

בתי המשפט

000895/02 ת.א		בית משפט מחוזי חיפה	
1212/05 בש"א			
14/04/2005 תאריך:		כב' השופט יצחק עמית	בפני:

בעניין: יפה נוף-תחבורה, תשתיות ובניה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד ציון רווה ואורן כ"ץ
התובעת המשיבה

- נגד -

1. עו"ד הפלר מאיר
2. שורץ חנה
3. שורץ דבורה
הנתבעים מאיר הפלר ואח' המבקשים

החלטה

צדדים קבעו בהסכם, מנגנון של הערכת שמאי לקביעת ערך מקרקעין. מה מעמדו של השמאי: האם בורר או מומחה, או מעין בורר או שמאי/מעריך? והאם יש נפקות לסיווג מעמד השמאי בכל הנוגע להיקף ההתערבות בחוות דעתו? על שאלות אלו נסבה החלטה זו.

העובדות הצריכות לעניין

1. הנתבעים-המבקשים (להלן: "המבקשים") הם הבעלים של המקרקעין הידועים כחלקה 22 בגוש 11658, שבסמיכות לקניון "לב המפרץ" בחיפה (להלן: "החלקה").

המשיבה-התובעת (להלן: "יפה נוף"), חפצה ברכישת המקרקעין לצורך פיתוח מרכזיית המפרץ (התחנה המרכזית הצפונית בחיפה), והתקשרה ביום 25.4.2002 עם המבקשים, בהסכם לרכישת החלקה (להלן: "ההסכם").

בהסכם, התחייבו המבקשים למכור ליפה נוף את זכויותיהם בחלקה, בסכום שייקבע על ידי השמאי מר יצחק סיון (להלן: "השמאי") בתוספת 20%.

וכך נקבע בסעיף 5 להסכם:

"תמורת מכירת הזכויות בנכס לקונה ושאר התחייבויות המוכר לפי הסכם זה, מתחייב הקונה לשלם למוכר את הסך שיקבע על ידי השמאי, מר יצחק סיון (להלן: "השמאי"), כתמורה המבטאת סכום השווה למחיר שהיה מסכים לשלם קונה מרצון למוכר מרצון בעבור זכויות של המוכר בנכס (להלן: "השומה הקובעת") ובתוספת 20% וזאת בתוך 30 יום ממועד מתן השומה הקובעת וכנגד פינוי הנכס מכל אדם וחפץ ... "

לאחר חתימת ההסכם, פנו הצדדים לשמאי במכתב משותף מיום 25.4.2002 (להלן: "כתב המינוי"). ואלו ההוראות הרלוונטיות לענייננו בכתב המינוי:

3. המוכרים מעוניינים למכור לרוכשת את זכויותיהם בחלקה וסוכם בין הצדדים כי תערוך שומה קובעת בה תיקבע את הסכום, בדולרים ארה"ב, שהיה מסכים לשלם קונה מרצון למוכר מרצון בעבור הזכויות של המוכר בנכס, נכון ליום מכתב זה.

4. כל אחד מהצדדים ימסור לך את כל הנתונים והמסמכים שתידרוש.

5. כל צד יהיה רשאי להעביר לידיך כל מסמך שימצא לנכון.

6. הנך מתבקש לערוך ביקור בנכס ובתוך 30 יום ממועד מכתב זה להעביר לידי באי כח הצדדים את השומה הקובעת.

7. תוך 7 ימים ממועד קבלת השומה הקובעת יהיה רשאי כל אחד מהצדדים לשאול שאלות הבהרה.

8. שכרך ישולם בחלקים שווים על ידי הצדדים.

9. נודה על תיאום ביקור בחלקה בכל ההקדם."

2. השמאי ערך את השומה והעריך כי הסכום הסביר שניתן לקבל במכירה ממוכר מרצון לקונה מרצון במועד הקובע, הוא \$280,000 לא כולל מ.ע.מ. בחוות דעתו, פירט השמאי כי שווי החלקה מורכב משווי השימוש העתידי בסכום של \$175,000, ובצירוף שווי נוכחי של הכנסות צפויות משימוש חורג, בסך של \$104,000.

יפה נוף, שהופתעה מהסכום בו נקב השמאי - באשר זמן קצר לפני כן העריך מגרשים סמוכים (חלקות 19 ו-47) מבלי שלקח בחשבון הכנסות צפויות משימוש חורג - פנתה אליו בסדרה של שאלות הבהרה.

המבקשים הגיבו במכתב שנשלח לשמאי וליפה נוף, ובו גרסו, כי השאלות שהופנו לשמאי חורגות משאלות הבהרה, והן בבחינת "חקירה נגדית" ונסיון להשפיע על שומתו. באותו מכתב, הגיבו המבקשים לגופן של השגות וטענות שהעלתה יפה נוף בשאלות הבהרה.

על מכתב זה של המבקשים, הגיבה יפה נוף במכתבה לשמאי מיום 15.10.2002. במכתב נאמר, כי מכתבם של המבקשים מהווה נסיון בוטה להשפיע על השמאי, ומהווה הפרה יסודית של סעיף 7 לכתב המינוי, ולכן יפה נוף מודיעה בזה על ביטול כתב המינוי ו"אנו נעתור לפסילת חוות הדעת".

ויהי אחר הדברים האלו, ולאחר חליפת מכתבים סוערת בין הצדדים, עתרה יפה נוף בתביעה דכאן, להצהיר על ביטול כתב המינוי ועל ביטול הכרעתו של השמאי, בשל שורה של נימוקים שפורטו בכתב התביעה.

3. בעקבות המלצתי, פנו הצדדים לשמאי בשאלות הבהרה, תוך שמירה על טענותיהם.

לאחר שנתקבלו תשובות הבהרה של השמאי, הגישה יפה נוף בקשה לתיקון כתב התביעה. בבקשתה, עתרה יפה נוף להוסיף לכתב התביעה טיעון, לפיו ההליך אצל השמאי התנהל תוך פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, בשל הסתמכותו של השמאי על טענות שנטענו באמצעות הפקס, מחוץ למסגרת ההליך, ותוך הסתרתן ממנה.

בהחלטתי מיום 1.1.2004, נעתרתי לבקשה, וכתב התביעה תוקן בהתאם (בש"א 12397/03).

לאחר מכן, ולבקשתה של יפה נוף, נחקר השמאי על חוות דעתו. במהלך חקירתו של השמאי, התעוררה פעמים מספר הסוגיה, עד כמה ניתן לתקוף את שיקוליו לגופם. הותרתי שאלה זו בצריך עיון, והתרתי חקירה נגדית של השמאי "ביד רחבה", בתקווה שיהא בכך כדי להפיס דעתה של יפה נוף לגופא של קביעת השמאי.

בעקבות חקירת השמאי, עתרה יפה נוף בבקשה נוספת לתיקון כתב התביעה. הפעם, עתרה להוסיף טענה, כי השמאי חרג מסמכותו, בכך שערך את השומה תוך התחשבות בזהות הצדדים, ולא על דרך של הערכת שוויה בעיסקה בין קונה מרצון למוכר מרצון.

בהחלטתי מיום 15.12.2004, נעתרתי לבקשה (בש"א 17351/04). זאת, מבלי לקבוע מסמרות אם חקירתו של השמאי אכן העלתה בפני יפה נוף עילה חדשה, שלא הייתה ידועה לה בעת הגשת התביעה, או שמא מדובר באותה עילה במחלצות אחרות.

כתב התביעה תוקן פעם שנייה, ולאחר מכן, הגישה יפה נוף תצהירה.

בשלב זה, נעמדו המבקשים "על רגליהם האחוריות" ודרשו לתחס את הפלוגתאות ולמחוק תצהירים וסעיפים מתצהירי עדות ראשית, שהוגשו על ידי יפה נוף. לטענת המבקשים, מדובר

בראיות שמטרתן להוכיח כי השמאי טעה בשיקול דעתו, ואין להתיר הגשת ראיות כגון דא, מקום בו הסכימו הצדדים על מינוי שמאי.

על כך השיבה יפה נוף, כי התצהירים שהוגשו על ידה, אינם חורגים ממסגרת הדיון והם נדרשים וצריכים לענייננו, נוכח עדותו של השמאי וחוות דעתו.

לאור המחלוקת בין הצדדים, עלי להידרש לסוגיית מעמדו של השמאי, ולהיקף ההתערבות בחוות דעתו. אקדים אפוא סקירה בנושא זה.

מעמדו של השמאי : על יצורי הכלאיים בין בורר למומחה

4. הצדדים הסכימו כי השמאי אינו מומחה, אך התקשו להגדיר את מעמדו, אם כבורר או כמעין בורר או כשמאי/מעריך.

במה נבדל המומחה מבורר? ההבדל הבסיסי הוא, שבורר מתמנה על מנת להוציא את הסכסוך מחוץ לכתלי בית המשפט, והוא המכריע בסכסוך, ואילו חוות דעת שניתנה על ידי מומחה, היא אחת הראיות במשפט, ובית המשפט הוא שמכריע בסכסוך. לנפקות ההבחנה בין השניים, ראה, לדוגמה, ע"א 4501/91 סמיר רמזאן נ. ניקולא רמזאן, פ"ד מח(3) 287.

5. במשרעת שבין המומחה לבין הבורר, הכירה הפסיקה ב"יצורי כלאיים" והם: "מעין בורר" "מעריך" "שמאי" "פוסק מומחה" ועוד.

מי למעין בורר ייחשב?

הגדרת מעין בורר בפסיקה עברה התפתחויות. בהמ' 106/54 ויינשטיין נ. קדימה, פ"ד ח 1317, נקבע, כי מהנדס, שבהסכם בין הצדדים ניתנה לו הסמכות ליתן תעודת גמר כתנאי לתשלום הסופי, הוא מעין בורר, להבדיל מבורר שאמור לברר סכסוך, ואגב זאת לשמוע עדויות ולתת פסק דין.

בע"א 678/67 גלובוס נ. רולקס, פ"ד כא(2) 146, הסכימו הצדדים להסכם פירוק שותפות, למנות רואה חשבון כ"עורך ומבקר יחידי של החשבונות", והוא שיחליט סופית על המגיע לכל צד. בית המשפט קבע, כי מדובר במעריך, שמעמדו כשל "מעין בורר". ומה ההבחנה בין בורר לבין מעריך? שתפקיד הבורר ליישב סכסוכים שכבר פרצו או עשויים לפרוץ, בעוד שתפקיד המעריך הוא למנוע על ידי הערכתו, סכסוכים מלפרוץ.

בע"א 591/77 אבירם נ. שטרן, פ"ד לב(1) 737, קבעו הצדדים להסכם שכירות כי עורך הדין שערך את ההסכם, יהיה מוסמך למלא את שטר החוב שהופקד לבטחון. נקבע, כי תפקידו של עורך הדין הוא של "מעין בורר". זאת, באשר עיקר תפקידו של עורך הדין הוא, לקבוע מה הסכום שמגיע למשכיר מהשוכר, ובדרך זו ביקשו הצדדים למנוע מראש סכסוך משפטי בנושא גובה הסכום.

נציין, כי ההבחנה בין סכסוך קיים לסכסוך עתידי, אינה הבחנה קלה, ויש המסתייגים ממנה. כך, נאמר על ידי השופט חשין בע"א 609/93 מרום שירותי תעופה בע"מ נ. רשות שדות התעופה, פ"ד מח(5) 389 :

"חברי הזכיר גישה ולפיה אין "מעין בורר" מעסיק עצמו בסכסוך קיים – כמי שפניו צופות פני עבר - אלא במניעת סכסוכים לעתיד לבוא - כמי שפניו צופיות פני עתיד. ואני אומר כי תיתכן דעה אחרת - החביבה עלי – ולפיה קריטריון זה של עבר-עתיד אין בו כדי להבדיל ולהבחין בין בורר לבין "מעין בורר". ומתוך שאין אנו נדרשים להכריע בשאלה לא עוד אכביר במלים".

65. בע"א 241/81 שמן תעשיות בע"מ נ. חברת תבלין בע"מ, פ"ד לט(1) 561, נתגלעה מחלוקת בין מספר יצרניות שמן, כיצד לחלק ביניהן סכום, שהקצתה הממשלה כפיצוי ליצרניות השמן. נערך הסכם בין היצרניות, לפיו הסכימו למסור לקביעת כלכלן, מה הסכום המגיע לכל צד, על סמך הנחיות מסוימות שנקבעו באותו מסמך. בעקבות החלטתו של אותו כלכלן, נתעוררה השאלה, אם יש לראות את הכלכלן כבורר.

השופט שמגר קבע, כי לא נתמלאו ארבעת היסודות לבוררות, והם :

א. בורר עוסק בסכסוך קיים, בעוד מעין בורר לא קובע לצורך סכסוך כלשהו, והמחלוקת העשויה להתעורר היא אך תוצאת לוואי של הקביעה.

ב. מעין בורר לא מטיל חיובים על הצדדים, בעוד שלבורר סמכות להטיל חיוב כספי.

ג. לבורר סמכות לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי, בעוד מעין בורר אמור לבצע בדיקה לפי מיטב שיקולו המקצועי.

ד. על פי רוב, אם כי לא בהכרח, בהליך בפני בורר הצדדים מיוצגים על ידי עורך דין, בעוד שבפני מעין בורר הם מייצגים את עצמם.

7. לאור סממנים אלו, טענו המבקשים, כי מעמדו של השמאי במקרה שלפנינו, הוא כשל בורר, או "במדרגה קרובה מאוד לזו של בורר".

איני סבור כי מעמדו של השמאי הוא כשל בורר. הצדדים לא ראו את השמאי כבורר, לא כינו אותו בורר, לא פעלו בבית המשפט כפי שמתחייב מהסכם בורות. ובכלל, חזקה על עורכי הדין שערכו את ההסכם, שאם היו מתכוונים למנות את השמאי כבורר, היו כוללים הוראות מתאימות

בהסכם. השמאי קיבל חומר מהצדדים שהיו מיוצגים, אך לא שמע ראיות, לא ניהל דיון בעל אופי שיפוטי ולא הייתה לו סמכות להטיל חיובים כספיים. שלא כטענת המבקשים, השמאי לא התמנה במסגרת הליך משפטי שנפתח בין הצדדים, אלא שההסכם בין הצדדים נחתם בעקבות הליכים משפטיים שונים, בהם נקטו בשעתו המבקשים, כדי למנוע אישור תוכניות שהוחלו על החלקה ועל האיזור.

8. משדחינו הטענה, כי יש לראות את השמאי כבורר, נבחן אם יש לראותו כ"מעין בורר"?

בעניין **שמן הנ"ל**, נותן השופט שמגר סימנים ומאפיינים למעין בורר:

א. הוא נבחר על ידי הצדדים, שבענינם הוא אמור להכריע;

ב. הכרעתו סופית ומחייבת את הצדדים שבחרו בו;

ג. מעמדו בין הצדדים הוא ניטרלי;

ד. קיימת בין הצדדים תניה חוזית מפורשת, המסמיכה אותו להכריע על סמך שיקול דעת עצמאי והצדדים כבולים להכרעה זו.

ה. הכרעתו באה למנוע סכסוך עתידי ("תפקיד מניעתית").

למרות שהשופט שמגר היה בדעת מיעוט בפסק הדין בעניין **שמן**, נראה כי דעתו נתקבלה בפסיקה, וזו אומצה בע"א 821/88 **א. לוי קבלני בנין נ. שמי את סמי**, פ"ד מד(2) 771.

באותו מקרה, הגיעו הצדדים להסכמה על מינוי מהנדס, שיבדוק את החשבונות ותעודות המשלוח, את אופן ההתחשבות בין הקבלן הראשי למזמין, ואת יומני עבודה "**והכרעתו של המהנדס תחייב את שני הצדדים ללא זכות ערעור**". למרות שהתקיימו המאפיינים של בוררות - קרי: סכסוך, סמכות להטיל חיובים כספיים, סמכות לגבות ראיות ולנהל דיון בעל אופי שיפוטי וייצוג על ידי עורכי דין - נקבע שהמהנדס הוא מעין בורר וכך ראו אותו הצדדים.

בע"א 160/82 **ברקוביץ נ. קופת התגמולים**, פ"ד לח(1) 7, נקבע בהסכם, כי המערער יעבור בדיקה רפואית, והרופאים יקבעו אם הוא "בלתי מוכשר לעבודה לצמיתות". בית המשפט קבע, כי יש לראות את הרופאים כ"מעין בוררים".

לפסקי דין נוספים, בהם נקבע כי שמאי/מהנדס/אדריכל הם במעמד של מעין בורר, ראה, ת.א. 148/90 (חי) **חרות בע"מ נ. בלייכר זיכהולץ בע"מ**, דינים מחוזי כו(8) 271; ה.פ. 244/00 (י-ם) **אליאס שמחה נ. הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים**, דינים מחוזי לג(6) 989; ה.פ. 305/99 (י-ם) **הוועדה המקומית לתכנון ובניה ירושלים נ. מזרחי**, דינים מחוזי לג(7) 187; תמ"א 5015/92 המ' 4432/93 **וידל נ וידל**, דינים מחוזי כו(7) 808.

9. עמדנו על ההבחנה בין בורר למעין בורר. ומה בין שמאי לבורר?

ס. אוטולנגי, בספרה "דיני בוררות" (מהד. 3) בעמ' 245, מבחינה בין שמאי לבין בורר: "השמאי, תפקידו להעריך את נשוא הסכסוך על פי ידיעותיו ומומחיותו כשהמחלוקת בין הצדדים נוגעת בעיקר לסכום כסף, או לכמות פריטים כלשהם, הבורר לעומתו, תפקידו להכריע על פי ראיות והוכחות כשהסכסוך נוגע בעיקרו לעצם קיום חוב, או חבות כלשהם".

בדומה, נקבע בע"א 782/88 מסד חברה הדדית להלוואות נ. הסוכנות היהודית, פ"ד מה(5) 625. באותו מקרה, התמנה שמאי מוסכם על ידי בית המשפט כשמאי מכריע. לאחר מכן, הודיעו הצדדים לבית המשפט, כי הם מבקשים לדחות את הדיון בשאלות המשפטיות. זאת, מאחר שהגיעו להסכמה שהשמאי יהא משוחרר מדיני הראיות, מדיני הפרוצדורה ומהדין המהותי הנוהגים בבתי המשפט, ויקבע את שומתו ככל הנראה בעינינו לנכון וצודק. נוכח הודעה זו, לא ייפלא, כי לאחר שהשמאי נתן את הערכתו, טען אחד הצדדים שיש לראות את השמאי כבורר.

הטענה נדחתה על ידי בית המשפט:

"אחד המבחנים הוא, אם היה זה בכוונת הצדדים שהאנשים שנתמנו על ידם יפסקו בסכסוך על סמך עדויות שאז יחשבו בוררים; או שמא הכוונה היתה שיעריכו את נשוא הסכסוך על סמך ידיעותיהם המקצועיות ונסיונם המעשי, בלי צורך לשמוע ראיות ועדויות, שאז יש הנחה לכאורה שנתמנו כמעריכים ולא כבוררים". בענייננו הוגשו לשמאי שתי חוות-דעת ותפקידו היה להכריע ביניהן על פי ידיעותיו ומומחיותו. המחלוקת בין הצדדים היתה באשר לגובה הפיצוי הכספי ולא באשר לעצם קיומה של חובת תשלום הפיצויים בגין ההפקעה".

10. עמדנו על ההבחנה בין בורר למעין בורר, ועל ההבחנה בין שמאי לבין בורר. האם ניתן להבחין בין שמאי או מעריך, לבין "מעין בורר"?

בהלכת שמן, ניסה השופט שמגר להבחין בין השניים. שמאי או מעריך, הוא מי שאליו פונים כדי שיתן חוות דעת מקצועית. לכן, במקרה שנדון שם, אם היו פונים לכלכלן, כדי שיחבר חוות דעת כלכלית-מקצועית ויעריך מידת ההפסדים שנגרמו לכל חברה, היה צריך לראותו כמעריך או כשמאי. אלא שבאותו מקרה, הוטל על הכלכלן לקבוע ממצאים עובדתיים, אשר הצדדים התחייבו לתת להם תוקף מחייב, ובתפקיד זה יש אלמנט מעין שיפוטי, ולכן נקבע שיש לראותו כמעין בורר.

ההבחנה בין שמאי/מעריך לבין מעין בורר, אינה קלה. לטעמי, במקרה שלפנינו, יש לראות את השמאי כמעריך או כשמאי מוסכם. בדומה, בעניין **מרום שירותי תעופה** שנזכר לעיל, הסכימו הצדדים על תשלום דמי שימוש ראויים, שייקבעו על ידי שמאי. וכך נקבע בהסכם:

"הערכת השמאי תחייב את שני הצדדים...יהיו רשאים לטעון בפני השמאי ולהמציא לו מסמכים ואסמכתאות עם העתק לצד שכנגד, והשמאי יאפשר לכל צד להגיב ו/או לטעון בפניו לגבי הטענות והמסמכים של הצד השני".

בית המשפט קבע, כי השמאי אינו בורר, שכן לא הייתה לו סמכות להטיל חיובים כספיים, הצדדים לא כינו אותו "בורר" אלא "שמאי מוסכם". בהמשך, אומר בית המשפט כי גם אין לראות את השמאי כ"מעין בורר", שכן היה כבר סכסוך בין הצדדים, ולכן יש לראותו כ"שמאי" או "מעריך" שנתמנה בשל כישוריו להעריך את המבנים על סמך ידיעותיו המקצועיות, בלי לגבות ראיות ובלי לנהל דיון בעל אופי שיפוטי.

בדומה, נפסק בת.א (י-ם) 2040/97 **חברת זליה לבניין בע"מ נ. יורם דובר**, דינים שלום, כרך טו 722. שם, התמנה בודק פוליגרף מוסכם על הצדדים. נקבע, כי מעמדו של הבודק המוסכם אינו כשל בורר או "מעין בורר" אלא כשל גורם שלישי, שהצדדים מסרו לידיו את ההכרעה במחלוקת, ובכך הוא דומה למעריך או שמאי.

בת"א 1078/96 (י-ם) **אברהמי נ. נצב"א**, דינים מחוזי לב(7) 458, נדון מעמדו של רואה חשבון, שהעריך שווי מניה של חבר אגד, שבעת פרישתו היה זכאי לפדיון מניותיו בנצב"א. בתקנות נקבע כי **"תעודה חתומה ע"י רו"ח המפרטת את קביעתו תשמש הוכחה מכרעת ביחס לערך המניות ועל פי מחיר זה תבוצע העברה"**. בית המשפט עמד על הקושי בהבחנה בין בורר, מעין בורר ומעריך, ובסופו של דבר קבע, כי יש לראות את רואה החשבון כמעריך.

וכדבריו:

"מעריך מוסמך לתת הערכה כספית לצד אחד או לשני הצדדים גם יחד. הכרעתו היא מצומצמת לנקודה אחת.... מהמעריך מצופה שיפעל רק על פי כישוריו ומומחיותו. אין הוא חייב, בדרך כלל, בטרם שנתן את הערכתו, לשמוע את הצדדים, אפילו אם הסכימו שהכרעתו תהא סופית, משום שאין הוא ממלא תפקיד מעין שיפוטי. גם אם יחליט לקיים שמיעה לא בהכרח יהיה בורר, גם אם הוסכם שהכרעתו מחייבת. ניתן לראות שההבדלים בין בורר, מעין בורר ושמאי הם לעתים דקיקים ולא פעם קשה לקבוע מה התפקיד שהוטל על פלוני....השם שבו בחרו הצדדים אינו מכריע, כשם שהעדר הגדרת התפקיד אינה יכולה למנוע מבית המשפט לבחון את מהותה של הסמכות שהוענקה לאותו אדם....."

א. מעבר ל"סממני הבוררות" שפורטו בהלכת שמן, ההבחנה בין בורר למעין בורר היא, שמעין בורר הוא מומחה ניטרלי לקביעת עובדה שבמחלוקת, להבדיל מבורר, שיכול ויידרש לקביעת עובדות, אך לצורך קביעת החבות על בסיס העובדות. אם הכוונה של הצדדים היא לנהל הליך מעין משפטי שבסופו הכרעה, בית המשפט יטה לראות בכך כהסכם בוררות. אך אם הצדדים התכוונו למנות מי שיעריך את נושא הסכסוך על סמך ידיעותיו המקצועיות ונסיונו המעשי, ההנחה היא שהוא מונה להיות מעין בורר.

ב. ההבחנה בין "מעין בורר" ל"שמאי" או "מעריך" היא הבחנה שלעיתים דקה מן הדק, וקשה לדלות מהפסיקה מבחן חד משמעי.

ג. מכל מקום, הסיווג נותן לנו נקודת מוצא בלבד, ובסופו של יום, שומא על בית המשפט לבחון כל מקרה לגופו ולרדת לכוונת הצדדים, על פי דיני החוזים, תוך מתן משקל כזה או אחר, לכינוי בו השתמשו הצדדים.

וכפי שנאמר ברע"א 7608/99 לוקי נ. מצפה כנרת, פ"ד נו(5) 156 :

"בית המשפט עסק לא פעם במנגנוני הכרעה חוזיים שאינם בגדר בוררות: "מעריך", "שמאי", "מכריע", "מומחה", "מעין-בורר" ועוד. והפסיקה נתנה בהם סימנים, אם להבחנה בין מי מהם לבין "בורר" ואם להבחנה בינם לבין עצמם. על כל פנים, המשותף למנגנוני הכרעה כאלה הוא בכך, שבשונה מאשר בהסכמי בוררות, יש למתקשרים בהם - וכן לבית המשפט בבואו להכריע בסכסוך שנפל בין המתקשרים - חופש רב בקביעת הסדריהם הקונקרטיים.

בנקודה זו, אנו מגיעים לשאלת נפקות הסיווג. מה בין בורר לבין מעין בורר בהיקף ההתערבות? והאם יש נפקות לסיווג מעמדו של השמאי כמעין בורר או כשמאי או כמעריך?

על היקף ההתערבות ועל היקף החקירה

12. ברע"א 7608/99 שצוטט לעיל, עומד השופט מצא על נפקות ההבחנה בין בורר לבין "מעין בורר":

"בין הסכמה למסור סכסוך, קיים או עתידי, להכרעת בורר, לבין הסכמה לקבל את הכרעתו של מומחה פלוני ביחס

לעניינים מסוימים, קיים שוני מהותי. להסכם בוררות יש תוצאות משפטיות שונות. המהותית ביותר מבין תוצאותיו היא ההגבלה שהצדדים המתקשרים מטילים על זכות גישתם לערכאות" (הדגשה שלי – י.ע.).

מהדברים משתמע, כי לא דומה פסק בורר, להכרעה של מעין בורר או של שמאי או מעריך, באשר להיקף ההתערבות. אלא שלא כך הם פני הדברים, ובפועל, היקף ההתערבות של בית המשפט בהכרעתו של מעין בורר או של שמאי/מעריך, אינה רחבה בהרבה מעילות הביטול המוכרות בחוק הבוררות.

13. כך עולה מהפסיקה שהזכרנו לעיל. בע"א 66/77 הנ"ל נקבע, כי "במידה שמסקנותיו נוגעות לעניינים שבשיקול דעת, אין להרשות ויכוח על כך אם שיקול דעתו היה פגום, ואף טעות שהוא טעה בתום-לב בענין שבשיקול דעת אין בה כדי להצדיק את שינוי מסקנותיו".

דעה זו אומצה בע"א 160/82 הנ"ל, שם נקבע, מדרך של קל וחומר, כי מקום בו חוות הדעת "אילמת" ואינה מנומקת, אין להתיר תקיפתה אלא למקרים חריגים של חוסר תום לב, מרמה או הפרה של כללי צדק טבעי.

בעניין מרום שירותי תעופה הנ"ל, נקבע כי ניתן לבחון אם מעין בורר מילא אחרי ההוראות שניתנו לו בהסכם הפשרה, ברם:

"במידה שמסקנותיו נוגעות לעניינים שבשיקול דעת, אין להרשות ויכוח על כך אם שיקול דעתו היה פגום, ואף טעות שהוא טעה בתום לב בענין שבשיקול דעת אין בה כדי להצדיק את שינוי

מסקנותיו. הטעם לדבר הוא שבעניינים אלה התכוונו הצדדים לסמוך ללא ערעור על הכשרתו המקצועית של האיש שנבחר על ידם. במובן זה דומה מעמדו של המבקר למעמדו של מעריך שנתבקש לפעול על פי שיקול דעתו".

בפרשת שמן, השופט שמגר שם דגש על הסכמת הצדדים לראות את החלטת הכלכלן כסופית. מטעם זה, סבר שאין לתקוף את מסקנותיו, אלא בשל הטעם של חריגה מסמכות או של פגיעה בכללי הצדק הטבעי, ומכאן, ש"אין המערערות יכולות לטעון כי היזקקות לחומר פלוני ואי הזקקות לחומר פלמוני מהוות חריגה מההסמכה שניתנה לו בכתב המינוי". נציין, כי באותו מקרה, מצא השופט שמגר להתערב בחוות דעתו של הכלכלן, אך מטעם אחר, שאינו לענייננו.

בפרשת א. לוי שהזכרנו לעיל, השופט בך דן בשאלה מה היקף הביקורת של בית המשפט ביחס לחוות דעת של מעין בורר, ומה משמעות הסכמת הצדדים שהחלטתו תהא ללא ערעור. לגישתו,

מקום בו ברור שהמהנדס לא פעל כפי שנתבקש לעשות, אין לחסום את דרכו של הצד הנפגע לתקוף את ממצאיו:

"במשפט זה היה על בית המשפט לאפשר חקירה של המהנדס למרות שניתנו לו סמכויות הכרעה ולמרות שהוסכם בין הצדדים שעל הכרעתו הם לא יערערו. זאת, משום שהצדדים פירוט במיוחד את הראיות שעל המהנדס לבדוק כאמור בסעיפים 1(א), (ב) ו-1(ג) להסכם ביניהם. מסעיפים אלה עולה, כי הצדדים ביקשו להתוות דרך מסויימת ומפורטת שבה על המהנדס לצעוד על-מנת להגיע להכרעה בסכסוך. אין מחלוקת שהמהנדס לא הלך בדרך זו.... כשם שהסכמת הצדדים שלא לערער על החלטתו לא שוללת מהם האפשרות לטעון כי פעל בכללי הצדק הטבעי או שפעל בקנוניה עם מי מהצדדים, כך אינה יכולה לשלול מהם טענה כי פעל שלא על פי תנאי הסמכתו. קל וחומר כאשר מההחלטה גופא יש ממש בטענה זו".

ודוק: גם על פי גישתו המרחיבה של השופט בך, אין לאפשר הבאת ראיות חיצוניות לסתור את מסקנתו של המעין בורר, אלא שניתן, על ידי חקירתו, ועל פי ראיות אחרות שבפני בית המשפט, להוכיח שיש פגם במסקנותיו.

14. למעט גישתו המרחיבה של השופט בך בעניין א. לוי, שאף אותה ניתן להבין על רקע הפירוט המיוחד בו נקטו הצדדים כאשר התוו סמכויותיו של המהנדס, עילות ההתערבות במסקנותיו של מעין בורר הן מצומצמות. פה ושם, אנו מוצאים בפסיקה, כי ניתן להתערב גם בעילה של "טעות ממשית" או "טעות גסה", הגלויה על פניה.

כך, נאמר בע"א 713/84 בניהס נ. רפאל, פ"ד מ(2) 602:

"טעות כזו יש בידי בית המשפט לתקן, כשהיא עולה מהכתוב או מכוונתם הברורה של הצדדים, וזאת אף בלי להידרש לשאלה אם היה מעמדו של השמאי מעמד של "מעין בורר", שקביעתו חסינה בדרך כלל מפני תקיפה בבית המשפט מלבד במקרים חריגים.."

לדוגמה נוספת של התערבות בית המשפט בשל טעות גסה, ראה, מ"א 5015/92 המ' 4432/93 וידל נ. וידל, דינים מחוזי כו (7) 808.

15. עד עתה, דיברנו בעילות ההתערבות בהכרעתו של מעין בורר. נזכיר, כי נטינו לדעה, שמעמדו של השמאי במקרה שלפנינו, כשמו כן הוא, הינו כשל שמאי מוסכם או מעריך. כפי שנראה להלן, גם עילות ההתערבות בהכרעתו של שמאי/מעריך, הן עילות מצומצמות, בדומה לעילות ההתערבות בהכרעתו של מעין בורר, ושמא אף מצומצמות יותר.

בפרשת **מרום שירותי תעופה** נקבע, כי ניתן לתקוף את חוות הדעת, אם השמאי או המעריך פעלו בחריגה מסמכות, שלא בהגינות, בחוסר תום לב, במרמה או תחת השפעה בלתי הוגנת, או שחוות הדעת הושגה באמצעים בלתי כשרים. עילות ההתערבות הן מצומצמות, כמתחייב מכיבוד רצונם של הצדדים וציפיותיהם, כי הסכסוך יוכרע בדרך מהירה.

בע"א 409/84 **מדינת ישראל נ. שגב**, פ"ד מ(3) 706, היה מדובר בשמאי, שהצדדים הסמיכו לשמוע ראיות. בית המשפט איפשר לתקוף את מסקנותיו, מן הטעם שלא מילא אחר מה שהצדדים התכוונו שיעשה. וכך נאמר:

"חוות הדעת כולה נטולת משקל וחסרת כל ערך. על פניה נראה שהיא "לוקה בשגיאה גסה" ושגיאה כזו הופכת כל דיון בתכנה של חוות הדעת למיותר לחלוטין וחסר כל טעם. מבחינה זו אין חוות הדעת של שמאי, או עד מומחה אחר, שונה מכל עדות או ראיה אחרת, שאין בידי בית המשפט לקבלה מן הטעם הפשוט שהגיע למסקנה שאין בה ממש ואין לסמוך עליה כלל. קל וחומר במקרה שלפנינו, בו הכל מאוחדים בדיעה, והשמאי עצמו בכלל זה, שבשעה שהכין את חוות הדעת נשתכחו ממנו תפקידיו וחובותיו כפי שאלה כלולים בה בהחלטת בית המשפט".

לכאורה, הכיר בית המשפט בעילת התערבות של "שגיאה גסה" בחוות הדעת, אלא שפסק דין זה חריג, על רקע נסיבותיו המיוחדות, ושני הצדדים הסכימו, כי השמאי לא פעל כפי שנצטווה.

בפרשת **נצב"א** שנזכרה לעיל, מביע השופט רביד את עמדתו, כי עילות התקיפה של הכרעת מעריך ומעין בורר הן דומות, אך היקף הביקורת על הכרעת שמאי אף מצומצמת יותר:

"היקף הביקורת על החלטתו של מעריך דומה לזו של מעין בורר, בהבדל אחד חשוב והוא שאין לתקוף את החלטתו משום שלא שמר על כללי הצדק הטבעי ולא העניק זכות שמיעה לצדדים משום שהוא פטור מחובה זו (ע"א 609/93, הנ"ל, שם, סעיפים 22 - 23 לפסק הדין)". (הדגשה שלי – י.ע.).

כלשעצמי, איני סבור כי מעריך או שמאי פטורים מכללי הצדק הטבעי. אכן, בפרשת **שמן** התבטא השופט שמגר, כי הסיווג המשני בין מעין בורר לבין מעריך או שמאי נחוץ **"כדי להכריע, אם במקרה שלפנינו חלו כללי הצדק הטבעי על דרכי הפעולה..."** (שם, 570 מול האותיות ה'–ו').

אלא, וכפי שאומר השופט ברק בעניין **שמן**, קיימת חובת הגינות כללית, שטבעה משתנה ממקרה למקרה. יהיו מקרים בהם נדרוש שהצד השלישי שההכרעה נמסרה לו ישמע את הצדדים, ויש מקרים קלים שאין צורך בשימוע מעין שיפוטי, כמו מפקח שמקבל באתר עשרות החלטות.

לסיכום, כל מקרה ונסיבותיו. במקרה שלפנינו, הצדדים העבירו לשמאי חומר, וככלל, היה עליו לשמור על כללי הצדק הטבעי, גם אם הגדרנו את מעמדו כשמאי מוסכם או כמעריך.

16. נוכח עילות הביקורת המצומצמות, גם חקירת השמאי אמורה להצטמצם. החקירה תורשה, כדי להראות שפעל שלא בהתאם להוראות הסכם, בחריגה מסמכות, בחוסר תום לב או במרמה, שלא שמר על כללי הצדק הטבעי, ובמקרים חריגים, כדי להוכיח כי טעה טעות גסה, או שהתחשב בדבר שלא היה צריך להתחשב בו. אולם, אין להתיר חקירה, שמטרתה להראות שנפל פגם בשיקול דעתו או שטעה בתום לב בשיקול דעתו – ראה, בין היתר, **נצב"א לעיל**.

במקרה דכאן, התרתי את חקירתו של השמאי גם בנושאים שלכאורה גלשו אל שיקול דעתו, על מנת לאפשר ליפה נוף לבחון את עמדת השמאי לגופא. כאמור, בעקבות החקירה, ביקשה יפה נוף לתקן את כתב התביעה ולאחר מכן הגישה תצהירי עדות ראשית מטעמה. ובנקודה זו, אנו מגיעים למחלוקת בין הצדדים.

הראיות שהוגשו על ידי יפה נוף במסגרת תצהירי עדות ראשית על רקע עילות הביקורת

17. הגענו למסקנה, כי יש לראות את השמאי כשמאי מוסכם או מעריך. מצאנו, כי עילות ההתערבות בהחלטת שמאי הן מצומצמות, ומתמקדות בחריגה מסמכות, חוסר תום לב, תרמית, פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, ובנסיבות מיוחדות, הוכרה אף העילה של "טעות ממשיית" או "טעות גסה".

לאור זאת, נראה לי שיש ממש בטענות המבקשים, כי הראיות שהובאו על ידי יפה נוף, חורגות מעילות הביקורת המוכרות, ומטרתן להתנצח עם חוות הדעת לגופא. להלן, נבחן ראיות אלו:

א. תצהירה של גב' רחל בן אשר, עוסק באפשרות לקבל היתר לשימוש חורג בחלקה הנדונה. המצהירה גרסה, כי העיריה לא הייתה מאפשרת שימוש חורג במקרקעין, אילו נתבקשה לכך, באשר מדובר בחלקה כלואה ללא דרך גישה מוסדרת.

ב. כך גם תצהירו של רביב מיכאל, מנהל אגף לתכנון דרכים תנועה ונוף במשרד מהנדס העיר חיפה. מר רביב נתבקש להגיב בתצהירו על שאלה היפותטית והיא, מה הייתה עמדת העיריה, אילו בעלי המקרקעין היו מגישים בקשה לשימוש חורג במקרקעין כחניון, ואלו אגרות היו מוטלות במקרה כזה. על כך השיב מר רביב בתצהירו, כי בהיעדר כביש גישה סלול, לא ניתן היה לאשר

שימוש חורג במקרקעין, ואם היו סוללים כביש למקרקעין, היו בעלי הקרקע מתחייבים בהיטל סליחה. עוד הוסיף, כי עיין בצילומי המקום, ולטעמו לא ניתן לסלול כביש גישה למקרקעין.

ג. בדומה, גם סעיף 9 לתצהירו של מר מגיד, מתייחס לדרך הגישה אל המקרקעין. מגיד טען בתצהירו, כי לא קיימת דרך גישה בפועל אל המקרקעין, כנחזה מתצ"א מתאריך 2/01 (נספח ג' 2 לתצהירו). בהמשך, בסעיף 12 לתצהירו, מפרט מגיד טעויות מהותיות שנפלו, לטענתו, בשומה, ובין היתר, התעלמות מהיטל השבחה והתעלמות ממגבלות תכנוניות שונות.

18. על פניו, הראיות דלעיל, הובאו על ידי יפה נוף כדי לסתור את הסבריו של השמאי באשר לאפשרות השימוש החורג במקרקעין. השמאי אף נחקר בנושא הדרך – לאחר שהתרתי חקירתו בנקודה זו, מבלי לגרוע מזכות המבקשים לטעון שהחקירה חורגת מהמותר – והסביר, כי דרך העפר ליד המסוף התחבורתי, משמשת בפועל את המקרקעין, ולא ניתן להתעלם ממנה לצורך הערכת השווי (עמ' 14 לפרוטוקול הישיבה מיום 19.10.2004).

19. יפה נוף טענה, כי המבקשים הביאו על עצמם את "הצרה", שאילו לא היו מעבירים לשמאי "בחשאי", טיעונים ומסמכים שונים, לא הייתה נדרשת להביא הוכחות לעניין השימוש במקרקעין, או לעניינים הנוספים המפורטים בתצהירו של מר מגיד.

דומני, כי טענה זו באה להרחיב בדרך מלאכותית את העילה של פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. ממה נפשך: אם יתברר בסופו של יום, כי השמאי פעל בניגוד לעיקרי הצדק הטבעי, ממילא לא יהא צורך בראיות שביקשה יפה נוף להציג כדי לסתור את חוות הדעת. ואם לא נפל פגם בדרך פעולתו של השמאי, הרי שאין להתיר הבאת ראיות, שמטרתן להוכיח, כי נפל פגם בשיקול דעתו של השמאי.

20. סיכומו של דבר, שתצהיריהם של גב' בן אשר ומר רביב, וסעיפים 9 ו-12 לתצהירו של מר מגיד, נועדו לנגח את שיקול דעתו של השמאי, בעיקר בנקודת המחלוקת העיקרית בין הצדדים. קרי, מסקנתו של השמאי, לפיה סביר שבעלי המקרקעין יכולים היו להשכירם לתקופה של מספר שנים, ולכן היה מקום להוסיף לשווי המקרקעין את ההכנסות הצפויות משימוש חורג בתקופת הביניים.

טענות אלו חורגות מעילות התקיפה המוכרות עליהן עמדנו לעיל, ובית המשפט לא יתיר הגשת ראיות וחקירה, שמטרתן להפריך או לערער את מסקנת השמאי לגופא.

סוף דבר

21. אשר על כן, אני מורה על מחיקת תצהיריהם של גב' בן אשר ומר רביב, ועל מחיקת סעיפים 9; 12 לתצהירו של מר מגיד.

אני מחייב את יפה נוף בהוצאות המבקשים בגין בקשה זו בסך של 10,000 ₪ בצירוף מ.ע.מ.

המבקשים יגישו תצהיריהם תוך 45 יום.

נקבע לקדם משפט ליום 29.6.2005 שעה 09:30.

ניתנה היום ה' בניסן, תשס"ה (14 באפריל 2005) בהעדר הצדדים.

י. עמית, שופט

צפה