

גישבור מהו

מאת עו"ד, ד"ר ישראל שמעוני

הגישבור - גישור ובוררות יחדיו (או בלע"ז: - (med-arb) הוא אחד ההליכים האלטרנטיביים ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט (ADR - Alternative Dispute Resolution). הוא נודע כהליך משפטי-שיתופי ליישוב סכסוכים, המחבר את יתרונותיו של הליך הגישור עם יתרונותיו של הליך הבוררות, בכפיפה אחת. הליך הגישבור הוא הליך דו-שלבי, קצר ותחום בזמן, המתחיל כהליך גישור והלכתו.

בנושאים שבהם הצדדים אינם מצליחים לגבש הבנות ולהגיע להסכמות תינתן הכרעה על דרך הבוררות. הצדדים בהליך מסמיכים מראש את המגשר להפוך לבורר במקרה הצורך. ניהול הסכסוך מבוצע בסיועם של עורכי דין מקצועיים בעלי ניסיון מעשי מוכח אשר עברו הכשרה מתאימה בתחום פתרון הסכסוכים.

אין מדובר בהליך חדש "יש מאין". הליך הגישבור נשען על שני מנגנונים קיימים לפתרון סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט. הגישבור משלב יתרונות של סודיות, נייטרליות ואכיפה ולמעשה, הוא מרכז את כל יתרונותיהם של הליכי הגישור ושל הבוררות בחבילה אחת ומכאן תועלתו הגבוהה בפתרון סכסוכים: מצד אחד, זהו הליך מרוכז וגמיש יותר ממנגנון הבוררות הקלאסי; מצד שני, הוא מחייב יותר מהליך הגישור (התלוי כולו בוולונטריות של הצדדים).

בעוד שהגישור הוא תהליך שבו מתווך נייטרלי נפגש עם הצדדים בניסיון להגיע לפתרון מוסכם של המחלוקת ביניהם – אך תוצאותיו אינן מחייבות את הצדדים – הרי שבוררות היא תהליך שבו הצדדים מסמיכים בורר נייטרלי להכריע במחלוקת – לאחר קבלת הראיות ובחינתן – באופן שיחייב אותם. פסק בוררות הוא זהה לפסק דין שנתן בית משפט מוסמך, ועל כן הוא בר אכיפה.

יתרונות הליך הגישבור בצד חסרונותיו

שיח המלומדים בעולם בעניינו של הגישבור מצביע על יתרונות אינהרנטיים של הליך בצד חסרונות טבעיים. על המחוקק הישראלי להביא זאת בחשבון אם יבחר לאמצו עלי חוק.

המעניין הוא כי אותו מאפיין של ההליך – אופיו היברידי המכיל גישור ובוררות גם יחד – משמש הן את התומכים בהליך והן את המתנגדים לו. בעוד היברידיות זו מוצגת בידי התומכים כיתרון המרכזי של ההליך. טוענת הביקורת לכשל מהותי בעצם שילובם של גישור ובוררות לכדי הליך אחד ובאיבוד היתרונות היחסיים של כל אחד מהליכים אלו כשלעצמו בעת ביצוע האינטגרציה ביניהם. הביקורת טוענת כי שילוב זה יוצר בעיות מעשיות ואתיות כאחד.

יעילות הדיון וסופיותו לעומת פגיעה בניטרליות

היעילות נתפסת כאחד מיתרונות הגישבור הבולטים. היות המגשר בעל תפקיד כפול – מגשר ובורר – הופך את ההליך ליעיל מהליך גישור ובוררות נפרדים, שכן כאשר תם הליך הגישור ומתבצע המעבר לבוררות, המגשר אינו נדרש להתחיל מן התחלה (קרי מנקודת האפס). וכמו כן סוגיות שנפתרו כגישור אינן עולות עוד על שולחן הדיונים, לעומת הגישור לבדו. יעילותו של הליך הגישור נובעת אף מתוך התובנה כי לעתים (ועל אף קיומן של כוונות טובות) עלול הליך הגישור להיכשל, וכישלונו עלול לעכב השגת הסדר מועיל בסכסוך מסחרי ולייקר את עלותו. ואמנם בהקשר זה יתרונו הגדול של הגישור בולט כשמדובר בבוררות המתמקדת ביחסי המסחר העתידיים של הצדדים, שכן אז, כדי למצוא פתרון הולם לצדדים, עשוי המגשר להשתמש בשלב הבוררות של ההליך בהבנתו את מערך היחסים והאינטרסים של הצדדים, אשר הושגה בהליך הגישור. הבנה זו תשמש אותו במתן פסק בוררות הולם וראוי עבורם.

זאת ועוד, ייתכן כי אפשר להצביע אף על סופיות הדיון כעל היתרון המרכזי של הליך הגישור. בניגוד לגישור ה"טהור", הליך הגישור, בדומה לבוררות, מבטיח החלטה סופית. גם ההסכם שאליו מגיעים

הצדדים בסופו של שלב הגישור בהליך מחייב, ניתנת לאכיפה. עצם הידיעה כי הסכסוך יסתיים תוך ניהול ההליך, רוחנית לאין ערוך מבחינת הצדדים ומבחינת ההליך.

עם זאת, כשם שהיא תורמת ליעילות כאמור, מייצרת כפילות תפקידו של המגשר (הן כמגשר והן כבורר) ביקורת הטוענת לפגיעה פוטנציאלית בניטרליות של המגשר, בגישור ה"טהור" (להבדיל מגישבור) החיסיון הוא מאושיותו הבסיסיות של ההליך. קיימים חיקוקים המסדירים את התנהגות המגשרים ואף מטילים מגבלות חמורות במידע שהתגלה במהלך ההליך ושימוש בו מחוצה לו. מנגד, על הבורר לבסס את פסק הבוררות אך ורק על עובדות אשר באופן כללי נתפסות כרלוונטיות לפסיקתו. לעומת זאת בגישבור נחשף המגשר למידע מגוון בשלב הגישור. הכוונה בין השאר למידע חסוי לא רק על התיק אלא גם בדבר האינטרסים של הצדדים, אשר אינם נחשפים כהליך בוררות רגיל, וכדוגמת מידע אינטימי, רגשי, אישי או כזה, אשר "אינו רלוונטי מהבחינה המשפטית", כמו גם מידע חסוי שנמסר למגשר בשלב הגישור בפגישות הפרטיות שלא בנוכחות הצד השני. הגם שאין בעיה בכך מבחינת המגשר בגישור ה"טהור" (אשר אינו מסתיים בפסק). הרי שבגישבור ההיחשפות לחלק זה של אינפורמציה עלולה להטות את המגשר כלפי צד אחד ולהשפיע לרעה על תוצאות ההליך מאחר שאין לצפות כי המגשר יוכל "לחסום" (ביודעין או בתת-ההכרה) כל מידע קריטי שנמסר בשלב הגישור. החשש הוא אפוא כי המגשר לא יוכל להישאר ניטרלי בשלב קבלת ההחלטות והכרעת פסקו בשלב הבוררות לאחר שיש בידו מידע מן השלב המקדמי – שלב הגישור – אשר לעולם לא היה נחשף בבוררות "טהורה".

תשובת תומכי הגישבור היא כי אינפורמציה "מחלישה" עלולה להשפיע רק על מגשר "חלש" ממילא, דהיינו שאינו מיומן, מקצועי או מנוסה דיו. מידע חסוי שנחשף בהליך הגישור אינו מסוכן בבוררות יותר מאשר בסיטואציה שבה שופט או בורר (בבוררות שאינה חלק מגישבור) צריכים להתעלם מראיה ששמעו אך קבעו לאחר מכן כי היא איננה קבילה.

בנוסף, אפשר להשאיר את חופש הבחירה לעניין זהות המגשר בידי הצדדים ועורכי דינם. אלו יבחרו במגשר אמין בעיניהם. מקצועי ובעל כישורים וניסיון בהפעלת כוחו כהלכה (ולא לרעה). יש לזכור כי הצדדים רשאים לעצב את ההליך לפי ראות עיניהם, ובידם להפעיל אמצעי הגנה או מודלים שונים של גישבור כדי לטפל בסוגיית החסיון. בין השאר רשאים הצדדים לבחור במודל של גישבור המפריד בין המגשר לבורר (כשבכל תפקיד משמש אדם אחר).

תומכי הגישבור טוענים כי המודל של (same-neutral med-arb של המגשר אחד) אינו מחויב המציאות. אין הכרח שהמגשר יהיה גם הבורר בתיק. הצדדים עשויים להחליט על מודל גישבור שונה, כדוגמת ה- (opt-out med-arb של המגשר מתחלף), שלפיו בסיום שלב הגישור ולפני שלב הבוררות רשאי כל צד לבקש שאדם שונה יתמנה לבורר. גם בכך עשויים להיות מאוינים רבים מן החששות והדילמות האתיות הנוגעים לסוגית הניטרליות של המגשר.

גמישות ההליך לעומת פגיעה בהגנותו

יתרון הגמישות הוא אחד מיתרונותיו הבולטים של ההליך, ויש המאמינים כי הגישבור הוא ההליך הגמיש ביותר מכל הליכי ה-ADR הקיימים כיום, הליך הגישבור נחשב לגמיש מאחר שהוא מאפשר מעבר מגישור לבוררות, חזרה לגישור וחזר חלילה. אפילו בשלב הבוררות רשאי הבורר לחזור לתפקידו בתור מגשר לשם טיפול בנושאים ספציפיים. והכול לפי מודל הגישבור שבו בוחרים הצדדים מראש במשותף. השילוב של בורר וגישור מאפשר לצדדים לעצב תהליך ייחודי לנסיבות הסכסוך ולבחור מגשר ניטרלי ראוי לפי רצונם. בנוסף באה גמישות של ההליך לידי ביטוי גם בקשת הפתרונות הרחבה שהוא עשוי להעניק לצדדים, בהיותו מורכב בראשיתו מגישור. קשת זו רחבה מזו שעשויה להיות מנת חלקם בהליך הבוררות לבדו.

תמריץ להסדר לעומת כפייה

יתרון נוסף שמייחסת ספרות המלומדים להליך הגישבור הוא היותו תמריץ לצדדים לגיבוש הסדר. יש תומכים המאמינים כי סמכותו של המגשבר מקטינה למעשה את הסיכון להישארותם של נושאים "פתוחים" אחרי שלב הגישור שבהליך שבהם הוא יצטרך לפסוק בכובעו כבורר. במלים אחרות: נוכחותו של המגשבר והאיום של פסק בוררות יוצרים תמריץ עצום לצדדים ליישב בהצלחה את בעיותיהם בגישור. השפעה חיובית נוספת נודעת לגישבור גם על התנהלותם של הצדדים במהלך שלב הגישור. מלבד התמריץ להשגת הסכם, יוצר הגישבור גם תמריץ לצדדים לנהוג בכנות ובהגינות בשלב הגישור, בידיעה שאם ייכשלו בהשגת הסדר בסופו הם יאבדו את השליטה בתוצאה.

טענה נוספת הנוגעת לכוחו של המגשבר הינה, כי נתינת הסמכות למתן פסק כפוי בידי אותו אדם המנסה גם לגשר בין הצדדים, כמו גם היכולת לאיים בהפסקת הליך הגישור בכל עת (לדוגמה אם הצדדים אינם מתקדמים בו ולצורך מעבר לשלב הבוררות), מעניקה לו כוח רב. המבקרים טוענים כי שילוב זה עלול להוביל לכפיית דעתו של המגשבר על הצדדים, וכי תוצאתו הסופית של שלב הגישור עלולה להיות מאולצת ולפגוע בוולונטריות (שלהם ושל הליך) כמו גם בשביעות רצונם האמתית. הטענה היא למעשה כי רכיב הכפייה שבהליך הגישבור הוא פגם אימננטי בהליך, וכי ההסכמות שאליהן מגיעים הצדדים בשלב הגישור הן תוצר של לחץ מצד המגשבר ולפיכך אינן יכולות מעצם הגדרתן, להיות וולנטריות.

מאידך, יטענו המצדדים בהליך, כי הכוח המוקנה למגשבר עשוי לעודד גישור יעיל ופורה יותר דווקא משום שהצדדים מודעים לכוח זה ולאפשרות שהמגשבר ישתמש בו אם לא יגיעו הם עצמם לפתרון הסכסוך. כלומר, מנוף לקידום ההליך וגיוס הצדדים לפתרון יעיל, מוסכם וצודק ללא סחבת מיותרת.

כאמור לעיל, על פי הסיפא של תקנה 5(ח) לתקנות בית המשפט (גישור), קיימת אפשרות להותיר את יישוב הסכסוך גם לאחר שתם שלב הגישור אך טרם נפתרה המחלוקת בשלמותה, מחוץ לכותלי בית המשפט:

"[...] לאחר הפסקת הגישור רשאים בעלי הדין להסכים שהמגשר יתן חוות דעת על הסכסוך או יתמנה לבורר בסכסוך".

מכאן שיש בתניית גישבור כדי למנוע מחלוקות בנוגע ליישוב הסכסוכים שבין הצדדים והיא מובילה את הצדדים לחוף מבטחים באופן המהיר, היעיל והמותאם ביותר לצורכיהם. לכן, ניסוח הצרכים, זהותו של המגשר (או זהותם של המגשר ושל הבורר שימונה תחתיו בתום שלב הגישור) וכן קביעתו של מסלול ערעורי על הליך הבוררות, מן הראוי שייקבעו מראש בין הצדדים עוד לפני שהתגלעה ביניהם מחלוקת כלשהי.