

ה"בורר הנוסף" מול ה"בורר המכריע" בבוררות זבל"א

מהנדס 'ח'אל ברנר, עו"ד

משירב יזם לשלם לקבלן את מלוא השכר, כפי שהוגש על ידו בחשבון הסופי, הפעילו הצדדים את הסעיף בחוזה ביניהם אשר קבע, כי הסיכסוכים יידונו בבוררות זבל"א ("זה בוחר לו אחד, וזה בוחר לו אחד"), וכל אחד משני הצדדים מינה את עוה"ד שלו להיות "בורר" מטעמו.

משחלפו 20 חודש והבוררים לא הגיעו להסכמה ביניהם, ניסו השניים להפעיל סעיף נוסף בהסכם אשר קבע: "לא הצליחו הצדדים להגיע לפסק בוררות מוסכם ביניהם, מתחייבים אז הבוררים לבחור בורר שלישי אשר יפסוק ביניהם". כאשר גם בכך לא הצליחו להגיע להסכמה, פנו לביהמ"ש אשר מינה את הבורר השלישי.

לאחר שלוש שנים נוספות נתן הבורר השלישי פסק בוררות אשר חייב את היזם לשלם לקבלן סכום נכבד. היזם פנה לביהמ"ש המחוזי בבקשה לביטול פסק הבורר, בטענה שמאחר והבוררות היתה בוררות זבל"א, ומאחר ואת פסק הבוררות נתן הבורר השלישי בלבד, מבלי לשתף בו את שני הבוררים האחרים, הרי שיש לבטל את פסקו.

על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי, אשר קיבל את טענת היזם וביטל את פסק הבוררות, הגיש הקבלן ערעור לביהמ"ש העליון, וזה הפך את הקערה על פיה, ביטל את פסק המחוזי והחזיר את פסק הבוררות על כנו, תוך חיוב היזם ב־30,000 ש"ח הוצאות הערעור.

במסגרת טענותיהם בערעור טען ב"כ היזם, שהבורר השלישי היה "בורר נוסף", ועל כן מן הדין שפסק הבוררות יינתן על-ידי שלושת הבוררים גם יחד. חברו החזיק בדיעה, שהבורר השלישי היה "בורר מכריע", ועל כן פסק הבוררות, אשר יצא מתחת ידו בלבד, כשר.

ביהמ"ש העליון קיבל את טענות הקבלן וקבע, כי הבורר השלישי במקרה דנן היה בורר מכריע, ועל כן פסק-דינו תקף. את החלטתו ביסס ביהמ"ש על מספר הנמקות:

א. למרות שהסכם הבוררות לא קבע מפורשות שהבורר השלישי יהיה בורר "מכריע", הוא כן קבע, כי הבוררים יבחרו "בורר שלישי אשר יפסוק ביניהם".

ב. שני ה"בוררים" הנוספים לא היו אלא עורכי הדין של שני הצדדים, ומשמונה הבורר השלישי המשיך כל אחד מהם לייצג את הצד שלו בבוררות, הן בחקירות נגדיות והן בהגשת סיכומים מטעם הצד

שמינה אותו. מכך הסיק ביהמ"ש כי בדיעבד, ועל-ידי התנהגותם, קיבלו על עצמם באי כוח הצדדים להפסיק להיות בוררי זבל"א, לקבל את הבורר השלישי כבורר מכריע, ולחזור ולהיות, כל אחד, מייצגו של הצד ששלח אותו: "מכל האמור לעיל עולה, כי הצדדים היו מודעים היטב והסכימו במפורש או מכללא, ועל-ידי התנהגות, לכך שהבורר, לפחות משלב מסוים במהלך הבוררות ואילך – משמש כבורר מכריע, וכוח ההכרעה מסור בידי בלבד, וכי לעורכי הדין, בוררי הזבל"א, לא נותר בפועל מעמד של בוררים. לפיכך, אין הם יכולים לתקוף את הפסק בטענה שהיה עליו להינתן על-ידי שלושת ה"בוררים". כיצד יכולים הם לטעון באופן רציני, כי לאחר שכל אחד מהם הגיש סיכומים בשם הצד אותו הוא מייצג, עדיין מתחייב ממעמדם המקורי לעשותם שותפים להכרעה ולפסק?"

"מעמד הבורר השלישי אינו נוצר מהבל פיהם או משיכת קולמוסם של הצדדים הממנים אותו, אלא מהתנהגותם במהלך הבוררות ומכל הנסיבות האופפות אותה; ואם באלה יש כדי ללמד שעניין לנו במינוי בורר מכריע, לא יעמוד לימין הצדדים כינוי זה או אחר בו יכנוהו".

ג. ממערכת ההתכתבויות בין באי כוח הצדדים ובינם ובין הבורר השלישי השתמע, שההתייחסות אל הבורר השלישי היתה כאל בורר מכריע ולא כאל בורר שלישי נוסף. כ"כ התייחסותם של באי כוח הצדדים אל הבורר עצמו במהלך הבוררות, ובין השאר לאחר שהוא נתן מספר החלטות ביניהם לבד, מבלי שאחד מהצדדים מחה בפניו על כך, העידו, שזו הייתה כוונת הצדדים.

במסגרת פסק הדין, דן ביהמ"ש העליון בהרחבה גם במעמדם של בוררי זבל"א לפני ולאחר מינוי בורר שלישי, הן זה ה"נוסף" והן זה ה"מכריע".

"יש הגורסים, כי בבוררות זבל"א טבעי הדבר שכל בורר יצדד באינטרסים של הצד שמינהו. אולם, הגישה המקובלת מדישה את היותו של בורר זבל"א חלק אינטגרלי ממוסד הבוררות, ומכאן חובתו לנהוג בדרך אובייקטיבית ונעדרת פניות. משנתמנו בוררים שנבחרו אחד לכל צד, חייב כל אחד מהם להחליט בסיכסוך שבין הצדדים ללא משוא פנים, ללא דעה קדומה ובצורה אובייקטיבית. בורר שמאיוזו סיבה שהיא אינו מסוגל להחליט בסיכסוך כאמור, פסול מלכהן כבורר, והצד

בעניינו להיות בעלי מעמד כפול כזה נדון לכישלון".

"שונה הדבר כאשר הבורר השלישי שמתמנה הינו 'בורר נוסף' ולא בורר מכריע. במקרה זה נותר בידי בוררי הזבל"א, בפועל, תפקידם השיפוטי, ושלושת הבוררים מהווים יחדיו את טריבונל הבוררות. לפיכך, עליהם לפעול ללא משוא פנים וללא פניות, וודאי שאינם יכולים להזדהות עם אחד הצדדים ולייצג כל אחד את מי שמינהו. נדרשת מהם נייטרליות, שכן הם ממלאים תפקיד מעין שיפוטי". ■

שלא מינהו זכאי להתנגד למינויו".

על ההבדל בין בורר שלישי "נוסף" לזה ה"מכריע", אומר ביהמ"ש: "החוק – בדומה לפקודה שקדמה לו – אינו מכיל הגדרה של המושגים 'בורר נוסף', ו'בורר מכריע'. מובנם של מושגים אלה נדון בתיק ערעור קודם, שם מצויין, כי מובנם נשאב מן המשפט האנגלי. בורר נוסף (בד"כ שלישי) מצטרף אל חבר הבוררים ומחליט ביחד איתם, ואילו בורר מכריע בא במקום הבוררים, מברר את הסיכסוך ונותן החלטתו כבורר יחיד".

בפסק-דין שניתן בטרם נחקק חוק הבוררות, נדרשו השופטים לסוגיית מעמדם וחובותיהם של בוררי הזבל"א, כאשר נתמנה בורר מכריע. השופט זוסמן גרס, כי משנתמנה בורר מכריע פג כוח שיפוטם של בוררי הזבל"א והם יכולים לפעול כבאי כוח הצדדים. תפקידם כבוררים הופך להיות פורמלי, ורק לבורר המכריע תפקיד שיפוטי: "כאשר נתמנה בורר שלישי, נמשך אמנם להלכה כוח השיפוט של שני הבוררים, אך למעשה עברה ההכרעה לבורר השלישי. מה פגם יש בכך שהצדדים יראו עכשיו כל אחד את הבורר שלו כפרקליטו, המוסיף רק באופן פורמלי לכהן כבורר, ויסמכו על הבורר השלישי שיהא השופט ביניהם?"

השופט לנדוי הסתייג מהצגת הדברים האמורה. לגישתו, מובן מאליו שבורר זבל"א נכנס לבוררות מתוך עמדה אוהדת לצד שמינה אותו, אך אל לומר שתפקידו הוא לשמש פרקליט לאותו צד, אלא עליו לשקוד תמיד על גישה אובייקטיבית לנושא הסיכסוך.

עם זאת, מסכים השופט לנדוי לדבריו של השופט זוסמן כי: "כאשר נתמנה בורר שלישי, נמשך אמנם להלכה כוח השיפוט של שני הבוררים, אך למעשה עברה ההכרעה לבורר השלישי...".

השופט ח. כהן הצטרף לדברי השופט זוסמן, ככל שהם מתייחסים למצב בו מתמנה בורר שלישי או מכריע, וקבע שרק עם מינויו יכולים בוררי הזבל"א להשתחרר מחובת האובייקטיביות ולנקוט, כל אחד, בעמדת הצד אשר מטעמו הוא מונה.

לסיכום קובע ביהמ"ש העליון כי: "כאשר מתמנה בורר מכריע, אין הבוררים שנתמנו ע"י הצדדים ממשיכים להחזיק בידם כוח שיפוט והכרעה. הם יכולים להמשיך לכהן כבוררים 'פורמליים', או להפוך להיות מייצגי הצדדים שמינו אותם. בכל מקרה, אין הם יכולים ליהנות משני עולמות: גם לראות עצמם בוררים לכל דבר ועניין, ולרכוש לעצמם סמכות שיפוט והכרעה, וגם לייצג כל אחד את הצד שמינהו. מעמד דואלי כזה לוקה בסתירה וניסיונם של בוררי הזבל"א