



גישור, בוררות ומה שביניהם - "גישבור" - ההסדר ההיברידי

מילה או שתיים של הקדמה למי שכל מילות הכותרת נשמעות כמעט אותו דבר או שום דבר. גישור ובוררות הן שתי דרכים ליישוב סכסוך שלא בדרך של הכרעה על ידי בית משפט. זה המשותף ביניהם, אך השוני גדול ומשמעותי. **גישור** הוא הליך וולונטרי שבו צדדים נעזרים במגשר - גורם ניטרלי העוזר להם לנסות להגיע להסכם שיביא לסיום הסכסוך ביניהם. המגשר, הגורם הניטרלי, איננו מכריע בשום עניין שבמחלוקת. **בוררות** היא עניין שונה מאוד. בבוררות, כמו בגישור, בוחרים גורם ניטרלי, אלא שאין הדמיון בין ההליכים מסתיים. בבוררות הצדדים לסכסוך מביאים את העדים שלהם וטוענים את טענותיהם בפני הבורר, וזה נותן בסוף ההליך פסק בורר המכריע בסכסוך. בוררות אפוא דומה יותר במהות להליך בבית משפט, אך גם שונה בכמה היבטים, ובראשם הבחירה של הצדדים בגורם המכריע. בוררות יכולה להיות שונה מבית משפט בהיבטים אחרים שלא כאן המקום לפרטם.

המסלול המשולב

באו חכמים והגו הסדר היברידי, "**גישבור**", שהוא תרגום למונח המקביל באנגלית med-arb. הרעיון פשוט מאוד: הצדדים יתחילו בהליך גישור בפני גורם ניטרלי, מגשר. אם הגיעו להסכם, מה טוב. אם לא הגיעו, במקום ללכת לבית משפט, ימשיכו להליך בוררות בפני אותו גורם ניטרלי, שכבר מצוי בסכסוך ושעל זהותו כבר הסכימו מראש, והוא משמש עתה בורר. הכוונה היא בדרך כלל לכך שכל המתכונת הזו מוסכמת מראש. יש להסדר הזה יתרונות ברורים שכבר נרמזו. היעילות שבמעבר המידי מן הגישור שלא צלח אל הבוררות, ואף אל בורר שכבר מצוי במחלוקת שבין הצדדים, היא בוודאי שיקול רלוונטי. אין צורך במנגנון כפול של בחירת מגשר ובחירת בורר. מהירות ויעילות הן שיקולים משמעותיים בבחירת הליך אלטרנטיבי לבית משפט, ולכן גם השילוב שבין שני ההליכים

ישנם מצבים שבהם עילת פסלות נוצרת לאחר הסכמת הצדדים, כמו במקרה שנידון בפסק הדין בעניין אדלקום שבו התייעצה הבוררת עם בא כוח של אחד הצדדים לבוררות לאחר תחילת ההליך, גם אם בעניין שאין לו כל נגיעה לבוררות. כאן ברור מאוד הדמיון שבין בוררות להליך שיפוטי. לעומת זאת, ישנם מצבים שבהם עילת הפסלות קדמה לבוררות ואף להסכמה על מינוי הבורר. כאן עולה השאלה אם הסכמת הצדדים, שהיא מקור כל כוחה של בוררות, יכולה לגבור על כללי הפסלות. על כך עונה בית המשפט:

"בעוד שבעבר רווחה הדעה כי מאחר והליך הבוררות יונק את חיותו מכוח הסכמת הצדדים, רשאים בעלי הדין לבחור לעצמם כל בורר שיחפצו בו, אף בורר המוכר להם, קרוב משפחה, אף מי שיש לו או היה לו קשר עסקי או אישי עמם או מי מהם, אף מי שהיה מעורב סכסוך באופן כזה או אחר, ובלבד שבעלי הדין והבורר יקיימו במלואה את חובת הגילוי ובלבד שהיסוד ההסכמי למינוי חרף הנ"ל אינו במחלוקת, הרי כיום מיושמת ההלכה הוותיקה לפיה "**מבחן הפסלות של בורר צריך שיהיה על פי אמות המידה שנקבעו בעניינם של שופטים. סבורני כי גישה זו היא גם הגישה הרווחת בפסיקתו של בית משפט זה**" (עניין ארט-בי) בדקדקנות, ככתבה וכלשונה, ותוך התבוננות מחמירה".

כלומר, אף שהצדדים הסכימו שאותו עורך דין ישמש קודם כמגשר ואחר כך כבורר, כללי הפסלות גוברים על ההסכמה הזו והוא נפסל מלשמש בורר. בית המשפט מיישם כאן פסיקה קודמת של בית המשפט העליון אשר החיל את כללי הפסלות של השופטים על בוררים, ולכן מי ששימש מגשר פסול מלשמש בורר. מכיוון שזוהי ליבת הגישבור, הרי שמשמעו של פסק הדין, אם הוא לא ייפך בערעור בבית המשפט העליון, הוא כי הליך הגישבור לעולם איננו יכול להתקיים, שכן מי ששימש מגשר בסכסוך מנוע מלשמש בורר בו. מעניין לציין כי בית המשפט מצא עילות פסלות נוספות, כך שיכול היה להשאיר עניין זה של הגישבור ללא הכרעה, מבלי לשנות את התוצאה המעשית של הפסק, אך בית המשפט בחר שלא לעשות כן.

עוד מעניין לציין כי בארצות הברית נראה כי אין פסילה גורפת של מנגנון הגישבור, ובתי המשפט רואים את הסכמת הצדדים לבוררות, אף שהתחילה כגישור, כגוברת על בעיית הפסלות. עם זאת, לעיתים עוסקים בתי משפט שם בשאלה אם ההסכמה הנקודתית היא תקפה, ואם הייתה הסכמה "מדעת" (informed consent). באירופה, לעומת זאת, ככל הנראה תהיה נטייה פחותה להסכמה להכשיר את עילת הפסלות.

בית המשפט המחוזי דן בעניין זה (**איילון נ' שי**) במסגרת הסוגיה שהובאה בפניו, שאלת הפסלות לשמש בורר. לכן בית המשפט עוסק רק בהליך הבוררות ובכשירות המגשר לשמש בורר, ואיננו דן כלל בגישור שקדם לו ובהשפעה של ההסכמה על הבוררות - על הגישור.

השפעת הגישור המוקדם

אני מבקש להרחיב מעט ולהביט גם על הליך הגישור, חלקו הראשון של הגישור. כפי שבית המשפט קבע, ויש לומר כי בצדק, הגישור המוקדם משפיע על הבוררות. חשוב להבין כי מודעות של הצדדים לסכסוך כי המגשר ישמש גם בורר במקרה שלא יגיעו להסכם עשויה להשפיע גם על הגישור עצמו.

הרעיון פשוט מאוד: הצדדים יתחילו בהליך גישור בפני גורם ניטרלי, מגשר. אם הגיעו להסכם, מה טוב. אם לא הגיעו, במקום ללכת לבית משפט, ימשיכו להליך בוררות בפני אותו גורם ניטרלי, שכבר מצוי בסכסוך ושעל זהותו כבר הסכימו מראש, והוא משמש עתה בורר. אולם, פסק דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב מצביע על מגרעת של ממש, שבית המשפט רואה ככזו הפוסלת את ההסדר כולו

לבוררות העתידית, הפוטנציאלית, יש השלכה של ממש על הגישור. למשל, צד לגישור עשוי להסס מלחשוף בפני מגשר, שהוא גם בורר לעתיד, מידע, מתוך חשש כי חשיפה כזו לא תיטיב עימו בבוררות. לעיתים בהליך גישור, למשל, יכול צד במהלך פגישה עם מגשר לחשוף בפניו חולשה, ויכול גם לבקש מן המגשר להימנע מחשיפה של עניין כזה בפני הצד שכנגד. מידת הפתיחות שבה יתנהל גישור בגישבור פחותה מזו היכולה להתקיים בגישור העומד בפני עצמו. בהערת אגב נציין כי לא ברור כלל כיצד על מגשר שקיבל מידע כזה לנהוג אם הפך לבורר, ואם מידע כזה משפיע על פסק הבורר.

כל ה-mode הגישורי, הלך הרוח הגישורי, עלול להיפגע מן האפשרות של הגעה לבוררות. ניסיון לקיים 'הלך רוח גישורי', גם אם לא תמיד צולח באותה מידה, מאתגר הרבה יותר בגישבור. להלך רוח כזה יש תרומה משמעותית להצלחת גישור. כשהצדדים מתייחסים להליך כשלב מקדים לפני הליך בוררות, שהוא ההליך שבו יש להכריע את היריב ולזכות באהדת הבורר, הרי שהניסיון ליצור אווירה של הידברות וחיפוש פתרון מוסכם, שיהיה בו כדי להיטיב עם שני הצדדים, עלול להיכשל.

גישבור הוא רעיון יצירתי, יפה וחכם. לכאורה נראה שהוא מאפשר ליהנות מכל העולמות. בית המשפט המחוזי פסל אותו מחמת הפגיעה בכללי הפסלות של בוררים, כללים שהוא שאב מכללי הפסלות של שופטים. לצד היתרונות הגלומים בו, אני מבקש להצביע גם על הפגיעה בהליך הגישור הנובעת מהליך בוררות פוטנציאלי אצל אותו מגשר-בורר. פגיעה זו יכולה לצמצם משמעותית את סיכויי הצלחת הגישור.