

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

פרטיות ואוטונומיה בהליכי גישור דיגיטליים: מיפוי הסיכונים והצעות לפתרון

רחל רינגורט ואיילת סלע*

תקציר

תחום הגישור הדיגיטלי התפתח רבות בעשור האחרון, וביתר שאת בעקבות תקופת מגפת הקורונה. פלטפורמות גישור דיגיטליות מוטמעות במערכות פרטיות וציבוריות ומאפשרות לקיים גישורים באמצעים מגוונים, החל בתוכנות היועדות חזותית וכלה בפלטפורמות ייעודיות שנסמכות על מגוון כלים טכנולוגיים והליכיים, ובהם כלים מבוססי בינה מלאכותית. מאמר זה בוחן כיצד הטרנספורמציה הדיגיטלית של הליך הגישור משפיעה על הזכויות של משתתפיו שקשורות בניהול המידע בהליך, ובראשן הזכות לפרטיות, הזכות להגנת המידע האישי והזכות לאוטונומיה. לשם כך, אנו מציגות מודל מקורי שממשיג את הגישור כהליך שמבוסס על זרימה של מידע. בהתאם להמשגה זו, הליך הגישור מבוסס על מסירת מידע בין הצדדים למגשרת ועיבודו לצורך ניהול משא ומתן וגיבוש הסכמות. כל זאת, תחת הנחה של סודיות ההליך, קרי, מניעת זליגה של מידע שהמשתתפים מסרו בגישור מחוץ להליך. בעזרת המודל אנו מנתחות כיצד כניסתן של פלטפורמות דיגיטליות להליך הגישור יוצרת סיכונים חדשים לסודיות ההליך, וכן לזכויות לפרטיות, להגנת מידע ולאוטונומיה של הצדדים. אנו עומדות על כך שהדיגיטציה של ההליך מובילה ליצירת סוגים חדשים של מידע במסגרתו ולאופנים חדשים של עיבוד והפצה של מידע ממנו. לבסוף, המאמר מצביע על כך שההסדרה המשפטית בתחום – המצויה בתווך שבין דיני הגישור לדיני הגנת הפרטיות והגנת המידע – לוקה בחסר, ומציע פתרונות לקידום ההגנה על זכויות משתתפי ההליך.

1. מבוא: תמצית הטיעון והצגת תחום הגישור המקוון

כחצי יובל חלף מאז הושקה, בשנת 1999, מערכת הגישור המקוון הראשונה, שנועדה לפתרון סכסוכים בין מוכרים לקונים בפלטפורמת המסחר המקוון eBay.¹ הפרויקט עשה שימוש בסיסי ביותר בטכנולוגיה: פתיחה של ההליך באמצעות מילוי טופס מקוון ובהמשך העברת הסכסוך למגשר שניהל את הגישור בין הצדדים בכתב באמצעות דואר אלקטרוני.² בשנים שחלפו, תחום הגישור המקוון התפתח רבות, וכיום הוא כולל גם פלטפורמות ייעודיות לגישור אשר מציעות מודלים טכנולוגיים והליכיים שונים שמתנהלים באופן סינכרוני ואסינכרוני, בכתב ובהיוועדות חזותית, באמצעות מגשרים אנושיים ותוכנות אוטומטיות.³ כידוע, הליך הגישור הוא הליך שבו צד שלישי ניטרלי, נטול סמכות הכרעה, מסייע לצדדים לסכסוך להגיע לידי הסכמה.⁴ קיימים מודלים

* רחל רינגורט היא עורכת-דין ומגשרת, תלמידת מחקר לתואר שלישי בקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. איילת סלע היא מרצה וחוקרת בקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, ו־Civil Justice Innovation Fellow במרכז Rhode בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת סטנפורד (2023–2024).

¹ על פרויקט הפילוט ראו Ethan Katsh, Janet Rifkin & Alan Gaitenby, *E-commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay law"*, 15 OHIO STATE J. DISPUT. RESOLUT. 705 (2000). AMY J. SCHMITZ & COLIN RULE, *THE NEW HANDSHAKE: ONLINE DISPUTE RESOLUTION AND THE FUTURE OF CONSUMER PROTECTION* (2017).

² התקשורת בין הצדדים למגשר התבצעה בכתב כשמבנה ההליך התנהל באופן דומה להליך גישור פנים אל פנים. Katsh & Rifkin, לעיל ה"ש 1, בעמ' 710.

³ על המודלים השונים ראו Ayelet Sela, *The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design: Antecedents, Current Trends and Future Directions*, 21 LEWIS & CLARK L. REV. 635, 653–657 (2017).

⁴ הגדרה זו מבוססת על הגדרת "גישור" בסעיף 79ג(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ס"ח 1123 (להלן: **חוק בתי המשפט**) שלפיה גישור הוא "הליך שבו נועד מגשר עם בעלי-הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו". להגדרות נוספות לגישור ראו: Kimberlee K. Kovach, *Mediation: Principles and Practice*, 27–28 (3rd ed. 2004); עומר שפירא "פרדוקס הכוח בגישור: עוצמה וחולשה ביחסי מגשר וצדדים לגישור" **קריית המשפט** ו 371, 374 (2006).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

וסגנונות שונים לגישור,⁵ אך המודל הנפוץ ביותר הוא מודל הגישור הפרגמטי שבמסגרתו המגשרת מסייעת לצדדים לבחון את האינטרסים והצרכים המרכזיים שלהם כדי לגבש פתרון מוסכם שייתן להם מענה.⁶ כיום, טכנולוגיות מידע מאפשרות לבצע מגוון פעולות בכל שלבי הליך הגישור,⁷ דוגמת קבלת הסכמת הצדדים להשתתף בהליך, איסוף מידע על הצדדים ועל הסכסוך, אבחון וזיהוי של הנושאים שבמחלוקת, והאינטרסים של הצדדים, הצגת פתרונות אפשריים והערכתם, ניהול משא ומתן לגבי פתרונות לסכסוך וכן עריכה של הסדר הגישור.

התפתחותו של תחום הגישור המקוון צברה תאוצה בשנת 2020, כשמציאות הסגרים והגבלות הריחוק החברתי שאפיינו את תקופת הקורונה הובילה לאימוצם של כלים מקוונים בהליכי גישור בהיקף נרחב.⁸ כמו בהקשרים מקצועיים רבים אחרים, ניהול מפגשי גישור בעזרת פלטפורמות להיוועדות חזותית, דוגמת "זום" (Zoom),⁹ הפך לנפוץ במיוחד.¹⁰ סקרים שנערכו בקרב מגשרים, עורכי דין ובעלי דין הצביעו על מידת שביעות רצון גבוהה מגישורים מקוונים שהתבצעו בהיוועדות חזותית, וכן על כוונתם של מגשרים להמשיך ולהשתמש בכלי זה בעתיד.¹¹ לצד זאת, המשיכו לפעול מגוון פלטפורמות מקוונות שפותחו באופן ייעודי לשמש בגישור, לרוב בהליכים בכתב בלבד. במסגרת מגמות הדיגיטציה של הליך הגישור, צפוי לגבור השימוש ביישומי בינה מלאכותית לצורך ביצוע פעולות אוטומטיות כמו ניתוח המצב המשפטי, חיזוי תוצאות, תמיכה בהחלטות, יצירת

⁵ על המודלים השונים לגישור ראו: מיכל אלברשטין **תורת הגישור** (2007). על סגנונות גישור ראו: DEBORAH M. KOLB, WHEN Leonard L Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV 7 (1996); TALK WORKS: PROFILES OF MEDIATORS (2001).

⁶ אלברשטין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 190. לפי פרלמן, שיטת הגישור הפרגמטי "מבוססת על קיום שיח של בחינת צרכים ואינטרסים של צדדים לסכסוך, באמצעות צד ג' מקצועי המנהל את ההליך אך אינו בעל סמכות הכרעה בסכסוך. ההליך מתקיים תוך שיתוף פעיל של הצדדים, ובמרכזו חתירה למציאת פתרון היעיל לשני הצדדים וההולם את הסכסוך האינדיבידואלי שבו הם מצויים." קרני פרלמן "פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה" **המשפט** טז 525, 529–530 (תשע"א).

⁷ בספרות הוצעו דרכים שונות לתאר את שלבי הגישור, ראו: Kimberlee K. Kovach, *Mediation, in THE HANDBOOK OF DISPUTE RESOLUTION* 304 (Michael L. Moffitt & Robert C. Bordone eds., 2005); CARRIE J. MENKEL-MEADOW, LELA PORTER-LOVE & ANDREA KUPFER-SCHNEIDER, *MEDIATION: PRACTICE, POLICY, AND ETHICS* 164–188 (3rd ed. 2020) (למודל בן שישה שלבים); CHRISTOPHER W. MOORE, *THE MEDIATION PROCESS PRACTICAL STRATEGIES FOR RESOLVING CONFLICT* 190–197 (4th ed. 2014); STEPHEN B. GOLDBERG ET AL., *DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION, ARBITRATION, AND OTHER PROCESSES* 108 (7th ed. 2020).

⁸ ראו: Sarah R. Cole & Amanda Spangler, *Virtual Mediation: The Only Door Needed in the Multi-Door Courthouse?*, 52 STETSON L. REV. 477, 488–492 (2023) The National Academy of Distinguished Neutrals, *National Survey of Members* (June 2021), available at <https://nadrn.org/marketing/uploads/NADN-2021MemberSurvey-FinalReport.pdf>; סקר NADN. זהו סקר שנערך בחודש יוני 2021 בקרב 782 מגשרים ובוררים בארצות הברית שמצא כי 65.4% דיווחו שניהלו הליכים מקוונים בלבד, ואילו 1.4% דיווחו כי ניהלו הליכים פנים אל פנים בלבד. <https://zoom.us>.

⁹ Kristi J. Paulson, *Mediation in the COVID-19 Era: Is Online Mediation Here to Stay?*, 51 SW. L.J. 142, 143 (2021); ראו סקר NADN, לעיל ה"ש 8.

¹¹ ראו Cole & Spangler, לעיל ה"ש 8, בעמ' 492–502; *Conventus Law, UK – CEDR Mediation Audit Results: The Post-Pandemic State of Civil Mediation* (21.2.2023), <https://conventuslaw.com/report/uk-cedr-mediation-audit-results-the-pandemic-state-of-civil-mediation>; James Claxton, *Mediators Like Online Mediation And Other Verifiable Facts* (17.5.2021), <https://mediationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/17/mediators-like-online-mediation-and-other-verifiable-facts>.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הסכמים משפטיים ועוד.¹² על כך נוסף כי התפתחויות עדכניות בתחום הבינה המלאכותית היוצרת (Generative AI) הביאו עימן גם יישומים חדשים בתחום הגישור, דוגמת הבנייה אוטומטית של שיח קונסטרוקטיבי בין הצדדים.¹³

לנוכח תהליכים אלה, גובר העיסוק בהיבטים נורמטיביים, מקצועיים ואתיים של הליכי יישוב סכסוכים מקוונים (להלן: יס"מ) ובהם גישורים מקוונים.¹⁴ כך למשל, ארגונים מקצועיים שונים ניסחו מדריכים לגישור מקוון¹⁵ וכן מסמכי המלצות מדיניות והסדרה לתחום,¹⁶ והספרות האקדמית החלה לעסוק בהשפעת הדיגיטציה של ההליך על איכותו ועל הלגיטימציה שלו, כמו גם על זכויות הצדדים, ובראשן הזכות להליך הוגן.¹⁷ עם זאת, ועל אף הכרה בחשיבות הנושא,¹⁸ סוגיית השמירה על פרטיות הצדדים וסודיות ההליך בגישורים מקוונים לא זכתה לדיון וניתוח מספקים.¹⁹

גישורים מקוונים טומנים בחובם סיכונים שונים לזכות לפרטיות, החל בסיכוני אבטחת מידע, דרך פגיעה בפרטיות בשל השימוש בהיוועדות חזותית,²⁰ דוגמת חשיפת המרחב הפרטי של הצדדים ונוכחות וצפייה בגישור של אנשים שאינם צד להליך,²¹ וכלה באיסוף מידע אישי של המשתמשים, עיבודו האוטומטי ומכירתו לצדדים

¹² Sela ; Orna Rabinovich-Einy, *The Past, Present, and Future of Online Dispute Resolution*, C.L.P 1 (2021) לעיל ה"ש 3.

¹³ Hannes Westermann, Jaromir Savelka and Karim Benyekhlef, *LLMediator: GPT-4 Assisted Online Dispute Resolution* PROCEEDINGS OF THE ICAIL WORKSHOP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE FOR ACCESS TO JUSTICE CO-LOCATED WITH 19TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON AI AND LAW (2023) <https://doi.org/10.48550/arXiv.2307.16732>

¹⁴ Leah Wing et al., *Designing Ethical Online Dispute Resolution Systems: The Rise of the Fourth Party*, 37 NEGOT. J. 64–49 (2021).

¹⁵ ראו למשל: ריקי כספי ועומר שפירא "דגשים אתיים ומשפטיים לקיום הליכי גישור במערכות היוועדות חזותית (דוגמת Zoom) אתיקה של גישור (2.4.2021) <https://mediatorethics.com/wp-content/uploads/2020/04/d792d799d7a9d795d7a8-d791d79ed7a2d7a8d79bd795d7aa-d794d799d795d795d7a2d793d795d7aa-d797d796d795d7aad799d795d7aad79ed7a2d795d793d79bd79f-2.4.20-1.pdf>

¹⁶ ראו למשל: ארגון המגשרים בישראל "מסמך המלצות לכינון מדיניות ולהסדרת פרקטיקות ניהול גישור מקוון בישראל" (אוגוסט 2020) ; <https://t.ly/Jm50J> TRAINING TASK FORCE, PATHS FORWARD FOR ONLINE MEDIATION (2021).

¹⁷ ראו למשל: Jennifer ; Orna Rabinovich-Einy and Ethan Katsh, *The New New Courts*, 67 AM. U. L. REV. 165 (2017) ; Shack and Donna Shestowsky, *Access to Justice: Lessons for Designing Text-Based Court-Connected ODR Programs*, Amy J. Schmitz, *Measuring 'Access to Justice' in the Rush to Digitize*, 88 FORDHAM ; 29 DISP. RESOL. MAG. 29 (2023) ; Ayelet Sela, *Can Computers Be Fair: How Automated and Human-Powered Online Dispute Resolution Affect Procedural Justice in Mediation and Arbitration*, 33 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 91 (2018).

¹⁸ Orna Rabinovich-Einy, *Going Public: Diminishing Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age*, 7 VA J. L. & TECH. 1 (2002).

¹⁹ זאת על אף שכותבים נוטים להזכיר את הנושא בכלליות אגב סקירת הקשיים שגישורים מקוונים מעוררים, ראו למשל: SCHMITZ, RULE &, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11–12.

²⁰ Yelena Arishina, Yen-Hung (Frank) Hu & Mary Ann Hoppa, *Study of Video Conferencing Software Risks* : ראו למשל: *and Mitigation Strategies*, 9 J. COLLOQ. INF. SYST. SECUR. EDUC. 10 (2022) ; "סיכונים מרכזיים בעת עבודה עם פלטפורמות פגישות וידאו דיגיטליות" מערך הסייבר הלאומי (7.4.2020).

²¹ Tania Sourdin, *Mediating via Zoom*, 31 ADRJ. 280, 288 (2021) ; "זוּמְבּוֹמְבּינג": ראו: Greg Elmer et al., *Zoombombing During a Global Pandemic*, 7 SOC. MEDIA + SOC. 1 (2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

שלישיים.²² מן האמור עולה כי חשוב לבחון את השפעת הטרנספורמציה הדיגיטלית של הליך הגישור על הזכות לפרטיות כמו גם על אגד הזכויות שעשויות להיפגע בשל איסוף מידע אישי ועיבודו, ובראשן הזכות לאוטונומיה.²³

מאמר זה מבקש לתרום לשיח המתפתח בנושא באמצעות מיפוי הסיכונים לפגיעה בפרטיות ובאוטונומיה בהליכי גישור מקוונים באמצעות מודל שמתאר את הליך הגישור כהליך שמבוסס על זרימת מידע. המודל מאפשר לנתח כיצד מאפיינים שונים של ההליך משפיעים על סוג המידע שזורם בו ועל עיבודו.²⁴ טענתנו המרכזית היא כי הצטרפותן של פלטפורמות דיגיטליות להליך הגישור כשחקן חדש משפיעה על המידע שזורם בין הצדדים והמגשרת בהליך. השפעה זו באה לידי ביטוי בסוגי המידע שמתגלים וכן באופן הטיפול במידע שמתגלה, באופן שיוצר סיכונים חדשים לזכות לפרטיות, להגנת המידע האישי ולאוטונומיה של הצדדים בהליך. כדי להציג את הטיעון, אנו מפתחות מודל שממשיג את זרימת המידע בגישורים מקוונים על פני שני צירים: ציר גילוי המידע, העוסק בסוגי המידע המתגלים בהליך, וציר עיבוד המידע, העוסק בטיפול במידע. המשגה זו מסייעת לנו לדון בסיכונים המתעוררים בהליך, אשר לחלקם לא ניתן כיום מענה מספק בדין הישראלי.

כדי לנתח את סיכוני הגנת הפרטיות והמידע בהליכי גישור מקוונים, אנו מציעות להתייחס לכל אחת מהפעולות השונות בגישור במונחים של זרימת מידע, באופן שמתיישב עם העובדה שביצוען, בין בהליך דיגיטלי ובין בהליך פנים אל פנים, כרוך בפעולות עיבוד שונות שמבוצעות במידע, דוגמת איסוף, ניהול, שימוש ומסירה של מידע בין הצדדים. בהתאם למסגרת זו, ניתן לאפיין פעולות בהליך כמשתייכות לשלושה סוגים: פעולות תקשורת, שבמסגרתן מועבר מידע בין הצדדים לגישור לבין המגשרת; פעולות ניתוח מידע, שעניינן סינון המידע הרלוונטי ומיפוי, הסקת מסקנות וקבלת החלטות; ופעולות מנהלתיות (אדמיניסטרטיביות), כדוגמת גביית תשלומים, תיאום פגישות ואחסון תיק הגישור.²⁵ בגישורים מקוונים, פעולתו אלו מתבצעות באמצעות פלטפורמות גישור, קרי אתרי אינטרנט ויישומונים מקוונים (אפליקציות) שמספקים תשתית טכנולוגית ושירותים שונים שבאמצעותם מתנהל הליך הגישור. בהמשך, נמחיש כיצד פלטפורמות גישור מקוון נבדלות זו מזו בטכנולוגיות שמשמשות אותן ובפעולות שבהן משולבים כלים טכנולוגיים. הבדלים אלה מובילים לשונות באופן שבו פלטפורמות גישור אוספות ומעבדות מידע של הצדדים ובסיכוני הפרטיות שנובעים מהשימוש בהן.

²² ראו: *In re: Zoom Video Communications, Inc. Privacy Litigation*, N.D. Cal. Master Case No. 3: 20-cv-02155-LB (תובענה ייצוגית שהוגשה בעניין זה נגד חברת "זום"), לכלל מסמכי ההליך ראו: Zoom Privacy Class Action, <https://www.zoommeetingsclassaction.com/Home/Documents>.

²³ דוגמה מרכזית לקשר בין איסוף מידע ועיבודו לבין פגיעה באוטונומיה נוגעת לאפשרות להשתמש במידע לצורך מינופולציה בהתנהגות משתמשים, ראו: Tal Z. Zarsky, *Privacy and Manipulation in the Digital Age*, 20 THEORETICAL INQ. L. 157 (2019).

²⁴ על מאפייני הליך הגישור בהשוואה להליכי יישוב סכסוכים אחרים ראו: GOLDBERG ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 2-3.

²⁵ מאמר זה מתמקד בליבת הפעילות הגישורית, ולכן אין אנו מתייחסות בהמשכו לפעולות אדמיניסטרטיביות.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לצורך הדיון, נעמוד על הבחנה בסיסית בין פלטפורמות ייעודיות לגישור ופלטפורמות גנריות. בעוד פלטפורמות ייעודיות תוכננו באופן פרטני לשימוש בהליכי גישור ותומכות בביצוע כלל הפעולות בהליך, פלטפורמות גנריות תוכננו לשימוש כללי ומאפשרות לבצע פעולות מסוימות בהליך. כך למשל, פלטפורמות גנריות להיוועדות חזותית או משלוח דואר אלקטרוני יכולות לשמש לתקשורת בכל שלבי ההליך,²⁶ ויישומי בינה מלאכותית כלליים יכולים לשמש מגשרים וצדדים לגישור לביצוע פעולות ניתוח מידע, דוגמת תמלול שיחות ופגישות בהיוועדות חזותית,²⁷ חילוץ תובנות ממסמכים²⁸ וניסוח טקסטים.²⁹

בשונה מפלטפורמות גנריות, פלטפורמות ייעודיות לגישור תוכננו לכתחילה כזירה דיגיטלית לביצוע הליך הגישור על כל שלביו. לפיכך, על פי רוב הן משלבות כלים טכנולוגיים שונים, ובהם מערכת להגשת מסמכים וניהול תיקים הכוללת מסד נתונים של פרטי התיק;³⁰ כלי ייעוץ ותמיכה בקבלת החלטות שבעזרתם מנותח מידע בהליך;³¹ כלים מובנים לתקשורת בין הצדדים, דוגמת שליחת הודעות טקסט מאובטחות או קיום שיחות בהיוועדות חזותית;³² תוכנות לניסוח הסכם גישור;³³ ואף תוספים המבוססים על יישומי בינה מלאכותית יוצרת, דוגמת ChatGPT.³⁴ דוגמה לפלטפורמת גישור ייעודית היא NextLevel Mediation.³⁵ פלטפורמה זו נועדה לסייע לצדדים ולמגשרת לקבל החלטות בהליך תוך הפחתת הטיות באמצעות כמה כלים חדשניים: טפסים מובנים ושאלונים שמשמשים את המגשרת לאיסוף מידע מהצדדים והכנה להליך; מודלים להערכת האינטרסים של הצדדים והערכת סיכונים שתכליתם לספק לצדדים הערכה מציאותית לגבי התוצאה הצפויה בהליך משפטי כמו גם העלות הכספית של ניהול הליך משפטי; כלים מובנים לתקשורת טקסטואלית מאובטחת בין המגשרת לצדדים; וכן אפשרות לשילוב שיחות וידאו באמצעות פלטפורמה להיוועדות חזותית.³⁶

²⁶ למשל, בפריקט הפיילוט של eBay תוכנת הדואר האלקטרוני שימשה כזירה לקיום ליבת הליך הגישור. ראו Katsh et al., לעיל ה"ש 2, בעמ' 710; במודל לגישור של איגוד הבוררות האמריקאי ההליך מתקיים בעיקרו בהיוועדות חזותית American Arbitration Association, *AAA-ICDR® Model Order and Procedures for Mediation via Videoconference*, (2021).

²⁷ באמצעות יישומים דוגמת Speechmatics, <https://www.speechmatics.com>, ו-Tactiq <https://tactiq.io>.

²⁸ באמצעות יישום דוגמת SciSpace, <https://typeset.io>.

²⁹ באמצעות יישום דוגמת QuillBot, <https://quillbot.com>.

³⁰ בין היתר: אחסון מסמכים, ניהול אירועים על גבי לוח שנה, מעקב אחר פעילות, ביצוע תשלומים ועוד.

³¹ כלי ייעוץ כוללים תהליכים של בוחן מציאות, מערכות לייעוץ BATNA אשר נותנות לצדדים הערכה בדבר התוצאה הסבירה של הסכסוך, מחשבוני ועוד. כלים תומכי החלטה משמשים לשלב המשא והמתן והם משתמשים בבינה מלאכותית או אלגוריתמים המבוססים על תורת המשחקים, כדי לסייע לצדדים להגיע לפשרה. ראו Amy Schmitz & John Zeleznikow, *Intelligent Legal Tech to Empower Self-Represented Litigants*, 23 COLUM. SCI. & TECH. L. REV. 142 (2022).

³² שם בעמ' 176.

³³ שם.

³⁴ <https://chat.openai.com>.

³⁵ <https://nextlevelmediation.com>.

³⁶ לתיאור ההליך והכלים ראו: <https://nextlevelmediation.com> וכן

Colin Rule, *ICODR Member Meeting June 2021: Bob Bergman of Next Level Mediation*, <https://youtu.be/ervV4KHUcLQ> יוטיוב (3.6.21) (ביקור אחרון ביום 20.6.23).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הפלטפורמה אף משלבת תוסף בינה מלאכותית יוצרת שמסייע למגשרת לבנות את הטפסים והשאלונים האמורים.³⁷

בין אם הפלטפורמה ייעודית ובין אם גנרית, רכיביה הטכנולוגיים של הפלטפורמה עשויים להשפיע על התנהלות הצדדים ועל תוצאות הליך הגישור.³⁸ השפעת הטכנולוגיה יכולה להיות עקיפה, למשל, כשהתקשורת המקוונת משפיעה על האופן שבו הצדדים והמגשרת קולטים מסרים לא מילוליים, כמו שפת גוף והבעות פנים, באופן שמשפיע על בניית האמון בין הצדדים למגשרת.³⁹ השפעת הטכנולוגיה יכולה להיות גם ישירה, למשל, כאשר הפלטפורמה מבנה ואף מכתיבה את אופן ביצוען של פעולות תקשורת וניתוח מידע בהליך.⁴⁰ גם השימוש בכלי בינה מלאכותית עשוי להשפיע על ההליך ותוצאותיו וכן לעורר שורה של אתגרים אתיים.⁴¹ חשש מרכזי נוגע לפרקטיקות איסוף המידע ועיבודו שאותן נוקטות פלטפורמות מקוונות, אשר עשויות להשפיע על התנהלות משתמשיהן. זאת, בין אם איסוף המידע ועיבודו נעשו לצורך מטרות הגישור ובין אם הם נעשו לצורך מטרותיהן העסקיות של הפלטפורמות, החל בפיתוח שירותי הגישור שהן מציעות⁴² וכלה ביצירת פרופילים של משתמשים לצורך מיקוד פרסומות ומכירת המידע לצדדים שלישיים.⁴³ מאמר זה מתמקד בהיבט ספציפי של ניהול הליך הגישור במרחב הדיגיטלי: הסיכון לפגיעה בזכות הפרטיות ולהגנת מידע אישי של משתתפי ההליך, ופגיעות נוספות שכרוכות בכך, ובראשן הפגיעה באוטונומיה של הצדדים.

המשך המאמר מציג את מהלך הטיעון שלנו בדבר הסיכונים שטמונים למשתתפי גישורים מקוונים ופערי ההסדרה בעניינם בחלוקה לפרקים הבאים: בפרק 2 נציג מודל שממשיג את זרימת המידע בגישורים מקוונים

³⁷ Bob Bergman, *ChatGPT in Next Level Mediation*, https://youtu.be/NEvaXy2V9_E (ביקור אחרון ביום 26.1.23) **יוטיוב** (20.6.23). דוגמה נוספת לפלטפורמה ייעודית לגישור משלבת כלים אלגוריתמיים בהליך היא Smartsettle ONE, שאוספת מהצדדים מידע באופן מובנה כדי לנתחו באמצעות אלגוריתמים המבוססים על תורת המשחקים כדי לסייע לצדדים להגיע לפשרה באמצעות אופטימיזציה של העדפותיהם, ראו **Smartsettle** <https://www.smartsettle.com/smartsettle-one> (ביקור אחרון ביום 4.2.2024). פלטפורמה ייעודית אחרת לגישור, שמתבססת על בינה מלאכותית יוצרת, פותחה ונוסתה במסגרת פרויקט של ה-Cyberjustice Lab באוניברסיטת מונטריאול במטרה לסייע לצדדים לגישור לנסח מחדש מסרים באופן שמפחית יריבות ומגביר שיתוף פעולה, ראו Westermann, לעיל ה"ש 13.

³⁸ ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, *ONLINE DISPUTE RESOLUTION: RESOLVING CONFLICTS IN CYBERSPACE*, 93 (2001); ראו גם Colin Rule, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, 16 ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 277–292 (2020).
³⁹ Noam Ebner & Jeff Thompson, *Face Value - Non-Verbal Communication and Trust Development in Online. Video-Based Mediation*, 1 INT. J. ONLINE DISPUT. RESOLUT. (2014).

⁴⁰ להרחבה ראו: Ayelet Sela, *e-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts*, 2019 J. DISPUT. RESOLUT. 127 (2019).

⁴¹ להרחבה ראו: Linda Foit, *Your Artificial Mediator Is Ready for You Now: The Role of Artificial Intelligence in Conflict Resolution*, 15 AM. J. MEDIATION 43 (2022).
David Allen Larson, *Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator*, 25 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 105 (2010).
John Zeleznikow, *Using Artificial Intelligence to provide Intelligent Dispute Resolution Support* 30 GROUP DECIS. NEGOT. 789 (2021).

⁴² למשל עיבוד של מידע שנמסר בגישור לצורכי טיוב תהליכים עסקיים, שירות לקוחות ואף יצירת מודלים לפתרון סכסוכים אחרים, ראו: Colin Rule, *Making Peace on eBay: Resolving Disputes in the World's Largest Marketplace* ACRESOLUTION MAGAZINE 8 (Fall 2008).

⁴³ TARLETON GILLESPIE, CUSTODIANS OF THE INTERNET: PLATFORMS, CONTENT MODERATION, AND THE HIDDEN ; DECISIONS THAT SHAPE SOCIAL MEDIA 19 (2018).
Stacy-Ann Elvy, *Commodifying Consumer Data in the Era of the Internet of Things*, 59 B.C.L.REV 423 (2018).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

על שני צירים: ציר גילוי המידע, העוסק בסוגי המידע המתגלים בהליך הגישור המקוון, אשר כוללים מידע פנימי להליך הגישור ומידע חיצוני להליך; וציר עיבוד המידע, העוסק בפעולות המתבצעות במידע, וכולל עיבוד למטרות פנימיות לגישור או חיצוניות לגישור. בפרק 3 נתאר את הנורמות החלות על זרימת המידע בגישור, תוך התייחסות לנורמות מתחום הגישור ומתחום הגנת הפרטיות והגנת המידע האישי. בפרק 4 נמפה את סיכוני הפרטיות בגישורים מקוונים בעזרת מודל זרימת המידע, תוך התייחסות לסיכונים שמתעוררים בכל רביע שנוצר ממפגש ציר גילוי המידע וציר עיבוד המידע במודל. סיכונים אלה כוללים, בין היתר, פגיעה באוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות בגישור, פגיעה בסודיות הליך הגישור, איסוף מידע עודף על הצדדים, היעדר שקיפות בעיבוד מידע אלגוריתמי ואף הטעיה של הצדדים. לבסוף, בפרק 5 אנו מציעות כמה כיווני פעולה אפשריים להתמודדות עם אתגרי הפרטיות, ובהם הסדרת מעמדן החוקי של חברות הפלטפורמה המשמשות לגישור, הסדרת חובות המגשרים בהליכי גישור מקוונים והתפתחויות דרושות בדינים הכלליים המסדירים את הגנת המידע והפרטיות והשימוש בבינה מלאכותית.

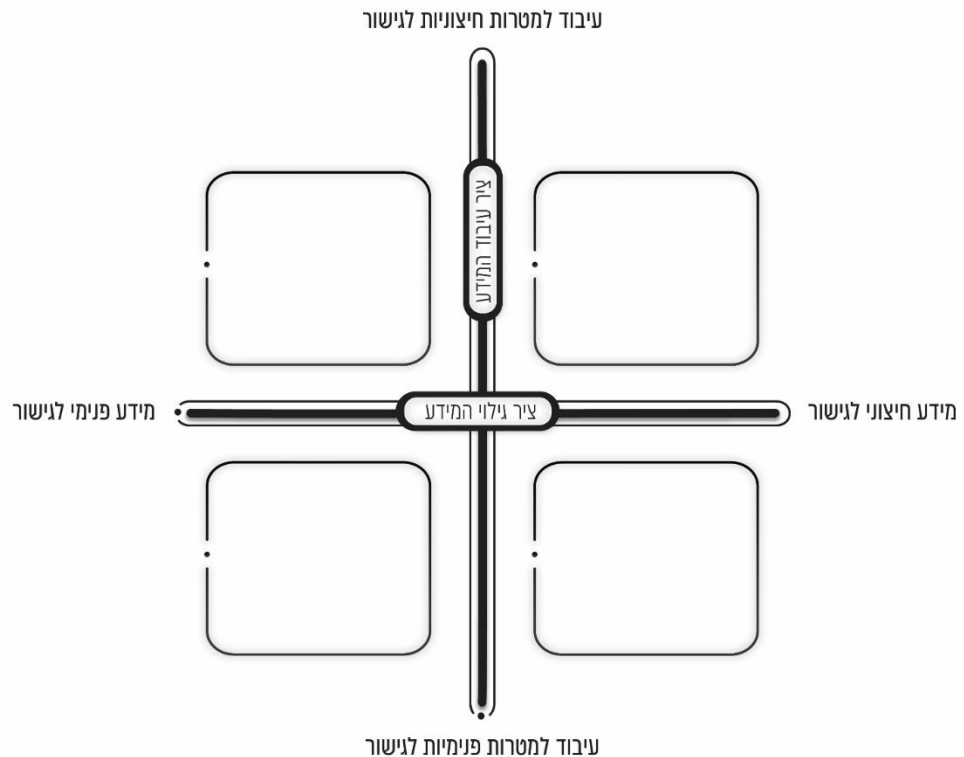
2. גישור מקוון כהליך שזורם בו מידע – מודל אנליטי

פרק זה מציג מודל אנליטי שמתחקה אחר קורותיו של רכיב מרכזי שמשותף להליך הגישור ולהגנת הפרטיות: המידע. המודל מאפשר לבחון את זרימת המידע בהליך באופן שחושף כיצד ביצוע הגישור באמצעות פלטפורמה דיגיטלית משפיע על המידע שמתגלה בהליך ועל אופני עיבודו, ומכאן – על הפרטיות, הגנת המידע והאוטונומיה של הצדדים בהליך. המודל בנוי כמערכת של שני צירים. הציר האופקי, ציר גילוי המידע, מתייחס לסוגי המידע אשר מתגלים בהליך הגישור המקוון. הציר האנכי, ציר עיבוד המידע, מתייחס לשאלה מה נעשה עם המידע אשר התגלה בהליך הגישור המקוון. תרשים 1 מדגים את המודל, ובהמשכו אנו מתארות את עיקרי המודל.⁴⁴

⁴⁴ לדיון נוסף במודל, ראו: Rachel Ringort & Ayelet Sela, *An Information Flow Model of Online Mediation: Jeopardizing Privacy and Autonomy in the Shadow of Innovation* Cardozo J. CONFLICT RESOL. (forthcoming)

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תרשים 1 : מודל לתיאור זרימת המידע בהליך הגישור המקוון



א. ציר גילוי המידע: מידע פנימי וחיצוני לגישור

ציר גילוי המידע מתייחס לסוגי המידע אשר מתגלים בהליך הגישור המקוון. בצידו האחד של הציר נמצא מידע פנימי לגישור, קרי מידע שקשור בתקשורת בין משתתפי ההליך ועניינו תוכן הליך הגישור; בצידו השני נמצא מידע חיצוני לגישור, שהוא מידע שנוצר מכוח השימוש בפלטפורמה הדיגיטלית וככלל אינו מהווה, כשלעצמו, חלק מתוכן הגישור.

מידע פנימי לגישור כולל מידע על הסכסוך ועל משתתפי ההליך, דוגמת עמדות הצדדים,⁴⁵ האינטרסים והצרכים שלהם,⁴⁶ וכן רגשות של הצדדים והאופן שבו הם עשויים להשפיע על התפתחות הסכסוך ופתרונו.⁴⁷ לעיתים, מידע פנימי לגישור כולל גם מידע אישי ורגיש על הצדדים, דוגמת פרטיהם המזהים, המצב הרפואי, הכלכלי או המשפחתי שלהם ומידע על אמונות וערכים שלהם.⁴⁸ לעיתים, מידע פנימי גלוי רק לחלק מהמשתתפים בהליך, למשל, אם הוא נחשף בפגישה פרטית של המגשרת עם צד מסוים.

⁴⁵ כפי שהוא מופיע, למשל, בהצהרות הפתיחה של הצדדים. ראו KOVACH, לעיל ה"ש 4, בעמ' 36.
⁴⁶ אלו כוללים למשל את הצרכים, המשאלות, הדאגות והפחדים שלהם שמניעים אותם במהלך הגישור. ראו: רוג'ר פישר וויליאם יורי סיכום חיובי: לשאת-ולתת על הסכם מבלי לוותר 41, 48-49 (ברוס פאטון עורך, נעמי כרמל מתרגמת 1983).

⁴⁷ MOORE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 192.
⁴⁸ שם, וראו גם הגדרת מידע ומידע רגיש בסעיף 7 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 1011 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מידע חיצוני לגישור הוא מידע שנוצר ומתגלה בשל השימוש בפלטפורמה דיגיטלית בהליך. הוא כולל מידע שהצדדים מוסרים לפלטפורמה לצורך יצירת חשבון משתמש ומידע שמופק אגב השימוש בשירות המקוון. זהו "שובל המידע הדיגיטלי", אשר מתעד את פעולותיו של הפרט על גבי הפלטפורמה המקוונת.⁴⁹ אם כן, מידע חיצוני לגישור עשוי לכלול פרטים מזהים של המשתמשים, דוגמת שם וכתובת דואר אלקטרוני; מידע על השכלה, תעסוקה, מצב רפואי ומצב כלכלי; מאפיינים אישיים דוגמת גיל, מוצא ואזרחות; נתוני מיקום גאוגרפי; וכן מידע קולי, חזותי ואלקטרוני, לרבות מידע על אופן השימוש של משתמשים בפלטפורמה. חברות פלטפורמה נוטות לאסוף ולעבד מידע מסוג זה לצורך מתן השירות ולצרכים עסקיים אחרים שלהן. סוג נוסף של מידע חיצוני, שנוצר בגישור מקוון המתבצע בהיוועדות חזותית, נוגע למידע על המרחב הפרטי שממנו משתתפי ההליך מקיימים את שיחת הווידאו, לרבות מידע כמו תנאי חיים, מערכות יחסים והעדפות אישיות. זאת, בין באופן ישיר בשל צילום המרחב הפרטי,⁵⁰ ובין באופן עקיף, למשל כשמידע ממסך המחשב של המשתמשים משתקף במשקפי הראייה שלהם, כשמידע מופק מתנועות הגוף של המשתמשים בזמן שהם מקלידים או כשמידע מופק באמצעות גישה למיקרופון שנמצא במצב "השתק".⁵¹

ב. ציר עיבוד המידע: מטרות פנימיות וחיצוניות לגישור

ציר עיבוד המידע מתאר את הפעולות המתבצעות במידע שהתגלה בגישור. בחלקו האחד של הציר נמצאות פעולות עיבוד מידע למטרות פנימיות לגישור, אשר מתבצעות על ידי המגשרת, הצדדים והפלטפורמות לצורך ביצוע הגישור. בחלקו השני של הציר נמצאות פעולות עיבוד מידע למטרות חיצוניות לגישור, אשר עשויות להתבצע על ידי כל משתתפי ההליך, אך מתעצמות משמעותית כשמעורבת בגישור פלטפורמה דיגיטלית. עיבוד מידע למטרות פנימיות של הגישור נועד לקדם את מטרתה של ההליך: סיוע לצדדים להגיע להסכמה ביחס ליישוב הסכסוך ביניהם.⁵² תחת מטרתה זו חוסות פעולות גישוריות שונות, ובהן זיהוי הנושאים שבמחלוקת והבהרתם,⁵³ ניתוח העמדות והאינטרסים של הצדדים לצורך מסגור מחדש של הנושאים וקידום

⁴⁹ מיכאל בירנהק **מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה** 169 (2010). ראו גם: עתמ (ת"א) 24867-02-11 **איי.די.איי נ' רשם מאגרי המידע** (הרשות השופטת 5.8.12) ("בעידן הדיגיטלי, משאיר כל אדם 'שובל מידע דיגיטלי'... [שבאמצעותו – ר.ר. וא.ס.] נמסר מידע, הנכלל באותו מרחב אישי, שהאדם, לו היה עליו לבחור בכך, היה מעדיף שלא למסור...").

⁵⁰ סיכון זה קיים גם כאשר נעשה שימוש ברקע וירטואלי, בשל דליפות מידע של הרקע האמיתי שמאפשרות לחזר פרטים לגביו, ראו: Jan Malte Hilgefort, Daniel Arp & Konrad Rieck, *Spying through Virtual Backgrounds of Video Calls*, in PROCEEDINGS OF THE 14TH ACM WORKSHOP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND SECURITY 135 (2021).

⁵¹ ראו: Dima Kagan, Galit Fuhrmann Alpert & Michael Fire, *Zooming Into Video Conferencing Privacy*, IEEE TRANS. 51 (2023). Yucheng Yang et al., *Are You Really Muted?: A Privacy Analysis of Mute Buttons*; COMPUT. SOC. SYST. 1–12 (2023). *in Video Conferencing Apps*, ARXIV.ORG (2022).

⁵² סעיף 79ג (א) לחוק בתי המשפט.
⁵³ Kovach מתארת את ה"נושאים" כפריטים ששני הצדדים מוכנים לדון בהם בגלוי כנקודות המחלוקת העיקריות ושלגביהם נפתח המשא והמתן, KOVACH, לעיל ה"ש 4, בעמ' 179.

מאמר זה טרם עבר עיבוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הסכמות לגביהם,⁵⁴ וכן הצעה והערכה של פתרונות אפשריים לסיום הסכסוך וניסוח הסכם גישור.⁵⁵ בהליך מקוון נפתחת האפשרות לכך שפעולות ניתוח מידע שכאלה יבוצעו גם על ידי הפלטפורמה המקוונת. בפרק 1 **שגיאה! מקור ההפניה לא נמצא.** הדגמנו כיצד פלטפורמת הגישור הייעודית NextLevel Mediation מבצעת פעולות שכאלה בכלי תקשורת, ניהול מידע וניתוח אלגוריתמי וכן הדגמנו כיצד פלטפורמות גנריות להיוועדות חזותית וכלי עיבוד מידע גנריים יכולים אף הם לשרת מטרות פנימיות של הגישור. מנגד, עיבוד מידע למטרות חיצוניות לגישור מתייחס לכל פעולה במידע שלא נועדה לשרת את מטרת-העל של יישוב הסכסוך הספציפי שבמסגרתו נמסר המידע. דוגמה קלסית לכך היא שימוש של אחד הצדדים לגישור במידע שהתגלה בגישור לצורך הליך שיפוטי, ללא הסכמת הצד השני.⁵⁶ דוגמה אחרת עשויה להיות שימוש במידע שהתגלה בגישור על ידי המגשרת למטרותיה הכלכליות.⁵⁷ כניסתן של פלטפורמות דיגיטליות להליך מוסיפה רובד נוסף לאפשרויות עיבוד המידע למטרות חיצוניות. המודלים העסקיים הטיפוסיים של פלטפורמות דיגיטליות מתמרצים אותן לאסוף ולעבד מידע על הצדדים וההליך לצורך מטרות עסקיות-מסחריות שלהן,⁵⁸ שהן חיצוניות להליך. דוגמאות לכך כוללות עיבוד מידע לצורך שיווק, פרסום ושיפור השירות וחויית המשתמש, בין היתר בעזרת יצירת פרופיל אישי של המשתמש, המשקף היבטים כמו העדפותיו, מאפייניו, מצבו הנפשי, נטיותיו, התנהגותו, עמדותיו, רמת האינטליגנצייה שלו, יכולותיו וסוגים נוספים של מידע אישי ורגיש.⁵⁹ בשנים האחרונות נוספה מטרה נוספת לעיבוד מידע כאמור: אימון מודלי בינה מלאכותית.⁶⁰ פלטפורמות ייעודיות לגישור צפויות לעבד מידע גם לצורך שיפור ופיתוח המוצר הגישורי שלהן, שהיא מטרה חיצונית להליך.⁶¹

⁵⁴ שם בעמ' 181, 187; MENKEL-MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 183. ⁵⁵ ראו פישר ויורי, לעיל ה"ש 46, בעמ' 56-80; KOVACH, לעיל ה"ש 4, בעמ' 236-237. פעולה זו מתבצעת לעיתים בגישות נפרדות של המגשרת עם כל אחד מהצדדים, כדי לעזור לצדדים להיפתח, לשתף מידע סודי ולאסוף מידע נוסף ונחוץ (שם). למען שלמות התמונה נציין, כי לצד הפעולות הגישוריות המהותיות, הליך הגישור כולל גם טיפול במידע למטרות אדמיניסטרטיביות, דוגמת הסדרת התשלום על שירותי הגישור, אשר מערב מידע חיצוני שאינו נוגע לתוכן ההליך.

⁵⁶ ראו: פרק 3א. ⁵⁷ התנהלות שכזו של המגשרת תיחשב לבלתי-אתית, ראו ארגון המגשרים בישראל, **קוד אתי וכללי אתיקה למגשרים, התשע"ז-2017** (עותק מצוי בידי המחברות). (להלן: קוד אתי למגשרים בישראל), שקובע בס' 61 כי "מגשר ימנע מלעשות כל שימוש כלכלי או אחר במידע".

⁵⁸ עמיר כהנא ותהילה שורף אלטשולר **אדם, מכונה, מדינה: לקראת אסדרה של בינה מלאכותית** 35-38 (2023). ⁵⁹ Eran Toch, Yang Wang & Lorrie F. Cranor, *Personalization and Privacy: A Survey of Privacy Risks and Remedies* 22 USER MODEL USER-ADAP INTER 203 (2012) *in Personalization-Based Systems*.

⁶⁰ כך למשל, רק לאחרונה, חברת "זום" עדכנה את הסכם השימוש ומדיניות הפרטיות באופן שמונע ממנה להשתמש בתוכן של הלקוח כדי לאמן מודלים של בינה מלאכותית. ראו: סעיף 10.2 להסכם השימוש של "זום", [Zoom /https://explore.zoom.us/en/terms](https://explore.zoom.us/en/terms) ומדיניות הפרטיות של "זום" [Zoom /https://explore.zoom.us/en/privacy](https://explore.zoom.us/en/privacy) (ביקור אחרון ביום 13.8.23). וכן, Smita Hashim, *How Zoom's Terms of Service and Practices Apply to AI Features* (7.8.23) [Zoom https://blog.zoom.us/zooms-term-service-ai/](https://blog.zoom.us/zooms-term-service-ai/).

⁶¹ למשל, מדיניות הפרטיות של חברת NextLevel Mediation מאפשרת לחברה להשתמש במידע אישי של המשתמשים למטרות כגון: ניתוח נתונים, זיהוי מגמות שימוש, קביעת היעילות של מסעות הפרסום שלה וכדי להעריך ולשפר את השירות, המוצרים, השירותים, השיווק והחוויה של המשתמש. [NextLevel https://nextlevelmediation.com/privacy-policy](https://nextlevelmediation.com/privacy-policy) (נכון ליום 22.6.23).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ג. שליטה על זרימת המידע בגישור המקוון ופגיעה באוטונומיה

שליטה בזרימת המידע היא עיקרון בסיסי שקשור באוטונומיית הפרט הן בראי הליך הגישור, הן בראי ההגנה על הזכות לפרטיות ולהגנת המידע. לכן, אנו טוענות כי פגיעה בשליטת הצדדים על זרימת המידע בשל השימוש בפלטפורמת הגישור המקוון עשויה להוביל לפגיעה באוטונומיה שלהם בקבלת החלטות בגישור וכן בפרטיותם. כתיבה ענפה רואה באוטונומיה ערך מרכזי בהליך הגישור, אשר בא לידי ביטוי בזכות הצדדים לשלוט על קבלת החלטות בגישור.⁶² אכן, הסעיף הראשון בקוד האתי למגשרים של ארגון המגשרים בישראל קובע כי "המגשר יקיים את הליך הגישור על יסוד עיקרון חופש הבחירה לצדדים ולו עצמו".⁶³ למרות מרכזיותה של זכות זו, לא קיימת הסכמה לגבי היקף תחולתה, משמעותה וחובות המגשרת שנובעות ממנה.⁶⁴ יש המתייחסים בעיקר לשליטת הצדדים על התוצאה ועל קבלת החלטות בדרך לתוצאה,⁶⁵ יש שמתייחסים בנוסף לשליטה על התהליך,⁶⁶ ויש הגורסים כי זכות השליטה של הצדדים כוללת גם את הזכות לשמירה על סודיות מפגשי הגישור והמידע שנמסר בהם.⁶⁷ תפיסה מרחיבה זו באה לידי ביטוי בנורמות מתחום הגישור המסדירות את סודיות ההליך.⁶⁸ אם כן, במונחים של זרימת מידע, אוטונומיית הצדדים בהליך מנביעה את זכותם לשלוט על זרימת המידע בגישור – הן *חיצונית* (למטרות חיצוניות לגישור ולגורמים חיצוניים לגישור) הן *פנימית* (בין משתתפי הליך הגישור ולמטרות הגישור). בהתאם לכך, את חובת סודיות ההליך ניתן להמשיג כשליטה על "זרימת המידע החיצונית" לגישור. במילים אחרות: כשמידע מתוך הגישור נמסר לגורמים חיצוניים לגישור ולמטרות חיצוניות לגישור מבלי שהצדדים נתנו לכך את הסכמתם, נפגעת שליטתם על זרימת המידע החיצונית. בגישורים מקוונים,

Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 NOTRE DAME L. REV. 775, 788–791 (1999). נעיר כי הספרות מזהה את האוטונומיה של הצדדים לגישור עם הזכות המשפטית להגדרה עצמית (self-determination), כששני המושגים משמשים לעיתים בערבוביה. כך למשל, יש הרואים בהגדרה העצמית ערך מרכזי בגישור שמשמעותו שליטת הצדדים על ההליך ועל התוצאה, ראו MENKEL-MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 66.

⁶³ קוד אתי למגשרים בישראל, לעיל ה"ש 57.

⁶⁴ OMER SHAPIRA, A THEORY OF MEDIATORS' ETHICS: FOUNDATIONS, RATIONALE, AND APPLICATION 127 (2016).
⁶⁵ Nolan-Haley, לעיל ה"ש 62, בעמ' 790–791 (על הקשר בין ערך האוטונומיה לעקרון ההסכמה מדעת, כאשר שליטה על התוצאה היא רכיב של האוטונומיה).

⁶⁶ גישה זו אומצה בארצות הברית במסגרת Standard I.A בקוד האתי למגשרים, ראו: Model Standards of Conduct for Mediators.

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/dispute_resolution/dispute_resolution/model_standard_ds_conduct_april2007.pdf (להלן: "הקוד האתי למגשרים בארה"ב"). ראו גם: Peter Reilly, *The Unfulfilled Promise of Self-Determination in Court-Connected Mediation* FLA. ST. U. L. REV. (2023) (ריילי גורס כי לצדדים צריכה להיות השפעה

קונקרטי על עיצוב ההליך).

⁶⁷ EDWARD BRUNET & CHARLES B. CRAVER, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: THE ADVOCATE'S PERSPECTIVE 230 (Charles B. Craver ed., 2d ed. 2001). ("The parties' control over their own destiny in mediation extends to agreements to keep their sessions confidential").

⁶⁸ ראו הדיון בפרק 3. ביטוי מפורש לשליטת הצדדים בהקשר של סודיות ההליך מצוי בסעיף 63 לקוד האתי למגשרים בישראל, אשר קובע כי "המגשר יקפיד הקפדה יתרה לשמור על הנאמר ועל מה שנמסר בגישור בסודיות מוחלטת, אלא אם קיבל רשות מלקוחותיו לנהוג אחרת – רצוי בכתב." (ההדגשה אינה במקור – ר.ר. וא.ס.). הוראה דומה מופיעה ב-Standard V.A. בקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 66.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

פגיעה זו יכולה להתרחש בשל פעולות עיבוד מידע של הפלטפורמה הדיגיטלית, בשל סיכוני אבטחת מידע שמובילים לזליגתו של מידע מחוץ לגישור כמו גם בשל פעולות של הצדדים והמגשרת. באופן דומה, ניתן לראות את שליטת הצדדים על קבלת החלטות ועל התוצאה בגישור כשליטה על "זרימת המידע הפנימית לגישור", שכן המדובר בפעולות תקשורת שכרוכה בהן העברת מידע בין הצדדים למגשרת ובפעולות ניתוח מידע המשמשות לצורך קבלת החלטות בגישור. פגיעה בשליטה על זרימת המידע הפנימית עשויה להתרחש, למשל, כאשר המגשרת משתמשת באסטרטגיה של פגישות נפרדות ובהמשך מגלה מידע שמסר לה אחד הצדדים בפגישה פרטית לצד השני, ללא הסכמתו של הראשון, כאשר היא מעבירה מידע בין הצדדים באופן סלקטיבי וללא ידיעתם,⁶⁹ או כשהיא מפעילה עליהם לחץ למסור מידע או להתפשר.⁷⁰ בהליך מקוון, פגיעה בשליטת הצדדים יכולה להיגרם באופנים נוספים חדשים, שבהם אנו דנות בהרחבה בפרק 4. דוגמה אחת היא בעיות בהגדרת הרשאות גישה למידע בפלטפורמה, שעשויות לאפשר לצד לגישור לצפות במידע שנאסף מהצד השני ללא הסכמתו או ידיעתו באופן שמוביל לפגיעה בסודיות ההליך ועשוי להשפיע על ההליך ותוצאותיו. דוגמה נוספת נוגעת לפעולות ניתוח מידע אוטומטיות שמבצעת הפלטפורמה, אשר תוצריהן עשויים להשפיע על קבלת ההחלטות של הצדדים.

שליטתו של הפרט על זרימת המידע על אודותיו משקפת עיקרון מרכזי גם בתחום הגנת הפרטיות.⁷¹ הסוציולוג אלן ווסטין המשיג את הזכות לפרטיות כזכות לשלוט במידע על האדם כשהגדיר "פרטיות" כתביעה של יחידים, קבוצות או מוסדות לקבוע בעצמם מתי, כיצד ובאיזה היקף מידע על אודותיהם יועבר לאחרים.⁷² תפיסתו של ווסטין, שאומצה גם בישראל,⁷³ מזהה את שליטת הפרט על המידע האישי שלו עם הזכות לאוטונומיה.⁷⁴ בעולם של טכנולוגיות מידע, שליטה על זרימת המידע אינה מוגבלת לשלב העברת המידע מהאדם מושא המידע לאחרים, אלא היא משתרעת על כל גלגוליו של המידע, החל מאיסוף המידע, דרך השימוש בו, ועד לאחסונו ואף מחיקתו.⁷⁵ לכן, הזכות לפרטיות מלווה באגד זכויות נרחב שעניינן הגנת המידע האישי.⁷⁶ הקשר בין הזכות

⁶⁹Nolan-Haley, לעיל ה"ש 62, בעמ' 806.

⁷⁰ על הפעלת לחץ על הצדדים מצד המגשרת ראו שפירא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 402.

⁷¹ ראו בירנהק, לעיל ה"ש 49, בעמ' 89-108; סאני קלב "אני מחליט עלי" – פרטיות של ילדים בעידן הדיגיטלי והזכות לחזרה מהסכמה הורית" עיוני משפט מא 61, 68-70 (2018).

⁷² ALAN F. WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 7 (1st ed. ed. 1967). "Privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others"; ראו גם GERALD DWORKIN, *THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY* 103 (1988). ("Privacy consists of the ability of an individual to maintain control of the information about himself that is available to others.")

⁷³ ראו בירנהק, לעיל ה"ש 49, בעמ' 35 ("בהקשר הישראלי אני סבור כי עמדת הפרטיות כשליטה מבטאת את המצב המשפטי הקיים").
⁷⁴ Alan F. Westin, *Science, Privacy, and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's. Part I--The Current Impact of* 66 *COLUM. L. REV.* 1003, 1022 (1966) ("This analysis of the various states of privacy is useful in discussing the basic question of the functions privacy performs for individuals in democratic societies. These can also be grouped conveniently under four headings — personal autonomy, emotional release, self-evaluation, and limited (and protected communication...")

⁷⁵ Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 *U. PA. REV.* 477 (2006).

⁷⁶ ראו הדיון ב"עיבוד מידע" בחקיקות בתחום בהמשך בפרק 3.ii.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

לפרטיות ולהגנת מידע לבין אוטונומיה אישית ניכר גם בתפיסתה של הלן ניסנבאום את הזכות לפרטיות בעידן טכנולוגיות המידע כמושג תלוי הקשר ונורמות חברתיות,⁷⁷ שכן היא מדגישה את מרכזיות הפרט בהבנת השימוש במידע עליו בהקשר נתון כפגיעה בפרטיות.

לסיכום, פגיעה בשליטת הצדדים על זרימת מידע בהליך הגישור מהווה פגיעה בזכות לשליטה על קבלת החלטות בגישור וכן בזכות לפרטיות ולהגנת מידע, ושתיהן משקפות פגיעה באוטונומיה של הצדדים. המעבר לניהול הליכי גישור באמצעות פלטפורמות דיגיטליות מעורר קשיים חדשים לעניין זה, הן מבחינת סוגי המידע החדשים שנוצרים והן מבחינת השימוש במידע למטרות פנימיות וחיצוניות. כך במיוחד כאשר מי שעושה שימוש במידע זו הפלטפורמה הדיגיטלית. בטרם נדון בהרחבה בסיכונים הספציפיים שמתעוררים, הפרק הבא מנתח את הנורמות שמסדירות פעולות אלה.

3. הנורמות המסדירות את זרימת המידע בגישור מקוון

זרימת המידע בהליך הגישור המקוון מוסדרת באמצעות שתי מסגרות נורמטיביות עיקריות. המסגרת הראשונה, נורמות מתחום הגישור, כוללת חקיקה בתחום הגישור, נורמות אתיות החלות על מגשרים והסדרים חוזיים בהסכם הכניסה לגישור ובהסדר הגישור.⁷⁸ המסגרת הנורמטיבית השנייה מתווספת לזו הגישורית על רקע השימוש בפלטפורמה הדיגיטלית. בהקשר הנדון כאן, היא כוללת חקיקה בתחום הגנת הפרטיות והמידע האישי והסדרים משפטיים חוזיים ומעין-חוזיים שמעוגנים בהסכם השימוש ומדיניות הפרטיות של חברות הפלטפורמה. כפי שנראה בפרק הבא, המפגש בין שתי המערכות הנורמטיביות אינו מספק פתרון הולם לסיכונים שמתעוררים בשל זרימת המידע בגישורים מקוונים. על כך נוסף, כי גם סטנדרטים וולונטריים המבקשים להסדיר באופן ספציפי הליכי יישוב סכסוכים מקוונים (ODR)⁷⁹ אינם מספקים מענה ממצה לקשיים המתעוררים.

מבין שלושת השחקנים העיקריים בהליך הגישור המקוון – הצדדים, המגשרת וחברת הפלטפורמה המשמשת לגישור,⁸⁰ חברות הפלטפורמה מעוררות את מרב הקשיים, ועיקר הדיון מוקדש להן. מטרתנו אינה לסקור באופן

⁷⁷ תפיסה זו הוצגה לראשונה על ידי הלן ניסנבאום, ראו: HELEN FAY NISSENBAUM, PRIVACY IN CONTEXT : TECHNOLOGY, POLICY, AND THE INTEGRITY OF SOCIAL LIFE (2009).

⁷⁸ על הליך הגישור חלות גם נורמות מתחומי משפט אחרים כמו דיני ראיות, דיני חוזים ודיני פרטיות.
⁷⁹ ראו למשל American Bar Association, Section of Dispute Resolution, *Guidance for Online Dispute Resolution (ODR)* (2022). https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/dispute_resolution/leadership/odr-guidance.pdf.

⁸⁰ בהליך הגישור משתתפים לעיתים גורמים נוספים כמו עורכי דין, מומחים, עדים ועוד, שלא נעסוק בהם כאן, ראו-MENKEL MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 165.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ממצה את כלל הנורמות שחלות על הליכי גישור מקוון, אלא להניח תשתית שתאפשר להדגים את הקשיים והמתחים שמתעוררים במפגש של שתי המערכות הנורמטיביות האמורות בכל הנוגע להסדרת הסיכונים לפרטיות, הגנת המידע האישי והאוטונומיה של הצדדים.

א. זרימת המידע בגישור מקוון בראי נורמות מתחום הגישור

נקודת המוצא של הדיון נוגעת למגבלות על פעולות של המגשרת במידע שנמסר בגישור שמצויות בחקיקת הגישור⁸¹ ובקודים אתיים של מגשרים⁸² בישראל. מגבלות אלו, שנוגעות לסודיות המידע ולניתוח המידע, מסדירות את זרימת המידע הפנימית והחיצונית בהליך, בין אם הגישור מתקיים פנים אל פנים ובין אם הוא מתקיים באופן מקוון. כך, אוטונומיית הצדדים באה לידי ביטוי בשליטתם על זרימת המידע בהליך, וזו משתקפת בנורמות שמסדירות את חובות המגשרת ביחס למידע. כפי שנראה, קושי מרכזי בהחלת נורמות אלה על פלטפורמות גישור נוגע לכך שמעמדן בהליך אינו מוסדר בחקיקת הגישור ובקודים האתיים למגשרים, ולצידו מתעוררים אתגרים משמעותיים שנובעים מניהול המידע בפלטפורמות דיגיטליות.

i. תחולת נורמות מתחום הגישור על זרימת מידע פנימית וחיצונית בהליך

זרימת המידע הפנימית בהליך, קרי בין משתתפי הליך הגישור ולמטרות הגישור, נוגעת בעיקרה לפעולות תקשורת וניתוח מידע. כדי למנוע פגיעה בשליטת הצדדים על פעולות תקשורת במסגרת ההליך, נורמות גישוריות מטילות חובת סודיות על המגשרת שחלה בנסיבות מסוימות גם על מסירת מידע בין הצדדים להליך. כך, תקנות הגישור קובעות כי על המגשרת לשמור על סודיות מידע שמסר לה צד בפגישה פרטית, ולא להעבירו לצד השני אם הצד שמסר את המידע דרש זאת.⁸³ נורמה דומה מופיעה גם בחלק מהקודים האתיים למגשרים.⁸⁴ כדי למנוע פגיעה בשליטת הצדדים על זרימת המידע הפנימית במסגרת פעולות ניתוח מידע, נורמות גישוריות מתייחסות לחובת המגשרת לנהל את ההליך תוך שמירה על אוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות, התנהלות

⁸¹ לצורך חיבור זה הביטוי "חקיקת הגישור בישראל" יתייחס לסעיף 79ג. לחוק בתי המשפט, לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993 (להלן: "תקנות הגישור") ולתקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים), התשע"ח–2017 (להלן: "תקנות רשימת המגשרים").

⁸² בישראל הופיעו כמה קודים אתיים למגשרים, שהבולטים שבהם הם: הקוד האתי של ארגון המגשרים בישראל, לעיל ה"ש 5757; וכן קוד אתי למגשרים חברי לשכת המגשרים בישראל (2017) (עותק מצוי בידי המחברות). לסקירת קודים אתיים נוספים, ראו: כרמלה זילברשטיין ועומר שפירא, **אתיקה של גישור: קודים אתיים והתמודדות עם דילמות** (2018).

⁸³ לשון סעיף 105 לתקנות הגישור: "מסר בעל דין מידע למגשר תוך דרישה לשומרו בסוד, ישמור המגשר על סודיות המידע כלפי כל בעל דין אחר, אלא אם כן ויתר מוסר המידע על הסודיות".

⁸⁴ ראו למשל: קוד אתי למגשרים (2018) **אתיקה של גישור** <https://mediatorethics.com/mediator-ethics-code-2018/> שקובע בסטנדרט 5.ג. כי "המגשר רשאי לגלות מידע שהגיע לידיעתו במהלך הגישור בנסיבות המפורטות להלן: ... (2) המידע נמסר למגשר בפגישה נפרדת ומוסר המידע הסכים לגילוי". כלל דומה קיים במסגרת STANDARD V.B. לקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 66.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ללא משוא פנים וניטרליות.⁸⁵ בחקיקת הגישור הישראלית, זכות הצדדים לשליטה על קבלת החלטות נעוצה בהגדרת הליך הגישור ככזה שמחייב את הסכמת הצדדים ליישוב הסכסוך, ואינו כולל סמכות הכרעה של המגשרת.⁸⁶ מקובל להבין שליטה על קבלת ההחלטות כאפשרות לקבל החלטה מושכלת מרצון, וללא כפייה, ולכן תקנה 6(1) לתקנות הגישור קובעת את זכות הצדדים להיוועץ במהלך ההליך עם מי שיחפצו וכן להפסיק את ההליך בכל שלב. נוסף על כך, תקנות הגישור קובעות כי "במילוי תפקידו ינהג המגשר בהגינות, בתום לב וללא משוא פנים"⁸⁷ וכן הן אוסרות על ביצוע גישור במצב של ניגוד עניינים.⁸⁸ בדומה לכך, בארצות הברית זכות הצדדים לשליטה על קבלת החלטות בגישור מופיעה במפורש בקוד האתי למגשרים⁸⁹ כשנוסף לה חיזוק גם בחוק הגישור האחיד,⁹⁰ בדמות כללים בדבר הפחתת פוטנציאל הכפייה בהליך⁹¹ וחובת ניטרליות והיעדר משוא פנים של המגשרת.⁹²

הניטרליות של המגשרת קשורה גם בשאלה האם מותר לה לתת לצדדים מידע משפטי,⁹³ מידע ביחס לחלופות להסדר⁹⁴ וכן הצעה לפתרון הסכסוך. חקיקת הגישור בישראל מתירה למגשרת לתת לצדדים מידע משפטי כל עוד הוא בתחום התמחותה ובתנאי שהוא ניתן כיעוץ, ולא כחוות דעת מקצועית.⁹⁵ לצד זאת, ההסכם המצוי שבתקנות הגישור קובע כי המגשרת רשאית להציע לבעלי הדין פתרונות לסכסוך ולהביא בפניהם הצעות להסדר גישור.⁹⁶ עם זאת, נציין כי הקוד האתי של ארגון המגשרים מסייג את השימוש בטכניקה זו,⁹⁷ גם אם לא שולל אותה כליל.⁹⁸ כבר עתה ניתן להבחין כי כאשר פלטפורמת גישור ייעודית מנתחת עבור הצדדים את האינטרסים

⁸⁵ Nolan-Haley, לעיל ה"ש 62, בעמ' 837; KOVACH, לעיל ה"ש 4, בעמ' 211; MENKEL-MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 162. הקשר בין אוטונומיית הצדדים וניטרליות המגשרת בא לידי ביטוי בכך שקבלת המגשרת (Acceptability) על ידי הצדדים עשויה להתבסס, בין היתר, על תפיסתם אותה כניטרלית, חסרת פניות ועצמאית ביחס לנושאים ולצדדים במחלוקת, ראו MOORE, לעיל ה"ש 7, בעמ' 20.

⁸⁶ ס' 79(א) לחוק בתי המשפט. ראו גם ס' 1 לקוד האתי של ארגון המגשרים בישראל, לעיל ה"ש 57 ("חופש בחירה – וולונטריות ההליך. המגשר יקיים את הליך הגישור על יסוד עיקרון חופש הבחירה לצדדים ולו עצמו").

⁸⁷ ס' 5(א) לתקנות הגישור.
⁸⁸ ס' 5(ב) לתקנות הגישור ("המגשר יסרב לקבל מינוי... אם... (2) הוא עלול, לדעתו, להימצא, במישרין או בעקיפין, במצב של ניגוד עניינים").

⁸⁹ STANDARD I. לקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 66.
⁹⁰ Uniform Law Commission, *Uniform Mediation Act*, (2001, amended 2003) (להלן: חוק הגישור האחיד האמריקאי).

⁹¹ למשל כללים בדבר הגבלת הפוטנציאל לכפיית פשרות (שם, בס' 9(a)) ובדבר הזכות לנוכחות עורך דין או גורם תומך אחר בפגישת הגישור (שם, בס' 10).

⁹² ס' 9 בחוק הגישור האחיד האמריקאי. STANDARD II.(A) בקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 81, מגדיר משוא פנים כחופש מהעדפות, הטיות ודעות קדומות.
⁹³ Nolan-Haley, לעיל ה"ש 62, בעמ' 837.

⁹⁴ MICHAEL L. MOFFITT, DISPUTE RESOLUTION: EXAMPLES & EXPLANATIONS (Andrea Kupfer Schneider ed., Fourth ed. 86 (2020).

⁹⁵ סעיף 5(ו) לתקנות הגישור. על התייחסות של קודים אתיים לפרקטיקת ההערכה ועל ההבחנה בין מסירת מידע, ייעוץ וחוות דעת ראו שפירא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 415–417. יצויין כי STANDARD VI. A.(5) בקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 66, קובע כי המגשרת רשאית לספק מידע שהיא מוסמכת לספק מכוח הכשרה או ניסיון, רק אם היא יכולה לעשות זאת בהתאם לכללים, ובהם השמירה על ניטרליות והיעדר משוא פנים.

⁹⁶ סעיף 12 להסכם המצוי.
⁹⁷ סעיף 50 לקוד האתי של ארגון המגשרים, לעיל ה"ש 66 ("לצורך קיום הקשבה נקייה וניטרלית יימנע המגשר ככל שניתן מלהעמיד הצעה מטעמו לסיום המחלוקת שלא על דרך של הליך סיעור מוחות מקובל").

⁹⁸ שם, בסעיף 51 ("...ה'הצעת מגשר', הגם שאינה מומלצת כלל, לא תחשב כהפרה של חובת ניטרליות המגשר כל עוד נעשתה בסיומו של ניהול הליך גישור מלא... " (הסעיף קובע תנאים נוספים)).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המשותפים, חוזה את התוצאה הצפויה בהליך משפטי או מספקת להם הצעת פשרה, היא מבצעת הלכה למעשה פעולות ניתוח מידע שנתונות להסדרה כאשר הן מבוצעות על ידי המגשרת.

בניגוד לזרימת המידע הפנימית – בין משתתפי ההליך ולמטרות הגישור, זרימת מידע חיצונית לגישור משמעה שימוש במידע למטרות חיצוניות לגישור והעברתו לגורמים חיצוניים לגישור. כאשר זו נעשית בניגוד לנורמות מתחום הגישור, נפגעת שליטתם של הצדדים על זרימת המידע החיצונית ומופרת סודיות הגישור. סודיות הגישור במובנה זה נחשבת לערך מרכזי וחיוני של ההליך שמאפשר לקדם את יישוב הסכסוך בין הצדדים.⁹⁹ לפיכך, אין זה מפתיע כי דיני הגישור, כללי אתיקה של מגשרים וגם הסכמי גישור נוטים לתת משקל רב לסודיות ההליך.¹⁰⁰ הנחת היסוד היא כי סודיות הגישור מאפשרת לצדדים לחשוף מידע חשוב כמו גם את האינטרסים והצרכים שלהם באופן שמקדם ניהול משא ומתן חופשי ואת יישוב הסכסוך,¹⁰¹ באמצעות הסרת החשש שהמידע ישמש כנגדם בהליך משפטי¹⁰² או שפרטיותם ופרטיות ההליך ייפגעו.¹⁰³ יש מלומדים הקושרים בין סודיות ההליך לבין תועלות נוספות, ובהן בניית אמון בין הצדדים למגשרת ותפיסתה כגורם ניטרלי.¹⁰⁴

חקיקת הגישור בישראל מסדירה את זרימת המידע החיצונית באמצעות נורמות של סודיות אשר מגבילות שימוש במידע שנמסר בגישור בהליכים שיפוטניים ועיבוד של המידע למטרות חיצוניות כלליות. היקף תחולתן של נורמות אלו רחב – הן מתייחסות לכל מידע שנמסר במהלך הגישור, ללא תלות בסוג המידע ובמידת סודיותו או רגישותו.¹⁰⁵ את הגבלת השימוש במידע בהליכים שיפוטניים מסדירים הכלל בדבר איקבילות ראייתית בהליך משפטי אזרחי¹⁰⁶ והוראת הסודיות כלפי כולי עלמא החלה על המגשרת,¹⁰⁷ שמהם גזרו בתי המשפט חיסיון יחסי

⁹⁹ KOVACH, לעיל ה"ש 4, בעמ' 262; MENKEL-MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 255; Brunet, לעיל ה"ש 67, בעמ' 229. תקציר חוק הגישור האחד האמריקאי, dispute resolution, as a means of mediation, "one of the most important factors promoting mediation as a means of dispute resolution, namely the parties' ability to depend on the confidentiality of the proceeding ...")

¹⁰⁰ לשם המחשה, פרק ח' בקוד האתי למגשרים בישראל, לעיל ה"ש 81, אשר עוסק בסודיות וחסיון הגישור, מקיף 28 סעיפים והוא הפרק הארוך ביותר בקוד.

¹⁰¹ KOVACH, לעיל ה"ש 4. ראו גם: לימור זרגוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" **שערי משפט** ג(1) 165, 166–170 (תשס"ב).
¹⁰² GOLDBERG ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 223; Brunet, לעיל ה"ש 67, בעמ' 229; בחוק הגישור האחד האמריקאי, היכולת של הצדדים לדבר בכנות נחשבת כהכרחית להצלחת הגישור ולהגעת הצדדים להסכם מרצון, כפי שעולה מתקציר החוק ("The Act's prime concern is keeping mediation communications confidential. Parties engaged in mediation, as well as non-party participants, must be able to speak with full candor for a mediation to be successful and for a settlement to be voluntary. For this reason, the central rule of the Act is that a mediation communication is confidential, and if privileged, is not subject to discovery or admission into evidence in a formal proceeding.")

¹⁰³ Brunet, לעיל ה"ש 67, בעמ' 229.

¹⁰⁴ KOVACH, לעיל ה"ש 4, בעמ' 264; Moffit, לעיל ה"ש 94, בעמ' 118; MENKEL-MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 7, בעמ' 256.
¹⁰⁵ כך, סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט מתייחס ל"דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור" וסעיפים 5(ד) ו-5(ה) לתקנות הגישור מתייחסות למידע שנמסר במהלך הגישור.

¹⁰⁶ סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט הקובע כי "דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור, לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי". גם סעיף 3(ב) לתקנות הגישור קובע כי "בית-המשפט יסביר לבעלי-הדין כי דברים שיימסרו במסגרת הליך הגישור לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי...". להרחבה ראו: זרגוטמן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 177.

¹⁰⁷ סעיף 5(ה) לתקנות הגישור.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

של הליכי גישור,¹⁰⁸ ולצידם נורמות חוזיות בהסכם המצוי.¹⁰⁹ הגבלת עיבוד המידע למטרות חיצוניות כלליות מוסדרת באמצעות כללי סודיות החלים על מגשרים, שלפיהם "המגשר לא ישתמש בכל מידע שנמסר לו במהלך הגישור... לכל מטרה זולת הגישור"¹¹⁰ וכן "לא יגלה כל מידע שנמסר לו במהלך הגישור למי שאינו צד לגישור".¹¹¹ כללים ברוח זו קבועים גם בקוד האתי למגשרים בישראל.¹¹² ישנם קודים אתיים שמפרטים סוגי מידע ספציפיים שגילויים אסור, ובהם מידע על התנהגות הצדדים בגישור ומידע שפוגע באנונימיות של הצדדים, ואף מחייבים את המגשרת לדון עם הצדדים בהיקף סודיות ההליך.¹¹³ בדומה לתקנות הגישור, חוק הגישור האחד האמריקאי קובע כי כל אמירה בעל פה או בכתב, מילולית או לא מילולית, המתרחשת במהלך גישור היא בבחינת "תקשורת גישור"¹¹⁴ אשר נתונה להגנות של סודיות וקבילות ראייתית בהתאם להסכמת הצדדים ולחוק.¹¹⁵ מודל זרימת המידע שהוצג בפרק הקודם המחיש כי במעבר לגישור מקוון נוצרים סוגי מידע חדשים וכי חברות הפלטפורמה נוטות לעבד מידע על הגישור ועל משתתפיו גם למטרות חיצוניות לגישור, באופנים שעשויים להפר את סודיותו.

ii. תחולת נורמות מתחום הגישור על פלטפורמות גישור מקוון

אף שהכתיבה האקדמית זיהתה כבר לפני כחצי יובל את חשיבותה של הפלטפורמה כ"צד רביעי" בהליך, כמי שמשפיעה על התנהלות הצדדים ועל תוצאות ההליך,¹¹⁶ נכון להיום חקיקת הגישור אינה מסדירה את חובותיה של חברת הפלטפורמה בהליך הגישור, וקיימת עמימות באשר למעמדה החוקי בהליך.¹¹⁷ אתגר בסיסי נוגע לכך שתחת חקיקת הגישור הישראלית קשה לראות בחברת הפלטפורמה כ"מגשרת", על החובות שכרוכות בכך, כפי שפורטו בחלק א.3.i.¹¹⁸ ראשית, ההגדרה המהותית של מגשרת, כמי שתפקידה "לסייע בידי בעלי-הדין להגיע

¹⁰⁸ במשך השנים, פורשו הוראות אלה כמקימות חיסיון יחסי של הליכי גישור בתובענה שהועברה לגישור לפי ס' 79ג(ב) לחוק בתי המשפט (ראו למשל: רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס" 3 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו) 6.3.2013); רע"א 86/23 בלו מרבבל בע"מ נ' רום גבס חיפוי וקירוי (1997) בע"מ, סעיף 10 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו) 13.2.2023). להרחבה, ראו למשל יצחק עמית "קבילות, סודיות, חסיונות ואינטרסים מוגנים: הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי" ספר אורי קיטאי 247 (יצחק עמית 2007).

¹⁰⁹ למשל: סעיפים 2 ו-2א להסכם המצוי שבתקנות הגישור הקובעים כי בעלי הדין מתחייבים לא להזמין את המגשר למסור עדות, לא למסור לבית המשפט דברים שנאמרו בהליך הגישור ולא להציג מסמכים בכל עניין שהועלה.

¹¹⁰ ס' 5(ד) לתקנות הגישור.

¹¹¹ ס' 5(ה) לתקנות הגישור.

¹¹² פרק ח' לקוד האתי למגשרים בישראל העוסק בחובות סודיות וחסיון, לעיל ה"ש 57.

¹¹³ ראו למשל סטנדרט א.5(1) לקוד האתי למגשרים בישראל, לעיל ה"ש 57, אשר קובע כי "המגשר ידון עם הצדדים בהיקף הסודיות החל על ההליך ועל המגשר ובקיומו של חיסיון והיקפו", וסטנדרט א.5(2) שם, אשר קובע כי "המגשר יקדם הבנה של הצדדים לגבי היקף הסודיות שתישמר על ידם בנוגע למידע שהגיע לידיעתם במהלך הגישור".

¹¹⁴ ס' 2(2) לחוק הגישור האחד האמריקאי המגדיר "Mediation communication".

¹¹⁵ ס' 4-6 ו-8 לחוק הגישור האחד האמריקאי. ראו גם STANDARD V לקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 81, שקובע הוראות דומות.

¹¹⁶ Katsh and Rifkin, לעיל ה"ש 1, בעמ' 93-95.

¹¹⁷ ראו למשל: Pablo Cortes, *Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers*, 19 IJLIT. 1 (2011).

¹¹⁸ למען שלמות התמונה נציין כי יש קושי לראות בפלטפורמת הגישור "צד" בהליך שכן חקיקת הגישור מתייחסת ל"בעלי דין". למשל, הליך הגישור מוגדר בסעיף 79ג(א) לחוק בתי המשפט כ"הליך שבו נועד מגשר עם בעלי-הדין...". חוק הגישור האחד האמריקאי מגדיר בס' 2 "צד לגישור" כמי שהסכמתו נחוצה לפתרון הסכסוך, ואף שהסעיף מתייחס גם ל"משתתף שאינו צד להליך" (Nonparty Participant), גם הגדרה זו מוגבלת למשתתפים אנושיים.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

להסכמה על יישוב סכסוך שביניהם בהליך גישור בדרך של ניהול משא ומתן חופשי¹¹⁹, מוציאה מגדרה פלטפורמות גנריות דוגמת "זום", שכן הן כשלעצמן אינן מסייעות לצדדים ליישב את הסכסוך, אלא מספקות שירותים כלליים (למשל תקשורת). שנית, תחת הדין הישראלי יש קושי לראות גם בפלטפורמה ייעודית לגישור כ"מגשר". אף שהגדרת מגשר בחוק בתי המשפט אינה מתייחסת מפורשות ל"אדם"¹²⁰, בחינה כוללת של המסגרת הנורמטיבית מצביעה על כוונה להחילה על מגשרים אנושיים בלבד. כך למשל, סעיפים 3 ו-4 לתקנות רשימת המגשרים, אשר עוסקים בתנאי הכשירות להיכללות ברשימת המגשרים, מתייחסים לאדם טבעי¹²¹, ותפיסה דומה מופיעה בכללי האתיקה למגשרים¹²². על כך יש להוסיף כי גם סטנדרטים מתקדמים של ODR אינם מטילים על ספקי השירותים הדיגיטליים חובות ניהול מידע וחובות סודיות דומות לאלו המוטלות על מגשרים¹²³. אף שנראה כי חקיקת הגישור אינה חלה על פלטפורמות הגישור, חברות אלו כפופות לנורמות אחרות שמסדירות את זרימת המידע בהליך, ובראשן נורמות מתחום הגנת המידע האישי.

ב. זרימת המידע בגישור מקוון בראי נורמות מתחום הגנת המידע האישי והפרטיות

חוק הגנת הפרטיות קובע כי פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית¹²⁴. מבחינת המגשרת והצדדים, מסירת מידע פנימי לגישור באופן שמפר את חובת הסודיות שלהם בהתאם לדין או להסכם הגישור מהווה פגיעה בפרטיות¹²⁵. בניגוד לכך, נראה כי פלטפורמת הגישור, כמי שאינה נחשבת צד להסכם הגישור או מגשרת, אינה באה בגדרי איסור זה. עם זאת, על הפלטפורמה חלים הסדרים אחרים, ובראשם ההסדרים שבפרק ב' לחוק, שעוסק במאגרי מידע. פלטפורמות גישור ייעודיות וגנריות כאחת צפויות להיחשב כמאגר מידע¹²⁶, שעליו חלות חובות שונות. בכל הנוגע לשליטת הצדדים על זרימת המידע בהליך, על פלטפורמת גישור חלה החובה להודיע למושאי המידע

¹¹⁹ ס' 79ג(א) לחוק בתי המשפט.

¹²⁰ הגדרת "מגשר" בסעיף 79ג(א) לחוק בתי המשפט היא "מי שתפקידו לסייע בידי בעלי-הדין להגיע להסכמה על יישוב סכסוך שביניהם בהליך גישור בדרך של ניהול משא ומתן חופשי".

¹²¹ למשל, דרישות השכלה, הערכה אישית וריאיון מקצועי. ראו גם: הצעת חוק הגישור, התש"ף-2020, ה"ח 843.

¹²² ראו למשל: הקוד האתי של ארגון המגשרים בישראל, לעיל ה"ש 57, בו מוגדר כי הוא חל על חברי הארגון. וגם ההקדמה (Preamble) לקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 66.

¹²³ ראו למשל: סעיף 4 לסטנדרטים של ICODR, לעיל ה"ש 79, העוסק בסודיות, ואינו מטיל חובות ספציפיות על ספקי השירותים. הנחיות לשכת עורכי הדין האמריקאית להליכי יס"מ, לעיל ה"ש 79, אומנם קובעות ב"Standard VI.C" כי "An ODR system should meet prevailing standards of privacy and confidentiality", אך אין בהן כל התייחסות לאופן שבו יוחלו הסטנדרטים או לסיכונים הייחודיים שנובעים מניהול מידע גישור באופן דיגיטלי.

¹²⁴ ס' 4 לחוק הגנת הפרטיות. כמו כן, ס' 5 לחוק קובע כי כאשר הפגיעה נעשית במזיד, היא מהווה עבירה פלילית.

¹²⁵ ס' 7(2) ו-8(2) בהתאמה לחוק הגנת הפרטיות.

¹²⁶ ס' 7 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר "מאגר מידע" כ"אוסף נתוני מידע, המוחזק באמצעי מגנטי או אופטי והמיועד לעיבוד ממוחשב"; "מידע" מוגדר שם כ"נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו ואמונותיו". עם זאת, בתי המשפט הרחיבו מאוד את הגדרת המידע האישי כדי להתאים את החוק לעידן המידע, בין היתר הסעיף פורש ככולל נתוני מיקום, נתוני תקשורת ונתוני הרגלי צריכה שיש בהם כדי ללמד על מידע כמובנו בחוק. ראו: הרשות להגנת הפרטיות "גילוי דעת: מהם 'מידע', וידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם' בחוק הגנת הפרטיות" **משרד המשפטים** (20.12.2022)

https://www.gov.il/he/pages/legat_terms2022

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

(משתתפי ההליך) כי בכוונתה לאסוף ולעבד מידע עליהם למטרה מסוימת (עקרון צמידות המטרה)¹²⁷ וכן החובה לקבל את הסכמתם לכך (עקרון ההסכמה).¹²⁸ הפרת חובות אלה מהווה אף היא עוולה בניזקין.¹²⁹ עם זאת, כפי שנראה בהמשך, גם אם הפלטפורמה תעשה שימוש במידע פנימי לגישור (שמהווה "מידע" כמובנו בחוק הגנת הפרטיות) למטרות חיצוניות לגישור, ספק אם במסגרת המשפטית הנוכחית היא תפר את החוק. בטרם נדון בטעמים לכך, ראוי לציין כי קיימת הסכמה רחבה שחוק הגנת הפרטיות בנוסחו הנוכחי אינו מותאם למציאות העידן הדיגיטלי, ואכן בשנים האחרונות הוצגו כמה הצעות חוק לתיקונו.¹³⁰ אף שההצעות לא הבשילו לכדי חקיקה, ניכרת בהן ההכרה בצורך "להתאים את הגדרות המונחים שבחוק... להתפתחויות הטכנולוגיות, החברתיות והמשקיות מרחיקות הלכת שהתרחשו מאז נחקק החוק, ולהסדרים מודרניים של הגנת מידע אישי... ובראשם רגולציית הגנת המידע של האיחוד האירופי."¹³¹

אכן, חקיקות הגנת מידע מתקדמות מטילות חובות נרחבות יותר על מי שאוסף ומעבד מידע וכן קובעות סל זכויות נרחב יותר למושאי המידע. כך למשל, תקנות הגנת המידע האירופיות (GDPR)¹³² יוצרות מערך רגולטורי שמסדיר את מעמדן של חברות פלטפורמה כ"בעלות השליטה" במידע (controller)¹³³ או "מעבדות" המידע (processor),¹³⁴ תוך קביעת חובות הנוגעות להגנה על זכויות מושאי המידע ביחס לאיסוף ועיבוד מידע עליהם.¹³⁵ בין היתר, התקנות מחייבות את הפלטפורמה להציג בסיס חוקי לעיבוד המידע,¹³⁶ קובעות דרישות מחמירות לעניין קבלת הסכמת מושאי המידע לעיבוד המידע¹³⁷ וצמידות המטרה בעיבוד,¹³⁸ וכן זכויות שונות של מושא המידע, לרבות לעניין מחיקת המידע¹³⁹ ועיבודו בכלים אלגוריתמיים.¹⁴⁰

עם זאת, הן תחת הדין הישראלי והן תחת תקנות הגנת המידע האירופיות המחמירות יותר, ספק אם הצדדים בגישור מקווים מממשים את שליטתם בזרימת המידע מול פלטפורמת הגישור. כאמור, זרימת המידע בין משתתפי ההליך לפלטפורמה אינה מוסדרת בהסכם הכניסה לגישור או בנורמות מתחום הגישור,¹⁴¹ אלא

¹²⁷ ס' 11(2) ו-11(3) לחוק הגנת הפרטיות.

¹²⁸ ס' 11(1) לחוק הגנת הפרטיות.

¹²⁹ ס' 31(ב) לחוק הגנת הפרטיות.

¹³⁰ ראו: הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מספר 13), התשע"ח-2018, ה"ח הממשלה 1206, עמ' 692; הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 14), התשפ"ב-2022, ה"ח הממשלה 1496, עמ' 420.

¹³¹ ה"ח 1496, שם בעמ' 420.

¹³² Regulation (EU) 2016/679, *General Data Protection Regulation (GDPR)* 2016 (להלן: "תקנות הגנת המידע האירופיות").

¹³³ שם, ס' 7(4).

¹³⁴ שם, ס' 8(4).

¹³⁵ לסקירה, ראו: רחל ארידור הרשקוביץ "החידושים העיקריים בתקנות הכלליות בדבר הגנת מידע (GDPR)" פרלמנט 83 (27.1.2019).

¹³⁶ תקנות הגנת המידע האירופיות, ס' 6.

¹³⁷ שם, ס' 11(1)4 ו-7.

¹³⁸ שם, ס' 11(1)5(b).

¹³⁹ שם, ס' 17.

¹⁴⁰ שם, ס' 11(1) ו-22.

¹⁴¹ ראו פרק 3א, שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

באמצעות מדיניות הפרטיות ותנאי השימוש של הפלטפורמה. מסמכים אלה מגדירים את סוג המידע שנאסף ואת מטרות עיבוד המידע, והמשתמשים נותנים את הסכמתם לפרקטיקות שמפורטות בהם באמצעות סימון תיבה או לחיצה על כפתור בממשק המקוון. בפועל, בשל מגוון סיבות שנדונו בהרחבה בספרות, ספק אם משתמשים נותנים את הסכמתם מדעת לתוכן המסמכים.¹⁴² משתמשים רבים נותנים את הסכמתם להסדרי איסוף המידע ועיבודו מבלי שקראו אותם,¹⁴³ וגם אם היו קוראים את המסמכים, ספק אם המשתמש הממוצע מבין לאשורן את ההשלכות הרבות של מתן הסכמה לאיסוף מידע עליו ועיבודו.¹⁴⁴ לכן, התפיסה כי הסכמה זו מממשת את האוטונומיה של הפרט ושליטתו במידע זכתה לכינוי "השקר הגדול ביותר באינטרנט".¹⁴⁵ בהקשרים של גישור מקוון, התוצאה הצפויה היא שמשתתפי ההליך יתנו את הסכמתם לכך שהפלטפורמה תעשה שימוש חיצוני במידע פנימי לגישור, מבלי שהם מודעים לפרטי הסכמתם. הסכמתם תכשיר מבחינת דיני הגנת המידע והפרטיות את פעולות הפלטפורמה במידע,¹⁴⁶ לרבות עיבודו למטרות חיצוניות, גם אם הדבר פוגע בסודיות הליך הגישור ובפרטיות הצדדים.¹⁴⁷ כך, למשל, לא ניתן להשתמש בתוכנת "זום" ללא הסכמה לאמור בהסכמי השימוש ובמדיניות הפרטיות שלה, כשהאחרונה מאפשרת עיבוד מידע רחב שכולל שימושים במידע שאינם מותרים בהליך גישור טיפוסים.¹⁴⁸

לסיכום, סקירת הנורמות אשר מסדירות את זרימת המידע בהליך הגישור המקוון מצביעה על פערים בין שתי מערכות ההסדרה. שורש הבעיה נעוץ בכך שנורמות מתחום הגישור אינן מסדירות את מעמדן של חברות הפלטפורמה המשמשות לצורך הגישור והן אינן חלות עליהן, בעוד נורמות מתחום הגנת המידע והגנת הפרטיות שחלות על הפלטפורמה אינן נותנות מענה לקשיים המתעוררים. כך, חקיקת הגישור מכפיפה את פעולות עיבוד

¹⁴² ראו למשל: Joel R. Reidenberg et al., *Disagreeable Privacy Policies: Mismatches Between Meaning and Users' Understanding*, 30 BERKELEY TECH. L. J. 39 (2015); Aleecia M. McDonald & Lorrie Faith Cranor, *The Cost of Reading Privacy Policies 2008 Privacy Year in Review*, 4 OHIO ISJLP 543 (2008) (אורכס של המסמכים והזמן הדרוש לקרוא אותם); Uri Benoliel & Shmuel I. Becher, *The Duty to Read the Irrelevant to Consumers?*, 45 LOY.U.CHI.L.J. S45, S2 (2016); Lior Jacob-Strahilevitz & Matthew B. Kugler, *Unreadable*, 60 B.C. L. REV. 2255 (2019).
ביחס למגבלות על קבלת הסכמה מדעת להסכם הפרטיות ומדיניות השימוש של פלטפורמות דיגיטליות, ראו: רועי גולדשמיט, "הגנת הפרטיות: סוגיית ההסכמה לאיסוף ולעיבוד של מידע אישי" **הכנסת-מרכז המחקר והמידע** 10-5 (2022).

¹⁴³ ראו למשל: ALEECIA M. McDONALD ET AL., A COMPARATIVE STUDY OF ONLINE PRIVACY POLICIES AND FORMATS: LECTURE NOTES IN COMPUTER SCIENCE (2009).

¹⁴⁴ Daniel J. Solove, *Murky Consent, An Approach to the Fictions of Consent in Privacy Law*, B.C. L. REV. (23.11.2023).
¹⁴⁵ Jonathan A. Obar & Anne Oeldorf-Hirsch, *The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services*, 23 INFO. COMMUN. & SOC'Y 128 (2018); Neil Richards & Woodrow Hartzog, *The Pathologies of Digital Consent*, 96 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 1461 (2019); בעמ' 75-78.

¹⁴⁶ מאחר שמשתמשי הפלטפורמה נותנים את הסכמתם לפרקטיקות שמפורטות בהסכם הפרטיות והסכם השימוש, פלטפורמה שתפעל בהתאם להסכמים, לא תפר את פרטיות המשתמשים גם לפי ס' 9(2) לחוק הגנת הפרטיות ("שימוש בידיעה על ענייני הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה").

¹⁴⁷ Joseph Turow et al., *Americans Cannot Consent to Companies' Use of Their Data* 17 INT'L J. OF COMMUN. 4796, 497 (2023) ("if privacy policies reveal what the company is doing with consumers' data, taking and using that data—and even selling it—is acceptable").

¹⁴⁸ *Zoom Privacy Statement* (June 2023) <https://explore.zoom.us/en/privacy/>. למשל, שימוש במידע למחקר ופיתוח מוצר, שיפור המוצרים והשירותים של זום או שיווק וקידום מכירות, שהן מטרות חיצוניות להליך הגישור.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המידע של המגשרת לזכות הצדדים לשליטה על קבלת החלטות בגישור ולחובות של הגינות, ניטרליות, היעדר משוא פנים ואיסור על ניגוד עניינים. לעומת זאת, נורמות מתחום הגנת המידע האישי אינן מטילות חובות דומות על פלטפורמות גישור שעוסקות בניתוח מידע פנימי למטרות הגישור.¹⁴⁹ זאת ועוד, בעוד נורמות מתחום הגישור מחייבות כי מידע שהתגלה בגישור יעובד רק למטרות פנימיות לגישור, נורמות מתחום הגנת הפרטיות והגנת המידע האישי מאפשרות לעבד את המידע גם למטרות חיצוניות, כל עוד קיים בסיס חוקי או הסכמי לעיבוד המידע.

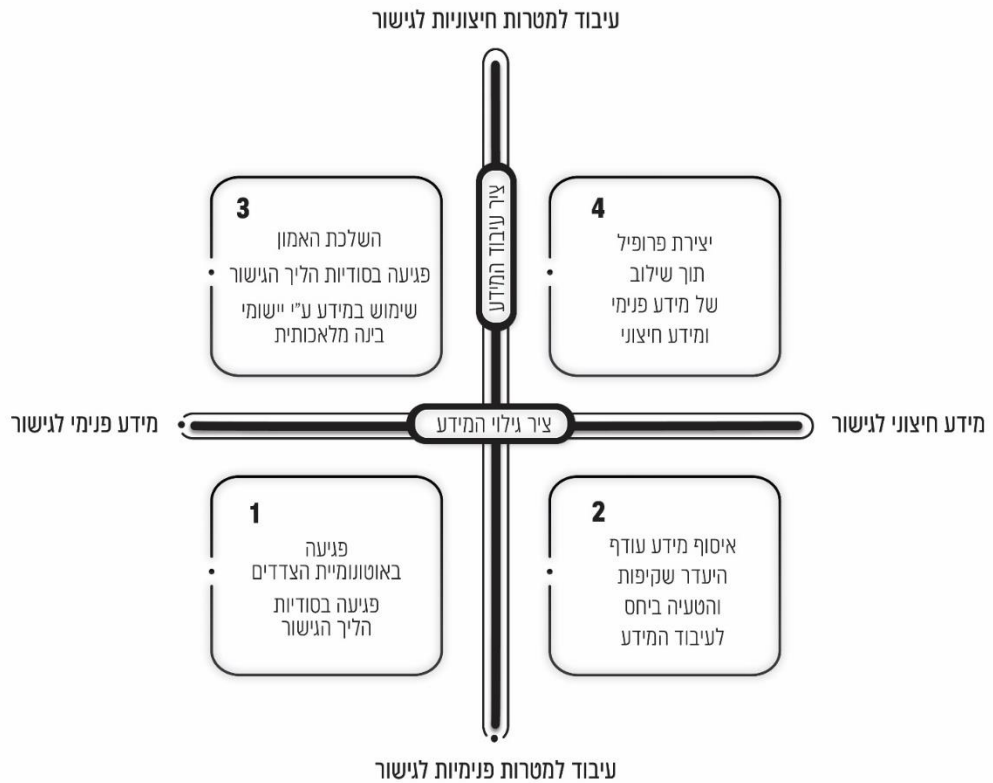
4. מיפוי הסיכונים לאוטונומיה ולפרטיות בהליכי גישור מקוון

מערכת הצירים של מודל זרימת המידע בהליך הגישור המקוון יוצרת ארבעה רביעים שמייצגים את השילוב של כל אחד משני סוגי המידע (פנימי וחיצוני להליך) עם כל אחד משני סוגי עיבוד המידע (למטרות פנימיות וחיצוניות להליך). פרק זה ממפה את הסיכונים לזכויותיהם של משתתפי ההליך לפרטיות, להגנת המידע האישי ולאוטונומיה, אשר מאפיינים כל רביע במודל. בפועל, חלק מהסיכונים מתקיימים ביותר מרביע אחד, אך כדי להימנע מחזרתיות הם נדונים במסגרת הרביע שבו הם המשמעותיים ביותר. הדיון מוקדש להיבט החדשני שבו עוסק מאמר זה, קרי, הסיכונים שנוצרים בשל מעורבותה של פלטפורמת הגישור הדיגיטלית כ"צד הרביעי" בהליך.¹⁵⁰ תרשים 2 מסכם את הסיכונים בהתאם לרביעים שיוצרת מערכת הצירים ומשמש כמפת דרכים לדיון. כפי שניתן לראות, הסיכונים ברביע הראשון במודל נובעים מעיבוד מידע פנימי לגישור למטרות פנימיות לגישור, והוא כולל סיכונים לאוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות בהליך ולסודיות ההליך. הסיכונים ברביע השני מתייחסים לעיבוד מידע חיצוני לגישור למטרות פנימיות לגישור, והם כוללים איסוף של מידע עודף על הצדדים והיעדר שקיפות ואף הטעיה ביחס לאופני עיבודו ומטרותיו. הסיכונים ברביע השלישי במודל נובעים מעיבוד מידע פנימי לגישור למטרות חיצוניות לגישור, והם כוללים את השלכת האמון במגשרת על הפלטפורמה, פגיעה בסודיות הליך הגישור וכן שימוש במידע שנמסר בהליך על ידי יישומי בינה מלאכותית. לבסוף, הסיכונים ברביע הרביעי קשורים בעיבוד מידע חיצוני לגישור למטרות חיצוניות לגישור, ועיקרם הוא שילוב של מידע חיצוני עם מידע פנימי כדי ליצור פרופיל של הצדדים שניתן לעשות בו שימושים שונים.

¹⁴⁹ עם זאת, סעיף 5(a)(1) לתקנות הגנת המידע האירופיות קובע כי עיבוד מידע צריך להיעשות באופן חוקי, הוגן ושקוף.
¹⁵⁰ יוער, כי המיפוי אינו מתייחס לתחום הרחב של סיכונים אבטחת מידע, שנוגעים לכל פעילות במרחב הדיגיטלי (ראו: Elisa Bertino, *Data Security and Privacy: Concepts, Approaches, and Research Directions*, 40 IEEE THE ANN. COMPUT. SOFTWARE & APPLICATIONS CONF. 400 (2016). אך, ברי כי סיכונים אלה רלוונטיים לכל רביע וראויים להסדרה כשלעצמם. על סיכונים אבטחת מידע בהליכי י"מ ראו: Chris Draper, *Online Dispute Resolution Data Security*, in ONLINE DISPUTE RESOLUTION: THEORY AND PRACTICE 181–228 (Daniel Rainey, Ethan Katsh, & Mohamed S. Abdel Wahab eds., Second ed. 2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תרשים 2: מיפוי סיכונים לאוטונומיה ולפרטיות בגישור מקוון בהתאם למודל זרימת המידע



א. סיכונים באיסוף מידע פנימי לגישור ועיבודו למטרות הגישור (רביע 1)

רביע זה מתייחס לסיכונים שגלומים בעיבוד מידע הנוגע לתוכן הגישור אשר נעשה למטרות פנימיות לגישור. סיכונים אלה אופייניים כיום בעיקר לפלטפורמות ייעודיות שמבצעות פעולות ניתוח מידע בהליך, אך עם התרחבות השימוש בכלי בינה מלאכותית גם בפלטפורמות גנריות יש להניח שיתממשו ביתר שאת גם בפלטפורמות גנריות. שני הסיכונים המרכזיים ברביע זה הם פגיעה באוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות בהליך ופגיעה בסודיות ההליך.

השימוש בפלטפורמה מקוונת בהליך הגישור טומן בחובו סיכון לפגיעה באוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות בגישור. אוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות עשויה להיפגע משום שעצם קיומו של ההליך במרחב המקוון משפיע על התנהלות הצדדים והבחירות שלהם בהליך באופנים מגוונים.¹⁵¹ כפי שלורנס לסיג טען כבר לפני חצי יובל שנים, "קוד הוא חוק"¹⁵² הסביבה הדיגיטלית מעצבת את התנהגותם וחוויותיהם של משתמשים, שכן

¹⁵¹ Katsh and Rifkin, לעיל ה"ש 1, בעמ' 93.

¹⁵² LAWRENCE LESSIG, CODE: AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE, VERSION 2.0 (1999).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

מאפייניה קובעים מה אפשרי ובלתי אפשרי לבצע באמצעותה. המשמעות היא שהחל בממשק המשתמש וכלה באלגוריתם בינה מלאכותית מתוחכם, הסביבה הדיגיטלית מעצבת את התנהגות המשתמשים, לצד המשפט, הנורמות החברתיות וכוחות השוק. במובן זה, הטכנולוגיה אינה אמצעי ניטרלי. בהקשר של גישור מקוון, המעבר למרחב הדיגיטלי עשוי להוביל לפגיעה באוטונומיית הצדדים בהליך שליבתו נשענת על אוטונומיית הצדדים בקבלת ההחלטות בהליך.¹⁵³

היבט ראשון של סיכון זה נוגע להשפעת עיצוב ממשק המשתמש של המערכת על התנהלות הצדדים בהליך, לרבות אופני מסירת המידע וניתוחו. ספרות ענפה מתארת את האופן שבו הארכיטקטורה של הממשק המקוון מבנה את התנהלות המשתמשים באמצעות הינדים דיגיטליים (digital nudges) שיוצרים הטיות בקבלת החלטות ואשר השפעתם אינה שקופה למשתמש.¹⁵⁴ כך, מחקרים מצביעים על כך שהעיצוב החזותי של הממשק המקוון (הצבעים, מיקום הפרטים במסך, גודל הגופן של הטקסט וכיוצא באלה) כמו גם האופן שבו מוצגות למשתמש אפשרויות בחירה (באמצעות תפריטים, כפתורים, שדות איסוף מידע, אמצעי ניווט וכדומה) משפיעים על התנהגות משתמשי הממשק המקוון וחוויותיהם.¹⁵⁵ לאור האמור, פלטפורמות גישור ייעודיות שאוספות מידע באמצעות טפסים אלקטרוניים, שאלונים מובנים ותבניות אחרות עשויות להשפיע על המידע שהצדדים מוסרים,¹⁵⁶ ומכאן על העמדות שהם מציגים בהליך.¹⁵⁷ בפרט, הבניה שכזו עשויה להקשות על הצדדים להציג את נקודת מבטם באופן אותנטי ובלתי אמצעי, ואף לכוון אותם לשיח שאינו מאפשר ביטוי מלא של העמדות, האינטרסים והרגשות שלהם. יש הטוענים, שבאיסוף מובנה של מידע יש אף מידה מסוימת של לחץ או כפייה שיכולים להוביל את הצדדים למסור מידע שהם אינם מעוניינים למסור.¹⁵⁸ בכך יש כדי לפגוע במאפייני היסוד של הליך הגישור.

היבט שני נוגע להשפעה של איסוף מידע אוטומטי ועיבודו על קבלת ההחלטות של הצדדים. ראשית, אוטומציה של איסוף המידע עלולה להוביל לטעויות ואידיוקים במידע שנאסף,¹⁵⁹ שבתורם יובילו להחלטות שגויות ולא הוגנות בנוגע למעורבים.¹⁶⁰ בהקשר של הליך הגישור, אידיוקים שכאלה עלולים לגרום, למשל, להערכת המצב

¹⁵³ התוצאה של פגיעה באוטונומיה אינה בהכרח ביטולה המוחלט; היא עשויה גם להתקיים ברמה נמוכה (ראו למשל הדיון ברמות שונות של אוטונומיה בגישור אצל Nolan-Haley, לעיל הי"ש 62, בעמ' 815–816 וכן SHAPIRA, לעיל הי"ש 64, בעמ' 138).

¹⁵⁴ ראו למשל SHLOMO BENARTZI & JONAH LEHRER, THE SMARTER SCREEN: SURPRISING WAYS TO INFLUENCE AND IMPROVE ONLINE BEHAVIOR (2015) Christoph Schneider, Markus Weinmann & Jan vom Brocke, *Digital Nudging*; *Guiding Online User Choices Through Interface Design*, 61 COMM'N OF THE ACM 67 (2018).

¹⁵⁵ שם; Benartzi & Lehrer, לעיל הי"ש 153.

¹⁵⁶ Sela, לעיל הי"ש 40.

¹⁵⁷ זאת בהשוואה לגישור פנים אל פנים, שבמסגרתו מקובל לאפשר לצדדים להציג ראשית את נקודת מבטם על הסכסוך ללא הפרעה, בצורה מלאה ובמילים שלהם. ראו והשוו: KOVACH, לעיל הי"ש 4, בעמ' 36.

¹⁵⁸ Solove, לעיל הי"ש 75, בעמ' 500.

¹⁵⁹ Tal Zarsky, *The Trouble with Algorithmic Decisions*, 41 SCI. TECH. HUM. VALUES 118, 121 (2016).

¹⁶⁰ Daniel J. Solove, *The Limitations of Privacy Rights*, 98 NOTRE DAME LAW REV. 975, 1013 (2023).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המשפטי בצורה שגויה ולמתן הצעה לא מתאימה ולא הוגנת לפתרון הסכסוך. שנית, סיכון זה מתעצם כשהמידע מנותח באופן אוטומטי. פלטפורמות ייעודיות לגישור משתמשות בכלים אוטומטיים שונים, ובהם אלגוריתמים המבוססים על לוגיקת עץ החלטות,¹⁶¹ תורת המשחקים¹⁶² ולימוד עצמאי ועיבוד שפה טבעית של מידע פנימי לגישור,¹⁶³ כדי לבצע פעולות ניתוח מידע. שני מאפיינים של ניתוח מידע אלגוריתמי עשויים לפגום בשליטת הצדדים בהליך: חיזוי סטטיסטי והיעדר שקיפות.¹⁶⁴

המאפיין הראשון, חיזוי סטטיסטי, מתייחס לשליטת העבודה של כלי ניתוח אלגוריתמיים: התבססות על כמות גדולה של נתוני עבר כדי לזהות דפוסים במידע באופן שמאפשר לחזות תופעה עתידית (גם על בסיס מידע חסר). המשמעות של חיזוי סטטיסטי שכזה היא שאין מדובר בוודאות, אלא לכל היותר בהסתברות גבוהה. כשהאלגוריתם מנבא התנהגות, העדפות או עמדות של אנשים ונקטות פעולות על סמך זאת, לטעות בניבוי יכולות להיות השלכות שליליות חמורות.¹⁶⁵ בהליך הגישור, הדבר יכול להתבטא, למשל, בטעות בנייתו האינטרסים של הצדדים לסכסוך באופן שמשפיע על התנהלותם בהליך, בהצעת פשרה בלתי הוגנת, במסירת מידע מטעה או הצגת שאלות באופן מטעה וכיוצא באלה. כך במיוחד שעה ששחקנים חוזרים או מתחכמים מבצעים מניפולציה במידע שעליו מתבסס אלגוריתם יישוב הסכסוך.¹⁶⁶ לקושי זה מתווסף המאפיין השני של מערכות אלגוריתמיות: היעדר השקיפות בנוגע לאופן פעולת המערכת. האתגר מבחינת שליטת הצדדים נוגע לקבלת החלטות מושכלת. כאשר מגשרת אנושית מבצעת פעולות ניתוח מידע בהליך, הצדדים יכולים לקבל ממנה הסברים ביחס לפעולותיה והצעותיה, לשאול שאלות ולתקן אותה כשהם חושבים שהיא טועה או לא הבינה אותם נכון. תקשורת שכזו לא יכולה להתבצע מול "הקופסה השחורה" של המערכת האוטומטית, שאינה נגישה למשתמשים, ולכן הם יתקשו להבין ולבקר את איכות הניתוח ומשמעותו עבורם.¹⁶⁷

החשש לפגיעה באוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות גובר לנוכח "הטיית האוטומציה" (automation bias),¹⁶⁸ שבגינה אנשים נוטים להעריך תהליכים אוטומטיים ככונים ומדויקים.¹⁶⁹ תופעה זו תועדה בהקשרים שונים של מערכות בינה מלאכותית, כשנמצא שאנשים נוטים לפעול על סמך הצעותיהן מאחר שייחסו להן סמכות

¹⁶¹ למשל, eBay Resolution Center, ראו Rule, לעיל ה"ש 1.

¹⁶² למשל המערכת של Smartsettle, לעיל ה"ש 37.

¹⁶³ למשל השימוש של NextLevel Mediation ביישומי ChatGPT ביצירת שאלונים, לעיל ה"ש 37.

¹⁶⁴ Zarsky, לעיל ה"ש 159.

¹⁶⁵ שם.

¹⁶⁶ ראו למשל: Russell Weiss, *Some Economic Musings on Cybersettle*, 38 U. TOL. L. REV. 89 (2006).

¹⁶⁷ על האתגרים השונים שכרוכים בקבלת החלטות אלגוריתמיות, לרבות היעדר השקיפות, ראו: ניבה אלקין-קורן ומעיין פרל "השטן הוא בפרטים הטכנולוגיים: על צווי חסימה והפרטת האכיפה בעקבות חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ט–2019" **חוקים** יג 9, 45–53 (2020).

¹⁶⁸ על הטיית האוטומציה ראו: Linda J. Skitka et al., *Automation Bias and Errors: Are Crews Better Than Individuals?*, 10 INT'L. J. AVIATION. PSYCH. 85–97 (2000).

¹⁶⁹ על אמון המשתמשים באוטומציה ראו: Raja Parasuraman & Christopher A. Miller, *Trust and etiquette in high-criticality automated systems*, 47(4) COMMUN OF THE ACM 51–55 (2004).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

יתרה.¹⁷⁰ תפיסה שכזו עשויה להוביל להסתמכות יתר של הצדדים על ניתוח מידע שמבצעת הפלטפורמה מבלי לבחון אותו בצורה ביקורתית.

סיכון נוסף שנובע מעיבוד מידע פנימי לגישור למטרות פנימיות של גישור הוא פגיעה בסודיות הליך הגישור ובפרטיות הצדדים בשל שימוש במידע שנמסר במהלך הגישור שלא למטרת הגישור או העברתו לגורמים חיצוניים לגישור.¹⁷¹ פגיעה שכזו עלולה להיגרם כאשר פלטפורמות ייעודיות מאפשרות שימוש ביישומים חיצוניים כתוספים בפלטפורמה הייעודית. למשל, יישומים מבוססי ChatGPT מסייעים כיום למגשרת ולצדדים למטרות פנימיות שונות, דוגמת בניית שאלונים עבור הצדדים בנוגע לסכסוך¹⁷² או ניסוח מחדש של מסרים לעומתיים כדי לקדם שיח שיתופי.¹⁷³ שימוש שכזה ביישומי בינה מלאכותית יכול לקדם את מטרות הגישור, אך כרוכה בו גם העברת מידע פנימי לגישור לצדדים חיצוניים, אשר צפויים לעבדו שלא למטרות הגישור, למשל לצורך אימון המודלים שלהם. באופן זה, מידע פרטי מן הגישור יכול להפוך למידע ציבורי שייחשף בתוצרים שאותו יישום יספק למשתמשים אחרים.¹⁷⁴

סודיות ההליך ופרטיות הצדדים עשויות להיפגע גם בשל כשלים בהרשאות הגישה למידע הפנימי לגישור שמאוחסן בפלטפורמה. ראשית, קיים סיכון להפרת סודיות מידע בין משתתפי ההליך עצמם, במקרה שהרשאות הגישה אינן פועלות או מוסדרות כשורה, כך שצד לגישור יכול לגשת למידע סודי של הצד השני או לרישומי המגשרת.¹⁷⁵ שנית, קיים סיכון כי צדדים חיצוניים, דוגמת ספקי שירות או שותפים עסקיים של הפלטפורמה הדיגיטלית, יקבלו גישה רחבה למידע גישורי ואף פרטי.¹⁷⁶ סיכון נוסף נוגע ליכולת של הפלטפורמה לשמור מידע פנימי לגישור גם בתום הגישור ולמטרות חיצוניות לגישור, אשר מוגדרות פעמים רבות באופן עמום במדיניות הפרטיות של הפלטפורמה.¹⁷⁷ בהקשר זה יש לציין כי חוק הגנת הפרטיות מעניק למושא מידע את הזכות לבקש

¹⁷⁰ ראו למשל: Jennifer M Logg, Julia A Minson & Don A. Moore, *Algorithm Appreciation: People Prefer Algorithmic*; Theo Araujo et al., *In AI We Trust? ; to Human Judgment*, 151 ORG. BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES 90 (2019); *Perceptions about Automated Decision-Making by Artificial Intelligence*, 35 AI & SOC'Y 611 (2020).

¹⁷¹ ראו פרק ג.
¹⁷² ראו הדגמה של שימוש בכלי AI בפלטפורמת הייעודית לגישור מקוון של NextLevel: Bob Bergman, *ChatGPT in Next Level*; https://youtu.be/NEvaXy2V9_E (Jan. 27, 2023).

¹⁷³ Westermann, לעיל ה"ש 12.

¹⁷⁴ ראו למשל סקירה זו של אופנים שונים שבהם שימוש של עורכי דין ב-Chat GPT יכול להוביל לחשיפת מידע חסוי של לקוחות: Sara Khan & Elizabeth Powers, *Efficiency, Ethics, and Algorithms: The Implications of AI on the Legal Profession and the ABA Model Rules SSRN* (May 28, 2023) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4461276.

¹⁷⁵ סעיף 11(ג) להסכם המצוי שבתקנות הגישור קובע כי "המגשר רשאי לנהל תיק מסמכים ולרשום פרוטוקול של ישיבות הגישור; מסמכים ורשימות כאמור ישמשו את המגשר בלבד, ולא יהיו פתוחים לעיון בעלי-הדין".

¹⁷⁶ נושא זה מוסדר בחלקו במסגרת תקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז–2017.

¹⁷⁷ ראו למשל מדיניות הפרטיות של NextLevel, לעיל ה"ש 35, שקובעת לעניין זה: "The Company will retain Your Personal Data only for as long as is necessary for the purposes agreed upon by your Mediator, Attorney or Consultant. We will retain and use Your Personal Data to the extent necessary to comply with our legal obligations (for example, if we are required to retain your data to comply with applicable laws), resolve disputes, and enforce our legal agreements and policies"

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

את מחיקת המידע רק אם הוא אינו נכון,¹⁷⁸ בעוד חקיקות הגנת מידע מתקדמות מאפשרות לבקש את מחיקת המידע גם כשהוא אינו נחוץ עוד למטרה שלשמה נאסף.¹⁷⁹

ב. סיכונים באיסוף מידע חיצוני לגישור ועיבודו למטרות הגישור (רביע 2)

רביע זה במודל מתייחס לסיכונים שנובעים מעיבוד מידע חיצוני לגישור, קרי, מידע שנוצר בשל השימוש בפלטפורמה הדיגיטלית לצורך מטרות פנימיות של הגישור. הסיכונים רלוונטיים בעיקר לפלטפורמות ייעודיות לגישור אשר מעבדות מידע חיצוני כדוגמת מזהים (שם, כתובת דואר אלקטרוני, כתובת פרוטוקול אינטרנט וכיוצא באלה) למטרות אדמיניסטרטיביות, כגון ניהול חשבון המשתמש או גביית תשלומים. מטבע הדברים רביע זה כולל סיכונים מצומצמים יחסית למשתתפי ההליך, שנוגעים בעיקרם לאיסוף מידע עודף על משתמשי הפלטפורמה ולחוסר שקיפות והטעיה ביחס למטרות עיבוד המידע.

הסיכון של איסוף מידע עודף מתייחס לפרקטיקה רווחת ובעייתית של פלטפורמות דיגיטליות: איסוף מידע בהיקף נרחב על משתמשי הפלטפורמה, לרבות מידע שאינו רלוונטי או הכרחי למטרת השירות שהפלטפורמה מספקת (או למטרות מוצהרות אחרות).¹⁸⁰ בהמשך לכך, קיים חשש כי מידע בדבר האינטראקציה של המשתמש עם הפלטפורמה ייאסף וייעשה בו שימוש למטרות חיצוניות לגישור, באופן שאינו שקוף למשתמש. סיכונים אלה יכולים לנבוע מהיעדר שקיפות וגילוי נאות של נוהלי איסוף המידע ועיבודו באופן שמאפשר לפלטפורמה ביצוע פעולות נרחבות במידע.¹⁸¹ יתרה מזאת, מחקרים מצאו כי מסמכי פרטיות של פלטפורמות דיגיטליות רוויים בסתירות ואמירות מטעות, הן ביחס להסדרים שונים שקבועים בהם והן בשל פערים בין הסדרים כתובים לפרקטיקות האיסוף והעיבוד שאותן הן נוקטות בפועל.¹⁸² במצב דברים זה, שליטת הצדדים על המידע שנאסף על אודותיהם ואופני עיבודו נפגעת משמעותית.

¹⁷⁸ סי' 14 לחוק הגנת הפרטיות.

¹⁷⁹ ראו למשל סעיף 17.1 (a) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

¹⁸⁰ ראו: הרשות להגנת הפרטיות **צמצום מידע (Data Minimization) – מסמך מדיניות, טיוטה להערות הציבור** (25.3.2021).

¹⁸¹ על עמימות במדיניות פרטיות ראו למשל, Jaspreet Bhatia, *Ambiguity in Privacy Policies and Perceived Privacy Risk*, <https://www.cs.cmu.edu/~jbhatia/papers/jbhatia-thesis.pdf> ; CMU (Dec. 2019) <https://www.cs.cmu.edu/~jbhatia/papers/jbhatia-thesis.pdf> ; Joel R. Reidenberg et al., *Ambiguity in* ;

Privacy Policies and the Impact of Regulation, 45 J. OF LEGAL STUD. S163–S190 (2016).

¹⁸² ראו למשל: Ehimare Okoyomon et al., *On The Ridiculousness of Notice and Consent: Contradictions in App Privacy* ;

Benjamin Andow et al., *Policylint: Policies* ELEC. ENG'G & COMPUT. SCI. UNIV. OF CAL. AT BERKELY (2019)

Investigating Internal Privacy Policy Contradictions on Google Play PROC. OF THE 28TH USENIX CONF. ON SECURITY

SYMPOSIUM 585 (2019). מדיניות הפרטיות של NextLevel, לעיל ה"ש 35, מספקת דוגמה לסתירות שכאלה: מצד אחד, היא מצהירה

כי בהתחשב באופי הסודי של הגישור וחסיון עורך דין לקוח, הפלטפורמה אינה משתפת מידע אישי עם צדדים שלישיים. מצד שני,

היא מפרטת מקרים שבהם הפלטפורמה משתפת את המידע עם צדדים שלישיים, כמו למשל במסגרת עסקאות של החברה או עם

ספקי שירות.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ג. סיכונים באיסוף מידע פנימי לגישור ועיבודו למטרות חיצוניות לגישור (רביע 3)

רביע זה עוסק בסיכונים שנובעים מעיבוד מידע פנימי לגישור למטרות חיצוניות לגישור, והם רלוונטיים בעיקר לפלטפורמות גנריות, אולם גם לפלטפורמות ייעודיות אשר מעבדות מידע גם למטרות חיצוניות לגישור. ברביע זה מצויים שני סיכונים פרטיות עיקריים, הקשורים זה בזה. הסיכון הראשון נוגע לאפשרות שצדדים משליכים את האמון שהם נותנים במגשרת על הפלטפורמה המשמשת לצורך הגישור ולכן אינם בוחנים את הסיכונים לשליטתם במידע שנובעים מהשימוש בפלטפורמה. הסיכון השני נוגע לפגיעה בסודיות הליך הגישור. שני הסיכונים נגרמים כתוצאה מפגיעה בשליטת הצדדים על זרימת המידע החיצונית.

הסיכון הראשון, שאנו מכנות "השלכת האמון", מתעורר על רקע העובדה שבהליך גישור מקוון חשיפת מידע אישי על ידי הצדדים נעשית הן כלפי המגשרת והן כלפי פלטפורמת הגישור. מאחר שהנכונות של צדדים לסכסוך גלולות מידע בהליך הגישור ולשתף פעולה עם פעולות הגישור קשורה באמון שלהם במגשרת ובכך שתשמור על סודיות המידע, עולה החשש שבהליך מקוון, נכונותם למסור מידע לפלטפורמה ולאפשר את עיבודו תושפע מהאמון שלהם במגשרת.

בהליך גישור, צדדים נוטים לתת אמון במגשרת מכוח תפקידה ולנוכח ציפיותיהם ממנה שתתנהל באופן אתי ולא תשתמש לרעה בעמדת הכוח שלה.¹⁸³ ציפייה זו מחוזקת באמצעות ההסדרה בתחום הגישור, וכן באמצעות הסברים והצהרות שהמגשרת מציגה באופן טיפוסי לצדדים, בין היתר לעניין מחויבותה לסודיות ההליך ופרטיות המידע. מן העבר השני, ההסברים בנוגע לנכונות משתמשי פלטפורמות דיגיטליות למסור להן מידע הם מורכבים, משתנים ותלויי הקשר.¹⁸⁴ קיימת טענה כי משתמשי פלטפורמות מבצעים "חישוב פרטיות" (Privacy calculus): ניתוח עלות-תועלת סובייקטיבי, שלפיו הם יחשפו מידע אישי בתמורה להטבות חברתיות וכלכליות, כל עוד ייעשה שימוש הוגן במידע ובתנאי שהם לא יסבלו מהשלכות שליליות כתוצאה מחשיפתו.¹⁸⁵ עם זאת, על רקע הקשיים שתיארנו בפרק 3. ב. בנוגע לאיכות הידיעה וההסכמה של הצדדים ביחס לפרקטיקות איסוף מידע של פלטפורמות דיגיטליות ושימוש בו, יש קושי בטענה שמשותפי גישורים מקוונים אכן מקבלים החלטה מושכלת לעניין השימוש של הפלטפורמה במידע עליהם ועל ההליך.

צירוף הדברים – האמון המתבקש במגשרת לצד מיעוט המידע ביחס לפעולות הפלטפורמה במידע – מוביל אותנו לחשוב כי קיים סיכון שתפיסת הצדדים את האמון בפלטפורמת הגישור המקוון מושפעת מתפיסת האמון שלהם במגשרת. יתרה מכך, לנוכח סמכותה המקצועית ופערי הכוח והמידע, הצדדים עשויים לקבל את הזמנת

¹⁸³ SHAPIRA, לעיל ה"ש 64, בעמ' 38–40.

¹⁸⁴ Nissenbaum, לעיל ה"ש 77.

¹⁸⁵ Mary J. Culnan & Pamela K. Armstrong, *Information Privacy Concerns, Procedural Fairness, and Impersonal Trust: An Empirical Investigation*, 10 ORG. SCI. 104, 106 (1999).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

המגשרת להשתמש בפלטפורמת גישור מתוקף תפקידה, במיוחד אם גורמים מקצועיים אחרים אינם מייעצים להם בהליך.¹⁸⁶ לדוגמה, כשהמגשרת בוחרת לעשות שימוש בפלטפורמת תקשורת גנרית דוגמת "זום", לרוב היא זו שבוחרת את הפלטפורמה, יוצרת את הקישור לשיחת הווידאו ומזמינה את הצדדים להצטרף אליה, והיא גם זו שמכינה את הסכם הכניסה לגישור ובו המחויבות לסודיות ההליך. בנסיבות שכאלה, סביר להניח שהצדדים ישליכו את אמונם במגשרת גם על פלטפורמת הגישור, וברי כי סוגיה זו ראויה לבחינה אמפירית. ככל שהשלכת אמון שכזו קיימת, היא בעייתית. כפי שהעלה הדיון בפרק 3, מערכת הנורמות שחלה על המגשרת אינה חלה על חברת הפלטפורמה. בתוך כך, חובת הסודיות שחלה על המגשרת ומחייבת אותה שלא לעשות שימוש במידע מהגישור למטרות חיצוניות או לגלותו למי שאינו צד להליך אינה חלה על הפלטפורמה. למעשה, הפלטפורמה יכולה לעשות כל שימוש במידע, לרבות העברתו לגורמים נוספים, כל עוד היא מודיעה על כך למשתמשיה ומקבלת את הסכמתם לפעול בהתאם לאמור בהסכם השימוש ובמדיניות הפרטיות שלה.¹⁸⁷ אתגר דומה עשוי להתעורר גם כשהמגשרת עושה שימוש בפלטפורמה ייעודית לגישור. השלכת אמון מסדר שני עשויה להתרחש כאשר הצדדים עושים שימוש בפלטפורמה ייעודית לגישור שבמסגרתה מוטמעת פלטפורמה גנרית (למשל ממשק להיוועדות חזותית או כלים גנריים מבוססי בינה מלאכותית). במקרה שכזה, האמון בפלטפורמה הגנרית יכול לנבוע מהאמון בפלטפורמת הגישור הייעודית.

סיכון נוסף שכרוך בשימוש במידע פנימי לגישור שלא למטרת הגישור או העברתו לגורמים חיצוניים לגישור הוא פגיעה בפרטיות הצדדים וכן בסודיות ההליך. פגיעה זו היא בעייתית במיוחד כשהגישור מתקיים בצילו של הליך שיפוטי,¹⁸⁸ בין אם בית המשפט הפנה את הצדדים לגישור ובין אם הפנייה של הצדדים לערכאות היא רק אפשרות עתידית.¹⁸⁹ נדגים את הדברים באמצעות פלטפורמת "זום". תרשים 3 מציג את העברת המידע הפנימי מהגישור אל חברת "זום" ואת עיבוד המידע ש"זום" מבצעת, בהתאם למתואר במדיניות הפרטיות שלה.¹⁹⁰

¹⁸⁶ ראו גם: שפירא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 396 (לדיון בדינמיקה דומה בהקשר של קבלת הצעות של המגשרת על ידי הצדדים).
¹⁸⁷ כך גם כשמדובר במידע כמונו בחוק הגנת הפרטיות, בהתאם להוראת ס' 11 לחוק אשר מעגן את עקרון ההסכמה ועקרון צמידות המטרה. ראו בדיון בפרק 3ב. ראו גם: מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" **משפט וממשל** יא, 9 (2007); הרשות להגנת הפרטיות **חובת יידוע במסגרת איסוף ושימוש במידע אישי** (2022) בעמ' 1 ("ככלל, הדין הישראלי מתיר איסוף ושימוש במידע אישי על אודות אדם... מכוח הסכמת האדם נושא המידע... [לאחר שעמד בחובה] ליידע את נושא המידע על כך, ולפרט בפניו נתונים הנוגעים לאיסוף ולשימוש במידע על אודותיו").

¹⁸⁸ ראו: Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 JLS 950 (1976).

¹⁸⁹ על קיום משא ומתן או גישור בצל חלופות אחרות, ראו: James K. Sebenius, *BATNAs in Negotiation: Common Errors* and Three Kinds of "No" 33 NEGOT. J. 89 (2017).

¹⁹⁰ מדיניות הפרטיות של "זום", לעיל ה"ש 148.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תרשים 3 : העברת מידע פנימי לגישור אל חברת "זום"



הפגיעה בסודיות הליך הגישור מתבצעת בשני שלבים. פגיעה ראשונה מתרחשת כשהמגשרת והצדדים מעבירים מידע אל חברת "זום" עם השימוש בפלטפורמה ומכוח הסכמתם להסכם השימוש ולמדיניות הפרטיות שלה. כפי שניתן לראות בתרשים, המגשרת והצדדים מעבירים אל חברת "זום" מידע פנימי לגישור: התוכן וההקשר של הפגישות המקוונות. כאמור בפרק 3.א.1, בהתאם לחקיקת הגישור על המגשרת להימנע מלהעביר מידע שנמסר לה בגישור למי שאינו צד להליך.¹⁹¹ אף כי ניתן לטעון שהצדדים בעצמם מעבירים את המידע לחברת "זום", תוך ויתור על חובת הסודיות, טענה זו מעוררת קושי על רקע החשש של "השלכת האמון" ולנוכח הקשיים לעניין מתן הסכמה מדעת למדיניות הפרטיות והסכם השימוש של הפלטפורמה.¹⁹² פגיעה נוספת בסודיות הליך הגישור מתרחשת כאשר חברת "זום" משתמשת במידע למטרות חיצוניות לגישור, למשל למטרות שיווק, קידום מכירות ופרסום של צד שלישי, וכאשר היא מפיצה את המידע לגורמים חיצוניים נוספים, כדוגמת ספקים ומפרסמים.

סיכון שלישי שנובע מהשימוש במידע פנימי לגישור למטרות חיצוניות להליך נובע מהשימוש במידע על ידי יישומי בינה מלאכותית חיצוניים. כיום, פלטפורמות גישור מקוון מציעות לשלב תוך כדי השימוש בפלטפורמה

¹⁹¹ סי 5 (ה) לתקנות הגישור.
¹⁹² ראו פרק 3.ב.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

תוספים שמקורם באפליקציות חיצוניות. בין היתר, גובר השימוש ביישומי "בוט" (Bot), שמבצעים פעולות אוטומטיות על מידע בהליך בעזרת כלי בינה מלאכותית, כגון תמלול תוכן הפגישה או קביעת פגישות ביומן על סמך תוכן התקשורת בין הצדדים. דוגמה ליישום כזה היא Otter.ai,¹⁹³ יישום אשר מאפשר להקליט שמע, לתמלל שמע לטקסט, לכתוב הערות ולהפיק סיכומים מפגישות מקוונות. באופן זה, תוכן הגישור הופך לנתונים הניתנים לעיבוד בקלות יתרה באופן ממוחשב – על ידי אפליקציית הבוט, חברת הפלטפורמה או כלים אחרים, כמו גם באופן ידני – על-ידי מי שמקבלים את התמלול. את התוכנה ניתן לחבר גם ליומן מקוון, ובאופן זה התוכנה יכולה להצטרף לפגישות היוועדות חזותית באופן אוטומטי, אף ללא נוכחות המשתמש עצמו, וכן לשלוח את תמלול הפגישה לכל המוזמנים לפגישה.

השימוש בתוכנות דוגמת Otter.ai בגישור מקוון כרוך בסיכונים שונים לסודיות הגישור ופרטיות הצדדים. לאחרונה דווח על מקרים שבהם משתמשים לא היו מודעים לכך שהתוכנה הצטרפה לפגישה מקוונת בשם, וכן על משתמשים שקיבלו תמלול של פגישה שזומנו אליה למרות שלא השתתפו בה.¹⁹⁴ באופן זה, מידע מפגישת גישור עובר לא רק לחברת Otter.ai, אלא גם למשתתפים שלא היו אמורים להיחשף לכל תוכן הפגישה, כמו עדים שהוזמנו לפגישה לצורך מתן עדות בלבד או משתתפים שהוזמנו לפגישה אבל בפועל לא נכחו בה. על כך יש להוסיף כי קיימת בעיה בשקיפות של התוכנה, בשל כך שהיא אינה מיידעת את המשתתפים בפגישה על הצטרפותה לפגישה ועל הפעולות האוטומטיות שהיא מבצעת על תוכן הפגישה.¹⁹⁵ בנוסף, תוצרי עיבוד המידע, דוגמת תמלול, עשויים להוות הפרת חובת סודיות חוזית של הצדדים, במקרה שבו הצדדים התחייבו שלא להקליט את מפגשי הגישור, כמו גם הפרת חובת סודיות סטטוטורית, הסכמית או אתית של המגשרת, המהווה פגיעה בפרטיות.¹⁹⁶ לבסוף נציין כי בהתאם לתנאים בהסכם הפרטיות של פלטפורמת הגישור, ייתכן כי עם

¹⁹³ <https://otter.ai>
¹⁹⁴ לדיון בנושא בפורום הקהילה של "זום", ראו: albert-rivas, *Stopping users with Otter.ai* ZOOM CMTY. (Mar. 3, 2023); Comment to *stopping user with otter.ai from joining meeting* (Mar. 3, 2023); *from* <https://community.zoom.com/t5/Meetings/Stopping-users-with-Otter-ai-from-joining-meeting/m-p/107411> משתמשי הקהילה הופתעו מכך: "[...] had no idea this program would remote into any meetings (even if they had not intended to attend it - virtually or otherwise)."
¹⁹⁵ פעולות התוכנה נמנו על ידי משתמש אחר בדיון: Mish58, *comment to stopping user with otter.ai from joining meeting* (Mar.28, 2023):

1. Otter automatically attends any Zoom meeting on the user's calendar, and records/transcribes audio
2. It does so even if the user does not log in to the Zoom meeting
3. It does not notify all attendees it is doing so. It shows up as a non-video participant in the meeting and sends no communication to other Zoom participants about what it is doing.
4. Then it emails the transcription to every person who was invited to the meeting.
<https://community.zoom.com/t5/Meetings/Stopping-users-with-Otter-ai-from-joining-meeting/m-p/107411>
¹⁹⁶ סי' (7)2 (8) לחוק הגנת הפרטיות.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

העברת המידע ליישום חיצוני, אותו יישום יהיה רשאי להעביר את המידע או לתת גישה למידע לגורמים חיצוניים, כדוגמת מעבדי משנה,¹⁹⁷ ובכך תתרחב תפוצת המידע אף יותר.

ד. סיכונים באיסוף מידע חיצוני לגישור ועיבודו למטרות חיצוניות לגישור (רביע 4)

רביע זה מתייחס לסיכונים הנובעים מעיבוד מידע חיצוני לגישור, שנוצר בשל השימוש בפלטפורמה דיגיטלית, למטרות חיצוניות לגישור. מכיוון שמידע זה ברובו אינו נוגע במישרין להליך הגישור, ועיבודו מוסדר בעיקר על ידי דיני הגנת המידע, הסיכון העיקרי בהקשר של הליך הגישור המקוון נוגע לאינטגרציה שבין מידע חיצוני לפנימי לגישור באופן המאפשר ליצור פרופיל משתמש מפורט על אודות הצדדים לגישור.

כפי שהוסבר בפרקים קודמים, השימוש בפלטפורמות דיגיטליות כרוך ביצירת "שובל מידע" עתיר נתונים על אודות משתמשי הפלטפורמות. תופעה זו מובילה לקיבוץ (אגרגציה) של מידע רב על אודות האדם על ידי פלטפורמות פרטיות.¹⁹⁸ השילוב של פיסות מידע רבות מאפשר ליצור פרופיל או דיוקן של האדם, כך שהשלם הופך להיות גדול מסך חלקיו. ניתוח סינרגטי של המידע שנאסף יכול לחשוף עובדות חדשות על האדם, שהוא לא ציפה שייודעו על אודותיו כאשר הניח שכל נתון נאסף בנפרד.¹⁹⁹

כאשר הליך גישור מתבצע פנים אל פנים, הצדדים מגלים מידע שיכול להיות אישי, רגיש ורחב, אולם הוא תלוי ההקשר של הליך יישוב הסכסוך הקונקרטי. בהליך גישור מקוון, המשתמשים עשויים לגלות לפלטפורמה מידע נוסף, דוגמת מידע חזותי מהמרחב הפרטי שלהם, מידע שהם מוסרים אגב הרישום לפלטפורמה, מידע על אנשי הקשר שלהם ועוד. פלטפורמה שתעבד במשותף את שני סוגי המידע יכולה לגלות עובדות חדשות על הצדדים בהליך שייתכן שלא היו מתגלות בכל הקשר בנפרד. תוצרי הניתוח עשויים להזין פרופיל על הצדדים שממנו ייגזרו מסקנות והחלטות שונות לגבי הצדדים גם בהקשרים מחוץ להליך,²⁰⁰ כל זאת מבלי שהצדדים יהיו מודעים לתוכן הפרופיל שנבנה עליהם ולמידע מתוך הגישור ששימש לבנייתו.²⁰¹ בכך יש סיכון משמעותי לפגיעה בפרטיות כמו גם באוטונומיה של משתתפי ההליך.²⁰²

¹⁹⁷ ראו למשל התייחסות למעבדי משנה במדיניות הפרטיות של: <https://otter.ai/privacy-policy> OTTER Ai *privacy policy* (נכון ל-29.5.23).

¹⁹⁸ Solove, לעיל הי"ש 160, בעמ' 506.

¹⁹⁹ שם.

²⁰⁰ להגדרה של פרקטיקת יצירת פרופיל והשימושים בה ראו הגדרת "Profiling" שמצויה בתקנה 4(4) לתקנות הגנת המידע האירופיות.

²⁰¹ ראו בירנהק, לעיל הי"ש 49, בעמ' 172.

²⁰² ראו Karen Yeung, *Five Fears about Mass Predictive Personalization in an Age of Surveillance Capitalism*, 8(3) IDPL 258 (2018).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

5. הצעות להתמודדות עם הסיכונים לפרטיות, הגנת מידע ואוטונומיה בגישורים מקוונים

סקירת הנורמות החלות על הליך הגישור המקוון הצביעה על פערים בין שתי מערכות ההסדרה שחלות עליו ואשר משפיעות על הסיכונים לסודיות ההליך ועל זכותם של משתתפיו לפרטיות, הגנת מידע ואוטונומיה. פרק זה מציג פתרונות משלימים שיסייעו להתמודד עם סיכונים אלה. ראשית, נציע שתי הצעות בתחום חקיקת הגישור: הסדרת מעמדן החוקי של פלטפורמות הגישור והחובות שחלות עליהן; והסדרת החובות שחלות על מגשרים בעת השימוש בפלטפורמות דיגיטליות בהליך. בהמשך לכך, נעמוד בקצרה על כך ששינויים צפויים בהסדרה הכללית של פעילות פלטפורמות דיגיטליות, בכל הנוגע להגנת המידע והפרטיות ולפיתוח ושימוש ביישומי בינה מלאכותית, ישפיעו, מטבע הדברים, גם על פלטפורמות המשמשות בגישור, גנריות וייעודיות.

בטרם נפנה לליבת הדיון, נקדים הערה כללית בנוגע להצעה להטיל חובות על פלטפורמות גישור ועל מגשרים בגישורים מקוונים. כפי שהעלתה סקירתנו בפרק 3, המחוקק הישראלי הכריע זה מכבר בדבר הצורך להסדיר את הליך הגישור, לרבות באמצעות הסדרים הנוגעים להגבלת זרימת המידע בהליך. בדומה לכך, המחוקק קבע כי קיים צורך להסדיר את הגנת המידע והפרטיות, לרבות באמצעות הטלת מגבלות על פעולותיהם של מאגרי מידע, ובהם פלטפורמות, במידע של משתמשים. התפתחותו המהירה של תחום הגישור המקוון, על התועלות והסיכונים שגלומים בו, מעוררת את השאלה כיצד ניתן להבטיח כי הנורמות שנקבעו יחולו באופן אפקטיבי גם בגישורים מקוונים, והאם יש טעמים טובים שלא להחיל נורמות אלה, כולן או חלקן?

בעיצוב מדיניות ההסדרה של כל טכנולוגיה כרוך מתח מובנה. מצד אחד, יש חשיבות בקידום חדשנות וקצירת פירותיה החברתיים והכלכליים של הטכנולוגיה החדשה, בין היתר באמצעות מתן תמריצים לשוק הפרטי לפתחה ולהפעילה. מצד שני, יש חשיבות להגן על פרטים ועל החברה בכללותה מפני סיכונים (צפויים ובלתי צפויים) שכרוכים בטכנולוגיה, בין היתר באמצעות הטלת מגבלות על השימוש בה, ולעיתים אף על פיתוחה. מתח מובנה זה קיים גם ביחס לפלטפורמות גישור דיגיטליות. כפי שהעלה הדיון בפרקים הקודמים, פלטפורמות אלה מייצרות ערך למשתמשיהן ולחברה בכללותה בהנגשת ההליך, הוזלת עלותו ואף שיפור איכותו, אך בה בעת עשויות להוביל לפגיעה בזכויות המשתמשים לפרטיות, להגנת מידע ולאוטונומיה.

חשש מרכזי נוגע לכך שהטלת חובות רגולטוריות על פלטפורמות גישור מקוון ועל מגשרים המשתמשים בהן תיצור אפקט מצנן שיפגע בתמריצים לפתח ולהפעיל מערכות גישור מקוונות, באופן שיוביל לתוצאות בלתי רצויות מבחינה חברתית.²⁰³ עם זאת, בשנים האחרונות, עם התגברות המודעות לכוחן הרב של פלטפורמות

²⁰³ לדוגמה הדיון בתועלות החברתיות של פלטפורמות כלכלה שיתופית, ראו: מיכל (שיצר) גל "כוחו של ההמון בפלטפורמות הדיגיטליות של הכלכלה המשותפת" מחקרי רגולציה א 239, 241–245 (2019); Elettra Bietti, *A Genealogy of Digital Platform Regulation*, 7 GEO. LAW. TECH. REV. 1, 33–38 (2023).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ולסיכונים ולנזקים הפוטנציאליים למשתמשים ולחברה בכללותה בשל השימוש בהן, דרך כוכבן של פרספקטיבות ביקורתיות המבקשות להפחית את ההחצנות השליליות של טכנולוגיות מידע, ובהן יישומי בינה מלאכותית ופלטפורמות דיגיטליות, באמצעות רגולציה שלהן.²⁰⁴ זאת במיוחד על רקע הסיכונים שכרוכים בשליטתן האסימטרית של פלטפורמות על מידע והאפשרות שנתונה להן להשתמש במידע כדי להשפיע על משתמשים ואף למשמע אותם.²⁰⁵ בהקשר זה מוזכר גם הקושי להשפיע על החלטתם המושכלת של משתמשים אם להשתמש בפלטפורמה.²⁰⁶ תפיסות אלו באות לידי ביטוי ברגולציות עדכניות של פלטפורמות ושל יישומי בינה מלאכותית באיחוד האירופי²⁰⁷ והן מהודהדות גם במסמכי מדיניות בדבר הסדרתם של תחומים אלה בישראל.²⁰⁸ בהקשר הנוכחי, בשים לב לסיכונים שנסקרו בהרחבה בפרק 4, אנו סבורות כי יש מקום להטיל חובות על פלטפורמות גישור ועל מגשרים באופן שיאזן כראוי בין תמרוץ כלל השחקנים, לרבות פלטפורמות הגישור והמגשרים, להמשיך לפתח את תחום הגישור המקוון לבין מיתון הסיכונים לאוטונומיה ולפרטיות משתתפי ההליך.

א. הסדרת מעמדן החוקי של פלטפורמות ייעודיות לגישור

כפי שהעלה הדיון בפרק 3א, כיום מעמדן של פלטפורמות גישור מקוונות אינו מוסדר בדברי חקיקה וכללי אתיקה בתחום הגישור, כך שהנורמות שחלות על הליך הגישור ועל מגשרים אינן חלות עליהן. במצב דברים זה, כל עוד מדיניות הפרטיות והסכם השימוש שלהן מתירים זאת, מבחינה חוקית פלטפורמות גישור יכולות לעשות שימוש במידע מהגישור למטרות חיצוניות להליך, להעביר מידע מהגישור לגורמים חיצוניים להליך וכן לעבד מידע במסגרת הגישור באופנים שפוגמים בשליטתם של הצדדים על ההליך. פער הסדרה זה עשוי להוביל לפגיעה בסודיות ההליך ובאוטונומיה של הצדדים, וכן לגרום למגשרת להפר, הלכה למעשה, את חובת הסודיות הסטטוטורית המוטלת עליה.

²⁰⁴ שם, בעמ' 38-40, Gillian K. Hadfield & Jack Clark, *Regulatory Markets: The Future of AI Governance* ARXIV 1, ; <https://arxiv.org/abs/2304.04914> (APR. 11, 2023).

²⁰⁵ ראו: JULIE E. COHEN, BETWEEN TRUTH AND POWER: THE LEGAL CONSTRUCTIONS OF INFORMATIONAL CAPITALISM (2019); Katharina Pistor, *Rule by Data: The End of Markets?*, 83 L. & CONTEMP. PROBS. 101 (2020); גל, לעיל הי"ש 203, בעמ' 263.

²⁰⁷ לסקירה ודיון, ראו: Hadfield & Clark, לעיל הי"ש 226, בעמ' 8-12; עמרי רחום-טוויג "המשפט לומד את המכונה: ה-AI Act האירופי כחקיקה טכנולוגית בזמן אמת" **פורום עיוני משפט** (13.3.2024) <https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/rahum-twaig2>.

²⁰⁸ ראו: הצוות המייעץ לשר התקשורת לבחינת האסדרה על פלטפורמות תוכן דיגיטליות "דוח המלצות הוועדה" **gov.il** (12.2022); <https://did.li/UW15q>; משרד החדשנות, המדע והטכנולוגיה ומחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט כלכלי) במשרד המשפטים, "עקרונות מדיניות, רגולציה ואתיקה בתחום הבינה המלאכותית" **gov.il** (14.12.2023) <https://did.li/6oEaa>.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

כדי לתת מענה לפער האמור, ראוי להסדיר במסגרת חקיקת הגישור את מעמדן של פלטפורמות גישור, תוך הבחנה בין ההסדרים שחלים על פלטפורמות ייעודיות שמספקות שירותי גישור באופן ישיר לבין ההסדרים שחלים על פלטפורמות גנריות שמשמשות מגשרים בהליך. אשר לפלטפורמות ייעודיות לגישור, יש מקום להגדיר את תפקידן בהליך ואת החובות המוטלות עליהן בכל הנוגע לעיבוד מידע למטרות פנימיות וחיצוניות לגישור. במסגרת זו, מעבר לחובות הגנת מידע סטנדרטיות בדמות "נוהלי מידע הוגנים" למיניהם (ראו פרק 5.ג. להלן), ראוי כי חקיקת הגישור תטיל על פלטפורמות גישור ייעודיות חובות שתכליתן להבטיח את שליטת הצדדים על זרימת המידע הפנימית והחיצונית בגישור. כך, ראוי לקבוע כי על פלטפורמות גישור ייעודיות חלה חובה להימנע מפגיעה בסודיות הליך הגישור, ובתוך כך לאסור עליהן לעבד מידע באופן שעשוי לחשוף מידע פנימי לגישור למטרות חיצוניות וכן להעביר מידע פנימי מהגישור לגורמים חיצוניים להליך, אלא אם קיבלו הרשאה מפורשת מהצדדים. כאמור בפרק 2.א, מידע פנימי לגישור הוא מידע על הסכסוך ועל העמדות, האינטרסים, הצרכים והרגשות של הצדדים ביחס לסכסוך ופתרונו. לדעתנו, הגבלת חובת הסודיות של פלטפורמת הגישור למידע פנימי לגישור מאזנת כראוי בין שמירה על שליטת הצדדים במידע בהקשר הגישורי לבין תמרוץ פלטפורמות הגישור להמשיך ולפתח את התחום, בין היתר באמצעות שימוש במידע שאין בו כדי לפגוע בסודיות ההליך, בהתאם לצורכיהן העסקיים ולמדיניות שקבועה בתנאי השימוש והסכמי הפרטיות שלהן. הדרישה לקבלת הרשאה מפורשת מהצדדים מהדהדת הסדרים אחרים בקודים אתיים למגשרים שמתנים ביצוע פרקטיקות שחורגות מעקרונות הגישור בקבלת הסכמת הצדדים.²⁰⁹ לפיכך, על הפלטפורמה לקבל את הסכמת הצדדים לעיבוד מידע פנימי למטרות חיצוניות או העברתו לצדדים שלישיים. הסכמה זו צריכה להינתן בנפרד מההסכמה למדיניות הפרטיות והסכמ השימוש. כמו כן, על הסכמה זו לעמוד בדרישות צורניות ותוכניות שיתמכו במתן הסכמה מדעת, דוגמת שימוש בשפה פשוטה ובהירה ועיצוב מכוון משתמש של הממשק הדיגיטלי.²¹⁰ צדדים להליך שסיברו כי פלטפורמת הגישור הייעודית הפרה את סודיות הגישור יוכלו לפנות לבית המשפט בבקשה שיקבע כי הפלטפורמה הפרה את חובת הסודיות ולזכות בפיצוי. קביעת כללים אלה תרחיב בתורה גם את ההגנה שמעניק

²⁰⁹ ראו למשל ס' 21, 23, 39, 47(ה), 91, 131 לקוד אתי למגשרים בישראל, לעיל ה"ש 57.
²¹⁰ תפיסה זו מהדהדת מגמות עכשוויות ביחס לאופן קבלת הסכמה לשימוש במידע. ראו למשל דרישות ההסכמה שבתקנות המידע האירופיות בסי' 4(11), 7 ו-12 המתייחסים לאופני קבלת ההסכמה ולצורך לעשות שימוש בשפה בהירה, נגישה וקלה להבנה. עמדה דומה הובעה גם על ידי הרשות להגנת הפרטיות בישראל, ראו לעיל ה"ש 187, בעמ' 6-7. לדיון נוסף באופן עיצוב הסכמה לשימוש במידע, ראו: Ann Cavoukian & Justin ; Ari Ezra Waldman, *Privacy, Notice, and Design*, 21 STAN. TECH.L.REV.74 (2018) B. Weiss, J.D., *Privacy by Design and User Interfaces: Emerging Design Criteria – Keep it User – Centric* PRIVACY <https://gpsbydesigncentre.com/portfolio-item/privacy-by-design-and-user-interfaces/> BY DESIGN, 8 (June 2012) Hana Habib et al., *Toggles, Dollar Signs, and Triangles: emerging-design-criteria-keep-it-user-centric* <https://doi.org/10.1145/3488888>. ראו והשוו: *How to (in) Effectively Convey Privacy Choices with Icons and Link Texts*, In: PROCEEDINGS OF THE 2021 CHI CONFERENCE ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS, 1–3 (2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

חוק הגנת הפרטיות מפני פעולות של פלטפורמות הגישור במידע מהגישור, באמצעות יצירת חובת סודיות בדין.²¹¹

כן, ראוי לקבוע כי על פלטפורמות הגישור הייעודיות חלה חובה להימנע מפגיעה באוטונומיה של הצדדים ובניטרליות ההליך באמצעות עיצוב ממשק המשתמש, הטמעת מערכות אלגוריתמיות או כל מאפיין טכנולוגי אחר. בפרט, יש לחייב פלטפורמות ייעודיות לגישור להגן על האוטונומיה של הצדדים בקבלת החלטות בגישור כשמעורבות בהליך פעולות אוטומטיות או תובנות אלגוריתמיות שנועדו לתמוך בקבלת ההחלטות של הצדדים ושל המגשרת. בכלל זה, כדי למנוע שימושים בלתי שקופים, מוטים או מניפולטיביים בכלי עיבוד מידע שעשויים להשפיע על התנהלות הצדדים ותוצאות ההליך, יש להבטיח כי לצדדים ולמגשרת תהיה גישה למידע בדבר אופן ניתוח המידע שיאפשר להם לשקול את הסתמכותם עליו.²¹² בין היתר, ראוי כי הפלטפורמה תציג מידע בנוגע לנתונים שעליהם מתבסס הניתוח, הסברים בדבר אופן הניתוח והמשקל שניתן לנתונים שונים, מידע בדבר התיקוף שנעשה למערכת וכל מידע נוסף שיאפשר לצדדים להבין לאשורה את הפעולה האלגוריתמית שמשפיעה על ההליך בעניינם.²¹³

כדי לקדם ולייעל את אכיפת הכללים המוצעים לעניין שליטת הצדדים על זרימת המידע ועל קבלת החלטות רצוי לפתח תהליך אקרדיטציה לפלטפורמות גישור ייעודיות שיתייחס לכללים אלה כמו גם לנהלים לטיפול במידע.²¹⁴ אקרדיטציה זו יכולה לשמש צדדים ומגשרים בבחירת הפלטפורמה, וכן גופים מוסדיים המפנים סכסוכים לגישור, ובראשם בית המשפט. אפשרות חלופית היא למנוע מפלטפורמות גישור ייעודיות את האפשרות להגביל את אחריותן לתוצאות הגישור (כמקובל כיום),²¹⁵ מקום שבו הפלטפורמה פוגעת בניטרליות ההליך או בקבלת החלטות המושכלת של הצדדים באשר לסיום הסכסוך. זאת, בשל המאפיינים של מעורבות

²¹¹ למשל באמצעות החלת ס' 7(2) לחוק הגנת הפרטיות, שעניינו הפרת חובת סודיות שנקבעה בדין.
²¹² דרישה זו חשובה במיוחד לנוכח "הטיית האוטומציה" שמובילה אנשים להסתמכות יתר על ניתוח מידע אוטומטי, ראו הדיון לעיל, בפרק 4. תפיסה זו מהודהדת גם בהקשרים של הגנת מידע ופרטיות, ראו הדיון בפרק 5.
²¹³ בעניין זה ראו גם: צא (מרכז) 24474-01-22 **עומר ברגר נ' מדינת ישראל** (החלטה) (11.9.2022): במסגרת עתירה לגילוי ראיה שנועדה לחשוף את אופן פעולתה של מערכת אלגוריתמית. המערכת משמשת לחיזוי מעורבותם של נוסעים הנכנסים לישראל בעבירות סמים. שם, התברר כי מדובר במערכת שמבוססת על למידת מכונה עצמאית; שם, בפס' 24. השופט עידו דרויאן-גמליאל קיבל את העתירה תוך שהצביע על הבעייתיות שבשימוש במערכת: "גם לאחר-מעשה, לא ניתן לבדוק ולדעת אילו נתונים נלקחו בחשבון של האלגוריתם ומה משקל ניתן להם... מצב דברים זה שולל-למעשה אפשרות לביקורת מנהלית ולביקורת שיפוטית יעילות" וכן על הקושי שב"חוסר הידיעה באשר לתיקוף [של המערכת]... ככל שנעשה". להרחבה בנושא הזכות לקבלת הסבר ומודלים להסברתיות של בינה מלאכותית, ראו Katie Atkinson, Trevor Bench-Capon & Danushka Bollegala, *Explanation in AI and Law: Past, Present and Future* 289 A.I & L (12.2020).

²¹⁴ להרחבה בנוגע לסוגיות משילות של תחום היס"מ ואפשרויות לאקרדיטציה של ספקי שירותי יס"מ, ראו: Noam Ebner & John Zeleznikow, *No Sheriff in Town: Governance for Online Dispute Resolution*, 32(4) NEGOT. J. 297 (2016).

²¹⁵ ראו לדוגמה: סעיף הגבלת האחריות בתנאי השימוש של פלטפורמת NextLevel Mediation <https://nextlevelmediation.com/terms> Terms of Use Next Level (4.7.23). בהתאם לסעיף, משתמשי הפלטפורמה מוותרים על כל טענה ביחס לשירות שניתן להם, למעט ביחס להפרת סודיות, גישה מאובטחת לשירות (אותנטיקציה) ואבטחת מידע וכן גיבוי ושמירת מידע.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הפלטפורמה בהליך שנסקרו בפרק 4א, אשר עשויים לגרום להשפעה בלתי הוגנת ובלתי שקופה על קבלת ההחלטות של הצדדים.

השימוש בפלטפורמות גנריות לגישור מעורר אתגרי הסדרה ייחודיים²¹⁶ בשל תכנון כפלטפורמות המספקות שירותים כלליים, כמו תקשורת וניתוח מידע, אשר נעשה בהם שימוש נרחב בהקשרים שאינם גישור. לפיכך, לדעתנו אין זה ישים ואין זה ראוי להטיל עליהן מגבלות שנטועות בהקשר הגישורי, שכן הדבר אינו מאזן כראוי בין ערכי החברתי המשמעותי בהקשרים הרחבים שבהם נעשה בהן שימוש לבין הצורך להסדיר את הסיכונים הייחודיים שטמונים בשימוש בהן בהקשר הגישורי. לדעתנו, דרך המלך להסדרת פעולתן בגישור היא באמצעות החלת חובות על המגשרת, כפי שאנו דנות בחלק הבא.

ב. הסדרת חובות המגשרים בשימוש בפלטפורמות גישור

השימוש הרווח בפלטפורמות גישור מקוון והסיכונים שכרוכים בכך לאוטונומיית הצדדים, הגנת הפרטיות והגנת המידע האישי הזורם בהליך, כמו גם לסודיות ההליך, מחייבים התאמה של החובות החלות על מגשרים בגישור מקוון. זאת, כחלק מחובת האמון שלהם כלפי הצדדים ואחריותם להבטחת הניטרליות והוולונטריות של ההליך, כך במיוחד לנוכח החשש שצדדים יסכימו לעשות שימוש בפלטפורמה תוך הסתמכות על האמון שלהם במגשרת, כמתואר בפרק 4ג. ככל שהצעתנו להסדרת פלטפורמות ייעודיות במסגרת חקיקת הגישור תתקבל, חובות המגשרת יהיו משמעותיות יותר בהקשר של שימוש בפלטפורמות גישור גנריות.

לדעתנו, ראוי כי דרישות ההכשרה והכשירות למגשרים, כמו גם קודים אתיים לגישור, יכללו חובת היכרות עם מערכות גישור מקוון והסיכונים הכרוכים בשימוש בהן.²¹⁷ בנוסף, ראוי לחייב את המגשרת להסביר לצדדים בפתח ההליך את הסיכונים שנובעים מהשימוש בפלטפורמה מקוונת, וככל הניתן, עליה לאפשר לצדדים שליטה בהליך גם לעניין בחירה בחלופות טכנולוגיות-הליכיות שונות.²¹⁸ דרישה זו יש להרחיב מקום שפלטפורמת הגישור, גנרית או ייעודית, כוללת כלים לביצוע פעולות ניתוח מידע, וקיים חשש לפגיעה באוטונומיית הצדדים בקבלת החלטות. במקרים אלה יש להחיל על המגשרת חובת גילוי בדבר עצם השימוש בכלים אלה, וכן חובה

²¹⁶ ראו: Ebner & Zeleznikow, לעיל ה"ש 214, בעמ' 315.

²¹⁷ זאת בדומה להתפתחויות בכללי האתיקה במקצועות אחרים, ובהם עורכי דין ושופטנים. ראו למשל: *Model Rules of Professional Conduct – Table of Contents, Rule 11* Am. Bar Ass'n <https://did.li/L3JTY> Comment 8 “To maintain the requisite knowledge and skill, a lawyer should keep abreast of changes in the law and its practice, including the European Commission For The efficiency Of Justice ;benefits and risks associated with relevant technology ...” (“judicial training should adapt to the emerging CEPEJ (June 6, 2022) <https://rm.coe.int/declaration-en/16809ea1e2> (needs, including the use of IT”).

²¹⁸ זאת, בהלימה לעיקרון כי האוטונומיה של הצדדים בגישור נוגעת גם לבחירות בנוגע לתכנון ההליך (“process design”), ראו Standard I.A בקוד האתי למגשרים בארצות הברית, לעיל ה"ש 66.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

להסביר לצדדים את הסיכונים שכרוכים בשימוש בהם, תוך מתן אפשרות להתייעץ עם גורמים מקצועיים בעניין וכן, כאמור, לוותר כליל על השימוש בכלים אלה. בסופו של יום, ככל שפלטפורמות ייעודיות לגישור יוכפפו להסדרה מחמירה יותר, כך יש להניח כי מגשרים יתומצו לעשות שימוש בפלטפורמות אלה על פני פלטפורמות גנריות, כדי למזער את הסיכונים לצדדים (ולהם עצמם) בהליך.

ג. התאמת דיני הגנת המידע והפרטיות והרגולציה של יישומי בינה מלאכותית לאתגרי התקופה

חלק מהסיכונים שמייפנו בתחום הגישור המקוון מאפיינים גם הקשרים אחרים שבהם רווח השימוש בפלטפורמות דיגיטליות ובמערכות מבוססות בינה מלאכותית. לפיכך, יש להניח שהם יושפעו משינויים צפויים במארג ההסדרה של הגנת המידע והפרטיות במרחב הדיגיטלי, פלטפורמות דיגיטליות ויישומי בינה מלאכותית. אכן, ההתפתחות המהירה וההשפעה הרחבה של פלטפורמות דיגיטליות וטכנולוגיות מבוססות נתוני עתק ובינה מלאכותית הובילה רבים להכיר בצורך להרחיב את מנעד כלי האסדרה שיגנו על זכויות הפרט והאוטונומיה של הפרט בעידן המידע.²¹⁹ בין היתר, הם עומדים על הפער שקיים בין תפיסת ההסדרה הקיימת, שנשענת בעיקרה על יישום עקרונות של נוהלי מידע הוגנים ("Fair Information Practices" ("FIP")), לבין אתגרי עידן המידע.²²⁰ פרדיגמת ה-FIP, שרווחת בחקיקות הגנת מידע מתקדמות דוגמת תקנות הגנת המידע האירופיות, קובעת נורמות שמחייבות את מי שאוספים ומעבדים מידע לנהוג בזהירות, שקיפות ואחריותות ביחס למידע ולמושאי המידע. לצד זאת, ה-FIP מעניקים למושאי המידע שליטה במידע על אודותיהם באמצעות מנגנונים של הסכמה וצמידות מטרה, כמו גם אגד זכויות במידע דוגמת הזכות לעיון, מחיקה וניוד של מידע. זוהי ליבת מסגרת ההסדרה שסקרנו בפרק 3.ב.

לאחרונה, ההכרה בצורך בהרחבת מסגרת ההסדרה החלה לבוא לידי ביטויים מעשיים שהבולט שבהם הוא סדרת יוזמות החקיקה של האיחוד האירופי תחת הכותרת "A Europe Fit for the Digital Age".²²¹ לחלק מההתפתחויות החקיקתיות צפויה להיות השפעה ישירה גם על פעולתן של פלטפורמות גישור מקוונות ועל הסיכונים שעליהם עמדנו במאמר. מפאת קוצר היריעה, נציין ממעוף הציפור כמה השפעות רלוונטיות. כך למשל, ה-Digital Services Act (DSA) מטיל שורה של חובות חדשות על פלטפורמות דיגיטליות והוא עשוי לחול על

²¹⁹ ראו למשל: Woodrow Hartzog, *The Inadequate, Invaluable Fair Information Practices*, 79 MD.L.REV. 952 (2017); Omer Tene, *Privacy Law's Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws*, 74 Ohio St.L.J. 1217, 1218–19 (2013); Alicia Solow-Niederman, *Information Privacy and the Inference*; *Economy*, 117 NW. U. L. REV. 357 (2022); רחום-טוויג, לעיל ה"ש 207.

²²⁰ Hartzog, לעיל ה"ש 219, בעמ' 953–956.

²²¹ A Europe Fit for the Digital Age EUROPEAN COMMISSION https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

פלטפורמות גישור ייעודיות שפועלות גם כזירה להתקשרות בין מגשרים לצדדים לגישור.²²² בין היתר, ה־DSA מחייב את הפלטפורמות שעליהן הוא חל להימנע מעיצוב מניפולטיבי של ממשק המשתמש,²²³ להבטיח את הקריאות של הסכמי השימוש והפרטיות שלהן²²⁴ ולהציג את הפרמטרים העיקריים שבהם נעשה שימוש ליצירת פרופילים והפקת המלצות אוטומטיות.²²⁵ דוגמה נוספת היא ה־Data Governance Act אשר מסדיר שורה של נושאים שקשורים בהעברת מידע לצדדים שלישיים ובין מדינות וכן את פעולתם של גורמי ביניים שכל עיסוקם הוא תיווך מידע.²²⁶ לבסוף, נזכיר גם את ה־Artificial Intelligence Act (AI Act), אשר אושר על ידי מדינות הארגון עם סיום כתיבת מאמר זה.²²⁷ ה־AI Act עתיד לאסור על שימושים מסוכנים במיוחד בבינה מלאכותית; להטיל חובות שונות על מערכות שיוצרות סיכון גבוה לזכויות יסוד ולשלטון החוק (ולאינטרסים מוגנים אחרים), ובהן החובה לבצע הערכת השפעה (Impact Assessment) של המערכת על הזכויות והאינטרסים המוגנים; וכן להטיל חובות שקיפות על מודלי בינה מלאכותית לשימוש כללי, לרבות ביחס למידע ששימש לאימון המודלים. הערכת השפעתה של מסגרת נורמטיבית עתידית זו על פעילותן של פלטפורמות גישור והסיכונים שגלומים בשימוש בהן תיאלץ להידחות למאמר אחר, לאחר שההסדרים ייכנסו לתוקף והשפעתם תילמד.

ד. סיכום

במאמר זה בחנו כיצד הטרנספורמציה הדיגיטלית של הליך הגישור משפיעה על הזכויות של משתתפיו שקשורות בניהול המידע בהליך, ובראשן הזכות לפרטיות, הזכות להגנת המידע האישי והזכות לאוטונומיה. הצגנו מודל שממשיג את הגישור כהליך שמבוסס על זרימה של מידע והדגמנו בעזרתו כיצד המעבר מגישור פנים אל פנים לגישור מקוון משנה את זרימת המידע בהליך. הצבענו על האופנים שבהם הדיגיטציה של ההליך עשויה לפגוע בשליטה של הצדדים על זרימת המידע בהליך, ומכאן, לפגוע בפרטיותם, בסודיות ההליך ובשליטתם על קבלת ההחלטות בהליך. עוד דנו באופנים שבהם סיכונים אלה גוברים כאשר פלטפורמות גישור נסמכות על יישומי בינה מלאכותית בביצוע פעולות ניתוח מידע, שהן ליבת הגישור. בהמשך, עמדנו על כך שכיום, חלק מהסיכונים אינם זוכים למענה ראוי במסגרות ההסדרה הקיימות בתחום הגישור ובתחום הגנת המידע והפרטיות, והצענו

Commission Regulation 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single ²²² Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

²²³ שם, בסעיף 25.

²²⁴ שם, בסעיף 14.

²²⁵ שם, בסעיפים 26–27.

Commission Regulation 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European Data ²²⁶ Governance and Amending Regulation (EU) 2018/1724 (Data Governance Act).

European Parliament, *Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law* – Press Release EUROPARL (Mar. 13, ²²⁷ 2024) <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law>.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הסדרים משלימים שיצמצמו סיכונים אלה. לנוכח התרחבות השימוש בהליכי גישור לצד התרחבות השימוש בפלטפורמות דיגיטליות לביצועם, יש להניח כי מגמת הגישור המקוון, שהתגברה משמעותית בתקופת הקורונה, תמשיך להתפתח ולעצב את פני התחום בשנים הקרובות. אנו תקווה כי מאמרנו יתרום לקידום הסדרה ראויה בתחום, כמו גם להגברת המודעות של מגשרים, בעלי דין ומוסדות גישור לצורך להידרש לסיכוני פרטיות, הגנת מידע ואוטונומיה שגלומים בהליך הגישור המקוון.