

האם ניתן לדון בעניין ליקויי בניה בבוררות ?

יחיאל ברונר, עו"ד (מהנדס)

לרבים מהקוראים תראה השאלה שבכותרת, כמו גם התשובה עליה, פשוטה וברורה – בוודאי שכן, ולא היא. בפירוט להלן נראה, שבתי המשפט בערכאות הנמוכות התחבטו בשאלה, ופסקו בה פסיקות הנוגדות אחת את השניה. לאחרונה ניתן פסק דין על ידי בית המשפט העליון, אמנם קצרצר, בן שלוש שורות בלבד, ממנו ניתן ללמוד כי גישתו של בית המשפט העליון הינה ליתן לשאלה תשובה חיובית.

סעיף 3 לחוק הבוררות קובע, כי: "אין תוקף להסכם בוררות בעניין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים". בית המשפט העליון, בבואו ליתן פרוש לסעיף זה, קבע, כהלכה פסוקה ומושרשת היטב, במספר ענפים של המשפט הישראלי, שזכויות המוקנות לצד בחוזה על ידי הוראות בחוקי מגן ("חוקים קוגנטיים") אין להתנות עליהן בחוזה עצמו, ואין הן יכולות להיות נדונות ומוכרעות בבוררות. כך נפסק לגבי זכויות עובד הנובעות מחוקי המגן במשפט העבודה, כך נפסק גם לגבי זכויות דייר הנובעות מחוק הגנת הדייר, כך נפסק גם לגבי חוק שוויון זכויות האישה, ועוד.

ליקויי הבניה הינם בבחינת "אי-התאמה" על פי סעיף 4 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973. סעיף 7א' לאותו חוק קובע גם, כי: "אין להתנות על הוראות חוק זה, אלא לטובת הקונה", דהיינו, חוק זה הינו חוק קוגנטי שלא ניתן להתנות על הוראותיו. עוד נקבע בפסיקה, שחוקי התכנון והבניה, כולל כל התקנות שהותקנו מכוחם, הינם בבחינת הוראות קוגנטיות שלא ניתן להתנות עליהן. על סמך הוראות אלה נטען לא אחת על ידי בעלי דין, שמכיוון שבורר, דרך כלל, אינו כפוף לדין המהותי ויכול להחליט "לפי מיטב שפיטתו" ולא בהתאם להוראות חוקי התכנון והבניה, יש בכך משום התניה אסורה כנגד חוקים קוגנטיים אלה, ואשר על כן אין להעביר מחלוקות בנוגע לליקויי בניה לבוררות.

כבר לפני כ-12 שנה קיבל בית משפט השלום בנתניה טענה שכזו, ובעקבותיה החליט שלא להעביר סכסוך בעניין ליקויי בניה לבוררות. ערעור שהוגש על החלטה זו לבית המשפט המחוזי בתל אביב נדחה, ובית המשפט, מפי כב' השופטת ורדה אלשיך, אישר את פסק דינו של בית משפט השלום. בין שאר דבריה קבעה כב' השופטת: "מאמצת אני את קביעתו של בית משפט השלום כי הליקויים נשוא בקשה זו עוסקים בחריגה ואי התאמה לתקנות התכנון והבניה, כמו גם לאי התאמה לתקני התברואה ולתקנים ישראליים, ולפיכך אין מקום להליך בוררות שבו פוסק הבורר לפי מיטב שפיטתו. התקנים והתקנות אינם נושא לבוררות ולמיטב שפיטתו של בורר הוראות אלו הינן קוגנטיות ולכן כל התניה לגביהן בטלה מעיקרא, לפיכך המקום המתאים להכרעה בסכסוך זה הינו בבית המשפט בו השופט פוסק לפי המשפט המהותי החל".

בפסק דין אחר אימץ בית המשפט המחוזי בתל אביב גישה זו ופסק כנגד העברת עניין שדן בליקויי בניה לדיון בבוררות, כשהוא קובע כי: "ניתן לומר כי התניה בדבר אי הנמקת פסק הבוררות מהווה התניה אסורה על חוק המכר (דירות). כאשר פוטרים את הבורר מחובת הנמקה אין הצדדים יודעים האם פסק הבורר בהתאם לדין המהותי ועל פי החובות המוטלות על הקבלן מכוח חוק המכר (דירות) – חובות קוגנטיות שאין להתנות עליהן אלא לטובת הרוכש."

לעומת פסיקות אלה של בית המשפט המחוזי בת"א, פסק בית המשפט המחוזי בירושלים פסיקה הפוכה: "כפי שאני רואה את הדברים, סעיף בוררות בחוזה אחיד, שבין קבלן לבין רוכש דירה, המפנה להכרעת בורר מקצועי (דוגמת מהנדס בנין) כל סכסוך שיתגלע ביניהם בעניין ליקויי בניה בדירה, אינו יכול כשלעצמו להיחשב כתנאי מקפת... נהפוך הוא: יש היגיון מעשי רב במינויו של בורר מקצועי ואובייקטיבי להכרעה בסכסוכים הנסובים על ליקויי בניה העלולים להתגלות בדירה. ומן המותר להזכיר בהקשר זה, כי גם בית המשפט נוהג למנות מהנדסי בנין כמומחים מטעמו, עת הוא דן בתביעות בגין ליקויי בניה...". בהתבסס על פסק דין זה של בית המשפט המחוזי בירושלים, אישר בית משפט השלום ברחובות, באחד מפסקי הדין שלו, את מינויו של מהנדס-בורר לדון בעניין ליקויי בניה.

לאחרונה נדון ערעור בפני בית המשפט העליון על פסק דין של בית המשפט המחוזי בת"א, בו אישר בית המשפט להעביר סכסוך בעניין ליקויי בניה לדיון בבוררות. בפסק דינו של בית המשפט העליון נכתב כדלהלן: "בהמלצת בית המשפט חזרה בה המערערת מערעורה והוא נמחק. נציין מעבר לנדרש, כי מקובלים עלינו הניתוח המשפטי ומסקנות בית המשפט המחוזי בפסק הדין נשוא ערעור זה."

בפסק הדין של בית המשפט המחוזי כנגדו הוגש הערעור הנדון, פסק בית המשפט כי: "אכן סעיף 3 לחוק קובע שאין תוקף להסכם בוררות בענין שאינו יכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים. כך לגבי הסכם שאינו חוקי, שאינו מוסרי, שנוגד את תקנת הציבור והסכם הסותר הוראות של דינים קוגנטיים, להבדיל מדינים דיספוזיטיביים. לכן צדדים אינם יכולים להתקשר בהסכם כלשהו אם הוא נוגד את החוק – תניית בוררות לגבי הסכם כזה אינה תקפה. כאשר מדובר בהסכם קבלני למכירת דירה, שהקבלן התחייב בהסכם לספק דירה לפי מפרט טכני שהוא בהתאם לחוק ולתקנות – הרי שברור שמדובר בהתחייבות חוזית תקינה לחלוטין. המפרט הטכני הוא שקובע את כל התחייבויותיו של הקבלן, ואין טענה שהקבלן התחייב למפרט שעומד בניגוד לחוק ולתקנות. הסכם בוררות בשאלה האם הצדדים קיימו את ההסכם או האם הקבלן עמד בהתחייבויותיו אם לאו – הינו תקף ובר אכיפה. ראה בענין זה דברי כב' השופטת אליעז בה"פ 1644/00: "לא תישלל סמכות הבורר לדון בנושא קונסטיטוציוני, אם למעשה מדובר בסכסוך כספי. יש לשאול האם הציווי הקוגנטי שאין להתנות עליו, בא לידי ביטוי ממשי והוא עיקרה של המחלוקת, אם לאו. והיה ובסופו של מיון הטענות תעמוד מחלוקת ממונית, תוכרע המחלוקת בבוררות...".

ליקויי בנייה הינם בבחינת אי-התאמה על פי חוק המכר (דירות), והם נוגדים גם, דרך כלל, את הוראות המפרט הטכני. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע בעניין זה כי: "העובדה שנטען כי הקבלן חרג מהתחייבותו במפרט הטכני ובנה בניגוד להסכם, תוך הפרה של תקנות התכנון והבניה, אינה הופכת את תניית הבוררות לחסרת תוקף. יש לאבחן בין מצב שמדובר בהתחייבות בלתי חוקית כגון התחייבות לבניית דירה בניגוד להוראות החוק והתקנות, התחייבות שאינה ניתנת לקיום בהיותה בלתי חוקית, ולכן איננה תקפה, והסכם בוררות לגביה אינו תקף; לבין מצב שמדובר בבניה שנעשתה בניגוד למפרט הטכני שכלל התחייבויות לגיטימיות וחוקיות, שאז מדובר בהפרה חוזית. לגבי התחייבות בלתי חוקית אין תוקף לתניית בוררות, כפי שנקבע בסעיף 3 לחוק, ואולם כאשר מדובר בליקויי בניה כמו במקרה זה - תניית בוררות בין הצדדים תקפה לחלוטין...". לסיום דבריו קבע בית המשפט המחוזי, בהדגשה, במקור, כי: "טענות בגין ליקויי בניה מטיבן הן ראויות ומתאימות ביותר להידון בפני בורר".

מאחר והערעור נמחק, והעניין לא נדון לגופו ע"י בית המשפט העליון, אין דבריו בבחינת "תקדים-מחייב", אולם מהערות-אגב שלו ניתן ללמוד מה תהיה גישתו לכשהשאלה תעלה על שולחן דיוניו בעתיד.

לסיום ניתן לומר, שהערפל המשפטי סביב השאלה שבכותרת, אשר נבע מפסיקות סותרות של הערכאות הנמוכות, התפזר ברובו, והערת-אגב של בית המשפט העליון תיהפך לתקדים-מחייב כאשר יגיע המקרה בו יידון בית המשפט העליון בשאלה לגופה. "טכניקה שיפוטית" שכזו, בו אומר בית המשפט העליון בהערת-אגב מה היא גישתו בעניין, ולו לשם העלאת הנושא לדיון ציבורי וקבלת תגובות מפי מומחי משפט, הינה טכניקה ידועה הננקטת על ידי בית המשפט העליון לא אחת, כאשר לאחר מכן, בהזדמנות הראויה, הופכת הערת-אגב להלכה פסוקה ומחייבת.

(המאמר התפרסם לראשונה בבטאון "איכות בבניה" של התאחדות הקבלנים והבונים בישראל, בגליון מס'

23 – 2/07)