסיקה, כי פסק הבורר יהיה סוף פסוק, וכי בעלי הדין לא ימצאו בו עילה לבוא לבית המשפט ולקעקע את יסודותיו. הרציונל היה של "סופיות הדין", ואילו פסק הבוררות הסופי נתפס כהולם יפה את המגמה שביסוד הליך הבוררות, המבקשת לצמצם ככל האפשר התערבות שיפוטית בפסקי בוררות כדי שההליך יצדיק את התקוות שתלו בו כמכשיר יעיל לסיום מהיר ויעיל של סכסוכים ולהקלת העומס הניכר

24 על פי סעיף 24 לחוק הבוררות, העילות לביטולו של פסק בוררות הן אלה: (1) לא היה הסכם בוררות ברתוקף; (2) הפסק ניתן על ידי בורר שלא נתמנה כדין; (3) הבורר פעל ללא סמכות או שחרג מן הסמכויות הנתונות לו בהסכם הבוררות; (4) לא ניתנה לבעל-דין במהלך הבוררות הזדמנות נאותה לטעון את טענותיו או להביא ראיותיו; (5) הבורר לא הכריע באחד העניינים שנמסרו להכרעתו; (6) הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לתת נימוקים לפסק הבורר לא עשה כן; (7) הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן; (8) הפסק ניתן לאחר שעברה התקופה לנתינתו; (9) תוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור; (10) קיימת עילה שעל פיה היה בית משפט מבטל פסק דין סופי שאין עליו ערעור עוד".

25 ראו ע"א 821/88 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' שמי את סמי אבו חמוד, פ"ד מד(2) 771, 776 (1990). וכן ראו ע"א 3680/00 גמליאלי נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד נז(6) 605, 616 (2003): "מושכלות יסוד הם, כי תחום ההתערבות השיפוטית בפסק בורר מוגבל ומתוחם לעילות ביטול מוגדרות של הפסק שיש לפרשן בצמצום רב"; רע"א 6889/02 בן שמן מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שורגי (פורסם בנבו, 6.10.2002): "[...] הרי ההלכה היא, שיש לפרש עילות אלה על דרך הצמצום ובצורה דווקנית ביותר, כשהנטיה הברורה היא להמנע ככל האפשר מהתערבות בפסק הבוררות". כן ראו ע"א 823/87 דניה סיבוס חברה לבנייה בע"מ נ' ס.ע. רינגל בע"מ, פ"ד מב(4) 605, 612 (1989); רע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' יהודה שטאנג ובניו בע"מ, פ"ד מה(5) 511, 517 (1991) (להלן: עניין נתיבי איילון); רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד נט(4) 529, 542, 545-546 (2005).

הרובץ על בתי המשפט.²⁶ האפשרות לערער על פסק הבוררות נשללה מן הצדדים גם אם נפלה בפסק הבוררות טעות משפטית, עובדתית, מהותית, חשבונאית או אפילו טעות סופר. עובדה זו הותירה את הצדדים "שבויים" בידיהם של הבוררים ולא אפשרה להם לתקן טעויות בפסק גם במקרים שבהם היה ברור כי הפסק שגוי.²⁷ כמה פסקי דין בולטים אשר התפרסמו בשנים האחרונות הבליטו את האבסורד שבחסינותו הכמעט מוחלטת של פסק הבורר. המפורסם שבהם היה פסק הבוררות בעניין ארוך נ' כלל,²⁸ שבמסגרתו חויבה האחרונה לשלם לתובע סכום של כ-95 מיליון ש"ח (!) מבלי שתהיה לה האפשרות לערער על קביעה זו.

גם בספרות המלומדים נשמעה הדעה כי פיקוח שיפוטי על פסק הבורר מוסיף לתחושת הצדק של הצדדים ומגביר את אמון הציבור בהליך הבוררות בבית המשפט, וכי הליך בוררות סופי, במובן זה שפסק הבוררות הוא סוף פסוק ואינו כפוף לביקורת שיפוטית, עלול להרתיע צדדים מפנייה לבוררות.²⁹ ואמנם מצב הדברים הקיים יצר אצל מתדיינים פוטנציאליים רתיעה ממנגנון הבוררות, ועם השנים הלך והצטמצם באופן ניכר מספרם של הסכסוכים במסלול הבוררות,³⁰ מה שהוביל גם לעומס ניכר על המערכת המשפטית.

מבט משווה מגלה כי גם בעולם היעדרה של אפשרות ערעור על פסק הבוררות היא גורם המרתיע צדדים מההליך. קפליוק מציינת כי "מחקר אחד בחן את הסיבות שבגינן עורכי דין מסחריים לא פונים לבוררות. 54% מהנחקרים ציינו, שהיעדר האפשרות לערער על פסק הבורר הוא הגורם המרתיע אותם מפניה לבוררות".³¹ עוד היא מציינת כי "במחקר נוסף נשאלו עורכי דין בדרום קליפורניה על נטייתם להסכים להפנות את ההכרעה במחלוקת לבוררות. המחקר הציג תוצאות חד-משמעיות: הרוב המכריע של עורכי הדין מעדיף התדיינות משפטית מבוררות, וזאת בשל היעדרה של ערכאת ערעור

26 סמדר אוטולנגי בוררות – דין ונוהל כרך ב 963–966 (2005).

27 הרחבה לעניין "הלכת טעות גלויה על פני הפסק" ראו להלן סעיף (ד) בתת-פרק זה.

28 רע"א 2203/07 ארוך נ' כלל פיננסים ניהול בע"מ (פורסם בנבו, 13.8.2007) (להלן: עניין רע"א ארוך נ' כלל). ראו גם בש"א 4936/06 ארוך נ' כלל פיננסיים ניהול בע"מ (פורסם בנבו, 25.9.2006). וכן ראו עמית בן-ארויה "פסק הבורר בוטל: אלי ארוך יקבל 9.2 מיליון שקל – שלישי יועבר לעורכי הדין" *The Marker* 2.2.2009 www.themarker.com/law/1.524557.

29 קפליוק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 610.

30 שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2.

31 קפליוק לעיל ה"ש 13, בע' 605. להרחבה ראו David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *In Search of Control: The Corporate Embrace of ADR*, 1 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 133 (1998).

על פסקי בוררות.³² במילים אחרות, חוסר היכולת לתקן הכרעת בורר שגויה מרתיעה צדדים מפנייה לבוררות.³³

(ג) היעדרה של חובת הנמקה

היעדרה של חובת הנמקה של פסק הבוררות נתפסה ככשל מרכזי נוסף בחוק ערב התיקון וכפגיעה בהגשמתה של זכות יסוד במשפט, ותיקון מס' 2 נועד, בין השאר, לתקן פגם זה.³⁴

טרם השינוי בחוק הבוררות פטרה הוראה י"ד בתוספת הראשונה לחוק הבוררות את הבורר מהחובה לנמק את פסקו. לפי סעיף 2 לחוק הבוררות, הוראות התוספת חלו במקרה שבו לא קבעו הצדדים אחרת, ולכן באופן אוטומטי ואם הצדדים לא קבעו אחרת בהסכם הבוררות שלהם, היה הבורר פטור מחובת הנמקה. לפני תיקון מס' 2 ניסו בעלי דין שהפסידו בהליך הבוררות לבטל את פסק הבוררות בעילות שונות כאשר לא הבינו את הבסיס להכרעתו של הבורר. הדבר גרם לריבוי פניות לבית המשפט בבקשה לבטל את פסק הבוררות, ומטבע הדברים להחלשתו של מוסד הבוררות ולהרחקת צדדים פוטנציאליים מההליך. אמנם היעדרה של הנמקה היה (ועודנו לאחר תיקון מס' 2) עילה לביטול פסק בורר אם הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לתת נימוקים לפסק והבורר לא עשה כן.³⁵ אלא שחולשת מעמדה של הנמקה, כמעמדה טרם התיקון לחוק, התגלתה הן בחיובה כאמור קביעה מפורשת על ידי הצדדים בהסכם הבוררות והן בפרשנות המצומצמת שנתן בית המשפט לעילת ביטול זו (כמו גם לשאר עילות הביטול של סעיף 24 לחוק הבוררות). בית המשפט לא התייחס לעילת ביטול זו כאל עילת ביטול של ממש, קרי כזו המצדיקה במקרים רבים את ביטולו של הפסק.³⁶ אדרבה, פסיקתו של בית המשפט אף שיבחה את "הפסק האילם" (כתיאורו את הפסק הבלתי מנומק):

32 קפליוק, לעיל ה"ש 13. להרחבה ראו Rebecca Callahan, *Arbitration v. Litigation: The Right to Appeal and Other Misperceptions Fueling the Preference for a Judicial Forum*, Bepress Legal Series 3, 35–39 (Apr. 7, 2006) <http://law.bepress.com/expresso/eps/1248>.

33 קפליוק, לעיל ה"ש 13.

34 שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 2. "בפרשת ארוך פטרו הצדדים את הבורר [...] מהדין המהותי ומהנמקת הפסק. בפסקו חייב הבורר את הנתבעים לשלם לתובעים סך של 91,781,058 [...] כולל הפרשי הצמדה וריבית ושכ"ט בסך 100,000 ש"ח. סכום עתק לכל הדעות, שנפסק ללא הנמקה וללא הסבר, פרט לעמוד המתאר את השתלשלות האירועים ובו המשפט הבא: 'העדפתי ללא סייג את עדויות התובעים על פני עדויות הנתבעים שהיו בעיני מגמתיות ובלתי אמינות [...]'" (שם, בעמ' 298). פסק בוררות זה מדגים בעיני את האבסורד הקיים בהיעדרה של חובת הנמקה.

35 ס' 24(6) לחוק הבוררות.

36 ואף מקימה עילת תביעה לבעלי הדין לחיוב הבורר בהשבת הוצאותיהם המבזבזות בבוררות שהתקיימה בפניו ובפיצויים על הנזקים שנגרמו להם מהיעדרו של פסק בוררות כדין. ראו ע"א 1325/92 קולקר נ' דיפולמט אופנועים (1985) בע"מ, פ"ד מז(3) 89, 97 (1993), שם נקבע כי

בורר נהנה מזכות גדולה אשר לא ניתנה לשופט: החוק פטר אותו מלידת נימוקים להחלטתו, ואם הוציא הבורר פסק "אילם", אשר אינו מגלה אלא את התוצאה של שיקוליו, הרי זה משובח.³⁷

למרבה הפלא, אפילו האפשרות של טעות שיטעה הבורר בפסקו, שאי אפשר לתקנה בשל היעדרה של הנמקה, לא הפחיתה מהשבחים. אדרבה, בית המשפט המשיך וקבע:

[...] בורר שהוציא פסק מנומק, כאילו הוא שופט ולא בורר, נטל כמו ידי מן בעלי-הדין הרבה מיתרונות הבוררות, שאם טעה – מתגלית טעותו על פני הדברים, והרי זו עילה לביטול פסקו.³⁸

נדמה כי אי אפשר להמעיט בחשיבותה של חובת ההנמקה בתרומתה לאיכותה של תוצאת פסק הבוררות:

חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד. כל מי שהתנסה בכתיבה יודע זאת. דבר אחד הוא רעיון המשתלט על המחשבה. דבר אחר הוא העברתו של הרעיון בכור ההיתוך של ההתמודדות האינטלקטואלית המבקשת לתמוך בו, תוך מודעות לתוצאותיו. רבים הם הרעיונות אשר הצורך לנמקם הביא לחדלונם, שכן היה בהם אך הדר חיצוני שלא ניתן היה לבססו. חובת ההנמקה היא מהחשובים שבאתגרים בפניהם חייב שופט, המפעיל שיקול דעת, לעמוד.³⁹

"אם כך בשופט, קל וחומר בבורר [...] שאין עיסוקו דרך קבע בבוררות והוא חסר מיומנות בהערכת עדויות ובניתוח עובדות".⁴⁰ מצד הבורר חיונית ההנמקה "גם כדי

היעדרה של הנמקה או היעדרה של הנמקה כהלכה אינו מחייב לדעת בית המשפט את ביטול הפסק אלא את השבתו לבורר "על מנת שיכתוב פסק חדש, שלם במבנהו ובתוכנו" כנדרש לפי הנחיות בית המשפט. וזאת על אף החשש שעלול להתעורר בלב הצדדים: [...] כי בשעתו לא ערך הבורר את מחשבתו באופן מסודר, וכי עתה ישלים את ה'חללים', בדיעבד. על-אף זאת לא פסל החוק את האפשרות להחזרת הפסק לבורר, ובכך גילה המחוקק את דעתו, כי ידה של יעילות הדין בבוררות וחזקת כשרות פעולתו של הבורר, הדורשת רק השלמה מצדו, גוברת על תחושת אי הנוחות של הצדדים" (שם).

37 ע"א 255/59 תעשיות שעם "דוד" ושות' נ' אלרועי, פ"ד יד(1) 177, 191, פס' 1 לפסק דינו של השופט זוסמן (1960).

38 שם. גם בפסיקות מן הזמן האחרון (אמנם עוד בטרם נחקק תיקון מס' 2 לחוק) ממשיך בית המשפט באותו הקו, אשר אינו רואה פסול עקרוני באי-נימוק הפסק. ראו רע"א 5462/08 סופר נ' ש.י.צ.ח. חברה לבניין בע"מ, פס' 12 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 15.9.2008).

39 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 46 (1987).

40 שטרומן ספר הבוררות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 222. סעיף 1 לחוק הבוררות מגדיר "בורר" באופן הבא: "בורר שנתמנה בהסכם בוררות או על פיו, לרבות בורר מכריע ובורר חליף". ההגדרה אינה

להבטיח את שינון הראיות ע"י הבורר לפני הסקת המסקנות ופסיקת הדין. כתיבת הנימוקים מחייבת עיון חוזר ונשנה במסמכים, שהוצגו כראיות, ברישומי העדויות ובסיכומיהם של בעלי הדין.⁴¹ ואילו מן הזווית של הצדדים מסירה ההנמקה חשש מלבו של בעל הדין שמא פסק הבורר את פסקו ללא לימוד חוזר של כל הראיות והטענות. מלבד זאת חיוניותה של הנמקה הפסק היא מהמעלה הראשונה לצורך אפשרות הפיקוח השיפוטי על הפסק. אפשרות בחינתו של הפסק על ידי ערכאת ערעור, כאמור לעיל,⁴² מוסיפה לתחושת הצדק של הצדדים ומגבירה את אמון הציבור בהליך הבוררות. אפשרות הפיקוח השיפוטי על הפסק מקבלת משנה חשיבות כשמדובר בבורר בלתי מיומן שאין עיסוקו דרך קבע בבוררות. אפשרות זו, עם כל חשיבותה, לא תיתכן בלא הנמקה הבורר את פסקו.

נדמה כי בכל הנוגע לחובת ההנמקה ועם כל חשיבותה המתוארת, כשל מוסד הבוררות ערב התיקון לחוק בהגדילו את מרחב פעולתו של הבורר על חשבון שליטתם של הצדדים על התוצאה (והבנתה) בצד כל ההשלכות הנלוות לכך, כאמור.

(ד) טעות גלויה על פני הפסק

בתקופתה של פקודת הבוררות המנדטורית משנת 1926, אשר קדמה לחוק הבוררות, פסקו בתי המשפט כי אחת העילות לביטול פסק בורר היא טעות בולטת על פני פסק הבוררות. משהחליף חוק הבוררות את הפקודה, נשללה אפשרות השימוש בעילה זו והרצינון שמאחורי שלילה זו היה החשש מפגיעה ב"סופיות הדיון" שתיגרם מעילה זו,

תוחמת את גבולות הנכנסים בשערי המקצוע. הבורר כמו גם השופט (ולהבדיל מן המגשר) מסיים את ההליך בפסק. החלטתו היא מחייבת ולעתים אף חורצת גורלות. לעתים אף משפיעה, במישרין או בעקיפין, על זכויותיהם של צדדים שלישיים. עם זאת בעוד מינוי לכהונת שופט מותנה בהשכלה משפטית ובעבודה משפטית בעריכת דין או באקדמיה, מיהותו של בורר נקבעת, כפי שעולה מסעיף 1 לחוק הבוררות על ידי הצדדים בלבד. המחוקק שותק בכל הנוגע לכישוריו, לרמת הכשרתו, לאישיותו או לכל פרמטר אחר, אשר עשוי היה להבטיח רף מינימאלי של הכרעה ראויה. חוק הבוררות אינו מתייחס לכישורי הבורר וסגולותיו. החוק אינו מחייב את הבורר להיות בעל השכלה ואף אין הכרח שידע קרוא וכתוב (!) לא קיימים מבחני כניסה למקצוע או קורסי הכשרה. הכל פתוח ופרוץ לשוק החופשי, לבחירתם של הצדדים ולעתים קרובות למחיר הכבד אשר הם עלולים לשלם עקב כך.

41 ראו שם. על יתרונה של ההנמקה להסרת כל חשש מפני משוא פנים ושיקולים זרים של הבורר, נאמר בבית המשפט המחוזי: "רק הנמקה ההכרעה שתשקף את שיקוליו של הבורר ותוציא אותן לאור מחביוני לבו, היא העשויה להפיג חשש זה [...]" (ת"א (מחוזי ת"א) 2228/80 עפר וסלע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"מ מד(2) 143, 144, פס' 4 לפסק דינו של השופט חריש (1980)).

42 ראו לעיל סעיף (ב) בתת-פרק זה.

וכפועל יוצא מכך – הרחקת ציבור המתדיינים מן ההליך.⁴³ בהמשך לרציונל זה הצטרפה הפסיקה לקו זה עם "הלכת טעות גלויה על פני הפסק", אשר העניקה הגנה לפסק בוררות גם כשמצויה בו טעות גלויה על פני הפסק. כפי שנפסק וחזר ונפסק על ידי בית המשפט העליון: אפילו טעות של בורר בדין המהותי הנראית לכל משפטן המעיין בפסק המנומק של הבורר (שחויב לדון ולפסוק על פי הדין המהותי ולנמק את פסקו) אינה ניתנת לביטול על ידי בית המשפט.⁴⁴ בית המשפט חזר והבהיר כי חוק הבוררות עיגן, בסעיף 24, עשר עילות ביטול המהוות רשימה סגורה, וכי צד המבקש לבטל את פסק הבוררות יכול לעשות זאת רק על ידי אחת מעילות הסעיף. טעות, ולו גלויה, של בורר אינה כלולה ברשימת העילות שבסעיף. במסגרת הכללית של פרשנות מצמצמת שנתנה הפסיקה לעילות הביטול של סעיף 24 לחוק באה לידי ביטוי ביתר שאת הפרשנות המצמצמת שניתנה לעילת הביטול השביעית. לפי עילה זו בית המשפט רשאי לבטל פסק בוררות כאשר "הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לפסוק בהתאם לדין והבורר לא עשה כן".⁴⁵ בפסיקות חוזרות ונשנות קבע בית המשפט כי רק התעלמות בידועין של הבורר מן הדין מקימה לצדדים עילה זו ועשויה להביא לביטול הפסק מכוחה. אולם טעות של הבורר בהחלת הדין אין בה כדי להקים עילת ביטול זו.⁴⁶ המחוקק ראה לנכון שלא לאפשר לבית המשפט לבטל טעות של בורר, חמורה ככל שתהיה. הרציונל הוא כי אין בית המשפט מחליף את הבורר בכתיבת הפסק, ולפיכך גם אם טעה הבורר בפסקו, אין בית המשפט

43 דברי ההסבר להצעת חוק הבוררות (תיקון מס' 2) (ערעור על פסק בוררות), התשס"ח-2007, ה"ח 191 (להלן: הצעת חוק הבוררות (תיקון מס' 2) או הצעת החוק).

44 "אף אם טעה הבורר בדבר הלכה או בשיקול-דעת אין בכך כדי לבטל את הכרעתו. רק אם התעלם כליל מהדין המהותי ולא פעל על פיו, הגם שהותנה בשטר הבוררין כי יפסוק על-פי הדין, תהא עילה לבטלות הפסק בהתאם לסעיף 24(7) לחוק" (ע"א 318/85 כוכבי נ' גזית קונסיליום השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד מב(3) 265, 279, פס' 7 לפסק דינה של השופטת בן-פורת (1988)); "[...] שבדונו בפסק בוררות אין בית המשפט משים עצמו ערכאת ערעור על פסיקת הבורר" (רע"א 1512/92 קירת – חברה קבלנית לבנייה מתקדמת בע"מ נ' נזר, פ"ד מז(5) 529, 532, פס' 5 לפסק דינו של השופט מצא (1993) (להלן: עניין קירת)). הכלל הוא "[...] שבגדר הדיון בבקשה לביטול פסק בוררות אין בית המשפט נזקק להשגות ערעוריות על צדקת הכרעתו של הבורר" (שם, בעמ' 536, פס' 11 לפסק דינו של השופט מצא).

45 ס' 24(7) לחוק הבוררות.

46 עניין נתיבי איילון, לעיל ה"ש 25, בעמ' 516: "טעויות בפירוש הדין וביישומו מצד בורר, אשר לגביו הותנה בהסכם הבוררות שיפסוק בהתאם לדין, אין בהן כדי להוות עילה לביטול הפסק על יסוד סעיף 24(7) לחוק". וכן ראו עניין כוכבי, לעיל ה"ש 44; רע"א 794/02 טקסי "המרכז" בע"מ נ' השרון שירותי טקסי בע"מ, פס' 4 לפסק דינו של השופט טירקל (פורסם בנבו, 29.1.2002); רע"א 5653/02 נאות מזרחי בע"מ נ' קופ, פס' 2 לפסק דינו של השופט טירקל (פורסם בנבו, 3.7.2002).

משנים עצמו כערכאת ערעור על פסק הבורר.⁴⁷ העולה מפרשנותו של בית המשפט את סעיף 24(7) לחוק הוא כי בורר יכול להפעיל את שיקול דעתו באורח לא שקול ולהוציא מתחת ידיו פסק מוטעה המנוגד לדין ולהלכה – שלא יהיה אפשר לבטלו. אף על פי שפרשנות זו נשענת על הרציונל של השארת שיקול הדעת בידי הבורר (תחת החלפתה בזו של בית המשפט) וכן על הרציונל של סופיות הדיון, יש בה ביטוי מובהק להגדלת כוחו וסמכותו של הבורר על חשבון האוטונומיה החופשית ויכולת השליטה של הצדדים להליך.

ואמנם קביעות אלו של בית המשפט לא הביאו להיזקקות רבה להליך הבוררות, שכן בעקבותיהן נתפס הליך הבוררות כמאפשר טעויות מהותיות שאינן ניתנות לתיקון. ואכן, בספרות המלומדים נמתחה ביקורת על קביעות אלו של בית המשפט.⁴⁸ בהתייחסה להלכת טעות גלויה על פני הפסק טענה אוטולנגי:

פסיקה זו, לצערי יש בה רק כדי לפגוע בהנחלת הבוררות כאמצעי חלופי לפתרון סכסוכים. אנשים יחששו לפנות לדרך זו, בידועם כי בתי המשפט יימנעו מלתת סעד, גם במקום בו מן הראוי היה כי יתערבו.⁴⁹

גם שטרומן מביא בספרו⁵⁰ כמה מקרים שבהם שופטים אשר נתבקשו לבטל פסק בוררות בשל טעות גלויה ובוטלת על פני הפסק מצאו את ידיהם כבולות בשל הלכת טעות גלויה על פני הפסק ולפיכך נאלצו לחפש דרכים מאולצות ו"יצירתיות" ביותר כדי לא להשאירו על כנו. שטרומן מסכם, באמרו:

בכל אחד מהמקרים המתוארים לעיל – טעות הבורר היתה גלויה ובוררה וחוסר ההשלמה של השופטים עם הטעויות זועק לשינוי הדין וההלכה.⁵¹

גם שופטים שונים בבית המשפט המחוזי הצטרפו לביקורת זו. השופט גל סבר שיש קשר הדוק בין סמכות בית המשפט להתערב בפסק הבוררות ולבטלו בשל טעות גלויה על פניו לבין חיזוק מוסד הבוררות. בפסק דינו הוא מציע להשיב את עילת הביטול של טעות על פני הפסק שהייתה קיימת קודם לחוק. לדבריו, עד שלא תושב עילת הביטול "לא יפרוש

47 רע"א 7765/07 קופת חולים מאוחדת נ' ג'נח, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.11.2007).

48 אורי שטרומן "הרהורים וערעורים על פסק בורר" הפרקליט מ' 227, 230–231, 239–240 (1992); אלחנן קליר "ביטול פסק בורר, שפסק בניגוד לדין (בעקבות רע"א 113/87 חב' נתיבי איילון בע"מ נ' יהודה שטאנג ובניו בע"מ)" הפרקליט מא' 208, 211 (1993); דן גיורא "על בורר שחויב לפסוק בהתאם לדין המהותי ולא עשה כן (בעקבות רע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' יהודה שטאנג ובניו בע"מ)" עיוני משפט יח' 279 (1993).

49 אוטולנגי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1077.

50 שטרומן ספר הבוררות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 245–246.

51 שם, בעמ' 246 (ההדגשה שלי – ד"ל).

מוסד הבוררות כנפיים ולא ישתרש היטב בכל מגזרי החברה".⁵² השופט וסרקרוג הביעה את דעתה נגד "הלכת טעות גלויה על פני הפסק" וטענה כי החזרתה של עילת הביטול עשויה לעודד פנייה של מתדיינים להליך הבוררות.⁵³ גם מחוקק תיקון מס' 2 הכיר בנוקיה של "הלכת טעות גלויה על פני הפסק". על הלכה זו אמר אחד מיוזמי החקיקה כי "זה אחת הסיבות, לפי דעתי והכרתי, גם הכרתי המקצועית, שממעטים ללכת למסלול של הבוררות".⁵⁴ בהמשך רשימה זו אבדוק אם כפועל יוצא מתובנה זו עשה מחוקק התיקון די לתיקונו של כשל זה.⁵⁵

(ה) פסלות הבורר

אחד ההיבטים הדרקוניים והכפייניים של חוק הבוררות ערב התיקון בא לידי ביטוי בנושא פסלות הבורר. כוונתי למבחנים הקשיחים שקבעה הפסיקה לפסילתו של בורר בצד רף הפסילה הגבוהה שהם מציבים. נקבע בפסיקה כי מקרי הפסילה של בורר יהיו חריגים ביותר, וכי "מגמה זו עולה בקנה אחד עם התכלית החקיקתית של חוק הבוררות, בהפניית סכסוכים להכרעה עניינית ומהירה. על מנת לשמור על יציבותו של מוסד זה, ביהמ"ש גוזר על עצמו איפוק ואין הוא מתערב על נקלה בהליכים המתנהלים בפני בורר".⁵⁶ הרף שהציבה הפסיקה לפסלות בורר גבוה מזה המוצב לפסלות שופט (!) תוך הדגשה וחזרה על הרציונל בדבר הצורך לשמור על מעמד הבורר, להגן עליו ועל כבודו מפני הטחת האשמת שווא בו (של משוא פנים, התנהגות בלתי הולמת וכו') ומפני פגיעה בשמו הטוב על ידי בעל דין החושש מפסיקתו, או שנפגע ממנה.⁵⁷ פסיקה זו של בתי המשפט הולידה את הביקורת, שלפיה:

- 52 ה"פ (מחוזי י-ם) 271/97 חברת נתן נטע ליפשיץ חברה קבלנית לכניין ירושלים בע"מ נ' ר.א.מ. מהנדסים קבלנים בע"מ, פס' 20 לפסק דינו של השופט גל (פורסם בנבו, 3.8.1998).
- 53 בש"א (מחוזי חי') 011260/99 אחים שורק בע"מ נ' רם – חברה לעבודות הנדסיות בנין ושוברי גלים בע"מ, פס' 24 לפסק דינה של השופטת וסרקרוג (פורסם בנבו, 17.4.2000).
- 54 פרוטוקול ישיבה מס' 313 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 3 (דברי חבר הכנסת גדעון סער) (16.10.2007) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 313).
- 55 ראו להלן סעיף (ג) בתת-פרק א.3, וכן להלן ה"ש 178–183 והטקסט הצמוד להן.
- 56 ראו בש"א (מחוזי ת"א) 103994/98 קפון (פנאן) נ' פנאן, פסק דינה של השופטת שטרנברג-אליעז (פורסם בנבו, 12.7.1998). השופטת שטרנברג-אליעז סיכמה את ההלכות המשפטיות בנושא זה כך: "המבחן שקבעה הפסיקה למשוא פנים הינו מבחן אובייקטיבי, המציב רף גבוה בפני הטוען טענה זו. עליו להצביע כי קיימת אפשרות ממשית – Real Likelihood – למשוא פנים, להבדיל מקיומו של חשש סביר גרידא [...] המדובר במקרים חריגים ביותר, כגון מידע שיש בו כדי להטיל צל כבד על כשירות הבורר לשמש בתפקידו ובית המשפט מתבקש להעבירו מהתפקיד מחשש לניגוד אינטרסים ומשוא פנים, הכרוכים מטבעם זה בזה [...]".
- 57 בית המשפט ציין את הזהירות הרבה הנדרשת ממנו בעת בירורה של האשמה כזו כאשר היא העילה לבקשה לפסילת הבורר. ברע"א 1651/99 ר.ר. חניונים בע"מ נ' הסתדות העובדים החדשה בישראל,

מטרת המשפט איננה רק ההגנה על מוסד הבוררות וכבוד הבורר אלא גם ובעיקר הבטחת הגינותו של הבורר, שהרי בוררות ללא בורר הגון וללא פיקוח יעיל של בית המשפט על התנהגותו תפגע במוסד הבוררות יותר מבקשות בלתי מבוססות לפסילת בוררים, ותפגע, כמוכן, בבעל הדין, שחיפש אמת ומשפט צדק בבוררות ונתקל בעיוותם ע"י הבורר.⁵⁸

האפשרות להביא לפסילתו של הבורר משמרת משהו מן השליטה של הצדדים על ההליך ותורמת לאיזון יחסי הכוחות שבינם לבין הבורר. פרשנות מצמצמת לאפשרות פעולה זו (כפי שניתנה כאמור על ידי הפסיקה) פוגעת במפגיע בשליטה זו. זאת ועוד, חלק מיסוד ההסכמה, המבססת את האוטונומיה של הצדדים בהליך כאמור לעיל,⁵⁹ בא לידי ביטוי גם ביכולת בחירתם של הצדדים את הבורר. אפשרות הפסילה שלו משלימה ומחזקת יכולת זו, שכן היא מביאה לידי ביטוי את רצונם האמתי לבחור בבורר הוגן והגון ולפסול אותו אם יתברר כי אינו כזה. צמצום אופציית הפסילה באמצעות הצבתם של מבחנים קשיחים כאמור פוגעת, ולו בעקיפין, באוטונומיה זו.

הדברים אף מחריפים כשפעמים רבות הצדדים אינם בוחרים בבורר ישירות (טרם פתיחתה של הבוררות),⁶⁰ ולפיכך אפשרות הפסילה שלו על ידיהם היא מינימום המשמר את יסוד ההסכמה בנקודה זו. שלילתה של אפשרות זו – באמצעות מבחני פסילה קשיחים – שוללת בפועל את יסוד ההסכמה ומשאירה את האוטונומיה של הצדדים "על הנניר" בלבד.

(1) עלותו של צדק פרטי

אחת הטענות הנשמעות נגד "צדק פרטי" בכלל היא כי הוא פוגע בעניים ובשכבות החלשות, בהגדילו את הוצאות הצדדים הנוזקים למימונו.⁶¹ עלותו של הליך הבוררות בפרט נתפסת כאחד מחסרונותיו של מוסד זה.⁶² כפי שמציינת קפליוק: "עלויות הצדדים הכרוכות בניהולה, עשויות לעתים להיות גבוהות מן העלויות הכרוכות בניהולת ההליך

פס' 4 לפסק דינו של השופט טירקל (פורסם בנבו, 16.5.1999) אימץ השופט טירקל את הערת בית המשפט המחוזי לעורך הדין שהגיש בקשה בלתי מבוססת לפסילת בורר ולפיה הפגיעה בכבוד הבורר נעוצה בעצם הגשת הבקשה (!).

58 שטרומן ספר הבוררות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 116.

59 ראו לעיל ה"ש 12–13 והטקסט הצמוד להן.

60 ראו להלן ה"ש 128–129 והטקסט הצמוד להן.

61 Richard C. Reuben, *Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute* 61

Resolution, 85 CAL. L. REV. 577, 584, 585 (1997). ראו גם מיכל אלברשטין תורת הגישור 113

Larry R. Spain, *Alternative Dispute Resolution for the Poor: Is it an Alternative?*, ; (2007)

70 N.D. L. REV. 269, 273–274 (1994).

62 שטרומן ספר הבוררות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 20.

השיפוטי. הסיבה לכך היא שהמערכת הציבורית מסבסדת חלק מעלויות ההליך המשפטי ואין היא מסבסדת את עלויות הליך הבוררות. הצדדים נושאים בכל העלויות הכרוכות בניהול הליך הבוררות, בשכר הבורר ובהוצאותיו והם אף עשויים לשאת בהוצאות הכרוכות בשכירת חדרי ישיבות ושירותי משרד.⁶³ זאת ועוד, "אל נוכח היעדרה של מסגרת ממוסדת לניהול הבוררות, ההליך עלול להימשך שנים רבות – אם בשל התנהלות הבורר או בשל התנהלות מי מהצדדים".⁶⁴ ממחקר שנעשה בעולם עולה כי אחת הסיבות לאי-פנייתם של עורכי דין מסחריים לבוררות היא העלויות הגבוהות של ההליך.⁶⁵ עצם הבחירה במנגנון חלופי לבית המשפט לשם יישוב הסכסוך היא במהותה ביטוי של האוטונומיה האישית של הצדדים, כאמור.⁶⁶ משהופכת עלותה של הבוררות אופציה זו לבלתי זמינה לצדדים, הרי שלא רק בעקיפין מתקיימת פגיעה באוטונומיה ובחופש הבחירה שלהם.⁶⁷

לסיכום חלק זה של הפרק אפשר לראות כיצד פגיעה באוטונומיה של הצדדים עוברת כחוט השני בין כשלו של חוק הבוררות ערב התיקון לחוק. לשון אחרת, פגיעה באוטונומיה של הצדדים היא-היא השורש האמתי של כישלוננו של מוסד הבוררות ערב התיקון, ובכשלים האחרים, אשר פורטו לעיל, אפשר לראות את הגילוי החיצוני של שורש זה.

ויצוין כי למרבה האירוניה, דווקא הפסיקה, אשר ציפתה לחזק את האוטונומיה של הצדדים במוסד הבוררות, תרמה (בפרשנותה לחוק הבוררות) להחלשתה של אוטונומיה זו ולהברחתו של ציבור המתדיינים הפוטנציאליים מן ההליך. הן הביקורת שנשמעה על

63 קפליוק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 601.

64 שם. בנוסף, אחד החששות שהועלו בספרות המלומדים הוא בדבר נטייתו של בורר, המונע על ידי תמריץ כלכלי, להאריך את משך ההליך בבוררות. ראו Henry S. Noyes, *If You (Re)Build It, They Will Come: Contract to Remake the Rules of Litigation in Arbitration's Image*, 30 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 579, 588 (2007).

65 מדובר ב-14.8% ממשנתפי המחקר אשר הצביעו על סיבה זו. ראו Lipsky & Seeber, לעיל ה"ש 31, בעמ' 149.

66 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 12.

67 עם זאת ברי כי אפשר להסתייג (או למצער להסתייג חלקית) מטענה זו, המקטלגת את הבוררות כמעין "צדק פרטי" לעשירים, משום שלעתים הבוררות עשויה להיות החלופה הזולה יותר (באופן יחסי). וכדוגמה: כאשר היא משמשת להכרעת סכסוך בין-לאומי פרטי כשמדינת השיפוט היא מדינה שהעלות בה גבוהה יותר. לעומת זאת ברי כי חוק הבוררות בישראל לא נועד בעיקרו רק לשימוש במקרה של סכסוכים בין-לאומיים וגם באחרונים בהחלט ייתכן (ואף מקובל) לכלול בחוזה שבין הצדדים תניה המפנה את הצדדים במקרה של סכסוך ליישוב הסכסוך בבוררות (או באמצעות אחת מן הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים) במדינה הזרה. במקרים אלו אין מובטח כלל כי הבוררות תשמש החלופה הזולה יותר. לפיכך הביקורת הרבות על עלותו של הליך הבוררות ומחירו של צדק פרטי (וראו קביעות המלומדים מהארץ ומהעולם, הנזכרות לעיל בה"ש 61, 62) – בעיני עומדות.

פרשנותה המצמצמת של הפסיקה לפסלות בורר⁶⁸ והן הביקורות אשר נשמעו על "הלכת טעות גלויה על פני הפסק"⁶⁹ טוענות זאת, מי במפורש ומי במרומז. במילים אחרות: ברובד ההצהרתי ביטא בית המשפט בפסיקותיו את האמונה כי צמצום התערבותו השיפוטית בפסק הבוררות יחזק את מעמדו של פסק הבוררות ואת בחירותיהם האמתיות של הצדדים כפי שבאו לידי ביטוי בהסכם הבוררות שביניהם, שהרי הצדדים בחרו בבוררות ובבורר כצינור להכרעת סכסוכיהם ולא בבית המשפט.⁷⁰ לשון אחרת: בית המשפט האמין כי צמצום התערבותו השיפוטית בפסק הבוררות יחזק את האוטונומיה האמתית של הצדדים כי יתרום לחיזוק בחירותיהם האמתיות. דא עקא, וכפי שטוענת הביקורת על פסיקותיו:⁷¹

[...] שהגישה המצמצמת את ההתערבות השיפוטית בפסק הבורר אינה מחזקת את מוסד הבוררות ואינה מסייעת בכיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים; ולא זו אף זו – היא אף פוגעת בהם ומחבלת בציפיותיהם באשר לתוצאת הפסק.

"הגישה המצמצמת את ההתערבות השיפוטית", כאמור בציטוט שלעיל, כוללת כמובא לעיל הן את "הלכת טעות גלויה על פני הפסק", הן את פרשנותו המצמצמת לעילות הביטול שבסעיף 24 לחוק, הן את שבחיו להיעדרה של חובת ההנמקה והן את המבחנים הקשיחים שהוא קבע לפסלותו של בורר. הללו אמנם תרמו לצמצום ההתערבות השיפוטית במוסד הבוררות, אך גם הוסיפו בפועל על כשלו של מוסד זה ערב התיקון לחוק והעמידו את הצדדים מול שוקת שבורה תוך אבדן האוטונומיה האמתית שלהם.

68 ראו לעיל ה"ש 58–59 והטקסט הצמוד להן.

69 ראו לעיל ה"ש 49–54 והטקסט הצמוד להן. כמו כן קפליוק מציינת במאמרה את "הצדקת המדיניות" כאחת מן ההצדקות שבהן השתמש בית המשפט כדי לבסס את גישתו המצמצמת לעילות ביטול פסק הבורר בכלל ולעילת הביטול השביעית בפרט. אחת משתי מטרותיה של הצדקת המדיניות היא, כדבריה, כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים. לדעת בית המשפט, כך טוענת קפליוק, צמצום ההתערבות השיפוטית בפסק הבוררות יחזק את מעמדו של פסק הבוררות ואת הבחירות האמתיות של הצדדים. קפליוק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 596.

70 רע"א 5991/02 גוירצמן נ' פריד, פ"ד נט(5) 1, 10 (2005) אף על פי שהדברים אינם עולים במפורש מפסק הדין, נראה כי הרציונל בבסיס פרשנותו המצמצמת של בית המשפט להתערבותו כמפקח על פסקי הבוררות מבוססת על הקשר בין חופש הבחירה של הצדדים למסור לבורר את ההכרעה בסכסוך שלהם (קרי אותו ביטוי לאוטונומיית הרצון החופשי שלהם) לבין תוצאת הפסק. בית המשפט קובע כי צדדים הפונים לבוררות סומכים על הבורר שיכריע את ההכרעה הראויה, משום כך עליהם להשלים עם פסיקתו גם אם טעה או נתן פסיקה שאינה מוצדקת(!) במילים אחרות: יש בצמצום התערבותו החיצונית של בית המשפט אך שמירה על האוטונומיה האמתית שלהם.

71 קפליוק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 597 (ההדגשה שלי – ד"ל).

בעקבות ביקורת זו מכילה ספרות המלומדים ערב התיקון הצעה המבקשת להרחיב את האוטונומיה של הצדדים בניסיון לתקן את אחד מכשלי המרכזיים של החוק ערב התיקון.⁷² מציעת ההצעה, אשר מעידה על עצמה כי היא רואה בכיבוד האוטונומיה של הצדדים את העיקרון הבסיסי החולש על ההליך,⁷³ מציגה הצעה "המונחית על ידי העיקרון בדבר כיבוד אוטונומיית הרצון של הצדדים"⁷⁴ והיא מציעה הצעה זו, לדבריה, מתוך תקווה שאימוצה יעלה את קרנה של הבוררות בעיני הציבור ויהפוך אותה לחלופה ראויה ושמישה ליישוב סכסוכים.⁷⁵

ואמנם, עקרון הבסיס של הצעה זו אומץ על ידי המחוקק בתיקון מס' 2. לאור זאת נשאלת השאלה: האומנם השכיל מחוקק תיקון מס' 2 להעניק טיפול הולם לכשל של פגיעה באוטונומיה של הצדדים, אשר חלש כאמור על מוסד הבוררות ערב התיקון ובא לידי ביטוי הן בחוק והן בפסיקה שפירשה אותו? בפסקאות הבאות אטען כי התשובה לשאלה זו, לצערי, היא שלילית, ובפרק ג להלן אציע את הגישור כפתרון חלופי ומשלים.

2. תיקון מס' 2 לחוק ומשפט משווה

(א) הוספת מסלולי ערעור

תיקון מס' 2, כהצהרתו,⁷⁶ ביקש לאזן בין הענקת אפשרות לצדדים לממש את האוטונומיה שלהם תוך צמצום מעורבות של בית המשפט לבין הצורך להבטיח כי לא ייגרמו בפסק הדין טעות או עיוות דין אשר אינם ניתנים לתיקון. לשם כך העניק התיקון לחוק לצדדים להסכם הבוררות מנגנון מוגדר מראש לערעור על פסק הבוררות, ואשר מטרתו היא לצמצם את מרווח הטעות של הבורר כאשר הטעות ממשית ונוגעת לגוף הסכסוך. מנגנון הערעור מורכב משתי חלופות: האחת – ערעור בפני בורר, כמובא בסעיף 21א לחוק הבוררות, ואילו השנייה היא ערעור ברשות בפני בית המשפט, כמובא בסעיף 29ב לחוק הבוררות. רצון המחוקק, המבקש את ביטויו בתיקון זה, הוא להגשים את מטרתו של הליך הבוררות, להגביר את השימוש במוסד הבוררות על ידי הקטנת חששם של הצדדים

72 הכוונה להצעתה של קפליוק להרחבת רכיב ההסכמה של הצדדים בהליך ולהחילו גם על מידת ההתערבות השיפוטית בפסק הבורר, שם, בעמ' 612–616.

73 שם, בעמ' 591.

74 שם, בעמ' 608 (ההדגשה שלי – ד"ל).

75 שם, בעמ' 592.

76 דברי ההסבר של הצעת החוק הפרטית המקורית (של חברי הכנסת רוני בראון ונעמי בלומנטל) לתיקון חוק הבוררות מציינים כי מטרה העומדת ביסוד ההסדר המוצע היא: "[...] לאזן בין מתן האפשרות לצדדים לממש את האוטונומיה שלהם, להכרעה סופית בסכסוך במסגרת הבוררות ותוך צמצום מעורבותו של בית המשפט, לבין הצורך להבטיח שלא יגרמו טעות או עיוות דין בבוררות". ראו דברי ההסבר להצעת חוק הבוררות (תיקון – ערעור על פסק בוררות), התשס"ו–2005, פ/3998.

מפניו, והכול תוך הבאה למיצוי מלא של היתרונות הגלומים בו לרבות הקלת העומס על בתי המשפט.

וידוגש, כל אחת משתי החלופות הללו מותנית בהסכמת הצדדים מראש – במסגרת הסכם הבוררות – שיהיה אפשר לערער על פסק הבוררות. ללא הסכמה שכזו תמשכנה לחול הוראות החוק כפי שהיו ערב התיקון.

החלופה הראשונה לערעור – ערעור בפני בורר – נקבעה כאמור בסעיף 21א לחוק הבוררות, הקובע כי צדדים יהיו רשאים לקבוע בהסכם הבוררות כי יהיה אפשר לערער על פסק הבוררות בפני בורר מוסכם. במקרה שכזה מטיל חוק הבוררות על הבורר הראשון חובת נימוק קוגנטית לנמק את פסקו.⁷⁷ תיקון מס' 2 מוסיף וקובע כי משבחרו הצדדים במסלול ערעור זה, הם לא יוכלו להגיש לבית המשפט בקשה לביטול פסק הבוררות (המסלול של סעיף 24 לחוק הבוררות, אשר היה קיים גם ערב תיקון החוק) אלא מחמת היותו של הפסק נוגד את תקנת הציבור או מקום שבו נוצרו נסיבות המקימות עילה לביטול פסק דין חלוט של בית המשפט.⁷⁸ קרי: השימוש במסלול של סעיף 24 לחוק הבוררות נסגר בפניהם למעט השימוש בשתי העילות האחרונות שבו.⁷⁹ עצם קיומן של כל אחת מן העילות הללו הוא כה חמור, עד כי בהתקיימן נפגעים כללי הצדק הטבעי, ולכן צד החש כי נפגע בהליך הבוררות הראשון רשאי – למרות הסכמתו לערעור על הפסק בפני בורר – לפנות לבית המשפט בבקשה לביטולו. בנוסף, בחירה במסלול ערעור זה מונעת מהצדדים את האפשרות להגשת בקשת רשות ערעור על פסק הבוררות לבית המשפט, קרי האפשרות להשתמש במסלול הערעור השני המוצע בתיקון מס' 2 (בסעיף 29ב לחוק הבוררות, כאמור).⁸⁰ כמו כן כלל המחוקק בתיקון מס' 2 תוספת שנייה לחוק הבוררות הרלוונטית למסלול ערעור זה.⁸¹ תוספת זו מסדירה את כללי הדיון בפני הבורר הנוסף. כך למשל נקבעה בתוספת זו החובה לתעד בפרוטוקול את דיוני הבוררות שבפני הבורר הראשון,⁸² נקבעו המועדים להגשת ערעור ותשובה לערעור,⁸³ ערעור שכנגד⁸⁴ ולמתן החלטה בערעור.⁸⁵ נקבע כי הבורר הנוסף אינו רשאי לשמוע עדים, והכרעתו

77 ס' 21א(1) לחוק הבוררות.

78 ס' 21א(ג)(1) לחוק הבוררות.

79 ס' 24(9) וס' 24(10) לחוק הבוררות.

80 ס' 21א(ג)(2) לחוק הבוררות.

81 ס' 21א(א)(2) לחוק הבוררות.

82 הוראה א לתוספת השנייה לחוק הבוררות.

83 הוראה ב לתוספת השנייה לחוק הבוררות.

84 הוראה ג לתוספת השנייה לחוק הבוררות.

85 הוראה ה לתוספת השנייה לחוק הבוררות.

תסתמך על הראיות וכתבי הטענות שהיו בפני הבורר הראשון,⁸⁶ וכי הבורר בערעור חייב לנמק את פסיקתו.⁸⁷

החלופה השנייה לערעור – ערעור ברשות בפני בית משפט – באה לידי ביטוי בסעיף 29 לחוק הבוררות, אשר התווסף אף הוא בתיקון מס' 2. סעיף זה קובע כי צדדים להסכם בוררות רשאים להסכים מראש שפסק הבוררות יהיה ניתן לערעור בפני בית המשפט, בכפוף לקבלת רשות בית המשפט להגשת ערעור שכזה. הסכימו הצדדים כאמור, יחולו ההוראות הקוגנטיות האלה: הבוררות בפני הבורר תתועד בפרוטוקול, הבורר יהיה חייב לנמק את פסקו,⁸⁸ על הבורר לפסוק על פי הדין המהותי, ויהיה אפשר לערער על פסק הבוררות רק במקרה של טעות יסודית ביישום הדין, אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין.⁸⁹ גם בחירה במסלול ערעור זה סותרת את הגולל על שימוש בסעיף 24 לחוק הבוררות,⁹⁰ קרי לא יהיה אפשר להגיש בקשה לביטול פסק הבוררות על פי העילות הקבועות בסעיף זה.⁹¹ עם זאת בית המשפט שבערעור מוסמך לדון גם בטענות לביטול פסק הבוררות לפי עילות אלה.⁹²

(ב) הוספת חובת הנמקה

שיפור נוסף אשר בא לידי ביטוי בתיקון מס' 2 נוגע לחובת ההנמקה של פסק הבוררות. בתיקון מס' 2 חל מפנה במעמדה ובחשיבותה של הנמקת פסק הבוררות. התיקון הוסיף חובת הנמקה קוגנטית בשני מסלולי הערעור שהתווספו לתיקון⁹³ (אולם במסלול הבוררות הרגיל⁹⁴ נתווספה על ידי התיקון חובת הנמקה בהוראה טו' לתוספת הראשונה, וחובה זו אינה קוגנטית, ואפשר להתנות עליה אם הסכימו על כך הצדדים במפורש (כמו גם על שאר הוראות התוספת הראשונה, כאמור)).⁹⁵ עתה בררת המחדל – בשל הוספתה של הוראה זו שבתוספת – היא כי הבורר ינמק את פסקו כל עוד הצדדים לא התנו אחרת בהסכם הבוררות שביניהם (נוסף על שתי הוראות ההנמקה הקוגנטיות, שהוסיף כאמור תיקון מס' 2, לבוחרים במסלולי הערעור החדשים).

86 הוראה ד לתוספת השנייה לחוק הבוררות.

87 הוראה ו לתוספת השנייה לחוק הבוררות.

88 ס' 29ב(ב) לחוק הבוררות.

89 ס' 29ב(א) לחוק הבוררות.

90 על כל עילות הביטול שבו, כולל שתי האחרונות, להבדיל מבחירה במסלול הערעור הראשון, המותרת בידי הצדדים את אפשרות ביטול הפסק על סמך שתי העילות האחרונות שבסעיף 24.

91 ס' 29ב(ג) לחוק הבוררות.

92 ס' 29ב(ג) לחוק הבוררות.

93 ס' 21א(א) (1) וס' 29ב(ב) לחוק הבוררות.

94 קרי, עבור צדדים שלא בחרו אף באחד ממסלולי הערעור שמקנה תיקון מס' 2.

95 ס' 2 לחוק הבוררות.

(ג) משפט משווה

תיקון מס' 2 לחוק אינו ניצב כחלל ריק. תשתיתו מבוססת על עקרונות דומים (בהרכבים כאלו ואחרים) אשר אומצו במדינות שונות בעולם. בחירתו של המחוקק הישראלי בתיקון מס' 2 באופציית הערעור ולא בעילה של טעות בדיון נועדה להתאים את דיני הבוררות בישראל לדיני בוררות במדינות אחרות המסדירים את הפיקוח השיפוטי על תוכנו של הפסק באמצעות ערעור ולא באמצעות עילה של טעות בדיון.⁹⁶

בארצות הברית למשל חוק הבוררות הפדרלי (ה-"FAA" – The Federal Arbitration Act)⁹⁷ חוקק בשנת 1925 ונועד במקורו להסדיר את הסכמי הבוררות שהיו נפוצים בתקופה ההיא בתחום המסחר, התעשייה והימאות.⁹⁸ חוק זה מנסה ליצור קוד לבוררות שיהיה אחד בכל מדינות ארצות הברית. החוק דומה מאוד לחוק הבוררות הישראלי במתכונתו שלפני תיקון מס' 2. הוא מאגד עילות ביטול מצומצמות, המאפשרות את ביטולו של פסק הבוררות. עילות אלו אינן כוללות את העילה של טעות משפטית או טעות בהחלת הדין. ואלו הן:⁹⁹

1. הפסק הושג במעשה שחיתות או רמייה.
2. קיימת העדפה ברורה של אחד הצדדים ו/או שחיתות מצד הבורר.
3. הבורר לא אפשר לצד להציג ראיה או לדחות את הדיון חרף קיומה של סיבה ראויה.
4. הבורר חרג מסמכותו.

בנוסף, לבית המשפט מוקנית סמכות, לאור סעיף 11 לחוק, לתקן את פסק הבוררות מחמת טעויות מתמטיות, טעות בתיאור אדם או חפץ או רכוש המופיע בפסק הבוררות.¹⁰⁰ כן מוסמך בית המשפט לתקן פסק בוררות מקום שהבורר פסק בעניין שלא הוגש לו אלא אם עניין זה אינו משפיע על זכויות הצדדים בהחלטתו.¹⁰¹ סעיף 16 לחוק הבוררות הפדרלי נקרא "ערעור". סעיף זה מאפשר לצדדים לפנות לערכאה משפטית בעניינים טכניים בלבד הנוגעים להסכם הבוררות: עניינים הנוגעים לאופי הדיוני של ההליך (צירוף צדדים, השהיות הליכים, בקשות שונות, תיקון פסק בורר בעניינים טכניים) ולא לאופיו המהותי של ההליך. חוק הבוררות הפדרלי אינו מאפשר לצדדים לקבוע בהסכם ערכאת ערעור ברשות.¹⁰² המעניין הוא כי על אף הביקורת המושמעת

96 קפליוק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 612, ה"ש 87.

97 The Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16 (1925) (להלן: FAA).

98 FAA, § 1

99 FAA, §10(a)

100 FAA, §11(a)

101 FAA, §11(b)

102 Drew M. Gulley, *The Enhanced Arbitration Appeal* על כך ראו *Amendment: A Proposal to Save American Jurisprudence From Arbitration, Modeled on The English Arbitration Act of 1996*, 36 HOFSTRA L. REV. 1095, 1101-1102, 1124 (2008)

בכתבי המלומדים על חוק הבוררות הפדרלי ועל אף היותו חוק אנרכוניסטי למדי (נחקק כ-40 שנה לפני חוק הבוררות הישראלי), חוק הבוררות הפדרלי לא תוקן בנושאים עקרוניים, מאז נחקק, בהשאירו חצי ביקורת רבים כדוגמת היעדר חובת הנמקת פסק הבוררות כמו גם היעדר האפשרות לערער על פסק בורר כאשר נפלה בו טעות יסודית. נדמה כי אותם חצי ביקורת, אשר מושמעים על החוק האמריקאי, הובאו בחשבון ואומצו דווקא על ידי המחוקק הישראלי בתיקון מס' 2.

החקיקה המדינית בארצות הברית שונה מעט. בתקנות הרלוונטיות במדינת פנסילבניה למשל נקבע כי כל סכסוך אזרחי הנסב על סכום הנמוך מ-50,000 דולרים יועבר לבוררות.¹⁰³ על כל פסק בוררות שכזה קיימת זכות ערעור לבית המשפט,¹⁰⁴ והמחוקק אינו מחייב את הבורר בהנמקת פסקו.¹⁰⁵ עם זאת יש לשים לב כי במדינת פנסילבניה מדובר בבוררות חובה, ולכן ערוץ הערעור חיוני. ייתכן כי ראוי לאבחן זאת ממודל שבו פונים הצדדים אל ההליך מתוך בחירה. במקרה האחרון אפשר לטעון כי ההגנה על האוטונומיה של הצדדים תומכת דווקא בהעדפת הערך של סופיות הדיון תוך הגבלת זכותם לערעור. במדינת ניו יורק קיימת בקובץ התקנות והחוקים של המדינה אפשרות לערער על פסק בוררות בנושא דמי אבטלה לפני פורום בוררים.¹⁰⁶ המחוקק אינו מטיל חובה על הבורר למתן פסק בוררות מנומק.¹⁰⁷

באנגליה אפשר לערער על פסק הבורר בשאלה משפטית. כמו כן רשאים הצדדים להסכים כי הבורר מוסמך לתקן את פסק הבוררות, להבהירו, להסיר עניינים שאינם ברורים או להוציא פסק בוררות נוסף.¹⁰⁸ סעיף 58 לחוק הבוררות הבריטי קובע מחד כי כל עוד לא הוסכם אחרת על ידי הצדדים לבוררות, פסק בוררות, אשר ניתן על ידי הבורר על פי הסכם הבוררות, הוא סופי ומחייב את הצדדים וחליפיהם. מאידך קובע הסעיף כי אין בכך כדי להשפיע על זכותו של אדם לתקוף את הפסק באמצעות הליך ערעור או בחינה מחודשת או "בהתאם להוראות פרק זה".¹⁰⁹ הסעיף קובע כי לצדדים קיימת זכות ערעור באחת משתי דרכים: האחת – הסכמה על זכות ערעור כנקבע בהסכם הבוררות שבין הצדדים, והשנייה – הפעלת זכות הערעור על פי הוראות חוק הבוררות. סעיף 69 לחוק הבוררות האנגלי מסדיר באופן מיוחד את זכות הערעור לפי חוק הבוררות ואת

103 42 PA. CONS. STAT. §7361(b) (1982).

104 42 PA. CONS. STAT. §7361(d) (1982).

105 1982) 42 PA. CONS. STAT. §7310(a) – קובע בכל הנוגע לפסק הבוררות אך את הדברים הבאים: "The award of the arbitrators shall be in writing and signed by the arbitrators joining in the award. The arbitrators shall deliver a copy of the award to each party personally or by registered or certified mail, or as prescribed in the agreement to arbitrate"

106 N.Y. COMP. CODES R. & REGS. tit. 12, §303.9 (2011).

107 N.Y. COMP. CODES R. & REGS. tit. 12, §303.9(f) (2011).

108 Arbitration Act, 1996, c. 23 (Eng.).

109 Arbitration Act, 1996, c. 58 (Eng.).

סדרי הדין הנוגעים אליה. בין השאר קובע הסעיף כי אם לא הוסכם אחרת בין הצדדים, רשאי צד להליך בוררות, בכפוף להודעה לצדדים האחרים ולטריבוניל הבוררות, לערער על שאלה משפטית העולה מפסק הבוררות. אפשר לומר כי בכל הנוגע למימוש זכות הערעור לבית המשפט החוק האנגלי מציב מסכת של תנאים סבוכה וקשה לעמידה. אלא שלפי החוק, בעלי הדין עצמם רשאים לייסד בהסכמה ערכאת ערעור הסכמית, נגישה וזמינה יותר מזו של מערכת בתי המשפט. סעיף 57 לחוק הבוררות האנגלי קובע שבעלי הדין רשאים להסכים באשר לסמכויות הבורר לתקן את פסק הבוררות או להוציא מתחת ידיו פסק בוררות נוסף. בנוסף, אפשר להשלים את פסק הבוררות אם הועלתה טענה בהליכי הבוררות אך פסק הבוררות מתעלם ממנה. סעיף 68 לחוק הבוררות האנגלי אף מסדיר את האפשרות לתקוף את פסק הבוררות בטענה לאי־סדרים של ממש, ובין היתר חריגה מסמכות, סטייה מהסכם הבוררות והשגת פסק הבוררות במרמה. לחוק הבוררות האנגלי משנת 1996 קדם חוק הבוררות משנת 1979,¹¹⁰ אשר הסדיר את אפשרות הערעור על פסק הבוררות. החוק ביטל את סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל את פסק הבורר בעילה של טעות משפטית או עובדתית גלויה על פניו וקבע במקומה זכות ערעור בהסכמה על שאלות משפטיות שעולות מן הפסק, ובהיעדר הסכמה – ברשות בית המשפט.¹¹¹ הסדר זה אומץ אף בחוק הבוררות האנגלי הנוכחי.¹¹² מכאן שחוק הבוררות האנגלי מכיר באוטונומיית הרצון של הצדדים להסכים על האפשרות לערער על פסק הבורר בשאלה משפטית, ובהיעדר הסכמה שלהם – הוא מכיר בסמכותו של בית המשפט לדון בערעור ברשות על הפסק. אשר לחובת הנמקת הפסק, הרי שסעיף 52(4) לחוק הבוררות האנגלי משנת 1996 קובע, כבררת מחדל, את חובת הבורר לנמק את פסקו.¹¹³ כמו כן ערעור על פסק הבורר כפוף לתנאי שהצדדים לא פטרו את הבורר מהנמקת הפסק.¹¹⁴

בקנדה מסדיר סעיף 45 לחוק הבוררות הקנדי משנת 1991 את זכות הערעור על פסק הבוררות.¹¹⁵ סעיף זה הוא קוגנטי והוא יוצר קשת רחבה של מקרים שבהם עשוי להתקיים הליך ערעור בפני בית משפט על פסק הבוררות. הסעיף קובע כי אף אם הסכם הבוררות שותק בנדון, הצדדים רשאים להגיש ערעור ברשות לבית המשפט בשאלה משפטית. הרשות, כך נקבע בסעיף, תינתן בשני תנאים מצטברים: האחד – חשיבות העניינים בבוררות לצדדים מצדיקה מתן זכות ערעור, והשני – ההכרעה בערעור עשויה להשפיע השפעה ניכרת על זכויותיהם של הצדדים. זאת ועוד, היה והסכם הבוררות

.Arbitration Act, 1979, c. 43 (Eng.) 110

.Arbitration Act, 1979, c. 1(3) (Eng.) 111

.Arbitration Act, 1996, c. 69(2) (Eng.) 112

.Arbitration Act, 1996, c. 52(4) (Eng.) 113

.Arbitration Act, 1996, c. 69(1) (Eng.) 114

.Arbitration Act, 1991, R.S.O. 1991, c. 17 s. 45 (Can.) 115

מעניק זכות ערעור לבית המשפט על פסק הבוררות בשאלה משפטית, תעמוד זכות זו לבעלי הדין בלא הצורך לעמידה בתנאים מיוחדים. בנוסף רשאים הצדדים לקבוע בהסכם הבוררות ערעור בזכות על פסק הבוררות לבית המשפט על שאלה שבעובדה או על שאלה המערבת שאלה שבעובדה ושאלה משפטית, הנובעת מפסק הבוררות. כך, סמכות בית המשפט בקנדה רחבה מזו של בית המשפט האנגלי, והיא אינה מוגבלת לשאלות משפטיות בלבד. היא חולשת אף על שאלות שבעובדה אם קבעו זאת הצדדים בהסכם הבוררות. הסדר נוסף נקבע בחוק הקנדי בכל הנוגע לסמכותו של בית המשפט לבטל את פסק הבוררות.¹¹⁶ כמו כן חובת הנמקת פסק הבורר מופיעה בסעיף 38 לחוק הבוררות הקנדי.¹¹⁷

בצרפת הקוד החדש לפרוצדורה אזרחית משנת 1980 מסדיר את סמכות בית המשפט לבטל את הפסק¹¹⁸ ולדון בערעור עליו.¹¹⁹ בכל הנוגע לפסקי בוררות בבוררות מקומית,¹²⁰ סמכויות הפיקוח של בית המשפט על פסק הבוררות מעוגנות בשתי חלופות: האחת – במסגרת ערעור על פסק הבורר, והשנייה – במסגרת בקשה לביטול. הראשונה קבועה כברת מחדל בבוררות שהבורר כפוף בה לדין המהותי, והיא חולשת הן על שאלות משפטיות והן על שאלות שבעובדה.¹²¹ הקוד מתיר לצדדים לוותר בהסכמה על זכות הערעור, ובמקרה שכזה נותרת בידי בית המשפט הסמכות לבטל את הפסק.¹²² זאת ועוד, סמכות בית המשפט הצרפתי לבטל את פסק הבוררות קבועה כברת מחדל בבוררות שהבורר מכריע בה שלא בכפוף לדין המהותי, אלא שהצדדים רשאים להסמיך בהסכמה את בית המשפט לדון בערעור על הפסק. במסגרת ערעור זה מכריע בית המשפט שלא בכפוף לדין המדינה (אלא כפי שהכריע הבורר).¹²³ בנוסף, חובת הנמקת פסק הבורר מעוגנת בסעיף 1471 לקוד. לפי סעיף זה, פסק הבוררות יציין בקצרה את טענות הצדדים, את הבסיסים שעליהם נשענו טענות אלו ואת הנמקת הבורר (או הבוררים) לפסקתם.

116 Arbitration Act, 1991, R.S.O. 1991, c. 17 s. 46(1) (Can.). להרחבה בדבר המצב המשפטי בסוגיית הערעור בארצות נוספות כדוגמת אוסטרליה ראו שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 399–420.

117 Arbitration Act, 1991, R.S.O. 1991, c. 17 s. 38(1) (Can.): "An award shall be made in writing and, except in the case of an award made on consent, shall state the reasons on which it is based"

118 NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE [N.C.P.C.] art. 1484 (Fr.)

119 NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE [N.C.P.C.] art. 1482 (Fr.)

120 NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE : המוגדרת ב: [N.C.P.C.] art. 1492 (Fr.)

121 NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE [N.C.P.C.] art. 1482 (Fr.)

122 NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE [N.C.P.C.] art. 1484 (Fr.)

123 NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE [N.C.P.C.] art. 1483 (Fr.)

לכאורה עם חקיקתו של תיקון מס' 2 הצטרפה מדינת ישראל למדינות העולם המערבי שבהן מתקיימים הליכי בוררות עם ביקורת פרטית ומוסדית על מוסד הבוררות. הפסקה הבאה תבחן להלן קביעה זו.

3. כשלו של תיקון מס' 2 לחוק והשלכותיו

תיקון מס' 2 מבטא ניסיון לרוויזיה מהותית במוסד הבוררות בארץ. אם אמנם יצלח ניסיון זה וישיב אליו מתדיינים פוטנציאליים – ימים יגדו. אולם כך או כך בינתיים אי אפשר להתעלם מחולשותיו של תיקון זה.

כפי שמתואר בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון מס' 2, יתרונותיו העיקריים של הליך הבוררות (לעומת ההליך השיפוטי שבבית המשפט) הם אלה: "האפשרות לסיימו במהירות רבה יותר; לנהלו תוך שמירה על פרטיות הצדדים ובמקום נוח להם; לבחור אדם בעל מומחיות בנושא הסכסוך האמון על הצדדים כבורר, וכן האוטונומיה של הצדדים לקבוע את אופן ניהול ההליך".¹²⁴ דא עקא, לטענתי וכפי שאנסה להראות להלן, עם הוספת מסלולי הערעור על פסק הבוררות (לאור תיקון מס' 2) אובדים לבוררות (או למצער נחלשים) יתרונותיה אלו, והנפגע המרכזי הוא רכיב האוטונומיה של הצדדים, מה שהיה, כמובא לעיל,¹²⁵ הכשל המרכזי של החוק ערב תיקונו, וכאמור אחד מן הרציונליים המרכזיים שבבסיס התיקון.¹²⁶

(א) האוטונומיה האישית של הצדדים

חולשתו המרכזית של תיקון מס' 2 לחוק נעוצה לטענתי בדרך טיפולו ברכיב "האוטונומיה של הצדדים". אחד מיעדיו המוצהרים של תיקון מס' 2 היה הגברתה של אוטונומיה זו באמצעות הוספת מסלולי הערעור וחובת ההנמקה. וכדברי מי שהיה מיוזמיו של התיקון:¹²⁷

תכליתו של התיקון לחוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט–2008, וקביעת מסלול ערעור בפני בורר אמורה להפיח רוח חיים במוסד הבוררות ולקדם את הוודאות, האוטונומיה והביטחון בעולם העסקים. ההסכמה השוררת בין הצדדים בהליך הערעור בפני בורר היא ברמה גבוהה מההסכמה השוררת בהליך בוררות רגיל ובכך מתחזקת האוטונומיה האישית של הצדדים. רמת ההסכמה הגבוהה נובעת מהצורך שהצדדים יסכימו בעת ניסוח הסכם בוררות עם ערכאת ערעור בפני בורר,

124 הצעת חוק הבוררות (תיקון מס' 2) (הדגשה שלי – ד"ל).

125 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.1.

126 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.2.

127 שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 255–256 (ההדגשה שלי – ד"ל).

על פרטים רבים ונושאים רחבים מהסכם בוררות רגיל, כגון: זהות הבורר או הבוררים בערעור, קיום הפגישות, תיעוד הישיבות והתניות על התוספת הראשונה והשנייה אם רוצים בכך הצדדים.

נשאלת השאלה: האומנם הושגה בעקבות תיקון מס' 2 ההבטחה להגברת האוטונומיה האישית של הצדדים?

לדעתי התשובה לשאלה זו היא שלילית, ובכך חולשתו העיקרית של התיקון. בתנאי השוק הקיימים ובמרביתם של המקרים קשה לומר כי אמנם קיימת הסכמה אמתית וחופשית בין צדדים על אותם פרטים המתוארים בציטוט דלעיל, אשר ההסכמה עליהם, כנטען בציטוט הזה, מחזקת את האוטונומיה האישית של הצדדים. במקרים רבים מאוד קיימים פערי כוחות בין צדדים המתקשרים ביניהם בקשרים עסקיים. הצד החזק, אשר לרוב הוא גם המנסח של הסכם ההתקשרות, מוסיף באחת מתניות ההסכם (המכונים "סעיפי האותיות הקטנות") תניית בוררות, קרי תניה המחייבת את הצדדים לפנות להליך הבוררות במקרה של סכסוך המתגלע בין הצדדים. הצד החלש, המעוניין בהתקשרות מושא החוזה עם הצד החזק, נאלץ (על כורחו) להסכים לתניה זו, אשר הופכת את החוזה כולו ל"הסכם בוררות"¹²⁸. במקרים רבים כוללת תניה זו, אשר כאמור נוסחה על ידי הצד החזק, גם פרטים בכל הנוגע למיהותו של הבורר, חובת ההנמקה (או אי-חובת ההנמקה) שעליו, כפיפותו או אי-כפיפותו לדין מהותי ופרוצדורלי ועוד כהנה וכהנה התניות על התוספת הראשונה, ככל אשר הצד החזק מוצא לנוחותו. לכן מרחב התמרון של הצד החלש (המעוניין בהתקשרות) הוא מטבע הדברים קטן ביותר. התיקון החדש לא עשה דבר כדי לטפל בכך. הוספת מסלולי הערעור בצד חובת ההנמקה שבתיקון אינם התרופה, שכן מה ימנע מן הצד החזק, כעת משהוספו מסלולי הערעור החדשים האופציונליים לחוק, להתנות גם עליהם ו/או להתנות על חובת ההנמקה שהוספה בתיקון החדש?¹²⁹ לטעמי ולמרבח האירוניה, דווקא מסלולי הערעור החדשים עלולים לנגוס נגיסה נוספת באוטונומיה האישית של הצד החלש. ויפים לעניין זה דבריו של יהושע שופמן, מחברי ועדת החוקה, חוק ומשפט, אשר ישב על המדוכה בעניין הצעת החוק לתיקון מס' 2:¹³⁰

128 כהגדרתו של "הסכם בוררות" בסעיף 1 לחוק הבוררות. הסכם בוררות יכול להיות הסכם שנושאו היחיד הוא הפניה לבוררות במקרה של מחלוקת קיימת או עתידית בין הצדדים, ויכול שיהא זה סעיף בתוך הסכם (חוזה) כללי שנחתם בין הצדדים. גם האחרון נחשב "הסכם בוררות", וראו שטרומן ספר הבוררות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 22.

129 הוראה טו לתוספת הראשונה לחוק הבוררות וראו לעיל פרק א.2(ב)

130 פרוטוקול ישיבה מס' 313, לעיל ה"ש 54, בעמ' 12-13 (ההדגשה שלי - ד"ל). ובהמשך יהושע שופמן אומר: "במוסד לבוררות כמו ICC זה פועל יפה, אבל הוא לא הדוגמה המתאימה משום שאנחנו מדברים על מוסדות בוררות ממוסדים. החוק עוסק בבחירת הצדדים והחשש שעשוי להתעורר - בבחירה של הצדדים לא לכולם בהכרח יש שוויון בהיקף המידע שברשותם וביכולת

אפשר להגיד: מה הוא רוצה? הוא הסכים. אילו היינו בעולם אידיאלי, כשאנו רואים לנגד עינינו שני אנשי עסקים שווי-מעמד שנכנסים להסכם וכותבים סעיף בוררות ואומרים שערכאת הערעור היא המוסד [...] אבל העולם לא כזה. הרי ההצעה לא קובעת שערכאת הערעור צריכה להיות ערכאה של אנשים מנוסים ובעלי הכשרה מסויימת. יותר מזה, הצדדים אינם בהכרח שווי-מעמד. רוצים בוררות בין מבוטח ובין חברת ביטוח. מתי מחליטים על בוררות? בעת פריטת ההסכם. הם לא שווי מעמד [...] אני לא יודע מי ערכאת הערעור. ייתכן שהצד החזק בהתקשרות בחר הן את הערכאה הראשונה ואת ערכאת הערעור לפי נוחותו. כאשר נועלים לחלוטין את הדלת, בג"ץ איננו פתרון, וגם לא צריך להיות פתרון, בוודאי לא לפי הדין הקיים, ואז כל סעיף 24 אינו קיים. זה בעצם אומר שאין לצד המפסיד אופציה.

ובמילים אחרות: מסלול הערעור הראשון של התיקון החדש, המובא בסעיף 21א לחוק,¹³¹ בהיותו ערעור בפני בורר נועד מלכתחילה להיות מסלול פנימי בתוך הבוררות תחת ביסוסו על פנייה לבית המשפט.¹³² דא עקא שתיקון זה עשוי לאיין את מעט הכוח שעמד לרשות הצד החלש ערב התיקון לחוק, בחסמו בפניו את כל אפשרויות הגישה לבית המשפט לצורך השגה על פסק הבוררות. שכן כאמור¹³³ לאור סעיף 21א(ג) לתיקון החדש, משנבחר מסלול ערעור זה, לא יוכלו עוד הצדדים לפנות לבית המשפט בבקשה לביטול הפסק מכוח העילות שבסעיף 24 לחוק¹³⁴ או בבקשת רשות ערעור על הפסק מכוח מסלול הערעור השני שבסעיף 29ב לחוק. בהנחה שהצד החזק יקבע הן את מיהותו של הבורר (הראשון והשני, אשר ישב כערכאת ערעור) והן את תנאי שפיטתו (ככל אשר מאפשרות הוראות התוספת הראשונה והשנייה) עשוי הצד החלש "לצאת וידיו על ראשו".¹³⁵ הצד החזק יוכל כעת לבחור בבורר ה"נוח לו" (כדבריו של שופמן לעיל)

לקבוע את הערכאה הראשונה ואת ערכאת הערעור. לכן יש צורך לעשות לא מעט כונון עדין בהצעה [...] נדמה לי שחייבים למצוא פתרון לקשיים הללו" (שם, בעמ' 14).

131 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק 2.

132 והכול כדי לתרום לסופיות ההתדיינות ולהורדת העומס מעל בתי המשפט. ראו דברי ההסבר להצעת חוק הבוררות (תיקון מס' 2).

133 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק 2.

134 למעט שתי עילות הביטול האחרונות – 24(9) ו-24(10) כאמור בסעיף 21א(ג)(1) לחוק.

135 ראו גם עמדת לשכת עורכי הדין והתייחסותה למסלול הערעור בפני בורר (שבסעיף 21א לחוק), כפי שבאה לביטוי מפיו של פרופ' מרדכי מירוני מתוך פרוטוקול ישיבה מס' 313, לעיל ה"ש 54, בעמ' 10: [...] בעוד שבהצעת החוק כתוב שאם בוחרים במסלול הזה יש ויתור על עילות הביטול בחוק הבוררות, לשכת עורכי הדין אינה מסכימה לכך. הלשכה רוצה שגם במקרה זה, כאשר פסק הבוררות

פעמיים (!) הן את הבורר הראשון והן את הבורר השני, ונמצאנו פוגעים פעמיים – ודווקא באמצעות תיקון מס' 2 – באוטונומיה האמתית של הצד החלש בנוגע למיהותו של הבורר. מאחר (וכפי שמציין גם שופמן בדבריו לעיל) שתיקון מס' 2 לא הגביל את הבורר השני (כמו גם את הראשון) למינימום שנות ניסיון או להכשרה מסוימת, הרי שלא ברור כי אפשר לסמוך על פסיקתו כי תוכל לתקן עיוות תוכני אפשרי בפסיקתו של הבורר הראשון ו/או הטיה אפשרית כלשהי (אפילו בתת-ההכרה) לטובת הצד החזק אשר בחר בו. ערכאה שיפוטית המורכבת משופטים בעלי ניסיון והכשרה מקצועית היא אופציה אמתית וראויה יותר בשביל הצד החלש, אשר במקרים רבים כאמור לא באמת בחר בבורר הראשון ומעוניין לתקוף כעת את פסיקתו. דא עקא, שאופציה זו נסגרה בפניו בשל סעיף 21א(ג) שבתיקון החדש.

הדברים בולטים עוד יותר בקטגוריה רחבה ושכיחה של הסכמי בורות מצויים: במקרים של הסכמי בורות הנכללים בתקנות של אגודה שיתופית, עמותה, הסתדרות עובדים, התאחדות בעלי מקצוע מסוים וכיוצא באלו התאגדויות, תאגידים ומוסדות שונים. עצם הצטרפותו של חבר לאותה אגודה, עמותה וכיו"ב, משמעה הסכמתו להסכם הבוררות הכלול בתקנות, והיא מחייבת כל חבר בהם אף על פי שאין זה מן הנמנע כי מעולם לא עיין בתקנונים אלו (!) גם כאן כוחות השוק, הרואים בהתאגדות את הצד החזק, עלולים לקבוע את תנאי הבוררות, את מסלולי הערעור עליה (אם בכלל) ואת תנאיהם. רכיבים פטרנליסטיים חזקים אפשר למצוא גם בבוררות חובה הנכפית על יחסי עבודה, מכוח חוקי עבודה, מתוך כוונה להגן על צדדים חלשים שאין מאחוריהם ארגון תומך.¹³⁶ הוא הדין באגודות שיתופיות, הן על פי חוק האגודות השיתופיות והן על פי החלטות מינהל מקרקעי ישראל, כשעל פי חוקים והחלטות אלו מוענקות לרשם האגודות השיתופיות סמכויות גורפות, ובהן סמכות של בורר כפוי, מכוח הדין. הוא הדין גם בבוררות הנכפות על צדדים במסגרת חוזים אחידים.

המשותף לכל המקרים הללו הוא שהאוטונומיה האישית של הצד החלש במקרים אלו היא רק למראית עין. אלא שעד חקיקתו של סעיף 21א לחוק היה הצד החלש יכול לפחות לתקוף את הפסק דרך פנייה לבית המשפט באמצעות שימוש בסעיף 24 לחוק, אך לפי סעיף 21א(ג) שבתיקון החדש לא יוכל עוד הצד החלש להיעזר בפתרון זה.

יהפוך להיות טופי, או פסק בערעור, דהיינו באותו המסלול, גם הפסק הזה יהיה כפוף לעילות הביטול".

136 ראו גיא מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חווית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב 819, 862-864 (1999) וכן רות בן ישראל "הסדרים קיבוציים" עיוני משפט יב 457, 488 (1987).

חיזוק נוסף לביקורת על סעיף 21א בנקודה זו אפשר למצוא בדבריו של דניאל פרידמן בפנייתו ליו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-17, בהתייחסו להצעת החוק לתיקון מס' 2: 137

הרעיון הבסיסי עליו מושתתת ההצעה נראה לי, אולם אני מעדיף פתרון שלפיו אם הצדדים חפצים בכך, יוכלו להסכים בשטר הבוררות שהערעור על פסק בורר יהיה לבית המשפט המחוזי. היתרון בדרך זו נעוץ בכך שנחסך הצורך להקים ערכאת ערעור של בוררים ונחסכת גם שאלת הבקרה של בית המשפט על ערכאת הערעור של הבוררים.

ואמנם, לטעמי, הבעייתיות שבסעיף 21א(ג) מצויה גם בסיטואציה של שוויון יחסי ביחס הכוחות בין צדדים לבוררות, קרי כאשר אין פערי כוחות בולטים בין הצדדים, שכן אם הרעיון המרכזי שמאחורי תיקון מס' 2 הוא החזרת מעט שליטה לצדדים על תוצאת ההליך תוך חיזוק האוטונומיה האישית שלהם באמצעות פתיחת הפתח לפיקוח חיזוני על פסק הבורר, כיצד בפועל נתרמים כל הללו בהשאת אופציית הערעור כמסלול פנימי בתוך הבוררות? מה לי הכרעת הבורר הראשון והכרעת הבורר שבערעור, אם אי אפשר להשיג עליהם בחוץ, קרי בפני בית משפט?¹³⁸

עם זאת גם מסלול הערעור השני שהציב מחוקק תיקון מס' 2 – ערעור ברשות בפני בית משפט¹³⁹ (סעיף 29 לחוק הבוררות) – אינו נותן מענה לבעיה. ואדרבה, כאן בולטת עוד יותר הפגיעה ברכיב האוטונומיה האישית של הצדדים. במסלול זה, ומטבע הדברים, האוטונומיה האישית של הצדדים מוגבלת אפירורית. להבדיל מערעור בפני בורר, שאותו מעניק סעיף 21א, במסלול זה הצדדים אינם בוחרים את ערכאת הערעור. זאת ועוד, תיקון מס' 2 בחר את המודל של ערעור ברשות על הפסק. להבדיל ממודלים אופציונליים אחרים כדוגמת ערעור בזכות על הפסק, הקיימים בעולם, גם בבחירתו זו של מחוקק התיקון ננגסת האוטונומיה האישית של הצדדים, שכן הצדדים אינם יכולים להסכים (בהסכם הבוררות) על מתן רשות ערעור והדבר אינו בידיהם אלא בידי בית המשפט בלבד.¹⁴⁰ לערכאה אשר בידיה הופקדה הסמכות להרשות ערעור על פסק הדין, נתון גם שיקול הדעת אם לאפשר לבעל הדין לערער על פסק הבוררות אם לאו. הגשת בקשת רשות ערעור מכוח סעיף 29 לחוק היא בקשת רשות ערעור "בגלגול ראשון".

137 מכתב מדניאל פרידמן, שר המשפטים, למנחם בן-ששון, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-17 (29.11.2007) שכותרתו: "ערעור על בוררות" (ההדגשה שלי – ד"ל).

138 הביקורת מופנית כאמור כלפי סעיף 21א לחוק הבוררות. ברי כי אופציית הערעור בפני בית משפט קיימת לפי סעיף 29 לחוק הבוררות.

139 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.2.

140 ברי כי מחוקק התיקון בחר בכך מתוך שיקולים של יעילות דיונית ורצון להפחתת העומס על בתי המשפט.

המבחנים באשר למתן רשות ערעור בגלגול ראשון נקבעו בעניין סאן אינטרנשיונל לימיטד.¹⁴¹ שם נקבע כי "[...] כאשר מדובר בשיקול־דעת בעניינים שבסדרי דין, אין בית־משפט שלערעור מתערב, אלא אם כן ההחלטה הנדונה נוגדת את הדין או גורמת לעיוות־דין".¹⁴² מבחנים אלו דומים למבחנים שנקבעו בסעיף 29ב לחוק הבוררות.¹⁴³ בבואו לפסוק אם להעניק את הרשות המבוקשת יבדוק אפוא בית המשפט אם נתקיימו התנאים שהסעיף מציב:¹⁴⁴ הצדדים הסכימו בכתב שתינתן אפשרות לבקש ערעור, התנו ששל הבורר לפסוק על פי הדין, ישיבות הבוררות תועדו באמצעות פרוטוקול, והותנה כי הבורר ינמק את פסקו. אם הבוררות התנהלה על פי תנאים אלה, או אז יפסוק בית המשפט אם נפלה בפסק הבוררות טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין. בעידודו של המחוקק תלויים אפוא הצדדים בשיקול דעתו הרחב של בית המשפט בהכרעה אם להעניק להם רשות ערעור אם לאו. ולא זו בלבד, אלא שכבר נשמעה מפי יוזמי חקיקת תיקון מס' 2 לחוק הדעה כי בבואו לשקול את מתן (או אי־מתן) רשות הערעור על פסק הבוררות, "יש להקשיח את המבחנים ולשקול את אלה המצדיקים רשות לערער על החלטתו של בית משפט מחוזי, אשר ישב כערכאת ערעור על פסק דין או על החלטה אחרת של בית משפט השלום".¹⁴⁵ ביסוד עמדה זו עומדת הטענה כי עמידה בתנאים נוקשים לקבלת רשות ערעור "נובעת מאופיו של מוסד הבוררות ומתיישבת עם תיקון מס' 2 – הסכמת הצדדים לשים קץ לסכסוך בהכרעה יעילה מהירה, תוך הפחתת העומס המוטל על בית המשפט מחד גיסא, והכרעה ראויה על פי הדין מאידך גיסא".¹⁴⁶ נשאלת השאלה: ומה על הרציונל של הגברת האוטונומיה האישית של הצדדים? האם לא הייתה זו נקודת המוצא של תיקון מס' 2? האם לא היה חסרונו (או חסרונו החלקי) של זה אחד מן הגורמים המרכזיים לגסיסתו של מוסד הבוררות בארץ ערב התיקון לחוק, כפי שטענו יוזמי חקיקת תיקון מס' 2 בעצמם? ! האין זה ברור כי באיזון שבין הערך של הכרעה מהירה, סופיות הדיון תוך הפחתת העומס על בתי המשפט מחד מול הגברת השליטה (והאוטונומיה) של הצדדים על התוצאה מאידך, ככל שיגבר הראשון כך יקטן השני? ! הלוא אי אפשר להתעלם מהיחס הישיר שבין מהירות הדיון ויעילותו לבין מגבלת הערעור על פסק הבוררות. היעילות והאפקטיביות פוגמות ברצון, באוטונומיה ובאפשרות (של הצדדים) לשלוט על התוצאה. והלא בכך בדיוק כשל החוק טרם תיקון מס' 2 – בהציבו איזון שגוי בין השניים תוך מתן משקל עודף למהירות ההכרעה וסופיותה על חשבון האוטונומיה של הצדדים, ועל כך שילם מוסד הבוררות

141 רע"א 266/88 סאן אינטרנשיונל לימיטד נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 206 (1990).

142 שם, בעמ' 210.

143 שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 347, ה"ש 15.

144 ס' 29ב(ב) לחוק הבוררות.

145 שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 348.

146 שם.

בארץ מחיר כבד בהיותו כמעט בלא משתמשים. האם לא היה ראוי, לאור ניסיון העבר, לתת משקל רב יותר לערך של האוטונומיה של הצדדים ולו על חשבון מהירות ההכרעה וסופיותה?!

ואמנם, אחת האפשרויות לכך (ואשר לא אומצה על ידי תיקון מס' 2) הייתה יכולה להיות הצבת מסלול ערעור בזכות על פסק הבוררות.¹⁴⁷ הוועדה בדנה בהצעת החוק לתיקון מס' 2 פסלה אופציה זו מחשש לריבוי הגשת ערעורים ולהצפת בתי המשפט עקב כך.¹⁴⁸ גם על כך נתונה ביקורת. להיעדרה של זכות הערעור על פסק הבוררות יש משמעות מהותית מרחיקת לכת. זכות הערעור על פסקו של שופט מעוגנת בחוק,¹⁴⁹ בית המשפט העליון כינה אותה בפסיקתו "מרכיב מהותי של שפיטה הוגנת",¹⁵⁰ ויש אף מי שהגדיר אותה כזכות חוקתית. ואנו שואלים: האם בבוררות, להבדיל מבית המשפט, אין נחוצים גורלות של נכסים וממונות של בעלי דין המחזיקים בהם וטוענים לזכויות עליהם? ולא רק זאת, אלא שהיוצא מכך, למרבה האבסורד, שלעומת פסיקתו של שופט (אשר מינויו לכהונתו מותנה בהשכלה משפטית ובעבודה משפטית) שעליה יש זכות ערעור, הרי שעל פסיקתו של בורר, אשר עשוי להיות כל אדם¹⁵¹ – אין זכות כזו (!) ואכן, במכתבו של אורי שטרוזמן לוועדת חוקה, חוק ומשפט, אשר דנה בהצעת החוק לתיקון מס' 2, נאמר:¹⁵²

[...] שיש להקנות זכות ערעור בפני בית המשפט, בפני בית משפט שלום ובית משפט מחוזי לפי סכום הפסק, או כל קריטריון אחר, בפני דן יחיד או הרכב, כפי שייקבע, ובלבד שייידע הבורר שעין בית המשפט פקוחה על פסיקתו ויידע בעל דין שיש לו מפלט מטעויות הבורר בבית המשפט [...] כאשר תהיה זכות ערעור בפני בית המשפט – יפתחו התיקים בבית המשפט כי הצדדים לא יחששו לפנות לבוררות.

זאת ועוד, וכפי שראינו לעיל, גם לפי חוק הבוררות האנגלי קיימת זכות ערעור לצדדים על פסיקת הבורר,¹⁵³ ועל פי הערכת מומחים משנת 2003, בעקבות תיקון זה לחוק

147 ראו הצעתה של קפליוק להקניית זכות ערעור על פסיקת הבורר: קפליוק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 612–616.

148 פרוטוקול ישיבה מס' 313, לעיל ה"ש 54, בעמ' 8.

149 ס' 41, 52 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ס"ח 1123.

150 בג"ץ 87/85 ארגיב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 361 (1988).

151 לביקורת על כך ראו לעיל סעיף (ה) בתת-פרק א.1.

152 מכתב מאורי שטרוזמן, שופט בדימוס, לגבי תמי סלע, היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-17 (מכתב ללא תאריך) (להלן: "מכתבו של אורי שטרוזמן") ([ההדגשה שלי – ד"ל]).

האנגלי משנת 1996 הפכה לונדון ל"בירת בורריות עולמית".¹⁵⁴ זאת ועוד, ביקורת מלומדים שנשמעה על החוק האמריקאי נגעה בדיוק בנקודה זו וקראה לאמץ לחוק האמריקאי את זכות הערעור על פסיקת הבורר, כדוגמת התיקון משנת 1996 של החוק האנגלי.¹⁵⁵

אינני מתעלמת מן הביקורת הקיימת בעולם על מודל הערעור בזכות על פסק הבוררות. ביקורת זו אמנם מתמקדת בפגיעה הדרמטית שתהיה מנת חלקו של עקרון "סופיות הדיון" ובחשש כי באופן מעשי יהפוך הליך הבוררות ל"פרוזדור הכניסה לאולם בית המשפט". בנוסף טוענת ביקורת זו כי הליכי הערעור יאריכו את זמן הבוררות ואף יגדילו באופן ניכר את ההוצאות הכרוכות בכך.¹⁵⁶ ועדיין לטעמי באיזון שבין העדפת סופיות הדיון לבין ציפיות הצדדים שפסק הבוררות לא יהיה שגוי באופן שיפגע פגיעה קיצונית בזכויותיהם, יש להעדיף את זכויותיהם הלגיטימיות והחוקתיות של הצדדים לערער על פסק הבוררות.¹⁵⁷ הניסיון הישראלי מוכיח זאת. הנטישה ההמונית את הליך הבוררות והפיכתו של מוסד זה לכושל, טרם תיקון מס' 2, באה כאמור על רקע תחושת חוסר האונים של צדדים מול הליך דרקוני וכפייני, אשר מותירם עם החלטה כפויה שאינה ניתנת לשינוי (וזאת גם אם הדין או הצדק עומדים לצדם). הפקעת האוטונומיה האישית באה לביטוי כאמור בהיותו של צד חסר אונים נוכח החלטה שאין בידיו כל אפשרות לשלוט על תוצאתה. רכיב האוטונומיה האישית של הצדדים היה למעשה עקב

153 אמנם בהיעדר הסכמת שני הצדדים זכות הערעור מוגבלת לשני מצבים בלבד, וראו לעיל ה"ש 108 והטקסט הצמוד לה. כמו כן ראו Gulley, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1106.

154 "Additionally, a 2003 survey by International Financial Services revealed that '(m)ore international and commercial arbitrations take place in London than in any other city in the world'. Commercial parties, despite the desire for finality, still desire correct decisions and good law". שם, בעמ' 1137.

155 "The limited Arbitral appeal in England is, for most purposes, exactly what United States arbitration needs". שם, בעמ' 1133.

156 "The argument against expanded appeal therefore assumes that court review will dramatically increase the time and expense of the dispute, along with the burgeoning court docket [...] The opportunity for judicial review, it is argued, will destroy the benefit of finality". שם, בעמ' 1135-1136.

157 חשיבה זו עולה בקנה אחד עם הנאמר בטיוטת הצעת חוק הבוררות האנגלי מ-1996: "The drafters of the [Arbitration Act 1996] rightly rejected [...] foreclosing the option of appeals, an approach that harshly implies an irrebuttable presumption that parties to arbitration assume the risk that their arbitral awards might contain substantive errors. Such a presumption is not founded on any empirical evidence that arbitrating parties inevitably prefer finality to the right of appeal; neither is it necessarily supported by the legitimate expectation of the parties". שם.

אכילס של החוק ערב חקיקתו של תיקון מס' 2. על רקע זה נבטה הציפייה הגדולה מן הטיפול בו עם חקיקתו של אותו התיקון. לצערי, כגודל הציפייה כך גודל האכזבה.

(ב) חובת(?) ההנמקה

אחד השיפורים הנטענים המיוחסים לתיקון מס' 2 הוא כאמור בהוספת חובת ההנמקה של הבורר את פסקו.¹⁵⁸ דא עקא שעיון מדוקדק בתיקון החדש מגלה כי גם כאן לא עשה המחוקק די בתיקונו.

ראש לכול: גם לאחר תיקון מס' 2 חובת ההנמקה היא דיספוזיטיבית. עצם הבחירה באחד משני מסלולי הערעור (אשר בהם אמנם חובת ההנמקה היא קוגנטית) היא דיספוזיטיבית. ואילו באשר לצדדים אשר לא בחרו באחד ממסלולי הערעור, שם ודאי חובת ההנמקה היא דיספוזיטיבית. שהרי כאמור חובת ההנמקה באשר לצדדים שכאלו מצויה בתוספת הראשונה לחוק, שעליה יכולים צדדים להתנות (לאור סעיף 2 לחוק). יוצא שגם לאחר התיקון לחוק עדיין נותרת פרצה רחבה לפסקי בוררות בלתי מנומקים, ומכאן אף בלתי מבוססים, המציבים את הצדדים בפני שוקת שבורה. יש לזכור כי מקרים רבים עשויים להיכנס לקטגוריה זו בשל קיומם של הסכמי בוררות רבים בדמות תניות בתוך תקנונים של אגודות שיתופיות, עמותה, הסתדרות עובדים, התאחדות בעלי מקצוע מסוים וכדומה, אשר המצטרף אליהן נתפס ברשתם של הסכמים אלו אף מבלי שעיון בהם או אף ידע על קיומם. כך גם על פי כוחות השוק. לא מן הנמנע כי בנסח צד חזק, כמקובל, את הסכם ההתקשרות בין הצדדים ובשללו את שני מסלולי הערעור, יתנה אף על הוראה טו שבתוספת הראשונה (ההוראה המוסיפה את חובת ההנמקה לפי תיקון מס' 2) ואף יקבע את מיהותו של הבורר המועדף על ידיו.¹⁵⁹ במקרה שכזה לא יוכל הצד החלש אף להיזקק לעילת הביטול אשר בסעיף 24(6) לחוק,¹⁶⁰ אשר עמדה לרשותו טרם חקיקת תיקון מס' 2.¹⁶¹

שנית, גם בשביל הצדדים אשר לא התנו על חובת ההנמקה שבתוספת הראשונה וגם בשביל כאלו אשר מצויים בתוך גדריה של חובת ההנמקה שבסעיפים 21א או 29ב לא

158 וראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.2.

159 ואין בכונתי לרמוז על הנחה מובלעת שלפיה הצד החזק ייטה בהכרח לעשות כן. אדרבה, לעתים, וכדוגמת עניין רע"א ארוך נ' כלל, לעיל ה"ש 28, דווקא לצד החזק האינטרס בפסק דין מנומק, אשר יגביר את אופיו הצודק של הפסק (כמו גם של ההליך כולו). טענתי היא שבידיו של הצד החזק "לשלוט באמת" על בחירה זו, ולפיכך אם אמנם יעדיף, תוך שימוש בכוחו, הליך מהיר יותר שאינו מנומק ושאינו אפשרות ערעור עליו (ובייחוד במקרים שבהם הוא בחר את הבורר), לא תהיה בידי הצד החלש הבחירה האמתית להניאו מכך או למצער להשתמש בעילת הביטול אשר עמדה לרשותו טרם חקיקתו של תיקון מס' 2 לחוק.

160 עילת הביטול שלפיה "הותנה בהסכם הבוררות שעל הבורר לתת נימוקים לפסקו והבורר לא עשה כן".

161 העילה אמנם כתובה עלי חוק, אלא שהיא אינה רלוונטית לצדדים במקרה המתואר, שכן הם התנו עליה בהסכם שביניהם.

עשה תיקון מס' 2 די. אלו עדיין עשויים לצאת וחצי תאוותם בידם בכל הנוגע לחובת ההנמקה. זאת מאחר שהן חובה זו והן עילת הביטול הרלוונטית שמכוחה (סעיף 24(6)) פורשו בפסיקה באופן מצמצם ודווקני. אשר להיקף חובת ההנמקה נקבע כי די בכך שהפסק ינומק באופן שיהיה אפשר לגלות ממנו כי לא נעלמו מעיניו של הבורר הנושאים שעמדו לפניו להכרעה, כי לא נשתכחו מלבו טענות הצדדים, כי מצויה התייחסות עניינית לכל אלה וכן טעמים, לפחות בתמצית, שהביאו לתוצאות הפסק.¹⁶² נקבע בפסיקה (והדבר לא שונה בתיקון מס' 2) כי אף אם חייב הבורר לנמק את פסקו, הרי "במקום שבו נימק הבורר את החלטתו במידת הצמצום אין בכך כדי להיות לרועץ לפסק הבוררות".¹⁶³ ולא זו בלבד אלא שבאשר לעילת הביטול של היעדר הנמקת הפסק (המעוגנת כאמור בסעיף 24(6) לחוק), הרי שבית המשפט אינו נוהג לבטל את פסק הבוררות הבלתי מנומק בשל התקיימותה של עילת ביטול זו אלא מחזירו אל הבורר לתקנו על ידי הוספת נימוקו רטרואקטיבית.¹⁶⁴ אף על פי שהביקורת על הלכה זו טוענת כי היה ראוי שחובת ההנמקה תהיה רחבה יותר,¹⁶⁵ וכן כי היה ראוי שהתקיימותה של עילת הביטול של היעדר הנמקה המצויה בסעיף 24(6) תביא לביטולו של פסק הבוררות הלא מנומק תחת החזרתו אל הבורר להשלמת נימוקיו רטרואקטיבית, בתיקון מס' 2 התעלם המחוקק מן הדברים. ההנחה אפוא כי בעקבות תיקון מס' 2 תשתנה פרשנותו של בית המשפט לחובת ההנמקה והוא ישנה מן ההלכה הנזכרת לעיל בדבר גבולותיה המצומצמים של חובת ההנמקה או

162 לסיכום הפסיקה בנדון ראו שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 297–299.

163 רע"א 4226/02 קריצר נ' ויטקובסקי (פורסם בנבו, 14.1.2003).

164 ראו עניין קולקר, לעיל ה"ש 36.

165 ראו שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 299: "ראוי כי הנמקה תהיה מבוססת לא רק על בקיאות משפטית כי אם גם על חשיבה עסקית והסכמית. חשוב כי הנימוק יהא ברור ויפרוש לפני הצדדים את קווי חשיבתו של הבורר: החל מהגשת כתב התביעה, דרך מסמכים ועדים ועד הסיכומים. באופן זה פסק הבוררות יעמוד איתן ויהא נכון ומהיר יותר לביצוע. פסק בוררות שאינו ראוי הוא פגום בעיניו שכן במבחן המציאות – ובוודאי כאשר מדובר בעניינים כבדי משקל – אין הוא מספק את אחד האינטרסים החשובים של הצדדים: ודאות באשר להכרעה ולא רק כלפי תוצאותיה". שטרומן קובע בספרו כי "אין די בפירוט 'מיכני' של העדויות והמוצגים כדי להפיס את דעתם של בעלי הדין, הם צריכים להבין את הלך המחשבה של הבורר, את נימוקיו לתוצאה שאליה הגיע. להנמקה יש תועלת לא רק בתחום ההבנה האפשרית של בעל הדין את פסיקת הבורר (גם אינו משלים עם הפסדו) אלא גם תרומה מעשית להעמדת התוצאה הסופית הנדרשת לפי הפסק על דיוקה. ההנמקה מאפשרת לבעלי הדין לעקוב אחרי החישובים והחשבונות שנעשו ע"י הבורר, לבדוק אם לא הושמטו נתונים, לא נרשמו זיכויים במקום המיועד לחיובים ולהיפך, ואם לא השתבשו המספרים אגב כתיבה או הקלדה, כך שהספרה '3' נראתה כ-'8' [...] כמו כן יוכלו הצדדים לבחון אם לא נשמט בשעת כתיבה או הקלדה של הפסק תיאורו המלא והנכון של החייב וכתוצאה מכך חוייב בתשלום 'הנתבע' במקום 'הנתבע-שכנגד'. כל אלה השמטות ותיקונים הניתנים לתיקון ע"י הבורר או בית המשפט לפי סעיף 22 לחוק הבוררות. בהעדר הנמקה מפורטת, תונצח הטעות" (שטרומן ספר הבוררות, לעיל ה"ש 12, בעמ' 223–224).

יבטל פסק בורר שלא נומק ולא יחזירו אל הבורר לתקנו על ידי הוספת נימוק¹⁶⁶ אינה מחויבת המציאות. אדרבה, כעת יוכל בית המשפט להיצמד לפרשנותו המצמצמת (הן לחובת ההנמקה הן לעילת הביטול מכוחה) ביתר שאת, שכן תיקון מס' 2 אמנם התייחס (הוראה טו לתוספת הראשונה) לחובת ההנמקה אך התעלם מן הביקורת המצויה על הפרשנות שניתנה לה ולעילת הביטול המיוחסת לה בפסיקה. אדרבה, באיזון שבין מהירות ההכרעה (מיתרונותיה הבולטים הנטענים של הבוררות), הניתנת דווקא על ידי הפסק הבלתי מנומק, לבין יתרונות פסק הבוררות המנומק עלול בית המשפט כעת, לאחר תיקון מס' 2, להיצמד ביתר שאת לפרשנותו המצמצמת לחובת ההנמקה (ולעילת הביטול שמכוחה) כדי שלא להפריג לגמרי את האיזון אשר הוסט קמעא על ידי מחוקק תיקון מס' 2 בעצם החלתה של חובה זו.¹⁶⁷

(ג) טעות גלויה על פני הפסק

נותרה בעיה, שבמקרה של טעות, ואפילו טעות משמעותית, לא ניתן לתקן, זה לא בגדר העילות לפי סעיף 24. זה אחת הסיבות, לפי דעתי והכרתי, גם הכרתי המקצועית, שממעטים ללכת למסלול של בוררות.¹⁶⁸

הלכת טעות גלויה על פני הפסק הייתה אחת הסיבות אשר בעטייה נמנעו צדדים, כאמור לעיל, מלבחור בהליך הבוררות כדרך ליישוב סכסוכיהם.¹⁶⁹ לכאורה בא תיקון מס' 2 וטיפול בבעיה, שהרי מעצם הוספת מסלול הערעור השני (ערעור ברשות בפני בית המשפט), אשר קובע מפורשות כי הצדדים יכולים לממש מסלול זה אם נפלה בפסק הבוררות "טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעוות דין",¹⁷⁰ גילה המחוקק את דעתו בדבר ביטול "הלכת טעות גלויה על פני הפסק". ולא כך. ראשית לצדדים אשר לא בחרו באחד ממסלולי הערעור החדשים של תיקון מס' 2 אין כל התייחסות או שינוי ביחס ל"הלכת טעות גלויה על פני הפסק". הוא הדין בצדדים אשר בחרו במסלול הערעור הראשון – ערעור בפני בורר (הקבוע בסעיף 21א לחוק). אולם גם צדדים אשר בחרו במסלול הערעור השני ונכנסים אפוא לסעיף 29ב, על קביעתו כאמור

166 כפי שמאמין ישראל שמעוני. ראו שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 298–299: "הוספת סעיף טו לתוספת בדבר חובתו של הבורר לנמק את פסקו, עשויה לגרום למצב שבו אם ההחלטה שהבורר נתן היא נעדרת הנמקה, בית המשפט לא ידרוש מהבורר לתקן את החלטתו, אלא יבטל את פסק הבוררות. לגישתנו, תכלית תיקון החוק וכוונת המחוקק לייעל את הליך הבוררות ולמנוע את העומס המוטל על בית המשפט, מחייבות שחובת ההנמקה תהיה מהותית".

167 ס' 21א, 29ב לחוק הבוררות והוראה טו לתוספת הראשונה לחוק הבוררות.

168 פרוטוקול ישיבה מס' 313, לעיל ה"ש 54, בעמ' 3 (דברי חבר הכנסת גרעון סער).

169 ראו לעיל סעיף (ד) בתת-פרק א.1.

170 ס' 29ב(א) לחוק הבוררות.

בדבר "טעות יסודית ביישום הדין", עדיין כפופים לפרשנותו של בית המשפט למונח זה. מה שוודאי ישפיע על פרשנותו של בית המשפט למונח זה הן מילות המחוקק הצמודות אליו "אשר יש בה כדי לגרום לעוות דין". המחוקק בתיקון מס' 2 גילה את דעתו מפורשות שהביקורת על פסק הבוררות לפי סעיף 29 לחוק, כאשר מתגלית טעות יסודית ביישום הדין שהינה גלויה על פני הפסק, היא מצומצמת בהשוואה לביקורת על פסק דין בערעור רגיל. וכפי שמדגיש שמעוני: "בית המשפט אינו רשאי להתערב בפסק הבורר אלא אם כן הטעות יסודית, חמורה וגלויה לעין, מתוך הפסק והמסמכים בתיק, עד כדי תוצאה של עיוות הדין. אין להיתפס לספק טעות, אלא יש לבדוק אם נפלה בפסק הבורר טעות ברורה ומהותית".¹⁷¹ עיוות דין הוא אפוא תנאי הכרחי לפי לשון הסעיף. אפילו הסכימו הצדדים כי הבורר יפסוק על פי הדין, וטעה הבורר ביישום הדין המהותי ו/או הפרוצדורלי טעות יסודית, "אין די בכך אם לא נגרם עיוות דין על מנת לבוא בשערי ערכאת הערעור". עיוות דין משמעו הכרעה מעוותת ובלתי שקולה המקפחת בעל דין וגורמת עוול.¹⁷² בפרשת רודמן נקבע בהקשר אחר כי המבחן לקיומו של עיוות דין הוא מבחן אובייקטיבי,¹⁷³ והתחלתה של ביקורת על כך בכל הנוגע לסעיף 29 כבר נשמעת.¹⁷⁴ כך או כך, אם אנו צפויים לפרשנות המצמצמת שניתנה עד כה על ידי הפסיקה למונח "עיוות הדין", המופיע גם בסעיף 26(א) לחוק הבוררות (מתוך ההנחה שבית המשפט ילמד גזרה שווה מן המונח, החוזר שוב באותו החוק ולאור תכלית החקיקה המשותפת לשני הסעיפים 26 ו-29ב), כי אז אי אפשר לצפות למקרים רבים שבהם ייקבע כי נגרמה "טעות יסודית ביישום הדין, אשר יש בה כדי לגרום לעוות דין". ובמילים אחרות: גם לאחר תיקון מס' 2 אי אפשר לצפות לצמצום ממשי או מספק בפועל של הלכת טעות גלויה על פני הפסק.

(ד) פסלות הבורר

אחת מחולשותיו הבולטות של תיקון מס' 2 נוגעת לא רק לאופן טיפולו (במקרים שבהם הוא מציע טיפול) אלא גם למחדליו. בכל הנוגע לרף הגבוה שהציבה הפסיקה באשר לפסלותו של בורר לא שינה מחוקק התיקון דבר, תוך התעלמות מן הביקורת שנשמעה על מצב הדברים ערב התיקון לחוק.¹⁷⁵ עילת פסלות פסק הבוררות בשל פסלות הבורר

171 שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 353 ("זהו ההבדל בגישתו של בית המשפט כשהוא מפעיל סמכות ביקורתית (supervision jurisdiction) להבדיל מסמכות ערעורית (appellate jurisdiction)").

172 שם, בעמ' 355.

173 ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 25, 46 (2002).

174 שמעוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 356.

175 ראו לעיל סעיף (ה) בתת-פרק א.1.

נדונה רבות בפסיקה דרך סעיף 24(10) לחוק הבוררות.¹⁷⁶ המחוקק לא ביצע בתיקון מס' 2 כל שינוי בעילה זו, כמו גם בסעיף 11 לחוק הבוררות, העוסק בין השאר בפסלות בורר בטרם נתן את פסקו. בכך השאיר מחוקק תיקון מס' 2 על כנו את אחד ההיבטים הדוקטרינאיים של החוק ואת הבעייתיות שהייתה קיימת בו ערב התיקון.

לסיכום עולה מן המקובץ לעיל כי רכיב אוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים, שהיה בעייתי בחוק הבוררות ערב התיקון לחוק, לא טופל כראוי בתיקון מס' 2 לחוק, הן בצורתו הישירה והן בגילויי האחרים בדמות הלכת טעות גלויה על פני הפסק, היעדר חובת ההנמקה, פסלותו של הבורר, הפטור משיפוט על פי דין מהותי וכיו"ב, שנמנו לעיל. לכן מתבקשת השאלה מדוע לא להמיר את מוסד הבוררות במוסד הגישור, קרי: מדוע לא להמיר מוסד אשר בו רכיב האוטונומיה של הצדדים כשל במוסד הבנוי כל כולו על העצמתו של רכיב זה? פרק ב להלן יעסוק בשאלה זו.

(ה) יעילות הדיון וסופיותו – השלכותיו השליליות של התיקון

מלבד הכשלים שנמנו לעיל כמתקיימים בהליך הבוררות גם לאחר תיקון מס' 2 (ולעתים כאמור אף מחריפים בגללו) אי אפשר להתעלם אף מהשלכותיו (או למצער מהשלכותיו הפוטנציאליות) של תיקון זה בכל הנוגע לעלות הדיון, יעילותו, מהירותו וסופיותו. אלו האחרונים היו מהרציונלים שבסיס חקיקתו של התיקון כמו גם מהרציונלים שבבסיס מוסד הבוררות בכללותו. עם זאת נדמה כי תיקון מס' 2 עלול שלא לקדם אותם ואף לפגוע בהם.

ראשית, העובדה כי פסק הבוררות אינו "סוף פסוק", וכי יש המשך להתדיינות בשל הוספת שני מסלולי הערעור שבתיקון מס' 2, מייקרת את השימוש במוסד זה. לא די שעלותו של הליך הבוררות גבוהה יחסית להליך הגישור (ולעתים גם יחסית להליך השיפוט),¹⁷⁷ כעת תוכפל עלותו בשל ההיזקקות הכפולה לשתי הערכאות. הדברים

¹⁷⁶ סעיף 24(10) לחוק הבוררות הוא עילת "סל", והעילה איננה ייחודית לפסלות בורר. למעשה סעיף 11 לחוק הבוררות הוא הסעיף ה"קלאסי" לבקשות של צד להעברת בורר מתפקידו. עם זאת הפסיקה השתמשה בסעיף 24(10) כעילה לפסלות בורר ולביטול פסקו רטרואקטיבית (לאחר שכבר נתן את פסקו) במקרים שבהם צד אשר ראה עצמו נפגע מהתנהגות הבורר לא השתמש (או לא היה יכול להשתמש) בסעיף 11 לחוק הבוררות במהלך הבוררות, שכן אז לא היו בידיו די ראיות נגד הבורר או לחלופין כשראיות שכאלו התגלו אך בדיעבד. ראו לדוגמה ע"א 107/84 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מכונית בע"מ, פ"ד מב(1) 298 (1988); רע"א 4974/01 קפלנסקי נ' גולדסיל בע"מ, פ"ד נו(3) 859 (2002); ה"פ (מחוזי ת"א) 527/07 מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ נ' שיכון עובדים בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2008).

¹⁷⁷ להסתייגות אפשרית לקביעה זו ראו לעיל סעיף (1) בתת-פרק א.1. כמו כן לעומת ההליך השיפוטי עשוי הליך הבוררות לשמש האופציה הזולה כאשר מדובר בתיקים סבוכים וארוכים הכוללים דיוני הוכחות רבים ואין-ספור מסמכים וראיות. אולם כאשר מדובר בסכסוך על סכום כסף שאינו גדול, לדוגמה סכסוך על סכום כסף שאינו עולה על תקרת המקסימום להתדיינות בבית המשפט לתביעות

מחריפים ביתר שאת בכל הנוגע למסלול הערעור הראשון הקבוע בסעיף 21א לחוק. ערעור בפני בורר נוסף מייקר מאוד את ההליך. במכתבו של אורי שטרומן אל ועדת החוקה חוק ומשפט, אשר דנה בהצעת חוק הבוררות, נכתב: ¹⁷⁸

זכות ערעור בפני בוררים, ולא בפני בית משפט, תהיה זכות מוקנית לעשירים בלבד, ולא לציבור הרחב של המתדיינים, כי לא די בכך שהמתדיינים נושאים בהוצאות היקרות של הבוררות (בבית המשפט נושא בהוצאות רק התובע), הם יאלצו לשאת גם בהוצאות ערכאת הערעור של הבוררים. לא תהיה לכך הסכמה של שני הצדדים, כאשר צד אחד אינו בעל יכולת. המשמעות תהיה שזכות הערעור למעשה אינה ישימה.

ייקורו של המוסד ודאי מחליש את כוח המשיכה שלו לצדדים פוטנציאליים כשזהו כמוכך ההפך מכוונתם של מתקני תיקון מס' 2.

שנית, גם היתרון השני המיוחס להליך הבוררות¹⁷⁹ – ניהול ההליך תוך שמירה על פרטיות הצדדים (ובמקום הנוח להם) – מאוין (או למצער נחלש מאוד) עם הוספתה של אופציית הערעור בפני בית המשפט (סעיף 29ב לחוק). אחד ממוקדי המשיכה של מוסד הבוררות ללקוחות עסקיים וחברות מסחריות הוא התנהלותם של דיוני הבוררות, להבדיל מההליך השיפוטי, בדלתיים סגורות והרחק מעין הציבור. גם עניינים הנוגעים לסכסוכים על סודות מסחריים או מידע רגיש אחר אשר חשיפתו עלולה לגרום נזק למי מהצדדים, עשויים ליהנות מיתרון הפרטיות והדיסקרטיות, אשר הליך הבוררות טומן בחובו. ברגע שקמה האופצייה של ערעור על הפסק בפני בית המשפט, המתנהל כידוע בדלתיים פתוחות, נסגרת הדלת על מוסד הבוררות בעניינים אלו, ולכן גם כאן אופציית הערעור שהעניק המחוקק איננה ישימה. במקרה שכזה הצדדים לא יבחרו בה.

אי אפשר להתעלם גם מאבדן היתרון שבסופיות הדיון ומבעיית החרפת העומס על בתי המשפט, אשר הוספת מסלולי הערעור עלולה לתרום לה. העובדה שהמחוקק חסם בחוק, עד לתיקון מס' 2, את אופציית הערעור נשענה על רציונל מסוים. הרציונל הוא – סופיות הדיון. כך גם הפסיקה, בחזרה שוב ושוב על הלכת טעות גלויה על פני הפסק¹⁸⁰ על הקביעה כי עשר העילות הקבועות בסעיף 24 לחוק הן רשימה סגורה, וגם אותן יש לפרש בצורה דווקנית ומצמצמת, ועל כך שהמחוקק בחר במודע שלא לאפשר לבית

קטנות, תשלום שכר לבורר יהיה גבוה בהרבה מן האגרה המינימלית שתשולם לבית המשפט לתביעות קטנות.

178 מכתבו של אורי שטרומן, לעיל ה"ש 152.

179 הצעת חוק הבוררות (תיקון מס' 2).

180 ראו לעיל ה"ש 44–46 והטקסט הנלווה להן.

המשפט לבטל טעות של בורר, חמורה ככל שתהיה. כל אלה נובעים מן הרציונל הקובע כי מוסד הבוררות אינו אמור לשמש פרודור או מבוא אל בית המשפט.¹⁸¹ רציונל זה, החוזר שוב ושוב בפסיקותיו של בית המשפט, אינו עומד בחלל ריק ואינו ייחודי להליך הבוררות, כי אם שימש כאחד מן הרציונלים המרכזיים שגרמו לביסוסה של תנועת ה-ADR (אותן אלטרנטיבות להליך הדיוני) בעולם, אשר הליך הבוררות הינו אחת מדרכיה. אחד הרעיונות המרכזיים שעמדו בבסיס התגבשותה של תנועת ה-ADR היה הקמת חלופות לערכאה הדיונית לשם הפחתת העומס מעל כתפי המערכת השיפוטית.¹⁸² גם הליך הבוררות, כאחת מדרכי ה-ADR, אמור לשמש חלופה לבית המשפט ולא תחנה בדרך אליו.¹⁸³ גם אם צודק מחוקק התיקון בהנחתו כי היעדרם של מסלולי ערעור הוביל

181 בדברי ההסבר להצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, ה"ח 64, 70 נאמר כי החוק נועד לתרום ליישום הבוררות כ"אמצעי נוח, מהיר וחסכוני ליישוב סכסוכים מחוץ לכתלי בית המשפט". וכפי שמסביר הנשיא שמגר את מטרת החקיקה בנושא מוסד הבוררות בע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סחף" חברה ישראלית לעבודות פתוח בע"מ, פ"ד מ(3) 235, 247 (1986): "המטרה היא לגרום לדין צדק בין הצדדים בצורה מהירה ויעילה, ללא היזדקקות למערכת משפטית על כל הכרוך בכך". כך גם השופט אור בעניין נתיבי איילון, לעיל ה"ש 25, בעמ' 517-518: "מתן האפשרות להתערב בפסק בורר, כל אימת שלא יגלה פנים כהלכה בדין, כמוה כהפיכת בית המשפט לערכאת ערעור על פסק הבורר, ונמצא, שהבוררות אינה אלא שלב בהליכים בין הצדדים, אשר את פתרונם הסופי ימצאו בבית המשפט".

182 אלברשטיין תורת הגישור, לעיל ה"ש 61, בעמ' 27. וכן ראו משה בר-ניב ורן לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" משפט ועסקים ב 209, 214-215 (2005).

183 למעשה אותו רציונל של מיסוד הליך הבוררות כאלטרנטיבה עצמאית להליך השיפוטי חוזר לאורך כל הדרך בפסיקותיו של בית המשפט העליון הנוגעות למוסד הבוררות ולפרשנות המטריה החקיקתית הרלוונטית לו. בית המשפט שב ומדגיש את הצורך בחיזוק מוסד הבוררות ומעמד הבורר כדי שיוכל לשמש חלופה איתנה להליך השיפוטי. כך הפרשנות שניתנה בפסיקה לסעיף 5(ג) לחוק הבוררות, המאפשר לבית המשפט שלא לעכב את ההליכים בבית המשפט אם ראה טעם מיוחד שהסכסוך לא יידון בבוררות. נקבע כי טעם מיוחד, השולל מבעל דין את זכותו החוזית להביא את ההכרעה במחלוקת לבוררות, צריך להיות היוצא מהכלל. ראו ע"א 20/70 "עמיר" חברה להספקה של התאחדות האיכרים בישראל בע"מ נ' מ.צ.ק. בע"מ, פ"ד כד(1) 692, 695 (1970). כך גם הפרשנות הרחבה שניתנה על ידי בית המשפט להסכם הבוררות כדי לקיימו ולקיים את הבוררות מכוחו בלא להיזקק לשירותי ההליך השיפוטי (ע"א 823/87 דניה סיקוס חברה לבנייה בע"מ נ' ס.ע. רינגל בע"מ, פ"ד מב(4) 605, 613-614, פס' 11 לפסק דינו של השופט לוין (1988)); כך גם סעיפים בחוק הבוררות עצמו הנוגעים להארכת תקופת הבוררות, אם חלפה, או לתנאי מעכב להגשת בקשה לביטולו של פסק הבוררות אשר ניתן לאחר שחלף המועד לנתינתו (ס' 19(א) לחוק הבוררות); כך גם כאשר לקביעה כי פסק הבוררות סופי יותר מפסק דין של בית המשפט בהקשר של הבהרת הפסק, וכי אין אפשרות חזרה לבורר בשאלות הבהרה (וכפי שנקבע בר"ע (מחוזי חי) 1383/97 שחיבון נ' אחים שיטי, פס' 7 לפסק דינו של השופט רזי (פורסם בנבו, 1.9.1998)); כך היא גם הקביעה של חוק הבוררות בדבר מעמדו המשפטי של פסק הבוררות (שאושר על ידי בית המשפט או שאיננו ניתן עוד

צדדים רבים לפסול את אופציית הבוררות, ובכך שלח אותם אל בין כותלי בית המשפט והגביר את העומס על זה האחרון, עדיין נשאלת השאלה אם הוספת מסלולי ערעור לא תתרום אף היא לעומס זה. כלומר, האם בלהיטותו לפתור בעיה אחת לא יצר מחוקק תיקון מס' 2 בעיה אחרת?

מן המקובץ לעיל עולה כי נדרש פתרון אחר (או למצער נוסף) אשר יגביר את האוטונומיה של הצדדים בהליך הבוררות ובכך יתרום ממילא להגברת השימוש במוסד זה, וכך התוצאות של בחירה בו והפחתת העומס מעל בתי המשפט לא יאחרו מהגיע. פרק ב להלן יפסול את הגישור כפתרון שכזה, ופרק ג להלן יציג את הגישור כפתרון המוצע.

ב. "לא על הגישור לבדו"

1. האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור

הגישור הוא הליך וולונטרי המאפשר לצדדים ניצנים ליישב את הסכסוך ביניהם באמצעות צד שלישי (מגשר) אשר אינו מוסמך להכריע בסכסוך ביניהם.¹⁸⁴ האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור רחבה לאין ערוך מזו אשר בהליך הבוררות: בהליך הבוררות אוטונומיה זו מוגבלת מאוד כאמור,¹⁸⁵ ולו רק משום שמשנבחר הבורר והחל ההליך, מופקע הכוח מן הצדדים לנהל את סכסוכם כראות עיניהם,¹⁸⁶ ולעומת זאת הליך הגישור במהותו מושתת על אוטונומיה זו, בהותירו בידי הצדדים את חופש הבחירה וההחלטה מתחילתו של ההליך ועד לסיומו.¹⁸⁷ לשון אחרת: ההבדל הראשוני הכולט בין

לביטול) שהוא כפסק דין סופי של בית המשפט, המהווה מעשה בית דין ומחייב את בעלי הדין וחליפיהם (ס' 23 לחוק הבוררות), כך גם עוגני ההצלה המצויים בסעיף 26(א) ובסעיף 26(ב) לחוק הבוררות עבור פסק בוררות ה"נכנס" לאחת מעילות הביטול. וכך כמובן גם הפרשנות המצמצמת שניתנה על ידי בית המשפט לעשר עילות ביטול פסק הבוררות, המנויות בסעיף 24 לחוק הבוררות, ובכלל זה גם הקביעה כי הן מהוות רשימה סגורה (ראו למשל עניין קולקר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 93 או ע"א 388/81 תימורים מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' משתלות וייצמן סול כהנא בע"מ, פ"ד לו(4) 253, 258 (1982): "אילו ישבתי בערעור על החלטת הבורר ולא בהליכים לביטול פסק-דין של בורר, הייתי מסכים ללא היסוס לקבלת הערעור מטעמיו של חברי הנכבד הנשיא. דא עקא, שעם חקיקת סעיף 24 לחוק הבוררות צומצמו עילות הביטול כנגד פסק בוררות לעומת הדין הקודם, כשהמטרה התחיקתית הייתה לשריין אותו מפני התערבות שיפוטית חיצונית").

184 ראו הגדרת "גישור" בסעיף 79(א) לחוק בתי המשפט.

185 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.1.

186 ראו גם אורנה דויטש פישור – הענק המתעורר 15 (1998) (להלן: דויטש פישור).

187 אורנה דויטש "על 'הסכמה מדעת' בהליך הגישור" שערי משפט ג 47 (2002) (להלן: דויטש "על 'הסכמה מדעת'").

האוטונומיה של הצדדים בגישור לבין זו שבכוררות הוא שבגישור משתרעת אוטונומיה זו גם על ה"Outcome Consent", קרי ההסכמה להסדר מהותי בתום התהליך ועיצובו על ידי הצדדים, ואילו בכוררות תחולתה היא על ה"Participation Consent" בלבד, קרי על עצם ההשתתפות בהליך וקביעת תכניו (ומסגרתו) להבדיל מתוצאתו.¹⁸⁸ למעשה, היסוד החשוב ביותר של הליך הגישור הוא האוטונומיה של הצדדים או יסוד "ההסדר מרצון". בידי המגשר, להבדיל משופט או בורר, אין כל כוח אכיפה. כל החלטה מהותית בהליך היא בידיהם של הצדדים בלבד. בין השאר בוחרים הצדדים את עצם ההשתתפות בהליך ובידיהם אף החופש לפרוש ממנו בכל עת. במהלך ההליך רשאים הצדדים להציג את טיעוניהם בלא מגבלות, והם אינם כפופים לדין מהותי או פרוצדורלי. וכמובן, תוצר התהליך, קרי הסכם או הסדר הגישור, גם הוא פרי יצירתם ובחירותיהם והוא ביטוי ברור למימושה של אוטונומיה זו.

ואכן, בספרות האמריקאית מקובלת הגישה כי הגישור נשען בראש ובראשונה על רעיון האוטונומיה האישית וההגדרה העצמית של הצדדים.¹⁸⁹ המשא ומתן הגישורי נתפס כמאפשר לצדדים לממש את האוטונומיה האישית שלהם ולהגשים את האינטרס שלהם לשליטה על עתידם באמצעות הפעלת הרצון הפרטי ללא הכרעה של גורם חיצוני.¹⁹⁰ כפי שכתבה דויטש, "בכך מקדם הגישור את ההגנה על הערך החוקתי של חירות האדם".¹⁹¹ מימוש האוטונומיה האישית של הצדדים באמצעות פתרון סכסוכים דרך הליך הגישור נתפס אפוא כתורם הן להעצמת כישוריהם החברתיים של הצדדים והן למערך היחסים בחברה בכללותה.¹⁹² גם חקיקת הגישור בארצות הברית מבטאת את ההכרה ברעיון "האוטונומיה האישית" ו"ההכרעה העצמית" (*self determination*) של הצדדים כיסוד מרכזי בהליך הגישור.¹⁹³

188 ההבחנה מבוססת על המאמר הזה: Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 NOTRE DAME L. REV. 775, 819–820 (1999).

189 Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 315 (1971); ROBERT A. A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, *THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION* 11–12 (1994). ראו גם Nolan-Haley, *Court Mediation*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 90.

190 Fuller, לעיל ה"ש 189.

191 דויטש "על הסכמה מדעת", לעיל ה"ש 187, בעמ' 50.

192 Robert A. Baruch Bush & Sally Ganong Pope, *Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation*, 3 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 67 (2002) דפנה לביא "גישור טרנספורמטיבי – הפן העיוני והמעשי, הצעה לאימוצו של מודל חדש-מוכר אל השיח הקיים בארץ" שערי משפט ה 131 (2009) (להלן: לביא "גישור טרנספורמטיבי").

193 ראו AAA, ABA & ACR, *MODEL STANDARDS OF CONDUCT FOR MEDIATORS*, §1 (2005).

ויצוין כי הישענות על האוטונומיה של הצדדים כבסיס להליך אינה רק תוצר של מחשבה דוגמתית-ערכית. קיימים כאן גם שיקולי יעילות. לשון אחרת: "מודל גישור המבליט את כיבוד האוטונומיה האישית של הצדדים הוא, אם כן, לא רק דרך ראויה יותר לטיפול בסכסוך אלא גם דרך יעילה יותר במונחים של יעילות לטווח בינוני וארוך".¹⁹⁴ הטענה שנשמעה בספרות היא כי "הסכם שהושג מתוך רצון חופשי 'אמיתי', סביר יותר שיכובד מאשר הסכם שלא הושג בדרך זו".¹⁹⁵ זאת ועוד, שיפור הכישורים החברתיים של צדדים בדרך התנהלותם בתוך סכסוך – ואולי אף באופן מניעתם את הסלמתה של מערכת היחסים והתגבשותה לכדי סכסוך פוטנציאלי – עשוי לעתים קרובות למנוע את ההתדיינות המשפטית הבאה (ובכך גם לתרום להפחתת העומס מעל בתי המשפט).¹⁹⁶

ויצוין כי מידת האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור אמנם משתנה לפי מודלים שונים של ההליך. מידת האוטונומיה האישית של הצדדים בגישור על פי המודל האינפורמטיבי ("*informative model*" או "*assigned autonomy model*") היא כמעט מוחלטת. תפקידו של המגשר הוא לסייע לצדדים ביצירת תקשורת ובחילופי מידע ביניהם. גם גישור בשיטת המודל הרפלקטיבי ("*reflective*" או "*deliberative model*") ("*autonomy model*") מממש את האוטונומיה האישית של הצדדים באופן רחב, שכן נוסף על תפקידו של המגשר לסייע בהעצמה האישית של הצדדים, הוא מסייע להם גם בשיפוט ערכי של הפתרונות ושל המידע.¹⁹⁷ מנגד קיימים מודלים של גישור שבהם האוטונומיה האישית מוגבלת, כמו במודל הפטרנליסטי ("*directive-style mediation*") או "*dictated autonomy model*", שבו מנהל המגשר את ההליך באופן אדנותי, תוך סינון שגור של מידע המוחלף בהליך וכמו במודל האינסטרומנטלי ("*instrumental model*"), שבו רמת השליטה של המגשר גבוהה, ותפקידו להפעיל אמצעי שליטה למציאת פתרונות צודקים ו/או יעילים בשביל הצדדים על יסוד המידע הנאסף על ידיו מן המשתתפים.¹⁹⁸ חלוקה אחרת המקובלת בשיח המלומדים מבדילה בין "גישור מעריך" ("*evaluative mediation*") לבין "גישור מאפשר" / "גישור מסייע" ("*facilitative mediation*"). הגישור המעריך תומך בהתערבות דומיננטית של המגשר בהליך על חשבון האוטונומיה של הצדדים, ואילו הגישור המאפשר מדגיש את האוטונומיה של הצדדים, ולשם כך מצמצם את כר פעולתו של המגשר.¹⁹⁹ חלוקה נוספת מבחינה בין "גישור הסכמי"

194 דויטש "על הסכמה מדעת", לעיל ה"ש 187, בעמ' 51.

195 שם.

196 שם.

197 שם, בעמ' 50.

198 שם, בעמ' 49.

199 ב"גישור מעריך" עשוי המגשר להביע דעה על הסכסוך, על עמדותיהם של הצדדים, על ההסכם המתגבש או על כל עניין מקצועי או ערכי או אחר, להעריך את סיכוייו של כל צד במקרה שהקונפליקט יגיע אל בין כותלי בית המשפט, לעצב ולהציג פתרונות משלו. וראו Randolph

ל"גישור טרנספורמטיבי": הגישור הטרנספורמטיבי רואה בהרחבת האוטונומיה של הצדדים (באופן מוחלט) מקור להעצמתם ולהכרה בה, קרי לטרנספורמציה שלהם כמזור האמתי והיחיד ל"כאב הקונפליקט".²⁰⁰

בישראל המודל הרווח הוא זה המכוון פתרון סכסוך²⁰¹ והמכונה לעתים "גישור הסכמי". מידת האוטונומיה של הצדדים מוגבלת (ביחס למודלים מסוימים) אך גם רחבה ביחס למודלים אחרים. מחד המטרה המוצהרת שלו היא השגת הסכם,²⁰² קרי שימת דגש בתוצאה ופחות על תהליך ההבניה או ההעצמה של הצדדים במהלכו. מאידך הגדרת המגשר, מציבה את המגשר כ"מי שתפקידו לסייע בידי בעלי דין להגיע להסדר גישור מתוך ניהול משא ומתן חופשי".²⁰³ כלומר, המגשר נתפס כמסייע בלבד, ולצדו מאוזכרים גם יסוד ההסכמה והמשא ומתן החופשי. אפשר אפוא לומר כי מעצם הגדרה זו השאיר המחוקק את הבחירה במידת האקטיביות של המגשר (על חשבון האוטונומיה של הצדדים) בידי כל מגשר על פי השקפת עולמו ואישיותו.

לסיכום, הליך הגישור הוא מנגנון שבו האוטונומיה של הצדדים נמצאת בשיא ביחס לכל מנגנון אחר ובפרט ביחס להליך הבוררות. אף על פי שאוטונומיה זו עשויה כאמור להתרחב או להיות מוצרת על פי מודל כזה או אחר של ההליך, היא באה לידי ביטוי בשליטתו של הפרט ללא מצרים על כל מרכיב ממרכיבי ההליך, ולמעט עניינים הקשורים במסגרת ניהול ההליך (המסורה למגשר מכוח החוק) הוא אינו מוגבל בחופש האישי שלו.

Lowry, *To Evaluate or not – That is Not the Question!*, 38 FAMILY AND CONCILIATION COURT REVIEW 48 (2000). לעומתו, בגישור המאפשר/מסייע המגשר נתפס כצד שלישי ניטרלי בכל הנוגע לתוצאה או להבעת הערכותיו לגביה, וכל תפקידו הוא בהענקת סיוע לצדדים בפישוט עמדות המשא ומתן שלהם. המגשר המאפשר מאמין כי תפקידו מתמצה בתרומה להבהרת התקשורת שבין הצדדים ולשיפורה כדי שיוכלו להחליט בעצמם כיצד לנהוג. וראו, Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 44–46 (1996). ראו גם לביא המגשר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 164–175.

200 Bush & Pope, לעיל ה"ש 192; לביא "גישור טרנספורמטיבי", לעיל ה"ש 192.

201 המבוסס על גישתם של WILLIAM URY & ROGER FISHER, *GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN* (1981). ובתרגומו: רוג'ר פישר וויליאם יורי סיכום חיובי – לשאת ולתת בלי לוותר 17–95 (1983).

202 החתירה להסכם מצויה כבר בהגדרתו של ההליך. בסעיף 179ג(א) גישור מוגדר כ"הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך" (ההדגשה שלי – ד"ל).

203 ס' 1 לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993, ק"ת 5539.

2. חסרונותיה ומוגבלותה של האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור

על אף רוחב יריעתה וחיבתה של האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור, הרי שההכרה במרכזיותה אינה נקייה מביקורת.

ראש לכול הכירה ספרות המלומדים במוגבלותה ובחולשתה של אוטונומיה זו בקטגוריות מקרים מסוימות. ואכן קטגוריה של פערי כוחות גדולים בין הצדדים נתפסת על ידי חלק מן המלומדים כבעייתית בהתאמתה להליך הגישור.²⁰⁴ ואכן, במצב של חוסר כשירות מצד אחד הצדדים, כאשר צד לדוגמה מצוי בחולשה מיוחדת בשל ליקוי שכלי, מחלת נפש, או שהוא מצוי בהשפעה נרקוטית או אלכוהולית, המשבשים את שיקול דעתו, הדעה הרווחת טוענת לחוסר התאמה לגישור.²⁰⁵ השתתפות בגישור דורשת מידה של כשירות, דהיינו כושר בחירה והחלטה, מודעות והסכמה. כשהללו נעדרים אי אפשר לדבר על "אוטונומיה של צד", ולפיכך גדר הספק במקרים אלו הוא בדבר התאמתו של הליך כדוגמת הגישור המבוסס כל כולו על אוטונומיה זו. גם מצבים של היעדר כשירות אשר אינה נובעת ממצב "פתולוגי" כי אם מפערים עמוקים אחרים בין הצדדים, כדוגמת תרבותיים או כלכליים, נתונים בסימן שאלה מבחינת התאמתם לגישור בשל פגיעתם באוטונומיה החופשית של הצדדים. השיח בספרות המלומדים מצביע על סיכונים ברורים לצד החלש – דווקא בהליך אשר מעלה על נס את האוטונומיה של הצדדים.²⁰⁶ כאמור, בייחוד בהליך אשר מעמיד את הצדדים במרכז ומעניק להם את ה"במה", וכשאינם בהכרח מיוצגים על ידי פרקליטים, שם באות לידי ביטוי מוגבלויות או מוגבלויות יחסיות של צד, כדוגמת כושר ביטוי פגום, פערי גיל, מעמד, חולשה הנובעת אינהרנטית ממערכת היחסים עם הצד השני וכיו"ב. זאת ועוד, מוגבלויותיו של צד חלש באות לידי ביטוי ביתר שאת דווקא בהליך של "צדק פרטי" ובלתי פורמלי של משא ומתן (להבדיל מן ההליך השיפוטי הרשמי שבבית המשפט) מקום שבו הוא חשוף

204 דפנה לביא "אלימות וגישור: האמנם אוקסימורון?" משפחה במשפט א 117, 132–136 (התשס"ז) (להלן: לביא "אלימות וגישור").

205 שם, בעמ' 129.

206 מערכת יחסים שבה נשלל הרצון החופשי של מי מהצדדים אינה מערכת יחסים המתאימה להידון בגישור. וראו סוזן זיידל המדריך לגישור ולהסדרי גירושין 65 (2001): "הגישור מתאים למצב, ששני הצדדים חופשיים לבטא את עצמם ולקבל החלטות משוחררות מלחץ ומאיומים." וראו גם J. Kelly, *Power Imbalance in Divorce and Interpersonal Mediation: Assessment and Intervention*, 13 MEDIATION QUARTERLY 85 (1995); Laura Nader, *Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology*, 9 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1 (1993). וכן ראו Larry R. Spain, *Alternative Dispute Resolution for the Poor: Is it an Alternative?*, 70 N.D. L. REV. 269, 273–274 (1994).

ביותר למניפולציות של הצד שכנגד.²⁰⁷ בהיותו הליך הנערך בין דלתיים סגורות מתנהל הליך הגישור ללא הגנותיה של המערכת המשפטית וללא ההבטחה לצדק ולהגינות דינית, אשר עשויה היא להעניק לצרכניה.²⁰⁸ זאת ועוד, המגשר, אשר אמור לתפקד כצד שלישי ניטרלי, מוגבל עד מאוד ביכולתו לסייע לצד החלש או לצאת להגנתו. כל סיוע שכזה עלול להתפרש כנקיטת עמדה, פגיעה בניטרליות, ומכאן חריגה מגבולות התפקיד,²⁰⁹ ובייחוד בהליך המעצים את האוטונומיה של הצדדים ותוחם לצורך כך את סמכויותיו של המגשר. הטענה היא כי המגשר לא יוכל להחזיק בניטרליות מחד ולטפל

207 והן של המגשר. וראו Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545, 1560, 1568 (1991). מציינת כי "החוק הבלתי פורמאלי" של הגישור גורם לכך כי דיון בעקרונות, אשמה וזכויות, כפי שנעשה בהליך האדוורסרי, עשוי להיחשב בלתי רלוונטי ואף גורם מפריע. המגשר נוקט סנקציות בלתי פורמליות כדי לעודד את הצדדים להחליף רטוריקה של אשם, זכויות וערכים ברטוריקה של התפשרות ומערכת יחסים. לדוגמה, מגשר יטה את הצדדים לכיוון של רציונליזציה ופשרה ויסיט אותם מעיסוק בצידוקים מוסריים. הפגיעה בנשים היא הן בהיותה של החשיבה "בשפה הגברית" (העדפת רציונליזציה, פרגמטיזם, תכליתיות וחלוקה עסקית על פני מוסריות, אשמה, אחריות ורגשות) והן בהיותה של ההתייחסות אל הקונפליקט כלריב בין-אישי סובייקטיבי אשר אין בו טוב או רע אובייקטיביים כי אם נקודות התייחסות שונות (גברית מול נשית). אלא שלמעשה קיימת לעתים אמת אובייקטיבית שהחוק מכיר בה כמעניקה זכויות ונקודות זכות לאישה (שם, בעמ' 1560, 1568). וכן ראו דויטש "על 'הסכמה מדעת'", לעיל ה"ש 187.

208 אחד המתנגדים הידועים להליך הגישור בספרות האמריקאית הוא אוון פיס. וראו Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984). אלברשטין מסבירה כי פיס טוען כי "גישור אינו מתאים למצבים של פערי כוחות בין צדדים [...] אפילו אם נניח כי פערי כוחות נוכחים גם בהליך השפיטה, הנטייה של השפיטה היא להילחם בהם ולאזן אותם, בעוד הגישור מניח אותם כחלק אינטגרלי של מצב המשא ומתן. דאגה זו קשורה בחשש שתמיכה בגישור כהליך דומיננטי תעכב את התפתחות ההגנה על קבוצות חלשות דרך פסיקה תקדימית [...] החשש הוא שבעוד המשפט מתבונן ממעל ומנסה לתרום לצדק חברתי וחלוקתי כולל, יפעל הגישור מלמטה בדגש בלתי מאוזן על יעילות ושיקולי שוק ויפגע בתהליכים החברתיים הרחבים שאותם רצה לקדם בית המשפט העליון תוך שימור הסטטוס קוו" (מיכל אלברשטין "התנגדות לגישור: בין זכויות, תודעה משפטית ורב תרבותיות" מחקרי משפט כד 373, 385-387 (2008) (להלן: אלברשטין "התנגדות לגישור")).

209 על המגשר לשמש במסגרת תפקידו צד שלישי ניטרלי ובלתי תלוי, אשר אינו נוקט עמדה לטובת צד זה או אחר, אינו מביע הזדהות עם צד זה או אחר, אינו מטיח האשמות בצד זה או אחר ואינו "מייצג" במהלך הגישור איש מן הצדדים. ניטרליות המגשר היא אפיון מרכזי וחשוב בתפקידו ואחד מהמפתחות להצלחתו בהליך. היא המאפשרת את בניית האמון של כל צד בו ובעקבות זאת את הסכמתו להיחשפות באשר לאינטרסים האמתיים שלו, רצונותיו וחולשותיו. אפשר להגדירה כאחד מעקרונות היסוד בהליך הגישור וכיורדת לשרש מיהות תפקידו של המגשר. וראו Karen A. Zerhusen, *Reflection on the Role of the Neutral Lawyer: The Lawyer as Mediator*, 81 KY L.J. 1165, 1169-1170 (1992-1993). בארץ החובה לניטרליות משתקפת בתקנה 5(ח) לתקנות בתי המשפט (גישור).

כראוי בתיק של פערי כוחות בין הצדדים מאידך. בשמרו על חובת הניטרליות יתרום המגשר, שלא ברצון, את תרומתו להנצחתם של פערי הכוחות.²¹⁰ בפרק ג להלן, אציע את הליך הגישבור כאמצעי לריפוי של פגם זה.²¹¹

מוגבלותה של האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור עשויה לבוא לידי ביטוי גם בהיבטים אחרים אשר אינם תלויים בקטגוריות מקרים ספציפיות אלא מאפיינים את הליך הגישור בכללותו. קיימים כמה היבטים שלפיהם אפשר לייחס למנגנון הגישור תכונות של הגבלת החופש של היחיד או למצער הגבלתו הפוטנציאלית של חופש זה.

היבט אחד שכזה הוא כוחו של המגשר ומידת ה"לחץ" המופעל על ידיו על הצדדים להשגת הסכם או לקבלת פתרון כזה או אחר. כוחו של המגשר הוא סוגיה מורכבת במיוחד, הואיל והאוטונומיה של הצדדים מושפעת מאוד מזהותו ומאישיותו, מאופן ניהולו את ההליך ומהמטרות שהוא מציב לעצמו במסגרת הגישור. "יש מקרים שהמגשר הוא בעל כוח בלתי פורמאלי, והשפעתו החזקה אינה רחוקה מכפייה".²¹²

ספרות המלומדים בארץ ובעולם מכירה בתופעה של הפעלת לחץ על הצדדים מצד מגשר ומתריעה מפניה.²¹³ ברי כי השפעה זו על הצדדים מצד מגשר מכרסמת באוטונומיה שלהם בהליך, שכן האוטונומיה נשענת בראש ובראשונה על גיבוש עמדתם מתוך רצון חופשי "אמתי", להבדיל מכפייה ישירה או עקיפה, ולו אף מצד מגשר, החותר להסכמה.²¹⁴

Kerry Loomis, *Domestic Violence and Mediation: A Tragic Combination for Victims in California Family Court*, 35 CAL. W. L. REV. 355, 362–363 (1999): "Second, the goal of a mediator is to reach an agreement while remaining impartial and neutral, and therefore, he is unable to significantly counteract the imbalance of power"

211 ראו להלן בטקסט המפנה לה"ש 305–306.

212 יורם אלרואי "ישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת" המשפט א' 311, 327 (1993). אלרואי מוסיף וטוען כי זהו "מה שמכונה בארה"ב 'מגשר בעל שרירים'. הדבר הוא כך אם משום אישיותו החזקה של המגשר או אם בשל מעמדו המיוחד. דוגמה מובהקת לכך היה קיסניגר בפעילותו כמגשר בין ישראל למצרים בסוף מלחמת יום הכיפורים. דוגמה אחרת היא מזכיר המדינה בייקר, בפעולת הגישור שהביאה לכינוס 'הוועידה האזורית' של מדינות המזרח התיכון והפלשתינאים. גם אלה הם מגשרים, אם כי מידת ה'רצוניות' שבהסכם המושג אינה מלאה."

213 ראו Nolan-Haley, *Court Mediation*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 61, 98. להרחבה בנושא הכוח והשפעתו על הצדדים ראו עומר שפירא הפעלת כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית (2007).

214 אמנם האיטור על הפעלת לחץ על הצדדים מצד מגשר אינו מופיע במפורש בתקנות בתי המשפט (גישור), אך אפשר להסיקו מעצם הגדרת "מגשר" בתקנה 1 לתקנות בתי המשפט (גישור), המגדירה מגשר כמי שנועד לסייע לצדדים להגיע להסכם מתוך רצון חופשי. הדבר נובע אף מחובת תום הלב, החלה על המגשר והמחייבת אותו לכבד את הרצון החופשי של הצדדים (תקנה 5א) לתקנות בתי המשפט (גישור).

כוחו של המגשר עלול אף לשמש אותו בהפעלת מניפולציות מגוונות על הצדדים (ולאו דווקא כלחץ להשגת הסכם). בין השאר הכוונה למניפולציות מידע כדוגמת השימוש בכלי של פגישות נפרדות (caucuses).²¹⁵ הפגישות הנפרדות מסייעות לצדדים "להיפתח" בחופשיות ולמגשר לברר מידע אשר צד לא יהין למסור בנוכחות הצד שכנגד. אלא שבעקבות שימוש בפגישות הנפרדות הופך המגשר לבעל הכוח באשר לאינפורמציה ולזרימתה בין הצדדים בהיותו המתווך, המסנן והשופט בשאלת העברתה (עצם העברתה ואופן העברתה) אל הצד השני. ואמנם הביקורת שהוטחה בפגישות הנפרדות טוענת לפגיעה באוטונומיה של ההליך דווקא באמצעותן ולסכנה שבהפעלה מניפולטיבית של כלי זה מצד המגשר:

העצמת האוטונומיה האישית וחיזוק ההיחברות מחייבים דיון ישיר ומלא בין הצדדים, מבלי שיווצרו 'חללים' בתהליך האינפורמטיבי, כתוצאה מסינון המידע על-ידי המגשר. הפגישות הנפרדות פוגעות אפוא בהסכמה מדעת. פגיעה זו בעייתית במיוחד כאשר המגשר פועל באופן מניפולטיבי ומעמיד את השגת ההסכם בתום הגישור כיעד מרכזי, גם במחיר הפגיעה באוטונומיה האישית של הצדדים.²¹⁶

הליך הגישבור אשר יוצע להלן עשוי לפתור קושי זה.²¹⁷ היבט אחר בהליך הגישור אשר מייצר ביקורת הטוענת לפגיעה באוטונומיה של הצדדים הוא ההיבט של "גישור מנדטורי" או כפי שהוא מכונה לעתים – "גישור חובה" או "גישור כפוי".²¹⁸ אף על פי שהמחוקק בישראל אימץ בשנים האחרונות אל תקנות סדר הדין האזרחי מעין מודל שכזה,²¹⁹ יש לזכור כי מודל זה אינו נקי מספקות, ודווקא מההיבט של עקרון האוטונומיה של הצדדים. יש מי שהגדיר את מוסד הגישור המנדטורי

215 דויטש פישור, לעיל ה"ש 186, בעמ' 164–165.

216 דויטש "על הסכמה מדעת", לעיל ה"ש 187, בעמ' 61.

217 ראו להלן הטקסט המפנה לה"ש 290–291.

218 מה שמכונה "mandated/mandatory mediation" או "court connected mediation" או "court annexed mediation", הכוונה לדגם גישור שבו נכפית על הצדדים אך השתתפות בפגישת גישור ראשונה. אין גורסים כי תוטל על הצדדים החובה להימנע מפרישה מן ההליך. וראו Roselle L. Wissler, *Court Connected Mediation in General Civil Cases: What we Know from Empirical Research*, 17 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 641 (2002); Roselle L. Wissler, *The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts*, 33 WILLIAMETTE L. REV. 565 (1997).

219 ראו תקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה), התשס"ח–2007, ק"ת 6620 אשר הוסף בהן לתקנות הכלליות פרק 11: "פגישת מהו"ת לבחינת האפשרות ליישוב התובענה בגישור". תקנה 99ב(א) קובעת כי "הסתיימה הגשת כתבי הטענות, לא ידון בית המשפט או רשם בתובענה, לרבות בדרך של ניהול קדם משפט, אלא לאחר שהתקיימה פגישת מהו"ת".

כ- "Contradiction in Terms"²²⁰ ואמנם כפיית ההשתתפות בהליך נראית על פני הדברים סותרת אינהרנטית את הליך הגישור, המבוסס על עקרון הרצוניות וחופש הבחירה. שהרי אם אמנם האוטונומיה האישית של הצדדים עומדת ביסודו של הגישור, הרי שהיא כוללת גם את הזכות להימנע מהשתתפות בהליך זה. הספרות בנדון היא הטרוגנית,²²¹ ועל אף אימוצו של המודל במקומות שונים בעולם,²²² אי אפשר להתעלם מן הביקורת שהוא מייצר, מן הפן הזה של פגיעה באוטונומיה של הצדדים.

מן המקובץ לעיל עולה כי גם בהליך הגישור האוטונומיה של הצדדים מייצרת ביקורת לא מועטה אף על פי שאוטונומיה זו רחבה מזו שבהליך הבוררות. אם נוסיף על כך את הביקורת הכללית על הליך הגישור,²²³ ובנוסף את העובדה האמפירית כי כמו הליך הבוררות גם הליך הגישור אינו הליך פופולרי בארץ ליישוב סכסוכים,²²⁴ נדמה כי נדרש פתרון שלישי. בפרק הבא אדון בו – הגישבור.

ג. "כי אם על הגישבור" – הליך הגישבור כמזור לחולשותיו של חוק הבוררות הישן והמתוקן

כמובא בפרק ב לעיל,²²⁵ בפתחו את שני מסלולי הערעור החדשים ובהשיתו את חובת ההנמקה על פסק הבורר ביצע תיקון מס' 2, לכאורה, איזון בין שני ערכים: הערך של

Mary Pat Treuthart, *In Harm's Way? Family Mediation and the Role of the Attorney Advocate*, 23 GOLDEN GATE U. L. REV. 717, 777 (1993)

221 ראו למשל Carrie Menkel-Meadow, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 UCLA L. REV. 485 (1985); Craig A. McEwen, Nancy H. Rogers & Richard J. Maiman, *Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation*, 79 MINN. L. REV. 1317 (1995)

222 Dorcas Quek, *Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing A Court-Mandated Mediation Program*, 11 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 479 (2010); Jason Schatz, *Imposing Mandatory Mediation of Public Employment Disputes in New Jersey to Ameliorate an Impending Fiscal Crisis*, 57 RUTGERS L. REV. 1111 (2005).

223 כוונתי לביקורת על הגישור אשר אינה נוגעת דווקא ברכיב "האוטונומיה של הצדדים", כדוגמת הביקורת על הפרטת הצדק שבגישור, הביקורת המדגישה את ההיבט הדכאני שבגישור וכן ביקורת פמיניסטיות כנגד הגישור. להרחבה ראו אלברשטין "התנגדות לגישור", לעיל ה"ש 208.

224 ראו בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 228, 231-234, 238-239, 244-246.

225 ראו לעיל ה"ש 76-77 והטקסט הצמוד להן וכן לעיל ה"ש 145-146 והטקסט הצמוד להן.

סופיות הדיון ומהירות ההכרעה מחד, והערך של האוטונומיה האישית של הצדדים המגלם את הרצון החופשי והיכולת לשלוט על תוצאת ההליך מאידך.²²⁶ הבה נניח כי נקודת האיזון נבחרה היטב לאחר שהובאו בחשבון נקודות איזון המגולמות בפתרונות אופציונליים אחרים כדוגמת בוררות חובה²²⁷ או ערעור בזכות על פסק הבוררות ומתוך השוואה לבחירותיהן ולאיוניהן של מדינות אחרות בעולם.²²⁸ עוד נניח כי מחוקק התיקון האמין באמת ובתמים כי בתיקונו זה הוא משנה את מערך האיזון לטובתו של הערך השני – הערך של האוטונומיה של הצדדים²²⁹ ובכך הוא מטפל בכשל המרכזי כאמור²³⁰ של החוק ערב תיקונו. עם זאת תוצאתו של איזון זה היא פשרה. קרי ויתור הדדי של כל אחד משני הערכים. הן "סופיות הדיון" והן "האוטונומיה של הצדדים" נסוגים זה מפני זה, ו"המפסיד הגדול", כפי שהובא לעיל,²³¹ הוא דווקא הערך של האוטונומיה של הצדדים. נשאלת השאלה אם אין פתרונות אחרים ראויים יותר, קרי פתרונות של רווח לכול (win-win),²³² אשר תחת להציע פשרה הם מציעים תוצאה שלפיה הכול יכולים לנצח. לטעמי קיים פתרון שכזה, ושמו "הגישבור". פתרון שכזה לו אומץ על ידי מחוקק תיקון מס' 2, היה מקדם הן את הערך של האוטונומיה של הצדדים והן את הערך של סופיות הדיון מבלי שהללו ייאלצו לוותר זה לזה, שכן החלק של ה"גיש" שבגישבור, קרי הגישור, מקדם את הערך הראשון (האוטונומיה של הצדדים), ואילו החלק של ה"בור", קרי הבוררות, מקדם את הערך השני (סופיות הדיון). והכול כפי שיפורט בהמשך פרק זה.

לטעמי, חולשתו המרכזית של תיקון מס' 2 היא בבצעו איזון פנימי בין שני ערכים (סופיות הדיון והאוטונומיה של הצדדים) המצויים בתוך מוסד הבוררות. לעתים נדרשת נקודה ארכימדית חיצונית כדי "להרים" מוסד כושל. רק בסיפורי הברון מינכהאוזן יכול אדם להרים עצמו על ידי משיכה בשערות ראשו שלו. "תנו לי נקודת משען וארים באמצעותה את כדור הארץ", טען ארכימדס. נדמה כי גם כדי "להרים" את מוסד הבוררות הכושל בארץ יש צורך בנקודה חיצונית שכזו, ואין להסתפק באיזון פנימי בין

226 דברי ההסבר להצעת חוק הבוררות (תיקון מס' 2).

227 פרוטוקול ישיבה מס' 313, לעיל ה"ש 54, בעמ' 7 (דברי עו"ד יעקב פרידגוט).

228 וראו לעיל סעיף (ג) בתת-פרק ב.2.

229 אף על פי שאני מפקפקת בהצלחת המהלך. וראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.3, בעניין הביקורת של מאמר זה על חולשתו של תיקון מס' 2 בטיפולו בערך "האוטונומיה של הצדדים".

230 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.1.

231 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.3.

232 במונח רווח לכול (win-win) הכוונה לפתרונות אינטגרטיביים המשלבים את האינטרסים של שני הצדדים להבדיל מפתרונות של "win-lose" המאפיינים משחק סכום אפס שבו עוגת המשאבים מוגבלת וזכייתו של האחד היא לעולם על חשבוננו של השני. וראו אלרואי, לעיל ה"ש 212, בעמ' 315–316. פתרון של רווח לכול מאפיין את הגישור להבדיל מפתרון של "win-lose" המאפיין את הפשרה או את ההליך השיפוטי.

ערכיו הפנימיים של מוסד הבוררות לבדו. הערך של האוטונומיה האישית של הצדדים שבתוך הליך הבוררות כשל, כאמור.²³³ צדדים לסכסוך "הצביעו ברגליים" בנטשם את ההליך. חולשתו של תיקון מס' 2 היא בכך שהוא חוזר בדיוק מרבי על טעותו של קודמו (מחוקק חוק הבוררות מ-1968, טרם התיקון): הוא מאזן בין ערך האוטונומיה של הצדדים שבתוך הליך הבוררות עם ערך אחר שבתוכו – סופיות הדיון ומהירות ההכרעה. גם אם נניח כי הוא מסיט את נקודת האיזון לטובתו של ערך האוטונומיה האישית של הצדדים, הוא עדיין מבצע איזון פנימי, קרי בין ערכיה הפנימיים של הבוררות. רשימה זו מבקשת להציע נקודה משען אחרת – נקודה ארכימדית: הגישור. האיזון המתבקש להיעשות הוא אפוא בין ערכי הגישור לבין ערכי הבוררות, או ליתר דיוק בין הערך של האוטונומיה האישית של הצדדים שבמוסד הגישור (קרי מחוץ למוסד הבוררות) לבין הערך של סופיות הדיון ומהירות ההכרעה שבמוסד הבוררות. האוטונומיה האישית של הצדדים בהליך הגישור חזקה לאין ערוך מזו שבבוררות. כפי שהובא לעיל,²³⁴ מדובר בהליך הבנוי, מעצם טיבו, על העצמה אישית המקנה חופש בחירה והכרעה בסכסוך ואשר הערך של האוטונומיה האישית של הצדדים היא נר לרגליו. לו נקט מחוקק תיקון מס' 2 איזון שכזה, היה מבצע איזון חיצוני תחת איזון פנימי עם ערך (האוטונומיה של הצדדים) אשר כשל בתוככי הליך הבוררות. כפי שנראה להלן, תוצאתו של האיזון החיצוני המוצע כאן היא הגישור. באמצעות איזון חיצוני שכזה עשויה האוטונומיה האישית של הצדדים לקבל חיזוק אמתי בהליך הבוררות. ובמילים אחרות: הפגם המרכזי אשר בשלו ננטש מוסד הבוררות בארץ עשוי להירפא. בלא איזון שכזה נותר חוק הבוררות (גם לאחר התיקון) מוחלש בכל הנוגע לאוטונומיה של הצדדים, דרקוני וכפייני כשהיה.

1. מהותו, התפתחותו ומישורי תחולתו

גישבור הוא איחוד המילים גישור-בוררות (ובלעז: *med-arb*, קיצור של *mediation-arbitration*). מדובר בהליך היברידי, דו-שלבי ליישוב סכסוכים, המשלב גישור עם בוררות. הגישבור הקלאסי מתנהל על ידי אדם אחד, ניטרלי, אשר כל הצדדים הסכימו שהוא יגשר בין הצדדים לסכסוך ואחר כך, ורק אם הגישור לא יצליח, יחבוש את כובע הבורר ויערוך בוררות בין הצדדים תוך שהוא נותן בסופה פסק בוררות (מחייב) בכל אותן סוגיות שלא באו על פתרונן בהליך הגישור שקדם.²³⁵ מטרתו של הגישבור היא לחבר את היתרונות של הגישור ושל הבוררות בפורום אחד. הגישבור מנסה לחבר את

233 ראו לעיל לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.1.

234 ראו לעיל תת-פרק ב.1.

John Blankenship, *Developing your ADR attitude: Med-Arb, a template for Adaptive ADR*, 235
42 TENNESSEE BAR JOURNAL 28 (2006).

ה"הסכמתיות" (*consensuality*) של הגישור עם רכיב "סופיות הדיון" (הכרעה סופית) של הבוררות. בהסכמתם לגישבור מבטאים הצדדים את הסכמתם מראש לנסות להגיע להסכם וולונטרי בשלב הראשון – שלב הגישור – ואם זו לא צלחה (או צלחה חלקית כי עניינים אחרים נותרו במחלוקת) – לקבל על עצמם בשלב השני את פסיקת המגשר, אשר תחייב אותם כפסק בוררות. שלב הגישור מתרחש כאמור לפני שלב הבוררות, ושני השלבים מופרדים זה מזה באופן ברור.²³⁶ יש המכנים את הגישבור "גישור עם שריר" או "גישור עם נשיכה" מאחר שהוא מתגבר על מה שנחשב, לדעת מלומדים שונים, לאחת החולשות המרכזיות של הליך הגישור: חוסר הסמכות של המגשר בכפיית הכרעה מחייבת על הצדדים.²³⁷ אשר למגשר, הרי שזה נבחר על ידי הצדדים ועורכי הדין שלהם. עליו להיות בעל ניסיון בניהול גישור וניהול בוררות וכן בנושא הסכסוך. ברי כי תפקיד מורכב זה מחייב אדם אשר הצדדים (ועורכי דינם) רוחשים לו אמון רב. בנוסף, טרם תחילתו של ההליך על המגשר להתריע בפני הצדדים על הסיכונים הכרוכים בשימוש בהליך ולהחתימם על ויתור על הזכות להחלפת מגשר (או לפסילתו) ועל האפשרות לערעור על פסיקתו. הסכם הגישבור כולל גם את כללי היסוד של ההליך ואת פירוט הסוגיות שיידונו בו.

הגישבור הופיע כתגובה לצורך ביישוב סכסוכי עבודה באמצעות בוררות חובה תחת האמצעי של שביתות והשבחות של מפעלים.²³⁸ בראשית המאה העשרים התקיימו שתי שיטות עיקריות לקבלת החלטות בידי אדם ניטרלי. השיטה הראשונה – "שיטת היו"ר הבלתי תלוי" – התפתחה בשנת 1911 במפעל בשיקגו. השיטה כללה "מתווך בעל סמכות" לנתינת החלטה סופית ומחייבת. השיטה השנייה – "שיטת הבורר" – התפתחה בשנת 1903 בעקבות מחאת העובדים בתעשיית הפחם. בעקבות המחאה הוקמה מועצה אשר תפקידה היה לטפל במחאות העובדים ולפשר ביניהם. אם לא הצליחה המועצה, הועבר הסכסוך לבורר ניטרלי. שיטת הבורר הייתה במהותה שיטה משפטית, ובה ערכה המועצה שימוע רשמי ולאחריו העבירה את כל הראיות לידי בורר.²³⁹

למעשה, שורשיו הרעיוניים של הגישבור טמונים אי שם קודם למלחמת העולם השנייה, ואת המבנה הרשמי הם קיבלו בעקבות ההתקפה על פרל הרבור בדצמבר 1941.²⁴⁰ פקידי העבודה והתעשייה התכנסו כדי להכין המלצה לנשיא רוזוולט בדבר שיטה המבטיחה יציבות במקום העבודה התעשייתית. הקבוצה המליצה על מניעת שביתות על ידי יישוב הסכסוכים בדרכי שלום. בעקבות המלצותיה הקים הנשיא רוזוולט

236 שם, בעמ' 29–30.

237 כלומר, חוסר ה"שריר" של המגשר (שם).

238 שם, בעמ' 32.

Barry C. Bartel, *Med-Arb as Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential*, 27 WILLAMETTE L. REV. 661, 669 (1991).

240 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 32.

את הוועד הלאומי לעובדי מלחמה (ה-NWLB – National War Labor Board), אשר הקמתו הייתה צעד חשוב בפיתוח הבוררות בזירת סכסוכי העבודה. הרושם שנוצר, כאילו הנהיג הוועד בוררות מחייבת, אינו מדויק. להפך, מועצת המנהלים השתמשה בעיקר בשיטות של גישור, והבוררות הייתה וולונטרית. מנכ"ל המכון ליחסי עבודה וביטוח לאומי באוניברסיטת ניו יורק דאז הצהיר: "אלה ששימשו אז כבוררים שמו יתר דגש על קבלת פתרון 'הוגן' או 'צודק' מאשר על פתרון 'נכון מבחינה משפטית'. הבורר לקח על עצמו את תפקיד המגשר והיה יותר בבחינת 'חבר' של שני הצדדים מאשר 'שופט'".²⁴¹ את תהליך הבוררות שהנהיג הוועד אפשר לכנות ביתר דיוק "גישבור", אך אין הוא מכונה כך. המונח "גישבור" נטבע רק ב-1970. סם וג'והן קייגל, המפתחים הראשונים של הליך זה, השתמשו בו לראשונה ב-1970 כאמור כדי ליישב שביתת אחיות בבית חולים בסן פרנציסקו. ההסכם שהתקבל קידם יציבות ביחסי עובד-מעביד בתעשייה. במודל של קייגל ויתרו הצדדים על זכות ההשבתה והתחייבו לקבל את הפשרה הסופית. בכך ניתנה סמכות למגשבר להגיע להסכם אם הצדדים נכשלו בהשגת הסכם לבדם.²⁴²

אפשר לומר כי עד כה התפתח הגישבור בארבע זירות מרכזיות: בזירת סכסוכי העבודה, בזירת הבוררות הבין-לאומית, בזירת הסכסוכים התאגידיים²⁴³ ובזירת הסכסוכים המשפחתיים והצוואות. בזירת סכסוכי העבודה הגישבור מפותח מאוד, מכיוון שהוא משווה את כוחם של ההנהלה והעובדים באמצעות פשרות וויתורים. ובמילים אחרות: על רקע התפתחותה של דינמיקה בשם "דבר תחת דבר" (*quid pro quo*). הכוונה היא שההנהלה מסכימה לספק הליך לתביעות (*grievances*) המסתיים בבוררות מחייבת (*binding arbitration*), ואילו הפועלים מוותרים על הזכות לשבות או להשבתה. בזירת סכסוכי העבודה מצא הגישבור את הצלחתו דווקא ביישוב אותם סכסוכי אינטרסים חוזיים בתחומים שבהם שביתה מוגבלת או אסורה.²⁴⁴ עם זאת יצוין כי הגישבור טרם קנה לו שביתה בכל זירת סכסוכי העבודה, ויש הסבורים כי אין הוא מתאים לשימוש בזירת סכסוכי עבודה בסקטור הפרטי (בדומה לציבורי) מאחר שלעובדים בסקטור הפרטי קשה להתאגד ולשבות, ולפיכך אין להנהלה אינטרס להגביל את כוחה ולהיכנס לבוררות כובלת, כפי שמצריך הליך הגישבור.²⁴⁵

גם בזירה הבין-לאומית קנה לו הגישבור הצלחה רבה. בסכסוכים מסחריים בין-תרבותיים מועדפת שיטה משולבת בת שני שלבים כגון הגישבור, אשר מתגברת טוב יותר על פערי התרבויות. מלבד פערי התרבויות חוסך הגישבור זמן וכסף ומשמר את

241 שם, בעמ' 32–33.

242 שם.

243 שם, בעמ' 32.

244 שם, בעמ' 33.

245 שם, בעמ' 32.

היחסים העסקיים והחברתיים, החשובים כל כך ביחסים הבין-לאומיים.²⁴⁶ ויצוין כי על אף הצלחתו של הגישבור בפתרון סכסוכים בין-לאומיים המלומדים מדגישים את החשיבות שבבדיקה אם משטר הבוררות המוסדי של אותה התרבות מרשה שילוב שכזה, שכן הרשאה לשילוב שכזה תלויה בתרבות ובהתפתחות המשפטית של המדינות.²⁴⁷ מדינות שונות, כדוגמת סין, גרמניה ושווייץ, משתמשות בצורות שונות של גישבור בסכסוכים בין-לאומיים. מדינות כדוגמת ברזיל, סין והונג קונג אף חוקקו חוקי בוררות הכוללים סעיפים של גישבור.²⁴⁸ מקרה אחד שזכה לפרסום עולמי עקב השימוש המוצלח בו בגישבור היה הסכסוך בין IBM ל-Fujitsu. בסכסוך מסוכם זה בנושא זכויות יוצרים, אשר הקיף מאות מיליוני דולרים, שני הבוררים שמונו על ידי הצדדים בתוך פורום של שלושה בוררים ניהלו עם הצדדים גישור ולאחריו השתמשו בכמה שיטות חדשניות של ADR ליישוב הסכסוך, ובסופן בא הסכסוך על פתרונו. לדעת מלומדים, מקרה זה ממחיש את הפוטנציאל הגלום בגישבור, בשמשו כלי יעיל לזיהוי ולבירור עובדות שבמחלוקת, ובכך תורם לצמצום הסוגיות שבמחלוקת ולחיסכון במשאבים של זמן וכסף.²⁴⁹ עוד ממחיש סכסוך זה את החשיבות בפתיחותו של הצד השלישי הניטרלי לכל האפשרויות לעיצוב האפקטיבי ביותר של ההליך בשביל הצדדים. בזירת סכסוכי התאגידים הוכיח עצמו הגישבור כיעיל בסוגים מסוימים של סכסוכים. לחשיבות היחסים החברתיים והעסקיים בזירה זו השלכה ישירה על בחירת המנגנון ליישוב הסכסוכים. ההכרה הייתה כי כדי למקסם את רווחי התאגידים יש לפתור את הסכסוך המתגלע באופן שבו יוכלו הצדדים להמשיך ולעבוד בכפיפה אחת בצורה תקינה. סקר של הרגלי ADR בקרב "תאגידי-על" שנערך בשנת 1997 הראה את חשיבותו של הגישבור בסקטור זה. 40 אחוזים ממשותפי הסקר השיבו כי השתתפו בהליכי גישבור.²⁵⁰ גם בסכסוכי הפנים של תאגידים, כדוגמת קונפליקטים בין בעלי המניות, נמצא הגישבור מתאים.²⁵¹ השילוב של אספקטים שיתופיים של הסכמה עם סופיות הדיון, שמעניק הגישבור, נמצא בעל יתרונות רבים לסכסוכי תאגידים. נטען כי הגישבור מונע את הפגיעה בתאגיד, הוא יוצר תמריצים לצדדים לנקוט פחות עוינות, לנהוג ביצירתיות ולפתח אמון זה בזה.²⁵²

Carlos De Vera, *Arbitration Harmony: 'Med-Arb' and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China*, 18 COLUM. J. ASIAN L. 149, 154 (2004).

247 שם, בעמ' 150.

248 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 32.

249 שם.

250 שם.

251 שם.

252 שם.

בתחום אחר – בזירת הסכסוכים הבין-משפחתיים – ניכרת התחלה של התפתחות הגישבור על רקע חוסר ההתאמה, לטענת מלומדים רבים, של ההליך השיפוטי להענקת פתרון ראוי משום אופיים של הסכסוכים כמרוכי רגשות וטעוני יחסים "שבריריים" ומשום שלרוב מדובר בסכסוכים ארוכים ויקרים. מערכת המשפט נתפסת על ידי מומחים רבים כמסלימה את הסכסוך וכתורמת לעוינות ארוכת טווח.²⁵³ הגישבור נתפס כראוי בסכסוכים כגון דא מאחר שהוא חסכוני בזמן ובכסף, מתבצע בדלתיים סגורות (להבדיל מן ההליך הדיוני) ומתאים לנושאים רגישים בעודדו בנייתה (תחת פירוקה והסלמתה) של מערכת היחסים. ערכו המוסף על הליך גישור (המקיים אף הוא יתרונות אלו) הוא בהיותו תורם לסופיות הדיון וההכרעה. אמנם בזירה זו (זירת הסכסוכים הבין-משפחתיים) הגישבור עדיין מצוי בחיתוליו, וטרם התבצע מחקר מעמיק בספרות המקצועית בנוגע להחלתו, אלא שכבר נשמעים הקולות כאמור בדבר יתרונותיו הנתענים.²⁵⁴

לטענת מלומדים שונים, על אף התפתחותו האטית יחסית של הליך הגישבור והסקטורים הצרים שבהם הוא משמש אין קטגוריות רבות שהן טאבו מוחלט ואוטומטי מבחינתו. השאלה אם הוא מתאים או לא תלויה בנסיבות ובצדדים המעורבים בסכסוך מסוים. לא מן הנמנע להניח כי בשל מגמת התפתחות תנועת ה-ADR ודרכיה ובשל נטייתם ההולכת וגדלה של בתי המשפט להפנות סכסוכים לכיוונה, גם הליך הגישבור יצבור תאוצה וימצא את דרכו, ביתר שאת, כאמצעי אפקטיבי ומועדף ליישוב סכסוכים.²⁵⁵

2. אופני ריפוי את חולשותיו של תיקון מס' 2 לחוק הבוררות – הנקודה הארכימדית

הליך הגישבור, אם יאומץ על ידי המחוקק הישראלי, עשוי לתת מענה המתגבר על חולשותיו ולחסרונותיו של תיקון מס' 2, כפי שנמנו לעיל בפרק א.²⁵⁶ חלק זה של הפרק יפרט, להלן, טענה זו.

הצעתי היא להוסיף לתוספת הראשונה אשר בחוק הבוררות הקיים הוראה שכותרתה – "גישבור", אשר תהיה לבררת המחדל כל עוד הצדדים לא התנו עליה (כדוגמת שאר הוראות התוספת הראשונה הניתנות להתניה)²⁵⁷ ואשר תורה כי "כל סכסוך, שנתגלע בין

Yolanda Vorys, *The Best of Both Worlds: The Use of Med-Arb for Resolving Will Disputes*, 253 22 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 871, 871–872 (2007).

254 שם, בעמ' 873–874.

255 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 33.

256 ראו לעיל תת-פרק א.3.

257 ראו סעיף 2 לחוק הבוררות המורה כי "רואים הסכם בורות כמכיל את ההוראות שבתוספת הראשונה ככל שהן נוגעות לענין, והוא כשאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם".

הצדדים ואשר חל עליו 'הסכם הבוררות' כמשמעו בסעיף 1 לחוק,²⁵⁸ יטופל על ידי הליך גישור ורק לאחריו על ידי הליך בוררות, באותם נושאים, אשר לא נכללו בהסדר הגישור. המגשר ישמש גם כבורר אלא אם כן הסכימו הצדדים על בורר אחר". התוצאה תהיה כי צדדים אשר התנו על סעיף זה יישארו במסגרת הרגילה של החוק, על מסלולי הערעור החדשים של תיקון מס' 2. אולם צדדים אשר לא התנו על סעיף זה בררת המחדל מבחינתם תהא הליך גישבור.²⁵⁹ תוצאה זו עשויה לטעמי לרפא רבות מחולשותיו של תיקון מס' 2 אשר נמנו לעיל, והכול כמפורט להלן.²⁶⁰

הכשל המרכזי אשר הוצג לעיל כמצוי במוסד הבוררות כפי שהיה קיים ערב התיקון לחוק הבוררות, ונשאר בעינו גם לאחר תיקון מס' 2 לחוק, קשור ברכיב האוטונומיה האישית של הצדדים.²⁶¹ בגישור, כאמור בפרק ב לעיל,²⁶² האוטונומיה של הצדדים היא רבה ורחבת פנים, היא הציר המרכזי שסביבו סובב ההליך, מיסודותיו החשובים (אם לא החשובה שבהם), נתפסת כסוד הצלחתו וקשורה בהבטחה שגלומה בו. לעומת זאת

258 "הסכם בוררות" מוגדר בסעיף 1 לחוק הבוררות: "הסכם בכתב למסור לבוררות סכסוך שנתגלע בין צדדים להסכם או שעשוי להתגלע ביניהם בעתיד, בין שנקוב בהסכם שמו של בורר ובין אם לאו".
259 היתרון הטמון באימוצו של הגישבור כבורר מחדל הוא בהעלאת המודעות להליך. אמנם גם כיום ניכרת התחלה של שימוש במודל כזה או אחר של הגישבור (במקרים שבהם הצדדים החליטו על מודל הגישבור על דעתם ואין מדובר על יזמה של בית המשפט) (וראו ה"פ (מחוזי י-ם) 730/01 דגן נ' דגן (פורסם בנבו, 30.04.2002)), אלא שלא ברור כי אפשר לסמוך על פרקטיקה כה צרה של שימוש אד הוקי, ספורדי, בגישבור כמנוף להגברת השימוש בהליך בצורה מוסדרת ומושכלת, כפי שהיה ראוי. עיגון ההליך בחקיקה עשוי להסדירו כמודל מחושב, לסגור פרצות אתיות פוטנציאליות ולהגביר את השיח האקדמי בנדון. ואמנם, גם בתיקון מס' 2 לחוק הבוררות ניסה לכאורה מחוקק התיקון ניסיון דומה: באמצעו עלי חוק את מסלול הערעור בפני בורר ובכך שלא הסתפק בקיומו של מסלול זה, אשר היה אופציונלי לצדדים גם בלא עיגונו על ספר, ניסה מחוקק התיקון, כדבריו, להביא להגברת השימוש בהליך (וראו דברי ההסבר על סעיף 21 להצעת החוק). אלא שתוכנה של הצעה זו (להבדיל מההצעה לאימוץ הגישבור) מותיר את הצדדים במסלול הפוגע לטענתי פגיעה אנושה באוטונומיה שלהם (אשר הובילה מלכתחילה לנטישתו ההמונית של מוסד זה, וראו לעיל ביקורתי בסעיף (א) בתת-פרק א.3). לפיכך לא מן הנמנע להניח כי הצעה זו של מחוקק התיקון לא תשיג את מטרתה האמורה.

260 ויודגש כי תקנה 5(ח) לתקנות בתי המשפט (גישור), שלפיה "[...] לאחר הפסקת הגישור רשאים בעלי הדין להסכים שהמגשר יתן חוות דעת על הסכסוך או יתמנה לבורר בסכסוך", אינה עוסקת בגישבור. שכן התקנה דנה בהליך שהחל כהליך גישור לכל דבר, להבדיל מההליך מושא מאמר זה, המוגדר אפריורית עוד טרם תחילתו כהליך גישבור. נדמה גם כי מתקין התקנה לא ראה מול עיניו את הליך הגישבור ופסל אותו (בהתקינו את התקנה במתכונתה הקיימת), ולו משום שהליך הגישבור קיבל בעולם "דחיפה" והכרה מואצת רק בעשור האחרון ולא היה יכול לעמוד מול עיניו של מתקין התקנה בשנת התקנתה.

261 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.3.

262 ראו לעיל תת-פרק ב.1.

הבוררות מאפשרת כאמור²⁶³ החלה של האוטונומיה האישית בצורה מוגבלת יותר. מוגבלות זו הייתה עקב האכילס של חוק הבוררות בישראל ערב תיקונו ותרמה, ולא בכדי, להברחת ציבור לקוחותיו הפוטנציאלי. מאחר שכפי שהובא לעיל, תיקון מס' 2 לא אינן מוגבלות זו, בלשון המעטה (ולטענתי אף תרם להחרפתה),²⁶⁴ הצעתי היא אפוא לאמץ את מוסד הגישור אל תוך חוק הבוררות כדי להשלים את חסריו ולרפא את חולשותיו של החוק, על תיקונו. לא עוד ריכוז הכוח בידי צד שלישי מכריע, הפוסק את פסקו בתום ההליך, כי אם העצמת הצדדים והענקת הכוח מלכתחילה בידיהם "לפסוק את פסקם" (באמצעות הסדר הגישור שבסופו). לשון אחרת: משיחליף מודל הגישור את מודל הבוררות הקיים, תחזוק האוטונומיה של הצדדים ברישה של ההליך – בחלק של הגישור – אשר יביא עמו, מעצם מהותו כאמור,²⁶⁵ אוטונומיה חזקה מזו אשר בבוררות לבדה.

ויצוין: הסיכוי שהצדדים ימשיכו אל הסיפה של הגישור, קרי אל הבוררות, הוא קטן יחסית לאור נתונים אמפיריים מן העולם המצביעים על שביעות רצון גבוהה יחסית מהליך הגישור ועל שיעור גבוה של הגעה להסדרי גישור משהחלו בהליך, ואף במקרים שבהם דובר לכתחילה בגישור מנדטורי.²⁶⁶

בכך קיים מענה גם לביקורת שהובאה לעיל בדבר חולשתו של מוסד הבוררות (גם לאחר התיקון), המותיר בידי הצד החזק את אפשרות הבחירה האמתית בבורר (ואף מחזק

263 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.3.

264 ש.ם.

265 על חוסנה של האוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור ראו לעיל תת-פרק ב.1.

266 C. A. McEwen & R. J. Maiman, *Small Claims Mediation in Maine: An Empirical* 237
S. Eaton, *Mandatory Mediation and Assessment*, 33 ME. L. REV. (1981) 237
Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes, 103 HARV. L.
REV. 1086 (1990); Lynn A. Kerbeshian, *ADR: To Be Or...?*, 70 N.D. L. REV. 381, 390
(1994): "Reported settlement rates achieved in mediation vary greatly. Conservative
estimates for settlement in all types of mediation range between 20% and 80% with a
median rate of 60% [...] Mandatory farm mediation programs produce comparable
settlement rates and have been judged successful [...] Generally, court programs settle from
one-half to three-quarters of the cases referred to mediation" ראו בישראל המרכז הישראלי
לגישור דין וחשבון מסכם – גישור כחלופה להתדיינות בבית משפט לתביעות קטנות: הערכה
ראשונית של הצלחת הפרוייקט (לא פורסם, 1998). וכן ראו ועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש
בגישור בבתי המשפט דין וחשבון 1, 41 (2006) (דוח הנשען על מחקרים שנעשו בעולם בנושא
גישור מנדטורי): "מגשרים בבתי משפט בהם פועלת תוכנית של 'גישור חובה' מציינים, כי למרות
שבעלי דין רבים מצהירים בתחילת הגישור כי הגיעו רק משום שחויבו לעשות כן וכי אין כוונתם
להתפשר, במקרים רבים אין הדבר מונע מהם להגיע להסכם". וכן ראו Blankenship, לעיל ה"ש 235,
בעמ' 34.

אותה, כמובא לעיל).²⁶⁷ שהרי בהליך הגישור (השלב הראשון בגישבור), להבדיל מהליך הבוררות, הצדדים הם "שמכריעים את פסקם" (באמצעות הסדר הגישור שבסופו) ולא הצד השלישי (המגשר). ממילא קטן כוחו של הצד השלישי וממילא רב הרבה פחות (אם בכלל) כוחו של הצד החזק בבחירתו בצד שלישי זה.

גם שני הכשלים האחרים של תיקון מס' 2 – חובת ההנמקה²⁶⁸ וטעות גלויה על פני הפסק²⁶⁹ – יאונו, או למצער יצטמצמו אם יאומץ הגישבור לפי המודל המוצע. המודל המוצע עוקף אותן, שכן שלב ההכרעה בו, בדמות פסק הבוררות, אינו הכרחי כלל. ממחקרים בעולם ובארץ²⁷⁰ עולה כאמור כי במקרים רבים מסתיים הגישבור כבר בשלב הגישור בדמותו של הסדר גישור בין הצדדים (וכן הוא הדבר גם בגישור מנדטורי). בהיעדר פסק (בוררות) שאלות כדוגמת חובת ההנמקה שלו או טעות גלויה על פניו אינן רלוונטיות כלל. במובן הזה היחס בין הפתרון המוצע כאן (בדמות אימוצו של מוסד הגישבור כאמור) לבין הפתרון שבו בחר מחוקק תיקון מס' 2, דומה ליחס שבין פתרון מניעתי למחלה לבין טיפול רטרואקטיבי בה (קרי לאחר שכבר פרצה). ברי כי אם אפשר למנוע מראש, או למצער למנוע חלקית את התפרצות המחלה, הרי שיש לכך עדיפות על פני טיפול מאוחר לאחר שהנזק כבר אירע. הוספת מסלולי ערעור וחובת הנמקה היא פתרונו של תיקון מס' 2 לנזק של פסק בוררות דרקוני, לא מנומק ו/או המכיל טעות גלויה ומהותית. לעומת זאת פתרון הגישבור ימנע מראש פסק שכזה, לפחות באותם נושאים שעליהם יגיעו הצדדים להסכמה בדמות הסכם גישור. במילים אחרות, תחת בניית בית חולים בסמוך לחור שנפער בגשר (כדי לפנות במהירות את הפצועים הפוטנציאליים הרבים אשר עומדים ליפול בחור) ההצעה היא לסתום את החור מלכתחילה...

עם זאת מאחר שהגישבור אינו נותן פתרון נורמטיבי לכשל של חובת ההנמקה ולכשל של טעות גלויה על פני הפסק, אלא אך עוקף כשלים אלו ומציע פתרון מניעתי כאמור, הרי שבכל אותם מקרים שבהם לא תצלח המניעה וההליך לא יסתיים בהסדר גישור (אלא ימשיך אל עבר שלב הבוררות), כי אז יישומו כהלכה, מצד הפסיקה, של תיקון מס' 2 לחוק²⁷¹ (לרבות הרציונלים שהנחו אותו בנוגע לטיפול בשני הכשלים הללו) עשוי להיות פתרון הולם. לשון אחרת: ניסיונו של מחוקק התיקון להתמודד עם הכשל של חובת ההנמקה ועם הכשל של טעות גלויה על פני הפסק אינו מבוטל אם כי אינו שלם.

267 ראו לעיל ה"ש 130–136 והטקסט הצמוד להן.

268 ראו לעיל סעיף (ב) בתת-פרק א.3.

269 ראו לעיל סעיף (ד) בתת-פרק א.1, וכן סעיף (ג) בתת-פרק א.3.

270 ראו לעיל ה"ש 266 והטקסט הצמוד לה.

271 להבדיל מפרשנות שיפוטית בלתי ראויה, אשר עלולה להינתן לו ולצמצם את אופן טיפולו בשני הכשלים האמורים. וראו דיון לעיל סעיף (ה) בתת-פרק א.1, סעיף (ב) בתת-פרק א.3 וכן סעיף (ג) בתת-פרק א.3.

אימוץ הגישבור כבררת מחדל וכהשלמה שלו, בצד יישום פרשני ראוי של התיקון עצמו, עשויים לטעמי לקדם שלמות זו.

פתרון הגישבור עוקף גם את הכשל האחר של תיקון מס' 2 לחוק – הכשל של פסלות הבורר.²⁷² מאחר ששאלת פסלותו של הצד השלישי רלוונטית רק כשהצד השלישי הוא המכריע (כדוגמת שופט או בורר), ומאחר שהסיכוי לכך בהליך הגישבור הוא נמוך, כאמור לעיל,²⁷³ הרי שברוב המקרים מלכתחילה יאויץ כשל זה. ויצוין כי בכל הנוגע לכשל זה, החשיבות באימוצו של מודל הגישבור גדולה במיוחד, שכן בניגוד לכשלים האחרים שאותם עוקף הגישבור (חובת ההנמקה וטעות גלויה על פני הפסק) ומשלים את תיקון מס' 2, הרי שבכל הנוגע לכשל של פסלות הבורר אין כאמור²⁷⁴ כל התייחסות מצד מחוקק התיקון, ולפיכך אימוצו של מודל הגישבור כמוצע כאן עשוי להיות בבחינת "עצתו היחידה" של כשל זה.²⁷⁵

עלותו של הליך הבוררות ויוקר השימוש בו נדונו לעיל בהקשר של כשליו של המוסד ערב התיקון לחוק²⁷⁶ וגם כאחת מהשלכותיו השליליות של תיקון מס' 2 לחוק. יתרה מכך, הביקורת שנשמעה לעיל בהקשר זה טוענת להחרפת הבעייתיות ובמיוחד לאור תיקון מס' 2, ובייחוד בכל הנוגע למסלול הערעור הראשון של ערעור בפני בורר.²⁷⁷ נדמה כי מודל הגישבור המוצע עשוי לתת מענה לבעייתיות זו מכמה סיבות: ראשית, כמצוין לעיל, ממחקרים עולה כי הליך הגישבור אינו ממשך לרוב אל שלב הבוררות והוא מסתיים עוד בשלב הגישור.²⁷⁸ מחקרים אחרים מעלים כי הליך הגישור הוא זול

272 ראו לעיל סעיף (ה) בתת-פרק א.1.

273 שכן הסיכוי לסימומו של הגישבור בשלב הגישור (עוד בטרם הגעתו לשלב הבוררות) הוא גדול. ראו לעיל ה"ש 266.

274 ראו סעיף (ד) בתת-פרק א.3.

275 ואילו בכל אותם המקרים אשר בהם לא יסתיים הגישבור בשלב הגישור אלא ימשיך אל עבר שלב הבוררות, כאן אין מנוס מלהציע את השתנות הפסיקה בכוון של ריכוך מבחני הפסילה לבורר במטרה לשמר את האוטונומיה של הצדדים והכל בכפוף לימסמך הגישבור' (כמפורט להלן) וביחוד לסעיף 8 שבו "הצהרה מצד הצדדים כי המגשבר הביא לידיעתם את חסרונותיו של ההליך ובכללם (באם המגשר והבורר הם אותו אדם): הסיכון שהמגשבר, בהכריעו את פסק הבוררות, יושפע (בהכרה או בתת ההכרה) מאינפורמציה סודית, אשר קיבל בשלב הגישור ו/או במהלך הפגישות הנפרדות שבו, כמו גם האפשרות שפסק הבוררות יושפע מאינפורמציה, אשר הצדדים (או מי מהם) חשפו בפני המגשבר בשלב הגישור ואשר לא היו חושפים בפני בורר בהליך בוררות 'טהור'". ראו להלן ה"ש 323 והטקסט הצמוד לה.

276 ראו לעיל סעיף (ו) בתת-פרק א.1.

277 ראו לעיל סעיף (א) בתת-פרק א.3.

278 ראו לעיל ה"ש 266 והטקסט הצמוד לה.

ומהיר (מה שמשפיע גם על עלותו) מהליך הבוררות.²⁷⁹ כבר בכך מציע פתרון הגישבור יתרון לעומת המצב הקיים. מלבד זאת, גם בהנחה שהליך הגישבור ממשיך אל עבר שלב הבוררות, עדיין טוענים התומכים בגישבור, לאור ממצאים מן השטח, כי הוא חוסך זמן וכסף ביחס להליכי גישור ובוררות עצמאיים מופרדים (הן משום שמדובר באותו אדם המשמש הן מגשר והן בורר הן בשל הרצף שבין שני ההליכים הנדונים כהמשך) וגם כשלעצמו (וביחס ליתרונות הייחודיים שהוא מעניק במתכונתו זו) תוצאתו מהירה יחסית והמחיר שלו נדרשים הצדדים – הוגן.²⁸⁰

השלכה שלילית נוספת של תיקון מס' 2, כפי שנמנתה לעיל,²⁸¹ היא פגיעה בערך של סופיות הדיון (בשל הוספתה של אופציית הערעור) בצד הגברה פוטנציאלית של העומס על בתי המשפט. הוספה של מסלול ערעור לבית המשפט, כפי שעושה מסלול הערעור השני של תיקון מס' 2 לחוק, פותחת את הפתח להיזקקות לבתי המשפט ובכך פוגעת בערך של סופיות הדיון וכן מוסיפה על העומס, הקיים ממילא, של המערכת המשפטית. השלכה שלילית נוספת של התיקון, כמובא לעיל, היא פגיעה בפרטיותם של הצדדים, שכן ערעור בפני בית המשפט (כפי שהוסיף מסלול הערעור השני), להבדיל מהתנהלות בהליך בוררות, מתקיים בדלתיים פתוחות. אימוץ הגישבור לפי המודל המוצע כאן עשוי לרפא שלוש השלכות אלו. ראשית, אחד היתרונות הבולטים המיוחסים להליך הגישבור, כפי שנראה להלן,²⁸² הוא דווקא קידום סופיות הדיון (בצד מהירותו ויעילותו). הכוונה לסופיות במונח של פסק הניתן בסופו, בדמות פסק הבוררות של המגשבר, להבדיל מהסכם, המסיים את הליך הגישור. שנית, הסיכון להוספת עומס על בתי המשפט מאוין, שכן ההליך מסתיים בכל מקרה בין הצדדים למגשבר ובלא היזקקות לבית משפט כלל (ולמעט באותן סוגיות אשר לא יסתיימו בשלב הגישור, שיעברו אל שלב הבוררות, ואם הצדדים בחרו באחד ממסלולי הערעור שבתיקון לחוק). ושלישית, הליך הגישבור, כדוגמת שאר דרכי ה-ADR, מתנהל בפרטיות ובדלתיים סגורות.

ויצוין, פרק זה טוען בראשיתו לחולשתו של האיזון שביצע מחוקק התיקון בין שני הערכים: הערך של סופיות הדיון (ומהירות ההכרעה) והערך של האוטונומיה של הצדדים. כפי שצוין לעיל, איזון זה הוביל לפתרון של "פשרה", קרי לויתור הדדי בין שני ערכים אלו ול"נגיסה" בעיקר בערך השני. לסיכום פרק זה וכסגירת מעגל אציין כי פתרון של אימוץ הגישבור, המוצע בפרק זה, עשוי לטעמי להיות פתרון של רווח לכול,

G. Adams & N. Bussin, *Alternative Dispute Resolution and the Canadian Court: A Time for Change*, ADR L.J. 243, 249 (1994); 392 בעמ' Kerbeshian, לעיל ה"ש 266, בעמ' 279.

David C. Elliott, *Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?*, 34 ALA. L. REV. 163, 164 (1995).

281 ראו לעיל ה"ש 179–180 והטקסט הצמוד להן.

282 ראו להלן סעיף (א) בתת-פרק ג.3, ובייחוד ה"ש 295–296 והטקסט הצמוד להן.

קרי פתרון אינטגרטיבי המשלב שני ערכים אלו יחדיו במלואם ואינו מחייב נגיסה מסיבית במי מהם.

במילים מפורטות יותר, הגישבור, כשמו, נשען הן על הליך הגישור בראשיתו והן על הבוררות באחריתו. באמצעות החלת הגישור, המעלה על נס את האוטונומיה של הצדדים, מתעצם ערך זה (ולא "נגס"), ואילו הערך של סופיות הדיון מתממש בהסדר הגישור שבסופו של ההליך או בפסק הבורר במקרים שבהם כשלו הצדדים מהשגתו של הסדר כאמור. לפי הצעתי, רק במקרים שכאלו (שבהם לא הבשיל הגישור לכדי הסדר גישור) יחול תיקון מס' 2 לחוק הבוררות (על האיזון שהוא מבצע בין שני הערכים). לשון אחרת: אימוצו של תיקון מס' 2 אך כפתרון של "בדיעבד", קרי רק באותם במקרים שבהם כשלו הצדדים מהשגת הסדר גישור בהליך הגישבור, תוביל לכך שהן הערך של האוטונומיה של הצדדים והן הערך של סופיות הדיון יועצמו, יקבלו את מלוא המקום הראוי להם ולא ייאלצו להיסוג זה מפני זה במעין תוצר של פשרה.

וידוגש כי העצמה שכזו (של רכיב האוטונומיה האישית של הצדדים על ידי אימוצו של הליך הגישבור) תביא גם לטיפול בכשל מהותי אחר אשר צוין בראש פרק זה²⁸³ כמצוי בבסיס תיקון מס' 2 – הכשל של איזון פנימי שגוי להבדיל מאיזון חיצוני ראוי. לטעמי, כדי להחזיר את האוטונומיה האישית של הצדדים אל ההליך וכדי להגביר את מידת שליטתם על התוצאה, לא די במנגנונים "פנים-בוררותיים" או "פנים-משפטיים" כדוגמת חובת הנמקה דיספוזיטיבית או הוספת מסלולי ערעור, כפי שאמנם עושה תיקון מס' 2 לחוק. כדי לחזק את האוטונומיה האישית שלהם ולבצע מהפך אמתי במוסד הבוררות, שכשל ביסודו, על הצדדים לקבל הזדמנות להיות הפוסקים של פסקם (כדוגמת ההזדמנות שמעניק הליך הגישור). הוספת מסלולי ערעור בצד חובת הנמקה הם טיפול פנימי-נקודתי. לעתים אין די בטיפול נקודתי בתוך הליך כפייני ודרקוני בבסיסו. הם לא ישנו את מהותו ולא יחדירו אליו את האוטונומיה האישית של הצדדים, החסרה כל כך ואשר חסרונה הוביל לגסיסתו המתמשכת. נראה כי בהחדרת רכיבים מבחון, קרי ממנגנון אחר (הגישור), שבו רכיב האוטונומיה האישית של הצדדים חזק ופעיל יותר, מתחזקת התקווה להביא לשינוי מהותי.

זאת ועוד, הפתרון שבו בחר מחוקק תיקון מס' 2 הוא פתרון פנימי, תוך-מערכתית-משפטי. הוספת מסלולי ערעור בצד חובת הנמקה הפסק היא פתרון השייך למרחב הדיוני-אדוורסרי. ניסיון להציל מוסד (בוררות) שהוא אחת מן הדרכים האלטרנטיביות להליך הדיוני-אדוורסרי, ראוי היה כי יאמץ פתרונות ועקרונות מתחום החלופות להליך הדיוני וכדוגמת הליך הגישבור, השייך לקשת דרכי ה-ADR (ולא פתרון אדוורסרי-דיוני, כאמור). נדמה כי הדברים מחריפים לאור העובדה כי יסודות דרקוניים כפייניים אשר במהותם הם לחם חוקו של ההליך השיפוטי היו נחלתו של מוסד הבוררות ערב התיקון לחוק, ועם התיקון החדש הייתה ציפיה כאמור כי ירכך יסודות אלו כדי להחזיר אל

283 ראו לעיל ה"ש 233-234 והטקסט הצמוד להן.

המוסד את ציבור הלקוחות הפוטנציאלי. אימוץ תוכנות אלטרנטיביות להליך השיפוטיות בכלל ותוכנות "גישוריות" בפרט היו עשויים לספק את הריכוך המתבקש. ואמנם אחת מן התוכנות הללו (אשר הובילו לפיתוחה של תנועת ה-ADR בכלל ולהליך הגישור בפרט) הייתה כי השימוש המוגבר והמוגזם בהליכי בית המשפט אינו מבטיח איכות חיים ראויה מבחינה חברתית, וכי חברה משופרת אינה זקוקה, באופן אינטנסיבי, לאוטוריטה חיצונית כדי לקיים תהליכים חברתיים תקינים כדוגמת יישובם של סכסוכים. רעיונות אלו הובילו למחשבה כי יש להוציא מבית המשפט ומהליך השפיטה סוגים מסוימים של סכסוכים ולספק לצדדים כלים אחרים חוץ-מערכתיים להתמודדות, והמשותף לכל הכלים הללו הוא השארת כוח ההחלטה בידי הצדדים עצמם.²⁸⁴ גישבור משאיר בידי הצדדים לפחות משהו מן השליטה על ההליך ותוצאתו, גם אם לא יושג הסדר גישור לכל נושאי המחלוקת שביניהם. הפתרון של אימוץ הגישבור כברירת מחדל בתור סעיף בתוספת הראשונה לחוק הבוררות הישראלי עשוי אפוא לתרום במובן הזה לרציונות החברתית. גם צדדים אשר בחרו בהליך ADR כפיני ודקוני יחסית, כדוגמת הליך הבוררות, ייאלצו בדרך זו²⁸⁵ להתנסות בקבלת אחריות על סכסוכם שלהם ועל עיצוב פתרונותיו. לעומת זאת אימוץ של פתרון כדוגמת זה, אשר בו בחר המחוקק בתיקון מס' 2 (בדמות הוספתם של מסלולי ערעור), מאבד פוטנציאל זה ומנציח את היזקקות הפרט לאוטוריטה חיצונית (שופט בית משפט או בורר חיצוני נוסף) לשם יישוב סכסוכיו ועיצוב תוצאותיהם.

ואם ישאל השואל: בשל חסרונה של האוטונומיה של הצדדים בהליך הבוררות ובשל חוסנה בהליך הגישור כאמור מדוע אפוא לא להכריז על הליך הבוררות כהליך "שאבד עליו כלח" ולהמירו בהליך הגישור במקום "להסתפק" בגישבור (שהוא אחד מן המודלים של הבוררות) כמוצע ברשימה זו? התשובה היא כי גם הליך הגישור הוא בעייתי, כמובא בפרק ב לעיל.²⁸⁶ יתרונו של הגישבור על פני הגישור לבדו הוא ב"עקפו" בעייתיות זו. כפי שהובא שם, חסרונו של הגישור בכל הנוגע לאוטונומיה של הצדדים בא לידי ביטוי בעיקר במקרים של פערי כוחות בולטים בין הצדדים. כאמור, במקרים שכאלו הדינמיקה שבין הצדדים נתפסת כאחד מחסרונותיו המובהקים של הליך הגישור, כיוון שהיא מייצרת חשש כי "הסכמתו" של הצד החלש להסכם נתונה בספק בשל החשש כי לא נבעה מאוטונומיה אישית אמיתית, ובנוסף משום שהמגשר, הכפוף לחובת הניטרליות והאובייקטיביות שעליו, מנוע מלנקוט עמדה או מלסייע לצד זה.²⁸⁷

284 מרדכי מירוני "גישור ו-ADR שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" הרשות השופטת 29, 32 (התשנ"ט).

285 אלא אם כן קבעו אחרת בהסכם הבוררות שביניהם. וראו סעיף 2 לחוק הבוררות המאפשר להתנות על הוראות התוספת הראשונה.

286 ראו לעיל תת-פרק ב.2.

287 ראו לביא "אלימות וגישור", לעיל ה"ש 204.

הגישבור עשוי לרפא פגם זה. אף על פי שלא תמיד אפשר לסלק את חוסר האיזון שבין הכוחות בהליך לחלוטין, הרי שבגישבור לצד החלש קיימת אופציה נוספת תחת היכנעות להסכם. הידיעה כי בהיעדר הסכמה תועבר סמכות ההכרעה לידי המגשבר כפוסק (פסק בוררות) עשויה לתרום לכך. בנוסף (ולהבדיל מהליך הגישור), האופציה של התערבות המגשבר כצד שלישי חיצוני להליך אשר בידו יכולת הפסיקה עשויה למנוע חולשה (או כוח) מלהיות הגורם הדומיננטי המשפיע על התוצאה הסופית.²⁸⁸ זאת ועוד, בהקשר של יחסי חולשה וכוח לגישבור יתרון נוסף על פני הליך הגישור – בחירה מראש בהליך זה מאיינת את הסיכון של אחד הצדדים (ו/או עורך דינו) להיתפס כ"חלש" בהציעו את הליך הגישור או בהציעו משא ומתן תחת פנייה לערכאות עם התגלע הסכסוך.²⁸⁹

החיסרון המרכזי השני אשר נמנה לעיל²⁹⁰ בכל הנוגע לאוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור נוגע ללחץ פוטנציאלי מצד מגשר ו/או למניפולציות מצדו, אשר עלולים להיות מנת חלקם של הצדדים בהליך מתוך חתירתו (הנמרצת מדי) של מגשר להשגת הסכם. ברי כי לחץ שכזה עלול כאמור לחבל באוטונומיית הרצון החופשי שלהם. גם כאן עשוי הגישבור להיות הפתרון, שכן הסיכון של הפעלת לחץ מעין זה מצוי במיוחד במודלים של גישור, המעמידים את השגת ההסכם כיעד המרכזי של ההליך ואת סגירת התיקים כאמצעי להפחתת העומס הדיוני מעל בית המשפט.²⁹¹ בהליך הגישור, אם כשלו הצדדים בהשגת הסדר גישור בסופו, חוזרים הצדדים אל בין כותלי בית המשפט. לעומת זאת בהליך הגישבור מצטמצם מאוד הסיכון להפעלת לחץ שכזה, שכן המגשבר יודע כי גם במקרה של היעדר הסכם בסופו של החלק ה"גישורי" עוברים הצדדים אל החלק ה"בוררותי", ושם הוא עצמו עתיד לסגור את התיק באמצעות פסק – פסק הבורר. ידיעה זו תמתן אפוא את הדחף שלו ללחוץ את הצדדים להסדר גישור כדי לסגור את התיק ויהי מה.

גם החיסרון האחר הנוגע לאוטונומיה של הצדדים בהליך הגישור המנדטורי²⁹² המקובל בעולם, עשוי "להתרפא" באמצעות אימוץ הגישבור באופן שהוא מוצע

288 Vorys, לעיל ה"ש 253, בעמ' 882.

289 Gerald F. Phillips, *Same-Neutral Med-Arb: What Does The Future Hold?*, 60 J. DISP. 289 (2005), RESOL. 24, 26.

290 וראו לעיל ה"ש 212–217 והטקסט הצמוד להן.

291 ראו דויטש "על 'הסכמה מדעת'", לעיל ה"ש 187, בעמ' 61: "[...] פגיעה זו בעייתית במיוחד כאשר המגשר פועל באופן מניפולטיבי ומעמיד את השגת ההסכם בתום הגישור כיעד המרכזי, גם במחיר פגיעה באוטונומיה האישית של הצדדים. פעילות מניפולטיבית היא סיכון מתמיד במציאות שבה המגשר מצוי תחת לחץ להשגת 'הישגים' המתבטאים ב'מטבע קשה' של 'סגירת תיקים'. כל עוד הליכי גישור משמשים אמצעי להקלת העומס על בתי-המשפט, סיכון זה איננו מבוטל".

292 המודל של גישור מנדטורי הוא לטענת המבקרים מעין "אוקסימורון". ראו לעיל ה"ש 218–224 והטקסט הצמוד להן.

ברשימה זו. אם יאומץ האחרון כבררת מחדל, וכל עוד לא התנו עליה הצדדים, הרי שצדדים שלא יהיו מעוניינים בו (ובשלב הגישור שבתוכו) יוכלו להתנות על אימוצו ואז יחול בעניינם הליך בוררות רגיל (לפי חוק הבוררות). בכך יאויז רכיב הכפייה המצוי לטענת המבקרים²⁹³ במודל המנדטורי וייתן מענה גם לחיסרון האמור.

3. יתרונותיו בצד חסרונותיו ודרכי ההתמודדות עמם

שיח המלומדים בעולם בעניינו של הגישבור מצביע על יתרונות אינהרנטיים להליך בצד חסרונות נטענים. על המחוקק הישראלי להביא זאת בחשבון אם יבחר, כמוצע ברשימה זו, לאמצו עלי חוק.

המעניין הוא כי אותו מאפיין של ההליך – אופיו ההיברידי המכיל גישור ובוררות גם יחד – משמש הן את התומכים בהליך והן את המתנגדים אליו. בעוד היברידיות זו מוצגת בידי התומכים כיתרונו המרכזי של ההליך, טוענת הביקורת לכשל מהותי בעצם שילובם של גישור ובוררות לכדי הליך אחד ובאיבוד היתרונות היחסיים של כל אחד מהליכים אלו כשלעצמו בעת ביצוע האינטגרציה ביניהם. הביקורת טוענת כי שילוב זה יוצר בעיות מעשיות ואתיות כאחד.

(א) יעילותו וסופיותו של הדיון לעומת פגיעה בניטרליות

היעילות נתפסת כאחד מיתרונות הגישבור הבולטים. היות המגשבר בעל תפקיד כפול – מגשר ובורר – הופך את ההליך ליעיל מהליך גישור ובוררות נפרדים, שכן כאשר תם הליך הגישור ומתבצע המעבר לבוררות, המגשבר אינו נדרש להתחיל מן התחלה (קרי מנקודת האפס), וכמו כן סוגיות שנפתרו בגישור אינן עולות עוד על שולחן הדיונים.²⁹⁴ לעומת הגישור לבדו, יעילותו של הגישבור נובעת אף מתוך התובנה כי לעתים (ועל אף קיומן של כוונות טובות) עלול הליך הגישור להיכשל, וכישלונו עלול לעכב השגת הסדר מועיל בסכסוך מסחרי ולייקר את עלותו. ואמנם בהקשר זה יתרוננו הגדול של הגישבור בולט כשמדובר בבוררות המתמקדת ביחסי המסחר העתידיים של הצדדים. שכן אז כדי למצוא פתרון הולם בשביל הצדדים עשוי המגשבר להשתמש בשלב הבוררות של ההליך בהבנתו את מערך היחסים והאינטרסים של הצדדים, אשר הושגה בהליך הגישור. הבנה זו תשמש אותו במתן פסק בוררות הולם וראוי בשבילם. זאת ועוד, ייתכן כי אפשר להצביע אף על סופיות הדיון כעל היתרון המרכזי של הליך הגישבור. בניגוד לגישור ה"טהור", הליך הגישבור, בדומה לבוררות, מבטיח החלטה סופית. גם ההסכם שאליו מגיעים הצדדים בסופו של שלב הגישור שבהליך מחייב וניתן לאכיפה על ידי החוק.

293 שם.

294 De Vera, לעיל ה"ש 246, בעמ' 156.

הידיעה הוודאית כי הסכסוך יסתיים היא רווחית לאין ערוך מבחינת הצדדים ומבחינת ההליך.²⁹⁵

עם זאת כשם שהיא תורמת ליעילות כאמור, מייצרת כפילות תפקידו של המגשבר (הן כמגשר והן כבורר) ביקורת הטוענת לפגיעה פוטנציאלית בניטרליות של המגשבר. בגישור ה"טהור" (להבדיל מגישבור) החיסיון הוא מאשיותיו הבסיסיות של ההליך. קיימים חיקוקים המסדירים את התנהגות המגשרים ואף מטילים מגבלות חמורות במידע שהתגלה במהלך ההליך ושימוש בו מחוצה לו.²⁹⁶ מנגד, על הבורר לבסס את פסק הבוררות אך ורק על עובדות אשר באופן כללי נתפסות כרלוונטיות לפסיקתו. לעומת זאת בגישבור נחשף המגשבר למידע מגוון בשלב הגישור. הכוונה בין השאר למידע סודי לא רק על התיק אלא גם בדבר האינטרסים של הצדדים, אשר אינם נחשפים בהליך בורות רגיל, וכדוגמת מידע אינטימי, רגשי, אישי או כזה, אשר "אינו רלוונטי מהבחינה המשפטית",²⁹⁷ כמו גם מידע חסוי שנמסר למגשבר בשלב הגישור בפגישות הפרטיות (ה-*caucuses*) שלא בנוכחות הצד השני.²⁹⁸ הגם שאין בעיה בכך מבחינת המגשר בגישור ה"טהור" (אשר אינו מסתיים בפסק), הרי שבגישבור ההיחשפות לחלק זה של אינפורמציה עלולה להטות את המגשבר כלפי צד אחד ולהשפיע לרעה על תוצאות ההליך.²⁹⁹ מאחר שאין לצפות כי המגשבר יוכל "לחסום" (ביודעין או בתת-ההכרה) כל מידע קריטי שנמסר בשלב הגישור. החשש הוא אפוא כי המגשבר לא יוכל להישאר ניטרלי בשלב קבלת ההחלטות והכרעת פסקו בשלב הבוררות לאחר שיש בידו מידע מן השלב המקדמי – שלב הגישור – אשר לעולם לא היה נחשף בבוררות "טהורה". תשובת תומכי הגישבור היא כי אינפורמציה "מחלישה" עלולה להשפיע רק על מגשבר "חלש" ממילא, דהיינו שאינו מיומן, מקצועי או מנוסה דיו. מידע חסוי שנחשף בהליך הגישור אינו מסוכן בבוררות יותר מאשר בסיטואציה שבה שופט או בורר (בבוררות שאינה חלק מגישבור) צריכים להתעלם מראיה ששמעו אך קבעו לאחר מכן כי היא איננה קבילה.³⁰⁰

295 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 34–35.

296 De Vera, לעיל ה"ש 246, בעמ' 158.

297 שם.

298 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 35.

299 זאת ועוד, הצד השני איננו יודע מה נאמר בפגישות הנפרדות, ולפיכך אינו יכול להפריך את האינפורמציה בשלב הבוררות. דבר זה נחשב להפרה חמורה במונחים של צדק והגינות ההליך. ראו Edna Sussman, *Developing an effective Med-Arb/Arb-Med Process*, 2 NEW YORK DISPUTE RESOLUTION LAWYER 71 (2009).

300 שופט או בורר נתפסים כבעלי יכולת להתעלם ממנה, וכי הראיה לא תהא בעלת משקל בהחלטתם הסופית. ראו Vorys, לעיל ה"ש 253, בעמ' 895–896. וראו גם Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 35–36. אף על פי שאפשר להתווכח עם חזקה זו, הן אינטואיטיבית והן אמפירית-מחקרית, ראו מחקריו של ג'רום פרנק: Jerome Frank, *The Judging Process and the Judge's Personality*, in LAW AND THE MODERN MIND 100 (1930); JEROME FRANK, COURT ON TRIAL-MYTH AND

בנוסף, אפשר להשאיר את חופש הבחירה במגשבר בידי הצדדים ועורכי דינם. אלו יבחרו במגשבר אמין בעיניהם, מקצועי ובעל כישורים וניסיון בהפעלת כוחו כהלכה (ולא לרעה).

זאת ועוד, יש לזכור כי הצדדים רשאים לעצב את ההליך לפי ראות עיניהם, ובידם להפעיל אמצעי הגנה או מודלים שונים של גישבור כדי לטפל בסוגיית הסודיות. בין השאר רשאים הצדדים לבחור במודל של גישבור המפריד בין המגשר לבוור (כשבכל תפקיד משמש אדם אחר). תומכי הגישבור טוענים כי המודל של "same-neutral med-arb" (גישבור של מגשבר אחד) אינו מחויב המציאות. אין הכרח שהמגשר יהיה גם הבורר בתיק. הצדדים עשויים להחליט על מודל גישבור שונה, כדוגמת ה־"opt-out med-arb" (גישבור של מגשבר מתחלף), שלפיו בסיום שלב הגישור ולפני שלב הבוררות רשאי כל צד לבקש שאדם שונה יתמנה לבורר. גם בכך עשויים להיות מאוינים רבים מן החששות והדילמות האתיות הנוגעים לסוגיית הניטרליות של המגשר.³⁰¹

(ב) גמישות ההליך לעומת פגיעה בהגינותו

יתרון הגמישות הוא אחד מיתרונותיו הבולטים של ההליך, ויש המאמינים כי הגישבור הוא ההליך הגמיש ביותר מכל הליכי ה־ADR הקיימים כיום.³⁰² הליך הגישבור נחשב לגמיש מאחר שהוא מאפשר מעבר מגישור לבוררות, חזרה לגישור וחזרה חלילה. אפילו בשלב הבוררות רשאי הבורר לחזור לתפקידו בתור מגשר לשם טיפול בנושאים ספציפיים. והכול לפי מודל הגישבור שבו בוחרים הצדדים מראש במשותף.³⁰³ השילוב

REALITY IN AMERICAN JUSTICE (1949). כן ראו דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש ההוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83 (1996); וכך ראו יששכר רוזן-צבי "האם השופטים הם כבני אדם? – כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 50–49 (2005): "מקצועיות השופט היא אחת ממושכלות היסוד של השיח המשפטי. השופט המקצועי, הניטרלי והאובייקטיבי, העומד מעל המחלוקות והמוכשר לחלץ את האמת בכל סיטואציה, הנו חלק מן האתוס (או אולי המיתוס) שיוצר ומפיץ בית המשפט כדי לבסס את הלגיטימיות של הכרעותיו ולרכוש את אמון הציבור". עדיין, לטענת תומכי הגישבור אין ראוי לדרוש (או לצפות) ממגשבר יותר משדורשים משופט.

301 עם זאת על מודל מפריד זה קיימת ביקורת אחרת, הטוענת כי כשהמגשר והבורר אינם איש אחד, הדבר משפיע לרעה על שני השלבים הן מצד התנהלות הצדדים והן מצד התנהלות המגשר. הטענה היא כי במודל זה הצדדים היו עוינים יותר והציעו פחות אלטרנטיבות חדשות לטיפול במחלוקת ואף המגשר היה פעיל פחות ומעורב פחות. ראו Vorys, לעיל ה"ש 253, בעמ' 894–895.

302 Phillips, לעיל ה"ש 289, בעמ' 24. ברי גם כי מודל שזוה עלול לייקר את ההליך הגישבור. Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 33. גם תכיפות המעברים הללו עתויים נתון לבחירתם של הצדדים. קיימות אופציות שונות. וראו שם: "This is an interesting process in which there is an opportunity to conduct a separate mediation during an ongoing arbitration. It is possible for the mediation to occur at any time during the arbitration, i.e., between the hearings, and on

של בוררות וגישור מאפשר לצדדים לעצב תהליך ייחודי לנסיבות הסכסוך שלהם ולבחור מגשבר ניטרלי ראוי לפי רצונם. בנוסף באה גמישותו של ההליך לידי ביטוי גם בקשת הפתרונות הרחבה שהוא עשוי להעניק לצדדים, בהיותו מורכב בראשיתו מגישור. קשת זו רחבה מזו שעשויה להיות מנת חלקם בהליך הבוררות לבדו.³⁰⁴

דווקא בהקשר זה אחת הביקורות שנשמעה בספרות המלומדים טוענת לפגיעה פוטנציאלית בהגינות ההליך, שכן בבוררות אמור הבורר להכריע רק על סמך ראיות שהוצגו בשימועים שבהם נכחו שני הצדדים. כך יכול כל צד לקרוא תיגר על ראיות שהוצגו על ידי הצד השני. בגישבור עשויות להיחשף בפני הבורר ראיות בשלב הפגישות הנפרדות (ה-*caucuses*), כשלצד השני, אשר לא נכח בהן, אין הזדמנות לקרוא תיגר עליהן, ויתרה מזאת, אף אין לו דרך לדעת על עצם קיומן. המבקרים סבורים כי עצם קיומה של אפשרות שכזו סותרת את אחת הדרישות הבסיסיות להליך נאות.³⁰⁵ כשהמגשבר שוקל מידע זה במסגרת פסיקתו בהליך הבוררות, הוא מאפשר לכאורה לעדות שקר להשפיע על פסיקתו. במילים אחרות: כללי הקבילות וההגנות הפרוצדורליות העומדות לצדדים בהליכים המבוססים על פסק (כדוגמת ההליך השיפוטי או אפילו הגנות חלקיות שהצדדים עשויים לאמץ בהליך הבוררות על אף הפטור הבסיסי מדין מהותי ופרוצדורלי הקיים בהליך הבוררות) אינם עומדים להם בשל אופיו הייחודי של הליך הגישבור. כתשובה טוענים תומכי הגישבור כי החששות הטוענים לפגיעה אינהרנטית בתקינות הליך הגישבור הם מופרזים, שלא לומר מופרכים. אמנם ההגנות הפרוצדורליות הרגילות אינן עומדות לצדדים אלא שאת מקומן של הללו תופסות הגנות אחרות כדוגמת גילוי מלא ואפריורי לצדדים בדבר אופיו של ההליך (על חולשותיו) ותפקידו של המגשבר, הסכמה מדעת ו/או ויתור מצדם, עיצוב נכון של ההליך כדי שיתאים לבחירתם של הצדדים ולנסיבות המסוימות ובחירתם (שלהם ושל עורכי דינם) במגשבר ניטרלי, אמין

more than one occasion. The ability to mediate at different times, on more than one occasion or not at all, makes this med-arb format extremely flexible and creative, especially, if the same neutral is used throughout, though the parties are obviously free to use a separate neutral to mediate by having a mediator 'on call', so to speak" נוסף על אפשרות המעבר בגישבור מבוררות חזרה לגישור בכל זמן במהלך הבוררות, כמובא בציטוט לעיל, קיימים מלומדים אשר אינם שוללים את אופציית החזרה לגישור גם בשלב מתן פסק הבוררות (!) ג'רלד פיליפס, הפועל כמגשבר בלוס אנג'לס שבקליפורניה, מדגים מקרה אחד שבו לאחר שלא הצליח לגשר סכסוך עד לסיומו התחיל את שלב הבוררות, ולאחר שפסק כבורר בדבר הענקת צו מניעה קבוע לתובע חזר שוב וסייע לצדדים כמגשר במהלך הליך גישור בכל הנוגע לתנאיו של הצו. הצדדים היו שבעי רצון בעליל מן התוצאה.

304 Phillips, לעיל ה"ש 289, בעמ' 25.

305 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 36.

ובעל כישורים.³⁰⁶ לטענת התומכים בהליך, גם אם אין כאן בהכרח הגנה של מאת האחוזים לתקינות ההליך, עדיין יש בכך כדי לצמצם את הסכנות צמצום ניכר כמו גם להמחיש את זכותם של הצדדים להגדרה עצמית ולבחירה בהליך אשר היתרונות שבו עולים בהרבה על סכנותיו הנטענות.

(ג) תמריץ להסדר לעומת כפייה

יתרון נוסף שמייחסת ספרות המלומדים להליך הגישבור הוא היותו תמריץ בשביל הצדדים להסדר.³⁰⁷ יש תומכים המאמינים כי סמכותו של המגשבר מקטינה למעשה את הסיכון להישארותם של נושאים "פתוחים" אחרי שלב הגישור שבהליך שבהם הוא יצטרך לפסוק בכובעו כבורר. במילים אחרות: נוכחותו של המגשבר והאיום של פסק בוררות יוצרים תמריץ עצום לצדדים ליישב בהצלחה את בעיותיהם בגישור.³⁰⁸ השפעה חיובית נוספת נודעת לגישבור גם על התנהלותם של הצדדים במהלך שלב הגישור. מלבד התמריץ להשגת הסכם יוצר הגישבור גם תמריץ לצדדים לנהוג בכנות ובהגינות בשלב הגישור בידיעה שאם ייכשלו בהשגת הסדר בסופו, הם יאבדו את השליטה בתוצאה.³⁰⁹ יש אף הטוענים שהפעלת "כוח" ישיר משמשת תמריץ לצדדים להתייחס ברצינות יתרה לשלב הגישור ולשתף פעולה מתוך תקווה להרשים את המגשבר.³¹⁰

עם זאת, ודווקא בנקודה זו, מתעוררת הביקורת על ההליך בהצביעה על רכיב כפייתי בהליך שהוא תוצר "כוחו" של המגשבר. הטענה היא כי נתינת הסמכות למתן פסק כפוי בידי אותו אדם המנסה גם לגשר בין הצדדים, כמו גם היכולת לאיים בהפסקת הליך הגישור בכל עת (לדוגמה אם הצדדים אינם מתקדמים בו ולצורך מעבר לשלב הבוררות), מעניקה לו כוח רב. המבקרים טוענים כי שילוב זה עלול להוביל לכפיית דעתו של המגשבר על הצדדים, וכי תוצאתו הסופית של שלב הגישור עלולה להיות מאולצת ולפגוע בוולונטריות (שלהם ושל ההליך) כמו גם בשביעות רצונם האמתית.³¹¹ הטענה היא למעשה כי רכיב הכפייה שבהליך הגישבור הוא פגם אימננטי בהליך, וכי ההסכמות שאליהן מגיעים הצדדים בשלב הגישור הן תוצר של לחץ מצד המגשבר ולפיכך אינן יכולות, מעצם הגדרתן, להיות וולונטריות.³¹² על פי תשובה אחת שנשמעה כנגד חיסרון

306 עם זאת ההצעה לאמץ את הליך הגישבור אל תוך החוק כבררת מחלל טומנת בחובה אף את יישום ההגנות האלו (עד כמה שאפשר לקבוע אותן באופן גנרי).

307 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 35.

308 שם, בעמ' 34. ראו גם להלן סעיף (ד) בתת-פרק זה.

309 שם, בעמ' 35.

310 Sherry Landry, *Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model*, DEFENSE COUNSEL JOURNAL 263, 265–266 (1996).

311 Bartel, לעיל ה"ש 239, בעמ' 679.

312 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 36.

זה עולה ממחקרים אמפיריים שנעשו על הליכי גישבור כי מרביתם של המגשברים, שנצפו, לא היו מנחים (*directive*) באופן מיוחד בשלב הגישור. הם ריכזו את טקטיקות הלחץ שלהם בסופם של המפגשים, כמאמץ של הרגע האחרון להצלת גישור נכשל ולא כמדיניות של הנחיה כוחנית.³¹³

תשובה אחרת שנשמעה כנגד טענת הכפייה היא כי מידת-מה של כפייה בהליך הגישבור אינה בהכרח שלילית. אדרבה, היא יכולה אף להועיל כל עוד אין קיימת כפייה לשימוש בהליך הגישבור.³¹⁴ במילים אחרות: כל עוד הצדדים מבינים את הליך הגישבור ומודעים למאפיינים שלו, וכל עוד הם בוחרים באופן וולונטרי להעניק למגשבר את הכוח המיוחס לתפקידו זה, חסרונותיו הפוטנציאליים של ההליך עשויים להיעלם, והם עשויים אף להפוך ליתרונותיו. יש הטוענים כי ה"שרירים" שיש למגשבר עשויים לעודד גישור יעיל ופורה יותר דווקא משום שהצדדים מודעים לכוחו ולאפשרות שהוא ישתמש בכוח זה אם לא יגיעו הם עצמם לפתרון הסכסוך.³¹⁵ כלומר, הידע שלהם בדבר "שריריו" של המגשבר עשוי להשפיע לחיוב על הפרודוקטיביות שלהם בשלב הגישור של ההליך.

(ד) אופן התנהלות הצדדים בהליך

טענה אחרת נגד הגישבור נוגעת לאופן התנהלות הצדדים בו. המבקרים טוענים כי בשלב הגישור יחששו הצדדים לחשוף מידע שהיו חושפים אותו בהליך גישור "טהור", וזאת בשל הליך הברורות המאיים ברקע העתידי. ההנחה היא כי לעומת הגישור, הדורש פתיחות וכנות, הליך הברורות דורש "חשוביות". לעומת המגשר, הבונה את ההליך על סמך פתיחותם של הצדדים, כוונותיהם האמתיות, האינטרסים שלהם, העדפותיהם והרקע העסקי שלהם, הבורר – בניגוד גמור – אמור לפסוק ביניהם. הטענה היא כי בהיות הצדדים מודעים לכוחו השיפוטי של המגשבר ומתוך חששם שמא בשלב השיפוט הוא ישתמש נגדם במידע שהם חשפו בשלב הגישור, הם יימנעו משיתוף פעולה יעיל בשלב הגישור.³¹⁶ כנגד טענה זו טוענים תומכי הגישבור כי לחשש זה אין בסיס אמפירי, וכי אדרבה, קיים מחקר אמפירי המצביע דווקא על פתיחותם של צדדים בהליך הגישבור.³¹⁷

313 Vorys, לעיל ה"ש 253, בעמ' 895.

314 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 36. וכן ראו Bartel, לעיל ה"ש 239.

315 Vorys, לעיל ה"ש 253, בעמ' 895. ראו גם Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 36: "מידה של לחץ בהליך הגישבור היא פרודוקטיבית כל עוד הצדדים מבינים את ההליך ומאפייניו, ובחרים מרצונם החופשי לתת בידי המגשבר את הסמכות והכוח הכלולים בתפקידו זה. אורזו החסרונות הפוטנציאליים של ההליך אינם מגבלות אלא יתרונות" (התרגום שלי – ד"ל).

316 Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 36–37.

317 שם, בעמ' 37. להרחבה ראו Neil B. McGillicuddy et al., *Third-Party Intervention: A Field Experiment Comparing Three Different Models*, 53 JOURNAL OF PERSONALTY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 104, 110 (1987).

ביקורת אחרת הנוגעת בהתנהלות הצדדים בגישבור חוששת אף מהתנהלות מניפולטיבית מצדם. הטענה היא כי אם אחד הצדדים חפץ לסיים את שלב הגישור ולעבור אל שלב הבוררות הוא עלול לכפות זאת על הצד השני באמצעות חוסר שיתוף פעולה מצדו בניהול המשא ומתן שבשלב הגישור. אמנם גם בגישור ה"טהור" אפשר לנקוט מניפולציה זו כדי לסיים את ההליך, אלא שהמחקרים מראים כי הסיכוי שמניפולציה שכזו תרחש גבוה בהליך הגישבור יותר מאשר בהליך בגישור ה"טהור".³¹⁸ תומכי הגישבור מתמודדים עם טענות אלה באמירה כי אופיו הוולונטרי של ההליך והבחירה של הצדדים בו מלמדים כי הצדדים מכירים את ההליך, נותנים אמון במגשבר ומתכוונים לשתף עמו פעולה, וכי הם מבינים כי חוסר יושר (ושאר אסטרטגיות מניפולטיביות) פוגע בראש ובראשונה בהם, בהיותן אסטרטגיות הפוגעות בהליך עצמו. אם תשובה זו אינה מספקת, והחשש ממניפולציות עודנו קיים, עשויים הצדדים לכלול בהסכם הגישבור שביניהם תניה שלפיה על כל צד לחשוף בפני הצד השני ובפני המגשר את כל המידע הרלוונטי ולהימנע מאסטרטגיה של דיסאינפורמציה ודומותיה.

אחד הפתרונות שהוצע בשיח המלומדים כפתרון כללי לביקורת על הליך הגישבור וכמענה לרבים מן החסרונות המיוחסים לו הוא חתימתם של הצדדים, טרם הגישבור, על מסמך מידע בדבר הסיכונים והדילמות האתיות הכרוכים בהליך היברידי שכזה. בקליפורניה ה-ADR Practice Guide מכיל מסמך מידע שכזה. הצדדים אשר חותמים עליו טרם תחילתו של הגישבור מצהירים כי הובא לידיעתם שהמגשבר עלול להיות מושפע ממידע סודי אשר הובא לידיעתו בשלב הגישור וכן:

The parties understand that this process will likely cause the arbitrator to receive information that might not otherwise have been received as evidence in the arbitration and to receive information confidentially from each of the parties that may not be disclosed to the other side.³¹⁹

כמו כן מתחייבים הצדדים במסמך זה שלא לתבוע את המגשבר או לתקוף את תוצאת הגישבור על בסיס סיכונים אלו.

באופן ספציפי למחוקק הישראלי הצעתי היא כי נוסף על הוספת הוראת "גישבור" לתוספת הראשונה כאמור,³²⁰ אשר תהיה לבררת המחדל כל עוד הצדדים לא התנו עליה, יחתמו צדדים להסכם בוררות אשר הגיעו אל הבורר עם התגלעות המחלוקת ביניהם על "מסמך גישבור", ובו תעוגן הסכמתם והסכמת הבורר לשמש בתחילה מגשר ולפעול על פי עקרונות הגישבור שנמנו לעיל ואשר יעוגנו באותו המסמך. נוסח של מסמך כזה, וכפי שיובא להלן, עשוי להיות מעוגן בתוספת שלישית שתתווסף לחוק הבוררות (ואשר תהיה

318 ש.ם.

319 Phillips, לעיל ה"ש 289, בעמ' 27.

320 ראו לעיל ה"ש 258–260 והטקסט הצמוד להן.

כמובן ניתנת להתנאה) או בכל דרך אחרת אשר יבחר בה המחוקק להביא מסמך שכוזה לידיעתם ולבחירתם של הצדדים והבורר. ויצוין שחשיבותו של מסמך זה היא בהבטחתו כי אם הצדדים מעוניינים בהליך הגישבור, הרי זה רק לאחר שהובאו לידיעתם כל הסיכונים והדילמות האתיות אשר עלולים להתעורר בהליך היברידי שכוזה, וכי הם הבינו אותם ונתנו עליהם את דעתם ואת הסכמתם המושכלת.³²¹ חשיבות נוספת למסמך זה היא בהגנה על המגשבר ועל תוצאת הגישבור העתידית (הן הסדר הגישור והן פסק הבוררות שבסופו). שכן הצדדים חותמים בו גם על ויתור להגשת תביעה עתידית נגד המגשבר ולהגבלת אחריותו (למעט כמתחייב מחובתו לנהוג בניטרליות ובתום לב) ועל כל ניסיון לתקיפה עתידית של תוצאת הגישבור (על הסדר הגישור ופסק הבוררות שבסופו) במסגרת חיזוק המגמה של סופיות הדין.

מסמך הגישבור המוצע כאן³²² (ואשר ניתן להתנאה, לשינויים ולעיצוב לפי צורכיהם של הצדדים בכל מקרה נתון) אמור אפוא להכיל את העיקרים האלה:

1. הסכמתם של הצדדים להשתמש בהליך הגישבור ובשירותיו של מגשבר (יש לנקוב בשמו), שאותו בחרו, לשם יישוב הסכסוך שביניהם.
2. הגדרת תפקידו של המגשבר כמגשר בשלב הראשון של ההליך, אשר יסייע בידי הצדדים להגיע להסדר גישור לשם יישוב המחלוקת שביניהם ובלא שיש בידו סמכות, בשלב הגישור, למתן הכרעה או החלטה מחייבת כלשהי בנושאים שבמחלוקת בין בעלי הדין.
3. הצהרה מצד המגשבר בדבר התחייבותו לנהוג בתום לב ובדבר היותו ניטרלי, בלתי תלוי במי מהצדדים ואינו בעל עניין במחלוקת.
4. הבהרה כי המגשבר הוא צד שלישי ניטרלי, איננו פרקליטו של מי מהצדדים, בצד התחייבות מצדו שלא לתת בעתיד שירותים מקצועיים או ייעוץ משפטי לבעלי הדין בכל עניין הקשור לסכסוך נושא הגישבור.
5. הבהרה כי כל עניין שבמחלוקת שבין הצדדים ואשר לא ימצא את פתרונו במסגרת הסדר הגישור יועבר לידי המגשבר (המצוין בשמו בסעיף 1 לעיל) אשר הכרעתו תהיה מחייבת וניתנת לאכיפה.
6. פטור למגשבר מנשיאה באחריות לכל מעשה או מחדל הנוגעים בהליך הגישבור או נובעים ממנו, למעט חובתו לנהוג בהליך בתום לב.
7. (בהנחה כי המגשר והבורר הם אותו אדם) הצהרה מצד הצדדים כי לא תישמע מצדם בעתיד כל טענה או תביעה נגד תוצרי הגישבור (הסדר הגישור ו/או פסק הבוררות) או המגשבר הנוגעים בעובדה כי המגשר שימש גם בורר.

321 לרעיון דומה באשר לאימוץ "הסכמה מדעת" באשר להליך הגישור ראו דויטש "על 'הסכמה מדעת'", לעיל ה"ש 187, בעמ' 57-59.

322 למודל דומה ראו Phillips, לעיל ה"ש 289, בעמ' 24.

8. הצהרה מצד הצדדים כי המגשבר הביא לידיעתם את חסרונותיו של ההליך ובכללם (אם המגשר והבורר הם אותו אדם): הסיכון שהמגשבר, בהכריעו את פסק הבוררות, יושפע (במודע או שלא במודע) מאינפורמציה סודית אשר קיבל בשלב הגישור ו/או בפגישות הנפרדות שבו, כמו גם האפשרות שפסק הבוררות יושפע מאינפורמציה אשר הצדדים (או מי מהם) חשפו בפני המגשבר בשלב הגישור ואשר לא היו חושפים בפני בורר בהליך בוררות "טהור".
9. הצהרה מצד הצדדים כי הם מיוצגים על ידי עורכי דינם וכי הם חופשיים להיוועץ בהם בכל שלב של ההליך, וכי המגשבר הביא לידיעתם כי הם רשאים לבחור בשני אנשים שונים לשמש מגשר ובורר אם יוותרו נושאים במחלוקת מחוץ להסדר הגישור בתום שלב הגישור.
10. הבהרה כי הצדדים כפופים לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, ובכלל זה לתיקון מס' 2 שבו.

לסיכום חלק זה, כאמור כל חסרונות הגישבור קשורים זה לזה והם כולם וריאציות של השורש האחד: אותו צד שלישי ניטרלי מסיר את כובע המגשר בסיומו של שלב הגישור וחובש את כובע הבורר. לטענת תומכי הגישבור, הפתרון לחששות או לדילמות האתיות שמצב זה עלול לייצר, אינו טמון בדחייה כוללת של הגישבור כהליך בר-קיימא אלא בשימוש מושכל בהתאמה ובגמישות מצדם של הצדדים ועורכי דינם. במילים אחרות: הנחת היסוד היא כי הצדדים צריכים להיות חופשיים לעצב את ההליך באופן שיספק את צורכיהם הייחודיים, וכי זכותם להגדרה עצמית היא שצריכה להיות מקודשת, להבדיל מהליכים ומתבניות נוקשות. הליך הגישבור, לטענת תומכיו,³²³ מזמין באופן בולט יצירתיות, והוא ערוך להיות קשוב לצורכי המשתמשים בו. אם הצדדים (בסיוע עורכי דינם) יעצבו את ההליך באופן יצירתי, הם עשויים לגלות כי הוא גמיש, עתיר הזדמנויות וראוי לשימוש על אף חששותיהם הראשוניים. כך למשל ייתכנו מודלים שונים להליך הגישבור,³²⁴ וכדוגמת המודל של "opt-out med-arb", אשר נדון לעיל ואשר עשוי להקהות את עוקצן של מרבית מן הביקורות שהושמעו לעיל על הגישבור.³²⁵ הגנה נוספת העומדת לצדדים היא בדמות מגשברים מקצועיים ובעלי ניסיון העשויים לסייע לצדדים בבחירת מודל הגישבור שינטרל בשבילם את מרב הסיכונים והחששות. כמו כן אפשר לעגן בהסכם הגישבור המקדמי שבין הצדדים תניות שונות אשר יפיגו את חששותיהם הספציפיים של צדדים במקרה נתון. ובנוסף, הסכמה מודעת מראש של הצדדים להליך על תוצריו, אשר ניתנה לאחר שהובהרו להם אופיו, סיכוניו ותפקידיהם

Blankenship, לעיל ה"ש 235, בעמ' 40.

324 למודלים שונים של גישבור ראו שם, בעמ' 30-32.

325 כמו הטענה לכפייה או להפעלת כוח יתר מצד המגשר, או היעדר ניטרליות מצדו, או חששם של הצדדים לגילויי פתיחות ושיתוף פעולה בשלב הגישור בשל הידיעה כי אותו אדם ניטרלי ישמש גם בורר בתום שלב הגישור. עם זאת על ההתנגדות למודל זה ראו לעיל ה"ש 301 והטקסט הצמוד לה.

של כל הנוגעים בו, היא לטענת תומכיו מענה הבא להתגבר על החסרונות השונים המיוחסים לו (כפי שנמנו לעיל) ומעניקה הגנה ראויה לצדדים.
וכפי שמסכמים Lawrence ו-Brewer:

In our view, when consenting adults make such judgments with an informed understanding of the advantages and the possible disadvantages of the medarb process, they should be free to contract for the dispute resolution process that seems best to them.³²⁶

אחרית דבר

בשנות השישים נקלעה נאס"א לבעיה. התברר שבמצב שבו כוח הכבידה נחלש עטים ששלחו על סיפונן של מעבורות החלל לא פעלו. לאחר חודשים ארוכים שבהם הושקעו עבודה ומיליוני דולרים הצליחו האמריקאים לייצר עט המסוגל לכתוב בכל מצב. העט נשלח עם האסטרונוטים בכל שיגוריהם והיה לגאווה נאס"א. עם סיומה של המלחמה הקרה בין ארצות הברית לברית המועצות אירחו ראשי נאס"א קבוצה של קוסמונוטים סובייטים. בסיוור הציגו האמריקאים בפני האורחים את העט, שדבר קיומו לא היה ידוע בעולם. ראשי נאס"א חיכו לשמוע קריאות התפעלות, אבל הסובייטים צחקו וסיפרו שגם סוכנות החלל הסובייטית נקלעה לבעיה דומה כבר במשימת השיגור הראשונה, אלא שבמקום לשלוח עם צוות החלל עטים ולהשקיע זמן וכסף בפיתוחם של אלה, החליטו לשלוח בשיגורים הבאים... עפרונות.

במקרים רבים קיבעון מחשבתי מונע חשיבה "מחוץ לקופסה" ומציאת פתרונות. בתיקון מס' 2 לחוק הבוררות מ-1968 ניסה מחוקק התיקון לתת מענה לכשליו של חוק אנכרוניסטי, דרקוני וכפייני אשר אחת מחולשותיו המרכזיות היה בשלילת האוטונומיה האישית של הצדדים על ידי שליטה כמעט טוטלית מהם של שליטה על ההליך ועל תוצאתו וכתוצר ישיר – הרחקת ציבור לקוחותיו הפוטנציאליים. דא עקא שהפתרונות שהציע מחוקק תיקון מס' 2, כדוגמת הוספת מסלולי ערעור על פסק הבוררות כמו גם חובת הנמקת הפסק, הם פתרונות "מתוך הקופסה": מוכרים, תוך-מערכתיים, דינאיים ואדורסריים, וזאת אף על פי שהם מיועדים לבוררות, שהיא דרך חלופית להליך הדיוני שבבית המשפט.

Thomas J. Brewer & Lawrence R. Mills, *Combining Mediation and Arbitration*, 54 J. DISP. 326 .RESOL. 32, 33-34 (1999).

"אין חבוש מתיר עצמו מבית האסורים".³²⁷ לעתים כדי להרים מוסד כושל יש צורך בנקודת משען ארכימדית, חיצונית. ברשימה זו הוצעו הגישור, כנקודה הארכימדית להרמת מוסד הבוררות, והגישבור – כתוצר של הישענות עליה. לשון אחרת: לא על הבוררות לבדה ולא על הגישור לבדו, כי אם על הגישבור.

בחלקה הראשון של רשימה זו, הוצגו כשליו של חוק הבוררות ערב תיקון מס' 2 לחוק בצד חולשותיו של תיקון זה. בתמצית, תוכנה של הביקורת שהוצגה כאן הוא כי הכשל המרכזי אשר היה קיים בחוק ערב התיקון, קרי פגיעה באוטונומיית הרצון החופשי של הצדדים, נשאר בעינו גם לאחר התיקון לחוק. בחלקה השני של רשימה זו, הוצג הליך הגישבור כמענה אפשרי לחולשותיו של החוק בטרם התיקון ולאחריו, כמחזיר לצדדים את האוטונומיה והשליטה על ההליך בשל החלק "הגישורי" שבו וכמקדם גם את סופיות הדיון בשל החלק ה"בוררותי" שבו.

ובתמצית – כפתרון משלים וחיוני לצעד שפתח בו המחוקק בתיקונו.

בצד הצגתו של הליך הגישבור, מהותו, התפתחותו, יתרונותיו ומישורי תחולתו של ההליך בעולם הוצגו ברשימה זו גם חסרונותיו ודרכי התמודדות פוטנציאליות עמם. אחת מהן היא הסכמה מודעת מראש (של הצדדים, להליך על תוצריו), שגם אם אינה מהווה בהכרח הגנה של מאת האחוזים לתקינות ההליך, עדיין יש בה כדי לצמצם את סכנותיו צמצום רב ולהמחיש את זכותם של הצדדים להגדרה עצמית ולפיתוחה של האוטונומיה האישית שלהם באמצעות בחירה בהליך גמיש ונתון לעיצוב אשר היתרונות שבו, כפי הנראה, עולים בהרבה על חסרונותיו.

הליך הגישבור אמנם מצרף, כדברי מבקריו, לא רק את יתרונותיהם של הגישור והבוררות אלא גם את חסרונותיהם. אף על פי כן כבר לימדה אותנו התאוריה ההוליסטית כי השלם הוא תמיד יותר מסך כל חלקיו.

כך או כך, בין שיאומץ הגישבור על ידי המחוקק ובין שיאומץ מענה אחר המתגבר על חולשותיו של מוסד הבוררות בארץ, על תיקון מס' 2 לחוק, לא נותר אלא לקוות כי לא ניאלץ גם הפעם להמתין 40 שנה עד לחקיקתו של התיקון הבא...

327 בבלי, ברכות ה, ע"ב.