

ערעור אורחי מס' 91/50

**בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

לפני השופטים רוזנק לבלום, זילברג, לנדוי

בערעור של: —

א	המערערת המשיב	"מדור" חברה לבנין ולפיננסים בע"מ נגד אהרן ביק
---	------------------	---

ב בוררות — השמוש בדיעתי הפרטית של הבורר או השופט — התבונה בין השמוש בדיעתי הפרטית של השופט לצורך הכרעת הספק העובדתי, לבין השמוש בה לצורך קביעת מהימנות העדים — מותר לשיפוט או לבורר, בתנאים מסויימים, להיזקק לדיעתי הפרטית, כאשר השאלה הבלתי אמצעית העומדת לפניה היא: לא מה היא האמת, אלא מי היא שהגיד את האמת — המיטיב להלכה זו.

ג אליבא דשופט לנדוי: "מסיבות המקרה" בסעיף 12 לפקודת העדות צירושן: למסיבות כפי שהן מצטיירות מדרך ההוכחות שהובאו בפני השופט במשפט, ולא כפי שהן ידועות לו ממקור חיצוני — לבני עובדה הצריכה ראיה יחידה השופט רק על פי העדויות שהובאו בפניו במשפט ולא ישמש בדיעתי הפרטית, לא במישור ולא בעקיפין בדרך העדויות על עדות — לבני עובדה שאינה צריכה ראיה אין לשיפוט להזקק לעדויות כלל ועיקר, אלא לקבוע על פי דיעתו הוא — גראה שאין ליצור טוביניום בין שני סוגי העדויות האלה — לבני הבוררות מותר לפעמים להרחיב את תחום העניינים שאינם צריכים ראיה.

פסקידין אמריקניים שהוזכרו:

ה [1] *Soper v. Conly*; (1931), 108 N.J. Eq. 370, 154 Atl. 852.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:  
יבמות, דף ק"ט ע"ב

ו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (העאפט א. מ. מ. חני) בהיק המרצה 87/50, שניתן ביום 19.6.50, לפיו נדחתה בקשת המערערת לבטל את פסק הדין המתוקן של הבורר המבריע מיום 3.3.50 בבוררות שכין המערערת והמשיב. הערעור נדחה.

טענו:

ז למערערת: י. בן-ציון  
למשיב: ו. אורגלר

10 שמינת הערעור — 19.3.51 ; יום מתן פסקידין — 25.6.51.

פסק-דין

א השופט זילברג: זה הוא ערעור, לאחר נטילת רשות, על צו בית המשפט המחוזי, ירושלים, בו נדחתה בקשת המערערת לביטול פסק דינו של הבורר המכריע.

2. וכך היה מעשה:

ב בשנת 1942, הגיעו בעלי הדין לידי הסכם, אשר תכנו אושר והועלה על הכתב, במכתב שהופנה על ידי המערערת למשיב, וזה לשונו:

ירושלים, 1 לאפריל 1942.

"  
לכבוד מר אהרן ביק  
תל-אביב.  
א. נ.

הננו לאשר בזה בכתב את ההסכם שבינינו בע"פ בקשר עם הסך — 950 לא"י (תשע מאות וחמשים) שהננו חייבים לכב'.

ד את ההלואה הנ"ל נהיה מחוייבים להחזיר לכב' בגמר שנה אחת מיום תום המלחמה הנוכחית. אבל התנה בינינו שבשעת החזרת ההלואה הנ"ל נקח בחשבון את שווי הדירה הארצי-ישראלית כדלק-מן: כל — 1000 (אלף) לא"י שווים דירה בת שלשה חדרים בכני-נים השייכים לנו והנקראים כיום בשם גן-רחביה. היינו באם מחיר דירה בת שלשה חדרים כנ"ל יהיה שווה יותר מ-1000 (אלף) לא"י ונצטרך להחזיר לכב' הפרש שכזה על כל — 1000 (אלף) לא"י אבל אם המחיר של דירה בת שלשה חדרים יהיה פחות מאלף לא"י לא ילקח דבר זה בחשבון ונצטרך להחזיר לכב' את ההלואה הנ"ל כמו שהיא מבלי כל גיכוי.

.....

בכבוד רב,  
(—) סלי קהן.

"מדור" חברה לבנין ולפיננסים בע"מ.

ז תמה מלחמת העולם, עברו שנה ויותר אחריה, ועדיין לא סילקה המערערת את חובה למשיב. הם לא הגיעו לעמק השווה בדבר היקפו של החוב: זה דורש (בפחות-מה) שוויה של דירה בת שלשה חדרים בגן-רחביה, וזו מוכנה לשלם רק את הסכום הנומינלי בצירוף רבית, — עד שלבסוף התליטו למסור את דינם:

לבוררות. היתה זו בוררות של זבל"א וזבל"א המערערת מינתה כבורר מצדה את עוה"ד גייכמן, המשיב — את עוה"ד ד"ר בר, והוחנה, כי אם שני הבוררים הללו לא יבואו לידי הסכם, יתמנה בורר מכריע על ידם. ועוד נקבע בשטר הבידורין, כי הבורר המכריע לא יהיה חייב לשמוע עדויות מחודש, אלא יהא רשאי להסתמך על העדות שנגבתה לפני שני הבוררים האחרים.

N

אחר הדברים האלה החלו שני הבוררים — ד"ר בר ומר גייכמן — לדון כתביעת המערערת, וכפי שחזו הצדדים מראש, או כפי שחששו, הם לא באו לידי הסכם, הוציאו שני פסקי-דין נפרדים, נוגדים זה את זה, אחד מסלעי המחלוקת בין הצדדים (וגם בין הבוררים) היה: מה היה, במאי 1946, שוויה של דירה בת שלשה חדרים בגן-רחביה, ירושלים, העדויות שנגבו בנוון זה לא עלו בקנה אחד. נוכח חילוקי דעות אלה, ואחרים זולתם, מינו שני הבוררים את עוה"ד אברהם לוי כבורר מכריע, וביום 22 ביולי 1949, בלי לשמוע עדויות נוספות, הוציא מר לוי את פסק דינו בסכסוך הנדון, הוא קיבל כמכונה את הערכתו של מר ראו — המומחה מטעם המשיב לפני שני הבוררים — לגבי הדירה הנדונה, קבע את ערכה למך 3000 ל"י, ובהתאם לכך, לאחר נכחי החלק העשרים (בנגד החמשים ל"י ששולמו על חשבון החוב המקורי של אלף ל"י), חייב את המערערת בתשלום סך 2850 ל"י בצירוף רכיב הוצאות.

ב

ג

3. זכאן כדאי להביא, ככתבו וכלשונו, את אחד מקטעי פסק הדין (של הבורר המכריע), בו ראה ב"כ המערערת, כפי שיתבאר להלן, את מקום התורפה של הפסק, וכך נאמר שם בסעיף 14:

T

14. נשמעו עדויות והערכות שונות ומנוגדות, ולא קל לקבוע את עדות מי יש להעדיף, אחרי שיקולים רבים אני מעדיף את עדות המומחים שנקראו על ידי התובע היה ראו ואשר, ליעתי הערכתם מתקרבת יותר למציאות לפי מצב השוק באותו הזמן, כפי שאני זוכר אותו, מכיון שלא ראיתי ולא שמעתי את העדים אין לי אמת מידה אחרת. מר ראו קובע כי ערך דירה תפוסה במאי 1946 היה — 3000 לא"י ומר אשר קבע כי ערך אותה הדירה באותו הזמן היה — 3180 לא"י. מכיון ששני עדים אלה נקראו על ידי התובע, אני נוקט ליתר זהירות את הסכום הקטן משני הסכומים הנ"ל היינו: — 3000 ל"י, וזאת מבלי לגרוע מאמנותי בכנות ההערכה של מר אשר — אני עושה זאת גם מתוך ההנחה שהצדדים השאירו לי שיקול דעת ידוע ולא קשרו אותי בכללי העדות והפרוצדורה וכו'.

H

F

Z

4. המערערת לא קיבלה על עצמה את הדין, ופנתה לבית המשפט המחוזי, ירושלים, בבקשה לבטל את פסקו של הבורר, הדין התנהל בשני שלבים: בשלב הראשון, שנסתיים ביום 21.12.49, החליט השופט המלומד להחזיר את פסק הדין לבורר המכריע, על מנת לתקנו באי אלו נקודות; לאחר שפסק הדין תוקן כמצוה,

ביקשה המערערת מחדש לכטלו, אך בית המשפט לא נענה לה, וביום 19.6.50 דחה את בקשתה, הוא עשה כן על סמך הנימוקים שפורטו על ידו בפסק דינו הראשון, ועל פסק דין שני זה – הוצי' מיום 19.6.50 – מערערת כיום המערערת לפנינו, לאחר נטילת רשות כאמור.

א

5. טענות רבות הושמעו באוזנינו על ידי ב"כ המערערת, אך מכל הטענות הללו רק אחת צריכה לפנינו, והיא: כי הבורר המכריע השתמש באן בידיעתו הפרטית להכרעת השאלות העובדתיות שנדונו לפניו. טענה זו מקורה נעוץ בסעיף 14 של פסק דינו של הבורר, הסעיף שצוטט על ידי לעיל. דבריהם של שתי כתי עדים, המכחישות זו את זו, היו לנגד עיני הבורר, והוא הכריע ביניהן על סמך ידיעתו הפרטית, שכן הוא אומר: „לדעתי הערכתם (של ראו ואשר) מתקרבת יותר למציאות לפי מצב השוק באותו זמן, כפי שאני זוכר אותו“ (ההדגשה שלי), ולא יעשה כן בבוררותינו – כך טוען ב"כ המערערת – כי דינו של בורר כדינו של שופט, ואין שופט רשאי להשתמש בידיעתו הפרטית, אלא אם כן הדבר הוא מן „המפורסמות“, שאינן צריכות ראיה (judicial notice בלע"ז).

ב

ג

6. טענה זו רצינית היא, אך בסופו של דבר נראה לי, כי יש לדחותה גם אם נניח – ועדיין ספק הוא בעיני – כי אין כל הבדל בין שופט לבורר לגבי השאלה הנדונה. תשובה קולעת לכך ניתנה בפסק דינו (הראשון) של השופט המלוי-מר, והרי תשובתו:

ד

„... הבורר המכריע לא עשה הערכה על סמך זכרונו האישי והיב על פיה מבלי לשמוע עדות, הוא רק נימק מדוע הוא העדיף מסכת עדויות אצת על רעותה.“ (ע' 5).

ה

האמת ניתנה להאמר: בקראי את דבריו אלה של השופט המלומד, התרשמתי, אמנם, מדקות התבונה שבהם, אך לכי נקפני במקצת, ולא נתקרה דעתי, עד שמצאתי להם חוק וסמוכין בפסק דין אחד, אמריקני, משנת 1931. (Soper v. Conly, 108 N.J. Eq. 370, 154 Atl. 852, [1].) שזעבא בספרו הידוע של וינגמר, דיני עדות, הוצאה שנית, כרך משלים, סעיף 2569, ע' 1229.

ו

באותו משפט התעוררה כנראה השאלה, כיצד נהגים „גוהגים“ – תרתי משמע) בדרכים המובילות אל האגם, וכך נאמר שם על ידי השופט ברי (Berry):

„בעוד אשר ידיעתי הפרטית אינה בגדר עדות, ואין אני יכול לראות כ„מפורסמות“ את העובדות הנובעות מידיעתי הפרטית, הרי, אף על פי כן, אותה ידיעה מאפשרת לי להפלות בין הנודים אשר אמת דיברו בנקודה זו, לבין העדים שלא עשו כן. ידיעתי שלי אנכי היא... כי דרכי הנהיגה מסכיב לאגם נחסמרי (ההדגשה במקור).“

ז

7. ואכן יש הגיון רב וטעם רב ברעיון משפטי זה. כפי שנראה מיד, גבון הרבר: אסור לשופט להשתמש בידעתו הפרטית (שאינה מן ה"מפירסמות"), כדי לחרוץ משפט כעובדות השנויות במחלוקת לפניו. אך במה דברים אמורים? כאשר ידיעתו זו מהיזה גורם — יחידי או נוסף — בעצם הכרעתו של הספק הודו, ולא כשהיא משמשה רק מדריך, מודד או מגיע, בהערכת מהימנותם של חונרי העדות האחרים. כי מה טעם אין ליחס משקל של עדות לידעתו הפרטית של השופט? הטעם הוא, כי כל עדות הבאה לשמש ראיה בדין, צריך שתבא להיות וחשופה לעיני כל, נתונה לאפשרות של חקירה ודרישה סותרת — ביתר דיוק; נתונה לאפשרות של הכחשה והזמה מצד מי שטוען כי אין אמת בה — והנאי זה, כנראה בעליל, אינו מתקיים לגבי ידיעתו הפרטית של השופט, אשר כל כבודה בקרב לבו פנימה. והיא אינה מופיעה מן השפה ולחוץ. רעיון זה איננו תופס, כאשר יצויות שתי פרשיות-עדויות המכחישות זו את זו, כל אחת מהן כשרה בפני עצמה. אך, במיכן, לא כל אחת מהן נכונה, וידעתו הפרטית של השופט מופיעה: לא כתוספת-ראיה הבאה להפרי את שווי המשקל שביניהן, אלא כמכשיר נפשי, פסיכולוגי, העשוי להגביר, או להחליש, בלבו את רחשי האמון לאחת מכתו העדים.

כי שאלת מהימנותם של העדים, היא דבר המסור ללב לבו של השופט, הוא אינו הייב לאדם דין חשבון זל כך, ולפעמים אף לעצמו לא יגדיר את גורמיו ומחולליו של חוסר-אמינו, מי מדד בשעלו את „התנהגותו“ של העד — זה ה"דemeanour" המפורסם של סעיף 12 לפקודת העדות (פרק ב"ד) — ימי שקל בפלס את שיעור הנאמנות שבו? באן, על ברתך, משהרע בר גרוב לאומדותיו של השופט, ל"שודא" שלה, לאותם ה"אימפוגדרביליה" הכלתי בשקלים ובלתי נמדדים, הדברים „הסמויים מן העין“, שלא תמיד מגיעים הם לתודעה של השופט, ולעתים קרובות מוצי לים תחזות לסף התבררה שלה, לא תמיד יוכל אדם להפכיר, מדוע אינו מאמין לדברי חברה, ולא תמיד יהא מסוגל להצביע על מקור החשדנות שלה, יען כי לגבי רחשי אמון או איראמון בדברי הוולת, הקובע והמכריע הוא: ררושם הכלני שקיבלת מן האיש ומן שיחו גם יחד; ורושם זה כוהו יפה בשלמותו ותמימותו דוקא, והוא נפגם ומיטשמש על ידי ניתוח, שכלי-אנליטי, של חלקיו הבודדים, ואם כך הוא הדבר, אם כל ההתרשמות הנפשית הפנימית הלזו — והיא ודאי אינה נתונה לחקירה ודרישה על ידי מישהו אחר — כשרה ומותרת לשופט, בבואו לשקול ולהעריך את מידת מהימנותם של העדים, מדוע יאסר עליו דוקא להכריע כנדון זה, ובנדון זה בלבד, על סמך ידיעתו האישית באחד מפרטי העובדות?

8. הנלקט מכל האמור הוא: ידיעתו הפרטית של השופט איננה כשרה כעדות; אסור לו לקבוע במישרין על פיה את המציאות העובדתית של המקרה; אבל מותר לו להזקק לידיעת זו, ולעשותה נד לרגליו, כאשר השאלה (הבדתי אמצעית) העומדת לפניו היא: לא מה היא האמת, אלא מי הוא שהגיד את האמת, ברור ומובן מאליו.

\* שיזא נדיני (כתובות דף ס"ה ע"ב) — „הסלת הדיינים“, היינו הכרעת הדיינים במשפט. — 796 —

כי גילוי דובר האמת, תגלה בסופו של דבר גם את האמת עצמה, אבל אמת זו תיקר בע, במישרין, לא על סמך ידיעתו הפרטית של השופט, אלא על פי עדותם, הכשרה לכל הדעות, של העדים הזרים.

א 9. וכאן המקום להעיר הערה אחת, מעין דברי אזהרה לתקנת הרבים: הבחנה זו — בין השימוש בידיעתו הפרטית של השופט לצורך הכרעת הספק העובדתי, לבין השימוש בה לצורך קביעת מהימנות העדים — ברורה, אמנם, מאד מבחינה רעיונית, אך לא תמיד ייקל להשתמש בה הלכה למעשה. חייב השופט לנהוג זהירות כפולה ומכופלת בשאלה עדינה זו, ולבדוק יפה יפה, אם לא חטא או שגה בערובי פרשיות וחילופי מושגים. על כגון זה מותר לאמר, בלשון חז"ל: «לעולם יראה דין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין יריכותיו» (יבמות, דף ק"ט ע"ב). הסכנה הנשקפת לו היא: שמא יתחלף לו בין הכרעה בשאלת המהימנות, לבין הכרעה בעצם הענין, ונמצא מכניס שלא מדעת את ידיעותיו כראיה לחומר הדיון; כי התחומין גובלים, ולא רחוקים הדברים זה מזה, לכן סבור אני, כי יש לתת סייג להלכה זו, והיא: כי אין להשתמש בה, אלא אם כן כפות מאוזני העדים מעויינות בהחלט — «מעויינות», עד כמה שבן תמותה מסוגל להעריך את הדבר — ואין לו, לשופט, כל מכשיר אחר לגילוי דוברי האמת שבהם. זאת ועוד: השופט ייטיב למנוע עצמו מן השימוש בידיעתו הפרטית, או מלהשתתף בדיון בכלל, כאשר נשוא הדיון הוא: מאורע מסוים שקרה בנוכחותו, הואיל ובמקרה כזה «אמת» ו«אמונה» הן היינוהן, ואין שקילת המהימנות מהווה ההליך קודם לקביעת העובדה, ואמנם במקרה דנן, כפי שאנו רואים מגוף הפסק, לא התעלם הבורר המכריע מסייגים מחמירים אלה: ידיעתו בענין היתה מסוג הידיעות הכלליות (או: נסיון החיים), והוא מדגיש בפירושו, כי מכיון שלא ראה ולא שמע את העדים, לא היתה לו אמת-מידה אחרת להעדפת אחת הגירסאות. מכאן, כי הבורר המכריע ידע היטב לשמור על תחומי ההלכה, ולא השתמש בידיעתו הפרטית אלא לצורך ההכרעה בשאלת המהימנות בלבד.

10. המסקנה שהגעתי אליה, איפוא, היא, כי הבורר המכריע כדן נהג, ואין לבטל את הפסק שניתן על ידו.

לפיכך סבור אני, כי יש לדחות את הערעור.

השופט לנדור: אני מסכים שיש לדחות את הערעור, אולם עלי לרשום בכל רחשי הכבוד כמה דברי הסתייגות מהגאמר בפסק-דינו של כב' השופט ד"ר זילברג, על השימוש שהשופט רשאי לעשות בידיעתו הפרטית, כדי להסיק את מסקנותיו במשפט.

גם אני סבור, כי יש הבדל בין הדרכים המותרות להוכחת העובדות השנויות

במחלוקת, לבין הדרכים בהן שוקל השופט את ההוכחות אשר הובאו בפניו. הכל מסכימים, כי רק במקרה אחד מותרת ידיעתו הפרטית של השופט להוכחת עובדה השנויה במחלוקת, היינו כשהעובדה היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה, מפני שהיא גלויה וידועה לא רק לאותו שופט, אלא לכל אדם בעל השכלה רגילה ונסיון רגיל בחיים, תחומי „המפורסמות“ אינם מוגדרים הגדרה מדוייקת, למשל, באנגליה הוחלט, כי לבורר בעניני פיצויים לפועלים מותר לראות את תנאי שוק העבודה המקומי ותנאי חייהם של העובדים במהווה כענינים שאינם צריכים ראיה (ראה הלסבורי – הילשם, כרך 13, עמוד 622, הערה (ח)), באשר לשקילת ערך ההוכחות על ידי השופט, ובפרט הערכת העדויות שניתנו בעל פה, מורה הסעיף 12 של פקודת העדות (פרק נ"ד), כי בית המשפט יחליט על ערכן של עדויות בעל פה ועל מהימנותם של עדים „על פי התנהגות העדים, מסיבות המקרה וסימני האמת המתגלים במשך המשפט“ – על פי נתונים אלה, ולא על פי אחרים, רבות נכתב על מהותו של אותו תהליך שכלי ונפשי בו מעריך השופט את ערך העדויות שניתנו בפניו, אין השופט חייב לרשום בהחלטתו את פרטי התהליך הזה, כדאי יהיה לפעמים מושפע מגורמים אשר אינם ניתנים להישקל ולהימדד, אולם לעולם ייזהר ולא יעריך עדויות על פי הרגשות סתומות ועמומות, אלא ישתדל להעלות את שיקוליו מעל לסף תודעתו ולנתח את העדויות לאור ההגיון והשכל הישר, על כל פנים נראה לי, שגם בתהליך זה של שקילת העדויות רשאי השופט להשתמש בנטייתו הכללי כאדם וכשופט, ולא באינו ידיעה פרטית מיוחדת על הענינים השנויים במחלוקת, אשר רכש לו במקור אחר חוץ מאלה הנזכרים בסעיף 12 הנ"ל. „מסיבות המקרה“ באותו סעיף – פירושו: המסיבות כפי שהן מצטיירות מתוך ההוכחות שהובאו בפני השופט במשפט, ולא כפי שהן ידועות לו ממקור חיצוני.

אין כל דמיון בין השימוש בידיעה פרטית, המתיחסת במישורין לעובדה השנויה במחלוקת לבין השימוש בגורמים הסמויים מן העין לשם הערכת העדויות, ואין להתיר את הראשון רק משום שמתירים את האחרון. מצד שני, אינני רואה הבדל של ממש בין השימוש בידיעתו הפרטית של השופט לשם קביעת עובדה, ובין השימוש בה לשם העדפת עדות על עדות. הרי בו ברצף שמתירים לשופט להשתמש בידיעתו הפרטית, על כרחו יגבר הגורם הזה על כל דברי העדות אשר שמע. שוב תיקבע העובדה לא על סמך דברי העדות, אלא על סמך ידיעת השופט, והעדויות תיעשה מיותרת, לא יתכן שכמות המאזניים תהיינה מעויינות במסיבות אלו, כי מלכתחילה יגש השופט לאותו ענין בדעה קדומה המושפעת מידיעתו הפרטית, ואותן הסכנות שבצטיין אוסרים שימוש ישיר בידיעתו הפרטית צפויות גם מהשימוש העקיף באותה ידיעה לשם העדפת עדות על עדות; גם כאן עלול השופט להיכשל בטעות, ומכיון שיוכל לשמור את ידיעתו הפרטית בלבו עד לסוף המשפט, תישלל האפשרות של גילוי טעות באותן דרכי החקירה והדרישה בהן מתגלית טעותו של עד רגיל; גם כאן יכול גורל המשפט להיות הלוי בכך אם אותו שופט הדין במשפט יודע משהו על הענין הגדון מידיעתו הוא.

קיצורו של דבר: או שעובדה מסוימת צריכה ראייה או שאינה צריכה ראייה. לגבי הסוג הראשון של עובדות יחלים השופט רק על פי העדויות שהובאו בפניו במשפט, ולא ישתמש בדיעתו הפרטית. לא במישור ולא בעקיפין בדרך העדפת עדות על עדות; לגבי הסוג השני אין עליו להזיקק לעדויות כלל ועיקר, אלא יקבע את העובדה על פי ידיעתו הוא. נראה לי שאין ליצור סוג-כיניים בין שני הסוגים האלה.

האמור עד כה חל על שופט. אני נוטה לדעה, שבבוררות מותר לפעמים להרי-  
חוב את תחום הענינים שאינם צריכים ראייה, וחומרת ההלכה האנגלית — שבורר  
קשור בדרך כלל על ידי דיני הראיות הנהוגים בבית-המשפט — אינה דולמת  
את תנאי החיים במדינתנו. יש לציין, שההלכה במשפט האמריקני היא שונה, כי  
שם מותר לבורר לקבוע עובדות על פי ידיעתו הפרטית (עין ב' Corpus Juris  
Secundum כרך 6, ע' 203). יש ובעלי דין פונים לבורר מומחה במקצוע מסוים  
על מנת שהבורר ישתמש דוקא בדיעתו המקצועית המיוחדת. אין טעם למנוע  
מבורר כזה את הזכות להחליט על פי ידיעתו זו. אולם בערעור זה אין צורך לפסוק  
על פי טעם זה, כי כאן הסכימו הצדדים במפורש בשטר הכירורין כי "הבוררים  
לא יהיו קשורים לא לחוק המטריאלי ולא לכללי העדות והפרוצדורה האזרחית  
המקובלים בבתי המשפט הממשלתיים בא"י, נוסח התנאי המפורש הזה, אין ספק  
שהצדדים שחררו את ידי הבוררים, ובכלל זה גם הבורר המכריע, מכבלי דיני  
הראיות, והבורר המכריע, שהוא עורך-דין בעל נסיון, היה רשאי להשתמש בדיעתו  
הפרטית על מחירי דירות בירושלים לשם קביעת מחיר הדירה בזמן הנדון, ומה  
גם שלא היה חייב לשמוע את העדים מחדש, ולא שמע אותם בפועל, אלא סמך על  
רשימותיהם של שני הבוררים האחרים.

השופט דונקלבלום: הנני מסכים לפסק דינו של חברי השופט ד"ר זילברג  
על כל נימוקיו.

לדעתי אין לקחת בחשבון, לשם פתרון השאלה שלפנינו, את והוראה בשטר  
הכירורין, הקובעת שהבוררים אינם קשורים בכללי העדות והפרוצדורה, סבורני,  
שהוראה זו איננה מתירה שמיעת עד שלא בנוכחות הצדדים או בנוכחות צד אחד  
בלבד, שמיעת עד בתנאים כאלה היא פגיעה ביסודות האלמנטריים של כל דיון,  
והעובדה שהצדדים קבעו שהבורר אינו קשור בכללי העדות והפרוצדורה אינה  
מתירה פגיעה כזאת. החלטת שופט המבוססת על ידיעתו הפרטית דומה יותר לשמיר  
עת עד שלא בנוכחות צד, שכן השופט דן על סמך חומר עובדתי שאיננו ידוע  
לצדדים ושלא היתה להם ההזדמנות לסתרו או לכארו ומשום כך אין לבסס את  
החלטתנו על ההוראה הנ"ל בשטר הכירורין.

לשם ברור השאלה שלפנינו, יש לציין כי:



- א. הבורר המכריע היה מוסמך להכריע בין הבוררים על סמך הפרוטוקולים ולא היה מחוייב לגבות עדויות מחדש.
- ב. הבורר המכריע לא קבע שום עובדה חדשה, אלא הסתמך על החומר העובדתי שהובא לפניו, אמנם, היו גם עדויות סותרות. והוא מצא לנכון להכריע בין העדויות האלה על סמך ידיעתו הפרטית.
- ג. הבורר המכריע הוא עורך דין בעל ניסיון בענינים מסחריים.

- העובדות השנויות במחלוקת נגעו לענינים הידועים היטב לאנשי המקצוע. כגון עורכי-דין, שמאים, פקידי משרד ספרי האחוזה, קבלני בנין וכדומה. אינה דומה ידיעה כללית ביחס לעובדות כאלה לידיעת עובדה מסויימת על פי ראייה או שמיעה. היינו — על סמך נוכחות בשעת המעשה העומד לדיון. במקרה האחרון ברור, כי בורר — גם אם ישנה הוראה דומה להוראה הנ"ל בשטר הבירורין — אינו רשאי לקבוע עובדה מסויימת על סמך ידיעתו הפרטית, שהיא ידיעת-עד ואיננה מסוג הידיעות הכלליות הידועות לחוג רחב של אנשי מקצוע והאנשים הקרובים לו. לפני מר לויך היה פרוטוקול, הכליל את העדויות הסותרות שנמסרו על ידי המומחים שהעידו מטעם שני הצדדים. מסתבר, כי אילו היה נוכח בזמן גביית העדות היה ביכולתו לחקור את העדים ולהביא לתשומת לבם עובדות הידועות לו בדבר השאלות שעמדו בדיון. אבל בדונו על סמך הפרוטוקולים, הרי אמת-המידה היחידה, שהיתה נתונה לו, להכרעה בין המומחים השונים, היו רק נסיונו וידיעותיו הכלליות כנ"ל.

- אין ספק, שמר לויך בעמדו לפני השאלה במי מהמומחים לתת אימוץ, חזות דעתו של מי מהם לקבל, לא היה יכול להימנע ושום שופט לא היה יכול להימנע. מלמוד את דברי המומחים לאור נסיונו הוא, נסיון המכוסס על ידיעות אשר רכש לו ואשר, אם אמנם אפשר שאינן בתלת הכל, על כל פנים, הן ידיעות לחוג רחב של תושבי המקום, שהיה לו מגע בעניני קניית נכד"צ ומכירתם, ובוראי שאין לפסול את החלטת הבורר המכריע, רק משום שהוא לא העלים את תהליך מחשבתו, שהגו תהליך טבעי ונורמלי לגמרי לגבי כל שופט העומד להחליט על בעיה דומה באותן המסיבות; שאם לא תאמר כן, הרי האנשים היחידים שיהיו כשרים לשבת בדיון יהיו בני אדם התלושים לגמרי מחיי המציאות.

לפיכך הוחלט לדחות הערעור ולאשר את הצו של בית המשפט דלמטה. המש"ב ישלם למערערת סך חמשים לירות כהוצאות המשפט ושכ"ט עורך-דין (כולל).

ניתן בפומבי היום, כ"א בסיון, תשי"א (25.6.51).

בהעדר המערערת וב"כ

ובמעמד עו"ד בוצוסון, לפי העברה מעו"ד אורגלר, בשם המשיב.