

המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים

נייר עמדה

הפרטה ללא גבולות: המקרה של הצעת חוק בוררות חובה

אן סוצ'יו, אפריל 2012

תקציר

בשנת 2011 יזם שר המשפטים יעקב נאמן הצעת חוק שנועדה להקל את הנטל הכבד המוטל על מערכת המשפט בישראל באמצעות הפרטה של סמכות השיפוט. ההצעה קובעת שנושא בית משפט השלום או סגנו יהיו רשאים להעביר תיק אזרחי שהוגש לבית משפט השלום להליך בוררות שיתנהל בפני עורך דין פרטי שמונה לשמש בורר, ללא צורך בהסכמת הצדדים.¹ הצעת חוק בוררות חובה מעלה שאלות כבדות משקל בנוגע לגבולות ההפרטה. בנייר עמדה זה מוצגת העמדה שהצעת החוק פותחת פתח להפרטת מערכת השיפוט, ובראש ובראשונה פוגעת מסוכנת במשטר הדמוקרטי ובקיומה של מערכת שיפוט עצמאית ובלתי תלויה. ההצעה להפריט את ההכרעה השיפוטית משקפת תפיסה שכל שירות ציבורי הוא בר הפרטה, והיא עלולה להוביל לריקון המדינה מהסמכויות השלטוניות שלה ולפרוץ את הגבולות להפרטה של שירותים שאינם בני הפרטה.

ניתוח מקרה המבחן של יוזמת הפרטה זו מלמד על המנגנון המניע הפרטות רבות כל כך בישראל: ייבוש תקציבי (במקרה זה באמצעות תת-תקצוב ופער בלתי סביר בין הביקוש להיצע) המוביל להידרדרות השירות וליוזמת הפרטה המוצגת כפתרון הכרחי למצוקה. התפיסה העיוורת הרווחת בקרב מקבלי ההחלטות היא שהפרטה היא הפתרון הרצוי לתיקון של כמעט כל שירות ציבורי שאינו מתפקד כראוי, הנתון בעומס או שאינו יעיל דיו.

א. מבוא

החל באמצע שנות השבעים של המאה העשרים מתמודדת מערכת המשפט בישראל, כמו מערכות המשפט במדינות מערביות בכלל, עם גידול מתמיד בהיקף הפעילות בבתי המשפט. בין היתר הדבר נובע מהגידול באוכלוסייה, מעלייה בפשיעה, מחקיקה חדשה ומההתפתחות הכלכלית במשק (משרד האוצר 2010, 71). מבלי להביע עמדה באשר ליתרונות או לחסרונות של העלייה במשפטיזציה של החברה (גל-נור 2004), התוצאה הישירה של תהליך זה היא עומס הולך וגדל על בתי המשפט.

* נייר העמדה נכתב במסגרת מיזם המתנהל במרכז חזן לצדק חברתי ודמוקרטיה בנושא **אחריות המדינה, גבולות ההפרטה וסוגיית הרגולציה**, בשיתוף קרן אברט בישראל.

¹ הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע"א-2011, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/214A06D4-6A63-4F8C-9EA9-90BE19C5D2E8/29071/606.pdf. ההצעה עברה בקריאה ראשונה ב-18 ביולי 2011.

1. העומס על מערכת המשפט בישראל

מערכת המשפט בישראל נמצאת מאז שנות השבעים בעומס שיפוטי חמור, וביחס למדינות אחרות נראה שישראל מתמודדת עם מצב חמור במיוחד. מאז שנות השבעים חל גידול ניכר במספר התביעות האזרחיות שהוגשו לבתי המשפט, ובד בבד חלה עלייה במשכם של ההליכים האזרחיים המתנהלים בבתי המשפט למיניהם. בעשור שבין 1968 ל-1978, לדוגמה, עמד ממוצע ההליכים האזרחיים על 75 הליכים לאלף איש, ובעשור שלאחר מכן עמד הממוצע על 97.3 הליכים לאלף איש – גידול של שלושים אחוז.² **העומס השיפוטי** (מספר תיקים לשופט ומספר שופטים ביחס לגודל האוכלוסייה) **שמוטל על שופט בישראל היום כפול, על פי חלק מההערכות, מהעומס השיפוטי שמוטל על שופט ברוב מדינות המערב.** בשנת 2010 היו בישראל 626 שופטים שטיפלו ב-706,971 תיקים חדשים שנפתחו באותה שנה בכל בתי המשפט, נוסף על 474,932 תיקים שנפתחו בשנים קודמות והטיפול בהם (נכון ל-1 בינואר 2010) טרם הסתיים (הנהלת בתי המשפט 2011; הכנסת 2011). ומכאן שכל שופט בישראל מטפל בממוצע בכ-1,900 תיקים בשנה. היחס הזה בין תיקים לשופטים יוצר עומס גדול על השופטים שעולה במידה ניכרת על העומס במדינות אחרות.

אמנם מספר השופטים גדל בעשורים האחרונים בקביעות ובמידה ניכרת אף מעבר לשיעור גידול האוכלוסייה – מכ-280 שופטים ב-1989 לכ-440 שופטים ב-1999 ולכ-600 שופטים ב-2009 – אבל לא היה בגידול הזה כדי לענות על הביקוש לשירותי שיפוט. ממחקר שעשתה לאחרונה מחלקת המחקר בהנהלת בתי המשפט³ עולה שמספר השופטים בישראל ביחס לגודל האוכלוסייה נמוך במידה ניכרת מהממוצע הנהוג במדינות אחרות. בשנת 2008 היו בישראל שמונה שופטים בלבד לכל מאה אלף תושבים, לעומת כ-19 שופטים בממוצע לכל מאה אלף תושבים במדינות אחרות. לעומת מספר השופטים הנמוך, מספר התיקים הנפתחים בישראל ביחס לגודל האוכלוסייה הוא גבוה. במחקר שהזמינה הנהלת בתי המשפט (סוליציאנו-קין ואחרים 2007) נבחן העומס השיפוטי בישראל בהשוואה ל-16 מדינות מערביות. המחקר מראה שישראל נמצאת במקום הראשון ביחס שבין מספר התיקים לגודל האוכלוסייה. כאשר מצרפים את הנתונים יחדיו (מספר התיקים הנפתחים לעומת מספר השופטים) מגיעים למסקנה הבלתי נמנעת שהעומס השיפוטי בישראל גבוה ביותר. ואכן, על פי המחקר, ישראל ממוקמת במקום השני מתוך 17 מדינות בדירוג העומס השיפוטי (על פי מספר תיקים ביחס למספר שופטים).

תוצאתו החמורה והבלתי נמנעת של העומס השיפוטי הוא שההליכים בבתי המשפט נמשכים זמן רב. להליכים הממושכים בבירור התיקים יש השלכות חברתיות ומשפטיות קשות: הם פוגעים בזכות לנגישות אפקטיבית לערכאות שיפוטיות; מטילים על מתדיינים עלויות כבדות; יוצרים חוסר ודאות ומעודדים התנהגות אופורטוניסטית וזלזול בשלטון החוק; הם גם מרתיעים אנשים מפנייה לבתי המשפט לצורך פתרון סכסוכיהם ומובילים לנטייה לוותר על זכויות. בעקבות זאת נשחק אמון הציבור במערכת המשפט ונפגעת יכולתה של מערכת המשפט לפעול באופן תקין.⁴

² נתונים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שצוטטו אצל בורנובסקי ולחמן 1992, 269, 270.

³ המחקר עצמו עדיין לא פורסם, אך נתונים ראשוניים ממנו פורסמו בדוח משותף של הנהלת בתי המשפט ולשכת עורכי הדין. ראו הנהלת בתי המשפט ולשכת עורכי הדין בישראל 2011. הנתונים צוטטו גם אצל זרחין 2011. החומר למחקר נאסף מ-47 מדינות באירופה, חמש מדינות במזרח התיכון ו-52 (כך במקור) מדינות בארצות הברית.

⁴ ממחקר שערך פרופ' אריה רטנר, ראש המרכז לחקר משפט וחברה באוניברסיטת חיפה, עולה כי בעשור שבין 2000 ל-2010 חלה ירידה דרמטית באמון הציבור במערכת המשפט. על פי המחקר, הסיבה העיקרית לירידה באמון נובעת מהסחבת הנמשכת בבתי המשפט ומסרבול ההליכים (זרחין 2010).

2. "הגיבנת"

למרות העלייה הניכרת במספר השופטים לא נפתרה בעיית העומס בבתי המשפט מכיוון שבמערכת בתי המשפט הצטבר עומס של כמה עשורים, והעלייה במספר השופטים לא הספיקה כדי להתגבר על הפיגור. בהשוואה למדינות מערביות אחרות, נותרה ישראל הרחק מאחור ביחס שבין מספר השופטים לגודל האוכלוסייה.⁵ בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט בשנת 2009 הסביר השופט משה גל, מנהל בתי המשפט: "יש לנו עומס שמורכב משני דברים: 1. השוטף – כל שנה נכנסת כמות כפולה של תיקים מכפי שצריכה להיכנס. 2. גיבנת שנוצרה במשך השנים, שהיא בערך 430 אלף תיקים, שקשה למערכת המשפט להיפטר ממנה. אנחנו מצליחים להתמודד עם השוטף, למרות שזאת כמות מאד גדולה, מפחיתים כל שנה קצת מהגיבנת, אבל לא בכמויות משמעותיות. **הגיבנת של 430 אלף התיקים עדיין קיימת במערכת בתי המשפט וזה, כמובן, גורר עיכובים ועיכובים במתן פסקי דין**".⁶ את אותה "גיבנת" שהשופט גל מדבר עליה אפשר לראות בבירור בנתונים הבאים: בשנת 2010 נפתחו בבתי משפט השלום 401,611 תיקים ונסגרו בהם 417,102 תיקים. אף על פי שמספר התיקים שנסגרו גבוה ממספר התיקים שנפתחו עמד מלאי התיקים בבתי משפט השלום על 268,889 תיקים. תמונה דומה עולה גם מנתונים על מלאי התיקים בכלל בתי המשפט (מלבד העליון). בחמש השנים האחרונות נע מספר התיקים הכולל במלאי בתי המשפט סביב 450 אלף, ללא שינוי ניכר (הנהלת בתי המשפט 2011). הצעת החוק הממשלתית להפריט את השיפוט באמצעות העברת תיקים לבוררות חובה בפני עורך דין פרטי מחוץ לבתי המשפט נועדה להסיר את אותה "גיבנת" שסוחבת מערכת בתי המשפט זה כמה עשורים.

3. מה נעשה עד היום?

כמה ועדות ניסו לפתור את בעיית העומס החמור בבתי המשפט. כבר בשנת 1979 מונתה ועדה בראשותו של נשיא בית המשפט העליון דאז משה לנדוי, והיא הציעה בין היתר ארגון מחדש של חלוקת הסמכויות והערכאות במערכת בתי המשפט. בשנת 1997 מונתה ועדה ציבורית לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל בראשות השופט תיאודור אור ("ועדת אור"), והמליצה גם היא במסקנותיה על רפורמה במבנה בתי המשפט, שבה יהפוך בית משפט השלום לערכאה דיונית כללית בעלת סמכות שיורית. בשנת 2007 מונתה ועדה לבחינת דרכי ייעול ההליכים המשפטיים בראשות השופט רות רונן ("ועדת רונן"). הוועדות האלה הבהירו שמערכת המשפט בישראל מצויה בעומס חמור ביותר, המוביל לעיוות דין ופוגע בעשיית הצדק. ועדת אור פתחה את הדוח בקביעה כי "הגיעו הדברים לידי כך שכל הערכאות שבמערכת – ללא יוצא מן הכלל – מתקשות לתפקד [...] הכול מסכימים, כי קיים צורך דחוף למצוא פתרון למצוקת מערכת בתי המשפט" (הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל 1997). הוועדות הציעו מגוון רחב של הצעות להקלת העומס בבתי המשפט, ובכללן עידוד מתדיינים להשתמש במנגנונים חלופיים של גישור ובוררות, אבל אף אחת מהוועדות שמונו לא הציעה לפתור את העומס באמצעות הפרטת השיפוט.

⁵ מנתונים השוואתיים בדבר מספר שופטים ממוצע במדינות שונות בשנים 2003--2008 שפרסם משרד האו"ם לענייני סמים ופשעים (united nations office on drugs and crime, www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/crime/CTS12_Criminal_justice_resources.xls) עולה שממוצע מספר השופטים למאה אלף איש בשלושים מדינות אירופה עמד ב-2003 על 16, ב-2006 על 18 וב-2008 על 21. בישראל, על פי נתוני דוח זה, היו בשנים האלה שמונה שופטים לכל מאה אלף איש.

⁶ פרוטוקול מספר 16 של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 9 ביוני 2009, "תכניות לייעול מערכת בתי המשפט" (ההדגשה שלי).

אחד המהלכים שנעשו כדי להתמודד עם נטל העומס היה ארגון מחדש של חלוקת הסמכויות בין הערכאות למיניהן. משנות השמונים של המאה העשרים הלכו והורחבו הסמכויות של בית משפט השלום. בשנת 1980 היה בית משפט השלום מוסמך לדון בתביעות אזרחיות של עד 120 אלף שקל (משוערך להיום), והחל בשנת 2001 הוא מוסמך לדון בתביעות של עד 2.5 מיליון שקל. בשנים האחרונות נמשכו המאמצים להפחית את העומס על בתי המשפט, ובארבע השנים האחרונות הוכנסו עשרות תיקונים לחקיקה הקשורה לבתי המשפט ("חוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984"; "חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000"; "תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984", ועוד), שרבים מהם נועדו לייעל את ההליכים ולהפחית את העומס. בין היתר ראוי להזכיר את הענקת הסמכויות לרשמים לדון בתובענות אזרחיות שהשווי שלהן אינו עולה על חמישים אלף שקל; את צמצום המקרים שנידונים בהרכב של שלושה שופטים; את הגדלת הסכום בתביעות קטנות ל-31,900 שקל; ואת הגדלת הסכום בסדר דין מהיר ל-75 אלף שקל.

בעשור האחרון הייתה תקווה שהליכי גישור ובוררות ייעשו נפוצים ושמתידיינים רבים יבחרו בהם במקום פנייה לבתי משפט. ננקטו צעדים רבים לעידוד בחירה בהליכים חלופיים. על פי תוכנית ניסיונית, שהיא תולדה של המלצות ועדה בראשות השופטת מיכל רובינשטיין (ועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט 2006), קודם שידון בית המשפט בתביעות כספיות אזרחיות בסכום שמעל חמישים אלף שקל מחויבים המתידיינים להשתתף בישיבת מהו"ת (מידע, היכרות ותיאום) כדי לברר אם הם מוכנים להעביר את התובענה להליך של גישור.⁷ לנוכח הרתיעה של הציבור משימוש בהליכי בוררות, תוקן ב-2008 "חוק הבוררות, התשכ"ח-1968", והוספו לו חובת הנמקה של פסק הבוררות וזכות ערעור רחבה יותר על פסק הבורר. אלא שהתקווה הזאת התבדתה; הציבור בישראל מעדיף להוסיף להתדיין בבתי המשפט למרות ההליכים הממושכים. בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט נדרש השופט גל למגבלות של הליכי הבוררות: **"אני חושב שהציבור הוכיח בבירור בבחירה שלו בין הכרעה מהירה לבין הכרעה עניינית ונכונה, הציבור בבירור מעדיף את ההכרעה הנכונה ולא את ההכרעה המהירה ואנחנו רואים את התופעה הזאת בבוררות"**.⁸

ב. הצעת חוק בוררות חובה

למרות הרפורמות במערכת בתי המשפט ההנחה היא שאין באמצעים אלו כדי להפחית את העומס בבתי המשפט בדרך מהירה ומספקת. לנוכח זאת יזם שר המשפטים, בתיאום עם הנהלת בתי המשפט, את הצעת "חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה) התשע"א-2011".⁹ על פי הצעת החוק, לנשיא בית משפט שלום או לסגנו תוענק הסמכות להעביר לבוררות כל תובענה אזרחית שהוגשה לבית משפט השלום (תובענות של עד 2.5 מיליון שקל). הבוררות תתנהל מחוץ לאולמות בתי המשפט בפני עורכי דין בעלי ניסיון מקצועי של שבע שנים לפחות בעריכת דין שימנה שר המשפטים לבוררים למשך חמש שנים. שכרם של הבוררים ימומן מן האגרה שישלמו הצדדים על הגשת התובענה ומאוצר המדינה. הצעת החוק קובעת שאין להעביר לבוררות חובה סוגים מסוימים של תובענות (למשל פיצוי בשל נזקי גוף, שאלה משפטית עקרונית, תקדימית או

⁷ ראו תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, פרק ז', "פגישת מהו"ת לבחינת האפשרות ליישוב התובענה בגישור" (הוראת שעה), התשס"ח-2007.

⁸ פרוטוקול מספר 16 של ועדת החוקה, חוק ומשפט (ראו לעיל הערה 6; ההדגשה שלי).

⁹ בנייר עמדה זה לא נדון בשאלות הנוגעות להליכי בוררות וליתרונות החברתיים והאישיים הטמונים בבוררות. כמו שיוסבר להלן, דגם בוררות חובה המוצע בהצעת החוק הוא הליך שיפוטי לכל דבר הנידון בפני עורך דין פרטי מחוץ לאולם בית המשפט. הצגת ההליך כ"בוררות" היא מוטעית ומטעה, ונועדה אולי להפחית מהמשמעויות המרחיקות לכת של הצעת החוק.

בעלת רגישות). בורריות החובה יתנהלו לפי הדין המהותי ודיני הראיות, אולם לא לפי סדרי הדין הנהוגים בבתי המשפט דווקא. עוד נקבע שפסק הדין טעון אישור של בית משפט השלום, שלצדדים זכות לערער לבית משפט השלום על פסק הבוררות מכל סיבה שהיא, ושלבית משפט השלום יש סמכות לדון בתובענה כאילו דן בה לראשונה (הליך De novo). לצדדים יש זכות ערעור בפני בית משפט השלום גם על עצם ההחלטה להעביר את התובענה לבוררות חובה.

1. הפרטה כפתרון לעומס

בדברי ההסבר להצעת החוק מוצגת תכלית ההצעה כפתרון לנטל השיפוטי הכבד במיוחד המוטל על מערכת השיפוט בישראל. הצעת החוק היא הוראת שעה למשך חמש שנים מתוך הנחה שבפרק הזמן הזה אפשר יהיה להשיג את המטרה של הסרת "הגיבנת"¹⁰. הפרטת סמכויות במערכת המשפט כדרך להתמודד עם הביקוש ועם העומס אינה תופעה חדשה. בפרקליטות המדינה פועלת זה כמה שנים יחידת תביעות ומיקור חוץ שאחת ממטרותיה העיקריות היא העברת תיקים אזרחיים בנושאים מסוימים, ובכללם חוזים, מקרקעין, נזיקין וביטוח – תביעה והגנה – לטיפולם של עורכי דין חיצוניים.¹¹ גם בתחום הפלילי הועברו סמכויות תביעה בתחומים מסוימים לידי עורכי דין פרטיים המייצגים את המדינה בהליכים שונים.¹² המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין בפרקליטות המדינה, לדוגמה, המטפלת בתיקים פליליים בתחום התכנון והבנייה, מעסיקה עורכי דין פרטיים במיקור חוץ שקשורים בהסכמי שכר טרחה עם משרד המשפטים.¹³

2. בוררות חובה במדינות אחרות

רוב מדינות המערב מתמודדות אף הן עם מצוקת העומס על בתי המשפט. למרות זאת למנגנון **בוררות חובה במתכונת המוצעת בהצעת החוק בישראל אין אח ורע בעולם**. הדגם היחיד שדומה לבוררות חובה הוא הליך שאומץ בכמה מדינות בארצות הברית ונקרא "בוררות שליד בית המשפט" (court annexed arbitration) (Meierhoefer 1990). אבל אפילו במקרים אלו ההסדרים שאומצו הם בהיקפים מוגבלים הרבה יותר מהדגם שמבקשים לאמץ בישראל, ודווקא ההשוואה בין הדגם האמריקני להצעת החוק הישראלית חושפת את הקיצוניות ואת חוסר הסבירות של ההצעה הישראלית. בוררות חובה בארצות הברית חלה רק על תביעות קטנות, בדרך כלל עד חמישים אלף דולר. זאת ועוד, בארצות הברית לכל צד יש זכות לקיום הליך de novo בפני בית המשפט (לעומת זכות הערעור בהצעה הישראלית), ודיון הבוררות מתקיים בדרך כלל בפני הרכב של שלושה עורכי דין.¹⁴ לנוכח הזכות להליך חדש בפני בית משפט, הדגם האמריקני אינו הליך סופי כמו משפט, אלא שילוב בין בוררות לגישור, סוג של הליך קדם-משפטי. הדין האזרחי

¹⁰ דברי שר המשפטים יעקב נאמן מתוך פרוטוקול מספר 449 של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 15 בספטמבר 2011.
¹¹ ראו "תביעות ומיקור חוץ" באתר משרד המשפטים, www.justice.gov.il/MOJHeb/TvotMikurChutz/About.htm.

¹² לפי סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, רשאי היועץ המשפטי לממשלה להסמך תובעים לסוג מסוים של משפטים, לבתי משפט מסוימים או למשפט מסוים. מכוח סעיף זה מסמך היועץ המשפטי עורכי דין פרטיים לשמש תובעים במשרדי ממשלה ויועצים משפטיים לרשויות מקומיות ולוועדות לתכנון ובנייה.
¹³ ראו גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מספר 8.1100 (א52.001), עדכון מיום 20 ביולי 2003, "הסמכת תובעים ברשויות מקומיות ובוועדות לתכנון ולבניה".

¹⁴ ראו, לדוגמה, הליך בוררות באריזונה, המחייב את הצדדים להתדיין בפני בורר בתיקים ששוויים עד חמישים אלף דולר ולכל אחד מהצדדים עומדת הזכות לדרוש משפט חוזר בפני שופט בתוך עשרים יום ממועד מתן פסק הבורר. ראו: www.superiorcourt.maricopa.gov/SuperiorCourt/CivilDepartment/Arbitration/index.asp. עוד דוגמה היא הליך בוררות חובה במחוז המזרחי של מדינת ניו יורק, שחל על תיקים אזרחיים של עד 150 אלף דולר, ומתקיים בפני עורך דין אחד או שלושה עורכי דין, לבקשת אחד הצדדים. הבוררות מתקיימת באולמות בתי המשפט הרגילים, והזכות למשפט חוזר עומדת לכל אחד מהצדדים. ראו: www.nyed.uscourts.gov/adr/Arbitration/Local_Rule_8310/local_rule_8310.html.

של פנסילבניה (Pennsylvania judicial code), לדוגמה, קובע שתביעות אזרחיות שגובהן אינו עולה על חמישים אלף דולר יהיו מחויבות קודם כול בהליך בוררות בפני הרכב של שלושה עורכי דין. עוד נקבע שלכל צד בהליך הבוררות יש זכות להליך de novo בפני בית משפט.¹⁵ רוב מחוזות השיפוט בפנסילבניה אימצו את ההוראות בדבר בוררות חובה.¹⁶

לא זו בלבד שכפייה על מתדיינים לקבל הכרעה מחוץ לבית המשפט אינה מקובלת בעולם, אלא שיש היום רתיעה הולכת וגוברת מהליכי בוררות חובה בהסכמים בגלל החשש שגורמים עסקיים ינצלו לרעה "הסכמה" של צד חלש. בשנות השמונים והתשעים אומצה הבוררות ככלי לפתרון סכסוכים בענייני עבודה, צרכנות ועוד. היום יש סעיפי בוררות חובה שגורמים בהסכמים סטנדרטיים של עסקים רבים בארצות הברית, וההערכה היא שבכחמישית מהסכמי העבודה בארצות הברית יש סעיפי בוררות חובה (National Employment Lawyers Association 2007). במדינות שונות בארצות הברית אף אומצו חוקים המחייבים מעסיקים ועובדים לפנות לבוררות קודם שיפנו לבתי משפט. השימוש בסעיפי בוררות חובה בהסכמים מעורר ביקורת קשה של ארגוני זכויות עובדים וצרכנים בטענה שהסעיפים האלה מגבילים את יכולתו של העובד או הצרכן לתבוע את זכויותיו ומאפשרים לגורמים חזקים לכפות עליו מנגנון בוררות בלא הסכמה מדעת ולעתים אף בלא ידיעתו. אחד הטיעונים הוא שהליכי הבוררות מקנים יתרון לשחקנים חוזרים, העסקים הגדולים והמעסיקים, על פני השחקנים החד-פעמיים (Bingham 1997; 1998). בשנים האחרונות נעשה ניסיון לתקן את חוק הבוררות האמריקני באמצעות "חוק בוררות הוגנת" (arbitration fairness act), שנועד להגביל את האפשרות לכפות בוררות חובה על עובדים וצרכנים.¹⁷

גם בקנדה סעיפי בוררות נפוצים בהסכמי צרכנות. בעקבות הביקורת על ההליכים האלה תוקן, לדוגמה, ב-2006 "חוק הגנת הצרכן" (consumer protection act) בקוויבק, ונאסר לכלול בהסכמי צרכנות סעיפים שמחייבים הליך בוררות ומונעים מצרכנים גישה להליך בפני בית משפט ציבורי. התיקון קובע שבידי הצרכן נתונה הבחירה אם להסכים לבוררות.¹⁸ שלא כבארצות הברית ובקנדה, סעיפי בוררות חובה אינם נפוצים במדינות אירופה, ולעסקים יש מגבלות לכפות על צרכנים בהסכמים בוררות במקום הליך שיפוטי. הדירקטיבה האירופית הנוגעת ל"תנאים לא הוגנים בהסכמי צרכנות" (unfair terms in consumer contracts) מ-1993 דורשת מהמדינות החברות באיחוד האירופי לחוקק חוקים שימנעו סעיפים לא הוגנים בהסכמי צרכנות, כגון בוררות חובה.¹⁹ ב-1998 גיבשה המועצה האירופית המלצה הקובעת שאין להגביל את זכותם של צרכנים להביא את עניינם בפני בית משפט אלא אם הביעו הסכמה מפורשת מדעת לאחר שפרץ הסכסוך.²⁰ באנגליה, לדוגמה, חוקק כבר ב-1988 "חוק הסכמי בוררות בצרכנות" (consumer arbitration agreements act) שאוסר אכיפה של סעיפי

¹⁵ Compulsory arbitration – 42 Pa. Cons. Stat. § 7361

¹⁶ ראו, למשל, מדריך שמפורסם באתר בתי המשפט של פילדלפיה: www.courts.phila.gov/pdf/manuals/civil-trial/compulsory-arbitration-center.pdf

¹⁷ הצעת החוק הועלתה בשנת 2007 אך נכשלה, ובמאי 2011 הועלתה שוב.

¹⁸ Consumer Protection Act, R.S.Q, s.11.1

¹⁹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts

²⁰ 98/257/EC: Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes

בוררות חובה בהסכמי צרכנות אלא במקרים שבהם ההסכמה לבוררות התקבלה לאחר שפרץ הסכסוך.²¹

כאמור, אף מדינה מקרב מדינות המערב לא הציעה לפתור את בעיית העומס בבתי המשפט באמצעות הפרטה של השיפוט. באיחוד האירופי התנהל בשנים 2004--2007 מיזם שבחן אם אפשר לפתור את בעיית ההליכים הממושכים בבתי המשפט (Council of Europe 2007). בדוח המסכם של המיזם, שבחן את החקיקה ב-47 מדינות, הוצגו אמצעים שבהם השתמשו במדינות שונות כדי להתמודד עם העומס השיפוטי, ואף לא אחד מהם היה הפרטה של השיפוט. המסקנה הראשונה של הדוח הייתה שיהא אשר יהא הפתרון שייבחר לבעיית העומס, יש להקפיד שהוא לא יפגע בעקרונות המשפט ההוגן, ובייחוד **בעקרון העצמאות והיעדר הפניות של השופטים.**

ג. שיפוט פרטי – למה זה רע?

"איפה נאמר שמדינה חייבת לתת מערכת משפט על ידי עובדים שלה? האם כאשר המדינה אומרת: אני אתן מערכת משפט על ידי זה שאני אעביר תיקים לבוררות, כאשר אני מפקחת על הבוררים, אני ממנה את הבוררים, אני קובעת להם סדרים. איפה זה מוציא את זה מהמסגרת של ההליך המדינתי? למה זה לא לגיטימי?"²² הדברים האלה של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ דוד רותם, בדיון בהצעת החוק מלמדים על ההנחה העומדת גם ביסוד הצעת החוק, שאין הכרח ששופט יהיה עובד ציבור, ובאמצעות כללי פיקוח ומגבלות מתאימים גם אדם שאינו נמנה עם המערכת הציבורית יכול למלא את התפקיד ולייצג את המערכת הציבורית נאמנה. הטיעון הזה הולך ומתחזק בתחומים ציבוריים רבים, בין היתר בגלל אובדן האמון בשירות הציבורי ושחיקתו של "האתוס הציבורי". להלן יובאו כמה טיעונים בדבר חוסר הלגיטימציה ואי-החוקתיות שבהעברת תפקיד השפיטה לידי גורמים פרטיים.

1. הבוררים הפרטיים אינם כפופים לכללי המערכת הציבורית

הצדקה ראשונה להכרח שהשופטים ישתייכו למערכת הציבורית היא פרגמטית-תועלתנית. הסדרים למיניהם הנהוגים במערכת הציבורית יוצרים ערובה חיונית שהכוח הרב הנתון בידי עובדי הציבור לא ינוצל לרעה וכי הסמכויות שלהם לא יופעלו בדרך שרירותית או לקידומן של מטרות זרות. עובד הציבור כפוף למערכת של כללי אתיקה ומוטלת עליו חובה, הנגזרת ממעמדו כנאמן הציבור, לשרת את הציבור במסירות, ביעילות, בהגינות ובאדיבות (זמיר 1996, 497). זאת ועוד, הסדרים חוקיים שחלים על עובדי ציבור מטילים עליהם חובות התנהגות ומגבלות, בין היתר "חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963"; "חוק שירות הציבור (מתנות), התש"ס-1979"; "חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), התשכ"ט-1969"; "חוק שירות המדינה (סיוג פעילות מפלגתית ומגבית כספים), התשי"ט-1959". על עובדי ציבור מוחלות גם אמות מידה פליליות מחמירות.

נוסף על כך, כללים סטטוטוריים רבים העוסקים בדרכי המינוי של השופטים ובמגבלות המוטלות עליהם מבטיחים שהשופטים היושבים בדין יהיו בלתי תלויים וכי שיקול דעתם יהיה ענייני. בראש ובראשונה חוק יסוד: השפיטה קובע שורה של הוראות שנועדו להבטיח את

²¹ Consumer Arbitration Agreement Act (U.K) 1988, c.21, s.1. החוק הבריטי שונה ב-1996 כאשר חוק "חוק הבוררות" (arbitration act) שכולל מגבלות מקיפות יותר, אולם לפי החוק החדש סעיפי בוררות חובה בהסכמי צרכנות אינם הוגנים רק בתביעות שנמוכות מ-5,000 פאונד. בתביעות גדולות יותר נבחנת החוקיות של סעיפי הבוררות בבית המשפט בהתאם לתנאים שנקבעו בדירקטיבה של האיחוד האירופי.
²² פרוטוקול מספר 449 של ועדת החוקה, חוק ומשפט (ראו לעיל הערה 10).

עצמאותו ואת אי-תלותו של השופט: דרך המינוי של שופטים, משך הכהונה, שכר משוריי, ייחוד מקצוע, דרך הפסקת הכהונה, ועוד. זאת ועוד, שופטים כפופים למערכת של כללי אתיקה היוצרים הגבלות בהתבטאות בתקשורת ובקשר עם רשויות ואוסרים פעילות פוליטית, והם נתונים לפיקוח של הנהלת בתי המשפט ושל נציב תלונות הציבור של השופטים. גם שכרם של השופטים נתפס כמרכיב חשוב בהבטחת עצמאותם, ועל כן קובעת אותו ועדת הכנסת והוא גבוה ביחס למשכורות במגזר הציבורי.²³ על שופטים מוטלות חובות מוסריות וציבוריות ייחודיות החורגות מעבר לחובותיהם במסגרת עבודתם כשופטים. על הנטל הזה עמדה השופטת אילה פרוקצ'יה: "בגדרן של נורמות ההתנהגות הייחודיות החלות על השופטים, הם כפופים לסטנדרט מחמיר של התנהגות לא רק על כס השיפוט, אלא גם בשאר אורחות חייהם [...] עליהם להבין כי השפיטה אינה רק תפקיד, זו צורת חיים".²⁴

הצעת החוק מחילה על הבוררים הפרטיים מעט מאוד מההסדרים החלים על שופטים, ובין היתר נקבע שדינם של בוררים כדין עובדי ציבור לעניין כמה חיקוקים: "חוק שירות הציבור (מתנות)", "הוראות הנוגעות לעובדי ציבור ב"חוק העונשין, התשל"ז-1977" ו"חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה)". אבל שלא כשופטים, עורכי הדין הפרטיים ימונו לבוררים למשך חמש שנים בלבד, ובפרק הזמן הזה אף יוכלו להוסיף לעסוק גם בעריכת דין במשרד הפרטי (אם לא יימצאו מספיק מועמדים שימונו לבוררים בבוררות חובה); שר המשפטים הוא שימנה את הבוררים על פי המלצה של ועדה מייעצת; כהונת הבוררים זמנית וניתנת להפסקה בקלות; את שכרם קובעת הרשות המבצעת; הם לא כפופים למערכת של שיפוט משמעת ואתיקה של שופטים.

הסדרי ההעסקה בשירות הציבורי נתפסים כהסדרים קשיחים שאינם מאפשרים גמישות ניהולית, יעילות וחיסכון. ואולם ההסדרים האלה נועדו להבטיח שעובדי הציבור יפעלו על פי שיקולים ציבוריים בלבד ולא ינצלו את משרתם לצרכים אישיים. **משמעות הוויתור על ההסדרים האלה היא אפוא ויתור על הערובות החינוכיות מפני התערבותם של שיקולים זרים.**

2. פגיעה בתפקידים הציבוריים של השיפוט האזרחי

העברה של סמכות השיפוט האזרחי לידי גורמים פרטיים משקפת תפיסה פשטנית ולקויה של תפקיד השיפוט כפתרון סכסוך נקודתי בין שני צדדים. תפיסה זו מתעלמת מתפקידי בית המשפט בפרשנות מוסמכת של החוק, בהטמעה של ערכים חברתיים שהרשות המחוקקת הגדירה, בחלוקת זכויות וחובות, בהתוויית התנהגות, ומעל הכול בהבטחת שלטון החוק. השיפוט האזרחי הוא שירות ציבורי שהמדינה מספקת לאזרחיה, כמו בריאות, חינוך ורווחה, אבל מערכת השיפוט היא גם מרכיב מרכזי במבנה של המשטר הדמוקרטי. בתי המשפט הם הכלי שבו נעזרים הפרט והשלטון כדי להגשים את מטרותיהם ואת יעדיהם במסגרת החוק (שמגר 1995, 253).

למערכת השפיטה תפקיד עיקרי בהסדרת היחסים החברתיים במדינה דמוקרטית. בהליך האזרחי השופטים מעניקים לחוקים חיים ופרשנויות עדכניות, ומקנים משמעות לזכויות ולחובות של התושבים. ההליכים האזרחיים משקפים גם את השינויים החברתיים, המוסריים והכלכליים המתחוללים בחברה, וכך מפתחים את הנורמות המסדירות את כל תחומי החיים בחברה. בדרך זו עוסק השיפוט האזרחי בהפעלת עוצמה שלטונית לכל דבר. לאור זאת יש לראות בהליך השיפוט חלק עיקרי בהליך הדמוקרטי שבמסגרתו האזרחים שותפים לכל דבר ביצירת העקרונות

²³ הודעת משכורת נושאי משרה שיפוטית, התשע"א-2011. בשנת 2011 נע השכר בין 22,407 שקל לשופט בית משפט השלום ל-39,320 שקל לנשיאת בית המשפט העליון.

²⁴ ע"פ 9893/06, אסנת אלון לאופר נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (31.12.2007) (ההדגשה שלי).

המשפטיים המסדירים את חייהם ואת פעילותם. ומכאן שהצעת החוק מבקשת להפריט חלק מההליך הדמוקרטי שבאמצעותו אנחנו מסדירים את החיים הבין-אישיים והציבוריים בחברה.

3. הפרטת סמכות שלטונית

סמכות השיפוט כלולה בגדרי הסמכויות השלטוניות הגרעיניות שבית המשפט העליון נדרש אליהן בבג"ץ הפרטת בתי הסוהר,²⁵ וקבע שעל המדינה להפעיל אותן בעצמה ואסור לה להעבירן או לאצול אותן לגורמים פרטיים. אמנם בעניין הפרטת בתי הסוהר בחן בית המשפט העליון את חוקיות הפרטת סמכות הפעלת כוח ושליטת חירות, אבל העקרונות שנקבעו שם כוחם יפה גם לעניין הפרטת השיפוט, אולי אף ביתר שאת, שכן כאן אין מדובר בסמכות ביצוע אלא בסמכות שיפוט. לדמיון שבין הפרטת בית סוהר להפרטת בית משפט נדרשה בפסק הדין השופטת עדנה ארבל, וקבעה שסמכות הפעלת כוח כופה "שנמסרה למדינה בשליחות הקהילה הפוליטית עומדת בגרעין המזוקק ביותר של הפונקציות השלטוניות הנובעות מן הריבונות, בשורה אחת עם הסכמות לקיים צבא, משטרה ובתי משפט. נטילתן של פונקציות אלה והעברתן לגורם פרטי, פוגמות בהצדקה העומדת ביסוד הפעלת הסמכות ויש בהן משום הסתלקות של המדינה, גם אם חלקית, מקיום 'חלקה' בחוזה החברתי [...]"²⁶.

מעניין לציין שגם על פי התפיסות הניאו-ליברליות הקיצוניות, המעניקות לממשלות תפקיד מוגבל ביותר, קיום בתי משפט, ובכלל זה בתחום האזרחי, הוא חלק מתפקידי המדינה, בצד קיום צבא, משטרה ובתי סוהר. מילטון פרידמן נדרש בספרו **החופש לבחור** (Free to Choose) לאפשרות לפתרון סכסוכים אזרחיים מחוץ לבתי המשפט המדינתיים לא כתחליף למערכת המשפט הציבורית, אלא **על בסיס וולונטרי בלבד** (Friedman and Friedman 1980), (30).

יש לציין שאף שלא מדובר בהליכים פליליים הפגיעה העשויה לנבוע מהליך אזרחי הננקט נגד אדם יכולה להיות עמוקה ביותר. על פי הדעה הרווחת, השיפוט האזרחי, שלא כהליך הפלילי, משפיע במידה מוגבלת על זכויות אדם, הוא מנגנון "רך" שאינו נוגע לאכיפה וענישה ואין בו ממדים של כפייה והפעלת עוצמה. תפיסה זו מתעלמת מן הסנקציות החמורות ביותר, כספיות ואחרות, שאפשר להטיל גם במשפט האזרחי ומזכויות הקניין המוכרעות במשפט האזרחי. עוד יש להזכיר שבמסגרת השיפוט האזרחי נתונים בידי השופט מנגנוני כפייה רבים, שנתונים גם לבורר במסגרת הצעת החוק, כגון סמכות להזמין עדים (ובית המשפט מוסמך לנקוט אמצעי כפייה וענישה כלפי עד שלא נענה להזמנת הבורר); סמכות להכריע בשאלות של מהימנות עדים; סמכות לפסוק לעדים שכר והוצאות; סמכות לתת צו עשה או לא תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר שבית המשפט מוסמך לתיתו; קביעת הוצאות הצדדים ושכר טרחת עורך דין. זאת ועוד, במסגרת השיפוט האזרחי מעמידה המדינה לרשות האזרח חלק ממונופול האלימות הלגיטימית שהיא מחזיקה בידה באמצעות מנגנון ההוצאה לפועל על בסיס ההכרעה השיפוטית, מנגנון שעומדים לרשותו אמצעי אכיפה מרחיקי לכת.

4. פגיעה בכבוד האדם

לנוכח תפקידיו של השיפוט האזרחי והסמכויות הגלומות בו, המדינה היא היחידה שיכולה להפעיל סמכות זו. הלגיטימיות הדמוקרטית להכריע בסכסוכים אזרחיים, ובכלל זה להשית

²⁵ בג"ץ 2605/05, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואחרים נ' שר האוצר ואחרים (19.11.2009).
²⁶ שם, סעיף 2 לפסק דינה של השופטת ארבל (ההדגשה שלי).

פיצויים כספיים, להעניק ולשלול זכויות ולפגוע בזכות הקניין, נשענת על התפיסה שהמדינה באמצעות נאמניה היא שמפעילה את הסמכות לשם קידום האינטרס הציבורי הכללי בלבד. המינהל הציבורי, שלא כגורם פרטי, מטרתו לשרת את הציבור, והוא אמור לפעול כנאמן של הציבור בכל פעולה שלו (ברכה 1986, 36). ומכאן **שעצם הקניית סמכויות שיפוט לגורם פרטי היא פגיעה בזכות החוקתית לכבוד הנובעת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. כמו שהדגיש בית המשפט העליון בעניין הפרטת בתי הסוהר, אין צורך שהחשש מפני פגיעה בזכויות אדם אכן יתממש כדי לקבוע כי מתקיימת פגיעה בכבוד.

גזרה שווה לענייננו אפשר לגזור מהטעון שמעלה אלון הראל במאמרו על הפרטת סמכות הכליאה: "הכבוד האנושי של רם מאפשר למדינה (ולמדינה בלבד) לבצע שיפוט ביחס למעשיו ולפעול בהתאם לשיפוט זה, שהרי רם – בהיותו אזרח המדינה – משתתף בקביעת תוכנם של השיפוט הנורמטיביים שלה" (הראל תש"ע, 18). הראל נדרש לתפקיד של עובד ציבור, המחייב "ציות עיוור" למדינה בפעולותיו ובהכרעותיו. ולכן רק פעולת שפיטה שמבצע עובד המדינה אפשר לייחס לגמרי למדינה לנוכח חובת הציות המוחלטת שלו, "משום שעובד המדינה לא רשאי לפעול על בסיס שיפוט מוסרי שאיננו זה של המדינה" (שם, 20). במובן זה הבורר הפרטי לא יוכל לעולם לאמץ את תכליות המדינה במלואן ולוותר לחלוטין על תכליותיו הפרטיות. עבודתו כבורר נועדה לממש (גם) את תכליותיו הפרטיות: קידום מקצועי, צבירת ניסיון או כל מטרה פרטית אחרת.

5. פגיעה בזכות הגישה לערכאות

גישה חופשית לבית המשפט היא זכות יסוד ואף למעלה מכך; היא תנאי הכרחי לקיומן של שאר זכויות היסוד, ועל כן "נעלה היא על זכות יסוד"²⁷. על חשיבות זכות הגישה לערכאות נאמר עוד כי "חסימת הדרך לבית משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה- *raison d'être* [תכלית הקיום] של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה"²⁸.

אמנם שיטת המשפט הישראלית מכירה בפנייה להכרעה שיפוטית בפני בורר בהליכים אזרחיים ואף מעודדת אותה, אבל הסכמת הצדדים היא תנאי בל יעבור להכרה בהליכים אלו. שופט בית המשפט העליון בדימוס יצחק זמיר אף השווה את ההבדל בין בוררות בהסכמה לבוררות חובה להבדל שבין יחסי מין בהסכמה ל"אונס ברוטלי" (רז 2011). הסכמי בוררות נתפסים בפסיקה כמגבילים מעצם טבעם את זכותם של הצדדים להגשים את זכות הגישה לערכאות, ועל כן נקבע כי הליך בוררות לגיטימי רק כאשר הוא מבוסס על הסכמה חופשית של הצדדים לדיון. עמד על כך השופט אליהו מצא: "**הפגיעה בזכות הגישה לערכאות נחשבת למוצדקת רק אם היא אכן נובעת מבחירתו המוקדמת של המתקשר [...]** זאת ועוד, מחשיבות מעמדה של זכות הגישה לערכאות מתחייבת המסקנה כי להוכחת הכוונה להתקשר בהסכם בוררות תידרשנה ראיות ברורות. בהיעדר ראיות משכנעות לקשירתו של הסכם בוררות תתחייב המסקנה כי הסכם כזה לא נקשר"²⁹.

בזכות הגישה לערכאות נכללים זכותו של הפרט שעניינו יידון בפני **שופט עצמאי ובלתי תלוי**; וזכותם של המתדיינים שההליך השיפוטי יתנהל על פי סדרי דין ידועים מראש הכובלים את הצדדים ואת השופט למסגרת של כללים שנועדו להבטיח הליך הוגן, שוויון בין הצדדים, ודאות

²⁷ השופט חשין בע"א 733/95, ארפל אלומיניות בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

²⁸ שם.

²⁹ רע"א 7608/99, לוקי ביצוע פרויקטים בע"מ נ' מצפה כנרת בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163--164 (2002) (ההדגשה שלי). וראו גם: רע"א 6450/01, שמחה אוריאל ובניו נ' מכון טיפול בשפכי אשקלון, פ"ד נו(5) 769 (2001).

ההליך ומניעת שרירות. כידוע, סדרי הדין אינם משקפים אך ורק הסדר פרוצדורלי, אלא הם משקפים שיקוף מהותי את האיזון הראוי בין הצורך ביעילות ובין תכלית עשיית הצדק.

ד. שיפוט פרטי – הכרח בל יגונה?

תומכי הפרטת השיפוט אינם מתעלמים לגמרי מהפגמים הקשים הטמונים ביוזמה להנהיג בוררות חובה. אלא שכמו אינספור הפרטות אחרות, מקדמי היוזמה מטשטשים את חומרת הסכנות הנשקפות מן ההפרטה ומציגים אותה כפתרון הכרחי וכמעט "טבעי" לבעיה חמורה שאין לה פתרון, לטענתם, בתוך המערכת הציבורית. להלן הטיעונים שמציגים תומכי הבוררות.

1. "אין ברה"

תומכי ההפרטה, כמו תומכי הפרטות של שירותים ציבוריים אחרים, מציגים אותה כפתרון של "אין ברה" לשירות ציבורי שאינו עונה לביקוש (בכמות או באיכות) במציאות של היעדר תקציב. התייחסות להפרטה כהכרח משקפת התנערות מאחריות לשירותים שעל המדינה לספק לאזרחיה. שר המשפטים הציג את הצעת החוק כפתרון ל"פקק" בבתי המשפט, כצורך מידי שנועד להתמודד עם מציאות בלתי נסבלת שבה נפגעות זכויות המתדיינים להליך הוגן.³⁰

השתלשלות עניינים כזאת מתרחשת פעמים רבות כאשר ייבוש תקציבי מונע מהשירות הציבורי למלא את הצורך הקיים, והוא מוחלף בשירות פרטי. בדרך כלל מדובר בקיצוץ הדרגתי ומתמשך בתקציב השירות (למשל שירותים בתחום הדיור שתקציבם הידלדל, כגון סיוע בשכר דירה, הקטנת תקציב שירות התעסוקה, צמצום המימון של שירותי רווחה שונים). שירותים אחרים מיובשים על ידי מצב קבוע של מחסור תקציבי שמוביל להידרדרות מתמשכת באיכות השירות הציבורי, כמו במקרה של מערכת השיפוט.

כמו שהוצג לעיל, ישראל מתמודדת עם עומס שיפוטי כבד בהשוואה למדינות מערביות אחרות, אבל התקצוב של מערכת בתי המשפט נמוך במידה ניכרת לעומת מדינות אחרות. במחקר שנעשה מטעם הנהלת בתי המשפט ב-2007 (סוליציאנו-קינן ואחרים 2007) נבחן שיעור ההקצאה התקציבית למערכת בתי המשפט. ביחס של תקציב מערכת בתי המשפט לגודל האוכלוסייה נמצאת ישראל מתחת לממוצע הבינלאומי. ההשקעה בתקציב בתי המשפט בישראל עמדה בשנת 2007 על כ-28.5 אירו לתושב, לעומת יותר מארבעים אירו לתושב בתקציב בתי המשפט באיטליה, בהולנד ובפינלנד, ויותר מחמישים אירו לתושב בספרד ובשוודיה. כאשר משווים את ההקצאה התקציבית ביחס למספר התיקים הפער בין ישראל למדינות מערביות אחרות גדול עוד יותר. מסקנות המחקר היו ששיעור ההקצאה התקציבית לבתי המשפט לתושב ולתיק נמצא במתאם שלילי מובהק עם מדד העומס (שם, 25--26).

בשנים האחרונות אמנם גדל מספר השופטים במידה ניכרת ונעשו רפורמות רבות לקיצור הליכי הדיון, אבל לא היה בצעדים אלו כדי לפתור את העומס שגוררת המערכת, כמו שהסביר השופט גל: "נכון שמבחינה תקציבית מערכת המשפט בשנים האחרונות מאוזנת ובסדר ומקבלת תקציבים מניחים את הדעת, אלא שהם לא מביאים בחשבון את החסר מן העבר. צריך לקרוא לילד בשמו: אנחנו נמצאים במצב שאם לא יתנו 300--400 שופטים נוספים, ואני לא מתבייש לדבר אפילו על הכפלת מספר השופטים, אז נעסוק בתיקוני עומס פה ושם אבל לא יימצא פתרון".³¹

³⁰ פרוטוקול מספר 16 של ועדת החוקה, חוק ומשפט (ראו לעיל הערה 6).
³¹ פרוטוקול מספר 633 של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 29 ביולי 2008 (ההדגשה שלי).

הקלף המנצח של תומכי הפרטת השירות הוא ההתמקדות במצב הבלתי נסבל של השירות הציבורי והצגת ההפרטה כרע במיעוטו לעומת המצב הקיים. כך לדוגמה הוצדק הצורך בהקמת בית סוהר פרטי בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר: "ההסדר המוצע נדרש בשל מצוקת הכליאה בישראל וההשלכה הישירה שיש לה על תנאי ההחזקה של אסירים ועצורים, כמתחייב מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומהוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996".³² לנוכח שירות ציבורי שהידרדר במשך שנים רבות של ייבוש תקציבי, הפרטה שטרם יצאה לפועל נתפסת בעיני רבים כפתרון חיוני וקוסם.

2. הפרטה עיוורת

הצעת החוק נוסחה, עברה בקריאה ראשונה והדיונים בה בוועדת החוקה, חוק ומשפט החלו מבלי שעמדה מאחוריה הערכה תקציבית. בדיון שנערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט להכנה לקראת קריאה שנייה ושלישית התברר שעדיין לא ברור מה עלות ההצעה מכיוון שתעריף הבוררים עדיין לא נקבע ולא נבחן: "בכל הנושא של שכר הבוררים אני עדיין לא יכולה להציג בפני הוועדה. העבודה הזאת בין משרד המשפטים לבין אגף התקציבים נמצאת בעיצומה".³³ גם בדיון שנערך בוועדה כמה חודשים לאחר מכן התברר שטרם נעשתה הערכה תקציבית ושלא נעשתה השוואה בין עלות הצעת החוק ובין עלויות של פתרונות אחרים, כגון מינוי שופטים נוספים.³⁴ כמו במקרים אחרים, הפרטה נתפסת כפתרון יעיל וחסכוני יותר מבלי שנערכת בדיקה מקיפה ומקצועית לביסוס תפיסה זו. לא נעשתה כל השוואה בין עלויות מימוש מנגנון בוררות חובה ובין עלותן של חלופות אחרות בתוך המערכת הציבורית, ואף לא נבחנה ההנחה העומדת בבסיס הצעת החוק, שבוררים פרטיים זולים יותר ממינוי שופטים נוספים.

הדבר חמור במיוחד לנוכח החשש הסביר שהצעת החוק דווקא תגדיל את מספר ההתדיינות בבתי המשפט בשל מגוון ההתדיינות שיתקיימו אגב הליכי הבוררות. ראשית, כל תובענה יצטרך לבדוק נשיא בית משפט השלום או סגנו לצורך החלטה אם להעבירה להליך בוררות; שנית, כל פסק בוררות מחייב אישור של בית משפט; שלישית, הצעת החוק קובעת רשימה של עניינים שבהם יכולים המתדיינים לפנות לבית המשפט: ערעור בזכות על ההחלטה להעביר תיק לבוררות; בקשה לסעד זמני במסגרת בוררות; הליך אישור פסק הבוררות; ערעור בזכות על פסק הבורר לבית משפט השלום וערעור ברשות מחוזי. כל אלו הם הליכים חדשים שיתלוו להליך הבוררות, והם צפויים להטיל עומס נוסף על בתי המשפט ומעלים ספק באשר ליעילות הצעת החוק בפתרון העומס על בתי המשפט. נוסף על כך, הצעת החוק לא נדרשת לאמצעי הפיקוח על הבוררים. מבלי להיכנס לשאלה המקדמית אם שירות זה הוא בר פיקוח, כדי לצמצם את החשש לניגוד עניינים ולפגיעה בזכויות המתדיינים נדרש מערך פיקוח מקיף ביותר. בהיעדר מרכיב חשוב כל כך בהפרטה, הערכת יעילות הצעת החוק ועלויותיה לא יכולה להיות שלמה.

יוזכר עוד כי אף אחת מהוועדות שמונו מאז שנות השבעים להציע פתרונות לבעיית העומס בבתי המשפט לא המליצה על יוזמה מסוג זה, וכאמור אין שום דגם כזה בעולם שממנו אפשר היה להסיק על היתרונות ועל העלויות שלו. מהאמור לעיל עולה שיוזמי הצעת החוק שמו

³² דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 26) (בית סוהר בניהול פרטי), התשס"ד-2003.

³³ דברי עו"ד אורית קורן, משנה ליועץ המשפטי לממשלה במשרד המשפטים, בפרוטוקול מספר 449 של ועדת החוקה, חוק ומשפט (ראו לעיל הערה 10).

³⁴ יש לציין שח"כ דוד רותם ביקש לקבל את הנתונים באשר למספר הבוררים הדרושים ועלויות ביצוע הצעת החוק קודם שימשיך בקידומה. ראו פרוטוקול מספר 526 של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 10 בינואר 2012.

את מבטחם באופן עיוור בהנחת המוצא שהספקת השירות באמצעות גורמים פרטיים תהיה בודאות זולה ויעילה יותר מכל פתרון אחר בתוך המערכת הציבורית.

ה. פתרונות חלופיים

הפרטת מערכת השיפוט היא פתרון מרחיק לכת להקל את העומס על בתי המשפט, והיא בעצם עוקפת את המדינה ומחלישה אותה. להלן כמה חלופות להפחתת העומס על בתי המשפט שלא גלומה בהם הפרטה של השיפוט או פגיעה בעצמאות בתי המשפט. אמנם ההצעות שלהלן לא יפתרו את בעיית העומס במהירות שבה מתיימרת יוזמת ההפרטה לעשות זאת (חיסול "גיבנת" של כ-250 אלף תיקים בבתי משפט השלום בתוך חמש שנים), אבל שלא כהפרטת השיפוט, המחיר החברתי שלהן נסבל:

1. **מינוי שופטים, עוזרים משפטיים ומתמחים:** כאמור, היחס בין מספר השופטים ובין מספר התיקים וגודל האוכלוסייה קטן בישראל ביחס למדינות המערב. בצד פתרונות לייעול מערכת המשפט, נדרשות גם התאמה של מספר השופטים לביקוש והוספת תקנים של עוזרים לשופטים ומתמחים אצל שופטים.
2. **מנגנוני דיון קצרים:** העומס על מערכת המשפט נובע במידה רבה מההליכים הממושכים. במערכת המשפט יש מנגנונים להפחתת העומס באמצעות מסלולי דיון מהירים יותר (כגון בית המשפט לתביעות קטנות ותביעות בסדר דין מהיר ומקוצר). כפייה על מתדיינים להתדיין בהליכים מיוחדים הכפופים לסדרי דין גמישים יותר בתוך מערכת המשפט הציבורית אמנם פוגעת בזכות להליך הוגן, אבל אין ספק שבהשוואה לבוררות חובה, פגיעתה בזכות הגישה לערכאות, בזכות להליך הוגן, באמון הציבור בבתי המשפט ובשלטון החוק מצומצמת יותר. דוח ועדת רונן מ-2008, לדוגמה, המליץ בין היתר להרחיב את השימוש בהליכי סדר דין מהיר לתביעות עד סכום של מאה אלף שקל (כיום עד 75 אלף שקל).
3. **מנגנוני קדם-משפט:** חיוב מתדיינים למצות הליכים קודם שיפנו לבית המשפט עשוי להעלות את הסיכויים לפתרון סכסוכים מחוץ לבית המשפט או לפחות לקצר את משך הדיון. באנגליה, לדוגמה, יש תקנונים קדם-משפטיים קבועים (Pre-Action Protocols) שמסדירים את האמצעים שבהם נדרש תובע לפעול במקרים מסוימים (כגון החלפת מידע) לפני הפנייה לבית המשפט. מטרת מנגנון הדיון הזה היא להנחות את הצדדים כיצד לפעול לשם יישוב הסכסוך ביניהם לפני הגשת תביעה לבית המשפט. בדגם האנגלי מטרת התקנונים האלה היא לעודד החלפת מידע מלא בין הצדדים בשלב מוקדם; לאפשר לצדדים להימנע מהליכים משפטיים על ידי מציאת פתרון לסכסוך לפני הגשת התביעה; ולייעל את ניהול ההליך השיפוטי. היום יש כמה תקנונים בהליכים שונים, ובכללם נזקי גוף, רשלנות רפואית, לשון הרע, מחלות וליקויי בנייה.³⁵ הכללים באנגליה אמנם אינם מחייבים, אלא הם בבחינת כללים מנחים (best practice), אבל בהפרה שלהם עשוי בית המשפט לנקוט אמצעים, כגון הטלת הוצאות המשפט והוצאות הצד שכנגד, נגד הצד המפר. הצעות לאמץ הליכים מסוג זה הופיעו גם בדוח ועדת רונן מ-2008 וגם בדוח הוועדה לבדיקת מחלקת ניהול שיפוט בראשות יצחק רביבי ממרץ 1999.

³⁵ ראו פירוט של התקנונים באתר משרד המשפטים של בריטניה: www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/menus/protocol.htm

4. **בוררות בתוך בית המשפט**: על פי הצעה זו, הלקוחה ממאמר של השופט בדימוס יצחק שילה (שילה 1990, 93), יש לקבוע "תובענות בוררות" במסלול מקביל לתובענות הרגילות הנידונות בבתי המשפט בפני שופטים המכהנים בבתי משפט השלום. תובענות בוררות יהיו תובענות שהמחוקק יסווג ככאלה, כגון תובענה אזרחית שנשואה אינו עולה על סכום מסוים או שלבים מסוימים של דיונים, כגון קביעת סכום הנזק או שיעור הפיצויים. כל תובענה שבעלי הדין מסכימים שתידון במסלול זה גם היא תועבר אליה. הדגם הזה יאפשר לנצל את הגמישות של הליכי הבוררות (דיון מהיר שלא על פי סדרי הדין ודיני הראיות) בתוך המערכת הציבורית.

5. **מנגנונים חלופיים מוסכמים**: בין יתר הפתרונות שהציעו ועדות שבחנו את בעיית העומס על בתי המשפט במהלך השנים, הוצע להרחיב את השימוש במנגנונים החלופיים לפתרון סכסוכים – בוררות, גישור ופישור – **בהסכמה** מחוץ לבתי המשפט. ועדת אור משנת 1997 המליצה, לדוגמה, לעודד קביעתן של התניות בוררות בסוגי הסכמים מסוימים (הסכמים למכירת דירה, הסכמי ביטוח ועוד), ובייחוד להרחיב את השימוש בהסדרים חלופיים לפתרון סכסוכים על ידי גופים של המדינה. השופט בדימוס אמנון סטרשנוב, המכהן כנשיא המוסד הישראלי לבוררות עסקית, מציע: "לפני שהמדינה פונה לצעד כה קיצוני כמו חקיקת חוק בוררות חובה – שיש בו כדי לחייב בעלי דין להיזקק להליכי בוררות שלא מרצונם – מוטב לה לבדוק את עצמה: מדוע אין היא, כבעל דין ביותר מ-20% מהתיקים המתבררים בבתי המשפט, פונה ביוזמתה להליכי בוררות" (סטרשנוב 2011). מלבד הפחתת העומס על בתי המשפט, למנגנונים החלופיים יתרונות גם בצמצום עלויות ההתדיינות, בסיום מהיר של הסכסוך ובהגברת הסיכוי להמשך שיתוף פעולה בין צדדים מסוכסכים. אבל אתגרים רבים מעמיד יישום הפתרון הזה. עד היום, למרות עינוי הדין בבתי המשפט וזמינותם של המנגנונים החלופיים, לא נעשו הליכי הגישור והבוררות הליכים רווחים כפי שהיה אפשר לצפות, והציבור מוסיף לבחור בבית המשפט במקרה של סכסוך.

סיכום

בצד הפרטה של שירותים חברתיים מקיפים, מופרטות בעשורים האחרונים בישראל סמכויות רבות של מערכת המשפט ואכיפת החוק, ובכללן תפקידי גבייה (שירותי ההוצאה לפועל, סמכויות הגבייה של רשויות מקומיות), תפקידי שיטור (השיטור העירוני, אבטחת מתיישבים יהודים במזרח ירושלים, אבטחת מחסומים בין ישראל לשטחים ובתוך השטחים) ותפקידי תביעה (מינוי עורכי דין פרטיים לשמש תובעים בהליכים פליליים מסוימים). הפרטת סמכות השיפוט מצטרפת לרשימה זו, המשקפת שחיקה של מערכת החוק הציבורית וצמצום מרחיק לכת של תפקידי המדינה. בעוד שהפרטה של שירותים חברתיים מושכת תשומת לב ניכרת הן בדיון הציבורי והן בכתובה האקדמית, הפרטה של חלקים ממערכת שלטון החוק, למרות היקפה וחומרתה, לא קיבלה התייחסות מספקת, מלבד ניסיון ההפרטה של בתי הסוהר.

הפרטת השיפוט באמצעות העברת תובענות אזרחיות להכרעה של עורכי דין פרטיים מסמלת עליית מדרגה מסוכנת במדיניות ההפרטה של שירותים ציבוריים של הממשלות בעשורים האחרונים. מדיניות זו מוסיפה לראות בהפרטה פתרון הכרחי ויעיל לכל שירות ציבורי כושל. מעבר לסכנה הנשקפת לעצמאות מערכת בתי המשפט, עלולה הפרטה זו לשמש תקדים מסוכן להפרטות בתחומים רבים אחרים, שהרי אם הכרעה שיפוטית היא סמכות שיכול להפעיל גורם פרטי, אילו גבולות ייוותרו בפני הפרטות של סמכויות שלטוניות?

ביבליוגרפיה

- ברכה, ברוך, 1986. **משפט מינהלי**, ירושלים: שוקן.
- בורנובסקי משה ורן לחמן, 1992. "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי המשפט בישראל", **הפרקליט** מ, ב, עמ' 269--286.
- גל-נור, יצחק, 2004. "מישפוט החיים הציבוריים במדינת ישראל", **משפט וממשל** 7, 1, עמ' 355—380.
- הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל, 1997. **דין וחשבון**, ירושלים: בית המשפט העליון ומשרד המשפטים.
- הכנסת, 2011. **הרשות השופטת במדינת ישראל: דין וחשבון לשנת 2010**, ירושלים: הכנסת.
- הנהלת בתי המשפט, 2011. **מערכת בתי המשפט בישראל, דו"ח חצי שנתי: 1.7.2010--31.12.2010**, ירושלים: הנהלת בתי המשפט (פברואר).
- הנהלת בתי המשפט ולשכת עורכי הדין בישראל, 2011. **הוועדה לקידום התנהלות דיונית תרבותית בבתי המשפט: דין וחשבון**, הנהלת בתי המשפט ולשכת עורכי הדין בישראל.
- הראל, אלון, תש"ע. "על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"צ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר)", **משפטים על אתר** ב, עמ' 1--23.
- ועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, 2006. **דין וחשבון**, ירושלים: הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט.
- זמיר, יצחק, 1996. **הסמכות המנהלית**, ירושלים: נבו.
- זרחין, תומר, 2010. "דו"ח חושף: ירידה חדה באמון הציבור במערכת בתי המשפט", **הארץ**, 22.6.2010, www.haaretz.co.il/news/law/1.1208174 (אוחזר ב-10.4.2012).
- זרחין, תומר, 2011. "ישראל ממשיכה להוביל במספר עורכי הדין לנפש", **הארץ**, 4.8.2011, www.haaretz.co.il/news/law/1.1371479 (אוחזר ב-10.4.2012).
- משרד האוצר, 2010. **תקציב המדינה: הצעה לשנות הכספים 2011—2012**, ירושלים: משרד האוצר, אגף תקציבים.
- סוליציאנו-קינן, רענן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות, 2007. **העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות, דו"ח מסכם**, חיפה: המרכז לניהול ומדיניות ציבורית.
- סטרשנוב, אמנון, 2011. "לפני חוק בוררות חובה", **הארץ**, 3.10.2011, www.haaretz.co.il/opinions/1.1487849 (אוחזר ב-10.4.2012).
- רז, הילה, 2011. "השופט העליון בדימוס זמיר: 'בוררות חובה היא כמו אונס ברוטלי'", **זה מרקר**, 17.11.2011, www.themarker.com/law/1.1568432 (אוחזר ב-10.4.2012).
- שילה, יצחק, 1990. "שילוב בוררות במנגנון השיפוט", **מחקרי משפט** ח, עמ' 93--96.
- שמגר, מאיר, 1995. "עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי", **הפרקליט** מב, ב, עמ' 245--257.

Bingham, Lisa B., 1997. "Employment Arbitration: The Repeat Player Effect," *Employee Rights and Employment Policy Journal* 1, pp. 189—220.

- Bingham, Lisa B., 1998. "On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards," *McGeorge Law Review* 29, 2, pp. 223--260.
- Council of Europe, 2007. *Can Excessive Length of Proceeding Be Remedied?* Science and Technique of Democracy No. 44, Council of Europe.
- Friedman, Milton and Rose Friedman, 1980. *Free to Choose: A Personal Statement*, New York and London: Harcourt Brace Jovanovich.
- Meierhoefer, Barbara S., 1990. *Court-Annexed Arbitration in Ten District Courts*, Federal Judicial Center.
- National Employment Lawyers Association, 2007. "NELA Applauds Bill Banning Mandatory Arbitration," *Press Release*, July 12.