

"מכלל "לא בורר" יצא אך אל בורר לא נכנס" –

מעין בורר: הצעה לבחינה מחודשת

מאת

אייל רוטשילד*

הליך הבוררות כפתרון אלטרנטיבי ליישוב סכסוכים מציע מנגנון מהיר, יעיל ודיסקרטי להכרעה בסכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט, המבוסס על הסכמת הצדדים להעביר את ההכרעה לגורם שלישי. לצד מוסד זה, התפתח מוסד ה"מעין בורר", המכריע בשאלות עובדתיות או מקצועיות נקודתיות ככלי עזר להכרעה בסכסוך. חרף נוכחותו רבת השנים בדין הישראלי, מעמדו המשפטי של המעין בורר אינו מוסדר דיו, וקיימת איבהירות לגבי סיווגו, סמכויותיו והיקף הביקורת השיפוטית על הכרעותיו.

מאמר זה מבקש לסקור את הפסיקה הנוגעת למעין בורר, תוך התמקדות במאפייניו הייחודיים ובקו התוחם בינו לבין מוסד הבוררות. ראשית, המאמר יתמקד במבחני סיווג הבורר והשפעתם על סיווג המעין בורר, תוך סקירה היסטורית של התפתחות הפסיקה, בדגש על מבחני **הלכת שמן ועניין לוקי**.

לאחר מכן, יוצג פתרון נורמטיבי ודוקטרינרי מוצע, הפועל כמבחן תלת-שלבי, שמטרתו היא להתגבר על הכשלים הקיימים בפסיקה ביחס למעמדו של המעין בורר ויחסו למוסד הבוררות. פתרון זה מבקש לתת מענה לשאלות מהותיות בדבר המבחנים לסיווג הגורם המברר, נפקות ההגדרה והמסגרת המשפטית לבחינת שאלות הנוגעות למעין בורר. המאמר יבחן גם את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות עקב סיווג הגורם המברר כבורר ויציע לבחון פגיעה זו כחלק אינטגרלי של שאלת הסיווג. כמו כן, יוסבר מדוע הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אינה מצדיקה סטייה מהמבחנים המוצעים לסיווג בורר ומעין בורר.

א. מבוא ; ב. ההבחנה בין מעין בורר לבורר : מבחני סיווג והשלכותיהם ; ב.1. ההבחנה בין בורר למעין בורר : מבחני הסיווג ; ב.2. השלכות מבחני הסיווג על ההליך המשפטי ; ג. הפתרון הדוקטרינרי המוצע לצורך מענה נורמטיבי ; ג.1. ה"שלד הציבורי" של דיני הבוררות : נקודת הפתיחה ; ג.2. הילכו מעין בורר ודיני הבוררות יחדיו? ; ג.3. הפתרון המוצע – מבחן תלת-שלבי ; ד. פגיעה בזכות הגישה לערכאות – הכצעקתה? ; ד.1. נטילת מגבלות משמעותיות ביחס לאפשרות ההשגה על הכרעת הבורר ; ד.1.1. עילות ביטול פסק בורר ; ד.1.2. עילות ביטול פסק מעין בורר ; ד.2. האם יש בפנייה לבורר ויתור על הזכות להתדיין לפני בית המשפט? ; ה. סיכום.

א. מבוא

הליך הבוררות, כפתרון אלטרנטיבי ליישוב סכסוכים, מציע מנגנון מהיר, יעיל ודיסקרטי להכרעה בסכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט. בבסיסו עומדת הסכמת הצדדים להעביר את הכרעת הסכסוך לגורם שלישי, הבורר, אשר יכריע בו בהתאם להסכמות הצדדים. זאת במסגרת הכללים והמגבלות אשר חוק הבוררות מטיל עליו ואשר התפתחו בפסיקה. הבורר, הנהנה מסמכויות ומאפיינים מעין-שיפוטיים, מחויב לפעול בהגינות, בשקיפות ובניטרליות, תוך שמירה על כללי הצדק הטבעי. לצד מוסד הבוררות המוכר, התפתח מוסד ה"מעין בורר". בעוד הבורר מכריע בסכסוך כולו, ראשית הגדרתו של המעין בורר בפסיקה היא כמי שעליו להכריע בשאלות עובדתיות או מקצועיות נקודתיות, המשמשות ככלי עזר להכרעה בסכסוך. ככזה,

¹ ראו את פסק הדין של השופט מ' חשין בע"א 609/93 מרום **שירותי תעופה בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, מח(5) 381, 397 (1994).
* בעת חתימת המאמר וקבלתו לפרסום עורך דין במשרד ארנון, תדמורלוי. תודתי הרבה נתונה לד"ר איתי פלדור על הערותיו המדויקות לטיטוט המאמר ולחברי מערכת כתב העת "המשפט" על עבודת עריכה מצוינת.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המעין בורר כפוף בבחינתו, בראש ובראשונה, לכאורה, להוראות חוק החוזים. אולם בד בבד המעין בורר יונק חלק מהותי מזהותו מעצם קרבתו – הרעיונית והמעשית – למוסד הבוררות.

נראה שעל אף שהמוסד של המעין בורר נמצא בנוף המשפטי הישראלי שנים רבות, ישנו חוסר סדר רב ביחס לשאלות רבות הנוגעות לסיווגו ומעמדו של אותו מעין בורר ויחסיו עם גורמים אלטרנטיביים אחרים לפתרון סכסוכים. גם שאלות סמכויותיו של המעין בורר, הדין החל עליו והיקף הביקורת השיפוטית על הכרעותיו ואופייה אינם מוגדרים באופן אחיד בפסיקה ובספרות המשפטית.

במאמר זה אבקש לסקור את הפסיקה הנוגעת למעין בורר, אשר הגדרתו חמקמקה וגבולותיו אינם ברורים, תוך התמקדות במאפייניו הייחודיים ובקו המפריד בינו לבין מוסד הבוררות. כמו כן, אציע לבסס פרשנות נורמטיבית אשר תאפשר לייצר קוהרנטיות בפסיקה וודאות משפטית לבעלי הדין ולשופטים כאשר הם עומדים בפני סיווג הגורם המברר, כמו גם בפני שאלות משפטיות המושפעות עמוקות מהגדרה זו.

בפרק ב' במאמר אתמקד במבחני סיווג הבורר והשפעתם על סיווג המעין בורר. במסגרת פרק זה, תוצג סקירה היסטורית של התפתחות הפסיקה הנוגעת למעמדו ותפקידו של המעין בורר בהתמקד **במבחני הלכת שמן**, אשר מהווים את ההלכה השולטת בכיפה. זאת, תוך בחינת השפעת הדגשת זכות הגישה לערכאות **בעניין לוקי עליהם**.

בפרק ג' אציג פתרון נורמטיבי ודוקטרינרי מוצע, הפועל כמבחן תלת-שלבי, המבקש להתגבר על כשלים וקשיים הקיימים בפסיקה ביחס למעמדו של המעין בורר ויחסו עם מוסד הבוררות, המוסד אשר משכינתו בצילו הוא יונק את קיומו. הפתרון הנורמטיבי המוצע מבקש לתת מענה, בין היתר, לשאלות הבאות: מה הם המבחנים אשר על פי הם יש לקבוע האם הגורם המברר הוא בורר או מעין בורר; מהי נפקות הגדרה זו; מהי המסגרת המשפטית שבה יש לבחון שאלות הנוגעות למעין בורר; והאם זאת צריכה להשתנות בהתאם למאפייניו השונים של אותו מעין בורר ספציפי.

כל זאת, במסגרת ההבנה שמתחים אלה צריכים להיבחן לאור מערכת היחסים שבין הממד ההסכמי לשלד הציבורי – המרכיבים יחדיו את דיני הבוררות. שכן, רק בחינה השומרת על אופיו של מוסד הבוררות מאפשרת לעצב בצורה קוהרנטית את דמותו של המעין בורר. כזאת שאינה מאפשרת לו להפוך ליצור כלאיים חלול וחסר צורה מוגדרת, אשר נותן לבעלי הדין סמכויות אשר הדין ייחד לבית המשפט.

זהו פתרון המבקש ליתן מענה גם לסוגיית השימוש בדיני הבוררות כמקור נורמטיבי לסוגיות אשר בליבן עומד דווקא מעין בורר. זוהי סוגיה אשר עד היום לא ניתנה לה תשובה ברורה בפסיקה, וישנן אף פסיקות שניתן בפרשנות מסוימת לראותן כסותרות האחת את השנייה.

כמו כן, אציע כי יש לבחון את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות עקב סיווג הגורם המברר כבורר כפנימית לשאלת הסיווג. זאת בניגוד לרושם שעלול להתקבל מקריאה לא מדויקת של עניין לוקי – רושם לפיו עניין לוקי קבע מבחן על אשר ביכולתו להכריע בשאלת סיווג הגורם המברר על בסיס ההגדרה שבחרו הצדדים להליך ליתן לו. זוהי פרשנות מוקשית, אשר נדמה שנתקבלה לעיתים בפסיקה.

לשם כך אסביר בפרק ד' למאמר מדוע הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אינה מספיקה כדי לעמוד לבדה אל מול ההצדקה לקרוא לאותו גורם בורר – אם זה עומד במבחנים המוצעים. זאת באמצעות בחינת העמדה הטוענת כי על האפשרות להשיג על הכרעת בורר מוטלות מגבלות משמעותיות יותר (ביחס למעין בורר), כמו גם בחינת נפקות הטענה כי הפנייה לבוררות מהווה ויתור על הזכות להתדיין לפני בית המשפט, בהינתן שאומד דעת הצדדים (המתבטא במבחנים הקיימים והמוצעים) מראה כי הם אכן התכוונו להתדיין לפני בורר.

ב. ההבחנה בין מעין בורר לבורר: מבחני סיווג והשלכותיהם

ב.1. ההבחנה בין בורר למעין בורר: מבחני הסיווג

כשבעים שנים עברו מאז הופעתו הראשונה של הגורם והמוסד המשפטי הקרוי "מעין בורר" בנוף המשפט בישראל בעניין ה"מ 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ".² במסגרת פסק דינו של השופט אגרנט שם, עלתה השאלה מהי הגדרתו של מהנדס המאזכר פעמיים בחוזה שנכרת בין הצדדים – בפעם הראשונה בסעיף 3 לחוזה הקובע כי התשלומים יעברו לקבלן בהתאם לאישור המהנדס והתשלום האחרון יועבר לאחר מתן תעודת גמר מטעמו; ובפעם שנייה בסעיף 21 לחוזה שבמסגרתו העניקו הצדדים למהנדס את הסמכות להכריע בסכסוך אשר יפרוץ ביניהם בנוגע לביצוע העבודה.

כאשר השופט דן בסעיף 21 לחוזה הוא מפרשו ככזה המכיל "הוראת בוררות טהורה" ואף מדגיש בכך את הפער הנעוץ, לטעמו, בין הוראות הסעיפים. בעוד בסעיף 3 תפקיד המהנדס הוא מניעת גרידא, שנועד למנוע היווצרות סכסוכים עתידיים, בסעיף 21 ממלא המהנדס תפקיד של בורר המכריע בסכסוך קיים.

השופט אגרנט בפסק דינו מותח, אם כן, את הקו שבין בורר למעין בורר בשאלה האם על אותו גורם "מעין שיפוט" לברור בסכסוך קיים, לשמוע עדויות ולהוציא פסק דין. אחד אשר אינו מוסמך לכך (והצדדים לא התכוונו להסמיכו ככזה), אלא הוסמך לשמש מומחה ניטרלי בלבד, מהווה "מעין בורר", אשר ניתן לבטל את החלטתו רק במקרה של "מרמה מצדו או בהשפעה בלתי הוגנת עליו". זאת כאשר את החלטת הבורר ניתן לתקוף רק בהתאם לפקודת הבוררות (ולמים חוק הבוררות).³

השופט אגרנט מסתמך בעיקר על משפט משווה אנגלי כדי להגיע למסקנה זו. עם זאת, אין הוא מנמק את בחירתו בביטוי מעין בורר ונראה שגם אין הוא מייחס להגדרה זו חשיבות יתר. שכן הוא פותר את הסיווג בכך שמדובר בבעל תפקיד הפועל באופן ניטרלי ובעל דמיון לבורר.

יצוין, כי גם במסגרת עילת ביטול הפסק, לא ברורה בדיוק ההפרדה שאגרנט עשה, שעה שניתן לראות דמיון רב מאוד בין העילות שהשופט קבע לבין שתי עילות ביטול פסק הבורר המצוינות בפקודה. קרי, התנהגות בלתי הולמת (סעיף 11 לפקודה) וביטול הפסק כשהפסק הושג שלא בדרך הוגנת (סעיף 13 לפקודה).⁴

כשלושים שנים עברו מההתייחסות הראשונה בפסיקה לביטוי "מעין בורר" ועד עניין שמן,⁵ שם ביקש השופט שמגר לקבוע מבחנים ברורים יותר יחד עם מבחני עזר לשאלת סיווגם של בורר ומעין בורר – שאלה מסדר שני אשר התשובה לה תאפשר ליתן מענה לשאלות מסדר ראשון העומדות להכרעה.

אליבא דשמגר, השימוש, או חוסר השימוש, במונח "בוררות" אין בו כדי להעיד לבדו על טיב מהותו של ההליך המתקיים, אלא הוא אחת מצורות הביטוי הרבות להבנת אומד דעת הצדדים לאור הוראותיו של חוק

² ה"מ 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, בכפר קדימה, ח 1317 (1954).

³ פקודת הבוררות, 1926; חוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

⁴ ס' 11 ו-13 לפקודת הבוררות 1926.

⁵ ע"א 241/81 שמן תעשיות נ' חברת תבלין (4.4.1985). לאחר עניין וינשטיין, הפעם הבאה שבה ניתן לראות התייחסות למוסד המעין בורר ולשאלת סיווגו היא בע"א 66/67 גלובוס למזרח, תעשיית עטים וצרכי משרד בע"מ נ' רולקס בע"מ, מקודם קונצנטרה, חרשתי מכשירי כתיבה בע"מ, כא(2) 146 (1967). בפסק דינו, השופט לנדוי חזר והדגיש את האמור בעניין וינשטיין. קרי, כי ההבדל בין בורר ל"מעריך" הוא "שתפקיד הבורר ליישב סכסוכים אשר פרצו או העשויים לפרוץ, בעוד שתפקיד המעריך הוא למנוע, עלידי הערכתו סכסוכים מלפרוץ". עם זאת, השופט לנדוי מודע היה לכך שמדובר בהבחנה שאינה חפה מקשיים והוסיף: "זאת הבחנה דקה מאד, ורבים בפסיקה מקרי הגבול. במקרים אלה נעזרו בתי המשפט עלידי יצירת מעמד ביניים של "מעין בורר". בפסק דינו השופט לנדוי הוסיף גם כי אף אם ניתנו לאותו גורם ניטרלי סמכויות נוספות, כל עוד מדובר בסמכויות עזר בלבד, וגם באלה אין הוא מחויב בקיום הליך שיפוטי ולא לשמוע את טענות הצדדים – אזי מדובר במעין בורר. יש להתחשב בכך שהצדדים קראו לאותו בעל תפקיד בשם "מבקר", ולא "בורר". השופט הדגיש כי "הכינוי אינו מכריע, אך הוא אינו נעדר חשיבות כאשר הדברים נוסחו עלידי יודעי דין". זאת עקב היותם של הצדדים "עורכי דין מלומדים". קו זה המשיך בפסיקה גם בר"ע 135/73 איסקוב נ' מפעלים חימיים ד"ר ויגרט בע"מ, כז(2) 813 (1973), שם התחדדה ההבחנה שמקום בו הצדדים מיוצגים על ידי עורכי דין, יש בכך כדי לרמוז על קיומה של בוררות ובע"א 591/77 יהושע נ' קורט, לב(1) 737 (1978).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הבוררות.⁶ לאחר מכן קבע שמגר ארבעה מבחנים מצטברים לצורך סיווגו של בורר, בהתבסס על המבחנים אשר התקין השופט זוסמן בבית המשפט העליון **בעניין איסקוב**:⁷

(1) קיומו של סכסוך קיים או עתידי; (2) קיומה של סמכות בידי הגורם המברר להטיל חיובים כספיים על הצדדים; (3) סמכות לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי; (4) ייצוג הצדדים על ידי פרקליטים (אף ששמגר מדגיש שיסוד זה אינו הכרחי).

ארבעה מבחנים אלה מבהירים מתי אדם נקרא בורר. אולם מתי ייקרא הוא מעין בורר ומה ההבדל בינו לבין מעריך או שמאי? השופט שמגר מרחיב בדיון זה, אשר כולו נאמר באמרת אגב, ופונה למשפט האנגלי לצורך תשובות.

ההגדרה שאליה הוא מגיע ביחס למעין בורר היא כי מדובר בגורם ניטרלי מעין שיפוטי אשר נבחר על ידי הצדדים שבעניינם הוא אמור להכריע; קיימת בין הצדדים תניה חוזית מפורשת המסמיכה אותו להכריע על סמך שיקול דעת עצמאי; וניתנה לו הסמכות לקבוע ממצאים עובדתיים לצורך השימוש בהם למטרה כלשהי – כאשר הכרעתו היא סופית ומחייבת את הצדדים. קרי, החלטתו אינה בדבר הסכסוך, אלא בדבר שאלה עובדתית אשר עשויה להיות נלווית לסכסוך כולו או שתוביל למחלוקת בין הצדדים.⁸

שמגר מדגיש את חשיבות המינוי הפורמלי והסמכות להכריע. בכך שונה המעין בורר ממעריך או שמאי, שכל תפקידם הוא לעמוד על שווי או ערך של נכס או מוצר, ואין בסמכותם לקבוע ממצא שבעובדה.

עוד הדגיש שמגר, באזכורו את עניין **קורט**,⁹ כי המעין בורר, כמו הבורר, מחויב לכללי הצדק הטבעי.

מצב הדברים העובדתי בעניין **שמן** היה כזה שבו לא התקיימו אף אחד מארבעת התנאים שביסס שמגר, ולפיכך לא היה קושי להגדיר כי מדובר במעין בורר בלבד, ולא בבורר. אולם, השופט ברק, אשר הסכים לתוצאתו של השופט שמגר, חלק על "נקיטת העמדה" של השופט שמגר בדבר שלושת המבחנים האחרונים שלו באומרו כי "כשלעצמי נראה לי, כי חלקם אינם נחוצים (כגון, היסוד השני) וחלקם הם תוצאת הבוררות לא תנאי להיווצרותה (היסודות השלישי והרביעי)".

להערות אלה הצטרף השופט ד' לוי, ולפיכך, ניתן לטעון שהגדרת מבחני הבוררות של שמגר אינם הלכה מחייבת.

ברם, בחינה של הפסיקה מוכיחה כי מבחנים אלה הפכו לבסיס לבחינת המתח שבהגדרה שבין מעין בורר לבורר ושופטים רבים עושים בהם שימוש כמעין מבחן בינרי. בהתקיימם, מדובר בבורר, ובחסרונם, מדובר במעין בורר.¹⁰

⁶ אמירה זו עוברת כחוט השני בפסיקה ובספרות. ראו למשל רע"א 4803/02 **רם חברה לעבודות הנדסיות בנין ושוברי גלים בע"מ נ' ווסט מנג'מנט (וו.אם) ישראל בע"מ**, נז(1) 100 (2002); סמדר אוטולנגי **בוררות – דין ונוהל** 1, 14–15 ו-19 (מהדורה שלישית 1991); הפ"ב (מחוזי מרכז) 32838-10-18 **אלישיב - יעוץ ופיתוח תחנות כח בע"מ נ' פ.ק.גנרטורים וציוד בע"מ** (נבו 28.10.2019); סמדר אוטולנגי **בוררות – דין ונוהל** 38–39, 753–754 (מהדורה רביעית 2005).

⁷ בר"ע 135/73 **איסקוב נ' מפעלים חימיים ד"ר ויגרט בע"מ**, כז(2) 813 (1973).

⁸ עמדה זו אומצה עד היום בפסיקה וראו גם עניין ה"פ (מחוזי ירושלים) 4377/05 **ערים חברה לפיתוח עירוני בע"מ נ' ברעד חברה לעבודות עפר פיתוח וכבישים בע"מ** (נבו 10.1.2007); ת"א (מחוזי חי) 19887-09-10 **עירית חדרה נ' פהימה**, פס' 13 לפסק הדין של השופט סוקול (נבו 2.6.2011); תמ"ש (משפחה תל אביב-יפו) 56633/02 **ע.ש. נ' ר.ש.** (נבו 27.10.2004); ת"א (מחוזי חיפה) 895/02 **יפה נוף-תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר** (נבו 14.4.2005). שם השופט עמית מפרש את הכרעתו בדבר ממצאים עובדתיים ככזאת אשר "באה למנוע סכסוך עתידי" ("תפקיד מניעתית").

⁹ עניין **קורט**, לעיל ה"ש 5.

¹⁰ ראו בין רבים: ה"פ (מחוזי ירושלים) 305/99 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' מזרחי**, פס' 6 להחלטה של השופט גל (נבו 25.8.2002); ע"א 409/84 **מדינת ישראל נ' שגב**, מ(3) 706 (1986); רע"א 300/89 **ולקו חברה לבניין ועבודות עפר בע"מ נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ**, מה(4) 497 (1991); ע"א 609/93 **מרום שירותי תעופה בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, מח(5) 381 (1994); עניין **רם חברה לעבודות הנדסיות**, לעיל ה"ש 6; הפ (י-ם) 2037/03 **נגרית י.ש.א בע"מ נ' האיגוד העולמי ליהדות מתקדמת** (נבו 13.5.2004); עניין **אלישיב**, לעיל ה"ש 6; ה"פ (מחוזי י-ם) 5342/06 **גדעון פנחס ובניו בע"מ נ' אסייג אבי ומרב** (נבו 13.12.2007); ה"פ (שלום ת"א) 74546-01-20 **בכור נ' קומפי מיטל בע"מ** (נבו 15.7.2021); עניין **ערים חברה לפיתוח**, לעיל ה"ש 8;

נראה כי נכון עשתה הפסיקה המאוחרת כאשר ביכרה את מבחני שמגר על מבחנו של השופט ברק. שכן, אימוץ פרשנותו של ברק עלול להוביל לשתי תוצאות מוקשות. הראשונה, כי כל חוסר הסכמה בין צדדים הסובל את לשון ההגדרה "סכסוך" שבעטיו פנו הצדדים לגורם מברר הוא מצב שייקרא בוררות, קטגורית, ללא כל בחינה או ניסיון להתחקות אחר אומד דעת הצדדים. השנייה היא כי כדי להימנע מהתוצאה הראשונה יהיה על בית המשפט להגיע למסקנה הגורפת ההפוכה, והיא שכלל חוסר הסכמה בדבר ממצא עובדתי אינו יכול להיות מושא לבוררות. שתי תוצאות אלה אינן רצויות או ראויות. דברים דומים ניתן ללמוד, לדוגמה, מפסק דינו של השופט גולדנברג בעניין **מרום** משנת 1994. שם דובר על גורם מברר אשר נדרש על ידי הצדדים להכריע בדבר פרשנות הביטוי "מחיר שוק סביר", אשר הופיע בהסכם שאליו הגיעו הצדדים ואשר ניתן לו תוקף של פסק דין.¹¹ השופט גולדנברג קבע כי סכסוך יש – אולם סמכויות אין. משכך ניתן ללמוד שאומד דעת הצדדים היה שלא להיכנס בשערי הבוררות. בכך דבק הוא במבחני שמגר.

גם בקרב המלומדים ניכר אימוצם של מבחני שמגר. כך לדוגמה, המלומדת סמדר אוטולנגי, בבואה להבחין בין מעין בורר לבורר, מייחדת את הבחנתה למבחנים החופפים עם **מבחני שמגר** כאשר היא מדגישה את ממד ציפיות הצדדים שהבורר יכריע על סמך עדויות, ולא על סמך ידיעה אישית בלבד.¹² לפיכך, אקרא למבחני שמגר מעתה "**הלכת שמן**".

2. השלכות מבחני הסיווג על ההליך המשפטי

בשנת 2002 ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין **לוקי**.¹³ במסגרתו נפסק כי יש לבחון את שאלת סיווגו של הבורר, ומכך את הקו המפריד בינו לבין מעין בורר, **לאור זכות הגישה לערכאות**, מכיוון שבהסכמת הצדדים לבוררות "כרוכה פגיעה משמעותית בזכות הגישה לערכאות של כל אחד מהצדדים המתקשרים". זכות זו באה לידי ביטוי לא רק בויתורם של הצדדים על הזכות להתדיין לפני בית המשפט, אלא גם "בנטילת מגבלות משמעותיות ביחס לאפשרויות ההשגה על הכרעת הבורר בעניינם."

בהתאם לכך, הגבלת זכות הגישה לערכאות נחשבת למוצדקת רק אם היא נובעת מבחירתם של הצדדים להליך. שכן, בעוד בית המשפט אולי ייטה להפנות צדדים להכרעת הסכסוך גם אם מדובר במעין בורר, בהינתן שאמת הבחינה היא דיני החוזים, ולא דיני הבוררות, צד יכול בנסיבות מסוימות ומקילות יותר להשתחרר ממחויבותו או לבקש את התערבות בית המשפט.

משכך, יש לבחון את אומד דעת הצדדים בהתאם לפרשנות הנהוגה בדיני החוזים כדי להכריע האם הצדדים אכן ביקשו להגביל את זכותם לפנות לבית המשפט לבירור סכסוך עתידי, קרי, להפנות את סכסוכם לבורר, או שמא התכוונו לפנות למנגנון הכרעה אחר; כאשר במנגנוני הכרעה אחרים (ובניהם מעין בורר) "יש למתקשרים בהם – וכן לבית המשפט בבואו להכריע בסכסוך שנפל בין המתקשרים – חופש רב בקביעת הסדריהם הקונקרטיים." לפיכך, לעמדתו של השופט מצא, לצורך הוכחת הכוונה של הצדדים להתקשר בהסכם בוררות "תידרשנה ראיות ברורות."¹⁴

מכך עולה השאלה, אשר אינה מבוארת בפסיקה ובספרות: האם הלכת **לוקי** החליפה את הלכת **שמן**, או השלימה אותה? האם זכות הגישה לערכאות הושמה כמבחן על מעבר **למבחני שמן**, או שמא הגשמות זכות הגישה לערכאות נבחנת במסגרת **מבחני שמן**?

ת"א 32836-09-20 ת"א (מחוזי ת"א) עם הפנים ליפו נדל"ן בע"מ נ' **אשטרום הנדסה ובניה בע"מ** (נבו 15.12.2020); ע"א (מחוזי חי') 48639-04-17 מ. זרזיר נ' **ביצורית בע"מ** (נבו 31.08.2017); עניין **עירית חדרה**, לעיל ה"ש 8.
¹¹ **עניין מרום**, לעיל ה"ש 10.

¹² סמדר אוטולנגי **בוררות – דין ונוהל** 247 (מהדורה שלישית 1991).

¹³ רע"א 7608/99 **לוקי ביצוע פרויקטים (בניה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ**, נו(5) 156 (2002).

¹⁴ שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מצא.

נראה כי אין האפשרות הראשונה עומדת, והשנייה היא הנכונה ומכמה סיבות. ראשית, כפי שהוצג לעיל, מבחני **שמן** נותרו, הלכה למעשה, המבחנים המובילים (גם בפסיקה המאוחרת לעניין **לוקי**) להכרעה בדבר סיווגו של בורר; שנית, השופט מצא מפנה בעניין **לוקי** לעניין **שמן** כאשר הוא מתייחס לסימנים שנתן בית המשפט בהבדל שבין מעין בורר לבורר;¹⁵ שלישית (ובדומה לשנית), בפסק הדין מצוין בפירוש, פעם נוספת, כי המסקנה שמדובר במעין בורר, ולא בורר, נלמדת גם מהעמדת הסעיף הרלוונטי בחוזה בין הצדדים "במבחן המשפטי העיקרי להבחנה בין הסכמי בוררות לבין מנגנוני הכרעה מוסכמים אחרים." אף שלא ניתן לזהות הפניה למבחנים ספציפיים, נראה שמדובר במבחני **שמן**, בשל ההתייחסות המוקדמת אליו בפסק הדין בעניין **לוקי** ולמעמדו בקרב הפסיקה.

מכל אלה נראה כי קריאה נכונה של הלכת **לוקי** ממקמת אותה כממשיכת דרכה של הלכת **שמן**, אשר גם בה נפסק כי אומד דעת הצדדים מהווה שיקול מהותי בדבר סיווגו של הגורם המכריע. או לחלופין שהתקיימותם של מבחני **שמן** עולה לכדי ראיות ברורות לכך שאומד דעת הצדדים הוא לפנות לבורר, ואולי אף שמבחנים אלה עולים על הרף הנדרש. עמדה זו אף עולה מהסיפה של פסק הדין בעניין **לוקי**, שם נאמר כי לצורך למידת אומד דעת הצדדים ניתן היה אף להסתפק בקביעה חוזית שלפיה כל שהיה קובע המפקח הוא סופי ובלתי ניתן לערעור כדי לראות בו כבורר. אולם על כך יורחב בהמשך בפרק ד'.

סוגיה מהותית נוספת היא כוחה של הגדרת הצדדים או הכינוי שבו בחרו לקרוא לאותו גורם. כאמור לעיל, **בהלכת שמן** נקבע כי אין בטרמינולוגיה בה בחרו הצדדים כדי להוות שיקול מכריע בשאלת הסיווג. עם זאת, ניתן לזהות בפסיקה מקרים שבהם נקבע שאף שבהתאם **להלכת שמן** אותו אדם צריך להיקרא "בורר", ייקרא הוא מעין בורר לאור הגדרת הצדדים.

אחד מהם הוא עניין **לוי קבלני בנין בע"מ**. שם דובר על מהנדס,¹⁶ אשר השופט בדן ציין כי הוא עומד בכל מבחני **הלכת שמן**, וכי הצדדים הסכימו כי הכרעתו תחייבם "ללא זכות ערעור". אף על פי כן, ולמרות שבפסק הדין מצוין כי "לכאורה, ההסכם בין הצדדים הוא הסכם בוררות לכל עניין ודבר", השופט בדן פסק שאותו בורר מהווה "מעין בורר" בלבד, הואיל וההליך לא התנהל בהתאם לחוק הבוררות והצדדים לא טענו לפני בית המשפט כי מדובר היה בבורר.

נראה כי ברור שבמקרה שהצדדים לא העלו טיעונים בדבר סיווג הבורר (הגם שטענה זו הועלתה בסיכומיהם בלבד), ואם סוגיה זו אינה מהותית לפתרון הסכסוך, אין **מוטלת חובה** על בית המשפט להכריע בשאלה זו.

אולם, יש להתנגד לקו אפשרי אשר עולה מפסק הדין והוא שבהינתן שהצדדים בחרו שלא "לקרוא לתינוק בשמו" הרי שבית המשפט **מנוע** מלבחון את הסכסוך בהתאם לחוק הבוררות או לאור ההצדקות והשיקולים העומדים בבסיס מוסד הבוררות. שכן, במקרה שמתקיימים מבחני הלכת **שמן**, נקבע בפסיקה כי מדובר הלכה למעשה בבורר. בהגדרה זו חבויים ממד הסכמי ושלד ציבורי.

מתן כוח לצדדים להליך למנוע מבית המשפט לסווג את ההליך כבוררות, אף שעומד הוא במבחני הלכת **שמן**, עלול להביא לאיזון הלכה זו ולמנוע מבית המשפט לעמוד על טיבו של הגורם המברר ולהכריע אילו נורמות צריכות לחול עליו; נורמות הכוללות גם את הפן הציבורי של דיני הבוררות.

כעת אפנה להציג מדוע הפן הציבורי של דיני הבוררות הוא מהותי להבחנה זאת, ומדוע משכך הגדרת הגורם המברר "מעין בורר", אף שזה עומד במבחנים להגדרת הבורר, חותרת תחת עקרונות אלה ואינה קוהרנטית עם אף אחד מהמוסדות הללו.

¹⁵ שם, בפסי' 6 לפסק הדין של השופט מצא.

¹⁶ ע"א 821/88 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' אבו חמוד, מד(2) 771 (1990).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לאחר מכן, יוצגו כמה פסקי דין אשר התעמתו עם אותו קושי שעליו מצביע מאמר זה, והוא הבינריות או הנוקשות של הסיווג והשלכתו על האכסניה המשפטית שבה נמצא הגורם המברר. פסקי הדין האלה הגיעו, כך ייטען, לתוצאה הסופית הנכונה – אולם לא ביססו זאת בצורה מספקת.

לפיכך, אפנה להציג פתרון דוקטרינרי לבעיית הסיווג ולהשלכות שלה על הגדרות הגורם המברר והדינים החלים עליו.

ג. הפתרון הדוקטרינרי המוצע לצורך מענה נורמטיבי

ג.1. ה"שלד הציבורי" של דיני הבוררות: נקודת הפתיחה

דיני הבוררות מעוצבים ומבוססים על ממד הסכמי, אולם ממד הסכמי זה בנוי על שלד ציבורי. קרי, בדיני הבוררות עוברת כחוט השני ההבנה שיכולת הצדדים לעצב את המסגרת של פתרון סכסוכם ושל סמכויות הבורר אינה מפקיעה מבית המשפט את היכולת לפקח על הליך זה; בטח שאינה מייטרת את הצורך בפקוח של בית המשפט על הליך הבוררות. יסוד ציבורי זה רואה במוסד הבוררות "חלק ממערכת המשפט, כאשר התפקיד שהוא ממלא רלוונטי לציבור כולו, ולא רק לצדדים המתדיינים."¹⁷ בכך ממד זה כולל בחובו את ההגבלות שמטילים המחוקק והשופטים על צדדים לבוררות מתוקף ערכי השיטה, תפיסה נורמטיבית ערכית או חשש מהחצנות שליליות.¹⁸ הגבלות אלה מתחייבות, בין היתר, ממעמדו של פסק בורר, המאושר על ידי בית המשפט, כדין פסק דין.¹⁹

פיקוח שיפוטי זה מותווה על ידי חוק הבוררות ודיני הבוררות.²⁰ אף שבית המשפט נוקט מדיניות אשר מבקשת להעצים את הפן ההסכמי שבדיני הבוררות, אין הוא יכול לתת יד להתנהלות של הצדדים אשר עלולה לכרסם באותו שלד ציבורי.²¹ משכך, סוגיית ההתנגשות בין הממד ההסכמי לשלד הציבורי מחייבת את בית המשפט "להשיג את האיזון הראוי במתן עצמאות דיונית מרבית לבורר ולצדדים לבין הצורך לשמור על עינו הפקוחה של בית המשפט על הליכי הבוררות כדי להבטיח את תקינותם ואת היותם אמצעי יעיל והוגן לעשיית צדק."²²

תחום אשר מאפשר להאיר זרקור על מתח זה הוא האפשרות לביטול פסק בורר משום שתוכנו של הפסק מנוגד לתקנת הציבור, ככתוב בסעיף 24(9) לחוק הבוררות.²³ זאת, בשל המתח הנוצר בסוגיה זו בין הסמכות אשר הצדדים נותנים לבורר לבין ערכים העומדים בליבת החברה ומערכת המשפט.

¹⁷ רע"א 6999/96 מכשירנות חדרה בעמ' נ' פרץ רויכמן, נב(2) 752 (1998); אורי גורן בורות 23–28 (2018); רע"א 4323/11 ליאון נ' סחיש (נבו) 19.9.2011; ראו גם רע"א 4146/23 פלסיו נכסים בע"מ נ' פדלון לבניין והשקעות (ר"ע) 1982 בע"מ, פס' 15 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו) 13.6.2024.

¹⁸ יפים לכך, למשל, הדברים ברע"א 5991/02 גוירצמן נ' פריד, נט(5) 1 (2004), פס' 11 לפסק הדין של השופט טירקל: "בוררות היא הליך שמטרתו ליישב מחלוקת בין בעלי דין במהירות, ביעילות ואף באופן דיסקרטי. בגדר הסכם הבוררות ובמהלכה יכולים הצדדים להשפיע במידה רבה על עיצוב תוכנה של הבוררות, על הסמכויות הניתנות לבורר ועל האופי הדיוני של הבורר. שחרורו של הבורר מכבלי הדין המהותי, סדרי הדין וכללי הראיות, מאפשר לו להתחשב בשיקולים של צדק וכן בשיקולים של הגינות – שאינם בהכרח שיקולי משפט – לשם השגתם של פתרונות מעשיים – צודקים למחלוקת (אוטולנגי בורות – דין ונוהל, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1–2). יכולת ההשפעה האמורה של הצדדים על עיצוב תוכנה של הבוררות, על סמכויותיו של הבורר ועל האופי הדיוני של הבורר, ואף שחרורו מכבלי הדין המהותי, סדרי הדין וכללי הראיות, אינם מייטרים את הצורך בפיקוח שיפוטי על הבוררות. פיקוח זה בא להבטיח את הניהול התקין, התקינות וטוהר ההליכים של הבוררות, כמו את הפעלתה בדרך דיונית יעילה, ואת העמידתו של פסק הבוררות על יסודות התואמים את מושגי היסוד המקובלים על הציבור."

¹⁹ ס' 23(א) לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968; רע"א 1531/14 אבו דעוף נ' אבו דעוף (נבו) 14.7.2014.
²⁰ רע"א 3680/00 גמליאל נ' מגשימים כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, נז(6) 605, פס' 10 לפסק הדין של השופטת פרוקציה (2003).

²¹ ראו למשל רע"א 1531/14 אבו דעוף נ' אבו דעוף, פס' 11–17 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו) 14.7.2014. שם מובהר כי מסורת עבודת ועדות הסולחה אינה יכולה לגבור על מושכלות יסוד שבדיני הבוררות כדוגמת כללי הצדק הטבעי; ס' 3 לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968; ס' 24(3), 24(9)–10 לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968.

²² ע"א 4886/00 גרוס נ' קידר, נז(5) 933, פס' 11 לפסק הדין של השופטת פרוקציה (2003).
²³ ס' 24(9) לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968.

בעניין **עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל**, לדוגמה,²⁴ השופטת פרוקציה גורסט כי במצבים אשר הבורר מקיים הסכם שנוגד את תקנת הציבור או שביצעו בלתי חוקי, אזי הוא פוסק בחריגה מסמכותו. דהיינו, שהממד הציבורי של דיני הבוררות גובר במקרה שכזה על ההסכמי. כמו כן, בעניין **זכי לוי**, נכתב כי במקרה שהבורר נותן את פסקו למרות שכבר היה לגביו "מעשה בית דין", קרי החלטה או צו מניעה על ידי בית המשפט – אזי הוא פוסק ללא סמכות.²⁵ גם ביחס לפסיקה בניגוד לראיות או בהיעדרן עלתה הטענה כי יש לבטל את פסק הבוררות עקב היותו נוגד את תקנת הציבור.²⁶

כל אלה נובעים כאמור, מכך שמוסד הבוררות הוא חלק ממערכת המשפט ובעל חשיבות לכלל הציבור. כך שבעלי הדין בהליך הבוררות יכולים לעצב את תנאיו רק ביחס לדברים הנוגעים אליהם בלבד, ולא דווקא ביחס לדברים אשר מגבילים את בית המשפט או צדדים אחרים.²⁷

ביחס לכך הודגש בפסיקה כי שעה שהמחוקק נתן (או לא נתן) לבית המשפט סמכות מסוימת הנוגעת להליך הבוררות, אזי אין הצדדים להליך הבוררות יכולים לצמצם או להרחיב בהסכמתם את היקף סמכות הביקורת השיפוטית הנתונה לבית המשפט.²⁸ זאת אלא אם הסמכות לעשות כן ניתנה לצדדים בחוק.

מכל אלה אנו למדים כי כניסת הצדדים להליך בשערי ההגדרה "בוררות" מחייבת אותם לפעול בהתאם לשלד ציבורי, שלד אשר אף שהוא חופף לעיתים להגדרות אשר מוצאן בדיני החוזים (כדוגמת תקנת הציבור), כולל הוא גם הגדרות אשר הן ייחודיות לדיני הבוררות ושאינן מחוק הבוררות והפסיקה המפרשת אותו – אשר אין הצדדים יכולים להתנות על חלקים ממנו.²⁹ אין להגדרה זו חשיבות "עיונית גרידא", אלא גם השלכה על התוקף הנורמטיבי של הגורם המברר ועל בחינת בית המשפט והפיקוח שלו על ההליך.³⁰

לפיכך, אנו למדים גם כן כי מוקשית ההנחה כי אף אם מתקיימים מבחני **הלכת שמן** וניכר כי אומד דעת הצדדים מבחינה אובייקטיבית היה לקיים הליך בוררות,³¹ הצדדים יכולים להוציא את ההליך מגדר תחום הבוררות. הדבר נכון במיוחד כאשר התנהלות זו תורמת להם אקס־פוסט.³² שכן, בכך ניתן לצדדים, הלכה למעשה, הכוח לצמצם את היקף סמכות הביקורת השיפוטית על הליך שמהווה בפועל הליך בוררות. זו

²⁴ רע"א 10487/07 **עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' חי**, סג' (3) 795 (2010).
²⁵ ע"א 88/89 **לוי נ' "שלב"**, הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ (נבו) 31.12.1989; לאחרונה ניתן פסק הדין בעניין ת"א (מחוזי ת"א) 36258-11-24 **אור הגנוז מושב שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ נ' זיאת** (נבו) 4.6.2025. שם דן בית המשפט המחוזי ב"כתב התחייבות" אשר כלל תנאים לקבלה למושב. בית המשפט קבע כי התנאים האמורים בכתב ההתחייבות אינם מגבשים יחסים חוזיים מהטעם שהם מנוגדים להוראות סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. לפיכך, הורה בית המשפט על ביטולו של החלק של פסק הבוררות אשר הסתמך על כתב ההתחייבות מהטעם שהוא מנוגד לתקנת הציבור ומכוח סעיף 24(9) לחוק הבוררות.

²⁶ ה"פ (מחוזי תל אביב-יפו) 267/06 **צור אביב בניה ופיתוח בע"מ נ' תשובה** (נבו) 28.5.2009; ת"א (מחוזי חי') 165/06 **איזמירלי נ' תשבי** (נבו) 6.10.2008; יש לציין כי ברע"א 5991/02 **גוירצמן נ' פריד**, נט' (5) 1 (2004) הפך בית המשפט העליון את פסק הדין של בית המשפט המחוזי בת"א (מחוזי חיפה) 433/01 **גוירצמן נ' פריד** (נבו) 2.6.2002 אשר קבע כך.

²⁷ אורי גורן **בוררות** 24 (2018).

²⁸ ראו גם עניין **פלסיו נכסים**, לעיל ה"ש 17; רע"א 8941/06 **עיריית חיפה נ' ב.מ. כרפיס דדו בע"מ** (נבו) 04.11.2009. ראו בעניין זה גם את החלטת השופטת יהודית שבח בעניין אב"ע (מחוזי ת"א) 17564-01-24 **דנציגר נ' ל.ג.כ. השקעות בע"מ** (נבו) 30.01.2024. שם הבהירה השופטת כי לבורר אין את הסמכות ליתן צו לפירוק חברה או להכריז כי חברה חדלת פירעון, שעה שמדובר בסמכות שהיא ייחודית לבית המשפט המחוזי ביושבו כבית משפט לחדלות פירעון. כך, גם אין הצדדים יכולים להעניק לו סמכות זו. ראו לעניין זה גם את בשי"א 358/89 **זלוטי נ' זלוטי**, מג' (4) 041 (1989) שם נפסק כי: "כח התנייה של הצדדים מוגבל מטבעו לדברים הנוגעים להם בלבד ואינו משתרע על עניינים העשויים להשפיע על המערכת השיפוטית ומבנה הסמכויות שבה."

²⁹ עניין **אלישיב**, לעיל ה"ש 6; פסק הדין אושר בבית המשפט העליון ברע"א 7888/19 **אלישיב - יעון ופיתוח תחנות כח בע"מ נ' פ.ק. גנרטורים וציד בע"מ** (נבו) 26.12.2019; עניין **פלסיו נכסים**, לעיל ה"ש 17, בפס' 23 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו) 13.6.2024.

³⁰ ה"פ (מחוזי ירושלים) 305/99 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' מזרחי** (נבו) 25.8.2002.

³¹ ראו את פסק הדין של השופט שמגר בעניין **שמן**, לעיל ה"ש 5.

³² לצורך כך ראו גם את פסק דינו של כבוד השופט עדי הדר אשר ניתן בבית המשפט השלום ה"פ (שלום ת"א) 74546-01-20 **בכור נ' קומפי מיטל בע"מ** (נבו) 15.7.2021. השופט אינו עושה שימוש באותה הצדקה, אולם מגיע לאותה תוצאה, והיא שאף שהצדדים נמנעו מלקרוא לגורם המברר בורר, אלא קראו לו פוסק – הלכה למעשה מדובר בבורר לאור מבחני הפסיקה ולפיכך כך יש להתייחס אליו.

פרשנות המנוגדת לחלוטין לתפיסה המבקשת לחזק את היסוד הציבורי של דיני הבוררות, כמו גם לכלל שלפיו אין הצדדים יכולים לצמצם או להרחיב את סמכות בית המשפט מעבר למוגדר בחוק כאמור לעיל.³³

דוגמה למקרים שבהם נתקבלה הנחה זו ניתן לראות בעניין **לוי קבלני בנין**,³⁴ אשר הוצג לעיל, כמו גם בעניין **זרזיר**,³⁵ אשר נדון בבית המשפט המחוזי. שם הסכימו הצדדים על מינויו של מומחה כבעל סמכות הכרעה בכל המחלוקות הקיימות ביניהם תוך בחינת הראיות. אולם על אף שבית המשפט הדגיש בפניהם שמדובר על פניו בבורר והציע לצדדים להגדירו ככזה, אלה סירבו. משכך, ועל אף שהתקיימו כמה יסודות המצביעים על מינויו של בורר, בית המשפט קבע כי מדובר במעין בורר. הצדקתו לכך נטועה הייתה בפגיעה נטענת לזכות הגישה לערכאות (תוך הסתמכות על **עניין לוקי** ובכך, הלכה למעשה, מציאתו עליון **למבחני שמן**). הצדקה ובחינה אשר כפי שכבר הוצג לעיל, ועל כך יורחב גם בהמשך, אינן יכולות להחזיק מים.

קבלת הנחה זו, כי גם כאשר מתקיימים **מבחני שמן**, הצדדים יכולים לסרב כי הגורם המכריע ייקרא בורר, תאפשר לצדדים לעקוף את מוסד הבוררות ולהימנע מביקורת של בית המשפט ובכך עלולה ליצור חוסר קוהרנטיות בפסיקה. זאת, שעה שאותו מקרה עובדתי ואותן שאלות משפטיות בדיוק ייבחנו בהתאם לדינים אחרים רק מכיוון שבמקרה אחד הצדדים טען כי מדובר בפוסק או מעין בורר, ולא בבורר – הגם שכל מבחני ההלכה להגדרת הבורר מתקיימים.³⁶

פשיטא, כי מטעמים אלה שאלת סיווג הגורם המברר כ"בורר" צריכה להיות מעוגנת בבסיס הציבורי של דיני הבוררות, היות שהיא מהווה את שער הכניסה לעולם זה. בדומה לכך שחובת הצדדים לציין את הסכמתם למסור את הסכסוך לבורר בכתב מעוגנת בעולם מושגי זה והצדדים אינם יכולים להתנות עליה.³⁷

נראה, אפוא, כי במקרים בינריים השאלה האם יש להחיל את הדין החל על הליכי בוררות היא קלה יותר. במקרים שבהם מתקיימים כל מבחני **הלכת שמן** יש לעשות כן, ובמקרים שבהם לא מתקיים אף לא מבחן אחד, אזי אין לעשות כן.

אולם, עולה השאלה המורכבת יותר – האם משלא התקיימו כלל מבחנים אלה, אלא אחדים בלבד, ובית המשפט מתקשה לקרוא לגורם המברר "בורר", רשאים הצדדים לפנות לדיני הבוררות כמקור נורמטיבי, והאם בית המשפט רשאי לעשות בדיני הבוררות שימוש. לטעמי בשאלה זו טמון האיזון המורכב ביותר בין הגדרת המעין בורר להגדרת הבורר, ואלה אתייחס כעת.

2.ג. הילכו מעין בורר ודיני הבוררות יחדיו?

נראה כי אין לשאלה האם ילכו מעין בורר ודיני הבוררות יחדיו תשובה ברורה בפסיקה. ניתן למצוא פסקי דין, אשר אף שהם קובעים שאין מדובר בבורר, אין הדבר עוצר אותם מלעשות שימוש בדיני הבוררות כהיקש או באנלוגיה כדי לענות על השאלה המשפטית המשיקה לשני מוסדות משפטיים אלה.

בעניין **מרום שירותי תעופה**,³⁸ לאחר שהשופט גולדברג קבע כי אין מדובר בבורר, ולאחר שהפנה להלכת **שמן**, פנה הוא לדון בשאלת החריגה מסמכות של הגורם המברר. לשם כך הוא בחר להיתלות כאסמכתה משפטית בפסק הדין המנחה בעניין בדיני הבוררות, הלא הוא עניין **דניה סיקוס**,³⁹ ואף עשה שימוש בסעיף

³³ שם; רע"א 8941/06 **עיריית חיפה נ' ב.מ. כרפיס דדו בע"מ** (נבו 4.11.2009).

³⁴ ע"א 821/88 א. **לוי קבלני בנין בע"מ נ' אבו חמוד**, מד(2) 771 (1990).

³⁵ ראו עניין **זרזיר**, לעיל ה"ש 10, בפס' 79 לפסק הדין של השופט מנדלבוים.

³⁶ ראו את פסק הדין של השופט שמגר בעניין **שמן**, לעיל ה"ש 5.

³⁷ ס' 1 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; מאיר שמגר "בוררות-הסמכות להכריע בשאלת הסמכות" **משפט ועסקים** 83א, 86 (2004); ע"א 491/76 **גאולים מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' צדוק**, פ"ד לא(3) 625, 634.

³⁸ ר' עניין **מרום**, לעיל ה"ש 10.

³⁹ ע"א 823/87 **דניה סיקוס חברה לבנייה בע"מ נ' ס.ע. רינגל בע"מ**, מב(4) 605 (1989).

24(3) לחוק הבוררות ופסקי דין נוספים המפרשים אותו, כאילו הדבר מובן מאליו. רוצה לומר, כי השופט גולדברג סבר שאין מדובר בבורר (ואף לא במעין בורר, אלא בשמאי), הרי שדיני הבוררות מהווים אכסניה מתאימה שמהם ניתן ללמוד על פרשנותו. אולם, הוא עשה זאת ללא הסבר מניח את הדעת ולא פירט מדוע הוא אינו פונה לדיני החוזים בלבד.

בעניין **הפלר** השופט עמית קבע כי הגורם המברר הוא שמאי, ולא בורר או אפילו מעין בורר.⁴⁰ לאחר מכן הוא פנה לעשות שימוש בסעיף 26(1) לחוק הבוררות, אשר מתייחס לסמכות בית המשפט "לדחות בקשה לביטול פסק בורר, **"אם היה סבור שלא נגרם עיוות דין"**, גם אם התקיימה אחת או יותר מעילות הביטול לפי סעיף 24 לחוק" (ההדגשה במקור – א"ר). השופט עמית אף מרחיב ומבהיר כי "על דרך האנלוגיה, ניתן להחיל סעיף זה גם כאשר ב"שמאי", "מעריך" או "מעין בורר" עסקין."

בעניין **בוכריס** הצטרף בית המשפט העליון לדיון בטענה לניגוד עניינים של "מומחה המכריע" אליו התייחס בית המשפט כמעין בורר.⁴¹ בשלב זה בית המשפט התקשה להכריע איזה דין יש להחיל על אותו גורם לצורך ההכרעה – האם מדובר בדין החל על בורר או הדין המוחל על מומחה (ובעניין זה מומחה מטעם בית המשפט).

משכך, השופטת וילנר בחרה לבחון הן את דיני הבוררות והן את הדין החל על מומחה כדי להגיע לכדי הכרעה בשאלה האם אותו גורם נמצא בניגוד עניינים. לאחר דיון נפרד בשתי סוגיות נפרדות אלה, השופטת וילנר הגיעה למסקנה ששני דינים אלה מובילים לכך שאותו "מומחה מכריע" לא נמצא בניגוד עניינים. בעשותה כן השופטת וילנר בחרה שלא להכריע בשאלת הדין החל, משזאת לטענתה התייתרה. אולם היא הבהירה ללא ספק, כי לטעמה ראוי ונכון לפנות לדיני הבוררות כדי לבחון מענה לשאלות משפטיות העולות ביחס למעין בורר – מהלך שככל הנראה נתפס גם על ידה כאינטואיטיבי, אך לא מוסבר כראוי.⁴²

נראה כי בעניין **עם הפנים ליפו** הייתה זו הפעם הראשונה שבה נעשה היקש שכזה וגם הוסבר.⁴³ השופטת עמית-אניסמן ביקשה שלא לקבוע מסמרות אם מדובר בבורר או מעין בורר. אולם היא סברה כי ניתן לגזור גזרה שווה מהוראות סעיף 11 לחוק הבוררות ביחס לשאלה מתי ניתן להעביר מעין בורר מתפקידו והיא הפנתה לפסיקה, לרציונליזם ולמדיניות השיפוטית הראויה הלקוחים מדיני הבוררות, אשר קיימים גם במקרה זה, בהתייחסותה גם לכך שהקו המפריד בין בורר למעין בורר עשוי לעיתים להיות מטושטש ולא ברור והדבר נכון לטעמה גם במקרה עובדתי זה.

מנגד, עלולה להיתפס כסותרת את עמדה זו קביעתו של השופט דנציגר בעניין **יפה נותחחבורה** בבית המשפט העליון. שם פסק הוא כי כאשר מדובר בגורם שאינו בורר, הוראותיו של חוק הבוררות אינן חלות עליו.⁴⁴ עם זאת, אציע לפרש אמירה זאת כהמשכית לפסקי הדין הנוגעים בשאלת הסיווג. קרי, אם אין מדובר בבורר, חוק הבוררות אינו מחייב את אותו גורם.⁴⁵ יודגש כי לא נטען שם שבמקרה שכזה לא ניתן ללמוד בהיקש

⁴⁰ ת"א (מחוזי חיפה) 895/02 **יפה נותחחבורה נ' הפלר** (נבו 17.12.2006) (להלן: "עניין הפלר").

⁴¹ ע"א 2706/22 **בוכריס נ' המשבב איץ. אמ. טי. אס. בע"מ** (נבו 4.7.2023).

⁴² מעניין להתייחס גם לדעת היחיד אשר הציגה השופטת ברק-ארז באותו עניין. שם, בעמ' 22, הסבירה השופטת ברק-ארז כי בעוד היא מצטרפת להכרעתה של השופטת וילנר, היא סבורה כי עקב מאפייניו הספציפיים של אותו גורם מברר – אשר ניתן לו "הן סמכויות שבמומחיות והן סמכויות של הכרעה" – יש להחמיר עימו במיוחד. בכך נראה כי היא כן מכריעה באותו עניין – וככל הנראה מכוונת להחלת דיני הבוררות עליו, אולם נמנעת מלקיים ניתוח בהכרעתה.

⁴³ ראו עניין **עם הפנים ליפו**, לעיל ה"ש 10; מעניין לראות כי בהחלטה מאוחרת יותר, ת"א (מחוזי ת"א) 12238-05-23 **ליס בע"מ נ' סקאל** (נבו 12.3.2025), השופטת עמית-אניסמן עושה פעם נוספת היקש מהדין החל על בורר לדין החל על מעין בורר וזאת בשאלת זימונו ליתן עדות על אודות פסקו. בפס' 32 להחלטה היא מסבירה כי הרציונל שלפיו אין לזמן בורר, אלא במקרים חריגים ביותר על מנת לשמור על כבודו, ראוי לחול גם על מעין בורר באותה מידה. אולם אז בפס' 34 היא גורסת כי ניתן ללמוד זאת גם מהשוני שבין המוסדות, הטמון, כך לטענתה, באופיו המהיר והיעיל של המעין בורר. מדוע מעין בורר מהיר ויעיל יותר מבורר וכיצד, זאת השופטת אינה מבהירה.

⁴⁴ ע"א 1168/07 **יפה נותחחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר** (נבו 1.2.2009).

⁴⁵ ראו מסקנה דומה בה"פ (מחוזי ירושלים) 305/99 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' מזרחי**, פס' 5 להחלטה של השופט גל (נבו 25.8.2002).

מפסיקה המתייחסת לחוק הבוררות (באותו עניין בשאלת העברת בורר מתפקידו לפי סעיף 11(1) לחוק הבוררות). הבחנה זו התייחסה שכן השופט דנציגר קבע שאין מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא ומכיוון שלא שוכנע "כי נפגעה מראית פני הצדק בפניותיהם בכתב של הצדדים אל השמאי."

ארבעת פסקי הדין העושים שימוש בדיני הבוררות כאנלוגיה, ועניין עם הפנים ליפו במיוחד, נותנים, כך נראה, תשובה לשאלה האם ניתן לעשות שימוש בדיני הבוררות גם כאשר אין מדובר בבורר. התשובה היא שניתן, והדבר אף ראוי, לאור ההבנה ששאלות דומות קיבלו מענה בדיני הבוררות והן חולקות הצדקות דומות עד זהות פעמים רבות. דיני הבוררות מהווים את מקור הפסיקה והספרות המפותח ביותר ביחס לסוגיות אלה, כאשר אותה השוואה נעשית על בסיס אנלוגיה או השוואה בלבד.

ברם, יש לזכור שאין נאמר בפסקי דין אלה שהגורם המברר מחויב היה בחוק הבוררות או מוגבל על ידו. נכון הדבר שבאמירה שניתן להחיל עליו את אותם הדינים החלים על בורר, ניתן לחשוב כי מדובר בכרסום בהבדלים שבין מעין בורר לבורר. אולם, אין הדבר נכון בעיניי. יש לזכור שמעין בורר אינו מחויב לאותו שלד ציבורי אשר אליו הבורר מחויב ובית המשפט מחויב לפסוק לפיו. הוא אינו מחויב גם להגדרות הקוגנטיות בחוק הבוררות. לדוגמה, הצדדים לא מוגבלים בקביעת מנגנוני ערעור על הכרעת המעין בורר (וחובת ההנמקה הנלמדת ממנגנוני הערעור הקבועים בחוק הבוררות) ואינם מנועים מלנהל את ההליך לפני בית המשפט. אולם מנגד, אין הוא גם זכאי לסמכויות אשר ניתנות לבורר מעצם הגדרתו, וללא צורך הצדדים להגדירן, מתוקף חוק הבוררות.⁴⁶

מכאן עולה השאלה, האם יכולים הצדדים להליך שבו מדובר במעין בורר להפנות לפסיקה הנוגעת לדיני הבוררות כדי להוכיח טענות אשר, מכוח סיווגו של הגורם כמעין בורר, מקורן בדיני החוזים? זאת בהנחה שבית המשפט, כמפורט לעיל, מתייחס בכמה פסקי דין לדיני הבוררות ושואב מהם את המקור הנורמטיבי לפסיקותיו, אף שאין מדובר בבורר.

לדוגמה, האם צדדים להליך שכזה יכולים להעלות טענה כי ניתן לענות על שאלת הסמכות של מעין בורר על ידי שימוש בפסקי דין הדנים בתחולת סעיף 24(3) לחוק הבוררות?

נראה כי משבית המשפט עושה כן ללא קושי, גם הצדדים יכולים לפעול כך. אולם בהתאם לכך שאין מעין בורר מחויב לדיני הבוררות (ובמקרים רבים גם לא לדין המהותי), נראה כי יהיה עליהם לנמק מדוע במקרה זה יש להיקש המתבקש נפקות, כמו גם כי מתקיימים הרציונלים ושיקולי המדיניות המשפטית הראויה המתקיימים בדיני הבוררות ביחס לאותה סוגיה.

ככל שהגורם המברר קרוב יותר להגדרה של בורר, ניתן לעשות היקש זה ביתר קלות. אולם היקש זה בכל מקרה מחייב הסבר והנמקה. בנקודה זו שונה ומתבלט עניין עם הפנים ליפו מפסקי הדין בעניין מרום, הפלר ובוכריס, אשר הוצגו לעיל.⁴⁷ אף שניתן להסכים עם כך שהרציונלים גם באותם פסקי דין היו זהים והשימוש באנלוגיה זו היה מוצדק, הרי שהם לא הסבירו כלל את הקפיצה הלוגית אשר מאפשרת לעבור ישירות מהקביעה שאין מדובר בבורר לשימוש בדיני הבוררות.

אותה דרך תוביל גם למסקנה שאין למצוא שאמירתו של השופט דנציגר בעניין יפה נוף תחבורה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה עם פסק דין עם הפנים ליפו, אלא שהיא מייצגת את הצד השני של אותו

⁴⁶ ראו לדוגמה את ס' 15, 16, 33 והתוספת הראשונה לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; כמו כן יש לזכור שמעין בורר חב את קיומו למוסד הבוררות, אשר בפתחו הוא עומד, אך אליו לא נכנס. משכך, זליגה של עקרונות ורציונלים מדיני הבוררות אליו אינה בלתי טבעית, וראו עניין מרום, לעיל ה"ש 10; על הקוגנטיות שבמסלולי הערעור הקבועים בחוק הבוררות ר' ישראל שמעוני דיני בורות – אופק חדש בבוררות כרך א' 39 (2019); על החובה המוטלת על הבורר לנמק את פסק הבוררות אם הצדדים קבעו בהסכם הבוררות מנגנון ערעור ראו סעיפים 21א(1) ו-29ב(ב) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

⁴⁷ ראו עניין מרום, לעיל ה"ש 10; עניין הפלר, לעיל ה"ש 40; עניין בוכריס, לעיל ה"ש 41; עניין עם הפנים ליפו, לעיל ה"ש 10.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מטבע, כפי שצוין לעיל.⁴⁸ משהשופט דנציגר הגיע למסקנה שדיני הבוררות אינם רלוונטיים לעניין הואיל ועובדות המקרה מעלות כי אין מדובר בבורר ואין צורך להכריע בשאלות הנוגעות לנפקות סיווג – הוא לא דן בהן ולא עשה בהן שימוש בדרך ההיקש או האנלוגיה (ויוזכר כי בעניין שם מדובר היה בשמאי, ולא במעין בורר ממילא).

אם כן, ראינו כי עיון בפסיקה מלמד כי אין ספק ממשי בעיני בית המשפט כי ניתן לעשות שימוש בדיני הבוררות כאשר אין מדובר בבורר. עם זאת, ניתן לראות כי השאלה מתי ניתן לעשות שימוש בדיני הבוררות ומתי לא, כלומר מהם גבולות ההחלה, לא נידונה בספרות ובפסיקה. ודאי לא בצורה מספקת.

על כן, ובשל ההבנה ששאלת סיווג המעין בורר אף היא אינה חפה מקשיים ומטעויות ביישום בפסיקה, תת-הפרק הבא מבקש להציע פתרון דוקטרינרי ונורמטיבי לשאלות אלה.

פתרון דוקטרינרי זה יאפשר ודאות גבוהה יותר בסיווג לבורר ולמעין בורר וייתן הכוונה ביחס לשאלה באילו מקרים אכן יש להקיש מדיני הבוררות, על ידי שילוב המבחנים אשר התקבלו עד היום בפסיקה.

ג.3. הפתרון המוצע – מבחן תלת-שלבי

הבעיה בשאלת סיווג הבורר והמעין בורר מורכבת משלושה נדבכים. הראשון, קביעת המבחנים אשר מטים את הכף בשאלה זאת ומבהירים אימתי ניתן לקבוע כי מדובר בבורר.

השני, אם מדובר במעין בורר, מה הן השלכות הגדרה זו על הגורם המברר. כיום נוצר מצב בפסיקה שלפיו ההגדרה מעין בורר ניתנת לעיתים כחליפית לשמאי-מכריע או מומחה-מכריע – היינו אדם אשר לו הסמכות לקבוע ממצאים עובדתיים בלבד – ומשתרעת עד לכדי מצבים שבהם הגורם המברר מהווה שופט בדימוס אשר חסר הגדרה אחת ממבחני שמן. לעיתים מדובר במקרים שבהם הגורם המברר מקיים את כל מבחני הלכת שמן, אולם הצדדים נמנעים בכל תוקף מלהתייחס אליו כבורר (והוא הלכה למעשה בורר). מדובר בהגדרה רחבה מאוד אשר מתקשה לסבול הכלה של אותם עקרונות.

השלישי, אשר משלים את השני, הוא השאלה, בהינתן הגדרה זו, האם ניתן לפנות לדיני הבוררות כ"קולב משפטי", כדי לבסס טיעון או הנמקה משפטיים.

מבחני הסיווג המוצעים מאפשרים לענות על שלוש שאלות אלה יחדיו ומאפשרים לתת ודאות לשופטים ולצדדים להליך ביחס לשאלה איך יש להתייחס לאותו גורם מברר ואף להכווין את התנהגותם של צדדים הדנים במעמדו של הגורם המברר בשלב החוזי או הטרור חוזי.

השלב הראשון הוא בחינת השאלה האם אומד דעת הצדדים היה לפנות לבוררות על ידי יישום מבחני הלכת **שמן** – קרי, מבחנים אובייקטיביים :

(1) קיומו של סכסוך קיים או עתידי ; (2) קיומה של סמכות בידי הבורר להטיל חיובים כספיים על הצדדים ; (3) סמכות לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי ; (4) ייצוג הצדדים על ידי פרקליטים. אני מסכים עם השופט שמגר כי היסוד הרביעי אינו בעל משקל זהה לאחרים.

עם זאת, מוצע כי בהתאם לנאמר בעניין **רם חברה לעבודות הנדסיות**, ניתן יהיה להיעזר בבחינת התנהגותם של הצדדים גם לאחר מועד כריתת ההסכם כדי לפרש את אומד דעתם,⁴⁹ שכן, מדובר בכלי עזר נוסף לצורך הבנת אומד דעתם של הצדדים. אין סיבה שמופעים משכנעים (אשר ניכר כי לא נאמרו אך לצורך הטיעון

⁴⁸ ע"א 1168/07 יפה נוף- תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר (נבו 1.2.2009).
⁴⁹ עניין **רם חברה לעבודות הנדסיות**, לעיל ה"ש 6.

המשפטי) המוכיחים כי צד ביקש ליתן לגורם המברר מעמד של בורר, לדוגמה, לא יובאו בחשבון, רק מכיוון שהופיעו לאחר כריתת ההסכם. אולם, ברור שיש להביא בחשבון את מועד הופעת ההתנהגות והקוהרנטיות שלה עם דרך ההתנהגות הכוללת של בעל הדין.

לבסוף, אציע לאמץ גם את פרשנות השופט רון סוקול בעניין **עירית חדרה** למבחני המשנה השלישי והרביעי.⁵⁰ כך, בהינתן שהצדדים לא רק מנהלים הליך בעל אופי שיפוטי על ידי עורכי דין, אלא מנהלים אותו לפני גורם בעל שיעור קומה משפטי, "משפטאי מובהק",⁵¹ או שופט בדימוס ועושים שימוש בשפה משפטית ומעלים טיעונים משפטיים, הרי שהתנהלותם תהווה סימן מובהק להיותו של אותו גורם בורר ולהיות ההליך המתנהל בין הצדדים הליך בוררות. הלך רוח כזה של הצדדים מבהיר כי מדובר בצדדים מיועדי משפט, אשר הביעו את דעתם בצורה המובהקת ביותר להתקיימותם של מבחני **הלכת שמן**, מתוך הבנה כי בכך הם מקבלים על עצמם, מכללא או במוצהר, את השלד הציבורי של דיני הבוררות.

התקיימותם של תנאים אלה מחייבת הגעה למסקנה שמדובר בבורר, ואין זה משנה אם הצדדים טוענים אחרת במהלך ההליך או נמנעים מלטעון לשאלת סיווגו. על בית המשפט להתייחס אליו כבורר בפסקו.⁵² מכך גם נגזר כי בהתקיים השלב הראשון בבחינה, הרי שהצדדים יכולים לעשות שימוש בטיעונים הלקוחים מעולם הבוררות, ואף רצוי שהדבר ייעשה.

אבקש לחדד כי אין נפקא מנה אם הצדדים פטרו את הבורר מהדין המהותי ומדיני הראיות, שכן גם אז הבורר רשאי לעשות שימוש בדיני הבוררות במסגרת "הדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה של הסכסוך".⁵³

השלב השני נבחן כאשר הגורם המברר לא עמד במבחנים אשר הוצגו בשלב הראשון. בשלב זה אציע לעשות שימוש במבחן שהשופט **ברק** הציע בעניין **שמן**. שם עמדתו התקבלה כאמור בדעת רוב, אולם לא נשתמרה עם השנים. לאור מבחן זה, יש לבחון רק אם הגורם המברר נתבקש להכריע ב**סכסוך**, קיים או עתידי. אולם, כלי זה חסר את הכוח להיות חד-משמעי מספיק כמפורט לעיל. לפיכך, יוצע כי בנוסף ליסוד זה, יהיה צורך להוכיח כי במסגרת פרשנות חוזית או בייקטיבית וסובייקטיבית של אומד דעת הצדדים ישנן ראיות להבעת אומד דעתם לפנות להליך בוררות, גם אם בצורה שאינה מקיימת את **מבחני הלכת שמן**.

לשם כך יאומץ עניין **לוקי**, כפי שיש לקרוא אותו. דהיינו, שבמקרה שלא מתקיימים מבחני **שמן**, יש להביא ראיות משכנעות לקשירתו של הסכם בוררות, ובלעדיהן "תתחייב המסקנה כי הסכם כזה לא נקשר".⁵⁴

אם צד להליך מצליח לעבור את המשוכה הגבוהה הזאת, הרי שמדובר בהליך בוררות המתנהל לפני בורר. אולם, אף אם צד אינו מצליח לעבור משוכה זאת ורק מוכיח כי הצדדים הסמיכו את הגורם המברר להכריע

⁵⁰ ר' עניין **עירית חדרה**, לעיל ה"ש 8.

⁵¹ בהשאלה מס' 2(3) לחוק השופטים, התשי"ג-1953. הכוונה אינה כי אותו גורם עומד בהגדרות לשפיטה בבית המשפט העליון, אלא שמדובר באדם בעל ניסיון והבנה עמוקה בעולם המשפט.

⁵² עניין **קומפי מיטל**, לעיל ה"ש 10.

⁵³ פרט י"ד לתוספת הראשונה לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; רע"א 7711/21 ב.ס.ט. **בנייה בע"מ נ' יסודות יניב בע"מ** (נבו 8.12.2021).

⁵⁴ ר' עניין **לוקי**, לעיל ה"ש 13; דוגמה אפשרית למקרה שבו מתקיים מבחן ברק בעניין **שמן** אולם עדיין אין מדובר בבוררות היא מקרה שבו הצדדים מאפשרים למומחה שמינה בית המשפט להכריע בסכסוך, אולם מבלי שזה מנהל דיון עם הצדדים וללא שזה גובה ראיות, אלא מתבסס על אלו שנמסרו בהליך בלבד, או מצב שבו הוא הוסמך להכריע בסכסוך אולם לא לקבוע חיובים כספיים, ואלה הושארו לשיקול דעתו של בית המשפט. במצב דברים כזה ברור שהצדדים העדיפו שלא להוציא את הסכסוך מדלתות בית המשפט. אדגיש כי אין בכוונתי להתייחס למצב שבו מחלוקת הצדדים היא על עצם קיומה של פנייה לגורם מברר או על קיומו של הסכם בכתב המפנה אליו, שכן, אם אין בנמצא הסכם שכזה, כלל אין אנו נכנסים בגדר ס' 1 לחוק הבוררות וראו ביחס לכך הפ"ב (מחוזי ב"ש) 22709-11-18 **אברמוביץ נ' חברת סוטר בע"מ** (נבו 26.8.2019), מאיר שמגר "בוררות – הסמכות להכריע בשאלת הסמכות" **משפט ועסקים** 86, 83 (2004). יצוין כי ביחס למקרים שבהם מדובר על מעיין-בורר אשר נתבקש להכריע בסכסוך ואינו מקיים הליך "מניעתי גרידא" הנוגע לממצאים עובדתיים משניים לסכסוך בלבד, אומצה כבר בפסיקה הגישה שלפיה אין זה רלוונטי האם מדובר על סכסוך עתידי או קיים. לעניין זה ראו עניין **מרום**, לעיל ה"ש 10, **ערים חברה לפיתוח**, לעיל ה"ש 8; עניין **זרזיר**, לעיל ה"ש 10; עניין **עירית חדרה**, לעיל ה"ש 8.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בסכסוך קיים או עתידי – אזי מדובר במעין בורר בעל זיקה להליך בוררות. משכך, ובמסגרת קל וחומר, אם הצדדים מעלים טיעונים משפטיים ואם הגורם המברר הוא אדם בעל הבנה עמוקה בעולם המשפט,⁵⁵ הרי שניתן יהיה לעשות שימוש באנלוגיה לעולם דיני הבוררות.

אולם גם אז ראוי לצמצם את השימוש בדיני הבוררות רק לתחומים שבהם ניתן לנמק היקש זה. תחומים אלה כוללים, ללא כל בעיה, שאלות משפטיות אשר נשענות על הגיונות דומים. שכן, גם הצדקות הבורר בשאלות אלה נובעות מהנמקות הסכמיות ו"חוזיות" אשר מתגבשות לכדי הנמקות מדיני הבוררות.

לצורך כך, ניתן לראות לדוגמה את השימוש בשאלת העברת הבורר מתפקידו מכוח סעיף 11 לחוק הבוררות;⁵⁶ בשאלת סמכות הבורר בהתאם להוראות סעיף 24(3) לחוק הבוררות;⁵⁷ וגם ההיקש מדיני הבוררות וסעיף 24(9) לחוק הבוררות ביחס לביטול פסק מעין בורר כאשר זה מנוגד לתקנת הציבור. דוגמאות נוספות להחלת דיני הבוררות על מעין בורר בעל זיקה לבוררות כוללות את השימוש בעילות נוספות לביטול פסק בורר, כגון שאלת קיומו של הסכם המעביר את הסכסוך להכרעת הגורם המברר (סעיף 24(1) לחוק הבוררות), וכן סוגיות הנוגעות לכללי הצדק הטבעי. סוגיות אלה נהנות מקורפוס פסיקה ופרשנות רחב בדיני הבוררות וחולקות עם המעין בורר בעל הזיקה לבוררות בסיס רעיוני משותף. אין זה אומר שהפנייה לדיני הבוררות בסוגיות אחרות אינה אפשרית, כלל ועיקר, אלא שיש לנמק את ההיקש המבוקש ולהסבירו.

נדמה כי בסוגיות מסוימות, החלת דיני הבוררות על מעין הבורר בעל הזיקה לבוררות מוקשית יותר. כך, למשל, בסוגיית סמכות הבורר להעניק סעדים זמניים, סמכות שאין תמימות דעים בקרב הפסיקה והמלומדים האם בורר רשאי להפעילה. גם התומכים בעמדה שלפיה הבורר רשאי ליתן סעדים זמניים מבססים את יישומה, בין היתר, על מעמדו הסטטוטורי של הבורר ועל האמון שרוחשים למעמד זה הצדדים להליך וצדדים שלישיים.⁵⁸ בנסיבות אלה, למעין בורר בעל זיקה לבוררות לא יהיה בסיס יציב לעמוד עליו עת הוא מבקש להעניק סעדים זמניים שכאלה.

דוגמה נוספת ניתן למצוא בשאלת סמכותו של מעין בורר לפנות לבית המשפט באבעיה – בקשה מבית המשפט ליתן את חוות דעתו בנושא המשפטי הנדון. שהרי אם מדובר במעין בורר, אזי שראשית, הוא אינו נכנס בשער הגדרת בורר ולכן ספק האם בסמכותו לפעול כך. שנית, אייכולתו של המעין בורר לעמוד במבחני השלב הראשון מעידה על היותו חסר באחד או יותר מהיסודות המפורטים לעיל, ביניהם, למשל: הסמכות להורות על חיובים אופרטיביים; הסמכות לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי; או פנייתם של הצדדים לטיעונים משפטיים ממש. עם איונם של אלה, מאוינת נפקותה של אותה אבעיה. אם מדובר בהכרעה בסכסוך אשר כולו עובדתי, ולא נדרשת שום מיומנות משפטית – מהו יתרונו של בית המשפט? במיוחד, כאשר מנגנון האבעיה לא נועד כדי לערב את בית המשפט עד צוואר בהליך בסוגיות עובדתיות. ההפך הוא הנכון.⁵⁹

⁵⁵ עניין עיריית חדרה, לעיל ה"ש 78.

⁵⁶ ראו עניין עם הפנים ליפו, לעיל ה"ש 10.

⁵⁷ ראו עניין הפלר, לעיל ה"ש 40, ועניין מרום, לעיל ה"ש 10; לעניין הדמיון בין עילות ביטול פסק בורר לעילות ביטול פסק מעין בורר והקרבה הרעיונית והיישומית ביניהם ראו פרק ד.1 מטה.

⁵⁸ ה"פ (מחוזי – ת"א) 1091/93 שלפרד חברה לפיתוח ובניין בע"מ נ' בלו את צור חברה לבניין בע"מ, פ"מ תשנ"ד (1) 479, 482 (1993); פסקה טו להצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, ה"ח 717; פסי' יז לתוספת הראשונה לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; ע"א 603/80 אסטבלישמנט נ' הולדיי, לה (3) 393 (1981); שאול מנהיים "לשאלת סמכותו של בורר ליתן צו מניעה זמני וצו עיקולי הפרקליט ל"ו 233, 239-233 (1985); אליהו וינוגרד צווי מניעה - צווי מניעה כרך חלק כללי (ראשון) 186 (2008); ה"פ (חיפה) 209/05 עבדון מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ נ' מזרחי (נבו) 28.11.2005; רע"א 300/89 ולקו חברה לבניין ועבודות עפר בע"מ נ' החברה לפיתוח חוף אילת בע"מ, מה (4) 497, 515 (1991). בסוגיה זו מעניין להתייחס לפער בין בורר מכוח חוק הבוררות לבין בורר מכוח חוק הבוררות המסחרית הבין לאומית, התשפ"ד-2024, כאשר בחוק הבוררות המסחרית סמכות זו מוענקת במפורש לבורר.

⁵⁹ פסי' טז לתוספת לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; בר"ע 179/73 דוד קלעי חברה לקבלנות ולהנדסה בע"מ נ' ורגלניק, פ"ד כח (2) 054 (1974); ע"א 35/65 קאופמן נ' אפשטיין, פ"ד יט 639 (1965); ישראל שמעוני אופק חדש בבוררות – דיני בורות עם ערכאת ערעור 307-308 (מהדורה שלישית 2019); ר"ע 279/82 מנהל המכס נ' ג'ועבה, פ"ד לז (4) 542 (1983).

השלב השלישי לבחינה זו מתבצע כאשר מדובר בגורם מברר אשר לא עמד בשלבים הראשון והשני. במקרה שכזה מדובר במעין בורר שאין לו זיקה לבוררות ולו תפקיד "מניעתי גרידא", הואיל והוא אינו נדרש להכריע בסכסוך, אלא נדרש לקבוע ממצאים עובדתיים בלבד או להכריע בשאלה "מי חייב למי וכמה" לאחר שמוצה הסכסוך והגיע לפתרונו.⁶⁰ במקרה זה יש לבחון את התנהלותו במסגרת דיני החוזים ו"כללי הצדק הטבעי" בלבד. מדובר על גורם חוזי, אשר בעניינו ההקבלה לדיני הבוררות אינה מבוססת. זאת, אלא אם הצדדים או בית המשפט יסבירו מדוע השאלה המשפטית או העובדתית במקרה זה היא בעלת זיקה לדיני הבוררות, אף שהגורם המברר אינו.

פתרון דוקטרינרי זה, כפי שמוצג לעיל, מעוגן בפסיקה ומהווה ניסיון ליצירת סדר וקוהרנטיות בסוגיית סיווג המעין בורר. שימוש בו יאפשר ודאות לצדדים אקס'אנטה, עובר לחתימה על הסכם אשר מעמד הגורם המברר בו אינו מובן לאשורו. הוא גם יאפשר הכוונת התנהגות ויכול לשים סוף ליצורי כלאיים אשר מבקשים לעקוף מנגנונים הקבועים בחוק הבוררות, תוך הגברת העקביות בפסיקה.

ניתן לטעון כי התקנת מבחן סדור להכרעה בשאלת הגדרת הגורם המברר עלולה לפגוע בחופש החוזים של הצדדים להליך הבוררות. זהו יסוד חשוב שעליו בנוי הממד ההסכמי של דיני הבוררות. זאת בהתאם לתפיסה שלפיה חופש מוחלט לעצב את הגדרותיו ותחומיו של הגורם המברר ייטיב עם הצדדים להליך הבוררות. לחלופין, ניתן לאמץ תפיסה שלפיה התערבות בחופש החוזים תפחית את האמון של צדדים פוטנציאליים לבוררות בהליך. ניתן אף לטעון כי בחינת סיווגו של הגורם המברר בהתאם למבחן המוצע לעיל עלולה להוביל צדדים להימצא בהליך שבו לא חפצו למצוא את עצמם מלכתחילה (אם צדדים בחרו לקרוא לגורם המברר בורר חרף העובדה שהוא אינו עומד באף אחד מהמבחנים לעיל או ההפך).

יחד עם זאת, המבחן התלת-שלבי המוצע שואף, כאמור, לבצע איזון מדויק ככל הניתן בין חופש החוזים, במסגרת הממד ההסכמי, לבין השלד הציבורי של דיני הבוררות. המבחנים ותתי-המבחנים אשר מרכיבים את המסגרת הדוקטרינרית המוצעת מבקשים לרדת לשורש ההסכמות בין הצדדים. הם מבקשים לזקק את אומד דעת הצדדים ביחס להליך אשר הם עומדים בפתחו. חשיפת רצונם האמיתי של הצדדים (או ביטוי החיצוני) אינה פוגעת בחופש החוזים, אלא מאפשרת למקסם אותו (ראו הרחבה בנקודה זו ביחס לפגיעה בזכות הגישה לערכאות בפרק ד' למאמר).

יתר על כן, יצירת סדר וקוהרנטיות בשאלת סיווג המעין בורר תאפשר, כאמור, גם ודאות משפטית לפרטים בדבר סמכותו של הגורם המברר והדין אשר יחול במסגרת ההליך שינהל וביחס להכרעותיו. ודאות זו אינה קיימת כיום והיא תאפשר לצדדים עתידיים לנסח חוזים ולעצב סכסוכים בצורה שתבטא בצורה מדויקת יותר את רצונם האמיתי, כאשר טשטוש הגבולות בין הדינים השונים והמושגים השונים עלול להביא לכדי יחסיות, היעדר ודאות, היעדר יציבות ואף לחשש מפני שרירותיות של ההכרעה השיפוטית.⁶¹ כשלים אשר עלולים גם להביא לפגיעה באמון צדדים, קונקרטיים או פוטנציאליים, ובהליך הבוררות כמוסד אלטרנטיבי לפתרון סכסוכים.⁶²

מבחן ברור לסיווג הגורם המברר והשלכות הגדרה זאת יאפשר גם לבתי המשפט לפתח את הדין בצורה קוהרנטית וברורה יותר. למשל, בשאלה באילו שאלות ניתן להקיש מדיני הבוררות למעין בורר ובאילו לאו.

⁶⁰ ראו עניין ע.ש, לעיל ה"ש 8; פנחס בן-צבי "סמכות בורר לפסוק סעדים זמניים" **הפרקליט** מב 598, 607-598 (1996).

⁶¹ יצחק עמית "על טשטוש תחומים" **דין ודברים** ו 17, 33-40 (2011).

⁶² עודד רביבו "עיון מחודש בהלכת אי-ההתערבות בטעותו של בורר בדין" **על משפט** ו 211 (תשס"ז); רע"א 4146/23 **פלסיו נכסים בע"מ נ' פדלון לבניין והשקעות (ר"ע) 1982 בע"מ** (נבו 13.6.2024) ראו עמדותיהם של השופטים מינץ וסולברג. השופטים מסכימים כי כיבוד הממד ההסכמי של הצדדים במסגרת השלד הציבורי של הליך הבוררות (הגם שהם אינם משתמשים בביטויים אלה) יחזק את אמון הצדדים בהליך הבוררות – אולם מתקשים להסכים איפה עוברת אותה נקודה בדיוק כאשר הדבר נוגע לשאלת סמכות בית המשפט ליתן סעד הצהרתי בדבר סמכות הבורר לדון בהליך הבוררות.

עם התפתחות קורפוס פסיקה מבוסס תגבר הוודאות המשפטית אף יותר, ובהתאם יכולת הצדדים העתידיים לעמוד בדיוק רב יותר על הגדרת הגורם המברר ומאפייניו, ועל הסיכויים והסיכונים שכל צד רואה לעצמו בהגדרות אלה ובדינים החלים עליהן. כל אלה מאפשרים לצדדים להגשים את עקרון חופש החוזים באופן מהותי ומדויק יותר.

חופש חוזים מוחלט, המאמין את היכולת של בית המשפט או צדדים שלישיים להתערב בלשון הכתב לאחר כריתת ההסכם, זר ממילא למשפט האזרחי המודרני, ולא דווקא מהווה יעד להשגה. אף בדיני החוזים עצמם ניתן למצוא הוראות חקיקה ודוקטרינות אשר נועדו לאזן כשלים אשר עלולים לבוע מאימוץ גישה שכזאת, כאשר חלקן מעוגנות אף בפרקים ב' וג' של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (למשל, דיני הסיכול, החוזה למראית עין, החוזה הפסול, העושק, ההטעיה והטעות).⁶³ משכך, ברי כי טענה שלפיה דווקא בדיני הבוררות אין להגביל את הממד ההסכמי היא מוקשית. הדבר נכון ביתר שאת כאשר דינים אלה, כאמור, מבוססים על שלד ציבורי בעל הצדקות ראויות.⁶⁴

בכך מאפשר המבחן התלת-שלבי המוצע איזון מיטבי בין הממד ההסכמי של דיני הבוררות לשלד הציבורי שלהם.

התקנת מבחן ברור וקוהרנטי לשאלת הסיווג חשובה מסיבה נוספת, אשר אינה מקבלת מקום מספק בפסיקה. רבות נדונה שאלת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות עקב סיווג הבורר, ועל כך יורחב בפרק הבא. אולם אין מוזכרת ולו פעם אחת הפגיעה של הצדדים בעקרון הפומביות או אי-פומביות ההליך.

עיקרון זה מהווה את אחד מעקרונות הליבה של מוסד הבוררות ואחד התמריצים הגדולים ביותר של צדדים לפנייה לבוררות.⁶⁵ אין לחדד כי לכך שהסכסוך של הצדדים אינו פומבי והסכמות בו אינן יוצרות מעשה בית דין או הלכה מחייבת, יש חשיבות מכרעת כאשר צד, במיוחד מסחרי, פונה לבוררות. על כך נאמר עוד בוועדה הציבורית בראשות שופט בית המשפט העליון ברנזון, אשר מונתה על ידי שר המשפטים במרץ 1963 כדי ליעץ בדבר חקיקת חוק הבוררות, כי חוסר פומביות הדיון "מונע יצירת משקע של מרידות בלב בעלי הדין והמקל עליהם להגיע לידי הסדר פשרה".⁶⁶ מוסד הבוררות מבוסס על פרטיות הדיון ודיסקרטיות ואף שואב את הלגיטימציה שלו ממאפיין זה.⁶⁷ כאשר צד חותם על הסכם שנתפס בפניו כהסכם בוררות וטוען ביחס לכך, הרי שיש להתייחס גם לממד זה במסגרת פרשנות בית המשפט וליתן לו את המשקל הראוי. שכן, אם בית המשפט יקבע שמדובר במעין בורר, הרי שהסכסוך יעבור כולו להליך חוזי. אותו הליך יאבד את נופך האי-פומביות כליל – תוך פגיעה באותו צד אשר הסתמך על אי-פומביותו – וכתוצר לוואי עלול להיווצר חוסר ודאות בפרשנותם וכריתתם של חוזים מסחריים.

בכך סקרתי את הפסיקה הדנה בשאלת סיווג המעין בורר, הצפתי את הפערים וחוסר הקוהרנטיות הקיימים בפסיקה ביחס להגדרה זו ולהשלכות שלה ואף הצעתי לכך פתרון דוקטרינרי ונורמטיבי.

⁶³ חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; יפים לעניין זה דבריהם של גבריאלה שלו ואפי צמח בספרם **דיני חוזים** (מהדורה רביעית 2019): "פירושו של עקרון חופש החוזים הוא גם, ואולי בעיקר, כי הסכמים שעשו פרטים, תוך הגשמת חופש החוזים – ייאכפו ויכובדו, בלא התערבות בתוכם [...] על פי תפיסת עקרון חופש החוזים כעיקרון שבמרכזו מושג ההסכם האכיף, מוענקים לפרטים כוחות נרחבים להסדיר את ענייניהם על ידי חוזים." בהיקש לשאלת סיווג הבורר או המעין-בורר ניתן ללמוד כי מקסום חופש החוזים של הצדדים בהגדרת הגורם המברר יהיה בכך שהם יוכלו ברמת ודאות גבוהה ככל הניתן לצפות כיצד יפרש בית המשפט את מעמדו, כמו גם כי השאיפה "לעקוף" את הגדרות בית המשפט או את הממד הציבורי היא חיצונית לעקרון חופש החוזים משהיא לאמיתו של דבר מבכרת אלמנטים בלתי אכיפים.

⁶⁴ גם בחוק הבוררות ישנם סעיפים אשר מגבילים בצורה ישירה את חופש החוזים בדיני הבוררות, לדוגמה ס' 3 לחוק הבוררות הקובע כי "אין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים" או ס' 124(4), 124(9)–124(10) לחוק. לעניין ס' 3 לחוק הבוררות ראו למשל רע"א 9542/06 **ליכטנשטיין נ' אי.א.י. ג'י החזקות במשכנתאות בע"מ** (נבו 14.1.2010).

⁶⁵ בר"ע 124/68 **שחב נ' שחב**, פ"ד כג(1) 16, 19–20 (1969); אורי גורן **בוררות** 17 (2018) הקדמתו של פרופ' יורם דנציגר.

⁶⁶ משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה המייעצת לחקיקת חוק בוררות חדש** 4 (1965).

⁶⁷ רע"א 4781/12 **י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (נבו 6.3.2013).

הפרק הבא יבקש להתייחס לאבן הנגף הנטענת, העומדת בניגוד לטיעון המוצע, הטענה כי בהתאם לעניין לוקי יש להתייחס לחשש מפני הפגיעה בזכות הגישה לערכאות ככזה הגובר על מבחני שמן ועל כל מבחן אחר להגדרת בורר. בנוסף, אבחן את הטענה שלפיה יש לחשוש בסיווג הגורם המכריע בשל הקושי המוגבר להשיג על הכרעת בורר ביחס להכרעת מעין בורר, ואסביר מדוע טענה זו מתקשה להיות משכנעת. ניתוח השוואתי זה של ההבדלים בין בורר למעין בורר טרם נערך בספרות המשפטית באופן מקיף.

ד. פגיעה בזכות הגישה לערכאות – הכצעקתה?

כפי שהוצג בפרקים ב' וג' לעיל, בעניין לוקי נטען כי לב הרתיעה מהפנייה לסיווג המעין בורר כבורר נטוע בחשש מפגיעה בזכות הגישה לערכאות, אשר ביטוייה הם הזכות להתדיין לפני בית-המשפט, ונטילת מגבלות משמעותיות ביחס לאפשרות ההשגה על הכרעת הבורר. בפרק זה יוצג מדוע אמירות אלה אינן מדויקות ומדוע לכל הפחות הן אינן מספיקות כדי לעמוד לבדן אל מול ההצדקה הנורמטיבית לסווג את הפוסק כבורר במקרה שהוא עומד במבחנים אשר הוצגו בפרק הקודם.

ד.1. נטילת מגבלות משמעותיות ביחס לאפשרות ההשגה על הכרעת הבורר

אפתח בנימוק לזהירות סיווגו של הגורם המברר כבורר עקב המגבלות המשמעותיות ביחס לאפשרות ההשגה על הכרעת בורר. לפי טיעון זה, ישנו קושי מוגבר להשיג על הכרעת בורר ביחס להכרעת מעין בורר, ולפיכך יש להציג ראיות ברורות לאומד הצדדים לפנות לבוררות.

הפסיקה מכרסמת בהנחה זו והיא אינה מדויקת כיום, כפי שיוצג מיד. ובכל מקרה, גם אם לא די בכך, אז הרי שגם מבחינה נורמטיבית לא נכון שהקושי להשיג על החלטת הגורם המכריע יהווה גורם משמעותי בשאלת הסיווג, מקום שבו מתקיימים מבחני שמן.

הסיבות המרכזיות לכך הן שלוש: (א) התפיסה המסורתית שלפיה ביקורת שיפוטית כלפי גורמים מקצועיים וביניהם גם מעין בורר היא מצומצמת יותר עקב המומחיות שלהם; (ב) הקרבה שבין עילות ביטול פסק בורר לעילות ביטול פסק המעין בורר; (ג) הביקורת המושמעת על הגישה המצמצמת את עילות ביטול פסק בורר – המתבטאת ביכולת לערער על פסק בורר (במיוחד במקרה של טעות) והתיקון לחוק הבוררות אשר מאפשר ליצור מבנה פרוצדורלי שבמסגרתו ניתן לערער על הכרעת הבורר. לשם כך יש לסקור ולהשוות בקצרה את עילות הביטול של פסק הבורר והמעין בורר.

ד.1.1. עילות ביטול פסק בורר

ב-1926, בימי המנדט הבריטי, חוקקה בארץ ישראל פקודת הבוררות.⁶⁸ פקודה זו, אשר מבוססת על חוק אנגלי מ-1889,⁶⁹ ביטלה את המגילה והייתה בתוקף עד לביטולה על ידי חוק הבוררות ב-1968.⁷⁰ יואל זוסמן, המלומד המוביל בדיני הבוררות בתקופה זו, אשר לימים יכהן כנשיא בית המשפט העליון, הגדיר את הבוררות כ"פשרה מיוחדת במינה" שבה הצדדים אשר מבקשים שלא לפנות לבית המשפט, אלא לפלוני, יקבעו מהי החבות המוטלת עליהם ומהי הזכות שתצמח להם בדרך הסכמית.⁷¹ תפיסה זו התיישבה עם הרצון להפחית מהעומס על הערכאות השיפוטיות. אך כבר מאז חקיקת החוק ב-1854 (שהלכותיו עברו לחוק

⁶⁸ פקודת הבוררות, 1926.

⁶⁹ משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה המייעצת לחקיקת חוק בוררות חדש 5 (1965); יואל זוסמן דיני בוררות ס' 1 (מהדורה שנייה 1962) (להלן: "זוסמן דיני בוררות").

⁷⁰ אורי שטרזמן ספר הבוררות 17 (2001).

⁷¹ זוסמן דיני בוררות, לעיל ה"ש 69, בס' 1.

הבוררות האנגלי משנת 1889,⁷² לא גרע המחוקק מן העיקרון כי כוח השיפוט של בתי המשפט אינו ניתן להתניה וכי שום הסכם שנעשה לא יוכל לפגוע בו. מסיבה זו נקבעו גם עילות לביטול פסק הבורר.

פקודת הבוררות קבעה שתי עילות לביטול פסק בורר אשר מופיעות בפירוש בפקודה – התנהגות בלתי הולמת (סעיף 11 לפקודה) וביטול הפסק כאשר הפסק הושג שלא בדרך הוגנת (סעיף 13 לפקודה).⁷³ בנוסף, בפסיקה נקבע כי ישנה עילת ביטול נוספת והיא ביטול פסק בורר מחמת פגם הנראה לעין. סייג זה אינו מופיע במפורש בפקודה, אלא נגזר מסעיף 3 לפקודה המאפשר לבית המשפט לתקן צו שבית המשפט הוציא. זאת מכיוון ששטר הבוררין נהפך לתקף לאחר אישורו בצו בית משפט.⁷⁴

בספרו, "זוסמן גורס כי בתקופת פקודת הבוררות, גם אם שגה הבורר ואף אם פסקו כלל טעויות משפטיות, לא ניתן היה לבטלו בעילה זו."⁷⁵ אך הוא מסייג זאת בטענה שרק טעות הנראית לעין על הפסק, כלומר, טעות אשר אינה נגזרת מניתוח משפטי שגוי או ראייה מסוימת, מאפשרת לבטל את פסק הבורר.⁷⁶

אולם, בספרות ובפסיקה מצוין שאכן ניתן היה לבטל פסק בורר אם הבורר פסק ב"עניינים שלא ניתנו להכרעתו שנמסרה לו",⁷⁷ ושהבורר אינו רשאי לפסוק בסכסוכים אשר אינם מצוינים בהסכם הבוררות.⁷⁸ בכך משתקף הממד ההסכמי של סעיף זה. בנוסף, פסול הפסק גם במקרה שהצדדים הסמיכו במפורש את הבורר לפסוק בנושא מסוים, אך החוק אינו מאפשר לבורר לפסוק בנושא זה.⁷⁹ "במידה שהעניין אינו ניתן להכרעה על ידי בורר, הסכמת הצדדים אינה תופסת, ואם הבורר אף על פי כן פוסק בו, פסק ללא סמכות."⁸⁰ גם כך משתקף הממד הציבורי של סעיף זה. עילות אלה התגבשו לאחר מכן בחוק הבוררות לשני חלקיו של סעיף 24(3) לחוק הבוררות, אשר מאפשר לבטל את פסק הבורר אם הוא "פעל ללא סמכות" או "חרג מהסמכויות הנתונות לו".⁸¹

בשנת 1968 נכנס לתוקף חוק הבוררות. סעיף 24 לחוק מפרט עשר עילות המאפשרות לבית המשפט להורות על ביטולו של פסק בורר לאחר שניתן.⁸² בהצעת חוק הבוררות נכתב כי הסיבה לפירוט העילות והימנעות מעילות כלליות לביטול הפסק, כמו אלה שהיו קיימות בתקופת הפקודה והמנדט הבריטי, היא ודאות ורצון לצמצם את פרשנות העילות.⁸³

לפי המלומדת דפנה קפליוק, "ההתערבות השיפוטית בפסק הבורר נחלקות לשלוש קטגוריות. הקטגוריה הראשונה נוגעת להסכם הבוררות, ובמסגרתה בית המשפט בוחן את שאלת תוקפו של ההסכם [...] הקטגוריה השנייה עניינה תקינות הליך הבוררות וסמכויות הבורר, ובגדרה הבוררות. בית המשפט בוחן שאלות הנוגעות להתנהלות ההליך עצמו (סעיפים 24(2)–24(8)) [...] הקטגוריה השלישית עניינה מדיניות (סעיפים 24(9)–24(10))."⁸⁴

⁷² שם, בס' 2.

⁷³ ס' 11 ו-ס' 13 לפקודת הבוררות.

⁷⁴ זוסמן דיני בורות, לעיל ה"ש 69, בס' 140.

⁷⁵ שם, בס' 139.

⁷⁶ שם, בס' 140.

⁷⁷ ע"א 2-50 חברת "הובלה" ירושלים בע"מ נ' מועצת פועלי ירושלים, ד 417 (1950).

⁷⁸ זוסמן דיני בורות, לעיל ה"ש 69, בס' 129.

⁷⁹ ע"א 186/58 גבריאליוב נ' גבריאליוב, יג 1263 (1959).

⁸⁰ זוסמן דיני בורות, לעיל ה"ש 69, בס' 129.

⁸¹ ס' 24(3) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

⁸² שם.

⁸³ ס' ז' לדברי ההסבר, הצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, ה"ח 717.

⁸⁴ דפנה קפליוק "לתפיסה חדשה בדבר גבולות ההתערבות השיפוטית בפסק בורר" משפטים לח (התשס"ט).

ד.2.1. עילות ביטול פסק מעין בורר

הלכה מושרשת היא כי התערבות בית המשפט בחוות דעתו המקצועית של המעין בורר היא מצומצמת ושמורה למקרים חריגים בלבד,⁸⁵ והדבר נכון במיוחד ביחס להחלטות אילמות.⁸⁶ זאת, בהתאם לקו אשר מתקשה להבדיל פעמים רבות בין מעין בורר, שמאי מכריע, מעריך, מומחים והגדרות נוספות. הנחה זו בסיסה בכך שאותו גורם הוא בעל מקצועיות רבה בתחום; הפנייה אליו והבקשה שיכריע בסכסוך מגלמות את אומד דעת הצדדים; ובית המשפט אינו בעל הבנה עמוקה בתחום, יכולת או רצון לקחת על עצמו את תפקידו של בעל המקצוע.⁸⁷ זאת לצד החשש שהצדדים מבקשים לבחון את שיקול דעתו המקצועי של הגורם המכריע "כמקצה שיפורים" ועל מנת לייחל לתוצאות הרצויות להם בלבד.⁸⁸ מפאת כל אלה, מוצדק לכבול את הצדדים לבחירה שביצעו כשיקול נורמטיבי אקס-פוסט והן כשיקול אשר יכווין התנהגות של צדדים העתידים להתקשר בהסכם המפנה להכרעה מוסכמת אקס-אנטה. בנוסף, בלב עיקרון זה עומדות גם התכליות המובילות את כלל המוסדות האלטרנטיביים לפתרון סכסוכים – מהירות, יעילות ההכרעה ועלויות ניהול ההליך.⁸⁹

אף על פי כן, הפסיקה הציגה כמה עילות לביטול פסקו או החלטתו של מעין בורר: "מרמה מצדו"; "השפעה בלתי הוגנת";⁹⁰ כאשר "חוות הדעת הושגה באמצעים בלתי כשירים";⁹¹ כאשר הפוסק התחשב בדבר שלא היה צריך להתחשב בו או פעל בניגוד לכללי הצדק הטבעי;⁹² או כאשר פעל בחוסר תום לב או תוך חריגה מסמכות.⁹³

אף שבפסיקה אוזכרה האפשרות לתקוף את החלטתו של מעין בורר שעה שטעה טעות ממשית,⁹⁴ או "טעות גסה",⁹⁵ ביקורת זו מצומצמת ביותר ולא ניתן להשיג על החלטת מעין בורר במקרה שטעה בתום לב או אם שיקול דעתו היה פגום. ביקורת זו של בית המשפט מצומצמת הלכה למעשה למקרים ברורים שבהם השגיאה נטועה בבסיס הסמכות של אותו מעין בורר,⁹⁶ או עולה באופן ברור מהכתוב פשיטא.⁹⁷

בפסיקה נוספת נטען כי לא רק שהיקף ההתערבות אינו רחב בהרבה מעילות הביטול המוכרות בחוק הבוררות,⁹⁸ אלא אף ש"היקף התערבותו של בית המשפט בהחלטות של מעין בורר מצומצם מהיקף ההתערבות של בית המשפט בהחלטות בורר".⁹⁹

⁸⁵ ע"א 91/19 המשבב עיבוד שבבי (1994) בע"מ נ' בוכריס (נבו 21.3.2019) (להלן: "עניין המשבב"); ת"א (מחוזי חיפה) 895/02 יפה נוף-תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר (נבו 14.4.2005) השופט עמית מתייחס למעין בורר יחד עם מומחה מכריע, פוסק מכריע, שמאי מכריע, מעריך ורואה חשבון מבקר כ"יצורי כלאיים" אשר הלכה זו רלוונטית אליהם; רע"א (מחוזי חי') 48639-04-17 מ.מ. זרזיר נ' ביצורית בע"מ (נבו 31.8.2017); ה"פ (מחוזי ירושלים) 244-00 שמחה נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים (נבו 17.9.2002).

⁸⁶ ע"א 160/82 יעקב ברקוביץ נ' קופת תגמולים של פקידי בנק לאומי לישראל בע"מ, לח" (2) 177 (1984).

⁸⁷ ע"א 1168/07 יפה נוף-תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר (נבו 1.2.2009); ראו עניין מרום, לעיל ה"ש 10; עניין זרזיר, לעיל ה"ש 10.

⁸⁸ ע"א 1168/07 יפה נוף-תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר (נבו 1.2.2009); ת"א (שלום ים) 51806-10-22 יאסין נ' מוזפר (נבו 4.3.2024).

⁸⁹ ע"א 4341/11 מזרה נ'דהן (נבו 31.12.12) בפס' 17 לפסק הדין של השופט דנציגר; ע"א 2706/22 בוכריס נ' המשבב איץ. אמ.

⁹⁰ טי. אס. בע"מ (נבו 4.7.2023) בפס' 17 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁹¹ עניין וינשטיין נ' קדימה, לעיל ה"ש 2.

⁹² עניין המשבב, לעיל ה"ש 85.

⁹³ עניין קורט, לעיל ה"ש 5.

⁹⁴ עניין שמן, לעיל ה"ש 5, ראו גם עניין מרום, לעיל ה"ש 10 בפס' 22 לפסק הדין של השופט גולדברג; לאזכור כל עילות אלה יחד ראו את עניין המשבב, לעיל ה"ש 85; כמו גם, ראו עניין ערים חברה לפיתוח, לעיל ה"ש 8; עניין יאסין, לעיל ה"ש 88; וכן ע"א 76/13 ש.ב. סופר בע"מ נ' ננמ"ח אגודת נחל נובע מקור חכמה (נבו 5.10.2014) בפס' 16 לפסק הדין של השופט עמית.

⁹⁵ עניין קורט, לעיל ה"ש 5.

⁹⁶ עניין מזרה, לעיל ה"ש 89, בפס' 17 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁹⁷ ע"א 1168/07 יפה נוף-תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר (נבו 1.2.2009).

⁹⁸ עניין מזרה, לעיל ה"ש 89, בפס' 17 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁹⁹ ת"א (מחוזי חיפה) 895/02 יפה נוף-תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ נ' הפלר (נבו 14.4.2005).

⁹⁹ ראו עניין עם הפנים ליפו, לעיל ה"ש 10; ראו עניין מרום, לעיל ה"ש 10.

ד.3.1. הבחנה בין עילות ביטול בפסק בורר לעילות ביטול בפסק מעין בורר

בחינה של עשר עילות הביטול המפורטות בסעיף 24 לחוק הבוררות מצביעה על דמיון רב לעילות התקיפה של פסק מעין בורר.¹⁰⁰

כמעט לכל אחת ואחת מעילות הביטול שבסעיף 24 לחוק הבוררות ניתן למצוא מקבילה בעילות הביטול אשר נקבעו בפסיקה למעין בורר.¹⁰¹ בדומה לגישה המצמצמת את התערבותו של בית המשפט בהחלטות מעין בורר, עוברת כחוט השני בפסיקה ההלכה שבית המשפט מצמצם את ביקורתו על פסק הבורר לעשר העילות הקבועות בסעיף 24 לחוק הבוררות בלבד.¹⁰²

עילה אחת שבה ניתן לטעון לשוני מצויה בסעיף 24(3) לחוק הבוררות – "ביטול פסק בוררות כאשר הבורר פעל ללא סמכות או שחרג מהסמכויות הנתונות לו לפי הסכם הבוררות."¹⁰³ בפרט, בשאלה האם ניתן לבטל פסק בורר לפי סעיף 24(3) לחוק הבוררות עקב טעות שביצע הבורר. לדוגמה, במקרה שבו פסיקתו אינה מוצדקת או שביסוס פסיקתו נעשה בצורה לא מספקת או בניגוד לדוקטרינה המתאימה.

כדי לדון בשאלה זו, אשר כוללת בתוכה את שאלת הגדרת הסמכות של הבורר, ראשית, יש להתייחס לשאלה האם הצדדים התנו שהבורר יפסוק לפי הדין המהותי, או שלא. אם הבורר הוסמך שלא לפסוק לפי הדין המהותי, לא תהיה בקבלת החלטה אשר מנוגדת לדוקטרינה המשפטית הנוהגת טעות מכיוון שהוא הופטר מכך.¹⁰⁴ אם אכן הותנה שהבורר יפסוק לפי הדין המהותי, אך טעה בניתוחו, כיום אין עילה אשר מאפשרת לבטל בגין כך את פסק הבורר,¹⁰⁵ שכן "מי שיש לו סמכות, אינו חורג מסמכותו רק משום שטעה בהפעלתה."¹⁰⁶

בשל כך, ניתן לטעון כי ישנו קושי מהותי יותר לבטל את פסק הבורר בטענה של חריגה מסמכות עקב טעות בפסק, עקב קיומה של עילת ביטול פסק מעין בורר עקב טעות ממשית, הגם שזאת מוגבלת למצבים חריגים.

אך הפסיקה הדנה בשאלת סמכותו של בורר אינה חד-משמעית עד כדי כך. השופט ש' לוי בפרשת **דניה סיקוס** בחר להגדיר את מרחב הטעות כ"מעגל פנימי" אשר בתוכו יש לבורר מרחב המאפשר לו לטעות ללא התערבות בית המשפט, בעוד ה"מעגל החיצוני" הוא מעגל החריגה מסמכות.¹⁰⁷ הוא מציין שכאשר מעגלים אלה חופפים, המסקנה המתבקשת היא שיש לאפשר לבורר לטעות.¹⁰⁸

¹⁰⁰ ס' 24 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

¹⁰¹ ראו עניין **ערים חברה לפיתוח**, לעיל ה"ש 8, כפי שהיטיבה לציין השופטת אפעלגבאי: "עוד נציין, כי עיון בהוראות חוק הבוררות הקבועות את העילות לביטול פסק בוררות מגלה כי, הלכה למעשה, אין הבדל משמעותי בין עילות התקיפה של פסק בוררות על פי חוק הבוררות לבין עילות התקיפה של פסק שניתן על ידי פוסק מכריע מוסכם, שלא על פי חוק הבוררות. כך, ניתן לומר כי רוב עילות הביטול של פסק בוררות על פי חוק הבוררות עוסקות במקרים בהם פעל הבורר בחריגה מסמכות או שלא על פי הוראות הצדדים (ראה סעיפים 24(1) עד 24(3) ו-24(5) עד 24(8) לחוק הבוררות), או תוך פגיעה בזכויות הדיוניות של הצדדים והפרת כללי הצדק הטבעי (סעיף 24(4) לחוק הבוררות). כמו כן, באשר ל"עילת הסל" לביטול פסק בוררות הקבועה בסעיף 24(10) לחוק הבוררות – מכוחה ניתן לבקש ביטולו של פסק בורר בעילה שעל פיה היה בית משפט רשאי לבטל פסק דין סופי שאין עליו ערעור – נקבע בפסיקה, כי שימוש בעילה זו ייעשה באחד מן המקרים הבאים: כאשר נגרמה פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי; כשניתן לעשות הקבלה לנסיבות בהן יורה בית המשפט על עריכת "משפט חוזר"; או אם הייתה תרמית המשפיעה על הפסק (רע"א 6724/95 הוכמן נ' י.פ. יבואנים ומפיעים ציוד, תק"על 396(3), 44; אוטולנגי, שם, כרך ב', בעמ' 1102–1113).

¹⁰² רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל מונד, נט(4) 529 (2005); רע"א 9060-04 טפת נבו נ' כאשי (נבו, 2008.1.23).

¹⁰³ ס' 24(3) לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

¹⁰⁴ ע"א 584/72 ציפלוניץ נ' קפלן, כז(2) 705 (1973).

¹⁰⁵ סמדר אוטולנגי בוררות – דין ונוהל כרך ב', 1018–1020 (מהדורה רביעית 2005).

¹⁰⁶ רע"א 113/87 חברת נתיבי איילון בע"מ נ' קיבוץ עין גב, פ"ד (1) 284, 295 (1996).

¹⁰⁷ עניין דניה סיקוס, לעיל ה"ש 39.

¹⁰⁸ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ניתן לטעון שהמצבים הנמצאים באותו "מעגל חיצוני" של סמכות הם אותם מצבים קיצוניים שבהם הטעות היא טעות של ממש, בדומה לעילה השמורה למעין בורר, אשר מכרסמת בבסיס הסמכות. מצבים אלה אינם טעות בשיקול הדעת של הבורר, שימוש בדוקטרינה לא נכונה או אומדן מוטעה.

במצב דברים זה, נראה כי אכן מידת התערבות בית המשפט בפסיקת הבורר ועילות הביטול בענייני המעין בורר מדגימות קרבה ודמיון רב.

לאחר זאת, אוסיף כי השופט רובינשטיין (אף שעמדנו הייתה בעקביות בעמדת מיעוט בסוגיה זו) הציג עמדה לא מתפשרת ביחס לאותה גישה המצמצמת את עילות התערבות בית המשפט בפסק בורר וגרס כי יש לאפשר לבטל פסק בוררות עקב טעות. מכיוון שאם לא (כך לטענתו), בעלי הדין עלולים לאבד את אמונם בהליך הבוררות אם עקב טעות של הבורר גורלם ייחרץ ובית המשפט לא יוכל להושיט להם את ידו לסעד.¹⁰⁹ עמדה זו הובילה את כבוד השופט רובינשטיין בכהונתו כיועץ המשפטי לממשלה להנחות את נציגי המדינה להימנע מפנייה להליכי בוררות.¹¹⁰ אולם, הנחייה זו השתנתה בשנת 2009, לאחר חיקוק תיקון לחוק הבוררות,¹¹¹ תיקון הכולל את סעיף 29ב לחוק הבוררות,¹¹² אשר מאפשר מנגנון ערעור על פסק הבורר.

אכן, ניתן לראות שבפרשנותו את סעיף זה בית המשפט מבקש לאפשר מרחב לערעור על טעות, אשר לא היה קיים קודם לכן. זאת בהתקיימותם של התנאים המצטברים הבאים: מדובר בטעות יסודית; הטעות היא ביישום הדין; יש בטעות כדי לגרום עיוות דין.¹¹³ זאת, תוך הדגשה כי על מנת ליישם את תכלית התיקון לחוק יש לאפשר לצדדים להשיג על טעויות מהותיות שנפלו בפסק הבוררות אף אם אין בהן כל רובד משפטי או ציבורי עקרוני. כמו כן, הגם שאין לאפשר ערעור כאשר הטעות הן שוליות, יש לוודא שאפשרות הערעור לגבי טעויות מהותיות תיוותר מעשית ושלא יעמדו בפניה מכשולים גבוהים מדי.

מכך ניתן ללמוד כי ישנו ריכוך מסוים ביכולת ההשגה על הכרעת בורר, אשר משליכה גם היא על היחס ליכולת ההשגה על הכרעת מעין בורר ומקרבת ביניהן.

לסיכום נקודה זו, כל אלה מראים כי הטענה שבשל הקושי המוגבר להשיג על הכרעת בורר ביחס להכרעת מעין בורר יש לחשווד בסיווג הגורם המכריע כבורר אינה מדויקת. שכן, כאשר מדובר בהחלטות מקצועיות הנמצאות בליבת שיקול הדעת של המומחה, בית המשפט נמנע להתערב בהן כליל, רף אשר יכול אף להיות גבוה יותר מרף ההתערבות בפסק בורר במקרים מסוימים; עילות הביטול דומות; ולבסוף, כי אף בשאלת ביטול פסק בורר עקב טעות ניתן לזהות שהמחוקק ובית המשפט זיהו את הצורך לאפשר מסלול עוקף אשר ירכך את נוקשות התערבות בית המשפט במסגרת סעיף 24(3) לחוק הבוררות.

לפיכך, מוקשה עד מאוד ואינו משכנע הניסיון להיתלות בנימוק זה כדי להימנע מסיווג הגורם המברר כבורר, מקום בו מתקיימים מבחני שמן והמבחנים המוצעים לעיל.¹¹⁴

¹⁰⁹ יורם דנציגר ודר להב "עשיית צדק עולה על כולנה": על גישתו הייחודית של השופט רובינשטיין בתחום דיני הבוררות "ספר אליקים רובינשטיין 1577 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2021 (להלן: דנציגר ולהב "עשיית צדק עולה על כולנה")); רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל מונד, נט(4) 529 (2005); רע"א 9060-04 טפא נבו נ' כאשי (נבו 23.1.2008); לביקורת נוספת שהועברה על תפיסה זו ראו גם עודד רביבו "עיון מחודש בהלכת אי-ההתערבות בטעות של בורר בדין" עלי משפט ו 211 (התשס"ז).
¹¹⁰ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.1202 "יישוב סכסוכים בעניינים אזרחיים בין לחברה ממשלתית לבין גוף ממשלתי אחר" (6.3.2003).

¹¹¹ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 6.1205 "יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות" (12.10.2009).
¹¹² חוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט-2008; ס'29 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; על הקשר שבין תיקון החוק לשינוי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה ביחס לבוררות נציגי המדינה ראו רע"א 1242/15 מ. אדלר הנדסה בע"מ נ' קטן (נבו 12.4.2016).
¹¹³ ס'29 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

¹¹⁴ רע"א 8941/06 עיריית חיפה נ' ב.מ. כרפס דדו בע"מ (נבו, 4.11.2009).
¹¹⁴ ראו עניין שמן, לעיל ה"ש 5, פסק הדין של השופט שמגר.

ד.2. האם יש בפנייה לבורר ויתור על הזכות להתדיין לפני בית המשפט?

ניתן לטעון כי זכות הגישה לערכאות מוגבלת כאשר צד מבקש לתבוע צד אחר בבית המשפט, אולם הצד השני מבקש לעכב את ההליך כדי למצות את ההליך האלטרנטיבי לפתרון סכסוכים שעליו הצדדים הסכימו במסגרת הסכמתם החוזית.

זוהי הטענה המרכזית ביחס לפגיעה בזכות זו, המתבססת על עניין לוקי ומאוזכרת מאז אף כבסיס ומעין הצדקתעל לכך שגם במקרים שבהם מבחני שמן מתקיימים, עדיין אין לקרוא לגורם המברר בורר, אלא מעין בורר בלבד.¹¹⁵ הנחה שלטעמי, כפי שהצגתי ואף ארחיב בעניינה בתת-פרק זה, אינה עומדת מבחינה לוגית.

נכון הדבר, שבשונה מסעיף 5 לחוק הבוררות,¹¹⁶ אין בנמצא דבר חקיקה אשר במסגרתו על בית המשפט לעכב הליכים כאשר מדובר במעין בורר. אולם, שיקול הדעת שמור לבתי המשפט אם לעשות כן.¹¹⁷ בפועל, במקרים שבהם ישנה תניה המפנה להכרעתו של מעין בורר, בתי המשפט יחייבו את הצדדים למצות את ההליך הזה.¹¹⁸ זאת עקב העומס הגובר על בתי המשפט ומתוך הרצון לקיים את רצונם המשותף של הצדדים, כפי שהוא מפורש בחוזה ביניהם, ומתוך תפיסה המקדמת יעילות ומהירות. גם אם הצדקה לפנייה זו נעוצה בדיני החוזים, ולאו דווקא בסעיף 5 לחוק הבוררות, אין לכך השלכה שלילית על סמכות בית המשפט לעכב את ההליך.¹¹⁹

אולם, הביקורת המרכזית בעניין לוקי היא כי הפניית הצדדים לבוררות פוגעת בזכות הגישה לערכאות מכיוון שהיא כביכול פוגעת ביכולתו של צד לחוזה, אשר בו תניה המחייבת את הצדדים לברר את הסכסוך לפני גורם מברר, להתנער מהתחייבות זו. בהינתן שהתוצאה של כישלון התנגדות זו מהווה הוצאת ההליך מכותלי בית המשפט, הרי שנפגעת זכותו לפנייה לערכאות.

המשך טיעון זה הוא שצד אשר מבקש להשתחרר מהתחייבות חוזית שנטל על עצמו בדבר פנייה למעין בורר או לבקש מבית המשפט להתערב באופן קיום החוזה או בדבר סמכות צד ג' להכריע יכול לעשות זאת בקלות יחסית באמצעות טענות הלקוחות מדיני החוזים. קרי, טענות הלקוחות מעולם פרשנות החוזה, מעולמות ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו או מההיבט שמדובר בהסכם בטל מעיקרו (Void). כאשר מנגד, ביחס להליכי בוררות, "פתח המילוט" מעיכוב ההליכים לבוררות צר בהרבה ונשען בעיקר על סעיף 5(ג) לחוק הבוררות, המורה כי "בית המשפט רשאי שלא לעכב את ההליכים אם ראה טעם מיוחד שהסכסוך לא יידון בבוררות."¹²⁰

ואכן, נכון הדבר שכאשר נקבע שמדובר בתניית בוררות, בית המשפט ייטה לקיימה ולחייב את הצדדים לעכב את ההליכים לפני בית המשפט. כמו גם, שבמקרים שבהם החוזה מבוטל ואף בפעמים שבהם החוזה בטל מעיקרו (Void) ניתן להפריד בין החלק הבטל לתניית הבוררות לפי סעיף 19 לחוק החוזים, כל עוד אין מדובר ב"איחוקיות בוטה", "שחורה", המטמאת כל מה שהיא נוגעת בו, אלא היא איחוקיות "מתונה",¹²¹ וכאשר

¹¹⁵ ראו ס' 81 לעניין זרזיר, לעיל ה"ש 10; ע"א 821/88 א. לוי קבלני בנין בע"מ נ' אבו חמוד, מד(2) 771 (1990).

¹¹⁶ ראו ס' 5 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968; על כך שמגמת הפסיקה היא לפרש את ס' 5 באופן המקל את התנאים לעיכוב ההליכים ראו דנציגר ולהב "עשיית צדק עולה על כולנה", לעיל ה"ש 109 בעמ' 1581, 1584-1586.

¹¹⁷ ה"פ (מחוזי נצרת) 180/02 הרץ נ' פלאח שלום חברה לעבודות בניין ופיתוח בע"מ, תשסב(2) 136 (2003).

¹¹⁸ ראו עניין לוקי, לעיל ה"ש 13, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מצא.

¹¹⁹ שם.

¹²⁰ שם.

¹²¹ רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ, נח(2) 634 (2004) בפס' 16 לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

מדובר על חוזים אשר רק חלק מהם בטל עקב איחוקיות, בהתאם לעקרון "העיפרון הכחול" הלקוח מסעיף 19 לחוק החוזים.¹²²

אולם, היאחזות בטיעון זה כדי שלא להגדיר את אותו גורם מברר אשר הצדדים הסמיכוהו להכריע בענייניהם כבורר, למרות שהוא עומד במבחני שמן, מהווה פרשנות שגויה אשר אינה יכולה לעמוד לפי פסק הדין בעניין לוקי. לפיכך, נראה כי במקרה שאותו גורם עומד במבחני שמן, לא ניתן לטעון שהפנייה לבוררות תפגע בזכות הפנייה לערכאות.

כפי שנרמז לעיל, עניין לוקי מתייחס למצבים שבהם טרם נקבע כי מדובר בבורר. רק קריאה של לוקי כפנימית לפרשנות מבחני שמן שומרת על קוהרנטיות, כמשלים את הלכת שמן, ולא כסותר אותה. ראוי לשים לב כי בפרשת לוקי נכתב שפגיעה בזכות הגישה לערכאות נחשבת למוצדקת אם היא נובעת מבחירתו המוקדמת של המתקשר. והרי השאלה "האם היא אכן נובעת מבחירתו המוקדמת של המתקשר" – היא אותה שאלה שעליה עונים בהלכת שמן (וכאמור לעיל, עניין לוקי אף מפנה למבחני שמן בסוגיה זו).

מכך ניתן ללמוד שהתקיימותם של מבחני שמן (והמבחנים המוצעים המפורטים בפרק 3.ג לעיל) מעידה על הסכמה של הצדדים להגביל את זכות גישתם לערכאות. בנסיבות שבהן המבחנים הללו אינם מתקיימים – הרי שאין מדובר בבורר מלכתחילה ואין חשש לפגיעה בזכות הגישה לערכאות, הואיל ואין להתייחס אליו כבורר.¹²³

בשל כך, הרי שהעמדת עקרון זכות הגישה לערכאות כפי שהוצג בעניין לוקי מעל מבחני הלכת שמן ושאלת הסיווג מביסה את עצמה לוגית. המסקנה המתבקשת היא כי הלכת לוקי למעשה אינה מוסיפה בהרבה על מבחני שמן, אלא כדי להוסיף פן תאורטי, תורת-משפטי, על היחס שבין זכות הגישה לערכאות למוסד המעין בורר, ואינה צריכה או יכולה לבוא במקום מבחני הסיווג. לטעמי, את מקומה אם כן יש לשמור כמבחן משני במסגרת הפתרון הנורמטיבי המוצג בפרק 3.ג לעיל.

ה. סיכום

מאמר זה ביקש לעשות סדר בשאלות רבות, אשר הפסיקה אינה ברורה לגביהן, הסובבות סביב המושג "מעין בורר" במשפט הישראלי. הראשונה שבהן היא שאלת סיווג המעין בורר, שאלה הנשענת על שאלת סיווג של הבורר. כפי שהוצג לעיל, לסיווג המשפטי של התפקיד יש חשיבות בעניינים שונים, וביניהם הדין החל על הגורם המברר; ההליך אשר מתקיים בין הצדדים; ותפקידו של בית המשפט בהליך (הן מבחינה מבנית והן מבחינת צורת ההתערבות ואופיה).

השנייה היא שאלת מהותו של תפקיד זה, והשלישית היא מהי האכסניה המשפטית הנכונה לדיון בסוגיות הנוגעות לאותו מעין בורר – דיני החוזים או דיני הבוררות.

¹²² ס' 19 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; רע"א 4986/08 TYCO BUILDING SEVIES נ' אלבקס וידאו בע"מ (נבו) 12.4.2010.

¹²³ בחינה זו משתלבת גם עם ההלכה הנוהגת היום בשאלת תחולתה של תניית בורות בחוזה מוקדם אשר מאוזכרת בחוזה מאוחר וראו רע"א 9004/22 מרכז הספורט של מכבי תל אביב בע"מ נ' שיכון ובינוי נדל"ן בע"מ (נבו) 3.1.2023, שם בית המשפט העליון חידד את האמור ברע"א 6489/09 מדובר נ' קרן קיימת לישראל (נבו) 18.1.2011 והדגיש כי גם אם לשון התניה אינו חד ובורר, הרי שביטוי המשפט רשאי ללמוד זאת "בהתחשב במערך ההסכמי הספציפי שהוצג ובנסיבות העניין הפרטני" (ס' 9 להחלטתו של השופט מינץ). הדברים יפים במיוחד לאור העובדה שהחלטה זו ניתנה אל מול טיעון העיקרי של המבקשות כי אישור תניית הבוררות ועיכוב ההליכים יהיו "שלילת זכותן של המבקשות להתדיין לפני בית המשפט" (שם, בס' 6). הדבר נכון גם במקרים שבהם מדובר על מינוי גורם אלטרנטיבי לפתרון הסכסוך במסגרת הליך אשר מתקיים לפני בית המשפט, אז מתווספת השאלה האם הצדדים הסכימו במסגרת אומד דעתם לוותר על המשך קיומו של הליך זה; האם החליטו לאחר בחינת סיכוייהם וסיכוניהם שייטב להם לסגור את ההליך הזה בדרך הנסתרת מהעין הציבורית (בדומה להחלטה להגיע לכדי הסכם פשרה שבמסגרתו התובע יוותר על התביעה ויבקש מבית המשפט לדחותה ללא נימוק); או שהם מבקשים להמשיכו תוך העברת בירור סוגיות עובדתיות מסוימות בלבד לגורם אלטרנטיבי. ניתן להניח גם כי במצב זה, כאשר בית המשפט חשוף למידע עובדתי רב, יוכל הוא לרדת לעומק אומד דעת הצדדים בקלות רבה יותר.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לאחר סקירת הפסיקה בנושא, המאמר מציג ומציע פתרון דוקטרינרי ונורמטיבי בתצורת מבחן תלת-שלבי אשר נותן פתרון לשלוש השאלות האמורות תוך הכנסת קוהרנטיות, אחידות וודאות בתפקיד המעין בורר וביחסים שבינו לבין הבורר.

כמו כן, המאמר בוחן את הטענה שלפיה פגיעה נטענת בזכות הגישה לערכאות מחייבת צמצום של היכולת להגדיר מעין בורר כבורר במקרים מסוימים, למרות קיומם של מבחני הסיווג שהוצגו והוצעו לעיל, ומסביר מדוע אין יסוד לטענה זו.

שכן, אין הפער בין אפשרות ההשגה על הערכת הבורר לאפשרות ההשגה על הכרעת המעין בורר משמעותי עד כדי כך. לבטח אין מדובר בפער גורף אשר מחייב התערבות וקביעת מדיניות משפטית. בנוסף, זכות הגישה לערכאות אינה נפגעת בשלב ניהול הסכסוך בהשוואה בין בורר למעין בורר, דבר אשר נכון גם לשלב ההכרעה בסכסוך¹²⁴ ומתן פסק. לבסוף, המאמר מציג ומבהיר כי הטיעון העומד בלב פסק הדין בעניין **לוקי** ומהווה את עמוד השדרה ביחס לטענה כי יש לצמצם את השימוש בהגדרה "בורר" מתאיין ובטל מעיקרו כאשר אותו מעין בורר עומד במבחני הסיווג לבורר. משכך, אין בנימוק זה כדי למנוע את ההגדרה הזו או לבטלה שעה שמבחני הסיווג מתקיימים.

¹²⁴ מרגע שבית המשפט מחליט להפנות את הצדדים למיצוי ההליך המוסכם לפתרון הסכסוך, אותם הגיונות שומרים אותו מלהתערב בקיומו של ההליך, הואיל וגם ביסוד הליך הבוררות וגם ביסוד הליך המעין בוררות ישנה הסכמה חוזית של הצדדים לפתור את הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט – החלטה חוזית אשר כובלת את הצדדים ומעניקה סמכות לגורם המברר. לפיכך, כאשר התחיל אותו הליך, אין צד יכול להחליט שהוא עוזב את ההליך באופן חד-צדדי וחוזר לבית המשפט לפני שמיצה את ההליך. מתן אפשרות שכזאת יפתח את הדלת לאופורטוניזם מצד הצדדים ולהתנהלות חסרת תום לב אשר תאפשר לצד להימלט מהדין כאשר יבין "שהרוח נושבת" לכיוון שאינו מיטיב עימו וראו עניין **מזדה נ' דהן**, לעיל ה"ש 89; עניין **זרזיר**, לעיל ה"ש 10. התנהלות שכזאת גם מנוגדת לעקרון היעילות ותיצור עומס מוגבר אף יותר על בתי המשפט, אותו עומס שההפניה להליכים אלה ביקשה להקל.