



לכבוד : ח"כ דוד רותם
יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט
כנסת ישראל
ירושלים

הנדון: הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה) – התשע"א - 2011

לקראת הדיון שייערך בוועדה ביום 4.9.12, להלן עמדתנו בנוגע להצעת החוק שבנדון. אנו מבקשים להתנגד להצעה. היא מקפלת בתוכה פגיעה קשה בזכות הגישה לערכאות, ומבקשת להפריט שירות ציבורי שהוא חלק חיוני מליבת השירותים שעל המדינה להעניק לאזרחיה.

מהות ההצעה

בקצרה, ההצעה מאפשרת לנשיא בית משפט שלום או סגנו להעביר תיקים אזרחיים, למעט חריגים מוגדרים, לבוררות, גם כאשר הצדדים אינם מסכימים לכך. הבוררות תנוהל על ידי עורך דין פרטי שמונה לבורר.

פגיעה בזכות הגישה לערכאות

לזכות הגישה לערכאות שיפוטיות מעמד חוקתי מיוחד במשפט הישראלי. היא זוכה בו להגנה מוגברת ופגיעה בה צריכה להיות בחוק, מיועדת לתכלית "בעלת משקל נכבד", וכמובן מידתית.¹ אין ספק שהצעת החוק פוגעת בזכות הגישה לערכאות; היא מכוונת לכך שיהיה קשה יותר להיכנס בשערי בית המשפט, מעכבת את הכניסה הזו ומשבשת אותה. אדרבה, הצעת החוק מפריטה את הסמכות המרכזית של הרשות השופטת – השפיטה. הפרטת סמכות הליבה של הרשות השופטת, תכלית קיומה, מדגישה את הפגיעה בזכות הגישה לערכאות.

ניתן להסכים עם כך שהקלה על העומס בבתי המשפט – תכלית הצעת החוק – היא בעלת משקל נכבד, משום שהיא נועדה להביא להליכים מהירים יותר ולמימוש זכויות יעיל יותר. השאלה המרכזית היא, אם כן, מידתיות הפגיעה בזכות הגישה לערכאות.

¹ ראו, למשל, רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' מוסטפה דיב מרעי זיראני (18.7.2011); יורם רבין, "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית", המשפט ח' 217 (תשס"א).

עקרונות היסוד של מוסד הבוררות

אחד מן העקרונות העומדים ביסוד מוסד הבוררות הוא עקרון ההסכמה. מוסד הבוררות נועד לאפשר לצדדים להגיע להסכמה על הליך הכרעה מחייב בסכסוך ביניהם מחוץ לערכאות השיפוטיות. לאור כוחה המחייב של הבוררות, כל הסדרי הבוררות מחייבים הסכמה של הצדדים, וזאת כדי לשמור על חירותם וזכותם לגישה לערכאות שיפוטיות. פגיעה בעקרון ההסכמה במוסד הבוררות אפשרית רק בתנאי אחד – ויתור על כוחה המחייב של הבוררות. השארת כוחה המחייב של הבוררות, כפי שמוצע בהצעת החוק, תוך השמטת עקרון ההסכמה, מגלמת פגיעה בלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות.

ניתן להדגים את הפגיעה הבלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות בצורה הטובה ביותר באמצעות השוואה להסדר בוררות חובה שפגע פגיעה פחותה בזכות זו - בארצות הברית.

השוואה לארצות הברית

בארצות הברית נהוגים מזה עשרות שנים במדינות רבות וגם בערכאות פדראליות הסדרים בשם "בוררות נספחת בית משפט" (Court-Annexed Arbitration). אלה הסדרים של בוררות חובה הדומים להפליא להסדר שמציע משרד המשפטים: ברבים מהם סוג ההליכים מוגבל עד לסכומי תביעה לא גבוהים יחסית; הליכים מורכבים מדי אינם כלולים ברבים מהם. אמנם ההסדרים האלה שונים ממדינה למדינה בארצות הברית. אולם בעת שנציגת משרד המשפטים תיארה הסדרים אלה באחד הדיונים הקודמים בוועדה, היא הסבירה שאחד ה"איזונים" הנהוגים בכולם הוא שיהיה "ערעור" על הליך הבוררות.² תיאור זה אינו מדויק, והוא מצביע על הליקוי המרכזי בהצעת החוק.

למרות המגוון בפרטים של הסדרי בוררות החובה בארצות הברית, רכיב אחד משותף לכולם. בכולם אמנם מחייבים את הצדדים למשפט לעבור בוררות, אולם בתום כל הליך בוררות, לכל צד זכות למשפט חוזר. המשפט החוזר אינו ערעור, אלא הליך שמתחיל מחדש – *de novo*. כל צד מציג את כל העדויות והראיות מחדש. לדעת חוקרים בארצות הברית, בלא הזכות להליך *de novo*, בוררויות החובה היו פוגעות בזכות להליך הוגן (התיקון החמישי לחוקת ארצות הברית) ובמקרים מסוימים בזכות למשפט מושבעים (התיקון השביעי לחוקה).³

בוררות החובה המוצעת בישראל שונה בעניין זה מן ההסדר האמריקאי. בהצעת החוק מוצע שלבית המשפט שידון בערעור על פסק בוררות החובה "יהיו הסמכויות הנתונות לבית משפט הדן לראשונה בתובענה". אך בית המשפט לא ישמע את הערעור *de novo*. בהצעת החוק ניתנת לבית המשפט הסמכות ל"שמיעת עדויות והבאת ראיות נוספות", בניגוד לנהוג בערעור רגיל, אבל הוא לא ישמע את כל העדויות

² נציגת משרד המשפטים, גב' דארין דניאל, הסבירה בדיון קודם בוועדה על המחקר ההשוואתי שעשה משרד המשפטים בהסדרים הנהוגים בעניין זה בארצות הברית. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 156 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-18 (10.1.2012), בעמ' 32.

³ על הסדרי בוררות החובה בארצות הברית ראו למשל: Matthew Parrott, *Is Compulsory Court-Annexed Medical Malpractice Arbitration Constitutional? How the Debate Reflects a Trend towards Compulsion in Alternative Dispute Resolution*, 75 FORDHAM LAW REVIEW 2685 (2007); Lisa Bernstein, *Understanding the Limits of Court-Connected ADR: A Critique of Federal Court-Annexed Arbitration Programs*, 141 U. PA. L. REV. 2169 (1992-1993); John P. McIver and Susan Keilitz, *Court-Annexed Arbitration: An Introduction*, 14 JUST. SYS. J. 123 (1990-1991); Raymond J. Broderick, *Court-annexed Compulsory Arbitration: It Works*, 72 JUDICATURE 217 (1988-1989); A. Leo Levin, *Court-Annexed Arbitration*, 16 U. MICH. J. L. REFORM 537 (1982-1983).

וכל הראיות מלכתחילה. ההצעה מאפשרת "לערער" על פסק הבוררות, אך לא להתחיל את ההליך מראשיתו. שנית, אפילו בסמכות הזו, לשמוע עדויות וראיות, בית המשפט יעשה שימוש "אם הוא סבור שהדבר דרוש לשם בירור הערעור". לצדדים אין כל זכות לכך.⁴

זהו פגם מהותי בהצעת החוק. בוררות היא ביסודה הליך וולונטארי. הסכמת הצדדים נדרשת לשם קיומו. בוררות החובה במשפט האמריקאי התרחקה מן ההסכמה הכרוכה בהליך זה, אולם שימרה את מהותה. לא נדרשת בהסדר האמריקאי הסכמה מלכתחילה, אולם הצדדים יכולים שלא להסכים להליך בסופו ולעמוד על זכותם להשמיע את דברם בבית המשפט, כאלו לא היה הליך בוררות כלל. ההסדר הישראלי מאפשר לצדדים לערער על פסק הבוררות, אולם הוא אינו מאפשר להם להתחיל מבראשית את ההליכים בבית המשפט, כפי שמאפשר ההסדר האמריקאי.

חשוב להדגיש שניתן לבקר גם את ההסדרים האמריקאים של בוררות חובה. למרות הזכות להתחיל את ההליכים בבית המשפט *de novo* בתום בוררות החובה, יש הטוענים כי הסדרים אלה אינם חוקתיים. אדרבה, בתי המשפט בארצות הברית ביטלו חלק מן ההסדרים הללו בשל אי-חוקתיות. חלק מן ההסדרים בארצות הברית, למשל, מאפשרים להגיש את פסק הבוררות על ראיותיו, וחלק אינם מאפשרים זאת. ביקורת הובעה על ההסדרים המאפשרים זאת. אולם המשותף לכל המבקרים והתומכים בהסדרים אלה, הוא ההכרה כי חוקתיות בוררות החובה נשענת על שימור הזכות להליך הוגן בבית משפט באמצעות הזכות למשפט *de novo*.

הצעת החוק מאמצת אם כן, רק צד אחד מן ההסדר האמריקאי. היא מבטלת את ההסכמה לבוררות לפני תחילתה, אולם לא את הזכות שלא להסכים לבוררות בסופה ולהתחיל את ההליך מראשיתו. בכך מעוותת הצעת החוק את הסדר בוררות החובה ומביאה את הכפייה וההפרטה שבו לקיצוניות אבסורדית.

גם אם גורסים שתכלית ההסדר המוצע בישראל ראויה (ויש בתי משפט בארצות הברית שכפרו גם בכך), ההשוואה להסדר האמריקאי מעידה על כך שהפגיעה שלו הצעת החוק בזכות הגישה לערכאות אינה הפגיעה הפחותה ביותר – ולכן אינה מידתית. ההסדר האמריקאי נועד גם הוא להקל על העומס בבתי המשפט. ההסדר האמריקאי עשה זאת באמצעות פגיעה פחות חריפה בזכות הגישה לערכאות. מחקרים שנעשו בארצות הברית הראו שלפחות חלק מהסדרי בוררות החובה שם אכן הקלו על העומס בבתי המשפט, וזאת תוך שימור חירות האזרחים להסכים לבוררות, ותוך פגיעה קלה יותר בזכות הגישה לערכאות.

הפרטת שירותי ליבה

לטעמנו, ההצעה משקפת התנערות מוחלטת של המדינה מאחריותה לספק "חבילת שירותים" בסיסית לאזרחיה. זכות הגישה לערכאות לא כוללת רק את הזכות לקבל הכרעה כלשהי אלא את מלוא ה"חבילה" – הכוללת את סדרי הדין הנהוגים בבית המשפט, שופט מן המניין, מקצועי עצמאי ובלתי תלוי לחלוטין (הניסיונות של החוק למזער את ההבדלים בין שופט לעורך דין שמונה לבורר אינם מספיקים לצורך כך). יוצא, שעל מזבח החתירה להליך יעיל, מוקרבות זכויות אדם בסיסיות – זכות הגישה לערכאות, הזכות להליך הוגן, ובעקיפין זכויות נוספות כגון הזכות לקניין.

⁴ סעיף 53כא להצעת החוק.

אין חולק שמערכת המשפט בישראל נמצאת בתת-תפקוד מובהק. חסרים בה תקנים ואולמות בכדי לספק את השירות הנדרש לציבור בקבועי זמן סבירים. "צדק נדחה הוא צדק נכה" אומר הביטוי, ובדין אומר. אך מכאן ועד למסקנה שיש להפריט שירות שהוא בסיסי אותו מספקת המדינה לאזרחיה – ארוכה הדרך. על המדינה לספק פתרון אחר – בדמות תוספת תקנים ורפורמה מבנית, בדמות תמריצים להפניה וולונטרית של תיקים להליכים אלטרנטיביים ועוד שלל הצעות ידועות שלא זה המקום לפרטן. אבל בהחלט יש מקום לשאול – האם ההפרטה מידתית? המדינה מציעה לתקצב עורכי-דין פרטיים שישמשו בוררים בבורריות החובה. האם לא ניתן להסתפק בפגיעה פחותה יותר בזכות הגישה לערכאות – ולכן מידתית – באמצעות הפניית התקציב החדש לתקצוב הבורריות הרגילות שנעשות בהסכמה? אין זה המקום לנהל את הדיון העקרוני בעד ונגד הפרטה. אך גם התומכים הנלהבים ביותר בהפרטה, מסכימים שיש גבולות להפרטה. שיש מינימום אותו אסור למדינה להפריט, כגון הצבא, המשטרה, ועד שעלתה הצעת החוק הזו – גם בתי המשפט. רק לפני כשנתיים פסק בג"צ, ובצדק, כי הפרטת בתי הסוהר בישראל היא בלתי חוקתית, וזאת בשל הפגיעה הבלתי מידתית בכבודם של האסירים. בהצעה זו עומדת על הפרק הפרטה של שירות שהוא אף בסיסי ואוניברסאלי יותר, משום שהוא נוגע בחייו של כל אדם כמעט – מערכת בתי המשפט.

יש לציין כי אף שמדובר "אך ורק" בתיקים שהוגשו בבתי משפט השלום, סמכותם העניינית של בתי משפט השלום רחבה מאד והיא כוללת בין השאר תביעות כספיות של עד 2.5 מיליון ₪, וכן תביעות שימוש והחזקה במקרקעין. אין אלה תביעות של מה בכך, ועצם "השלכתן" להליך בוררות מהיר ולא בהכרח קפדני ויסודי, משדרת זלזול של המערכת ב"תיקים פעוטים" שכאלה. האין אדם רגיל זכאי שתביעה שעלולה לשנות את חייו תקבל את מלוא הטיפול, בידי שופט מן המניין? האם גם שירות כזה ניתן להפריט?

סיכום

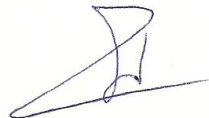
ראוי שהכנסת תדחה את הצעה זו, המהווה הפרטה של שירות ציבורי מובהק, ופוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכות הגישה לערכאות.

בכבוד רב ובברכה,



עו"ד עמיר פוקס

המכון הישראלי לדמוקרטיה



עו"ד גיא לוריא

המכון הישראלי לדמוקרטיה



פרופ' מרדכי קרמניצר

סגן נשיא למחקר,
המכון הישראלי לדמוקרטיה