

Shay Brandes, Adv.

Oded Sela, Adv.

Guy Cohen, Adv.

Galit Shaul, Adv.

Lior Lotan, Adv.

שי ברנדס, עו"ד

עודד סלע, עו"ד

גיא כהן, עו"ד

גלית שאול, עו"ד

ליאור לוטן, עו"ד

Consultant - Issy Kramer, Adv. & Notary

Israel & South Africa

יועץ - איזי קרמר, עו"ד ונוטריון

ישראל ודרום אפריקה

יולי 2003

אחריות מקצועית של מגשר – האמנם¹ ?

מרצה - עודד סלע, עו"ד

מבוא .1

"גישור הוא הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה על יישוב הסכסוך, בין היתר על ידי בירור הנושאים שבמחלוקת, גילוי מידע הדרוש בקשר לסכסוך והצעת אפשרויות לפתרון²".

כיום, השימוש בהליכי גישור הולך ומתרחב כהליך אלטרנטיבי ליישוב תביעות, סכסוכים ומחלוקות, מחוץ לבית המשפט, כמעט בכל סוגי הסכסוכים והתחומים בחייהם של בני אדם³, תאגידים ומדינות. ישנם תחומים משפטיים מסוימים בהם לכאורה הגישור אינו מתאים כאלטרנטיבה להליכים המשפטיים הרגילים למשל עניינים הנוגעים בתחום של המשפט הפלילי, אף כי אפילו בתחום זה עשויים להיות נושאים בהם ניתן לקיים גישור, למשל בתחום הפלילי השייך לעבירות תכנון ובניה, עסקאות טיעון, קובלנות פליליות וכיו"ב.

השימוש ההולך ומתרחב בהליכי גישור כהליכים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים, עלול לגרום עימו גם הליכים משפטיים נגד מגשרים, בעילות של היפר חובות אתיות והיפר חובות מקצועיות. למעשה, ככל שהקוד האתי של מגשרים יתבסס ויתפתח וכך גם "מקצוע" המגשר תגבר החשיפה של מגשרים לתביעות אישיות בעילות של היפר חובה מקצועית. פרדוקסאלי ככל שהדבר נשמע, ככל שהגישור מתמסד⁴, ככל שהגישור הופך ליותר ויותר פופולארי ומקובל כהליך יעיל ליישוב סכסוכים, ניתן לצפות כי כמות התלונות והתביעות כנגד מגשרים, בין אם עורכי דין בעלי השכלה משפטית ובין אם לאו – תעלה בשנים הקרובות.

¹ מאמר זה היווה בסיס להרצאה בנושא אחריות מקצועית למגשרים אשר התקיימה, ביוזמת המרכז הארצי לגישור במשרד המשפטים, ביום 21.7.2003. תודות מיוחדות למורי, ד"ר חמי בן נון, במסגרת לימודי המוסמך במשפטים באוניברסיטת תל אביב, אשר הנחה אותי בהכנת העבודה ולחברי עו"ד נוי ארז מחברת גישורים ADR בע"מ אשר ללא עצותיו המועילות, לא היה המאמר נכתב.

² תקנה מס' 2 לתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות הגישור").
³ בכתבה שפורסמה במדור הכלכלי של עיתון הארץ ביום 7.2.2000, צוטטו הדברים הבאים מפי נשיא בית משפט העליון, השי' אהרון ברק: "...לא כל בעיה צריכה למצוא עצמה בבית המשפט. על פי הניסיון המצטבר בעולם המערבי, 98% מהמקרים המובאים לערכאה ראשונה בבית המשפט ניתנים לפתרון בדרך של הסכם".

⁴ שורה ארוכה של חיקוקים מתייחסת לגישור או מאזכרת את הליך הגישור: סעיף 79 לחוק בתי המשפט, תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993, תקנות בתי המשפט (מינוי מגשר), התשנ"ו-1996, תקנות בית הדין לעבודה (גישור), התשנ"ג-1993, חוק בתי המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. ככל הידוע, השימוש הראשוני בגישור "פורמאלי" בישראל, נעשה על ידי עובדים סוציאליים ומטפלים משפחתיים, לפני למעלה מ-20 שנה, כמתודה ליישוב מחלוקות בין בני זוג, מתוך הבנה והסכמה. ככל הידוע למחבר, הליך הגישור כדיסציפלינה עצמאית, החל להתפתח שנים ספורות לפני כן בצפון אמריקה.

ככל הידוע למחבר המאמר, עד כה לא הוגשה לבית משפט בישראל ולו תביעה אחת כנגד מגשר או כנגד מרכז גישור ומצב זה מאפיין עדיין את מרבית מדינות העולם המערבי בהם הגישור מחזק את אחיזתו ככלי אלטרנטיבי ליישוב סכסוכים. אולם סוגיות ראשונות של תביעות נגד מגשרים מתחילות להיראות בארה"ב ובקנדה⁵ וגם מספר התלונות כנגד מגשרים, נמצא בעליה.

בחיבור זה אנסה לבחון את השאלה האם באמת ישנה למגשרים חשיפה לתביעות בעילת הפרת אחריות מקצועית⁶ והאם כדאי וניתן להגן עליה באמצעות ביטוח אחריות מקצועית.

2. כללי

2.1 לצד פתרון סכסוכים באמצעות התדיינות בבתי משפט, קיימים הליכים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט (A.D.R – ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION). במשך שנים, ההליך ששלט בכיפה ככלי אלטרנטיבי ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט היה הליך הבוררות (ARBITRATION). לצד ההבדלים המהותיים בין בוררות לגישור (MEDIATION), קיימים גם הבדלים בחשיפה של מגשרים לעומת החשיפה של בוררים לתביעות בעילת היפר חובה מקצועית.

2.2 מטרת המגשר בהליך הגישור, אינה להגיע להכרעה במחלוקת/סכסוך בין הצדדים (כפי שמתרחש בהליכים משפטיים רגילים בתי המשפט או בהליכי בוררות) אלא "לסייע בידי בעלי הדין, להגיע להסדר פישור מתוך ניהול משא ומן חופשי, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו"⁷, היינו להביא את הצדדים למצב של פתרון הסכסוך מתוך הסכמה, כאשר כל אחד מהצדדים מסיים את ההליך בתחושה של שביעות רצון.

2.3 כאמור, בישראל מוכר הגישור מזה למעלה מ-20 שנה, בתחום של דיני משפחה ומראשית שנות ה-90, בדיני עבודה⁸, אולם בשנים האחרונות, החל הגישור, בעידודו של נשיא בית המשפט העליון, אהרון ברק ובעקבות התקנת תקנות חדשות בנושא גישור, לחדור גם לתחומים נוספים במשפט האזרחי⁹. ליד חלק ניכר מבתי משפט השלום (ובחיפה גם ליד בית המשפט המחוזי) ובמספר בתי דין אזוריים לעבודה, הוקמו מחלקות לניתוב תיקים¹⁰, המנתבות תיקים אשר לדעת מנהלי המניית הנם תיקים המתאימים להליכי גישור. חשוב לזכור כי המסנת של המניית הינה מסנת בעלת "חורים" גדולים יחסית, הואיל והמידע שנמצא בידי המניית הינו במרבית המקרים כתב התביעה בלבד. לא מעט בתי משפט בהם עדיין לא קיים מניית, מפנים אף הם תיקים לגישור. במקרים אלה מדובר ביוזמה מקומית של השופטים להפניית תיקים לגישור, בד"כ לאחד ממרכזי הגישור או לעורכי דין אשר הם סבורים כי נמצאים מתאימים לכך.

2.4 אחד המאפיינים של הליך הגישור הוא היותו הליך הסכמי וולונטרי. וולונטריות ההליך ואפשרות הצדדים להפסיקו בכל עת מהווה על פניה מרכיב המפזר/מצמצם את הסיכון החל על מגשר. צד אשר אינו מעוניין ליטול חלק בהליך יכול להודיע על כך לצדדים

⁵ מחקר שנערך במסגרת עבודת מוסמך במשפטים בקנדה, העלה כי מרבית התלונות כנגד מגשרים במחצית השניה של שנות ה-90 של המאה הקודמת, הוגשו ברקע של כשלים בתקשורת בין המגשר והצדדים ואי הבנה ברורה לגבי פקידו של המגשר.

⁶ במאמר מאת הוועדה המשפטית המייעצת של מדינת אלסקה ארה"ב, מומלצת אסטרטגיה בת 5 שלבים בבחירת מגשר. אחד השלבים, כולל בתוכו בדיקה האם למגשר יש ביטוח אחריות מקצועית המבטח באופן ספציפי הליכי גישור. URL – <http://www.mediate.com/articles/choose.cfm>.

⁷ תקנה מס' 1 לתקנות הגישור.
⁸ הגישור בבית הדין לעבודה נעשה במקרים רבים על ידי נציגי ציבור, ראה לעניין זה את תקנה 3 (ד) בתקנות בית הדין לעבודה (פישור), התשנ"ג-1993. אין בתקנות בית הדין לעבודה התייחסות לכפיפות הכשירות של מפשר שהוא נציג ציבור, לאמור בתקנות בתי המשפט (מינוי מגשר), התשנ"ו-1996. המגשרים בבתי הדין לעבודה, נמנעים מניסיון למצוא חלופות ליישוב הסכסוך תוך שהם נשענים על ההנחה המוטעית כי העובד, הנתפס באופן מסורתי כצד החלש זכאי לסעד כלשהו, דבר המעקר את הליכי הגישור מכל תוכן ממשי.

⁹ במשרד המשפטים הוקם לפני שנים אחדות מרכז ארצי לגישור, העוסק בהגדרת הפרופסיה של מגשר, קביעת קודים ומדיניות בגישור. רצ"ב צילום דפי מידע של המרכז הארצי לגישור.
¹⁰ מניית.

ולמגשר. ביכולתו להשתחרר מן הגישור בכל עת גם לאחר תחילת הגישור, ללא צורך בכל נימוק ולהחזיר את הדיון בתיק לבית המשפט.

2.5 הליך הגישור אינו מאופיין בפרוצדורה ובסדרי דין נוקשים הקיימים בהליכים בבתי המשפט. זוהי גם אחת הביקורות הנשמעות על ההליך, הנותן למגשרים חופש פעולה רחב ביותר¹¹. מבלי לגרוע באמור לעיל, ניתן לאפיין את הליך הגישור הקלאסי בשלושה עד ארבעה שלבים עיקריים:

2.5.1 שיחת פתיחה אותה עורך המגשר בהשתתפות הצדדים לסכסוך (תקנה 6 לתקנות הגישור).

שיחת הפתיחה כוללת בד"כ, הסבר על מהות הגישור לעומת הליכים אחרים, פרטי הסכם הגישור בין הצדדים למגשר (בסוף שיחת הפתיחה מתבקשים הצדדים לחתום על הסכם כדוגמת ההסכם המצוי¹²), הסבר על כללי התנהגות במהלך הגישור ועל אפשרות המגשר להיוועד בנפרד עם כ"א מן הצדדים וכל גורם אחר הקשור לתיק¹³.

2.5.2 שמיעת הצדדים, כאשר כל אחד מהצדדים, בתורו ומנקודת מבטו, מתאר את הרקע העובדתי לסכסוך.

2.5.3 ישיבות משותפות וישיבות נפרדות של המגשרים עם כל אחד מהצדדים. מטרת הישיבות הנפרדות הינה זיהוי האינטרסים האמיתיים של הצדדים על ידי המגשר, לצורך מציאת אופציה או מספר אופציות לפתרון הסכסוך והצגתן לצדדים באופן שיביא אותם להסכמה על האופציה המתאימה להם ביותר. לאחר מציאת האופציות והצגתן/הדגמתן לצדדים על ידי המגשר, יתקיים בדרך כלל משא ומתן דינמי בין הצדדים עד לגיבוש תנאים להסכם ביניהם או לחילופין סיום הגישור ללא הסכם.

2.5.4 העלאה על הכתב של הסכם¹⁴, אם הושג בין הצדדים ומסירתו לבית המשפט לצורך מתן תוקף של פסק דין. במקרה של החלטה של צד או של המגשר על הפסקת הגישור תחול תקנה 8 לתקנות הגישור לגבי דרך ההודעה לצדדים ולבית המשפט על הפסקת ההליך כאמור.

2.6 על פי תקנה 7 לתקנות הגישור, שכר טרחת המגשר אינו מותנה בתוצאת הגישור ומשולם ללא קשר לסיום הגישור בהסכם בין הצדדים או בהעברת הסכסוך בחזרה לבית המשפט. במקרים רבים, בית המשפט המפנה את הצדדים לגישור מציין בהפניה מה יהיה שכר הטרחה אשר ישולם למגשר על ידי כל צד להליך (בד"כ סכום בש"ח לפי שעות או סכום קבוע לישיבה, אשר בד"כ לא עולה על 3 שעות) וזאת בנוסף להוצאות בעין, אם תהינה. על פי תקנות הגישור, מחלוקת בין מגשר לבעלי דין בנושא שכר טרחה או הוצאות תובא להחלטת בית המשפט.

3. יוזמת הגישור

3.1 למקור הפניית הסכסוך לגישור, ישנה השלכה על היקף החשיפה של המגשר לתביעות בעילת היפר חובה מקצועית. כיום מוכרים שלושה מקורות הפניה עיקריים לגישור:

¹¹ חופש פעולה המהווה מקור אפשרי לחשיפה לתביעות. קיימות שיטות וטכניקות שונות לגישור אך לא קיימת שיטה מחייבת כלשהי או שיטה הנחשבת לטובה ביותר. ניתן לסווג את המגשרים לכמה רמות, בהתאם למידת מעורבותם בהליך על פני מתחם הנע ממגשר אקטיבי מצד אחד ומגשר פסיבי מן הצד השני.

¹² רצ"ב דוגמא להסכם גישור הנהוג באחד ממרכזי הגישור. ככלל, ובדומה לדוגמא הרצ"ב, מגשרים מעדיפים לכלול בהסכם הגישור תניות המצמצמות את אחריותם אף מעבר לקבוע בהסכם המצוי, דבר שיש בו כדי לצמצם את חשיפתם לתביעות בעילת רשלנות מקצועית.

¹³ חשוב לציין כי במקרים רבים קיים שלב טרומי, לפני תחילת הגישור, למשל כאשר ב"כ של אחד מבעלי הדין פונה למרכז הגישור לאחר שלקוחו (הוא בעל הדין) הופנה לגישור על ידי בית המשפט בכוונה לברר פרטים נוספים. במקרה כזה, יימסר בד"כ מידע כללי על מהות הגישור ויתרונותיו ועל המגשר להיזהר ולהימנע מכניסה למהות התיק, למשל בניסיון להסביר לב"כ מדוע התיק מתאים או לא מתאים לגישור.

¹⁴ שלב זה בגישור יתקיים רק אם הושג הסכם בין בעלי הדין. חשוב לציין כי מדובר בהסכם המהווה שיקוף של ההסכמות אשר הושגו בין בעלי הדין בסיום הגישור ולא בהסכם המבטא רצון, עמדה או דעה של המגשר, אשר אינו צד להסכם בין בעלי הדין.

- א. יוזמה של בית המשפט במסגרת הליכים משפטיים שנפתחו בתביעה בערכאה שיפוטית.
- ב. יוזמה פרטית של צד/צדדים למחלוקת, ללא החלת תקנות הגישור על הגישור.
- ג. מקור משולב – גישור שלא נפתח בתביעה בבית המשפט אך הצדדים החליטו לנהל כהליך על פי תקנות הגישור.
- 3.2 מודגש כי תקנות בתי המשפט (גישור) חלות רק כאשר הצדדים מופנים לגישור באמצעות בית משפט או בית דין, בעקבות סכסוך אשר נמסר מלכתחילה לערכאות. על פי תקנות בתי המשפט (מינוי מפשר), התשנ"ו-1996 (להלן: "תקנות מינוי מגשר"), בית המשפט ממנה את המגשר בהתאם להסכמת הצדדים לגבי זהות המגשר ולאחר קבלת כתב הסכמה מהמגשר או, בהעדר הסכמה על זהות המגשר, מתוך רשימת מגשרים המצויה בהנהלת בתי המשפט.
- 3.3 ככל הידוע למחבר, רק החל מראשית שנת 2000, החלה הנהלת בתי המשפט, לקיים רשימה מסודרת של מגשרים. בפועל, ובהעדר נתונים סטטיסטיים מסודרים בהנהלת בתי המשפט ובמרכז הארצי לגישור, בנוגע לניסיון המגשרים, כמות התיקים אשר טופלה על ידיהם, מס' התיקים אשר הסתיימו בהסכם שחתם את הסכסוך ומידע רלבנטי נוסף, קיימת שונות¹⁵ בין המגשרים המקבלים תיקי גישור לטיפולם¹⁶. ברוב המקרים, בית המשפט הוא היוזם את הפניית התיק לגישור. במקרה של העברת תיק מבית משפט למגשר או למרכז גישור, יקבלו הצדדים, בד"כ זמן לא רב לאחר הגשת כתב התביעה (ובמקרים מסוימים טרם הגשת כתב ההגנה) הודעה מבית המשפט על הפניית התיק לגישור, תוך ציון המגשר או מרכז הגישור אליו הופנה התיק. כבר בשלב זה רשאי כל אחד מהצדדים המעוניין בכך, להודיע למגשר ו/או למרכז הגישור ולבית המשפט כי אין הוא מעוניין ליטול חלק בהליך הגישור.
- 3.4 במקרים רבים, בהם התיק הופנה לגישור לאחר הגשת כתב הגנה, יקבע, כבר בשלב זה, מועד לדיון בקדם משפט אשר יתקיים במידה והגישור לא יצליח וזאת על מנת למנוע יתרון טקטי לצד זה או אחר.
- 3.5 תקנה מס' 3 בתקנות מינוי מגשר, המתייחסת לכשירות הנדרשת ממגשר אשר יקבל תיקי גישור בהפניית בית המשפט, קובעת מהם הכישורים והניסיון הנדרשים ממגשר:
- 3.5.1 למגשר בעניינים כלליים - הכשרה עיונית ומעשית של הליך גישור, בקורס בן 40 שעות לפחות או הכשרה בקורס בן 60 שעות לפחות בענייני משפחה. (תוכנית הלימוד של קורסי ההכשרה כמו גם בחינת מנחי הקורסים וניסיונם, צריכה להיות תוכנית שאושרה על ידי הוועדה המייעצת למנהל בתי המשפט, המוסמכת לבצע גם הערכות תקופתיות של הקורסים).
- 3.5.2 תואר בוגר מאת מוסד מוכר לפי סעיף 9 לחוק המועצה להשכלה גבוהה ובעלת חמש שנות ניסיון לפחות בתחום עיסוקו המקצועי¹⁷.
- 3.5.3 למגשרים בתחום של דיני משפחה – (א) בעל תואר מוסמך לפחות בפסיכולוגיה, בעבודה סוציאלית או ביעוץ חינוכי או בתחום אחר שאושר ע"י הוועדה המייעצת ושיש לו/ה ניסיון של חמש שנים לפחות בתחום לימודיו או שהוא רשום בפנקס חברי לשכת עורכי הדין ועסק בעריכת דין

¹⁵ שונות זו באה לידי ביטוי במרכיבים כמו, מקור הכשרה בגישור, וותק בגישור, התנסות בגישור כמגשר בודד לעומת גישור בשניים, רקע מקצועי נוסף, נתונים וסטטיסטיקה על מספר הגישורים שהסתיימו בהסכם.

¹⁶ העברת התיקים למגשר ספציפי, נעשית במקרים רבים על בסיס של ניסיון קודם של שופט עם מגשר/מרכז גישור והערכתו המקצועית של השופט, בכפוף להימצאו של המגשר/מרכז הגישור ברשימת הנהלת בתי המשפט. מצב זה עשוי להשתנות עם יישום תקנות בתי המשפט (מינוי מגשר) (תיקון), התשס"ג-2003.

¹⁷ בהערה מס' 2 לתקנות מינוי מגשר, נקבע כי הוועדה המייעצת למנהל בתי המשפט, רשאית להמליץ לכלול ברשימת המגשרים, לתקופת ניסיון של שנה, מגשר שהינו חבר לשכת עורכי הדין ושעסק בעריכת דין שנתיים לפחות, אם הוכיח להנחת דעתה של הוועדה כי התנסה ב-10 הליכי גישור לפני תחילת התקנות אשר נכנסו לתוקף ביום 20.7.99.

חמש שנים לפחות. וכן (ב) עבר הכשרה בענייני משפחה, ואם עבר הכשרה כללית – עבר קורס השלמה בענייני משפחה של 20 שעות לימוד לפחות.

3.6 תקנה 3ב בתקנות מינוי מגשר קובעת כי מגשר שייכלל ברשימת המגשרים יהיה נתון להערכה תקופתית כפי שתקבע הוועדה המייעצת, המוסמכת להמליץ להנהלת בתי המשפט לאחר הערכה תקופתית על הוצאתו של מגשר מן הרשימה¹⁸.

3.7 לאור האמור לעיל, ניתן להבחין בשני סוגים של מגשרים ומקורות להליכי גישור:

3.7.1 מגשרים שמונו על ידי הצדדים או בית המשפט במסגרת תיק בית משפט (ואשר עליהם חלות התקנות).

3.7.2 מגשרים אשר מונו על ידי צדדים שלא במסגרת הליכי התדיינות בבית המשפט, שאז אין תחולה ישירה של התקנות על אותם מגשרים ועל הליכי הגישור.

ככל שמדובר במגשרים מן הסוג הראשון, הרי שמסגרת הפעולה לרבות החובות המקצועיות החלות על מגשרים, מוסדרות במסגרת החקיקה כאמור בהערת שוליים 3 לעיל.

¹⁸ ככל הידוע, בשלב זה עדיין לא נערכת הערכה למגשרים, בין היתר, בהעדר תוכנית עבודה מתאימה לביצוע הערכה, העדר תקציב וכ"א.

4. אחריות מקצועית וחשיפת המגשר לתביעות

4.1 המפתח להגדרה כלשהי או הבנה של גישור מנקודת מבט של אחריות המגשר וחשיפתו לתביעות, על אף שהצדדים לגישור משתתפים בו באופן וולונטרי ולא מתוך כפייה, הינה כי המגשר הינו למעשה "מנהל של ההליך" ומי שמעצב אותו.

כמנהל או מעצב של ההליך, ניתן לנקוב ב-3 חובות יסודיות של מגשר:

א. חובת יושר, הגינות והעדר משוא פנים – חובת אמון.

ב. חובה להיות מקצועי ויסודי – חובת זהירות.

ג. חובה שלא לכפות הסדר על הצדדים.

4.2 ברגיל, ניתן לזהות מאפיינים המשויכים לאחריות של בעל מקצוע, כאשר:

א. העבודה המבוצעת דורשת מידה של מיומנות ומומחיות הנובעת מניסיון או הכשרה, ולרב בעבודה הכוללת יותר יכולות וכישורים מנטליים ואינטלקטואליים מאשר פיסיים.

ב. ישנה ציפייה כי האדם המעורב במתן השירות המקצועי יהיה מסור ובעל סטנדרטים גבוהים בתחום של מתן השירות וזאת לא רק מזווית ראייה של הלקוח הבודד אלא גם בראיה רחבה מנקודת מבט של קהילת העוסקים באותו מקצוע / שירות.

ג. קיימת התארגנות/ארגון של בעלי המקצוע הרלבנטי או גוף מפקח/קובע סטנדרטים של עבודה/שירות בתחום.

4.3 מובן, כי הגישור כמקצוע, נמצא בשלב של התהוות ועל מרכזי גישור ומגשרים להניח כי פעולותיהם תיבחנה בעתיד בסטנדרטים מקצועיים שיקבעו על ידי החוק ובתי המשפט. ניתן לשער, כי מרבית התביעות כנגד מרכזים, תעמדנה במרכזן את שאלת חובתו של המגשר להעמיד שירותי גישור מתאימים לסטנדרטים שייקבעו בנושא.

4.4 באמות מידה של רשלנות מקצועית ומנקודת מבט של דיני הנזיקין¹⁹, ניתן לומר באופן כללי כי, קביעת אחריות מקצועית של מגשר צריכה להתבסס על המרכיבים הבאים במצטבר:

א. קיומה של חובת זהירות בין המגשר לצד לגישור;

ב. הייתה הפרה של חובת הזהירות מצד המגשר על ידי מעשה או מחדל רשלני מצידו או בהפרת הסטנדרטים המצופים ממגשר באותן נסיבות;

ג. הפרת החובה/הסטנדרט על ידי המגשר, הביאה לנזק;

ד. ניתן היה לצפות באופן סביר מראש לנזק שנגרם כתוצאה ממעשי/מחדלי המגשר;

¹⁹ סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

4.5 במאמר מאת ארתור חייקין²⁰, משנת 1986, חילק המחבר את נושא האחריות לארבעה תחומים:

- א. חשיפה לאחריות מגשר בדומה לאחריות לה חשוף איש עסקים.
- ב. חשיפה לאחריות המיוחסת/משויכת ישירות לגישור, כאשר נושאי הסיבתיות והנוזק אינם מהווים דרישת סף לצורכי תביעה.
- א. אחריות המיוחסת/משויכת ישירות לגישור כאשר סיבתיות ונוזק הן תנאים מקדמים הכרחיים לתביעה.
- ד. אחריות כלפי צדדים שלישיים המושפעים מתוצאות ההליך.

4.6 חייקין מנה מקרים בהם קיימת חשיפה אפשרית לתביעות כנגד מגשר, רובן בעקבות תלונות, מקרים שאירעו ונדעו בעבר:

- א. פרסום מטעה.
- ב. הפרת חוזה.
- ג. התערבות מזיקה ביחסים חוזיים או מסחריים.
- ד. פגיעה בפרטיות.
- ה. דיבה/השמצה/לשון הרע.
- ו. הפרת חובת אמון.
- ז. רשלנות מקצועית.

4.7 על פי חייקין, קיימים לפחות שלושה רכיבים המבחינים בין אחריות של מגשר לאחריות של בעלי מקצוע אחרים ובכך מכבידים על ניתוח חשיפתו של המגשר לתביעות הפר אחריות מקצועית של מגשר:

- א. לצדדים בגישור ישנה שליטה בהליך ויכולתם להשתחרר ממנו והם אחראיים לתוצאותיו.
- ב. המגשר אינו אחראי לזכויות צד שלישי²¹.
- ג. למגשר ישנה חסינות מיוחדת הנוטה לאבחן את אחריותם מזו של עוסקים בתחומים אחרים.²²

4.8 במאמר משנת 1987, מציינת החוקרת הקנדית יהודית ראיין²³ רואה חשיפה דומה לתביעות, בדומה לזו שזוהתה על ידי חייקין ומוסיפה כי על מגשרים להיות זהירים ב"שווקם" את הגישור כהליך זול, מהיר, ובמידה מסוימת יעיל יותר מהליך משפטי בבית המשפט ועליהם להתמקד בחובתם לספק שירות מקצועי הולם לצדדים ולהיות אחראיים לדרישות הבסיסיות ממגשר, אשר לדעתה כוללות, בין היתר, חובה להעלות

²⁰ Chaykin, Arthur A., "The Liability and Immunities of Mediators: A Hostile Environment for Model Legislation" (1986-87) 2 Ohio St. J. on Dispute Resolution 47.

²¹ בכפוף, כמובן לחובתו להעמיד את הצדדים על הצורך להתחשב בעניינו של קטין או פסול דין, הנזכרת בסעיף 5 (ג) לתקנות הגישור.

²² חסינות זו אינה ברורה ומפורשת בחקיקה הישראלית.

²³ Ryan, Judith P., "The Lawyer as Mediator: A New Role for Lawyers in the Practice of Nonadversarial Divorce", (1987), 1 Canadian Family Law Quarterly 105.

את כל הנושאים הרלבנטיים בהליך הגישור הספציפי ולנהל את ההליך באופן שיביא לפתרון הסכמי מלא, מקיף והוגן.
לגישתה של ראיין, על עורכי דין העוסקים בגישור, לשקול רכישת כיסוי ביטוחי נפרד לאחריותם המקצועית כמגשרים, להבדיל מאחריות המקצועית כעורכי דין.

4.9 במאמר משנת 1988, ציין המלומד ג'י פולברג²⁴ כי עדיין לא קיים תחום מקצועי וסטנדרטים ברי השוואה לאלו שחלים ו/או ניתן להחיל על מגשרים ושרותי גישור. פולברג משער כי תביעות ותלונות כנגד מגשרים הינם פונקציה של הגידול בפופולאריות של הגישור ככלי ליישוב סכסוכים, במספר המגשרים, הכשרתם ובקיצור – בשוק הגישור.

4.1 האבחנה בין המקורות מהם צמח הגישור (המלצה והפניה לגישור על ידי בית המשפט, תניה חוזית בין צדדים או דרך משולבת), חשובה לעניין בחינת החשיפה של מגשר לתביעות בעילת רשלנות מקצועית כנגדו, בין היתר לאור קיומן של מגבלות על שימוש במידע שנמסר בהליך הגישור ולקיומה של תנית פטור בהסכם הגישור²⁵, לטובת מגשר אשר מונה במסגרת תקנות הגישור:

4.1.1 סעיף 3 (ב) לתקנות הגישור קובע כי "בית המשפט יסביר לבעלי הדין כי דברים שימסרו במסגרת הליך הגישור, לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי,..." (ההדגשה שלי ע.ס.).

4.1.2 סעיף 2 בתוספת לתקנות הגישור (המהווה את נוסח ההסכם המצוי הנערך בין בעלי דין ומגשר, להלן: **"הסכם המצוי"**) קובע כי **"בעלי הדין מתחייבים לא למסור לבית המשפט דברים שנאמרו בהליך הגישור ולא להציג מסמכים בכל עניין שהועלה, במישרין או בעקיפין, בהליך הגישור"**.

4.1.3 סעיף 5 בהסכם המצוי קובע כי :

"בעלי הדין מסכימים כי העובדה שהם לא הגיעו להסדר פישור או שאינם שבעי רצון מההסדר שהגיעו אליו, לא תשמש עילת תביעה נגד המפטר, וכי בכפוף לסעיף 6 להסכם זה (לפיו המגשר מתחייב לנהוג בתום לב כדי לסייע לבעלי הדין להגיע ליישוב הסכסוך מתוך מו"מ חופשי – ההוספה שלי ע.ס.) אין המפטר אחראי לתוצאת הפישור" (ההדגשות אינן במקור; המונחים "מפטר" ו"פישור" מופיעות במקור).

4.2 את הגושפנקא הסופית והחוקית להסכם הגישור נותן בית המשפט בתתו להסדר שהתגבש בין הצדדים לגישור תוקף של פסק דין. עובדה זו מצמצמת במידה רבה, את החשיפה של מגשר לתביעה בעילה של הפר חובה מקצועית²⁶. דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בגישור במסגרת תיק גירושין בבית המשפט למשפחה. במקרה של הסכם גישור המבשיל להסכם גירושין, חייב בית המשפט למשפחה לאשר את ההסכם במעמד הצדדים. במעמד זה, מוודא בית המשפט למשפחה כי הצדדים חתמו על ההסכם מרצונם הטוב וכי הבינו את משמעותו.

4.3 לאור האמור בסעיף 3 (ב) לתקנות הגישור ובסעיפים 2 ו-5 להסכם המצוי, נראה כי החשיפה לתביעות אישיות כנגד מגשר אשר מונה לתפקיד במסגרת תיק גישור אשר נפתח בעקבות הגשת כתב תביעה לבית משפט והופנה לגישור, בטענה של רשלנות מקצועית, הינה חשיפה נמוכה יחסית, ככל שמדובר בעניינים המפורטים להלן:

4.3.1 הגעת או אי הגעת בעלי הדין להסכם בעקבות הגישור.

4.3.2 אי שביעות רצון מהסכם שנכרת בין בעלי הדין בעקבות הגישור.

²⁴ Folberg, Jay, "Liability of Divorce Mediators" in Folberg, Jay and Milne, Ann, Divorce Mediation: Theory and Practice, New York, The Guilford Press, 1988.

²⁵ סעיף 5 להסכם המצוי בתקנות בתי המשפט (פישור), התשנ"ג-1993, מכיל תניה היוצרת "חסינות חוזית" לגבי אחריות המגשר במקרה של אי שביעות הצדדים מההסדר אליו הגיעו בסיוע המגשר וכן מתוצאותיו (או אי תוצאותיו) של הליך הגישור. מובן כי אין בחסינות החוזית הנ"ל, בכדי למנוע הגשת תביעה נגד המגשר בטענה להפרת התניה החוזית וכן בעילות נוספות לפי נסיבות המקרה.

²⁶ בהנחה שבית המשפט בוחן את תוכן ההסכם אליו הגיעו הצדדים ולא נותן לו תוקף של פסק דין באופן אוטומטי.

4.3.3 עדות של המגשר בהליך משפטי אזרחי שיתקיים במקרה של כשלון הגישור – על פי תקנות הגישור, לא ניתן להעיד מגשר בבית המשפט לגבי דברים שנאמרו בהליך הגישור.

4.4 ההנחה הנ"ל, בדבר חשיפה מצומצמת לתביעת חבות מקצועית של מגשר המטפל בתיק שהופנה על ידי בית המשפט, מקבלת חיזוק בפסק דין אמריקאי²⁷ משנת 1981, הנזכר בספרה של אורנה דויטש²⁸. אורנה דויטש מציינת בספרה כי זהו אחד המקרים הבודדים בו עסקו באחריותו של מגשר ברשלנות. באותו מקרה נערך על ידי מגשר הסדר בין בני זוג מסוכסכים. בהמשך, טענה בת הזוג כי ההסדר לא היה הוגן וכי בהתדיינות בבית המשפט ניתן היה להשיג תוצאה טובה יותר. התובעת טענה כי המגשר לא בדק נתונים שונים לגבי הבעל, לא יעץ כראוי ולא הסביר את סיכויי האישה להשיג תוצאות טובות יותר בבית המשפט. התביעה נדחתה משום שלא הוכח שהאישה אכן הייתה מקבלת סכום גבוה יותר, אילו פנתה להתדיינות בבית המשפט.

4.5 פרשת Lange, מדגימה היטב את הקושי המעשי בכל הנוגע להטלת אחריות בנויקין על מגשר, לפחות ככל שמדובר באי שביעות רצון מהסכם פרי הליך הגישור. גם אם תוכח אחריותו של מגשר, עדיין יהיה קשה מאוד להוכיח קיומו של נזק (אשר הינו אחד משלושת המרכיבים הנדרשים להוכחת עוולת הרשלנות בנויקין²⁹) שכן השאלה מה יכלו להיות תוצאותיו של הליך משפטי, בהשוואה לתוצאות אשר הושגו בתום הליך הגישור, היא שאלה שקשה מאוד לתת לה תשובה ברמת וודאות סבירה.

4.6 לאור האמור בסעיף 5 להסכם המצוי³⁰, לו הייתה פרשת Lange v. Marshal³¹ מתרחשת בישראל, תביעה נגד מגשר אשר פעל בתום לב בעילה המבוססת על אי שביעות רצון מהסדר בין הצדדים כתוצאה מהגישור או על עילה שלא הושג הסדר, הייתה קרוב לוודאי נדחית על הסף. סוגיית הגישור בכלל וסוגיית האחריות של מגשר לא נדונה עד היום בפסיקה הישראלית, עובדה אשר כפי שצינתי לעיל, ניתן לזקוף לתקופה הקצרה יחסית מאז התקנת התקנות בתחום הגישור ועליית השימוש בגישור ככלי ליישוב סכסוכים.

4.7 בתקנה 5 לתקנות הגישור, ישנן הוראות מפורטות לגבי חובות של המגשר: חובות אמון (ס"ק א' ו-ב'), חובות זהירות ומיומנות (ס"ק ג' ו-ז') וחובות מעורבות הכוללות הן רכיב של חובות אמון והן של חובות זהירות (ס"ק ד', ה', ו-ח'):

א. במילוי תפקידו ינהג המגשר 1. **בהגינות**, 2. **בתום לב**³² 3. **וללא משוא פנים**.

ב. מגשר יסרב לקבל על עצמו את המינוי כמגשר:

1. אם היה בינו לבין אחד מבעלי הדין קשר מקצועי או אישי קודם, זולת אם הודיע לצדדים וקיבל את הסכמתם למינוי בכתב.

2. אם הוא עלול לדעתו להיות במישרין או בעקיפין בניגוד עניינים בין תפקידו כמגשר לבין עניין אחר. אם הדבר מתגלה למגשר במהלך ההליך, עליו להודיע לבית המשפט כי הוא אינו יכל להמשיך בתפקידו.

ג. מגשר יעמיד את בעלי הדין על הצורך להתחשב בעניינו של קטין או פסול דין הקשור לסכסוך.

²⁷ Lange v. Marshall, 622 SW. 2d 237 (Mo. Ct. App. 1981)

²⁸ פישור הענק המתעורר, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 1998, 84

²⁹ הערת שוליים 18 לעיל.

³⁰ "בעלי הדין מסכימים כי העובדה שהם לא הגיעו להסדר פישור או שאינם שבעי רצון מההסדר שהגיעו אליו, לא תשמש עילת תביעה נגד המפשר, וכי בכפוף לסעיף 6 להסכם זה אין המפשר אחראי לתוצאת הפישור"

³¹ הערה 21 הנ"ל.

³² האם העדר ניסיון כלשהו בתחום הרלבנטי לגישור יהווה הפרת תום לב של המגשר? האם מגשר שלא דרש להיוועץ במומחים בתחום הרלבנטי לסכסוך נושא הגישור עומד בחובת תום הלב?

ד. מגשר לא ישתמש בכל מידע שנמסר לו במהלך הגישור שלא יכל היה לקבלו בדרך אחרת במאמץ סביר לכל מטרה זולת הגישור.

ה. מגשר לא יגלה כל מידע שנמסר לו במהלך הגישור שלא יכל היה לקבלו בדרך אחרת במאמץ סביר לכל מטרה זולת הגישור.

ו. מגשר ישמור בסודיות מידע שנמסר לו על ידי צד תוך דרישה לשומרו בסודיות³³, אלא אם ויתר המוסר על הסודיות³⁴.

ז. מגשר לא ייעץ לבעלי הדין בעניין מקצועי שאינו בתחום התמחותו ולא ייתן חוות דעת מקצועית על שאלה שבמומחיות שהתעוררה במהלך הגישור אף אם היא בתחום התמחותו (סעיף זה אינו ברור די הצורך שכן הוא מכיל לכאורה סתירה פנימית)³⁵.

ח. מגשר לא יהיה צד להסדר הגישור, לא יוטלו עליו בהסדר הגישור חובות ולא יוקנו לו זכויות בין במישרין ובין בעקיפין.

4.8 מבלי לגרוע מן האמור לעיל לגבי החשיפה המצומצמת לתביעות אישיות נגד מגשר הפועל בתום לב, בעילות שעניינן הצלחת או כשלון הגישור ו/או אי שביעות רצון מהסדר הגישור, תיתכן חשיפה מסוימת לתביעות בעילת רשלנות מקצועית, בקשר עם הפרת חובות המגשר בביצוע פעולות מסוימות המפורטות להלן ובתקנות הגישור :

4.8.1 תקנה 6 לתקנות הגישור קובעת :

בתחילת הגישור (בשיחת הפתיחה) -

המגשר יסביר לבעלי הדין, במידת הצורך (שיקול דעת של המגשר) :

א. את מהות הגישור, להבדיל מבוררות, מייעוץ או טיפול מקצועי³⁶.

ב. את פרטי ההסכם.

ג. את זכות בעלי הדין להיוועץ באופן עצמאי בכל שלב של הדיון עם כל מי שיחפצו ואת זכותם להפסיק את הגישור בכל עת לאחר מסירת הודעה בכתב לבעלי הדין ולמגשר.

ד. את זכות המגשר להיוועד עם בעלי הדין ביחד ולחוד ובהסכמתם גם ללא עורך דינם וכן עם כל מי שקשור לסכסוך, לרבות עם עו"ד של מי מהם, בנפרד.

מובן, כי במקום בו קיים שיקול דעת למגשר, ישנה חשיפה מוגברת לתביעה. במקרה זה עילת התביעה יכולה להסתמך לא רק על אי מילוי הוראה פוזיטיבית הקבועה בחוק ובתקנות אלא על המתחם הלא מוגדר של הפעלת/אי הפעלת שיקול הדעת של המגשר והמידתיות בהפעלתה.

³³ במדינת פנסילבניה, ארה"ב, נקבע בחוק כי הצהרות ומסמכים שנמסרו/הוצגו במהלך גישור, אינם ניתנים לגילוי בהליכים משפטיים אחרים וככאלה, לא יהיו קבילים בבית משפט במסגרת הליך אחר.

³⁴ עו"ד רוני סטי, מציין בספרו דרך גישור להסכם, הוצאת דרכים, 2001, 105, כי בחוק ליישוב סכסוכים של מדינת אוקלהומה, 1805-Okla.tit.12, Section 12, קיים חריג לחסינות המגשר, לפיו כאשר בעל דין מעוניין לתבוע מגשר בגין נזקים כתוצאה מהליך הגישור, המידע שנתקבל על ידי המגשר או על ידי עובד מטעם המגשר במסגרת הגישור (לרבות רישומים, דיווחים, ראיות, מזכרים, סיכומים), לא יישמר מאחורי מסך הסודיות וניתן להציגו בבית המשפט.

³⁵ מתן ייעוץ בתחום בו מתמחה המגשר (כגון מתן ייעוץ הנדסי על ידי מגשר שהוא מהנדס במקצועו), חושף את המגשר לתביעות רשלנות מקצועית בנוסף ומעבר לחשיפה הקיימת בגין הפרת חובותיו הקלאסיות כמגשר. החשיפה לתביעות במקרה זה עלולה להיות גדולה עשרות מונים מהחשיפה לתביעות מעצם היותו מגשר והינה, בין היתר, נגזרת של התחום בו ניתן הייעוץ, הכשרתו וניסיונו של המגשר בתחום המקצועי הספציפי.

³⁶ ובמיוחד את העובדה כי המגשר אינו מכריע בסכסוך.

4.8.2 תקנה 8 (ג) לתקנות הגישור מתייחסת להפסקת הגישור על ידי המגשר - מגשר שמחליט להפסיק את הגישור חייב:

להודיע על הפסקת הגישור לבית המשפט, ללא נימוקים וללא חוות דעת בכל עניין הנוגע לגישור (למעט לפי תקנה 5 (ח) המאפשרת למגשר לתת חוות דעת על הסכסוך על פי בקשת הצדדים).

4.8.3 תקנות 9 (א) ו-(ב) לתקנות הגישור, מתייחסות לפעולות אותן יש לנקוט כאשר בעלי הדין מגיעים להסכם במסגרת הליך הגישור - תקנה 9 (א) -

א. הגיעו בעלי הדין להסדר גישור, יערכו אותו בעלי הדין, או המגשר בכתב.

ב. יפרטו בו את כל התנאים לפיהם יושב הסכסוך.

ג. בעלי הדין יחתמו על הסדר הגישור (המגשר יחתים אותם).

ד. והמגשר יקיימו בחתימתו.

מקום בו המגשר מנסח או משתתף בניסוח הסכם הגישור האמור לכלול את כל התנאים לפיהם יושב הסכסוך, נוצרת חשיפה ישירה לתביעה כנגד המגשר. עילת התביעה במקרה זה יכולה להתבסס על ניסוח קלוקל, חסר, לא ברור וחד משמעי.

תקנה 9 (ב) -

לאחר חתימת הסכם הגישור:

1. יודיע על כך המגשר לבית המשפט בהקדם האפשרי.

2. ויצר, אם בעלי הדין ביקשו כי יינתן להסכם תוקף של פסק דין, עותק מן הבקשה.

גם במקרה זה קיימת חשיפה לתביעות כנגד המגשר, מקום בו חלף פרק זמן לא סביר מעת מועד חתימת הסכם הגישור ועד מסירת הודעה לבית המשפט.

4.9 המגשר חב חובת זהירות כלפי הצדדים לגישור אך הוא חב בחובת זהירות גם כלפי צדדים שלישיים (צדדים קרובים בד"כ, אשר ניתן לצפות כי הליך הגישור עשוי להשפיע עליהם) העלולים להיפגע ממעשיו או ממחדליו. (למשל אם ניתן לצפות שהילדים הקטינים ייפגעו כתוצאה ממעשה או מחדל בלתי נאותים של המגשר, מוטלת חובה על המגשר לנקוט אמצעי זהירות למניעת הפגיעה בהם)³⁷.

4.10 ההסכם הסטנדרטי שבתוספת לתקנות הגישור, הנערך בין המגשר ובין הצדדים בתחילת הליך הגישור³⁸, מטיל על המגשר חובות הנגזרות מן התקנות אשר נסקרו לעיל. הואיל והמגשר חותם על ההסכם הגישור הרי שאם ניתן יהיה להוכיח את הפרת החובות כאמור, ניתן יהיה לתבוע את המגשר בעילה חוזית מכוח חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 וזאת על אף שמדובר בחיובים מכוח החוק.

³⁷ כפי שקובעת תקנה 5 (ג) לתקנות בתי המשפט גישור.
³⁸ או הסכם חלופי כאמור בהערה מסי' 9 לעיל.

4.11 לעניין הפרת הוראות התקנות, באות בחשבון שתי עולות נזיקיות בהן ניתן לתבוע מגשר:

- עולת הרשלנות אשר נדונה לעיל ואשר לצורך קבלתה על ידי בית המשפט יהיה על התובע להוכיח כי המגשר פעל או ביצע מחדל בניגוד למה שמגשר סביר היה עושה (או לא עושה) באותן נסיבות.
- עולת הפרת חובה חקוקה הקבועה בפקודת הנזיקין.³⁹

סעיף 63 לפקודת הנזיקין שולל את העוולה של הפרת חובה חקוקה אם הדין שהטיל את החובה (במקרה שלנו תקנות הגישור) התכוון לשלול את העילה של הפרת חובה חקוקה, אולם במקרה של תקנות הגישור לא ברור האם תקנות הגישור התכוונו לשלול את העוולה.

4.12 כאמור, בתי המשפט מפנים תיקים לגישור למגשרים הנכללים ברשימת המגשרים, ו/או למגשרים המוכרים להם. בנוסף לכך מפנה בית המשפט תיקים למרכזי גישור אשר עוסקים בדרך כלל גם בהכשרת מגשרים. ככלל, התיקים המועברים למרכזי הגישור, מטופלים על ידי מגשרים הקשורים עם אותו מרכז גישור ואשר כל אחד מהם כפוף לתקנות.

4.13 חלק ניכר מן המגשרים במרכזי הגישור הקיימים הינם מגשרים המועסקים על בסיס עצמאי (פרי לאנס). מגשרים אלו הינם על פי רב מגשרים אשר השתתפו בגישורים קודמים כצופים ורכשו ניסיון מעשי בגישור במעין התמחות (סטאז') בת מספר גישורים ובליויי מגשר בעל וותק של טיפול במספר תיקי גישור. בשלב זה עדיין אין דרישה חוקית להתמחות אולם קרוב לוודאי כי בעתיד ההתמחות תהווה חלק מדרישת תקנות הגישור.⁴⁰ ברב הליכי הגישור המתנהלים מטעם מרכזי גישור, משתתפים שני מגשרים אף כי גם לכך לא קיימת חובה חוקית והדבר נעשה מתוך גישה מקצועית ו/או שיווקית.⁴¹

4.14 חשוב לאבחן תיקי גישור אשר הינם תולדה של הפניה מבית המשפט, לעומת סכסוכים המובאים למגשר ביוזמת צדדים, טרם הגשת תביעה לבית המשפט.

במקרה האחרון, אין תחולה לתקנות הגישור ולמעשה צדדים יכולים להביא את עניינם לכל מגשר שיבחרו. במקרה כזה המגשר אינו כפוף לתקנות הגישור ולתקנות מינוי מגשר ומכאן שיתכן שאין לו כל השכלה פורמאלית ו/או כישורים בנושא הגישור.⁴² הואיל ובמקרה זה המגשר לא כפוף לתקנות הגישור, הוא אף אינו נהנה מן הסייגים וההגנה הקיימים בתקנות הגישור.⁴³ (אף כי יתכן והמגשר כלל אותם בהסכם הגישור (אם וככל שנערך בין המגשר ובעלי הדין).

³⁹ סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. שלושת מרכיבי עולת הפרת חובה חקוקה הם קיומה של חובה, הפרתה ונזק כתוצאה מן הפרה.

⁴⁰ לפני כשלוש שנים, הסתיים, בחסות המרכז הארצי לגישור במשרד המשפטים וכב' השופטת עדנה בקנשטיין נשיאת בית משפט השלום בתל-אביב, פיילוט של התמחות בגישור (אשר הוגדר כהתנסות מודרכת) בבית המשפט לתביעות קטנות בתל אביב. ניתן להניח כי הפיילוט שנערך בבית המשפט לתביעות קטנות, יהווה בסיס להתמחות מסודרת שתידרש בעתיד מן המעוניינים להיכלל ברשימת המגשרים.

⁴¹ בחלק מן המקרים, מדובר למעשה בגישור הנערך על ידי מגשר אחד בהשתתפות מגשר הנמצא בהתמחות/התנסות מעשית. בעריכת ביטוח אחריות מקצועית מומלץ לשקול כיסוי גם למתמחים, כחלק מן הפוליסה, או כהרחבה לפוליסה, אם וכאשר תשווק.

⁴² עמדת משרד המשפטים הינה כי יש להחיל את תקנות הגישור על כל סוגי הגישור, היינו גם על גישורים בתיקים שלא הופנו מבתי המשפט. עמדה זו, המשקפת מצב משפטי רצוי, צופה פני עתיד ולא מן הנמנע כי בעתיד תתקנה התקנות ברוח זו. **בשלב זה אין עדיין כל הוראה המחייבת להחיל את תקנות הגישור על תיקי גישור שלא הופנו לגישור על ידי בית משפט**, וזאת בכפוף למנגנון "המשולב" הקבוע בסעיף 79 ג (ח) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

לאחרונה גובשו על ידי הנהלת בתי המשפט, המרכז הארצי לגישור ויישוב סכסוכים במשרד המשפטים ומנהלי מרכזי הגישור קריטריונים לפעולתם של מרכזי גישור בהיבטים ניהוליים והיבטים מקצועיים. במסגרת הפונקציות הניהוליות של מרכז גישור נקבע כי "מרכזי הגישור יבטח את מגשריו בביטוח רשלנות מקצועית" (משום מה חובת הביטוח לא חלה על המרכז עצמו).
⁴³ ראה סעיף 8 לעיל.

4.15 נקל להבין כי החשיפה לתביעות בעילת היפר חובה מקצועית של מגשר אשר לא הוכשר לתפקידו ואשר אינו כפוף לתקנות, גדולה מהחשיפה לתביעות של מגשר העומד בדרישות תקנות מינוי מגשר ופועל בהתאם לתקנות הגישור, וזאת אף במקרה בו תיק הגישור לא הופנה על ידי בית המשפט.

4.16 ככל הידוע, ישנם מגשרים מעטים בלבד אשר כל או עיקר פרנסתם מבוססת על גישור. מרבית המגשרים הינם בעלי רקע מקצועי בתחום כלשהו ממנו עיקר פרנסתם, בין כשכירים ובין כעצמאיים (ניתן להניח כי ישנו אחוז מסוים של פנסיונרים ושל עקרות בית אשר השתלמו בגישור ויתכן כי מקצתם השתלב בתחום. מכל מקום לא נמצאו נתונים וככל הידוע, עדיין אין מקור מוסמך לגבי פילוח המגשרים בישראל לפי השכלה גיל ומקצוע אך מבדיקה עם מרכז גישור ידוע, קרוב לוודאי ששיעורם העוסקים בגישור בלבד הינו זניח).

4.17 מגשרים יכולים להיות בעלי רקע אקדמי ומקצועי מגוון. יתכן מצב של כפל ביטוח במקרה של תביעה בעילת רשלנות מקצועית כנגד מגשר אשר במסגרת עיסוקו המקצועי הרגיל (אשר אינו גישור) מחזיק בבעלותו פוליסה לביטוח אחריות מקצועית. על הנתונים העובדתיים לעניין זה ניתן לעמוד במסגרת טופס הצעה ופרטים נוספים, לפי הצורך, כפי שימסרו על ידי מגשר אשר מציע לחברת ביטוח לערוך עבורו ביטוח אחריות מקצועית.

פוליסות לביטוח אחריות מקצועית אינן כוללות חריג לעיסוק בגישור (חריג אשר לנוכח ההתפתחויות האחרונות בחקיקה, יתכן ויישקל בעתיד על ידי חברות הביטוח) ולכן ניתן לטעון כי לכאורה פוליסת אחריות מקצועית רגילה של מבוטח במסגרת עיסוקו המקצועי הקבוע אמורה לכסות גם את פעילותו כמגשר. מנגד יטען המבטח כי גישור בתור שכזה אינו נמנה באופן אינטגרלי במסגרת מקצועו של המבטח (למעט אולי במקרה של עו"ד⁴⁴).

4.18 בפיזור הנזק והטלת האחריות על מזיקים, הפסיקה בתחום הרשלנות המקצועית, מביאה בחשבון גם שיקולים כגון:

- מידת הסיכון בפעילות.
- הקושי לנקוט אמצעי זהירות.
- הערנות לסיכון.
- חשיבותה החברתית של הפעילות.

השיקולים הנ"ל מחזקים את הגישה לפיה החשיפה של מגשר כדן לתביעות בעילת רשלנות מקצועית הינה נמוכה יחסית הן לאור הוולונטריות של הצדדים להליך, הן לאור ההגנות הניתנות למגשר על פי התקנות וכן בהתחשב באחד מן הרציונלים העיוניים הקיים בדיני הנזיקין, אשר לפיו ניתן לייחס ליחיד החברה ויתור על זכותם לדרוש פיצויים בגין פעילויות הנתפסות כרצויות מבחינה חברתית, בתנאי שהפעילות מתבצעת תוך שאיפה להקטין את הסיכונים הנגרמים לזולת. דברים אלה נכונים במידה רבה לעיסוק בגישור ולתועלות החברתיות המתלוות אליו.

5. על המגשר, המגשר עורך הדין ולשכת עורכי הדין

5.1 לשכת עורכי הדין טענה עד כה כי קיימת התנגשות בין העיסוק בגישור על ידי מי שאינם עורכי דין, אשר ככאלה, עלולים לעבור על האיסור הקיים בסעיף "ייחוד

⁴⁴ אף כי גם בנושא זה קיים ספק רב. חברת הביטוח המבטחת בביטוח אחריות מקצועית את מרבית חברי לשכת עורכי הדין בישראל, אינה כוללת את הגישור כחלק אינטגרלי מן הפוליסה וככל הידוע אף אינה מוכנה להוציא אישור כתוב על הכיסוי האמור למבוטחים ומציעים הפונים אליה. הטענה הנגדית לעיל, של חברת הביטוח, נראית על פניה כטענה טובה הואיל והעיסוק בגישור, כפי שהדבר מובע בגישת המחוקק, בגישת משרד המשפטים וגם בעבודה זו הופך ליותר ויותר מקצועי ומקבל מעמד של פרופסיה עצמאית.

המקצועי על פי חוק לשכת עורכי הדין⁴⁵ הקובע בין היתר את ייחוד העיסוק לעו"ד, בין היתר לגבי עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי עבור אדם אחר. לבעיה לכאורה הנ"ל, ישנם כמה פתרונות אפשריים:

- א. כאשר הצדדים עצמם עורכים בעצמם את ההסכם.
- ב. כאשר עורכי דינם של הצדדים לסכסוך, עורכים את ההסכם.
- ג. בגישור בשניים, כאשר אחד מן המגשרים הוא עו"ד במקצועו, יהיה זה עורך הדין שינסח את ההסכם בין ועבור הצדדים.
- ד. מגשר הממונה על ידי בית המשפט פועל מכוח חוק בתי המשפט והתקנות.

תקנה 9 (א) לתקנות הגישור קובע במפורש כי הצדדים או המגשר (אשר כאמור, בתקנות הגישור מינוי מגשר, אינו חייב להיות עורך דין) יערכו בכתב את הסדר הגישור. מדובר בתקנה ספציפית השואבת את כוחה מחוק בתי המשפט [נוסח משולב] וחוק בתי המשפט לענייני משפחה. כתקנה, כוחה הנורמטיבי של תקנה 9 (א), נמוך מזה של חוק (חוק לשכת עורכי הדין במקרה שלפנינו). מאידך דוגמא למצב דברים דומה המושרש בחיינו המשפטיים הינה בוררות בה הבורר, אשר במקרים רבים אינו עו"ד (כגון מהנדס בניין שמונה כבורר בסכסוך בענייני בניה, מכוח סעיף בוררות בהסכם או מינוי בית המשפט) מגיש לבית המשפט מסמך משפטי (פסק הבורר) אותו ערך לכאורה עבור צדדים שלישיים (הצדדים להליך הבוררות)⁴⁶.

5.2 בעיה נוספת העלולה להתעורר בקשר לחוק לשכת עורכי הדין הינה האיסור המוטל על עורך דין לעסוק במקצועו עם אדם שאינו עו"ד⁴⁷ או לשתף בהכנסותיו אדם שאינו עו"ד⁴⁸. גישור לכשעצמו אינו מהווה עיסוק בעריכת דין ואף אינו מוגדר ככזה בחוק כמו כן קשה לומר שמגשר מייצג את הצדדים או מי מהם (ההפך הוא הנכון, המגשר מחויב להיות נייטרלי לצדדים, לנהוג ללא משוא פנים ולא לנקוט בכל עמדה אישית לגבי דעתו בצדקתו של מי מהם). גם לעניין זה, טובה הדוגמא הנזכרת לעיל, לעיתים נערכות בורריות על ידי מספר בוררים, עו"ד ואנשי מקצוע מומחים. ככל הידוע, מעולם לא עלתה כנגד בורר שהוא עו"ד, הטענה כי הוא עוסק במקצועו עם אדם שאינו עו"ד או שהוא משתף בהכנסותיו עם מי שאינו עו"ד. לשכת עורכי הדין התנגדה עד כה⁴⁹, לכך שמגשרים אשר אינם עורכי דין מקבלים לטיפולם תיקי גישור, ברם בתי המשפט אינם שותפים לגישה זו ובפועל מועברים לגישור תיקים רבים למגשרים אשר אינם בעלי הכשרה משפטית⁵⁰.

5.3 המגשר אינו יועץ של הצדדים ואין זה מתפקידו לתת להם חוות דעת (למשל לגבי איכות ההסכם אליו הגיעו או יכולתם להשיג הסדר טוב יותר)⁵¹. ממילא, וכפי שהוסבר לעיל למגשר יש חסינות לגבי כל הקשור לתוצאות ההסדר אליו הגיעו בגישור, בהתאם לאמור בסעיף 5 להסכם המצוי⁵².

⁴⁵ חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

⁴⁶ מאידך ניתן לטעון שחוק הבוררות אינו עומד בסתירה לחוק לשכת עורכי הדין על ידי האבחנה בין פסק בורר להסכם גישור. בעלי הדין בבוררות אינם צדדים לעריכת פסק הבוררות הנערך בשליטתו המלאה של הבורר החתום עליו ומכאן שניתן לטעון כי המסמך אינו נערך עבורם ואילו הסכם הנערך בסיומו של גישור מוצלח והינו שיקוף של עמדת הצדדים נערך עבור הצדדים.

⁴⁷ שם בסעיף 58

⁴⁸ שם בסעיף 59 (ג)

⁴⁹ לאחרונה הופנה הנושא לדיון בוועדת ה"רויזיה אתיקה" של לשכת עורכי הדין, בעקבות פניה של ד"ר דוד סילורה, אשר אינו עורך דין, בעליה של חברה ליישוב סכסוכים המשמש בין היתר כנציג ציבור בבתי הדין לעבודה. לטענתו, התרחבות השימוש בהליכי גישור, מחייבת שינוי בתקנות לשכת עורכי הדין באופן שיתאם לרצונו של המחוקק אשר לא עשה בתקנות בתי המשפט גישור, אבחנה בין מגשר שהינו עורך דין לבין מי שאינו כזה.

⁵⁰ עמותת מגשרי ישראל (ע.ר.), שמה לה, בין היתר, למטרה לעצב את הגישור כמקצוע. העמותה מאגדת מגשרים מתחומי עיסוק מגוונים. בכנס ייסוד העמותה נישאו דברים בין היתר גם על ידי עו"ד ארנה לין, יו"ר מחוז המרכז של לשכת עורכי הדין ונשמעו בדבריה רמזים על שינויים בעמדת לשכת עורכי הדין בנושא זה.

⁵¹ סעיף 5 (ז) לתקנות הגישור.

⁵² אף כי חסינות זו מוגבלת מראש ואינה מוחלטת.

- 5.4 השאלה האם מצב דברים זה עשוי להיטיב עם בעלי דין "חזקים" או "אסרטיביים" הינה שאלה אתית ברמה של ההליך עצמו והיא עלולה להיות בעל קשר ישיר לאחריות המקצועית של המגשר מקום בו המגשר אינו מקפיד על ניהול הגישור⁵³ בהגינות ובתום לב, על קיומה של ניטרליות מצידו ועל העדר משוא פנים כלפי צד זה או אחר. סעיף 6 (1) בתקנות הגישור, קובע כי בעלי הדין רשאים להיוועץ בכל עת במהלך הגישור עם מי שיחפצו, עובדה המחזקת את הגישה הנ"ל לפיה חשיפת המגשר לתביעות בנושא זה הינה נמוכה ביותר.
- 5.5 כאשר מגשר יודע על אי חוקיות בהסכם בין צדדים בינם לבין עצמם, עליו לידעם על כך. מעבר לעניין האתי הכרוך בכך הרי שסעיף 5 (ג) לתקנות הגישור קובע כי יש להתחשב בעניינם של צדדים שלישיים שהינם קטין ופסול דין. נראה כי נכון להרחיב את היריעה לצדדים שלישיים בכלל, על מנת שהמגשר לא יקיים בחתימתו הסכם פסול בשל אי חוקיותו ולפיכך אל לו למגשר לשתף פעולה ביצירת הסדר בלתי חוקי. על המגשר חלה חובה לנהל את הגישור על בסיס נתונים אמיתיים, שלא יהיה בהם כדי להונות צדדים שלישיים.
- 5.4 חשוב לזכור כי החובות החלות על מגשר מכוח תקנות הגישור אינן מוחלטות כך למשל נראה כי החובה הכללית החלה על מגשר בקשר לחיסיון של הדברים הנאמרים בגישור, תיסוג מול חובת מניעת פשע⁵⁴.

⁵³ ראה סעיף 4.1 לעיל.

⁵⁴ סעיף 262 בחוק העונשין, התשל"ז-1977. חשוב לציין כי בכל מקרה, החסיון לדברים הנאמרים בגישור בתיקים המופנים לגישור על ידי בית המשפט מתייחס אך ורק להליכים אזרחיים, בהתאם לאמור בסעיף 79ג (ד) לחוק בתי המשפט.

6. סנקציות על מגשר

- 6.1 המגשר אינו ממלא תפקיד שיפוטי או מאין שיפוטי, הואיל ומגשר אינו פוסק או מכריע בסכסוך. לפיכך, מגשרים אינם נהנים מהגנת סעיף 8 לפקודת הנזיקין⁵⁵ הקובעת כי "אדם שהוא גופו בית-משפט או בית-דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות-שיפוט, לרבות בורר - לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי". לפיכך, מגשר המפר את אחת מחובותיו כלפי הצדדים להליך הגישור וגורם להם בכך לעוולה נזיקית, חשוף לתביעה נזיקית אזרחית.
- 6.2 הסנקציות בגין אי קיום תקנות בית משפט, פרט לאפשרות של הצדדים⁵⁶, לתבוע את המגשר בגין נזקים הנובעים מהפרת חובות המגשר כאמור לעיל, הן בד"כ דיוניות.
- 6.3 הסנקציה הדיונית העיקרית כנגד מגשר היא פיטורי המגשר אם הוא אינו מקיים את חובותיו. אלא שכל צד ממילא יכל להפסיק את הגישור בכל עת. הסנקציה במקרה יכולה להיות גם בקשה להחלפת המגשר, כאשר הצדדים מעוניינים להמשיך בהליך עצמו אך לא מעוניינים במגשר אשר הפר את חובותו.
- 6.4 סנקציה לא פורמלית כתוצאה מהני"ל, יכולה להיות אי מינוי המגשר לגישורים עתידיים על ידי בית המשפט והצדדים אך אין בכך לפתור את הבעיה שנוצרה לצד שנפגע מהפרת חובות המגשר.

⁵⁵ פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

⁵⁶ האפשרות להגשת תביעה נזיקית נגד מגשר קיימת אף כי היא עדיין לא יושמה בפועל בישראל וקיימים מקרים בודדים בארה"ב, בהם תביעה כאמור, הוגשה לבית המשפט.

- 8.1 מגשרים חשופים לתביעות בעילות של הפרת חובה מקצועית.
- 8.2 אף כי עד היום לא קיימת הצפה של תביעות ותלונות כנגד מגשרים, קיימת חשיפה לתביעות כנגד מגשרים, בעיקר במקרים, נקודות ובנושאים הבאים:
- א. ליקויים במילוי הוראות תקנות הגישור – כגון במקרה של אי קיום שיחת פתיחה ברורה.⁵⁷
- ב. ליקוי בתקשורת בין המגשר ומי מהצדדים.
- ג. כפיפותו של הגישור לתקנות הגישור⁵⁸ (למשל בתיקים אשר לא הופנו לגישור על ידי בית משפט וכאשר הגישור לא נוהל על פי תקנות הגישור⁵⁹).
- ד. כאשר התיק לא הופנה על ידי בית המשפט/בית הדין לעבודה והמגשר בהם אינו מגשר מוסמך בהתאם לתקנות מינוי מגשר (לעומת חשיפה מצומצמת יותר בתיקי גישור אשר לא הופנו על ידי בית המשפט/בית הדין אך המגשר הוא מגשר מוסמך בהתאם לתקנות מינוי מגשר ומנהל את הגישור בהתאם לתקנות הגישור).
- ה. אי קיום מלא, או חלקי, הוראות שונות הקבועות בתקנות הגישור כגון אי העמדת הצדדים על הצורך להתחשב בענייניו של קטין; הפרת חובת סודיות; אי מסירת מידע (או מסירת מידע חלקי) על ידי המגשר על הליך הגישור, זכויות בעלי הדין והחלופות לגישור; ייעוץ לצד/לצדדים בניגוד לתקנות הגישור.
- ו. נסיון מקצועי או העדרו, בתחום נושא הגישור.
- ז. משך הגישור.⁶⁰
- ח. פגיעה בפרטיות של צד עקב ובקשר לגישור, אי הבנת ההליך עד תומו, לרבות חובות וזכויות הצדדים והמגשר.
- ט. אי שביעות רצון מכך שהמגשר לא הצליח להביא להסכם בין בעלי הדין במסגרת הליך הגישור – ישנה הגנה בתקנות.
- י. במקרים בהם הצדדים או מי מהם אינם מיצגים, קיימת חשיפה מוגברת לתביעות.
- יא. אי שביעות רצון של בעלי דין מתוצאות ההסכם שהושג בגישור – ישנה הגנה בתקנות.
- יב. טענות של צדדים שלישיים הקשורים לסכסוך נשוא הגישור, וטענים לרשלנות המגשר אשר לא הביא את ענייניו של אותו צד שלישי בפני הצדדים.⁶¹
- 8.3 על חלק ניכר מהחשיפה לתביעות בעילת הפר חובה מקצועית של המגשר, ניתן להגן באמצעות עריכת ביטוח אחריות מקצועית הולם.⁶²

⁵⁷ על המגשר ליידע את הצדדים בדבר מהות הגישור, כי אינו מייצג איש מהם, על המגשר ליידע את הצדדים על זכותם לבחון מבחינה משפטית את משמעות הסכם הגישור, על זכותם לייצוג משפטי, על סודיות ההליך, כאשר המגשר הוא עו"ד - כך שחובת הסודיות בין עו"ד ללקוחו אינה חלה במקרה זה, כאשר המגשר הוא עו"ד - יימנע ממתן ייעוץ משפטי לצדדים וימנע מייעוץ משפטי על ידי מי ממשרדו.

⁵⁸ או לתקנות בית הדין לעבודה (פישור), התשנ"ג-1993

⁵⁹ ראה הערה מס' 24 לעיל.

⁶⁰ במקרה של התמשכות הליך הגישור ללא התקדמות במו"מ, מעבר למס' ישיבות ולפרק זמן לא סביר. התמשכות הגישור יתר על המידה, עלולה להגדיל את ההוצאות המשפטיות של הצדדים להליך ולהביא לאיבוד העיתוי המתאים לסיום הסכסוך (נקודת אל חזור).

⁶¹ תקנות הגישור מציינות קיומה של חובה מפורשת של העמדת הצדדים על זכויות צד שלישי רק לגבי צד שלישי שהוא קטין או פסול דין הקשור לסכסוך.

⁶² ביטוח אחריות מקצועית למגשרים מוצע בשוק הביטוח הישראלי מזה מספר שנים. ניתן להניח כי לאור הגידול במספר המגשרים ומרכזי הגישור כמו גם המספר ההולך וגדל של צרכני שירותי גישור, תהיינה יותר ויותר חברות

- 8.4 ניתן לעמוד על העניינים שיש להביא בחשבון לצורך הערכת הסיכון בביטוח אחריות מקצועית למגשרים, על פי התשובות לשאלות המופיעות בנוסח טופס ההצעה⁶³ מאת חברת הביטוח, במיוחד בסעיפים העוסקים במקצועו של המציע, ברקעו של המציע בגישור ובניסיון התביעות שלו.
- 8.5 בגישור בשניים הסיכון לתביעה בגין הפר חובה מקצועית יהיה נמוך יותר מאשר בגישור על ידי מגשר יחיד, דבר שיהיה נכון בכל אחד משלושת המצבים הנ"ל, אך במידה פוחתת ככל שנרד במדרג הנ"ל.
- 8.6 ניתן להניח כי החשיפה לתביעות רשלנות מקצועית של מגשרים המגשרים במסגרת מרכז גישור, תהיה יותר נמוכה מהחשיפה לתביעות כנגד מגשרים עצמאיים, בהנחה שהראשונים נתונים למעקב ופיקוח גם מצד מרכז הגישור, המעוניין לשמור על רמה נאותה של מגשרים על שמירה על שמו הטוב של מרכז הגישור דבר שיש בו לסייע להפניית יותר תיקי גישור מבתי המשפט.
- 8.7 הואיל ולא קיימת בישראל כל פסיקה בסוגיית האחריות המקצועית של מגשרים (כאלה שהוכשרו לתפקיד וכאלה שלא), קשה להצביע על מגמה של בתי המשפט בעניין זה. לאור כללי הפרוצדורה המצומצמים החלים על מגשרים, החובות היסודיות וההגנות הנתונות למגשרים בחקיקה ובהנחה שמגמת בתי המשפט בישראל בכל הקשור בתביעות בעילת רשלנות מקצועית של מגשרים, תהיה דומה לזו שבארה"ב, הרי שלא צפויות תביעות רבות בתחום, בפרט כנגד מגשרים הממונים ומטפלים בתיקים המופנים אליהם על ידי בתי המשפט וזאת בהסתמך על מיעוט התביעות שהוגשו בעילת רשלנות מקצועית כנגד מגשרים בארצות הברית (ללא קשר להכשרת המגשר, למקור ולדרך הפניית התיק לגישור) בה המודעות "הצרכנית" לתביעות גדולה בהרבה מזו הקיימת בישראל⁶⁴.

ביטוח אשר תצעה ביטוח אחריות מקצועית למגשרים. עובר לרכישת הביטוח, מומלץ לבחון היטב את נוסח התמליל המוצע (זיקט הפוליסה) על ידי חברת הביטוח ולוודא כי מדובר בתמליל ביטוח אחריות מקצועית שהותאם לתחום העיסוק בגישור (להבדיל מתמליל ביטוח אחריות מקצועית סטנדרטי) וכי החריגים הכלולים בתמליל אינם מאיינים את הכיסוי המבוקש.

⁶³ שאלון המיועד למועמד לביטוח ובאמצעותו, בין היתר, נערך החיתום (הערכת הסיכון לצורך קביעת הפרמיה) על ידי חתמי חברת הביטוח.

⁶⁴ מגמה זו עלולה/עשויה להשתנות, עם כניסתה לתוקף של טיוטא זמנית של חוק בין מדינת בארה"ב, בנושא גישור, אשר פורסמה בחודש דצמבר 2000: Interim Draft of the Uniform Mediation Act (להלן: "טיטוט חוק הגישור").

את טיוטת חוק הגישור ניתן לראות ב-URL: <http://pon.harvard.edu/guests/uma/umadec2k.htm>.
על פי טיוטת החוק תוטל על מגשר חובה להפעלת שיקול דעת במסגרת חובות אשר אינן קבועות כיום בחוק. לו זו אף זו, על פי סעיפים 7-8 להצעת החוק, ישנם חריגים רבים לכלל הבסיסי של חסינות ההליכים בגישור (המופיע בסעיף 5 לטיטוט חוק הגישור). כך למשל קובע סעיף 8 לטיטוט חוק הגישור כי:

SECTION 8. EXCEPTIONS TO PRIVILEGE.

(a) There is no privilege against disclosure under Section 5 for:

- (1) an agreement evidenced by a record signed by two or more parties;
- (2) a mediation communication that is available to the public under an open records law or that is made during a session of a mediation that is open to the public or is required by law to be open to the public;
- (3) a mediation communication that constitutes a threat made by a mediation participant to inflict bodily harm or unlawful property damage;
- (4) a mediation communication that is used to plan, attempt to commit, or commit a crime;
- (5) a mediation communication offered to prove or disprove abuse, neglect, abandonment, or exploitation in a judicial, administrative, or arbitration proceeding in which a public agency is protecting the interests of an individual protected by law;
- (6) a mediation communication offered to establish or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediator; or
- (7) a mediation communication offered to establish or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a party or representative of a party based on conduct occurring during a mediation, if offered through evidence provided by an individual other than a mediator.

-
- (b) There is no privilege under Section 5 if a court, administrative agency, or arbitration panel 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 importance of the policy favoring the protection of confidentiality under this [Act] and:**
- (1) the mediation communication is offered to establish or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a party or a representative of a party based on conduct occurring during a mediation, if offered through evidence provided by a mediator;**
 - (2) the mediation communication is offered in a judicial, administrative, or arbitration proceeding to prove a claim or defense recognized by law as sufficient to set aside, rescind, or reform a contract; or**
 - (3) the mediation communication evidences a significant threat to public health or safety.**
- (c) If a mediation communication is not privileged under an exception in subsection (a) or (b), only the portion of the communication necessary for the application of the exception for nondisclosure may be admitted. The admission of particular evidence for the limited purpose of an exception does not render that evidence, or any other mediation communication, admissible for any other purpose.**