

מקרה מס' 1/2021

פורום האתיקה מורכב ממגשרים חברי מרכז הגישור בקהילה קריית אונו ופועל בריכוזה של כרמלה זילברשטיין ובהנחיית ד"ר עומר שפירא מהפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו משנת 2012. בין מטרות הפורום: להוות כתובת להפניית שאלות אתיות המעסיקות מגשרים ומרכזי גישור; מתן מענה לשאלות אלו; פיתוח כלים להתמודדות עם שאלות אתיות בגישור; איסוף, שימור והפצת ידע בקרב מגשרים. הפורום אינו גוף משמעותי. מטרתו להפיק לקחים לעתיד, לשפר ולתרום להתמקצעות המגשרים.

הבסיס הנורמטיבי המנחה את הפורום בדיוניו

פורום האתיקה דן בהיבטים אתיים של התנהלות מגשרים, ומתייחס להיבטים המשפטיים של התנהלות זו רק וככל כשהדבר רלוונטי לבחינת הסוגייה האתית שעל הפרק. הפורום מבסס את חוות הדעת שלו על הקוד האתי למגשרים במרכזי הגישור והדיאלוג בקהילה (2018) שאומץ בשיתוף פעולה של מרכזי הגישור והדיאלוג בקהילה, יחד עם 'התאחדות מרכזי הגישור והדיאלוג בקהילה בישראל', 'תכנית גישורים', ו'פורום האתיקה' הפועל לצד המרכז לגישור בקהילה קריית אונו והקריה האקדמית אונו (להלן - הקוד האתי למגשרים בקהילה (2018)), ועל הקוד האתי למגשרים (2018), שהותאם לצרכי מגשרים שאינם פועלים במסגרת מרכז גישור בקהילה. שני הקודים מבוססים על הקוד האתי למגשרים (2014) של המרכז לגישור בקהילה קריית אונו, שפותח על ידי חברי פורום האתיקה בהנחיית ד"ר עומר שפירא מהפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. הם מוסיפים על תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993 (להלן - תקנות הגישור) ומשקפים את עמדת הפורום לגבי הנורמות האתיות החלות על מגשרים בקהילה, מגשרים פרטיים, ומגשרים בתיקי בית משפט בשינויים המתחייבים.

עובדות המקרה

במסגרת גישור בקהילה שארך מספר מפגשים, אחד הצדדים נקט לשון מאיימת כלפי הצד האחר בנוכחות המגשרים. האיומים, בחלקם בוטים ומפורשים, נאמרו הן בפגישות נפרדות והן בפגישות משותפות בנוכחות הצד האחר. האיומים כללו התייחסות לפגיעה גופנית קשה בצד האחר. המגשרים התייחסו לאיומים והתריעו בפני הצד המאיים כי אין להם מקום בתהליך גישור. הצד המאיים המעיט בחשיבותם ובמידת הרצינות שיש לייחס להם, אך חזר עליהם ומהם שוב בפגישות נוספות. בפגישת הגישור המשותפת האחרונה, כשהתברר שהגישור אינו עומד להגיע לפתרון מוסכם, חזר הצד המאיים פעם נוספת על האיום לפגוע בצד האחר פגיעה פיזית קשה. המגשרים התרשמו שהאיום רציני והגישור הופסק. המגשרים התלבטו לגבי חובתם לדווח לרשויות על האיומים. הם פנו למנהלת מרכז הגישור בקהילה והתלבטו עמה, ובטרם נפלה החלטה הודיע להם הצד המאיים שפנה למשטרה והגיש תלונה בשל האיום. הוא ציין שמסר את פרטי המגשרים למשטרה כעדים לאיומים נגדו. המגשרים בקשו את התייחסות הפורום באשר לחובותיהם האתיות במידה וייקראו למסור עדות במשטרה לגבי האיומים.

דיון

בפתח הדיון נשוב ונדגיש שפורום האתיקה אינו מספק חוות דעת משפטיות ואינו מחליף ייעוץ משפטי ככל שזה נדרש. מטרתו לספק קווים מנחים להתנהגות אתית ראויה של מגשרים, כשהתנהגות זו מושפעת גם מהמצב המשפטי הקיים. הסוגייה שעולה במקרה זה כרוכה בהיקף הסודיות והחיסיון החלים על דברים שנאמרו במהלך תהליך גישור, בשאלה האם הגנת הסודיות והחיסיון חלה על איומים באלימות קשה, ובשאלה כיצד על המגשר לנהוג במצבים אלו. בניתוח מקרה זה נתמקד בהזמנת המגשרים להעיד במשטרה.

א. חובת הסודיות והחיסיון חלה גם במקרה של עדות במשטרה ובהליכים פליליים

1. תקנה 5(ה) לתקנות הגישור קובעת כי "המגשר לא יגלה כל מידע שנמסר לו במהלך הגישור למי שאינו צד לגישור". תקנה זו יוצרת **חובת סודיות של המגשר** כלפי כל העולם לרבות בית המשפט ומכאן שגם כלפי המשטרה.¹
2. בהסכמי הכניסה הסטנדרטיים לגישור בהם נעשה שימוש במרכזי הגישור בקהילה מסכימים הצדדים והמגשרים להחיל על תהליך הגישור את הוראות תקנות הגישור.
3. במספר פסקי דין – ראו במיוחד ענין עיני וענין לוי - הכיר בית המשפט העליון **בחיסיון לתהליך הגישור**.² מטרת החיסיון ליצור חיץ בין הגישור לבין הליכים המתנהלים בבית המשפט על מנת לאפשר לתהליך הגישור למלא את ייעודו: יישוב סכסוכים בהסכמה מחוץ לכותלי בית המשפט. לצורך כך, יש חשיבות לשמור על מעמדו הניטרלי של המגשר ועל האפשרות לקיים שיח גלוי ופתוח בין המגשר לבין הצדדים שתוכנו יישמר בין כותלי חדר הגישור ולא יזלוג מחוצה לו. עם זאת, כפי שהובהר בפסיקה לעיל, החיסיון הוא יחסי וניתן לוותר על ידי הצדדים או להסרה **על ידי בית המשפט** במקרים מתאימים.
4. חיסיון הגישור הוחל **גם בהליכים פליליים** ולא רק בהליכים אזרחיים. במספר מקרים שהגיעו בפניו בתי משפט השלום – ראו ענין פלוני וענין שיפוני - נקבע שחיסיון הגישור חל גם על הליכים פליליים,³ אם כי, כאמור, ייתכן שבית המשפט יחליט בנסיבות מתאימות להסיר את החיסיון.
5. כמגשרים במרכז גישור בקהילה חלים על המגשרים הוראות הקוד האתי למגשרים במרכזי הגישור והדיאלוג בקהילה (2018).⁴ הקוד האתי מוסיף על תקנות הגישור ומשקף את הנורמות האתיות החלות על מגשרים בקהילה. סעיף 5 לקוד מחיל גם הוא על המגשרים חובת סודיות באשר למידע שהגיע לידיעתם במהלך מילוי תפקידו. הקוד אינו מצמצם את תחולת חובת הסודיות האתית להליכים אזרחיים בלבד.

ב. עדות מגשרים במשטרה מצריכה ויתור של הצדדים לגישור על החיסיון; השוני לעומת חובת דיווח

1. על פי פסיקת בית המשפט העליון, החיסיון ניתן לוותר בהסכמת כל הצדדים לגישור. עיקרון זה הוחל על עדות המגשר על ידי בתי משפט השלום בשני התיקים הפליליים שהוזכרו לעיל:

¹ ראו עומר שפירא "בעקבות רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי: על ניהול עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד ועל עדות מגשר בבית משפט", משפט ועסקים כא 167, 133 (2018).

² ראו רע"א 4781/12 פלוני נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק-על 2013(1), 9128 (6.3.2013); רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי, תק-על 2015(2), 8037 (21.05.2015).

³ ראו ת"פ (שלום י-ם) 26273-04-15 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.1.2016); ת"פ (ת"א) 22684-09-16 מדינת ישראל נ' עידו שיפוני (פורסם בנבו, 13.09.2018).

⁴ ראו עומר שפירא וכרמלה זילברשטיין (עורכים) אתיקה של גישור: קודים אתיים והתמודדות עם דילמות 62-47 (הוצאת מאגנס, 2018); הקוד זמין גם באתר פורום האתיקה למגשרים בכתובת: <https://mediatorethics.com/community-mediators-ethics/>; code-2018.

א. בעניין פלוני קבע בית המשפט באשר לדיווח של מגשרת למשטרה על אמירות מאיימות שנאמרו במהלך גישור גירושין על ידי בעל כנגד אשתו כי "במקרה דן, הנאשם ואשתו לא ויתרו על החיסיון, כך שהמגשרת הייתה מנועה מלדווח למשטרה את הנאמר בפגישת הגישור בכובעה כמגשרת." (ס' 16 לפסק הדין).

ב. בעניין שיפוני בית משפט השלום הרשיע את הנאשם, עו"ד שהיה צד לגישור, בעבירות תקיפה ואיומים, לאחר שאיים על הצד השני במהלך ישיבת מהו"ת/גישור ואז תקף אותו בכך שהטיח בפניו קנקן מים וגרם לו לחבלה באפו. **המשטרה קיבלה את טענת החיסיון של המגשר ולא גבתה ממנו עדות** (ס' 13 לפסק הדין).

במהלך המשפט הפלילי זומן המגשר להעיד בפני בית המשפט והתנגד למסירת העדות בשל החיסיון. לאחר ששקל את הדברים הורה תחילה בית המשפט למגשר להעיד לאור טענת הנאשם שעדות המגשר עשויה להביא לזיכויו ולאור הסכמת שני הצדדים לגישור לוותר על החיסיון, אבל **משחרר בו אחד הצדדים (הנאשם) מהסכמתו לוותר על החיסיון פטר בית המשפט את המגשר ממסירת העדות.**

2. יצוין כי במקרים מסוימים, משנתגלה למגשר במהלך הגישור מידע המצביע על התעללות בקטין או בחסר ישע או כוונה לבצע פשע, עשויה לחול על המגשר **חובת דיווח** מכוח חוק, שתגבר על חובות הסודיות והחיסיון המוטלות עליו.⁵

3. במקרה שבפנינו נראה לכאורה שהאיומים בפגיעה גופנית קשה שהעלה הצד לגישור כנגד הצד האחר היו עשויים להצדיק פגיעה בסודיות. אבל מכיוון שהאיומים, שהמגשרים התרשמו מרצינותו ומהסכנה שבו, נאמר בנוכחות הצד האחר, ומשהצד המאיים בחר בעצמו לגשת למשטרה ולהתלונן על האיום, הצורך בפעולת דיווח מיידית על ידי המגשרים פג.

4. לאור האמור אנו סבורים שבנסיבות שנוצרו על המגשרים להבהיר למשטרה כי הם מנועים מלמסור מידע בעדות במשטרה על האירוע ללא ויתור הצדדים לגישור על החיסיון.

ג. עדות מגשרים במשטרה מצריכה ויתור של המגשרים על החיסיון

1. למרות שבית המשפט העליון בעניין עיני ובעניין לוי התבטא באופן שניתן להבין ממנו כי החיסיון בגישור שייך לצדדים, פסיקות של בית המשפט המחוזי ובית המשפט לענייני משפחה פירשו את חיסיון הגישור כמעניק **זכות עצמאית למגשר** להתנגד להסרת החיסיון ככל שהדבר נוגע לעדותו.⁶ גם עמדת המלומדים האקדמיים תומכת במתן זכות חיסיון עצמאית למגשר.⁷

2. מסירת מידע על ידי מגשר בנסיבות העשויות לסייע לצד אחד לגישור בסכסוך עלולה לפגוע במעמד הניטרלי של מגשרים ובאמון הציבור בתהליך הגישור. במקרה שבפנינו תיארו המגשרים סכסוך ארוך ימים ומורכב ותביעות הדדיות בין הצדדים. יש חשש שגירת המגשרים למסור מידע שישמש לטובת אחד הצדדים יהפוך אותם לכלי ניגוח של צד אחד בצד האחר. בנסיבות אלו, ככל שניתן להימנע מעירוב המגשרים בסכסוך בין הצדדים יש להעדיף מצב זה.

⁵ ראו סעיפים 368 ד-ו-262 לחוק העונשין תשל"ז – 1977.

⁶ ראו ה"פ 15-05-17350-05 **פלונית ואח' נ' פלוני ואח'** (11.6.2018; תה"ס (פ"ת) 40184-02-17 **נ' ב ואח'** (ניתן ביום 18.10.2020).
⁷ ראו לימור זר-גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" שערי משפט ג, 165, 186, 189 (2002); רונית זמיר "החיסיון בין מגשר לבין צדדים לגישור" ספר אורי קיטאי 63-68 (בועז סג"ר עורך, 2007); עומר שפירא "בעקבות רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי: על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד ועל עדות מגשר בבית משפט", משפט ועסקים כא 133, 165-178 (2018).

3. לאור זאת אנו סבורים שעל המגשרים להציג למשטרה (עדיף באמצעות הודעה בכתב) את חוסר הבהירות באשר לבעלות על החיסיון ואת עמדתם, הנתמכת על ידי פסיקות שופטים ומלומדים, כי למגשרים זכות עצמאית לחיסיון, שאינה ניתנת לוותר על ידי הצדדים ומחייבת הכרעה שיפוטית. על המגשרים להבהיר למשטרה כי כל עוד לא ניתנה החלטה שיפוטית כאמור החיסיון חל לכאורה והם מנועים מלמסור מידע על שאירע בגישור בעדות במשטרה.

ד. האם החיסיון חל על איומים או ביצוע עבירה? הסרת החיסיון וכפיית עדות המגשרים במשטרה מצריכה החלטה שיפוטית

1. החיסיון לגישור, כאמור, אינו מוחלט, ובמקרים חריגים וכמוצא אחרון ייתכן ובית המשפט יבחר להסירו על מנת להגיע לחקר האמת ולקיים הליך משפטי הוגן. עם זאת, **החלטה זו מצויה בידי בית המשפט ולא בידי המשטרה.**

2. איננו מתיימרים לקבוע האם יש מקום להחיל את החיסיון על המקרה שתואר בפנינו. איננו מוציאים מכלל אפשרות שבית המשפט, אם יידרש לדון בהסרת החיסיון, יחליט בהתאם לנסיבות שיש מקום להורות למגשרים למסור עדות לגבי האיומים לכאורה, אבל כל עוד בית המשפט לא דן בכך יש קושי לצפות את החלטתו.

לשם המחשה נשוב לעניין פלוני שהוזכר לעיל: המגשרת העידה במשטרה על איומי הבעל כלפי אשתו במהלך הגישור. בהחלטתה ציינה השופטת כי "בהליכי גישור לא יחול חיסיון על דברים שנאמרים או מסמכים שנמסרים בהליך ומהווים ביצוע עבירה" (ס' 22), אבל לאחר שבחנה את הדברים שאמר הבעל לאשתו במסגרת הליך הגישור היא קבעה שהם לא הגיעו לכדי עבירה פלילית של איום כמשמעותו בסעיף 192 לחוק העונשין ולכן קבעה שחיסיון הגישור חל על אמירות הבעל בהליך הפלילי.

3. בנוסף לכך, נזכיר שהסרת החיסיון והעדת המגשר צריכה להיעשות במקרים חריגים בלבד, כמוצא אחרון. בעבר הצגנו עמדה זו בניתוח מקרה 6/2014 והיא נתמכת בכתביה המחקרית.⁸ נראה כי עמדה זו מקובלת גם על ידי בתי המשפט. היא הובעה על ידי בתי המשפט בדיון בתביעות אזרחיות,⁹ והיא עולה באופן ברור גם מאופן ההתייחסות של בתי המשפט בתביעות הפליליות שהתייחסנו אליהן לעיל. לדוגמה, בעניין שיפוני, בית המשפט התיר את הסרת החיסיון בשל טענת הנאשם (שהיה צד לגישור) שעדות המגשר עשויה להביא לזיכויו ולאור הסכמת הצד האחר לוותר על החיסיון.

ה. הבהרה לעניין חובת שיתוף הפעולה עם המשטרה: השוני בין התייצבות למתן עדות לבין מסירת מידע

1. חובת המגשרים, כאנשי מקצוע ואזרחים שומרי חוק, לשותף פעולה עם המשטרה ולפעול באופן מקצועי ומכבד. הדיון לעיל אינו מצדיק התעלמות מזימון המשטרה להגיע למסור עדות, או סירוב להתייצב בתחנת המשטרה לשם כך. מטרתו לאפשר למגשרים להציג בפני חוקר המשטרה המזמן אותם - ובאמצעותו בפני מפקדיו והיועץ המשפטי של המשטרה, את התשתית המצדיקה את ביטול הזימון למסירת העדות מנימוקים של סודיות וחיסיון מקצועי.

⁸ ראו חווי"ד פורום האתיקה 6/2014 (מופיעה אצל שפירא וזילברשטיין, בעמ' 193-200). ראו גם עומר שפירא "בעקבות רע"א 1496/15 לוי נ' דרורי: על ניגוד עניינים של מגשר-עורך-דין ששימש בא כוחו של צד ועל עדות מגשר בבית משפט", משפט ועסקים כא 133, 170-175 (2018).

⁹ ראו למשל תא (ת"א) 8090-02-16 יוסף דב שטיצברג נ' יצחק טויב (ניתן ביום 7.11.18) (פסקאות 16-17 לפסק הדין).

2. אנו יוצאים מנקודת הנחה ששוטרים וחוקרים במשטרה אינם מודעים בהכרח לקיומו של חיסיון לתהליך הגישור ולהשלכותיו ועל כן מבקשים את עדות המגשרים. אנו סבורים שהעברת המידע הכלול בניתוח המקרה לידיעת המשטרה תגרום לה לשקול מחדש את הזימון ולבחון באיזה מידה הוא חיוני בנסיבות המקרה ובשלב זה של החקירה.
3. ככל שהמשטרה תדרוש מהמגשרים להתייבב במשטרה לצורך מתן העדות על המגשרים לציית לדרישה זו ולהתייבב לעדות.
4. ככל שהמגשרים יתבקשו למסור מידע בעדות בקשר לגישור, אנו סבורים שעל המגשרים לנהוג בהתאם לאמור בניתוח המקרה, כלומר להסביר כי הם מנועים מלמסור מידע זה בשל חובת הסודיות והחיסיון כל עוד הצדדים לא ויתרו על הסודיות והחיסיון ובית המשפט לא קבע שיש להסיר את החיסיון.

סיכום

חובות הסודיות והחיסיון של המגשר מחייבות את המגשר לשמור בסוד מידע שנחשף אליו במהלך תפקידו כל עוד הצדדים לא ויתרו על הסודיות והחיסיון, או שבית המשפט הורה על הסרתם. הדברים יפים הן להליכים אזרחיים והן להליכים פליליים, הן למסירת עדות במשטרה באשר למידע שהגיע לידיעת המגשר בעקבות תפקידו כמגשר והן לעדות בפני בית המשפט.

במקרה שבו מתבקש מגשר למסור עדות במשטרה בקשר עם תהליך גישור אנו סבורים שעל המגשר להעביר לחוקר המשטרה שזימן אותו פניה בכתב לביטול הזימון לעדות בשל קיומן של חובות סודיות וחיסיון מקצועי החלות על תהליך הגישור. המגשר יוכל להסתייע בהכנת הפניה הכתובה בתוכן ניתוח מקרה זה.

פורום האתיקה
מרץ 2021