

על המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אכיפת פסק בוררות-חוץ בעקבות רע"א Bisk ו' Flacks 1739/17 ועם שחר הרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי

רועי דותן*

מאמר זה עוסק בהמצאה אל מחוץ לתחום לצורך אכיפת פסק בוררות-חוץ בישראל. ככל פסק בוררות, גם פסק בוררות שניתן מחוץ לישראל ("פסק בוררות-חוץ") מצריך אישור על-פי חוק הבוררות, התשכ"ח-1968 כדי להקנות לו מעמד של פסק דין בר אכיפה. לכאורה הזיקה הרלוונטית לצורך אישור זה היא זו שבתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין, לפיה ניתן להמציא אל מחוץ לתחום אם "מבוקש לאכוף פסק-חוץ, כהגדרתו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, או פסק בוררות חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם". זיקה כמעט זהה הייתה קבועה בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות.

אולם, על-פי דעת הרוב ברע"א Bisk ו' Flacks 1739/17 (נבו 31.12.2017) (להלן: עניין פלקס), עניינה של תקנה 500(8) לתקנות הקודמות הוא באכיפה ולא בבקשה לאישור פסק בוררות-חוץ, תוך שלעמדתה אין מדובר בהבדל סמנטי. התוצאה של הלכת פלקס היא של היעדר זיקה מתאימה המאפשרת המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ. לפיכך, בהעדר אפשרות לכוון סמכות בינלאומית באמצעים אחרים, לבעל דין זוכה על-פי פסק בוררות-חוץ אין אפשרות מעשית להוציא אל הפועל את פסק הבוררות שבידיו בישראל. חרף התוצאה הבלתי רצויה כאמור, גם הרפורמה שנערכה בתקנות סדר הדין האזרחי, בה נוספה בתקנה 166(7) האפשרות להמציא אל מחוץ לתחום לצורך הכרה בפסק בוררות-חוץ לא שינתה המצב הקיים.

מאמר זה יבקש לשכנע כי הפרשנות שניתנה לתקנה 500(8) לתקנות הקודמות בעניין פלקס לא הייתה מחוייבת המציאות ויציע הסתכלות ביקורתית על עמדת הרוב. אעמוד על מהות האישור בחוק הבוררות כפי שזו עולה מהחוק, מההיסטוריה החקיקתית שלו, מהשוואה לדין האנגלי, ומהוראותיהן של האמנות השונות שישראל צד להן – המצביעים על כך שהליך האישור, למצער בעיקרו, נועד לאכיפת פסק הבוררות. בהמשך אעמוד גם על משמעותו של מושג "ההכרה" שנוסף לתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין ואסביר מדוע אינו מתאים לצורך אישור פסק בוררות ואינו יכול לשאת על כתפיו את השינוי הדרוש. לבסוף, לאור האמור, אציע לאמץ פרשנות שונה מזו שהתקבלה על-ידי דעת הרוב בעניין פלקס ואקרא לשינוי המצב המשפטי על בסיס פרשנות זו.

* עורך דין; שותף במשרד AYR - עמר רייטר ז'אן שוכטוביץ' ושות'. תודתי והערכתי נתונה לעו"ד רם ז'אן שהערתיו וניסיונו תרמו רבות למאמר ובזכותו נפלה בחלקי ההזדמנות להידרש לנושא המאמר. הכותב מבקש להודות גם לחברי מערכת כתב העת חוקים שהערתיהם תרמו לשיפור המאמר. האחריות למאמר היא כמובן שלי בלבד.

א. מבוא והצגת הבעיה. ב. פסק הדין בעניין פלקס. ג. לאחר פסק הדין בעניין פלקס, ועם כניסתו לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי – הצעה לבחינה ביקורתית. ד. סיכום.

א. מבוא והצגת הבעיה

חברה ישראלית הגישה תביעה כספית בעילה חוזית נגד חברה סינית. התביעה התבררה בהליך בוררות בפני בורר אנגלי, בלונדון. בתום הליך הבוררות, נקבע כי הדין עם החברה הישראלית, ועל החברה הסינית לשלם את חובה לחברה הישראלית. לחברה הסינית החייבת נכסים שונים המוחזקים בישראל מהם מבקשת להיפרע החברה הישראלית הזוכה כדי לגבות את החוב שנפסק לזכותה. נכסים מסוג זה עשויים להיות לדוגמה כספים המוחזקים בחשבונות בנק בישראל, נכסי קניין רוחני, ואף חובות והתחייבויות של חייבים ישראלים כלפי החברה הסינית.¹ על-כן, החברה הישראלית מעוניינת לאכוף את פסק הבוררות שבידה בישראל.

כפי שאראה להלן, דווקא בנקודה זו, לאחר שהחברה הישראלית כבר אוזרת בידה בפסק בוררות אותו היא מבקשת לממש, המצב המשפטי הנוכחי בישראל מציב בפניה קושי ממשי, שבפועל עלול להותיר אותה בלא שום יכולת מעשית להביא לאכיפת פסק הבוררות בישראל. קושי זה, כפי שיתואר להלן, עניינו במישור הסמכות הבינלאומית.

ככל פסק בוררות, גם פסק בוררות שניתן מחוץ לישראל נדרש לעבור הליך של אישור לפי חוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות) על-מנת שיהיה אכיף וניתן יהיה להוציאו אל הפועל בישראל. הליך לאישור פסק בוררות-חוץ כלפי חייב זר כמתואר לעיל מצריך כיוון סמכות של בית המשפט בישראל כלפי בעל הדין הזר על-פי כללי הסמכות הבינלאומית במשפט הישראלי. ככלל, בהליכי גברא, סמכות בינלאומית תיכון על-ידי תפיסת החייב הזר בשטח המדינה באמצעות המצאת הזמנה לדין או באמצעות המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט על-פי אחת העילות הקבועות היום בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות² וקודם לכן בתקנות הקודמות.³

אלא שביום 31.12.2017 ניתן על-ידי בית המשפט העליון פסק הדין בעניין פלקס.⁴ דעת הרוב בעניין פלקס קבעה כי תקנה 500(8) לתקנות הקודמות שאיפשרה לבית המשפט להתיר המצאה אל מחוץ לתחום מקום בו "מבקשים לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ תשי"ח-1958, או פסק-בוררות-חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, תשכ"ח-1968", אינה מאפשרת מתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ על-פי חוק הבוררות, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק הבוררות). הטעם לכך, על-פי דעת הרוב בעניין פלקס, נעוץ בלשון התקנה הנוקטת במונח אכיפה להבדיל מאישור - הבחנה שעל-פי דעת הרוב בעניין פלקס אינה סמנטית אלא מהותית.⁵

התוצאה הנובעת מפסק הדין בעניין פלקס היא של היעדר זיקה מתאימה המאפשרת המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ. לפיכך, בהעדר אפשרות לכונן סמכות בינלאומית באמצעים אחרים (כגון תפיסת הנתבע בשטחי המדינה), לחברה הישראלית, שנמצא על-פי פסק הבוררות כי הדין

¹ מקובל לראות בחוב ככס הממוקם אצל החייב, ראו ע"א 418/86 רוזין נ' מנהל המכס ומס ערך מוסף-תל אביב, פ"ד (מג) 837 (1989).

² תקנה 166 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, ק"ת 422 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי).

³ תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2210 (להלן: התקנות הקודמות).

⁴ רע"א 1739/17 Bisk נ' Flacks (נבו) 31.12.2017 (להלן: עניין פלקס).

⁵ עניין פלקס, לעיל ה"ש 4, פס' 21 ו-29 לפסק הדין של השופט דנציגר ופס' 2 לפסק הדין של השופט שהם.

עמה, אין כל אפשרות מעשית לממש ולהוציא אל הפועל את פסק הבוררות שבידה בישראל. בעניין זה כל שופטי המותב בעניין **פלקס** היו תמימי דעים כי מדובר בתוצאה קשה ובלתי רצויה.⁶

לנוכח הקושי שמעורר פסק הדין בעניין **פלקס**, אפשר היה אולי לקוות שבבוא מחוקק המשנה לערוך רפורמה מקיפה במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי שנכנסו לתוקפן ביום 1.1.2021 יפעל מחוקק המשנה כדי לקבוע במפורש את האפשרות להמציא אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות. ברם, כפי שאראה להלן, תקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי אינה מבשרת כל שינוי בהקשר זה ולמעשה משמרת את הדין הקיים. לפיכך, הקושי הנובע מפסק הדין בעניין **פלקס** – נותר אפוא בעינו.

רשימה זו מבקשת לטעון כי עמדת הרוב בעניין **פלקס** לא הייתה מחוייבת המציאות ומציעה הסתכלות אחרת על מושג האכיפה המתייחס לפסק בוררות-חוץ בתקנות סדר הדין האזרחי (ואף בתקנות הקודמות). עם זאת, לנוכח פסק הדין בעניין **פלקס**, והעובדה כי תקנות סדר הדין האזרחי החדשות אינן מהוות שינוי של המצב הקיים, נראה כי הדרך לפתרון הקושי שנוצר היא ביצוע תיקון מבהיר לתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי או שינוי ההלכה על-ידי בית המשפט העליון. מאמר זה יבקש לשכנע כי למצער מבחינה עיונית אין מניעה כי השינוי יעשה באופן הלכתי בשים לב לכך שמקור הקושי שנוצר אינו בלשון תקנה 166(7) אלא דווקא בפרשנות שניתנה ללשון התקנה על-ידי בית המשפט בהלכת **פלקס** – פרשנות, שמאמר זה ינסה לשכנע שלא הייתה מחוייבת המציאות וקיימת תשתית נורמטיבית מוצקה לאמץ תחתיה עמדה פרשנית שונה.

דרך הילוכו של מאמר זה יהיה כדלקמן: בפרק ב' אציג את פסק הדין בעניין **פלקס** תוך הבחנה בין דעת המיעוט של כבוד השופט עמית לבין עמדת הרוב של כבוד השופטים דנציגר ושהם תוך שאעמוד על התוצאה הבלתי רצויה הנוצרת מפסק הדין. פרק ג' של המאמר קורא לבחינה ביקורתית של פסק הדין בעניין **פלקס** על רקע היכנסן לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות. אעמוד על מהותו של הליך האישור על-פי חוק הבוררות ועל הקשר בינו לבין אכיפת פסק בוררות החוץ הקבועה בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות וקודם לכן בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות. על רקע האמור, אבקש להציע קריאה ביקורתית לעמדת הרוב בפסק הדין בעניין **פלקס** ולטעון כי זו אינה מחוייבת המציאות. כמו כן, אעמוד על כך שגם תקנות סדר הדין האזרחי החדשות, ובפרט הוספת אפשרות "ההכרה" בתקנה 166(7) אינה פותרת את הקושי הנובע מפסק הדין בעניין **פלקס**. בפרק ד' שלהלן אסכם תוך שאצביע על הפתרון הנחוץ, לעמדותי, לבעיה המוצגת בפרק המבוא.

ב. פסק הדין בעניין פלקס

הליך לאישור פסק בוררות על-פי חוק הבוררות הוא הליך משפטי המצריך כינון סמכות לבית המשפט בישראל כלפי בעל הדין הזר בהתאם לכללי הסמכות הבינלאומית. בהליכים מסוג גברא (In personam), ככלל, כינון סמכות כלפי נתבע זר נעשה על-ידי תפיסת הנתבע בשטח המדינה באמצעות המצאת הזמנה לדין על-פי כללי ההמצאה הקבועים בתקנות סדר הדין האזרחי. מאחר שלחברה

⁶ עניין **פלקס**, לעיל ה"ש 4, פס' 22 לפסק הדין של השופט דנציגר, פס' 1 לפסק הדין של השופט עמית ופס' 1 לפסק הדין של השופט שהם.

החייבת בדוגמה המובאת בפרק המבוא לעיל אין נוכחות פיזית בישראל המאפשרת להמציא לה את הבקשה לאישור פסק הבוררות בישראל, על החברה הישראלית, הזוכה על-פי פסק הבוררות, להמציא לחברה הסינית את הבקשה לאישור פסק הבוררות בהמצאה אל מחוץ לתחום. על-פי ההסדר הקבוע בתקנות סדר הדין האזרחי, בעל דין רשאי לבצע המצאה אל מחוץ לתחום על בסיס אחת מעילות ההמצאה אל מחוץ לתחום הקבועות בתקנה 166⁷ ובכפוף להגשת בקשה לבית המשפט לצורך קביעת דרך ביצוע ההמצאה על-פי תקנה 167 לתקנות סדר הדין האזרחי וליכולתו של בית המשפט לקבוע את דרך ביצוע ההמצאה או שלא להתירה כלל.⁸

על-פניו, העילה הרלוונטית ולמצער הקרובה ביותר לעניינה של החברה הישראלית, היא העילה הקבועה כיום בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי, לפיה בעל דין רשאי להמציא כתב טענות אל מחוץ לתחום מקום בו מבוקש "לאכוף פסק חוץ, כהגדרתו בחוק פסקי-חוץ, או פסק בוררות חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם". על-פי נוסחה הקודם של תקנה זו בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות, בית המשפט היה רשאי להתיר המצאה אל מחוץ לתחום מקום בו מבקשים "לאכוף פסק-חוץ, כמשמעותו בחוק אכיפת פסקי-חוץ תשי"ח-1958, או פסק-בוררות-חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, תשכ"ח-1968". אמנם תקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי, ואף תקנה 500(8) לתקנות הקודמות, נוקטות בלשון אכיפה ולא אישור, אולם, מאחר שאכיפת פסק הבוררות עוברת דרך אישורו על-פי חוק הבוררות, אזי ניתן (ואולי אף מתבקש) לראות בתקנות אלו כמאפשרות מתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך בקשה לאישור פסק בוררות-חוץ.

שותף לדעה זו היה כבוד השופט עמית בפסק הדין בעניין **פלקס**. באותו מקרה, מר סטפן ביסק, ביקש להביא לאישור פסק בוררות שניתן בישראל נגד מייקל ודבורה פלקס – אזרחי בריטניה ותושבי מדינת פלורידה שבארה"ב, שאין להם קשר למדינת ישראל לבד מן העובדה שהתקשרו עם מר ביסק בהסכם אשר החיל תניית בוררות לבית דין בישראל. הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליון מר ביסק טען להיתר המצאה אל מחוץ לתחום על בסיס העילה שהייתה קבועה בתקנה 500(4) לתקנות הקודמות. עם זאת, בבקשת רשות הערעור לפני בית המשפט העליון, טען ביסק כי מאחר שניתן לבקש היתר המצאה אל מחוץ לתחום על בסיס העילה הקבועה בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות ביחס לפסק בוררות-חוץ, אזי לטענתו מקל וחומר שניתן על בסיס עילה זו לקבל היתר המצאה אל מחוץ לתחום

⁷ תקנה 166 לתקנות סדר הדין האזרחי מונה שורה של עילות שבהתקיימותן רשאי בעל דין להמציא כתב טענות מחוץ לתחום המדינה (ובכפוף להוראות תקנה 167 לתקנות סדר הדין האזרחי) כגון אם מבוקש סעד נגד אדם שמקום מושבו הוא בתחום המדינה (תקנה 166(2)); אם נושא התובענה הוא מקרקעין המצויים בתחום המדינה (תקנה 166(3)); אם התובענה היא בקשר לחוזה שכולו או מקצתו, נעשה או הופר בתחום המדינה או שנשללה האפשרות לקיימו בתחומה או שחלים על החוזה דיני מדינת ישראל (תקנה 166(4)); התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל שאירע בתחום המדינה (תקנה 166(4א)); מבוקש צו מניעה לגבי דבר הנעשה או עומד להיעשות בתחום המדינה, או מבוקש למנוע או להסיר מטרד בתחום המדינה, בין אם מבוקשים דמי נזק בקשר לכך ובין אם לאו (תקנה 166(6)); אם האדם שמחוץ לתחום המדינה הוא בעל דין דרוש או נכון תביעה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר (תקנה 166(9)), ועוד. מאמר זה יתמקד כאמור בעילה המצויה בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי לפיה בעל דין רשאי להמציא כתב טענות אל מחוץ לתחום המדינה אם מבוקש לאכוף פסק-חוץ, כהגדרתו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, או פסק בוררות-חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם.

⁸ בהקשר זה תקנות סדר הדין האזרחי החדשות שינו את המצב המשפטי שהיה קיים על-פי התקנות הקודמות לפיו על בעל דין המעוניין לבצע המצאה אל מחוץ לתחום לבקש תחילה היתר לכך מבית המשפט על בסיס אחת העילות שהיו קבועות בתקנה 500. לצורך קבלת היתר המצאה אל מחוץ לתחום על בסיס תקנה 500 לתקנות הקודמות בעל דין המבקש היתר המצאה אל מחוץ לתחום נדרש היה להצביע בנוסף על כך שבידו עילת תביעה טובה ("good arguable cause") ועל כך שישראל היא הפורום הנאות לדון בתובענה ע"א 9725/04 **אשבורן חברה לסוכניות ומסחר בע"מ נ' CAE Electronics Ltd** (נבו 4.9.2007) (להלן: עניין **אשבורן**). אפשר שבית המשפט יוסיף להידרש לתנאים נוספים אלו גם לאחר הרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי במסגרת הדיון בתקנה 167 (ראו בהקשר זה לדוגמה: ת.א. (מחוזי-תל-אביב) 39292-06-20 **קלוגר נ' דאבל קיי מוצרי דלק 1996 בע"מ**, פסי' 28-29 (נבו 9.5.2021)).

ביחס לפסק בוררות מקומי ולשיטתו "אין כל צורך להקדיש לכך תקנה נוספת".⁹ כך יצא שעל אף שבמרכזו של עניין **פלקס** עמד פסק בוררות מקומי, דעות השופטים נחלקו גם ביחס לפרשנותה של תקנה 8)500 (לתקנות הקודמות העוסקות בהמצאה אל מחוץ לתחום לצורך אכיפת פסק בוררות-חוץ).

כבוד השופט עמית סבר שיש לקבל את עמדתו של ביסק בנוגע לפרשנותה של תקנה 8)500 (לתקנות הקודמות). לעמדתו, מאחר שהדרך לאכיפת פסק הבוררות עוברת דרך אישורו, תקנה 8)500 (לתקנות הקודמות מאפשרת לבקש היתר המצאה אל מחוץ לתחום במקרה בו מדובר בבקשה לאישור פסק בוררות-חוץ.¹⁰ לעמדת כבוד השופט עמית אין להניח שמחוקק המשנה ביקש ליתן בידי בעלי דין את האפשרות לאכוף פסק בוררות-חוץ ובה בעת לשלול מהם את האפשרות להביא לאכיפת פסק בוררות מקומי. משום כך, לעמדתו, יש לראות בשתיקת מחוקק המשנה, לגבי האפשרות לבקש היתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות מקומי, כ"לאקונה" ולראות בתקנה 8)500 (לתקנות הקודמות כחלה הן על אכיפת פסק בוררות-חוץ והן על בקשה לאישור פסק בוררות מקומי.¹¹

מכל מקום, לענייננו חשובה עמדתו של כבוד השופט עמית, לפיה אין מניעה לבקש היתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ מכוח תקנה 8)500 (לתקנות הקודמות, על אף שלשון התקנה נוקטת במונח אכיפה ולא אישור, משום שעל מנת לאכוף פסק בוררות יש תחילה לאשרו.¹²

אלא שלא כך סברה דעת הרוב בעניין **פלקס**. לעמדת כבוד השופט דנציגר, אליו הצטרף כבוד השופט שהם, עניינה של תקנה 8)500 (לתקנות הקודמות הוא בבירור באכיפה ולא בבקשה לאישור פסק בוררות-חוץ, תוך שלעמדתם אין מדובר בהבדל סמנטי בין השניים. על-כן, לעמדתם תקנה 8)500 (לתקנות הקודמות אינה מקנה לבית המשפט סמכות להתיר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות, בין אם מדובר בפסק בוררות מקומי ובין אם מדובר בבקשה לאישור פסק בוררות-חוץ.¹³

יוצא מדעת הרוב בעניין **פלקס**, שהליך לאישורו של פסק בוררות-חוץ (או מקומי) שניתן נגד חייב זר יוכל להתברר בישראל במקרים בהם ניתן להמציא את הבקשה לחייב הזר בשטח המדינה כגון באמצעות מורשה הנמצא בשטח המדינה¹⁴ או במקרים בהם דווקא בעל הדין הזר הוא הזוכה המבקש להביא לאכיפת פסק הבוררות נגד חייב ישראלי. אולם, בכל הנוגע למקרה המתואר בפתח המאמר ודומיו, התוצאה הנובעת מדעת הרוב בעניין **פלקס** היא קשה. בעל דין שניהל הליך בוררות ארוך וממושך בחו"ל ולבסוף נמצא כמי שזכאי לסעד המבוקש, מוצא עצמו, בהיעדר אפשרות לבצע המצאה לחייב הזר בישראל ולכונן סמכות בין-לאומית כלפיו, כמי שלא יכול להביא לאישור פסק הבוררות בישראל וכפועל יוצא מכך נבצר ממנו להביא לאכיפתו של פסק הבוררות ולהיפרע מנכסי החייב הזר שממאן לפרוע את החוב שנפסק בפסק הבוררות, הנמצאים בישראל.

⁹ עניין **פלקס**, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק הדין של השופט דנציגר.

¹⁰ שם, פס' 4-5 לפסק הדין השופט עמית.

¹¹ שם, פס' 6 לפסק הדין של השופט עמית.

¹² שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט עמית.

¹³ שם, פס' 29 לפסק הדין של השופט דנציגר ופס' 2 לפסק הדין של השופט שהם.

¹⁴ ראו תקנה 163(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי; תקנה 482 לתקנות הקודמות. לעניין האפשרות לעשות שימוש בתקנה 482 הנ"ל גם לצורך המצאה כלפי נתבע זר ראו רע"א 2737/08 **ארבל נ' TUI AG**, פס' 13 (נבו 1.2009). למקרה נוסף בו נקבע כי אין צורך בהיתר המצאה אל מחוץ לתחום בהליך לאישור פסק בוררות-חוץ מכוח סעיף 29 לחוק הבוררות בשל קיומה של אפשרות להמציאה בשטח המדינה ראו 1721/09 **הרפובליקה של בולגריה נ' זאבי אחזקות בע"מ** (נבו 10.6.2009) שניתן לפני פסק הדין בעניין **פלקס**.

אמנם עומדות בפני בעל הדין הזוכה אפשרויות נוספות להביא לאכיפת פסק הבוררות בישראל. אולם, כפי שאראה להלן, אף אחת הן לא נראית מספקת.

האפשרות הראשונה היא הגשת תביעה בישראל על יסוד פסק הבוררות הזר בהתאם לאמור בסעיף 39 לחוק הבוררות.¹⁵ דעת הרוב בעניין **פלקס** קבעה כי הזיקה הקבועה בתקנה 4500(4) לתקנות הקודמות שעניינה אכיפת חוזה שנעשה בתחום המדינה, שנעשה בידי מורשה העוסק או מתגורר בתחום המדינה או באמצעותו, או שחלים עליו דיני מדינת ישראל, אינה מאפשרת קבלת היתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק הבוררות-חוץ משום שעניינה של תקנה 4500(4) לתקנות הקודמות הוא בעילה חוזית בעוד בקשה לאישור פסק הבוררות מבוססת על חוק הבוררות.¹⁶ עם זאת, נראה כי לא הייתה קיימת מניעה על-פי דעת הרוב בעניין **פלקס** לבסס היתר המצאה אל מחוץ לתחום על-פי תקנה 4500(4) לתקנות הקודמות (ובנוסחה המעודכן כיום בתקנה 4166(4) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות) לצורך הגשת תביעה על יסוד פסק הבוררות בשים לב לכך שתביעה מסוג זה נתפסת כתביעה לאכיפת הסכם הבוררות עצמו העומד ביסוד פסק הבוררות.¹⁷ אולם, פרט לכך שנראה כי מדובר בהליך ארוך ויקר (ומכאן גם שכיח פחות),¹⁸ ככל שמבוקש להביא לאכיפתו של פסק הבוררות-חוץ עליו חלות הוראות אמנה, ובפרט אמנת ניו-יורק שהוראותיה ידונו להלן, נראה כי הפניית בעל הדין הזוכה להגשת תביעה על יסוד הפסק במידה רבה עושה פלסטר את הוראות האמנות הנ"ל ותכלית התיקון לחוק הבוררות שנעשה כדי לאפשר את יישום הוראותיהן (כמוסבר להלן). מכאן, שאפשרות זו אינה נראית מספקת.

אפשרות נוספת המוזכרת גם על-ידי שופטי הרוב בעניין **פלקס**, היא להביא לאישור פסק הבוררות במדינה זרה ולאחר מכן לאוכפו בישראל כפסק דין זר.¹⁹ אלא שגם אפשרות זו, המטילה על בעל הדין הזוכה עלויות משמעותיות של התדיינות במדינה זרה (פעם נוספת), אינה נראית מספקת. אמנם נראה כי הקושי להתדיין בארץ זרה איבד במידת מה מחשיבתו לאחר פסק הדין בעניין **הגבס**,²⁰ אלא שבענייננו אין מדובר רק בהתדיינות במדינה זרה אלא בהתדיינות נוספת, לאחר שהחברה הישראלית כבר ניהלה הליך בוררות במדינה זרה וטענותיה נמצאו מוצדקות, וכשזו אף תידרש לנהל התדיינות שלישית לאכיפת פסק הבוררות הזר בישראל – הפעם כפסק דין זר לאחר שאושר במדינה הזרה. ודוק,

¹⁵ להרחבה בנוגע להגשת תביעה על יסוד פסק הבוררות ראו סמדר אוטולנגי **בוררות - דין ונוהל** כרך ב 949-958 (2005) (להלן: אוטולנגי).

¹⁶ עניין **פלקס**, לעיל ה"ש 4, פס' 20 לפסק הדין של השופט דנציגר ופס' 2 לפסק הדין של השופט שהם.

¹⁷ אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 949; ע"א 427/89 **מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מרחב**, פ"ד מו(4) 86, 87 (1989) (להלן: עניין **מקור**). כך גם סבור זוסמן בספרו **סדרי הדין הדין האזרחי** 245 (מהדורה שביעית, שלמה לוי עורך 1995). זוסמן מציין כי "בתביעה על פי פסק בורר שניתן בחוץ לארץ, המצאה אל מחוץ לתחום המדינה מותרת גם לי תקנה 4500(4) והוא כשטר הבוררות נחתם בארץ, כי זהו החוזה שהתביעה מכוונת לבצעו".

¹⁸ עניין **מקור**, לעיל ה"ש 17, שם.

¹⁹ עניין **פלקס**, לעיל ה"ש 4, פס' 29 לפסק הדין של השופט דנציגר ופס' 3 לפסק הדין של השופט שהם.

²⁰ רע"א 2705/97 **הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer**, פ"ד נב(1) 109 (1998) (להלן: עניין **הגבס**). בעניין **הגבס** נדונה המצאה אל מחוץ לתחום לצורך דיון בתביעה נזיקית שהגישה רוכשת של מכונה ליצור פרופילים ממתכת כנגד יצרנית המכונה ממדינת אילינוי בארה"ב, לאחר שהמכונה שסופקה על-ידי היצרנית נמצאה תקולה. פסק דינו של בית המשפט העליון התמקד בסוגיית הפורום הנאות לדון בתביעה. בית המשפט העליון (כבוד השופט ת' אור) הפך את הכרעת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (שקבע שישראל אינה הפורום הנאות לדון בתביעה) וקבע כי המשיבה (יצרנית המכונה) לא עמדה בנטל המוטל עליה לשכנע את בית המשפט כי בית המשפט של אילינוי הוא הפורום הנאות לדון בתביעה וקבע כי בית המשפט הישראלי הוא הפורום הנאות (שם, בעמ' 115). לעניין הקושי להתדיין בארץ זרה המוזכר לעיל ציין כבוד השופט אור את הדברים הבאים (שם, בעמ' 114): "להנחה זו, שעל-פיה בדרך כלל ייטה בית המשפט לדחות טענת פורום לא נאות, ישנו רציונל נוסף. רציונל זה מבוסס על ההתפתחויות שחלו בתקשורת ובדרכי התנועה המודרניים. בעבר, קשיים שנגרמו לנתבעים, אשר נדרשו להתדיין בפורום זר, היו רבים ואמיתיים. אלה נבעו הן מקשיי הקומוניקציה והן מעלותם הרבה. בימינו, בעידן מטוסי הסילון, הטלפון הסלולרי, הפקסימיליה, והאינטרנט, איבדו קשיים אלה חלק ניכר מעוצמתם. העולם כולו הופך ל"כפר אחד גדול", שבו למרחקים שבין מקום אחד למשהו אין עוד אותה משמעות מכבידה כבעבר. לפיכך, אין להפריז במשקל שניתן לקשייו של נתבע לבוא עם עדין לארץ אחרת, ומכאן גם מתבקש שהנטייה להיענות לטענת פורום לא נאות תלך ותקטן". לביקורת בנוגע לפסיקת בית המשפט העליון בעניין **הגבס** ראו סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** כרך א 419-420 (2013) (להלן: פסברג) וכן מיכאיל קרייני "שיקולי הפורום הנאות – מסעם אל תוך האלף השני ומעבר לו: ההוריים ומחשבות בעקבות פסק דין הגבס א' סיני (1989) בע"מ נ' The Lockformer Co.", **מחקרי משפט** יט 67 (תשס"ב).

קביעתו של השופט אור בעניין הגבס התייחסה לקושי העומד בפני נתבע להתדיין במדינה זרה בעוד שבענייניו מדובר בתובע שכבר נמצא שהדין עמו, כשפורום ההתדיינות לא נבחר בשל שיקולי נוחות שלו בלבד אלא גם בשל המקום בו החייב על-פי פסק הבוררות בחר למקום את נכסיו מהם מבקש הזוכה להיפגע. נראה אפוא כי יש טעם להעדיף במקרה זה דווקא את עניינו של התובע על-פני עניינו של הנתבע שממאן לפרוע את החוב בפסק הבוררות בו חויב. יתר על כן, נראה כי גם אפשרות זו אינה מתיישבת עם תכליתן של האמנות שישראל צד להן ויישום הוראותיהן כפי שנקבע בהוראות חוק הבוררות (כפי שנתאר להלן). מכאן כאמור, שגם אפשרות זו אינה נראית רצויה.

ג. לאחר פסק הדין בעניין פלקס, ועם כניסתו לתוקף של תקנות סדר הדין האזרחי - הצעה לבחינה ביקורתית

ג.1. "לשון התקנה אינו מאפשר לראות במונח "אכיפה" ככולל "אישור", בין אם מדובר בבקשה לאישור פסק בוררות-חוץ ובין אם בבקשה לאישור פסק בוררות ישראלי"²¹ – האמנם?

ראינו שעיקר ההנמקה בעניין פלקס המביאה לתוצאה הבלתי רצויה המתוארת לעיל נשענת על פרשנות של תקנה 500(8) לתקנות הקודמות, והלכה למעשה, על העובדה כי לשון התקנה נוקטת במונח אכיפה ולא אישור.²² אולם, כפי שאבקש לטעון להלן, עמדה זו של דעת הרוב אינה מחויבת המציאות. אכיפת פסק בוררות-חוץ על-פי חוק הבוררות נעשית באמצעות אישורו לפי החוק ומכאן, לעמדתנו, שעילת ההמצאה אל מחוץ לתחום הקבועה בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין (ובמתכונתה הקודמת בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות), המאפשרת המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אכיפת פסק בוררות חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות, יכולה להכיל גם הליך לאישור פסק בוררות חוץ על-פי חוק הבוררות. עמדה זו מחייבת תחילה דיון במהותו של הליך לאישור פסק בוררות על-פי חוק הבוררות, הן ביחס לפסקי בוררות ככלל והן ביחס לפסקי בוררות-חוץ בפרט.

ג.1.א. אישור פסק בוררות לפי חוק הבוררות

הליך לאישורו של פסק בוררות על-פי חוק הבוררות משווה את מעמדו של פסק הבוררות לזה של פסק דין של בית משפט (פרט לערעור).²³ "פסק בוררות" הוגדר בסעיף 1 לחוק הבוררות כ"פסק שניתן על-ידי בורר, לרבות פסק ביניים". המחוקק לא צמצם את ההגדרה של "פסק בוררות" לפסק בוררות שניתן בישראל דווקא ומכאן שהגדרה זו כוללת הן פסקי בוררות שניתנו בישראל והן פסקי בוררות שניתנו מחוץ לישראל. לפיכך, ככלל, ובכפוף למתואר להלן ביחס לפסקי בוררות-חוץ לגביהם חלה אמנה שישראל צד לה, הוראות חוק הבוררות חלות הן ביחס לפסקי בוררות מקומיים והן ביחס לפסקי בוררות שניתנו מחוץ לישראל כאחד, לרבות לעניין אישורם.²⁴

עיון מדוקדק בהוראות חוק הבוררות מוביל למסקנה כי נפקותה של פעולת האישור, למצער בעיקרה, נוגע לאפשרות להביא לאכיפתו של פסק הבוררות כפסק דין של בית משפט. היבט אחר הנוגע להשוואת מעמדו של פסק הבוררות לזה של פסק דין של בית משפט – האפשרות להסתמך על כוחו הכובל כמעשה בית דין, אינו מחייב, ככלל, הליך של אישור פסק הבוררות. עניין זה נקבע מפורשות

²¹ עניין פלקס, לעיל ה"ש 4, פס' 2 לפסק הדין של השופט שהם.

²² לקשיי פרשנות נוספים שמעלה תקנה 500(8) לתקנות הקודמות ראו פסברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 390-391.

²³ ס' 23 לחוק הבוררות.

²⁴ ראו דיון בפרק ג.1.ב להלן; רע"א 4320/11 אי.איי.אם אחזקות בע"מ נ' Michael Wilson&partners פס' 29 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 15.2.2012) (להלן: עניין אי.איי.אם).

בסעיף 21 לחוק הבוררות לפיו בכפוף לסעיפים 24 עד 28 לחוק הבוררות, ובאין כוונה אחרת משתמעת מהסכם הבוררות, "מחייב פסק הבוררות את בעלי-הדין וחליפיהם כמעשה בית-דין".

מסקנה זו נלמדת גם מהשוואת נוסחו של סעיף 23(א) לחוק הבוררות לזה שהיה בהצעת חוק הבוררות.²⁵ על-פי הנוסח המוצע בהצעת החוק, "בית המשפט רשאי לאשר פסק בוררות, ומשאושר הפסק, דינו – לעניין אכיפה, מימוש בדרך של הליכי ביזיון בית המשפט, פשיטת רגל או פירוק – כדין פסק דין של בית המשפט שאישר אותו.²⁶ העובדה שלבסוף אומץ על-ידי המחוקק נוסח כללי יותר ביחס לסעיף זה בחוק הקובע כי דינו של פסק בוררות שאושר לכל דבר פרט לערעור כדין פסק דין של בית המשפט, אינה גורעת מהמסקנה המובאת לעיל לפיה הליך לאישור הפסק נועד, למצער בעיקרו, להביא לאכיפת פסק הבוררות.²⁷

מסקנה זו, לפיה הליך אישורו של פסק בוררות נועד, למצער בעיקרו, לאפשר את אכיפת פסק הבוררות כפסק דין של בית משפט, נלמדת גם מתוך השוואה למצב המשפטי באנגליה. לשיטת המשפט באנגליה מסורת בוררות ארוכת שנים ויסודותיה של הבוררות במשפט הישראלי נשאבו ממנה.²⁸ פקודת הבוררות המנדטורית שנחקקה בארץ בשנת 1926 הייתה העתק כמעט מדויק של חוק הבוררות האנגלי משנת 1889.²⁹ בכל הנוגע לאכיפת פסק הבוררות, החוק האנגלי משנת 1889 קבע בסעיף 12 כך: "An award on submission may, by leave of the court or a judge, be enforced in the same manner as a judgement or order to the same effect. נוסח סעיף זה אומץ לתוך פקודת הבוררות המנדטורית משנת 1926 בנוסח שנקבע בסעיף 14 כדקלמן: "ברשות בית המשפט אפשר להטיל פסק דין באותו האופן שמטילים (מוציאים לפועל) פסק דין או צו מאת בית המשפט באותו עניין.

בחלוף השנים נעשו מספר תיקוני חקיקה בדין האנגלי. כך, חוק הבוררות האנגלי משנת 1889 הוחלף בחוק בוררות חדש בשנת 1934 והוחלף שוב בשנת 1950.³⁰ כמו כן, בשנת 1975 נחקק חוק בוררות קצר שענין בדין האנגלי את הוראותיה של אמנת ניו-יורק.³¹ לבסוף, בשנת 1996 נחקק חוק בוררות חדש שבתוקף גם היום.³² גם המחוקק הישראלי לא קפא על שמריו כשבשנת 1968 נחקק חוק הבוררות שמטרתו המוצהרת הייתה ליתן מענה למגרעות שבפקודת הבוררות המנדטורית משנת 1926.³³

כיום, ההליך המקביל באנגליה להליך האישור הקבוע בחוק הבוררות, המקנה לפסק הבוררות מעמד של פסק דין של בית משפט, מוגדר בסעיף 66 לחוק הבוררות האנגלי משנת 1996 כהליך לאכיפת פסק

²⁵ הצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, ה"ח 64 (להלן: "הצעת חוק הבוררות").

²⁶ שם, סעיף 25(א) להצעת חוק הבוררות. והשוו נוסח הסעיף בסעיף 23(א) לחוק הבוררות: "בית המשפט רשאי, על-פי בקשת בעל-דין, לאשר פסק בוררות; אושר הפסק – דינו לכל דבר, פרט לערעור, כדין פסק-דין של בית המשפט".

²⁷ ראו בהקשר זה גם דברי יו"ר ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת, חה"כ משה אונא, ביחס לסעיף 23 להצעת חוק הבוררות בדיון במליאת הכנסת בו הובאה הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית (ד"כ 1968.7.30, 2962 – 2963) כדלקמן: "פסק בוררות מחייב את הצדדים גם ללא אישור בית-המשפט. כאשר הפסק דוחה את התביעה, אין בכלל צורך לאשרו. אם הצד הזוכה בבוררות מעוניין להפעיל את רשויות המדינה כדי לבצע את הפסק, כגון ביצועו באמצעות לשכת ההוצאה לפועל, עליו לקבל אישור לפי סעיף 23 להלן" (עמ' 2962). בהמשך מוסיף ומציין יו"ר הוועדה ביחס לסעיף 23 להצעת החוק כך: "הוועדה ניסחה את הסעיף באופן כללי, היינו אישור הפסק, דינו לכל דבר, פרט לערעור, כדין פסק דין של בית-המשפט – מבלי לפרט את הדברים באופן קזואיסטי, כגון אכיפה, מימוש בדרך של הליכי בזיון בית-המשפט וכדומה" (עמ' 2963).

²⁸ דפנה קפליוק בוררות ושפיטה - על מקום הבוררות במערכת המשפט 6 (2008).

²⁹ הצעת חוק הבוררות, לעיל ה"ש 25, בעמ' 70;

³⁰ Arbitration Act 1950, c. 27. אכיפת פסק בוררות באישור בית המשפט הוסדר בסעיף 26 לחוק הבוררות האנגלי משנת 1950.

³¹ Arbitration Act 1975, c. 3.

³² Arbitration Act 1996, c. 23 (להלן: חוק הבוררות האנגלי). בנוגע להתפתחות הדין הישראלי לעומת הדין האנגלי ראו אצל אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 5-7; לסקירה היסטורית בנוגע להתפתחות דיני הבוררות האנגליים בראי התערבות שיפוטית של בתי המשפט באנגליה בהליכי בוררות ראו אצל קפליוק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 121-153.

³³ הצעת חוק הבוררות, לעיל ה"ש 25, בעמ' 70-71.

הבוררות (Enforcement of the award). כמתואר לעיל, המונח "אכיפה" ביחס לפסק בוררות נזכר עוד בחוק האנגלי משנת 1889 (enforced) ותורגם לתוך הפקודה המנדטורית בארץ משנת 1926 על-ידי שימוש בביטוי "להוציא אל הפועל" המבטא את פעולת אכיפה. עם חקיקת חוק הבוררות משנת 1968 ביטוי זה הומר למונח "אישור" תוך שהובהר בהצעת החוק שהכוונה היא לפעולת אכיפה.³⁴ כמו כן, בדומה לחוק הישראלי, גם החוק האנגלי מכיר בכוחו הכובל של פסק הבוררות אף בלא קבלת אישור מקדמי לכך מבית המשפט באנגליה.³⁵

בהתאם לכך, כלל 3.1(10) ל-6B Practice direction ב-CPR³⁶ שנכנסו לתוקפם בשנת 1999, מאפשר לבית המשפט באנגליה להתיר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אכיפת (To enforce) פסק בוררות.³⁷ מכאן שגם הדין האנגלי רואה בפעולה המקבילה להליך האישור הקבוע בדין הישראלי, כהליך לאכיפת פסק הבוררות המקנה לו מעמד המאפשר את הוצאתו אל הפועל כפסק דין של בית משפט. בשים לב לכך שעילת ההמצאה אל מחוץ לתחום הקבועה בכלל 3.1(10) ל-6B Practice direction מאפשרת גם כן היתר להמצאה אל מחוץ לתחום לצורך אכיפת פסק בוררות, הרי שהקושי העולה מדעת הרוב בעניין **פלקס** לבסס עילת המצאה אל מחוץ לתחום לצורך הליך האכיפה, אינו מתעורר בדין האנגלי.

לעומת זאת, חוק הבוררות בישראל נוקט כאמור בביטוי "אישור". הבדל זה לכאורה בין המונח "אישור" לבין המונח "אכיפה" שבתקנות סדר הדין הקודמות הוא שהוביל לעמדת שופטי הרוב בעניין **פלקס** ולתוצאה הקשה שבעקבותיה. ברם, השוואה לדין האנגלי, וכן להצעת החוק, מצביעה על כך לטעמי כי באמצעות פעולת האישור שעוגנה בחוק הבוררות, ביקש המחוקק לאפשר את אכיפת פסק הבוררות כפי שצוין במפורש בהצעת החוק וכפי שאומץ במקור מהדין האנגלי ונשתמר לאורך השנים בדין האנגלי. מסקנה זו נלמדת אף מהוראותיו של חוק הבוררות עצמו. על-פי חוק הבוררות כאמור, פסק בוררות מוכר כשלעצמו, ככלל, כמעשה בית דין הכובל את הצדדים לו וחליפיהם ואף בלא צורך בהליך לאישור פסק הבוררות. מכאן, שהליך האישור נועד להקנות לפסק הבוררות מימד נוסף, שאינו מוקנה לו מעצם קיומו - היכולת להביא לאכיפתו כפסק דין של בית משפט ולהוציאו אל הפועל.

ג.1.ב. אישור "פסק בוררות-חוץ" לפי חוק הבוררות

על-פי סעיף 1 לחוק הבוררות פסק בוררות-חוץ הוא פסק בוררות שניתן מחוץ לישראל. הגדרה זו נוספה לחוק הבוררות במסגרת תיקון מס' 1 לחוק הבוררות משנת 1974³⁸ שתכליתו נועדה להסדיר בחקיקה את קליטתן של אמנות בינלאומיות בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות-חוץ, ובמיוחד אמנת ניו-יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות-חוץ (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958).³⁹ אמנת ניו-יורק שנערכה בשנת 1958 ואושרה בישראל בשנת 1959 היא האמנה המרכזית המשמשת לצורך הכרה ואכיפה של פסקי בוררות זרים

³⁴ סעיף 25(א) להצעת חוק הבוררות, לעיל ה"ש 25. ר' דיון בהקשר זה בעמ' 7 לעיל.

³⁵ חוק הבוררות האנגלי, לעיל ה"ש 32, בס' 58.

³⁶ The Civil Procedure Rules (להלן: CPR).

³⁷ הדין האנגלי מאפשר לבית המשפט באנגליה להתיר המצאה אל מחוץ לתחום בהתקיימה של אחת מבין העילות הקבועות בעיקר בכלל 3.1 ל-6B Practice direction ב-CPR המכונות "gateways". בנוסף על כך על מבקש היתר ההמצאה להצביע על עילה טובה לטיעון ("good arguable cause") ושהפורום האנגלי הוא הפורום הנאות לדון בתובענה (Seaconsar v. Bank Markazi Iran, [1994] 1 A.C. 438). תנאים אלו להיתר המצאה אל מחוץ לתחום נקלטו גם בישראל גם ביחס להמצאה אל מחוץ לתחום על-פי תקנה 500 לתקנות הקודמות (עניין **אשבורן**, לעיל ה"ש 8).

³⁸ חוק הבוררות (תיקון מס' 1), התשל"ד-1974, ס"ח 737 (להלן: "תיקון מס' 1").

³⁹ אמנת ניו-יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי חוץ, כ"א 10, 15 (נפתחה לחתימה ב-1958) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1959) (להלן: אמנת ניו-יורק), ור' דברי ההסבר להצעת חוק הבוררות (תיקון), התשל"ג-1972, 58 (להלן: הצעת החוק לתיקון מס' 1).

ונועדה לחזק את מעמדם של פסקי הבוררות עליהם היא חלה, על-ידי התוויית כללים אחידים ומקלים להכרה בהם ואכיפתם.⁴⁰

הוראותיה של אמנת ניו-יורק אינן מגדירות בבירור מהי "אכיפה" או "הכרה" בפסקי בוררות עליהם חלות הוראותיה.⁴¹ עם זאת, בסעיף 3 לאמנת ניו-יורק נקבע שכל מדינה המתקשרת באמנה תכיר בפסקי בוררות (כהגדרתם בסעיף 1 לאמנה) כמחייבים (Binding). מכאן נלמד, שאמנת ניו-יורק רואה ב"הכרה" בפסק בוררות כמושג המשקף את כוחו הכובל של פסק הבוררות והיותו מחייב את הצדדים לו. אמנת ניו-יורק מוסיפה וקובעת בסעיף 3 שכל מדינה המתקשרת באמנה תאכוף פסקי בוררות (כהגדרתם בסעיף 1 לאמנה) בהתאם לכללי הפרוצדורה של המדינה בה האכיפה מתבקשת ובכפוף להוראות האמנה עצמה. עוד נקבע, כי לא יקבעו תנאים מחמירים יותר, אגרות או היטלים, על הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות עליהם חלה האמנה, מאשר אלו החלים על הכרה ואכיפה של פסקי בוררות מקומיים. אמנת ניו-יורק אף קובעת הוראות ביחס להגשת בקשה להכרה ואכיפה של פסק בוררות שלגביהם חלות הוראות האמנה (סעיף 4) ואת העילות על בסיסן ניתן לסרב להכיר ולאכוף פסקי בוררות עליהם חלות הוראות האמנה (סעיף 5).

במסגרת תיקון מס' 1 לחוק הבוררות נחקק גם סעיף 29א לחוק הבוררות, הקובע כי "בקשה לאישור או לביטול פסק בוררות-חוץ שחלה עליו אמנה בינלאומית שישראל צד לה והאמנה קובעת הוראות בעניין הנדון, תוגש ותידון בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן." סעיף 29א נועד אפוא לשמש כ"צינור" לקליטת הוראות האמנות שישראל חתומה עליהן בהקשר של פסקי בוררות-חוץ, לתוך הוראות חוק הבוררות ובפרט את אלו של אמנת ניו-יורק.⁴² ברם, תיקון מס' 1 לחוק הבוררות לא התכוון לגרוע מהמצב המשפטי החל, על-פי הוראות חוק הבוררות, על כלל פסקי הבוררות ובכלל זאת פסקי בוררות שניתנו מחוץ לישראל (שלאחר תיקון מס' 1 מוגדרים כ"פסק בוררות-חוץ"), אלא נועד ליצור דין ספציפי ביחס לפסקי בוררות-חוץ לגביהם חלות הוראותיה של אמנה שישראל צד לה לפי סעיף 29א. מסקנה זו נובעת מהוראתו של סעיף 39א לחוק הבוררות, שנוסף אף הוא במסגרת תיקון מס' 1 וכותרתו, הדוברת בעד עצמה - "שמירת דינים". על-פי סעיף 39א לחוק הבוררות "אין בהוראות חוק זה כדי למנוע עיכוב ההליכים בבית המשפט, אישור או ביטול של פסק בוררות או הליך אחר לפי חוק זה, אף אם חלות על הבוררות דין חוץ, או שפסק הבוררות הוא פסק בוררות-חוץ, שלא חלה עליה אמנה כאמור בסעיף 6 או 29א או שאין באמנה הוראות בעניין הנדון." חרף ניסוחו המפותל, וכעולה אף מהצעת החוק, סעיף 39א נועד להבהיר כי המצב המשפטי שקדם לתיקון מס' 1, ובפרט ביחס לאישור פסקי בוררות, נותר כפי שהיה כל עוד לא חלות ביחס לפסק הבוררות המדובר הוראותיה של אמנה שישראל צד לה (כדוגמת אמנת ניו-יורק), או אז יגברו הוראות האמנה לפי סעיף 29א לחוק הבוררות.

המצב המשפטי לאחר תיקון מס' 1 לחוק הבוררות הוא אפוא כדלקמן: ככל שאמנה בינלאומית שישראל צד לה קובעת הוראות ספציפיות ביחס לאישור או ביטול של פסק בוררות שניתן מחוץ

⁴⁰ להרחבה בנוגע לאמנת ניו-יורק ושילוב הוראותיה במסגרת חוק הבוררות ראו עניין **אי.איי.אם**, לעיל ה"ש 24, פס' 29-18 לפסק הדין של השופט דנציגר; אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 938-941.

⁴¹ סעיף 1 לאמנת ניו-יורק מגדיר שהוראות האמנה יחולו לגבי הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות שניתנו שלא בשטחה של המדינה שבה מבוקשים הכרתם ואכיפתם, ושמוקדם בסכסוכים בין בני-אדם, פסיים או ישויות משפטיות. כמו כן, הוראות האמנה יחולו על פסקי בוררות שאינם נחשבים כפסקי-פנים במדינה שבה מבוקשת הכרתם ואכיפתם.

⁴² אמנות נוספות בתחום זה היא אמנת ג'נבה בדבר הוצאה לפועל של פסקי בוררות-חוץ, כ"א 4, 73 (נפתחה לחתימה ב-1923) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1952) (להלן: אמנת ג'נבה) ואמנה בדבר יישוב סכסוכים בענייני השקעות בין מדינות ובין אזרחיהן של מדינות אחרות, כ"א 27, 623 (נפתחה לחתימה ב-1965) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1983) (להלן: אמנת וושינגטון).

לישראל (שלאחר תיקון מס' 1 הוגדר כ"פסק בוררות-חוץ"), יחולו לגבי הליכים אלו הוראותיה הספציפיות של האמנה הרלוונטית. בכל יתר המקרים, כבעניין הנוגע לפסק בוררות-חוץ שלא נקבעו לגבי הוראות ספציפיות באמנה בינלאומית שישראל צד לה, יוסיפו לחול הוראות החוק.⁴³ במילים אחרות, ככל שאין בעניין הנדון הוראות ספציפיות של אמנה בינלאומית שישראל צד לה, הוראות חוק הבוררות שחלו עובר לתיקון מס' 1 לחוק הבוררות גם על פסק בוררות שניתן מחוץ לישראל (שלימים הוגדר כאמור כ"פסק בוררות-חוץ") יוסיפו לחול גם לאחר תיקון מס' 1 לחוק הבוררות.

ראינו לעיל שככל שאין בעניין הנדון הוראות ספציפיות של אמנה בינלאומית שישראל צד לה, כוח הכובל של פסק הבוררות כמעשה בית דין נובע במישרין מהוראות החוק ("המימד ההכרתי") בעוד הליך האישור נועד להוסיף לפסק הבוררות מעמד של פסק דין של בית המשפט שהוא בר-אכיפה ("המימד האכיפתי"). בחינת המצב הנורמטיבי בנוגע לאישור של פסק בוררות-חוץ לגבי חלות הוראותיה של אמנה בינלאומית שישראל צד לה לפי סעיף 29א מובילה למסקנה דומה.

כך, עיון בהוראותיה של אמנת ניו-יורק מלמד שהוראותיהן מתייחסות במיוחד להכרה ואכיפה (Recognition and Enforcement) בפסקי בוררות שלגביהם הן חלות.⁴⁴ העילות הקבועות בסעיף 5 לאמנת ניו יורק המאפשרות לסרב להכיר ולאכוף פסק בוררות לגבי חלות הוראות האמנה אינן מבחינות בין סירוב להכיר בפסק בוררות לבין סירוב לאכוף את פסק בוררות. המצב דומה אף בהוראותיהן הרלוונטיות של אמנות נוספות.⁴⁵

במסגרת תיקון מס' 1 לחוק הבוררות המתואר לעיל, ביכר המחוקק לייבא את ההכרה והאכיפה בפסקי בוררות חוץ עליהם חלה אמנה בינלאומית שישראל צד לה, באמצעות פעולת האישור שכבר הייתה קיימת בחוק הבוררות ביחס לפסקי בוררות (מקומיים וזרים כאחד). יוצא אפוא, שגם על-פי סעיף 29א, הליך האישור, המתייחס לפסק בוררות-חוץ שחלות לגבי הוראותיה של אמנה בינלאומית שישראל צד לה, אף הוא מקנה לפסק הבוררות את מימד האכיפה. לשון אחרת, על אף שהוראת סעיף 29א אינה נוקטת בלשון של אכיפה או הכרה, באמצעות השימוש במונח "אישור" ביקש המחוקק לאפשר לבעלי הדין להביא לאכיפת פסקי בוררות-חוץ לגביהם חלות הוראות אמנה שישראל צד לה (והכרה בהם). העובדה כי פעולת "האישור" לפי סעיף 29א לחוק מכילה בתוכה גם הכרה (Recognition) בפסק בוררות החוץ לגבי חלות הוראות אמנה שישראל צד לה, אינה גורעת ממסקנה זו. העיקר הוא שהליך לאישור פסק בוררות לפי סעיף 29א לחוק הבוררות מקנה לפסק בוררות החוץ את המימד האכיפתי.

ג.1.ג. בחזרה לדעת הרוב בעניין פלקס – הצעה לקריאה ביקורתית

ראינו לעיל שהליך לאישור פסק בוררות-חוץ, בין אם נקבעו לגבי הוראות פרטניות באמנה בינלאומית שישראל צד לה ובין אם לאו מקנה לפסק בוררות החוץ מימד אכיף המאפשר לממשו ולהוציאו אל הפועל כפסק דין של בית משפט. מכאן שמסקנה לפיה עילת ההמצאה אל מחוץ לתחום הקבועה בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי, וקודם לכן בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות ושעניינה

⁴³ רע"א 3051/11 פדל נ' אגבריה, פס' 7 (נבו 16.6.2011); עניין אי.איי.אם, לעיל ה"ש 24, שם.

⁴⁴ סעיפים 1 ו-3 לאמנת ניו-יורק.

⁴⁵ אמנת ג'נבה, שתוקפה בוטל ביחס למדינות החברות באמנת ניו-יורק (סעיף 27) לאמנת ניו יורק) אמנם מכירה עקרונית באפשרות לבקש הכרה בלבד של פסק בוררות לגבי חלות הוראות האמנה אולם אינה קובעת תנאים נפרדים להכרה ואכיפת פסק בוררות (ר' ס' 1-4 לאמנת ג'נבה). המצב דומה גם ביחס לאמנת וושינגטון שממילא עניינה בתחום ספציפי של יישוב סכסוכים בענייני השקעות בין מדינות ובין אזרחיהן של מדינות אחרות (ראו סעיפים 51-54 לאמנת וושינגטון).

אכיפת פסק בוררות-חוץ, יכולה לאפשר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך הליך לאישור פסק בוררות חוץ, אינה צריכה, לעורר כל קושי מיוחד.

אלא שכאמור דעת הרוב בעניין **פלקס סברה** אחרת. דעת הרוב בעניין **פלקס סברה**, בניגוד לטיעון המוצג לעיל, שהבחנה בין אישור לבין אכיפה היא הבחנה מהותית, אם כי שופטי הרוב נמנעו מלצקת תוכן ממשי לאמירה זו ולספק הסבר לשאלה מהו הליך לאכיפת פסק בוררות-חוץ שלצורכו נדרש היתר המצאה אל מחוץ לתחום, שאינו הליך לאישור.

מבין שופטי הרוב בעניין **פלקס**, מעוררת ספקות באופן מיוחד היא עמדתו של כבוד השופט דנציגר, בשים לב לעמדה הפוכה שהביע בפסק דין בעניין בעניין **אי.איי.אם**, שניתן כמה שנים קודם פסק הדין בעניין **פלקס**.⁴⁶ בעניין **אי.איי.אם** כבוד השופט דנציגר קבע כי המונח "אישור" שבסעיף 29 לחוק הבוררות כולל בתוכו הן הכרה של פסק בוררות-חוץ והן אכיפה שלו כשלעמדתו אישור ואכיפה הם הליכים דומים מבחינה מהותית שהרי אישור של פסק בוררות "נועד על מנת לאפשר להוציא לפועל את פסק הבוררות, **קרי לאוכפו**" (ההדגשה אינה במקור).⁴⁷ כבוד השופט דנציגר אף ציין בעניין **אי.איי.אם** במפורש כי תקנה 500(8) לתקנות הקודמות מאפשרת קבלת היתר המצאה לצורך **אישור** פסק בוררות-חוץ⁴⁸ – בניגוד לעמדתו, כמה שנים מאוחר יותר, בעניין **פלקס**. עינינו הרואות כי גם לעמדתו (הקודמת) של כבוד השופט דנציגר, למצער כשמדובר בהליך אישור לפי סעיף 29 לחוק הבוררות, הליך האישור כולל בתוכו גם את אכיפת פסק הבוררות כשכבוד השופט דנציגר אף הנית, כמעט כמובן מאליו, כי תקנה 500(8) לתקנות הקודמות מאפשרת קבלת היתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ.⁴⁹

אפשר היה לחשוב כי דעת הרוב בעניין **פלקס** ראתה בעילת האכיפה הקבועה בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות כמתייחסת להליך הוצאתו אל הפועל של פסק הבוררות לאחר שזה כבר אושר, באמצעות מנגנוני האכיפה כגון לשכת ההוצאה לפועל ולא להליך המשפטי המקדים של אישור פסק הבוררות המקנה לפסק בוררות החוץ מעמד של פסק דין מקומי בר אכיפה. ברם, ככל שלכך כיוונה דעת הרוב בעניין **פלקס**, נראה כי דווקא להנחת יסוד זו קשה למצוא עיגון בלשון הוראת תקנה 500(8) לתקנות הקודמות. תקנה 500(8) לתקנות הקודמות מאפשרת לבית המשפט ליתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום אם מבקשים לאכוף פסק בוררות-חוץ **כמשמעו בחוק הבוררות**. כמוסבר לעיל, חוק הבוררות אינו מתייחס להליך האכיפה עצמו אלא רק להליך האישור שבסופו מקבל פסק בוררות החוץ מעמד של פסק דין מקומי בר אכיפה. העובדה שמחוקק המשנה הפנה במפורש לחוק הבוררות ביחס למושג "פסק בוררות-חוץ" בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות, תומכת בעמדה לפיה הוראת התקנה 500(8)

⁴⁶ עניין **אי.איי.אם**, לעיל הי"ש 24.

⁴⁷ שם, פסי' 38 ו-40 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁴⁸ שם, פסי' 43 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁴⁹ העובדה שהן תקנה 500(8) לתקנות הקודמות והן תקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות מפנות להגדרת "פסק בוררות-חוץ" שהוכנסה לחוק הבוררות במסגרת תיקון מס' 1 מזמינה את השאלה שמא התכוון מחוקק המשנה לייחד את עילת ההמצאה אך ורק לאכיפת פסקי בוררות-חוץ לגביהן חלות הוראות אמנה בינלאומית שישראל צד לה ולא ביחס לפסקי בוררות חוץ באשר הם. לטעמי טענה זו אינה משכנעת. תקנה 467(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963, ק"ת 1853 שעמדו בתוקפן עוד בטרם חקיקת חוק הבוררות, קבעו כי בית המשפט רשאי ליתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום אם מבקשים לאכוף פסק בוררות שניתן מחוץ לישראל. אילו בעת חקיקת התקנות הקודמות או במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי החדשות היה מבקש מחוקק המשנה לצמצם את עילת ההמצאה אך ורק לפסקי בוררות-חוץ לגביהן חלות הוראות אמנה, חזקה כי היה קובע זאת במפורש ולא מסתפק בהפנה כללית להגדרת "פסק בוררות-חוץ" שבחוק הבוררות. נראה שכך גם סבור זוסמן (ראו זוסמן, לעיל הי"ש 17, שם).

לתקנות הקודמות בהחלט כוונה לאפשר מתן המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות החוץ.

אילו כוונת מחוקק המשנה הייתה לאפשר מתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום רק ביחס לפסק בוררות-חוץ שכבר עבר הליך של אישור ומעמדו הוא כשל פסק דין מקומי לצורך הוצאתו אל הפועל,⁵⁰ הרי שאין כל רלוונטיות לכך שהיה מדובר קודם הליך האישור, בפסק בוררות-חוץ כמשמעותו בחוק הבוררות וממילא שלא היה כל צורך לציין זאת בלשון התקנה. יצוין כי גם חוק אכיפת פסקי-חוץ, תשי"ח-1958⁵¹ אליו הפנתה הוראת הרישא של תקנה 500(8) לתקנות הקודמות אף הוא אינו מתייחס להליך ההוצאה אל הפועל של הפסק הזר אלא להליך המקדים במסגרתו נקבע האם הפסק הזר ראוי להיאכף בישראל.

יתר על כן, גם אם מקבלים את הנמקת דעת הרוב בעניין **פלקס**, לפיה פרשנות המונח "אכיפה" אינו כולל גם את פעולת האישור הקודמת לה, קשה לראות איזה תוכן ממשי נותר היה בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות בשים לב לכך שלא קיים הליך לאכיפת פסק בוררות-חוץ שלא על דרך אישורו תחילה המצריך המצאה אל מחוץ לתחום. לעומת זאת כאמור, פסק בוררות-חוץ שכבר אושר תוך כינון סמכות בינלאומית שלא באמצעות המצאה אל מחוץ לתחום (כגון המצאה לחייב בגבולות המדינה) כבר אינו בגדר "פסק בוררות-חוץ לפי חוק הבוררות" אלא מדובר בפסק דין רגיל של בית משפט. אף אם פסק בוררות החוץ אושר במדינה זרה ומבוקש להוציאו אל הפועל בישראל, הרי שמעמדו הוא כבר כשל פסק חוץ שניתן לאוכפו מכוח הוראות חוק אכיפת פסקי-חוץ⁵² ולשם כך קיימת הוראת הרישא שבתקנה 500(8) לתקנות הקודמות. כך או כך, לא ברור איזה שימוש נותר בהוראת תקנה 500(8) סיפא לתקנות הקודמות בהינתן עמדת הרוב בעניין **פלקס**.

נוסף על כך, עמדת הרוב בעניין **פלקס** מצמצמת מאד את האפשרות להפעיל את הוראותיהן של האמנות הבינלאומיות השונות שישראל צד להן, ובפרט אמנת ניו-יורק, לפי סעיף 29 לחוק הבוררות ומגבילה אותה למקרים בהם אין צורך להיזקק להיתר המצאה אל מחוץ לתחום כמו במקרים בהם ניתן לבצע המצאה בגבולות המדינה. ספק אם לכך התכוון מחוקק המשנה.

לטעמי אפוא, פרשנות המונח "אכיפה" שבתקנה 500(8) לתקנות הקודמות ועתה קבוע בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות, יכולה לכלול גם המצאה אל מחוץ לתחום לצורך הליך לאישור פסק בוררות החוץ לפי חוק הבוררות. כפי שראינו לעיל, עמדה זו מתיישבת עם פרשנות המונח "אישור" בחוק הבוררות כפי שזו נלמדת מתכליתו של הליך האישור שבחוק, מהצעת חוק הבוררות, השוואה לדין האנגלי, ואף מעמדה קודמת יותר שהביע בית המשפט העליון מפי כבוד השופט דנציגר.

ממבט ראשון נראה לכאורה שעמדה זו, המוצגת לעיל, מצריכה פרשנות מרחיבה של המונח "אכיפה" הכלול בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות וקודם לכן בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות. אם כך, פרשנות שכזו עשויה להיות כרוכה ב"התנגשות סמכויות ופגיעה בנימוס הביין-

⁵⁰ ראו לעניין זה אוטולנגי, לעיל ה"ש 15, בעמ' 945-948.

⁵¹ חוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958, ס"ח 68 (להלן: "חוק אכיפת פסקי חוץ").

⁵² ראו אוטולנגי, לעיל ה"ש 50, שם.

לאומי" ושלא להתיישב עם הפרשנות הזהירה הנהוגה על-ידי בית המשפט העליון בנוגע להרחבת את תחום סמכותו של בית המשפט כלפי בעל דין זר.⁵³

כל זאת, בפרט בשים לב לכך שרצונו של בעל דין להקנות לפסק בוררות-חוץ מעמד בישראל נתפסת כזיקה חלשה ואף הימצאותם של נכסים בישראל מהם מבקש הזוכה להיפרע, אינה נחשבת, על-פי רוב, כזיקה מספקת.⁵⁴

עם זאת, עמדתי היא כי בנסיבות ענייננו, אין כך הדבר. הטעם לכך הוא שהטיעון המובא לעיל נעוץ בעיקרו בפרשנות הוראותיו של חוק הבוררות, והמושג "אישור" הכלול בו. תקנה 166(7) לתקנות החדשות, וכן תקנה 500(8) שקדמה לה, מפנה במפורש לחוק הבוררות בהגדרה ל"פסק בוררות-חוץ" ומכאן שמטרתה לקבוע עילת המצאה מחוץ לתחום על בסיס הוראות חוק הבוררות ושבאמצעותה ניתן יהיה להביא לאכיפת פסק בוררות החוץ על-פי הוראותיו, קרי לאשרו. ככל שמקבלים את הטיעון המוצג לעיל, לפיו המנוח "אישור" בחוק הבוררות שקול, או למצער כולל בתוכו, גם אכיפה במונח זה שאישורו של פסק הבוררות מקנה בידיו מעמד של פסק דין מקומי בר אכיפה, הרי שהיתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ אינו מצריך פרשנות מרחיבה למונח "אכיפה" שבתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות, אלא דווקא פרשנות להוראות חוק הבוררות. מכאן שאף אין כל חשש לסטייה ממגמת הפרשנות הזהירה הנהוגה על-ידי בית המשפט העליון או לפגיעה בנימוס הבין-לאומי. אדרבה, ככל שמבוקשת אכיפתו של פסק בוררות-חוץ עליו חלות הוראות אמנת ניו-יורק לפי סעיף 29א לחוק הבוררות, אזי שלעמדת בית המשפט העליון מתן האפשרות לצד הזוכה לאכוף את פסק הבוררות במדינה בה תהיה תועלת בהליך האכיפה, כדוגמת המדינה בה מצויים נכסים מהם יכול הזוכה להיפרע, דווקא מחזקת את מעמדו של פסק הבוררות ואת תכלית האמנה בכללותה ליצירת האחדה גלובלית של הכללים הנוגעים להכרה ואכיפה של פסקי בוררות-חוץ כשלעמדת בית המשפט העליון "הגבולות המדינתיים, כמו גם הדין המהותי המקומי, אינם רלבנטיים בהקשר זה."⁵⁵

העובדה שהפרשנות המוצעת לתקנה 166(7) אינה כרוכה בפגיעה בהתנגשות סמכויות ופגיעה בנימוס הבין-לאומי נובעת גם מכך שמלכתחילה פסק בוררות הוא תוצר של "מערכת נטולת ריבונות" ומשכך אינו צפוי לעורר קשיים ריבוניים. בשונה מפסק דין זר, ייחודו של פסק בוררות זר אינו זרותו אלא היותו פסק בוררות.⁵⁶ משום כך, לא זו בלבד שהיתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות על בסיס תקנה 166(7) לתקנות החדשות אינו מצריך פרשנות מרחיבה להוראות התקנה, אלא שלנוכח אופיו המתואר של פסק הבוררות, הדבר אינו מזמין פגיעה אפשרית בסמכויותיה של שיטה זרה ובנימוס הבין-לאומי.

2.ג. "הכרה" כעילה להיתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ – האמנם?

על אף הטיעון המוצג לעיל, דעת הרוב בעניין פלקס בעינה עומדת וזו כאמור יוצרת מציאות קשה ביחס לבעלי דין המבקשים להביא לאישור פסק בוררות-חוץ בישראל נגד בעלי דין זרים. ניתן אמנם להעלות תהיות לגבי היקף השתרשותו בפועל של פסק הדין בעניין פלקס והשפעתו על המצב המשפטי בישראל בפרט בשים לב לכך שבעבר בית המשפט העליון השמיע עמדה שונה.⁵⁷

⁵³ עניין פלקס, לעיל ה"ש 4, פסי' 14 לפסק הדין של השופט דנציגר והאסמכתאות שהובאו שם.

⁵⁴ פסברג, לעיל ה"ש 20, בעמ' 390–391.

⁵⁵ עניין אי.איי.אם, לעיל ה"ש 24, פסי' 41 לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁵⁶ סיליה וסרשטיין פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי - הדין והגיונו 157-158 (1996) (להלן: פסברג פסקים זרים);

ע"א 1650/10 גד כימיקלים בע"מ נ' BIP Chemicals Ltd, פסי' 23 (נבו) 27.12.2012.

⁵⁷ עניין אי.איי.אם, לעיל ה"ש 24, פסי' 38, 40 ו-43. וראו דין בעמ' 11 לעיל.

ברם, נראה שבתקופה שלאחר פסק הדין בעניין **פלקס**, וטרם כניסתו לתוקף של תקנות סדר הדין החדשות, אכן מסתמן שינוי מגמה ראשוני לאור פסק הדין בעניין **פלקס**. לדוגמה, במקרה שנדון על-ידי בית המשפט המחוזי מרכז לפני מספר חודשים,⁵⁸ קבע בית המשפט המחוזי (כבוד השופטת בלהה טולקובסקי) כי יש להורות על ביטול היתר המצאה מחוץ לתחום שניתן לצורך אישור פסק בוררות-חוץ שכן, על-פי קביעת בית המשפט המחוזי, הבקשה להמצאה אל מחוץ לתחום הוגשה באופן פסול ובניגוד להלכה שנפסקה בעניין **פלקס** שלדבריו "שוללת את האפשרות לעשות שימוש בתקנה 500(8) לתקנות לצורך המצאה אל מחוץ לתחום של בקשה לאישור פסק בוררות-חוץ".⁵⁹ גם שמעוני בספרו בדיני בוררות מתאר את הלכת **פלקס** כמצב המשפטי הנוהג.⁶⁰ יתר על כן, לא מן הנמנע שהלכת **פלקס** יוצרת מחסום דיוני אפריורי עבור בעלי דין שהיו מעוניינים להביא לאכיפת פסק בוררות-חוץ שבידם בישראל כלפי בעלי דין זר ואלו מוותרים על כך מראש בהכירים את הלכת **פלקס**. מכאן, שהשפעת הרוחב של הלכת **פלקס**, הגם שזו קיימת, אינה בהכרח משתקפת, למצער במלוא השפעתה, בבחינת הפסיקה שלאחר פסק הדין בעניין **פלקס**.

לנוכח האמור, נראה כי לא ניתן להמעית בהשפעתה של הלכת **פלקס**, בפרט בשים לב לכך שכפי שאראה להלן, גם התקנות החדשות אינן מביאות עמן בשורה בהקשר זה אלא נראה שככלל הן דווקא לא נתכוונו לחולל שינוי במצב המשפטי הכללי הקיים ביחס לעילות ההמצאה אל מחוץ לתחום.

בהינתן העובדה שכל חברי המותב בעניין **פלקס** היו תמימי דעים בנוגע להיותה של תוצאת עמדת הרוב בלתי רצויה,⁶¹ אפשר היה אולי לקוות כי בבוא מחוקק המשנה לערוך רפורמה מקיפה בהוראות תקנות סדר הדין האזרחי, תתוקן גם ההוראה המתייחסת להיתר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אכיפת פסק בוררות-חוץ. כך היה מובהר במפורש כי זו מאפשרת המצאה אל מחוץ לתחום גם לצורך אישור פסק בוררות-חוץ. אולם, עיון בהסדרים החדשים הנוגעים להמצאה אל מחוץ לתחום בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות אשר נכנסו לתוקפן בתחילת שנת 2021 מלמד כי קושי זה הנובע מדעת הרוב בעניין **פלקס** לא בא על פתרונו.

כך, תקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשרת המצאה אל מחוץ לתחום אם "מבוקש לאכוף פסק-חוץ, כהגדרתו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, או פסק בוררות-חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם" (ההדגשה אינה במקור). חלופת האכיפה שזכרת בנוסח התקנה החדש, והייתה קיימת גם בתקנה 500(8) לתקנות הקודמות, אינה מסייעת בפתרון הקושי נוכח הפרשנות שנקבעה על-ידי דעת הרוב בעניין **פלקס**. נותרנו אפוא עם חלופת ההכרה תוך שעולה השאלה האם באמצעות הוספת האפשרות לבצע המצאה אל מחוץ לתחום לצורך הכרה בפסק בוררות-חוץ במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי החדשות התכוון מחוקק המשנה להתגבר על הקושי שיצרה דעת הרוב בעניין **פלקס** ולאפשר המצאה אל מחוץ לתחום לצורך אישור פסק בוררות-חוץ?

יש להודות על האמת כי הליך משפטי להכרה בפסק בוררות-חוץ, כהליך עצמאי העומד בפני עצמו המצריך מתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום, אינו דבר שכיח. הכרה היא מושג מהמשפט הבין-לאומי

⁵⁸ הפ"ב (מחוזי-מרכז) 43587-12-19 Sichuan Hebang Biotechnology Co. LTD נ' תירוש (נבו) 13.12.2020. (להלן: עניין תירוש).

⁵⁹ שם, פס' 8.

⁶⁰ ישראל שמעוני דיני בוררות אופק חדש בבוררות כרך ב 719 (מהדורה שלישית מורחבת, 2019). יצוין כי שמעוני מתייחס להלכת **פלקס** כדין הנוהג מבלי להביע עמדה בנוגע אליה ומבלי להידרש לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות שנכנסו לתוקפן לאחר פרסום המהדורה של ספרו.

⁶¹ עניין **פלקס**, לעיל ה"ש 4, פס' 22 לפסק הדין של השופט דנציגר, פס' 6 לפסק הדין של השופט עמית ופס' 1 לפסק הדין של השופט שהם.

הפרטי שיועד לקליטתו של פסק זר שלא לשם אכיפתו ובדרך כלל לצורך שימוש בכוחו הכובל כמעשה בית-דין.⁶² אולם לצורך מטרה זו לא ברור מדוע יש לנקוט בהליך משפטי עצמאי.

כמוסבר לעיל, ככלל, כוחם הכובל של כלל פסקי הבוררות, ובכלל זאת פסקי בוררות-חוץ ושאינם כאלו, מוכר מכוח הוראות החוק בלא צורך בהליך משפטי כלשהו. החריג היחיד לעניין זה הוא מקרה בו מדובר בפסק בוררות-חוץ עליו חלות הוראות אמנה בינלאומית שישראל צד לה, כאמנת ניו-יורק, שאז תגברנה הוראות האמנה על-פי האמור בסעיף 29א לחוק הבוררות. אולם, כמתואר לעיל, אמנת ניו-יורק מתייחסת במאוחד להכרה ולאכיפה (Recognition and Enforcement) ואינה קובעת תנאים או עילות להכרה בפסק בוררות-חוץ השונים מאלו הנוגעים לאכיפתו. כל אימת שיימצא כי מתקיימת אחת העילות הקבועות בסעיף 5 לאמנת ניו-יורק, פסק הבוררות לא יוכר ואף לא יוכרז כאכיף.⁶³

הוראותיה של אמנת ניו-יורק אינן מכירות במצב בו פסק בוררות יהיה ראוי להכרה אולם אינו ראוי לאכיפה, כשם שאין, על-פי הוראות אמנת ניו-יורק, מצב דברים בו פסק בוררות יהיה ראוי לאכיפה אולם אין להכיר בו.⁶⁴ מצב דברים דומה מתקיים כאמור אף ביחס לאמנות נוספות.⁶⁵

מכאן, שגם כשמדובר בפסק בוררות-חוץ לגביו חל סעיף 29א, לא ברור מהו הליך להכרה בפסק בוררות-חוץ הנדרשת לגביו המצאה אל מחוץ לתחום שאינו כולל ממילא גם את אכיפתו. יתר על כן, בדומה לכלל פסקי הבוררות, גם פסקי בוררות עליהם חלות הוראותיה של אמנה שישראל צד לה (כאמנת ניו-יורק), אפשר שדי בעצם הסכמתם האפריורית של הצדדים ליישוב המחלוקת ביניהם בהליך הבוררות על-מנת שפסק הבוררות הניתן מכוח אותה הסכמה יכבול את הצדדים לו ויוכר כמעשה בית-דין אף מבלי שיהיה צורך בהליך משפטי מיוחד לשם כך.⁶⁶ אם כך הדבר, נראה שלא אמור

⁶² פסברג פסקים זרים, לעיל ה"ש 56, בעמ' 34.

⁶³ סעיף 5 לאמנת ניו-יורק מונה שורה של עילות שבהתקיימן בית המשפט רשאי לסרב להכיר ולאכוף פסק בוררות עליו חלות הוראות האמנה (העילות חלופיות): בעלי ההסכם הנוכח בסעיף 2 לאמנה היו, לפי החוק החל עליהם, נתונים לאיזו פסלות, או שההסכם האמור איננו בר-תוקף לפי החוק שבעלי הדין החילו אותו על ההסכם, או, באין הוראה על כך, לפי חוק הארץ שבה ניתן הפסק (ס' 15(a)); לבעל הדין שנגדו מעידים את הפסק לא ניתנה הודעה נאותה על מינוי הבורר או על סדרי הבוררות או שלא היה יכול מסיבה אחרת לטעון טענותיו (ס' 15(b)); שהפסק מתייחס לסכסוך שלא נתכוון לו שטר הבוררין או שלא נכלל בהוראותיו של שטר הבוררין או שהפסק מכיל החלטות בעניינים שמחוץ לתחומם של שטר הבוררין; ואולם אם החלטות בעניינים שנמסרו לבוררות ניתן להפרידן מאותן שניתנו בעניינים שלא נמסרו לבוררות, מותר להכיר ולאכוף אותו חלק של הפסק המכיל החלטות בעניינים שנמסרו לבוררות (ס' 15(c)); הרכבה של הרשות הבוררת או סדרי הבוררות לא היו בהתאם להסכם בין בעלי הדין או, בהעדר הסכם כזה, בהתאם לדיני הארץ שבה נתקיימה הבוררות (ס' 15(d)); הפסק טרם נעשה חובה בין בעלי הדין, או בוטל או הותלה על-ידי רשות מוסמכת של הארץ שבה, או שלפי דינה, ניתן הפסק (ס' 15(e)). כמו כן, על-פי סעיף 2)5 לאמנת ניו-יורק אפשר לסרב להכרתו ולאכיפתו של פסק בוררות אם הרשות המוסמכת בארץ שבה מבקשים הכרה ואכיפה מוצאת שנושא הסכסוך לא ניתן ליישוב בדרך בוררות לפי דינה של אותה ארץ או שהכרתו ואכיפתו של הפסק יהיו נוגדות את תקנת הציבור של אותה ארץ. תרגום סעיפי האמנה במאמר הוא בהתאם לתגרום המופיע אצל אוטולנגי (לעיל ה"ש 15, בעמ' 1281 – 1289). לעניין סעיף 5 לאמנת ניו-יורק ובפרט לפרשנות סעיף 15(e) ולביטוי "נעשה חובה" הכלול בו ככזה המתייחס לכך שפסק הבוררות לא ניתן עוד לערער במסגרת הליכי הבוררות, ראו רע"א 44/21 ב.איי. סיאנס (2009) בע"מ נ' לומינטי נטוורקס בע"מ, פס' 15-17 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 21.4.2021) (להלן: עניין ב.איי. סיאנס).

⁶⁴ המקרה היחיד בו תתכן נפקות לעניין ההבחנה בין הכרה לאכיפה על-פי הוראות אמנת ניו יורק מצוי בסעיף 6 לאמנה הקובע כי במקרה בו הוגשה בקשה לביטול או להתליית פסק הבוררות לרשות המוסמכת על-פי סעיף 1(e) לסעיף 5, אזי הרשות המתבקשת להסתמך על הפסק רשאית, אם ישר הדבר בעיניה, לדחות את ההחלטה בדבר אכיפת הפסק. לכאורה, על-פי לשון ההוראה, במצב דברים בו הוגשה בקשה לביטול הפסק או להתלייתו לרשות המוסמכת בארץ בה ניתן הפסק, בית המשפט רשאי לדחות את ההחלטה בדבר אכיפת פסק הבוררות, אך אינו רשאי לדחות את ההחלטה בדבר הכרתו. על-פניו משמעות הדבר היא שעד להכרעה בבקשה לביטול פסק הבוררות או להתלייתו על-ידי הרשות המוסמכת בארץ שבה או לפי דינה ניתן פסק הבוררות, וככל שלא מתקיימת עילה אחרת להימנע מהכרה ואכיפה בפסק הבוררות על-פי סעיף 5, על-בית המשפט להכיר בפסק בוררות החוץ שלגביו הבקשה תלויה ועומדת. יחד עם זאת, גם כאן נראה כי הפסיקה בישראל פירשה את האמור בסעיף זה כמתייחס הן לאכיפה והן להכרה (עניין ב.איי. סיאנס, לעיל ה"ש 24, פס' 38 לפסק הדין של השופט דנציגר).

⁶⁵ ראו האמור בה"ש 45 לעיל.

⁶⁶ פסברג פסקים זרים, לעיל ה"ש 56, בעמ' 66; ראו גם דבריו של כבוד השופט ד' מינץ בעניין ב.איי. סיאנס, לעיל ה"ש 63, פס' 14 כדלקמן: "פסק בוררות החוץ, בדומה לפסק בוררות "מקומי", מחייב את הצדדים כמעשה בית דין מעצם קיומו. הרציונל לכך הוא שפסק הבוררות שואב תוקפו מהסכמת הצדדים." תשומת לב הקורא מופנית לכך שבעניין ב.איי. סיאנס כבוד השופט מינץ מציינ, מבלי להתייחס לסוגיה שהתעוררה בפסק הדין בעניין פלקס, לפעולת אישור פסק

להיווצר כל קושי מצד בעל דין להעלות טענה למעשה בית דין כלפי בעל דין אחר בהתבסס על פסק בוררות-חוץ שבידיו שאותו בעל דין אחרון היה צד לו וזאת מעצם קיומו של פסק הבוררות ומבלי שנגקט הליך משפטי לצורך הכרה בו. גם עניין זה תומך בכך שהליך משפטי להכרה בלבד בפסק בוררות-חוץ (ללא דרישה לאכיפתו) המצריך המצאה אל מחוץ לתחום נראה על-פניו חסר תוכן ממשי.

לכאורה, אפשר היה לחשוב שדווקא משום שאפשרות ההמצאה אל מחוץ לתחום לצורך הכרה בפסק בוררות-חוץ, כעילה נפרדת, נראית מוגבלת כמתואר לעיל, ואף על-פי כן זו נוספה על-ידי מחוקק המשנה לתקנות החדשות, הרי שזו נועדה כדי להתגבר על הקושי שנוצר מדעת הרוב בעניין **פלקס**, ולאפשר לבית המשפט ליתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום גם לצורך אישור פסק בוררות-חוץ על דרך הוראת תקנה 166(7) סיפא. על-פי קונסטרוקציה משפטית זו, זיקת ההמצאה של הכרה תשמש לצורך ההליך המשפטי המקדים שנועד לאשר את פסק בוררות החוץ, ואילו זיקת האכיפה תשמש לאחר מכן בהליך מימוש פסק בוררות החוץ והוצאתו אל הפועל (לאחר שפסק בוררות החוץ כבר אושר).

פרשנות זו נראית מוקשית. ראשית, לנוכח העובדה שתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי מתייחסת במאוחד להכרה בפסק-חוץ ובפסק בוררות-חוץ,⁶⁷ קשה להלום פרשנות לפיה מחוקק המשנה התכוון באמצעות המונח "הכרה" לקבוע עילת המצאה אל מחוץ לתחום ביחס להליך משפטי שהוא ייחודי לפסקי בוררות (הליך לאישור פסק בוררות). שנית, הבחנה בין המשמעות הנורמטיבית של המושג "הכרה" לבין זו של הליך "האישור" על-פי חוק הבוררות אינה מאפשרת לראות ב"הכרה" ככוללת בתוכה גם את פעולת אישור פסק הבוררות. כמתואר לעיל, הכרה היא פעולה לקליטת הפסק הזר **שלא** לשם אכיפתו (לרוב לצורך הסתמכות על כוחו הכובל כמעשה בית דין) בעוד שאישור פסק בוררות הוא הליך משפטי שבסיומו מעמדו של פסק הבוררות הוא כשל פסק דין מקומי של בית המשפט שהוא בר-אכיפה. לכן, הכרה נבדלת מבחינה מהותית מהתוצאה אליה מכוון הליך האישור. הליך האישור מקנה לפסק הבוררות מעמד של פסק דין אכיף שניתן לממשו כפסק דין של בית משפט ולהוציאו אל הפועל. הכרה בפסק בוררות, כשלעצמה, אינה מקנה לפסק הבוררות מעמד שכזה בשים לב לתוכנו של מושג "ההכרה" במשפט הבין-לאומי הפרטי, ולנוכח הוראות חוק הבוררות והאמנות השונות כמתואר לעיל. "הכרה" אינה מתאימה אם כך לתיאור פעולת האישור הקבועה בחוק הבוררות.

נראה אפוא כי בהוספת "הכרה" כעילה להמצאה אל מחוץ לתחום בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות, ביקש מחוקק המשנה להתאים את לשון התקנה להוראותיהן של האמנות השונות, ובפרט אמנת ניו-יורק, המתייחסות הן להכרה בפסק בוררות-חוץ והן לאכיפתו, אולם מבלי ליתן את הדעת לכך שהליך ל"הכרה" בפסק בוררות-חוץ, כהליך עצמאי הנבדל מהליך האכיפה, נראה על-פניו כחסר תוכן ממשי. דברי ההסבר הנלווים לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות אינם מספקים תשובה ישירה לשאלה זו ואלו אף מניחים כי תקנה 166 בכללותה שימרה את המצב המשפטי הקיים מבלי להתייחס לעובדה כי במסגרת תקנה 166(7) נוספה אפשרות "ההכרה" שלא נכללה בתקנה 500(8)

הבוררות לפי סעיף 29א לחוק הבוררות כזו שנועדה לאכיפת פסק הבוררות (שם). יתכן שניתן להבין מכך שגם לעמדת כבוד השופט מינץ, ובדומה למתואר במאמר זה, פעולת האישור לפי סעיף 29א לחוק הבוררות נועדה להקנות לפסק הבוררות את מימד האכיפה.

⁶⁷ לשונה של תקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי הוא כאמור: "מבוקש לאכוף פסק בוררות-חוץ, כהגדרתו בחוק אכיפת פסקי-חוץ, או פסק בוררות-חוץ כהגדרתו בחוק הבוררות או מבוקש להכיר בהם".

שקדמה לה. למעשה, דברי ההסבר כלל אינם מתייחסים באופן קונקרטי להוראה הספציפית שבתקנת משנה 7 הנוגעת לענייננו.⁶⁸

יוצא אם כן, שגם תקנות סדר הדין החדשות אינן נושאות עמן בשורה עבור חברה ישראלית המבקשת לאכוף את פסק הבוררות שבידה נגד חייב זר בישראל. אדרבה, העובדה שמחוקק המשנה נדרש לשינוי התקנות אולם בחר שלא לכלול בהן תיקון בעניין זה ולשיטתו כאמור המצב המשפטי נותר בעינו, עלולה אף לבצר את הלכת **פלקס** ולהקשות על שינויה.

ד. סיכום

על-פי דעת הרוב בעניין **פלקס** עילת ההמצאה אל מחוץ לתחום שהייתה קבועה בתקנה 500(8) לאכיפת פסק בוררות-חוץ אינה יכולה לשמש לצורך הליך לאישור פסק בוררות החוץ. עמדת הרוב מובילה לתוצאה קשה, שלא נעלמה מעיני כל חברי המותב, לפיה החברה הישראלית שהוצגה בפרק המבוא למאמר זה, הלכה למעשה אינה יכולה להביא לאכיפתו של פסק הבוררות שבידה ולהיפרע מנכסיה של החברה הסינית החייבת המצויים בישראל. ראינו לעיל שפסק הדין בעניין **פלקס** אף החל לתת אותותיו בפסיקתן של הערכאות הדיוניות כשגם הרפורמה המקיפה שנערכה בתקנות סדר הדין האזרחי, על-פניו לא נדרשה לסוגיה זו ולא הביאה לשינוי המצב המשפטי הקיים.

כמפורט לעיל, עמדתי היא שהתוצאה הנובעת מדעת הרוב בעניין **פלקס** אינה מחוייבת המציאות ואין מניעה לראות בעילה לאכיפת פסק בוררות-חוץ הקבועה בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות ככזו המתייחסת לאישורו של פסק בוררות החוץ על-פי חוק הבוררות. לכן, הנחת היסוד הניצבת בבסיס עמדתו של כבוד השופט עמית שהיה בדעת מיעוט בעניין **פלקס** היא התואמת יותר את תכליתו של מוסד האישור הקבוע בחוק הבוררות.⁶⁹

עם זאת, משפסק הדין בעניין **פלקס** עומד בעינו, והלכתו, כפי הנראה, לא תוקנה בחקיקה במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי החדשות, נראה כי אין מנוס מתיקון חקיקה מבהיר או משינוי ההלכה על-ידי בית המשפט העליון, על-מנת שימצא פתרון מספק לחברה הישראלית הזוכה, ודומיה, המבקשת להינות מפירות זכייתה בהליך בוררות ולהיפרע מנכסיה של החברה החייבת המצויים בישראל.

ככלל, נראה שיש לבכר ששינוי המצב המשפטי יעשה באמצעות הסדרה של המחוקק (מחוקק המשנה במקרה זה), ובפרט בשים לב לכך שמחוקק המשנה ערך לא מכבר רפורמה מקיפה לתקנות סדר הדין האזרחי ובה כאמור נוסח התקנה לא הביא לשינוי המצב המשפטי שנוצר מהלכת **פלקס** – דבר שעשוי לכאורה להעלות סברה כי מחוקק המשנה ביקש דווקא לעגן הלכה זו בהוראת תקנה 166(7) לתקנות החדשות. כמו כן, התערבותו של מחוקק המשנה עשויה להיות עדיפה לנוכח האפקט המצנן שיתכן ונוצר עקב הלכת **פלקס** כמתואר לעיל. בשל האפקט המצנן העשוי להרתיע בעלי דין מלכתחילה מלנסות ולהביא לאכיפת פסק בוררות-חוץ שבידם כנגדם בעל דין זר בישראל, המקרה המתאים לשינוי ההלכה עלול שלא יגיע לכדי ערעור בבית המשפט העליון במשך תקופה ארוכה. יחד עם זאת, בשים לב לכך שזה עתה נערכה רפורמה מקיפה בתקנות סדר הדין האזרחי, גם מחוקק המשנה עשוי שלא להרים את הכפפה לשינוי המצב המשפטי במשך תקופה ממושכת.

⁶⁸ דברי הסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, ק"ת 422-16.12-16122020/he/BlobFolder/news/explanatory.pdf

⁶⁹ עניין **פלקס**, לעיל ה"ש 4, פסי' 4-5 לפסק הדין של השופט עמית.

מכל מקום, כמוסבר לאורך המאמר, למצער מבחינה עיונית אין מניעה להביא לפתרון הסוגיה באופן הלכתי. כפי שבקשתי לשכנע במאמר זה, התשתית הנורמטיבית לאימוץ עמדה פרשנית השונה מזו של דעת הרוב בעניין **פלקס**, ולפיה המונח "אכיפה" בתקנה 166(7) לתקנות סדר הדין החדשות יכול לשמש לצורך המצאה אל מחוץ לתחום לשם **אישור** פסק בוררות-חוץ, קיימת ועולה ממהותה של פעולת האישור כפי שתואר לעיל. המצב המשפטי הבלתי רצוי שנוצר עקב הלכת **פלקס** נובע מפרשנות שניתנה על-ידי דעת הרוב בעניין **פלקס** להוראת תקנה 500(8) לתקנות הישנות – פרשנות שכאמור לא הייתה מחוייב המציאות, ולא מאופן ניסוח התקנה על-ידי מחוקק המשנה. לא עצם השימוש במונח "אכיפה" שנשמר גם בתקנות החדשות הוא שיוצר את המצב המשפטי הבלתי רצוי כאמור, אלא דווקא הפרשנות שניתנה לו על-ידי דעת הרוב בעניין **פלקס** – פרשנות ממנה הסתייגתי במאמרי זה.

מכאן, שהעובדה שמונח זה נשמר גם בנוסח התקנה החדש אינו מבטא הבעת עמדה עקרונית מצד מחוקק המשנה לטובת אימוץ פרשנות דעת הרוב בעניין **פלקס** אלא רצון לשמר את המונח שהיה קיים בתקנות הישנות – מונח שכאמור כשלעצמו אינו יוצר כל קושי, אלא להפך. פרשנות המונח המתבקשת לעמדתני בה צדדתי לאורך מאמר זה ביכולתה דווקא להביא לפתרון הסוגיה לו זו תאומץ על-ידי בית המשפט העליון. תקוותי הצנועה היא שבמאמר זה יהיה בכדי לסייע בכך.

קיץ, תשפ"א.