

## בוררות – הסמכות להכריע בשאלת הסמכות\*

מוקדש לזכרה של  
פרופ' סמדר אוטולנגי ז"ל  
אדם נפלא ומשפטנית דגולה

### מאיר שמגר\*\*

היקף סמכותו של הבורר עולה מתוך ההסכם שנערך בין הצדדים המתדיינים בבוררות. אין לבורר, כמקובל בדין שלנו, סמכות להחליט בשאלה מהי סמכותו ומה היקפה, אלא אם כן הסמיכוהו לכך הצדדים במפורש. כל שאלה המתעוררת בהקשר זה על הבורר להעבירה לידיו של בית־המשפט המוסמך. כפי שעולה מן הפסיקה שניתנה לאחרונה בארצות־הברית, כמפורט במאמר, בתי־המשפט דחתם נוטים להרחיב לאחרונה במידת־מה את תחום כוחו האוטונומי של הבורר בסוגיית הסמכות, ולהותיר להכרעתו נושאים מן הסוג שבעבר ראו חובה להעבירם לבית־המשפט. במסגרת המאמר מסוכמת בתמציתיות ההלכה הנוהגת במחוזותינו בנוגע להיקף סמכותו של הבורר. לאחר־מכן מובאת סקירה של ההתפתחויות האמורות אשר מצאו את ביטוין בפסיקה בארצות־הברית.

מבוא

פרק א: היקף סמכותו של הבורר בראי הדין הישראלי

1. אופן הגדרת הסכסוך בדין הישראלי

2. האם לבורר יש סמכות להכריע בשאלת סמכותו?

פרק ב: הכרסום בכלל שלפיו הבורר אינו מוסמך להכריע בשאלת סמכותו לנוכח

הפסיקה החדשה בדין האמריקאי

פרק ג: קושיות והשגות

\* הנני מבקש להודות לעו"ד טל לוי על הערותיה המועילות ועל עזרתה.

\*\* נשיא בית־המשפט העליון בשנים 1983 – 1995.

## מבוא

הבוררות הינה דרך חלופית לקיום הליכי משפט לשם בירור מחלוקת. תכליתה לאפשר לצדדים למחלוקת להחיש את מציאת הפתרון לסכסוכים, בין היתר על-ידי פישוט ההליכים, ולהקל את עומס ההתדייגויות בבת-המשפט. הסכמת הצדדים לפנות לדרך זו לשם יישוב הסכסוך ביניהם יכולה להיעשות במסגרת הסכם בוררות שנערך לקראת מינויו של בורר או במסגרת תניה הנכללת בחוזה בעל תוכן רחב יותר. כך או כך, סמכותו של הבורר והיקף כוחו נעוצים בהסכמת הצדדים. לזיקה המחייבת בין הסכמת הצדדים לבין סמכותו והיקף כוחו של הבורר יש השלכות בתחומים שונים של אופייה המשפטי של הבוררות.

עם זה, במסגרת רשימה זו מופנה זרקור לשאלה בעלת חשיבות רבה מבחינת השלכותיה הנוגעת בהיקף סמכותו של הבורר, הווי אומר: האם הבורר מוסמך להכריע בשאלת סמכותו?

היקף סמכותו של הבורר עולה מן ההסכם שנערך בין הצדדים המתדיינים בבוררות, וכאמור, הסכמת הצדדים היא זו התוחמת את מרווח פעולתו של הבורר ואת היקפה של סמכות ההכרעה הנמסרת לידי.

התפיסה הנוהגת במשפט הישראלי היא כי אין לבורר סמכות להחליט בשאלה מהי סמכותו ומה היקפה, אלא אם כן הסמיכוהו לכך הצדדים במפורש. משמע, כל החלטה בעניין סמכותו של הבורר – סוגיה המכונה בפי הצרפתים "compétence-compétence" – אינה בידי הבורר, ואם עולה שאלה ממין זה, עליו להעביר את ההכרעה בה לידי בית-המשפט המוסמך.

לעומת הכלל שהושרש בדין הישראלי, שלפיו ההכרעה בשאלת הסמכות אינה מסורה ככלל לידי הבורר, נראה כי בדין האמריקאי מסתמן כיום כרום בכלל זה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בשלושה פסקי-דין שניתנו לאחרונה על-ידי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. בפסקי-דין אלה מסתמנת מגמה להרחיב במידת-מה את תחום כוחו האוטונומי של הבורר בסוגיית הסמכות, ולהותיר להכרעתו נושאים שבעבר ראו חובה להעבירם לבית-המשפט.

בפתח הדברים אבקש להציג בתמצית את הדין הישראלי הנוהג בשאלה, דהיינו, מי הגוף המוסמך להכריע בשאלת סמכותו של הבורר – בית-המשפט או שמא הבורר עצמו. בהמשך אסקור את הפסיקה החדשה שניתנה לאחרונה בארצות-הברית, המבטאת מגמה חדשה אל מול זו הישנה שלפיה הסמכות בשאלת הסמכות מסורה לידי בית-המשפט. לבסוף אבקש לבחון מבחינה נורמטיבית את הנטייה החדשה המסתמנת בארצות-הברית תוך מתן מענה לשאלה אם יש, לטעמי, לאמץ נטייה זו בדין הישראלי.

## פרק א: היקף סמכותו של הבורר בראי הדין הישראלי

### 1. אופן הגדרת הסכסוך בדין הישראלי

הגדרת הסוגיה הנמסרת להכרעתו של הבורר מן הנכון ומן הראוי שתובא בהסכם הבוררות, דהיינו בכתב המיוחד הנערך לקראת מינויו של בורר ("שטר הבוררין" או כיום "הסכם הבוררות"), או בתניה החוזית המסדירה את ההסכמה מראש להכרעת הסכסוך או הסכסוכים בבוררות. כאמור, אפשר שהסכמה לבוררות תיכלל כאחת מן התניות בהסכם בעל תוכן רחב יותר, הכל כאמור בהגדרת המונח "הסכם בוררות" בחוק הבוררות.<sup>1</sup> באותו הקשר יש להזכיר כי לשם הבהרת מהותה של ההסכמה לבוררות צוטטו בפסק הדין גאולים מושב עובדים נ' ידידיה צדק דברים מפסק-הדין האנגלי בפרשת *Heyman v. Darwins*,<sup>2</sup> שנאמרו על-ידי השופט הלורד MacMillan בתארו את המצב המשפטי באנגליה:<sup>3</sup>

"הנני חושב כי לא שמו לב במידה מספקת לאופיו האמיתי ולתפקידו של סעיף בחוזה בדבר בוררות, סעיף זה שונה מיתר הסעיפים. יתר הסעיפים מכילים את ההתחייבויות שהצדדים מקבלים על עצמם, אחד כלפי השני; הסעיף בדבר הבוררות איננו מטיל על אחד הצדדים שום התחייבות לטובת הצד השני. הוא מכיל את הסכמת שני הצדדים למסור לבוררות סכסוכים שיתעוררו ביחס להתחייבויות שצד אחד קיבל לטובת הצד השני."

ובהמשך הדברים הוסיף השופט הלורד MacMillan, כמצוטט בפסק-דין גאולים:<sup>4</sup>

"הסעד המתאים במקרה של הפרת הסכם בדבר בוררות אינו תשלום פיצויים כי אם ביצועו. זאת ועוד: ההבדל האופייני הוא כי לבתי המשפט באנגליה יש כוח לפטור לפי שיקול דעתם את הצדדים מהוראות סעיף הבוררות, כוח שאין בידי בתי המשפט ביחס ליתר ההוראות שבחוזה."

- 1 חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, ס"ח 184 (להלן: חוק הבוררות).
- 2 *Heyman v. Darwins*, (1942) 1 All E.R. 337 (H.L.), 347 (להלן: עניין *Heyman v. Darwins*).
- 3 ע"א 491/76 גאולים מושב עובדים להתיישבות הקלאית שיתופית בע"מ נ' צדוק, פ"ד לא(3) 625, 634 (להלן: עניין גאולים).
- 4 שם, שם.

השופט אשר הוסיף בפסק־דין גאולים כי גם עורך הרבעון *The Law Quarterly Review* מדגיש בסקירה המוקדשת לפסק־הדין בעניין *Heyman v. Darwins*<sup>5</sup> את אופיו המיוחד של הסכם הבוררות, באומרו:<sup>6</sup>

"If a party refuses to perform his obligations under a contract it is obvious that he cannot ask that the other party should perform his reciprocal obligations, but the obligation to submit to an arbitration is reciprocal only to the other party's similar duty to submit to arbitration, and has nothing to do with the other terms of the contract."

כפועל יוצא ממאפייניה הייחודיים של הסכמת הצדדים להעביר את המחלוקת ביניהם לפתרון בדרך של בוררות, קובע חוק הבוררות בסעיף 1 כי הסכמה זו צריכה להיעשות בכתב. דרישה זו אינה קונסטיטוטיובית במובן זה שגם הסכמה בעל־פה הינה בגדר כריתת חוזה על־פי דיני החוזים, אלא שהעובדה כי הסכמה זו לא עוגנה בכתב מונעת הסתמכות על הוראות מסוימות בחוק הבוררות: צדדים בהסכם בוררות שלא עוגן בכתב אינם יכולים להיעזר במנגנונים העומדים לרשות צדדים בהסכם בוררות שעוגן בכתב, דוגמת סעד של עיכוב הליכים לפי סעיף 5(א) לחוק הבוררות, המתייחס ל"הסכם בוררות" (שהוגדר בסעיף 1 לחוק הנ"ל כהסכם בכתב), או אישור פסק הבורר לפי סעיף 23 לחוק הבוררות. יוצא, אם כן, כי התרופה לגבי הסכם בעל־פה שהופר היא כיום תביעת פיצויים בלבד.<sup>7</sup>

הבהירות והפירוט של הסוגיה הנמסרת להכרעת הבורר הינם חיוניים למניעתם של ערעורים והשגות ומה שסביבם. אוטולנגי<sup>8</sup> הבליטה שני טעמים בזכות הבהירות והדיוק שבהגדרה: ראשית, בדרך זו ניתן לבחון אם הנושא שנמסר לבוררות אכן יכול מבחינה משפטית, להיות מועבר להכרעת בורר;<sup>9</sup> שנית, בדרך זו ניתן לתחום את סמכותו של

5 Arthur L. Goodhart "Notes" 58 L. Q. Rev. (1942) 435

6 עניין גאולים, לעיל הערה 3, בעמ' 634.

7 סמדר אוטולנגי בוררות – דין ונוהל (מהדורה שלישית מורחבת, תשנ"א) 20.

8 שם, בעמ' 262.

9 סעיף 3 לחוק הבוררות קובע כי אין תוקף להסכם בוררות בעניין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים. בע"א 207/82 כהן נ' בלומברג, פ"ד לט(1) 146, לדוגמה, נפסק – בעקבות ע"א 186/58 יהודה ואח' נ' גבריאילוב, פ"ד יג(2) 1263, ובג"ץ 760/79 דייך נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לד(3) 820 – כי צדדים בשכירות המוגנת על־פי חוק אינם יכולים למסור את ההכרעה בשאלה של פינוי הדייר המוגן לידי בורר. העובדה שהדייר הסכים להתנאה על זכותו אין בה כדי לשנות את התוצאה. הטעם לקביעתו של בית־המשפט הוא כי מסירת ההכרעה לידי בורר עלולה לסכל את המטרה החקיקתית

בורר, ואם יחרוג מסמכותו, תהיה בכך – לפי סעיף 24(3) לחוק הבוררות – עילה לבקש ביטולו של פסק הבורר, כולו או מקצתו, להשלימו, לתקנו או להחזירו לבורר.<sup>10</sup>

לנוכח הוראותיו של סעיף 79 ב לחוק בתי המשפט,<sup>11</sup> בית-משפט הדן בעניין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי-הדין, להעביר עניין שלפניו, כולו או מקצתו, לבוררות, וכן רשאי, בהסכמת הצדדים, להגדיר את תנאי הבוררות. הגדרת הנושא – היכולה גם ללוש התייחסות כוללת אל התביעה הפרושה באותה עת לפני בית-המשפט<sup>12</sup> – מקנה לבורר סמכות לדון בנושא כאילו הוסכם על קיום הבוררות מלכתחילה.<sup>13</sup> הסמכות לאשר את פסק הבורר או לבטלו, בהתאם לסעיפים 23 ו-24 לחוק הבוררות (בהתאמה), מוקנית לאותו בית-משפט שהעביר את הנושא לבוררות. למשל, אם נושא הועבר לבוררות על-ידי בית-המשפט העליון, אישור בוררות כזאת או ביטולה הינם, לטעמי, בסמכותו של בית-המשפט העליון, וזאת למרות האמור בהגדרת "בית משפט" בסעיף 1 לחוק הבוררות. אם התגלע סכסוך בעניין שהוסכם למוסרו לבוררות ולא התמנה בורר לפי ההסכם, בית-המשפט רשאי, על-פי בקשתו של בעל-דין, למנות את הבורר.<sup>14</sup>

## 2. האם לבורר יש סמכות להכריע בשאלת סמכותו?

כפי שהוזכר בראשית דברינו, וכפי שנפסק אצלנו, ההכרעה בדבר תוקף ההסכם או בדבר הפירוש שיש לתת להיקפו הינה אך ורק בסמכותו של בית-המשפט.<sup>15</sup> אין לבורר סמכות

הציבורית המונחת ביסודו של חוק הגנת הדייר או – כבדוגמה אחרת – ביסודו של חוק פיצויי פיתורים. חוקים אלה מגינים על אינטרס של הכלל ואינם מותירים מקום לווייתור של הפרט הנוגע בדבר על זכויותיו. אולם ראו ברע"א 332/87 אסרף נ' ועד מושב בצת, פ"ד מא(3) 839 (להלן: עניין אסרף), שם נפסק כי בדיון בבג"ץ, שקדם לדיון בבקשה לרשות ערעור, לא הועלתה טענה של דיירות מוגנת, ולפי הֶסֶדֶר שסוכם שם נמסרו הסכסוכים לבוררות, ולפיכך המבקש לא יוכל להישמע בטענה שהעניין אינו יכול להימסר לבוררות. אוטולנגי, לעיל הערה 7, מעלה ספק אם ניתן להסיק מעניין אסרף הנ"ל מסקנות בעלות השלכה הלכתית בעניין דיון בבוררות בדיירות מוגנת, ואני שותף לספקותיה.

10 נקטתי כאן לשון של "בקשה לביטול" כי לא כל חריגה מסמכות גוררת אחריה ביטול אוטומטי. ראו פסק-הדין בעניין אסרף, שם.

11 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

12 ע"א 344/83 רויטמן נ' פרס, פ"ד לט(4) 29.

13 רישא של סעיף 79(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

14 סעיף 8 לחוק הבוררות.

15 בע"א 71/68 קונסטראקשן אגרגייטס קורפוריישן נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פ"ד כב(1) 695, נידון עניין תוקפו של תנאי בוררות שנכלל בהסכם. שם נפסק כי הסתירות העמוקות והממושכות בהתנהגותן של המערערות לגבי ההסכם הנידון מהוות טעם מספיק לסירובו

להכריע בשאלה אם הסכם הבוררות נכנס לתוקף, בין שמדובר בהסכם שכלולה בו ההסכמה לבוררות ובין שמדובר בתניה בחוזה בעל תוכן רחב יותר.<sup>16</sup> על כך כותבת אוטולנגי:<sup>17</sup>

“איזה טעם יש במסירת ההכרעה בדבר היקף סמכותו לבורר עצמו? הן אם יגיע למסקנה שאין לו סמכות – מכוח מה החליט שאין לו סמכות?”

עם זה, מקובל כי הבורר רשאי להתייחס לעובדות שעל יסודן מועלית טענת הסמכות, ולדון בהן. כך גם לדברי זוסמן:<sup>18</sup>

“כלל גדול הוא, שהבורר הוא הפוסק בדבר העובדות ובדבר החוק החל עליהן ואין בית המשפט מעביר את החלטת הבורר תחת שבט בקרתו. אך יש ועם העובדות העומדות להכרעה נמנית גם עובדה שבה תלויה סמכותו של הבורר, כגון העובדה אם נערך בכלל שטר בוררין, או אם החוזה שבו כלול סעיף הבוררות יפה בכלל. משפוסק הבורר במקרה זה, כי יפה כוחו של החוזה והוא מחייב את הצדדים, נמצא פוסק בדבר סמכות עצמו, כי באין חוזה אין לו סמכות. מצד שני, משפוסק הבורר כי החוזה בטל, הרי ממילא אין גם שטר הבוררין בנמצא; אם כן, מנין שואב הבורר את כוחו לפסוק בכלל? מקרה זה מגלה לנו, כי קביעת העובדות שבהן תלויה סמכות הבורר, אין דינה כדין קביעת עובדות אחרות המשמשות יסוד לפסק הבורר.

הממירה, 'אין בורר מוסמך להחליט בעצמו על סמכותו', אין משמעה כי הבורר מנוע מלהחליט בעובדות הנוגעות לסמכותו. ראשית, יכולים בעלי הדין להרשות את הבורר לפסוק גם בעובדות אלה לחלוטין, ומשעשו כן, הרי נערך שטר בוררות לקביעת סמכות הבורר, ובית המשפט יתייחס אליו כשם שהוא מתייחס לכל שטר בוררין; במקרה זה הבורר הוא הפוסק הסופי גם בעובדות אלה. אולם גם באין שטר בוררין

של בית המשפט להיוקק לטענת הבוררות. ראו גם ע"א 445/80 ג'ברה נ' המועצה האזורית בקעת בית שאן, פ"ד (1) 421, 427 (להלן: עניין ג'ברה).

16 ע"א (ת"א) 305/86 הגנה בע"מ נ' נמדע בע"מ, פ"מ תשמ"ז ג 50. בעקבות סעיף 57 לספרו של יואל זוסמן, דיני בוררות (מהדורה שנייה מורחבת, תשכ"ב), שם נאמר גם-כן כי כאשר העניין יובא לפני הבורר, לא יהיה הלה רשאי לפסוק בעצמו אם העניין מסור לסמכותו אלא באותם מקרים יוצאים מן הכלל שבהם הוסמך גם לכך, והסמכה זו צריכה לתניה מיוחדת בשטר הבוררין.

17 אוטולנגי, לעיל הערה 7, בעמ' 263.

18 זוסמן, לעיל הערה 16, בסעיף 170.

המייפה בפירוש את כוחו של הבורר להחליט על סמכותו, רשאי גם רשאי הבורר לקבוע את העובדות שמהן נובעת סמכותו, אלא שקביעה זו אינה סופית, כי רשאי בעל דין לכפור בה לפני בית המשפט ואם עשה כן, יהיה בית המשפט הדין בדבר חייב, לפי הראיות שיובאו לפניו, לבחון את העובדות הקובעות את סמכות הבורר; אין הפסק מחייב אלא אם היה הבורר מוסמך לתתו, ואת קיומו של תנאי זה קובע סופית בית המשפט.<sup>19</sup> [ההדגשה אינה במקור]

דברים ברוח דומה אמר המשנה לנשיא יואל זוסמן (כתוארו אז) גם בעניין משיח נ' רביע:<sup>19</sup>

"סמכות השיפוט של בורר נובעת מהסכם בוררות בר־תוקף; אם ישלול הבורר תקפו של חוזה המכיל הסכם הבוררות, יוצא שלא היה מוסמך לכך, שכן באין הסכם בוררות, אינו רשאי לדון, וממילא אינו יכול להכריע בסמכותו הוא, אף לא לשלילה..."

לעניין ההבחנה בין החלטה לגבי עצם הסמכות לבין דיון בעובדות היוצרות את הסמכות, ראו גם דברי המשנה לנשיא מרים בן־פורת (כתוארה אז) בפסק־הדין בעניין ג'ברה:<sup>20</sup>

"צודק לדעתי עו"ד אריאלי שלא הייתה לבורר סמכות להכריע סופית בשאלת פירושו של 'הסכם הבוררות' (ס' 8 לחוזה), אך אם סבור הוא שאסור היה לבורר אף לדון בשאלה ולקבוע עמדתו בה, כי אז טעות בידו."

כאשר מתעוררת במהלך הבוררות שאלת סמכותו של הבורר, הוא רשאי לפנות לבית־המשפט באבעיה.<sup>21</sup> צד החולק על סמכות הבורר רשאי להציע לבורר לפנות באבעיה או לפנות בעצמו לבית־משפט בבקשה לפסק־דין הצהרתי או לאחר־מכן בבקשת ביטול לפי סעיף 24 לחוק הבוררות.

עיקרו של דבר, כל האמור כאן חל, כמפורט לעיל, בהעדר הסכם בין הצדדים בסוגיית הסמכות, שכן הצדדים יכולים כאמור להסמיך את הבורר לדון גם בטענת הסמכות.<sup>22</sup>

19 בר"ע 130/71 משיח נ' רביע, פ"ד כה (2) 572, 574.

20 עניין ג'ברה, לעיל הערה 15, בעמ' 425.

21 סעיף טז בתוספת לסעיף 2 לחוק הבוררות.

22 ראוי להזכיר כי סוגיית "הסמכות להחליט על סמכות" מצאה פתרון שונה מן הנוהג אצלנו ב"חוק לדוגמה" (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)

## פרק ב: הכרסום בכלל שלפיו הבורר אינו מוסמך להכריע בשאלת סמכותו לנוכח הפסיקה החדשה בדין האמריקאי

בפסיקה של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית מן העת האחרונה ניתן, לטעמי, להבחין במגמה של הרחבת שיקול-הדעת המסור לבורר בעניין סייגים החלים על ההתדיינויות הנערכות לפניו. בפרשת *Pacificare v. Jeffrey Book*<sup>23</sup> נידונה הכרעה שעניינה סמכותו של הבורר במקרים שבהם סעיף הבוררות מטיל לכאורה הגבלה על שיקול-דעתו של הבורר. בפרשה האמורה נידונה תניה כללית בחוזה בין הרופאים לבין תאגיד פרטי המופקד על ביטוח בריאות, שממנה עלה כי נקבעה תקרה לסכום הפיצויים שיהיה ניתן לפסוק. בית-המשפט החליט במקרה האמור, אשר אל פרטים עיקריים בו עוד נשוב, כי הבורר עצמו הוא שיחליט אם יוכל להעניק פיצויים מוגדלים על-אף הסייג שבסעיף הבוררות.

בפרשת *Howsam v. Dean Witter*<sup>24</sup>, אשר אף אליה נתייחס בפירוט רב יותר בהמשך הדברים, נידון סכסוך בין לקוח לבין יועץ השקעות. בית-המשפט העליון סבר כי לבורר עצמו יש הסמכות להחליט בעניין תחולתה של הוראה הכלולה בתקנות הבוררות אשר קובעת הגבלת זמן לפתיחת הליכי בוררות.

בפרשת *Green Tree v. Lynn W. Bazzle*<sup>25</sup> – מקרה של בוררות בתובענה ייצוגית – שוב הועברה ההכרעה בשאלת הסמכות לקיים בוררות ייצוגית לידי הבורר.

---

שהתקבל על-ידי הוועדה של האו"ם לסחר בין-לאומי (United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL) ב-21 ביוני 1985. ה"חוק לדוגמה" נועד לקדם אחידות בחקיקה של הארצות השונות. סעיף 16 בפרק 4 ל"חוק לדוגמה" דן בסמכותו של בורר להחליט בסוגיית השפיטות, ונקבע שם, בין היתר, כי: "The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement." <http://www.uncitral.org/en-index.htm> (2.4.2004)

*Pacificare Health Systems Inc. et al. Petitioners v. Jeffrey Book et al.*, 538 U.S. 23 (2003) 401, 123 S. Ct. 1531 (2003). (להלן: פרשת *Pacificare*).

*Karen Howsam etc. Petitioner v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 537 U.S. 79, 123 S.Ct. 24 (2002) 588 (להלן: פרשת *Howsam*).

*Green Tree Financial Corp. & NKA Conseco Finance Corp. Petitioners v. Lynn W. Bazzle et al.*, 539 U.S. 444, 123 S. Ct. 2402, 156 L. Ed. 2d 414 (2003) (להלן: פרשת *Green Tree*).



הגיליון של *International Arbitration News* מקיץ 2003 מקדיש להתפתחויות שיפוטיות אלה מאמר של William Park מאוניברסיטת בוסטון, שהינו סגן הנשיא של בית-המשפט הבין-לאומי לבוררות בלונדון. בהמשך אשוב גם אל הערותיו הביקורתיות של Park על פסיקה זו.<sup>26</sup>

כאמור, שלושת פסקי-הדין הנ"ל מתייחסים לשאלה המעניינת מי הגורם שמחליט בטענות-סף העולות בבוררות בעקבות תנאים בהסכמי בוררות, בכללים של תאגידיים מקצועיים או בחקיקת-משנה שעניינם סדרי הבוררות: האם המחליט הוא בית-המשפט או הבורר? כפי שציין Park,<sup>27</sup> מן ההחלטות השיפוטיות האמורות עולה למעשה כי הן קובעות לא רק "מי המחליט", אלא גם "מי מחליט על הגורם המחליט".

מן הפסיקה הפדרלית האמורה משתמע, לכאורה לפחות, כי הנטייה בארצות-הברית היא שכאשר עולה שאלה של אכיפת סעיף בוררות (בערכאה ראשונה או בשלב הערעור) והנושא יכול מטעמים שונים להיחשב לדיוני, הבורר מוסמך, במסגרת הכרעה מקדמית, להחליט על הסמכות לקיים בוררות.

מכאן לפרטים רבים יותר לגבי הפסיקה הנ"ל.

בפרשת *Pacificare*,<sup>28</sup> שבה פסק בית-המשפט העליון של ארצות-הברית באפריל 2003, טענו המשיבים (רופאים במקצועם) כי תאגידי ביטוח הבריאות, שהמערער *Pacificare* היה אחד מהם, לא שיפו אותם בעבור שירותי בריאות שהגישו למבוטחים של אחד מן התאגידיים הנ"ל בהתאם להסדרים שהוסכמו. טענת שניים מבין ארבעת התאגידיים שנתבעו הייתה כי יש לכפות על המשיבים הליך של בוררות, כאמור בהסכם שבין הרופאים לתאגידיים.

בית-המשפט של הערכאה הראשונה (בית-משפט מחוזי) סירב להיענות לבקשה זו, ולא אכף בוררות בקשר לאותן טענות של הרופאים שהסתמכו על *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*.<sup>29</sup> בית-המשפט קבע כי אכיפת בוררות אינה מתיישבת במקרה דנן עם המצב המשפטי, וכי היא תפגע ברופאים מאחר שתנאי הבוררות, המופיעים במקצת ההסכמים שבין הרופאים לבין עמותות ביטוח הבריאות, אוסרים הטלת פיצויים עונשיים (non-economic damages such as punitive or mental anguish damages). מכאן שהבורר יהיה מוגבל בסמכותו להושיט את הסעד שנתבע.

ערכאת הערעור הראשונה (בית-המשפט לערעורים, המחוז האחד-עשר) דחתה את

<sup>26</sup> Park, *infra* note 53.

<sup>27</sup> *Ibid*.

<sup>28</sup> *Pacificare*, *supra* note 23.

<sup>29</sup> Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO), 18 U.S.C.S. §1961 (1970).

הערעור. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית הוציא צו *certiorari*, דהיינו, העניק רשות ערעור ודן בו.

התאגידים טענו לפני בית-המשפט העליון כי השאלה אם ההגבלות על הסעד המשפטי הקבועות בחוזים שבין הרופאים לבין עמותות ביטוח הבריאות הופכות את הסכמי הבוררות לבלתי-ניתנים להפעלה, אינה שאלה של "שפיטות בוררותית" (*arbitrability*), ועל-כן צריך להשאיר שאלה זו להכרעת הבורר, ואל לבית-המשפט להכריע בה. זאת ועוד, אף אם עולה שאלת "השפיטות הבוררותית", אין בכך כדי לשלול את תוקפה של אותה תניה המופיעה בהסכמים שבין הרופאים לעמותות הבריאות אשר קובעת כי סכסוכים בין הצדדים יוכרעו בדרך הבוררות. מכאן שעל בית-המשפט לחייב קיומה של בוררות.<sup>30</sup>

השופט *Scalia*, שעזימו הסכימו כל השופטים האחרים (פרט לשופט *Thomas*), שלא נטל חלק בדיון, קבע כי יש לבטל את החלטת בית-המשפט של הערכאה הראשונה. לדעתו, בשלב האמור טרם הגיע המועד להתייחס לטענות של העדר סמכות של הבורר.

בהקשר זה הפנה השופט *Scalia* לתקדים שגובש לדעתו בפרשת *Vimar Seguros y Reasegueros, S.A. v. M/V Sky Reefer*.<sup>31</sup> בפרשה האמורה התגלה נזק בסחורה שהובלה באונייה, והוגשה תביעה נגד המוביל (בעל האונייה). עלתה שם מחלוקת בקשר לתניית בוררות שנכללה בשטר המטען (*bill of lading*), אשר בעל האונייה ביקש לאכוף את קיומה. בשטר המטען נאמר כי המחלוקת תוכרע על-פי הדין של יפן ובדרך של בוררות לפני ועדת הבוררות הימית של טוקיו. חברת הביטוח (*Vimar*) טענה כי סעיף הבוררות נוגד את הוראותיו של הדין האמריקאי (*Carriage of Goods by Sea Act, COGSA*),<sup>32</sup> ועל-כן אין מקום לאכיפת בוררות כפי שנקבעה בשטר המטען. לפי הטענה, לא יהיה ניתן להבטיח כי בורר זר יישם את חוק ההובלה הימית האמריקאי לגבי הטובין הנ"ל. היה מקום להניח שהבורר הזר יישם את הדין היפני, שעל-פיו אחריותו של המוביל פחותה מזו הנובעת מן הדין האמריקאי. על-כן נטען כי אל לתניותיו של שטר המטען, המחייב בוררות, לשחרר את המוביל מאחריותו או להפחית את חובותיו על-פי הדין שנקבעו בחוק הנ"ל. משמע, אם יובא העניין לפני בית-משפט, ולא יידון בבוררות, לא תחול ההגבלה של הדין ולא ייכפה בורר זר.

בית-המשפט העליון דחה בשעתו את טענותיה של חברת הביטוח *Vimar*, וקבע כי תניית הבוררות הינה, לכאורה לפחות, אכיפה. נקבע כי בשלב המקדמי האמור אי-אפשר עדיין להסיק מהו הדין שהבורר יישם או כי יוענק סכום פיצויים מופחת. בית-המשפט העליון ציין בפרשת *Vimar*:<sup>33</sup>

30 השוו לסעיף 5 של חוק הבוררות.

31 *Vimar Seguros y Reasegueros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528, 115 S. Ct. 2322 (1995).

(להלן: פרשת *Vimar*).

32 *Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)*, 46 U.S.C. §1300 (1936).

33 *Vimar*, *supra* note 31.

"Mere speculation that the foreign arbitrator might apply Japanese law, which depending on the proper construction of COGSA might reduce respondents' legal obligations, does not in and of itself lessen liability under COGSA... nor did it provide an adequate basis upon which to declare the relevant arbitration agreement unenforceable."

אמת-מידה וזה מצא לנכון השופט Scalia לאמץ במקרה שנידון בפרשת *Pacificare*<sup>34</sup> מקצת הסכמי הביטוח אכן כללו הוראה כי אין להטיל פיצויים עונשיים, ובית-המשפט של הערכאה הראשונה למד מכך כי יש בכך כדי למנוע מן הבורר הטלת פיצויים משולשים (treble damages), כפי שמתיר חוק ה-RICO<sup>35</sup>. אולם לטעמו של השופט Scalia, מסקנה זו אינה ברורה מראש. בהליכים אחרים נקבע כי האיסור בדבר הטלת פיצויים עונשיים עניינו סעד משפטי ותו לא, ולפיכך, לטענת השופט Scalia, תחולתו של הסייג הנ"ל לגבי התביעה הנידונה מוטלת בספק. עיקרו של דבר, ולצורך ענייננו – קרי, סמכותו של בורר להכריע בשאלת היקף סמכותו – קבע השופט Scalia:<sup>36</sup>

"...[W]e should not on the basis of 'mere speculation'... that an arbitrator might interpret these ambiguous agreements in a manner that casts their enforceability into doubt, take upon ourselves the authority to decide the antecedent question of how the ambiguity is to be resolved."

במילים אחרות, כדברי בית-המשפט העליון דהתם, אין בית-המשפט יכול לדעת אל-נכון ומראש כיצד יפרש הבורר את ההגבלות בהטלת הפיצויים. השאלה אם יש בכך כדי להפוך את הסכמי הרופאים עם עמותת הבריאות לבלתי-אכיפים, והשאלה אם ההחלטה בסוגיה זו הינה מתפקידו של בית-המשפט או מתפקידו של הבורר, הינן שאלות מופשטות מאוד. הדרך הנכונה היא לכן לאכוף את סעיף הבוררות (to "The proper course is to compel arbitration")<sup>37</sup>.

התוצאה הייתה שהערעור התקבל, והדיון הוחזר לשם המשכת ההליכים על-פי ההחלטה האמורה, דהיינו, לצורך ענייננו, השאלה הנ"ל הושארה להכרעת הבורר. סיכמו של דבר, מוקד העניין במקרה לעיל, מבחינת הנושא שלפנינו, אינו בשאלה אם

*Pacificare*, supra note 23 34

.RICO, supra note 29 35

*Pacificare*, supra note 23, at p. 1535 36

*Ibid*, ibid 37

להגבלת הסמכות להטיל פיצויים יש השלכה על השפיות הבוררותית, אלא בהחלטה להעביר את ההכרעה בסוגיית השפיות לידיו של הבורר.

משמעות הדברים היא כי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית סובר כי מן הנכון להותיר בידיו של הבורר את ההכרעה בשאלת הסמכות העולה בעקבות הבקשה לאכיפת הבוררות (enforceability) בנסיבות כמתואר. יש לשים לב כי הטענה נגד סמכות הבורר פוונה לסמכותו של בית-המשפט לבורר בין הגופים החלופיים שראוי למסור את הנושא להכרעתם, ולא נשענה על טענה החלטית בדבר העדר סמכות משפטית מהותית.

בפרשת *Howsam*,<sup>38</sup> שהוכרעה בדצמבר 2002, נידונה תביעתה של משקיעה באה בימים נגד יועץ השקעות. לפי הטענה, הציג היועץ למשקיעה הצגה מטעה בדבר תכונותיהן וטיבן של ההשקעות שהציע. לפי החוזה האחיד שעל-פיו מוסדרים היחסים בין לקוח ליועץ, כל הסכסוכים הנובעים מעסקה כלשהי, מפרשנותה, מהפרתה וכולי יוכרעו בבוררות. ליועץ גם מוקנית הסמכות לבחור את הבורר, ו-*Howsam* בחר מכוה תניה זו בבוררות שתיערך לפני ה-NASD (National Association Security Dealers). אולם יחד עם זה הגיש יועץ ההשקעות בקשה לפסק-דין הצהרתי שיקבע כי המשקיעה מנועה מעצם הגשת התביעה עקב הגבלת הזמן הקבועה בכללים של NASD<sup>39</sup> (שהוחל כאן על יסוד החוזה האחיד הנוהג בין משקיע ליועץ מס, שנחתם על-ידי המשקיעה). לפי הכלל המגביל הנ"ל, אי-אפשר להגיש תביעת בוררות אם חלפו שש שנים מעת קרות האירוע המשמש יסוד לתביעה (ההשקעה נעשתה ככל הנראה בשנת 1986, ואילו התביעה הוגשה בשנת 1997). בית-המשפט של הערכאה הראשונה החליט כי הנושא שפית בבוררות, אולם בערעור לפני ערכאת הערעור הפדרלית (המחוז העשירי) הוחלט כי שאלת תחולתה של הגבלת הזמן האמורה – הווי אומר, השאלה בדבר היות המקרה שפית בבוררות – צריכה להימסר להכרעה שיפוטית, ולא להכרעה בבוררות. ההנחה שאומצה בערכאת הערעור הייתה אם כן כי השאלה אם נושא שפית בבוררות (arbitrability) מוכרעת בדרך-כלל על-ידי בית-משפט.<sup>40</sup>

השופט Breyer, מבית-המשפט העליון של ארצות-הברית, ביטל את הכרעתם של בית-המשפט של הערכאה הראשונה ושל ערכאת הערעור הראשונה, והחליט כי בנקודה המתוארת מן הראוי שההכרעה תהיה של הבורר. יתר השופטים הסכימו, והשופט Thomas הצטרף בפסק-דין נפרד. השופטת O'Connor לא נטלה חלק בדיון.

השופט Breyer ציין כי בוררות הינה נושא שיסודו בהסכם, וכי אין לחייב צד לעמוד לפני בוררות לגבי סכסוך שהוא לא הסכים למוסרו לבוררות.<sup>41</sup> אף שבית-המשפט נקט זה זמן רב מדיניות ליברלית המצדדת בקיום הסכמי בוררות, מצא לנכון השופט Breyer

<sup>38</sup> *Howsam*, supra note 24

<sup>39</sup> NASD, Code of Arbitration Sec. 10304. (ראו: [http://www.nasdaq.com/arb\\_code/arb\\_code1.asp#10304](http://www.nasdaq.com/arb_code/arb_code1.asp#10304))

<sup>40</sup> *First Options of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 115 S.Ct. 1920 (1995)

<sup>41</sup> ראו: *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U.S. 574, 80 S.Ct. 1347 (1960)

להבהיר כי יש יוצא מן הכלל למדיניות זו, והוא המקרה שבו הסכימו אומנם הצדדים למסור סכסוך מוגדר לבוררות אך עולה שאלה עקרונית בדבר האפשרות להעביר הכרעה מן הסוג הנידון לבוררות (arbitrability). סוגיה כזו הינה עניין להכרעה שיפוטית, אלא אם כן קבעו הצדדים אחרת במודע ובהירות.<sup>42</sup> על-כן סבר השופט Breyer כי יש להחליט תחילה אם הגבלת המועד בכללי NASD נכנסת לגדר הכלל הפרשני הרלוונטי.

בעניין זה ציין השופט כי הפרשנות של Revised Uniform Arbitration Act, 2000 (RUAA)<sup>43</sup> קובעת כי הבורר הוא שיחליט אם קיימות נסיבות המצדיקות העברה של הנושא לבוררות. לדבריו, בהעדר הסכם אחר, שאלות מהותיות בדבר כפיפות לבוררות יוכרעו על-ידי בית-המשפט, אולם שאלות דיוניות (procedural arbitrability) יוכרעו על-ידי הבורר. דוגמות לשאלות דיוניות הן הגבלת זמן (time limits), מסירת הודעות, שיהוי, מניעות וסייגים דומים אחרים הקודמים למימוש ההסכמה לבוררות. בדומה לכך נקבע בפסק-דין *Moses v. Mercury* כי ויתור על טענה, שיהוי או הגנות דומות הינן עניין לבורר.<sup>44</sup>

על יסוד האמור לעיל, קבע השופט Breyer כי שאלת התחולה של כללי NASD בדבר הגבלת זמן להגשת בוררות הינה עניין לבורר, ולא לבית-המשפט.<sup>45</sup>

"The NASD time limit rule falls within the gateway procedural disputes that do not present what our cases have called 'questions of arbitrability.'"

השופט Thomas הגיע לתוצאה זהה בהסתמכו על חוקי ניו-יורק החלים במקרה דנן, בסוברו כי אין להפעיל את ה-Federal Arbitration Act בבתי-משפט מדינתיים בדונם בנושאים שבתחום סמכותם.

הקו המנחה היה כי הבוררים של NASD אמונים על בחינת שאלות כמתואר כאן, ומסוגלים על-כן לפרש וליישם כללים אלה בצורה טובה יותר. בהעדר אמירה שונה בהסכם

42 ראו: *AT & T Technologies Inc. v. Communications Workers*, 475 U.S. 463, 106 S.Ct. 1415 (1986).

43 Revised Uniform Arbitration Act (RUAA), sec. 6, 7 U.L.A. 12 (supp. 2002).

44 *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24–25, 103 S.Ct. 927 (1983) (להלן: פסק-דין *Moses v. Mercury*).

45 הענקת סמכות ליברלית זו אינה חלה ככל הנראה כאשר מדובר בויתור על זכויות-יסוד חוקתיות, כגון עצם זכות הפנייה לבית-המשפט או הזכות לקיום משפט לפני מושבעים. ראו פסק-הדין של מדינת מונטנה: *Kloss v. Jones*, 310 Mont. 123, 54 P. 3d 1 (2002). אולם ראו גם מאמר ביקורת על פסק-דין *Kloss v. Jones*: Carrol E. Neesemann "Montana: *Kloss v. Jones* Court Continues Its Hostility to Mandatory Arbitration" *ABA Dispute Resolution J.* (February–April 2003) 22.

הבוררות, סביר להניח שההסכם שיקף הבנה זאת, וכי בהליכים יאומצו כללים כגון אלה שהוחלו בפסק-דין *Moses v. Mercury* הנ"ל.<sup>46</sup>

בפרשת *Green Tree*,<sup>47</sup> שפסק-הדין בה ניתן ביום 23 ביוני 2003, דובר, בתמצית, בשתי מערכות של לקוחות שהגישו תביעות בוררות נפרדות, על יסוד חוזים, נגד חברה המעניקה הלוואות לשם רכישה או שיפוץ של בתים. בניגוד לחוק הגנת הצרכנים של מדינת קרוליינה הדרומית, לא ניתנה ללווים הודעה בדבר זכותם למנות את פרקליטיהם ואת סוכני הביטוח שלהם. שתי הקבוצות של הלווים הגישו תביעות נפרדות לבורר, שבהן ביקשו אישור להגשת תביעת בוררות ייצוגית נגד חברת ההלוואות. הבורר נתן אישור להגשת תביעת בוררות ייצוגית, ובבוררות ייצוגית זו אף נפסקו פיצויים בסכומים נכבדים (כעשרה מיליון דולר לקבוצה אחת, וכתשעה מיליון דולר לקבוצה האחרת).

הקבוצה הראשונה של הלווים ביקשה לאשר את תובענתם כתביעת בוררות ייצוגית. החברה ביקשה עיכוב הליכים וחיוב בקיום בוררות רגילה. בית-המשפט אישר תביעה ייצוגית והורה בצו על קיום בוררות. הבורר פסק את סכום הפיצויים הנ"ל, והמלווים ערערו לבית-המשפט העליון של קרוליינה הדרומית בטוענם, בין היתר, כי לנוכח ההוראות המסמיכות, לא היה ניתן להתיר בוררות ייצוגית.

קבוצת התובעים השנייה נקטה דרכים דיוניות דומות, עמדה מול טענות דומות של המלווים, ועניינם נידון לבסוף לפני אותו בורר, אשר אישר כאמור תביעה ייצוגית. החברה המבקשת הגישה ערעור. בית-המשפט העליון של קרוליינה הדרומית איחד את התביעות, והחליט שאין בחוזים הוראה בעניין תביעות בוררות ייצוגיות ולפיכך הגשתה של התביעה הייתה כדין. על-כן אושרה פסיקת הבורר. המלווים טענו, לעומת זה, כי אין מקום למסקנה כי החוזים שותקים באשר לתביעות ייצוגיות, אלא היפוכו של דבר – עולה מהם שהם אוסרים תביעה כאמור. ניתנה רשות ערעור.

ארבעה משופטי בית-המשפט העליון (Ginsburg ו־Breyer, Scalia, Souter), וחלקית גם השופט Stevens) קבעו כי המחלוקת בשאלה אם חווי הבוררות אסרו הליכים של תביעה ייצוגית הינה בגדר מחלוקת הנוגעת בהסכם ובמערכת ההקשרים המשפטית העולה ממנו, ואם יש ספק בדבר היקף הסמכות הבוררותית, מן הראוי להכריע בנקודה זו לטובת הבוררות. מכאן, שעל הבורר להחליט אם הסכם הבוררות אוסר הגשת תביעות ייצוגיות לבוררות.

הנשיא Rehnquist, שעימו הסכימו השופטים O'Connor ו־Kennedy, הסתייג בדעת מיעוט. השופט Thomas הסתייג אף הוא בדעת מיעוט נפרדת. לשם הבהרה רחבה יותר של הרקע המשפטי, ייאמר כי הרוב ציין כי מדובר בחוזים בין מלווה ולקוחותיו, וכל חוזה מכיל תניה המתייחסת לבוררות לגבי כל הסכסוכים העולים מן החוזה. סעיף הבוררות בחוזים הנ"ל קבע כדברים האלה:<sup>48</sup>

*Moses v. Mercury*, supra note 44 46

*Green Tree*, supra note 25 47

*Ibid*, at p. 2405 48

"ARBITRATION – all disputes, claims, or controversies arising from or relating to this contract or the relationships which result from this contract... shall be resolved by binding arbitration by one arbitrator selected by us with consent of you. This arbitration contract is made pursuant to a transaction in interstate commerce, and shall be governed by the Federal Arbitration Act at 9 USC section 1 [9 USCS §1]... THE PARTIES VOLUNTARILY AND KNOWINGLY WAIVE ANY RIGHT THEY HAVE TO A JURY TRIAL, EITHER PURSUANT TO ARBITRATION UNDER THIS CLAUSE OR PURSUANT TO COURT ACTION BY US (AS PROVIDED HEREIN)... The parties agree and understand that the arbitrator shall have all powers provided by the law and the contract. These powers shall include all legal and equitable remedies, including, but not limited to, money damages, declaratory relief, and injunctive relief." [capitalization in original]

בית־המשפט העליון של קרוליינה הדרומית (ערכאת הערעור הראשונה) סבר כי תניות הבוררות שותקות בקשר לשאלה אם תיתכן תביעה ייצוגית במסגרת הבוררות. על־כן סברה הערכאה האמורה כי החוזים מתירים תביעות כאמור. השאלה הראשונה שאליה נפנה בית־המשפט העליון של ארצות־הברית הייתה, על־כן, אם התניות אכן שותקות בכל הנוגע לשאלה הנ"ל. לדעת הרוב, זו שאלה שעל הבורר להכריע בה. מאחר שטרם ניתנה החלטה של הבורר, החליט הרוב להחזיר את הדיון לבית־המשפט העליון של קרוליינה הדרומית כדי שתועבר לבורר.

הרוב בבית־המשפט העליון הפדרלי סבר, כאמור, כי תניית הבוררות שבחוזים נאלמה דום בכל הנוגע לתביעה ייצוגית. נאמר שם כי הבורר ייבחר על־ידי Green Tree, וזה אכן מה שאירע. השאלה הנותרת הייתה אפוא אם התניה אסרה הגשת תביעה ייצוגית לנוכח הסמכות הרחבה שהוענקה בה לבורר. אולם עיקרו של דבר, שאלת הפרשנות של התניה בחוזה הינה בתחום סמכותו של הבורר, וכן, כמוזכר לעיל:<sup>49</sup>

"If there is doubt about that matter about the scope of arbitrable issues we should resolve that doubt in favor of arbitration."

יש נושאים הקשורים לבוררות שיש להניח כי הצדדים מתכוונים שבית־המשפט יכריע

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, 628, 105 49 S.Ct. 3346 (1985)

בהם (בהעדר ראיות ברורות וחד־משמעיות), ולא הבורר עצמו. כדברי בית־המשפט העליון:<sup>50</sup>

"They include certain gateway matters, such as whether the parties have a valid arbitration agreement at all or whether a concededly binding arbitration clause applies to a certain type of controversy. See generally *Howsam*... See also *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543, 546–547, 11 L. Ed. 2d 898, 84 S. Ct. 909 (1964) (whether an arbitration agreement survives a corporate merger); *AT & T*... at 651–652, 89 L. Ed. 2d 648, 106 S.Ct. 1415 (whether a labor-management layoff controversy falls within the scope of an arbitration clause) The question here – whether the contracts forbid class arbitration – does not fall into this narrow exception. It concerns neither the validity of the arbitration clause nor its applicability to the underlying dispute between the parties. Unlike *First Options*, the question is not whether the parties wanted a judge or an arbitrator to decide *whether they agreed to arbitrate a matter*... Rather the relevant question here is what kind of arbitration proceeding the parties agreed to. That question does not concern a state statute or judicial procedures, cf. *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. 468, 474–476, 103 L. Ed. 2d 488, 109 S.Ct. 1248 (1989). It concerns contract interpretation and arbitration procedures. Arbitrators are well situated to answer that question." [emphasis in original]

על־כן הלך בית־המשפט בעקבות פרשת *Howsam*,<sup>51</sup> והחזיר את התיק כדי שיובא לפני הבורר על־מנת שזה יחליט בשאלה הנ"ל.

הנשיא Rehnquist ציין, בפסק־דין המיעוט, כי בית־המשפט מייחס בדרך־כלל משקל רב להחלטת הבורר בנושאים המובאים להכרעתו, אולם השאלה מה יימסר לבוררות נשלטת על־ידי ההסכמה החוזית של הצדדים, והפרשנות של החוזה הינה מתפקידו של בית־המשפט. עוד הוסיף הנשיא:<sup>52</sup>

<sup>50</sup> *Green Tree*, *supra* note 25, at p. 2407

<sup>51</sup> *Howsam*, *supra* note 24

<sup>52</sup> *Green Tree*, *supra* note 25, at p. 2409



"Given the principle that a party can be forced to arbitrate only those issues it specifically has agreed to submit to arbitration, one can understand why courts might hesitate to interpret silence or ambiguity on the 'who should decide arbitrability' point as giving the arbitrators that power, for doing so might too often force unwilling parties to arbitrate a matter they reasonably would have thought a judge, not an arbitrator, would decide."

יש יסוד להנחה כי שאלות דיוניות העולות מן הסכסוך אשר יש להן השלכה על התוצאה הסופית הינן ענייניו של השופט, ולא של הבורר. מאידך גיסא, הבורר מוסמך להחליט בעניין זניחה של טענה, שיהיו או הגנות דומות לבוררות. דרך בחירתו של הבורר קרובה יותר לשאלה מה יימסר לבוררות, וזה נושא שמסור לבית-המשפט, להבדיל משאלות של זניחת טענה, שיהיו וכדומה. פרשנות של חוים פרטיים הינה בדרך-כלל שאלה המסורה לבית-המשפט המדינתי, אולם בית-המשפט העליון הפדרלי מוסמך להתערב בהכרעה שיפוטית של בית-משפט מדינתי כאשר היא מנוגדת למשפט הפדרלי, דהיינו, באותה מידה שבה היא ניצבת כמכשול למימוש כוונותיו ומטרותיו של הקונגרס. עד כאן דברי הנשיא Rehnquist.

### פרק ג: קושיות והשגות

<sup>53</sup>Park מביע ספק-מה אם ההחלטות בפרשות *Green* ו-*Pacificare, Howsam* ו-*Tree* – שהינן סבירות כשלעצמן – אכן משקפות את כוונתם המקורית של הצדדים לבוררות: אם מחלוקת משפטית אינה יכולה להיות מועברת לבוררות אחרי חלוף שש שנים מן העת שבה צד לבוררות (במקרה דגן יועץ ההשקעות) פעל לא כדין, האם אכן ניתן לדבר על "בורר" בבוררות המתחילה בשנה השביעית אחרי חלוף המועד הנ"ל? אם לפי החוזה בורר אינו מוסמך להטיל פיצויים עונשיים, האם סביר שבורר יקנה לעצמו סמכות להעניק סעד כאמור אך ורק על יסוד קביעתו כי "פיצויים עונשיים אינם עונשיים"? האם אין בכך מעין מסירת סמכות לידי הבורר להגדיר תניות בחוזה באופן שיבסס את עצם הכוונה להעניק סמכות לקיום בוררות? הקושי המצוי עולה כמובן מן ההקשר הענייני

William W. Park "The Contours of Arbitral Jurisdiction: Who Decides What?" 3 53 *International Arbitration News* (Summer 2003) 2; reprinted in 18 *International Arbitration Report* (August 2003) 21

המסוים שלאורו מגובשת ההגדרה של עילת הדיון כסוגיה שניתן לדון בה בבוררות. לנוכח הפסיקה הנ"ל, נותרת בידי הבורר, בין היתר, הגדרת תוכנם של מושגים ומותגים העולים מן ההסדר החוזי. דא עקא, בפסיקה של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית שסוכמה לעיל חסרה, לדעת Park, התייחסות מספיקה אל האפשרות להעביר את החלטות הבורר בעניין סמכותו, שהוענקו לו על-פי הפסיקה, בשבט הביקורת הנוספת של ערכאת ערעור שיפוטית. ייתכן שהדבר משתמע מן האמירה, הכלולה בפסקי-הדין הרלוונטיים, כי "לכאורה" הנושא מסור להכרעת הבורר, הווי אומר, ייתכן שהמילה "לכאורה" מותירה מקום להכרעה שיפוטית נוספת, ואין בכך כדי לשלול לחלוטין ביקורת שיפוטית מאוחרת יותר. יש להבהיר כאן כי סמכות ערעורית כזאת אכן קיימת.<sup>54</sup>

בהקשר זה Park מזכיר, כדוגמה חיובית, את ההסדר החוקי הצרפתי.<sup>55</sup> דא עקא, נראה שבצרפת אין לבית-המשפט סמכות לדון בסוגיה שכבר הוכרעה סופית בבוררות אם הערכאה הבוררותית כבר החליטה כי היא מוסמכת לדון בעניין. לפי הדין הצרפתי, אם הדיון בבוררות טרם החל, בית-המשפט יכול להתערב, אולם רק כאשר הבוררות בטלה באופן ברור וגלוי (manifestment nulle). לנוכח האמור כאן, דומה כי הקושי ש-Park מצביע עליו אינו מוצא את פתרונו הראוי דווקא בשיטה הצרפתית המוזכרת.

מבחינה זו הוראותיו של חוק הבוררות שלנו מעשיות וסבירות הרבה יותר. אין אומנם ערעור מן השורה, שהרי הבוררות לא נוצרה כדי להוסיף עוד חוליה סדירה לשרשרת הדיונים בבתי-המשפט מן השורה. הכוונה היא למנוע כפל דיונים ולצמצם את התערבותו של בית-המשפט לפגמים היורדים לשורשו של עניין, הכל כאמור בסעיף 24 לחוק הבוררות. במילים אחרות, דיני הבוררות ממסדים דיון שיפוטי אשר מוגבל אומנם מבחינת מידת ההתערבות המוקנית לבית-המשפט, אך הכרעה בסוגיית השיפוטיות הבוררותית יכולה לכאורה להיבחן לפי דיני הבוררות בבית-משפט גם עם תום הדיונים. כוונתי, כאמור, לסעיף 24 לחוק הבוררות, המסמיך בית-משפט לבטל פסק בורות – כולו או חלקו – על-פי בקשת בעל-דין, לתקנו או להחזירו לבורר, בין היתר בשל העילה שלא היה הסכם בורות בר-תוקף או שהבורר פעל ללא סמכות או חרג מן הסמכויות הנתונות לו לפי הסכם הבוררות (סעיפים קטנים 24(1) ו-3) לחוק הבוררות). משמעות הדברים היא כי ברור מראש, על פניו ועל-פי דיני הבוררות, שיש אפשרות של ביקורת שיפוטית באותם מקרים המנויים בסעיף 24, בגבולותיהם המוגדרים בחוק.<sup>56</sup>

לא אעמיד את הדברים על דיוקם אם לא אזכיר כאן כי נטייתם ומגמת פניהם המקובלת של בתי-המשפט, הן בארצות-הברית והן בישראל, היא לאפשר עד כמה שאפשר את ביצועו של הסכם בורות שנעשה, ולחזק את מעמדו של הבורר.<sup>57</sup> יש בכך ביטוי לרצון

54 ראו 9 U.S.C. §10 (1947), הדין בהריגה מסמכות.

55 Nouveau Code de Procure Civile (NCPC), par. 1458, 1483, 1502.

56 ראו גם סעיף 23(ב) לחוק הבוררות.

57 ראו פסק-דינו של הנשיא זוסמן (כתוארו אז) בבר"ע 158/77 סגל נ' נפית השקעות ופיתוח בע"מ, פ"ד לא(3) 389, 392.

לכונן זרוע-עזר יעילה ובת-משמעות להליכים השיפוטיים הסדירים, כדי שהאזרח יוכל לבחור את הדרך התואמת את צרכיו להבאת טרונותיו המשפטיות להכרעה חוקית. כך יש להבין גם את המניע להכללתו של סעיף 79 ב חוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. כפי שגם נאמר בהצעת-החוק,<sup>58</sup> כוונת המחוקק הייתה להקנות לבוררות, לפשרה ולפישור (כיום גישור) מעמד פורמלי בחוק העיקרי, קרי בחוק בתי-המשפט, כדי לאפשר לבעלי-הדין לבחור להם דרכים נוספות ליישוב הסכסוך ביניהם, ובכך ייכוונו אפשרויות להחיש את פתרון הסכסוך, מחד גיסא, ולהקל את עומס ההתדיינות שבבתי-המשפט, מאידך גיסא. בתקנו את חוק בתי-המשפט, הלך המחוקק בצעדים מדודים ושקולים בעקבות מגמת פניו בהצעת חוק הבוררות, שבה תיאר את הבוררות כאמצעי נוח, מהיר וחסכוני ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית-המשפט, שעשוי להקל את המעמסה המוטלת על בתי-המשפט. לא למותר להוסיף כי אם ייוסף מעל ובעקבות הבוררות גם ערעור מן השורה (להבדיל מן הסמכות המוגבלת יותר העולה מסעיף 24 לחוק הבוררות), יהיה בכך כדי לרוקן את המגמה האמורה מתוכנה.

תיאור מלא של מגמה זו נמצא בדברים שאמרתי עוד בפסק-הדין שמן תעשיות נ' חברת תבלין:<sup>59</sup>

"אם תהיה לאנשים תחושה כי הבוררות תבטיח להם קיומו של בירור הוגן, היא יכולה לשמש כלי חשוב למניעת התדיינות מיותרת ולתרום ליישוב סכסוכים בדרך הנושאת עימה מראש סממן של פתרון מוסכם, ללא עימות."

לא הייתי נוטה לאמץ אצלנו את הרחבת התחומים שהסתמנה בפסיקה הנ"ל בארצות-הברית: ראוי שההכרעה בדבר עצם הסמכות לקיים בוררות, לנוכח תניותיו של הסכם בוררות המשקף את הסכמת הצדדים, וכן בדבר היקף ההסכמה של הצדדים תושאר בידי בית-המשפט. ההסדר הקיים אצלנו תורם לכך שלא ייפתח פתח לעיוות כוונתו של צד שהסכים לבוררות ושלא יהיה מקום לחשש מראש שהסכמה לבוררות תגרור את הצד המסכים אל הבלתי-ידוע, מעבר לרצונו ולכוונתו המקוריים. משמע, לטעמי, יש להשאיר את תחומי הסמכות של הבורר, על מגבלותיהם שפורטו בראשית דברינו, ללא שינוי. עם זה, אין ספק שסוגיה זו ראויה לדיון רחב יותר, שבו תינתן האפשרות להציג את הדעות השונות שצמחו מן הניסיון בהפעלת חוק הבוררות משנת תשכ"ח.

58 הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשנ"א-1991, ה"ח 319.  
59 ע"א 241/81 שמן תעשיות בע"מ נ' חברת תבלין בע"מ, פ"ד לט(1) 561, 575.

