

הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור

ד"ר לימור זר-גוטמן*

מעצם טיבו מחייב הגישור הליך בלתי פורמאלי שבו יוכלו הצדדים לדון באופן פתוח ברגשות, רצונות, צרכים ואפשרויות לפתרון המחלוקת. הליך שכזה מחייב תקשורת פתוחה, חופשית וכנה בין הצדדים. תקשורת כזו יכולה להתקיים רק תחת מעטפת של סודיות. מכאן שהסודיות היא יסוד מכוונן בגישור. בלעדיה לא יהיה גישור ובלעדיה לא יצליח הגישור. מהצידוק החזק עולה שיש להבטיח הגנה רחבה על דברים שנאמרו במהלך הגישור מפני כל חשיפה שהיא.

המאמר סוקר את שלוש הדרכים העיקריות להבטחת סודיות בגישור והאופן בו הם מתקיימים במשפט הישראלי: סעיף סודיות בהסכם גישור, דיני הראיות וחובת הסודיות שעל המגשר. דיני הראיות כוללים בתוכם שלושה מנגנונים: אי קבילות, חסיון וחסיון דברים שהוחלפו במהלך משא ומתן לפשרה.

מהסקירה עולות שתי מסקנות עיקריות. הראשונה היא שאין דרך אחת מושלמת המסוגלת להעניק להליך הגישור את הגנת הסודיות לה הוא ראוי. המסקנה השנייה נוגעת להגנה החסרה במשפט הישראלי. המאמר יראה שהגנה זו לקויה כך שהצדדים המסכימים לגישור חושפים עצמם, מבלי לדעת, לסיכוני חשיפה משמעותיים. מסקנות אלו מוליכות לפתרון אחד, שהוא הדין הרצוי בישראל, לפיו הגנה על סודיות במסגרת הליך הגישור צריכה להינתן על-ידי שילוב בין מספר דרכים. מנגנון משולב זה יורכב, בראש ובראשונה, מחסיון סטטוטורי שמאפייניו משורטטים במאמר. הרכיב השני הוא סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור, והרכיב השלישי הוא חובת סודיות על המגשר, חובה הרחבה ממה שקבוע כיום בחקיקה.

א. מבוא

ב. חשיבות הבטחת סודיות במסגרת הליך הגישור

ג. הדרכים להבטחת סודיות בגישור

1. סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור

2. דיני ראיות: אי קבילות; חסיון; חסיון דברים שהוחלפו במהלך משא ומתן לקראת פשרה

3. חובת סודיות על המגשר

ד. הדין הרצוי בישראל

ה. סיכום

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אבקש להודות לעו"ד לילך אוהל-מסנר על הערותיה החשובות ולמורן סילס על עזרה במחקר.

הליך הגישור מבוסס כל כולו על פתיחות ושיתוף פעולה של הצדדים. למגשר, בשונה מבית משפט, אין כוח לכפות על הצדדים גילוי, וזה מותנה בנכונות הצדדים לחשוף מידע. למגשר, בשונה מבית המשפט, אין כוח לכפות פתרון לסכסוך והוא תלוי בתקשורת המתפתחת בין הצדדים המסוכסכים וההסכמה שיכולה לנבוע ממנה. הליך הגישור הוא במתכוון לא פורמלי כדי לאפשר לצדדים להיפתח ולדבר על רגשות, תחושות, רצונות, אינטרסים ואפשרויות לפתרון הסכסוך. הליך שכזה חייב מעטפת סודיות.¹ רק בתוך מעטפת זו יכולים הצדדים להיפתח ולהיות כנים, רק בתוך מעטפת זו יכולה להיווצר תקשורת חופשית בין הצדדים המסוכסכים.

במרבית המקרים בהם מתבצע הגישור כבר נפגעו התקשורת והאמון בין הצדדים. המגשר נדרש לבנות זאת ולכן הוא חייב להבטיח הגנה מפני חשיפת המידע שיימסר במהלך הגישור; הגנה מפני חשיפה בהליך משפטי אם הגישור ייקלע למבוי תסום או אם תתעורר מחלוקת לגבי יישום הסכם הגישור אליו הגיעו הצדדים בהסכמה, והגנה מפני כל חשיפה העלולה לפגוע בענייניו של אחד הצדדים, גם אם החשיפה מנותקת מהגישור עצמו.

דוגמאות לשני סוגי החשיפה שתוארו לעיל יסייעו להמחיש את הצורך בהגנה על מידע שנמסר במסגרת הליך הגישור. חשיפה מהסוג הראשון מתרחשת כאשר בהליך משפטי העוקב לגישור שנכשל, שעניינו סכסוך על חוב כספי, יבקש התובע להעיד כי במהלך הגישור כבר הודה הצד השני בחבותו לגבי חלק מהסכום הנתבע. חשיפה מהסוג השני מתרחשת בין חברה לזכייין המבקש לבטל את חוזה הזכיינות שלו, כאשר במהלכה תתכן חשיפת האסטרטגיה העסקית של אותה חברה. גילוי מידע זה למתחריה העסקיים של אותה חברה, המצויים, כמובן, מחוץ להליך הגישור עלול לפגוע בה קשות.

סודיות בהליך הגישור באה על חשבון הערך של גילוי האמת. "גילוי האמת הוא ערך מרכזי בכל שיטת משפט ובכל חברה."² חשיפת האמת עומדת בבסיס ההליך המשפטי והיא המבטיחה את תקינותו. באופן זה משרת הערך של גילוי האמת את אינטרס המתדיינים ואת האינטרס הציבורי.³ לנוכח קיומו של ערך מתנגש כה מרכזי, יש למתוח במדויק את גבולות הסודיות בגישור, גבולות שאינם מוחלטים אך יש בהם כדי לשמור על אופיו ונשמת אפו של הליך הגישור – פתיחות, כנות ותקשורת חופשית ורחבה ככל האפשר.

חשובה ידעיה והבנה של הצדדים לגבי הסודיות וזאת משתי סיבות. הראשונה, כיוון שהסודיות היא יסוד מכונן בגישור יש בהבטחתה לעודד את הצדדים לשתף פעולה בהליך. השנייה, כדי לא ליצור צפיות מוגזמות של הצדדים בכל הנוגע לשמירה על סודיות. הצדדים צריכים להבין מראש את גבולות הסודיות, ובייחוד מה היא לא מכסה ובאילו מצבים אינה חלה. סיבה זו אולי נחזית כסותרת את הסיבה הראשונה שכן יש, אולי, בהסבר על גבולות הסודיות להרתיע את הצדדים מלשתף פעולה. אך יש לקחת סיכון זה כדי להבטיח השתתפות בהליך

1 מאמר זה משתמש בביטוי "סודיות" במובנו הרחב ביותר – הגנה על דברים שנאמרו במהלך הגישור מפני כל חשיפה שהיא. אין הכוונה למושג הנורמטיבי של סודיות במובחן מחסיון.

2 רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אולאי ואח, פ"ד מט(4) 54, 61 (להלן: עניין בנק איגוד).

הגישור מתוך הבנה. הבנה מלאה של הצדדים בכל הנוגע לסודיות אפשרית אם יובטחו שני דברים, שלא קיימים עדיין במשפט הישראלי. הראשון, הסדרה ברורה בחקיקה של גבולות הסודיות בגישור. השני, חובה שתוטל על המגשר, במסגרת חובת הסודיות, לשוחח עם הצדדים בתחילת הגישור על נושא הסודיות.

המחקר שליווה עבודה זו הבהיר לי עד כמה ההגנה על סודיות בגישור בישראל לוקה בחסר מהותי. המחוקק הישראלי אומנם רואה חשיבות רבה לנושא סודיות בגישור, ויעידו על כך שתי ההוראות בחוק הבאות להבטיח במישרין הגנה לדברים שנמסרו במהלך הגישור. ההוראה הראשונה בסעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד - 1984 (להלן: חוק בתי המשפט),⁴ הקובעת אי-קבילות מוחלטת בהליך משפטי אזרחי. והשנייה בתקנה 5 סעיף קטן ד' לתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג - 1993 (להלן: תקנות בתי המשפט (גישור)),⁵ המטילה חובת סודיות רחבה על המגשר. אך, כפי שראה מאמר זה, סעיפים אלה מלאי חורים דרכם "בורחת הגנת הסודיות" אותה ביקש המחוקק להעניק. כתוצאה מכך, הצדדים המסכימים לגישור חושפים עצמם, מבלי לדעת, לסיכוני חשיפה משמעותיים. עד שלא יתוקנו הפגמים, עליהם מצביע מאמר זה, ותובטח הגנה נאותה (לעולם לא מוחלטת לנוכח האינטרסים המנוגדים), לא יוכל הגישור להוות אלטרנטיבה ראויה לבתי המשפט.

הפרק השני, לאחר המבוא, דן בצידוקים לסודיות בגישור שיש בהם לבסס הגנה רחבה. הפרק השלישי סוקר את שלוש הדרכים העיקריות להבטחת סודיות: סעיף סודיות בהסכם גישור, דיני הראיות וחובת הסודיות שעל המגשר. הדיון בכל דרך נחלק לשניים. תחילה הצגת הדרך על יתרונותיה וחסרונותיה, ובהמשך ניתוח ביקורתי של המצב המצוי בישראל. הפרק הרביעי עניינו המשפט הרצוי בישראל ובמסגרתו יוצג פתרון מקיף שיש בו כדי להבטיח הגנה ראויה על סודיות בגישור. בפרק האחרון - נסכם.

ב. חשיבות הבטחת סודיות במסגרת הליך הגישור

למרות שנדמה כי אין ויכוח לגבי חשיבות הבטחת הסודיות המידע שנמסר במסגרת הליך הגישור חשוב לחזור ולבדוק את הצידוק לסודיות, באשר יש בו להשליך על השאלה העומדת במוקד המאמר - מה הדרכים הראויות להבטחת סודיות בגישור במסגרת המשפט הישראלי. כל דיון בסוגיה של סודיות, ואין זה משנה סודיות של מה, חייב להתחיל בדיון על הצידוקים לה. הצידוק מכתוב את היקף הסודיות ואת הדרכים שייקבעו במטרה להגן עליה (בהיקף שנקבע). כפי שנראה בפרק הבא קיימות מספר דרכים להבטיח סודיות בגישור. הבחירה בדרך מסוימת או במספר דרכים, ושרטוט תחומה של כל דרך חייב להיעשות בכפוף לצידוק לסודיות. כך לדוגמה, צידוק חזק מחייב קביעת תחולה רחבה של סודיות ודרכים להבטיח אותה הגם שיהיה בכך כדי לפגוע באינטרסים נגדיים. צידוק חלש, מן העבר השני, יוביל לסודיות צרה יותר (בפרמטרים שיפורטו בהמשך) ודרכי הגנה מרוככות יותר בהם תתכן עדיפות לאינטרסים נגדיים.

3 שם, שם. ראו גם: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522 (להלן: עניין הדסה).

4 ס"ח 1123, ע' 198.

5 ת"ק 5539, ע' 1042.

קיימת נטייה להשוות את סודיות הגישור לסודיות ביחסי עורך-דין לקוח.⁶ נטייה זו נובעת משני נימוקים. ראשית, הקווים הדומים בין שתי מערכות היחסים המבוססות שתיהן על אמון ועל הצורך בסודיות כתנאי לקיום ההתקשרות.⁷ שנית, הכדאיות ביצירת ההקבלה לסודיות עורך-דין לקוח באשר מדובר בסודיות כמעט מוחלטת, בעלת הכוח הרב ביותר בהשוואה לסודיות במערכות יחסים אחרות, כך שיש בהקבלה כדי לבסס טיעון לסודיות חזקה גם בהקשר של הגישור. למרות כל אלה, יש, לדעתי, להתרחק מהקבלה זו מפני שהיא עלולה רק לפגוע בגישור. אבקש להצביע בקצרה על מספר הבדלים שיש בהם כדי להעיד על הפער שבין שתי ההתקשרויות - זו שמתרחשת בגישור וזו שמתרחשת במשרדו של עורך-הדין. מטרות ההתקשרויות שונות, אינטרס החברה בשמירה ועידוד כל התקשרות שונה, בעוד שעורך הדין חב חובת נאמנות סובייקטיבית ללקוחו (בכפוף לאיזון עם חובותיו האחרות, המתנגשות תדיר זו בזו)⁸ חב המגשר חובת נייטרליות לשני הצדדים, ממנה נובעת חובת אמון להליך. מהבדל אחרון זה נובעים הבדלים נוספים בחובות עורך-הדין והמגשר. הדרך הראויה היא, אם כן, לבסס את הסודיות בגישור על רגליו שלו ולהימנע מהקבלה בלתי מתאימה זו.

עידוד הפנייה להליך הגישור הוא צורך חברתי. הגישור הוא מכשיר לשינוי תרבות הסכסוכים בחברה. במקום שני צדדים הניצים משני צדי המתרס ונלחמים זה בזה בבית המשפט מציע הגישור דרך המבוססת על תקשורת כנה, שיתוף פעולה וניסיון להבין זה את צרכי זה. בהמשך לכך יש להראות כיצד הסודיות מקדמת ותורמת לענף הגישור ככלל ולגישור הספציפי בפרט. מול תרומה זו יש להציב את הערך של גילוי האמת, בו פוגעת הסודיות. ככלל, הצידוק הקונבנציונלי לסודיות קיים מקום בו תרומת הסודיות לחברה ולצדדים עולה על הפגיעה בערך של גילוי האמת, שאף הוא תורם לחברה ולצדדים.⁹ כדי לעמוד על מידת התרומה של הסודיות יש לשרטט, תחילה, את התנאים ההכרחיים להצלחת הגישור ולבחון באיזו מידה תורמת הסודיות להתקיימות תנאים אלה.

התנאי הראשוני להצלחת ענף הגישור הוא פנייה של אנשים לגישור. בשונה מפנייה לבית המשפט בעניין אזרחי בה די ביוזמה של צד אחד, מגיש התביעה, כדי לחייב את הצד השני להתדיין בבית המשפט, פנייה לגישור דורשת הסכמה של שני הצדדים. תנאי שני הוא יצירת אמון בין הצדדים לגישור ובינם לבין המגשר. בין שני הצדדים כבר שוררים מחלוקת וחוסר אמון ועל המגשר לנסות ולבנות את אמון הצדדים מחדש. התנאי השלישי הוא נכונות הצדדים לחשוף מידע ואת צורכיהם האמיתיים, וזאת בדרך של שיחה חופשית בין הצדדים או במפגש פרטני עם

6 Uniform Mediation Act-Draft (August 2001), Reporter's Note to Rule 5 (להלן: UMA-Draft).
7 לדיון נרחב בסודיות יחסי עורך-דין לקוח ראו: ל' זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחסיון עורך-דין לקוח: הגיעה השעה להיפרד" הפרקליט מו(א) (תשס"ב), ע' 168 (להלן: זר-גוטמן).
8 ל' זר-גוטמן, "לשאלת היחס בין חובת עורך הדין כלפי בית המשפט וחובתו כלפי הלקוח" הסניגור 57 (דצמבר 2001) 3.

9 Note "Developments in the Law—Privileged Communications" 98 Harv. L. Rev. 1450, 1492-1480 (1985)

המגשר.¹⁰ חשוב לזכור כי למגשר, בשונה מבית משפט, אין כל דרך לכפות על הצדדים לגלות מידע והדבר מותנה לחלוטין ברצון, בפתיחות ובאמון הצדדים. התנאי הרביעי הוא נייטרליות של המגשר.¹¹

הסודיות יכולה לעודד אנשים לפנות לגישור (התנאי הראשוני) בכך שהיא מבטיחה להם שהמידע שיימסר על-ידם בגישור לא יוכל לשמש נגדם בהליך משפטי אם הגישור ייכשל,¹² ובכך שהיא תורמת להתקיימות התנאים האחרים המבטיחים את הצלחת הגישור. הסודיות העוטפת את הליך הגישור מעודדת את הצדדים לחשוף מידע ולגלות את המניעים והרצונות האמיתיים שלהם. קשה לראות איך ללא הבטחת סודיות יסכימו הצדדים לנהל שיחות חופשיות בינם לבין עצמם וביחידות עם המגשר (התנאי השלישי). פתיחות זו בחסות הסודיות מובילה לבניית האמון הנדרש (התנאי השני) והיא שמאפשרת למגשר לעשות את עבודתו. הואיל וכך הוא מקבל מידע רב שיש בו להאיץ ולסייע בהליך הגישור. ללא מעטפת של סודיות עלול המגשר למצוא את עצמו מגשש באפילה בניסיון למצוא את המפתח ליישוב הסכסוך. בכך שהסודיות אוסרת על המגשר להעיד או למסור מידע בכל דרך שהיא על מה שארע בגישור, היא מגבילה את מעורבותו ושומרת על הנייטרליות שלו (התנאי הרביעי).¹³

ניתן לראות שתורמת הסודיות להליך הגישור היא מכרעת. קשה לראות כיצד הליך זה, הבנוי כל כולו על רצון המשתתפים בו, יכול להצליח ללא הבטחת סודיות. לדעתי, הצידוק הקונבנציונלי לסודיות בהליך הגישור חזק יותר מהמקביל לו ביחסי עורך-דין לקוח, כך שאם לגבי האחרון מכיר החוק בחובת סודיות רחבה הרי שבמקרה של גישור ניתן לטעון לסודיות רחבה יותר או לכל הפחות שווה לזו שהוכרה ביחסי עורך-דין לקוח. בהקשר של יחסי עורך-דין לקוח קובע הצידוק הקונבנציונלי, סודיות ההתקשרות בין עורך-דין ללקוחו מעודדת אנשים לפנות לעורכי-דין ובכך גם תורמת לציות לחוק וגם מעלה את איכות השירות המשפטי, שכן הלקוח אינו חושש לפרוס בפני עורך הדין את כל המידע הרלוונטי כולל זה שיש בו להזיק לו.¹⁴ מנגד ניתן לטעון שהאינטרס של כל אדם הוא לצייט לחוק ולזכות ביעוץ המשפטי הטוב ביותר ולכן, גם ללא הבטחת סודיות, אנשים עדיין יגלו את כל המידע לעורך-דינם, כך שהאינטרסים החברתיים של ציות לחוק ומתן ייעוץ משפטי הולם יושגו, וזאת מבלי לפגוע בערך של גילוי האמת.¹⁵ מחקרים הראו שגם תחת סודיות מוגבלת, ואף ללא כל סודיות, אנשים עדיין ייפנו ליעוץ אצל

10 תקנה 2 לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג - 1993, ק"ת 5539, ע' 1042, מציינת את "גילוי מידע הדרוש בקשר לסכסוך" כחלק ממהות הגישור.

11 לדיון בניטרליות של המגשר ראו: Leonard L. Riskin "Understanding Mediators' Orientation, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed", 1 *Harv. L. Rev.* 7, (1996)

12 דוגמה לשימוש ברציונל זה ראו: *Byrd v. State*, 367 S.E.2d 302

13 Alan Kirtley "The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest" 1995 *J. Disp. Resol.* 1, 10. (להלן: Kirtley).

14 להרחבה ראו: Monero Freedman *The Adversary System* (1981) 4-5; William H. Simon *The Practice of Justice: A Theory on Lawyers' Ethics* (Harvard University Press, 1998) 54-56

15 William H. Simon "Ethical Discretion in Lawyering" 101 *Harv. L. Rev.* 1083,1142 (1988)

עורכי־דין.¹⁶ בהיעדר מחקר דומה לגבי גישור נותר לנו רק לשער האם ללא הבטחת סודיות יוסיפו אנשים לפנות לגישור. השערתנו היא שלא. פנייה לעורך־דין היא פעמים רבות מתחייבת מהמציאות ובפני האדם אין כל אלטרנטיבה לכן הוא ייפנה גם אם לא תובטח סודיות. שונה מכך הוא הליך הגישור, לו יש אלטרנטיבה ברורה – פנייה לבית המשפט – אותה יכול ויעדיפו הפונים אם לא תובטח סודיות בגישור. במילים אחרות, יחסי עורך־דין לקוח יתכן שיוצרו גם ללא הבטחת סודיות אך הליך גישור יתכן שלא יתרחש ללא הבטחת סודיות. מכאן שהסודיות היא אלמנט מכוון בנושא הגישור, בלעדית לא יהיה גישור.

מהניתוח לעיל עולה, כי הצידוק לקיומה של סודיות בהליך הגישור הוא צידוק חזק שיש בו כדי לעמוד בפני הערך של גילוי האמת. מסקנה זו תשמש אותנו בהמשך, כשנשרטט את תחולתה הרצויה של סודיות הליך הגישור במשפט הישראלי והדרכים להבטחתה.¹⁷

ג. הדרכים להבטחת הסודיות בגישור

1. סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור

זו הדרך הנגישה ביותר לצדדים הואיל ואינה טעונה הסכמה של המחוקק או בתי המשפט אלא מצויה כל כולה במסגרת דיני החוזים, הנתונים מעיקרם להסכמת הצדדים. במסגרת הסכם ההשתתפות בגישור הנחתם על־ידי הצדדים לגישור והמגשר מקובל לכלול סעיף העוסק בסודיות. יתרונה של דרך זו טמונה באפשרות שהיא מעניקה לצדדים להתגבר על החסר בהגנה על הסודיות שנוצר על־ידי המחוקק ובתי המשפט (לכך אגיע בהמשך), ולקבוע בעצמם סודיות רחבה. האינטרסים של הצדדים והמגשר חופפים בעניין זה, כך שניתן להניח שלא תתעורר מחלוקת סביב סעיף זה בהסכם, הגם שיש בו לכבול אותם בעתיד.

ניקה לדוגמה סכסוך שכנים עקב בנייה של אחד הדיירים על שטח השייך לכל השכנים. נניח שבמהלך הגישור מתברר שאותו דייר, פקיד בכיר בעירייה, העסיק עובדי עירייה שביפוץ ביתו הפרטי. הוראת הסודיות הקיימת בתקנות בתי המשפט (גישור) קובעת את אי קבילות ראייה זו בהליך אזרחי, אך כאן צפוי אותו דייר להעמדה לדין משמעתי של עובדי המדינה ואולי גם להליך פלילי בהם קביל המידע האמור. סעיף סודיות רחב בהסכם יכול להטיל על החתומים עליו איסור מוחלט לגלות את המידע – בכל הליך ולכל עניין.

יתרון נוסף של סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור הוא האפשרות לעגן בו באופן פורמלי את חסיון הדברים שנמסרו במהלך משא ומתן לפשרה. חסיון זה, שידון בהמשך,¹⁸ הוכר על־ידי

Fred C. Zacharias "Rethinking Confidentiality" 74 *Iowa L. Rev.* 351, 385-6; Note, "Functional Overlap Between the Lawyer and Other Professionals: Its Implications for the Privileged Communications Doctrine"

71 *Yale L.J.* 1226, 1232 (1962)

להלן הפרק הרביעי, הדין הרצוי בישראל.

18 להלן החלק השני בפרק זה.

הפסיקה בארץ. ההכרה בחסיון אינה אוטומטית. בית המשפט בבואו להחיל את החסיון בודק אם אכן נוהל משא ומתן ענייני לבירור אפשרות של פשרה.¹⁹ קביעה מראש בהסכם שיש לראות בגישור ניסיון להגיע להסכם בין הצדדים, כך שהמידע שהועבר במסגרתו חסוי, מגבירה את הסיכוי שבית המשפט יכיר בחסיון. לגישתי, רצונם המפורש של הצדדים להחיל את החסיון על מה שנאמר בהליך הגישור, בצירוף הצידוק החזק לסודיות בגישור, יביאו את בית המשפט להכיר בחסיון.

הסכם ההשתתפות בגישור יכול לקבוע מראש את הסעדים במקרה של הפרת הסודיות על-ידי מי מהחתומים עליו. הסעדים יכולים להיות זהים למה שניתן להשיג באמצעות הדרכים האחרות להבטחת סודיות. למשל, מניעה של הגילוי ופיצויים במקרה שהגילוי כבר נעשה. אך הסכם ההשתתפות בגישור, ובכך יתרונו השלישי של סעיף הסודיות, יכול לקבוע סעדים שונים, מיוחדים לו. למשל – "כל הפרה של ההסכם יכול ותביא לביטול הגישור ו/או ההסכם שהושג בו." או "כל הפרה של סעיף הסודיות בהסכם יכול ותשמש כעילת פסילה במשפט העוקב."

יתרון נוסף, אף הוא לעניין הסעדים, הוא האפשרות לקבוע בהסכם פיצויים מוסכמים ולא להשאיר זאת להוכחת נזק. הפיצויים המוסכמים צריכים להיקבע בהתאם לחישוב כלשהו של הנזק (העתידי והמשוער בשלב זה) אחרת עלול בית המשפט שלא לאמץ את שיעור הפיצויים המוסכמים.

מנגד, קיימים מספר חסרונות לסעיף סודיות בהסכם המעידים מדוע לא ניתן להסתפק רק בדרך זו במטרה להגן על הסודיות. ראשית, ההסכם אינו חל על צד שלישי כך שאין בו כדי למנוע או אפילו לפצות בשל גילוי על-ידי צד שלישי. שנית, גם כאשר אנו עוסקים בצדדים עצמם, עליהם חל ההסכם, עולות בעיות נוספות. בעיה ראשונה נוגעת לשאלת ההרתעה – האומנם יש בהסכם כדי להרתיע את החתומים עליו מגילוי. הבעיה חריפה במקום בו הצד המגלה עתיד להרוויח מהגילוי. לדוגמה, בסכסוך העוסק בחוב כספי שחזר לבית המשפט לאחר שהגישור כשל, ירצה התובע להעיד על דברים שאמר לו הצד השני במהלך הגישור, דברים שיש בהם משום הודאה בקיומו של החוב. במקרה זה דווקא הוראת אי קבילות בדיני הראיות או הוראת חסיון (דרכים שלוש וארבע שיידונו להלן) הן האפקטיביות במניעת הגילוי.

הדרך לנסות ולהתגבר על חסרון זה היא לא להסתפק בהוראה האוסרת על הפרת הסודיות אלא לקבוע שיש בכך משום הפרה יסודית הגוררת את בטלותו של הסכם ההשתתפות בגישור והסכם הפשרה שנחתם בעקבותיו, אם נחתם. החשש לפיו פוטנציאל ביטול הגישור הטמון בסעיף הסודיות עלול לסכל את המטרה לשמה פנו הצדדים לגישור, אינו מבוסס, וזאת משתי סיבות. הראשונה, הצדדים מעוניינים בגישור שאין בו הפרה של סודיות לכן הסעיף רק מחזק את המטרה לשמה פנו הצדדים לגישור. השנייה, בראייה ארוכת טווח, יש בסעיף המוצע כדי למנוע הפרת הסודיות ולחזק בכך את הפנייה לגישור. באותו אופן, צריכה ההוראה הנוספת לקבוע גם סעדים במקרה של הפרה, הכל במטרה ליצור הרתעה חזקה דרך ההסכם עצמו.

החסרון העיקרי נעוץ בעובדה שאפקטיביות סעיפי סודיות בהסכם גישור תלויה ברובה במידת הנכונות של בתי המשפט לאכוף אותם. כל סעד שיקבע בהסכם – צו מניעה,²⁰ אכיפה או פיצוי

19 ע"א(חי) 1823/00 ממתיק מוי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, תק"מח 2001(2), 1990 (פיסקה 7); ת"א (י-ם) 1519/97 בן שיפטן נ' דוד קירשנבאום, תק-מח 32000(3), 10561.

20 הוצאת צו מניעה מעוררת שאלות מיוחדות. ראו: ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד (מג) 840, 851.

- מחייב התערבות ואכיפה של בתי המשפט. הכוח ההרתעתי כלפי מקרים עתידיים והאפקטיביות במניעת גילוי קונקרטי הם תולדה של מידת האכיפה אותה יפסוק בית המשפט. נכונות בתי המשפט לאכוף במקרים אלה נעה סביב שני צירים מנוגדים. מן העבר האחד, הגנה על סודיות מונעת את הנזק הצפוי במקרה של גילוי, מממשת את רצון הצדדים שהובע מפורשות בהסכם, ואף מחזקת את הפנייה לאפיק הגישור, הואיל וסודיות היא אלמנט מכונן בלעדיו לא יצליח ענף הגישור. מן העבר השני, עומד הערך של גילוי האמת, לפיו זכותו של הכלל היא לעדותו של כל פרט, והטענה היא, שסעיפים כאלה נוגדים את תקנת הציבור הואיל והם מאפשרים לחותמים עליהם לחסום גישה לראיות.²¹

ההכרעה בין הצירים המנוגדים תלויה בכל מקרה ומקרה תוך איזון ביניהם. לדעתי, יש מקום לאכוף את ההסכם כאשר הגילוי נעשה או עתיד להיעשות על-ידי מי שרוצה להרוויח ממנו באופן אישי, כדוגמת התובע בסכסוך על החוב, ולסרב לאכוף במקום שאינטרס ציבורי רחב מצדד בגילוי, למשל, בסכסוכים הקשורים לאיכות הסביבה, כשיש במידע כדי להתריע על סכנה לה חשופה הציבור (גם אם יש בגילוי לסייע לאותו צד לגישור המבקש לגלותו). יתרה מכך, נטיית בתי המשפט לאכוף סעיפי סודיות תגבר במקום בו המחוקק עצמו הכיר בחשיבות השמירה על סודיות וקבע בחוק חסיון (הדרך השלישית שתידון להלן).

להלן דוגמה לסעיף סודיות מומלץ בהסכם, שיש בו כדי להשיג את היתרונות שפורטו לעיל תוך ניסיון להתמודד עם החסרונות שצוינו:

(א) כל ההצעות, ההבטחות, ההתנהגויות והאמירות, בין בעל-פה בין בכתב, שנעשו במהלך הליך הגישור, על-ידי מי מהצדדים, נציגיהם ועורכי דינם, או על-ידי המגשר/ים, סודיים בכל הליך ולכל עניין. יש לראות בהליך הגישור ניסיון כן של הצדדים להגיע לפשרה. לכן, כל ההצעות, ההבטחות, ההתנהגויות והאמירות שלהלן, נהנים מחסיון דברים שנמסרו במהלך משא ומתן לפשרה.

(ב) הפרה של הסודיות הקבועה בסעיף קטן (א) מהווה הפרה יסודית המביאה לביטול הסכם ההשתתפות בגישור וההסכם שהושג במסגרתו, אם יושג. בנוסף, הפרה כאמור יכול ותשמש כעילת פסלות במשפט העוקב.

(ג) הפרה של הסודיות הקבועה בסעיף קטן (א) מזכה את הצד הנפגע בפיצויים מוסכמים בסך של _____, שהוא סכום הנזקים המשוערך שנקבע לפי חישוב המוסכם על הצדדים.

21 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, ס"ח 694, ע' 118. ראו גם: Kirtley, לעיל הערה 13 בע' 10-11.

על המצב בישראל ניתן ללמוד מתוך התוספת לתקנות בתי המשפט (גישור) – "ההסכם המצוי בין בעלי דין ומגשר" – המהווה את הבסיס למרבית הסכמי הגישור ומכילה שני סעיפים העוסקים בשמירה על סודיות, לפיהם:

" 2. בעלי הדין מתחייבים לא להזמין את המגשר למסור עדות, בין בכתב בין בעל-פה, או להציג מסמכים בכל עניין שהועלה, במישרין או בעקיפין, בהליך הגישור.

2א. בעלי הדין מתחייבים לא למסור לבית המשפט דברים שנאמרו בהליך הגישור ולא להציג מסמכים בכל עניין שהועלה, במישרין או בעקיפין, בהליך הגישור."

יש בסעיפים אלה כדי להבטיח שמירה על סודיות אך זו הגנה צרה למדי. לאור הדיון הקודם, ניתן לזהות ארבעה פגמים בסעיפים הנוכחיים. הפגם הראשון הוא שההתחייבות לשמור על סודיות נעשית רק על-ידי הצדדים ולא על-ידי המגשר. ייתכן שהמחשבה הייתה כי אין צורך להטיל חובת סודיות על המגשר, לאחר שזו כבר נקבעה בתקנה 5 (ד) – (ו) לתקנות בתי המשפט (גישור).²² לגישתי, אין קיומה של חובת סודיות בתקנות מייתרת את הטלתה גם בהסכם ההשתתפות בגישור, הסכם עליו חתום המגשר. מבחינה נורמטיבית מדובר במטריות משפטיות שונות שיש בהן להטיל חיובים שונים (גם אם חופפים) – חיוב הנובע מהחוק למול חיוב חוזי. מהאופי השונה של החיובים ייגזר גם השוני בסעדים הנלווים להפרה.²³ יתרה מכך, לאור הציודק החזק לסודיות בגישור חשוב להפעיל מספר דרכים להבטחתה, במקרה זה, חיוב כפול על המגשר בהסכם ההשתתפות בגישור ובחוק.

הפגם השני נוגע לפורום בו מוגן המידע. במצב הקיים בישראל, ההתחייבות שנוטלים על עצמם הצדדים לשמור על סודיות, מתייחסת רק לגילוי בהליך בבית משפט (על-ידי הצדדים עצמם או בדרך של הזמנת המגשר לעדות). הסעיף אינו מגן על סודיות כאשר הגילוי אינו בהליך משפטי. למשל, אחד הצדדים מוסר מידע לאמצעי התקשורת או לוועדת אתיקה פרופסינולית (בדוגמת סכסוך השכנים שאחד מהם הוא פקיד בכיר בעירייה שהעסיק עובדי עירייה בשיפוץ ביתו הפרטי). בשונה מהחוק, כפי שנראה בהמשך, העוסק רק בגילוי בהליך משפטי, הסכם ההשתתפות בגישור יכול, ומן הראוי שיגן מפני גילוי בכל פורום שהוא – בבית המשפט, בכל מקום ולכל עניין, כפי שקובע הסעיף לדוגמה שהובא לעיל.

הפגם השלישי הוא, שההסכם המוצע בתקנות אינו קובע מה יקרה אם תופר הסודיות על-ידי הצדדים לגישור והמגשר עצמו. כפי שהוסבר לעיל, כדי להשיג הרתעה יעילה חשוב לקבוע בהסכם את הסנקציות בגין הפרת הסודיות ומן הראוי שיהיו אלה סנקציות מיוחדות, מעבר לאלה

22 חובה זו תידון בהרחבה בחלק השלישי לפרק זה.

23 השוו את הסעדים שפורטו בחלק זה לעניין הסעיף בהסכם למול הסעדים שיידונו לעיל תחת "חובת הסודיות על המגשר", להלן חלק שלישי בפרק זה.

הקבועות בדיני החוזים (היתרון השלישי והרביעי לעיל). בנוסף, אכיפת ההסכם במקרה של הפרת סודיות נתונה בידי בית המשפט, ויש בהבעה מפורשת של רצון הצדדים בהסכם עצמו (על-ידי פירוש הסעיפים, למשל), כדי לחזק את נטיית בתי המשפט לאכוף את ההסכם. ראו סעיפים קטנים ב רג בסעיף לדוגמה שהוצעה לעיל.

הפגם הרביעי והאחרון במצב הקיים בישראל נעוץ בעובדה, שסעיפי הסודיות בהסכם המוצע בתקנות אינם מעגנים את חסיון הדברים שנמסרו במהלך משא ומתן לפשרה, ובכך מחמיצים דרך טובה ומוכרת להגן על סודיות, שכן קביעה כאמור מגבירה את הסיכוי שבית המשפט יכיר בחסיון. ארבעת הפגמים שפורטו לעיל מצביעים על חסר מהותי בסעיף הסודיות המקובל בישראל. חסר המביא להגנה צרה מדי על סודיות הגישור בישראל. שיטת משפט המבקשת לעודד פנייה להליך הגישור חייבת לחנך את הצדדים והמגשר לשמור על סודיות. דרך טובה לעשות כן היא על-ידי הצעה של סעיפי סודיות מקיפים, כדוגמת זה שהובא לעיל.

2. דיני ראיות: אי קבילות; חסיון; חסיון דברים שהוחלפו במהלך משא ומתן לקראת פשרה

אי קבילות פירושה כי המידע לא יתקבל כראייה בבית המשפט, ואילו חסיון מהווה פטור מהחובה למסור מידע. אי הקבילות נועדה למנוע את בית המשפט מלבסס מסקנה על ממצא מסוים, ואילו חסיון נועד למנוע כל הצגה של אותו ממצא. כך למשל, אי קבילות תמנע הצגה בבית המשפט של מסמך אותו הכין והציג אחד הצדדים במהלך הגישור, ואילו חסיון ימנע מהצד שכנגד לעיין במסמך. אם המסמך החסוי הגיע לצד שכנגד זו הפרה של החסיון, אך בהיעדר הוראה בדבר אי קבילותו תתאפשר הצגתו כראייה. הכלל הוא כי "קבילות לחדר וחסיון לחדר"²⁴. הוראת אי קבילות כוללת שני פרמטרים – מהו המידע אותו לא ניתן להציג כראייה ואיזה שימוש במידע ייחשב כלא קביל. ההוראה אינה חוסמת כל שימוש במידע בבית המשפט אלא רק את הבאתו כראייה לעניין מסוים. דוגמה להוראת אי קבילות החלה על גישור, מצויה בכלל 408 לכללי הראיות הפדרליים בארצות הברית, הקובע:

Compromise or offer to Compromise

Evidence of (1) furnishing or offering or promising to furnish, or (2) accepting or offering or promising to accept, a valuable consideration in compromising or attempting to compromise a claim which was disputed as to either validity or amount, is not admissible to prove liability for or invalidity of the claim or its amount. Evidence of conduct or statements made in compromise negotiations is likewise not admissible. This rule does not require the exclusion of any evidence otherwise discoverable merely because it is presented in the course of compromise negotiations. This rule also does not require exclusion when the evidence is offered for another purpose, such as proving bias or prejudice of a witness, negating a contention of undue delay, or proving an effort to obstruct a criminal investigation or prosecution.²⁵

24 עניין בנק איגוד, לעיל הערה 2; ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד (2) 221, 305 (להלן: עניין יפת).

FED. R. EVID. 408 25

הכלל מפרט את סוג המידע הבלתי קביל, שלשונו אומנם מעידה על צמצום אך נטיית הפסיקה היא להחילו על כל מה שנאמר במהלך המשא ומתן לפשרה.²⁶ הכלל קובע כי המידע האמור ייחשב לראייה לא קבילה להוכחת חבות או אי תקפות טענה או סכום. אך שימוש במידע למטרות כמו מהימנות עדים, הוכחת הפרעה לחקירה פלילית ולכל מטרה אחרת מותרת. האפשרות להשתמש במידע למטרות אלה ובעיקר "לכל מטרה אחרת" הופכת את ההגנה על הסעיף לחלולה בהקשר של גישור שבו, מעצם טיבו של ההליך, הצדדים מוסרים קשת רחבה של מידע שניתן לעשות בו שימוש גם למטרות שאינן מוגנות בסעיף.²⁷ חסרון נוסף טמון בעובדה שהכלל אינו מונע גילוי המידע בהליכים שאינם כפופים לדיני הראיות כמו הליך מנהלי.²⁸ הכלל, בדומה להוראת חסיון, קובע שלא ניתן לפסול ראייה קבילה רק משום שהוצגה במהלך המשא ומתן לפשרה, וזאת כדי למנוע מהצדדים לשלול בדרך של הצגת ראייה במהלך המשא ומתן את הבאתה עליידי הצד שכנגד במשפט.

הוראת חסיון מהווה פטור מחובת הגילוי ולכן, בשונה מהוראת אי-קבילות, אין היא עוסקת בשאלה מהו השימוש שמבקשים לעשות במידע אלא בהיקף הפטור. היקף הפטור ייקבע בהתייחס לסוגיות/שאלות הבאות: הראשונה, מה ייחשב להליך גישור. שאלה מקדמית זו, שכבר עלתה בפסיקה,²⁹ תקבע אם חל החסיון על המקרה. השאלה מתעוררת כיוון שבשונה ממקצועות אחרים בהם קיים חסיון, תחום הגישור אינו מוסדר כמקצוע בו רשאים לעסוק רק בעלי רשיון מגוף מוסמך כך שלא ניתן לקבוע את מהות ההליך לפי זהות וסיווג המגשר. ולכן ההגדרה צריכה לבוא בתוך הוראת החסיון ועדיף בסעיף ההגדרות של החוק כולו, כפי שנעשה בקוד הגישור האחיד.³⁰ מומלץ שלא להתחיל בגישור אלא לאחר חתימה על הסכם גישור, הסכם שיש בו להעיד על אופי ההליך ורצון הצדדים להיכנס בגדרי החסיון. ויודגש, שאין בהסכם כדי להוות ראייה קונקלוסיביית להיות ההליך "הליך של גישור", אלא רק ראייה אחת המצביעה בכיוון זה, ובכל מקרה יחול המבחן שייקבע בסעיף ההגדרות בחוק או בסעיף החסיון עצמו.

שאלה שנייה, נוגעת לבעל הזכות לטעון לחסיון ו/או הזכות לוותר עליו. קיימות כאן מספר אפשרויות: הצדדים לגישור בלבד; הצדדים לגישור והמגשר כמחזיקים במשותף; כל משתתף בהליך הגישור (הגם שאינו צד לגישור), שלגביו המידע החסוי הוא רק מה שנמסר על-ידו.³¹ ניתן לקבוע מנגנון ויתור על חסיון שיהיה שונה ממנגנון הטיעון לחסיון. למשל, די שאחד הצדדים יטען לחסיון כדי שזה יחול אך כאשר מדובר בויתור אין די בהסכמת אותו צד אלא תידרש הסכמת שני הצדדים להסרת החסיון וייתכן שתידרש גם הסכמת המגשר.

C. T. McCormick *McCormick on Evidence* (J. W. Strong ed.) section 266 26

Kirtley, לעיל הערה 13, בע' 13. 27

שם, שם. 28

תמ"ש (י) 3341/99 א' נ' א' ש', תק-מש 2001 (1), 22 (להלן: א' נ' א' ש'). 29

UMA-Draft, לעיל הערה 6, בסעיף 2. 30

"a nonparty participant may refuse to disclose, and may 4(b)(3) לפיו: prevent any other person from disclosing, a mediation communication of the nonparty participant" 31

השאלה השלישית נוגעת להליכים המשפטיים המאוחרים בהם יחול החסיון. בשאלה זו ניתן לנקוט בגישה צרה, לפיה החסיון יחול רק בהליך משפטי אזרחי, או בגישה רחבה לפיה החסיון יחול בכל הליך משפטי אזרחי, פלילי, מנהלי וגם בהליכי בוררות הנובעים מהליך הגישור. הגישור נתפס בהתחלה כנוגע לסכסוכים מתחום המשפט האזרחי, לכן קובעת הוראת סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט אי קבילות רק בהליך משפטי אזרחי. אך עם הרחבת הגישור גם למשפט הפלילי, כמו בעבירות תכנון ובניה, יש מקום להרחיב ולקבוע חסיון לכל הליך. חשוב לזכור כי החסיון חל רק בהליכים משפטיים ואין בו למנוע גילוי לצדדים שלישיים או לעיתונות, גילוי כזה ניתן למניעה בעזרת סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות הגישור.

השאלה הרביעית עוסקת בסוג המידע החסוי – מה ייקבע כחסוי. הגדרה רחבה תקבע כי כל הדברים שנאמרו בגישור חסויים לעומת הגדרה מצמצמת, לפיה רק מה שנאמר וקשור לנושא הגישור חסוי. לדוגמה, אם בגישור העוסק בהסדרי החזקת ילדים נחשף מידע לפיו הבעל מעלים מס, ייחשב מידע זה לחסוי רק לפי ההגדרה הרחבה. ברור שגם אם המידע עצמו חסוי עצם העובדה שהצד שכנגד יודע אותו, יש בה לסייע לו בהכנת התיק בבית המשפט, ואין בחסיון למנוע זאת. כמו כן אין החסיון מונע להציג את מה שנאמר בגישור דרך ראייה אחרת, שהושגה מחוץ להליך הגישור. בהמשך לקו זה יש לקבוע כי ראייה מסוימת לא הופכת לחסויה רק משום שהוצגה בגישור. כל הגדרה של סוג המידע עליו חל החסיון כפופה לחריגים לחסיון. את החריגים יש לקבוע בצורה מפורשת בחוק עצמו ולא להשאיר זאת לשיקול דעת של בית המשפט, כדוגמת סעיפים 49 – 50א בפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971 (להלן: פקודת הראיות).³² זאת במטרה להבטיח ודאות המאפשרת לצדדים לדעת מראש את היקף ההגנה המוענקת, ולתכנן בהתאם את אשר יאמרו ויציגו בהליך הגישור. בהקשר זה אין לי אלא להפנות ל-Uniform Mediation Act, (להלן: קוד הגישור האחד), הנמצא בשלב של טיוטה אחרונה לפני אישור, המפרט שורה של חריגים המנוסחים בקפידה כדי להבטיח ודאות ולמנוע התרוקנות החסיון דרך החריגים.³³ כך, לדוגמה, נקבעו חריגים לגבי הסכם הגישור או כל הסכם אחר עליו חתמו כל הצדדים לגישור; איום לגרום נזק גוף לאחר; מידע הנוגע להתעללות או הזנחה של ילדים; ראייה להתנהגות מקצועית לא ראויה או רשלנות מקצועית של המגשר.

הדרך השלישית, להגנה על סודיות בגישור באמצעות דיני הראיות היא חסיון דברים שנמסרו במהלך משא ומתן לפשרה. ויודגש שאין הכוונה לפשרה במובן של "פישור" המובחן מ"גישור" אלא לפשרה במובן של הסכם המסדיר ומסיים את הסכסוך. ולכן מתאים חסיון זה לחול גם על הליכי גישור, שהרי מטרתם של אלו היא להגיע להסכם.³⁴ חסיון זה, פרי המשפט המקובל, שנקלט בישראל קובע, כי כל עוד לא הסתיים המשא ומתן בהסכם, חסויות כל ההצהרות שנתנו הצדדים במסגרתו.³⁵ מטרת החסיון היא לעודד צדדים לסכסוך לנסות ולהגיע לפשרה ולמנוע התדיינות בבית המשפט.³⁶ חסיון זה מהווה הוראה של אי קבילות באשר הוא מונע קבלת מסמכים אלו כראייה. כלל 408 לכללי הראיות הפדראליים בארצות הברית, שהובא לעיל כדוגמה לכלל של אי

32 דמ"י נ"ח 18, ע' 421.

33 UMA- Draft, לעיל הערה 6, בסעיף 6.

34 ראו סטי, דרך גישור להסכם (2001) 29-30.

35 א' הרנון דיני ראיות (תשמ"ה, כרך ב) 120-122 (להלן: הרנון).

36 ע"א 172/98 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ ואח', פד" מ(1) 311, 333.

קבילות, מהווה ביטוי חקוק של חסיון זה. גם אצלנו סעיף 79ג(ד) בחוק בתי המשפט הקובע אי קבילות דברים שנאמרו במהלך משא ומתן מהווה ביטוי חקוק של חסיון זה. ובכך עוסק החלק הבא הסוקר את תחולת דיני הראיות בישראל על סודיות הליך הגישור. מבין שלוש האפשרויות במסגרת דיני הראיות להגנה על סודיות בגישור הדרך המומלצת ביותר היא חסיון סטטוטורי. מתוך עשרים וחמש מדינות בארצות הברית, שחוקו הוראה העוסקת בהבטחת סודיות במסגרת הליך הגישור, עשרים ואחת מדינות בחרו לעשות זאת בדרך של חסיון.³⁷ המלומדים הכותבים בתחום מצדדים אף הם בקביעת חסיון בגישור.³⁸ קוד הגישור האחד מאמץ את הגישה הרווחת ובוחר בחסיון כדרך המרכזית להגן על סודיות בגישור.³⁹ מעניין לציין שהקוד מחיל בנוסף הוראה הקובעת סודיות.⁴⁰

המצב בישראל

הוראת החוק היחידה המעניקה הגנה לסודיות בגישור באמצעות דיני הראיות מצויה בסעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט לפיה: "דברים שנמסרו במהלך הליך גישור לא יישמשו ראייה בהליך משפטי אזרחי". הוראה זו חלה רק על גישור המתנהל במסגרת תיק התלוי ועומד בבית המשפט ואין לה תחולה על גישורים המתבצעים שלא במסגרת בתי המשפט. בעיה נוספת היא אי בהירות הסעיף. לא ברור מלשון ההוראה אם הסעיף מקים הוראת אי קבילות, חסיון או חסיון דברים שהוחלפו במהלך משא ומתן לקראת פשרה. אלכס שטיין, רואה בסעיף ביטוי סטטוטורי לחסיון דברים שהוחלפו במהלך משא ומתן לקראת פשרה.⁴¹ בהחלטה שניתנה בבית המשפט לענייני משפחה נאמר, מבלי אפילו לדון בשאלה, שהסעיף קובע חסיון.⁴² המרכז הארצי לגישור ויישוב סכסוכים במשרד המשפטים רואה בסעיף הוראת אי קבילות אותה יש לפרש כמקימה חסיון⁴³ ואילו לגישתי מדובר בהוראת אי קבילות שאין לפרשה כחסיון. כפי שהראה הניתוח לעיל, בין שלושת סוגי ההגנה הנמצאים תחת דיני הראיות קיימים הבדלים מהותיים. כל דרך מובילה להיקף הגנה שונה מבחינת המידע עליו חלה הסודיות והגופים כלפיהם ניתנת ההגנה. התשובה לשאלה האם מידע מסוים מוגן מפני חשיפה בגוף מסוים תלויה באופן בו נפרש את הוראת הסעיף, מצב המותר את הצדדים לגישור באי ודאות קשה כבר בתחילת הגישור. לגישתי, על המחוקק לנסח את הוראת הסעיף מחדש כך שיקבע חסיון סטטוטורי, ועל כך ארחיב בפרק הרביעי שיעסוק במצב הרצוי.

37 מידע זה והפנייה לחוקי מדינות אלו נמצא ב: Uniform Mediation Act - Draft (June 5, 2001) Report's Note to section 5 פורסם ב: [URL:http://www.nespidr.org/uma/html](http://www.nespidr.org/uma/html).

38 פרוט שלהם נמצא ב: Kirtley לעיל הערה 13, 105. Fn.

39 Draft - UMA, לעיל הערה 6, בסעיף 6-4.

40 Draft - UMA, לעיל הערה 6, בסעיף 7. סודיות זו מתפרשת בהתאם למה שנקבע בהסכם הגישור, בחוק של אותה מדינה או בכלל של אותה מדינה.

41 א' שטיין "חסיון בנק לקוח בדיני ראיות" משפטים כה (תשנ"ה) 45 (להלן: שטיין).

42 עניין א' נ' א' ש', לעיל הערה 29, פסקה 4 להחלטה (בהמשך ההחלטה יוצר השופט חסיון לשיחות המתקיימות במסגרת הליך גישור גם אם אין הליך שיפוטי התלוי ועומד אותה עת).

43 דיעה זו מובעת בניר עמדה שהכינה עו"ד רונית זמיר מהמרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים במשרד המשפטים שכותרתו: "החסיון בין מגשר לבין צדדים לגישור: מהותו, תכליתו והקיפו" (טרם פורסם). (להלן: נייר עמדה).

לגישתי, סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט קובע הוראת קבילות. לשון הסעיף היא לשון של אי-קבילות. נאמר בה "לא ישמשו כראייה". ייאמר שוב כי האיסור חל רק על גישור במסגרת בתי המשפט, ובכך חסרונו. הוראת הקבילות בסעיף רחבה מבחינת המידע עליו היא מגינה - "דברים שנמסרו במסגרת הליך הגישור" - אך צרה מבחינת הפורום בו נמנעת חשיפת המידע - רק "בהליך משפטי אזרחי". מבחינה זו זהה הוראת אי הקבילות בסעיף לחסיון דברים במהלך משא ומתן לפשרה, בשניהם המידע לא יכול לשמש כראייה בהליך שהוא המשכו של המשא ומתן/גישור (מכאן, כנראה, הגישה הרואה בסעיף ביטוי לחסיון זה). באותן סיטואציות שבהן חלה ההוראה, מדובר באי קבילות מוחלטת, ולכן אין לבית המשפט בהליך משפטי אזרחי כל שיקול דעת אם לקבל את המידע המוגן והוא חייב לאסור על הצגתו.

הוראה סטטוטורית ברורה הקובעת חסיון בגישור אינה קיימת. אך רשימת החסיונות במשפט הישראלי אינה רשימה סגורה ובתי המשפט מוסמכים ליצור חסיונות בהלכה הפסוקה.⁴⁴ ארבע דרכים אפשריות עומדות לבית המשפט בבואו ליצור חסיון בגישור. הראשונה, לפרש את הוראת אי הקבילות בסעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט כמקנה גם חסיון לפי תכלית החקיקה. השנייה, יצירת חסיון מטעמי טובת הציבור. השלישית, יוצרת חסיון מטעמי הגנת הפרטיות. הדרך הרביעית, מקורה בארבעת התנאים שקבע המלומד וויגמור ליצירת חסיון המבוסס על יחסי אמון. דוגמה לחסיונות מהסוג הרביעי הם חסיון עורך-דין לקוח, רופא חולה, פסיכולוג מטופל וכהן דת ומתווה.

תקצר היריעה לדין מורחב בדרכים אלו ובאופן בו נדונו בפסיקה. בדרך הראשונה, יש לקבוע, תחילה, את תכלית החקיקה של סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט ולבחון אם הגשמת התכלית האמורה מחייבת חסיון.⁴⁵ בדרך השנייה, יש לערוך איזון בין אינטרסים מתנגשים. מן העבר האחד, אינטרס הפרט והכלל בגילוי האמת ומן העבר השני אינטרס הכלל בעידוד הפנייה להליכי הגישור, הגנה על פרטיות, הגנה על הנייטרליות של המגשר - כולם שיקולים הקשורים בטובת הציבור.⁴⁶ בגדרי האיזון יש להתחשב בחשיבותם היחסית של השיקולים הנוגדים, חיוניות המידע לגילוי האמת, קיומן של ראיות חלופיות למידע המבוקש ומידת ההשפעה של הגילוי על האינטרסים הציבוריים המוגנים על-ידי חסיון בגישור.⁴⁷ הדרך השלישית, נסמכת על הוראת סעיפים (7), (8) ו-9 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א - 1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות),⁴⁸ כמקימים זכות לחסיון לגבי העניינים הפרטיים המוגנים בסעיפים.⁴⁹ לפי הדרך הרביעית, חסיון

44 'זוסמן סדר הדין האזרחי (מהדורה שביעית, ש' לוי עורך, 1995) 441; ב"ש 238/86 ציטרין נ' ב"ד המשמעתי של לשכת עוה"ד, פ"ד מא(2) 337, 354 (להלן: עניין ציטרין).

45 עניין יפת, לעיל הערה 3, 24; עניין בנק איגוד, לעיל הערה 2.

46 עניין הדסה, לעיל הערה 3, בע' 525; עניין ציטרין, לעיל הערה 44; ע"א 65/57 העצני נ' בן גוריון, פ"ד יא 403.

47 עניין הדסה, לעיל הערה 3.

48 ס"ח 1011, ע' 128.

49 רע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי, פ"ד מז(5) 764; המ' (תא) 2958/87 בורות עריית ת"א נ' ארגון העובדים בעריית ת"א, פ"מ תשמ"א א 213. לביקורת על פסק דין סקולר ועל דרך זו ראו: שטיין, לעיל הערה 41, בע' 74-73.

של יחסי אמון קיים במקום בו מתקיימים ארבעה תנאים מצטברים: (א) ההתקשרות נובעת משמירה על הסודיות, (ב) הסודיות חיונית לקיומם המלא של רצון היחסים בין מוסר המידע למקבלו, (ג) מדובר ביחסים שלדעת החברה יש לטפח ולעודד, (ד) הנזק שייגרם ליחסים אלה במקרה של גילוי עולה על התועלת שיש בגילוי, כדי להגיע להכרעה נכונה בהתדיינות משפטית.⁵⁰

ככל הנראה, ניתן להכיר בחסיון בגישור לפי כל אחת מארבע הדרכים. הצידוק החזק לסודיות בגישור, שהוצג בפרק השני של מאמר זה, יש בו לתמוך ביצירת החסיון בגישור בשלוש מהדרכים לעיל. הצידוק החזק יכול שיעיד על תכלית החקיקה, ממנה משתמע הצורך בחסיון בנוסף לאי הקבילות (הדרך הראשונה). צידוק זה מבטא את טובת הציבור שייתכן כי תגבר על עיקרון הגילוי (הדרך השנייה). כמו כן יש בצידוק זה לבסס את ארבעת התנאים הנדרשים בחסיון של יחסי אמון, במיוחד התנאי האחרון המעורר את עיקר המחלוקת (הדרך הרביעית). לגבי חסיון המיוסד על פרטיות (הדרך השלישית) בהקבלה לדעת הרוב בעניין סקולר, ניתן לקבוע כי חובת הסודיות החוזית הקבועה בהסכם ההשתתפות בגישור בשילוב עם סעיף 2 (8) לחוק הגנת הפרטיות ומעמדה של הזכות לפרטיות כזכות יסוד יכול שביאו להיווצרות חסיון בגישור.

למרות האפשרות לקבוע חסיון יציר הפסיקה מומלץ שלא לעשות כן מכמה טעמים. הראשון, ארבע הדרכים יוצרות חסיון יחסי שהחריגים לו יוותרו להכרעת בתי המשפט בכל מקרה שיובא בפניהם. חוסר הוודאות לגבי החריגים עלול להרתיע אנשים מפנייה לגישור והדבר יוביל להתדיינות משפטיות רבות וארוכות, שפרט לעלותן הכלכלית הברורה לחברה, עלולים בטווח הארוך לפגוע באמון הציבור בהליך הגישור. שנית, חשיבות הנושא והעובדה שתחום הגישור נמצא בראשית דרכו מחייבת זריקת עידוד והצהרת חשיבות מצד המחוקק. דרך הולמת לכך היא קביעת חסיון סטוטורי. יתר על-כן, בתי המשפט הם צד מעוניין בכל הליך הגישור שכן יש בו להפחית את העומס עליהם, לכן מן הראוי שהחסיון, ובמיוחד גבולות חלותו, ייקבעו על-ידי המחוקק. סיבה אחרונה עוסקת במורכבות החסיון בגישור, כפי שהראה הדיון בחלק הקודם של פרק זה, החסיון שייקבע חייב להתייחס ולתת תשובות ברורות למספר שאלות. המסגרת הטובה ביותר לעשות כן היא הליך החקיקה בו ייטלו חלק כל הצדדים המעוניינים, יועלו פרספקטיבות שונות ואף נוגדות, ותתאפשר הכרעה בכל הסוגיות המרכיבות את החסיון.⁵¹ בפרק הרביעי למאמר אציע חסיון סטוטורי לדוגמה.

50 J. H. Wigmore *Evidence in Trials at Common Law* vol. viii, section 2285 ראו גם: הרנון, לעיל הערה 35, בע' 97.

51 כך נעשה לגבי קוד הגישור האחד בארצות הברית. הקוד הוא תוצר של דו שיח מתמשך בציבור שהוזמן להביע את דעתו. זו גם כוונת ניר העמדה, לעיל הערה 43.

חובת הסודיות מטילה איסור על המגשר לחשוף את מה שנמסר בהליך הגישור. החובה מונעת חשיפה של המידע בכל מצב על-ידי המגשר. לחסיון בראיות וחובת הסודיות תכלית זהה – הגנה על התקשרויות במסגרת הליך הגישור. פרט לכך מדובר בשתי סוגיות שונות נורמטיבית זו מזו. בעוד שחסיון קובע את הפטור מחובת הגילוי בהליך משפטי קובעת חובת הסודיות איסור חשיפה בכל מצב. בעוד שההגנה הניתנת דרך דיני הראיות חלה רק בפורומים בהם מוצגות ראיות, ההגנה הניתנת דרך חובת הסודיות חלה כלפי כולא עלמא.⁵² ולכן, האינטרס שכנגד חובת הסודיות אינו עיקרון גילוי האמת בהליך משפטי אלא עיקרון הפומביות וחופש המידע. מהבדלים אלה נגזר שאין הכרח שמידע המוכר כחסוי יוכר גם כסודי ולהפך.⁵³

מקומה הראוי של חובת הסודיות היא במסגרת הכללים המכתיבים את התנהגות המגשר. כך לדוגמה, חובת הסודיות של עורך הדין מצויה בכללי האתיקה המקצועית.⁵⁴ בישראל טרם נקבע קודקס התנהגות מחייב למגשרים לכן הוכנסה החובה לתוך התקנות העוסקות בגישור. מן הראוי לקבוע קודקס מפורט כזה ולקבוע רק בו את חובת הסודיות.⁵⁵

ברגיל, הפרת חובת סודיות המצויה במסגרת כללי התנהגות של מקצוע מובילה לסנקציה מקצועית – העמדה לדין משמעתי והטלת העונשים האפשריים במסגרתו. עונשים אלה יכולים להיות נזיפה, השעיה זמנית או לצמיתות מעיסוק במקצוע ואף תשלום פיצוי בסכום קבוע למתלונן או לאדם אחר שניזוק מהעבירה המשמעתית.⁵⁶ ההליך המשמעתי מתמקד בהתנהגות המגשר ולא במי שנפגע מכך, ולכן אין בו כדי לתת סעד אזרחי לצד שנפגע מהפרת חובת הסודיות כגון, מניעת הגילוי או פיצוי בהתאם להוכחת נזק לאחר שהגילוי כבר נעשה. לשם קבלת סעדים אלה על הנפגע לפנות להליך אזרחי ולתבוע את המגשר על רשלנות מקצועית, כשיסוד ההתרשלות בעוולה שעניינו סטייה מסטנדרט ההתנהגות הסביר של מגשרים, נעוץ בהפרת חובת הסודיות. במקרים אלה למדים בתי המשפט על סטנדרט ההתנהגות המצופה מהמגשר מתוך כללי ההתנהגות של המקצוע. בדרך זו אין החלה ישירה של חובת הסודיות אלא אימוץ תוכנה לתוך עוולת המסגרת של רשלנות.

המצב בישראל

תקנה 5 לתקנות בתי המשפט (גישור) קובעת את חובת המגשר. שלושה מתוך שמונת הסעיפים המרכזיים את הכלל קובעים את חובת הסודיות המוטלת על המגשר. וזו לשונם:
"ד) המגשר לא ישתמש בכל מידע שנמסר לו במהלך הליך הגישור, שלא יכול היה לקבלו בדרך אחרת במאמץ סביר, לכל מטרה זולת הגישור.

52 על האבחנה בין חובת הסודיות לחסיון בראיות ראו: זר-גוטמן, לעיל הערה 7.
53 על האבחנה בין החסיון בראיות וחובת הסודיות בהקשר של יחסי עורך-דין לקוח ראו: זר-גוטמן, לעיל הערה 7 (הפרק הראשון שם).

54 כלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו – 1986, ק"ת 4965, ע' 1373.
55 לשכת עורכי הדין שוקדת בימים אלו על קביעת כללי התנהגות מחייבים לעורכי דין בתפקידם כמגשרים. הכללים, המצריכים את אישור שר המשפטים, יכללו, קרוב לוודאי, את חובת הסודיות.
56 בהקבלה מסעיף 69 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961, ס"ח 347, ע' 178.

(ה) המגשר לא יגלה כל מידע שנמסר לו במהלך הליך הגישור למי שאינו צד לגישור.
(ו) מסר בעל דין מידע למגשר תוך דרישה לשומרו בסוד, ישמור המגשר על סודיות המידע כלפי כל בעל דין אחר, אלא אם ויתר מוסר המידע על הסודיות.⁵⁷
הסעיפים נחלקים לשלושה מישורים: סעיף קטן ד אוסר על ניצול המידע בידי המגשר עצמו, סעיף קטן ה מדבר על גילוי לצד שלישי מחוץ להליך וסעיף קטן ו עוסק בגילוי לצד לגישור. הסעיף האוסר על מגשר לנצל את מידע שנמסר לו במהלך הליך הגישור לכל מטרה זולת הגישור זהה לחלוטין לחובה המוטלת על עורכי דין בסעיף 21 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).⁵⁷ סעיפים אלה הם ביטוי לחובת הנאמנות אצל עורכי דין וחובת ההגנות אצל מגשרים ולכן הם מטילים איסור רחב על שימוש לכל מטרה, לא רק מקום שיש בכך לפגוע בלקוח/צד לגישור.⁵⁸

הסעיף האוסר גילוי לצד שלישי הוא הנחרץ ביותר בהיותו איסור מוחלט. לדעתי, יש לסייג את האיסור ולאפשר למגשר לגלות במטרה להגן על עצמו מפני טענות המועלות נגדו הנוגעות לגישור הספציפי. כך לדוגמה, יוכל המגשר לגלות מידע שנמסר לו בהליך הגישור כדי להוכיח את תביעתו לשכר מהצדדים או במקרה של פרסום בעיתון שיש בו לפגוע בשמו הטוב של המגשר.⁵⁹ במצבים אלה מדובר בניצול לרעה של הסודיות כדי לפגוע במגשר לכן אין מקום לחובת סודיות וגם לא לחסיון. ואומנם, מדובר בחריג אותו מומלץ לאמץ גם בהוראת החסיון בגישור כפי שנעשה בקוד הגישור האחד.⁶⁰

הסעיף האוסר גילוי לצד האחר לגישור מתייחס למידע שנמסר למגשר בשיחה עם צד אחד בנפרד (caucus) חל רק כאשר המידע נמסר למגשר תוך דרישה לשומרו בסוד. אני מצטרפת לביקורת על התנאי האחרון, באשר יש בו לפגוע בצדדים לא מיוצגים שאינם יודעים כי עליהם לתבוע סודיות ו/או נרתעים מלבוא למגשר בדרישות.⁶¹ בנוסף, התנאי עומד בסתירה לתפיסה העומדת בבסיס חובת הסודיות לפיה מידע הוא סודי מעצם מהותו ואין בדרישה לשומרו בסוד או הימנעות מדרישה כזו כדי להעלות או להוריד לעצם החלת החובה.

57 כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו - 1986, ק"ת 4965, ע' 1373.
58 לגישה שונה ראו: א' דויטש פישור הענק המתעורר (תשנ"ט) 170 (להלן: דויטש). (לדעתה האיסור רחב מדי ומן הראוי להתנותו בכך שהשימוש במידע יהיה לרעת אחד הצדדים לגישור). וכן: Proposed Model Rules of Professional Conduct for the Lawyer as a Third Party Neutral, CPR-Georgetown Commission on Ethics and Standards in ADR (April 1999), (Rule 4.5.2(a)(3) פורסם ב: URL:<http://www.cpradr.org/cpr-george.html>

59 בשני מקרים אלו כבר הותר לעורכי דין לעשות שימוש במידע עליו חל חסיון עורך-דין לקוח או חובת הסודיות האתית. למקרה הראשון, תביעת שכר טרחה ראו: על"ע 17/86 ע"ד פלונית נ לשכת ע"ד, פ"ד מ"א(4) 770, 777 (להלן: עניין פלונית); ע"ט ואתיקה 5 (פברואר 1990): "גילוי פרטים במהלך תביעה לתשלום שכ"ט אינו מהווה הפרת חסיון." למקרה השני, תגובה בעיתון על פגיעה בשמו הטוב של עורך הדין ראו: ע"ט ואתיקה 46 (ספטמבר 1997): "זכות עורך הדין להגיב בעיתון על פגיעה בשמו הטוב תוך התייחסות לנושא גילוי מסמכים שהוחלפו בינו לבין הלקוח."

60 UMA-Draft, לעיל הערה 6, בסעיף 6(a)(5).

61 דויטש, לעיל 58, בע' 169.

החריג הקבוע בסיפא ממחיש את הבעייתיות הקיימת בשיחה עם צד אחד בנפרד. מצד אחד, יש בשיחות כאלה כדי לקדם את הגישור בכך שהן מאפשרות למגשר לקבל מידע שבמצב הרגיל של דיון בהשתתפות שני הצדדים אולי לא היה נמסר. מנגד, שיחות אלה עומדות בסתירה לאופיו של הליך הגישור המבוסס על תקשורת חופשית וכנה בין שני הצדדים. ולכן בעוד שככלל סודיות בגישור שייכת לשני הצדדים ונדרשת הסכמה משותפת כדי לוותר עליה, קובע החריג כי רק הצד שמסר את המידע ביחידות יכול לוותר על הסודיות.

שאלה מעניינת מתעוררת כאשר במסגרת שיחה ביחידות מגלה אחד הצדדים למגשר שהוא שיקר במהלך הגישור. למשל, בגישור לגבי חלוקת רכוש בין בני זוג המבקשים להתגרש מספר הבעל למגשר על כספים נוספים הנמצאים ברשותו עליהם לא יודעת האישה והם לא נדונו בגישור. מלשון התקנה עולה ברורות, כי אם הבעל דרש לשמור את המידע בסוד אסור למגשר להעביר את המידע לידי האישה. השאלה המתעוררת היא כיצד יכול המגשר לקיים את חובת ההגיינות בהליך גישור שבו מידע מהותי אינו ידוע לאישה ומה הערך בגישור המבוסס על שקר. הפתרון לדעתי, במובחן מחובת הסודיות אותה חייב המגשר לשמור, הוא לחייב את המגשר להפסיק את ההליך. הואיל ובמצב שנוצר, מגשר הממשיך בגישור מועל בחובתו לנהוג בהגיינות ובתום לב.⁶² ויודגש כי החובה קמה רק כאשר מדובר במידע מהותי.⁶³

החסרון העיקרי בשלוש ההוראות המהוות יחד את חובת הסודיות המוטלת על המגשר הוא היעדרם של חריגים לחובה. החריג היחיד המצוין הוא כאשר הצד שמסר את המידע ביחידות למגשר מוותר על סודיות. חריגים אחרים הנחזים להיות ברורים ומוסכמים אינם מוזכרים כלל. לדוגמה, ויתור משותף של שני הצדדים לגישור, גילוי מכוח חובה המוטלת בחוק כמו החובה לדווח על התעללות והזנחה של ילדים. חריג נוסף, שהוצג לעיל הוא גילוי של המגשר לצד שלישי במטרה להגן על עצמו מפני טענות העוסקות באותו גישור. היעדרם של חריגים בחוק יוליך למצב, שכבר קיים לגבי חובת הסודיות של עורך־דין, שבו החריגים לחובה נקבעים אד־הוק בפסיקה והצדדים לא יוכלו לדעת מראש את גודל חובת הסודיות ולהיערך בהתאם. ואף למצב שבו חריגים מסוימים יוכרו במסגרת החסיון בגישור (בחוק או בפסיקה) ולא במסגרת חובת הסודיות מה שיביא לאנומליה שתפגע בהגנה על סודיות במסגרת הליך הגישור.

חסרון נוסף הוא היעדרה של חובה מפורשת על המגשר להסביר לצדדים בתחילת הגישור את הנקודות הבאות: חשיבות השמירה על סודיות, הדרכים להבטיח אותה, חובות הצדדים בכל הנוגע לשמירה על סודיות, חובותיו של המגשר לשמור על סודיות ובאלו מצבים הסודיות אינה חלה.⁶⁴ על חשיבותה של חובה זו בכל הנוגע להבטחת ידיעה והבנה של הצדדים לגישור לגבי הסודיות עמדתי במבוא. בישראל מקפידים המגשרים להסביר בשיחת הפתיחה, בטרם חותמים הצדדים על

62 תקנה 5א) לתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג - 1993, ק"ת 5539, ע' 1042. להשוואה כיצד על עורך־דין לנהוג כאשר לקוחו משקר בבית המשפט (הפן השני של החובה של החובה לא להטעות את בית המשפט) ראו: ל' זר-גוטמן, "חובת עורך הדין לא להטעות את בית המשפט" עיוני משפט כד (2) (תשס"א) 413, 444.

63 בשאלה איזה מידע יוכר כמהותי ראו: שם, בע' 431-435.

64 דוגמה לחובה זו על המגשר מצויה ב: Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 1984, Rule VI (Academy of Family Mediators). וכן ב" Proposed Model Rules of Professional Conduct for the Lawyer as a Third Party Neutral, לעיל הערה 58 4.5.2(a)(1).

הסכם ההשתתפות בגישור, על הליך הגישור, הייחודיות שלו והסודיות הקבועה בדין. החובה משתלבת בדיוק בחלק זה והיא דורשת הסבר מעמיק יותר בכל הנוגע לסודיות. הסבר לפי הפרמטרים שפורטו לעיל.

בישראל קבועה חובת הסודיות בתקנות הגישור ולא בכללי ההתנהגות של המקצוע. לכן, אין להפרתה נפקות בדין המשמעתי (שאינו קיים לגבי מגשרים בישראל) אלא רק נפקות אזרחית. הצד הטוען כי נפגע יכול לתבוע את המגשר בתביעה אזרחית בגין הפרת הסודיות. בית המשפט במקרה זה יעשה החלה ישירה של חובת הסודיות ויוכל להעניק מכוחה סעדים כגון, צו מניעה או פיצויים בהתאם להוכחת נזק. לדוגמה, מגשר המספר לצד לגישור מידע שנמסר לו בשיחה ביחידות עם הצד השני. הצד שמסר את המידע יכול לתבוע את המגשר בתביעה נזיקין שעילתה רשלנות או הפרת חובה חקוקה. בעילה של רשלנות הפרת חובת הסודיות הקבועה בתקנות תשמש להוכחת היסוד של התרשלנות, שכן יש בהפרה משום סטייה לכאורה מסטנדרט ההתנהגות הסביר שעל מגשרים. בעילה הנזיקית הנוספת, חובת הסודיות בתקנות היא החובה החקוקה שעל הפרתה נתבע המגשר. מבלי להיכנס לניתוח של יסודות שתי העוולות ניתן להניח שבכפוף להוכחת נזק יש סיכוי לתביעות מסוג זה.⁶⁵ דוגמה נוספת, להפרת חובת הסודיות בגינה צפוי מגשר לסוג זה של תביעות היא כאשר המגשר מנצל מידע שנמסר לו בהליך הגישור לעניינו האישי. למשל, ממחר לרכוש מקרקעין באזור העתיד לעבור פיתוח מואץ עובדה שהתחזרה לו במהלך גישור בין שני יזמי נדל"ן.

ד. הדין הרצוי בישראל

הפרק הקודם, שסקר את שלוש הדרכים להבטחת הסודיות בגישור הראה שאין דרך אחת מושלמת המסוגלת לכסות את כל קשת האפשרויות בהן קיימת סכנת חשיפה של מידע שנמסר בהליך הגישור. כך לדוגמה, סעיף סודיות אינו מונע גילוי על-ידי צד שלישי, שאינו צד להסכם ההשתתפות בגישור, ואילו החסיון מונע גילוי על-ידי צד שלישי אך רק גילוי המתבצע בהליך משפטי. כך לדוגמה, חובת הסודיות חלה רק על המגשר ואילו החסיון יכול ויחול רק על הצדדים או על הצדדים והמגשר כמחזיקים במשותף. כך לדוגמה, קבלת פיצוי במקרה של הפרת הסודיות על-ידי אחד מהצדדים או המגשר אפשרית רק לפי סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור. כאשר המגשר הוא זה שהפר את הסודיות ניתן לזכות בפיצוי גם באמצעות תביעה אזרחית המבוססת על הפרת חובת הסודיות שעל המגשר. דיני הראיות אינם מאפשרים, כמובן, קבלת פיצוי.

הדרך הטובה ביותר, אם כן, היא לשלב בין מספר דרכים ואפשרויות בתוכן. זאת באמצעות מנגנון משולש שיבטיח הגנה נרחבת (אך לעולם לא מוחלטת) על מידע שנמסר במסגרת הליך הגישור. הכוונה בראש ובראשונה לחסיון סטטוטורי שגבולותיו ומאפייניו ישורטטו להלן. הרכיב ההכרחי השני בהגנה הוא סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות. הרכיב השלישי המשלים את ההגנה היא חובת סודיות על המגשר.

65 ליסודות עוולת הרשלנות ראו: ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד (1) 113, 122-134. ליסודות העוולה של הפרת חובה חקוקה ראו: שם, בע' 134-149.

לגבי סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור, אין לי אלא להפנות לסעיף המקיף שהובא להלן ולהציע לאמצו בכל הסכם גישור.⁶⁶ לנוכח המצב הקיים כיום בישראל, המלצתי לצדדים ולעורכי דינם היא להקפיד על שינוי סעיף הסודיות בהסכם ההשתתפות בגישור, כך שתורחב ההגנה על סודיות בגישור. בשונה משני חלקיו האחרים של המשולש המוצע (חסיון וחובת הסודיות), היכולת להרחיב את הגנת הסודיות בגישור מצויה כאן בידי הצדדים עצמם ועליהם להמר ולעשות כן.

לגבי חובת הסודיות שעל המגשר יש לדאוג לשלושה תיקונים אפשריים לתקנה 5 לתקנות בתי המשפט (גישור). הראשון הוא לעניין מיקומה של החובה. החובה צריכה לבוא בתוך קודקס התנהגות מפורט שיחול מנדטורית על כל מגשר תוך קביעת מנגנון שיאכוף אותו ויטפל במקרים של הפרות. מנגנון כזה יכול להיות מחלקה מיוחדת במשרד המשפטים או גוף פרופסיונלי שיוקם על-פי חוק. התיקון המומלץ השני, עניינו בקביעת חריגים ברורים לחובה. התיקון השלישי, נובע מתפיסה רחבה של חובת הסודיות לפיה היא מכילה בעצם שתי חובות. הראשונה, החובה המצויה כיום בתקנה 5 לתקנות בתי המשפט (גישור), איסור לגלות או להשתמש במידע שנמסר בהליך הגישור בכפוף לחריגים מפורשים שיובאו במסגרת החובה. החובה השנייה, אותה מומלץ להוסיף, היא החובה להסביר לצדדים, כבר בתחילת הגישור, את חשיבות השמירה על הסודיות בהיותה יסוד מכונן בלעדיו לא ייתכן גישור ואת האופן המדויק שבו כל אחד משלושת המנגנונים המבטיחים אותה פועל. ובמיוחד, את גדרי הסודיות ומה לא נכלל בה. כל זאת במטרה למנוע סכסוכים עתידיים סביב נושא הסודיות. הביטוי המעשי לחלקה השני של החובה יבוא בשיחת הפתיחה של הגישור שלאחריה נחתם הסכם ההשתתפות בגישור.

השינוי הנרחב ביותר בדין הישראלי צריך לבוא בחלק הראשון, החשוב ביותר, של המנגנון המשולש שהוצע לעיל - חסיון הקבוע בחוק. מוצע לקבוע הוראת חסיון המשולבת בהוראת אי קבילות כך שמדובר בחסיון מפני גילוי והצגה כראייה.⁶⁷ בדרך זו במקום שבו הופר החסיון והמידע נחשף עדיין תמנע הצגתו כראייה בהליך משפטי.

החסיון המוצע הוא חסיון יחסי שהחריגים לו צריכים להיקבע ברורות בחוק עצמו כשלבתי המשפט לא תינתן סמכות לקבוע חריגים נוספים. למרות הפיתוי הרב לקבוע חסיון מוחלט באשר יש בו לתת הגנה מקסימלית לסודיות בגישור מומלץ שלא לעשות כן. סיבה ראשונה נעוצה בצידוק לסודיות בגישור, שנסקר לעיל. מדובר אומנם בצידוק חזק אך כזה שאין בו להכריע באופן מוחלט את האינטרסים הנגדיים לחסיון (בעיקר, הערך של גילוי האמת). סיבה שנייה נעוצה בחשש לפיו גם חסיון מוחלט עתיד להפוך, בסופו של דבר, לחסיון יחסי שהחריגים לו נקבעים בפסיקה. הדוגמה לכך היא חסיון עורך-דין לקוח הקבוע בסעיף 48 לפקודת הראיות כחסיון מוחלט בעוד שבפועל נקבעו בפסיקה מספר חריגים, כך שמעמדו הנורמטיבי של חסיון זה היום רחוק מלהיות מוחלט. הפסיקה הכניסה את החריגים לתוך חסיון עורך-דין לקוח דרך ההגדרה של איזה מידע ייחשב כחסוי, כך שמה שנופל בגדר החריג לא נקבע מלכתחילה כחסוי, ובכך עקפו את

66 חלק ראשון של הפרק השלישי למאמר.

67 ראו למשל: UMA-Draft, לעיל הערה 6, בסעיף 4(a).

היעדר החריגים בחוק.⁶⁸ רוצה לומר, שגם חסיון מוחלט יהפוך, בבוא היום, לחסיון יחסי אלא שאז זה ייעשה תוך גרימת עלויות התדיינות גבוהות,⁶⁹ וללא מתן אפשרות לצדדים לדעת מראש את החריגים ולכלכל את מעשיהם בהתאם.

מבחינת התפרשותו מדובר בחסיון מעורב, אישי בעל גוון תוכני חזק. אלקס שטיין מסביר, כי חסיון אישי מתאים כתמריץ להעברת מידע סודי במסגרת שירות מקצועי אותו מעוניינת החברה לעודד.⁷⁰ מנגד, חסיון אישי אינו מונע גילוי המידע על-ידי צד שלישי לכן יש לקבוע גם חסיון תוכני המגן על תוכן המידע ללא קשר לזהות המגלה. בכך משלים החסיון את ההגנה הניתנת על-ידי סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור ומעניק גם הגנה מפני גילוי על-ידי צד שלישי. אך זאת רק בהליך משפטי.

קצרה היריעה מלדון באופן מלא בכל אחת מארבע הסוגיות המרכיבות את החסיון שהוצגו לעיל, לכן אסתפק בדיון בנקודות המרכזיות. לגבי השאלה מה ייחשב להליך גישור (תנאי מקדמי להחלת החסיון) לא מומלץ לקבוע קריטריונים להיותו של הליך "הליך גישור", אלא להסתפק בקביעה לפיה כל הליך שהחל בעקבות הסכם השתתפות בגישור וכל הליך שהחל בעקבות הפנייה של בית משפט לגישור ייחשבו א-פריורית ל"הליך גישור". זאת במטרה לעודד צדדים להתקשר בהסכם השתתפות בגישור ולהגביר את הודאות בהחלת החסיון.

השאלה השנייה לעניין המחזיקים בזכות לחסיון – מי שיכול לטעון לחסיון או לוותר עליו, היא שאלה מורכבת. חסיון בגישור שונה, במספר מובנים, מהחסיונות הקיימים בדיני הראיות. החסיונות שהוכרו עד היום בחוק הם חסיונות של שני צדדים. למשל, חסיון רופא חולה. בגישור מעורבים שלושה צדדים: המגשר ושני הצדדים לגישור. בנוסף, הליך הגישור כולל שתי מערכות יחסים המתקיימות במקביל: יחסים מקצועיים בין המגשר לכל אחד מהצדדים, ויחסים בין הצדדים לבין עצמם. תחת כל מערכת יחסים קיימים אינטרסים שונים המצדדים בהגנה על סודיות.⁷¹ במערכת הראשונה, בין המגשר לכל אחד מהצדדים, האינטרס התומך בכינון חסיון הוא רצון החברה לעודד מערכת מקצועית של גישור שיש בה לשנות את תרבות הסכסוכים בחברה. במערכת השנייה, בין הצדדים לבין עצמם, האינטרס התומך בכינון חסיון הוא בניית אמון ותקשורת חופשית וכנה בין הצדדים לסכסוך. חוזקם השונה של האינטרסים הוא שמכתיב היקף הגנה שונה לכל מערכת יחסים. כך לדוגמה, ייתכן וביחסים עם המגשר נקבע חסיון שרק הצדדים והמגשר יחד יכולים לוותר על החסיון ואילו ביחסים בין הצדדים די בצדדים עצמם לוותר על החסיון, גם אם המגשר מתנגד לגילוי.

הוראת החסיון של מדינת וושינגטון עושה את האבחנה האמורה בקובעה חסיון מסתעף (bifurcated model).⁷² חסיון כזה קובע כי כאשר אחד הצדדים הוא המבקש לחשוף מידע חסוי, ההחלטה נתונה להסכמת שני הצדדים, ללא מעורבות של המגשר. אך למגשר יש את האפשרות

68 כך לדוגמה, נקבע כי יעוץ משפטי לגבי עבירה עתידית אינו מהווה "שירות מקצועי" כדרישת הסעיף ולכן אין המידע חסוי. (עניין פלוני, לעיל הערה 59, בע' 771), הדרך הנכונה היא לומר שמדובר במידע חסוי המוצא דרך חריג מפורש מהגנת הסעיף.

69 שטיין, לעיל הערה 41, בע' 55.

70 שטיין, לעיל הערה 41, בע' 54.

71 Kirtley, לעיל הערה 13, בע' 30 – 31 (סוקר, בהמשך, מספר מודלים אפשריים בשאלה מהם המחזיקים בזכות לחסיון. למשל, רק הצדדים מחזיקים בזכות או רק המגשר מחזיק בזכות ועוד).

72 .Rev. Code Wash. § 5.60070 (2001)

לסרב להעיד במקרה זה. כאשר המגשר הוא המבקש לחשוף מידע חסוי, נדרשת הסכמת שני הצדדים והמגשר עצמו. התוצאה של חסיון מסתעף היא שהמגשר אינו יכול לגלות מידע חסוי ללא הסכמת הצדדים לגישור, והצדדים אינם יכולים לכפות על המגשר להעיד. לכל צד לגישור ניתנת האפשרות למנוע גילוי של הצד השני ושל המגשר.

חסיון מסתעף זה מאזן נכונה בין הצורך לשמור על הניטרליות של המגשר והצורך לתת לצדדים שליטה משמעותית על גילוי מידע הקשור לגישור.⁷³ הואיל והוא מונע מהמגשר להעיד שלא מרצונו, אך מאפשר עדיין לצדדים המסכימים לגילוי להעיד בעצמם בחופשיות בכל הנוגע לגישור שאין הם זקוקים להסכמת המגשר.⁷⁴

יצוין שהוראת החסיון המסתעף של מדינת וושינגטון מוסיפה וקובעת חריגים לכל אחד משני מצבים אלו. כך לדוגמה, בשני המצבים מותר גילוי אף ללא קבלת הסכמה אם מדובר בסכסוך בין המגשר ואחד הצדדים בנוגע לגישור.⁷⁵ דוגמה לסכסוך כזה היא תביעת המגשר לשכר או תביעה נגד המגשר על הפרת אחריותו המקצועית. דוגמה אחרת לחריג החל רק כאשר אחד הצדדים הוא המבקש לחשוף מידע הוא גילוי המתחייב לפי חוק.⁷⁶

לגבי השאלה השלישית הנוגעת להליכים המאוחרים בהם יחול החסיון מומלץ לאמץ את התחולה הרחבה הקבועה בסעיף 52 לפקודת הראיות לפיו הוראות החסיון "יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות." תחולה זו אף רחבה יותר מהוראת החסיון של מדינת וושינגטון, הנחשבת למרחיבה יחסית למדינות אחרות בארצות הברית. החלק הרלוונטי בהוראה שם קובע: "[a]re privileged and confidential and are not subject to disclosure in **any judicial or administrative proceedings except...**" (ההדגשה אינה במקור). חשוב לדעת, כי בהליכים משמעותיים שאינם כפופים לדיני הראיות לא תהיה תחולה לחסיון. כך למשל, בקובלנה נגד עורך-דין שפעל כמגשר המתבררת בבית הדין המשמעתי יכול בית הדין, "מטעמים מיוחדים שיפרט בהחלטתו, לקבל ראיה אף אם לא הייתה כשרה להתקבל בבית משפט."⁷⁷

הסוגיה הרביעית הקובעת את היקף הסודיות בגישור עוסקת בסוג המידע שיוגדר בחוק כחסוי והחריגים שיובאו רק בחוק עצמו. כפי שציינתי, קיימות כאן שתי גישות. לפי הגישה הצרה רק מה שנאמר והוצג במסגרת הליך הגישור ויש לו קשר לנושא הגישור יוכר כחסוי.⁷⁸ לפי הגישה הרחבה כל מה שנאמר והוצג במסגרת הליך הגישור סודי.⁷⁹ חסרונה העיקרי של הגישה הצרה היא באי הוודאות שהיא משרה על הליך הגישור ובאפקט המצנן שעלול להיות לה על התקשורת בין הצדדים. הגישור מבוסס על תקשורת חופשית בין הצדדים, האם אנו מצפים שבכל פעם יעצור אחד הצדדים לבחון אם מה שהוא אומר קשור לנושא הגישור ורק אז ימשיך או ישתוק. האם אנו

73 Kirtley, לעיל הערה 13, בע' 35.

74 שם, שם.

75 Rev. Code Wash. § 5.60070(1)(d) (2001).

76 Rev. Code Wash. § 5.60070(1)(g) & (2)(b) (2001).

77 סעיף 67 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961, ס"ח 347, ע' 178.

78 לדוגמה להוראות חסיון בגישור הנוקטות בגישה הצרה ראו: Mass. Ann. Laws ch 233 § 23C (2001); Utah Code Ann. § 78-31b-8 (2001).

79 המחוקק הישראלי נקט בגישה הרחבה. סעיף 79(ג) לחוק בתי המשפט מדבר על "דברים שנמסרו במסגרת הליך הגישור". ובתקנה 5(ד) (ו) החלות על "מידע שנמסר בהליך הגישור".

רוצים לגרום לצדדים לצנזר מראש דברים שלגביהם יש חשש שאינם קשורים לנושא הגישור. והאם אנו מצפים מהצדדים לדעת מראש מה עונה על המבחן של "קשור לנושא הגישור."⁸⁰ יתרה מכך, הגישור מבוסס על תקשורת רחבה, תקשורת העוסקת גם ברגשות, רצונות ואינטרסים, לאו דווקא משפטיים, של הצדדים. חלק מדברים אלה אולי לא יתקשרו ברורות לנושא הגישור אך יש בהם לקדם את הגישור.

ההתנגדות לגישה הרחבה נובעת מהחשש לפגיעה מעבר לנדרש באינטרסים הנגדיים לחסיון בעיקרם, עיקרון גילוי האמת.⁸¹ התשובה לחשש זה מצויה ברשימת החריגים הנלווית להגדרה הרחבה, חריגים המבטיחים את ההגנה הנחוצה לאינטרסים הנגדיים. ויודגש, כי הגדרה רחבה שלצידה חריגים מבטיחה ודאות לצדדים ומעודדת תקשורת חופשית וכנה, הואיל וגבולות השיח רחבים ומוגדרים בחוק.

קביעת החריגים לחסיון היא שאלה של מדיניות, הבאה להגדיר מראש את האינטרסים בהם צריכה הזכות לחסיון לסגת. כאן אנו נדרשים לקבוע מעין 'היררכיה של אינטרסים נגדיים לחסיון', כשהחלטה אם להגן ומה היקף ההגנה תקבע לאור מיקומו של האינטרס בהיררכיה. לאור הצידוק החזק לסודיות בגישור ברור שרק אינטרסים בראש ההיררכיה יזכו להפוך לחריג. לדוגמה, האינטרס הציבורי התומך בהגנה על ילדים ומחוסרי ישע חזק ביותר, לכן הוא ממוקם בראש ההיררכיה של האינטרסים הנגדיים לחסיון. מה שהוביל לקביעת חריג המחייב גילוי לעניין התעללות בילדים במרבית הוראות החסיון בגישור בארצות הברית.⁸²

הוויכוח סביב החריג לגבי פשע מתמשך או עתידי קשור אף הוא להיררכיה הנדונה. מה קורה כאשר במהלך הגישור נחשף מידע לפיו אחד הצדדים עומד למעול בכספים הנתונים לו בנאמנות או במצב שבו המידע נוגע לרצח עתידי. חריג רחב לפיו כל מידע הנוגע לפשע מתמשך או עתידי אינו חסוי, מניח שמניעת פשעים הוא אינטרס גבוה בהיררכית האינטרסים הנגדיים.⁸³ הגישה הנגדית, לפיה רק פשע העלול לגרום לנזק גופני חמור או מוות אינו חסוי, מניחה שרק הגנה על שלמות גופו של אדם (ולא מניעת פשעים) היא אינטרס גבוה בהיררכית האינטרסים הנגדיים, הזכאי בשל כך לחריג.⁸⁴

חריג שמטרתו למנוע ניצול לרעה של ההליך קובע שראיות הנתונות לגילוי בהליך משפטי ושלא הוכנו במיוחד לשימוש בגישור אינן חסויות.⁸⁵ חריג זה מונע מהגישור להפוך "לבית קברות" לראיות שאינן טובות לצדדים, כך שכל הסיבה להצגתם בגישור היא הרצון להפוך אותן לחסויות

80 ראו גם: Kirtley, לעיל הערה 13, בע' 37-38.

81 David A. Ruiz "NOTE & COMMENT: Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication" 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 851, 859 (2000).

82 Kirtley, לעיל הערה 13, בע' 46-47.

83 ראו למשל: UMA-Draft, לעיל הערה 6, בסעיף 6(a)(4).

84 ראו: Kirtley, לעיל הערה 13, בע' 46 (מתנגד לחריג גורף המדבר על כל פשע עתידי ומסכים רק לחריג המתייחס לפשע העלול לגרום נזק גופני חמור).

85 ראו למשל: (2001) 5.60.0701(b) Rev. Code Wash. § 5.60.0701(b) המורה המקבילה בקוד הגישור האחד אינה מוצגת כחריג אלא מהווה חלק מהגדרת החסיון. והיא אף אינה כוללת את הדרישה שהראייה לא הוכנה במיוחד לשימוש בגישור. UMA-Draft, לעיל הערה 6, בסעיף 4(c). הסעיף קובע: Evidence or information that is otherwise admissible or subject to discovery does not become inadmissible or protected from discovery solely by the reason of its disclosure or use in mediation"

בהליך משפטי באותו עניין. למשל, בגישור בגין סכסוך עסקי בין שותפים, רשימות מלאי וספרי העסק לא יהפכו לחסויים רק משום שהוצגו בגישור הואיל ומדובר במסמכים הנתונים לגילוי. אך אם אחד הצדדים הכין והציג בגישור מסמך העוסק בפעילות העסק – מסמך זה חסוי. לסיום הדיון בסוגיה הרביעית המרכיבה את החסיון בגישור, אבקש להזהיר מקביעת "חריג סל" המתיר גילוי חומר חסוי בכפוף להחלטה אד-הוק של בית המשפט, אם זה מוצא שהצורך בגילוי גובר באופן משמעותי על הצידוק לסודיות, וזאת כאשר מדובר בראייה שאינה זמינה אחרת. דוגמה לחריג כזה מצויה בקוד הגישור האחד לפיו:

"There is no privilege under section 4 if a court, administrative agency, or arbitrator finds, after a hearing in camera, that the party seeking discovery or the proponent of the evidence has shown that the evidence is not otherwise available, that there is a need for the evidence that substantially outweighs the interest in protecting confidentiality, and that the mediation communication is sought or offered in..."⁸⁶

הגם שהמשך הכלל, שלא הובא לעיל, מגביל את המקרים בהם אפשר לעשות שימוש בחריג סל זה עדיין טמונה בו בעייתיות רבה. הבעייתיות נובעת משתי סיבות. ראשית, פגיעה בוודאות. הסיבה לקביעת חריגים בחוק היא השאיפה לוודאות, ודאות שתאפשר לצדדים לכלכל מראש את מעשיהם, ודאות שתעודד פנייה לגישור באשר יש בה להסיר את חששות הצדדים מחשיפה לא רצויה. בכל אלה פוגע חריג הסל. בעייתיות שנייה היא, שחריג הסל מחליש את ההגנה הניתנת לסודיות בגישור, מה שעלול, בסופו של יום, להחליש את הליך הגישור הואיל והסודיות היא יסוד מכונן בגישור.

ה. סכום

הליך הגישור מייצג הרבה יותר מאלטרנטיבה להתדיינות משפטית. הגישור הוא הדרך לשינוי תרבות הסכסוכים בחברה הישראלית. מסכסוך שבו ניצבים שני הצדדים זה כנגד זה וכך הם מתעמתים, מבקש הגישור להביא למצב שבו הצדדים לסכסוך ניצבים זה לצד זה בניסיון משותף להגיע להסכמה שתסיים את הסכסוך. מצב זה מחייב הליך בלתי פורמאלי שבו יכולים הצדדים לדון בצורה פתוחה ברגשות, רצונות, צרכים ואפשרויות לפתרון הסכסוך. הליך שכזה מחייב תקשורת פתוחה, חופשית וכנה בין הצדדים. תקשורת כזו יכולה להתקיים רק תחת מעטפת של סודיות. הצידוק החזק להגנה על סודיות בגישור הוא בהיותו יסוד מכונן בגישור. בלעדיו לא היה גישור ובלעדיו לא יצליח הגישור.

המאמר סקר את שלוש הדרכים העיקריות להגנה על סודיות בגישור והאופן בו הן מתקיימות במשפט הישראלי. דיון זה הביא למסקנה שההגנה הניתנת לסודיות במסגרת הליך הגישור בישראל לוקה בחסר מהותי וכי דרושים שינויים שיעניקו לסודיות בגישור את ההגנה הראויה. שינויים המתחייבים מהצידוק החזק לקיומה של סודיות זו. השינוי המוצע הוא בכל שלוש הדרכים

86 UMA-Draft, לעיל הערה 6, בסעיף 6(b).

המעניקות הגנה לסודיות: סעיף סודיות בהסכם ההשתתפות בגישור, חובת סודיות על המגשר וחסיון סטטוטורי יחסי. החסיון המוצע משלב בתוכו הוראת אי קבילות כך שמידע לגביו הופר החסיון לא יהא קביל. החסיון יחול "הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות." כלשון סעיף 52 לפקודת הראיות.

החסיון המוצע מגן, מצד אחד, על כל המידע שנמסר בהליך הגישור (אף אם אינו קשור לנושא הגישור) אך קובע, מהעבר השני, רשימה סגורה של חריגים. חריגים המשקפים אינטרסים נגדיים חזקים שיש בהם לגבור על הצידוק החזק לסודיות במסגרת הליך גישור. בשאלת בעלי הזכות לחסיון נוקט החסיון המוצע בגישה המסתעפת, לפיו כאשר מדובר בגילוי על-ידי אחד הצדדים לגישור יש צורך בהסכמה משותפת רק של הצדדים ולא של המגשר, אך לא ניתן לכפות עליו להעיד. כאשר מדובר בגילוי על-ידי המגשר נדרשת הסכמה של שני הצדדים והמגשר.

קביעה כאמור, של חסיון סטטוטורי בשילוב עם סעיף סודיות משופר בהסכם ההשתתפות בגישור והטלת חובת סודיות מלאה על המגשר, יביאו יחד להגנה הראויה על סודיות המידע במסגרת הליך גישור.