

בעקבות רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי: על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד ועל עדות מגשר בבית משפט

עומר שפירא*

לאחרונה חיווה בית המשפט העליון את דעתו בעניין לוי כי ככל שצדדים לגישור הסכימו לכך, "אין מניעה עקרונית כי עורך דין ששימש כבא כוחו של אחד הצדדים ישמש כמגשר", וכי ניתן להעיד את המגשר בהסכמת הצדדים, מכיוון ש"החסיון אינו של המגשר, אלא של הצדדים". המאמר בוחן אמירות אגב אלה באופן ביקורתי, בשל החשש שהן יובנו ויתפרשו על ידי מגשרים, עורכי דין ושופטים באופן שיצמצם את תחולתו של איסור ניגוד העניינים החל על מגשרים ויקל את זימונם של מגשרים לעדות, תוך פגיעה במוסד הגישור ובהתפתחותו בישראל. המאמר בוחן את כלל ניגוד העניינים החל על מגשרים; מציע לראותו כחל על כלל המגשרים – בין כאלה שמונו לתפקידם על ידי בית המשפט ובין כאלה שמונו על ידי הצדדים – באמצעות הכרה של הדין הישראלי בחובת אמון משפטית של מגשרים כלפי צדדים לגישור; ומראה כי קיימת מניעה שעורך דין המשמש בא כוחו של אחד הצדדים ישמש מגשר, גם אם הצדדים הביעו הסכמה מפורשת שהוא יגשר בעניינם, וכי גם מצב שבו המגשר שימש בעבר בא כוחו של אחד הצדדים מחייב בחינה זהירה. נוסף על כך המאמר בוחן את הסוגיה של העדת מגשר, וטוען כי אמירת בית המשפט בעניין לוי שלפיה הצדדים הם בעלי החיסיון לגבי עדות המגשר ועל כן הם רשאים לוותר עליו אינה מתחייבת מפסיקות קודמות של בית המשפט העליון. המאמר טוען עוד כי היה ראוי לקבל החלטה בסוגיה זו על בסיס דיון בשיקולים הרלוונטיים להעדת מגשר, המוצגים במאמר, תוך מתן משקל הולם לחשש שעדויות מגשרים לגבי הליכים שניהלו כמגשרים יסכנו את אמון הציבור בהליך הגישור ובתפקיד המגשר, ויפגעו בנכונותו של הציבור להמשיך להשתמש

* מרצה בכיר, הקריה האקדמית אונו. תודה לגבריאל הלוי, ללימור זר-גוטמן ולאלעד פינקלשטיין על הערותיהם המועילות לגרסאות קודמות של המאמר. תודה מיוחדת לחברי מערכת כתב העת **משפט ועסקים** על הערותיהם הענייניות ותורמתם לגיבוש הגרסה הסופית של המאמר. האחראיות לתוכן הדברים של המחבר בלבד.

בהליכי גישור. המאמר קורא לחשיבה מחודשת לגבי אמירותיו של בית המשפט העליון בעניין לוי, ומציע פרשנות חלופית לאמירות אלה, אשר יש לקוות כי תאומץ על ידי בית המשפט בעתיד.

מבוא

פרק א: ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

1. תמצית העובדות של רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי
2. ניגוד עניינים: רקע תיאורטי
3. איסור ניגוד עניינים של מגשר
 - (א) תחולת הכלל על מגשרים בישראל
 - (ב) פרשנות הכלל: בין ניגוד עניינים קל לניגוד עניינים קשה
4. מן הכלל אל הפרט: ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד
 - (א) קריאה ראשונה של פסק הדין – המגשר שימש בו בזמן בא כוח של אחד הצדדים
 - (ב) קריאה שנייה של פסק הדין – המגשר שימש בעבר בא כוח של אחד הצדדים
 - (ג) סיכום הכלל לעניין ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

פרק ב: עדות מגשר לפני בית המשפט

1. רקע: בין סודיות, חיסיון ואי-קבילות
2. החיסיון של הליך הגישור בישראל
3. החידוש והקושי שבעניין לוי
4. שיקולים לעניין אי-העדת מגשר
5. מן הכלל אל הפרט: בחזרה לעניין לוי ולהתייחסותו של בית המשפט לעדות מגשר

סיכום

מבוא

בית המשפט העליון ממעט לעסוק בנושאים הקשורים להליך הגישור, באשר אלה אינם מזדמנים לפתחו באופן תכוף. במקרים שהובאו לפניו התייחס בית המשפט בחיוב להליך הגישור, והכיר בחשיבותו ככלי לסיום מחלוקות לצד ניהול הליכים בבתי המשפט, ובקיומו של אינטרס ציבורי בפתרון סכסוכים בהסכמה, ללא היזקקות להכרעה

שיפוטית.¹ רוב הסוגיות שאליהן נדרש עד כה בית המשפט העליון בהקשרו של הליך הגישור עסקו בהיבטים שונים של החיסיון החל על מסמכי הגישור.² בעניין לוי, העומד במוקד מאמר זה, התייחס בית המשפט העליון לראשונה לשתי סוגיות חדשות אשר טרם נדונו לפניו: אפשרות מינויו של עורך דין של אחד הצדדים למגשר למרות היותו במצב של ניגוד עניינים; ואפשרות מסירת עדות על ידי מגשר למרות קיומו של חיסיון להליך הגישור. בית המשפט חיווה את דעתו כי ככל שהצדדים הסכימו לכך, "אין מניעה עקרונית כי עורך דין ששימש ככא כוחו של אחד הצדדים ישמש כמגשר"³ וכי ניתן להעיד את המגשר בהסכמת הצדדים מכיוון ש"החיסיון אינו של המגשר, אלא של הצדדים".⁴ אמירות אלה, למרות היותן אמרות אגב, עלולות להתקבל ולהתפרש על ידי מגשרים, עורכי דין ושופטים כאמירות עקרוניות, באופן שיפגע לדעתי בעקרון ניגוד העניינים החל על מגשרים ויקל את זימונם של מגשרים לעדות ואת חיובם להשיב על שאלות כאשר הצדדים מעוניינים בכך, תוך פגיעה במוסד הגישור ובהתפתחותו בישראל.

איסור ניגוד עניינים הוא עקרון יסוד של המשפט הישראלי, הקיים הן בתחומי המשפט הציבורי והן בתחומי המשפט הפרטי.⁵ העיקרון מוכר במקצועות שונים, כגון שיפוט, עריכת דין, רפואה, ראיית חשבון, בוררות וגישור. לעיקרון זה יש בסיס תיאורטי הקושר בין ניגוד עניינים לבין יחסי אמון, שליטה בענייניו של אדם אחר ותלות, והוא נועד להבטיח הפעלה ראויה של שיקול דעת מקצועי ושמירה על אמון הציבור בבעלי המקצוע. עקרון ניגוד העניינים חל על מגשרים, והוא נדון בהרחבה בספרות המקצועית העוסקת בגישור וכן בחוות דעת של ועדות אתיקה למגשרים בארצות הברית. על בסיס מצע תיאורטי זה המאמר דן באופן ביקורתי באמירה כי אין מניעה עקרונית שבא כוח של צד ישמש מגשר; מציע לראות באיסור ניגוד העניינים כלל החל על כל המגשרים –

- 1 ראו, למשל, רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 6.3.2013); בע"מ 8769/08 פלוני נ' פלונית, פס' י לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.12.2008); רע"א 6828/04 מרטין נ' פוליטנסקי, פס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 14.9.2004); רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי, פ"ד סא(2) 634, פס' 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006).
- 2 ראו להלן תת-פרק 2. יוצא דופן הוא עניין פלוני, שם, שעסק בבקשה של צד לגישור לתת תוקף של פסק דין להסכם שהושג בהליך גישור ונחתם על ידי הצדדים. בפסק דין זה הראה בית המשפט העליון נכונות להכיר בדיני גישור ייחודיים השונים מדיני החוזים, וקבע, מפני השופט רובינשטיין, כי "על הסכמות שנוצרות במסגרת הליכי גישור חלה – במקביל לדיני החוזים – גם מערכת דינים ייחודית (דיני הגישור)", שאינה מאפשרת החלה רגילה של דיני החוזים" (שם, פס' כג). השופט רובינשטיין הסביר כי "הרצון להבטיח הליכי גישור יעילים, והוראות הסודיות והחסיון הנובעות מכך – יביאו לעתים לתוצאה, שהסכמה שבנסיבות אחרות אולי היתה מחייבת – לא תהיה בת אכיפה" (שם). בהמשך הוא קבע כי "הסכמה חוזית להסדר גישור אינה כוללת הסכמה למתן תוקף של פסק דין – אלא אם כן נכתב בהסדר הגישור במפורש אחרת" (שם, פס' כו).
- 3 רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 21.5.2015).
- 4 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.
- 5 ראו להלן תת-פרק 2 וההפניות שם.

בין כאלה שמונו לתפקידם על ידי בית המשפט ובין כאלה שמונו על ידי הצדדים – בין היתר באמצעות הכרה של הדין הישראלי בחובת אמון משפטית של מגשרים כלפי צדדים לגישור; מבחין בין ניגוד עניינים חמור המסכן את מעמדם של הליך הגישור ומקצוע הגישור, אשר אין להתירו גם בהסכמת הצדדים, לבין ניגוד עניינים קל, שהצדדים רשאים להכשירו; מיישם הבחנה זו על מגשרים עורכי־דין; ומציע כלל שלפיו מגשר עורך־דין אינו רשאי לשמש בו בזמן בא כוחו של אחד הצדדים ומגשר, בעוד עורך דין ששימש בעבר בא כוחו של אחד הצדדים יכול לשמש מגשר בהסכמת הצדדים, בתנאי שניגוד העניינים של המגשר בנסיבות המקרה אינו ניגוד עניינים חמור.

הסוגיה הנוספת שהמאמר עוסק בה היא מסירת עדות על ידי מגשר בבית המשפט, הכרוכה בשאלת החיסיון החל על הליכי גישור והיקפו. גם בנושא של חסיון הגישור קיימת כתיבה בישראל ובחוץ לארץ שיש לה השלכות לגבי העמדה בשאלה אם ראוי להתיר למגשרים להעיד בנוגע למקרים שבהם טיפלו ובאילו תנאים ראוי להתיר זאת. המאמר טוען כי תשתית תיאורטית זו לא נבחנה על ידי בית המשפט לעומקה, מציע קריאה מחודשת בפסיקות שנתן עד היום בית המשפט העליון בנוגע לחיסיון של הליך הגישור, וקורא לחשיבה מחודשת בנוגע לאמירה כי החיסיון של הליכי הגישור שייך לצדדים לגישור. המאמר מציע, על בסיס שיקולים שלא נדונו בפסיקת בית המשפט, להכיר בזכות המגשר לחיסיון מפני עדות גם כאשר הצדדים מבקשים להעיד אותו, תוך הכפפתה לשיקול דעתו של בית המשפט, ומבקש להעביר מסר שלפיו על בתי המשפט להימנע ככל האפשר מלהתיר עדויות מגשרים לגבי הליכים שניהלו כמגשרים, גם אם הצדדים הסכימו למסירת העדות, וזאת בשל החשש שעדויותיהם יסכנו את אמון הציבור בהליך הגישור ובתפקיד המגשר, ויפגעו בנכונותו של הציבור להמשיך להשתמש בהליכי גישור.

על פי תפיסתי, הגישור הוא הליך הסכמי בעיקרו המבוסס במידה רבה על העיקרון של חופש בחירה ואוטונומיה של הצדדים. למרות זאת אי־אפשר לקבוע שעיקרון זה גובר תמיד על אינטרסים וערכים אחרים, מכיוון שהליך הגישור אינו "שייך" רק לצדדים, אלא נועד לשרת אינטרסים של כלל הציבור, של מקצוע הגישור וגם של מערכת הצדק, ולכן יהיו מקרים שבהם ערכים ואינטרסים חיצוניים לצדדים יגברו על חופש הבחירה של הצדדים. במוקד הביקורת המובעת במאמר עומדת ההערכה כי בית המשפט העניק למרכיבי הוולונטריות והסכמת הצדדים העומדים בבסיס הגישור משקל רב יתר על המידה, ובכך התעלם משיקולים הנוגעים במעמדם של מוסד הגישור והמגשר, הגוברים לעיתים על רצון הצדדים. נוסף על כך מועלית הסברה כי ייתכן שבית המשפט, אשר באופן טבעי מכיר היטב את צורכי ההליך השיפוטי ואת תפקידם של עורכי הדין, היה מודע פחות לתפקיד המקצועי החדש יחסית של המגשר ולצורך להגן על מעמדו ועל מוסד הגישור. המאמר לא נועד לקיים דיון מקיף וכוללני בסוגיית ניגוד העניינים בגישור, אשר למרות חשיבותו אינו נדרש למטרות המאמר, וגם לא בסוגיית הסודיות והחיסיון של הגישור, שזכתה בעיון מעמיק בכתיבה הישראלית.⁶ מטרתו לשכנע את בית

6 ראו רונית זמיר "החיסיון בין מגשר לבין צדדים לגישור" ספר אורי קיטאי – אסופת מאמרים

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

המשפט העליון ואת השופטים, המגשרים ועורכי הדין כי אמירות האגב של בית המשפט העליון בעניין לוי הן תחילתו של דיון, ולא סופו, להניח תשתית לדיון זה, ולהציע פרשנות חלופית לאמירותיו של בית המשפט, אשר יש לקוות כי תאומץ על ידיו בעתיד. פרק א יפתח בפרישת התמצית העובדתית של עניין לוי ובהצגת אמירותיו של השופט עמית שהמאמר מתמקד בהן, ובמהלכו תיבחן הפרשנות שנתן השופט עמית לחובת ניגוד העניינים החלה על מגשר-עורך-דין, אשר הובילה אותו למסקנתו כי אין מניעה עקרונית שעורך דין שייצג צד ישמש מגשר אם הצדדים הסכימו לכך. תחילה יוצג הרקע התיאורטי של כלל ניגוד העניינים, מקורותיו ותכליותיו. לאחר מכן תיבחן תחולת הכלל על מגשרים, בין שמונו לתפקידם על ידי בית המשפט ובין שמונו על ידי הצדדים, ותוצע פרשנות של הכלל ההולמת את מטרותיו על בסיס השוואה בין הסדר ניגוד העניינים למגשרים המצוי בתקנות הגישור⁷ לבין הסדרי ניגוד עניינים מקבילים שאומצו בישראל ובמדינות שונות בעולם. פרשנות זו, להבדיל מפרשנותו של השופט עמית, מבדילה בין מצבים שונים של ניגוד עניינים בהתאם לעוצמתם ולהשפעתם על מעמדו של מוסד הגישור. בשלב הבא תיושם פרשנות מוצעת זו על המקרה של מגשר-עורך-דין, ויוצעו שתי קריאות חלופיות של עניין לוי: האחת מתייחסת למצב שבו המגשר משמש בו בזמן מגשר ובא כוחו של אחד הצדדים; והאחרת מתייחסת למצב שבו המגשר שימש בעבר בא כוחו של אחד הצדדים. בסיום חלק זה יוצע, על בסיס הניתוח שהוצג בו, כי מגשר אינו רשאי לשמש בו-זמנית בא כוחו של צד לגישור, ויידונו התנאים שבהם מגשר אשר שימש בעבר בא כוחו של צד יהיה רשאי, בהסכמת הצדדים, לשמש מגשר בעניינם. פרק ב ינתח באופן ביקורתי את אמירתו של השופט עמית כי העדת המגשר נתונה למעשה להכרעת הצדדים מכיוון שהחיסיון אינו של המגשר, אלא של הצדדים. לאחר סקירה קצרה המבחינה בין סודיות, חיסיון ואי-קבילות, ומיקום הסוגיה של עדות המגשר ביחס למונחים אלה, יידון הבסיס המשפטי לחיסיון של הליך הגישור בישראל ותוצג התפתחותה של פסיקת בית המשפט העליון עד להכרה בו. חלק זה יציג את החידוש והקושי שבעניין לוי: מצד אחד, בית המשפט העליון הכיר לראשונה בתחולת החיסיון על עדות המגשר; אך מצד אחר, אמירתו כי הצדדים הם בעלי החיסיון אינה מתחייבת מהמקורות שעליהם התבסס, ולא נערך דיון בשיקולים חשובים המוזכרים בכתיבה ובמשפט המשווה המעלים חשש לפגיעה במוסד הגישור כתוצאה מהעדת מגשרים. החלק סוקר את השיקולים התומכים באי-העדת המגשר, מתייחס לפסקי דין ולחקיקה בנושא זה בחוץ לארץ, ומציג חוות דעת של ועדות אתיקה למגשרים בארצות הברית ובישראל המביאות את קולות המגשרים מהשטח בסוגיה זו. חלק זה מציג, על בסיס הניתוח שנעשה בו, כי יש מקום לחשיבה מחודשת על התרת עדות מגשרים, וקורא לבתי

משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט 45, 59 (בועז סנג'רו עורך, 2007); לימור זר-גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" **שערי משפט** ג 165 (2002); עומר שפירא "חובת הסודיות של המגשר וחיסיון הגישור" **נקודת גישור** 6, 11 (2002); גבריאל הלוי **תורת דיני הראיות** כרך ד 451 (2013).

7 תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות הגישור).

המשפט להימנע ככל האפשר מלהתיר עדויות מגשרים בבית המשפט לגבי הליכים שהם ניהלו כמגשרים, גם אם הצדדים הסכימו למסירת העדות, וזאת בשל החשש לפגיעה במוסד הגישור ובאמון הציבור בהליך.

פרק א: ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

1. תמצית העובדות של רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי

א' הגיש בבית המשפט המחוזי תביעה נגד ב' ואחרים בנוגע לבעלות בנכס מקרקעין. א' טוען כי הוא זה שמימן את רכישת הנכס, וכי אף על פי שהנכס נרשם על שם הנתבעים, הרישום התבצע מתוך הבנה והסכמה שהנכס ייוותר בבעלותו שלו. מ', עורך הדין המייצג את הנתבע ב' בהליך פלילי המתנהל בבית המשפט לעניינים מקומיים בעברות של תכנון ובנייה בנוגע לנכס מושא המחלוקת, מנסה לפשר בין א' לבין לקוחו ב' ויתר הנתבעים בתיק האזרחי. הניסיון אינו עולה יפה, ובמהלך בירור התביעה בתיק האזרחי מזמין בא כוחו של א' את מ' לעדות ומבקש לחקור אותו על דברים שנאמרו במהלך שיחותיו עם א'. מ' מתייצב לעדות בבית המשפט המחוזי, אך השופט פוטר אותו מעדות ומאפשר לו להימנע מלהשיב על שאלות שהופנו אליו, וזאת משני נימוקים: ראשית, בית המשפט קובע כי מ' פעל כמגשר בין א' לבין הנתבעים ולכן הוא פטור מעדות בשל החיסיון של הליכי גישור; ושנית, הוא קובע כי מ' שימש עורך דין של נתבע ב' בהליך אחר, ולכן הוא פטור מלהשיב בשל חסיון עורך-דין-לקוח. א' מגיש לבית המשפט העליון בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לפטור את מ' ממסירת עדות, וטוען, בין היתר, כי מ' לא שימש ולא היה יכול לשמש מגשר בתביעה האזרחית בין א' לבין הנתבעים, מכיוון שהוא ייצג את אחד הנתבעים (לפחות) בהליך אחר (ההליך הפלילי בעברות של תכנון ובנייה בנוגע לנכס).

בית המשפט העליון דוחה את בקשת רשות הערעור. השופט י' עמית, ביושבו כדן יחיד, מקבל את קביעותיו של בית המשפט המחוזי שלפיהן מ' שימש מגשר ולכן הוא פטור – ולמעשה מנוע – מלהעיד על השיחות עם א'. אולם לצד הכרעתו משמיע השופט עמית שתי אמירות אגב: ראשית, הוא אומר כי אין דופי בכך שמ' שימש מגשר, מכיוון ש"ככל שהצדדים הסכימו לכך, אין מניעה עקרונית כי עורך דין ששימש כבא כוחו של אחד הצדדים ישמש כמגשר"; ושנית, לגבי עצם הפטור מעדות הוא אומר כי "החסיון אינו של המגשר, אלא של הצדדים ועל כן הוא דיספוזיטיבי וניתן הוא לוותר בהסכמת שני הצדדים להליך הגישור"⁸. בהמשך המאמר אדון בשתי האמירות הללו כסדרן.

8 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 7-8 לפסק דינו של השופט עמית.

2. ניגוד עניינים: רקע תיאורטי

החלטתו של השופט עמית מעלה לדיון את סוגיית ניגוד העניינים של מגשר. איסור ניגוד העניינים משקף עקרון יסוד של המשפט הישראלי.⁹ הוא חל הן בתחומי המשפט הציבורי והן בתחומי המשפט הפרטי בכל מקום שבו מתקיימים בין שני אנשים או גופים משפטיים יחסי אמון, המאופיינים בתלות בין השניים ובשליטה של האחד על ענייניו של האחר.¹⁰ בתחומי המשפט הציבורי הוחל איסור ניגוד העניינים על חברי כנסת, שרים, שופטים וממלאי תפקיד בשירות הציבורי.¹¹ בתחומי המשפט הפרטי הוחל האיסור על ניגוד עניינים במערכות יחסים המתקיימות בין בעל מקצוע – למשל, רופא, עורך דין או רואה חשבון – לבין לקוחו הנזקק לשירות.¹² אין זו רשימה סגורה, מכיוון שמגוון רחב

- 9 ראו אהרן ברק "האיסור על ניגוד עניינים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** 29 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (להלן: ברק (2009)). מאמרו זה של ברק מנתח את ניגוד העניינים הן במשפט הציבורי והן במשפט הפרטי, ומהווה בחינה מחדשת של סוגיית ניגוד העניינים במילוי תפקיד שנונה לראשונה במאמרו של ברק שפורסם שלושים שנה לפני כן: אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **משפטים** י 11 (1980). לדיון בחובת האמון במשפט הפרטי ולהתייחסות לאיסור ניגוד העניינים הנובע ממנה ראו גם דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 642–643 (מהדורה שלישית, 2015); עמיר ליכט "יחסי אמונות בתאגיד – חובת האמון" **משפט ועסקים** יח 237, 255–268 (2014) (להלן: ליכט (2014)); עמיר ליכט "חובת אמון – אימתי?" **חובות אמון בדין הישראלי** 35, 35–42 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016) (להלן: ליכט (2016)); ערו לחובסקי "על חובת אמונים, עסקאות נושאי משרה וטובת החברה" **חובות אמון בדין הישראלי** 89, 89–94 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016); רות פלאטו-שנער "הרהורים בנושא גבולותיה הראויים של חובת האמון הבנקאית: הבנק כאפוטרופוס של הלקוח?" **חובות אמון בדין הישראלי** 107, 107–116 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016); יהושע (שוקי) שגב "השופט הנאמן – תאוריית הנאמנות של השפיטה" **חובות אמון בדין הישראלי** 279, 279–284, 299–305 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016).
- 10 ברק (2009), שם, בעמ' 31–32. השופט ברק התייחס לתחולתו הרחבה של איסור ניגוד העניינים בבג"ץ 595/89 **שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים**, פ"ד מד(1) 409 (1990), וציין כי "העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הינו עקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי גם יחד" (שם, בעמ' 413).
- 11 ראו, למשל, ברק (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 29. ראו גם יצחק זמיר "ניגוד עניינים בשירות הציבורי" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה** 225 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); טנה שפניץ **ניגוד עניינים במגזר הציבורי למעשה ולהלכה** (2013).
- 12 ברק (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 31; זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 290–291; שגב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 283; ליכט (2016), לעיל ה"ש 9, בעמ' 43. ראו גם לימור זר-גוטמן "הנאמנות של עורך הדין" **חובות אמון בדין הישראלי** 245 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016).

מאוד של נסיבות של תלות ושליטה עשויות ליצור יחסי אמון ולהחיל עליהם כלל של ניגוד עניינים.¹³

לאיסור ניגוד העניינים יש שני טעמים עיקריים: ראשית, הוא נועד להגן על האדם שעניינו תלוי באחר מפני הפעלת שיקול דעת פסול המבוסס על שיקולים זרים; ושנית, הוא נועד להגן על אמון הציבור בשירות הניתן לו ובבעל התפקיד או המקצוע.¹⁴ ברק מדגיש כי "טעמים אלה חלים, בכל מיני עצמות, בכל מערכות היחסים שבהן חל האיסור. אין הם מוגבלים לעובדי הציבור. כך למשל, הם חלים לעניינם של בעלי מקצועות, כגון עורכי דין ורופאים. הטעם הפרגמטי – הפעלה ראויה של שיקול הדעת המקצועי – חל גם בהם. הטעם הערכי – שעניינו אמון הציבור – חל אף הוא בהם. יש לחברה ולבעלי המקצוע עצמם עניין רב שאמון הציבור בבעלי המקצוע יישמר. עם זאת מידת העצמה שבה חלים הטעמים של האיסור במגוון התחומים עשויה להשפיע על הסעדים בגין הפרת האיסור, אך לא על עצם קיומו".¹⁵ תכליתו של הכלל היא מניעתית: למנוע את הרע – קרי, את ההחלטה הפסולה – בטרם יארע.¹⁶ אמר על כך השופט ברק בעניין סיעת הליכוד:

"הכלל צופה פני העתיד. אין זה מעלה ואין זה מוריד אם בפועל שיקול הדעת הוא ראוי. מטרת הכלל היא למנוע פיתוי מאדם ישר והגון, בחינת אל תביאנו לידי ניסיון. על כן, אין צורך להוכיח בפועל קיומו של ניגוד עניינים. די בכך שקיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים..."¹⁷

לכאורה איסור ההימצאות בניגוד עניינים הוא מוחלט, אך בפועל בתי המשפט מפעילים שני מבחנים בדבר ניגוד עניינים המצמצמים את תחולתו: מבחן האפשרות הממשית של ניגוד עניינים ומבחן החשש הסביר לניגוד עניינים. ברק טען כי יש להפעיל את שני המבחנים בהתאם להקשר,¹⁸ וזמיר קבע בניתוחו כי "על פי רוב מחיל בית המשפט את מבחן האפשרות הממשית כדבר שבשגרה, אך לעתים מזומנות הוא מחיל את מבחן החשש הסביר".¹⁹ לדעתו של זמיר, מבחינה מעשית אין הבדל בין שני

13 ברק (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 33.

14 שם, בעמ' 34 ו-36; שפנין, לעיל ה"ש 11, בעמ' 42; זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 233–234.

15 ברק (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 37–38. ראו גם גבריאל קלינג **אתיקה בעריכת דין** 202 (2001), המציין כי כללי ניגוד העניינים החלים על עורכי דין נועדו להגן על לקוחותיו של עורך הדין ועל אמון הציבור בעורכי הדין.

16 זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 234; ליכט (2014), לעיל ה"ש 9, בעמ' 269.

17 בג"ץ 531/79 **סיעת "הליכוד" בעריכת פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה**, פ"ד לד(2) 566, 572 (1980).

18 ברק (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 35.

19 זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 257. ראו גם ליכט (2014), לעיל ה"ש 9, בעמ' 284 (המתייחס למבחן האדם הסביר להחלתו של איסור ניגוד העניינים).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

המבכחנים, ואין האחד מחמיר יותר או מקל יותר מן האחר.²⁰ התשובה תתבסס בסופו של דבר על נסיון החיים והשכל הישר,²¹ אך בכל מקרה עליה לשקף מבחן אובייקטיבי של אדם סביר בדבר קיום של אפשרות ממשית או חשש סביר לניגוד עניינים, ואין היא יכולה להסתפק בהערכה הסובייקטיבית של האדם המצוי לכאורה בניגוד עניינים.²² התוצאה על פי זמיר היא כי "לא כל טובת הנאה רחוקה ודלה, ואף לא כל נזק קל, יוצרים מצב של ניגוד עניינים. רק טובת הנאה ממשית או נזק ממשי יוצרים מצב כזה. השאלה אם אכן נוצר מצב של ניגוד עניינים תלויה בכל מקרה, בין השאר, בעצמת טובת הנאה או הנזק במקרה המדובר".²³ ליכט מכנה מאפיין זה "עקרון המהותיות": "פעולה במצב של ניגוד עניינים אכן אסורה בתכלית ובאופן המחמיר ביותר, והעניין הנוגד האסור אכן עשוי להיות כל עניין שהוא, לרבות עניינם של אחרים, עניין לא-חומרי ואף עניין-בכוח. אולם העניין הנוגד אינו יכול להיות עניין של מה-בכך. עליו להיות מהותי כדי לעורר את תחולת האיסור."²⁴ גם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, לצד הקביעה הכללית בסעיף 438 שלפיה "חב אמון לא ימצא במצב של ניגוד עניינים", נאמר בדברי ההסבר כי "פרשנות האיסור תיעשה בהתאם לסוגי חיובי האמון השונים ולדרגותיהם השונות".²⁵

כלל ניגוד העניינים חל "גם בהיעדרה של הוראה חקוקה או בהיעדרם של כללי אתיקה שמצאו ביטוי פורמלי".²⁶ הסיבה לכך היא שמקור הכלל במשפט המקובל הישראלי, ולכן "רק הוראה מפורשת בדבר חקיקה יכולה לשלול את תחולתו של האיסור".²⁷ זמיר מוסיף על כך שהוראות חוק בדבר ניגוד עניינים נועדו למטרות שונות – למשל, להסיר ספק, להבהיר או להדגיש את הכלל, או להתאימו לנסיבות המיוחדות של המקרה.²⁸

20 זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 259: "אמנם ייתכן שעיונית יש הבדל בין המבכחנים, ואפשר לדוש בהבדל זה בסמינר אוניברסיטאי, אך מעשית אין ביניהם הבדל, או כמעט אין הבדל. לשני המבכחנים יש מכנה משותף: שניהם עמומים מאוד. הם גם קרובים מאוד זה לזה, אפילו מבחינה עיונית, עד שאי-אפשר למתוח גבול ביניהם. האם אפשר לקבוע היכן מסתיים החשש ומתחילה האפשרות, או מתי הופך הסביר להיות ממשית? מעשית, כל אחד משני המבכחנים משאיר מרחב גדול של שיקול דעת להחליט אם בנסיבות העניין ישנו ניגוד עניינים שמצדיק פסילה. לכן בכל מקרה שבו אפשר לומר שישנו חשש סביר, אפשר גם לומר, בלי לחטוא לאמת, שישנה אפשרות ממשית. ולהפך, אין מקרה שבו אפשר לומר שישנו חשש סביר, ואי-אפשר לומר שישנה גם אפשרות ממשית. לפיכך מעשית, לא משנה אם יש לבסס את ההחלטה על המבחן של אפשרות ממשית או על המבחן של חשש סביר".

21 שם, בעמ' 259–260, 266.

22 שם, בעמ' 269–271.

23 שם, בעמ' 240.

24 ליכט (2014), לעיל ה"ש 9, בעמ' 282.

25 ס' 438 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712, 883 ודברי ההסבר שם.

26 ברק (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 38.

27 שם, בעמ' 39 והאסמכתאות שם. ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 279–282.

28 זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 281.

זמיר סבור כי באופן עקרוני אדם רשאי לוותר על הזכות המוקנית לו על פי כלל ניגוד העניינים ולאפשר לבעל התפקיד לקבל החלטות בענייניו,²⁹ אך מציין כי הכלל נועד להגן לא רק על אינטרס פרטי שאדם פרטי רשאי לוותר עליו, אלא גם על אינטרס ציבורי, שעליו אין אדם פרטי מוסמך לוותר.³⁰ ברק, לעומת זאת, סבור כי "עניין לנו בכלל קוגנטי. הודעה או הסכמה אינם מעלים ואינם מורידים. הטעמים הפרגמטיים והערכיים המונחים ביסוד הכלל אינם באים על סיפוקם אם ניגוד העניינים הוא גלוי. גם הסכמת הנוגעים בדבר אינה מונעת את הפגיעה בטעמים שבידי הכלל".³¹ גם ליכט מתייחס בכתיבתו ל"ליבה קשה" של חובת אמון, הכוללת את איסור ניגוד העניינים, אשר אי-אפשר לוותר עליה משיקולים של תקנת הציבור,³² ומפנה בהקשר זה לעניין **טוקטלי**, שם ציין השופט לנדוי כי הסכם היוצר ניגוד עניינים מתמשך אינו מתרפא גם לאחר גילוי מלא.³³

3. איסור ניגוד עניינים של מגשר

גיבור הוא הליך המאפשר לצדדים הנתונים בסכסוך לקיים באמצעות צד שלישי (מגשר) – אשר נעדר סמכות להכריע בסכסוך או לכפות הסכם – דיאלוג או משא ומתן במטרה להגיע להסכמות לגבי הסכסוך.³⁴ תפקיד המגשר הוא לסייע בתקשורת שבין הצדדים ולעזור להם לקבל החלטות, וזאת מתוך מחויבות לכל הצדדים.³⁵ על מנת שיוכל למלא את תפקידו כהלכה, חשוב שהמגשר יקיים את הגישור ללא משוא פנים או מראית עין של משוא פנים,³⁶ ולא יעדיף את האינטרסים של עצמו, של אחד הצדדים או של צד

29 שם, בעמ' 298–299.

30 שם, בעמ' 300. ראו גם שפניץ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 58.

31 ברק (2009), לעיל ה"ש 9, בעמ' 43.

32 ליכט (2014), לעיל ה"ש 9, בעמ' 315. ראו גם שם, בעמ' 310: "הדוגלים בקביעת חובת האמון כהסדר כופה מצביעים בדרך-כלל על הצורך להתמודד עם בעיית האופורטוניזם באמצעות משטר מניעתי כחלק מתקנת הציבור. ניתוח של הגורמים לבעיית האופורטוניזם – ובמיוחד של בעיית המידע החלקי – מצביע על הכרח בהסדר כופה של חובת האמון".

33 ע"א 267/55 **טוקטלי נ' "שמשון" בתי-חרושת א"י למלט פורטלנד בע"מ**, פ"ד יא 1569, 1579–1580 (1957).

34 להגדרת הליך הגישור ראו עומר שפירא **הפעלת כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית** OMER SHAPIRA, A THEORY OF MEDIATORS' ETHICS: FOUNDATIONS, 6–4 (2007); RATIONALE, AND APPLICATION 85–95 (2016). ראו גם ס' 1 לתקנות הגישור.

35 ראו, למשל, SHAPIRA, שם, בעמ' 209–212; זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 48.

36 על מרכזיותו של העדר משוא פנים בהליך הגישור ראו עומר שפירא "על משמעות חובתו האתית של מגשר לנהוג ללא משוא פנים והצדקתה" **מחקרי משפט** כח 259 (2012); SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 207–209; LAURENCE BOULLE & MIRYANA NESIC, MEDIATION: PRINCIPLES, PROCESS, PRACTICE 17–19 (2001). לגישה שלפיה איסור ניגוד העניינים מקורו באיסור משוא פנים ראו, למשל, ליאור זמר "סדר פרלמנטרי וניגוד עניינים: מבחן יושב-ראש הכנסת" **מאזני משפט**

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

שלישי על האינטרסים של כלל הצדדים.³⁷ ניגוד עניינים של מגשר יכול לנבוע, למשל, מקשר אישי, מקצועי או פיננסי, בעבר או בהווה, עם אחד הצדדים או עם אדם אחר הקשור לצדדים. נוסף על כך הוא יכול לנבוע ממעורבות של המגשר במחלוקת שבין הצדדים – למשל, כאשר המגשר מחויב לעמדה מסוימת בשל תפיסת עולם דתית או מצפונית העלולה ליצור הטיה לטובת אחד הצדדים.³⁸ המטרה של כלל ניגוד העניינים בגישור היא להבטיח את אמון הצדדים ואת אמון הציבור ביושרה של ההליך.³⁹ תכלית זו מושגת באמצעות הסדרי ניגוד עניינים הדורשים ממגשרים: (א) לגלות לצדדים מצבים של ניגוד עניינים או חשש לניגוד עניינים, ולקבל את הסכמתם לקיום הגישור על אף קיומם; (ב) לפסול את עצמם מלשמש מגשרים במצבים שבהם עוצמת ניגוד העניינים עלולה לסכן את היושרה של הליך הגישור.⁴⁰

(א) תחולת הכלל על מגשרים בישראל

הכלל האוסר על מגשרים שמונו על ידי בית המשפט להימצא במצב של ניגוד עניינים מעוגן באופן מפורש בסעיף 5(ב) לתקנות הגישור, הקובע כדלקמן:

“(ב) המגשר יסרב לקבל מינוי לפי תקנה 3 אם –

- (1) היה בינו לבין אחד מבעלי הדין קשר מקצועי או אישי קודם, זולת אם הודיע על כך לבעלי הדין האחרים והם נתנו את הסכמתם למינויו בכתב;
- (2) הוא עלול, לדעתו, להימצא, במישרין או בעקיפין, במצב של ניגוד עניינים בין תפקידו כמגשר ובין ענין אחר; נתגלה החשש לניגוד העניינים במהלך הגישור, יפסיק המגשר את הגישור, ויודיע לבית המשפט כי אינו יכול להמשיך לשמש כמגשר.”

ג 363, 368–369 (2004); שי ניצן “ניגוד עניינים של חברי-כנסת” משפטים כ 457, 460 (1991); זמיר, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 227 ו-231.

37 ראו, למשל: Ellen Waldman (ed.), *MEDIATION ETHICS: CASES AND COMMENTARIES* 277–278 (2011) (להלן: *MEDIATION ETHICS*).

38 שם; SHAPIRA, לעיל ה”ש 34, בעמ’ 189–190.

39 ראו, למשל: HENRY J. BROWN & ARTHUR MARRIOTT Q.C., *ADR: PRINCIPLES AND PRACTICE* 566 (3rd ed. 2011); Model Standards Reporter’s Notes 12 (Sep. 9, 2005), available at www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/mscm_reporternotes.authcheckdam.pdf “mediator conduct that raises questions of conflicts of interest serves to undermine public or party confidence in the central integrity of the process”.

40 ראו, למשל, *MEDIATION ETHICS*, לעיל ה”ש 37, בעמ’ 278–279; SHAPIRA, לעיל ה”ש 34, בעמ’ 194–195.

סעיף 5(ב) לתקנות הגישור חל לכאורה באופן פורמלי רק על גישורים שהחלו בהפניית בית המשפט,⁴¹ אך גם בלעדי תקנות הגישור יש סיבות טובות לראות את איסור ניגוד העניינים כחל על כלל המגשרים. אין זה מקרה שתקנות הגישור בחרו להחיל על המגשר את כלל ניגוד העניינים בדומה להחלתו על בעלי מקצוע אחרים, כגון עורכי דין, רופאים, רואי חשבון ובוררים. המגשר נמצא בעמדת כוח והשפעה ביחס לצדדים, בין היתר כתוצאה מפערי הידע והמומחיות שבינו לבין הצדדים. למעשיו ולאמירותיו של המגשר במהלך הגישור יש משקל רב בקביעת תוכן הגישור ובעיצוב פתרון הסכסוך, והצדדים מצויים בעמדת נחיתות ותלות במגשר מכיוון שהם מוסרים לו מידע, מסתמכים על יכולותיו, ומבקשים את עזרתו בביצוע פעולות שהם אינם יכולים לבצע בעצמם.⁴² נסיבות אלה הובילו כותבים בתחום הגישור בישראל ובעולם למסקנה שהיחסים בין המגשר לבין הצדדים הם יחסי אמון, ושהמגשר כפוף לחובת אמון כלפי הצדדים. דויטש, לדוגמה, טענה כי המגשר חב חובת אמון כלפי הצדדים מכיוון שבידיו "מופקד כוח מסוים, במצב רגיש שבו קיים סכסוך בין צדדים. הצדדים נותנים בו את אמונם, מוסרים לו מידע, ומצפים כי יפעל בהגינות ובמימונות המתחייבת בנסיבות העניין".⁴³ רונית זמיר דנה ארוכות ביחסי האמון שבין המגשר לבין הצדדים, וציינה את אופיים המיוחד בהשוואה לבעלי מקצוע אחרים: "עורך דין, פסיכולוג, עובד סוציאלי או רופא נושאים בחובת אמון כלפי אדם אחד או כלפי כמה אנשים הנמצאים באותו צד של המתנס. לעומת זאת חובת האמון של המגשר משתרעת על צדדים הנמצאים משני עברי המתנס...".⁴⁴ גם אני הצעתי, במקומות שונים, לראות ביחסים שבין המגשר לבין הצדדים יחסי אמון היוצרים ציפייה לגיטימית שהמגשר ינהג כך שיהיה ראוי לאמון הצדדים.⁴⁵ אמירות התומכות בתפיסת המגשר כחב חובות אמון כלפי הצדדים ניתן למצוא גם אצל כותבים שונים בעולם, כגון ג'קלין מ' נולן-היילי (Jacqueline M. Nolan-Haley), ארתור חייקין (Arthur Chaykin) ורבקה ריין קלרק (Rebekah Ryan Clark),⁴⁶

41 ראו, למשל, רונית זמיר **גישור ובית המשפט – היבטים עיוניים ומעשיים** 23 (2002) ("הליך הגישור אינו מוסדר בארץ באופן כולל: החוק והתקנות חלים רק על גישור על-פי הפניית בית המשפט, ולא על גישור שהחל ביוזמת הצדדים עצמם וללא מעורבות בית המשפט"); זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 49; שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 286–287.

42 ראו עומר שפירא "פרדוקס הכוח בגישור: עוצמה וחולשה ביחסי מגשר וצדדים לגישור" **קריית המשפט** ו 371 (2006); Omer Shapira, *Exploring the Concept of Power in Mediation: Mediators' Sources of Power and Influence Tactics*, 24 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 535 (2009).

43 אורנה דויטש **פישור – הענק המתעורר** 128–129 (1998).
44 רונית זמיר "מיתוס הניטרליות של המגשר: מאי-משוא-פנים לנשיאת-פנים שווה" **משפט ועסקים** טז 411, 434 (2013) (הכותבת מתייחסת ליחסי האמון הנוצרים בין המגשר לבין הצדדים). ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 51–52, 61–62.

45 שפירא, לעיל ה"ש 36, בעמ' 271; שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 316; SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 106–108.

46 ראו: Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for*

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

וכן בכללים החלים על מגשרים במדינות שונות בארצות הברית, דוגמת אלבמה ופלורידה, אשר מכריזים באופן מפורש כי המגשר מחזיק בעמדת אמון ביחסיו עם הצדדים.⁴⁷

נשאלת השאלה אם ניתן לבסס בדין הישראלי חובת אמון משפטית בין מגשר לבין צדדים לגישור. ההלכה בדין הישראלי בדבר קיומה של חובת אמון משפטית נקבעה על ידי השופט ברק בעניין קוסוי.⁴⁸ השופט ברק ציין כי "קיים חשש – וניסיון החיים מוכיח כי חשש זה מבוסס הוא – כי מי שבידו כוח ינצל אותו לרעה. הפיתוי לכך הוא רב. מכאן הצורך לגבש מערכת דינים, שיהא בה לרסן את הכוח, שכן 'כוח ללא אחריות משול להפקרות'... הפתרון לבעיה זו נמצא במושג האמון (loyalty). המשפט מטיל על בעל הכוח חובת אמון, ובכך הוא מסייע 'ליצור פיקוח ולהטיל ריסון על בעל הכח בהפעלתו של הכוח'".⁴⁹ השופט ברק הוסיף וציין כי "רשימת המצבים, בהם קיימים יחסי אמון, אינה סגורה, והריהם מתקיימים 'במגוון רב של יחסים משפטיים'".⁵⁰

ליכט הציע, בעקבות עניין קוסוי, לראות במרכיב הכוח, מצד אחד, ובפגיעות או בתלות, מצד אחר, את סימני ההיכר של יחסי אמון משפטיים.⁵¹ עם זאת, הוא ציין כי לא כל פער כוחות או תלות יובילו להטלת חובת אמון משפטית.⁵² הוא הציע לראות במרכיב של התחייבות או הסכמה של החב בחובת אמון לפעול למען אדם אחר מאפיין נוסף של יחסי אמון משפטיים, אך הדגיש כי ההסכמה עשויה להיות מכללא ולהשתמע מהנסיבות.⁵³ שגב, לעומת זאת, הדגיש כי מקורן של חובות האמון אינו וולונטרי בהכרח, והן עשויות לנבוע מטעמים חיצוניים לצדדים.⁵⁴ אכן, הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 משקפת תפיסה רחבה באשר להיווצרותם של יחסי אמון, וקובעת כי

Truly Educated Decisionmaking, 74 NOTRE DAME L. REV. 775, 826 (1999) ("the mediator has a special fiduciary relationship with both parties to a dispute"); Arthur A. Chaykin, *Mediator Liability: A New Role for Fiduciary Duties?*, 53 U. CIN. L. REV. 731, 732 (1984); Rebekah Ryan Clark, *The Writing on the Wall: The Potential Liability of Mediators as Fiduciaries*, 4 B.Y.U. L. REV. 1033, 1059–1060 (2006)

Alabama Code of Ethics for Mediators, Standard 8 (1995, amended 2015), ראו: 47 *available at* www.alabamaadr.org/web/roster-documents/documents/med_Mediator_Code_of_Ethics_150501_updated.pdf: "A mediator occupies a position of trust with respect Florida Rules for Certified & (להלן: קוד אלבמה); Court-Appointed Mediators, R. 10.380(a) (2017), *available at* www.flcourts.org/core/fileparse.php/549/urlt/RulesBooklet2017.pdf (להלן: כללי פלורידה).

ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253 (1984).

48 שם, בעמ' 277–278.

49 שם, בעמ' 278.

50 ליכט (2016), לעיל ה"ש 9, בעמ' 40.

51 שם, בעמ' 40, 46.

52 שם, בעמ' 45–46.

53 ראו שגב, לעיל ה"ש 9, בעמ' 309–310, המתייחס לשלוש הצדקות נורמטיביות לדיני האמון: וולונטריות; אוניוורסליות; וחובות קהילתיות וחברתיות.

"חייב אמון נוצר על פי דין, על פי חוזה, או על פי הנסיבות".⁵⁵ בסעיף 436 להצעת החוק מובאת רשימה לא סגורה של מצבים שבהם ראוי להטיל חייב אמון על פי הנסיבות. נאמר בו כך:

- "חייב אמון נוצר על פי הנסיבות, בין השאר, בהתקיים אחד מאלה:
- (1) ענייניו או נכסיו של הזכאי מופקדים בידי חב האמון בהסכמתו של חב האמון, או על פי חיקוק, לשם שמירתם או ניהולם, לטובת הזכאי;
 - (2) הזכאי הפקיד בידי חב האמון מידע, בהסכמתו של חב האמון או על פי חיקוק, תוך הסתמכות סבירה של הזכאי כי חב האמון לא יעבירו לאחר ולא יעשה בו שימוש למטרה השונה מהמטרה שלשמה הוא הופקד;
 - (3) חב האמון מספק לזכאי שירות בעל אופי אישי, הכרוך מטבעו בהסתמכות של הזכאי על יושרו והגינותו.⁵⁶

פרידמן ושפירא בר-אור מונים קטגוריות שונות של "נסיבות היוצרות חובת אמון" שהוכרו בדין הישראלי.⁵⁷ נסיבות היוצרות חובת אמון כוללות, בין היתר, כוח או קבלת הסמכה לנהל את ענייניו של אדם אחר (למשל, במקרה של נאמן: מנהל חברה, בעל שליטה בחברה, יזם ושלוח);⁵⁸ הטלת תפקיד על הזולת (למשל, על עובד, מתווך או עורך דין שהוסמכו לפעול בעניין מסוים);⁵⁹ הסתמכות על שיקול דעתו או שיפוטו של הזולת, כאשר "ככל שגדלה הסתמכות זו וככל שגדל פער הידע והניסיון בין הצדדים, כן תגדל הנטייה להכיר ביחסי אמון" (למשל, במקרה של עורך דין ולקוח, רופא וחולה, בנק ולקוחותיו, וכן בורר והצדדים לבוררות);⁶⁰ ומסירת מידע סודי לזולת למטרה מוגבלת.⁶¹

סימני ההיכר של יחסי אמון משפטיים ניכרים היטב ביחסים שבין המגשר לבין הצדדים לגישור. ראשית, **המגשר נמצא בעמדת כוח** ביחסיו עם הצדדים. עמדת הכוח נוצרת, בין היתר, בשל מומחיותו המקצועית של המגשר, העולה על זו של הצדדים (מומחיות ביישוב סכסוכים, בניהול משא ומתן, ולעיתים גם בתחום המהותי של הסכסוך); בשל נסיונו המקצועי (כמגשר, ולעיתים כבעל מקצוע מנוסה בתחומים נושקים לגישור, כגון עריכת דין ופסיכולוגיה); בשל הלגיטימיות של מעמדו כאיש מקצוע וההשפעה הנובעת מכך; בשל שימוש במידע רגיש וסודי שנמסר לו על ידי הצדדים; ובשל יכולתו לעצב את סביבת המשא ומתן באופן שמשפיע על התנהגות

55 ס' 435 להצעת חוק דיני ממונות.

56 ראו ס' 436 להצעת חוק דיני ממונות ודברי ההסבר שם.

57 ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 9, בעמ' 615-637.

58 שם, בעמ' 615-616.

59 שם, בעמ' 620-622.

60 שם, בעמ' 623-624.

61 שם, בעמ' 630.

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

הצדדים (למשל, באמצעות הפרדת הצדדים, דילוג ביניהם ובחירת המידע שיועבר מהאחד לאחר; הפגשת הצדדים; ויצירת תנאים של לחץ זמן בקבלת החלטות או לחלופין יצירת פסק זמן למחשבה).⁶² אף שהמגשר חסר סמכות הכרעה פורמלית בסכסוך, הוא יכול להשפיע, באמצעות כוחו, על אופן קיום הגישור, על הגדרת הנושאים, על עמדות הצדדים, על סוג המידע המוחלף, על אופי הוויתורים ועל תוצאת הגישור.⁶³ ספרות ענפה מתייחסת לחשש פן תנוצל עמדת כוח זו לרעה על ידי המגשר ולחשיבות שיש לריסון כוחו.⁶⁴

שנית, הצדדים לגישור מצויים בעמדת פגיעות, נחיתות או תלות ביחס למגשר, הנוצרת, בין היתר, מכך שהצדדים מבקשים מהמגשר לבצע פעולות שהם אינם יכולים לבצע בעצמם (בין כתוצאה מכך שאין להם הכישורים או הידע לבצען ובין בשל מעורבותם האישית והרגשית בסכסוך) והם זקוקים למגשר לצורך ביצוען.⁶⁵ כך, למשל, הצדדים זקוקים למגשר על מנת שסייע להם לשוחח זה עם זה בצורה בונה, לנהל משא ומתן פורה, לגבש הסכמות וכיוצא באלה פעולות שהם לא הצליחו לבצע בכוחות עצמם

62 לדיון מקיף במקורות הכוח של המגשר ראו שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 38–51, Shapira, לעיל ה"ש 42, בעמ' 541–558. לעיסוק בהיבטים שונים של כוחו של המגשר ראו, למשל: Timothy Hedeon, *Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations Are Voluntary, But Some Are More Voluntary Than Others*, 26 JUST. SYS. J. 273, 279–284 (2005) (כפייה המופעלת על ידי מגשרים); Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, *Mapping*; (שימוש במידע *Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 71 (1998) ובמומחיות לשם הערכת סיכויים וסיכונים על ידי מגשרים); James J. Alfani, *Trashing, Bashing*; (שימוש במעמד (סטטוס) על ידי המגשר); Omer Shapira, *Joining Forces in Search for* (1991) *Answers: The Use of Therapeutic Jurisprudence in the Realm of Mediation Ethics*, 8 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 243, 256–260 (2008) (דיון בדרכים שבהן המגשר משפיע על תוכן הגישור באמצעות ניהול ההליך); וכן שם, בעמ' 260–262 (דיון בהפעלת לחץ מסוגים שונים על ידי מגשרים).

63 ראו, למשל: CHRISTOPHER W. MOORE, *THE MEDIATION PROCESS: PRACTICAL STRATEGIES FOR RESOLVING CONFLICT* 377–389 (3rd ed. 2003) (סקירה של דרכי השפעה שונות של מגשרים); David Greatbatch & Robert Dingwall, *Selective Facilitation: Some Preliminary Observations on a Strategy Used by Divorce Mediators*, 23 LAW & SOC'Y REV. 613 (1989) (ניווט הגישור על ידי מגשרים באמצעות בחירת נושאים וחלופות לדיון).

64 ראו, למשל: EDWARD F. SHERMAN, ALAN SCOTT RAU & JOHN S. MURRAY, *PROCESSES OF DISPUTE RESOLUTION: THE ROLE OF LAWYERS* 257 (1989) (התייחסות להתנהגות סמכותנית של מגשר והשפעה לא הוגנת שלו, בניסיון להכתיב תוצאה); John W. Cooley, *Mediation Magic: Its Use and Abuse*, 29 LOY. U. CHI. L.J. 1 (1997) (שימוש במידע באופן מניפולטיבי על ידי מגשרים); Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545, 1585–1586 (1991) (קביעת כללי השיח על ידי המגשר והשפעתם על הצדדים).

65 ראו, למשל, SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 107.

או בסיוע נציגיהם קודם לפנייה למגשר.⁶⁶ כמו כן, יכולתם של הצדדים לפקח על פעולות המגשר מוגבלת בשל פערי המומחיות והידע ביניהם, אופיו הלא פורמלי של ההליך והמפגשים הנפרדים עם כל צד. נוסף על כך, פערי הכוחות בין הצדדים עצמם והחשש פן הצד החלש (העשוי להיות, למשל, אישה בסכסוך גירושים, עובד בסכסוך עם מעבידו, או צד בלתי מיוצג הנתבע על ידי גוף מסחרי גדול) ייפגע כתוצאה מקיום הגישור או מתוצאת הגישור מגבירים את התלות במגשר.⁶⁷

שלישית, הגישור מבוסס על **הסכמה של המגשר** – ברוב המקרים מפורשת – לפעול למען הצדדים **בנסיבות היוצרות יחסי אמון**. כל הליכי הגישור מבוססים על סיוע של המגשר לצדדים בקיום דיאלוג בנוגע לקונפליקט ביניהם ובקבלת החלטות ביחס אליו, לרבות החלטה על סיומו בהסכם.⁶⁸ בהליך הגישור הצדדים משתפים את המגשר במידע פרטי, אישי ועסקי על בסיס הסכמה של המגשר – ברוב המקרים מפורשת ובוודאי משתמעת מן הנסיבות – לשמור על סודיות המידע, לא למסור אותו לאחר ללא הסכמתו של מוסר המידע, ולא לעשות במידע שימוש לכל מטרה מלבד הגישור.⁶⁹ המגשר מפעיל במהלך הגישור מידה רבה של שיקול דעת מקצועי בדבר אופן קיום ההליך, זהות המשתתפים המתאימים, הצורך בקיום מפגשים נפרדים עם הצדדים, מידת השיתוף של הצדדים ועורכי הדין שלהם במפגשים, והפסקת ההליך בנסיבות המחייבות זאת (למשל,

66 ראו, למשל: DAVID SPENCER & MICHAEL BROGAN, *MEDIATION LAW AND PRACTICE* 485 (2006).

67 ראו, למשל, רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ויעל רונן "מגדר וגישור בהליכי גירושין" **המשפט** ז 335, 337 (2002) (פערי כוחות בגירושים); Penelope Eileen Bryan, *The Coercion of Women in Divorce Settlement Negotiations*, 74 DENV. U. L. REV. 931 (1997); Richard Delgado, Chris Dunn, Pamela Brown, Helena Lee & David Hubert, *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, WIS. L. REV. 1359, 1375–1383, 1402–1403 (1985) (ההשלכות של פערי כוחות כתוצאה מהשתייכות לקבוצות מיעוט חברתיות על ההשתתפות בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים (ADR)); Nolan-Haley, לעיל ה"ש 46, בעמ' 831–834 (דיון בהשלכות של העדר ייצוג לצד גישור על יכולתו לקבל החלטות מדעת); BOULLE & NESIC, לעיל ה"ש 36, בעמ' 459 (אחריותו של המגשר להגן על עניינם של קטינים וחסרי ישע); Allan Edward Barsky, *Issues in the Termination of Mediation Due to Abuse*, 13 MEDIATION Q. 19, 26 (1995) (הברלים בין הצדדים והשלכותיהם על ההליך ועל תפקיד המגשר); דפנה לביא "אלימות וגישור: האמנם אוקסימורון?" **משפחה במשפט** א 117, 130–143, 145–147 (2007) (שימוש בגישור במקרי אלימות במשפחה ותפקיד המגשר בזיהוי המקרים ובהתאמת ההליך למקרה); מיכל אלברשטין **תורת הגישור** 134–140 (2007) (דיון בהתנגדויות פמיניסטיות לגישור). לדיון נרחב בהבטחת הגינות תהליכית ותוצאתית בגישור ראו: Omer Shapira, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 S. TEX. L. REV. 281 (2012).

68 לטענה בדבר מכנה משותף לכל סגנונות הגישור ראו SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 85–95.

69 ראו, למשל, שם, בעמ' 271–273 (דיון בציפיות הסבירות של הצדדים לגישור ובמצגי המגשר בהקשר של שמירה על סודיות ההליך); זר-גוטמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 170 (המציינת כי בהסכמי השתתפות בגישור מקובל לכלול סעיף סודיות החל על המגשר); BROWN & MARRIOTT, לעיל ה"ש 39, בעמ' 522 (המציינים כי חובת הסודיות של המגשר נובעת מהסכם מפורש או מכללא).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

בשל פעולה בחוסר תום לב של אחד הצדדים או כאשר ההסכם המסתמן מנוגד לחוק), והצדדים מסתמכים על כך שהמגשר יפעיל שיקול דעת זה באחריות.⁷⁰ יתר על כן, הצלחת הגישור תלויה במידה רבה באמון האישי שהצדדים נותנים במגשר ובנכונותם לשתף עימו פעולה, לחלוק עימו מידע רגיש ולסמוך על הגינותו ויושרתו. מגשרים מבקשים באופן פעיל את אמון הצדדים, ומציגים את עצמם כניטרליים, כנעדרי עניין אישי וכנטולי משוא פנים.⁷¹

הצטברות הנסיבות המתוארות לעיל מצדיקה לדעתי הכרה בקיומם של יחסי אמון משפטיים בין המגשר לבין הצדדים לגישור בדין הישראלי ובקיומה של חובת אמון משפטית שהמגשר חב כלפי הצדדים. אם אכן תתקבל גישה זו, יתמוך הדבר בתחולתו של כלל ניגוד העניינים על כל המגשרים, מכיוון שכלל זה, כפי שצוין לעיל, נגזר מיחסי אמון ומהווה חלק מהמשפט המקובל הישראלי.⁷² יצוין כי כלל ניגוד עניינים אומץ גם על ידי לשכת המגשרים בישראל,⁷³ שהחברות בה וולונטרית, והוא מקובל בקודים אתיים למגשרים בכל העולם⁷⁴ – לדוגמה, בארצות הברית,⁷⁵ באנגליה,⁷⁶

70 לספרות העוסקת בשיקול הדעת הרחב של המגשר ובצורך בהכוונתו ראו, למשל, MEDIATION ETHICS, לעיל ה"ש 37, בעמ' 9-6; SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 99 ו-344-346; Julie Macfarlane, *Mediating Ethically: The Limits of Codes of Conduct and the Potential of a Reflective Practice Model*, 40 OSGOOD HALL L.J. 49, 87 (2002); Leonard L. Riskin, *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, 79 NOTRE DAME L. REV. 1, 28 (2003); Omer Shapira, *A Theory of Sharing Decision-Making in Mediation*, 44 MCGEORGE L. REV. 923, 931-934 (2013)

71 לספרות העוסקת במרכיב האמון בתהליך הגישור ראו, למשל: Jean Poitras, *What Makes Parties Trust Mediators?*, 25 NEGOT. J. 307 (2009); Ellen E. Deason, *The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach*, 54 U. KAN. L. REV. 1387 (2006) (דיון בחשיבות האמון לקיום הגישור ובתרומת הסודיות לפיתוח אמון בהליך); SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 38-40 (על מרכיב האמון כמרכיב בסיסי ביחסים שבין איש מקצוע ללקוח).

72 ראו לעיל תת-פרק 2א וההפניות שם.

73 ס' 1.6 ל"כללי האתיקה של לשכת המגשרים בישראל – נספח לתקנון לשכת המגשרים בישראל" (2015) ic-m.org.il/wp-content/uploads/2017/04/takanon-new.pdf (להלן: כללי האתיקה של לשכת המגשרים בישראל).

74 ראו, למשל: KIMBERLEE K. KOVACH, *MEDIATION: PRINCIPLES AND PRACTICE* 304, 311 (3rd ed. 2004).

75 ראו, לדוגמה: Model Standards of Conduct for Mediators, Standard III (2005), available at www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf (להלן: הסטנדרטים לדוגמה של ארצות הברית).

76 ראו, למשל: Civil and Commercial Mediation Accreditation Scheme: Law Society Code of Practice § 3 (2011), available at www.lawsociety.org.uk/support-services/accreditation/documents/civil-commercial-code-of-practice/ (להלן: קוד הגישור של לשכת עורכי הדין האנגלית).

באוסטרליה,⁷⁷ בניו זילנד⁷⁸ ובדרום אפריקה⁷⁹ – וזאת הן בקודים החלים על מגשרים בתיקי בית משפט והן על מגשרים פרטיים.

מקור נוסף לחובות המשפטיות החלות על מגשר שלא מונה לתפקידו על ידי בית המשפט עשוי להיות הסכם מפורש או מכללא בין המגשר לבין הצדדים אשר יאמץ את הוראות תקנות הגישור, ובכלל זה את כלל ניגוד העניינים המצוי בהן. אכן, בפרקטיקת הגישור בישראל מקובל שמגשרים מאמצים בהסכם שנחתם בינם לבין הצדדים לגישור את הוראות תקנות הגישור, אך גם כאשר הם אינם עושים זאת, ניתן ללמוד על התחייבויותיהם מן האמור בתקנות הגישור.⁸⁰ בעניין לוי, למשל, מכיוון שדובר במגשר-עורך-דין שקיבל על עצמו לגשר בתביעה משפטית תלויה ועומדת בין בעלי דין, היה אפשר לדעת לראות בהתנהגותו הסכמה לפעול בהתאם להוראות תקנות הגישור, ובכלל זה בהתאם לחובת ניגוד העניינים.

חשיבותן של תקנות הגישור ושל הפרשנות הניתנת להן בקביעת ההסדר המשפטי החל על מגשרים שלא מונו על ידי בית המשפט גוברת בשל נכונותו של בית המשפט במצבים מסוימים ללמוד מן התקנות לגבי ההסדר החל על מגשרים שלא מונו על ידי בית המשפט. כך, למשל, לפחות לגבי הוראות הסודיות והחיסיון החלות על הליכי גישור, בתי המשפט,⁸¹ לרבות בית המשפט העליון,⁸² הראו נכונות להחיל אותו דין הן על הליכי גישור שהחלו בהפניית בית המשפט והן על גישורים שהחלו ביוזמת הצדדים ללא מעורבותו של בית המשפט. לדעתי, בכל הנוגע באיסור ניגוד עניינים אין מקום מבחינה מהותית להבחין בין מגשר שמונה לתפקידו על ידי בית המשפט לבין מגשר שמונה על ידי הצדדים, ואין לפטור את האחרון מאיסור זה. אומנם, כאשר מגשר ממונה על ידי בית המשפט, יש לבית המשפט ולמתקין התקנות עניין מיוחד להבטיח התנהגות נאותה של המגשר, על מנת להגן על המוניטין של בית המשפט ועל אמון הציבור בו, אך

77 ראו, למשל: National Mediator Accreditation System (NMAS), Art. 7 (2015), available at msb.org.au/themes/msb/assets/documents/national-mediator-accreditation-system-2015.pdf (להלן: הסטנדרטים המקצועיים של אוסטרליה).

78 ראו, למשל: Mediator Code of Ethics § 4, available at www.employment.govt.nz/assets/uploads/tools-and-resources/publications/Code-of-ethics-for-Employment-mediators.pdf.

79 ראו, למשל: Rules Board for Courts of Law Act (107/1985), Sched. 2 § 8 (2014), available at www.justice.gov.za/legislation/notices/2014/20141031-gg38164-gon854-mediation.pdf (להלן: הסטנדרטים של דרום אפריקה).

80 ראו, למשל, דויטש, לעיל ה"ש 43, בעמ' 86; שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 287.

81 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה י"ם) 3341/99 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.1.2001) (החלת חיסיון על דברים שנאמרו במהלך הליך גישור שהתקיים לפני פתיחת ההליך המשפטי); ת"א (שלוש ת"א) 72677/04 סברס יזמות וייצוג – אוליאמפרל גיל בע"מ נ' ג'ודי ארמה (ג'אפ הפקות וייצוג אמנים) (פורסם בנבו, 9.7.2006) (נקבע כי לעניין החלת חיסיון, דין אחד להליך גישור שהתקיים קודם להגשתה של תובענה לבית המשפט ולהליך גישור שהתקיים במסגרת התדיינות בבית המשפט).

82 ראו עניין י.מ עיני קונדיטוריה בע"מ, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית. השופט עמית מכיר שם "בחיסיון יחסי של הליך גישור", וכותב: "איני סבור כי יש להבחין בין הליכי בוררות וגישור שנערכו ביוזמת הצדדים לבין כאלו שהועברו על ידי בית המשפט".

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

האינטרס הציבורי בהגנה על הצדדים לגישור ובקיום הליכי גישור המהווים חלופה להתדיינות משפטית וזוכים באמון הציבור מתקיים גם כאשר המגשר ממונה על ידי הצדדים. כל מגשר, לרבות מגשר במינוי הצדדים, חייב לדעת לפעול ללא ניגוד עניינים, וקביעה כזו תשלים את ההסדרים המשפטיים הקיימים שלפיהם כל מגשר חייב לשמור על הסודיות והחיסיון של המידע מהליך הגישור (מכוח הפסיקה) ולנהוג בתום לב (מכוח דיני החוזים). יצוין כי השופט עמית לא קבע אומנם בעניין לוי כי תקנות הגישור חלות על המגשר (שלא מונה על ידי בית המשפט), אך הוא הפנה בהחלטתו לתקנות, ועשה שימוש בהסדר ניגוד העניינים המצוי בהן על מנת להסיק ממנו לגבי כללי ניגוד העניינים החלים על מגשר שלא מונה לתפקידו על ידי בית המשפט.⁸³

(ב) פרשנות הכלל: בין ניגוד עניינים קל לניגוד עניינים קשה

כלל ניגוד העניינים שבתקנה 5(ב) לתקנות הגישור מתייחס לשני מצבים, המתווים למגשר דרכי פעולה שונות. על פי תקנה 5(ב)(1), אם היה בין המגשר לבין אחד מבעלי הדין "קשר מקצועי או אישי קודם", על המגשר לגלות מידע זה לצדדים, והצדדים יכולים להסכים שהמגשר יטפל בכל זאת בעניינם. על פי תקנה 5(ב)(2), כאשר מדובר לדעת המגשר "במצב של ניגוד עניינים בין תפקידו כמגשר ובין ענין אחר", הוא אינו רשאי לקבל על עצמו את הטיפול במקרה, גם אם זה רצונם של הצדדים. נשאלת השאלה מה פשר ההבדל בין תקנה 5(ב)(1) לבין תקנה 5(ב)(2). מה ההבדל בין "קשר מקצועי או אישי קודם" לבין "ניגוד עניינים בין תפקידו כמגשר ובין ענין אחר"? והאם ההחלטה על קיומו של ניגוד עניינים המונע את המגשר מלקבל על עצמו את מקרה הגישור נתונה להתרשמותו הסובייקטיבית של המגשר?

השוואה בין תקנות הגישור לבין הוראות רלוונטיות בכללים החלים על התנהגותם של מגשרים בארץ ובעולם מסייעת במתן מענה לשאלות אלה. לדוגמה, כללי האתיקה של לשכת המגשרים בישראל קובעים בסעיף 1.6 כלהלן:

"במקרה בו עלול להיווצר מצב של ניגוד עניינים או נגיעה אישית, בין במישרין ובין בעקיפין, בין המגשר למי מהמגשרים, חייב המגשר ליידע את המשתתפים אודות חשש זה וימשיך בהליך רק לאחר שניתנה הסכמת המשתתפים לכך בכתב ומיד כשנתגלה הדבר. על אף האמור לעיל, יימנע המגשר מהמשך קיום ההליך, במקרים בהם מגשר סביר היה מוצא כי ניגוד העניינים או הנגיעה האישית האמורים, מעוררים ספק של ממש באשר ליכולתו לנהל הליך הוגן, או מראית עין לפגם בהליך בשל כך."⁸⁴

באופן דומה קובעים הסטנדרטים לדוגמה (Model Standards) בארצות הברית כי על המגשר לגלות לצדדים כל ניגוד עניינים ממשי או אפשרי שעלול לעורר חשש סביר

83 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

84 ס' 1.6 לכללי האתיקה של לשכת המגשרים בישראל, לעיל ה"ש 73.

למשוא פנים מצד המגשר, ולאחר הגילוי, בהסכמת כל הצדדים, הוא רשאי להמשיך בגישור,⁸⁵ אבל מוסיפים כי כאשר ניגוד העניינים עלול לפגוע ביושרה של הגישור, על המגשר לפרוש מן הגישור גם אם הצדדים מעוניינים שהוא יקיימו.⁸⁶ הסדרים דומים אכן קיימים בארצות הברית (לדוגמה, בפלורידה,⁸⁷ באלבמה,⁸⁸ בקליפורניה⁸⁹ ובניו יורק⁹⁰) וכן במדינות נוספות, כגון דרום אפריקה⁹¹ ומלטה.⁹²

ההשוואה בין הסדר ניגוד העניינים בתקנות הגישור לבין כללי לשכת המגשרים בישראל והכללים החלים על מגשרים בחוץ לארץ מלמדת על ההבדלים בין תקנה 5(ב)(1) לבין תקנה 5(ב)(2): תקנה 5(ב)(2) עוסקת בניגוד עניינים קשה, כלומר, בניגוד עניינים המעלה חשש לפגם בהליך (חוסר יושרה של ההליך), למשוא פנים שספק אם המגשר יוכל להימנע ממנו, ולפגיעה באמון הציבור בהליך ובמקצוע – נסיבות שבהן הסכמת הצדדים לקיום הגישור אינה מספקת; תקנה 5(ב)(1), לעומת זאת, עוסקת בנסיבות שבהן ניגוד העניינים הוא קל – למשל, כאשר מדובר בהיכרות מן העבר בין המגשר לבין אחד הצדדים – שאז אין חשש לפגם ממשי בהליך, והמגשר רשאי לקבל על עצמו את המקרה בכפוף להסכמת הצדדים.⁹³

85 ראו סטנדרט III.C לסטנדרטים לדוגמה של ארצות הברית, לעיל ה"ש 75: "A mediator shall disclose, as soon as practicable, all actual and potential conflicts of interest that are reasonably known to the mediator and could reasonably be seen as raising a question about the mediator's impartiality. After disclosure, if all parties agree, the mediator may proceed with the mediation"

86 שם, סטנדרט III.E: "If a mediator's conflict of interest might reasonably be viewed as undermining the integrity of the mediation, a mediator shall withdraw from or decline to proceed with the mediation regardless of the expressed desire or agreement of the parties to the contrary"

87 ראו הערות הוועדה לכלל 10.340 לכללי פלורידה, לעיל ה"ש 47.

88 ראו סטנדרט 5(b)(6) לקוד אלבמה, לעיל ה"ש 47.

89 ראו: California Rules of Court, Rules of Conduct for Mediators in Court-Connected Mediation Programs for Civil Cases, R. 3.855 (revised 2018), available at www.courts.ca.gov/cms/rules/index.cfm?title=three (להלן: כללי קליפורניה).

90 ראו: Standards of Conduct for New York State Community Dispute Resolution Center Mediators, Standard III.B (revised 2009), available at www.nycourts.gov/ip/adr/Publications/Info_for_Programs/Standards_of_Conduct.pdf.

91 ראו ס' 8.2 לסטנדרטים של דרום אפריקה, לעיל ה"ש 79.

92 ראו: Malta Mediation Centre, Roles and Duties of Mediator, available at justice.gov.mt/en/mmc/Pages/Roles-and-Duties-of-Mediator.aspx.

93 ראו שפירא, לעיל ה"ש 36, בעמ' 302. יצוין כי גם לגבי עורכי דין קיימת הבחנה – בכללי האתיקה המקצועית של לשכת עורכי הדין בישראל – בין ניגודי עניינים שהלקוחות יכולים להכשיר באמצעות הסכמתם לבין ניגודי עניינים שאסורים מכל וכל. השווה, למשל, בין ס' 14(ב)–(ד) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין), לבין ס' 14(א), 16 ו-17, הדנים בניגודי עניינים שאי אפשר לרפאם גם אם הצדדים הסכימו להם.

ההבחנה שתקנה 5(ב) יוצרת בין "קשר מקצועי או אישי קודם" (בתקנה 5(ב)(1)) לבין "ניגוד עניינים" (בתקנה 5(ב)(2)) היא הבחנה בעייתית, מכיוון שגם קשר אישי או מקצועי קודם יכול להוות בנסיבות מסוימות ניגוד עניינים אסור – למשל, כאשר הקשר האישי או המקצועי הקודם נותר בעל עוצמה רבה (לדוגמה, במקרה של גירושים, חברות אמיצה שהתקיימה לאורך שנים או קשר מקצועי אינטנסיבי שנמשך שנים רבות). שורש הרע, לדעתי, הוא בבחירת הדין הישראלי לעשות שימוש בתבנית "ניגוד עניינים" לתיאור מצב של ניגוד עניינים אסור בלבד (קרי, מצב המעלה חשש סביר לאפשרות ממשית של פגיעה בשיקול דעתו של בעל חובת האמון שכלל איסור ניגוד העניינים חל עליו), ולשלול את התווית "ניגוד עניינים" ממקרים של עניינים נוגדים שאינם עומדים (לכאורה) במבחן המהותיות (קרי, בהעדר חשש סביר לאפשרות ממשית של פגיעה בהפעלת שיקול הדעת),⁹⁴ אף שגם אלה מצבים של ניגוד עניינים לכל דבר ועניין (שהדין פשוט סובל אותם בתנאים מסוימים, כגון גילוי העניינים הנוגדים וקבלת הסכמה). לטעמי, ייחוד התבנית "ניגוד עניינים" למצבי הקיצון שבהם ניגוד העניינים חמור עד כדי כך שהוא פוסל את ממלא התפקיד מלמלאו – כפי שנעשה בתקנה 5(ב) – מעביר מסר שגוי לציבור המגשרים שלפיו מצבי ניגוד עניינים הם מצבים נדירים וקיצוניים. המסר הנכון, לדעתי, הוא שמצבי ניגוד עניינים פוטנציאליים או ממשיים הם רווחים, ועל מגשרים להיות מודעים להם ולהתייחס אליהם בכובד ראש. בררת המחדל היא גילוי העניינים הנוגדים על ידי המגשר וקבלת הסכמת הצדדים (ניגוד עניינים "קל"), ואילו במקרים שבהם העניינים הנוגדים מעלים חשש סביר לאפשרות ממשית של פגיעה בשיקול דעתו של המגשר ולקיומו של הליך גישור פגום העלול לפגוע באמון הציבור בהליך, על המגשר להימנע מלקיים את הגישור (ניגוד עניינים "קשה"). איני מתעלם מכך שייתכנו מקרים שבהם ניגוד העניינים יהיה תיאורטי, דמיוני או קלוש⁹⁵ עד כדי כך שלא יהיה אפשר לראות בו אפילו ניגוד עניינים "קל", אולם מקרים אלה נדירים לדעתי.⁹⁶

שני המובנים של ניגוד העניינים שהוצעו לעיל משקפים את הרציונל התיאורטי הכפול של ניגוד העניינים שעליו עמדנו: הגנה על האינטרסים של הצדדים והגנה על האינטרס הציבורי.⁹⁷ המקרה של ניגוד עניינים קל נועד להגן על האינטרסים של הצדדים מפני קבלת החלטות פגומה של המגשר, בעוד המקרה של ניגוד עניינים קשה נועד להגן לא רק על האינטרסים של הצדדים לגישור, אלא גם על האינטרסים של המקצוע ושל הציבור כולו בקיום הליכי גישור הזוכים באמון הציבור. לכן במקרה כזה לא יהא נכון להותיר את ההחלטה על הכשרת ניגוד העניינים בידי הצדדים בלבד, ויש להכפיף את

94 ראו לעיל ליד ה"ש 18–24.

95 ראו, למשל, ליכט (2014), לעיל ה"ש 9, בעמ' 284; זמיר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 255.

96 לדין בניגוד עניינים "טריטוריאלי" מסוג זה, לצד ניגוד העניינים ה"קל" וניגוד העניינים ה"קשה", ראו SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 195–196.

97 ראו לעיל ליד ה"ש 14 ו-39.

שיקול הדעת הסובייקטיבי של המגשר בקבלת מקרה המעורר חשש לניגוד עניינים למבחן אובייקטיבי המשקף את דעתו של מגשר סביר או אדם סביר.⁹⁸ הכתיבה בישראל פירשה את הוראת ניגוד העניינים המצויה בתקנות הגישור באופן דומה. דויטש, לדוגמה, מציינת כי "ההוראה השניה [תקנה 5(ב)(2)] בעייתית בניסוחה. סוגיית ניגוד העניינים אינה נתונה להערכתו של המפשר. השאלה אם יש ניגוד עניינים היא שאלה הנבחנת בכלים אובייקטיביים ואינה מותנית בכך ש'לדעתו' של המפשר הוא מצוי בניגוד עניינים; לא המפשר הוא המכריע בשאלה אם הוא מצוי בניגוד עניינים, אלא הדין".⁹⁹ ברומה לכך מציין סטי כי "תקנה 5(ב)(2) לתקנות הגישור איננה מותרת למגשר שיקול דעת כאשר הוא מגלה כי הוא עלול להימצא במצב של ניגוד עניינים",¹⁰⁰ ומוסיף כי "על כתפיו [של המגשר] עומד לא רק תיק גישור מסוים, כי אם המוניטין של הגישור בארץ והתייחסות הציבור אליו. נראה אפוא כי די בחשש סביר כדי שהמגשר יפסול את עצמו מלכהן בתפקיד".¹⁰¹

לאור הדיון לעיל מוצע כי המשמעות שנכון להעניק להוראת תקנה 5(ב)(2) לתקנות הגישור היא כדלקמן: אם ניגוד העניינים של המגשר מעלה חשש סביר שהוא לא יוכל להימנע מפגיעה באינטרס של צד – וכתוצאה מכך ההליך עלול להתפס בעיני הציבור כפגום, לסכן את מעמדו של הליך הגישור ומקצוע הגישור, ולפגוע באמון הציבור בהם – אזי על המגשר להימנע מקבלת המקרה לטיפול או לפרוש מהגישור, גם אם הצדדים הביעו במפורש את רצונם או הסכמתם שהוא יגשר בעניינם. פרשנות זו ראוי להחיל, כאמור, הן על מגשרים שמונו על ידי בית המשפט מכוח תקנות הגישור והן על מגשרים שמונו על ידי הצדדים מכוח המשפט המקובל.

4. מן הכלל אל הפרט: ניגוד עניינים של מגשר עורך-דין ששימש בא כוח של צד

בעניין לוי ניסה המבקש לשכנע את בית המשפט כי עורך הדין של המשיבים לא שימש מגשר בין הצדדים בסכסוך האזרחי ביניהם, בין היתר באמצעות הטענה כי עורך הדין שימש בא כוחם בהליך פלילי הנוגע באותו נכס. השופט עמית תמצת את טענת המבקש

98 ראו ס' 1.6 לכללי האתיקה של לשכת המגשרים, לעיל ה"ש 73, אשר מאמץ מבחן של מגשר סביר. סטנדרט III.E לסטנדרטים לדוגמה של ארצות הברית, לעיל ה"ש 75, וכן הערות הוועדה לכלל 10.340 לכללי פלורידה, לעיל ה"ש 47, מאמצים מבחן סבירות כללי. כפי שראינו לעיל, ליד ה"ש 18–22, גישה זו נתמכת בספרות ובפסיקה הישראליות העוסקות בניגוד עניינים של בעלי תפקיד.

99 ראו דויטש, לעיל ה"ש 43, בעמ' 132–133. ראו גם שם, בעמ' 133: "הפרדה רצויה נעשית בתקנות בין שני מצבים שונים במהותם: המצב האחד הוא כאשר למפשר רק היה קשר קודם עם אחד הצדדים, אך לא קיים ניגוד עניינים בפועל. עצם קיומו של קשר כזה עדיין אינו מחייב הימנעות מפישור. במצב זה די בגילוי הקשר לצדדים ובקבלת הסכמתם; המצב האחר [הוא] כאשר קיים ניגוד עניינים בפועל. במצב זה, גם הסכמתם של הצדדים אינה מועילה."

100 רונן סטי דרך גישור להסכם 170 (2001).

101 שם, בעמ' 171.

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

בעניין זה באופן הבא: "עו"ד אשר ייצג צד לסכסוך בהליך אחד (ההליך הפלילי של תכנון ובניה הנוגע לנכס) אינו יכול לשמש כמגשר בהליך אחר (הסכסוך האזרחי המתנהל כעת בבית משפט קמא)".¹⁰² השופט עמית עונה על טענה זו כך:

"על פניו, אין מניעה כי עורך-דין אשר ייצג צד לסכסוך ישמש כמגשר בין הצדדים בסכסוך. גישור הינו הליך וולונטארי בין צדדים לסכסוך והצדדים הם בעלי השליטה הבלעדיים בכל שלבי הליך הגישור, לרבות זהותו של המגשר (ראו: רונן סטי דרך גישור להסכם 29 (2001); רונית זמיר "החיסיון בין מגשר לבין צדדים לגישור" ספר אורי קיטאי 45, 59 (בוועז סנג'רו עורך, 2007)...). מכאן, כי בידי כל אחד מהצדדים הסמכות לקבל או לדחות מגשר פלוני, ואם צד לסכסוך נכון כי עורך-דינו של הצד השני ישמש כמגשר, אין בכך כל פסול. זאת, ניתן ללמוד גם מהוראת תקנת 15(1)(ב) לתקנות הגישור [הטעות במקור – ע' ש'], שהמבקש הפנה אליה, והקובעת כלהלן:

(ב) המגשר יסרב לקבל מינוי לפי תקנה 3 אם –

(1) היה בינו לבין אחד מבעלי הדין קשר מקצועי או אישי קודם, וזולת

אם הודיע על כך לבעלי הדין האחרים והם נתנו את הסכמתם

למינויו בכתב;

הנה כי כן, וככל שהצדדים הסכימו לכך, אין מניעה עקרונית כי עורך דין ששימש כבא כוחו של אחד הצדדים ישמש כמגשר.¹⁰³

מעיון בפסק הדין נראה שהשופט עמית הניח כי ניגוד העניינים של המגשר במקרה זה ניתן להכשרה ולכן הצדדים רשאים להסכים לניגוד העניינים. השופט עמית הושפע בקביעתו זו מאופיו הוולונטרי של הליך גישור המבוסס על הסכמת הצדדים. במילותיו האמורות של השופט עמית, הנסמך בדבריו אלה על ספרו של רונן סטי ועל מאמרה של רונית זמיר,¹⁰⁴ הצדדים הם "בעלי השליטה הבלעדיים בכל שלבי הליך הגישור, לרבות זהותו של המגשר". גם אני סבור כי חופש הבחירה של הצדדים הוא מאפיין מרכזי וחשוב של הגישור, אשר יש לכבדו ולפרשו באופן מרחיב,¹⁰⁵ אלא שיש להכיר בכך שרצון הצדדים אינו בלתי מוגבל, וגם סטי וזמיר אינם מעלים טענה כה מרחיקת לכת. סטי כותב בעמוד שאליו הפנה השופט עמית כי "הגישור הוא הליך רצוני" המבוסס על הסכמה,¹⁰⁶ וזמיר כותבת בעמוד שאליו מתייחסת הפנייתו של השופט עמית כי "בגישור

102 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

103 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

104 סטי, לעיל ה"ש 100; זמיר, לעיל ה"ש 6.

105 ראו, למשל, עומר שפירא "על כבוד האדם בהליך הגישור: השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הליך הגישור" קריית המשפט ח 373, 383–400 (2008); SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 132–134.

106 סטי, לעיל ה"ש 100, בעמ' 29.

נתונה לצדדים שליטה בתהליך ובתוצאה ושליטה על זהות המגשר.¹⁰⁷ עם זאת, מאפייני הרצוניות, ההסכמה והשליטה אינם הופכים את הצדדים לבעלי שליטה בלעדיים בגישור. צדדים לגישור כפופים למגבלות שונות אשר מצמצמות את חופש הבחירה שלהם ומסמיכות את המגשר לפעול לעיתים בניגוד לרצונם המפורש.¹⁰⁸ עמדה זו מקובלת על מנסחיהם של כללי התנהגות למגשרים בארץ ובעולם. כך, למשל, הן על פי תקנות הגישור והן על פי קודים אתיים שהוחלו על מגשרים בארצות הברית, בקנדה ובאוסטרליה, על מגשר למנוע את הצדדים מלסיים את הגישור בהסכם בלתי חוקי או לא הוגן בעליל, אף אם ברצונם לעשות כן;¹⁰⁹ הוא אינו רשאי לתת חוות דעת מקצועית, אף אם היא בתחום התמחותו;¹¹⁰ הוא אינו רשאי לקבל שכר טרחה אשר מותנה בתוצאה, גם אם הצדדים הסכימו לכך;¹¹¹ והוא אינו רשאי לקבל לטיפולו מקרה גישור אם הוא אינו מסוגל למלא את תפקידו ללא משוא פנים.¹¹²

107 זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 59.

108 לרעיון זה ולהרחבה ראו Shapira, לעיל ה"ש 70.

109 ס' 8(ב)(4) ו-5(5) לתקנות הגישור. ראו גם: Ethical Standards for Neutrals, Standard IV.A : (2013), available at [godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/Nebraska Office of ; \(להלן: הסטנדרטים של ג'ורג'יה\)](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/Nebraska%20Office%20of%20APPENDIX%20C,%20CHAP%201,%206-18-2013.pdf); Dispute Resolution, Manual of Standards and Ethics for ODR-Approved Mediation Center Mediators, Directors and Staff § III.E.3 (2001), available at [www.mediationwest.org/files/A Guide ; \(להלן: הסטנדרטים של נברסקה\)](http://www.mediationwest.org/files/A%20Guide%20for%20Federal%20Employee%20Mediators,%20Standard%20I,%20Federal%20Guidance%20Note%201%20(2006).pdf); for Federal Employee Mediators, Standard I, Federal Guidance Note 1 (2006), available at www.adr.gov/pdf/final_manual.pdf; כלל 10.420(b)(4) לכללי פלורידה, לעיל ה"ש 47.

110 ס' 5(ו) לתקנות הגישור. ראו גם סטנדרט I.E לסטנדרטים של ג'ורג'יה, לעיל ה"ש 109; Standards of Professional Conduct for Mediators (2014), adopted by the Supreme Court of North Carolina, R. VI, available at [www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course_materials/R13.4 Standards of Professional Conduct for Mediators.pdf](http://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf); Ethical Guidelines for Mediators, adopted by the Supreme Court of Texas § 11 (2011), available at [www.txcourts.gov/All_Archived_Documents/SupremeCourt/AdministrativeOrders/miscdo cket/11/11906200.pdf](http://www.txcourts.gov/All_Archived_Documents/SupremeCourt/AdministrativeOrders/miscdoCKET/11/11906200.pdf); ADR Institute of Canada, Code of Conduct for Mediators § 3.3 (2011), available at adric.ca/wp-content/uploads/2016/04/Code-of-Conduct-for-Mediators.pdf.

111 ס' 7(א) לתקנות הגישור. ראו גם: Family Mediation Canada, Members Code of Professional Conduct, Art. 15.3, available at [fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members Code of Professional Conduct_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf); סטנדרט 8(d) לקוד אלבמה, לעיל ה"ש 47; כלל 3.859(c) לכללי קליפורניה, לעיל ה"ש 89.

112 ס' 5(א) לתקנות הגישור. ראו גם סטנדרט III.C.e לסטנדרטים של ג'ורג'יה, לעיל ה"ש 109; סטנדרטים 5(a)(2) ו-5(b)(6) לקוד אלבמה, לעיל ה"ש 47; כלל 3.855(f) לכללי קליפורניה, לעיל ה"ש 89; ס' 7.3 לסטנדרטים המקצועיים של אוסטרליה, לעיל ה"ש 77; Mediation Council of Illinois, MCI Professional Standards of Practice for Mediators, Standard IV (2009), available at [www.mediationcouncilofillinois.org/sites/default/files/MCI Professional Standards of Practice_0.pdf](http://www.mediationcouncilofillinois.org/sites/default/files/MCI%20Professional%20Standards%20of%20Practice_0.pdf); (להלן: הסטנדרטים של אילינוי).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

נורמת ניגוד העניינים היא אחת הדוגמאות להגבלה חיצונית של חופש הבחירה הנתון לצדדים המשתתפים בהליך גישור כאשר לזהות המגשר שיטפל בעניינם, ולצמצום שיקול הדעת של המגשרים בנוגע לקבלת מקרה לטיפול או לדחייתו. כפי שראינו לעיל, הגבלה זו מתיישבת עם הרציונל התיאורטי הכללי של איסור ניגוד העניינים, שנועד להגן לא רק על האדם שעניינו תלוי באחר, אלא גם על אמון הציבור בשירות הניתן לו ובבעלי המקצוע.¹¹³ השופט עמית תמך את אמירתו כי אין מניעה שעורך דין ששימש בא כוחו של אחד הצדדים ישמש מגשר אם הצדדים נתנו לכך את הסכמתם בתקנה 5(ב)(1) לתקנות הגישור, אך התעלם מהמשכה של תקנה 5(ב), קרי תקנה 5(ב)(2), המשקפת את הצורך להגביל את חופש הבחירה של הצדדים על מנת להגן על האינטרס הציבורי בשימור אמון הציבור בהליך ובמקצוע הגישור. ביתר הפרק אציע שתי קריאות חלופיות של עניין לוי המצביעות על הקושי לקבוע באופן גורף כי "אין מניעה כי עורך-דין אשר יצג צד לסכסוך ישמש כמגשר בין הצדדים בסכסוך".

(א) קריאה ראשונה של פסק הדין – המגשר שימש בו בזמן בא כוח של אחד

הצדדים

נחזור אל עובדות המקרה שהובא לפני השופט עמית. לפי החלופה הראשונה שאציע, העד מ' שימש בו בזמן מגשר בסכסוך האזרחי שבין א' לבין הנתבע ב' ואחרים על הבעלות בנכס מקרקעין ועורך דין של ב' בהליך פלילי שהתנהל לגבי אותו נכס מקרקעין. קריאה זו של העובדות נתמכת בכמה מקומות בפסק הדין. כך, למשל, בפסקה 2 נכתב כי "עו"ד אוחנה [המגשר – ע' ש' סירב להגיש תצהיר עדות ראשית, ומשעלה לדוכן העדים הודיע לבית המשפט כי שימש כמגשר בין המבקש לבין המשיבים בנוגע לסכסוך דנא, ועל-כן הוא מנוע מלהעיד בנושא מחמת חסיון מגשר. ב"כ המבקש חלק על הדברים ולטענתו עו"ד אוחנה ייצג את המשיבים בתיק ונועד עם המבקש אך לצרכי משא-ומתן", ובהמשך נכתב כי "ב"כ המבקש – שבמהלך הדיון ביקש שוב ושוב להתפטר מהייצוג בתיק כאות למורת רוחו מהחלטות בית משפט קמא – חזר והפנה לעו"ד אוחנה שאלות הנוגעות להליך הפלילי בבית המשפט לעניינים מקומיים המתנהל בנוגע לנכס מושא המחלוקת, עד שלבסוף בית משפט קמא חייב אותו בהוצאות אישיות בסך 500 ₪".¹¹⁴ נוסף על כך, בפסקה 7 תוהה השופט עמית: "אם עו"ד אוחנה שימש אך ורק כבא כוחם של המשיבים, כטענת המבקש, תמיהה היא הכיצד נפגש עם המבקש, שהרי על פי סעיף 25 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, אסור לעורך דין לפנות או להיפגש עם הצד שכנגד, אלא בתנאים המנויים בסעיף. משלא נטען כלפי עו"ד אוחנה כי פעל בניגוד לכללי האתיקה, יש בכך כדי לתמוך בטענתו כי פעל גם כמגשר בין הצדדים."¹¹⁵

113 ראו לעיל ה"ש 14.

114 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשות הוספו).

115 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשה הוספה).

הקריאה הראשונה של פסק הדין מתייחסת לפיכך לאפשרות שאדם ישמש בורזמנית **מגשר** בסכסוך בין צדדים **ועורך דין** המייצג את אחד הצדדים לסכסוך. אם אלה אכן הנסיבות, ספק אם ניתן להחיל עליהן את הוראות תקנה 5(ב)(1) או ללמוד מהן – כפי שביקש השופט עמית לעשות – כי אין פסול בכך שעורך דינו של אחד הצדדים ישמש מגשר. ראשית, תקנה 5(ב)(1) מנוסחת בזמן **עבר** – "היה בינו לבין אחד מבעלי הדין קשר מקצועי או אישי קודם" – בעוד שהקשר המקצועי בין המגשר לבין ב' הוא קשר מתמשך שהתקיים במועד שבו שימש מגשר. ההנחה המובלעת בתקנה 5(ב)(1) היא שקשר שהתקיים בעבר אינו מסכן את הליך הגישור כפי שקשר המתקיים בהווה מסכן אותו, ולכן אפשר להסתפק בגילוי לצדדים ובקבלת הסכמתם כתנאי לקיום הגישור. שנית, הנסיבות המתוארות בעניין **לוי** מתאימות למצב של ניגוד עניינים קשה, שעליו חלות ההוראות של תקנה 5(ב)(2), המתייחסות ל"ניגוד עניינים בין תפקידו כמגשר ובין ענין אחר". הטעם לכך הוא שקשה להאמין שמגשר שהוא גם עורך דין של אחד הצדדים יוכל להפריד בין מחויבותו כעורך דין לקידום האינטרסים של לקוחו לבין מחויבותו כמגשר לקידום האינטרסים של שני הצדדים. החשש מהעדפת האינטרסים של הלקוח הוא חשש חריף, המטיל דופי בהליך הגישור. נוסף על כך, עובדות פסק הדין מצביעות על קשר בין ההליך האזרחי להליך הפלילי, המקשה עוד יותר את תפקודו התקין של המגשר. למשל, ייתכן שכעורך הדין של הנתבע בהליך הפלילי הוא ייחשף למידע שיהיה עליו להסתיר בגישור מפניו של א', או שכעורך דין הוא ייעץ לנתבע עצה המנוגדת לאינטרסים של א', התובע מהנתבע את הבעלות בנכס, בעוד במסגרת הגישור הוא מחויב לאינטרסים של א' ושל הנתבע באותה מידה.

בישראל אין כללים העוסקים במגשרים-עורכי-דין שיתמכו בטענה כי מגשר אינו יכול לשמש בו בזמן בא כוח של אחד הצדדים. גם הכללים של לשכת עורכי הדין אינם מזכירים במפורש עורכי דין המשמשים מגשרים. עם זאת, מכיוון שמילוי תפקיד של מגשר יוצר מחויבות כלפי כל הצדדים לגישור, המניעה לשמש בו בזמן עורך דין של אחד הצדדים ומגשר עשויה לנבוע מכלל 14(א) לכללי האתיקה המקצועית של עורכי הדין, הקובע כי "לא ייצג עורך דין לקוח, לא יקבל על עצמו לייצגו ולא ימשיך בייצוגו, אם קיים חשש שלא יוכל למלא את חובתו המקצועית כלפיו, בשל... חובת נאמנות שיש לו כלפי אחר".¹¹⁶ נוסף על כך, האופן שבו פורשו הכללים על ידי בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין נותן מענה למקרה שונה שבו עורך דין שימש בעבר מגשר והוא מבקש לאחר סיום הגישור לייצג את אחד הצדדים. בהקשר זה קבע בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין כי כלל 17 לכללי האתיקה המקצועית של עורכי הדין, הקובע כי "לא ייצג עורך דין אדם בענין שדן בו כשופט או כבורר",¹¹⁷ "יחול על מגשר מכח 'קל וחומר'",¹¹⁸ ובפסיקות שונות הוא פירש את המונח "ענין" על דרך ההרחבה, והחילו

116 ס' 14(א) לכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, לעיל ה"ש 93.

117 שם, ס' 17.

118 בד"ם (משמעת עו"ד ב"ש) 10/07 **לשכת עורכי-הדין – מחוז דרום נ' פלונית**, פדאור אתיקה 10(82) 509, פס' 3 (2010).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

"על אותם נושאים, שבדרך הטבע ועל פי מידת ההגיון קשורים באותו עניין, אפילו אם אינם מהווים חלק ממנו".¹¹⁹

במשפט האמריקני, לעומת זאת, העמדה שלפיה מגשר אינו רשאי לשמש בו בזמן עורך דין של אחד הצדדים לגישור מושרשת היטב. כך, למשל, הכללים לדוגמה של לשכת עורכי הדין האמריקנית (American Bar Association (ABA) Model Rules) קובעים בכלל 2.4 כי עורך דין משמש צד שלישי ניטרלי כאשר הוא מסייע לשני אנשים או יותר **שאינם לקוחותיו** להגיע לפתרון סכסוך שהתגלע ביניהם, וכאשר הצדדים אינם מיוצגים, מחובתו להבהיר להם שהוא אינו מייצג אותם.¹²⁰

ה-ABA Model Rules, שהם כללים המנחים עורכי דין, מניחים אפוא שעורך דין הפועל כמגשר יגביל את השירות המשפטי שהוא מעניק לגישור בלבד, לא ייצג את אחד הצדדים, לא ייתן לאחד הצדדים ייעוץ משפטי, ולא יפעל בדרך מנוגדת לאינטרסים של אחד הצדדים.¹²¹ גם כללים המופנים ישירות למגשרים, שאומצו על ידי בתי משפט של מדינות ארצות הברית במטרה להנחות מגשרים המטפלים בתיקי בית משפט, קובעים לעיתים באופן מפורש את איסור הייצוג על ידי מגשר. כך, למשל, קוד האתיקה של אלבמה למגשרים קובע כי מגשר שהוא עורך דין לא ייצג צד לגישור בכל עניין במהלך הגישור,¹²² והסטנדרטים המקצועיים במרילנד למגשרים, לבוררים ולשאר העוסקים בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים קובעים כי ממלאי תפקיד ניטרלי חייבים להימנע מניגוד עניינים, כגון ייצוג צד אחד נגד הצד האחר בהליך אדוורסרי, הן במהלך הליך יישוב הסכסוך והן לאחריו.¹²³ האיסור המוחלט לייצג ולגשר ברזמנית קיים גם

119 ראו בד"ם (משמעת עו"ד ח"י) 53/01 **לשכת עורכי-הדין – מחוזי חיפה והצפון נ' ג'**, פדאור אתיקה (12)03, 801 פס' 10 (2003).

120 ראו: ABA Model Rules of Professional Conduct, R. 2.4 (Lawyer Serving as Third-Party Neutral) (1983, amended 2005), *available at* www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_2_4_lawyer_serving_as_third_party_neutral.html ("(a) A lawyer serves as a third-party neutral when the lawyer assists two or more persons who are not clients of the lawyer to reach a resolution of a dispute or other matter that has arisen between them... (b) A lawyer serving as a third-party neutral shall inform unrepresented parties that the lawyer is not representing them")

121 ראו, למשל: Advisory Committee on Professional Ethics, appointed by the Supreme Court of New Jersey, Opinion 711 (2007), *available at* njlaw.rutgers.edu/collections/ethics/acpe/acp711_1.html

122 סטנדרט 5(b)(4) לקוד אלבמה, לעיל ה"ש 47. ראו גם: Standards of Professional Conduct for Rule 31 Neutrals, App. A § 6(b)(4) (2015), *available at* www.tsc.state.tn.us/rules/supreme-court/31

123 ראו: Maryland Standards of Conduct for Mediators, Arbitrators and Other ADR Practitioners, Standard III (2012), *available at* mdcourts.gov/macro/pdfs/standardsofconduct.pdf

במדינות כגון אוסטרליה,¹²⁴ הונגריה,¹²⁵ ליטא¹²⁶ ורומניה,¹²⁷ ונתמך בספרות המקצועית.¹²⁸

(ב) קריאה שנייה של פסק הדין – המגשר שימש בעבר בא כוח של אחד הצדדים
קריאה חלופית של פסק הדין תתייחס לייצוג הנתבע על ידי המגשר כאל אירוע שהתרחש בעבר והסתיים. כך אפשר אולי להתייחס לאמירותיו של השופט עמית שלפיהן "על פניו, אין מניעה כי עורך-דין אשר יצג צד לסכסוך ישמש כמגשר בין הצדדים בסכסוך", ו"הנה כי כן, וככל שהצדדים הסכימו לכך, אין מניעה עקרונית כי עורך דין ששימש כבא כוחו של אחד הצדדים ישמש כמגשר".¹²⁹ אלא שגם אם זו החלופה הפרשנית הנכונה לקריאת פסק הדין, זהו מסר בעייתי שחשוב לסייגו, מכיוון שהוא עלול להתפרש כהיתר גורף לעורכי דין לשמש מגשרים במקרים שבהם טיפלו. הקושי נובע מכך שכאשר מגשר מקבל לטיפולו מקרה שבו אחד הצדדים הוא לקוח לשעבר, עולה באופן מיידי החשש שמערכת היחסים המקצועית שהתקיימה בין עורך הדין ללקוח תשפיע עליו במהלך קיום הגישור, ותגרום לכך שמחויבותו לאינטרסים של שני הצדדים לא תהיה זהה. גם כאן אי-אפשר לדעתי להסתפק בהחלה אוטומטית של תקנה 5(ב)(1) לתקנות הגישור בלבד, והשאלה הנוספת שצריכה להישאל היא אם הקשר המקצועי, אף שהסתיים, מעורר חשש שהמגשר לא יוכל למלא את תפקידו בנאמנות וההליך ייתפס על ידי צופה מן הצד כפגום, תוך סיכון היושרה המקצועית של המגשר ואמון הציבור בהליך ובמקצוע הגישור. אם התשובה חיובית, על המגשר להימנע מלקבל על עצמו את הטיפול במקרה, גם אם הצדדים הסכימו לכך.

בהעדר עיסוק בסוגיה זו בכתיבה בישראל, גם על שאלת הטיפול במקרה גישור שאחד הצדדים לו יוצג על ידי המגשר בעבר כעורך דין ניתן ללמוד מהמתרחש מעבר לים. חלק ממדינות ארצות הברית, למשל, אוסרות על המגשר באופן מפורש לקבל על

124 ראו: Austrian Mediation Act, Art. 16(1), in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 417–425 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012).

125 Act LV of 2002 on Mediation § 25(1), in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 476–486 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012) (להלן: חוק הגישור של הונגריה).

126 Law on Conciliatory Mediation in Civil Dispute, Art. 4(6), in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 509 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012).

127 Law No. 192/2006 on Mediation and Organizing the Mediator Profession, Art. 36, in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 537 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012).

128 ראו: Michelle D. Gaines, *A Proposed Conflict of Interest Rule for Attorney-Mediators*, 73 WASH. L. REV. 699, 715 (1998) "An absolute rule barring mediation : בעמ' 717 : parties and preserve the impartiality of the mediator" Sandra E. Purnell, *The Attorney as Mediator – Inherent Conflict of Interest?*, 32 U.C.L.A. L. REV. 986, 1018 (1985).

129 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשות הוספו).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

עצמו את הטיפול במקרה כזה. כך, למשל, הסטנדרטים בנברסקה¹³⁰ ובאילינוי¹³¹ קובעים כי מגשר שנתן שירותים משפטיים או שירותי ייעוץ לאחד הצדדים יימנע מלגשר בנסיבות אלה.

במדינות שבהן הכללים למגשרים לא אסרו זאת במפורש, פירשו ועדות אתיקה למגשרים את כללי ניגוד העניינים באופן שצמצם את יכולתו של המגשר לקבל לטיפולו מקרים שבהם נתן שירות מקצועי לאחד הצדדים לסכסוך כעורך דין או כפסיכולוג. כך, למשל, במקרה שבו ייצג המגשר את אחד הצדדים לגישור בהליך גירושים שהתרחש עשרים ושתיים שנים קודם לכן קבעה ועדת האתיקה למגשרים בפלורידה כי המגשר מנוע מלגשר במקרה למרות הסכמת הצדדים.¹³² הוועדה קבעה עיקרון גורף שלפיו על עורכי דין להימנע מלגשר במקרים שבהם צד לגישור הוא לקוח לשעבר, וציינה כי הזמן הרב שחלף ממועד הייצוג אינו מפיג את החשש שהמגשר לא יוכל לפעול ללא משוא פנים.¹³³ הוועדה שבה וחזרה על קביעה זו בחוות דעת נוספת בשנת 2010.¹³⁴

בשנת 2012 הכירה הוועדה בחריג לכלל האמור, והוא מקרה שבו המגשר ייצג את **שני הצדדים** בהליך קודם – למשל, בהליך אימוץ – והצדדים מבקשים ממנו, לנוכח האמון שפיתחו כלפיו, כי יגשר ביניהם.¹³⁵ עם זאת, הוועדה הדגישה לפני המגשר את הצורך לוודא שבמהלך הייצוג אכן היו לצדדים אותן מטרות, לא היו להם אינטרסים נוגדים, הם לא מסרו לו מידע שהוא נדרש לשומרו בסוד מפני הצד האחר, ולא היה צורך בפגישות ביחידות עם הצדדים לדיון בנושאים מהותיים. נוסף על כך הדגישה הוועדה כי חשוב שלפני תחילת הגישור יסביר המגשר לצדדים את ההבדלים בין תפקידו החדש כמגשר לבין תפקיד עורך הדין שאותו מילא בעבר, במיוחד לנוכח העובדה שכעת יש להם אינטרסים נוגדים שהוא אינו רשאי כמגשר לחוות לגביהם דעה.

בגורגיה הציגה ועדת האתיקה למגשרים עמדה דומה לגבי מקרה שבו פסיכולוגית, אשר נשכרה על ידי אחד הצדדים להליך גירושים כדי להעריך את ההשפעה שעלולה

130 III.B.3.a ס' לסטנדרטים של נברסקה, לעיל ה"ש 109.

131 סטנדרט IV.B לסטנדרטים של אילינוי, לעיל ה"ש 112.

132 ראו: Florida Mediator Ethics Advisory Committee, Opinion 2003-006, available at www.flcourts.org/core/fileparse.php/283/urlt/MEAC-Opinion-2003-006.pdf

133 ראו שם, בעמ' 2: "The mere passage of time cannot reasonably be regarded as allowing the mediator to maintain impartiality if the mediator once acted as an advocate for one party. Rather than attempting to assess each case individually for a potential conflict or confidentiality violation, the Committee is of the opinion that the better approach for a mediator is to completely avoid conducting mediations in which a former client is a party"

134 ראו: Mediator Ethics Advisory Committee c/o Florida DRC, Opinion 2010-008, 3, available at www.flcourts.org/core/fileparse.php/283/urlt/MEACOpinion2010-008.pdf ("Serving as a mediator when one has been an advocate for or against one of the parties to the mediation is a conflict that cannot be remedied by consent of the parties")

135 ראו: Mediator Ethics Advisory Committee Florida DRC, Opinion 2012-006, available at www.flcourts.org/core/fileparse.php/283/urlt/MEACOpinion2012-006.pdf

להיות להעברת ילדם של הצדדים לבית ספר אחר, מונתה לאחר מכן לשמש מגשרת בין הצדדים.¹³⁶ הוועדה קבעה כי שירות מקצועי לאחד הצדדים לגישור פוסל את איש המקצוע מלשמש מגשר בסכסוך.¹³⁷ הוועדה חזרה על עמדה זו שנים מספר לאחר מכן בנסיבות דומות שבהן שימש המגשר יועץ נישואים ומטפל בטרם קיבל על עצמו תפקיד של מגשר, והביעה התנגדות לפרקטיקה שבה מי שנתנו שירות לצדדים בכובע מקצועי אחר ישמשו מגשרים בין הצדדים.¹³⁸

עמדתה הנחרצת של ועדת האתיקה למגשרים בפלורידה לגבי ייצוג קודם על ידי המגשר מקבלת משנה תוקף כאשר בוחנים את עמדתה לגבי חובת הפסילה של מגשר כאשר צד לגישור מיוצג על ידי עורך דין **ממשרדו**. כך, למשל, התייחסה ועדת האתיקה בפלורידה למקרה שבו מגשר-עורך-דין התבקש לגשר בסכסוך שבו אחד הצדדים יוצג על ידי עורך דין ממשרד עורכי הדין שהוא אחד משותפיו. הוועדה קבעה כי מדובר בניגוד עניינים ברור, שהצדדים אינם יכולים להכשירו.¹³⁹ הוועדה חזרה על קביעה זו גם במקרים נוספים, והדגישה כי אם משרד עורכי הדין של המגשר נוטל חלק בהליך משפטי שצד לגישור מעורב בו, המגשר מנוע מלגשר במקרה למרות הסכמת הצדדים, וזאת גם אם אין מעורבות אישית של המגשר בהליך המשפטי, גם אם אין קשר בין נושא הגישור לנושא ההליך המשפטי, גם אם מדובר במשרד עם מספר רב של עורכי דין, וגם אם ההליך המשפטי מנוהל במיקום גיאוגרפי שונה.¹⁴⁰ במקרה אחר הדגישה הוועדה את חשיבות **מראית העין** של ניגוד העניינים והאופן שבו התנהגותו של המגשר עלולה להתפס **לאחר סיום** הגישור בעיני הצדדים ובעיני משקיף חיצוני, והמליצה למגשר לשקול אם אדם בלתי מעורב שהיה שומע לראשונה על ניגוד העניינים, ללא ידיעה על הסכמת הצדדים, היה סבור כי המגשר צריך לסרב לגשר באותו מקרה.¹⁴¹

136 ראו: The Committee on Ethics of the Georgia Commission on Dispute Resolution, Opinion 1996-3, available at godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/ADVOP3.pdf (להלן: חוות דעת 1996-3 של ועדת האתיקה בג'ורג'יה).

137 ראו שם, בעמ' 4: "[W]hen a mediator has served one party in a professional capacity in the past it is not appropriate for that person to act as a mediator. If the mediator has served both parties the mediation may proceed following a thorough discussion of the relationship if the parties freely choose to proceed".

138 ראו: The Committee on Ethics of the Georgia Commission on Dispute Resolution, Opinion 2009-3, 8, available at [godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/Ethics Opinion 3.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/Ethics%20Opinion%203.pdf) (להלן: חוות דעת 2009-3 של ועדת האתיקה בג'ורג'יה) "[T]he Committee strongly cautions against mediators handling cases in which the parties have (engaged or intend to engage the mediator in another professional capacity)".

139 ראו: Mediator Ethics Advisory Committee c/o Florida DRC, Opinion 2002-005, available at www.flcourts.org/core/fileparse.php/534/urlt/MEACOpinion2002-005.pdf.

140 ראו: Mediator Ethics Advisory Committee c/o Florida DRC, Opinion 2008-007, available at www.flcourts.org/core/fileparse.php/283/urlt/MEACOpinion2008-007.pdf.

141 ראו: Mediator Ethics Advisory Committee c/o Florida DRC, Opinion 2012-004, 2, available at www.flcourts.org/core/fileparse.php/283/urlt/MEACOpinion2012-004.pdf ("In

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

עם זאת, לצד העמדה המתנגדת באופן גורף לכך שהמגשר יטפל במקרה שבו אחד הצדדים יוצג על ידיו בעבר, נראה שיש מדינות הסוברות כי יש מקום להותיר את ההחלטה לשיקול דעתם של הצדדים והמגשר, בכפוף למגבלות שונות. כך, למשל, כלל ניגוד העניינים המצוי בקוד האתיקה של אלבמה למגשרים מנוסח באופן שמשמע ממנו כי מגשר שייצג בעבר צד כעורך דין יוכל לשמש מגשר בסכסוך אחר שאותו צד מעורב בו בכפוף לגילוי הקשר המקצועי;¹⁴² בהונגריה חוק הגישור קובע כי מגשר שייצג את אחד הצדדים בחמש השנים שקדמו לגישור חייב לגלות זאת לצדדים, ואינו רשאי לקיים את הגישור אלא בהסכמת הצדדים;¹⁴³ ובאנגליה כללי לשכת עורכי הדין למגשרים קובעים כי מגשר שייצג בעבר את אחד הצדדים בעניין הקשור לגישור אינו רשאי לשמש מגשר באותו עניין, אך רשאי לגשר בעניין שאינו קשור לייצוג, בכפוף להסכמת הצדדים.¹⁴⁴ גם גיינס (Gaines), המנתחת במאמרה את ניגוד העניינים שבו מצוי מגשר-עורך-דין שייצג צד לגישור, מבחינה בין הצורך באיסור מוחלט של ייצוג וגישור בו זמניים לבין האפשרות להותיר מידה של חופש בחירה לצדדים ולמגשר במצבים של ייצוג צד לגישור שהסתיים בעבר, בכפוף לכך שהייצוג בעבר לא יטיל ספק חמור ביושרה של ההליך.¹⁴⁵

(ג) סיכום הכלל לעניין ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד
הדיון לעיל מצדיק לדעתי, מהטעמים שפורטו לעיל, את שתי הקביעות הבאות: (א) מגשר אינו רשאי לגשר במקרה שבו הוא מייצג כעורך דין את אחד הצדדים לגישור, גם אם הצדדים הסכימו לכך; (ב) אין מקום להטיל על מגשר איסור מוחלט לגשר במקרה שבו אחד הצדדים יוצג על ידיו בעבר, אך אין גם לקבוע כי לעולם לא תהיה מניעה עקרונית לגישור במקרה כזה אם הצדדים הסכימו למינוי המגשר. הבנת הרציונל הכפול העומד ביסוד הנורמה בדבר ניגוד עניינים בגישור – קרי, הגנה על היושרה של הליך הגישור ועל אמון הציבור בהליך ובמקצוע לצד ההגנה על הצדדים – מאפשרת להציע מידה מסוימת של הכוונה לגבי השיקולים הרלוונטיים לקבלת החלטה מושכלת במקרים שבהם המגשר ייצג בעבר את אחד הצדדים. שיקולים אלה לא יובילו בהכרח לתשובה

evaluating the nature of conflict, the mediator must reflect on the perception of the parties, not only during the mediation but in the event the outcome is not to their liking. A mediator may want to consider whether an outsider, hearing about the conflict for the first time and being unaware of a waiver, could believe the mediator should have declined service or removed him/herself from the mediation process")

142 זוהי תוצאת השילוב של סטנדרט (4)(b)5 לקוד אלבמה, לעיל ה"ש 47, עם סטנדרט (1)(b)5 לאותו קוד, שקובע: (A) Any "current or past representation of or consulting relationship with any party..."

143 ראו ס' (2)25 לחוק הגישור של הונגריה, לעיל ה"ש 125.

144 ראו ס' 3.4 לקוד הגישור של לשכת עורכי הדין האנגלית, לעיל ה"ש 76.

145 ראו Gaines, לעיל ה"ש 128, בעמ' 715.

חד-משמעית, אך הצטברותם ומשקלם המשותף עשויים להקל את זיהוי הנקודה שבה על המגשר להימנע מלקבל מקרה לטיפולו.

ראשית, יש לשקול את משך הזמן שחלף ממועד סיומם של היחסים בין עורך הדין ללקוח, את משך הזמן שבו התקיימה מערכת יחסים זו ואת האינטנסיביות של הקשר: ככל שמשך הזמן שחלף ממועד סיומו של הקשר המקצועי קצר יותר, ככל שמשך הזמן שבו התקיימה מערכת היחסים ארוך יותר וככל שהאינטנסיביות של הקשר גבוהה יותר, כן החשש לניגוד עניינים קשה גובר, ומשקלה של הסכמת הצדדים בקביעת זהות המגשר פוחת.¹⁴⁶ לדוגמה, נניח שעורך דין ייצג לקוח בתביעת נזיקין נגד חברת ביטוח. הייצוג הסתיים לפני חמש שנים, נמשך שנה, וכלל הגשת תביעה, ניהול משא ומתן בשם הלקוח וחתומה על הסדר פשרה. במהלך תקופת הייצוג נפגשו עורך הדין והלקוח שלוש פעמים. כעת מוצע לעורך הדין לשמש מגשר בתביעה לשכר עבודה שהוגשה על ידי הלקוח לשעבר נגד מעבידו של הלקוח. כעת נשווה זאת לתרחיש חלופי שבו הייצוג בתביעה הנזיקית הסתיים אך לפני שישה חודשים, וארך שבע שנים, שבמהלכן הגיש עורך הדין בשם הלקוח תביעה ועשרות בקשות ביניים, ניהל ישיבות הוכחות רבות, הכין את הלקוח לחקירה נגדית ונפגש עימו פעמים רבות. בשני המקרים יש לצדדים לגישור זכות לקבל מידע לגבי הקשר המקצועי הקודם, מכיוון שמידע זה רלוונטי להחלטתם אם למנות את המגשר לטפל בעניינם. אבל במקרה השני פרק הזמן הקצר שבין סיום מערכת היחסים המקצועית בין עורך הדין ללקוח (המתאפיינת במחויבות מלאה לאינטרסים של הלקוח) לבין תחילת מערכת היחסים המקצועית שבין המגשר לבין הצדדים לגישור (המתאפיינת במחויבות שווה כלפי שני הצדדים), התמשכותה של מערכת היחסים האמורה לאורך שנים רבות, שבהן שימש עורך הדין פה ללקוח וזוהה עימו, והאינטנסיביות של הקשר – כל אלה מעוררים חשש סביר שהקשר המקצועי הקודם (הסמוך בזמן והאינטנסיבי) ישפיע על שיקול דעתו של המגשר, והוא י שקול שיקולים זרים ויעדיף אינטרסים של לקוחו לשעבר. חשש זה אינו ודאי, ויהיו מגשרים שיתמודדו עם מצב זה היטב, אבל הוא גם אינו דמיוני ותלוש; הוא חשש סביר ומהותי, שיש לו השלכות אשר חורגות מתחומי הגישור המסוים הזה, ולכן הוא גם אינו צריך להיות כפוף להסכמת הצדדים בלבד. מכיוון שאיסור ניגוד העניינים עוסק גם באופן שבו קבלת המקרה לטיפול תתפס בעיני המתבונן מן הצד ובהשלכות על אמון הציבור בהליך, במקרה השני על עורך הדין להימנע מלגשר בין לקוחו לשעבר לבין מעבידו.

שנית, על המגשר לבחון את מידת הזיקה בין נושא הקשר המקצועי הקודם לבין נושא הגישור: ככל שהזיקה בין נושא הייצוג המשפטי לבין נושא הגישור הדוקה יותר, גובר החשש שהמגשר לא יוכל להפריד בין מחויבותו הקודמת כעורך דין ללקוחו לשעבר לבין נאמנותו הכפולה כמגשר כלפי שני הצדדים במשותף. המקרה המובהק שעל מגשר לסרב לקבל לטיפולו הוא עניין שבו הוא טיפל בעבר כעורך דין. גישור

146 לשם השוואה ראו את כללי הפסלות האוטומטיים החלים בעניינם של שופטים לפי ס' 77א(1א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, במקרים של ניגוד עניינים קשה הנובע מקרבה משפחתית או מקרבה ממשית אחרת בין השופט לבין צד להליך או בא כוחו.

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

באותו עניין שלגביו הוא העניק בעבר ייצוג או ייעוץ משפטי מעורר חשש שהמגשר לא יוכל למלא את תפקידו בנאמנות וללא משוא פנים, ושההליך ייתפס על ידי צופה מן הצד כפגום, תוך פגיעה באמון הציבור בהליך הגישור.¹⁴⁷ מקרה מורכב יותר יהיה גישור בעניין קשור או דומה, להבדיל מעניין אחר. נניח, לדוגמה, שלעורך דין ששימש בא כוח של התובע בתביעת נזקי גוף נגד חברת ביטוח מוצע כעת לקיים גישור בתביעה של לקוחו לשעבר נגד מעבידו, המעלה דרישה להחזירו לתפקיד שמילא לפני פציעתו. נושא הגישור במקרה זה הוא עניין שיש לו זיקה קרובה לנושא הייצוג והייעוץ המשפטי שהעניק המגשר ללקוחו לשעבר. בנסיבות הללו העובדה שהמגשר ייצג בעבר את התובע בקשר לפגיעה ולנזק הכספי שנגרם לו יוצרת חשש ממשי שכמגשר בתביעת הלקוח לשעבר נגד מעבידו, העוסקת כאמור בהשלכותיה של אותה פגיעה על העסקתו, הוא לא יוכל להימנע מהעדפת עניינו של הלקוח לשעבר. לדעת, אדם סביר המתבונן מן הצד יסבור כי קיום הליך גישור בנסיבות אלה פגום, ועל המגשר להימנע מלטפל במקרה. השיקולים הללו מלמדים כי למרות אמירתו של השופט עמית, תיתכן מניעה שעורך דין אשר ייצג בעבר צד מסוים ישמש מגשר בסכסוך בינו לבין צד או צדדים אחרים כאשר פרק הזמן שחלף בין הייצוג לגישור קצר, כאשר משך הזמן שבו התקיימה מערכת היחסים המקצועית היה ארוך והקשר היה אינטנסיבי, או כאשר הגישור עוסק באותו עניין שלגביו ניתן השירות המשפטי או מתקיימת זיקה קרובה בין נושא הייצוג לנושא הגישור. חשוב שמגשרים, עורכי דין ושופטים יהיו ערים לכך. שיקולים אלה אינם חפים אומנם מעמימות, אך הם מספקים מידה מסוימת של הכוונה, וניתן להדגים את פעולתם גם באמצעות עובדות פסק הדין בעניין לוי. בעניין לוי דומה שהזיקה הקרובה בין נושא הייצוג הפלילי לנושא הגישור בתביעה האזרחית הודגמה היטב בניסיונות החוזרים ונשנים של בא כוח התובע להפנות למגשר שאלות בנוגע להליך הפלילי המתנהל לגבי הנכס שבמחלוקת, ככל הנראה מכיוון שסבר כי יש במידע זה כדי להשפיע על סכסוך הבעלות. שיקול זה, ולצידו מה שנראה כסמיכות זמנים (ואולי אף חפיפה, כפי שראינו לעיל) בין הייצוג לבין הגישור, תומכים במסקנה שהיה על מ' להימנע מלקבל על עצמו את מקרה הגישור שבו היה לקוחו מעורב, למרות הסכמת הצדדים.

פרק ב: עדות מגשר לפני בית המשפט

1. רקע: בין סודיות, חיסיון ואי-קבילות

מגשר המסייע לצדדים לנהל משא ומתן לגבי הסכסוך ביניהם נחשף למידע רגיש הנוגע בעמדותיהם האמיתיות של הצדדים, בנכונותם לעשות ויתורים, בנקודות חולשה שלהם,

147 לשם השוואה ראו ס' 77א(1א)(3) לחוק בתי המשפט, המתייחס לחובת הפסילה של שופט במקרה שבו הוא היה מעורב באותו עניין כבורר, כמגשר או בדרך דומה.

בעובדות שהם לא הורו בהן בפומבי וכיוצא באלה. המגשר זקוק למידע זה על מנת למלא את תפקידו בהצלחה, וצדדים לגישור צריכים לדעת שהם יכולים לבטוח במגשר ולגלות לו את המידע הנדרש מבלי שהמידע ישמש נגדם.¹⁴⁸ מטרה זו מושגת, בין היתר, באמצעות הוראות סודיות המעוגנות בכללים המסדירים הליכי גישור בארץ ובעולם. הוראות אלה מטילות על המגשר חובת סודיות לגבי מידע שלמד במהלך הגישור, ואוסרות עליו לגלותו למי שאינו צד לגישור, ולעיתים גם לצד לגישור (כאשר מדובר במידע שנמסר למגשר בסודיות על ידי אחד הצדדים), כל עוד הוא לא קיבל את הסכמת הצדדים לגילוי המידע. השמירה על סודיות הגישור נתפסת כחשובה לעידוד השימוש בהליכי גישור, להשגת שיתוף פעולה של הצדדים עם המגשר ולשמירה על אמון הציבור בהליך,¹⁴⁹ והיא נובעת מיחסי האמון שבין המגשר לבין הצדדים.¹⁵⁰

זימון המגשר למתן עדות בבית משפט בקשר לעניין שעלה בגישור מעלה סוגיה אחרת – אם כי קשורה – מתחום דיני הראיות, והיא סוגיית החיסיון. בית המשפט מופקד על גילוי האמת ועשיית צדק, והשאלה היא אם עליו להתיר את זימון המגשר ולאפשר לו להעיד לגבי מה שאירע במהלך הגישור כאשר עדות המגשר מתבקשת במסגרת הליך משפטי. מידע סודי אינו מידע חסוי בהכרח, ולכן הוראת סודיות לא תעניק בהכרח למגשר פטור ממסירת עדות.¹⁵¹ נוסף על כך יש להבדיל בין חיסיון לבין אי־קבילות. חיסיון פוטר מגילוי מידע, בעוד הוראת אי־קבילות מונעת את בית המשפט מלבסס על המידע ממצאים ראיתיים.¹⁵² תכליתן של הוראות המעניקות חיסיון להליכי גישור היא לתגבר את הוראות הסודיות ולהפריד בין הליך הגישור לבין ההליך המשפטי, שכן זליגת מידע מהליך הגישור להליך המשפטי עלולה לפגום בנכונותם של צדדים להשתתף בהליכי גישור בפתיחות ובשיתוף פעולה.¹⁵³

2. החיסיון של הליך הגישור בישראל

החוק בישראל אינו משתמש במונח "חיסיון" בהקשר של הליך הגישור או המגשר. סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט קובע כי "דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי". הוראה זו עוסקת באי־קבילות, ומנוסחת באופן שאינו מותיר לכאורה לבית המשפט שיקול דעת לקבל כראיה דברים שנמסרו במסגרת הגישור, בין שמקורם במגשר ובין שמקורם בצדדים לגישור. לסעיף זה מצטרפת תקנה 5(ה) לתקנות הגישור, אשר קובעת כי "המגשר לא יגלה כל מידע שנמסר לו במהלך הגישור

148 ראו, למשל, KOVACH, לעיל ה"ש 74, בעמ' 263–264.

149 ראו, למשל, זר־גוטמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 169; זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 49.

150 ראו, למשל, דויטש, לעיל ה"ש 43, בעמ' 167; זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 52; SHAPIRA, לעיל ה"ש 34, בעמ' 271–272. להרחבה על הקשר בין אמון לסודיות בגישור ראו Deason, לעיל ה"ש 71.

151 זר־גוטמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 180; זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 52; BROWN & MARRIOTT, לעיל ה"ש 39, בעמ' 517 ר-526.

152 זר־גוטמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 174–175.

153 זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 50.

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

למי שאינו צד לגישור, ומטילה בכך על המגשר חובת סודיות כלפי כל העולם, לרבות בית המשפט. נוסף על כך, על פי סעיף 2 ל"הסכם המצוי בין בעלי דין ומגשר", המופיע בתוספת לתקנות הגישור, "בעלי הדין מתחייבים לא להזמין את המגשר למסור עדות, בין בכתב בין בעל-פה, או להציג מסמכים בכל ענין שהועלה, במישרין או בעקיפין, בהליך הגישור". ההסכם המצוי חל על הצדדים והמגשר באופן אוטומטי מכוח תקנה 3(ו) לתקנות הגישור, כאשר המקרה הופנה על ידי בית המשפט, אלא אם כן גישור הצדדים והמגשר הסכמה אחרת בכתב.

רוב הסוגיות שאליהן נדרש עד כה בית המשפט העליון בהקשרו של הליך הגישור עסקו בהיבטים של חיסון **מסמכי הגישור**, מבלי ליצור הבחנה חדה בין חיסון לבין אי-קבילות. בעניין **שירי** דן בית המשפט העליון בשאלה העקרונית אם מסמכים שהוכנו על ידי צד למחלוקת לצורך ניהול משא ומתן לשם השגת פשרה נהנים מחיסון במשפט, והכיר לראשונה בכך **שעל מסמכים שהוכנו לצורך הליך חלופי ליישוב סכסוך**, לרבות הליך גישור, **חל חיסון** בדומה לחיסון החל על חומר שהוכן לקראת משפט.¹⁵⁴ בעניין **פלונית נ' פלוני**, שעסק בבקשה של צד להתיר מסירת פרטים ומסמכים הנוגעים בהליך גישור שקיימו ביניהם הצדדים לבית המשפט, קבעה השופטת ארבל כי צדקו הערכאות דלמטה בהחלטותיהן לא לאפשר זאת על בסיס "חיסון שניתן להליך הגישור כולו", אך לא הרחיבה באשר למהותו של אותו חיסון.¹⁵⁵ בעניין **גבאי** נדרש בית המשפט העליון לשאלה אם היה בורר רשאי להסתמך על פרוטוקולים של ישיבות גישור שצורפו לתביעה שהתבררה לפניו. בית המשפט, מפי השופט דנציגר, שב והכיר בחיסון של מסמכי גישור, והוסיף כי חיסון זה הוא דיספוזיטיבי ועל כן ניתן לוותר בהסכמת שני הצדדים להליך הגישור.¹⁵⁶

עניין **י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ** התמקד בחיסון של הליך בוררות, ובמסגרתו נדרש בית המשפט העליון לשאלה אם מסמכים שמקורם בהליך בוררות – ואשר גילויים התבקש בהליך גילוי מסמכים על ידי צד שלישי שלא היה צד להליכי הבוררות – נהנים מחיסון. השופט עמית בחן לצורכי השוואה את הדין ביחס לגישור, וציין כי ניתן לפרש את הוראת הסודיות שבתקנה 5(ה) לתקנות הגישור, שלפיה "המגשר לא יגלה כל מידע שנמסר לו במהלך הגישור למי שאינו צד לגישור", כיוצרת חיסון יחסי של הליכי הגישור. השופט עמית קבע כי הרציונלים העומדים בבסיס הוראת הסודיות מצדיקים יצירת חיסון, ולכן "קיים אינטרס חזק להכיר בחיסון יחסי של הליך גישור בתובענה שהועברה על ידי בית המשפט". השופט עמית הוסיף כי לשיטתו אין מקום להבחין בין הליכי גישור שנערכו ביוזמת הצדדים לבין כאלה שהועברו על ידי בית המשפט.¹⁵⁷

154 עניין **שירי**, לעיל ה"ש 1.

155 בע"מ 8579/05 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בפדאור, 6.2.2006).

156 רע"א 4416/09 **גבאי אדריכלות ובנין ערים בע"מ נ' א. רובין אדריכלים בע"מ**, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 3.9.2009) (להלן: עניין **גבאי**).

157 עניין **י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ**, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

בעניין לוי, אשר עסק כאמור בערעור על החלטתו של בית המשפט קמא להתיר למגשר-עורך-דין לא להשיב על שאלות שהופנו אליו כעד בשל חסיון הליכי גישור וחסיון עורך-דין-לקוח, ציטט השופט עמית את דבריו בעניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ, קבע על בסיסם כי הליכי גישור נהנים מחיסיון השייך לצדדים, והגיע למסקנה כי מכיוון שהצדדים לא ויתרו על החיסיון, היה המגשר מנוע מלהשיב על השאלות שהופנו אליו.¹⁵⁸

3. החידוש והקושי שבעניין לוי

עובדות המקרה בעניין לוי, שבמרכזן הפטור שניתן למגשר מלהשיב על שאלות כעד, יצרו מצב שבו נדרש בית המשפט העליון, בפעם הראשונה, להתייחס באופן מפורש לתחולתו של חסיון הגישור על עדות מגשר. במקרים קודמים שבהם הגיעה שאלת החיסיון של הגישור לפתחו של בית המשפט נסבו העובדות על הצגת מסמכים הקשורים לגישור, ובכך התמקדו פסיקות השופטים. השופט עמית בעניין לוי מחדש למעשה בדבריו שני חידושים בהשוואה לפסיקות הקודמות של בית המשפט: ראשית, שהחסיון של הליך הגישור חל גם על עדות המגשר, ולא רק על מסמכי הגישור; ושנית, שהחסיון של עדות המגשר ניתן לוותר בהסכמת הצדדים. השופט עמית מדגיש כי החיסיון אינו של המגשר, אלא של הצדדים, ומציין כי במקרה שלפניו לא ויתרו הנתבעים על החיסיון, ועל כן העד היה מנוע מלהשיב על שאלות שהתייחסו לשיחות שניהל כמגשר.¹⁵⁹ מדברי השופט עמית משתמע כי אילו הסכימו שני הצדדים לוותר על החיסיון, היה המגשר מחויב למסור עדות על שאירע במהלך הגישור.

ההכרה של בית המשפט העליון בתחולת החיסיון של הליך הגישור על עדות המגשר היא התפתחות חשובה וחיובית, אשר מקדמת את ההגנה על סודיות ההליך ומעודדת בכך את השימוש בהליך הגישור בישראל. עם זאת, ביתר הפרק אטען כי האופן שבו השופט עמית מגיע למסקנתו שהחסיון של עדות המגשר אינו נתון למגשר, ושהוא ניתן לוותר על ידי הצדדים, אינו מתחייב מהמקורות שעליהם הוא נסמך בהחלטתו, וכי לנוכח ההשלכות המעשיות מרחיקות הלכת שיש למסקנה זו על פרקטיקת הגישור, היה נכון לבססה או להגיע למסקנה אחרת באמצעות בחינה רחבה יותר של הנושא והתמודדות ישירה עם נימוקי הגישה המעניקה גם למגשר זכות לחיסיון, לצד זכותם של הצדדים. לנוכח השימוש הגובר בהליכי גישור לפתרון סכסוכים לצד הליכים בבית המשפט, השאלה אם ניתן להעיד מגשר ובאילו תנאים אפשר לעשות זאת צפויה להעסיק מספר הולך וגדל של מגשרים, עורכי דין ושופטים. לדעתי, קיים חשש שהפרשנות שנתן בית המשפט לחסיון הגישור, תוך התייחסות לרצון הצדדים בלבד, תעביר מסר אשר יקל זימון מגשרים לעדות ויסכן את אמון הציבור בהליך הגישור ובתפקיד המגשר.

158 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

159 שם.

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

כאמור, בעניין לוי קבע בית המשפט לראשונה, מפי השופט עמית, כי החיסיון של הליך הגישור חל לא רק על מסמכי הגישור, אלא גם על עדות המגשר. את הבסיס לאמירה זו הניח השופט עמית בפסק דינו בעניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ, שבו הציג את הרציונלים המצדיקים יצירת חיסיון: הבטחת יחסי האמון בין המגשר לצדדים; הגנה על פרטיותם של הצדדים; עידוד הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים; והבטחת הניטרליות של המגשר.¹⁶⁰ כפי שניתן להתרשם מכתבתה של זמיר, שהשופט עמית מצטט אותה בפסקתו, תשתית זו מספקת בסיס הן לחיסיון של מסמכי הגישור והן לחיסיון של עדות המגשר. אכן, בעוד בעניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ השופט עמית מתייחס לסוגיה של גילוי מסמכים,¹⁶¹ בעניין לוי הוא מתייחס לראשונה לעדות המגשר.

שאלת הבעלות על החיסיון כרוכה אומנם בשאלת קיומו של חיסיון אך מחייבת התייחסות נפרדת. החיסיון בגישור יכול להיות של הצדדים בלבד או של המגשר והצדדים גם יחד. השופט עמית היה ער לאפשרות זו – הוא ציין כי בארצות הברית הוכרה זכות חיסיון עצמאית למגשר נוסף על זכותם של הצדדים,¹⁶² אבל קבע, תוך הסתמכות על עניין גבאי,¹⁶³ כי החיסיון הוא של הצדדים, וניתן לוותר בהסכמתם. השופט עמית אינו מסביר מדוע בחר באפשרות זו, אף מבלי לדון כלל באפשרות האחרת, אולי מכיוון שסבר כי אין בכך צורך לנוכח העובדה שהצדדים לא ויתרו במקרה זה על החיסיון. אבל ההפניה לעניין גבאי כבסיס לקביעה כי החיסיון שייך לצדדים אינה בחירה מוצלחת. הסיבה לכך היא שעניין גבאי עוסק בקבילות מסמכים שהוכנו במסגרת הליך הגישור ובהצהרות הצדדים שנמסרו במהלכו, והשופט דנציגר, שכתב את פסק הדין, אינו דן כלל במגשר. השופט דנציגר עצמו מסתמך בהחלטתו על עניין פלונית, שבו דנה השופטת ארבל בשאלה אם הבאת פרטים על הגישור בתצהיר שהגיש בעל דין מהווה ויתור על החיסיון, ללא קשר למגשר.¹⁶⁴ נוסף על כך, כתמיכה לקביעתו כי החיסיון של המסמכים הוא דיספוזיטיבי, כלומר ניתן לוותר בהסכמת הצדדים, מפנה השופט דנציגר אל סטי, אלא שהלה טוען למעשה טענה הפוכה שלפיה החיסיון הוא קוגנטי.¹⁶⁵ סטי מציע כי במקרים חריגים יהיה אפשר להסיר את החיסיון, אבל מפנה כדוגמה לחקיקה בקליפורניה, אשר מתנה את ההסרה בהסכמה בכתב או בעל פה של המגשר והצדדים.¹⁶⁶

160 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית; עניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

161 ראו עניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

162 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית.

163 עניין גבאי, לעיל ה"ש 156.

164 עניין פלונית, לעיל ה"ש 155.

165 ראו סטי, לעיל ה"ש 100, בעמ' 108.

166 סטי אומנם כותב כי החיסיון בקליפורניה "ניתן להסרה בכפוף להסכמת הצדדים או להסכמת המגשר" (ההדגשה הוספה), אבל סעיף החוק שהוא מצטט קובע כתנאי להסרת החיסיון כי: "All persons who conduct or otherwise participate in the mediation expressly agree in writing, or orally..." (ההדגשה הוספה). לחקיקה המעודכנת בקליפורניה בעניין זה ראו:

חשוב להדגיש: איני טוען שהשופט עמית לא היה רשאי לקבוע כי החיסיון בנוגע לעדות המגשר שייך לצדדים; טענתי היא שמדובר בסוגיה שלא נדונה כלל בפסיקה קודמת, ולכן קשה להסתמך עליה. נוסף על כך, באופן מפתיע, הכתיבה האקדמית שהשופט עמית מפנה אליה בדונו בחיסיון (כתיבתן של זמיר וזר-גוטמן) תומכת בזכות חיסיון עצמאית למגשר נוסף על זכותם של הצדדים, ואף מנמקת עמדה זו,¹⁶⁷ בעוד השופט עמית מציג עמדה הפוכה מבלי לבססה.

4. שיקולים לעניין אי-העדת מגשר

ההליך המשפטי נועד לחשוף את האמת ולעשות צדק.¹⁶⁸ עדות המגשר עשויה להיות רלוונטית לגילוי האמת – למשל, כאשר בעל דין מבקש לבטל הסדר גישור ומעלה טענות שלפיהן פעל בתנאי עושק ולא הבין את תנאי ההסדר. החיסיון הוא חריג לחובת הגילוי משיקולים שאינם גילוי האמת, וכתיבה נרחבת בישראל ובחוץ לארץ תומכת בחיסיון של הליך הגישור. כפי שראינו, בית המשפט העליון בעניין לוי ובעניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ הכיר בחיסיון יחסי של הליך הגישור, וחיסיון כזה מקובל במדינות רבות בארצות הברית,¹⁶⁹ אומץ בחלק מהמדינות המשתייכות לאוסטרליה,¹⁷⁰ מהווה חלק מההנחיה האירופית העוסקת בגישור בסכסוכים חוצי גבולות,¹⁷¹ ומצוי בחקיקה

CAL. EVID. CODE § 703.5 (1965, amended 1994), available at leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=703.5.&lawCode=EVID; CAL. EVID. CODE §§ 1115–1128 (1997), available at leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=1115&lawCode=EVID

167 זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 63–68; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 185–186.

168 ראו רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 521–522 (1995).

169 ראו, למשל, Deason, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1387. ראו גם: Uniform Mediation Act § 4 (revised 2003), available at www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf (להלן: חוק הגישור האחד האמריקני). נכון למועד כתיבת המאמר אומץ חוק הגישור האחד האמריקני על ידי ארבע-עשרה ממדינות ארצות הברית. ראו: www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation. Act

170 ראו, למשל: Civil Procedure Act 2005 (NSW) s 30 (Austl.), available at www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/2005/28/part4/sec30; Supreme Court Act 1986 (Vic) s 24A (Austl.), available at www5.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/sca1986183/s24a.html; Federal Court of Australia Act 1976 (Cth) s 53B, available at www.legislation.gov.au/Details/C2016C00683.

171 ראו: Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Art. 7(1), available at eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF (להלן: הנחיית הגישור האירופית).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

של מדינות אירופיות רבות, כגון קפריסין,¹⁷² צ'כיה,¹⁷³ אסטוניה,¹⁷⁴ צרפת¹⁷⁵ ואיטליה.¹⁷⁶ בדרך כלל החסיונות הללו יחסיים, במובן זה שהם כפופים לחריגים שונים המיועדים לאפשר במצבים מסוימים גילוי מידע מהגישור, על מנת לאזן בין ההגנה על מוסד הגישור לבין אינטרסים חשובים אחרים. כך, לדוגמה, החיסיון לא יחול בדרך כלל על איומים לגרום נזק לאחר, על כוונה לבצע פשע, על מידע לגבי התעללות בחסרי ישע, ועל תביעות הדדיות בין המגשר לבין הצדדים בנושאי תשלום שכר טרחה ורשלנות מקצועית.¹⁷⁷ החריגים הללו רלוונטיים להחלטה על העדת המגשר, ועל בית המשפט לשקול אותם בין שהחיסיון מצוי בבעלות הצדדים ובין שלמגשר יש זכות עצמאית לחיסיון.

זכות המגשר לחיסיון לצד זכות הצדדים מוצדקת באמצעות האינטרס החברתי בקיום מוסד גישור הזוכה באמון הציבור. הצורך למנוע מהצדדים את האפשרות לכפות על המגשר להעיד נובע מהרצון לשמור על מעמדו הניטרלי של המגשר ועל תפיסתו כגורם אשר מחויב לשני הצדדים ופועל ללא משוא פנים. החשש הוא שעדותו של מגשר, אפילו הסכימו לכך הצדדים, תתפרש כנקיטת עמדה בסכסוך או כהעדפה של אחד הצדדים, ולכן תפגע באמון הציבור במוסד הגישור.¹⁷⁸ חוק הגישור האחדיד האמריקני (Uniform Mediation Act) והחקיקה במדינות רבות בארצות הברית מעניקים למגשר זכות עצמאית לחיסיון ואפשרות להתנגד למסירת עדותו.¹⁷⁹ חקיקה דומה קיימת גם בחלק ממדינות אירופה, דוגמת אוסטריה,¹⁸⁰ בלגיה,¹⁸¹

172 ראו: Bill Entitled Act of Parliament on Certain Aspects of Mediation in Civil Commercial Cases, Art. 24, in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 438–445 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012) (להלן: חוק הגישור של קפריסין).

173 ראו: ACT on Mediation and Change of Some Laws (Mediation Act) 202/2012 § 9, available at www.cak.cz/assets/zakon-o-mediaci_aj.pdf (להלן: חוק הגישור של צ'כיה).

174 Conciliation Act 2009 § 4, in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 455–463 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012) (להלן: חוק הגישור של אסטוניה).

175 Decree No. 2011-1540, Art. 21-3 (2011), in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 468–470 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012) (להלן: צו הגישור הצרפתי).

176 Legislative Decree No. 28 (2010), Art. 10, in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 495–503 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012) (להלן: צו הגישור האיטלקי).

177 ראו, למשל, זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 69–73; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 176; KOVACH, לעיל ה"ש 74, בעמ' 266; ס' 6 לחוק הגישור האחדיד האמריקני, לעיל ה"ש 169; ס' 7(a)(1) להנחיית הגישור האירופית, לעיל ה"ש 171.

178 ראו, למשל, KOVACH, לעיל ה"ש 74, בעמ' 264.
179 ראו ס' 4(b)(3) לחוק הגישור האחדיד האמריקני, לעיל ה"ש 169; זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 63 ו-65–66.

180 Austrian Code of Civil Procedure § 320(4), available at www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=230306.

181 ראו: Belgian Mediation Law, Art. 1728, in EU MEDIATION LAW AND PRACTICE 425–430 (Giuseppe De Palo & Mary B. Trevor eds., 2012).

דנמרק,¹⁸² אסטוניה,¹⁸³ הונגריה¹⁸⁴ ואיטליה.¹⁸⁵ עם זאת, יש מדינות שבחרו למסור את הבעלות בחיסיון לידי הצדדים – למשל, קפריסין,¹⁸⁶ צ'כיה¹⁸⁷ וצרפת.¹⁸⁸ בפסיקות שונות של בתי משפט בארצות הברית שבהן עמד על הפרק זימונם של מגשרים לעדות ציינו השופטים כי כפיית עדותם של מגשרים חותרת תחת היושרה המקצועית שלהם,¹⁸⁹ ועלולה להתפרש כהעדפה של צד ובכך לסכן את המוניטין של מגשרים כמי שפועלים ללא משוא פנים¹⁹⁰ ולפגוע באינטרס הציבורי שבתפיסתם ככאלה.¹⁹¹ שיקול מרכזי ששקלו השופטים בעת קבלת החלטה אם להעיד את המגשר היה אם ניתן להשיג את המידע בדרך אחרת, לא באמצעות המגשר.¹⁹² עם זאת, יחסיות החיסיון הביאה לידי כך שבמצבים מסוימים, לאחר התלבטות ושקילת הנסיבות, העניקו בתי המשפט משקל רב יותר לחקר האמת מאשר להגנה על הליך הגישור, הסירו את החיסיון ואפשרו את עדות המגשר. בין השיקולים שהניעו את בית המשפט לעשות כן היו, למשל, הסכמת הצדדים לעדות המגשר לגבי מצבו הנפשי של צד שביקש לבטל הסדר גישור בנסיבות שבהן עדות המגשר הייתה העדות האובייקטיבית היחידה ולא היו מקורות ראיתיים חלופיים,¹⁹³ וכן חיוניותה של עדות המגשר להגנתו של נאשם קטין במשפט פלילי.¹⁹⁴

הגישה המסתייגת מעדות מגשרים נתמכת בחוות דעת אתיות של ועדות אתיקה למגשרים בארצות הברית, אשר הנחו מגשרים להימנע ככל האפשר ממסירת עדות בבית המשפט, אפילו בהסכמת הצדדים, וכיוונו בהחלטותיהן גם לבתי המשפט בניסיון להעלות למודעות השופטים את החשיבות שיש להפטרות המגשר מעדות ככל שהדבר אפשרי. כך, למשל, ועדת האתיקה למגשרים בג'ורג'יה המליצה לבתי המשפט לא

182 ראו: Danish Administration of Justice Act § 170 (2013).

183 ראו ס' 4(4) לחוק הגישור של אסטוניה, לעיל ה"ש 174.

184 ראו: Hungarian Civil Procedure Code § 170(1)(d).

185 ראו ס' 10(2) לצו הגישור האיטלקי, לעיל ה"ש 176.

186 ראו ס' 26(1) לחוק הגישור של קפריסין, לעיל ה"ש 172.

187 ראו ס' 9(2) לחוק הגישור של צ'כיה, לעיל ה"ש 173.

188 ראו ס' 3-21 לצו הגישור הצרפתי, לעיל ה"ש 175.

189 ראו: *Olam v. Cong. Mortg. Co.*, 68 F. Supp. 2d 1110, 1134 (N.D. Cal. 1999).

190 ראו: *NLRB v. Joseph Macaluso, Inc.*, 618 F.2d 51, 55 (9th Cir. 1980).

191 שם, פס' 17.

192 ראו, למשל: *New Jersey v. Williams*, 184 N.J. 432 (2005) (בית המשפט העליון של ניו ג'רזי פטר מגשר מעדות במשפט פלילי לגבי אמירות שנאמרו במהלך הגישור, בהעניקו משקל רב יותר בנסיבות המקרה לאינטרס הציבורי שבשמירה על חסיון הגישור מאשר לזכותו של הנאשם שהמידע – שהיה אפשר להשיגו בדרכים אחרות – יישמע מפי המגשר).

193 עניין *Olam*, לעיל ה"ש 189, בעמ' 1138.

194 ראו: *Rinaker v. Superior Court of San Joaquin County*, 62 Cal. App. 4th 155 (1998) (בית המשפט לערעורים בקליפורניה קבע כי ניתן לחייב מגשר להעיד במשפט פלילי לגבי אמירות של משתתף בגישור כאשר המידע חיוני על מנת לאפשר לנאשם קטין להתגונן מפני עדות של אותו משתתף שהעיד נגדו).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

לאפשר למגשרים להעיד בהליכים שצדדים לגישור מעורבים בהם, אלא אם כן המקרה נופל במסגרת חריג לסודיות הגישור המוסדר בחוק, וקראה למגשרים המתבקשים להעיד בהליך שצדדים לגישור מעורבים בו להימנע מלהעיד, אלא אם כן הם מחויבים להעיד על פי הוראה ברורה של בית המשפט וסירובם להעיד עלול להוביל להאשמתם בזיון בית המשפט.¹⁹⁵ בחוות דעת נוספת הרחיקה הוועדה לכת אף יותר, ודרשה ממגשרים שזומנו להעיד להיעזר בצוות של תוכנית הגישור המדינתית לצורך ביטול הזימון ולצורך מסירת מידע לגבי החיסיון וחשיבותו לבית המשפט ולעורכי הדין.¹⁹⁶

החשש וההסתייגות מפני עדות מגשרים בבתי המשפט עלו גם בפרקטיקת הגישור בישראל. בחמש השנים האחרונות פועל בהנחייתי, במרכז לגישור וליישוב סכסוכים בקהילה קרית אנו, פורום אתיקה המורכב ממגשרים חברי המרכז לגישור בקהילה.¹⁹⁷ נכון להיום פורום אתיקה הוא המקבילה היחידה בישראל לוועדות אתיקה למגשרים הפועלות במדינות אחרות בעולם. הפורום מהווה כתובת לשאלות אתיות המעסיקות מגשרים ומרכזי גישור ברחבי ישראל, ומקבל פניות בנושאים אתיים ממגשרים בקהילה, ממגשרים פרטיים וממגשרים בתיקי בית משפט. הפורום מנסח חוות דעת אתיות במענה לשאלות המופנות אליו, מציף סוגיות הקשורות לאתיקה של מגשרים לפני קובעי מדיניות, מפתח כלים להתמודדות עם שאלות אתיות בגישור, ומפיץ ידע בקרב מגשרים. הפורום אינו גוף משמעותי, ומטרתו להפיק לקחים לעתיד, לשפר את התנהלותם האתית של מגשרים ולתרום להתמקצעותם. בשתי הזדמנויות שונות דן הפורום, על רקע פניות של מגשרים אליו, בסוגיות שרלוונטיות לעניין לוי ולמאמר זה, תוך התייחסות לחובות הסודיות של מגשר כלפי בית המשפט ולעדות מגשר בבית המשפט. חוות הדעת ממחישות את העובדה שסוגיות אלה מעסיקות מגשרים מהפרקטיקה, מעניקות קול לעמדה אתית מנומקת של התארגנות וולונטרית של מגשרים בישראל, ומחדדות את הצורך בבחינה נוספת של האמירות בעניין לוי בנוגע לעדות מגשרים.

במקרה הראשון נשאל הפורום, כשאלה כללית, כיצד על מגשר לנהוג אם צדדים לגישור מסכימים ביניהם לוותר על סודיותם של דברים שנאמרו במסגרת ההליך. בהתייחסו לחובת המגשר לסודיות כלפי בית המשפט, ציין הפורום, בין היתר, כלהלן:

"(1) יש חשיבות עקרונית ליצירת הפרדה בין דברים שנאמרו והוחלפו במהלך הגישור לבין ניהול הליך משפטי. גילוי מידע מהליך גישור לבית המשפט לצורך בירור תביעה בין הצדדים במקרה שבו הגישור לא הסתיים בהסדר,

195 ראו חוות דעת 3-1996 של ועדת אתיקה בג'ורג'יה, לעיל ה"ש 136.

196 ראו חוות דעת 3-2009 של ועדת אתיקה בג'ורג'יה, לעיל ה"ש 138. לדעה שונה השוו: ABA Section of Dispute Resolution Committee on Mediator Ethical Guidance, Opinion 2008-3, available at apps.americanbar.org/webupload/commupload/DR018600/relatedresources/SODR-2008-3.pdf.

197 על הפורום, עקרונות פעולתו וסוגיות אתיות בגישור שנותחו על ידיו ראו **אתיקה בגישור: קודים אתיים והתמודדות עם דילמות** (עומר שפירא וכרמלה זילברשטיין עורכים, הוצאת מאגנס, צפוי להתפרסם ב־2018).

או לצורך תקיפת ההסדר שהושג, או לצורך בירור תביעה אחרת כנגד אחד הצדדים פוגע בזכות הקיום של הגישור, מכיוון שצדדים לא יוכלו לשתף פעולה באופן כן ואמיתי אם יחששו שדבריהם עלולים לשמש נגדם בבית המשפט.

כך גם לגבי שימוש בדברי המגשר לצורך ניהול תביעה נגד אחד הצדדים, הפוגע הן ביכולת של הצדדים לבטוח במגשר ולמסור לו מידע והן במעמדו הניטרלי של המגשר העלול להיפגע אם יעיד בפני בית המשפט.

(2) השיקולים הללו הם שיקולים שנועדו להגן על מקצוע הגישור, על אמון הציבור בהליך, ועל תפקידו החברתי והם חלים במערכת היחסים שבין המגשר לבין **מקצוע הגישור והציבור**, ולא במערכת היחסים שבין המגשר והצדדים...¹⁹⁸

במקרה השני התבקש הפורום להתייחס לפנייה קונקרטית של מגשר שזומן על ידי אחד הצדדים להעיד בבית המשפט לגבי הליך גישור שקיים. הפורום התייחס לאפשרות שהצד האחר יסכים למסירת העדות על ידי המגשר ולכך שבית המשפט יורה למגשר לענות על שאלות הצדדים:

"...גם כאשר שני הצדדים מסכימים לוותר על חובת אי גילוי מידע מההליך לבית המשפט המגשר חייב לבחון האם מסירת עדותו יכולה להתבצע באופן העולה בקנה אחד עם חובתו לשמור על מעמדו הניטרלי, על מעמד המקצוע ועל אמון הציבור במקצוע ובהליך הגישור.

...

ערכי הגישור והחובות האתיות של המגשר אינם מוחלטים, וייתכנו נסיבות שבהן עדות מגשר תהיה מוצדקת מהבחינה האתית. כך לדוגמה בתביעה שמגיש צד לגישור כנגד המגשר מותר יהיה למגשר להתגונן בפני התביעה ולגלות מידע מהגישור ככל שהדבר הכרחי להגנתו. באותו אופן ניתן להעלות על הדעת מצבים יוצאי דופן שבהם עדות המגשר תידרש ותהיה מוצדקת מהבחינה האתית גם בתביעה בין הצדדים לגישור. כך למשל אם אחד הצדדים תקף את הצד האחר בנוכחות המגשר וגרם לו לפגיעה חמורה, ועדות המגשר נדרשת על ידי הרשויות, מסירת המידע על ידי המגשר עשויה להיות מוצדקת מהבחינה האתית. השיקולים שצריכים להניע את המגשר בקבלת החלטתו האם להעיד, ולדעתנו השיקולים שעליו להציג בפני בית המשפט כשזה מבקש לשמוע את עדותו, הם (1) האם בנסיבות העניין מסירת המידע עלולה להתפרש בעיני צופה מן הצד כנקיטת עמדה בסכסוך שבין הצדדים או כמשחקת לידי אחד הצדדים באופן העלול לפגוע במעמדו הניטרלי של המגשר ובמעמד המקצוע במידה העלולה

198 החלטה 1/2014 של פורום האתיקה, המרכז לגישור וליישוב סכסוכים בקהילה קרית אונו (עותק נמצא אצל המחבר).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

לפגוע באמון הציבור במקצוע ובהליך הגישור; ו-(2) האם המידע שברשות המגשר חיוני לניהול התביעה (למשל בשל חומרת המקרה) והמידע אינו ניתן להשגה באמצעים אחרים מלבד עדות המגשר.¹⁹⁹

הפורום סיכם את חוות דעתו בדברים הבאים:

1. מסירת עדות על ידי מגשר בבית המשפט לגבי הליכים שניהל כמגשר היא אירוע שיש להימנע ממנו ככל הניתן ולאפשר אותו בנסיבות יוצאות דופן בלבד מכיוון שעדות על ידי מגשרים עלולה לסכן את אמון הציבור בהליך הגישור, בתפקיד המגשר, ובגישור כמקצוע. שיקול מרכזי בהימנעות ממסירת העדות אינו ההגנה על סודיות המידע או ההליך, אלא השמירה על מעמדו הניטראלי של המגשר, על מעמד המקצוע, ועל נכונות הציבור להמשיך ולעשות שימוש בהליכי גישור.
2. על מגשר המקבל זימון לעדות מטעם בית המשפט להציג בפני בית המשפט את הנימוקים המפורטים בניתוח המקרה המצדיקים את ביטול זימונו לעדות.
3. מגשר הנדרש למרות הסבריו כאמור לעיל לענות לשאלות ספציפיות על ידי בית המשפט יצמצם את תשובותיו ככל הניתן להתייחסות להיבטים טכניים ופרוצדוראליים של ניהול ההליך (למשל מועדי ישיבות או מתן הסברים על ההליך) תוך הימנעות ככל האפשר מתיאורים של התנהגות הצדדים במהלך הגישור ומהתרשמויותו הסובייקטיביות מהתנהגותם ומצבם.²⁰⁰

5. מן הכלל אל הפרט: בחזרה לעניין לוי ולהתייחסותו של בית המשפט לעדות מגשר

אני מבקש להעלות שתי השערות לגבי סיבות אפשריות שתרמו לכך שהשופט עמית סבר, כמובן מאליו ומבלי להרחיב בכך, שהצדדים לגישור הם בעלי החיסיון גם כאשר מדובר בעדות המגשר. הסיבה הראשונה נעוצה בהבנתו של השופט עמית את הליך הגישור כהליך וולונטרי שהצדדים לו הם "בעלי השליטה הבלעדיים" בו.²⁰¹ על פי תפיסה זו, הגיוני לחשוב שגם סוגיית החיסיון תהיה כפופה לחופש הבחירה של הצדדים. אולם חופש הבחירה של הצדדים אינו מוחלט, כפי שראינו,²⁰² ומקובל לאזן אותו עם

199 החלטה 6/2014 של פורום האתיקה, המרכז לגישור וליישוב סכסוכים בקהילה קרית אונו (עותק נמצא אצל המחבר).

200 ש.ם.

201 עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

202 ראו לעיל ליד ה"ש 108–112.

שיקולים נוספים. לכן בעלות בלעדית של הצדדים בחיסיון אינה מובנת מאליה, והיה מקום לבחון אם מטרת החיסיון בגישור מצדיקות הכרה בזכות של המגשר לחיסיון. הסיבה השנייה נעוצה בכך שבצד היכרותו המעמיקה של השופט עמית, מטבע עיסוקו, עם תפקיד עורך הדין ועם עולם המשפט, מודעותו לתפקיד המגשר ולצרכיו המקצועיים פחותה. אין זה מן הנמנע שהשופט עמית הושפע בהחלטתו לגבי החיסיון החל על הליכי גישור מהחיסיון הוותיק והמוכר יותר החל על יחסי עורך-דין-לקוח, הניתן לויתור בהסכמת הלקוח, אלא שיש להיזהר ביצירת הקבלה בין חסיונות אלה.²⁰³ תפקיד המגשר שונה מתפקיד עורך הדין, והליך הגישור שונה מייצוג משפטי, ולכן אין זה נכון לגזור גזרה שווה בין חסיון עורך-דין-לקוח לבין החיסיון של הליך הגישור. לשם המחשה הבה נדמיין מה היה קורה אילו הסכימו התובע והנתבעים בעניין לוי שהמגשר יעיד על שאירע במהלך הגישור, ובעקבות זאת היה השופט כופה את המגשר להעיד. בעדותו היה המגשר מתבקש להתייחס לאמירות שונות שהצדדים השמיעו לגבי בעלותם בנכס ולמסמכים שהוצגו התומכים בעמדה של צד זה או אחר. כל צד היה חוקר את המגשר ומבקש להוכיח באמצעותו את צדקתו. המגשר היה נהפך לכלי להוכחת טענות הצדדים או להפרכתן, והיה משמש מטרה להתקפות הצדדים בהתאם לאינטרסים המידיים שלהם בעת המשפט. יתר על כן, קיים חשש שפעולות שהמגשר נקט והתבטאויות שלו במהלך הגישור יתפרשו בדיעבד, בעקבות העדות, כהעדפה של צד אחד על רעהו, תוך ערעור תפיסת המגשר כאיש מקצוע נטול משוא פנים. שיקול זה רלוונטי כאשר מדובר במגשר, ואינו רלוונטי כאשר מדובר בעורך דין, ולכן לא יהיה נכון ליצור הקבלה מלאה בין החיסיון של המגשר לבין זה של עורך הדין. יצוין כי החשש אינו מתייחס רק לערעור אמונם של הצדדים במגשר ובהליך הגישור המסוים שניהל, אלא לפגיעה באמון הציבור בהליך הגישור ובמקצוע הגישור בכללותם, העלולה להתרגם לפגיעה במעמדו של מוסד הגישור ולירידה בנכונותו של הציבור לעשות שימוש בהליכי גישור. קביעה גורפת שלפיה החיסיון היחסי של הגישור שייך לצדדים בלבד מפקירה למעשה בידי הצדדים לגישור את האינטרס החברתי בחיזוק מעמדו של הגישור ובהגברת השימוש בו כאמצעי ליישוב מחלוקות בהסכמה לטובת הציבור, וכן את האינטרס של מקצוע הגישור בשימורו ובפיתוחו של הגישור, וזאת בשעה שהצדדים לגישור, שהם כעת צדדים להליך משפטי, צפויים להקריב אינטרסים אלה על מזבח האינטרסים הצרים שלהם, המתמקדים בהטיית הכף לטובתם. גישה מאוזנת ויחסית לסוגיית הבעלות על החיסיון תכיר בזכות המגשר לחיסיון לצד זכותם של הצדדים, ותשמר בידי בית המשפט את שיקול הדעת להורות למגשר להעיד רק באותם מקרים שבהם הנסיבות אינן מעוררות חשש לפגיעה באינטרסים הלגיטימיים של הציבור הרחב ושל המקצוע.

203 השופט עמית מודע לקושי להסיק מהליך אחד להליך אחר. ראו, לדוגמה, את אמירתו בעניין י.מ עיני קונדיטוריה בע"מ, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק דינו, כי "ספק אם ועד כמה ניתן להקיש מהליכי גישור להליכי בוררות, נוכח השוני בין המוסדות".

כפי שראינו, בעניין לוי ובעניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ, שנפסק לפניו, הצדיק השופט עמית את ההכרה בקיומו של חיסיון להליך הגישור באמצעות ארבעה רציונלים: הבטחת יחסי האמון בין המגשר לצדדים; הגנה על פרטיותם של הצדדים; עידוד הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים; והבטחת הניטרליות של המגשר.²⁰⁴ את הרציונלים הללו היה נכון ליישם גם על שאלת הבעלות בחיסיון. בעוד שני הרציונלים הראשונים תומכים בהכפפת החיסיון לרצון הצדדים, השניים האחרונים תומכים לכאורה בהגבלת זכותם של הצדדים לוותר על החיסיון, וזאת מטעמים של טובת הציבור ומקצוע הגישור.

כאמור, איני חולק על עצם האפשרות שבית המשפט יחליט בסופו של יום להותיר את הבעלות על חיסיון הגישור בידי הצדדים בלבד, אלא שלהרגשתי לא התקיים דיון מספק בסוגיה, וקיים חשש שאמירתו בעניין לוי תתקבע ותשכפל בפסיקות עתידיות ללא מחשבה נוספת.

נימוק נוסף לכך שההחלטה לגבי העדת המגשר צריכה להתקבל על ידי בית המשפט הדן בעניין שלגביו מתבקשת עדות המגשר, ולא להיות תלויה בהחלטת הצדדים בלבד, נוגע בחשש מוויתור מראש של צד חלש על החיסיון.²⁰⁵ אסביר: בעניין גבאי – שעליו ביסס השופט עמית, בין היתר, את אמירותיו בעניין לוי – קבע השופט דנציגר כי מאחר ששני הצדדים באותה פרשה מסרו מרצונם מסמכים מהליך הגישור לידי הבורר, הם ויתרו באופן משתמע על חיסיון המסמכים, וכעת הם מושתקים מלטעון לחיסיונם.²⁰⁶ השופט עמית בעניין לוי אמר כי החיסיון בהליך הגישור חל גם על עדות מגשר, ולא רק על מסמכים, וכי הוא דיספוזיטיבי ולכן ניתן להתניה בהסכמת שני הצדדים. שאלה שאליה לא התייחס השופט עמית היא אם החיסיון ניתן להתניה מראש. במילים אחרות, האם צד שחתם על מסמך המאפשר למגשר מראש להעיד בבית משפט, אם וכאשר יגיע אותו סכסוך לבית המשפט, רשאי להתחרט על הסכמתו מראש על ידי סירוב בדיעבד? לכאורה, התניה מראש על החיסיון ועל עדות המגשר היא פרשנות אפשרית של דברי השופט עמית, והיא מעוררת קושי שכן אם הדין יתיר התניה מראש, ולא יתחשב בסירוב בדיעבד לחשיפת פרטים מן הגישור, ייווצר מצב שבו צד בעמדת כוח בהליך הגישור יוכל לחייב את הצד החלש לחתום על מסמך שבו הוא מוותר על החיסיון החל על הליך הגישור, מה שיערער את הנחת הוולונטריות שאותה העלה השופט עמית בעניין לוי. כתוצאה מכך עולה חשש משמעותי ביותר לפגיעה באמון הציבור בהליך הגישור ובמקצוע הגישור. על כן חשוב שבית המשפט יכיר בזכות המגשר לחיסיון לצד זכותם של הצדדים, וכן יבהיר כי אין להתיר ויתור מראש על חיסיון בהליך גישור, וכי צד אשר אינו מעוניין בחשיפת פרטים מהליך הגישור בבית המשפט – אם בדרך של הגשת מסמכים ואם בדרך של עדות מגשר – יוכל לסרב לכך גם אם הסכים לוותר מראש על חיסיון זה במסגרת המשא ומתן בהליך הגישור.

204 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 3, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית; עניין י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ, לעיל ה"ש 1, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית.

205 תודה לחברי מערכת כתב העת שהפנו את תשומת ליבי לשיקול זה.

206 עניין גבאי, לעיל ה"ש 156.

סיכום

אדם הממלא תפקיד של מגשר חב חובת אמון כלפי לקוחותיו, הצדדים לגישור. אחד ההיבטים של חובה זו, המהווה מאפיין מרכזי של הליכי גישור, הוא כיבוד חופש הבחירה של הצדדים לגישור וקבלת הסכמתם המשותפת להחלטות רבות המתקבלות במהלך הגישור, לרבות באשר לקביעת זהותו של המגשר ולמסירת מידע שהוחלף במסגרת הגישור לבית המשפט. אלא שכיבוד רצון הצדדים אינו חזות הכל, ולצד האינטרסים של הצדדים יש מקום להגן גם על האינטרס הציבורי ועל האינטרס של קהילת המגשרים בקיום מוסד גישור מתפקד ומתפתח לתועלת הציבור כולו. על תובנה זו לבוא לידי ביטוי בפרשנות משמעותן של נורמות ניגוד העניינים, הסודיות והחיסיון החלות על הליכי גישור, ואין לראות את זכותם של הצדדים למנות מגשר בעניינם או להעיד את המגשר בבית המשפט כזכות מוחלטת התלויה ברצונם בלבד.

לדעתי, בית המשפט העליון בעניין לוי התבונן על הליך הגישור כעניין פרטי שבין הצדדים לבין המגשר, המוסדר בהתאם לרצונם של הצדדים, ולא העניק משקל הולם לכך שהגישור כמקצוע והמגשר כממלא תפקיד מקצועי משקפים ומשרתים אינטרסים אשר חורגים מאלה של הצדדים ומגבילים את חופש הבחירה שלהם. נוסף על כך נראה שבית המשפט, אשר באופן טבעי נוטה לאמץ תפיסת עולם אדוורסרית, לא יצר הבחנה חדה מספיק בין התפקידים המקצועיים השונים של מגשרים ושל עורכי דין (שמכל אחד מהם נובעות חובות וזכויות בעלות תוכן שונה), ולכן התקשה לראות בגישור הליך שונה ונפרד מההתדיינות בבית המשפט, אשר יש לכבד את עצמאותו ולשמור עליה ככל האפשר. המאמר קורא לבית המשפט העליון לתקן את המסר העולה מפסיקותיו האחרונות באופן שיבהיר כי למרות הוולונטריות של הגישור ויסוד ההסכמה שבו, על בתי המשפט ועל ציבור המגשרים לתת משקל הולם להיבט הציבורי של הליך הגישור, ולשמור על מעמדם של הליך הגישור ושל מקצוע הגישור.²⁰⁷

באופן קונקרטי, לגבי הסוגיות שנדונו במאמר זה, מוצע שבית המשפט העליון יסייג את אמירותיו בעניין לוי, במטרה למנוע יישום מכני שלהן על ידי ערכאות אחרות ועל ידי ציבור המגשרים ועורכי הדין. ראשית, לגבי סוגיית מינוי המגשר, מוצע שבית המשפט יבהיר כי עורך דין **המשמש** בא כוחו של אחד הצדדים אינו רשאי לשמש בו-זמנית מגשר, אפילו הסכימו לכך הצדדים. נוסף על כך מוצע כי בית המשפט יבהיר שעשויה להתקיים מניעה שעורך דין **ששימש** בא כוחו של אחד הצדדים ישמש מגשר, גם אם הצדדים הביעו במפורש את הסכמתם שהוא יגשר בעניינם, וזאת אם ניגוד העניינים של המגשר הוא ניגוד עניינים חמור. ניגוד עניינים חמור הוא מצב המעלה חשש סביר שהמגשר לא יוכל להימנע מפגיעה באינטרס של צד – למשל, לא יוכל לקיימו ללא משוא פנים או מראית עין של משוא פנים – וכתוצאה מכך ההליך עלול

207 על תפקידו של בית המשפט כסוכן שינוי וכשותף בקידום הגישור ראו, למשל, מרדכי (מוטי) מירוני "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור" **דין ודברים** 1, 487, 519 (2012).

משפט ועסקים כא, תשע"ח על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד

להיתפס בעיני הציבור כפגום, מה שיסכן את מעמדם של הליך הגישור ומקצוע הגישור ויפגע באמון הציבור בהם. בין השיקולים הרלוונטיים המוצעים לזיהוי מצב כזה: משך הזמן שחלף ממועד סיומם של יחסי עורך-דין-לקוח, משך הזמן שבו התקיימה מערכת היחסים, האינטנסיביות של הקשר ומידת הזיקה בין נושא הקשר המקצועי הקודם לבין נושא הגישור.

שנית, לגבי הסוגיה של העדת מגשרים, מוצע כי בית המשפט העליון יבחן מחדש את אמירתו של מגשר אין חלק בחיסיון המצוי בבעלות הצדדים ולכן ניתן להעידו בהסכמת הצדדים. לבחינה מחודשת זו יש מקום מכמה סיבות: (א) הפסיקה שעליה הסתמך בית המשפט באמירתו עסקה בבעלות הצדדים על חסיון המסמכים, אך הסוגיה של עדות המגשר מעלה שיקולים אחרים שיש מקום לדון בהם, ובירור כזה לא התקיים; (ב) לרציונלים שעליהם הסתמך בית המשפט העליון לצורך ביסוס קיומו של חיסיון יחסי לגישור יש השלכות שלא נדונו לגבי הבעלות בחיסיון, והם תומכים לכאורה בהכרה בזכות המגשר לחיסיון לצד זכותם של הצדדים; (ג) קיימים נימוקים כבדי משקל התומכים בכך שהחלטה לגבי העדת המגשר תתקבל על ידי בית המשפט הדין בעניין שלגביו מתבקשת עדות המגשר, לאחר בחינת מכלול האינטרסים הרלוונטיים, ולא תהיה תלויה בהחלטת הצדדים בלבד.

המאמר נועד להצביע על נקודות לחשיבה שיחשפו את בית המשפט, כמו גם את ציבור עורכי הדין והמגשרים העשויים להעלות טיעונים לפני בית המשפט, לשיקולים התומכים במתן זכות חיסיון למגשר לצד זכותם של הצדדים, אשר תאפשר למגשר להתנגד למתן עדות למרות הסכמת הצדדים. לדעתי, ניתוח הדברים תומך במסקנה שרצוי כי בתי המשפט יימנעו ככל האפשר מלהתיר עדויות של מגשרים בבית המשפט לגבי הליכים שניהלו כמגשרים, גם אם הצדדים הסכימו למסירת העדות, בשל החשש שעדויותיהם יסכנו את אמון הציבור בהליך הגישור ובתפקיד המגשר, ויפגעו בנכונותו של הציבור להמשיך להשתמש בהליכי גישור. מוצע כי עדות מגשר תותר בנסיבות יוצאות דופן בלבד, לאחר שהשופט הדין במקרה השתכנע כי (א) המידע שברשות המגשר חיוני לניהול התביעה (למשל, בשל חומרת המקרה); (ב) המידע אינו ניתן להשגה באמצעים אחרים מלבד עדות המגשר; (ג) מסירת המידע בנסיבות המקרה המיוחדות לא תתפרש בעיני צופה מן הצד כנקיטת עמדה בסכסוך שבין הצדדים או כמשחקת לידי אחד הצדדים, באופן העלול לפגוע במעמדו הניטרלי של המגשר ובעקבות זאת באמון הציבור במקצוע הגישור ובהליך הגישור.

