

גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרטת הצדק ושוויון בעבודה

פאינה מילמן-סיון, ארנה רבינוביץ'-עיני*

המאמר מתמקד בסמכותה של נציבות השוויון בעבודה בישראל להפנות לגישור תלונות על אפליה בעבודה. הוא מציג מסגרת חדשה לדיון בתפקיד הגישור במסגרת פעילותה של הנציבות במילוי התפקיד הכפול שהוטל עליה – יישוב סכסוכי אפליה פרטניים ומניעת צמיחתם של מקרי אפליה עתידיים. בלב המאמר מצוי המתח בין שתי דרכים מנוגדות להבנת תפקידו של הליך הגישור בהקשר של אפליה בעבודה. לפי הראייה המקובלת, הגישור הוא כלי לפתרון סכסוכים פרטניים. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם ראיית הליך הגישור כגורם מרכזי בהפרטה של מערכת הצדק. לכן עלו במסגרתה ביקורות המערערות על יכולתה של מערכת שאינה ציבורית ופומבית להתמודד עם סכסוכים הנוגעים בנורמות ציבוריות של שוויון. התפיסה החלופית, זו שהמאמר מציג, רואה בגישור אמצעי ללמידה על תופעת האפליה ולמניעת צמיחתם של סכסוכי אפליה עתידיים. ראייה כזו מצמיחה הבנה מורכבת של התפקיד שזירות פרטיות יכולות למלא בפיתוחן ובאכיפתן של נורמות של שוויון בעבודה, ובכך גם מספקת מענה לביקורות על הפרטת הצדק. לטענתנו, תכנון נכון של המערכת הגישורית שתופעל בנציבות עשוי להשפיע באופן חיובי על יכולתה של הנציבות למלא תפקיד זה.

* ד"ר פאינה מילמן-סיון, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה;
ד"ר ארנה רבינוביץ'-עיני, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
אנו מודות לד"ר שגית מור, לעו"ד רונית הרמתי-אלפרן, לד"ר סנדי קידר ולד"ר יונתן יובל על ההערות התורמות שהעירו על טיוטת המאמר. כן נתונה תודתנו לנטע פת, לעידו גלייטמן, לרואי תמרי ולהדס אלקובי על עבודת מחקר מעולה, ולחברי מערכת **משפט וממשל** על שאלות, הערות והצעות חשובות.
המאמר נכתב בלשון נקבה וזכר לסירוגין, ועל-כן אין לייחס משמעות מיוחדת לבחירה בלשון זו או אחרת לאורך הטקסט.

מסגרת הדין שלנו מעוצבת על-ידי ההתפתחויות התיאורטיות שחלו בשנים האחרונות בתחום הרגולציה של שוויון בעבודה. התפתחויות אלה נובעות מחלחולה של ההכרה כי מיגורה של תופעת האפליה מצריך, בהקשרים מסוימים, מעבר לתפיסה רגולטורית הנשענת על שיתוף-פעולה בין גורמים ציבוריים לפרטיים, באופן המאפשר למידה מתמשכת על-אודות הגורמים לתופעת האפליה והדרכים להתמודדות עימה. עם זאת, תיאוריות אלה הקדישו תשומת-לב מועטה בלבד לנושא העומד במרכז של המאמר, קרי, התפקיד שהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים יכולים למלא בתהליכי למידה ממין זה.

הקדמה. א. מגבלותיה של המסגרת הקיימת בהתמודדות עם תופעת האפליה בעבודה:

1. מאפיינים של סכסוכי אפליה ומגבלות ההליך השיפוטי בהתמודדות עימם; 2. הקמת הנציבות ומתן סמכות להפנות תלונות אפליה לגישור. **ב. חשיבה מחדש על תפקיד הגישור בהתמודדות עם אפליה בעבודה:** 1. רקע תיאורטי: תיאוריות ממשל חדשות; 2. המודל הרצוי למיסוד הגישור במסגרת פעילותה של הנציבות: פרדיגמה מניעתית; 3. שאלות יישומיות מרכזיות נוספות בתכנון מערכת גישור בסכסוכי עבודה. **ג. סיכום.**

הקדמה

בדצמבר 2005, ערב פיזור הכנסת השש-עשרה, התקבל תיקון מס' 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.¹ התיקון קובע כי תוקם נציבות שוויון בעבודה (להלן: הנציבות), אשר תקבל לידיה סמכויות אכיפה של חקיקת השוויון בעבודה בישראל. בהשראת נציבות השוויון האירית,² הוקמה הנציבות על-מנת לצמצם את הפער בין חוקי השוויון בעבודה "עלי ספר" לבין המציאות בשטח – התמשכותן של תופעות האפליה בשכר, בקבלה לעבודה, בקידום בעבודה ובתנאים הנלווים להעסקה, והישנותן של תופעות ההטרדה המינית בעבודה. הקמתה של הנציבות בישראל אמורה לאפשר התמודדות אפקטיבית עם תופעות האפליה בעבודה.³

¹ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38 (להלן: חוק הנציבות).
² פרוטוקול ישיבה של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-16 (16.5.2005), בדבר הצעת חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון – נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה), התשס"ה-2005, www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/maamad/2005-05-16.rtf.
³ לנציבות הוקנו סמכויות נרחבות, כולל הסמכות לחקור תלונות אפליה, להגיש תביעות בשם המתלוננים ולהפנות תלונות לביורר בהליך של גישור. ראו ס' 18(4) ו-18(6) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1.

אחד הכלים שניתנו לנציבות במסגרת זו הוא הסמכות להפנות תלונות אפליה לגישור.⁴ לכאורה מדובר בסעיף משני, אשר בא לעודד הגשת תלונות ולאפשר סגירה אפקטיבית של תיקים.⁵ אולם הנטייה לראות סמכות זו כעניין פרוצדורלי גרידא – אפיק אחד מני כמה, שדרכו ניתן להביא לידי יישוב סכסוכים הנוגעים בשוויון בעבודה במסגרת מסלול נגיש יותר מהחלופות הפורמליות – היא מוטעית. הניסיון במקומות אחרים בעולם מלמד כי הקניית סמכות להפניית תלונות לגישור לנציבויות בעלות סמכויות דומות הביאה לידי העברה מסיבית של סכסוכים למסגרות אלה.⁶ נוסף על כך, כפי שנרחיב בהמשך, ההיסטוריה של הגישור הממוסד בבתי-המשפט ובחלק מנציבויות השוויון מעידה על סכנה שהשימוש בהליך הגישור בהקשר זה עלול להיות הרסני לגבי הצד המתלונן דווקא, אשר עליו באה חלופת הגישור להקל. סכנה זו עמדה במוקד הביקורות שהועלו נגד שימוש בהליכים חלופיים כתחליף להליכי התדיינות פורמליים. ברור, על-כן, כי הסמכות להפנות תלונות לגישור מהווה עניין מרכזי לא-פחות מהפן המהותי של סדר-היום של הנציבות, ועשויה להכריע במידה רבה את שאלת יכולתה של הנציבות לממש את מטרת-העל של חקיקה זו – מיגור תופעת האפליה בשוק העבודה. בלב המאמר מצוי המתח בין שתי דרכים מנוגדות להבנת תפקידו של הליך הגישור בהקשר של אפליה בעבודה. לפי הראייה המקובלת, הגישור הוא כלי לפתרון סכסוכים פרטניים אד-הוק. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם ראיית הליך הגישור כגורם מרכזי

⁴ גישור הוא הליך שבו צד שלישי – מגשר או מגשרת – מתווך בקיומו של משא-ומתן בין הצדדים לסכסוך. המגשר אינו מקבל החלטות ואינו מחליט מי צודק או טועה. תפקידו מתמצה בהנעת המשא-ומתן בין הצדדים תוך שימוש במגוון כלים, דוגמת הצגת שאלות, שיקוף, סיכום, ניסוח מחדש, אתגור הנחותיהם של הצדדים וקיום פגישות אישיות נוסף על הפגישות המשותפות, על-מנת להוביל את הצדדים למציאת פתרונות אשר ישפרו את מצבם וישיבו את הסכסוך. להגדרה ולתיאור מקיף של מהותו של הליך הגישור ראו: CARRIE J. MENKEL-MEADOW ET AL., DISPUTE RESOLUTION: BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL 266–268 (2005).

⁵ בדיונים השונים שהתקיימו בוועדות הכנסת ובמליאה בשלבי קבלת החוק אין כמעט התייחסות לשאלת גישורם של סכסוכי אפליה, למעט אזכורים ספורדיים לגבי קיומה של סמכות הפניה כזו. חריג לכך ניתן למצוא בדבריה של עו"ד ציונה קניג-יאיר, אשר עמדה ברגע האחרון על הסכנות הטמונות במיסוד הגישור בהקשר זה, אולם לדבריה לא ניתן משקל משמעותי בדיוני הוועדה. פרוטוקול ישיבה מס' 547 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-16, 6 (14.12.2005), www.knesset.gov.il/protocols/data/html/avoda/2005-16-01-2.html.

⁶ לנתונים על מספר התלונות שהועברו לגישור על-ידי נציבות השוויון האירית בשנת 2005 ראו דוח הנציבות האירית משנת 2005: [www.equalitytribunal.ie/uploadedfiles/About: 2005](http://www.equalitytribunal.ie/uploadedfiles/About%20Us/ET%20Ann.%20Rep%20English%202005.pdf) (להלן: **דוח הנציבות האירית**). לנתונים על מספר התלונות שהופנו לגישור על-ידי נציבות השוויון בעבודה האמריקאית ראו: The U.S. Equal Employment Opportunity Commission, *Performance and Accountability Report Fiscal Year 2006* (2006), available at www.eeoc.gov/abouteeoc/plan/par/2006/index.html (להלן: **EEOC 2006**).

בהפרטה ההולכת וגוברת של מערכת הצדק, ולכן עלו במסגרתה ביקורות המערערות על התאמתה של מערכת מופרטת, שאינה ציבורית ופומבית, להתמודדות עם סכסוכים הנוגעים בנורמות ציבוריות של שוויון. התפיסה החלופית, זו שהמאמר מציע, רואה בגישור אמצעי ללמידה על תופעת האפליה ולמניעת צמיחתם של סכסוכי אפליה עתידיים. ראייה כזו מצמיחה הבנה מורכבת של התפקיד שזירות פרטיות יכולות למלא בפיתוחן ובאכיפתן של נורמות של שוויון בעבודה, ובכך גם מספקת מענה לביקורות שהוזכרו, שכן היא מראה באילו תנאים הפניית סכסוכים לגישור תחזק את השתרשותו וביסוסו של הדין הקיים לגבי השוויון בעבודה.

מסגרת הדין שלנו מעוצבת על-ידי ההתפתחויות שחלו בשנים האחרונות בתיאוריות הנוגעות ברגולציה של שוויון בעבודה. התפתחויות אלה נובעות מחלחולה של ההכרה כי מיגורה של תופעת האפליה מצריך, בהקשרים מסוימים, מעבר לתפיסה רגולטורית הנשענת על שיתוף-פעולה בין גורמים ציבוריים לפרטיים, באופן המאפשר למידה מתמשכת על-אודות הגורמים לתופעת האפליה והדרכים האפקטיביות להתמודדות עימה. עם זאת, תיאוריות אלה הקדישו תשומת-לב מועטה בלבד לתפקיד שהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים יכולים למלא בתהליכי למידה ממין זה. באופן ספציפי, נזנחה התרומה הפוטנציאלית של הליך הגישור, על גווניו השונים, לפיתוחן ולאכיפתן של נורמות במישור של שוויון בעבודה.⁷

עיקר חידושו של מאמר זה הוא בחיבור בין תיאוריות של רגולציה לבין התיאוריה והפרקטיקה של הגישור בהקשר של אפליה בעבודה. חיבור זה קורא להסיט את הדין בגישור מפרדיגמה של יעילות, המתבטאת בראיית הגישור כחלק מהמאמץ לסגירת תיקים, לפרדיגמה מניעתית, הרואה בגישור אמצעי הן למניעת סכסוכים דומים ברמה הפרטנית (של הצדדים להליך הגישור) והן למניעה רחבה ברמה המבנית, על-ידי זיהוי דפוסי אפליה חוזרים והתמודדות עימם.

למאמר שני חלקים. פרק א מתאר את תמונת-המצב הנוכחית ואת הכשלים בהתמודדות עם תופעת האפליה בעבודה. אנו פותחות בתיאור המאפיינים הייחודיים של סכסוכי אפליה בעבודה, ועומדות על הקשיים של בתי-המשפט בהתמודדות עם סכסוכים אלה. בהמשך אנו מראות כי אחד הכלים שניתנו בידי הנציבות ואשר היה עשוי לתרום להתגברות על קשיים אלה – דהיינו, ההפניה של תלונות לגישור – אינו צפוי להצמיח שינוי של ממש במציאות הנוכחית. יתרה מזו, במישור הגישורי, אנו מתריעות כי קיים חשש ממשי שהפנייתן של תלונות לגישור תכרסם במאבקה של הנציבות בתופעת האפליה בעבודה. אנו מראות כי על-פי הניסיון המצטבר, המתכונת "מיסוד

⁷ חריג בנוף הוא מאמרם העדכני של Sturm & Gadlin, הבוחן את תפקידו של משרד נציב הקבילות ב-National Institute of Health – משרד אשר מופקד על איתור קונפליקטים פנימיים בארגון וטיפול בהם, בין היתר, באמצעות הליך הגישור. ראו: Susan P. Sturm & Howard Gadlin, *Conflict Resolution and Systemic Change*, 2007 J. DISP. RESOL. 1.

הגישור" בנציבות מתבססת על המתכונת הנהוגה בבתי-המשפט,⁸ וצפויה על-כן להוביל להעדפתו של מודל גישורי מסוג מסוים. סוג גישור זה, המכונה "גישור מעריך", נוטה לפעול באופן התואם את הפרדיגמה של יעילות, ואינו צפוי לקדם מניעת אפליה. המאמר מראה כי גם במישור של יישוב הסכסוך הפרטני, סוג גישור זה הוא בעייתי במיוחד בהקשר של סכסוכי אפליה. המאמר מבקש להדגיש כי עולם הגישור הוא עולם מגוון ועשיר, וכי מודל הגישור המעריך הוא אך מודל אחד מבין ארבעה מודלים מרכזיים בגישור, הכוללים גם את המודל המאפשר, המודל הטרנספורמטיבי והמודל הנרטיבי. השיח הקיים אינו מדגיש די הצורך את מגוון המודלים האפשריים שניתן ליישם בהקשר של סכסוכי אפליה בעבודה, ובכך נמנע למעשה דיון עמוק באשר למודל הגישורי המתאים שראוי כי הנציבות תאמץ. המאמר בא לתקן חסר זה, וכפי שנראה בהמשך, הוא אף נוקט עמדה בסוגיה זו. נאמר כבר כאן כי עמדתנו היא שבעוד השימוש בגישור המעריך בהקשר של אפליה אינו רצוי, השימוש במודלים הטרנספורמטיבי והנרטיבי יכול לתרום תרומה ייחודית במסגרת המאבק באפליה בעבודה, שכן אופן פעולתם של מודלים אלה מתיישב יותר עם הפרדיגמה המניעתית, שאותה אנו מבקשות לקדם במאמר זה.

פרק ב מציע מסגרת דיון חלופית לשיח המתקיים כיום, ומציג באור חדש את מקומו ותפקידו של הליך הגישור תחת הפרדיגמה המניעתית האמורה, בכל הקשור לאכיפתה של חקיקת השוויון בישראל. אנו פותחות בהצגת המסגרת התיאורטית, הנשענת על תיאוריות ממשל חדשות. מסגרת זו היא שעומדת בבסיס תפיסתנו ביחס לתפקיד שהליך הגישור יכול למלא במיגור האפליה בעבודה. תיאוריות ממשל חדשות מדגישות את הצורך להתייחס למשפט כאל זירה ל"פתרון בעיות" בתחומים מורכבים במיוחד, וזאת בניגוד להכתבה כללית של נורמות ראויות. התייחסות כאמור למשפט מגלמת הבנה של נורמות משפטיות בצורה שונה מן המקובל: מדובר בנורמות אשר מעצם טיבן מתעדכנות ומשתנות תדיר בהתאם לשינויים החלים בתחום הרגולטורי שאותו הן מסדירות. תפיסה כזו מדגישה את הצורך להתאים את הנורמה המשפטית אל הבעיה שאותה היא מבקשת להסדיר, ועל-כן מקדמת לימוד מתמשך מהשטח תוך כדי ניסוי וטעייה. בענייננו, תיאוריות אלה משמשות להארת החשיבות של איסוף מידע אמפירי על הגורמים לאפליה ועל דרכי ההתמודדות עימה כאמצעי מרכזי לפיתוחן ולחיזוקן של הנורמות המשפטיות בתחום. אנו משתמשות בתובנות האמורות להארת היבטים של הליך הגישור שטרם נידונו כראוי בהקשר זה, דהיינו, הפוטנציאל שלו לשמש כלי ללימוד ולאיסוף מידע בהקשר של אפליה בעבודה. החשיבות של מימוש פוטנציאל זה של הגישור דווקא בהקשר של אפליה בעבודה נובעת, לטעמנו, מכך שתחום האפליה בעבודה הוא תחום מורכב ודינמי במיוחד. בניגוד לתחומים אחרים, שינוי אמיתי בתחום

⁸ המונח "מיסוד הגישור" מתייחס לתהליך שבו הגישור נהפך לחלק מהמערכת הפורמלית על-ידי עיגון בחוק של הסמכות להפנות סכסוכים לגישור.

האפליה בעבודה אינו יכול להתרחש ללא שינוי בתרבות של מקומות העבודה. שינוי כאמור בתרבות העבודה הוא תהליך אשר יתרחש בהכרח לאורך זמן ויהיה תלוי במידה רבה בהקשר. הגישור, בנסיבות מסוימות, עשוי לשמש בידי הנציבות כלי להנעתו של תהליך מורכב זה.

בהמשך אנו מתרגמות את התובנות התיאורטיות הללו למתווה לתכנונה של מערכת גישורית אשר תייצר למידה על אפליה בשוק העבודה ותאפשר מניעה של סכסוכי אפליה עתידיים. פרויקט תכנוני מעין זה מצריך הכרעה בכמה סוגיות-מפתח, אשר המרכזית מביניהן היא בחירתו של המודל הגישורי המתאים מתוך מגוון המודלים הגישוריים הקיימים בתחום. המאמר קורא לנציבות לאמץ במפורש אחד מבין שני מודלים – הטרנספורמטיבי או הנרטיבי – לצורך גישורן של תלונות אפליה במסגרת פעילותה, בעיקר בשל הפוטנציאל שלהם לסייע במישור המניעתי באמצעות תרומתם לתהליך הלמידה. בהמשך אנו מתייחסות לכמה סוגיות נוספות שהנציבות צריכה לתת להן את הדעת בתכנון המערכת הגישורית. אנו דנות בקצרה בסוגיות אלה תוך יישום תובנות שנלמדו מפעילותן של נציבויות שוויון במקומות אחרים בעולם.

אנו מאמינות כי הביקורת המוצעת על התפיסות הרווחות ביחס להליכי גישור ועל הדומיננטיות של הגישור המעריך בקרבם, כמו-גם ההצעה לשיפור שבצידה – קידום הפרדיגמה המניעתית ותהליכי הלמידה שהיא כוללת – עשויות לסייע בבניית מערכי גישור אפקטיביים יותר לא רק בהקשרים של התמודדות עם אפליה בעבודה ומניעתה, אלא גם בהקשרים אחרים. לשם כך יידרש מאמץ תכנוני מודע של מערכות הגישור השונות ולימוד המאפיינים הספציפיים של כל מערכת וההקשר שבו היא נוצרת.

א. מגבלותיה של המסגרת הקיימת בהתמודדות עם תופעת האפליה בעבודה

בפרק זה נעמוד על חוסר ההתאמה בין ההליכים השונים המופעלים במסגרת הטיפול בתלונות אפליה בעבודה לבין מאפייניהם של סכסוכים אלה. בשלב הראשון נסקור את מאפייניהם הייחודיים של סכסוכי אפליה. בשלב השני נראה כי ההליך השיפוטי מגיע לטפל רק במיעוטן של תופעות האפליה בשל היותו יקר, פומבי ונוקשה, וכן בשל העובדה שהוא אינו מהווה מסגרת מספקת להתמודדות עם תופעת האפליה בשוק העבודה. בשלב השלישי נראה כי התקווה שהליך הגישור בבתי-המשפט יוכל לספק חלופה טובה יותר היא תקוות-שווא במצב הנוכחי. בסוף הפרק נראה כי מה שנדמה כדילמה בלתי-פתירה הוא תוצר של תפיסה חד-ממדית של הליך הגישור, ונבקש להציע חלופה יצירתית המותאמת למאפייניהם הייחודיים של סכסוכי אפליה בעבודה.

1. מאפיינים של סכסוכי אפליה ומגבלות ההליך השיפוטי בהתמודדות עימם
קיימים כמה מאפיינים מרכזיים לסכסוכי אפליה. ראשית, האפליה היא תופעה מורכבת

שנמצאת בעיצומו של משא-ומתן חברתי ואשר מתרחשת בדרך-כלל כלפי מי שנמנה עם קבוצות מוחלשות.⁹ שנית, סכסוכים אלה נוטים לצמוח במסגרת מערכת יחסים נמשכת בין הצדדים לסכסוך.¹⁰ נוסף על כך, במקרים רבים מדובר בצדדים שקיימים ביניהם פערי כוחות משמעותיים¹¹ – למשל, כאשר המתלוננת היא שכירה הזקוקה למקום עבודה לשם מחייתה ולהמלצת המעסיק לשם מציאת מקום עבודה חליפי. לבסוף, בהקשר הרגיש של אפליה, חשובה למתלוננות במיוחד היכולת לשלוט בהליך בירור התלונה¹² ובמידת החשיפה שלהן. גם אצל הנילון והמעביד (אם אין זהות בין השניים) קיים בדרך-כלל חשש מחשיפה של סכסוכים רגישים אלה בפומבי במסגרת הליך חושפני וממושך.¹³

בהקשר שלנו חשוב במיוחד לעמוד על מורכבותה של תופעת האפליה – העובדה שהאפליה עשויה להיות קשורה לפרמטרים שונים (מגדר, מוצא אתני, גיל, השתייכות דתית, נטייה מינית ועוד) ויכולה להיות תוצר של אפליה מדרג ראשון (אפליה מודעת

⁹ בתי-המשפט בישראל אימצו תפיסה מרחיבה שלפיה גם מי שאינם נמנים עם קבוצות מוחלשות רשאים לבסס תביעת אפליה. על-פי תפיסה זו, בית-המשפט רשאי לפסול כל הבחנה שמתייחסת באופן שונה לשווים, אף אם אין מדובר בהבחנה שבבסיסה ההשתייכות לקבוצות מוחלשות. גישתם של בתי-המשפט בישראל מרחיבה את גדר טענת האפליה אל מעבר לגישה המקובלת בעולם, שלפיה ניתן לבסס טענת אפליה רק במקרה שהאפליה מכוונת כלפי קבוצות מוחלשות ומוגדרות. לביקורת על הגישה הישראלית ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה' 165 (1999). עם זאת, הבחנות על בסיס השתייכות קבוצתית מהוות את לב-ליבה של טענת האפליה.

¹⁰ עם זאת, חלק מהסכסוכים הנוגעים באפליה בעבודה צומחים לפני יצירתה של מערכת יחסים בין הצדדים (דוגמת סכסוך בנוגע לאפליה בקבלה לעבודה) או לאחר סיומה של מערכת היחסים (למשל, סכסוך המתעורר לאחר פיטורים או התפטרות של העובדת). ראו גם מאמרו של משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" **עבודה, חברה ומשפט** יא 195, 202 (2005).

¹¹ מחקרים מראים כי ייצוג של עובדים על-ידי ארגוני עובדים עשוי לנטרל פערי כוחות אלה. ראו: Lisa B. Bingham, *On Repeat Players, Adhesive Contracts, and the Use of Statistics in Judicial Review of Employment Arbitration Awards*, 29 *McGeorge Law Review* 223 (1998). עם זאת, לנוכח שיעורו הנמוך של כוח העבודה המאורגן בישראל, נראה כי פערי הכוחות נותרים מאפיין מרכזי של סכסוכי אפליה בעבודה. ראו ינון כהן, יצחק הברפלד, גיא מונדלק ויצחק ספורטא "שיעור העובדים המאורגנים בארגוני עובדים ושיעור הכיסוי של הסכמים קיבוציים: עבר, הווה ועתיד" **עבודה, חברה ומשפט** י' 15, 16 (2004).

¹² KRISTIN BUMILLER, *THE CIVIL RIGHTS SOCIETY: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF VICTIMS* 26–30 (1988).

¹³ מנקודת-ראותה של המתלוננת, טענה זו עשויה להיות נכונה בהקשרים מסוימים, דוגמת הטרדה מינית, בעוד בהקשרים אחרים היא עשויה להיות מעוניינת דווקא בבירור פומבי של הפרשה.

או מכוונת) או של אפליה מדרג שני. המונח "אפליה מדרג שני"¹⁴ משקף את המהפך שעברה הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, החל בשנות השבעים המאוחרות, ביחסה לתהליכים הפסיכולוגיים העומדים בבסיס האפליה בהקשר של יצירת סטריאוטיפים.¹⁵ הנחת-היסוד של הפסיכולוגיה הקוגניטיבית בעבר הייתה כי אנשים "גזעניים" או "בעלי דעות קדומות" הם אנשים הבוחרים לאמץ דעות קדומות נגד קבוצות שונות באופן מכוון ומודע. אולם כיום החוקרים מסכימים כי תהליכים פסיכולוגיים נורמליים, חיוניים, שגרתיים והכרחיים של עיבוד מידע וקטגוריזציה הם שיוצרים ומשמרים דעות קדומות וסטריאוטיפים. בעוד שבעבר הובנו סטריאוטיפים כתהליך שבו בעלי הדעות הקדומות מתעלמים ממידע אובייקטיבי ובוחרים להסתמך, במקומו, על דעות קדומות, הגישה השולטת כיום בקרב הפסיכולוגים הקוגניטיביים היא כי הסטריאוטיפים מטים את האופן שבו אנו רואים ומבינים מידע מלכתחילה. הסטריאוטיפים הם תוצר של קטגוריזציה, קרי, מנגנון שנועד להקל על מוחנו לבצע את המשימה של תפיסה, עיבוד ושימור של מידע. על-מנת לפשט את תהליך הקליטה והאיסוף של המידע אשר מציף את מוחנו מדי רגע, עלינו לבנות קטגוריות המאפשרות לסווג מידע "דומה" תחת אותה

¹⁴ אנו משתמשות במונח "אפליה מדרג שני", השאוב מהשיח בארצות-הברית, על-מנת להבחין בין אפליה גלויה ומודעת (גם אם לא מכוונת) (אפליה מדרג ראשון) לבין אפליה מבנית שעומדת בבסיס שוק התעסוקה בישראל, אשר מדירה בפועל, באופן שיטתי, קבוצות מוחלשות, אף שהיא אינה נעשית באופן מודע. ראו: Susan P. Sturm, *Second Generation Discrimination: A Structural Approach*, 101 COLUM. L. REV. 458 (2001). ראו הבחנה דומה (אם כי ללא שימוש במונח "אפליה מדרג שני") בהקשר של נשים בשוק התעסוקה אצל אורית קמיר **פמיניזם, זכויות ומשפט** 170 (2002), אשר עומדת על כך שבת-הדין לעבודה מתקשים להתמודד עם אפליה שאינה מפורשת וגלויה. חלק משיח מרתק המתקיים בישראל בנושא זה נסב סביב המונח "העדפה מתקנת". ראו, למשל, ענת מאור "מבוא: היעדים והאמצעים של מדיניות ההעדפה המתקנת" **העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל** 15 (ענת מאור עורכת, 2004). המונח "העדפה מתקנת" בהקשר התעסוקתי חופף במידה ניכרת את מה שאנו מכנות "אפליה מדרג שני". ענת מאור מסכמת את תפיסת ההעדפה המתקנת כתפיסה אשר דורשת התערבות יזומה בפרקטיקות של ארגונים (בניגוד למדיניות של תגובה), מתמקדת במערכת כולה ולא ביחיד לבדו, ומניחה כי שוק התעסוקה מושתת על אפליה רבת-שנים – מציאות שיצרה פרקטיקות מפלות מושרשות שאינן תלויות בכוונתם של יחידים להפלות. כמו-כן, מדיניות ההעדפה המתקנת חורגת מהתבססות על תלונות של יחידים לשם הוכחה, ומתבססת בעיקר על נתונים סטטיסטיים על היווצרות ריבוד חברתי-כלכלי קבוצתי (שם, בעמ' 16-17). אנו מאמצות עקרונות אלה של ההעדפה מתקנת, אולם מעדיפות להשתמש במונח "אפליה מדרג שני", בשל העובדה שהמונח "העדפה מתקנת" נקשר פעמים רבות בשיח הציבורי ובחקיקה כמוכיל לפתרון אחיד ונתון מראש, המתבסס בעיקרו על אימוץ שיטה מסוימת לקידום השוויון בעבודה, היא שיטת המכסות והייצוג הכולם.

¹⁵ Linda Hamilton Krieger, *The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity*, 47 STAN. L. REV. 1161, 1187-1188 (1995).

קטגוריה, במקום "לבנות" קטגוריה נפרדת לכל פריט מידע.¹⁶ התיאוריות הסטריאוטיפיות "נכנסות לפעולה" באופן אוטומטי, בלתי-נשלט, וגורמות להטיות של מקבלת ההחלטות זמן רב לפני "רגע קבלת ההחלטות" המודע (למשל, בנוגע לחלוקת משימות, לקידום, לפיטורים).

מחקרים עדכניים מראים כי מרגע שסטריאוטיפים נוצרים, הם משמשים כתיאוריות לא-מודעות המשפיעות על האופן שבו אנו מפרשים אירועים הקשורים לאנשים הנמנים עם הקבוצה, על האופן שבו אנו מקודדים ומתייגים מידע זה, ואפילו על האופן שבו אנו זוכרים את המידע.¹⁷ כך, מסתבר שאנו זוכרים ביתר קלות מידע שמאשר לנו את הסטריאוטיפים שלנו לגבי קבוצות מסוימות, ושוכחים בקלות מידע אשר סותר הנחות כאלה. לכן נזכור ביתר קלות מקרה אחד שבו התנהגה עמיתה למקצוע באופן לא-אסרטיבי (ובכך אישרה "מידע קיים" סטריאוטיפי על נשים), וניטה להתעלם ממידע על מקרים שבהם התנהגה אותה עמיתה באופן תקיף. ללא כל כוונה מודעת מצד מקבלת ההחלטה, התיאוריות הללו פועלות לטובת האנשים המשתייכים לקבוצה עם הסטריאוטיפים ה"חיוביים" ולרעת האנשים בקבוצה עם הסטריאוטיפים ה"שליליים".¹⁸ משמעותן של התובנות שהפסיכולוגיה הקוגניטיבית מספקת היא שבמקרים של אפליה מדרג שני אין אפשרות לסמן רגע אחד או החלטה מסוימת כמהלך מפלה.

לצד התפתחויות אלה במחקר הפסיכולוגי חלו בעשורים האחרונים שינויים מרחיקי-לכת במבנה של מקום העבודה, אשר מחזקים את הפוטנציאל לקיומה של אפליה מדרג שני. למשל, טשטוש המבנה המדרגי במקומות העבודה מקשה זיהוי מוקדים ברורים של כוח וסמכות שניתן לייחס להם אחריות למעשי אפליה ולתמרץ אותם להביא לידי שינוי דינמיקות המפלגות במקום העבודה.¹⁹ נוסף על כך, בהעדר סולם דרגות מובנה המושגת על אמות-מידה ברורות ומוגדרות מראש לקידום, קשה

¹⁶ לדוגמה, כאשר אנו רואים בני-אדם המשתייכים לקבוצה חברתית מסוימת – נשים, גברים, לבנים, שחורים וכולי – אנו מסווגים אותם ככאלה, בעזרת קטגוריות מוכנות מראש, הכוללות גם מידע על הקבוצה (נשים הן אסרטיביות פחות, גברים הם לוחמניים יותר וכדומה). ראו גם: Anthony G. Greenwald & Linda Hamilton Krieger, *Implicit Bias: Scientific Foundations*, 94 CAL. L. REV. 945, 949–952 (2006).

¹⁷ Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1190.

¹⁸ סטריאוטיפים "חיוביים" ו"שליליים" הם כמובן תלויי-הקשר. כך, אגרסיביות נחשבת עדיין תכונה חיובית בהקשר של מנהלים ועובדים מסוימים בחברה הישראלית, וייחוסה לגברים נתון להם יתרון לא-מודע על נשים. לעומת זאת, בקבלה לעבודה למשרות "נשיות", כגון טיפול בילדים ואחיות סעודיות, יועדפו בדרך-כלל תכונות "נשיות" סטריאוטיפיות, כגון דאגה לזולת. בהקשר המגדרי, גברים ייהנו בדרך-כלל מסטריאוטיפים "חיוביים", במובן זה שהם יסייעו בידם להשיג משרות מכניסות ויקרתיות יותר.

¹⁹ Katherine V.W. Stone, *Procedural Justice in a Boundaryless Workplace: The Tension between Due Process and Public Policy*, 80 NOTRE DAME L. REV. 501, .513 (2005).

להצביע על יחס לא-שוויוני בהחלטות בנושא קידום בעבודה.²⁰ מבנה לא-מדרגי זה מחריף את האפליה הנובעת מהתנהגותם של העמיתים לעבודה. כיום, רבות מתופעות האפליה הן במישור החברתי, ומקורן ביצירתן של "קליקות" סגורות אשר מדירות חברי קבוצות מוחלשות²¹ ומאתגרות את ההגדרה המשפטית הרווחת של אפליה בעבודה. בחינה של ההליך השיפוטי חושפת את אי-ההתאמה של הליך זה להתמודדות עם סכסוכים שנוצרים על רקע התנאים החברתיים שפורטו לעיל, ובכלל זה המאפיינים של מקומות העבודה והדפוסים שמתוכם נוצרת אפליה. מורכבות זו של תופעת האפליה, והיותה נתונה במשא-ומתן חברתי מתמשך,²² מצמיחים קשיים ראייתיים משמעותיים בהוכחתן של תביעות אפליה.²³ במקרים של אפליה מדרג שני – כאשר האפליה היא תוצר של מבנה, פרקטיקות ותרבות ארגוניים (להבדיל מכוונה להפלות או מפעולה מודעת של המעסיק או של עמית לעבודה) – הקושי לעמוד בנטל הראייתי גובר, שכן אין גורם ספציפי או החלטה נתונה ברגע מסוים שניתן לתאר כמפלים. גם במקרים של

²⁰ שם, בעמ' 512.

²¹ שם, בעמ' 514.

²² Richard E. Miller & Austin Sarat, *Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture*, 15 L. & Soc'y Rev. 525, 563–564 (1981). בהנגידים תביעות אפליה עם תביעות לפיצוי בגין נזקי תאונות-דרכים, מראים Miller & Sarat כי בעוד האחרונות זוכות ב"רמת מיסוד סעדים" גבוהה (קרי, מספר התביעות גבוה, מספר התביעות שאינן נענות במלואן נמוך, ואחוז ההצלחה של התובעים גבוה בשל קיומם של אפיקים נוחים וקלים להגשת תביעות אף מבלי לערב את בתי-המשפט), בסכסוכי אפליה אחוזי התביעה נמוכים, ואחוזי ההצלחה בתביעות נמוכים ביותר. הסיבה לכך, טוענים הכותבים, היא "רמת מיסוד סעדים" נמוכה בשל העדרן של הגדרה ברורה ומקובלת למשמעותה של אפליה (דהיינו, היותה נתונה במשא-ומתן חברתי), לגיטימציה חברתית לתביעה בעניין זה והסכמה לגבי הסעדים המתאימים במקרים אלה. הקביעה כי האפליה היא עילה עם "רמת מיסוד סעדים" נמוכה נכונה אף בישראל, והתקווה היא שהנציבות תשנה מצב-דברים זה.

²³ על הקושי הראייתי בסכסוכי אפליה עמד בית-הדין האזורי לעבודה לאחרונה בפרשת **דהן**, בקובעו כי "אחד המכשולים הקשים העומדים בפני תובעים בגין אפליה בעבודה הוא המכשול הראייתי". עב' (ב"ש) 4517/03 **דהן** – **מעין חיים ושלום עמותה** (טרם פורסם, 28.2.2005). דיון נרחב בסוגיית המכשולים להוכחת תביעות אפליה ניתן למצוא במאמרה של שרון רבין-מרגליות "המקרה החמקמק של אפליה בעבודה – כיצד מוכיחים את קיומה?" **הפרקליט** מד 529 (1999). ראו גם מיכל שטראי ורונן שמיר "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" **שנתון משפט העבודה** ו 287 (1996). שם עומדים המחברים על קיומו של משטר "פירוק ובידול" בבתי-המשפט, אשר מקשה הוכחת תביעות אפליה מדרג ראשון, בשל התעלמותו של בית-המשפט מאירועים רחוקים "מדי" – הן כאלה שהתרחשו בעבר (בשל התיישנות) והן כאלה שהתרחשו לאחר צמיחתה של עילת התביעה (בשל חוסר רלוונטיות). משטר זה תורם כמובן גם לעמעום הדפוסים שמצמיחים אפליה מדרג שני, שכן דפוסים כאלה ניתן לחשוף רק לאחר זמן ורק לאור בחינה מצטברת של תלונות שונות.

אפליה מדרג ראשון המתלוננים מתקשים להביא ראיות ישירות לקיומם של שיקולים פסולים בעניינם, בשל העובדה שראיות אלה אינן בנמצא או נמצאות ברשותו של המעביד. במקרים רבים התלונה היא על-כן מקרה של "מילה כנגד מילה", אשר מקשה מטבע הדברים על הצד שנושא בנטל ההוכחה.²⁴

אבל הקשיים של נפגעי האפליה עם ההליך השיפוטי מתעוררים עוד הרבה לפני השלב ההוכחתי, כפי שמעידה העובדה שההליך השיפוטי מטפל רק במיעוטן של תופעות האפליה.²⁵ עובדה מצערת זו נובעת, בין היתר, מכך שבתי-המשפט, כמוסדות תגובתיים, תלויים ביוזמת הצדדים להביא את הסכסוך לפנייהם, וקיימים חסמים משמעותיים המונעים את הצדדים מלהגיש תביעות על אפליה בעבודה.²⁶ יתר על כן,

²⁴ רבין-מרגליות מצביעה במאמרה על שתי קטגוריות עיקריות שבהן מתמקד הקושי הראייתי. האחת – הקושי של תובעים להביא ראיות ישירות התומכות בתביעה; והאחרת – הקושי בהוכחת קיומה של אפליה במקרים שבהם השיקול הפסול היה אך אחד השיקולים בהליך קבלת ההחלטות, בעוד שיקולים אחרים היו כשרים. ראו רבין-מרגליות, שם, בעמ' 531. הפסיקה התמודדה עם סוג המקרים האחרון, וזנחה את ההלכה שנפסקה בתב"ע (ת"א) מט/12-1182 פלונסקר – "שטיח אדום" – שירותי אירוח בע"מ, פד"ע כא(2) 46 (1989), שעל-פיה על התובעת להוכיח כי השיקול הפסול והמפלה היה הגורם הסיבתי לאי-קבלתה לעבודה. כיום ברי כי עצם שקילתו של שיקול פסול מהווה הפרה של חוק שוויון הזדמנויות בעבודה. ראו לעניין זה דב"ע (ארצי) נו/129-3 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (1999). רבין-מרגליות מצביעה על יתרונותיה של תפיסה זו, המסתפקת ב"הכתמה" של ההליך כדי לקבוע כי החוק הופר. ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 23, בעמ' 535-536. מודל ההכתמה הוטמע בפסיקה, ונעשה בו שימוש נרחב בבתי-הדין.

²⁵ מיעוט התביעות הן על-פי חוק הנציבות, לעיל ה"ש 1, והן על-פי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996, ס"ח 230, מעיד על הקשיים של המערכת הפורמלית בהתמודדות עם תביעות אלה. ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 23, בעמ' 529-532.

²⁶ אחד החסמים המשמעותיים הוא עצם היכולת לזהות את ההתנהגות המפלה ככזו. עוד בשנות השמונים המוקדמות פרסמו Felstiner, Abel & Sarat את מאמרם החשוב שבו הם חושפים את האופי התהליכי של התפתחות סכסוכים. הם מדגישים כי רק חלק קטן מהפגיעות שמתרחשות בחברה מבשילות לכלל "סכסוך", בעוד שאר הפגיעות מודחקות או אינן מזוהות. במסגרת תהליך דרוויניסטי זה, רק חלק קטן מן הפגיעות מבשילות לכלל פגיעה מודעת, כלומר, למצב שבו הנפגעות מסוגלות לתת לפגיעה שם (להכיר בכך שהופלו או הוטרו). חלק קטן עוד יותר מן הפגיעות עובר לשלב הבא – שלב ההאשמה – שבו הנפגעות מטילות את האחריות לפגיעה על גורם מסוים ("המעסיקה שלי אחראית לכך שהעובדים האחרים במחלקה הטרידו אותי"). לבסוף, רק מיעוטן של הפגיעות מגיע לכלל תביעה (משפטית או אחרת) שבה הנפגעות מציגות לפני הגורם הפוגע את תביעתן לפיצוי. ראו: William L.F. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & SOC'Y REV. 630, 631 (1981). מחקרים מראים כי סכסוכי אפליה מתאפיינים באחוז נמוך במיוחד של מעבר לשלב התביעה. ראו Miller & Sarat, לעיל ה"ש 22, בעמ' 544. ראו גם רות בן-ישראל "העדפה מתקנת בראי השוויון והצדק: הצגת הטענות המועלות בוויכוח הציבורי"

פעמים רבות בתי-המשפט אינם מהווים מסגרת מספקת לאותם מתלוננים שמצליחים בכל-זאת להגיע אליהם, ואינם מצליחים להתמודד עם תופעות של אפליה מבנית מדרג שני כאשר הם מחפשים כאמור רגע מסוים בזמן שבו התקבלה החלטה מפלה.

במסגרת החסמים בפנייה לבתי-המשפט, חברי קבוצות מוחלשות עשויים להתקשות בעמידה בנטלים הכספיים הכרוכים בפנייה לערכאות.²⁷ בסיטואציה השכיחה של סכסוך בין עובד למעסיק, הפערים הכלכליים בין הצדדים מקצינים את החסמים האלה ומדכאים את נכונותו של העובד להגיש תביעה מלכתחילה. אפילו באותם מקרים שבהם מוגשת תביעה "חזקה" יחסית על אפליה בעבודה, הפערים במשאבי הצדדים מניעים לא-אחת את התובע להסכים להצעת פשרה לא-הוגנת.²⁸ למרות נסיונותיה של המערכת השיפוטית למזער חסמים אלה,²⁹ נותר ההליך השיפוטי מסלול יקר, מסורבל ומתמשך.³⁰

סוג נוסף של מכשולים המקשים הגשת תביעות בגין אפליה בעבודה הוא מכשולים אשר פועלים במישור הפסיכולוגי-המוסדי וחותרים תחת הצורך של נפגעי אפליה באוטונומיה. מחקרים מראים כי קיומן של פרוצדורות נוקשות, עילות תביעה מצומצמות ותרופות מוגבלות, וכן היות ההליך פומבי ומחייב, עלולים, במצטבר, להצמיח אצל התובע תחושה של ניכור מסיפורו האישי, אובדן שליטה וחוסר שביעות-

העדפה מתקנת והבטחת ייצוג בישראל 33, 37 (ענת מאור עורכת, 2004). בן-ישראל עומדת על כך שנפגעי אפליה סובלים בדרך-כלל ממה שנקרא "תופעת ההתכחשות" לאפליה. ראו גם קמיר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 164-170. קמיר מעלה את הקשיים המוכנים בחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1, שבעטיים החוק נותר "אות מתה", הלכה למעשה, שכן תביעה לפיו כרוכה תמיד במחיר אישי כבד.

²⁷ דומה כי בנוגע למכשול זה אין צורך להכביר מילים. הכוונה היא הן לעלויות הישירות (תשלומי האגרה ושכר-הטרחה של עורכי-הדין, ושאר ההוצאות הנלוות למשפט ולאובדן ימי העבודה) והן לעלויות העקיפות (החשש מפני אובדן מקום עבודה והקושי למצוא מקום עבודה חילופי) הכרוכות בניהול הליך משפטי.

²⁸ Marc Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc'y Rev. 95 (1974).

²⁹ נסיונות אלה כוללים מתן פטור מאגרה (תקנות בית-הדין לעבודה (אגרות), התשכ"ט-1969, ק"ת 2114); סיוע משפטי לנזקקים (חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, ס"ח 95; תקנות הסיוע המשפטי, התשל"ג-1973, ק"ת 2048); עיגון האפשרות להגשת תובענות ייצוגיות בגין פגיעות מסוימות (חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 264); אימוץ הליכים עם פרוצדורות פשוטות יותר, כגון גישור (תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993, ק"ת 1042; להלן: תקנות בתי-המשפט (גישור)); וכיוצא באלה כלים אשר עוגנו במהלך השנים בדין ובפסיקה.

³⁰ ניסיון להתגבר על בעיית החסמים הכלכליים באופן שממוקד יותר בתביעות אפליה מצוי בתיקון לס' 12 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 2), התשנ"ה-1995, ס"ח 334, אשר מקנה לארגון העוסק בזכויותיו של מי שאסור להפלותו זכות תביעה בהסכמת העובד. ברם, כפי שמציינת רבין-מרגליות, תיקון זה נותן מענה חלקי בלבד לבעיות. ראו רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 23, בעמ' 530.

רצון.³¹ גם פומביותו של ההליך השיפוטי מרתיעה נפגעי אפליה מלהגיש תלונה, בשל חששם מהתיוג ומהסטריאוטיפים המתלווים להעלאת טענות ממין זה.³² לבסוף, רשימת הסעדים שההליך השיפוטי מעמיד מוגבלת, ומניחה כי מערכת יחסי העבודה הסתיימה וכי הפגיעה ניתנת לתרגום למונחים כספיים בלבד.³³ סעדים אלה

³¹ מחקרים בתחום הצדק הפרוצדורלי חושפים כי תובעים מעוניינים בפרוצדורות גמישות, אשר יאפשרו להם לספר את סיפורם בשפתם שלהם, וכי חופש פרוצדורלי זה עשוי אף להיות משמעותי יותר מבחינתם מאשר זכייה במשפט. ראו: Tom R. Tyler, *Citizen Discontent with Legal Procedures: A Social Science Perspective on Civil Procedure Reform*, 45 AM J. COMP. L. 871, 888 (1997); John M. Conley & William M. O'Barr, *Litigant Satisfaction Versus Legal Advocacy in Small Claims Court Narratives*, 19 L. & SOC'Y REV. 661, 662, 665–672, 684–690 (1985).

³² עצם ניהולו של הליך משפטי עלול לגרום לתיוגם של מתלוננים כ"עובדים בעייתיים", ולשאת השלכות שליליות על יכולתם להישאר במקום עבודתם או למצוא מקום חילופי. נפגעות רבות מהטרדה מינית, למשל, חוששות מפני הליך חושפני, אשר במסגרתו ייפכו הן, תלבושתן והרגליהן המיניים לשיחת היום. יש לציין כי המחוקק מעניק אפשרות לחרוג מעקרון הפומביות המעוגן בס' 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי-המשפט) באמצעות קיומו של ההליך בדלתיים סגורות במקרים שבהם הדיון נסב על הטרדה מינית או עבירות מין (ס' 68(5) לחוק בתי-המשפט), וכן בהליך שבו מתעוררת סוגיה הקשורה להטרדה מינית או אפליה על רקע נטייה מינית (ס' 10(א) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1). ברם, סעיפים אלה מעניקים הגנה חלקית בלבד למתלוננים או לתובעים, שכן הם חלים על מספר מצומצם של עילות.

³³ ס' 10 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 166 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית), וס' 10(א)(2) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1, מעניקים אומנם לבית-המשפט סמכות ליתן צו מניעה או צו עשה לאכיפת יחסי עבודה – וזאת על-אף הוראת ס' 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16 – אולם הענקת הסעד כפופה לשיקולים שונים, ביניהם השפעת החזרתו של העובד למקום העבודה.

בבג"ץ **פלצמן** קובעת השופטת פרוקצ'יה כי הכפפתו של סעד האכיפה, בין היתר, להשפעת הצו על יחסי העבודה במקום העבודה מצביעה על "הרגישות המיוחדת המתבקשת במצבים בהם עובד נפגע עקב תלונת-אמת שהגיש כנגד מעבידו, על הצורך להגן עליו בסיטואציה כזו, לעיתים מעבר למתן פיצוי כספי להטבת נזקו...". ראו בג"ץ 6840/01 **פלצמן נ' ראש המטה הכללי – צבא ההגנה לישראל** 26 (טרם פורסם, 10.10.2005).

מקרים נוספים שבהם תינתן כנראה עדיפות לסעד הכספי על סעד האכיפה הם המקרים שבהם לא הוכח קשר סיבתי בין שקילתו של שיקול פסול לבין ההחלטה הסופית שהתקבלה. במקרים אלה, גורסת רבין-מרגליות, הסעד הראוי יהיה פיצוי כספי, להבדיל מסעד האכיפה וסעד הפיצויים החיוביים. רבין-מרגליות, לעיל ה"ש 23, בעמ' 545. עמדה זו התקבלה במלואה בעב' (ת"א) 7170/03 **קיסר – אוניברסיטת בר-אילן**, 6, 19 (טרם פורסם, 6.12.2006), אף שטרם זכתה ביישום נרחב. ראו, למשל, עב' (ת"א) 6066/05 **יוקובסקי – דינהוויז סיטונאי תירות בע"מ** (טרם פורסם, 26.4.2007). במקרה אחר, למשל, נעשה שימוש מוטעה לטעמנו בשיקול של העדר סיבתיות, כאשר הוא אומץ

אינם עונים פעמים רבות על הצורך בשימור מערכת יחסי העבודה, ואינם נותנים מענה לצרכים פסיכולוגיים של המתלונן.³⁴ מעבר לשאלת שביעות-הרצון של מתלוננים ספציפיים מהפתרון שהושג, מסתבר שכדי להתמודד באופן אפקטיבי עם תופעות של אפליה מדרג שני ולמנוע את הישנותן בעתיד, יש צורך בשינוי מבני עמוק ומתמשך, שהוא ספציפי למקום העבודה ומותאם לתרבות הארגונית שלו, ואשר חורג מעבר לפסיקת תרופות אישיות לנפגעי אפליה.³⁵ ככלל, בתי-המשפט אינם מסוגלים לפעול באופן אפקטיבי למניעת הישנותן של תופעות אפליה. מצב-דברים זה נובע מהעובדה שהעדים הכספיים הם מכווני-עבר ומיועדים בראש ובראשונה לפיצוי המתלונן, ואינם מיועדים למניעת הישנותן של תופעות אפליה דומות בעתיד.

2. הקמת הנציבות ומתן סמכות להפנות תלונות אפליה לגישור

(א) כללי: מיסוד הגישור במערכת המשפטית

לנוכח התמודדותם החלקית בלבד של בתי-המשפט עם תופעת האפליה בעבודה, הוקמה נציבות השוויון בעבודה. עם זאת, כפי שנראה בחלק זה, המתכונת שנבחרה לפעילותה של הנציבות אינה ממקסמת את הפוטנציאל של הנציבות לפעול למיגורה של תופעת האפליה בעבודה. עיקר ביקורתנו מתמקדת באופן שבו מוסד הליך הגישור במסגרת הנציבות. עיגונה של סמכות הפניה זו בחוק הנציבות הוא כללי ועמום, ומתמזה בהפניה לסעיפים העוסקים בגישור בחוק בתי-המשפט ובתקנות שהותקנו על-פיו.³⁶ הפניה זו אינה פותרת את בעיית העמימות, שכן ההסדר שנקבע בחוק בתי-

כשיקול לקביעת גובה הפיצוי ללא הוכחת נזק. ראו עב' (ת"א) 10043/05 סוירי – חברת פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 36-37 (טרם פורסם, 13.6.2007).

הגבלת גובה הפיצוי בחוק באשר לפיצויים ללא הוכחת נזק מעוגנת בס' 10(א)(1) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1, וכך גם הדרישה להקטנת הנזק ויישומה (ראו בעניין זה, למשל, פרשת סוירי, שם, פס' 40-41). זאת, ללא כל הבחנה בין מעסיקים שהם תאגידים גדולים, כגון פרטנר (ראו בפרשת סוירי, שם), לבין מעסיקים קטנים יחסית. הגבלה זו יוצרת מצב שבו החוק אינו מספק הרתעה אמיתית ותמריץ לשינוי נורמות בהקשר של אפליה מדרג ראשון.

³⁴ פעמים רבות מתלוננות פועלות גם מתוך רצון למנוע את הישנות התופעה בעתיד. כאשר זו המוטיוויה, פיצוי כספי בלבד עלול לא להשיג מטרה רחבה זו. דוגמה לסעד חלופי בהקשר של הטרדה מינית במקום העבודה יכול להיות חיוב של המעביד לאמץ תוכנית הכשרה מתאימה לעובדים. במקרים אחרים, גם כאשר הנפגעת אינה מזנעת משיקולים מניעתיים, התנצלות עשויה להיות חשובה מבחינתה לא-פחות מאשר סעד כספי. על התופעה, וכן על הסכנה לניצול לרעה של הצורך של נפגעות בהתנצלות של הצד הפוגע, ראו: John Morris, *Does Being a Lawyer Mean Never Having to Say You're Sorry?* AMERICAN LAWYER 6 (Oct. 1994).

³⁵ Stone, לעיל ה"ש 19, בעמ' 515 (הטוענת שבתי-המשפט ורשויות אדמיניסטרטיביות מוגבלות ביכולתן להכריז במימד הקולקטיבי של אפליה); Sturm, לעיל ה"ש 14, בעמ' 475.

³⁶ ס' 18(ג)(3) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1.

המשפט הוא כללי, וממילא אינו מותאם למְטָרִיה של אפליה בעבודה, המעוררת שאלות ייחודיות. בכך, לטעמנו, הוחמצה ההזדמנות ליצירת אפיק מספק יותר לביורור תלונות אפליה פרטניות. נוסף על כך, כפי שנראה בפרק ב להלן, חוק הנציבות אינו מממש את הפוטנציאל של הגישור לתרום למניעת הישנותן של תופעות אפליה – פוטנציאל אשר אין לו מקבילה במשפט הפורמלי.

במבט ראשון נדמה כי הליך הגישור היה יכול לענות על רבות ממגבלותיהם של בתי-המשפט בהתמודדותם עם סכסוכי אפליה בעבודה, בשל העובדה שההליך מושתת על אוטונומיה רחבה של הצדדים, המאפשרת שליטה בהליך ושמירה על סודיות. הליך מעין זה, הניחן בפרוצדורות גמישות, מבטל את החשש מחקירה נגדית חודרנית, ומאפשר לנפגעת לספר את סיפורה בשפתה שלה. כאמור, מאפיינים אלה משמעותיים במיוחד מנקודת-ראותן של מתלוננות בסכסוכי אפליה. נוסף על כך, המעבר משיח זכויות לשיח המבוסס על אינטרסים וצרכים מנטרל במידה רבה את החסם של קשיי ההוכחה של תלונות אלה. כמו-כן, מחקרים מראים כי קיומו של הליך לא-פורמלי, סודי וגמיש, המאפשר למתלוננות בירור דיסקרטי תוך שמירת השליטה במהלך הבירור, מעודד הגשתן של תלונות רגישות ומרחיב את היקף הסכסוכים מסוג זה אשר זוכים להתברר.³⁷ לבסוף, הסודיות לא רק מאפשרת את העלאתן של תלונות אלה, אלא גם מסייעת כאמור בבירור מעמיק שלהן, שעשוי לסייע בהצמחת פתרונות יצירתיים. בסכסוכי אפליה יתרון הסודיות והבירור המעמיק זוכה במשנה חשיבות, מכיוון שבמקרים רבים הנפגעת אינה מחפשת פיצוי כספי, והיכולת "לתפור סעדים" עשויה להיות מושכת במיוחד מבחינתה.³⁸ מאפיינים אלה הם חלק מהשיח המקובל על הליך הגישור. ברם, שיח זה אינו תואם את המציאות בשטח, לנוכח עליונותו של מודל גישורי אחד מסוים – הגישור המערך.³⁹

³⁷ Mary P. Rowe, *People Who Feel Harassed Need a Complaint System with Both Formal and Informal Options*, 6 NEGOTIATION. J. 161, 165 (1990)

³⁸ Orna Rabinovich-Einy, *Going Public: Diminished Privacy in Dispute Resolution in the Internet Age*, 7 VA. J. L. & TECH. 4, 44–48 (2002)

³⁹ להרחבה על הגישור המערך ראו להלן ס' א2(ב)1(1) למאמר. כפי שנראה שם, אימוצו של הליך הגישור המערך ליישוב סכסוכי אפליה מחריף את סוגי הבעיות שהעלו מבקרי מיסודם של הליכי ה-ADR בכלל ושל הגישור בפרט. הדברים חמורים במיוחד בהקשר של סכסוכי אפליה, לנוכח מאפייניהם הייחודיים. ראשית, השיח שיתנהל במסגרת הליך מערך וסוג הפתרונות שהוא יצמיח לא יענו על צורכיהם של מי שנמצאים במערכת יחסים נמשכת. נוסף על כך, מורכבותה של תופעת האפליה מעצימה את הסכנה שההתערבות המגשרת וה"הערכה" שהיא תספק לצדדים לגבי תוצאת ההליך יושפעו מהטיותיה שלה, ויביאו לידי דה-לגיטימציה של תלונות אפליה תוך הדגשת קשיי ההוכחה שלהן וחוסר הבהירות של הדין. מצב זה חמור במיוחד לנוכח פערי הכוחות המאפיינים צדדים לסכסוכי אפליה, אשר מוצאים את עצמם נוטלים חלק בהליך מזורז, המתיימר לתת הד לתוצאות ההליך השיפוטי מבלי לספק את ההגנות הפרוצדורליות שביית-המשפט מקנה לצדדים מוחלשים. עם זאת, אין די בכך לפסול את השימוש בגישור המערך לכל סוגי הסכסוכים.

כדי להבין את הבעייתיות של האופן שבו מוסד הליך הגישור בנציבות, עלינו לעמוד בקצרה על ההיסטוריה של מיסוד הגישור בישראל ובארצות-הברית. עד שנות התשעים, שבהן מוסדו בישראל ההליכים החלופיים לבתי-המשפט (Alternative Dispute Resolution, או בקיצור – ADR), נעשה בישראל שימוש מוגבל בלבד בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים. למעשה, רק משנת 1992 נתפסו הליכים אלה כחלופה ממשית להתדיינות שיפוטית. רוב השימוש בהליכים אלה – עד למיסודם על-ידי עיגון ההפניה אליהם בחוק בתי-המשפט – התרכז ביישוב סכסוכים של עובדים מאורגנים.⁴⁰ בתוך כך, הליך הבוררות נתפס כהליך החלופי המרכזי לבתי-המשפט, וחוק הבוררות⁴¹ הוא שהסדיר את אופן קיומו של הליך הבוררות ואת יחסי-הגומלין בין הליך זה לבין מערכת בתי-המשפט הפורמלית.

בשנת 1992 מוסד הליך הגישור בישראל, עם הוספת סעיף 79 לחוק בתי-המשפט.⁴² התיקון לחוק העניק לבתי-המשפט את הסמכות, בהסכמת הצדדים, להפנות סכסוכים אזרחיים לגישור או לבוררות. בעקבות התיקון הותקנו גם תקנות,⁴³ אשר קבעו כמה הנחיות ועקרונות לניהול הליך הגישור, ביניהם עקרון סודיות ההליך, הצבת תנאי-סף לכישורי המגשרים ולהכשרתם, ופירוט של סמכויותיהם וחובותיהם של המגשרים. למיסוד התחום התלוותה רטוריקה של "מהפכה",⁴⁴ והמערכת המשפטית העמוסה אימצה בחום את הסיכוי להקלה בעומס. אולם לא חלף זמן רב וההבטחה הכזיבה. בדומה לתהליכים שהתרחשו בארצות-הברית לפני עשורים אחדים, תומכי ה-ADR (ותומכי הגישור בפרט) נוכחו לדעת כי מחיר המיסוד הפורמלי הוא גבוה. אותם יתרונות שבזכותם נראה הליך הגישור כחלופה מבטיחה להתדיינות משפטית נשחקו ואבדו בהדרגה.⁴⁵ המיסוד הוביל להגמוניה של אסכולה גישורית אחת – הגישור המעריך – אשר מאפייניה יוצגו מייד. המשמעות הייתה רדוקציה של תחום מגוון לכלל עיסוק שטוח וחד-ממדי, וכל זאת משיקולים של יעילות וסגירת תיקים בבתי-המשפט.

עשויים להיות הקשרים שבהם הגישור המעריך ישרת את מטרת הצדדים בצורה מיטבית. למשל, תביעות כספיות בין חברות גדולות, בפרט כאשר מערכת היחסים ביניהן אינה נמשכת, עשויות להיות מטופלות באופן מספק במסגרת הליך גישור מעריך. ראו Galanter, לעיל ה"ש 28, בעמ' 107.

⁴⁰ מרדכי מירוני "חידושים וחדשנות בניהול משא-ומתן וביישוב סכסוכים בעולם העבודה" **משפט ועסקים** ג 75 (2005).

⁴¹ חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, ס"ח 184.

⁴² חוק בתי-המשפט, לעיל ה"ש 32.

⁴³ תקנות בתי-המשפט (גישור), לעיל ה"ש 29.

⁴⁴ אהרן ברק "על הגישור" **שערי משפט** ג 9, 11 (2002).

⁴⁵ Nancy A. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?* 79 WASH. U. L.Q. 787, 788–816, 838–861 (2001); Orna Rabinovich-Einy, *Beyond IDR: Resolving Hospital Disputes and Healing Ailing Organizations Through ITR*, 81 ST. JOHN'S L. REV. 173, 176 & n. 11 (2007).

בעוד שלישראל יובא הגישור מארצות-הברית בגרסתו הצרה (הגישור המערִיך), הניסיון האמריקאי עשיר ומגוון יותר. המקורות השונים לצמיחת הליך הגישור בארצות-הברית – החיפוש אחר העצמה קהילתית, השאיפה ליעל את בתי-המשפט ולהקל את העומס הרב ששרר במערכת, וההכרה הגוברת ביתרונותיהם של פתרונות מבוססי-אינטרסים לסכסוכים – הובילו לצמיחתן של אסכולות גישור מגוונות. אסכולות אלה – הגישור המערִיך, הגישור המאפשר והגישור הטרנספורמטיבי – נבדלות בבירור זו מזו. אסכולה רביעית, הגישור הנרטיבי, החלה לצמוח בשנים האחרונות, ומייצגת הבנה פוסט-מודרנית של המציאות, ושל עולם הסכסוכים בכלל זה, כפי שיודגם להלן.⁴⁶

הבנה טובה יותר של סוגי הגישור האפשריים, על יתרונותיהם וחסרונותיהם, תאפשר ליצור התאמה טובה יותר בין סוג הגישור שיושם לבין סוג הסכסוכים והעניינים שמיועדים לטיפול באמצעותו. בהמשך נראה כי הבנה כזו חיונית לקביעת אופיו של הגישור אשר ייושם מכוחו של חוק הנציבות.

(ב) הרקע למיסוד הגישור: סוגי הגישור השונים והרקע לצמיחתם

(1) הגישור המערִיך

מטרתו העיקרית של הגישור המערִיך היא לסיים את הסכסוך על-ידי הגעה להסכם שיחסה ב"צילו של החוק" – כלומר, ישקף את ההכרעה המשפטית המסתברת – בפרק-הזמן הקצר ביותר.

על-מנת לדרבן את הצדדים למתן את דרישותיהם ולאפשר השגת הסכם במהירות, המגשרת מעריכה (ומכאן שמה של אסכולה זו) כיצד היה בית-המשפט מכריע בסכסוך אילו הובא לפניו.⁴⁷ המגשרת המעריכה היא דומיננטית, אם כן, ופועלת באופן אקטיבי להשגת הסכם תוך העלאת הצעות קונקרטיות לפתרון. המגשרת המעריכה נוטה לנהל מה שמכונה "דיפלומטיה של דילוגים", כלומר, פגישות נפרדות עם כל צד על-מנת להגיע לפשרה, דוגמת ערך מספרי מוסכם.⁴⁸ חשיבותה של התקשורת בין הצדדים, אשר מודגשת במודלים האחרים של הגישור, מקבלת באסכולה זו מקום משני בלבד. על-כן השימוש של המגשרת המעריכה בכלים אגרסיביים יחסית, דוגמת העלאת פתרונות והפעלת לחץ על הצדדים, נתפס כלגיטימי.⁴⁹

⁴⁶ ידוע לנו כי מגשרים רבים תופסים את האופן שבו הם מגשרים כאקלקטי, כלומר, כמשלב מודלים גישוריים שונים. עם זאת, חשוב להבין כי המודלים הטרנספורמטיבי והנרטיבי לא יראו פרקטיקה אקלקטית כמתיישבת עם התיאוריה העומדת בבסיסם, כפי שעולה מן התיאור להלן.

⁴⁷ Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 26–27 (1996)

⁴⁸ שם.

⁴⁹ שם, בעמ' 26–28.

מצדדי הגישור המעריך מדגישים את יעילותו של ההליך, במובן זה שהוא זול ומהיר ולכן נגיש יותר מההליך השיפוטי.⁵⁰ היעילות באה לידי ביטוי בפרק-הזמן הקצר עד להגעה להסכם (גישורים רבים מסתיימים בהסכם כבר לאחר שתיים או שלוש פגישות, הנמשכות שעות ספורות בלבד), ובכך שהצדדים יכולים (בתיאוריה לפחות) להשתתף בגישור ללא ייצוג על-ידי עורכי-דין – אחת העלויות המרכזיות הכרוכות בניהול הליך משפטי. גם כאשר עורכי-הדין נוכחים, העובדה שמדובר בהליך קצר ולא-פורמלי, אשר מייתר לפחות חלק מעבודת ההכנה הכרוכה בניהול משפט, מבטיחה הוצאות פחותות מאלה הכרוכות בהתדיינות ממושכת בבתי-המשפט. קיצור ההליכים וצמצום (אם לא ייתור) עבודתם של עורכי-הדין מביאים לידי הוזלת עלויות.⁵¹ מודלים גישוריים אחרים עשויים אף הם להיות יעילים מההליך השיפוטי, אולם להבדיל מאסכולות אחרות, הגישור המעריך רואה ביעילות רצינול מרכזי של הליך הגישור.

הדגש ביעילות במסגרת הגישור המעריך נובע במידה רבה ממקור צמיחתו של מודל זה. המודל המעריך התפתח כתגובה על אי-שביעות-רצון הולכת וגוברת מתפקודם של בתי-המשפט בארצות-הברית במחצית השנייה של המאה העשרים.⁵²

(2) הגישור המאפשר

אסכולה שנייה של גישור, זו של המודל המאפשר,⁵³ מציבה אף היא כמטרה ראשונית את סיומו של הסכסוך בהסכם. אולם, בניגוד למודל המעריך, המודל המאפשר אינו מונע משיקולי יעילות, אלא שואף להוביל את הצדדים לפתרון יצירתי אשר יענה על האינטרסים והצרכים האמיתיים שלהם, להבדיל מהעמדות ומההזכויות החוקיות שלהם.⁵⁴ בעוד שיח עמדות או שיח זכויות מדגישים את מה שהצדדים יכולים להשיג, שיח של אינטרסים יתמקד בשאלה מה הם צריכים או רוצים. בעוד משא-ומתן מבוסס-עמדות,

⁵⁰ שם, בעמ' 42.

⁵¹ זאת, חרף העובדה שהצדדים הם שנושאים בעלויות התשלום למגשרים, בעוד שופטים ממומנים על-ידי הקופה הציבורית.

⁵² Deborah R. Hensler, *Our Courts, Ourselves: The Transformation of the U.S. Court System*, 108 PENN. ST. L. REV. 165, 174–181 (2003). נקודת-הציון המרכזית בהתפתחותה של אסכולה זו הייתה "ועידת פאונד", שהתקיימה בשנת 1976. באותה ועידה הציג Frank Sander, מאבות תנועת ה-ADR, את חזונו בדבר בית-המשפט רב-הדלתות, שממנו יופנו סכסוכים למגוון הליכים, וגישור ביניהם. ראו: Frank E.A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 111 (1976). בוועידה זו הודגש העומס הרובץ על בתי-המשפט, ונידון הצורך בהתייעלות של המערכת ובניהול נכון של ההליך השיפוטי. מבקרי ההליך השיפוטי תפסו את הגישור ככלי מרכזי שיוכל לסייע ביעול המערכת.

⁵³ גישור זה מכונה גם "גישור פרגמטי". ראו: MICHAL ALBERSTEIN, PRAGMATISM AND LAW: FROM PHILOSOPHY TO DISPUTE RESOLUTION 325–326 (2002).

⁵⁴ Lela Love, *The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate*, 24 FLA. ST. U. L. REV. 937, 939–943 (1997).

בתיאורו של מגשר מעריך, הוא בדרך-כלל משא-ומתן מחלק, דהיינו מניח "משחק סכום אפס" (כל הישג או רווח לצד אחד בא בהכרח על-חשבון הצד האחר), משא-ומתן אינטגרטיבי, זה שאליו חותרים מגשרים מאפשרים, מתיימר "להגדיל את העוגה" בטרם תחולק.⁵⁵ הליך מאפשר, טוענים מצדדיו, יוביל לזיהוי הגורמים להיווצרות הסכסוך ולפתרון הבעיה מן השורש.⁵⁶ כפי שמראים פישר, יורי ופטון בספרם, פעמים רבות גם מקום שעמדות הצדדים מוציאות זו את זו, האינטרסים שלהם יכולים עדיין לדור בכפיפה אחת.⁵⁷ לכן המעבר לשיח אינטרסים מגביר את הסיכויים להגעה להסכם ומניב תוצאות יעילות מאלה המושגות במשא-ומתן מחלק.⁵⁸ הכלים שעומדים לרשות המגשר המאפשר על-מנת לחשוף את האינטרסים של הצדדים הם עידוד התקשורת ביניהם, בירור הנושאים השנויים במחלוקת וחשיפת הצרכים והאינטרסים של הצדדים. סוג זה של בירור צפוי להוביל לפתרונות החורגים מ"דמיונו המוגבל" של בית-המשפט.⁵⁹ פעמים רבות רשימת הסעדים שניתן לקבל בבית-המשפט מצומצמת, ועל-פירוב מדובר בתרופות כספיות, ועל-כן הסעד המשפטי אינו יכול לפתור את הסכסוך על היבטיו השונים. יתרה מזו, פתרונות המושגים באמצעות גישור עשויים להיות לא רק יצירתיים יותר מפתרונות משפטיים, אלא גם יציבים יותר, בשל העובדה שהצדדים נטלו חלק פעיל ביצירתם ובגיבושם.⁶⁰

מודל זה, להבדיל מהגישור המעריך, שם את הדגש בפתחת ערוצי תקשורת בין הצדדים. התמקדותו של הגישור המאפשר בתקשורת בין הצדדים קשורה למקור שממנו צמחה אסכולה זו – ההכרה בכך שהליכים פורמליים ומשא-ומתן מחלק אינם מתאימים

ROGER FISHER, WILLIAM L. URY & BRUCE PATTON, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN 56–80 (1991) ⁵⁵

Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WM. & MARY L. REV. 5, 25–27 (1996) ⁵⁶

FISHER, URY & PATTON, לעיל ה"ש 55, בעמ' 59. ⁵⁷

שם, בעמ' 70–76. ⁵⁸

Carrie Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR"*, 19(6) FLA. ST. U. L. REV. 1, 3 (1991) ⁵⁹

מחקרים רבים מראים כי צדדים נוטים לכבד הסכמים שהושגו בגישור, אולם מצויה גם ספרות המעמידה מסקנה זו בסימן שאלה. ראו: DAVID B. LIPSKY ET AL., EMERGING SYSTEMS FOR MANAGING WORKPLACE CONFLICT: LESSONS FROM AMERICAN CORPORATIONS FOR MANAGERS AND DISPUTE RESOLUTION PROFESSIONALS 78 (2003). במחקר שהתפרסם לאחרונה מציגים המחברים נתונים על מספר משמעותי של הסכמי גישור שהיוו בסיס לליטיגציה בין הצדדים. ניתן אולי להסביר תוצאה זו בכך שההסכמים הנידונים הושגו בתיקים שהופנו מבית-המשפט, כלומר, בשלבים שבהם הסכסוך כבר החריף והוכנסו עורכי-דין לתמונה. Frank E.A. Sander & Lukasz Rozdeiczer, *Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2006). ⁶⁰

להקשרים של יחסים נמשכים בין צדדים לסכסוך, דוגמת יחסי עבודה.⁶¹ על-מנת לעודד מאמץ אמיתי של כל הצדדים להגיע לפתרון מיטבי, המגשר המאפשר ממלא תפקיד מאופק מזה של המגשר המעריך, ומידת התערבותו בהליך הגישור ובתוצאתו מצומצמת בהרבה. לכן, לשיטתם של אנשי האסכולה המאפשרת, אין להשתמש בכלים ה"אגרוסיביים" של הגישור המעריך,⁶² אשר מציבים את המגשר במרכז, אלא יש לאפשר לצדדים לתפוס את מקומם כשחקנים המרכזיים על בימת הגישור.⁶³

(3) הגישור הטרנספורמטיבי

המודל הטרנספורמטיבי שונה באופן דרמטי משני המודלים הקודמים שתיארנו. מטרתו העיקרית של הגישור הטרנספורמטיבי אינה גיבושו של הסכם שיסיים את הסכסוך, אלא בראש ובראשונה הנעת הצדדים לעבור תהליך של צמיחה מוסרית.⁶⁴ הסכסוך אינו נתפס כבעיה שיש לפתור, אלא כהזדמנות לרכישת כלים חדשים שישמשו את הצדדים בעתיד.⁶⁵ מרכז-הכובד של התהליך הוא אם כן שיפור המודעות והמסוגלות העצמית (העצמה),⁶⁶ מצד אחד, ושיפור התקשורת עם הזולת על-ידי פיתוח יכולת של הקשבה אמיתית לשונה ולאחר (הכרה),⁶⁷ מן הצד האחר. שינוי זה ניתן להשגה, לטעמן של המגשרות הטרנספורמטיביות, על-ידי שינוי דפוס ההתקשורת של הצדדים.⁶⁸ הכלים

⁶¹ Hensler, לעיל ה"ש 52, בעמ' 182-183.

⁶² Riskin, לעיל ה"ש 47, בעמ' 28-29, 32-34.

⁶³ השימוש בכלי של הערכת סיכויי הצדדים בבית-המשפט על-ידי מגשרי האסכולה המעריכה נחשב פסול, שכן הוא ממקד את הצדדים בזכויותיהם החוקיות, במקום ביעדים האמיתיים שברצונם להשיג. באופן דומה, לא יאפשר מודל זה שימוש תכוף מדי בפגישות נפרדות עם הצדדים, שכן אלה עלולות לחבל בזרימת המידע בין המעורבים, ובכך אף לפגוע במטרת הגישור המאפשר, קרי, עידוד שיתוף-פעולה והידברות. נוסף על כך, ככלל יימנע המגשר המאפשר ממתן הצעות קונקרטיות לפתרון, שכן התערבות זו פוגעת באוטונומיה של הצדדים וביעילות ההליך, בכך שהיא מצמצמת את טווח האפשרויות לפתרון וניתנת על-סמך מידע חלקי בלבד (Riskin, שם, בעמ' 32-34, 43, 45).

⁶⁴ ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT 73, 81 (2005).

⁶⁵ Michal Alberstein, *Negotiating for Justice, Fighting for Law: The Dialectic of Promoting and Settling Disputes in the Current Global Era*, 31 STUD. L. POL. & Soc'y 45, 70 (2004).

⁶⁶ העצמת הצדדים מתרחשת כאשר הם נרגעים, משיגים "בהירות" (clarity) ונעשים בטוחים יותר והחלטיים יותר. BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 64, בעמ' 55.

⁶⁷ מרכיב ההכרה מתבטא בכך שהצדדים נעשים קשובים ופתוחים יותר, נותנים אמון באחר ומגלים הבנה רבה יותר כלפיו. שם.

⁶⁸ Bush ו-Folger, שפיתחו את המודל, מוצאים כי סכסוך מתאפיין בשני סוגי תחושות: תחושות של חולשה, בלבול, חוסר ישע ופחד, מחד גיסא; ותחושות ניכור וחוסר יכולת לתקשר עם הצד האחר לסכסוך, מאידך גיסא. ראו BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 64, בעמ' 51-49. כאשר שני הצדדים נמצאים במצב של קונפליקט, האינטראקציה ביניהם מתדרדרת

שהמגשרת הטרנספורמטיבית משתמשת בהם נגזרים ישירות מנקודת המוצא שלפיה העצמה היא תנאי מוקדם לפיתוח היכולת להכיר באחר. בהתאם, תראה מגשרת טרנספורמטיבית את תפקידה כמתמזה בהיותה "מגבר של הצדדים", ותימנע מלהציע הצעות לפתרון, מלקבל החלטות בעבור הצדדים לסכסוך ומלחייבם לראות את הדברים מהפרספקטיבה של האחר.⁶⁹ אף שהצלחת ההליך אינה נמדדת בעצם ההגעה להסכם,⁷⁰ הניסיון מראה כי פעמים רבות ההליך הטרנספורמטיבי אכן מוביל להסכם.⁷¹ את אסכולת הגישור הטרנספורמטיבי ניתן לקשור, בין היתר, להתעוררותן של הקהילות האפרו-אמריקאיות בארצות-הברית בשנות השישים של המאה שעברה, ולקריאה להעצמתן של קהילות מוחלשות באמצעות הקניית כלים ליישוב סכסוכים לחברי אותן קהילות.⁷²

(4) הגישור הנרטיבי

המודל המרכזי הרביעי והאחרון הוא המודל הנרטיבי. מודל זה מדגיש את ההקשר החברתי-התרבותי שבו הצדדים חיים ואשר במסגרתו הסכסוך נוצר ומתרחש. הנחת-היסוד היא כי תפיסת-עולמם של הצדדים – ולא האינטרסים והצרכים האישיים שלהם – היא המעצבת את הסכסוך.⁷³ השוני בין הנרטיבים של הצדדים, כתוצאה מהבדלי מגדר, מעמד, רקע אתני-לאומי, דת, פערי חינוך וכדומה, מגביל את יכולתם להבין את ה"אחר", בעל הנרטיב השונה.⁷⁴ תפקידו של המגשר, על-כן, הוא לבנות נרטיב חדש,

ולובשת אופי שלילי והרסני. עם זאת, התערבות מתאימה יכולה להפוך את האינטראקציה לחיובית, כך שהצדדים יעברו מתחושת חולשה לתחושת עוצמה (empowerment shift) ומתחושת ניכור אל הכרה באחר (recognition shift). שם, בעמ' 55. כל אחת מהמטרות האלה – העצמה והכרה – מתורגמת על-ידי Folger-1 Bush ליעדי-משנה שעל המגשרים לחתור להגשימם. למשל, את יעד ההעצמה ניתן לפרוט ליעד-משנה של "השגת בהירות" (דוגמה לבהירות היא הבנה טובה יותר של כל אחד מן הצדדים לגבי מטרותיו שלו; שם, בעמ' 143). ליעד-משנה של פיתוח היכולת להבין את מניעיו וצרכיו של האחר (שם, בעמ' 167-168) ועוד.

⁶⁹ שם, בעמ' 66.

⁷⁰ שם, בעמ' 52.

⁷¹ Tina Nabatchi & Lisa B. Bingham, *Transformative Mediation in the USPS REDRESS™ Program: Observations of ADR Specialists*, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 339, 402 (2001).

⁷² על-פי גישה זו, ההזדקקות לגורם חיצוני – בדמות המערכת המשפטית הפורמלית ה"לבנה" – לצורך יישוב סכסוכים פנימיים בקהילה הביאה לידי החלשה ודיכוי של הקהילות הללו, על-ידי הכפפתן לנורמות זרות, ולעיתים הרסניות, מבחינתן. כחלק מהניסיון להביא לידי העצמה של קהילות אלה, הוקמו מרכזי צדק קהילתי, אשר סיפקו שירותי גישור בהתנדבות לחברי הקהילה. ראו Hensler, לעיל ה"ש 52, בעמ' 170-173.

⁷³ GERALD MONK & JOHN WINSLADE, *NARRATIVE MEDIATION: A NEW APPROACH TO CONFLICT RESOLUTION* §xii, 35 (2000).

⁷⁴ שם, בעמ' 41.

משולב, שבו יינתן מקום לרב-תרבותיות ולסובלנות, מבלי להכתיר אף לא אחד מהנרטיבים כ"נכון" או כ"אמיתי".⁷⁵

במודל הנרטיבי, בניגוד למודלים האחרים בגישור, אין המגשר ממלא תפקיד ניטרלי, אלא פועל באופן מכונן ואקטיבי לדה-קונסטרוקציה של הנרטיב הדומיננטי ולבניית נרטיבים חלופיים.⁷⁶ לשם כך ישתמש המגשר הנרטיבי בטכניקות של "הקשבה דה-קונסטרוקטיבית" ו"תשאול דה-קונסטרוקטיבי",⁷⁷ המיועדות לחשוף את הנחות-המוצא מאחורי האמירות השיפוטיות של הצדדים. תהליך זה יאפשר לבחון את הנחות-המוצא מחדש ולשנותן במידת הצורך.⁷⁸

על-מנת לחשוף את הנחות-המוצא של הצדדים וליצור תשתית לנרטיב חלופי, מגשרות נרטיביות מרבות לקיים פגישות אישיות (לעיתים אף כפתיח להליך)⁷⁹ ולכתוב מכתבים אישיים לכל אחד מן הצדדים. הגישור הנרטיבי רואה במכתבים בפרט, ובתיעוד בכלל, כלי לחיזוקם ולהטמעתם של סיפורים חלופיים שעלו בפגישת הגישור.⁸⁰

האסכולה הנרטיבית צמחה מן התפיסה הפוסט-מודרנית, ומשוקעת במסגרת תיאורטית של הבניה חברתית.⁸¹ גישה זו מדגישה על-כן את תפקידה של השפה בהבניית זהותם של הצדדים ודפוס התקשורת ביניהם.⁸² מקורו של הגישור הנרטיבי בביקורות פמיניסטיות, ילידיות ואחרות, אשר חשפו כי המודלים הגישוריים הקיימים התעלמו מהשלכותיה של שאלת הזהות וההשתייכות הקבוצתית של הצדדים על צמיחת הסכסוך, על הפרשנות הניתנת לסכסוך בחדר הגישור ועל האפשרות ליישבו.⁸³

לסיכום, ניתן לסווג את סוגי הגישור השונים לשתי קבוצות מרכזיות: מחד גיסא, הזרם של "פתרון בעיות",⁸⁴ ומאידך גיסא, גישות המבוססות על תפיסה ביקורתית. עם הזרם של "פתרון בעיות" נמנים הגישור המערך והגישור המאפשר, שכן שתי הגישות יוצאות מנקודת-מבט אטומיסטית אשר מתמקדת בפן הפרטני של הסכסוך ורואה בו

⁷⁵ שם, בעמ' 3.

⁷⁶ שם, בעמ' 82-86.

⁷⁷ שם, בעמ' 43.

⁷⁸ המחברים גורסים, לדוגמה, שכאשר אחד הצדדים מלין כי האחר נהג כלפיו בחוצפה, המגשר יכול לשאול אותו מה היא התנהגות חצופה בעיניו, למה הוא מתכוון. מאחורי האמירה כי מישוהו התנהג בחוצפה יש הנחות-רקע לגבי סטנדרטים מסוימים, שהתנהגות הזולת נמדדת מולם. כאשר חושפים את הנחות-המוצא או את סוגי השיח שמאחורי אמירות שיפוטיות, אפשר לבחון אותם מחדש ולשנותם במידת הצורך. שם, בעמ' 43-44.

⁷⁹ שם, בעמ' 65.

⁸⁰ שם, בעמ' 91.

⁸¹ שם.

⁸² שם, בעמ' 40-41.

⁸³ שם, בעמ' 35-37.

⁸⁴ Bush & Folger, לעיל ה"ש 64, בעמ' 245-247; Monk & Winslade, לעיל ה"ש 73, בעמ' 31-35.

בעיה שיש לפתור.⁸⁵ הגישות הביקורתיות (הגישור הטרנספורמטיבי והגישור הנרטיבי) צמחו כתגובה על המודלים של פתרון בעיות, והן מציעות חלופה המתבססת על נקודת מוצא אידיאולוגית שונה: הגישור הטרנספורמטיבי יוצא מתפיסה מבוססת-קשר (relational approach), והמודל הנרטיבי צומח מתפיסה פוסט-מודרנית.⁸⁶ אסכולות אלה מדגישות את השינויים הפנימיים המתרחשים בתפיסת הצדדים ביחס לעצמם וביחס לזולתם, ומעניקות להם חשיבות רבה יותר מאשר לעצם ההגעה להסכם. בבואנו לבנות את מודל הגישור המיטיבי והמתאים ביותר לתכליות הקמתה ופעילותה של הנציבות, עלינו להתחשב בכך שגישור אינו תהליך עם מאפיינים חד-ערכיים, אחידים וקבועים, אלא עולם שיש בו עושר, שונות וגיוון של תפיסות ושל מודלים מעשיים הנגזרים מהן. מסקנה זו עולה בכיור מהצגתם לעיל של ארבעת הזרמים השונים בעולם הגישור. מכך מתחייב תהליך של בחינה ובחירה, מתוך כוונה ליישם – תחת סמכותה של הנציבות – את מודל הגישור שמאפייניו יהיו המתאימים ביותר להתמודדות עם האפליה בשוק העבודה ולמיגורה. אלא שבכך אין די. בעיצובו של מודל הגישור הראוי להתמודדות עם סכסוכי אפליה בשוק העבודה יש להתחשב גם בתובנות שונות שהופקו מביקורות שהופנו כלפי הליך הגישור באופן כללי.

(ג) בעקבות מיסוד הגישור: ביקורות חיצוניות לגישור

במקביל לעלייתה של תנועת ה-ADR בארצות-הברית, החל בשנות השישים, החלו להישמע קולות ביקורתיים נגד מיסוד החלופות לבתי-המשפט. ביקורות אלה, אשר נעמוד עליהן להלן, הן חיצוניות לגישור, שכן הן אינן מבקרות מודל זה או אחר של הגישור, אלא מעלות התנגדות עקרונית להעברת סכסוכים ממערכת המשפט אל מערכת הגישור החלופית.

הביקורות שליוו את עליית ה-ADR כללו כמה זרמים. קבוצה אחת של מבקרים – שעמיה נמנים אוון פיס,⁸⁷ ריצ'רד דלגדו⁸⁸ וטרינה גרילו⁸⁹ – הזהירה מפני הפגיעה בצדדים מוחלשים בהליך הגישור. לטענת מבקרים אלה, הוויתור על ההגנות של המערכת השיפוטית הפורמלית והמעבר להליכים סודיים וגמישים, להבדיל מהפומביות ומהפרוצדורות הנוקשות המאפיינות את ההליך השיפוטי, מהווים סיכון לחברי קבוצות מוחלשות בחברה (דלי-אמצעים, נשים ומיעוטים). צדדים אלה עלולים לוותר על

⁸⁵ ש.ם.

⁸⁶ BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 64, בעמ' 59-62; MONK & WINSLADE, לעיל ה"ש 73, בעמ' 41.

⁸⁷ Owen M. Fiss, *Comment: Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984).

⁸⁸ Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, WIS. L. REV. 1359 (1985).

⁸⁹ Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545 (1991).

זכויותיהם בחדר הגישור באופן לא-מודע ומבלי שיינתן לכך ביטוי פומבי. זרם שונה אך קשור של ביקורות ראה בהעברת סכסוכים לגישור מנגנון מתוחכם לדה-פוליטיזציה של סכסוכים. חוקרות דוגמת לורה ניידר⁹⁰ וקריסטין הרינגטון⁹¹ חשפו את האופן שבו השיח הגישורי מנטרל את המימד הקבוצתי בסכסוכים על-ידי תרגום של תופעות אפליה לפגיעה הנובעת מ"הבדלים תרבותיים" או על-ידי הצגה של מקרי הטרדה כ"אי-הבנה". ביקורת נוספת הושמעה על-ידי פיס, מראשי המתנגדים להליכים חלופיים, שטען כי עיגונם של הליכים אלה מכרסם בסמכותו של בית-המשפט להצהיר על ערכי החברה, לצקת תוכן למשפט באמצעות פרשנות ולהבטיח הגנה על זכויות הפרט.⁹² לטענתו, מצב-דברים זה משבש את יכולתו של בית-המשפט להבטיח חלוקה הוגנת של משאבי החברה ושוויון בין קבוצות שונות בה, כמו-גם להכווין את התנהגותם של פרטים בחברה.⁹³

הביקורות נסבו כולן סביב העובדה שהליך הגישור הוא סודי וגמיש. סודיותו של הגישור מתבטאת בהעדר תיעוד של ההליכים ובמחויבות של הצדדים והמגשר לשמירה על דיסקרטיות בנוגע לתוכני הגישור.⁹⁴ גמישותו של ההליך מתבטאת הן בקיומו של חופש פרוצדורלי לגבי אופן ניהולו של ההליך והן ביכולת לתפור סעדים סובסטיטיביים המותאמים להקשר ולנסיבות.⁹⁵ מאפיינים אלה, חרף יתרונותיהם הרבים, מקשים ביצוע בקרה ויוצרים את מה שהוכתר "דילמת האחריות" (The Accountability Dilemma).⁹⁶ כאשר ההליך סודי, אי-אפשר לבחון את תפקוד המגשר ואת השפעת הגישור על צדדים הנמנים עם קבוצות מוחלשות, דוגמת מתלוננים במקרי אפליה. גם באותם מקרים שבהם נעשית בקרה, גמישותו של ההליך מקשה מציאת סטנדרטים אחידים שלאורם יהיה אפשר להשוות בין מקרים שונים ולבחון את הוגנות ההליך ואת תוצאת הגישור באותן נסיבות. הדילמה נובעת, אם כן, מהמתח שבין המאפיינים הבסיסיים ביותר של הליך הגישור (סודיות וגמישות) לבין האמצעים המקובלים להצמחת אחריותיות, דהיינו, כל אותם אמצעים שבאים להבטיח כי הליך הגישור יהיה

⁹⁰ L. LAURA NADER, NO ACCESS TO LAW: ALTERNATIVES TO THE AMERICAN JUDICIAL SYSTEM (1980).

⁹¹ CHRISTINE B. HARRINGTON, SHADOW JUSTICE: THE IDEOLOGY AND INSTITUTIONALIZATION OF ALTERNATIVES TO COURT (1985).

⁹² Fiss, לעיל ה"ש 87, בעמ' 1086.

⁹³ שם, בעמ' 1087.

⁹⁴ Orna Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 253, 263-264 (2006) כן ראו ס' 18 יג(ב)(3) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1, המפנה לס' 79ג(ד) לחוק בתי-המשפט, לעיל ה"ש 32, אשר קובע כי "דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי".

⁹⁵ Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94, בעמ' 264.

⁹⁶ שם, בעמ' 256.

הוגן ויעיל.⁹⁷ הדרכים ה"קלסיות" להצמחת אחריות, אשר ניתן לראותן בהליך השיפוטי, מושתתות על: (1) כללים המספקים הכוונה מראש למקבלי החלטות או למי שיכולים להשפיע על ההליך; (2) שקיפות – חשיפה בדיעבד של הפעולות שעשה מקבל ההחלטות, השמעת הנימוקים לפעולות אלה והצבעה על תוצאותיהן באופן שמאפשר בקרה חיצונית.⁹⁸ אמצעי בקרה המתבססים על הכוונה ושקיפות נתפסים כבלתי-מתאימים לגישור, בשל היות ההליך גמיש וסודי. הדילמה, אם כן, נראית בלתי-פתירה: הוספת המרכיבים של הכוונה ושקיפות משמעותה ויתור על יתרונות הגישור, אך ויתור על הכוונה ושקיפות משמעותו קיומו של הליך שיש בו אמצעי בקרה דלים ורופפים. מצדדי הגישור רואים את המחיר ככדאי, בעוד המבקרים מעדיפים את המערכת הפורמלית, על כל מגבלותיה.

הביקורות שהובאו לעיל פונוו כלפי הליך הגישור על המודלים השונים שלו, והושמעו נגד מיסודו של הגישור בהקשרים שונים. כפי שנראה בהמשך,⁹⁹ תכנון מערכת גישורית ליישוב סכסוכי אפליה בעבודה, כמוצע על-ידינו, מאפשר למזער את המתח שבבסיסה של דילמת האחריות ולתת מענה לחלק מן הביקורות שהושמעו נגד הליך הגישור. אולם לפני שנפנה לניתוח המודל הרצוי לגישור תלונות אפליה, נציג את טענת הדטרמיניזם ההליכי, שעל-פיה בהעדר עיגון מכונן של מודל מסוים, יוביל מיסוד הגישור להתבססותו של מודל הגישור המעריך, וכי תהליך דומה צפוי להתרחש גם בנציבות. תוצאה זו תהיה בעייתית משתי סיבות. ראשית, הגישור המעריך, יותר מזרמים

⁹⁷ לכאורה, שאלת האחריות אינה צריכה להתעורר כלל, שכן מדובר בהליך רצוני שבו הצדדים מסכימים על יישוב הסכסוך ולמגשר אין סמכות הכרעה. עם זאת, כפי שחשפו מבקריו של הליך הגישור, חרף העובדה שהמגשר אינו מקבל החלטות במובן הפורמלי, הוא מפעיל כוח במסגרת סמכותו לניהול ההליך, ולכן הוא צפוי להשפיע על תוצאתו של הליך הגישור, על זכויות הצדדים ועל הוגנות ההליך. על-כן הכיר המחוקק הישראלי, בדומה למחוקקים במקומות אחרים, בצורך בפיקוח כלשהו על העוסקים בגישור. החוק בישראל מציב דרישות הכשרה ותנאי-סף אחרים, דוגמת תואר ראשון ומספר שנות ניסיון בתחום שבו נרכש התואר, למי שמעוניין לגשר בסכסוכים המופנים על-ידי בתי-המשפט (בעוד שבו נרכש בשוק הפרטי אינו כפוף לכלל פיקוח). ראו תקנות בתי-המשפט (גישור), לעיל ה"ש 29. עם זאת, לשיטתנו, אין די בדרישות אלה, ככל שהן נשמרות, להבטיח קיומו של הליך גישור הוגן.

⁹⁸ חשוב להבין כי אי-אפשר לפתור את הבעיה על-ידי הוספת כללים וביטול הגמישות, או לחלופין על-ידי ביטול הסודיות, שכן תכונות אלה הן ממאפייניו הבסיסיים של ההליך, אשר חיוניים להצלחתו. הגמישות מאפשרת להליך הגישור לשמש מסגרת דינמית ליישוב מגוון רחב של סכסוכים, ממריבות שכנים ועד למחלוקות עסקיות בסכומים משמעותיים, תוך מציאת פתרונות יצירתיים ומגוונים. הגמישות אף מאפשרת את הוזלת עלויות ההליך ומונעת את סרבולו. הסודיות נתפסת כחיונית לעידוד הגשת תלונות ולאפקטיביות של ההליך, בכך שהיא מעודדת שיתוף מרבי במידע שהוא חיוני ליישוב הסכסוך ואשר הצדדים היו נמנעים מלגלותו בהליך פומבי. ראו Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94, בעמ' 263-265.

⁹⁹ ראו להלן ס' 22(א) ו-22(ב) למאמר.

אחרים בגישור, לוקה בפגמים שעליהם הצביעו הביקורות החיצוניות, וספג ביקורות קשות גם מתוך עולם הגישור. שנית, וזה העיקר, המודל המערך אינו המודל המתאים ביותר לטיפול בהקשר של סכסוכי אפליה. לכן לחסרונות ההליך עלולות להיות השלכות חמורות, במיוחד בענייננו, הן לגבי היכולת ליישב סכסוכי אפליה לשביעות-רצונם של הצדדים והן לגבי היכולת למנוע את צמיחתם של סכסוכים דומים בעתיד.

(ד) בעקבות מיסוד הגישור: טרמיניזם הליכי והדומיננטיות של מודל הגישור המערך
הניסיון האמריקאי והניסיון הישראלי כאחד מראים כי גישור ממוסד במערכת בתי-המשפט נוטה להדגיש רציונל של יעילות, כלומר, הקלת העומס במערכת המשפט על-ידי פתרון מהיר של הסכסוך. רציונל זה מוביל לדומיננטיות של הגישור המערך. מצב זה בעייתי שכן הגישור המערך נעדר את ההגנות החשובות שביית-המשפט מספק לצדדים, מחד גיסא, ואינו מגלם את היתרונות האיכותיים של הגישור, מאידך גיסא. יתרונות איכותיים אלה, כגון ההזדמנות הניתנת לצדדים להשתתף בצורה ישירה במציאת פתרון לבעיה שהולידה את הסכסוך, אובדים אם כן בהליך הגישור הממוסד. המודל המערך התבסס בארץ מבלי שיערך דיון ממשי בסוגיית המודל הרצוי לגישור. הנטייה לכיוון הגישור המערך בישראל באה לידי ביטוי כבר בלשון החקיקה הממסדת את הגישור. קריאת סעיפיו של חוק בתי-המשפט והתקנות העוסקות בגישור מעלה כי החקיקה בארץ יונקת מרציונל היעילות, ומאמצת את הגישור כאמצעי לחיסול תביעות ולפתרון בעיית העומס בבתי-המשפט. כך, סעיף 4(ב) לתקנות בתי המשפט (מחלקה לנייתוב תיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה), התשס"ב-2002, קובע כי שופט המוקד (השופט הממונה על ניתוב התיקים) "יהיה אחראי לניהול המנ"ת... לרבות... העברת תובענות לטיפול באמצעים חלופיים ליישוב סכסוכים... והכל במטרה לסייע ליעל את הטיפול בתובענות בשלב שמיעת הראיות". באופן דומה, אמת-המידה שעל-פיה יחליטו אנשי המחלקה לנייתוב תיקים אם להפנות תיקים למגשרת מסוימת הוא מידת הצלחתה של המגשרת ביישוב סכסוכים קודמים.¹⁰⁰ משמעותה של אמת-מידה זו, שנקבעה בהנחיות הפנימיות של המחלקה לנייתוב תיקים, היא שהיכולת להביא את הצדדים לידי הסכם היא המדד העיקרי להצלחה. מדד זה עשוי בסבירות גבוהה לדחוף מגשרות לנקוט טקטיקות המזוהות עם האסכולה המעריכה, מתוך הנחה שלשימוש בכלים אסרטיביים יש סיכוי טוב יותר להוביל להסכמה.

אימוץ הגישור כפתרון לבעיית העומס בבתי-המשפט אינו הגורם היחיד להתבססותו של המודל המערך בהליך הגישור הממוסד הן בישראל והן בארצות-הברית. בין הגורמים הנוספים ניתן למנות את העובדה שהפנייה לגישור בהליך הממוסד מתרחשת רק לאחר הפנייה לבתי-המשפט (להבדיל ממצב שבו הצדדים פונים לגישור

¹⁰⁰ ניתן למצוא את אמות-המידה של המחלקה לנייתוב תיקים בתוכנית מנ"ת ארצית (13.4.2003), elyon1.court.gov.il/heb/laws/manat.pdf.

כאמצעי ראשוני לפתרון הסכסוך ביניהם). בשלב שלאחר הגשת התביעה כבר עבר הסכסוך לפסים "לוחמניים" – נשכרו עורכי-דין וסיפורי הצדדים תורגמו לטענות ולזכויות משפטיות – ולכן קיימת נטייה טבעית לחשוב על פתרון הסכסוך במונחים דומים לנתיבי הפתרון של בתי-המשפט. נוסף על כך קיים קושי אינהרנטי לשלב הליכים חלופיים במערכת המשפטית הפורמלית מבלי שיעברו קואופטיציה, שכן הלך-הרוח האדוורסרי טבוע בשחקנים השונים במערכת, ובעיקר בעורכי-הדין.¹⁰¹

אומנם אין בידינו נתונים ישירים המאמתים את הדומיננטיות של הגישור המעריך בשטח, אולם נראה לנו כי השילוב של הרציונל למיסוד הגישור, הדמיון בין המערכות הגישוריות הממוסדות בישראל ובארצות-הברית, המידע המעיד על אי-שביעות-רצון מאיכות הגישור המוצע בבתי-המשפט בישראל שבמסגרתו מופעל על הצדדים לחץ להתפשר,¹⁰² והנתונים על ירידה בנטייתם של מתדיינים לפנות להליכים אלה בישראל¹⁰³ – כל אלה מעידים בבירור על קיומה של תופעת הדטרמיניזם ההליכי גם אצלנו.

נראה לנו, אם כן, שללא התערבות אקטיבית למיסודה של אסכולה גישורית אחרת, יתרחש קיבוע של הגישור המעריך גם בגישורים שיתקיימו בחסות הנציבות. הערכה זו מתבססת, בין היתר, על כך שהתיקון לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, שעיגן את סמכותה של הנציבות להפנות סכסוכים לגישור, מסתפק בהפניה להסדר הכללי של גישור הקבוע בחוק בתי-המשפט¹⁰⁴ – הסדר שהוביל עד כה, כאמור, לדומיננטיות של הגישור המעריך. מצב-דברים זה מעורר כאמור קשיים משמעותיים בהקשר של סכסוכי אפליה הן מנקודת-מבט פנים-גישורית והן מנקודת-מבט חוץ-גישורית, כמפורט להלן.

¹⁰¹ Carrie Menkel-Meadow, *Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering*, 27(1) FLA. ST. U. L. REV. 153 (2002).

¹⁰² דוח הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (בראשות השופט מ' רובינשטיין) 25 (2006), www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor (להלן: דוח ועדת רובינשטיין).

¹⁰³ ראו משה בר-ניב ורן לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהבטים של זמן והסדרה" משפט ועסקים ב 209 (2005); דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 102.

¹⁰⁴ ס' 18(ג)ב(3) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1.

(1) המחיר בגישור מעריך מנקודת-מבט פנים-גישורית

ננסי ולש¹⁰⁵ וקרי מנקל-מדאו¹⁰⁶ חושפות את המחיר הכרוך באימוץ מודל של גישור מעריך מנקודת-ראותם של תומכי הגישור, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בזירה האמריקאית. כתיבתן של השתיים מתמקדת באופן שבו הגישור המעריך מכרסם באחד היסודות המרכזיים של הליך הגישור – האוטונומיה של הצדדים. יסוד זה מהווה את אחד היתרונות המרכזיים של הגישור על בתי-המשפט (ואפילו על הליכים חלופיים אחרים, דוגמת בוררות), ועיקרו יכולתם של הצדדים לשלוט בהתנהלות ההליך ובאופי הפתרון. אוטונומיה ושליטה רחבה בהליך באות לידי ביטוי הן במימד הוולונטרי של הגישור והן במימד ההסכמי שלו.¹⁰⁷

ולש מראה כיצד מיסוד הגישור בצל ההליך המשפטי הופך את ההליך למשא-ומתן מזורז בין עורכי-הדין, שבו הלקוחות נוטלים חלק מוגבל בלבד.¹⁰⁸ בהתאם למסורת של המודל המעריך, רוב הפגישות נערכות כפגישות אישיות בין הצדדים למגשר. גם כאשר הפגישות בהליך משותפות, פעמים רבות עורכי-הדין הם שקובעים את הטון, ולמעשה מנהלים את ההליך בדרך המשפטית המוכרת של עמידה על זכויות ומשא-ומתן מחלק. נוסף על כך, מגשר מעריך יאמץ מתכונת קשיחה יחסית לניהול ההליך הגישור, וינווט (יש שיאמרו – יכתוב) את התכנים של ההסכם בין הצדדים.¹⁰⁹ השתלטותו של המודל המעריך על עולם הגישור הובילה, כפי שניתן ללמוד מתיאור זה, לביטול של רוב היתרונות שבשמם אומץ הגישור: מתן ביטוי לאוטונומיה של הפרט על-ידי השתתפות בהליך רצוני והסכמי, ויצירת תנאים המעודדים העלאת פתרונות יצירתיים חוץ-משפטיים והגעה להסכם.¹¹⁰ כפי שראינו לעיל,¹¹¹ דווקא צדדים לסכסוכי אפליה

¹⁰⁵ Welsh, לעיל ה"ש 45.

¹⁰⁶ Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 59.

¹⁰⁷ במישור הוולונטרי האוטונומיה מתבטאת ביכולתם של הצדדים לבחור אם להשתתף בהליך, הן מלכתחילה והן לאורך ההליך כולו, שכן הצדדים חופשיים לעזוב את חדר הגישור בכל רגע נתון. במישור ההסכמי הצדדים קובעים את התוצאה שאליה יגיעו – אם יגיעו להסכמה, מהן האפשרויות לפתרון ומהן האפשרויות המועדפות עליהם. הצדדים שולטים במידה רבה גם באופן ניהול ההליך – מי יפתח, מה יהיו הנושאים שיעלו לדיון ובאיזה סדר.

¹⁰⁸ Welsh, לעיל ה"ש 45, בעמ' 797, 802-805.

¹⁰⁹ כך, למשל, מגשר מעריך ייטה להציע הצעות קונקרטיות לפתרון, תוך הפעלת מסכת לחצים על הצדדים לקבלן והדגשת הקשיים הכרוכים בהוכחת ה"קייס" במערכת הפורמלית (כגון הצורך בעדים ובראיות וחוסר הצפיות של ההחלטות השיפוטיות). ראו Riskin, לעיל ה"ש 47.

¹¹⁰ Welsh, לעיל ה"ש 45, בעמ' 797. Menkel-Meadow טוענת כי גם באותם מקרים שבהם הצדדים מצליחים להגיע להסכם, גישור המתבסס על שיח זכויות ועמדות נוטה להוליד פתרונות-אמצע שאינם מיטביים. מכיון שהמגשרת המעריכה מרבה להיפגש עם הצדדים בנפרד, היא ממעטת לשמוע את הצדדים עצמם, והצדדים עצמם מחמיצים הזדמנויות חשובות לשמוע זה את זה. במצב-דברים זה אי-אפשר לערוך אותו ביורו עמוק של הבעיה

זקוקים פעמים רבות להליך אשר ייתן להם מידה רבה יותר של שליטה ומקום להתבטא, יציף סוגיות רחבות יותר ויאפשר פתרונות יצירתיים מאלה שיידונו במסגרת הליך מבוסס-זכויות.

נוסף על כך, כאמור, יש הטוענים כי הגישור המעריך מקשה הגעה להסכם ומוליד הסכמים יעילים פחות, רחבים פחות ויציבים פחות מאלה המושגים תחת מודלים אחרים של גישור.¹¹² כאשר מתנהל גישור מעריך, המבוסס על שיח של עמדות, הצדדים נוטים לראות בכל ויתור משום פגיעה ב"אגו" שלהם או בכבודם, ולכן הדיון נהפך להתנצחות כוחנית, אשר עלולה להוביל להקצנה ולפיצוץ במגעים ביניהם.¹¹³

הקושי בגישור של סכסוכי אפליה תוך שימוש במודל המעריך חורג מהמישור הפנים-גישורי, שכן ההישענות על מודל זה בהקשר שלנו, כפי שנראה להלן, מקצינה את הביקורות החיצוניות שהושמעו נגד הליך הגישור באופן כללי.

(2) הקושי בגישור מעריך מנקודת-מבט חוץ-גישורית

הדומיננטיות של המגשר המעריך לא רק פוגעת במאפיינים ובמטרות של הליך הגישור, אלא גם מגבירה את הסכנה לפגיעה בצדדים מוחלשים, שעליה הצביעו מבקרי המיסוד של הליך הגישור, דוגמת פיס ודלגדו.¹¹⁴ יש כמה גורמים אשר הופכים את הגישור המעריך למסוכן במיוחד כאשר מדובר בצדדים שאינם שווים זה לזה בכוח, במשאבים ובידע – מצב שכיח בסכסוכי אפליה. היה אפשר אולי לחשוב שהעובדה שהמגשר מספק הערכה של התוצאה המסתברת בבית-המשפט תסייע לצד החלש, אשר הידע המשפטי שלו והסיוע שהוא זוכה בו מוגבלים. אולם הניסיון מלמד ש"צילו של המשפט"¹¹⁵ הוא אמורפי ונתון לפרשנות פעמים רבות, ולכן חיווי הדעה של המגשר עשוי לשקף הערכה סובייקטיבית אפשרית, אך לא בהכרח הצד החלש, וכך עלולה להיווצר הסתמכות שגויה).

במצב-דברים זה ההליך המעריך מהווה חרב-פיפיות לגבי הצד החלש. הפרוצדורה הגמישה משררת לאותו צד שהוא יכול לספר את סיפורו בחופשיות, מבלי שיצטרך לצקת אותו לקטגוריות משפטיות ולעמוד בדרישות ההוכחה שבהליך הפורמלי. אולם בפועל הצדדים צריכים לספר סיפור משפטי, שאם לא כן לא תשמיע המגשרת הערכה

שיוכל להוביל את הצדדים לפתרונות יצירתיים, שכן הללו יכולים להתגבש רק כאשר כל צד מבין את מניעיו וצרכיו של האחר. ראו Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 59, בעמ' 7.

¹¹¹ ראו לעיל ס' 1א למאמר.

¹¹² ראו לעיל ס' 2א(ב) (2) למאמר והטקסט הסמוך לה"ש 58–60.

¹¹³ FISHER, URY & PATTON, לעיל ה"ש 55, בעמ' 5–6.

¹¹⁴ ראו לעיל ס' 2א(ג) למאמר.

¹¹⁵ Robert N. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

שנוטה לכיוונם.¹¹⁶ לצד החלש לא יהיו הכלים להעריך ולבקר את ה"קייס" של הצד האחר, כמו-גם את הערכתה של המגשרת (אשר עשויה אף היא להיות חסרת הכשרה משפטית),¹¹⁷ ולכן הסכמת צד כזה – הסכמה שעליה מבוססת הלגיטימיות של ההליך כולו – עלולה לא להוות הסכמה מדעת.

לבסוף, הלגיטימציה הגורפת שהמודל המעריך מעניק לאקטיביות מצד המגשרת, מבלי להציב סטנדרטים להכוונת התערבותה, פותחת פתח רחב להתערבות לא-נאותה מצד המגשרת. סכנה זו גדולה במיוחד לנוכח העובדה שההליך מתקיים תחת מעטה סודיות, שאינו מאפשר איתור ותיקון של טעויות ואי-צדק.¹¹⁸ העובדה שהמגשרת המעריכה דומיננטית אינה מאזנת את פערי הכוחות בין הצדדים. זאת, משום שהמגשרת המעריכה אינה תופסת על-פי-רוב את תחום התערבותה ככולל ייפוי-כוח לאיזון הפערים בין הצדדים, אלא כמתמזה במישור של חיווי דעה לגבי הפתרון הצפוי בבית-המשפט. אנו נותרים אפוא עם גרסה מדוללת ודהויה של הליך הגישור. מלבד אולי היתרון של מהירות "סגירת התיק" (ויש החולקים אף על כך), הליך הגישור הממוסד רחוק מלהיות החלופה להתדיינות אשר לה ייחלו תומכי הגישור. מצב-דברים זה בעייתי במיוחד כאשר באים לגשר סכסוכי אפליה.

בחלק זה סקרנו את תופעת הדטרמיניזם ההליכי בהקשר של הגישור הממוסד במערכת בתי-המשפט. אנו סבורות שתהליך דומה צפוי להתרחש בגישורים מטעם הנציבות. בנציבות, כמו במערכת המשפטית, התלונה מתבססת על הפרה של חוקי השוויון. מצב-דברים זה מביא לידי דומיננטיות של השיח המשפטי, של שחקנים משפטיים ושל תרופות משפטיות. נוסף על כך, הניסיון בנציבות השוויון האמריקאית – נציבות ותיקה ועתירת ניסיון בהתמודדות עם תלונות אפליה באמצעות גישור – מראה כי העדר מחויבות למודל גישורי ספציפי יצר מצב שבו חרף קיומה של תוכנית הכשרה בהתאם למודל המאפשר, נקטו מגשרים רבים בשטח פרקטיקות מעריכות.¹¹⁹ ייתכן שמצב-דברים זה הוא תוצר של העובדה שהרציונל לאימוץ הגישור שם היה במידה רבה הרצון לסגור תיקים ולפתור את העומס הבלתי-נסבל שה-EEOC הייתה נתונה בו.¹²⁰

¹¹⁶ O'Barr-1 Conley מדגימים קושי זה בהקשר של תביעות קטנות. ניתן, לטעמנו, להקיש מדברים אלה להקשר של גישור מעריך, אשר מתנהל בצל המשפט ומתבסס על שיח זכויות. ראו Conley & O'Barr, לעיל ה"ש 31, בעמ' 663.

¹¹⁷ הגבלת העיסוק למגשרים-משפטים אינה פותרת את הבעיה של יצירת דין פרטי ומולידה מצדה בעיות אחרות של הצרת התחום, העדר גיוון והטיה אדוורסרית, שמולידות ביקורות דוגמת אלה שהובאו לעיל. ראו Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 101; Welsh, לעיל ה"ש 45.

¹¹⁸ ראו לעיל ס' א2א(ג) למאמר.
¹¹⁹ דוח ה-EEOC משנת 2001, חלק III.C.5, III.C-5, www.eeoc.gov/mediate/mcdfinal.html#III-C-5 (להלן: EEOC 2001).

¹²⁰ דוח ה-EEOC משנת 2000, חלק IV, www.eeoc.gov/mediate/report/index.html.

כל אלה מעידים על פוטנציאל ממשי לדומיננטיות של המודל הגישורי המעריך גם בפעילותה של הנציבות הישראלית.

נדמה כי אנו ניצבים בפני מבוי סתום: קיומו של ערוץ פורמלי בלבד מבטיח, כך נטען, הגנה על זכויות חלשים ופיתוח של הדין בנושא אפליה, אך עלול לעלות במחיר של אי-הגשתן ודחייתן של תלונות מוצדקות רבות, וכן פגיעה במתלוננות, שנאלצות לעבור הליך פוגעני ובלתי-מספק; מן הצד האחר, אימוצם של הליכים לא-פורמליים עשוי אומנם להעמיד לרשות המתדיינות הליך נוח ונגיש יותר, אשר מצליח לחשוף דינמיקות ופרקטיקות מפלוגות ביתר הצלחה, אך עלול גם להקנות יתרון לצדדים חזקים, מבלי שתהא כל יכולת לבקר את המתרחש במסגרת הליכים אלה. תפיסת ה"אין מוצא" הזו היא תולדה של הבנה בינרית שלפיה הבחירה שאנו ניצבים מולה היא בין הליך שיפוטי לבין הליך של גישור מעריך. בפועל, כפי שהראינו, האפשרויות מגוונות בהרבה. בפרק הבא נפרוש את תפיסתנו לגבי המודל הגישורי הראוי להתמודדות עם סכסוכי אפליה, אשר מהווה מענה טוב יותר לטיפול בתלונות אפליה במישור של יישוב הסכסוך הפרטני, אבל חשוב מכך – יוצר גם תשתית לשימוש בגישור במישור של מניעת האפליה.

ב. חשיבה מחדש על תפקיד הגישור בהתמודדות עם אפליה בעבודה

1. רקע תיאורטי: תיאוריות ממשל חדשות

החוק מעניק לנציבות ייפוי-כוח רחב, הכולל פעילות בשני מישורים: המישור האחד נוגע בשיפור האכיפה של דיני העבודה הקיימים באמצעות סמכויות המובילות להתמודדות טובה יותר עם סכסוכי אפליה בעבודה;¹²¹ ובמישור האחר תפקידה של הנציבות כולל עיסוק בפעילויות שמטרתן להפחית את מספר סכסוכי האפליה העתידיים ולהביא לידי מיגור האפליה באמצעות לימוד ומחקר של התופעה והכוונת התנהגויותיהם של השחקנים בשוק העבודה.¹²² טענתנו היא כי אחת המגבלות העיקריות של השיח הנוכחי על סמכות הנציבות להפנות תלונות לגישור מקורה בתפיסה הרווחת שלפיה הליך הגישור פועל במישור הראשון בלבד.

אכן, הגישור, בניגוד למשפט הפורמלי, אינו נתפס ככלי שעשוי לשמש למניעת צמיחתם של סכסוכי אפליה בעתיד. על תפיסה זו בא מאמר זה לערער. נקודת המוצא שלנו היא כי הגישור יכול, בתנאים מסוימים, לפעול גם במישור השני, המניעתי, וכי הוא יכול לעשות זאת בשני אופנים: ראשית, באמצעות הכוונת התנהגותם של הצדדים להליך הגישור, אשר עוברים תהליך של למידה (להלן: מניעה ברמה הפרטנית); ושנית,

¹²¹ ס' 18ח(5), (6) ו- (7) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1.

¹²² ס' 18ח(1), (2), (3) ו- (4) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1.

על-ידי סיוע באיתור תופעות אפליה, בלימודן ובמיוגורן (להלן: מניעה ברמה המבנית).¹²³ השילוב של מניעה ברמה הפרטנית ומניעה ברמה המבנית מהווה את מה שאנו מכנות "הפרדיגמה המניעתית".

מניעה ברמה הפרטנית מניחה שצדדים להליך גישור עוברים תהליך שבמסגרתו הם רוכשים כלים שיסייעו בידם למנוע את צמיחתם של סכסוכי אפליה דומים בעתיד או להתמודד עם סכסוכים דומים בעתיד בשלב מוקדם יותר ובאופן אפקטיבי יותר מבלי שיזדקקו להתערבות של צד שלישי. מניעה ברמה המבנית משמעה שימוש במידע שנחשף בהליכי הגישור לשם איתור שורשיהם של סכסוכי אפליה בהקשר חברתי נתון, ולמידת הדרכים המיטביות למניעת מקרי אפליה ולהתמודדות אפקטיבית עימם מרגע שהתעוררו.

בבסיס תפיסתנו שלנו, שלפיה יש להשתמש בגישור ככלי מניעתי, עומדת השקפה רחבה יותר לגבי הפרדיגמה הרגולטורית-המשפטית¹²⁴ המתאימה לטיפול בתופעת האפליה בעבודה. בשנים האחרונות החלה להתפתח בתחום הרגולציה משפחה חדשה של תיאוריות המכונה "תיאוריות ממשל חדשות" (new governance theories), וביניהן גם תיאוריות רפלקסיביות או אקספרימנטליסטיות,¹²⁵ אשר יושמו, בין היתר, על תחום השוויון בעבודה, כפי שנפרט להלן.

תיאוריות אלה, אשר שואבות את השראתן מהפרגמטיזם מבית-מדרשם של דיואי ואחרים¹²⁶ ומתיאוריית המערכות מבית-מדרשם של לואמן וטויבנר,¹²⁷ מקדמות

¹²³ ראו להלן ס' 2(ב) (1) ו-2(ב) (2) למאמר.

¹²⁴ הכוונה ב"פרדיגמה משפטית" היא למערכת משולבת של הנחות ועקרונות-יסוד, הן קוגניטיביים והן נורמטיביים, אשר למרות היותם מובלעים, משמשים רקע ליצירת התובנות של המחוקק והשופטים לגבי היחס בין משפט וחברה ובאשר לרגולציה משפטית. ראו:

JEAN L. COHEN, REGULATING INTIMACY: A NEW LEGAL PARADIGM §3 (2004)

¹²⁵ המונח "תיאוריות ממשל חדשות" הוא מונח-על המתאר מגוון של תיאוריות המפתחות גישות חדשות לרגולציה בהקשרים ובתחומים מגוונים. המשותף לתיאוריות השונות הוא הדגש בצורך בדיאלוג, בהשתתפות רחבה ובשיתוף-פעולה בין גורמים ציבוריים לפרטיים בקביעת המטרות והאמצעים להשגת מטרות-העל של הרגולציה. תיאוריות אלה כוללות, בין היתר, "אקספרימנטליזם דמוקרטי" (ראו, למשל: Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 COLUM. L. REV. 267 (1998)) ו"רגולציה רפלקסיבית" (ראו COHEN, לעיל ה"ש 124). לניסיון מקיף למיפוי כלל התיאוריות הנכללות במשפחה זו ראו: Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 MINN. L. REV. 342, 347 (2004).

¹²⁶ חלק מהתיאוריות האמורות אימצו את תובנות הפרגמטיזם האמריקאי באשר ליתרונות הגלומים באימוץ גישה גמישה וניסויית לפתרון בעיות בחברה. מהותה של גישה זו, בקצרה, היא זניחתם של עקרונות קבועים ומוגדרים מראש כאמצעים המתאימים ביותר להגשמת מדיניות חברתית ראויה. תחת זאת מוצע לאמץ עקרונות נסיוניים, אשר ייבחנו מחדש באופן מתמיד לאור תובנות שילמדו מהניסיון המעשי. החוקים, לפי תפיסה זו, הם

חלופה הן לגישה הפורמליסטית-הליברלית של המשפט (גישה המקושרת עם העדפת כוחות השוק) והן לגישה המהותנית למשפט, המכונה גם "הפרדיגמה של מדינת-הרווחה"¹²⁸.

האימוץ המעשי של חלופה זו מופיע בתחומים שקיים בהם קושי אינהרנטי להכווין התנהגויות באמצעות כללים קשיחים הנכפים "מלמעלה" על-ידי המערכת הרגולטורית. עם זאת, דה-רגולציה מוחלטת בהקשרים אלה מובילה לתוצאות שאינן מיטביות. זה המצב בתחומים מורכבים המתאפיינים בדינמיות, בריבוי פרטים טכניים ובתלות בהקשר, דוגמת תחום הסביבה וההקשר של דיני עבודה בין-לאומיים.¹²⁹ תחום השוויון בעבודה נמצא אף הוא מתאים לרגולציה המאמצת מרכיבים רפלקסיביים או אקספרימנטליסטיים, הן בשל מורכבותה של תופעת האפליה בעבודה¹³⁰ והן בשל הקשיים הייחודיים שתחום זה מעורר.¹³¹

על-פי תיאוריות הממשל החדשות, ראוי שתפקידו של המשפט יתמצה ב"רגולציה של רגולציה עצמית". כלומר, על המשפט להסתפק בהכוונה פרוצדורלית של השחקנים הרלוונטיים בכל הקשר (במקרה שלנו – המעסיקים, העובדים באמצעות ארגוני

בבחינת "הנחות-עבודה" שיש לבחון אותן מחדש תדיר לנוכח יעילותם בפועל. ראו: John Dewey, *Logical Method and Law*, 10 CORNELL L.Q. 17, 26–27 (1924). כדוגמה לנסיון יישום מפורש של פרגמטיזם בהקשר של קביעת מדיניות משפטית בתחום איכות הסביבה ראו: Bradley C. Karkkainen, *Toward a Smarter NEPA: Monitoring and Managing Government's Environmental Performance*, 102 COLUM. L. REV. 903 (2002).

¹²⁷ תיאוריית המערכות (systems theory), שפותחה בהקשר של מדעי הטבע, יושמה בהקשר המשפטי על-ידי רבים, ביניהם E. Abrahams, Niklas Luhmann ואחרים. ראו, למשל: Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, 83 NW. U. L. REV. 1–2, 136–150 (1989). אחת התובנות המעניינות מיישומה של התיאוריה לתחום הרגולציה המשפטית היא ערעור התפיסה כי תת-מערכת אחת – המערכת הפוליטית – יכולה, באמצעות המשפט, להכתיב לכל התת-מערכות האחרות בחברה (למשל, התת-מערכת הכלכלית) מטרות ודרכים להגשמתן. לתיאור תמציתי של השלכות התיאוריה על הרגולציה ראו COHEN, לעיל ה"ש 124, בעמ' 153–157.

¹²⁸ על הבעייתיות הנלווית לשתי פרדיגמות אלה, באופן כללי, ראו, למשל, Dorf & Sabel, לעיל ה"ש 125, בעמ' 270–272; COHEN, לעיל ה"ש 124, בעמ' 150–179.

¹²⁹ Archon Fung, *Collaboration and Countervailing Power: Making Participatory Governance Work 2* (2002), available at www.archonfung.net/papers/CollaborativePower2.2.pdf.

¹³⁰ על הדגשת מורכבותה של תופעת האפליה כנימוק לאימוץ תפיסה של "רגולציה של רגולציה" בבתי-המשפט ראו Sturm, לעיל ה"ש 14. כן ראו לעיל ס' 1א למאמר.

¹³¹ ברמה התיאורטית, רגולציה של הקשר אינטימי, דוגמת הטרדה מינית או אפליה על רקע מיני בעבודה, מעוררת מתח בין הערכים של שוויון ואוטונומיה. על-כן, סבורה Cohen, הקשר מעין זה מחייב אימוץ של רגולציה רפלקסיבית. ראו COHEN, לעיל ה"ש 124.

עובדים, ארגוני זכויות עובדים ועוד), על-מנת שאלה ישתתפו בתהליך יצירתן ואכיפתן של נורמות רצויות.

אנו מאמינות כי הבנת תפקידה של הנציבות לשוויון בעבודה במסגרת הגישה הרפלקסיבית חיונית ליצירת שינוי אמיתי בשוק התעסוקה. הרגולציה המסורתית, המתיימרת להביא לידי מיגורה של תופעת האפליה על-ידי הסדרה פרטנית של כללים "מלמעלה", לא צלחה. תופעת האפליה בישראל היא נרחבת.¹³² מבלי להתיימר להתוות את המשמעויות של אימוץ מלא של הפרדיגמה הרפלקסיבית, נציין כי אימוץ כזה יחייב את הנציבות להדגיש פעילויות צופות פני עתיד, כלומר פעילויות המכוונות למיגור האפליה, תוך רתימה של גופים פרטיים למאמץ זה.¹³³ במסגרת שיתוף-פעולה זה, הגופים הרגולטוריים או בתי-המשפט לומדים על הנעשה בשטח (למשל, באמצעות בחינת האמצעים הננקטים על-ידי מעסיקים וארגונים שונים לשם איתור של תופעות אפליה בעבודה והתמודדות עימן),¹³⁴ ומיישמים את הלקחים שנלמדו על-ידי קביעת מדיניות והקוונה של הגופים הכפופים לרגולציה באמצעות הפצת הפרקטיקות שנמצאו מוצלחות במיוחד בתחום.¹³⁵

במסגרת תפיסה רגולטורית זו, וכפי שנראה בתת-פרק הבא, הליך הגישור יכול לספק אמצעי חשוב ללימוד מהשטח וכן לסייע לנציבות במימוש תפקידה כ"גוף מתווך".¹³⁶ זאת, משום שהנציבות יכולה להשתמש במידע שנאסף בגישורים לשם איתור והפצה של פרקטיקות מוצלחות במיוחד להתמודדות עם מקרי אפליה. במסגרת זו, הגישור יכול לתרום להרחבת ההגנה על השוויון בעבודה הן באמצעות אכיפה אפקטיבית יותר של הדין הקיים (בשל קיומם של אפיקים מספקים יותר להעלאה

¹³² לסקירה חלקית על היקפה וחומרתה של האפליה בתעסוקה בהקשרים שונים ראו, למשל, מאור, לעיל ה"ש 14; נשים – הכוח העולה: קידום הנשים בעבודה – ניפוץ "תקרת הזכוכית" (ענת מאור עורכת, 1997); בתיה בן הדור, עליזה אבן-חיריק, אפרת אפלבוים, הדס דרייזר, דפנה שרון, ינון כהן וגיא מונדלק "בדיקת אפליה בשכירה על-ידי מבחני היענות" עבודה, חברה ומשפט יא 381 (2005); שרון רבין-מרגליות "הבחנה, אפליה וגיל: משחק של יחסי כוחות בשוק העבודה" משפטים לב 131 (2001); מיכל מור-ברק, אורית נוטמן-שורץ וליאורה פינדלר "מודל 'מקום העבודה המכיל' כמענה לשונות של כוח-האדם התעסוקתי בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 305 (2005). אורלי בנימין, למשל, עומדת באופן ביקורתי על מגבלות החקיקה הנרחבת בתחום השוויון בעבודה מנקודת-ראותן של נשים בכלל ושל נשים הנמנות עם קבוצות מוחלשות בפרט. ראו אורלי בנימין "הדואליות ביחסים בין המדינה לנשים בישראל: המקרה של נשים המועסקות דרך חברות כוח אדם במגזר הציבורי" חברה ורווחה כב 455 (2002).

¹³³ שיתוף-פעולה מעין זה יהיה חייב, לפחות בהקשר של אפליה בעבודה, להיות מלווה תמריצים חיוביים ושלייליים למעסיקים. ראו, לדוגמה, Dorf & Sabel, לעיל ה"ש 125, בעמ' 385-386.

¹³⁴ Sturm, לעיל ה"ש 14, בעמ' 479.

¹³⁵ שם, בעמ' 566.

¹³⁶ שם.

וליישוב של תלונות אפליה פרטיקולריות) והן על-ידי תרומה לאיתורן ולמניעתן של תופעות אפליה מדרג שני, אשר המשפט הפורמלי אינו מצליח להתמודד עימן.¹³⁷ המעבר מתפיסת הגישור כנתיב המתמחה בניסיון ליישב סכסוכים פרטניים קיימים לכזה הפועל במישור המניעתי עשוי למזער את החסרונות שנהוג לייחס לתהליכי "הפרטת הצדק". כפי שנראה להלן, תחת הפרדיגמה המניעית ניתן לרתום את המערכת הגישורית למיגור תופעת האפליה באופן שימקסם את יתרונות שיתוף-הפעולה עם המגזר הפרטי, תוך צמצום חסרונות הגישור, כפי שהללו באים לידי ביטוי בסביבה הממסדת גישור בתלם של המודל המעריך.

2. המודל הרצוי למיסוד הגישור במסגרת פעילותה של הנציבות: פרדיגמה מניעית (א) אימוץ מודל גישורי שאינו מכוון-הסכם

פרק זה מהווה ניסיון ראשוני לשרטט קווים לדמותה של מערכת גישורית שתתאים להתמודדות עם תופעת האפליה. השאלה המרכזית שאנו מבקשות לעסוק בה במסגרת זו נוגעת בבחירה במודל גישורי ראוי. מובן כי תכנונה של מערכת גישורית מערב נקודות הכרעה נוספות בשאלות אחרות, שנעמוד עליהן בקצרה בהמשך, אולם שאלות אלה תופסות מקום משני במסגרת מאמר זה. לכאורה היה אפשר להיעזר בניסיון של נציבויות שוויון במקומות אחרים בעולם, דוגמת ה-EEOC, נציבות השוויון האירית או נציבות זכויות האדם הקנדית, אשר מפעילות זה זמן תוכנית לגישור תלונות אפליה. אכן, כפי שנראה בהמשך, לגבי חלק מן הסוגיות התכנוניות ניסיון זה רלוונטי ומאיר את השיקולים השונים לבחירה במתכונת זו או אחרת. עם זאת, דווקא בשאלה המרכזית של בחירת המודל הגישורי ליישוב סכסוכי אפליה במסגרת נציבויות אלה, אין בנמצא מחקרי הערכה מספקים שיוכלו להצמיח תובנות-עומק לגבי השלכותיה של הבחירה במודלים השונים.¹³⁸

¹³⁷ שם, בעמ' 475-478. ראו גם לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 14, שם מוגדר המונח "אפליה מדרג שני".

¹³⁸ כפי שניתן לראות מדוחות ההערכה ומהנתונים הבאים לגבי הנציבויות האמריקאית, האירית והקנדית, הן ממעטות להתמקד במודל הגישורי המיושם, ואינן בוחנות את הקשר בין הבחירה במודל לבין תוצאות הגישור. נוסף על כך, המתודולוגיה של מחקרים אלה – אשר נסמכים על סקרים בקרב משתתפים ובמקרים מסוימים בקרב מגשרים, ואשר במסגרתם נאסף מידע "רזה" יחסית ולא נאסף מידע בזמן-מהלך הגישור – אינה יכולה לספק תובנות כאלה, כפי שעולה להלן מס' 2(ב) למאמר. ראו: www.eeoc.gov/mediate/report/index.html; www.equalitytribunal.ie/index.asp?locID=5&docID=-1. חריג לכך מהווה המערכת לגישור סכסוכי אפליה ברשות הוואר האמריקאית, אשר מחויבת למודל הגישור הטרנספורמטיבי לטיפול בסכסוכי אפליה. עם זאת, כפי שנראה בהמשכו של חלק זה, גם שם המחקרים מספקים תמונה חלקית בלבד על הקשר בין המודל הגישורי לבין איכות הגישור ותוצאותיו.

לשיטתנו, בהקשר של סכסוכי אפליה בעבודה, המודלים הגישוריים המיטביים הם אלה שאינם מכווני-הסכם, דהיינו, המודל הטרנספורמטיבי או המודל הנרטיבי.¹³⁹ לאחר שהראינו כי הגישור המעריך אינו מתאים להתמודדות עם תלונות אפליה במישור הפרטני, נבקש להראות בחלק זה כי המודלים הגישוריים מכווני-ההסכם באופן כללי אינם מיטביים להתמודדות עם סכסוכי אפליה. הגישור המעריך, לא זו בלבד שהוא אינו מתאים ברמה הפרטנית, הוא גם אינו מאפשר פעולה במישור המניעתי, שכן הוא מצר את סוגי הנושאים שעשויים לעלות במסגרת הגישור, ומצמצם את היקף הדיון באותן סוגיות שזוכות לעלות. הליך זה מכוון להוביל לפתרון אד-הוק ונקודתי לבעיה שהתעוררה, וזאת במסגרת הליך זול ומהיר. פתרון מעין זה אינו יוצר (ואינו מיועד ליצור) תשתית וכלים להתמודדות עם תופעת האפליה כתופעה חברתית שיש למגרה. נדמה כי גם הגישור המאפשר, אף שהוא עשוי לספק אפיק אפקטיבי יותר מהגישור המעריך ליישוב תלונות אפליה מנקודת-מבטם של הצדדים, מתאים פחות לפעילות מניעתית.¹⁴⁰ בחלק זה נראה כי מיסודם של מודלים גישוריים שאינם מכווני-הסכם – המודל הטרנספורמטיבי והמודל הנרטיבי – מצמיח אפיק אשר מספק את הצדדים לסכסוך המסוים שעל הפרק ובו-בזמן מאפשר לפעול גם במישור המניעתי.¹⁴¹

¹³⁹ כאן עשויה להתעורר שאלת המוטיווציה של מעסיקים להשתתף בהליך גישורי שאינו מכוון-הסכם. כפי שנראה בהמשך, המערכת הגישורית המוצעת מתבססת על תיעוד ואיסוף מידע רחבים. תרומתו של מידע זה עשויה לגלוש אל מעבר לתובנות הנוגעות בתחום האפליה ולייצר לימוד לגבי אופן התנהלות העסק – לימוד אשר מועיל גם מנקודת-מבטו של המעסיק. ראו Sturm, לעיל ה"ש 14, בעמ' 517-519. נוסף על כך, הלימוד במישור הפרטני, אשר מונע צמיחתם של סכסוכים עתידיים, יכול להוביל לחיסכון ניכר בעלויות המעסיק בעתיד ולעלייה בפריון העבודה של העובדים. ככלל, בשנים האחרונות קיימת הכרה גוברת בקרב מעסיקים בכדאיות הכלכלית של צעדים אשר אינם מיתרגמים להטבה כלכלית מיידית אך תורמים למוטיווציה של העובדים ולפריון העבודה באופן מקיף.

¹⁴⁰ אחת הסיבות לכך היא שהגישור המאפשר נוטה בפועל "לגלוש" למודל המעריך (ראו EEOC 2001, לעיל ה"ש 119). חרף העובדה שרוב תוכניות ההכשרה בגישור בארצות-הברית ובישראל מושתתות על המודל המאפשר, בפועל, כאשר מגשרים מתמודדים עם סכסוכים שהופנו אליהם מבת-המשפט, הטכניקה שלהם תואמת את זו של מגשרים מעריכים. לתופעה זו יכולים להיות מגוון הסברים, אולם נדמה לנו שהנטייה "לגלישה" מעין זו היא חזקה במיוחד כאשר מטרת הגישור מוגדרת כהגעה להסכם והמגשרים פועלים בסביבה של תלונות או תביעות פורמליות, שבה הרציונל לאימוץ הגישור מבוסס בעיקרו על שיקולים של יעילות וסגירת תיקים. במצב-דברים זה, המערכת משרדת למגשרים ציפייה שהם יביאו את הצדדים לידי הסכמה מהירה בחלק-הארי של התיקים, מה שמוביל לאימוץ בפועל של טכניקות מעריכות ולהצרת הנושאים אשר מועלים ונידונים במסגרת הליך הגישור.

¹⁴¹ הבחירה במודלים הטרנספורמטיבי והנרטיבי מספקת יתרון נוסף. מכיוון שהמודלים אינם מכווני-הסכם, יש סיכוי טוב יותר שגישורים אשר יתנהלו במסגרתם יצליחו לחמוק מהצל הבעייתי של התמודדות מערכת המשפט הפורמלית עם סכסוכי אפליה, שאותו פירשנו לעיל בס' 2א(ג) ו-2א(ד) למאמר. השילוב של מודלים אלה עם תוספת רכיב של אחריות

כדי לפעול במישור המניעתי בהתאם לייפוי-הכוח שקיבלה הנציבות, יש לאמץ מודל גישורי שניחן לפחות באחד משני המאפיינים הבאים: (1) יכולת להקנות לצדדים מסוכסכים כלים פרטניים להתמודדות עם מצבים דומים בעתיד; (2) יצירת תשתית ללימוד מערכת של הדרכים למניעה מראש של אפליה וללימוד לקחים ממאגר של סכסוכי אפליה. בחלק הבא נבסס את הטענה כי למודלים הטרנספורמטיבי והנרטיבי יש פוטנציאל מניעתי. בתוך כך נצביע על השיקולים השונים שיכולים להדריך את הבחירה בכל אחד מן המודלים, ונשאיר את ההכרעה ביניהם להתנסות וללמידה.¹⁴²

(ב) תיאור המערכת הגישורית הרצויה לסכסוכי אפליה – מניעה של סכסוכי אפליה עתידיים

(1) מניעה במישור הפרטני

הגישור יכול לסייע במניעת סכסוכי אפליה עתידיים כאשר הצדדים עוברים במסגרתו תהליך למידה שבו הם חווים באופן עמוק ובלתי-אמצעי את הנסיבות שהצמיחו את האפליה בסכסוך ביניהם ואת המגבלות של דרכי ההתמודדות הקיימות עם אפליה במקום העבודה שלהם. הן הגישור הטרנספורמטיבי והן הנרטיבי מתיימרים לפעול במישור זה ומספקים אינדיקציות ראשוניות להצלחה. הדבר מתאפשר בשל "אפקט הגלישה" (spillover effect), אשר הגישור הטרנספורמטיבי והגישור הנרטיבי טוענים לו (במפורש או במשתמע). הכוונה היא לכך שנטילת חלק בהליך גישור כזה תשפיע על התנהלותם של הצדדים בהמשך. אפקט הגלישה מושג בעיקר על-ידי הדגשת חשיבותה של מערכת היחסים בין הצדדים ושינוי דפוס התקשורת שלהם.¹⁴³

הגישור הטרנספורמטיבי מתיימר לחולל שינוי ארוך-טווח במגעים בין הצדדים, באמצעות תהליך שמטרתו ליצור אצל הצדדים שני שינויים – העצמה של כל אחד מהצדדים וחיזוק ההכרה של כל אחד מהם באחר.¹⁴⁴ הכלי המרכזי שבאמצעותו הגישור הטרנספורמטיבי מתיימר להביא לידי העצמה הוא עידוד הצדדים לקבל החלטות לגבי

מבנית – תוספת שעליה נעמוד בהמשך – יאפשר לבחון אם הריחוק מצילו של המשפט אכן מסייע בידי נפגעי אפליה או שמא דווקא פוגע בהם.

¹⁴² אנו נמנעות מלהכריע בין המודלים כחלק ממחויבותנו ל"תיאוריות הממשל החדשות", המתבססות על התנסות ולמידה מהשטח. בהקשר שלנו לימוד כזה הוא הכרחי, מכיוון שכפי שנראה בהמשך הפרק, קיים ביסוס אנקדוטלי להצלחת כל אחד מהמודלים במישור המניעתי, ואי-אפשר (וגם לא רצוי) בשלב זה להכריע באופן חד-משמעי מי מהם עדיף ומתי.

¹⁴³ התמקדותו של המודל הטרנספורמטיבי במערכת היחסים בין הצדדים נובעת מצמיחתו במסגרת שיח מבוסס-קשר. ראו מיכל אלברשטיין "הרעיון הפרגמטי במשפט וביישוב סכסוכים: אנטומיה של תורות משפט משתנות" **משפט ועסקים** ה' 55, 100-101 (2006). במודל הנרטיבי, לעומת זאת, מערכת היחסים בין הצדדים מקבלת משנה חשיבות משום שהיא יוצרת מצע שממנו ניתן להצמיח את הנרטיב החלופי (Monk & Winslade), לעיל ה"ש 73, בעמ' 108-111).

¹⁴⁴ ראו לעיל ס' 2א(ג) למאמר.

כל היבט שעולה במהלך הגישור, החל בהיבטים הפרוצדורליים וכלה במישורים המהותיים. בהתאם לתפיסה זו, תימנע המגשרת מלקבל החלטות בעבור הצדדים לסכסוך.¹⁴⁵

מחקר שבחן השפעות ארוכות-טווח על סטודנטים בתוכנית ליישוב סכסוכים המתבססת על עקרונות טרנספורמטיביים מצא כי המשתתפים פיתחו רמה גבוהה יותר של ביטחון, מודעות, כלי התמודדות והחלטיות במגוון מישורים. יש בכך כדי לספק חיזוק מסוים לטענה כי ביסוס העצמה והכרה במסגרת הגישור יכולה לסייע בהצמחת כלים להתמודדות עם מצבים קונפליקטואליים בעתיד.¹⁴⁶ נוסף על כך יש אינדיקציות לכך ששישומה של תוכנית גישור טרנספורמטיבית לטיפול בסכסוכים בין נשים מוכות לבין בני-זוגן אפשרה לאחוז ניכר מאותן נשים לעזוב את הבית.¹⁴⁷ תמורות אלה מלמדות על חיזוק היכולת לקבלת החלטות, המאפשרת לאותן נשים לשנות התנהגות עתידית ולצאת ממעגל האלימות. לבסוף, הניסיון שהצטבר במסגרת גישור סכסוכי אפליה ברשות הדואר האמריקאית (ה-U.S.P.S.), אשר בחרה לבסס את מערכת יישוב הסכסוכים הפנימית המוצעת לעובדיה (שמספרם כשמונה מאות אלף) על גישור טרנספורמטיבי בלבד, מלמד אף הוא על פוטנציאל מניעת. מחקרים מראים כי לאחר אימוץ התוכנית חלה בטווח הקצר ירידה במספר התלונות הפורמליות על אפליה בארגון, לצד עלייה בפנייה לתוכניות הגישור הלא-פורמליות. לאורך זמן ניכרה ירידה כוללת במספר התלונות על אפליה. ירידה זו עשויה להעיד על רכישה של כלים המסייעים במניעת אפליה ובהתמודדות עם מקרי אפליה על-ידי עובדי הארגון וההנהלה, באופן שמיתר התערבות של צד שלישי היצוני.¹⁴⁸

¹⁴⁵ לכן תימנע המגשרת, בין היתר, מלחייב את הצדדים לראות את הדברים מהפרספקטיבה של האחר (BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 64, בעמ' 66) – פרקטיקה אשר מקובלת בסוגי גישור אחרים. אם הצדדים יבחרו לעשות כן, יהיה זה הישג כפול – הן במישור ההעצמה והן במישור ההכרה. ברם, השגת הכרה על-חשבון העצמה לא תוביל, על-פי Folger & Bush, לשינוי אמיתי במגעים בין הצדדים.

¹⁴⁶ Morton Deutsch, *Conflict Resolution and Cooperative in an Alternative High School*, 13 COOPERATIVE LEARNING 2-5 (1993), referenced in ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION §§88-89 (1994).

¹⁴⁷ BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 64, בעמ' 116-119; תרשומת אישית מתוך הכשרה בגישור טרנספורמטיבי שהועברה על-ידי ברוך בוש בתל-אביב (17.6.2007).

¹⁴⁸ Lisa B. Bingham, *Addressing the "REDRESS": A Discussion of the Status of the United States Postal Service's Transformative Mediation Program Symposium on USPS REDRESS Program*, 2 CARDOZO ONLINE J. CONFLICT RESOL. (2001), available at www.cojcr.org/vol2no2/symposia01.html. במחקר נוסף, שנועד להעריך את איכות הגישור הטרנספורמטיבי המתקיים במסגרת תוכנית הגישור של ה-U.S.P.S., נערכו ראיונות עם מגשרים לגבי גישורים שונים שניהלו שבמסגרתם הגיעו הצדדים להעצמה ולהכרה. עם זאת, מכיוון שבמחקר זה לא הוערכה הטמעת שינויים אלה לאורך זמן לאחר

הגישה הנרטיבית מערערת על התפיסה כי ניתן לעבור שינוי ממשל ללא התערבות מצד המגשרת שתחשוף את האופן שבו השפה והנרטיב של הצדדים תורמים ליצירתו ולהחרפתו של הסכסוך. לפי אסכולה זו, אנשים מארגנים את חוויותיהם באמצעות השפה וסיפורים על עצמם ועל אחרים.¹⁴⁹ סיפורים הם שנותנים משמעות לחוויות אישיות. התערבותה הפעילה של המגשרת נועדה לסייע לצדדים לשנות את השיח הקיים וליצור יחד נרטיב חדש ומשותף. שינוי השיח במסגרת הגישור עשוי, בסיטואציה של מערכת יחסים נמשכת, לשרוד מעבר להליך הגישור הספציפי ולהשפיע על המגעים העתידיים בין הצדדים.¹⁵⁰

אחד המקומות שבהם תרומתה של האסכולה הנרטיבית במישור המניעתי עשויה להיות חשובה במיוחד הוא בהקשר של סכסוכי אפליה הנובעים מאפליה מדרג שני.¹⁵¹ כאמור לעיל,¹⁵² לגישתה של הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, התמודדות עם אפליה לא-מודעת אינה יכולה להתרחש באמצעות שאיפה לקבלת החלטות אובייקטיבית וניטרלית. בתרבות שבה מגדר, גזע, לאום או עדה הם מאפיינים מרכזיים, התיימרות לניטרליות כאמור אינה מונעת קטלוג אנשים על-פי הקטגוריות הקוגניטיביות השולטות. על-כן, בדומה לגישה הנרטיבית, יש הטוענים כי על-מנת למגר את תופעת האפליה בעבודה צריך דווקא לנסות להיות מודעים ככל האפשר לסטריאוטיפים, ולאמץ כלים שיעזרו לנו להילחם בהטיות קוגניטיביות הגורמות לאפליה¹⁵³ (תהליך המכונה "debiasing").¹⁵⁴ מחקרים מתחום הפסיכולוגיה מראים כי האפיק המבטיח ביותר לנטרול מגוון של הטיות קוגניטיביות הוא להניע את הצדדים להעמיד בסימן שאלה את

תום הגישור, אי-אפשר ללמוד ממנו על שינוי ולמידה ארוכי-טווח. ראו: James R. Antes, *Transforming Conflict Interactions in the Workplace: Documented Effects of the USPS REDRESS Program*, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 429 (2001).

¹⁴⁹ Monk & Winslade, לעיל ה"ש 73, בעמ' 3.
¹⁵⁰ הדבר משתמע מטענת המחברים כי שינוי השפה (תוך ערעור הנחות-המוצא העומדות מאחוריה) מהווה כשלעצמו אינטראקציה חדשה (שם, בעמ' 113). המחברים מאמינים כי חלק מהכלים, למשל תיעוד, עשויים לסייע בשימור שינוי זה לאורך זמן (שם, בעמ' 239-243).

¹⁵¹ מעניין לעמוד על גישתה של Katherine Stone, שלפיה עדיף להתמודד עם סכסוכי אפליה מדרג שני באמצעות בורות, ולא גישור. Stone יוצאת מנקודת-הנחה שלפיה המגשרת היא ניטרלית בהכרח ועל-כן אינה יכולה לסייע בתהליך השיפתם של הדפוסים המצמיחים אפליה מסוג זה. גישתה של Stone משקפת לטעמנו את הנטייה לראות את עולם הגישור באופן חד-ממדי ולהמעט ממרכזיותה של שאלת המודל הגישורי בפיתוח מערכות יישוב סכסוכים להתמודדות עם תופעת האפליה. ראו Stone, לעיל ה"ש 19, בעמ' 517.

¹⁵² ראו לעיל ס' 1א למאמר.

¹⁵³ Krieger, לעיל ה"ש 15, בעמ' 1216-1217.

¹⁵⁴ Christine Jolls & Cass R. Sunstein, *The Law of Implicit Bias*, 94 CAL. L. REV. 969 (2006).

הנחות-המוצא שלהם, על-ידי שקילה מפורשת של טיעוני-נגד להנחות אלה.¹⁵⁵ מחקרים אלה עולים בקנה אחד עם הגישה הנרטיבית, מכיוון שתהליך עמוק ומשתף, שבמסגרתו הצדדים מנסים לחשוף יחד את הקטגוריות והסטריאוטיפים ואת התיאוריות הלא-מודעות שעל-פיהן הם פועלים, יוכל להצמיח תהליך של שירוש ההטיה ושינוי ארוך-טווח.

ברור שקיימים פערים בסיסיים בין נקודות המוצא האידיאולוגיות של שתי האסכולות הגישוריות שתוארו כאן. האחת, זו של הגישור הטרנספורמטיבי, סבורה שרק צדדים שלומדים לקבל החלטות בכוחות עצמם (מההחלטות השוליות ביותר ועד לאלה הנוגעות בנושאים היקרים להם ביותר) היא שתאפשר תהליך של לימוד וצמיחה, אשר עשוי להביא לידי יישוב הסכסוך אך בעיקר להוביל ליכולת טובה יותר להתמודד עם מצבים קונפליקטואליים בעתיד ולהבנה טובה יותר של האחר. על-מנת למקסם את היכולת לקבלת החלטות עצמית, גישה זו דוגלת בהתערבות מינימלית של המגשרת. לעומתה, האסכולה הנרטיבית יוצאת מנקודת-הנחה כי הצדדים משוקעים בנרטיב שלהם, אשר מבנה את האופן שבו הם מבינים את המציאות של הסכסוך, וכי התערבותה של המגשרת, אשר באה להעמיד הבניה זו בסימן שאלה ולהציע נרטיב חלופי, היא שתאפשר לאנשים להבין טוב יותר את עצמם ואת זולתם. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר מי שעומד מולם נמנה עם קבוצות מוחלשות, אשר הנרטיב שלהן אינו מוכר דיו, ואם מוכר – אינו זוכה בלגיטימציה רחבה.¹⁵⁶

קשה להכריע בין נקודות מוצא אלה. יש מחקרים התומכים בגישה האחת, ויש כאלה התומכים באחרת. על-כן, בהתאם לנקודת המוצא התיאורטית שלנו, ראוי להשאיר הכרעה זו לניסוי וטעייה. עם זאת, יש להביא בחשבון כי להבדל בין שתי האסכולות בתפיסת תפקידו של המגשר תהיה השלכה על סוגיות נלוות, אשר רלוונטיות במיוחד בהקשר של אפליה. דוגמה חשובה אחת היא ההצדקה להתערבות המגשר בתוכני ההסכמה שביסוד הגישור וכן לאיזון פערי הכוחות בין הצדדים.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Linda Babcock et al., *Creating Convergence: Debiasing Biased Litigants*, 22 *LAW & SOC. INQUIRY* 913, 916 (1997).

¹⁵⁶ MONK & WINSLADE, לעיל ה"ש 73, בעמ' 41-42.

¹⁵⁷ הגישה הנרטיבית תומכת בהתערבות עמוקה של המגשר בניהול ההליך. כראיה ניתן לראות את הפרקטיקה המקובלת בגישה זו בנוגע לפעולות הננקטות על-ידי המגשר: הגישה הנרטיבית מעודדת ריבוי פגישות אישיות של המגשרים עם כל אחד מהצדדים וכתיבת מכתבים אישיים לצדדים – כלים שעליהם עמדנו לעיל. הגישה הטרנספורמטיבית, מאידך גיסא, מתיימרת לתת מענה לחששות מפני הפעלת כוח מצד המגשר. נקודת המוצא של הגישה הטרנספורמטיבית היא שניתן להתגבר על הסכנה שבהתערבות המגשר – קרי, הכתבת ערכיו שלו על הפתרון שיושג – על-ידי התמקדות בהעצמה ובהכרה. לפי גישה זו, כל התערבות של המגשר צריכה להיות ממוקדת במטרות אלה, ולכן נותרת מנותקת משאלת ההגעה להסכם ותוכנו הספציפי. המשמעות של מיקוד זה היא מעורבות מינימלית של המגשרים – הן בניהול ההליך (מיעוט שאלות, העדר או מיעוט של פגישות אישיות)

בסוגיות אלה החשש הוא שהגישור הטרונספורמטיבי יוביל להתערבות תת-מיטבית מצד המגשר, ואילו הגישור הנרטיבי יביא לידי התערבות יתר. ממילא, על-פי תפיסתנו, לכל מודל ייתוסף רכיב של אחריותיות מבנית. רכיב זה, אשר מטרתו העיקרית היא להבטיח את ההוגנות והאפקטיביות של הליך הגישור, משמש בהקשר שלנו לפיתוח התשתית למניעה במישור המבני, כפי שיבואר בחלק הבא.

(2) מניעת אפליה במישור המבני

מטרתה של מניעת האפליה במישור המבני היא להצמיח תובנות רחבות לגבי הגורמים לאפליה ולגבש דרכים אפקטיביות להתמודדות עימה. תובנות אלה הן תוצר של ניתוח המידע שנאסף לאורך זמן מתוך הגישורים השונים, ולענייננו – מתוך הגישורים שיתקיימו במסגרת פעילותה של הנציבות. כלומר, להבדיל ממניעת האפליה במישור הפרטני, אין מדובר ברכישת כלים על-ידי הצדדים המסוימים לסכסוך, אלא בזיהוי דפוסים על-ידי הגורם המפנה לגישור – במקרה שלנו, הנציבות. הצורך בלימוד מבני של הדפוסים נובע מההכרה שיהיו מקרים של אפליה, בעיקר כאשר מדובר באפליה מדרג שני, שיהיה אפשר לזהותם רק מתוך הצטברות של נתונים. במקרים כאלה אין בנמצא ראייה מברעת או עדות מוחצת, והאפליה תיחשף רק לאחר בחינה עמוקה, מקיפה וממושכת של דפוסי המגעים וקבלת ההחלטות במקום העבודה המסוים.¹⁵⁸

הן בתוכנו של ההסכם. עם זאת, גם עמדתם של Folger ו-Bush, הדוגלים בהתערבות המצומצמת ביותר, היא קיצונית ועלולה להיות בעייתית כאשר היא מיושמת לגבי סכסוכים המתאפיינים בפערי כוחות אינהרנטיים עמוקים בין הצדדים, וזאת בשני מישורים. המישור האחד קשור לאמצעים שהמגשר יכול להפעיל על-מנת להוביל את הצדדים להכרה ולהעצמה. על-פי עמדתם, על המגשרים לשאול שאלות מועטות יחסית, בנסיבות מיוחדות בלבד, ולהימנע מלהעלות נושאים שהצדדים לא העלו מפורשות, אף כאשר ברור כי נושאים אלה מרכזיים לסכסוך. המישור האחר נוגע בתוכן ההסכם. תפיסתם היא שאסור למגשר להתערב כלל בתוכן ההסכמה של הצדדים. כל עוד המגשר מוודא שהפתרון הוא רצוני, אין לו סמכות להתערב בפתרון המושג, גם כאשר פתרון זה מוטה באופן קיצוני לטובתו של "הצד החזק".

¹⁵⁸ דוגמה למקרה כזה יכול להיות סיפורה של עורכת-דין שלא צורפה כשותפה במשרד בשל העובדה שלא הביאה מספיק לקוחות חדשים ולא טיפלה בעסקות בסדר-גודל משמעותי. בחינת מקרה כזה עשויה להראות כיצד שיקולים שנראים על פניהם ענייניים ולגיטימיים מסתירים מאחוריהם אפליה לא-מודעת. בירור-עומק של הפרשה עשוי לחשוף כיצד שיקולים בנוגע להקצאת התיקים במשרד, שהתבססו על הנחות סטריאוטיפיות שלפיהן אימא לילדים צעירים לא תרצה לטפל בתיקים שמצריכים נסיעות או שעות עבודה אינטנסיביות, הביאו לידי הדרתה של אותה עורכת-דין מהתיקים "גדולים" ומנעו ממנה יצירת קשרים עם לקוחות, שבאמצעותם הייתה יכולה למשוך לקוחות ולהביא עבודה נוספת למשרד. גורמים נוספים, דוגמת טיב הקשר והפעילות של עורכי-הדין במשרד עם הלקוחות (צפייה ועיסוק משותפים בספורט, למשל) ושאלת קיומם של מאמנים מקצועיים ומודלים לחיקוי במשרד (רובם גברים), משפיעים אף הם על התרבות הארגונית ועל סיכוייהן של נשים להתקדם בסביבה כזו. ראו Sturm, לעיל ה"ש 14, בעמ' 492.

שערו כי הנציבות מזהה, מתוך בחינה של המידע שנאסף לגבי הליכי הגישור, כי נשים סובלות מאפליה בקידום בתחום ההיי-טק בחברות קטנות ובינוניות, אך פחות בחברות הגדולות. זיהוי של דפוס כזה דרך הגישורים יכול להוביל להמשך לימוד של הנציבות בנוגע לדפוסי ההעסקה בכל אחד מסוגי החברות, הן על-סמך המידע שנחשף בגישורים והן על-סמך מידע משלים שייאסף תוך שיתוף-פעולה עם מעסיקים או גופים אחרים.¹⁵⁹

החשיבות של איסוף מידע שמקורו בהליכי הגישור דווקא נעוצה בכך שמידע זה עולה בסביבה סודית ולכן יש לו פוטנציאל להיות עשיר וחושפני יותר. מידע שמועבר במסגרת הליך של גישור אינו יכול לשמש ראיה בהליך אזרחי,¹⁶⁰ ולכן הצדדים עשויים להיות פתוחים יותר בהעלאת מידע רגיש ובדיון בו.¹⁶¹ על-כן סביר שמידע כזה יספק תובנות ייחודיות שאינן עולות מתוך אפיקי מחקר מקובלים אחרים (איסוף נתונים על קבלה לעבודה, הפצת שאלונים בקרב עובדים וכיוצא באלה), אם כי אין בכך, כמובן, כדי ליתר איסוף מידע על-ידי הנציבות מחוץ לחדר הגישור. נוסף על כך, איסוף מידע דרך הגישור הוא יעיל, שכן המידע נוצר ממילא, וכל שנדרש הוא תיעוד שלו. תיעוד זה נושא תועלות חשובות נוספות, בדמות בקרה על מהלך הגישור עצמו, כמפורט בהמשך. הנחת-המוצא בבסיס גישה זו היא שאי-אפשר לחזות מראש אילו סוגי תובנות יצמחו מעיבוד ובחינה של המידע, ולכן יש לאסוף מידע רחב ככל האפשר על הנעשה בשטח, וללמוד ממנו על התופעה ועל הדרכים להתמודדות עימה.¹⁶²

איסוף ותיעוד של מידע רחב במסגרת הליכי הגישור, שהם המפתח ללימוד רחב כמוצע, אינם פרקטיקה מקובלת כיום. חרף ההכרה בצורך באיסוף מידע, קיים קושי לעשות זאת בשל "דילמת האחריות" שעליה עמדנו לעיל, שעיקרה המתח בין מאפייני הגישור כהליך סודי וגמיש לבין הצורך בכללים ובשקיפות להבטחת ההוגנות והאפקטיביות של ההליך.¹⁶³ גם הגמישות וגם הסודיות הובנו ופורשו באופן רחב ביותר על-ידי מגשרים ומרכזי גישור, באופן שצמצם עד-מאוד את סוג המידע שנאסף לגבי

¹⁵⁹ זאת, בהתאם לס' 18ח(3) לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 1, הקובע כי תפקידה של הנציבות הינו, בין היתר, "שיתוף פעולה עם אנשים או גופים אחרים, לרבות מעסיקים ועובדיהם".

¹⁶⁰ ראו Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94. חרף העובדה שהיקף החיסיון על תוכני הגישור בישראל לוקה בחסר – ראו, למשל, לימור זר-גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" **שערי משפט** 3 165 (2002) – יש עדיין בהגנה זו כדי לעודד גילוי והעברה של מידע. עם זאת, אימוץ הגישה המוצעת במאמר זה יחייב בחינה מחדש, בין היתר, של היקף ההגנה על סודיות בגישור ופתרון הליקויים שעליהם הצביעה זר-גוטמן במאמרה.

¹⁶¹ Monk & Winslade, לעיל ה"ש 73, בעמ' 36.

¹⁶² ראו לעיל ס' 11 למאמר וכן ה"ש 126.

¹⁶³ Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94. יש לציין כי אף שדילמה זו טיפוסית לכל ההליכים החלופיים לליטיגציה, דומה כי הבעיה חריפה במיוחד בהקשר של גישור.

מהלך הגישור ולגבי המשתתפים בהליך.¹⁶⁴ הספרות של ADR הכירה בבעייתיות של העדר מידע על מהלך הגישור מההיבט של הצורך בבקרה על מהלך הגישור ותוצאותיו.¹⁶⁵ לבעייתיות זו הוצע בספרות פתרון שעיקרו אימוץ מנגנונים של "אחריותיות מבנית".¹⁶⁶ בהתאם לאחריותיות המבנית, ניתן להיחלץ מהדילמה באמצעות הבנה מורכבת יותר של המושגים "סודיות" ו"גמישות".¹⁶⁷ אימוץ הבנות חלופיות, מעורבות יותר, של סודיות וגמישות יאפשר להרחיב את היקף המידע שנאסף בגישור. אנו מציעות לפיכך לאמץ את הגישה החדשה לסודיות, שהוצעה במסגרת הניסיון לחזק את הבקרה על הגישור, גם כאמצעי לאיסוף מידע שיסייע בקידום מניעה במישור המבני.

ההבנה החדשה של סודיות על-פי האחריותיות המבנית מושתתת על הבחנה בין איסוף מידע פנימי על-ידי מי שהגישור נעשה בחסותו לבין גילוי המידע לגורמים חיצוניים.¹⁶⁸ במישור הפנימי מדובר בתיעוד רחב ככל האפשר לגבי התכנים המועלים בגישור, מהלך הגישור ומאפייני הצדדים (על-ידי נוכחות של משקיפים בכל הגישורים או בחלקם, הקלטה של גישורים וכיוצא באלה).¹⁶⁹ מידע זה מעובד ונלמד על-ידי גורמים פנימיים (במקרה שלנו – הנציבות), אשר מחויבים בשמירה על פרטיותם של הצדדים לגישור. ככל שנדרש גילוי של המידע כלפי חוץ, הוא יעשה בצורה מצטברת ו/או אנונימית, באופן שאינו מאפשר חשיפה של הצדדים. משמע, עידון תפיסת

¹⁶⁴ הסודיות הרחבה שהליך הגישור זוכה בה משפיעה על תיעוד המידע ביחס אליו בשני מישורים – פנימי וחיצוני. במישור הפנימי, רוב המגשרים נוהגים להשמיד תרשומות פרטיות שלהם, ומרכזי גישור אוספים ושומרים מידע מועט מאוד על הליכי גישור שהתקיימו אצלם. במישור החיצוני, אין כמעט שיתוף במעט המידע שנאסף בכל-זאת על גישורים שנערכו. החריג לכך הוא פרסום נתונים מצטברים, דוגמת מספר כולל של גישורים שנערכו, לעיתים בחתך של סוגי סכסוכים, ופרסום מספר המקרים שהסתיימו בהסכם. אולם, כפי שראינו, נתון זה מהווה מדד חלש יחסית לאיכות ההליך שהתקיים. כפי שעולה מתיאור המודלים השונים בגישור, ההסכם הסופי אינו בהכרח מטרת הגישור. מעבר לכך, גם כאשר המטרה היא הגעה להסכם, לא ברור שנרצה לתמרץ את המגשר להגיע להסכם בכל מחיר; יהיו מקרים שבהם נעדיף שהמגשר יעצור את ההליך ולא יכשיר הגעה להסכם מוטה לטובת אחד הצדדים או להסכם לא-שלם (למשל, כי חסר שחקן מרכזי בשולחן המשא-ומתן).

¹⁶⁵ Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94, בעמ' 261-263.

¹⁶⁶ Sturm, לעיל ה"ש 14.

¹⁶⁷ Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94, בעמ' 268.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 282-283.

¹⁶⁹ להקלטה עלול להיות מחיר, כמובן, במישור של נוחות הצדדים ומידת פתיחותם. נוסף על כך, הליך סקירת ההקלטות מצריך כוח-אדם רב, אם כי הדבר יכול להיעשות על בסיס מדגמי. ההישענות על משקיפים נראית חודרנית פחות, ומקובלת בפרקטיקה. ניתן גם לעשות שימוש במתלמדים בגישור, אשר נדרשים ממילא, במסגרת תוכניות מסוימות, להשקיף על גישורים אחרים לצורכי למידה והתנסות.

הסודיות בגישור יאפשר הן לימוד במישור המבני, כמתואר לעיל, והן בקרה על הליך הגישור ופעולות המגשר.¹⁷⁰ גם בהקשר של מניעה מבנית של אפליה, בחירה במודלים הטרנספורמטיבי או הנרטיבי עשויה לקדם לימוד ומניעה באופן אפקטיבי יותר מאשר בחירה במודלים מכווני-הסכם, מכיוון שסוג המידע העולה בהליכים אלה נוטה להיות רחב יותר מזה העולה בסוגי הגישורים האחרים. בהקשר זה, הכלים שמגשרים נרטיביים משתמשים בהם, דוגמת כתיבת מכתבים אישיים לכל אחד מן הצדדים ועריכת סיכומי-ביניים, יכולים לחזק את תיעוד המידע העולה בגישור כזה, וליצור בסיס רחב במיוחד ללימוד הנדרש לשם מניעה מבנית.¹⁷¹

נוסף על כך, מעניין לבחון את הניסיון של רשות הדואר האמריקאית בבניית מודל להערכה ובקרה של אימוץ המודל הטרנספורמטיבי לטיפול בסכסוכי אפליה פנימיים. המידע שנאסף שם שונה מאוד בטיבו מזה שנאסף על-ידי מרכזי גישור אשר מיישמים מודלים מכווני-הסכם ומתיימרים לקיים בקרה.¹⁷² מערך הגישור של רשות הדואר האמריקאית – אשר מתבסס, כאמור לעיל,¹⁷³ על המודל הטרנספורמטיבי – מהווה כיום את אחת המערכות המעניינות ביותר של יישוב סכסוכי אפליה. הבקרה שרשות הדואר מקיימת חורגת אל מעבר לבדיקות הכמותיות המקובלות, המודדות את מספר הפונים למערכת, את מספר הסכסוכים שהסתיימו בהסכם ואת שיעור הירידה בתלונות פורמליות ובלטיגציה עקב הכנסתו של אפיק לא-פורמלי לבידור תלונות.¹⁷⁴ נוסף על

¹⁷⁰ גישה זו יוצאת מנקודת מוצא כי לשם השגת בקרה אפקטיבית על מהלך הגישור אין די בתיעוד תוצאות ההליך, שכן אין באי-הגעה להסכם או בתוכנו של הסכם שהושג כדי להאיר את מה שהתרחש בהליך עצמו, ואי-אפשר לבחון את הוגנות ההסכם שהושג מבלי לבחון את התנהגות המגשר ואת יחסי הכוחות בין הצדדים במהלך הגישור. לכן, איסוף מידע זה צריך להיעשות, לפחות בחלקו, בו-זמנית להליך הגישור, על-ידי צופה שיתעד מהלכים משמעותיים של המגשרת ורגעי-מפתח במהלך הגישור. נוסף על כך יש לאסוף נתונים על הצדדים (דוגמת מגדר, השכלה, מוצא אתני), שיצמיחו תובנות לגבי אופן השפעתו של הגישור על צדדים המשתתפים לקבוצות שונות ולגבי הדרכים שבהן האפליה מובנית בהעסקה של מי שנמנה עם קבוצות אלה. לצד איסוף המידע יש להקים מנגנונים ממוסדים לניתוח המידע וללימוד ממנו. למשל, אפשר למנות אחראי שירכז תלונות ויבחן פרואקטיבית מקרי גישור על-פי חתכים ומדדים שונים (למשל, מקרים שלא הסתיימו בהסכם, מקרים שבהם היו מעורבים פערי הכנסה משמעותיים וכיוצא באלה).

¹⁷¹ ראו לעיל ס' 22(ב) למאמר.

¹⁷² כך, למשל, החוק הניו-יורקי דורש ממרכזי גישור המטפלים בסכסוכים המופנים אליהם מבית-המשפט למלא טפסים המתעדים את סוג הסכסוך, את שם המגשר, את מספרם ואורכם של מפגשי הגישור שנערכו ואת תוצאות הגישור (הסכם בכתב, הסכם בעל-פה או העדר הסכם), וכן לאסוף משוב מהצדדים. ראו Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94, בעמ' 287, בטקסט הסמוך לה"ש 155, וכן בעמ' 288, בטקסט הסמוך לה"ש 163.

¹⁷³ ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 148.

¹⁷⁴ Jonathan F. Anderson & Lisa B. Bingham, *Upstream Effects from Mediation of Workplace Disputes: Some Preliminary Evidence from USPS*, 48 Lab. L.J. 601, (1997). 610.

בדיקת שביעות-רצונם של המשתתפים בהליך הגישור, נעשה ב-U.S.P.S. ניסיון לבדוק את מידת ההתאמה בין פעילותם של המגשרים לבין מטרותיו של המודל הטרנספורמטיבי.¹⁷⁵ למרות זאת, במישור הבקרה, נסיונות אלה אינם מגשימים באופן מלא את התנאים להצמחת אחריות מובנית, שכן מדובר באיסוף מידע חלקי ביותר, אשר ברובו אינו נאסף בו-זמנית לגישור.¹⁷⁶ חשוב מכך לענייננו, הפוטנציאל לשימוש במידע שנאסף גם לצורך הנוסף שהצבענו עליו – הוא המניעה המובנית של סכסוכי אפליה – הוחמץ. רשות הדואר הייתה יכולה ללמוד מפרספקטיבה כזו על שינויים נדרשים בתחום הקבלה לעבודה או בתחום הקידום בעבודה, ועל-ידי כך למנוע אולי מלכתחילה את צמיחתם של סכסוכי אפליה דומים בעתיד.¹⁷⁷

דוגמה למערכת יישוב סכסוכים פנימית אשר מקיימת את מה שאנו מכנות "מניעה מובנית" ניתן למצוא במערכת יישוב הסכסוכים הפנימית של ה-National Institute of Health. כך, למשל, איתרו חברי היחידה ליישוב סכסוכים תופעה חוזרת של סכסוכים בין ראשי מעבדה לבין בתר-דוקטורנטים על זכויות יוצרים במאמרים. לאחר מעקב, ובעקבות ניתוח שיטתי של מידע שעלה ברצף של סכסוכים כאלה, המליצה היחידה לאמץ הסכם צופה פני עתיד, המסדיר את סוגיית זכויות היוצרים בפרסומים עתידיים. חוזה זה ייחתם בין ראשי המעבדה לבין בתר-דוקטורנטים כבר בשלב ההצטרפות למעבדה, וכך יוכל לסייע במניעת סכסוכים כאלה.¹⁷⁸

(3) התמודדות עם ביקורות חיצוניות

התפיסה של תפקיד הגישור במישור המניעתי מאפשרת גם להתמודד באופן רציני עם הביקורות הקשות שהועלו נגד הפנייתם של סכסוכים בעלי חשיבות ציבורית, המתאפיינים בפערי כוחות בין הצדדים, לזירות פרטיות וסודיות.¹⁷⁹ כפי שצינו לעיל, ביקורות אלה מעלות שלוש טענות מרכזיות נגד מיסוד הגישור: פגיעה בצדדים מוחלשים, דה-פוליטיזציה של סכסוכים וחסמת האפשרות של בתי-המשפט לפיתוח המשפט ולהצהרה על ערכי החברה.¹⁸⁰ אימוץ מנגנוני הבקרה כחלק ממניעת האפליה

¹⁷⁵ Antes, לעיל ה"ש 148.

¹⁷⁶ Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 94, בעמ' 278, בטקסט הסמוך לה"ש 30.

¹⁷⁷ מניעה מובנית על-ידי גוף דוגמת רשות הדואר אינה זהה למניעה מובנית הנעשית על-ידי גוף חיצוני למקום העבודה, דוגמת נציבות השוויון בארצות-הברית. למעסיקים רבים יש מערכות יישוב סכסוכים פנימיות למקום העבודה (המכונות גם IDR), וגם שם ניתן לקיים לימוד במישור המבני מתוך מאגר הסכסוכים הפנימי למקום העבודה. בהקשר של הנציבות מדובר בלימוד מתוך מאגר רחב יותר, החוצה מעסיקים וענפים שונים.

¹⁷⁸ Sturm & Gadlin, לעיל ה"ש 7, בעמ' 35.

¹⁷⁹ כאמור לעיל בס' א2א(ג) למאמר.

¹⁸⁰ כאמור לעיל בס' א2א(ג) למאמר. קו אחר של ביקורות הן "הביקורות הפנימיות" המושמעות על-ידי תומכי הליך הגישור. אחת הטענות נוגעת בקושי של מגשרים למלא תפקיד של מגשר טרנספורמטיבי באופן מספק. הגישור הטרנספורמטיבי הוא הליך חודרני המערב

במישור המבני מאפשר זיהוי של פגיעה בחלשים במקרים ספציפיים, כמו-גם זיהוי של דפוסים פוגעניים בהליך הגישור, המתגלים לאורך זמן ועל-פני מקרים שונים. ניתוח של מאגר הסכסוכים בחתך רוחבי עונה גם על החשש מפני דה-פוליטיזציה של תלונות אפליה, מכיוון שניתוח כזה יכול לחשוף דפוסים בעייתיים אצל קבוצות שונות ולהתגבר על הנטייה הטבעית לאינדיווידואליזציה של סכסוכים כאשר הם מטופלים באמצעות גישור (הליך הפועל בדרך-כלל ממקרה למקרה, ולא ברובד המערכת).

באשר לחששות שהעלה פיס בנוגע להכרזה על ערכי החברה ופיתוח המשפט, נדמה שהן אינן צריכות לחסום באופן מוחלט את השימוש בגישור. כפי שהראינו לאורך המאמר כולו, בסכסוכי אפליה המשמעות של חסימת ערוצים לא-פורמליים עלולה להיות השתקת תלונות במקרה הגרוע או טיפול נקודתי בהן במקרה הטוב. דווקא השימוש בגישור לפי המודל המוצע עשוי להניב פתרונות רחבים המטפלים בשורש הבעיה. במצב-דברים זה קשה לקבל את הסיווג של הליך כזה כמקדם העדפות אישיות בלבד; להפך, ההליך עשוי לממש את הערך הציבורי של שוויון. מעבר לכך, כפי שאנו מציינות להלן, אנו סבורות כי יש לפתח מדיניות עקרונית לגבי סוג סכסוכי האפליה שראוי כי יופנו לגישור. חשיבות המקרה לפיתוח המשפט צריכה להישקל במסגרת אמות-המידה להפניה או להימנעות מהפניה לגישור. בהקשר זה איננו מקבלות את טענתו של פיס כי אי-אפשר להבחין בין מקרים חשובים יותר לבין מקרים חשובים פחות,¹⁸¹ וכי לכן, לשיטתו, יש למנוע את בית-המשפט לחלוטין מלהפנות תיקים

תהליכים פסיכולוגיים, ואילו למגשרים עצמם אין הכשרה מתאימה לכך. כמו-כן, בגלל אופיו של ההליך, קשה במיוחד לאפיין מראש את הכישורים הנדרשים מהמגשרים, ומדידת הצלחתם בניהול ההליך עשויה אף היא להיות מאתגרת, שכן מטרות ההליך אינן מוחשיות (דוגמת השגת הסכם) ועשויות להתגבש על-פני זמן ולהיחשף רק בעתיד. הניסיון מלמד שלא כל אחד יכול להיות מגשר טרנספורמטיבי. עריכת גישור כזה מצריכה השקפת-עולם מסוימת ותפיסה שלפיה לאנשים יש יכולת בסיסית ללמוד ולפתח כלים להתמודדות עם קונפליקט ושוני. Antes, לעיל ה"ש 148, בעמ' 430-432. גם במקרים אלה, כמו בהקשר של הביקורות החיצוניות המפורטות בגוף המאמר, נדמה לנו שהבעיות (חודרנותו של ההליך, הצורך במגשרים מיומנים והקושי לעמוד על דרישות-הסף שיש להציב למגשרים) אינן מעלות קושי אינהרנטי לגבי עצם ההפניה לגישור טרנספורמטיבי (או לגישור בכלל), אלא מציבות אתגרים במישור של סינון נכון של המגשרים ובקרה עליהם. טענה אחרת שעשויה לעלות היא שהליך זה אינו מתאים כאשר אחד הצדדים לגישור אינו הצד הישיר לסכסוך, אלא המעסיק, במסגרת אחריותו השילוחית לנעשה במקום העבודה. נדמה לנו שגם במקרים אלה עשויה להיות חשיבות בקיומו של בירור-עומק של הסכסוך מסוג זה שאנו מציעות. בדרך זו עשויות לצמוח למעסיק תובנות משמעותיות לגבי אופן ניהולו של מקום העבודה ולגבי השלכותיהן של התרבות הארגונית ושל הפרקטיקות הנהוגות במקום על שוויון ההזדמנויות לעובדים בו. עם זאת, במקרים מסוימים ייתכן שהעובדה ש"הצד האחר" אינו הצד הישיר לסכסוך תשפיע על עצם ההחלטה אם להפנות את התלונה לגישור.

¹⁸¹ Fiss, לעיל ה"ש 87, בעמ' 1087-1088.

לגישור. דה-פקטו הרי אי-אפשר למנוע צדדים מלהתפשר, ולכן עדיף שייעשה ניסיון ליצור ויסות מכוון – גם אם לא מיטבי – של סוג התיקים שיופנו לגישור. נוסף על כך, קיום הגישור תחת בקרה – אשר תבחן, בין היתר, את השוויון בהליך ואת ההגנה על זכויותיהם של פרטים וקבוצות – ממזער אף הוא את הקשיים שעליהם הצביע פיס. לסיכום, בעקבות מסקנתנו כי הגישור הטורנספורמטיבי או הגישור הנרטיבי הם המודלים המתאימים ביותר בהקשר של אפליה, יש לאמץ מפורשות את אחד המודלים הללו לגישורים בחסות הנציבות, כדי להימנע מהדטרמיניזם ההליכי. אולם בכך אין די. בחירת המודל הגישורי היא אומנם שלב חשוב, אבל היא רק שלב ראשון בתכנון מערכת ליישוב סכסוכים. בשלב הבא נדרשת הכרעה בכמה סוגיות משלימות, דוגמת ההשתייכות הארגונית של המגשרים, סוג הסכסוכים שיופנו לגישור, רצוניות ההליך ושאלת הייצוג בגישור. תכנון המערכת לפרטיה והכרעה בסוגיות אלה חורגים ממסגרת הדיון של מאמר זה. עם זאת, ברצוננו להדגיש כי ההכרעה בסוגיות אלה, אשר נראות טכניות במבט ראשון, היא משמעותית.

3. שאלות יישומיות מרכזיות נוספות בתכנון מערכת גישור בסכסוכי עבודה

(א) סוגיית רצוניות ההליך

הליך הגישור עובר בשנים האחרונות שינוי משמעותי, עם חדירתו של הליך גישור-חובה למערכות המשפט הפורמליות בארצות-הברית, ובקרב גם בישראל.¹⁸² הכוונה בגישור-חובה היא לחיוב הצדדים להשתתף בהליך, על-ידי קביעת חובת נוכחות במספר מסוים של פגישות גישור, שאליה מתלווה לעיתים גם דרישה להשתתפות בהליך בתום-לב.¹⁸³ הבחירה אם להגיע להסכם, ושאלת תוכנו הסופי של ההסכם שיגובש, נותרות בידי הצדדים.

גישור-חובה מהווה צעד נוסף בניסיון להקל את העומס בבתי-המשפט. התקווה היא שחשיפה מוגברת של תובעים להליך הגישור, במסגרת גישור-חובה, תביא בעתיד לידי הרחבת השימוש בגישור לפני פתיחת הליכים בבית-המשפט. עיגונו של גישור-חובה בארצות-הברית עורר ביקורת חריפה הן מקרב המצדדים בגישור והן מקרב המתנגדים להליך. חלק מהמצדדים בגישור ראו במונח "גישור-חובה" אוקסימורון, שכן מדובר בהליך המבוסס כולו על הסכמה ורצוניות.¹⁸⁴ לדידם של המתנגדים למיסוד

¹⁸² דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 102.

¹⁸³ STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E.A. SANDER, NANCY H. ROGERS & SARAH RUDOLPH COLE, DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION, AND OTHER PROCESSES §§388–394 (2003).

¹⁸⁴ Love, לעיל ה"ש 54. עמדה שונה הביע Bush, הגורס כי כל עוד המודל שנעשה בו שימוש הוא הגישור הטורנספורמטיבי, אין כל קושי בחיוב הצדדים לפנות להליך. ראו: Robert A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation*, 3 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1, 7 (1989).

הגישור, מימד הכפייה רק מחריף את הבעיות שעליהן עמדו ביחס להליך הגישור הוולונטרי.¹⁸⁵

במשפט הישראלי נשקל בימים אלה אימוצו של גישור "מעין-חובה" בסכסוכים אזרחיים בסכומים נמוכים ובסכסוכי משפחה.¹⁸⁶ בעקבות דיונים ממושכים פורסם דוח ועדת רובינשטיין, שבו הוצע לאמץ חובת השתתפות בפגישת "מהו"ת" (מידע, היכרות ותיאום).¹⁸⁷ הליך גישור-חובה במתכונת המוצעת בישראל הוא אם כן גרסה מרוככת, המחייבת את הצדדים להשתתף בפגישת יידוע על ההליך, שבסיומה הם חופשיים לחזור למסלול השיפוטי ללא סנקציות. פתרון זה מתיימר לספק את היתרונות שגישור-חובה בא לקדם, תוך מתן מענה לביקורות נגד המרכיב הכופה של גישור-חובה. לטעמנו, בגישור של סכסוכי אפליה המתקיים ביוזמת הנציבות, כאשר הנציבים יכולים לספק מידע ולתת הסברים על הליך הגישור, ניתן להשיג את המטרה של יידוע הצדדים מבלי לכפות עליהם השתתפות בפגישה ראשונית פורמלית. הסכנות שבגישור-חובה מועצמות בהקשר של סכסוכי אפליה, שבהם הצד הנפגע עלול להירטע משיבה משותפת בסביבה לא-פורמלית עם הפוגע. אכן, גם נציבויות שוויון העבודה האמריקאית, האירית והקנדית בחרו בהליך גישור וולונטרי לסכסוכי האפליה בעבודה מטופלים על-ידיהן.¹⁸⁸

(ב) סוגיית היקף הסכסוכים שיופנו לגישור ואמות-המידה להפניה

שאלה נוספת שיש לתת לה את הדעת היא שאלת היקף הסכסוכים שיופנו על-ידי הנציבות לגישור. ללא מדיניות מכוונית אחידה, תהיה ההחלטה נתונה לשיקול-דעתו הבלעדי של הנציב הספציפי שאליו תגיע התלונה, ובשל כך עלולים להיווצר ערפול וחוסר ודאות. אפשרות אחת היא לקבוע הפניה של כלל הסכסוכים לגישור כבררת-מחדל. כך, למשל, נציבות השוויון האירית בחרה לאמץ כלל הפניה המותיר פתח רחב לשיקול-דעת מצד נציבות השוויון לגבי סוג התלונות שיופנו להליך של גישור, כל עוד ניתנה לכך

¹⁸⁵ הכוונה היא, כאמור, לכרוסום בפיתוח המשפט, לחיוב צדדים חלשים לנהל משא-ומתן במסגרת הליך שנעדרות ממנו הגנות פרוצדורליות ומהותיות, ולכפיית מפגש בסביבה אינטימית עם הצד האחר – מפגש שעלול להיות הרסני לגבי נפגעים מסוימים. ראו Grillo, לעיל ה"ש 89, בעמ' 1578-1579, 1581-1584.

¹⁸⁶ ראו תזכיר חוק להסדר התדייניות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של סכסוך), התשס"ו-2006, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/51D2B374-F75A-46B9-98D7-D7B4FC97D, 819/0/sichsocey_mishpacha.pdf. כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 105 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (8.1.2007), בדבר הכנה לקריאה שנייה ושלישית של הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון מס' 4) (בוררות וגישור), התשס"ה-2005, www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2007-01-08.rtf.

¹⁸⁷ דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 102.

¹⁸⁸ דוח הנציבות האירית, לעיל ה"ש 6; EEOC 2006, לעיל ה"ש 6; נציבות השוויון הקנדית, www.chrc-ccdp.ca/pdf/mediation_en.pdf.

הסכמת הצדדים.¹⁸⁹ אפשרות אחרת היא להבחין בין סוגי הסכסוכים השונים ולקבוע אמות-מידה ברורות להפניית סכסוכים לגישור. הנציבות האמריקאית (ה- EEOC), לדוגמה, מסווגת את התלונות המגיעות אליה לשלוש קטגוריות – A, B, ו-C – לפי אמות-מידה שונות המשפיעות על שאלת ההפניה לגישור.¹⁹⁰ עם קטגוריה A נמנות תלונות שבהן קיימת סבירות גבוהה שיימצא בסיס ראייתי לכאורי לטענת אפליה (reasonable cause), תלונות שקשורות לדפוסים שיטתיים של אפליה ותלונות שמועלית בהן טענה של הפרת חוק שכר שווה. קטגוריה B כוללת מקרים שיש להם ביסוס לכאורי (possible merit), וקטגוריה C הם אותם מקרים שבהם התלונה נעדרת על פניה בסיס ראייתי. המדיניות היא להפנות את כל המקרים הנופלים לקטגוריה B לגישור כבררת-מחדל, לפתוח בהליכי ליטיגציה בתלונות שנופלות לקטגוריה A, ולסגור תלונות שנכנסות לקטגוריה C (אם כי למתלוננת עצמה יש כמובן אפשרות להמשיך בהליכים כאלה במסגרת עצמאית).¹⁹¹

נראה לנו שיש סיבות טובות לא לאמץ מדיניות של הפניה גורפת לגישור במקרה של הנציבות שלנו. גישור של תלונות אפליה אשר כוללות איומים להפעלת אלימות או מערבות אלימות פיזית, למשל, הינו שנוי במחלוקת.¹⁹² בדומה לגישה האמריקאית,

¹⁸⁹ באתר של נציבות השוויון האירית מתוארת מדיניות ההפניה לגישור כדלהלן:

When a complaint is received by the Tribunal it is acknowledged promptly and preliminary checks are made to see that it is admissible. Both sides are asked whether they want the case to be dealt with by mediation or by investigation. If both parties agree that the matter can be dealt with by mediation and the Director considers it resolvable through mediation, she will refer the matter to a Tribunal mediator (an Equality Mediation Officer). If one party does not agree or if the Director considers that the case could not be resolved by mediation, it is referred to an Equality Officer for a formal hearing.

¹⁹⁰ The equality tribunal, www.equalitytribunal.ie/index.asp?locID=51&docID=-1
נציבות השוויון האמריקאית, סיווג התלונות לקטגוריות, www.eeoc.gov/mediate/report/chapter4.html#IV.C.2

¹⁹¹ שם, חלק IV.D.

¹⁹² אנו סבורות כי יש לשקול היטב את הסיכונים הכרוכים בגישור סכסוכים אלימים. דפנה לביא, במאמרה על גישור של סכסוכי משפחה אלימים, עמדה לאחרונה על השיקולים השונים באשר לסוגיית הגישור של סכסוכים אלה. הסכנות הטמונות לנפגעת האלימות ולמגשר בהימצאות עם הצד האלים, כמו-גם פערי הכוחות והסכנה שנפגעת האלימות לא תגיע לגישור מרצון חופשי, הם רק חלק מטיעוני המתנגדים שלביא מציינת במאמרה. אופי ההליך מהווה אף הוא טיעון-נגד. עצם היות המגשר דמות ניטרלית גורמת לפגיעה נוספת בקורבן, בשל הנצחת האלימות כלפיה והעדר הגנה. לבסוף, המגשר אינו מוכשר לזהות את תופעת האלימות והשלכותיה, לא כל שכן להתמודד עימן. מאידך גיסא, המצדדים בהליך הגישור בתנאים אלה טוענים כי "מודל הסטנדרטים" מציע אמות-מידה ברורות שהמגשר חייב לעמוד בהן. אלה נותנות פתרון הולם לסוגיות חוסר האמון, הסכנה והחשש שהועלו

אנו סבורות שאמת-המידה של חוזק הקובלנה אינה יכולה לספק קנה-מידה בלעדי לשאלה אם להעביר תלונה לגישור. שיקול זה, כשיקול בלעדי או מרכזי, חוטא בהיותו גם רחב מדי וגם צר מדי: רחב מדי במובן זה שיהיו מקרים "חזקים" שבהם ניהול הליך שיפוטי ירתיע מתלוננות מהגשת תלונות בעתיד; וצר מדי בשל העובדה שקיימים שיקולים נוספים שצריכים להשפיע על ההחלטה אם להפנות סכסוך לגישור אם לאו. במסגרת המחשבה על האפיון הראוי של סכסוכים יהיה צריך לסמן אזורים של "zero-tolerance", דוגמת אלימות, שבהם בררת-המחדל תהיה פנייה לבתי-המשפט. נוסף על כך יש לגבש אמת-מידה עשירה ומורכבת דייה לגבי סוג הסכסוכים שיופנו לגישור או לגבי הנסיבות שבהן יישקל היפוך בררת-המחדל של הליטיגציה.

(ג) סוגיית השתייכותם הארגונית של המגשרים

אחת הסוגיות המרכזיות בהבטחת הצלחתה של תוכנית הגישור היא שאלת השתייכותם הארגונית של המגשרים. בעוד שנציבות השוויון האירית בחרה להכשיר מגשרים מתוך צוות עובדי הנציבות,¹⁹³ הנציבות האמריקאית עובדת במודל משולב, המושתת על שילוב של סגל פנימי של מגשרים והפניה של חלק מהסכסוכים למגשרים חיצוניים.¹⁹⁴ הישענות על מגשרים פנימיים עלולה לעורר בעיית אמון, לנוכח העובדה שהנציבות מתפקדת בו-זמנית הן כגוף חוקר-תובע והן כמתווך חיצוני ביישוב הסכסוך.¹⁹⁵ שילוב של מגשרים חיצוניים ופנימיים, נוסח המודל האמריקאי, עשוי לנטרל בעיה זו.¹⁹⁶ עם

על-ידי המתנגדים. כמו-כן, גמישות ההליך והאפשרות להביא לידי סיום מהיר של הפרשה, כמו-גם מתן האפשרות לאישה להשמיע את קולה, מחייבים שסכסוכים מעין אלה יידונו במסגרת הליך זה. הפתרון המוצע על-ידי לביא הוא קביעת אמות-מידה נוקשות, שיוסדרו בחוק, באשר לזהות המגשר ולהכשרתו. דפנה לביא "אלימות וגישור: האמנם אוקסימורון?" **משפחה במשפט** א 117 (2007).

¹⁹³ **רוח הנציבות האירית**, לעיל ה"ש 6, פרק 3.

¹⁹⁴ EEOC 2006, לעיל ה"ש 6.

¹⁹⁵ כך, למשל, במחקר שליווה את השלבים הראשונים של יישום תוכנית הגישור ברשות הדואר האמריקאית, שבמסגרתה נערכה השוואה בין מגשרים פנימיים שהיו עובדי רשות הדואר לבין מגשרים חיצוניים שהועסקו בקבלנות מבחינת רמת שביעות-הרצון מהם ומידת האמון בהם, העידו התוצאות באופן חד-משמעי על רמה גבוהה יותר של אמון ושביעות-רצון במסגרת המודל החיצוני. Nabatchi & Bingham, לעיל ה"ש 71, בעמ' 403.

¹⁹⁶ עם זאת, היענותם של המעסיקים בארצות-הברית נמוכה עדיין, שכן מסך-הברזל אינו נתפס כאמין. לכן יזמה ה-EEOC תוכנית חדשה של הפניה חוזרת של תלונות למעסיקים על-מנת שאלה יטפלו בהן במסגרת מקום העבודה. יתרון נוסף לשימוש במגשרים חיצוניים הוא היכולת של הנציבות לספק למתלוננות ייצוג במהלך הגישור, מבלי לסכן את האמון של הנילון בהוגנות ההליך. יש לציין כי נציבות השוויון האירית וה-EEOC מתירות ייצוג, אך אינן מממנות אותו. עולה השאלה אם יש מקום לחייב ייצוג של המתלוננת, ואם כן – מי יישא בעלויות של ייצוג כזה. לכאורה, אם ההליך אינו מבוסס-זכויות, ייצוג כאמור אינו הכרחי, ועלול אף לפגוע בשיח האינטרסים. עם זאת, קיים חשש שהעדר ייצוג יפגע בצדדים מוחלשים. נוסף על כך, ייתכן שחשיפת עורכי-דין לשיח משתף יביא לידי שינוי

זאת, הוא עלול גם להחריף את הקושי בפיקוח על נאמנותם של המגשרים למודל הגישורי הנבחר, ולהקשות את הבקרה באופן כללי. ייתכן ששיקול זה הוא שהניע את בחירתה של נציבות השוויון האירית – אשר מחויבת למודלים גישוריים ספציפיים, ביניהם המודלים הנרטיבי והטרנספורמטיבי¹⁹⁷ – להעדיף מגשרים פנימיים. אפשרות שלישית היא מודל הנשען על מגשרים חיצוניים בלבד. זה המודל שבו בחרה רשות הדואר האמריקאית לאחר התנסותה עם המודל המשולב, בדומה ל-EEOC.¹⁹⁸ לטעמנו, לנוכח החשיבות שאנו מייחסות לבחירת המודל הגישורי והחשש מדטרמיניזם הליכי, יש להעדיף מודל של מגשרים פנימיים, תוך שמירה על הפרדה בין סמכויות החקירה וסמכויות הגישור של עובדי הנציבות.

ג. סיכום

במאמר זה בחנו את תפקידו של הליך הגישור במסגרת המאמצים למיגור תופעת האפליה בעבודה. קיימת חשיבות לעצם העלאת הנושא לדיון, שכן בעוד שהקמתה של נציבות השוויון בעבודה זכתה בהד תקשורתית ובדיונים נרחבים בכנסת,¹⁹⁹ סמכותה של הנציבות להפנות תלונות אפליה לגישור לא זכתה בדיון כלל.²⁰⁰ המאמר ביקש להראות שקביעתו של הגישור כמסלול לטיפול בתלונות אפליה בעבודה במסגרת הנציבות הוא משמעותי, ועל-כן מצריך מחשבה ודיון מעמיקים.

אם המתכונת הנוכחית של מיסוד הגישור במערכת בתי-המשפט תישמר גם במסגרת הנציבות, הליך הגישור עלול לחזק את הצדדים השליליים שבמגמת ההפרטה של מערכת הצדק. בנסיבות אלה לא זו בלבד שהגישור לא יקדם את מטרות החקיקה, אשר באה להעמיק את התערבות המדינה במיגור האפליה בשוק העבודה, אלא שהוא

בתרבות האדוורסרית של עריכת-הדין, ויתרום באופן אפקטיבי להטמעת הגישור ככלי בזירת סכסוכי האפליה בעבודה וסכסוכים נוספים.

¹⁹⁷ Mediation Review 6 (2005), available at www.equalitytribunal.ie/uploadedfiles/AboutUs/Eq.%20Trib.%20Mediation%20Review.pdf.
¹⁹⁸ ראו לעיל ה"ש 196.

¹⁹⁹ ראו, בין היתר, פרוטוקול ישיבה בדבר הצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון – נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה), לעיל ה"ש 2. כן ראו משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, הודעה לעיתונות, יולי 2005, www.moit.gov.il/NR/exeres/57C5F2D2_7582-4103-AD4F-DDFECBA970FA.htm; שדולת הנשים בישראל "נשים בעבודה – נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה", www.iwn.org.il/inner.asp?newsid=35; דוד רגב "הצעת חוק: להקים נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה", [www.ynet.co.il/30.3.2005 ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3065473,00.html), 30.3.2005.

²⁰⁰ חריג לכך ניתן למצוא בדבריה של עו"ד ציונה קניג-יאיר, אשר עמדה ברגע האחרון על הסכנות במיסוד הגישור בהקשר זה, אולם לדבריה לא ניתן משקל משמעותי בדיוני הוועדה. פרוטוקול ישיבה מס' 547 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 6.

אף יכרסם בה. עמדנו על הסכנות שבהליך הגישור במתכונתו הנוכחית, כאשר הוא אינו מעניק הגנות מספקות לצדדים מוחלשים, אשר עימם נמנות על-פי-רוב נפגעות האפליה בעבודה. הראינו כי הליך הגישור במתכונתו הנוכחית משעתק את רוב הקשיים הטמונים בטיפול של מערכת המשפט במקרי אפליה בעבודה, מבלי למצות את הפוטנציאל שהליכים חלופיים עשויים להציע לטיפול בקובלנות אפליה ולמניעת אפליה עתידית.

אולם בנסיבות מסוימות הליך הגישור יכול דווקא לחזק את המנדט של הנציבות. המערכת הגישורית שהוצעה בחלקו השני של המאמר עשויה לספק זירה ייחודית שבמסגרתה תתקיים למידה של הנסיבות להיווצרות האפליה ושל הדרכים להתמודדות עימה, אשר תאפשר לצמצם הישנות של מקרי אפליה בעתיד. על-מנת שהגישור יפעל במישור המניעתי, אנו סבורות כי על המודל הגישורי להיות כזה שאינו מכונן-הסכם, דהיינו עליו להיות טרנספורמטיבי או נרטיבי, וכי במסגרתו יש לקיים איסוף מידע ותהליכי הערכה מתמשכים. מסגרת מוצעת זו מתבססת על תובנות שאובות מ"תיאוריות ממשל חדשות", אשר מדגישות לימוד מהשטח, איסוף רחב של מידע ועיבודו, ושיתופי-פעולה בין רשויות ציבוריות לבין גורמים פרטיים. פעולות אלה מצליחות להצמיח נורמות משפטיות אשר מתעדכנות תדיר ומותאמות למְטְריה דינמית ומורכבת כמו זו של האפליה בעבודה.

לאיזה משני המסלולים תפנה הנציבות? האם יהווה מיסוד הגישור תחנה בדרך להעמקת הצדדים השליים של הפרטה הולכת וגוברת, או שמא ישמש להרחבת היקף פרישתן של נורמות ציבוריות של חיזוק השוויון בעבודה? מאמר זה מציע מתווה להבטחת מימושה של האפשרות השנייה.

חשיבותה של הבחירה באפשרות השנייה עולה לנוכח מה שנראה כשלב החדש של מגמת הפרטת הצדק בישראל. כוונתנו לאפשרות של הרחבת השימוש באפיקים פרטיים ליישוב סכסוכי אפליה, בכיוון שהתפתח בארצות-הברית. תמונת-המצב שם מדגימה את התפשטותה של מגמת ההפרטה, באמצעות הקמתן של מערכות פנים-ארגוניות ליישוב סכסוכים במקומות העבודה (תופעה המכונה "Internal Dispute Resolution" או IDR).²⁰¹ המערכות הפנים-ארגוניות ליישוב סכסוכים נעשו נפוצות בארצות-הברית בשנים האחרונות, במידה רבה הודות לעידוד שהתקבל מנציבות השוויון בעבודה האמריקאית ומבתי-המשפט בארצות-הברית.²⁰² על הסכנות הטמונות במהלך זה של

²⁰¹ Lauren B. Edelman, Howard S. Erlanger & John Lande, *Internal Dispute Resolution: The Transformation of Civil Rights in the Workplace*, 27 LAW & SOC'Y REV. 497 (1993).

²⁰² ה- EEOC הפעיל בשנים האחרונות תוכניות ניסוי שמטרתן להרחיב את היקף הסכסוכים המגושרים, על-ידי הגברת האטרקטיביות של הגישור למעסיקים. בולטת במיוחד תוכנית ה-"EEOC Referral Back Mediation Pilot Program" (ראו EEOC 2006, לעיל ה"ש 6), שלפיה תלונות על אפליה בעבודה נגד מעסיקות הנוטלות חלק בתוכנית מופנות למערכת

יצירת נורמות של שוויון במרחב הפרטי (פנים-ארגוני) עמדו, בין היתר, אדלמן, ארלנגר ולנדה.²⁰³ השלושה הצביעו, בהקשר של סכסוכי אפליה, על החשש שמגשרת פנימית תאמץ דפוס חשיבה "ארגוני". במחקר שערכו הם מצאו כי מיישבי סכסוכים פנים-ארגוניים נוטים לעשות דה-פוליטיזציה שיטתית לסכסוכי אפליה, ומציגים אותם כסכסוכים הנובעים מדפוסי תקשורת לקויים או מהבדלים "תרבותיים".²⁰⁴

לנוכח ההיסטוריה של אימוץ הליכים ליישוב סכסוכים בישראל, ולנוכח התשתית הקיימת בדיני העבודה הישראליים לצמיחת מנגנונים פנימיים ליישוב סכסוכים,²⁰⁵ נראה לנו כי גם בהקשר זה תנחה אותנו המגמה המסתמנת בשאר העולם, ובארצות-הברית בפרט. על-כן חשיבה מחדש על תפקידה של הנציבות ואימוץ התפיסה החלופית של הליך הגישור הן חיוניות כבר בשלב זה, לנוכח מגמת ההעמקה המסתמנת של הפרטת הצדק בישראל.

הגישור הפנים-ארגוני של מעסיקות אלה. דהיינו, בהתאם לתוכנית זו, הטיפול בתלונות יוצא מידיה של הנציבות ומטופל על-ידי המעסיקה. מערכת המשפט זיהתה כבר בתחילת הדרך כי אין די באיתור בדיעבד של תופעות אפליה ספציפיות ובענישה בגינן, וכי יש לעודד מעסיקות, אשר נושאות באחריות שילוחית למתרחש בתחומן, לנסות למנוע מראש תופעות של אפליה. במסגרת זו פטרו בתי-המשפט את המעסיקות מאחריות שילוחית כאשר התרשמו כי המעסיקה פעלה כמיטב יכולתה ברמה המניעתית. אמת-מידה מרכזית במתן הפטור מאחריות הייתה שאלת קיומה של מערכת פנים-ארגונית אפקטיבית לטיפול בתלונות אפליה. ראו: Lauren B. Edelman, Christopher Uggen & Howard S. Erlanger, *The Endogeneity of Legal Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth*, 105 Am. J. Soc. 406, 407 (1999).

²⁰³ Edelman, Erlanger & Lande, לעיל ה"ש 201.

²⁰⁴ ניתן לראות ביקורת זו כהמשך לביקורות של Delgado ו-Fiss, אשר תלו את הבעייתיות של הליכי ה-ADR בעובדה שהם מתקיימים בזירות פרטיות וסודיות (ראו לעיל את הטקסט סביב ה"ש 87-93). ה-IDR לוקח מציאות זו של הפרטה צעד קדימה, כאשר מיישב הסכסוכים מועסק על-ידי אחד הצדדים לסכסוך. מצב-דברים זה מחריף את הפוטנציאל לניגוד עניינים ולפגיעה בצד החלש, קרי, העובדים.

²⁰⁵ ס' 7 לחוק למניעת הטרדה מינית, לעיל ה"ש 33.