

על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור

מאת

מרדכי (מוטי) מירוני*

בשנת 1992 התקבל בכנסת תיקון מס' 15 לחוק בתי המשפט. התיקון הוסיף שני כלים חדשים לארגון הכלים המשמשים ליישוב סכסוכים אזרחיים, האחד פנימי והאחר חיצוני. הראשון – פסיקה לפשרה על ידי השופט היושב לדין; והשני – פישור חיצוני. מאחר שמנגנון הפישור, כפי שהוא כונה בתיקון מס' 15, היה חדש לחלוטין בנוף ארצנו, התעורר צורך למצוא לו שם הולם. החוק והתקנות השתמשו בשם או במונח פישור, אולם בחיי היום יום תפש תאוצה שם אחר – גישור. התוצאה הייתה שבעוד שבחוק ובתקנות הופיע השם פישור, בפועל, המונח גישור הוא שהשתלט על השיח ועל הכותרת שניתנה לעשייה בתחום. חלפו תשע שנים מאז חקיקת התיקון המקורי לחוק בתי המשפט בנושא, עד שהמונח פישור הוחלף בגישור בחוק ובתקנות. בין לבין נכתבו ספרים ומאמרים, שהשתמשו בשני המונחים פישור וגישור כאלו מדובר במילים נרדפות ונוצר בלבול מושגים מוחלט.

לכן חשוב לדעת מהו בעצם התחום או המקצוע, גישור או פישור? האם גישור ופישור חד הם, או שמא מדובר בתהליכים שונים, ואם כן, מה השוני? להעדרה של הבנה, של הסכמה ושל משנה סדורה, המגדירות בצורה חדה האם מדובר בתהליך אחד, ואם לא, מהו גישור והיכן עוברים הגבולות בינו לבין פישור, יש השלכות פרקטיות קשות. אין גם אפשרות לקיים דיון ציבורי ממוקד לגבי כיוון ההתפתחות הרצוי של התחום, ואין דרך או טעם לפתח קוד אתי, לבנות תוכניות לימוד והכשרה או לבנות מסגרות להערכה. מאמר זה נועד להציב מגדלור שיסייע לנתב את השיח בנושא הגישור: לפתח תזה, לפיה ברמה המושגית והפרקטית יש הבדל גדול בין פישור לבין גישור. האחרון מתאר יותר טוב את המושג Mediation, והראשון, פישור, מתאים כתרגום למושג Case Settlement. החלק הראשון והעיקרי של המאמר מאפיין, מנתח ומעמת את הפישור והגישור. בתחילה הוא מצביע על ארבעה יסודות משותפים לפישור ולגישור: מעורבות של צד שלישי כלשהו, רצוניות והסכמה, סודיות, ואפשרות לקיום פגישות נפרדות. יסודות אלו אחראים חלקית לבלבול המושגים בשיח האקדמי, בויכוח הציבורי ובפרקטיקה. המשכו מחדד את ההבדלים העצומים בין גישור לפישור. ביניהם: המשתתפים והתפקידים שאותם הם ממלאים, אופי השיח (שיח צר של זכויות הצופה פני עבר מול שיח רחב ועמוק של צרכים וזהות הצופה פני עתיד),

* פרופסור למשפטים הפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה. תודה לעו"ד אירנה נוטנקו על עזרתה במחקר.

משך הזמן והעלויות, התוצאה, השפעה על הצדדים לסכסוך, ותפישת התפקיד של הצד השלישי.

חלקו השני של המאמר מציג את הבשורה החברתית של הגישור, אשר מבליטה את הערך, פוטנציאל התרומה והיתרונות הסגוליים של הגישור על פני הפישור. לצורך כך מוצגת פרדיגמת הגישור הקשורה באוטונומיה של הצדדים ובדרך שאותה הם עוברים בדרך אל הפתרון. מול הבשורה של הגישור, דן המאמר ביתרונות הפרקטיים של הפישור ומגבלות השיח הפישורי, הכוללים: חסימת נתיבי השיח, פגיעה בתשתית המידע, תחרותיות, ושיפוטיות החונקת יצירתיות, אשר משאירים אותו בתחום המוכר של משא ומתן אדברסרי. החלק השלישי מנתח את הסיבות לכך שחרף יתרונותיו הסגוליים של הגישור, וחרף הכוונות שעמדו בבסיס "מהפכת הגישור", בפועל ובחיי המעשה בתי המשפט ועורכי הדין מעדיפים את דווקא את שיח הפישור על פני הגישור, אך מתעקשים להכתיר אותו כגישור. החלק הרביעי והאחרון מצביע על כך שהחברה הישראלית נוטה להישען בניהול סכסוכים בצורה מוגזמת על שיח של כוח וזכויות. לפיכך, דווקא היא זקוקה נואשות להבטחה הטמונה בשיח הגישור. צורך זה מעורר את השאלה האם ובאיזה דרך ניתן לשנות את המגמה, ולהביא את הגישור למקומו הראוי במרכז הבמה, כסוכן שינוי של תרבות יישוב הסכסוכים בחברה הישראלית.

פתיחה. א. ההבחנה בין פישור לגישור. (1) ההבחנה בין פישור שיפוטי לבין פסיקה לפשרה; (2) פישור וגישור – הדומה והשונה; 1. המשתתפים; 2. אופי השיח; 3. התוצאה; 4. השפעה על הצדדים לסכסוך; 5. תפיסת התפקיד של הצד השלישי; 6. אופי הפגישות הנפרדות ומטרתן; 7. זמן ועלויות. ב. הבשורה של הגישור היא הדרך. ג. מגבלות הפישור ויתרונותיו. (1) חסמים וכשלים והשיח הפישורי; 1. חסימת נתיבי השיח; 2. פגיעה בתשתית המידע; 3. תחרותיות; 4. שיפוטיות כחונקת יצירתיות; (2) מגבלות הפישור ויתרונותיו – סיכום ביניים. ד. בחירתו של המשפט הישראלי – חלום הגישור ושברו. ה. האם בכל זאת גישור? 1. סכנותיו של הפישור הפנימי; 2. פישור וזכויות קוגנטיות; 3. הפישור ונפח התביעות. ו. סיכום וחשיבה לעתיד.

פתיחה

בשנת 1992 התקבל בכנסת תיקון מספר 15 לחוק בתי המשפט.¹ התיקון הוסיף שני מנגנונים חדשים לארגון הכלים ליישוב סכסוכים אזרחיים: הראשון – פסיקה לפשרה על

1 כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה ב-10.9.2011, אלא אם נכתב אחרת.
1 חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), תשנ"ב-1992, ס"ח 68.

ידי השופט,² והשני – פישור.³ התיקון התייחס לכלי נוסף ליישוב סכסוכים – בוררות⁴ – אלא שכלי זה לא היה חדש. שר המשפטים, אשר הביא את הצעת התיקון להצבעה בכנסת,⁵ הצביע על שלושת הכלים ליישוב סכסוכים, שנכללו בהצעת החוק, כאמצעי חשוב להקלת העומס בבתי המשפט. בפועל הם היו חיל חלוץ וביטוי מעשי לרעיונות המרכזיים של תנועת ה-ADR,⁶ הדוגלת בהנהגת תפריט עשיר של דרכים אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים, בעיקר אזרחיים, מחוץ בתי המשפט ולצדם. המאמר הנוכחי מתמקד באופן שבו הוטמע והומשג אחד מההליכים שנוספו במסגרת התיקון לארגז הכלים ליישוב סכסוכים בישראל. הכוונה היא ל"פישור", אשר נקרא היום בחוק ובתקנות "גישור".

מאחר שהליך ה"פישור", כפי שהוא כונה באותו תיקון, היה חדש לחלוטין בנוף ארצנו, מינה שר המשפטים ועדה שכללה מומחים ובעלי עניין כדי לסייע בעיצוב תקנות להסדרת השימוש בפישור. כדרכה של ועדה, האמורה לאזרח ולהטמיע בישראל הליך ליישוב סכסוכים שהתפתח בארצות אחרות, דיוניה חידדו את הצורך למצוא, או להמציא, לכלי החדש שם ומערכת מינוחים הולמים בעברית. הבעיה העיקרית בהקשר זה הייתה לבחון אם המונח שבו השתמשה החקיקה, קרי "פישור", נותן ביטוי מתאים ונכון לכלי ליישוב סכסוכים הנקרא באנגלית mediation, ואשר עמד ועומד במרכז עשייתה של תנועת ה-ADR.⁷

- 2 סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן – חוק בתי המשפט).
- 3 סעיפים 79 ו-779 לחוק בתי המשפט.
- 4 סעיף 79ב לחוק בתי המשפט.
- 5 הצעת חוק בתי-המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), תשנ"א-1991, ה"ח 319, 323 (להלן – הצעת תיקון מס' 15 לחוק בתי המשפט).
- 6 תנועת ה-ADR הוקמה בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת. מטרתה להעשיר את הכלים והטכניקות לניהול וליישוב חילוקי דעות וסכסוכים. התנועה עוסקת בעיקר במחקר, בפיתוח ובקידום דרכים חלופיות לניהול וליישוב חילוקי דעות וסכסוכים בעזרת צד שלישי. עיקר מאמציה מוקדשים לפיתוח דרכים המבוססות על הסכמה במקום על הכרעה באמצעות שפיטה. מרדכי מירוני, "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט", הרשות השופטת (תשנ"ט) 29, בעמ' 32. מיכל אלברשטיין תורת הגישור (תשס"ח) בעמ' 44-144. הכול מייחסים את מקור השם של התנועה ושל הרעיון לפרופ' סנדר ולמאמרו, שהוצג בוועידת Pound. ראו: Frank E.A. Sander, "Varieties of Dispute Processing", 70 F.R.D (1976) 79, p. 111.
- 7 Carrie Menkel-Meadow, Lela Porter Love & Andrea Kupfer Schneider, *Mediation: Practice, Policy and Ethics* (2006) pp. 317-342; L. Camille Herbert, "Introduction – The Impact of Mediation: 25 Years after the Pound Conference", 17 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. (2002) 527.

גם בשיטות משפט אחרות, שהיו באותה עת בשלבים מתקדמים יותר, בכל הקשור לדפוסי השימוש בדרכים אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים השתמשו במונחים שונים לצד השם המוביל mediation.⁸ ברם בישראל, הנעדרת כל מסורת של יישוב סכסוכים בעזרת צד שלישי⁹ שאיננו בית משפט, היה מדובר בהתנסות חדשה ובבניית שוק למוצר בלתי מוכר. מכאן החשיבות העצומה של בחירת שם קליט ונכון, אשר יבטא את המשמעות האמתית של הכלי המוצע ליישוב סכסוכים ואת הפוטנציאל שלו, וייצור בשבילו את המיתוג והבידול הדרושים.

8 הכוונה למונחים כגון conciliation (ראו: Arnold Zack, "Conciliation of Labor Court Disputes", 26 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* (2005) 401; Daniel Druckman, Benjamin J. Broome & Susan H. Korper, "Value Differences and Conflict consensus: (Resolution: Facilitation or Delinking?)", 32 *J. Conflict Resol.* (1988) 489; building (מונח שהתפתח בתחום של יישוב סכסוכים ציבוריים בנושאים כגון איכות סביבה, תכנון ובנייה וסכסוכים היסטוריים, כגון סכסוכי הקרקעות והזהות עם האינדיאנים בארצות הברית ובקנדה, עם האבוריגינים באוסטרליה ועם הברואים בישראל. ראו: Mordehai Mironi, *Mediation and Strategic Change: Lessons from Mediating a Nationwide Doctors' Strike* (2008) p. 56; Lawrence Susskind, Sarah McKeenan & Jennifer Thomas-Larmer, *The Consensus Building Handbook: A Comprehensive Guide to Reaching Agreement* (1999); וצמדי ענפים שונים: Transformative mediation (ראו: Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* (2005); Robert A. Baruch Bush, "Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation", 3 *J. OF CONTEMP. LEGAL ISSUES* (1989) 1; Joseph P. Folger & Robert A. Baruch Bush, "Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of Transformative Approach to Practice", 13 *Mediation Q.* (1996) 263; Tina Nabatchi & Lisa Bingham, "Transformative Mediation in the United States Postal Service REDRESS Program: Observations of ADR Specialists", 18 *Hofstra Lab & Emp L. J.* (2001) 399; John Winslade & Gerald Monk, *Practicing Narrative Mediation: Loosening the Grip of Conflict* (2008); והצמדים: preventive/ strategic mediation מול crisis/tactical mediation (ראו: מרדכי מירוני, "חידושים וחדשנות בניהול משא ומתן וביישוב סכסוכים בעולם העבודה", משפט ועסקים ג (תשס"ה) 75. ו-facilitative mediation מול evaluative mediation (ראו: Leonard L. Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Preplexed", 1 *Harv. Neg. L. Rev.* (1996) 7, p. 25; James H. Stark, "The Ethics of Mediation Evaluation: Some Troublesome Questions from an Evaluative Lawyer Mediator", 38 *S. Tex. L. Rev.* (1997) 769; Joseph B. Stulberg, "Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the 'Grid' Lock", 24 *Fla. St. L. Rev.* (1997) 985; Jeffery W. Stempel, "Beyond Formalism and False Dicotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role", 24 *Fla. L. Rev.* (1997) 949, pp. 973-975; Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, "Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid", 3 *Harv. Neg. L. Rev.* (1998) 71, p. 96.

9 מירוני (לעיל, הערה 8) בעמ' 80-83.

לבחירה נכונה של שם עברי למושג mediation הייתה עשויה להיות השפעה גדולה על סיכויי ההצלחה של קליטת העולה החדש בארץ. לכן הושקעו מאמצים רבים בחיפוש שם עברי, לרבות פניות חוזרות ונשנות לאקדמיה ללשון העברית. באותה עת היה קיים בחקיקה בדיני עבודה מונח עברי שהיה באמצע שנות הארבעים שלו – "תיווך"¹⁰ – אשר התייחס בדיוק למושג mediation.¹¹ אולם מונח זה היה בלתי מתאים משום שהוא אומץ והפך להיות מזוהה לחלוטין עם העיסוק במכירה ובקנייה של נכסי דלא נידי.¹² בסופו של יום, ובהיעדרה של חלופה אחרת, שתהיה מוסכמת על הכול, הכריע קולו של יושב הראש – השופט המחוזי בדימוס יהודה וייס – והמונח "פישור" הונצח גם בתקנות.¹³ החוק והתקנות השתמשו בשם או במונח "פישור", אולם בחיי היום-יום תפס תאוצה שם אחר – גישור.¹⁴ במקרה זה הרחוב, ולא החוק, יצר את ההוויה. התוצאה הייתה שבחוק ובתקנות הופיע השם "פישור", אך בפועל המונח "גישור" הוא שהשתלט על השיח ועל הכותרת שניתנה לעשייה בתחום. מונח זה הופיע בשם המרכז שהוקם במשרד המשפטים בשנת 1998 (המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים),¹⁵ בשמה של העמותה אשר הוקמה כדי לאגד את העוסקים בתחום (עמותת מגשרי ישראל), במסמכים רשמיים

- 10 חוק יישוב סכסוכי עבודה, תשי"ז-1957, ס"ח 58.
- 11 העובדה שכלי זה קיים שנים רבות בחקיקה הקשורה בסכסוכי עבודה מוסברת בכך שהזירה של סכסוכי עבודה למיניהם הייתה מאז ומתמיד מעברת הפיתוח, שטח הניסויים וכר הגידול של כלים חדשים ליישוב סכסוכים. חלק גדול מן הכלים והשיח של תנועת ה-ADR שואבים מהספרות ומהפרקטיקה בניהול סכסוכי עבודה ויישובם. ראו: מירוני (לעיל, הערה 6) בעמ' 36-35.
- 12 חוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996, ס"ח 70.
- 13 תקנות בתי המשפט (פישור), תשנ"ג-1993, ק"ת 1042; בשנת 2001 שונה שמן של התקנות, וכיום כותרת התקנות היא תקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג-1993, ק"ת 1042 (להלן – תקנות הגישור). תקנות בית הדין לעבודה (פישור), תשנ"ג-1993, ק"ת 1045 (להלן – תקנות הפישור בבית הדין לעבודה); תקנות בתי המשפט (מינוי מגשר), תשנ"ו-1996, ק"ת 1325.
- 14 שם זה נבט שנים מספר קודם לכן בקהיליית העוסקים בטיפול זוגי ובגירויים. בשנת 1986 אף הוקם מרכז "נקודת מפנה" – המרכז לייעוץ וגישור משפחתי. ראו: אתר האינטרנט של המרכז [www.nekudat-mifne.com]. אמנם המונח "גישור" הוצע במהלך דיוני הוועדה שהקים שר המשפטים לצורך הכנת הצעת נוסח לתקנות. אולם הוא לא הצליח לזכות בתמיכה מספיקה של חבריה.
- 15 ראו: "מפת מצב הגישור בישראל" בהסכמה 1 (תשס"א) 24 (להלן – מפת מצב הגישור בישראל); יצחק זמיר, "גישור בעניינים ציבוריים", משפט וממשל ז (תשס"ד) 119, בעמ' 124.

שיצאו מבתי המשפט,¹⁶ בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה¹⁷ ואפילו בוועדות רשמיות שהוקמו במערכת בתי המשפט.¹⁸

ברם מאחר שהחוק נשאר כשהיה, התפתח יצור כלאיים. במקום שם אחד נקי וברור, שיתרום לקידום הרעיון ולפיתוחו, נולד לתוך שפת היום-יום צמד המילים הבעייתי "פישור-גישור" או "גישור-פישור". חלפו תשע שנים מאז חקיקת התיקון המקורי לחוק בתי המשפט בנושא עד שהמונח "פישור" הוחלף ב"גישור" בחוק ובתקנות.¹⁹ בין לבין נכתבו ספרים ומאמרים שהשתמשו בשני המונחים הללו כאילו מדובר במילים נרדפות,²⁰ ונוצר בלבול מושגים מוחלט.

אין אפשרות לומר בכירור אם השימוש במונח פישור במשך תקופת ההשקה של הכלי בארץ ובלבול המושגים הם מעצבים או רפלקטיביים. אם במקרה זה, כפי שהציע ויטנשטיין בתחילה,²¹ ייצרה השפה את תפיסת המציאות ואולי אף את המציאות, או

16 בעת שבתי המשפט ומחלקות המנ"ת ניסו להפנות תיקים למרכזי גישור ולמגשרים חיצוניים.

17 "ישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 60.125 (תשנ"ט).

18 ראו למשל: המלצות בעניין הכישורים והניסיון הנדרשים ממגשר המבקש להיכלל ברשימת המגשרים – דין וחשבון הוועדה המייעצת לעניין הגישור בבתי המשפט (1998) (להלן – דוח ועדת גדות). הוועדה, בראשות השופטת גדות, הוקמה על ידי מנהל בתי המשפט מכוח סמכותו לפי תקנות מינוי מפשר.

19 חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 30) (הוראות לעניין גישור), תשס"א-2001, ס"ח 498. מעניין שבמקום אחד בלבד לא שונה המונח. הכוונה לתקנות הפישור בבית הדין לעבודה. ואכן, מערכת בתי הדין לעבודה היא היחידה המנסה להבחין, לא תמיד בהצלחה, בין שני הכלים מושא המאמר – הפישור והגישור.

20 אורנה דויטש, פישור – הענק המתעורר (תשנ"ט); אורנה דויטש, "ההבטחה החברתית של הפישור", עורך הדין 9 (תשנ"ט) 30. מתוך המאמר ברור כי הכותבת ערה היטב להבדל בין פישור לגישור. את הראשון היא מגדירה כמשא ומתן לפשרה בעזרת צד שלישי, ולשני היא קוראת פישור, אך ורק משום שזאת הייתה מצוות המחוקק. ראו גם: אילן שילה, "על ישוב סכסוכים בדרכים חלופיות וייעול הדיון", הרשות השופטת 27 (תשנ"ח) 54, בעמ' 62: "אחת הדרכים להגיע לכלל הסכמה, והסכמה יצירתית במיוחד, היא הפנייתם של בעלי הדין למפשר (המונח העדיף בעיניי הוא מגשר)" (ההדגשות שלי – מ"מ); שרה גדות, "הגישור בישראל – הלכה למעשה", הרשות השופטת 29 (תשנ"ט) 43, בעמ' 44: "הפישור – Mediation בלע"ז, שלפי המינוח הרווח בקרב בעלי המקצוע מקובל לתרגמו 'גישור'; הכנסת: מרכז מחקר ומידע, מסמך רקע בנושא: הצעת חוק תיקון חוק בתי המשפט שינוי מונחים: מ"פישור" ל"גישור" (2001) בעמ' 3-4 – [www.knesset.gov.il/mmm/] [data/docs/m00051.rtf]: "סביב המינוח 'פישור' (conciliation) וסביב היחס בינו לבין 'גישור' (mediation) שוררת אי בהירות [...] לפיכך מוצע בהצעת החוק להחליף את המונח 'פישור' במונח 'גישור' המשקף נכון יותר, לדעת משרד המשפטים, את מהותו של ההליך, ואשר גם רווח בקרב הציבור". ראו גם: הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 29), תשס"א-2001, ה"ח 592.

21 לודויג ויטנשטיין מאמר לוגי-פילוסופי (1973).

שלא, כפי שכתב ויטגנשטיין בתזה המאוחרת שלו,²² משמעותו של השם ניתנה על ידי האופן שבו השתמשו בו. כלומר, ההשתלטות הראשונית של המונח "פישור" ובלבול המושגים לפני שינוי החוק והתקנות ואחריו משקפים למעשה את הדיאלקטיקה בין הרעיון הנאצל של הגישור לבין אופן ביטויו בפרקטיקה, קרי השתלטות השיח הפישורי. מכול מקום, נראה כי לאחר שנים של ניסוי וטעייה²³ אנו נמצאים בשלב של התפתחות שבו על התחום והמקצוע לעצב לעצמם זהות. לכן חשוב לדעת מהו למעשה התחום או המקצוע – גישור או פישור? האם גישור ופישור חד הם, או שמא מדובר בתהליכים שונים? ואם כן, מה השוני? להיעדרן של הבנה, הסכמה ומשנה סדורה, המגדירות בחדות את התהליך – אם אחד הוא, ואם לא – מהו גישור והיכן עוברים הגבולות בינו לבין פישור, יש השלכות קשות.²⁴ ציבור המשתמשים אינו מודע לאפשרות קיומה של הבחנה בין גישור לפישור, ונמנע ממנו לבחור בחירה מושכלת ביניהם, לכייל ציפיות ולהפיק את המרב מכל אחד מן התהליכים. בהיעדר הגדרה ברורה אין אפשרות לקיים דיון ציבורי ממוקד על כיוון ההתפתחות הרצוי של התחום,²⁵ וקיים קושי לפתח קוד אתי, לבנות תכניות לימוד והכשרה או לבנות מסגרות לבחינה והערכה. מאמר זה נועד להציב מגדלור שיסייע לנתב את השיח בנושא הגישור. הוא מציע לבחינה תזה שלפיה ברמה המושגית והפרקטית יש הבדל גדול בין פישור לבין גישור. גישור מתאר טוב יותר את המושג Mediation, ופישור מתאים כחלופה עברית למושג Case Settlement. לדיון זה יוקדש הפרק הראשון והעיקרי של המאמר. הוא יאפיין את הפישור ואת הגישור, ינתחם ויעמתם זה עם זה. בשני הפרקים הבאים של המאמר תוצג פרדיגמת הגישור, אשר מבליטה את ערכו ואת פוטנציאל תרומתו הסגוליים של הגישור ואת הבשורה החברתית שהוא נושא בכנפיו – זאת אל מול בחינה וניתוח של מגבלותיו הטבועות של הפישור לצד שלל יתרונותיו. הפרק הרביעי של המאמר יסקור וינתח את הסיבות לכך שחרף יתרונותיו של תהליך הגישור וחרף השתלטותו של המונח "גישור"

22 לודויג ויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (תשנ"ה).

23 גם בימים אלו ממש מתבצע פרויקט הניסוי של ישיבת המהו"ת (מידע היכרות ותיאום) בבתי משפט השלום בתל-אביב-יפו, ראשון לציון וירושלים. ראו: תקנות סדר הדין האזרחי (הוראת השעה), תשס"ח-2007, ק"ת 86; אלה לוי-וינריב, "מהפכת הגישור יוצאת לדרך: גישור על סכסוכים סוערים", גלובס (1.7.2008) – 13 [www.gishur.org.il/files/files/] [globes%20article.pdf].

24 אחת המלומדות הבולטות בתחום ציינה כי אחת הבעיות הקשות בתחום של יישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות היא הגדרת המונחים וסיווג הכלים. ראו: Carrie Menkel-Meadow, "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or 'The Law of ADR'", 19 *FLA. ST. U. L. REV.* (1991) 1; for further discussion of these difficulties see: Kimberlee K. Kovach, *Mediation: Principles and Practice* (2nd ed., 2000) pp. 23-25; Michael L. Mofit, "Schemediation and the Dimensions of Definition", 10 *HARV. NEGOT. L. REV.* (2005) 69.

25 דוח הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (2006) 25 (להלן – דוח ועדת רובינשטיין).

על השיח המשפטי והציבורי, בפרקטיקה ובחיי היום-יום דווקא תהליך הפישור כבש את הבמה והפך לכלי המרכזי לטיפול בתיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה. הפרק החמישי יצביע על הכשלים והסיכונים של הפישור, בעיקר הפישור השיפוטי והפישור הפנימי, אשר מבוצע בתוך בתי המשפט, לרבות השפעתו השלילית על מספר התביעות המוגשות. הפרק השישי והאחרון מכיל סיכום ומניח תשתית לדיון ציבורי על הבחירה בין השקעה בגישור או בפישור. הוא יפתח את הטענה כי הקטנת העומס במערכת בתי המשפט וסגירת תיקים במהירות, ביעילות ובהשקעת משאבים קטנה ככל האפשר הן כולן מטרות ראויות. ככל שמדובר במטרות אלו, לפישור יתרונות ברורים על פני הגישור. ברם השגת מטרות אלו לא תביא מזוור לתרבות הבעייתית של ניהול סכסוכים ויישובם בחברה הישראלית. לפיכך לצורך שיפור איכות חיי אזרחיה החברה הישראלית זקוקה דווקא לגישור, בגלל ההבטחה החברתית שהוא נושא בחובו. למרבה הצער, בגלל נסיבות שאינן תלויות בו לא קיבל חזון הגישור את ההזדמנות שהוא ראוי לה, ולא הוטמע כראוי בשיטת המשפט הישראלית. שורותיו האחרונות של המאמר קוראות לאימוץ מדיניות ולעריכת שינויים מערכתיים שיביאו את הגישור למקומו הראוי במרכז הבמה.

א. ההבחנה בין פישור לגישור

חלק זה הוא לב לבו של המאמר. הוא מציע תזה שלפיה פישור וגישור הם שני תהליכים שונים פרדיגמטיים. אולם כדי שזירת הדיון תהיה נקייה וגבולותיה ברורים וחדים, יש להסיר מדרכו של הקורא אבן נגף ולבדל את שני התהליכים, מושא המאמר – גישור ופישור – מן המושג "פסיקה לפשרה". הבידול חשוב בגלל הבלבול הקיים בפרקטיקה ובשיח המשפטי, ולו בגלל הקרבה הלשונית בין פישור שיפוטי²⁶ – פעילות השופט היושב לדין שנועדה להביא את הצדדים להסכם פשרה – מזה ופסיקה לפשרה לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט²⁷ מזה.

26 היסוד המייחד את הפישור השיפוטי ומבדילו מן הפישור הרגיל הוא זהות המפשר. פישור שיפוטי מתייחס אך ורק לפעילות של השופט היושב לדין בתיק. ראו: יורם אלרואי, "הפישור השיפוטי והגישור", הרשות השופטת 29 (תשנ"ט) 68.

27 ראו: סעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט הקובע: "בית משפט הדין בענין אזרחי רשאי בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בענין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה"; חמי בן נון ועמוס גבריאלי, "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984", הפרקליט מו (תשס"ב) 257; יעקב טירקל, "אחד לדין ואחד לפשרה" – על פשרה ועל פסק דין דרך הפשרה", שערי משפט ג (תשס"ב) 13. עצמת הבלבול בולטת בניסונו של חה"כ זבולון אורלב להבחין בין גישור לפישור. לדבריו: "ההבדל הגדול בין גישור לפישור, לפחות בשפה העברית, הוא שגשר צריך שתי גדות. גשר שיש בו רק גדה אחת לא מחזיק מעמד. הכוונה היא באמת שהמגשר מביא את שני הצדדים, ושיש הסכמה

(1) ההבחנה בין פישור שיפוטי לבין פסיקה לפשרה

בחלוקה למרכיבים קיים למעשה אזור חפיפה מסוים של פישור שיפוטי והמוסד של פסיקה לפשרה. תהליך ההכרעה בחילוקי דעות על ידי השופט היושב לדין, באמצעות סעיף 79א, מורכב משני שלבים עוקבים: השלב הראשון הוא פישור שיפוטי, והשני – סוג של בוררות. לכל אחד מן השלבים מאפיינים מיוחדים, והם כפי הנראה מקור הבלבול המושגי.

השלב הראשון במנגנון הפסיקה לפשרה לפי סעיף 79א – שלב הפישור השיפוטי – שונה מן הפישור השיפוטי המתבצע כדבר שבשגרה באולמות בתי המשפט ובתי הדין. בדרך כלל הפישור השיפוטי מתרכז בהבאת הצדדים להסכם פשרה או להסכמה אחרת אשר מסיימים את ההתדיינות בתיק. לעומת זאת במקרה של סעיף 79א, ההסכמה המושגת בשלב הפישור השיפוטי איננה מביאה לסיום ההתדיינות בתיק.²⁸ במקום זאת בשלב הראשון השופט, בכובעו כמפטר, מביא את הצדדים להסכם שבו הם מוסרים לשופט את ההכרעה בתיק שלא על דרך השפיטה הרגילה אלא על דרך הפשרה. הכרעתו של השופט היא אשר תייצר בשביל הצדדים, בשלב השני, את התוצאה המהותית, ובכך יסתיים התיק.

ההבחנה החשובה בין סוגים שונים של פישור שיפוטי הובהרה היטב בחוות דעתה של נציבת תלונות הציבור על שופטים בנושא הפישור השיפוטי.²⁹ חוות הדעת מבחינה בין פישור מהותי לבין פישור פרוצדורלי: הפישור המהותי מוביל לתוצאה סופית, והפישור – פרוצדורלי או תהליכי – מוביל את הצדדים להסכמה על תהליך אשר הוא יוביל לתוצאה סופית.

על פי הבחנה זו, במסגרת התהליך הדו-שלבי של סעיף 79א מנהל השופט בשלב הראשון פישור פרוצדורלי. השלב השני – הכרעה על דרך הפשרה – הוא למעשה בוררות מזן מיוחד. הבוררות, המתבצעת בשלב השני של התהליך, נושאת כמה מאפיינים

של שני הצדדים. פשרה היא מציאת דרך ביניים, והיא לא חייבת להיות בהסכמת שני הצדדים. לכן, אני באמת חושב שהמונח גישור הוא המונח הנכון" (הדגשה שלי – מ"מ). פרוטוקול ישיבה מס' 169 של הכנסת ה-15 (8.5.2001). נראה כי חבר הכנסת אורלב אינו מבחין בין פישור או גישור המבוססים על הסכמה מזה לבין פסיקה לפשרה המבוססת על הכרעה של צד שלישי מזה.

28 בדומה למצבים אחרים שבהם השופט היושב לדין מביא את הצדדים להעביר את הסכסוך לפישור, לגישור או לבוררות.

29 ראו על כך: "הסדרת סכסוכים בפשרה או בפסק דין בדרך של פשרה" (חוות דעת של נציבת תלונות הציבור על שופטים, 6.7.2004) (להלן – חוות דעת הנציבה). רמז להבחנה בין פישור מהותי לבין פישור פרוצדורלי או תהליכי אפשר למצוא בהוראת סעיף 79א(ב) לחוק בתי המשפט: "אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להציע לבעלי הדין הסדר פשרה או לתת, לבקשת בעלי הדין, תוקף של פסק דין להסדר פשרה שעשו ביניהם". הכוונה בסיפה של הסעיף היא, כמובן, לפישור מהותי.

מיוחדים אשר מייחדים אותה הן מבוררות רגילה והן משפיטה: (1) השופט היושב לדין הוא הבורר; (2) הבוררות איננה מתנהלת לפי חוק הבוררות ואינה כפופה לו; (3) הבוררות היא מהירה ומקוצרת – בדרך כלל³⁰ אין מתקיים דיון או הליך הוכחות מלא, הכולל הבאת ראיות וחקירת עדים, ואין ניתנת הזדמנות לצדדים להרצות את טיעוניהם המשפטיים ולהגיש סיכומים;³¹ (4) ההחלטה אינה מנומקת; (5) אף על פי שמדובר בפסק דין, באופן מעשי ההחלטה איננה ניתנת לערעור.³²

עינינו הרואות, המנגנון של פסיקה לפשרה לפי סעיף 79 תחילתו בהסכמה וסופו בהכרעה. ככזה הוא נמנה עם משפחת הכלים ליישוב סכסוכים, כגון השפיטה והבוררות לסוגיה, המבוססים על הכרעה. מכאן שפרט לדמיון בשם מדובר בכלי שונה משני הכלים מושא המאמר – הפישור הגישור – שהם מבוססי-ההסכמה.

(2) הפישור והגישור – הדומה והשונה

ככלל אפשר לומר כי הן הליך הפישור והן הליך הגישור הם הליכים שבהם צד שלישי מסייע לצדדים שאינם יכולים להגיע להסכמה בכוחות עצמם להסכים על פתרון המיישב את הסכסוך או על תהליך אחר שיוביל ליישובו של הסכסוך. באופן פרטני קיימים ארבעה היבטים משותפים לפישור ולגישור: (1) בשניהם מעורב צד שלישי;³³

30 מאחר שמדובר בהסכמה בין הצדדים עצמם לבין השופט היושב לדין, ייתכנו בנושא זה וריאציות שונות.

31 אם כי למעשה אפשר, והדבר אף קורה בפועל, להסכים להכרעה לפי סעיף 79 לחוק בתי המשפט בכל שלב של ההליך, אפילו לאחר שמיעת ראיות והגשת סיכומים.

32 בן נון וגבריאל (לעיל, הערה 27) בעמ' 260; עפר שגיא, "סעיף 79 לחוק בתי המשפט – השלכות לעתיד", דין ואומר 10 (תשנ"ט) 31; יואל זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, תשנ"ה) בעמ' 858; לעניין הכללים להתערבות ערכאות הערעור בפסק דין שניתן על דרך הפשרה, ראו: דבריו של כבוד השופט גרוניס בע"א 9065/03 לבייב נ' גילר, בפסקה 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.6.2005): "הכללים באשר להיקף התערבותה של ערכאת הערעור בפסק דין על דרך הפשרה ידועים הם: התערבות תבוא במקרה של חריגה מן המוסכם (למשל כאשר נקבע טווח הכרעה), כאשר התוצאה הינה בלתי סבירה לחלוטין או כאשר נפל פגם דיוני משמעותי בהליך"; באותו עניין ראו גם: רע"א 2587/98 מיינדברג ייצור ובניית מבנים בע"מ נ' מיינדברג, בפסקה 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.8.1999).

33 רשימה זאת כוללת בין היתר שופט היושב לדין (פישור שיפוטי), שופט מוקד, עורך דין במחלקה לניתוב תיקים (מנ"ת), עורך דין שהוא עוזר משפטי, שופט שהוא נציג ציבור (בבתי הדין לעבודה), מפשר או מגשר. קיימים כמה עורכי דין, מן המובילים בתחומם, המנהלים הליכי פישור (המכונים בפייהם "גישור") בסכסוכים מסחריים גדולים ומתוקשרים על בסיס אד הוק. הילה רוז, "פשרה: קלאב הוטל תשלם 170 אלף שקל למשרד רו"ח יאיר קרני", הארץ – online (18.2.2008) [www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=955123&contrassID=2&subContrassID=6&sbSubContrassID=0]. הגישור בין קלאב הוטל לבין משרד רו"ח יאיר קרני נערך על ידי עורך הדין ראובן בכר; דורית בר, "עורך דין רם כספי יגשר בסכסוך בין הפועלים לאלי יונס", Ynet (26.10.2004) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2994771,00.html].

(2) בשניהם ההשתתפות בתהליך היא בבסיסה רצונית, והפתרון או סיום התהליך הוא בהסכמה; (3) פרט למקרים שבהם הפישור נעשה על ידי השופט היושב לדין (פישור שיפוטי),³⁴ בשניהם קיימת אפשרות לצד השלישי (המפשר או המגשר) לקיים, כחלק מן התהליך, פגישות נפרדות עם מי מהצדדים, עם יחידיהם או עם תת-קבוצות שלהם;³⁵ (4) למעט מקרים שבהם מדובר בפישור שיפוטי, שאז ההליך נותר פומבי, שניהם מתקיימים תחת מעטה של סודיות. החוק,³⁶ ובמקרים רבים החוזה, המסדיר את התהליך ואשר נכרת בין הצדדים ובין המפשר או המגשר,³⁷ מבטיח הגנה מפני גילוי מידע שנמסר כחלק מן התהליך, בהתדיינות עתידית.³⁸ כל אחד משלושת ההיבטים האחרונים: יסוד הרצונית וההסכמה, הפגישות הנפרדות והסודיות, הוא רעיון או מאפיין מכונן המשותף לשני הכלים – הפישור והגישור. שלושת ההיבטים יחד יוצרים הבחנה חדה בין הפישור לגישור ככלים הסכמיים ליישוב סכסוכים מזה לבין השפיטה והבוררות ככלים מבוססי-הכרעה מזה.³⁹ נראה כי עובדת קיומם של ארבעה מאפיינים משותפים אלו היא אחת הסיבות העיקריות לעירוב התחומים ולבלבול המושגים הפישור וגישור.

34 אלרואי (לעיל, הערה 26).

35 האפשרות לקיים פגישות נפרדות עם כל אחד מהצדדים מפרידה בין פישור וגישור מזה לבין ניהול משא ומתן לפשרה, המתנהל במסגרת הליך שיפוטי, בסיועו של השופט היושב לדין (פישור שיפוטי). הדעה הרווחת היא שכחלק מניהול התיק מותר לשופט היושב לדין לסייע לצדדים בניהול המשא ומתן לפשרה, אולם נאסר עליו להיפגש עם הצדדים בנפרד אף אם הדבר נעשה בידיעתם ובהסכמתם. ראו: "חילופי דברים בין בעל דין או ב"כ לבין בית המשפט שעה שהצד שכנגד אינו נוכח", חוות דעת של נציבות תלונות הציבור על שופטים 3 (14.8.2008). לפי חוות הדעת, האיסור על קיום פגישות נפרדות חל גם כאשר השופט עשה ניסיון בלתי פורמלי ליישוב סכסוך בהסכמה, בהליך מעין-גישורי שבמהלכו קוימו פגישות נפרדות עם כל צד בנוכחות פרקליטו. לדעת הנציבות, הפרקטיקה של ישיבות נפרדות עומדת בניגוד לכללי היסוד של השיטה ועלולה לפגוע באמון הצדדים בשופט המסוים ובאמון הציבור במערכת השיפוטית בכללותה.

36 סעיף 5(ה) וסעיף 5(ו) לתקנות הגישור; סעיף 5(ד)-(ו) לתקנות הפישור בבית הדין לעבודה.

37 התקנות מציעות לצדדים נוסח של הסכם, אשר חלק נכבד ממנו עוסק בנושא הסודיות. ראו: תוספת (תקנה 3) לתקנות הגישור – "ההסכם המצוי בין בעלי דין ומגשר".

38 לימור זר גוטמן, "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור", *שערי משפט* ג (תשס"ב) 165; לדיון ביתרונות וחסרונות של הבטחת סודיות בהליך הגישור ראו: Carrie Menkel-Meadow, Lela Porter Love & Andrea Kupfer Schneider (לעיל, הערה 7).

39 אהרון ברק, "על הגישור", *שערי משפט* ג (תשס"ב) 9 (להלן – ברק, "שערי משפט"); אהרון ברק, "על הגישור", בהסכמה 1 (תשס"א) 4 (להלן – ברק, "הסכמה").

מלבד המכנה המשותף מדובר בשני תהליכים שהם שונים פרדיגמטית,⁴⁰ ולפיכך מובחנים זה מזה בכל ממד אפשרי. שבעה מאפיינים עיקריים מבחינים בין פישור לבין גישור: (1) המשתתפים; (2) אופי השיח; (3) התוצאה; (4) ההשפעה על הצדדים לסכסוך; (5) תפיסת התפקיד של הצד השלישי; (6) אופי הישיבות הנפרדות ומטרתן; (7) זמן ועלויות. שבעת המאפיינים המובאים להלן כתתי-נושאים משורטטים, לצורכי הניתוח והדיון, באמצעות רצף רעיוני אשר בשני קצותיו ממוקמים מודל הפישור ומודל הגישור כמקרי קיצון. בחיי היום-יום ההבחנה בין מודל הגישור למודל הפישור אינה הבחנה חדה וטהורה אלא הבדל בדרגה. כלומר, בדרגת הקרבה שבין מאפייני ההליך שמתקיים בפועל לבין המאפיינים המתוארים במודל המובא כאן. למשל, כאשר מצוין שהשיח של הפישור מתמקד בעבר ובמערך המשפטי של הזכויות והחובות של הצדדים, ולעומת הגישור מתמקד בעתיד ובמערך הצרכים (האינטרסים) של הצדדים, הכוונה בעצם לאפיון של עיקר השיח בכל אחד משני התהליכים. זאת אף זאת, כמו בתהליכים מעורבים אחרים, כדוגמת גיש-בור,⁴¹ שבו המגשר הופך, בהסכמת הצדדים, לבורר, ייתכנו מצבים אשר בהם התהליך של יישוב הסכסוך יעבור בשלב מסוים מגישור לפישור.⁴²

1. המשתתפים

בפישור השחקנים הראשיים הם עורכי הדין. לעומת זאת בגישור התפקיד הראשי שמור לצדדים עצמם.⁴³ המפשר פועל לשכנע את עורכי הדין ולאחר מכן את הצדדים, לעתים קרובות בעזרת עורכי הדין שלהם, להסכים לסיים את הסכסוך בפתרון של פשרה אשר המפשר נושא בעיקר האחריות להמצאתו ולעיצובו. בניגוד למפשר, המגשר עוזר לצדדים, עם או בלי באי כוחם, לנהל דיאלוג, שמטרתו לעצב יחד פתרון מוסכם שיש בו כדי לספק את צרכיו של כל אחד מהם ואת צורכיהם המשותפים. הרעיון שלפיו הצדדים עצמם צריכים לשאת בנטל העיקרי של העלאת רעיונות ובחינתם, שישמשו בסיס לפתרון

40 בהיבט זה המאמר מנסה לפתח תפיסה שונה מזו שכבשה לה מקום בספרות ובאה לידי ביטוי גם בדבריו של זמיר. ראו: זמיר (לעיל, הערה 15) בעמ' 137-138. תפיסה זו מעמידה במרכז שני יסודות שהם משותפים לגישור ולפישור, קרי מעורבות צד שלישי ניטרלי והעובדה שהתהליך נעשה בהסכמה מתחילתו ועד סופו. תפיסה זו מתעלמת משני המאפיינים המשותפים הנוספים לפישור ולגישור (סודיות ואפשרות לקיים ישיבות נפרדות), ומכך שפרט לארבעת המאפיינים המשותפים מדובר בשני תהליכים שונים במהותם.

41 מירוני (לעיל, הערה 6); Carrie Menkel-Meadow, Lela Porter Love & Andrea Kupfer ; 388-385 בעמ' Alan L. Limbury, Med-Arb, Arb-Med, ; 388-385 בעמ' Schneider (לעיל, הערה 7) Neg-Arb and ODR (a paper presented to the NSW chapter of the Institute of Arbitrators & Mediators, Australia, Sydney, August 3rd, 2005) pp. 4-14.

42 Mordehai Mironi, "From Mediation to Settlement and from Settlement to Final Offer Arbitration: an Analysis of Transnational Business Dispute Mediation", 73 *INT'L J. ARB. MEDIATION & DISP. MGMT* ⁵² (2007) 52.

43 ראו להלן, טקסט והפניות בהערה 80.

הסכסוך, ואופיו השונה של השיח דורשים לעתים קרובות כי בתהליך הגישור ייוצגו הצדדים על ידי הרכב של נושאי תפקידים שיהיה שונה מזה שבפישור.⁴⁴

2. אופי השיח

הפוקוס של השיח בפישור צר, והשיח עצמו הוא שיח של זכויות.⁴⁵ הדיון נוטה להתרכז ב"תיק" ולהיות מתוחם בדל"ת האמות של כתבי הטענות. בכך המפשר מקבל כנתון את הסיפור הגלוי ואת הגדרת הבעיה כפי שאלו עולים מתוך כתבי הטענות של הצדדים. השיח מתרכז בעבר.⁴⁶

הפגישה של צד לסכסוך עם הצד האחר היא דרך הפרספקטיבה של עמדות הצדדים. אין מתקיים דיאלוג ישיר בין הצדדים, ואין רואים את "פניו" ומורכבותו של האחר. הוא וסיפורו המלא אינם נמצאים בעולם ובאולם (חדר הפישור). הסכסוך עצמו מובא לשולחן לאחר שתורגם למפה המושגית המשפטית.⁴⁷ לכן עיקר הדיאלוג מתנהל בין עורכי הדין לבין המפשר, ובשפת המשפט. חלק קטן מן הדיאלוג מתנהל בין הצדדים עצמם או בינם לבין המפשר. הצדדים, בדרך כלל באמצעות באי כוחם, מדברים זה על זה.

המפשר מסתמך על מומחיותו בנושא הספציפי של הסכסוך, על מעמדו המקצועי הבכיר, בדרך כלל המשפטי, ועל היכרותו העמוקה את התיק.⁴⁸ ממקום זה הוא עוסק בניחות התיק, בהעלאת ספקות באשר לאפשרויות ההוכחה של המתווה העובדתי הנטען, בליבון נקודות חולשה וחוזק בטיעון המשפטי,⁴⁹ בהערכת התוצאה הצפויה במשפט⁵⁰ ובהצעת פתרונות פשרה משלו לסיום הסכסוך. לעומת הפישור, הבנוי בעיקרו על שיח של זכויות, בגישור השיח הוא שיח של צרכים (אינטרסים), תחושות ואילוצים. במקרים

44 למשל, כאשר מועלית לדיון בגישור אפשרות לחידוש יחסים שנפסקו או להבניה מחודשת שלהם או להקמת מיזם משותף. במקרים אלו דרושה נציגות שונה מזאת הנדרשת כדי להגיע לפשרה כספית. ראו: Mironi (לעיל, הערה 42).

45 על ההבחנה בין שיח של זכויות לשיח של אינטרסים ראו: William Ury, Jean Brett & Steve Goldberg, *Getting Disputes Resolved – Designing Systems to Cut Costs of Conflict* (1989) p. 41.

46 מה קרה? האם היה הסכם? האם הוא הופר? מה היו נסיבות ההפרה? האם נגרם נזק? האם עשו להקטנתו? אם לא, מדוע?

47 Leonard L. Riskin, "Mediation and Lawyers", 43 *OHIO ST. L. J.* (1982) 29, p. 43.

48 לכן הצדדים מעדיפים מפשרים שהם שופטים בדימוס ועורכי דין מנוסים.

49 Thomas W. Walde, "Proactive Mediation of International Business & Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management", 5 *BUSINESS L. INT'L* (2004) 99, p. 101.

50 אלעד פינקלשטיין, "הפרטה ורגולציה: ההסדרה המשפטית של הליך הגישור", עיוני משפט 30 (תשס"ח) 623, בעמ' 650.

מסוימים מתקיים גם שיח של זהות.⁵¹ לכן השיח נוטה להיות עמוק ורחב בהרבה, ולעתים אף מנותק לחלוטין מכתבי הטענות.⁵² בגישור באים לידי ביטוי האנשים והארגונים המעורבים בסכסוך בכוליות שלהם, במלוא הווייתם ומורכבותם.⁵³ כל צד לסכסוך מוזמן להתרכז בהבנת האחר וצרכיו כמי שראוי להכרה, להקשבה ולהתייחסות. עיקר הדיאלוג בגישור מתנהל בין הצדדים עצמם, והוא משתמש בשפה האופרטיבית והפשוטה של היחסים ושל פרטי הסיפור של הסכסוך ומקורותיו ללא הבניה, ניסוח מחדש ותרגום למפה המושגית המשפטית.⁵⁴ הצדדים המסוכסכים מדברים זה עם זה ולא זה על זה. המגשר מסייע לצדדים לנסח מחדש את סיפור הסכסוך ולהגדיר מחדש את הבעיה שביסודו.⁵⁵ למשל, תביעה בין צדדים למיזם משותף בגלל הפרה נטענת של ההסכם ביניהם, המבוססת על חילוקי דעות בנוגע לפירוש ההסכם, יכול שתהפך בידי מגשר מיומן לשיח בנושא עיצוב מחדש של הכללים המסדירים את שיתוף הפעולה בין הצדדים.⁵⁶

בגישור אין מתעלמים מן העבר; בחינתו דרושה וחיונית,⁵⁷ אך איננה מספיקה. עיקר השיח מתרכז בעתיד.⁵⁸ מהם הצרכים, האילוצים והמאויים של כל אחד מן הצדדים לסכסוך בטווח המידי, הבינוני והארוך. מאחר שהשיח הוא שיח של צרכים ולא שיח משפטי של זכויות,⁵⁹ המגשר אינו חייב להיות מומחה בתחום. די לו בהבנה כללית של

-
- 51 אבי שגיא, "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות", מחקרי משפט 16 (תש"ס) 37. אלברשטיין (לעיל, הערה 6) בעמ' 308-342.
- 52 לעתים מתקיים הליך גישור מבלי שהוגשו כלל כתבי טענות, ואז הכוונה היא למשל להתכתבות בין הצדדים.
- 53 אופי השיח תואם את הדיאלוג של "אני-אתה" בתורתו של בובר, שכן מתקיים מפגש עם עולם הרגשות, החוויות והרצונות של האחר. ראו: מרטין בובר, בסוד השיח: על האדם ועמידתו נוכח ההווה (תשמ"א) בעמ' 213-217.
- 54 Lynn Mather & Barbara Yngvesson, "Language, Audience and the Transformation of Disputes", 15 *LAW & SOC. REV.* (1981) 775, pp. 777, 780-781 (50) בעמ' 631.
- 55 מיכל אלברשטיין, "התנגדות לגישור: בין זכויות, תודעה משפטית ורב תרבותיות", מחקרי משפט כד (תשנ"ח) 373.
- 56 מבחינה זאת תהליך הגישור מביא לידי ביטוי את השאיפות של דיני החוזים החדשים. מנחם מאוטנר, "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים בישראל", עיוני משפט כט (תשנ"ה) 17, בעמ' 36; Walde (לעיל, הערה 49) בעמ' 101, 103.
- 57 ראו דיון חשוב בנושא התייחסות לעבר בתהליך הגישור: Carrie J. Menkel-Meadow, "Remembrance of Things Past? The Relationship of Past to Future in Pursuing Justice in Mediation", 5 *CARDOZO J. CONF. RES.* (2004) 96 pp. 101-111.
- 58 שם, בעמ' 98.
- 59 הוויכוח בשאלה אם הצדק של התוצאה המוסכמת צריך לשקף את התוצאות הצפויות בבית המשפט משקף את הוויכוח בין הפישור, המדגיש שיח של זכויות, לבין הגישור, המדגיש שיח של צרכים וזהות. ראו: שם, בעמ' 99.

נושא הסכסוך ובהכרה של התיק, שאיננה בהכרח עמוקה, של המתווה העובדתי השנוי במחלוקת ושל הטענות המשפטיות. לעומת המפשר המגשר ממעט לעסוק בתיק ולהתעמק בו. הוא מסתמך על מומחיותו בהבניית המשא ומתן ומתרכז בהעצמת הצדדים ובהבאתם לשנות את דפוסי השיח והתקשורת ביניהם ולשתף פעולה בתהליכי החיפוש אחר פתרונות.

3. התוצאה

בפישור, כמו גם בגישור, התוצאה היא פרי הסכמה של הצדדים. אולם לבד מזאת אין כל דמיון בין שני התהליכים באופי התוצאה המושגת בכל אחד מהם מבחינת תוכן התוצאה, תהליך עיצובה ואיכותה.

בפישור ההסכמה המושגת מכוונת לשקף את ההסתברות באשר לתוצאה הצפויה בהתדיינות, אילו התקיימה, כשהיא משוקללת בזמן ובהוצאות הנחסכות. מאחר שהתוצאה היא פשרה, הפתרון המוסכם מבטא "חלוקת ערך" מבחינה כמותית, והוא מוגבל בדרך כלל לסעדים הניתנים בבית משפט, מבחינה איכותית. לפיכך התוצאה המוסכמת בפישור תהיה ממוקמת בדרך כלל על הקו הרעיוני המחבר את עמדות הצדדים בתיק או בסמיכות לו. מכאן נגזר השם פשרה.

בגישור, שהוא בעיקרו שיח עמוק ורחב של צרכים, התוצאה המוסכמת נמצאת מחוץ לקו הרעיוני המחבר את עמדות הצדדים בתיק, לעתים במרחק רב במרחב (פתרון במעלה השנייה).⁶⁰

הנחת המוצא בגישור היא שפשרה, אפילו היא מוסכמת, יכולה להיות גרועה לאחד הצדדים או לשניהם (sub optimal solution).⁶¹ ההסכמה בגישור איננה מתיימרת כלל לבטא את התוצאה הצפויה בהתדיינות אם הגישור לא יסתיים בהסכם אלא מנסה "לייצר ערך"⁶² – להגדיל את העוגה במקום לחלקה. לכן התוצאה המוסכמת בגישור בנויה במקרים רבים על פתרון יצירתי, מבוסס-צרכים, שאינו מתוחם בסעדים המוגבלים של בית המשפט,⁶³ והוא פרי החיפוש, הגילוי והאדריכלות של הצדדים.

60 ראו: פאול ואצלאוויק, גרין ויקלנד וריצ'רד פיש, שינוי: עקרונות של יצירת בעיות ופתרון בעיות (תשל"ט).

61 הדוגמה הידועה בספרות לפתרון מוסכם של פשרה קלאסית, אשר תוצאותיה רעות לשני הצדדים ורחוקה מלהיות אופטימלית, בהתחשב בצרכים שלהם, היא משל התפוז. ראו: יורם אלרואי, "יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת", המשפט 1 (תשנ"ג) 311, בעמ' 322; Carrie Menkel-Meadow, Lela Porter Love & Andrea Kupfer Schneider (לעיל, הערה 7) בעמ' 61; Roger Fisher & William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving in* (Bruce Patton- ed., 1991) p. 57.

62 Carrie Menkel-Meadow, Lela Porter Love & Andrea Kupfer Schneider (לעיל, הערה 7), בעמ' 60.

63 Thomas O. Main, "ADR: The New Equity", 74 *UNIV. CINCINNATI L. REV.* (2005) 329; Robert B. Moberly & Judith Kilpatrick, "Introduction: The Arkansas Law Review

4. השפעה על הצדדים לסכסוך

בתהליך הפישור, האמור להיות כלי יעיל ומהיר לסיום התיק, ואשר בו מככבים באי כוח הצדדים,⁶⁴ היחסים השוררים בין הצדדים לסכסוך בעת תחילת הפישור נשארים ללא שינוי. כך גם השקפותיהם ותפיסת עולמם של הצדדים עצמם. השיעור היחיד שאותו לומדים הצדדים מהחווייה שעברו בתהליך הפישור הוא שלעתים כדאי לסגת מעמדות ולוותר על חלק מהדרישות המקוריות כדי להגיע להסכמה. פרט לכך הצדדים אינם לומדים דבר ואינם שוכחים דבר הנוגע לסכסוך וביחס לעצמם. תהליך הפישור הוא ממוקד-תוצאה. ככזה הוא חף מכל יומרה לשפר את היחסים, שנעכרו בגלל הסכסוך, או להעניק לצדדים כישורים חדשים ולשכלל את המטען האישי שעמו הם יוצאים מהתהליך. הפישור אינו מנסה ליצור טרנספורמציה, קרי להשפיע על התפיסות והיכולות האישיות של המשתתפים בתהליך או על התרבות הארגונית של הארגון או הארגונים שהם צד לסכסוך.

לעומת זאת גישור הוא ממוקד-תהליך. עם מטרותיו העיקריות נמנות הבטחת ההתפתחות והצמיחה האישית⁶⁵ של הצדדים המעורבים וטרנספורמציה או שיפור של היחסים ביניהם.⁶⁶ בתהליך הגישור טבועה יומרה להעצים את הצדדים;⁶⁷ לבנות את

Symposium on Alternative Dispute Resolution”, 54 *ARK. L. REV.* (2001) 161, p. 167; Jennie Kihnley, “Unraveling the Ivory Fabric: Institutional Obstacles to the Handling of Sexual Harassment Complaints”, 25 *LAW & SOC. INQUIRY* (2000) 69, pp. 71-72 (“The parties can attain ‘extralegal justice’ due to the flexibility of ADR, which allows for a wider range of problems and remedies than litigation” (citing Lauren B. Edelman, Howard S. Erlanger & John Lande, “Internal Dispute Resolution: The Transformation of Civil Rights in the Workplace”, 27 *LAW & SOC’Y REV.* (1993) 497, p. 503); Edward J. Bergman & John G. Bickerman, *Court Annexed Mediation: Critical Perspectives on Selected State and Federal Programs* (1998) (למענה כי המאפיין המרכזי של הליך ADR מוצלח הינו פתרונות יצירתיים, שאינם יכולים להתקבל במסגרת קשת הסעדים האפשרית בבתי משפט); Kenneth R. Fienberg, “Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution”, 16 *PEPP. L. REV.* (1989) S5, S5-S7; Eve Hill, “Alternative Dispute Resolution in a Feminist Voice”, 5 *OHIO ST. ON DISP. RESOL.* (1990) 337, p. 340.

טבעי לאור העובדה שהשיח עם המפשר הוא שיח משפטי של זכויות. 64

Omer Shapira, “Joining Forces in Search for Answers: The Use of Therapeutic Jurisprudence in the Realm of Mediation Ethics”, 2 *PEPP. DISP. RESOL. L. J.* (2008) 243, p. 247. 65

Robert A. Baruch Bush, “‘What Do We Need a Mediator For?’ Mediation’s as ‘Value Added’ for Negotiators”, 12 *OHIO ST. J. ON DISP. RESOL.* (1996) 1, pp. 28-29; Philip D. Gould & Patricia H. Murell, “Therapeutic Jurisprudence and Cognitive Complexity: An Overview”, 29 *FORDHAM URB. L. J.* (2002) 2117, p. 2124 (“A highly desirable therapeutic outcome is one in which the parties learn how to preserve their existing 66

ביטחונם העצמי ואת אמונתם בעצמם ובאחרים;⁶⁸ לפתח את יכולתם להבנה הדדית ולהתחשבות הדדית,⁶⁹ להכיר באפשרות קיומו של סיפור אחר⁷⁰ ולהכיר בצורכי הצד שכנגד;⁷¹ לשנות את תרבות השיח שלהם ולהכניס לטפל טוב יותר בחילוקי דעות עתידיים ביניהם ובין אחרים.⁷²

הגישור שואף "לייצר ערך" חדש גם במישור היחסים בין הצדדים ולא רק במישור התוצאה. הכוונה היא שהגישור שואף לסייע לצדדים הנתונים בסכסוך לשבור מושגים מכלילים וסטיגמות, להחזיר את עטרת היחסים ליושנה ולתקן את מערכת הדימויים השלילית אשר נבנתה לאחר וטופחה בתהליך הדמוניזציה וההסלמה שחווים צדדים לסכסוך,⁷³ ואשר הועצמה והוקצנה בגלל אופיו האדוורסרי של ההליך השיפוטי.⁷⁴ יש הסוברים כי השינויים שחווים הצדדים במהלך הגישור הם המסר העיקרי וההצדקה לקיומו, שכן תהליך הגישור מייצר תפוקות סגוליות השונות ביסודן משלוש האטרנטיבות: השפיטה לסוגיה השונים,⁷⁵ הליכי המשא ומתן לפשרה, המתנהלים בין

relationship while also learning how to resolve their future conflicts without repetitive judicial intervention". (quoting Natalie Des Rosiers, "From Telling to Listening: A Therapeutic Analysis of the Role of Courts in Minority-Majority Conflicts", 37 *CT. REV.* (2000) 54, p. 56).

Sara Cobb, "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective", 9 *NEGOTIATION J.* (1993) 245; Janet Kelly Moen et al, "Identifying Opportunities for Empowerment and Recognition", *Designing Mediation: Approaches to Training and Practice within a Transformative Framework* (Joseph P. Folger & Robert A. Baruch Bush- ed., 2001) 112, pp. 112-132; Nancy E. Welsh, "The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalism?", 6 *HARV. NEGOT. L. REV.* (2001) 1, pp. 3, 5-21.

Robert A. Baruch Bush & Sally Ganong Pope, "Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation", 33 *PEPP. DISP. RESOL. L. J.* (2002) 67

; Lon L. Fuller, "Mediation – Its Forms and Functions", 44 *S. CAL. L. REV.* (1971) 305 69 פינקלשטיין (לעיל, הערה 50) בעמ' 630-631.

Toran Hansen, "The Narrative Approach to Mediation", 4 *PEPP. DISP. RESOL. L. J.* (2004) 297 70 ולעתים אף לנסות ולעצב סיפור משותף – גישור נרטיבי. ראו:

Ellen A. Waldman, "The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence", 82 *MARQ. L. REV.* (1998) 155, p. 161 71

Philip D. Gould & Patricia H. Murell (לעיל, הערה 66). 72

Bush & Pope; נחי אלון וחיים עומר, השטן שבינינו: מדמוניזציה להידברות (תשס"ה); 73 (לעיל, הערה 68) בעמ' 74-75.

Kenneth Cloke, *Mediating Dangerously: The Frontiers of Conflict Resolution* (2001) 74 (לעיל, הערה 8). Bush, "Mediation and Adjudication" 75

הצדדים או בין באי כוחם לפני ההליכים המשפטיים ובמהלכם⁷⁶ והפישור. ככזה, רק לגישור יש פוטנציאל לשרת גם ערך חברתי⁷⁷ וגם ערך אישי חשוב לצדדים לסכסוך.⁷⁸ בטווח המידי שיפור תוצאות המשא ומתן על ידי יצירת פתרונות מבוססי-צרכים שיש בהם משום "הגדלת עוגה", להבדיל מחלוקתה, ושיפור היחסים; בטווח הבינוני והארוך צמיחה, הקניית כישורים חדשים וביטחון עצמי.

5. תפיסת התפקיד של הצד השלישי

בפישור ההנחה הבסיסית היא שהמפשר מביא לחדר מומחיות, ידע, חכמה וניסיון העולים על אלו של הצדדים. הניטרליות, המעמד הנישא ויתרון הידע מאפשרים למפשר להצביע על פרצות במתווה העובדתית ובטיעונים המשפטיים, להעריך מה יקרה במשפט, להביע דעה על מה צודק או הוגן בנסיבות, להציע פתרון של פשרה ולשכנע את הצדדים, לעתים תוך הפעלת לחץ,⁷⁹ לקבלו. זאת הסיבה ששופטים בדימוס ועורכי דין בעלי שם ככלל ובלטיגציה בפרט יעילים ופופולריים מאוד כמפשרים.

המגשר מגיע לחדר הגישור ממקום צנוע יותר. הנחת העבודה שלו הפוכה משל המפשר. המומחיות, הידע והניסיון של הצדדים בכל הקשור לסכסוך עולים על אלו של המגשר, שהינו מבקר ספורדי. הצדדים לסכסוך מכירים טוב יותר מן המגשר את הסביבה שבה צמח הסכסוך, על כל היבטיה (העסקיים, הכלכליים, הארגוניים, האישיים, והפוליטיים). הם גם מיטיבים להכיר את עצמם, את הצד או הצדדים האחרים ואת מערכת היחסים שביניהם בעבר ובהווה. הצדדים יודעים היטב, ודאי טוב מן המגשר, מהם הצרכים שלהם,⁸⁰ מה נכון ומה הוגן מבחינתם לעשות ועל סמך אילו רעיונות אפשר

76 Bush (לעיל, הערה 66).

77 Leonard L. Riskin, "Mediation and Lawyers", 43 *OHIO ST. L. J.* (1982) 29; Carrie Menkel-Meadow, "For and Against Settlement: Uses and Abuses of Mandatory Settlement Conferences", 33 *UCLA L. REV.* (1985) 485.

78 לדעת בוש, כדי שהצדדים יבחרו בגישור או ישתפו פעולה במצב של גישור חובה, עליהם להיות משוכנעים כי לגישור יש ערך אישי לגביהם ולא רק ערך חברתי. Bush, "Transformative Mediation" (לעיל, הערה 8), בעמ' 1 (הערה 1).

79 Deborah M. Kolb & Kenneth Kressel, "Conclusion: The Realities of Making Talk Work", *When Talk Works: Profiles of Mediators* (Deborah M. Kolb & Assocs. – Ed., 1994) 459; James J. Alfani, "Trashing, Bashing and Hashing It Out: Is This the End of 'Good Mediation'?", 19 *FLA. ST. U. L. REV.* (1991) 47, pp. 68-71.

80 כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית (תשס"ז). Leonard L. Riskin and James F. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers* (2nd ed. Kovach; Abr. 1998) p. 2 (לעיל, הערה 8) בעמ' 58. זה שנים רבות מקפידים מגשרים להדגיש שלצדדים עצמם חלק פעיל בהליך הגישור. עם הנימוקים הרבים לכך אפשר למנות את: החשיבות שבשליטה על הסכסוך, הצורך להישמע, העובדה שהצדדים עצמם מיטיבים להכיר את הרקע לסכסוך ופתרונות אפשריים, ולבסוף – הניסיון שמלמד כי אנשים נוטים יותר לציית להסכם אם הם עצמם השתתפו בגיבושו. רבים מהנימוקים הם חלק מהרכיב של "הגדרה עצמית", בהליך הגישור; Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H.

לבנות פתרון יצירתי. המגשר אינו אמור להביע את דעתו על הסכסוך, על עמדות הצדדים או על התוצאות הצפויות בהתדיינות. הוא גם אמור להימנע מהצעת פתרונות משלו או למעט בהצעתם. כל שנדרש ממנו הוא לבנות בשביל הצדדים מרחב מוגן⁸¹ ולשפר את הדיאלוג ביניהם. בעקבות זאת יוכלו הצדדים לזהות ולחשוף באין חשש את עצמם – את רגשותיהם ואת הצרכים שלהם – ולהקשיב בפניות ומתוך רצון להבין את קולו וסיפורו של האחר. בה בעת יסייע הדבר לצדדים לנהל משא ומתן המתאפיין בפתיחות, בהזדמנות לסיעור מוחות, בחיפוש משותף אחר פתרונות מבוססי-צרכים, וביצירתיות.

6. אופי הישיבות הנפרדות ומטרותן

פגישות נפרדות עם הצדדים או עם יחידים הצדדים הן יסוד משותף לפישור ולגישור. הן נחשבות לא רק לגיטימיות אלא גם כלי עבודה חשוב.⁸² בשני התהליכים הישיבות הנפרדות מסייעות לנהל את המשא ומתן הפנים-ארגוני בתוך צוות המשא ומתן, לרבות את המשא ומתן במשולש היחסים: מפשר/מגשר-עורך דין-לקוח. פרט לכך הישיבות הנפרדות משמשות למטרות שונות בפישור ובגישור.

מאחר שהפישור מתאפיין בשיח של זכויות המתמקד בעמדות הצדדים, הישיבות הנפרדות משמשות בדרך כלל למשימות האלה: (1) בירור סוגיות משפטיות, ליבון שאלות, ניתוחן ומתן הערכה אשר המפשר או הצדדים אינם חפצים לשמוע ולהשמיע בפגישה משותפת; (2) בירור סדר הקדימויות האמתי והקווים האדומים של הצדדים; (3) דיונים שמטרתם שינוי עמדות והנמכת ציפיות, בעיקר על ידי בוחן מציאות; (3) התמודדות עם חלק⁸³ מן החסמים הקוגניטיביים⁸⁴ של הצדדים, כמו "מסגור"⁸⁵,

Rogers & Sarah Rudolph, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes* (1999) p. 8 ("To encourage resolutions that were suited to the parties' needs...To restore the influence of neighborhood and community values and the cohesiveness of communities.")

81 יש הרואים בכך היבט טיפולי של הגישור, במובן זה שהגישור יכול לאפשר לצדדים ליהנות מהיתרונות הטיפוליים הטמונים בשיחה אמיתית ביניהם בסביבה פתוחה, שבה כל צד יכול להשמיע ולהישמע. Andrea Kupfer Schneider, "The Intersection of Therapeutic Jurisprudence, Preventive Law and Alternative Dispute Resolution", 5 *PSYCH. PUB. POL'Y & L* (1999) 1084, pp. 1085-1087

82 ראוי לציין שאין תמימות דעים בעניין מידת הלגיטימיות של הפגישות הנפרדות ובעניין ההיקף הרצוי שלהן. בחיבור שהתפרסם לאחרונה נטען כי הפגישות הנפרדות פוגעות בהעצמה של הצדדים ומהוות כר פורה למניפולציות של המפשר או המגשר. ראו: Gary Friedman & Jack Himmelstein, *Challenging Conflict: Mediation Through Understanding* (2009) p. 11; Harold I. Abramson, *Mediation Representation: Advocating in a Problem Solving Process* (2004) p. 206

83 השיח הפישורי אינו ערוך להתמודדות עם חלק מן החסמים הקוגניטיביים.

"אופטימיות-יתר",⁸⁶ ובעיקר "הפחתת ערך",⁸⁷ אשר נוטה להתעצם במשא ומתן תחרותי ובמצבים של רמת אמון נמוכה בין הצדדים; (4) העלאה דיון, כהצעות של המפשר, הצעות פשרה שהצד המציע חושש להעלותן בעצמו כדי לא להיתפס כחלש; (5) לאפשר למפשר עצמו לנהל משא ומתן על עמדות – המלווה לעתים בהפעלת לחץ⁸⁸ – עם הצדדים.⁸⁹

בתהליך הגישור המגשר מנסה לבנות מסגרת של שיח פתוח ומבוסס-צרכים הצופה פני עתיד ולעודד את הצדדים להשתתף ולשתף פעולה בחיפוש אחר פתרונות ובקבלת החלטות. הבניית השיח ושיתוף הפעולה נועדו "להזמין" את הצדדים לנטוש את המודל התחרותי ולנהל את המשא ומתן ביניהם בפתיחות מרבית ובאמון. זאת כדי להתגבר על החסמים האסטרטגיים⁹⁰ ועל אותם חסמים קוגניטיביים רלוונטיים שאינם מטופלים בשיח הפישורי.⁹¹

- 84 על חסמים קוגניטיביים ראו: Margaret N. Neal & Max H. Bazerman, *Cognition and Rationality in Negotiation* (1991) pp. 41-43; Daniel Kahneman & Amos Tversky, "Conflict Resolution: A Cognitive Perspective", *Barriers to Conflict Resolution* Max H. Bazerman & J.S. (להלן – Barriers) (Kenneth J. Arrow et. Al.- eds., 1995) Carroll, "Negotiator Cognition", 9 *Research in Organizational Behavior* (1987) 247; Lee Ross, "Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution", *BARRIERS* .p. 26
- 85 הכוונה היא שהצדדים מתייחסים לשתי תוצאות אפשריות או הצעות זהות באופן שונה: אחת מוצגת כוודאית והאחרת כמסתברת. Robert H. Mnookin & Lee Ross, Neale & Bazerman (לעיל, הערה 84); Kahneman & Tversky; "Introduction", *Barriers* pp. 3, 16-17 Russell Korobkin & Chris Guthrie, בעמ' 48-44 "Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach", 93 *Mich. L. Rev.* (1994) 407, p. 109
- 86 Mnookin & Ross (לעיל, הערה 85) בעמ' 18-17; Kahneman & Tversky (לעיל, הערה 84) בעמ' 50-46.
- 87 הכוונה היא שצדדים במשא ומתן נוטים להפריז בהערכת הקרבן אשר אותו הם מקריבים בהעלאת הצעה, ולעומת זאת להפחית בערכה של הצעה שהם מקבלים מהצד האחר. ראו: Robert H. Mnookin, "Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict", 8 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (1993) 235, pp. 247-246; Mnookin & Ross (לעיל, הערה 85); Korobkin & Guthrie (לעיל, הערה 85), בעמ' 160-150.
- 88 Kenneth Kressel, "Mediation", *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* (Morton Deutsch & Peter T. Coleman – eds., 2000) pp. 534-535
- 89 James C. Freund, *The Neutral Negotiator – Why and How Mediation can Resolve Dollar Disputes* (1994); Susan S. Silbey & Sally E. Merry, "Mediator Settlement Strategies", 8 *LAW & POLY* (1986) 7
- 90 על חסמים אסטרטגיים הפוגעים במשא ומתן ראו: Robert H. Mnookin (לעיל, הערה 87); David A. Lax & James K. Sebenius, *The Manager as Negotiator: Bargaining for*

הישיבות הנפרדות עם הצדדים מאפשרות למגשר לוודא ולתחזק את כללי השיח או המשא ומתן החדשים. כמו כן הן משמשות את המגשר לצרכים אחרים, ובהם אלה: (1) לבחון את האפשרות להרחיב את הזירה של השיח מבחינת נושאים, משתתפים ובעלי עניין, ולחשוף רבדים נוספים אשר עשויים לתרום למציאת פתרון מוסכם; (2) ליצור היכרות וקשר אישי עמוק יותר של המגשר עם כל אחד מהצדדים על מרכיביהם ומורכבותם; (3) להעצים את הצדדים ולעזור להם לברר לעצמם מהם הצרכים האמתיים שלהם ומה ההיתכנות להשיגם במסגרת הגישור; (4) לאפשר למגשר להעמיק את הבנתו באשר למערך הרגשות, הערכים, הצרכים, התקוות, ההנחות, החששות, העכבות, המשאבים והאילווצים של כל אחד מן הצדדים; (5) לסייע לכל צד בסיעור מוחות לצורך העלאת פתרונות יצירתיים שיספקו את הצרכים שלו ושל הצד האחר; (6) להעלות לבדיקה, כהצעות של המגשר, רעיונות לפתרון אשר למרות כללי השיח החדשים הצד המציע חושש להעלותם בעצמו בגלל מידת החדשנות או הנועזות שלהם, או כמו בפישור – בגלל החשש להיראות חלש או להוט מדי.

7. זמן ועלויות

אם קנה המידה להצלחה הוא "סגירת התיק"⁹², מבחינה כלכלית הפישור נחשב דרך יעילה יותר מן הגישור לסיום התיק בהסכם. בגלל מאפיינים כגון הפוקוס הצר, אופי השיח והמטרות המוגבלות, מבחינת התהליכים שעוברים הצדדים וסוג התוצאות, תהליך הפישור דורש השקעת זמן קצרה יחסית ועלותו נמוכה מזו של הגישור.⁹³ באנגליה למשל, אשר בה שולט מודל הפישור, שכר המפשר מחושב לפי יום ולא שעה, ונדיר

91 Bush ; *Cooperation and Competitive Gain* (1986) pp. 29-40 (לעיל, הערה 66), בעמ' 11-8; אלברשטיין (לעיל, הערה 6).

92 כגון: דרישת ההוגנות (אי-הסתפקות בתוצאה טובה באופן מוחלט אלא כזאת שהיא פרופורציונלית לעוול שנגרם על ידי התנהגות הצד השני בעבר). ראו: Mnookin & Ross (לעיל, הערה 85) בעמ' 13-11; "The Role of Fairness Considerations and Relationships in a Judgmental Perspective of Negotiation", *Barriers* p. 86; ייחוס שגוי (חוסר היכולת להאמין כי אופן ההתנהגות וההצעות של צד ב נובעות מאילווצים מצביים אמתיים, ולא מתוך כוונה רעה, ובאותה עת ייחוס כוונה תמימה לאופן ההתנהגות ולהצעות של צד א). ראו: Mnookin & Ross (לעיל, הערה 85) בעמ' 15-13.

93 הכוונה הן לתיק שנשלח לפישור מבית המשפט והן לחילוקי דעות שאם לא היו נפתרים בהסכמה במהלך הפישור, היו הופכים לתיק בבית המשפט או בבוררות.

94 זאת ועוד, בתי המשפט ובתי הדין מציעים שירותי פישור פנימי ללא כל תשלום. שיעורי הסירוב לפנייה לפישור פנימי נמוכים בהרבה משיעורי הסירוב לפנייה לפישור או לגישור חיצוני. הסבר מתבקש ביותר לפער זה הוא כי כשמדובר בפישור או בגישור חיצוני, העלויות מושתות על הצדדים. ראו להלן, הערות 171-172.

שתהליך הפישור עצמו, קרי המפגש בין הצדדים, באי כוחם והמפשר, יימשך מעל ליום אחד.⁹⁴

לעומת זאת בתהליך הגישור התכלית איננה השגת הסכמה בדרך המהירה, הזולה והיעילה ביותר. לדרך ולמסע שעושים וחווים הצדדים⁹⁵ בסיוע המגשר יש חשיבות תכליתית עצמאית. מטבעם של תהליכים כמו הקשבה אקטיבית, הכלה, העצמה, בנייה מחדש של ביטחון ואמון הדדי, שיקום יחסים שנפגעו, הבשלה והכרה, שהם צורכים זמן וסבלנות. גם החיפוש אחר פתרון מוסכם שאיננו פשרה כספית אלא פתרון יצירתי מבוסס-צרכים, שיש בו משום "הגדלת ערך" ולא "חלוקת ערך", יישוב הסכסוך, ולא "סגירת התיק", דורש תשומות זמן אחרות. המגשר נדרש לנהל שיח עמוק ורחב עם הצדדים, ולעיתים עם יחידים הצדדים, לצורך חשיפת צרכים, ולכמה ישיבות, אשר במהלכן וביניהן תתאפשר לצדדים שהות לסייעור מוחות כדי להעלות פתרונות שיענו על הצרכים המשותפים והשונים של הצדדים לסכסוך, לבחינת היתכנותם של הפתרונות, לעיצובם ולעיבודם להסכמה קונקרטית. לכן לעומת הפישור תהליך הגישור אינו סוגר את התיק במהירות ובזול אלא נוטה להתפרס על פני תקופה ארוכה יותר ולדרוש השקעת זמן ומשאבים רבים יותר.

לסיכום, תהליך הגישור ותהליך הפישור חולקים יחדיו ארבעה יסודות משותפים: מעורבות של צד שלישי כלשהו, רצוניות והסכמה, סודיות ואפשרות לקיום פגישות נפרדות של הצד השלישי עם הצדדים ועם יחידים הצדדים. פרט לארבעת היסודות הללו תהליך הגישור שונה מתהליך הפישור בשבעת המאפיינים המרכזיים האלה: (1) המשתתפים והתפקידים שהם ממלאים, (2) אופי השיח; (3) התוצאה המהותית; (4) פוטנציאל ההשפעה והטרנספורמציה על היחסים בין הצדדים לסכסוך ועל הצדדים עצמם; (5) תפיסת התפקיד של הצד השלישי; (6) האופי והמטרות של הישיבות הנפרדות; (7) משך הזמן והעלויות של התהליך. המסקנה העולה מן הדברים היא שאף

94 מאחר שמדובר בפישור, הדורש שליטה מוחלטת של המפשר בעובדות השנויות במחלוקת ובטיעונים המשפטיים בתיק, החיוב בתיקים גדולים הוא בדרך כלל בעבור יומיים, שכן ליום הישיבות מתווסף לפחות יום אחד של הכנה.

95 הרעיון מזכיר את שירו הקלאסי של המשורר היווני קונסטנדינוס קוואפיס "בדרך לאיתקה":
 "...וכל הזמן חשב על איתקה.
 כי ייעודך הוא להגיע שמה.
 אך אל לך להחיש את מסעך
 מוטב שיימשך שנים רבות.
 שתגיע אל האי שלך זקן
 עשיר בכל מה שרכשת בדרך.
 אל תצפה שאיתקה תעניק לך עשר.
 איתקה העניקה לך מסע יפה
 אלמלא היא לא היית כלל יוצא לדרך.
 יותר מזה היא לא תוכל לתת".

קונסטנדינוס קוואפיס, כל השירים 1891–1933 (יורם בורנובסקי מתרגם, תשנ"ה) 48.

עלפי שהגישור נתפס כמושג מכיל, גמיש ודינמי, כתהליך הפישור איננו סוג של גישור. הפישור הוא תהליך בעל מטרות, תפוקות, מבנה, מאפיינים וכללי התנהגות ושיח שונים מאלה של הגישור.

ב. הבשורה של הגישור היא הדרך

נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט ברק ראה בקידום רעיון הגישור משימה לאומית. בדבריו בכינוס הקמת עמותת מגשרי ישראל הצהיר הנשיא דאז ברק על העדפתו לחיות בחברה שמיישבת את סכסוכיה בהסכמה על פני חברה שמיישבת את סכסוכיה בעזרת כוח, וכי לגבי דידו הכרעה שיפוטית היא סוג של הפעלת כוח.⁹⁶ אמנם הכוח הוא של הריבון והוא מופעל לפי כללים מהותיים ופרוצדורליים הקבועים בחוק, אך הוא איננו יכול להחליף את הערך החברתי העליון של ההסכמה.

לכאורה, שני התהליכים מושא מאמר זה – פישור וגישור – עומדים בדרישת ההסכמה. אולם כשהנשיא דאז ברק הכריז על הצורך לבנות חברה חדשה, כזאת המיישבת את סכסוכיה בהסכמה, ובה "אדם לאדם אדם", הוא כיוון לגישור ולא לפישור ולכן השתמש במכוון בביטוי "מהפכת הגישור".⁹⁷

מן ההיבט של יישוב סכסוכים והפחתת עומס התיקים התלויים ועומדים בבתי המשפט, דווקא הפישור הוא האמצעי היעיל, המהיר והזול לפתרון סכסוכים בהסכמה ולא הגישור. ברם לא לכך כוונו דבריו של הנשיא ברק, ולא לכך כוונו גם תקנות הגישור, שהותקנו בעקבות הנהגת תיקון מס' 15 לחוק בתי המשפט.⁹⁸ הנשיא ברק לא היה משתמש בביטוי "מהפכת הגישור" אילו הייתה הכוונה לפישור, משום שהפישור היה כבר אז מוסד עתיק יומין⁹⁹ וכן בית מקובל בבתי המשפט.¹⁰⁰ זאת אף זאת, לדברי הנשיא ברק, היה צורך חיוני בהנהגת הגישור אף אם בתי המשפט היו חסרי עבודה.¹⁰¹

96 ברק, "על הגישור" (לעיל, הערה 39).

97 מעניין כי "המהפכה החוקתית" או מהפכת הזכויות החוקתיות ו"מהפכת הגישור" יצאו לדרך בערך באותו זמן אף על פי שהן משקפות שתי תפיסות עולם מנוגדות באשר לתפקידו של המשפט. ראו: אלברשטיין (לעיל, הערה 55) בעמ' 380-390.

98 אמנם בהצעת החוק שהוגשה לכנסת בשנת 1992 דובר על דרכים להפחתת העומס המוטל על בתי המשפט על ידי העשרת תפריט הכלים לפתרון סכסוכים (הצעת תיקון מס' 15 לחוק בתי המשפט, בעמ' 322), ולכן אין זה פלא שנוסף על הפישור כללה הרשימה גם בורות ופסיקה לפשרה. אולם כבר מנוסח התקנות עולה הכוונה לגישור ולא לפישור. תקנה 5(ז) לתקנות הגישור אוסרת על המגשר ליתן חוות דעת מקצועית על שאלה שעלתה במהלך הגישור, אף אם השאלה היא בתחום מומחיותו. כידוע, הערכה וחיווי דעה הם מכשירים חשובים בפישור, ומקומם לא ימצא בגישור.

99 טירקל (לעיל, הערה 27).

הסיבה להעדפה החברתית של הגישור על פני הפישור איננה יכולה להיות קשורה ביסוד ההסכמה; אף לא באיכות ההסכמה (הסכמה מדעת)¹⁰² הקיימים בשני התהליכים (פישור וגישור) אלא בדרך אל ההסכמה. היא קשורה בדרגת השליטה, המעורבות והאחריות שיש לצדדים עצמם ולא לבאי כוחם או לצד השלישי. כמו כן היא קשורה בשיח, בתהליך של עיצוב הפתרון המוסכם ובקבלת החלטות.¹⁰³ האוטונומיה של הצדדים¹⁰⁴ היא הפרדיגמה של הגישור.

100 אלרואי (לעיל, הערה 26); אלרואי (לעיל, הערה 61); חוות דעת הנציבה (לעיל, הערה 29); מוסד הפשרה עוגן כבר בחוק שופטי השלום העותומני משנת 1913. סעיף 14 לחוק העותומני קובע: "כתום כל הפעולות הנזכרות לעיל, יזמין השופט אליו גם את התובע וישתדל לפשר בין הצדדים, ואם הצליח להביא אותם לידי פשרה בהתאם לתנאיה החוקיים, יצווה את הסופר להכין כתב פשרה שיקראוהו בפני שני הצדדים, ואם היו הערות יתקנו את נסחו בהתאם לדרישה, ואחרי זה שב וקורא השופט באזניהם את כתב הפשרה השלם, באולם בית המשפט ובנוכחות שני הצדדים בהטעמה ובצחות לשון (!) אחרי כלות הקריאה, יזמין השופט את הצדדים להתום עליו בכתב יד, או בחותמת או בהטבעת סמן, ויוסיף כתב הפשרה הערה מצדו על אישור הפשרה שנעשתה ויזכיר את תאריך סיום הכתיבה בפשרה יחתם בעצם ידו של השופט ויושם עליו חותם בית המשפט הרשמי ויחתם ע"י הסופר". מצוטט אצל יעקב בזק, "יישוב סכסוכים משפטיים בדרך של פשרה", הפרקליט כז (תשל"ט) 325. בתקופה שבין 12.2.1971 ל-31.3.1971 79.2% מפסקי הדין הסתיימו ללא הגשת הגנה מן הצד שכנגד. מבין 20% הנותרים כחצי נסגרו בפשרה שהושגה בהתערבות פעילה מצד בית המשפט. שם, בעמ' 238-329. ראו גם: רע"א 287/88 מנוף סינגל חברה לפיננסים והשקעות בע"מ נ' סליימה, פ"ד מד(3) 758, בעמ' 761: "מטבעה של פשרה שלעיתים קרובות אין היא מושגת אלא בעזרתו של בית המשפט. בהבאת בעלי הדין לכלל פשרה יש שביית המשפט נותן ביטוי לתחושותיו הלכאוריות בהסבר, ולעתים אף בשכנוע לפשרה המומלצת על ידיו. ומעשים בכל יום, שתוך הצעת פשרה מביע בית המשפט דעה זו או אחרת על סיכויי התביעה וההגנה..."

101 ברק, "שערי משפט" (לעיל, הערה 39) בעמ' 10.

102 אורנה דויטש, "על 'הסכמה מדעת' בתהליך הגישור", שערי משפט ג (תשס"ב) 47, בעמ' Jacqueline M. Nolan-Haley, "Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decision Making", 74 *NOTRE DAME L. REV.* (1999) 775; Lela P. Love & John W. Cooley, "The Intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warring the Unwary", 21 *OHIO ST. J. ON DISP. RESOL.* (2000) 45 לעמדה שלפיה ההסכמה בהליכים אלטרנטיביים לפתרון סכסוכים היא לעתים קרובות הסכמה כפויה, ראו: Owen Fiss, "Against Settlement", 93 *YALE L. J.* 1073, p. 1075 (1984).

103 Main (לעיל, הערה 63) בעמ' 374.

104 Jacqueline M. Nolan-Haley, "Court Mediation and the Search for Justice Through Law", 74 *WASH. U. L. Q.* (1996) 47; Clark Freshman, "Tweaking the Market for Autonomy: A Problem-Solving Perspective to Informed Consent in Arbitration", 56 *U. MIAMI L. REV.* (2002) 909; John Feerick, Carol Izumi, Kimberlee Kovach, Lela Love, Robert Moberly, Leonard Riskin & Edward Sherman, "Symposium: Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution", *J. Disp. Resol., Standard*

אמנם תהליך הגישור נבדל מתהליך הפישור גם בכך שבמהלך הגישור מתקיים שיח של צרכים וחיפוש אחר פתרונות יצירתיים, אולם אלה או חלקם יכולים למצוא לעתים את דרכם גם לתהליך הפישור. הבשורה העיקרית של הגישור קשורה באופן ההיכרות וההשתתפות של הצדדים עצמם בתהליך ובפיתוח האוטונומיה והיכולת האישית מזה ושל תהליכי החברות מזה.¹⁰⁵ ההבטחה של הגישור טמונה בהעצמת¹⁰⁶ הצדדים ובטיפוח כישורים וכלים שיאפשרו להם לא להיזקק בעתיד לסמכות חיצונית, ציבורית או אחרת המטפלת בסכסוכים. התהליך אמור ללמדם ליישב חילוקי דעות בדרכי שלום בכוחות עצמם, ממקום של ביטחון עצמי ביכולתם ומתוך הכרת¹⁰⁷ החשיבות של הבנת הצרכים שלהם ושל הצד האחר ומציאת פתרונות שיספקו צרכים אלו. ההתנסות בגישור היא הזדמנות לצמיחה. כאשר היא באה במסגרת של משבר ביחסים, היא מאפשרת בניית תפיסה חדשה ומשותפת של היחסים בין הצדדים.¹⁰⁸ לסיכום, מבחינה חברתית הגעה להסכם איננה המדד האמתי להצלחת תהליך הגישור. בממד החברתי-חינוכי-אישי העיקר בגישור היא הדרך שעושים הצדדים והאוטונומיה שלהם. אלו אמורים לייצר את הטרנספורמציה, אשר אותה עוברים הצדדים בכל הקשור לביטחונם העצמי ולאמונה ביכולתם לנהל את יחסיהם וסכסוכיהם מתוך

I (1995) 95; Rene L. Rimelspach, "Mediating Family Disputes in a World with Domestic Violence: How to Devise a Safe and Effective Court-Connected Mediation Program", 17 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2001) 95, p. 109 ("It is understood that a basic tenet of mediation is that the parties are autonomous and should have the ability to device their own agreement"); Nancy A. Welsh, "The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalism?", 6 *HARV. NEGOT. L. REV.* (2001) 1, pp. 7-8, 15-20; Kimberlee K. Kovach, "Good Faith in Mediation – Requested, Recommended or Required? A New Ethic", 38 *S. TEX. L. REV.* (1997) 575, p. 584; John D. Feerick, "Toward Uniform Standards of Conduct for Mediators", 38 *S. TEX. L. REV.* (1997) 455, p. 460; Donald T. Weckstein, "In Praise of Party Empowerment and of Mediator Activism", 33 *WILLAMETTE L. REV.* (1997) 501, p. 531.

Robert A. B. Bush, "Efficiency and Protection, or (לעיל, הערה 66); Empowerment and Recognition? The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation", 41 *FLA. L. REV.* (1989) 253; אורנה דויטש, "ההבטחה החברתית של הליך הפישור", עורך הדין 9 (תשנ"ט) 30.

Bush (לעיל, הערה 66); Bush & Folger (לעיל, הערה 105); Cobb (לעיל, הערה 67).

Bush (לעיל, הערה 66); Bush (לעיל, הערה 105); Folger & Bush (לעיל, הערה 8). Lon Fuller, "Mediation –Its Forms and Functions", 44 *S. C. L. REV.* (1971) 305, 108 p. 325.

דאגה לצרכים שלהם ולכיבוד צורכי האחר. העצמת הצדדים¹⁰⁹ והטרנספורמציה שהם חווים אמורות להעצים את הקהילה כולה¹¹⁰ ולחזק את החישוקים החברתיים שלה.¹¹¹

ג. מגבלות הפישור ויתרונותיו

על רקע הדברים שנאמרו בפרק הקודם ברור גם למה קיימת דעה נחרצת שעל פיה על המגשר להימנע לחלוטין מלחוות את דעתו ולספק לצדדים הערכה על המצב המשפטי או על מה נראה לו נכון, הוגן או צודק. בד בבד עליו למעט ככל האפשר בהעלאת הצעות משלו לפתרון הסכסוך.¹¹² ייתכן שאם היה עושה זאת, כפי שהדבר מקובל בתהליך הפישור, הוא היה מאיץ, מייעל ומוזיל את תהליך ההגעה להסכמה. אולם בכך היה מפריע בבניית האוטונומיה והביטחון העצמי של הצדדים.¹¹³ בכך היה פוגע בערכים המרכזיים שאותם הגישור אמור לקדם. פגיעות אלו מבליטות את המגבלות של הפישור ואת המסקנה שאין הוא מביא בשורה חברתית של ממש. גם ברמה האישית תהליך הפישור אינו מעניק יתרון של ממש לצדדים לסכסוך לעומת מצב שבו היו מנהלים משא ומתן ישיר בכוחות עצמם או באמצעות באי כוחם. מגבלות השיח הפישורי, שיפורטו להלן, גורמות לכך שפרט לנוכחותו של המפשר, ואולי בגללה, המשא ומתן בחדר הפישור סובל מאותם כשלים וחסמים כמו המשא ומתן הישיר.¹¹⁴

109 Main (לעיל, הערה 63) בעמ' 354.

110 Cobb (לעיל, הערה 67) בעמ' 246.

111 Bush, שיחה דמיוניות (imaginary conversation) (לעיל, הערה 8); Main (לעיל, הערה 63) בעמ' 357.

112 Lela P. Love, "The Top Ten Reasons why Mediators Should not Evaluate", 24 Fla. St. U. L. Rev. (1997) 937, p. 940.

113 ראו: הצעה מעניינת שלפיה יהיה אפשר לבטל הסכם שהושג בסוף תהליך של פישור משום שהצד המבקש לבטלו פעל על סמך הערכה שניתנה על ידי המפשר, אצל פינקלשטיין (לעיל, הערה 50) בעמ' 654-656; Love (לעיל, הערה 112); Maureen E. Laflin, "Preserving the integrity of Mediation through the Adoption of Ethical Rules for Lawyers-Mediators", 14 NOTRE DAME J. L. ETHICS & PUB. POLICY (2000) 479; E. Patrick McDermott & Roth Obar, "'What's Going on' in Mediation: An Empirical Analysis of the Influence of Mediators Style on Party Satisfaction and Monetary Benefit", 9 HARV. NEGOT. L. REV. (2004) 75, pp. 80-89.

114 אפשר להניח כי ברוב המקרים הפישור יביא להסכם. לפיכך המחיר של הכשלים והחסמים במשא ומתן, אשר עמם הפישור איננו ערוך להתמודד, הוא בכישלון להגיע להסכם שישקף תוצאות אופטימליות לשני הצדדים. Mnookin & Ross (לעיל, הערה 85) בעמ' 3-7.

(1) חסמים וכשלים והשיח הפישורי**1. חסימת נתיבי השיח**

במקום שהצדדים ידברו זה עם זה בפתחות על צורכיהם ועל יחסיהם, יפתחו הבנה והכרה הדדית ויחברו זה לזה לצורך עיצוב משותף של פתרון ובנייה מחדש של אמון הדדי ושל מרקם היחסים, שתפריזו נפרמו בעטיו של הסכסוך,¹¹⁵ בפישור הם מתמקדים בפנייה אל המפשר¹¹⁶ ומדברים זה על זה. בכוונתם לשכנע את המפשר בצדקת עמדתם ולהשפיע על שיפוטו והערכותיו באשר לסיכוייהם בהתדיינות ובאשר לפתרון ה"נכון" לסכסוך, כמו גם על גובה הפשרה שיציע. ברור גם שהשיח הופך אז להיות בעיקרו שיח של משפטנים, ובשיח הזה אין כמעט מקום ומרחב ביטוי לצדדים עצמם.

2. פגיעה בתשתית המידע

תשתית המידע אשר בעזרתו יוכלו הצדדים לשכלל את ההבנה והתובנות שיש לכל צד לגבי עצמו ולגבי האחר דורשת זרימה חופשית ומשוחחרת של מידע על הצדדים וביניהם. הסרת החסמים האסטרטגיים,¹¹⁷ שאינם מאפשרים הרחבתה, העמקתה והגברת אמינותה של תשתית המידע, היא בעלת משמעות ייחודית להליך יישוב סכסוכים בהסכמה. הליך הפישור אינו בנוי לקדם מטרות אלו. בגלל שיח הזכויות והצורך של כל אחד מן הצדדים לשכנע את המפשר באמתות דבריו ובצדקת טענותיו, הפישור מנציח את חשיבות החשיפה המוגבלת והמבוקרת של ידע ומידע המקובלת כל כך בהתדיינות ובמשא ומתן תחרותי מבוסס-עמדות.¹¹⁸

בפישור לא רק שאין זמן ומקום ללימוד הדדי ולהכרה של תחושות, הנחות, ספקות, ערכים, תקוות, אכזבות, חולשות, צרכים, אילוצים ומורכבויות של יחסים;¹¹⁹ הצדדים

115 בעיקר, אך לא רק אם הגיע לשלב של ליטיגציה. Thomas W. Walde, "Proactive Mediation of International Business & Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management", 5 *Business L. Int'l* (2004) 99, p. 100.

116 שם, בעמ' 99.

117 לעיל, הערות 84-85 והטקסט שלידן (בנושא חסמים אסטרטגיים למשא ומתן).

118 לדיון בהבחנה בין משא ומתן תחרותי לבין משא ומתן שיתופי ראו: Robert H. Mnookin, Scott R. Peppet & Andrew S. Tulumello, *Beyond Winning – Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, (2000) pp. 11-43.

119 בדבריו על השימוש בגישור בסכסוכים מסחריים בין-לאומיים בתחום האנרגיה מציין Walde כי בסכסוכים קשים על המגשר להביא לחשיפת מידע לא רק על מערכות יחסים מורכבות בתוך הגופים שהם צדדים לסכסוך אלא גם על מערכות היחסים של הצדדים לסכסוך עם גופים חיצוניים קשורים, מעורבים, משפיעים ומושפעים, חברות בנות, אימהות ונכדות, ספקים ולקוחות, גופים ממשלתיים, רשויות וסוכנויות, גופים בנקאיים ורגולטורים. ראו: Walde (לעיל, הערה 115).

- לומדים, בדרך כלל בהדרגת עורכי דינם, כי מסוכן לדבר על כל אלו באופן חופשי, פתוח ומשוחזר בנוכחות אחרים לרבות, ואולי בעיקר, בנוכחותו של המפשר.
- בגלל הדומיננטיות של המפשר בתהליך כמעריך ניטרלי בר סמכא וכמקור להצעות פשרה, שהן אמנם בלתי מחייבות אך בעלות השפעה וכוח מוסרי פנימי¹²⁰ וחיצוני¹²¹ רב, מסירת המידע בפישור צריכה להיות מבוקרת בכמותה ובצורתה. בדרך כלל היא צריכה לעמוד בכללים האלה:
- (1) מאחר שאסור שהשיח ינתק עצמו מן התפיסה האדוורסרית,¹²² ומאחר שהמשא והמתן בפישור מבוסס על עמדות ונוטה להיות חלוקתי,¹²³ על אופן מסירת המידע לשרת את הטקטיקה של משא ומתן תחרותי.¹²⁴
- (2) מאחר שהמידע שנמסר בתהליך הפישור מועבר במסגרת שיח של זכויות משפטיות והוא נועד להשפיע על עמדתו של הצד האחר ועל חוות דעתו והצעותיו של המפשר, הוא צריך להיות צמוד למתווה העובדתית ולטיעון המשפטי, התומכים בעמדתו של הצד המציג.¹²⁵
- (3) על המידע להימסר באופן המצייר את הצד המציג באור חיובי ואת האחר באור שלילי.
- (4) אסור שהמידע יכלול התנצלות או הודאה ישירה או עקיפה בטעויות או בכשלים.
- (5) יש להימנע ממצב שבו המידע שנמסר בישיבות, בעיקר אך לא רק המשותפות, יחשוף או ישדר נקודות חולשה, חוסר ביטחון או ספקות באשר למתווה העובדתית

120 בשיח שאדם מקיים עם עצמו ובשיח בתוך מרכיבי כל צד. על החשיבות של המשא ומתן הפנים-ארגוני ראו למשל: Richard E. Walton, Joel E. Cutcher-Gershenfeld & Robert B. McKersie, *Strategic Negotiations: A Theory of Change in Labor-Management Relations* (1994) pp. 46-50.

121 בשיח בין הצדדים.

122 Kovach & Love (לעיל, הערה 8) בעמ' 102.

123 Howard Raiffa, *The Art and Science of Negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining* (1982) pp. 33-35.

124 Russell Korobkin, "A Positive Theory of Legal Negotiation", 88 *Geo. L. J.* (2000) 1789, pp. 1791-1794, 1799, 1816-1817, 1821, 1825, 1829.

125 שכן בהתדיינות אף לא אחד מהצדדים רוצה שמקבל ההחלטות ידע מה באמת קרה, אלא רק את הסיפור שנבנה בדעיכה בסיוע פעיל של עורך דינו של אותו צד ובהדרכתו כדי לתמוך בעמדתו המשפטית. ראו: Walde (לעיל, הערה 115). במחקר שנערך בארצות הברית נמצא שנושאי משרה בארגונים ועורכי דין העוסקים בליטיגציה אינם מרוצים מן ההתדיינות בבתי המשפט, בין היתר משום שבית המשפט אינו עוסק למעשה בבעיות המהותיות של הסכסוכים שלפניו כי הן מורכבות וסבוכות מדי. ראו: John Lande, "Failing Faith in Litigation? A Survey of Business Lawyers' and Executives' Opinions", 3 *Harv. Negotiation L. Rev.* (1998) 1, p. 32.

והטענות המשפטיות.¹²⁶ הודאה וחשיפה של ספקות ונקודות חולשה עלולות לא רק להעניק יתרון ולהעצים את כוחו של הצד האחר במשא ומתן, הן עלולות גם להשפיע לרעה על ההערכה של התיק ועל ההצעה לפתרון שמועברות לצדדים על ידי המפשר. (6) במסגרת השיח הפישורי יש להיזהר או להימנע מלהציע הצעות פשרה, שכן גם אלו עלולות לשרר מצוקה, חולשה או הודאה באחריות ולהזמין לחץ של המפשר.

3. תחרותיות

הפישור איננו בנוי ללמד, לעודד ולטפח אצל הצדדים לסכסוך דפוסי התנהגות של שיתוף פעולה, של מתן אמון ושל נכונות לתת מענה לצרכיו ולאילווציו של הצד האחר מתוך הבנה והכרה. גם כאשר ברור כי דפוסי התנהגות אלו הם הדרך היחידה לבחינת הנחות שמניחים הצדדים זה על משנהו, להגברת תחושת האמינות של המידע הנמסר¹²⁷ ולפריצת דרך וטרנספורמציה ביחסים. במקומם הפישור מנציח גישה של משא ומתן תחרותי-הקצאתי,¹²⁸ חשדנות וסגירות. הסיבות לכך קשורות במידה רבה בשיפוטיות של המפשר¹²⁹ ובמידה פחותה יותר בעובדה שהשיח הפישורי מבוסס-עמדות וזכויות.

4. שיפוטיות כחונקת יצירתיות

חוקרים והוגים בתחומים מגוונים, כגון הליכי קבלת החלטות וסיעור מוחות,¹³⁰ ניהול משא ומתן והפילוסופיה של התפתחות המדע,¹³¹ הצביעו זה מכבר על פגיעתה של השיפוטיות בחשיבה יצירתית.¹³² לפיכך נודעת חשיבות ליצירת נתק ברור בין שני תהליכים של חשיבה וקבלת החלטות. הראשון, התהליך של העלאת רעיונות והמצאת אלטרנטיבות, הכרוך בחשיבה יצירתית ובגילוי; השני – התהליך של בחינת הרעיונות, הערכתם, בדיקת היתכנותם והתאמתם, הכרוך בשיפוטיות ובהקשר הצידוק.¹³³

- 126 ראוי לזכור שאחת הפעולות החשובות בגישור עוסקת בערעור היציבות של הנרטיב שעמו מגיעים הצדדים באשר לסכסוך, ופתיחתו לפרשנויות ומשמעויות חדשות או נוספות. ראו: Cobb (לעיל, הערה 67) בעמ' 251.
- 127 הנמכת החומות הנוצרות בין הצדדים בגלל החסמים הקוגניטיביים. Bush (לעיל, הערה 66).
- 128 ראו: לעיל, הערה 118 (בנושא משא ומתן תחרותי).
- 129 Kovach & Love (לעיל, הערה 122) בעמ' 103; פינקלשטיין (לעיל, הערה 50) בעמ' 652.
- 130 Jennifer G. Brown, "Creativity and Problem Solving", 87 *Marq. L. Rev.* (2004) 697, 130 pp. 697-705.
- 131 Fisher & Ury (לעיל, הערה 61) בעמ' 60.
- 132 Edward De Bono, *Lateral Thinking: a textbook of creativity* (1973) pp. 107-111; Edward De Bono, *Serious Creativity: Using the Power of Lateral Thinking to Create New Ideas* (1992) pp. 86-90, 216-217.
- 133 על ההבחנה בין "הקשר הגילוי להקשר הצידוק" ראו: JOHN F.W. HERSHEL, A Preliminary Discourse on the Study of Natural Philosophy (1830) pp. 18-35 – ראוי להדגיש כאן כי מאחר שמדובר בשניים או יותר צדדים המעורבים בשיח, גם אם צד אחד

קיימים חסמים רבים בדרך לחשיבה יצירתית. הם גדלים במספרם ובעצמתם בגלל התחושות המוכרות שחווים צדדים הנמצאים בסכסוך, למשל כעס, איבה, עלבון, אשמה, אכזבה, בגידה, חוסר אמון, רצון לנקמה והרס של מערכת הדימויים של צד לסכסוך שלו עצמו ושל האחר.¹³⁴ במצב כזה התגברות על החסמים המונעים יצירתיות ויצירת דיאלוג המאפשר הכרה הדדית בצרכים, שיתוף פעולה, פתרון בעיות וחשיבה יצירתית הם אחת המשימות החיוניות והקשות של תהליך הגישור. תהליך הפישור, לעומתו, מערב שיפוטיות של המפשר לכל אורך התהליך. הציפייה של הצדדים שהמפשר יהיה דומיננטי בתהליך ופעיל שיפוטיות באשר לעמדות הצדדים ולפתרונות פשרה צודקים או ראויים, מדריכה את הצדדים בבחירת המפשר. מכאן ברור שתהליך הפישור מוסיף חסם כבד נוסף לרשימה, הארוכה ממילא – חסם השיפוטיות.

(2) מגבלות ויתרונות הפישור – סיכום ביניים

לסיכום, לעומת תהליך הגישור תהליך הפישור משולל כל תרומה חברתית או חינוכית. הוא אינו מתיימר להביא לצמיחה אישית של המשתתפים בחוויה הפישורית; הוא איננו ערוך לשכלל את כישוריהם ואת ביטחונם העצמי באשר ליכולתם לפתור חילוקי דעות בעתיד; הוא אינו מנסה לשפר את מערכת היחסים בין הצדדים לסכסוך ואיננו מלמדם איך לנהל טוב יותר מערכות יחסים בעתיד; הוא אינו תורם לשינוי התרבות של טיפול בסכסוכים. מלבד זאת תהליך הפישור נחות מתהליך הגישור בפוטנציאל שלו לתרום תרומה בעלת ערך לקידום איכויות המשא ומתן.

אפשר להמחיש את ההבדלים בין שפיטה לְסוּגְיָה, לבין פישור לסוגיו, לבין משא ומתן וגישור בעזרת תרשים שבו מוצג רצף עולה מצד שמאל לימין. מקום התהליכים או הכלים על הרצף מבטא את המידה שבה הכלי מאפשר, או מייצר, את היסודות האלה: (1) עומק ורוחב של מידע; (2) איכות התקשורת; (3) יצירתיות; (4) ניתוק מנורמות של המשפט המהותי; (5) תחושת שליטה והשתתפות איכותית של הצדדים; (6) העצמה, צמיחה אישית וטיפוח יחסים.

חוט השני העובר לאורך הדיון במגבלות הפישור והמסביר את קיומן הוא העובדה שהפישור משאיר את הצדדים ואת באי כוחם בזירה שיש בה שילוב של גרסה

יגלה רעיון יצירתי, הרי לצורך קשר הצידוק הוא יידרש לעשות התמרה של אופן חשיבתו של אותו צד לאופן תפיסתו של הצד האחר יתפוס את הרעיון, שכן חשוב שהצד האחר יבין את הרעיון המוצע לפתרון הסכסוך במערכת המושגית שלו.
134 הניסיון מלמד שתחושות אלו נוטות להתגבר ביחס ישיר להתקדמות ההליכים המשפטיים. למשל, ההפתעה, התדהמה, הכעס והתחושות האחרות הנלוות לקריאת כתב התביעה או כתב ההגנה – הם כאין וכאפס לעומת התחושות שהצדדים חווים למקרא התצהירים.

מעודנת-משהו של שני מודלים מוכרים: מודל ההתדיינות האדוורסרית והמודל של משא ומתן ישיר, תחרותי ומבוסס-עמדות.¹³⁵

מן העבר האחר, לפישור יש ערך, תרומה ויתרונות בכמה מישורים: הוא כלי יעיל ומהיר לסיום ההתדיינות בין הצדדים בהסכם פשרה החוסך זמן שיפוטי יקר; הוא מלמד את הצדדים על הצורך לוותר ולהתגמש כדי להשיג הסכם בדרכי שלום; הוא מייצר פתרונות המביאים לידי ביטוי את הרעיון שאין שלמות, ושכל סכסוך אין צד שהוא צודק לחלוטין.

לכן למרות מגבלותיו, ואולי אף בגללן, בתי משפט ועורכי הדין מעדיפים את תהליך הפישור על פני הגישור. מבחינת בתי המשפט, זאת הדרך היעילה, המהירה והזולה לסיים תיקים ולהפגין תוצאות. מאחר שהתפוקה היחידה של תהליך הפישור היא סיום הסכסוך בהסכמה, קל להעריך ולמדוד את מידת ההצלחה.¹³⁶ ההעדפה של עורכי הדין את הפישור קשורה אף היא לאפשרות לסיים את התיק בפשרה במהירות וביעילות. אולם זאת איננה הסיבה היחידה, ואולי אף לא העיקרית. קיימות ארבע סיבות נוספות: הראשונה, מבין שני התהליכים רק בתהליך הפישור עורכי הדין והמפשר הם השחקנים העיקריים, מה שמבטיח לעורכי הדין את המשך השליטה בתיק. הסיבה השנייה – עורכי הדין מעדיפים את תהליך הפישור על פני הגישור דווקא משום שאין בו לא בשורה ולא חידוש או שינוי של ממש. אשר לעורכי הדין, המומחיות הנדרשת מן המפשר בנושא שבו ממוקם הסכסוך, מבחינה משפטית, כמו גם הדומיננטיות ודרך הפעולה של המפשר, הכוללת בחינת המתווה העובדתי והטענות המשפטיות, ניתוח סיכונים וסיכויים, הערכת התוצאה הצפויה בבית המשפט ומתן הצעות קונקרטיות לפתרון, משאירה את התהליך בתוך החיק החם והמוכר של פרדיגמת הליטיגציה האדוורסרית.¹³⁷ השלישית, עורכי הדין חשים נוח יותר בתוך השיח הפישורי השכלתני, מבוסס-הזכויות מאשר בשיח הגישורי, מבוסס-הצרכים והרגשות. הסיבה הרביעית – בשיטת משפט המתירה קביעת שכר טרחה המבוסס על התוצאה בתיק, פשרה כספית בפישור עדיפה לעורכי הדין על פני פתרון יצירתי מבוסס-צרכים בגישור. זאת משום שבאחרון ניתן מענה לצרכים לא-חומריים (כגון הכרה, התנצלות, ביטחון, הנהגת שינוי ארגוני או חברתי) שאינם ניתנים לכימות או שהפתרון מבוסס על התפתחויות עתידיות (כגון חידוש יחסים עסקיים) שאי אפשר להצמיד להן תג מחיר.

135 Menkel-Meadow, Love & Schnieder (לעיל, הערה 7) בעמ' 47-53; אלרואי (לעיל, הערה 61) בעמ' 315-316; Ury & Fisher (לעיל, הערה 61) בעמ' 1-3; Gerald R. Williams, *Legal Negotiation and Settlement* (1983) pp. 47-54.
136 Shapira (לעיל, הערה 65) בעמ' 268.
137 Kovach & Love (לעיל, הערה 122) בעמ' 96.

4. בחירתו של המשפט הישראלי – חלום הגישור ושברו

רוב השותפים להריונו של הרעיון ואשר עמדו סביב עריסתו של הרך הנולד התכוונו ללדת, לפתח ולטפח את הגישור, לא את הפישור. רק כך אפשר להבין את "מהפכת הגישור". הרי שלא כמו באנגליה, בישראל פישור שיפוטי היה מאז ומתמיד נתח נכבד מעבודתו של השופט,¹³⁸ והרוב המכריע של התיקים הסתיימו בפשרה, ללא פסק דין.¹³⁹ מינוי חלק מן השופטים ל"שופטי מוקד" כדי שיעסקו בפישור במקום השופט האמור לשמוע את התיק, והגדלת כמות הפישורים על ידי הוספת מפשרים בתוך מערכת בתי המשפט ובתי הדין (עורכי דין במחלקות לניתוב תיקים, עוזרים משפטיים ונציגי ציבור)¹⁴⁰ ומחוצה לה הם שינויים מצביים בלבד. שינויים כאלו אינם יכולים להסביר או להצדיק את ההצהרות ואת החיוניות ואת תנופת העשייה שאפיינו את תקופת הפריחה של רעיון הגישור בשלהי שנות התשעים ותחילת שנות האלפיים.

התקוות, תחושות ההתפעמות וההתלהבות מן הרעיון ומן השינוי החברתי שהוא מביא עמו התנקזו ובאו לידי ביטוי מזוכך בדבריו של נשיא בית המשפט העליון דאז השופט ברק שנאמרו בכנס ההקמה של עמותת מגשרי ישראל. הדברים, שזכו לאחר מכן לפרסום רב,¹⁴¹ הצביעו על כך שמדובר בשינוי אסטרטגי הנמצא במקום גבוה בסולם העדיפויות שעל סדר היום הציבורי. יותר מכול הם הצביעו על כך שבמהלך הדיונים הרבים סביב העשייה הציבורית בנושא הנשיא ברק עצמו עבר טרנספורמציה. האני מאמין שהשמיע ביטא יותר מכול את העובדה שהוא הפנים את ההבטחה האמתית של הגישור לחברה הישראלית.

לדברי הנשיא ברק, הגישור הוא דגל של תנועה חברתית רחבה. הגישור דרוש לחברה הישראלית וחייבים להצליח להנהיגו, בלי שום קשר לעומס ולפיגור שבבתי המשפט.¹⁴²

138 אלרואי (לעיל, הערה 26) בעמ' 69.

139 זהו המצב גם בארצות אחרות. לפי מחקר שנעשה בבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית, בשנת 2002 רק ב-1.8% מן התיקים התקיים משפט מלא לעומת 11.5% ארבעים שנים קודם לכן. ראו: Marc Galanter, "The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts", 1 *J. Empirical Legal Stud.* (2004) 459; Stephen N. Subrin & Thomas O. Main, "The Integration of Law and Fact in an Uncharted Parallel Procedural Universe", 79 *Notre Dame L. Rev.* (2004) pp. 94-96. מחקרים שנערכו בבריטניה העלו נתונים דומים, ולפיהם בשנים האחרונות רק ב-2%-3% מתנהל הליך משפטי מלא. Simon Roberts, "Listing Concentrates the Mind": The English Civil Court as an Arena for Structured Negotiation", 29 *Oxford J. of Legal Studies* (2009) 457.

140 ראו: דוח ועדת רובינשטיין (לעיל, הערה 25); דוח ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה (2001) (להלן – דוח ועדת וירט-ליבנה).

141 ברק, "הסכמה" (לעיל, הערה 39) בעמ' 4-5; ברק, "שערי משפט" (לעיל, הערה 39).

142 הנשיא ברק היה ער לכך שהדחיפה הגדולה של התפתחות תנועת ה-ADR קשורה בבעיית העומס בבתי המשפט בארצות הברית. ראו: WESTBROOK & RISKIN (לעיל, הערה 80) בעמ' 2 שכותבים שהמניע העיקרי שמאחורי קידום ה-ADR היה: "[s]aving time and money,

הגישור לא נועד לפתור את בעייתם של בתי המשפט; הוא נועד לפתור את בעיותיה של החברה.¹⁴³ שכן כתפיסה גישור הוא דרך חיים עדיפה. לפיכך קיים צורך לתעל את השקעת האנרגיה של המערכת השלטונית לפיתוח תרבות וכלים ליישוב סכסוכים שבנויים על הסכמה ועל נכונות להבין את הצד האחר ולא על הכרעה המבוססת על כוח ולא על הכרעה בשיח לעומתי של זכויות, כפי שזה מתקיים בבתי המשפט.

לשופטים נועד תפקיד חשוב ב"מהפיכת הגישור". התיקים הרבים שהמתינו לתורם העניקו את ההזדמנות ליישום הרעיון והיו חומר הגלם. תפקיד השופטים לא התמצה בהעברת תיקים לגישור חיצוני ומעקב אחריהם. גם לא במתן רוח גבית למגשר,¹⁴⁴ במידת הצורך, כדי לסייע בסגירת התיק בהסכמה ובכך לעזור לשופטים עצמם לנקות את שולחנם, העמוס לעיפה. השופטים היו אמורים להשתמש בכיסאם הרם ובאולמם להפצת בשורת הגישור, לתפקד כסוכני שינוי, כמחנכים של הצדדים ושל עורכי דינם. השופטים נקראו להיות שותפים בכירים בפרויקט החברתי העוסק בעיצוב מחדש של תרבות יישוב הסכסוכים בישראל.¹⁴⁵

השופטים לא היו לבד בצריכה. אותן שנים התאפיינו בעשייה ציבורית ומוסדית ענפה שנועדה להפיץ ולקדם את הרעיון. מתוכה אפשר להזכיר כמה אבני דרך. החקיקה והתקנות העניקו תמריצים כלכליים ומוסדיים שונים כדי לעודד את השימוש בגישור.¹⁴⁶

Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers & Sarah Rudolph, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes* (1999) p. 8 ("To lower court caseload and expenses; to reduce the parties' expenses and time, to provide speedy settlement of those disputes that were disruptive of the community or the lives of the (parties' families)"; וגם: and possibly rescuing the judicial system from an overload")

143 ברק, "הסכמה" (לעיל, הערה 39) בעמ' 10.

144 למשל על ידי קציבת זמן או קביעת התיק לתזכורת.

145 מירוני (לעיל, הערה 6) בעמ' 41-42.

146 התמריץ הכלכלי הוא בדמות מתן שיקול דעת לבית המשפט להורות על החזרת אגרה מקום שתיק שהיה בבית המשפט הסתיים בגישור. ראו: תקנות 5(ב), 6(ב) ו-20 לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007, ק"ת 6579, אשר מחליפות את תקנה 15(ב) לתקנות בית המשפט (אגרות), תשמ"ח-1987, ק"ת 5069. מתוך מגמה לבדל את הגישור קבעו בתי המשפט כי יש להבחין בין הליך גישור לבין הסכם שהושג במסגרת משא ומתן ישיר לפשרה. לפיכך במקרה הראשון הוחלה תקנה 15(ב) האמורה. ראו למשל: רע"א 6176/99 מודעות עד חצות – פרסום במטרה תחילה בע"מ נ' מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט (פורסם בנבו, 13.1.2000). עם התמריצים המוסדיים אפשר למנות את הגנת הסודיות הרחבה הפרושה על מידע שנחשף והוחלף בין הצדדים במסגרת הליך הגישור. ראו: סעיף 2235/04 לחוק בתי המשפט ותקנה 3(ב) לתקנות הגישור. עוד ראו: בפסיקה רע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי, פ"ד סא(2) 634. כמו כן כדי לעודד צדדים להשתמש בגישור כשלב מקדים לפני הגשת תביעה הונהג הסדר מאפשר הענקת תוקף של פסק דין להסדר גישור גם מבלי שהוגשה תביעה לבית המשפט. ראו: סעיף 79ג(ח) לחוק בתי

בשנת 1998 הוקם במשרד המשפטים המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, אשר תפקידו, כדברי הנשיא ברק: "...להציע הצעות באשר לדרך בה תוגשם מהפיכת הגישור. עליו לעודד את מעשה הגישור ואת הלכת הגישור".¹⁴⁷ באותה שנה הוקמה ועדת גדות לצורך הסדרת כישורי המגשרים.¹⁴⁸ בשנת 1999, בתום שנה של דיונים, הוציא היועץ המשפטי לממשלה הנחיה המביעה תמיכה בלתי מסויגת בשימוש בגישור בסכסוכים שהמדינה צד להם.¹⁴⁹ ועדה מיוחדת בראשות השופטת וירט־לבנה פרסמה דוח על עידוד השימוש בגישור בבתי הדין לעבודה.¹⁵⁰ אחרי שנים של התנגדות אימצה לשכת עורכי הדין את רעיון הגישור. הלשכה הקימה בשנת 1999 מרכז גישור משלה,¹⁵¹ החלה להפעיל תכניות הכשרה בתחום ואף הוציאה לאור עיתון העוסק בגישור.¹⁵² בשנת 2000 התקיים טקס, בהשתתפות צמרת בתי המשפט ומשרד המשפטים, ובו הוכרו על הקמת עמותת מגשרי ישראל. חודשים מספר לאחר מכן מינתה הממשלה בפעם הראשונה מגשר פרטי כדי ליישב סכסוך ציבורי מורכב – שביתת הרופאים.¹⁵³ בטקס רב־משתתפים שהתקיים בבית נשיא המדינה בשנת 2003 חתמו ארגונים כלכליים גדולים על אמנה הקוראת לחבריהם להעדיף גישור על פני הליכים משפטיים.¹⁵⁴ העתיד של רעיון הגישור, כשינוי חברתי, לא היה יכול להיראות טוב יותר.

בפועל התקווה הגדולה של מהפכת הגישור לא התממשה. אמנם חלו שינויים אחדים וכשלים מצביעים שעצרו את תנופת ההתפתחות, למשל שינוי במדיניות של צמרת משרד המשפטים וקשיים בהפניית תיקים ממערכת בתי המשפט לגישור.¹⁵⁵ אולם הסיבה

המשפט וגם בש"א (שלום נת') 829/03 זימן נ' בית יצחק שער חפר (פורסם בנבו, 27.2.2003), שם נדחתה בקשה להחיל סעיף זה גם על הסכמי פשרה שגובשו במשא ומתן ישיר בין הצדדים ללא תהליך של גישור.

147 ברק, "הסכמה" (לעיל, הערה 39) בעמ' 5.

148 דוח ועדת גדות (לעיל, הערה 18).

149 יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 60.125 (התשנ"ט). לפי הערכה, המדינה היא צד ב-30% מן התביעות האזרחיות. ראו: "המדינה כצד לגישור" משרד המשפטים – המרכז הארצי לגישור – [www.justice.gov.il/ MOJHeb/Gishor/Subjects/HamedinaKezadLegishur/HamedinaKezadLegishur.htm].

150 דוח ועדת וירט ליבנה (לעיל, הערה 140).

151 המוסד שהוקם על ידי לשכת עורכי דין נקרא המוסד הארצי לגישור על שם דוד רוטלוי.

152 העיתון שהוצא לאור על ידי לשכת עורכי הדין נקרא "נקודת גישור". העיתון הופץ שמונה פעמים בתקופה שבין ספטמבר 2001 ליוני 2003.

153 Mironi (לעיל, הערה 8).

154 בשנת 2005 נחתמה אמנה דומה בין ארגוני המעבידים לבין ההסתדרות בנושא השימוש בגישור בסכסוכי עבודה. ראו: ענת מנדלסון, "נחתמה אמנת הגישור בין עובדים למעסיקים", לשכת עורכי הדין [www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=17446&catId=2146].

155 דוח ועדת רובינשטיין (לעיל, הערה 25) בעמ' 24-26 מונה כמה סיבות לשיעור הנמוך של פניות מרצון לגישור או לפישור: הגישות של המתדיינים שסוברים לעתים שבבית המשפט ימצא הד רב יותר לעמדתם, אמון הציבור בבתי המשפט גבוה מאמון במוסד הגישור או

העיקרית לכך שרעיון הגישור, כבשורה לשינוי חברתי, איבד את המומנטום שלו נעוצה בשינוי אסטרטגי, אשר בגללו תהליך הפישור, בעיקר זה המתבצע בתוך בתי המשפט ובתי הדין, דחק את רגליו של הגישור.

השינויים הפרסונליים בצמרת משרד המשפטים הביאו לעזיבת ההנהגה שהייתה שותפה להתלהבות הראשונית מרעיון הגישור. בעקבות זאת נפגע מעמדו של המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, מקורותיו הלכו ונתדלדלו בהדרגה, עד שנסגר.¹⁵⁶ כמו כן הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 1999, אשר המליצה בחום על הבאת סכסוכים שהמדינה צד להם לגישור, נשארה בבחינת אות מתה. הוועדה, שהוקמה בשנת 2000 על ידי היועץ המשפטי דאז אליקים רובינשטיין לצורך יישום ההנחיה, הוציאה תחת ידה דוח ראשוני בשנת 2003.¹⁵⁷ אולם המלצותיה לא יושמו. בפועל היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה לא הפגינו התלהבות מהעברת סכסוכים שהמדינה צד להם לגישור.

מערכת בתי המשפט גילתה מלכתחילה התלהבות רבה יותר. היא ניסתה להפנות תיקים לגישור או לפישור חיצוני למגשרים או למפשרים פרטיים וכן למרכזי הגישור הרבים שהוקמו,¹⁵⁸ אולם נתקלה בקשיים או בכשלים מצביים אובייקטיביים, ובהם היעדר כלים מתאימים למיון תיקים¹⁵⁹ ולבחירת מגשרים ומפשרים,¹⁶⁰ שיטת תמריצים

הפישור, עמדתם של עורכי הדין החשדניים כלפי ההליך, ולעתים אף מעוניינים להחריף את הסכסוך, ועמדתה הבלתי אוהדת של המדינה, אשר אינה יוזמת בעצמה פנייה להליכי גישור או פישור.

156 בחודש ינואר 2009, לאחר שנים של ייבוש הדרגתי ולמרות המאבק הציבורי אשר נועד להבטיח את המשך קיומו, הוחלט על סגירתו של המרכז הארצי ליישוב סכסוכים. ההחלטה אמורה להתבצע בימים אלו ממש. ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 691 של ועדת החוק, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (14.1.2009) [http://knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2009-01-14.rtf] ; פרוטוקול ישיבה מס' 24 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (16.6.2009) [http://knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2009-06-16-01.rtf].

157 ועדת ההיגוי לעניין ישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור דין וחשבון – שלב א' (2003).

158 מפת מצב הגישור בישראל (לעיל, הערה 15); ראו להלן, הערה 159 (בנושא היעדר כלים מתאימים למיון סכסוכים).

159 החיפוש אחר שיטת מיון ראוייה מעסיק רבות את העוסקים במחקר ובפיתוח בנושא ADR מתחילת דרכה. Main (לעיל, הערה 63) בעמ' 219; Frank E.A. Sander & Stephen B. Goldberg, "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure", 10 *Negot. J.* (1994) 48.

160 בהיעדר שיטת רישוי או הסמכה למגשרים, למפשרים ולמרכזי גישור, אשר היו אמורים לאמן ולספק מגשרים ומפשרים, הפכה הבחירה של מגשר או של מפשר ספציפי לתיק למשימה בלתי אפשרית. בשנת 2002 נמנו בישראל ארבעים מרכזי גישור פעילים, אשר התחרו ביניהם על קבלת תיקים מבתי המשפט ומבתי הדין לעבודה. ראו: ליטל דוברוביץקי, "גישור במקום משפט. סוף לסכסוך?", *ynet* – ידיעות אחרונות (5.4.2002).

בעייתית, 161 היעדר בקרת איכות¹⁶² ושיעור גבוה של סירוב ללכת לגישור,¹⁶³ המושפע בין היתר מן העיוות שבשיטת התמרוץ ומקשיים באיתור תיקים מתאימים.

[www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-1811629,00.html]. מלבד המספר הגדול יחסית של מרכזי הגישור, עד לאחרונה הייתה קיימת רשימת מגשרים שנוהלה בבתי המשפט על פי תקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים) תשנ"ו-1996, ק"ת 1325. הרשימה כללה אלפי שמות, וכמובן לא הבחינה בין אלו שעיקר עיסוקם בגישור לבין אלו שעיקר עיסוקם בפישור. הרשימה והתקנות המונחות בבסיסה עוררו ביקורת רבה. הן הרשימה והן התקנות בוטלו לאחרונה. ראה: תקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים) (ביטול), תשס"ח-2008, ק"ת 8383. בעקבות זאת כיום למעשה אין כלל קריטריונים שבהם צריך לעמוד מי שמשמש מגשר או מפשר בתיקים הנשלחים על ידי בתי המשפט. ראו: צבי לביא, "מכרו בתי המשפט נפתח לעשרות מגשרים", ynet – ידיעות אחרונות (25.2.2008) [www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3510864,00.html]; פרוטוקול ישיבה מס' 427 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (25.2.2008) [www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/huka]; ראו: "המוסד הארצי לגישור ע"ש דוד רוטלוי – דוח פעילות 1.9.05–31.8.06" [www.israelbar.org.il/article_] (22.2.2007) (להלן – דוח פעילות המוסד לגישור); ענת מנדלסון "רקע ופעילויות המוסד לגישור", לשכת עורכי הדין (31.2.2003) [www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=17445&catId=178].

161 ללא גישור חובה ובהיעדר שיטה לתגמול שופטים על הפניית תיקים לגישור, אחת הדרכים לעודד את השימוש בתהליך היא באמצעות תמריצים כספיים חיוביים או שליליים לצדדים. שיטת התמריצים, שאומצה על ידי המשפט הישראלי, היא בלתי שוויונית, בלתי יעילה, והיא מעידה שמתכנניה חישובו לעודד שימוש בפישור ולא בגישור. התמריץ הכספי הוא החזר אגרה, בשיקול דעת של בית המשפט, ובלבד שהתקיים גישור והוא הצליח להביא לסגירת התיק. ראיית ההצלחה של התהליך כסגירת התיק היא בעייתית במישור העקרוני, שכן זהו הקריטריון היחיד להצלחה בפישור, אך לא בגישור. מלבד זאת, שיטת התמריצים שאומצה מעוותת בשלושה היבטים: הראשון, אין בה סימטריות. היא איננה מעניקה שום תמריץ לנתבע. בנטרול תשומות הזמן ועלויות הייצוג, בנקודת ההחלטה אם ללכת לגישור או לפישור, לנתבע יש מניע כספי שלילי. מאחר שאינו משלם אגרה, שירותי בית המשפט ניתנים לו בחינם. לעומת זאת בגין הגישור או הפישור הנתבע נדרש לשלם כמו התובע, ואף אין לו ביטחון בסיכויי ההצלחה. גם אם התהליך יצליח להביא את הצדדים להסכם, רק יריבו ייהנה מתמריץ כספי בדמות החזר אגרה; השני, היא איננה רלוונטית כאשר אין מוטלת אגרה או שהאגרה היא סמלית; השלישי, היא תלויה בהצלחה. התוצאה היא שאם התובע סבור שסיכויי ההצלחה של הגישור או הפישור קטנים, אין לו כל תמריץ כספי להיכנס לתהליך. ממילא סיכויי לקבל את החזר האגרה קטנים לעומת חובת התשלום למגשר או למפשר, שהיא ודאית.

162 לדין בנושא הבעיות הקשורות באופן הערכת פעילות המגשרים והמפשרים ואיכות ההליך ראו: פאינה מילמן-סיון ואורנה רבינוביץ-עיני, "גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרטת הצדק ושוויון בעבודה", משפט וממשל 11 (תשס"ח) 521.

163 טרם נעשה מחקר אמפירי הבוחן את הסיבות לסירוב ללכת לגישור או לפישור. אין זה ברור למשל אם ההחלטה היא של עורכי הדין או של הצדדים עצמם; אם היא מונעת מרצון של הצדדים לחסוך עלויות או מחוסר אמון של הצדדים ובאי כוחם בתהליך או במגשרים ובמפשרים; אם הגישור והפישור סובלים מהיעדר היכרות מספיקה של הציבור ומכשל

כזכור, הנשיא ברק הצהיר כי הנהגת הגישור ככלי וכדרך חיים דרושה לחברה הישראלית ללא קשר לבעיית עומס התיקים התלויים ועומדים בבתי המשפט. היו אף מחשבות כי באופן פרדוקסלי העומס בבתי המשפט יוצר חלון הזדמנויות. אפשר לנצל את "זמן המדף", שבו התיקים ממתנים לתורם, כדי לאפשר לצדדים להתנסות בתהליך הגישור. בפועל התברר כי בניגוד למצופה, עומס התיקים לא יצר חלון הזדמנויות אלא הפך להיות האויב האסטרטגי של "מהפכת הגישור".

טרם הספיקו השופטים ללמוד ולהפנים את תפקידם החדש והמאתגר ב"מהפכת הגישור", כמחנכים וכסוכני שינוי,¹⁶⁴ הותקפו משרד המשפטים, הנהלת בתי המשפט והשופטים מכמה כיוונים בנושא הסחבת בבתי המשפט ובעיית "הצדק הנדחה".¹⁶⁵ הביקורת הקשה על בתי המשפט הופיעה בכתבות ובדיווחים בתקשורת¹⁶⁶ ובדוחות של נציבות תלונות הציבור על שופטים.¹⁶⁷ בלחץ הציבור אימצה הנהלת בתי המשפט את

הסברתי בקרב בתי המשפט ועורכי הדין. גם לא ברור אם בתי המשפט מצאו שיטת מיון ראויה כדי לאתר תיקים מתאימים ולבחור את האנשים הראויים לתפקיד. מכל מקום, הנתונים הקיימים מצביעים על שיעורי סירוב גבוהים. לפי מקור אחד, בשנים 1999-2001 שיעור הסירוב בבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב היה 64%. ראו: מפת מצב הגישור בישראל (לעיל, הערה 15). ראו: דוח פעילות המוסד לגישור (לעיל, הערה 160). לפי נתוני הדוח, ב-49.7% מכלל הסכסוכים שהופנו בין ה-1.7.2005 ל-31.7.2006 לא התקיים הליך גישור או פישור. יש לציין כי שיעורי הסירוב גבוהים בהרבה כאשר מדובר בגישור או בפישור חיצוני, שעליו נאלצים הצדדים לשלם בעצמם, להבדיל מפישור פנימי שממומן על ידי בית המשפט. למשל, שיעור הסירוב לפנות לגישור או לפישור חיצוני בבית משפט השלום בתל-אביב בשנת 1999 היה 56.6% לעומת שיעור הסירוב לפנות לפישור פנימי שהוא 24.3%. עם זאת עם השנים הצטמצמו ההבדלים: בשנת 2000 היה שיעור הסירוב לפנות לגישור או לפישור חיצוני 54.9% לעומת סירוב של 34.7% לפנות לפישור פנימי, ובשנת 2001 סירוב של 41% לפנות לגישור או לפישור חיצוני לעומת סירוב של 31.6% לפנות לפישור פנימי. ראו: רונן סטי, "ראיון עם נשיאת בית משפט השלום בתל-אביב, השופטת עדנה בקנשטיין", נקודת גישור (17.3.2003) [www.israelbar.org.il/article_inner.asp?catID=179&pgID=3821].

164 ראו: לעיל, הערה 145 והטקסט שלידה.

165 בעיית "הצדק הנדחה" מתארת טיעון שלפיו צדק שהושג באיחור אינו צדק כלל: "Justice denied delayed is justice". ראו: Carrie Menkel-Meadow, Lela Porter Love & Andrea Kupfer Schneider (לעיל, הערה 7) בעמ' 93-94.

166 טל רוזנר, "דו"ח: התלונות על סחבת בבתי משפט מוצדקות", ynet – ידיעות אחרונות (9.3.2005) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3056136,00.html]. יובל יועז, "גומר – הולך", הארץ online (6.7.2006) [www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=735579&contrassID=2&subContrassID=4&sbSubContrassID=0]; אושרת נגר-לויט, "שני שופטים על 65 אלף תושבים", nrg – מעריב (15.10.2007) [www.nrg.co.il/online/1/ART1/646/223.html]. כרמית פנטון, "מדוע המדינה כה ממעטת לגשר", לשכת עורכי הדין (24.3.2003) [www.israelbar.org.il/article_inner.asp?catID=179&pgID=3978].

167 נציבות תלונות הציבור על שופטים דין וחשבון שנתי לשנת 2004 (2005) 53-54; החל משנת 2005 כל דוח של נציבות תלונות הציבור על שופטים כולל פרק שכותרתו "התמשכות

קיצור זמן ההמתנה לדיונים ולפסקי דין ואת חיסול התיקים שבפיגור כיעד אסטרטגי. במצב דברים זה כל האנרגיה שהייתה אמורה להיות מוקדשת להטמעת הגישור גויסה ותועלה לקידום היעד האסטרטגי של חיסול הפיגורים והאצת הטיפול בתיקים החדשים. מאחר שבאסטרטגיה החדשה אמת המידה הבלעדית של הצלחה היא חיסול תיקים במהירות וביעילות, אך טבעי שתהליך הגישור, הרחב והעמוק בתכניו ובמטרותיו, פינה את מקומו לטובת תהליך הפישור הצר והממוקד, שמטרתו הבלעדית היא סיום התיק בפשרה מהירה.

זאת אף זאת, בתי המשפט רצו לחסוך את הזמן היקר שיש להקדיש לשכנוע הצדדים להעביר את התיק לגישור או לפישור חיצוני, להתמודדות עם סירוב, לבחירת מגשר או מפשר ולמעקב אחר מצבו של התיק, אשר בכל אותה עת נחשב בסטטיסטיקה של השופט ושל בית המשפט ושל בתי הדין תיק פתוח שטרם הסתיים.¹⁶⁸ לפיכך העדיפו בתי המשפט ובתי הדין להקדיש פחות זמן למיון תיקים מתאימים ולהפנייתם אל מחוץ לכותלי בית המשפט ובית הדין, ותחת זאת לחעל את האנרגיה לפיתוח ולטיפול זנים שונים של ADR, בעיקר פישור פנימי, בתוך בית המשפט.¹⁶⁹

תנופת העשייה של עידוד השימוש במנגנונים אלטרנטיביים לשפיטה בתוך בתי המשפט כללה הגברת המוטיבציה של השופטים היושבים לדין לקדם פשרות (פישור שיפוטי), לעודד פסיקה לפשרה לפי סעיף 79א,¹⁷⁰ להנהיג הערכה מוקדמת (early

הליכים ועיכובים במתן החלטות". פרק זה מפרט את מספר התלונות על התמשכות הליכים, שיעור התלונות שנמצאו מוצדקות והתייחסות פרטנית לשופטים שאצלם ההצבר היה גדול במיוחד תוך ציון מספר התיקים שהצטבר אצלם ובית המשפט שבו הם מכהנים, אך מבלי לציין את שמם בדוח. ראו: נציבות תלונות הציבור על שופטים דין וחשבון שנתי לשנת 2005 (2006) 61-70; נציבות תלונות הציבור על שופטים דין וחשבון שנתי לשנת 2006 (2007) 83-92; נציבות תלונות הציבור על שופטים דין וחשבון שנתי לשנת 2007 (2007) 111-116.

168 ואולי בסופו של התהליך אף לא יסתיים בפישור. כך ניתן ללמוד מנתונים שנאספו במסגרת דוח חצי שנתי על פיילוט ישיבות המהו"ת. במסגרת הפיילוט, הצדדים מחויבים לקיים ישיבת מהו"ת (מידע, היכרות ותיאום) לבחינת האפשרות ליישוב התיק בדרך של גישור. קיומו של הליך גישור עצמו אינו חובה, והוא מותנה בהסכמת הצדדים. עולה כי ב-52.9% מהתיקים שבהם התקיימה ישיבת מהו"ת, פנו בעלי הדין לגישור, ובכ-61.4% מהליכי הגישור שהתקיימו הושגו הסדרי גישור. שיעורי הצלחה אלו נתפסו בעיני העוסקים במלאכה כהצלחה המצדיקה את הרחבת הפיילוט לשנה נוספת ולבתי משפט נוספים. לא למותר לציין כי ראו: נועם שרביט, "הצלחה בפיילוט גישור חובה": 61% מהגישורים הסתיימו בהצלחה", גלובס (9.11.2009) [www.globes.co.il/news/] [article.aspx?did=1000512226&fid=829&fromMador=829&fromErechMusafHP].

169 ראו: Carrie Menkel-Meadow, "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or 'The Law of ADR'", 19 Fla. St. U. L. Rev. (1991) 1, pp. 5, 13-17.

170 ראו: לעיל, הערה 27 והטקסט שלידה.

171 (neutral evaluation) והפעלת שירות של פישור פנימי בהיקף רחב. הכוונה לפישור שאיננו פישור שיפוטי, המנוהל על ידי שופטי מוקד או על ידי שופטים ורשמים בקדם-משפט, על ידי עורכי דין ביחידות המנ"ת (מחלקות לניתוב תיקים), עוזרים משפטיים, נציגי ציבור בבתי הדין לעבודה ועל ידי שופטים ועורכי דין בגמלאות. בתי הדין לעבודה מקפידים בדרך כלל לכנות פעילות זאת בשמה הנכון – פישור. במקרים רבים אחרים, כנראה משום שהמונח גישור פופולרי ו"ארומטי" יותר, רבים מאלו שמנהלים פישור פנימי בתוך בתי המשפט מתנאים בשימוש במונח גישור כדי לתאר את עיסוקם או את פועלם.¹⁷²

לסיכום, החזון שהיה אמור להוביל את מה שכונה "מהפכת הגישור" הוא הדגל של הגישור ולא של הפישור. הדברים שנישאו בתמיכה ברעיון, ההתלהבות ותנופת העשייה הציבורית בנושא תומכים בתזה שפני הכול היו מכוונים לשינוי חברתי אסטרטגי ולא לייבוא של שיטה שבה בעזרת מיקור חוץ¹⁷³ ופנים¹⁷⁴ מביאים לחיסול סיטוני מהיר, זול ויעיל של תיקים תלויים ועומדים. בפועל העומס הבלתי סביר של תיקים בבתי המשפט והביקורת הציבורית על הנהלת בתי המשפט בנושא הסחבת והפיגורים דחקו הצדה את הגישור והמליכו במקומו את הפישור. אשר לבתי המשפט, דווקא הפישור מספק את הדרך היעילה, המהירה והזולה לסגור תיקים ולחסל פיגורים. באותה מידה הגעה להסכמים היא דרך קלה להפגין תוצאות ולמדוד הצלחה. מדיניות זאת מתחברת להעדפה הטבעית של עורכי דין: לעומת הגישור חדר הפישור מספק להם סביבה מוכרת ודומה לליטיגציה אדוורסרית ושמירת שליטה. כך המציאות הקשה ושמרנות המקצוע ניצחו את החזון.

171 אפשר כמובן לסווג תהליך זה כסוג של פישור משום שמטרתו להביא את הצדדים להסכם פשרה, והכוח המניע אותם לשנות את עמדותיהם הוא ההערכה שהם מקבלים מן המומחה. ראו: Wayne D. Brazil, Michael A. Kahn, Jeffrey P. Newman & Judith Z. Gold, "Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution", 69 *J. Am. Judicature Soc'y* (1986) 279. Kovach & Love משייכות גם הן את התהליך לטכניקות ההתערבות של צד שלישי, שאמנם אינן כוללות הכרעה מחייבת כמו בוררות, אך מערבות הערכה של המתערב. ראו: Kovach & Love (לעיל, הערה 122) בעמ' 107; שילה (לעיל, הערה 20); גדות (לעיל, הערה 20); ראו גם: מרכז המחקר והמידע (לעיל, הערה 20).

172 ראו למשל: אמנון כהן ועינת אבמן-מולר, "שופט פסיבי או שופט אקטיבי? הצעה למעורבות שיפוטית פעילה בעסקאות טיעון", משפטים לא (תשס"א) 745; זמיר (לעיל, הערה 15) בעמ' 139.

173 הכוונה להפניית תיקים לפישור ולגישור חיצוני.

174 הכוונה להפניית תיקים לפישור שאיננו פישור שיפוטי, בתוך בתי המשפט. ראה: לעיל, הערה 171 והטקסט שלידה.

5. האם בכל זאת גישור?

כמו במקומות אחרים בעולם, משתמשי הקצה למיניהם, ועוד יותר המפעילים והמפיצים הציבוריים והפרטיים (משרד המשפטים, הנהלת והנהגת בתי המשפט, השופטים ועורכי הדין),¹⁷⁵ בחרו בתהליך הפישור (הפנימי והחיצוני) על פני תהליך הגישור. נראה שתהליך הפישור "נמכר" טוב יותר מתהליך הגישור,¹⁷⁶ במיוחד כאשר ממתגים את הפישור כגישור.¹⁷⁷ אילו נשאלו השופטים ועורכי הדין לדעתם, היו אומרים כפי הנראה כי "מהפכת הגישור" היא רעיון יפה, אך טרם הגיע זמנו. קודם יש לסיים את קרב הבלימה של גלי הביקורת בנושא הסחבת בבתי המשפט ולייצב את המערכת כדי שכמות התיקים הממתנים לשופט ומשך הטיפול בתיק עד סיומו יהיו סבירים. ייתכן גם שעורכי דין ושופטים יאמרו: "לעולם פישור". זאת לא רק משום הקושי האובייקטיבי המשותף לעורכי הדין ולשופטים הכרוך בצורך לשווק או למכור רעיון מנוגד לפרדיגמת ההתדיינות האדוורסרית, שהיא כה מוכרת להם, ואשר עליה תפארתם, אלא משום שהם עצמם טרם נחשפו – או לא נחשפו במידה מספיקה – לחוויה של חדר הגישור.¹⁷⁸

נראה כי הצדדים הנתונים בסכסוך, למעט שחקנים חוזרים או צדדים מתוחכמים ודעתנים, ממלאים תפקיד משני בבחירת התהליך ליישוב הסכסוך. עורכי הדין מעבדים בשביל הצדדים את הסכסוך למסגרת המושגית של המשפט, מפרשים אותה, מנתחים אותה וממליצים על דרכי הפעולה האפשריות. אף אם הצדדים היו נתונים פחות להשפעה של עורכי דינם, הם היו מתקשים לבחור בתהליך הגישור. הם אינם יודעים מהו גישור ואינם יכולים לתאר לעצמם את התהליכים שהם צפויים לעבור בחדר הגישור ואת התוצאות האפשריות. תהליך הפישור מוכר יותר משום דמיונו למשא ומתן התחרותי ולהליך ההתדיינות האדוורסרי, אשר נצרכו בתודעת הציבור במשך שנים.

המחיר החברתי של העדפת תהליך הפישור על פני תהליך הגישור ברור. לבד מסגירת תיקים ומחיסכון בשעות שיפוט, בזמן ובעלויות התדיינות, אין לפישור כל תפוקה חברתית אחרת. מבחינת הצדדים לסכסוך, פרט לצורך להתפשר ולוותר על עמדות למען השגת פתרון מוסכם בדרכי שלום חוויית הפישור איננה מלמדת דבר ואיננה משכיחה דבר. ככלל היא אין מטרתה להביא לחידוש או לשיפור היחסים ביניהם והיא איננה מנסה

175 עורכי הדין יכולים להיחשב הן למשתמשים והן למפיצים.

176 מבחינת יעילות הדבר היחיד שעשוי לעזור ב"מכירת" הגישור כמוצר עדיף על פני הפישור הוא במצבים שבהם אין אפשרות להגיע לפתרון של פשרה, כספית או אחרת, בלי "הגדלת העוגה". ראו: לעיל, הערה 95 והטקסט שלידה.

177 כפי שעושים רבים מן המפשרים.

178 על הקושי של עורכי הדין להבין לאשורו את תהליך הגישור, ראו: Susan J. Schmitz, "What Should We Teach in ADR Courses? Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation", 6 *Harv. Neg. L. Rev.* (2001) 189.

לעשות זאת. לבסוף, חוויית הפישור איננה תורמת לצמיחה ולהעצמה¹⁷⁹ אישית של הצדדים, לחיזוק כישורי החברות שלהם, לפישור המארג של החישוקים החברתיים בקהילה ולשינוי תרבות יישוב הסכסוכים בחברה.¹⁸⁰

נחיתות הפישור בטווח המידי בולטת במיוחד במצבים של חוזי יחסים¹⁸¹ ושל יחסים נמשכים. בניגוד לחשיבה בעבר, מצבים אלו אינם כוללים אך ורק את חלק הארי של הסכסוכים בדיני עבודה ובדיני משפחה. רבים מהסכסוכים האזרחיים-מסחריים מתרחשים בתוך זירה שיש לה מאפיינים של חוזה יחס או יחסים נמשכים.¹⁸² אף על פי שהדבר לא נראה במבט ראשון, גם תביעות של עובד לשעבר, של ספק או לקוח אשר הקשר המסחרי עמם נותק, או של שותף עסקי לשעבר נכללות בקטגוריה זאת. לאופן הטיפול בתביעה כזאת, כמו גם לתשובה לשאלה אם היא הסתיימה בהותירה קרע ביחסים, יש השפעה על עובדים, על ספקים, על לקוחות ועל שותפים קיימים ועתידיים.¹⁸³ עובדה זו מסבירה את הרתיעה ההולכת וגוברת של אנשי עסקים מהתדיינות.¹⁸⁴ כפועל יוצא מכך בחירה מושכלת אמורה להביאם להעדיף ברוב המקרים תהליך של גישור על פני תהליך של פישור.

מלבד היות הפישור, כתהליך, חף מכל תרומה במישור האישי, הבין-אישי, הקהילתי והחברתי, הוא בעייתי בשלושה היבטים נוספים: הראשון מתייחס לפישור הפנימי ולפישור השיפוטי; השני קשור במגבלות המיוחדות של הפישור בסכסוכים באשר זכויות

179 במקרים מסוימים השיח הפישורי עלול גם להזיק לצדדים מוחלשים. ראו: מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני (לעיל, הערה 162) בעמ' 548-551.

180 מובן שאין בדברים אלו כדי לפסול את הפישור או את השפיטה ככלים ראויים ליישוב סכסוכים. ברור שקיימים מקרים שבהם כל רצונם של הצדדים הוא לעמוד על זכויותיהם, מכוח הדין או החוזה, ולפתור את המחלוקת בהסכמה או בהכרעה בזמן הקצר ביותר ובתהליך זול וממוקד-תוצאה.

181 Ian R. Macniel, "The Many Futures of Contracts", 47 *S. Cal. L. Rev.* (1974) 691 מאוטנר (לעיל, הערה 56) בעמ' 47.

182 כגון מיזמים משותפים, חוזים ארוכי-טווח, שותפויות, סכסוכים בתוך ארגונים, בין יחידות או פרטים או בין יחידים לבין הארגון (קיבוצים, מושבים, עמותות, אשכול חברות). ראו למשל: Walde (לעיל, הערה 115).

183 רבות מהתכניות הפנים-ארגוניות לפתרון סכסוכים פותחו ושוכללו מתוך הכרה בכך שהארגון נשפט כל הזמן על ידי אלו שעמם הוא בקשר ועל ידי מתקשרים פוטנציאליים, בין היתר על פי האופן שבו הארגון מטפל בחילוקי דעות שיש לו עם עובדים, לקוחות, ספקים, חברים וארגונים אחרים. ראו: מירוני (לעיל, הערה 8).

184 John Lande, "Failing Faith in Litigation? A Survey of Business Lawyers' and Executives Opinions", 3 *Harv. Neg. L. Rev.* (1998) 1; David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations* (1998); Marc Galanter & Joel Rogers, *A Transformation of American Business Disputing? Some Preliminary Observations* (1991).

קוגנטיות; השלישי מתייחס להשפעת השימוש בפישור על כמות התביעות החדשות. היבטים אלו יידונו להלן.

1. סכנותיו של הפישור הפנימי

מבחינות רבות תהליך הפישור הנערך בתוך בית המשפט בכלל והפישור השיפוטי בפרט הוא בבחינת ויתור הן על יתרונותיו של ההליך השיפוטי והן על יתרונותיו של הגישור. בפישור פנימי, בתוך בית המשפט, במיוחד בפישור שיפוטי או בפישור אצל שופטי מוקד או שופטי קדם-משפט קיימים סיכונים העלולים לפגוע באיכות ההסכמה¹⁸⁵ ובתדמית והמעמד של בית המשפט והשופטים. למשל: (1) הפוטנציאל ללחץ אף אם לא במתכוון; (2) עירוב התפקידים והפגיעה בניטרליות, כפי שאלו נתפסים אצל המתדיינים, בעת שהשופט-מפשר נדרש להשיל את גלימת המפשר וללבוש את גלימת השופט במקרה שהפישור לא נסתייע;¹⁸⁶ (3) חשש לזליגת מידע מן הפישור להתדיינות;¹⁸⁷ (4) היעדרם המוחלט של הליכי בקרה ושל תיעוד ושקיפות האופייניים להליך השיפוטי; (5) חוסר ההלימה בין אמות המידה שעל פיהן נבחן מועמד לשיפוט או עוזר משפטי (יכולת ניתוח וחשיבה משפטית) לבין אמות המידה שבהן הוא נשפט כמפשר (סגירת תיקים בפשרה). לבסוף בגלל אילוץ זמן ובגלל הימצאותו של הפישור הפנימי בתוך כותלי מערכת בתי המשפט, מובטח שכתהליך הוא ישקף תפיסה קיצונית של הפישור ושיח משפטי צר של זכויות ללא אפשרות ליהנות, ולו חלקית, מן היתרונות הגלומים בתהליך הגישור.

2. פישור וזכויות קוגנטיות

השיח הפישורי עוסק בזכויות, והפתרונות הם בדרך כלל כספיים או מוגבלים לסעדים הניתנים בהתדיינות. לפיכך בסכסוכים המערבים זכויות קוגנטיות פתרון של פשרה, המתקבל בתהליך פישור, כורך כמעט תמיד ויתור מסוים על זכויות קוגנטיות. לעומת זאת בגישור השיח הוא שיח של צרכים. הוא מכוון "לייצר ערך" להגדיל את העוגה ולא "לחלק ערך". גם קשת הפתרונות בלתי מוגבלת. הדבר מאפשר לבעל הזכות הקוגנטית לקבל במסגרת הפתרון דבר אשר מבחינת צרכיו שלו יכול לעלות על ערך הזכות שתבע או לבטח להוות פשרה במובן של קבלת דבר אחר בתמורה,¹⁸⁸ להבדיל מויתור.

185 Fiss (לעיל, הערה 102).

186 מירוני (לעיל, הערה 8) בעמ' 3-42.

187 Laurence Street, "Mediation and the Judicial Institution", 71 *Austl. L. J.* (1997) 794, 187 p. 796; Frank E. A. Sander, "A Friendly Amendment", *Disp. Resol. Mgmt.* (1999) 22

188 דב"ע לח/3-59 (ארצי) סילשי – דורון, פד"ע י' 32, 50 (1972); נחום פיינברג וקרן שליט, "ויתור, פשרה ועיסוקת חבילה ומה שביניהם: מחילה על זכויות בסיום עבודה", ספר מנחם גולדברג – לקט מאמרים בדיני עבודה וביטחון סוציאלי (מנחם גולדברג עורך, תשס"א) 440.

3. הפישור ונפח התביעות

הבעיה הראשונה במעלה של מערכת בתי המשפט ובתי הדין בישראל היא כמות התביעות.¹⁸⁹ תהליך הפישור תורם לסגירה מהירה ויעילה של תיקים. אולם אין בו כל תרומה להקטנת מספר התביעות; אולי להפך. הוא גורם בעקיפין להגדלת מספר התביעות החדשות. בשיטת המשפט הישראלית, שבה אין מקובל לפסוק לזוכה הוצאות ראליות,¹⁹⁰ קיומו של תהליך פישור, במיוחד פישור פנימי ללא תשלום, אשר בסיומו קיים סיכוי גבוה להחזרת האגרה, מחליש לחלוטין את התמריץ הכלכלי השלילי שנועד להקטין את מספר תביעות הסרק. תובעים מסוימים מגישים תביעות שסיכוייהן קלושים, בהנחה שהן לא תישמענה אלא תועברנה לפישור. ההנחה היא שמאחר שבפישור יש צורך בהסכמה, יש סיכוי להשיג הסכם פשרה שיעניק להם חלק מתביעתם ללא שיידרשו לשאת בעלויות הפישור.¹⁹¹ ובאגרת בית המשפט. בכך נפגעת יעילותו המצרפית של הפישור, והוא תורם להגדלת מספר התביעות.

לעומת זאת הגישור עשוי להפחית את מספר התביעות בטווח הבינוני והארוך. הסיבה הראשונה היא כלכלית. בהיעדרם של שירותי גישור פנימיים¹⁹² הפניית התיק לגישור איננה מאיינת את התמריץ השלילי שנועד למנוע תביעות סרק. גם במקרה של הגעה להסכם יידרש התובע לשאת בעלויות הגישור. הסיבה השנייה והעיקרית קשורה בבשורה של רעיון הגישור ובתפוקות המיוחדות של ההתנסות בתהליך הגישור. לצורך

189 רענן סולציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות, העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות: דו"ח מסכם (2007).

190 ההלכה המכוננת בסוגיית פסיקת הוצאות קובעת כי ההוצאות הראליות שהוצאו בפועל במסגרת ניהול ההליך ישמשו נקודת מוצא בלבד. על מבקש ההוצאות מוטל הנטל להוכיח כי ההוצאות שהוציא בפועל היו סבירות, מידתיות והכרחיות לניהול ההליך בהתחשב בכלל נסיבות העניין. משמע, ההוצאות הראליות הן רק שיקול אחד מבין מכלול השיקולים שעליהם מתבססת ההחלטה בדבר גובה ההוצאות שייפסקו לטובת הצד הזוכה (אם בכלל). ראו: בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' הרשות המוסמכת למתן רישיונות ייבוא – משרד התעשייה והמסחר (פורסם בנבו, 30.6.2005); לפסקי דין שבהם יושמה הלכה זו ראו למשל: בג"ץ 5260/08 חברת לרום ב"ח שיקומי בע"מ נ' הוועדה הציבורית לקביעת ייעודם של עזבונות לטובת המדינה, בפסקה 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.11.2009); בג"ץ 5098/08 פלביאן נ' מדינת ישראל-משרד החינוך, בפסקה 5-7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.12.2008).

191 ובלבד שמדובר בפישור פנימי. כזכור, שירותי הפישור הפנימי לסוגיו הולכים ומתרחבים, ושיעור הסירוב לפישור פנימי קטן בהרבה לעומת פישור או גישור חיצוני. פער זה מיוחס בעיקר לעלויות.

192 בתי המשפט ובתי הדין מספקים אך ורק פישור פנימי ללא תשלום. גם ישיבת המהו"ת (מידע, היכרות ותיאום), הנערכת אצל מפשר או מגשר חיצוני, כרוכה בתשלום מעבר לשעה הראשונה. מהטופס הנספח לתקנות סדר הדין האזרחי עולה כי רק פגישת המהו"ת עצמה היא ללא תשלום. אם הצדדים מחליטים לפנות לגישור אצל מי שערך את פגישת המהו"ת, הגישור יערך בתשלום.

כך צריך שהגישור יהפוך, כדברי הנשיא לשעבר ברק,¹⁹³ לדרך חיים, ושחלק נכבד מאוכלוסיית התובעים והנתבעים ייחשפו לחוויה הטרונספורמטיבית של תהליך הגישור. כזכור, ההבטחה של הגישור טמונה בהעצמת הצדדים לסכסוך ובמתן סיוע להם בטיפוח יכולות וכלים שיאפשרו להם לא להיזקק בעתיד לסמכות חיצונית, ציבורית או אחרת, כגון בתי משפט, המטפלת בסכסוכים ובהכרעה בהם. התהליך ילמד אותם ליישב חילוקי דעות בדרכי שלום בכוחות עצמם, ממקום של ביטחון עצמי ביכולתם ומתוך הכרת החשיבות של הבנת צורכיהם שלהם ושל הצד האחר. מבחינה זאת רק לגישור, לא לפישור, יש פוטנציאל אמתי לעצור את מבול התביעות.

ו. סיכום וחשיבה לעתיד

באופן פרדוקסלי, ובדומה למה שקורה במקומות אחרים בעולם,¹⁹⁴ המונח "גישור" הולך ונעשה נפוץ ושגור יותר ויותר בקרב חלקים גדולים של האוכלוסייה. אולם אין התקדמות דומה באשר ליצירת הבנה משותפת או הסכמה, אף לא בקרב חברי הקהילה המשפטית, לגבי השאלה מהו בדיוק תהליך הגישור, ובמה הוא שונה מתהליכים אחרים ליישוב סכסוכים. מצב דברים זה יוצר בלבול מושגים ומונחים כגון "מעין-גישור" ו"גישור שיפוטי".¹⁹⁵ עיקר הקושי והסיכון להתפתחות המקצועית של התחום נעוץ בחוסר היכולת להבחין בין שני תהליכים או כלים ליישוב סכסוכים שיש ביניהם מעט דמיון והרבה שוני – הפישור והגישור. ההיסטוריה החקיקתית נושאת בחלק מן האשמה לבלבול המושגים ולשימוש בצמד המונחים כאילו היו מילים נרדפות ולעתים אפילו במשולב. עיקר האשמה נעוצה באופן המיסוד של הגישור בארץ, במניע או במנוע שעמד מאחורי ההשתלטות של הפישור על הפרקטיקה, בשחקנים המרכזיים – בתי המשפט ועורכי הדין – ובקריטריונים המשמשים בידיהם להערכת הצלחת הגישור. תהליך הגישור ותהליך הפישור חולקים יחדיו ארבעה יסודות משותפים: מעורבות של צד שלישי כלשהו, רצוניות והסכמה, סודיות ואפשרות לקיום פגישות נפרדות.¹⁹⁶ היסוד האחרון משותף מבחינת מבנה התהליך וכלליו. מבחינה פונקציונלית הפגישות הנפרדות בגישור נושאות אופי שונה ויש להן מטרות שונות מאלה שבפישור. מלבד ארבעת היסודות הללו, תהליך הגישור שונה מתהליך הפישור בשבעה המאפיינים המרכזיים האלה: (1) המשתתפים והתפקידים שהם ממלאים (בפישור עורכי

193 ברק, "שערי משפט" (לעיל, הערה 39) בעמ' 11.

194 Joseph B. Stulberg, "The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind", 6 *Vat. L. Rev.* (1981) 85.

195 ראו: זמיר (לעיל, הערה 15) בעמ' 137.

196 פרט למקרה שהפישור נערך על ידי השופט היושב לדין (פישור שיפוטי). ראו: לעיל, הערה 26 והטקסט שלידה.

הדין הם השחקנים הראשיים; בגישור הצדדים); (2) אופי השיח (בפישור מתנהל שיח צר של זכויות הצופה פני עבר; בגישור השיח רחב ועמוק, שיח של צרכים וזהות הצופה פני עתיד); (3) התוצאה (בפישור – ממוקמת על קו רעיוני בין עמדות הצדדים, מבטאת "חלוקת ערך", מוגבלת בסעדים המקובלים במשפט; בגישור – ממוקמת במרחב, פתרון יצירתי במעלה השנייה, מבטאת "יצירת ערך"); (4) השפעה על הצדדים לסכסוך (בפישור, הצדדים והיחסים ביניהם נותרים ללא שינוי; בגישור הצדדים אישית והיחסים ביניהם עוברים טרנספורמציה); (5) תפיסת התפקיד של הצד השלישי (בפישור – מעריך, מחווה דעה ומציע פתרונות לסכסוך. דרישת התפקיד: ניטרליות, מומחיות, בקיאות בתיק, חכמה ומעמד מקצועי בכיר; בגישור – נמנע ממתן הערכה או מחיווי דעה באשר לסכסוך, וככל האפשר גם מלהציע פתרונות. מסייע בבנייתו ובטיפוחו של שיח אחר בין הצדדים. הנחת התפקיד: הצדדים יודעים טוב יותר את הסיבות לסכסוך, את צורכיהם ואת הפתרונות); (6) אופי הישיבות הנפרדות; (7) משך הזמן והעלויות (תהליך הפישור מהיר, קצר וזול מתהליך הגישור).

המסקנה של רשימה זאת היא שבניגוד לדעתו של פרופסור זמיר,¹⁹⁷ אף על פי שהגישור הוא גמיש ודינמי, כתהליך, הפישור איננו סוג של גישור. הפישור לסוגיו הוא תהליך בעל מטרות, תפוקות, מבנה, מאפיינים וכללים שונים מאלה של הגישור. אין בקביעה זו כדי לשלול מעבר בשעת הצורך מגישור לפישור¹⁹⁸ או שילוב אלמנטים של פישור בתוך תהליך הגישור.

הבשורה החברתית של הגישור קשורה בדרגת השליטה, המעורבות והאחריות שיש לצדדים עצמם בשיח, בתהליך של עיצוב הפתרון המוסכם ובקבלת החלטות. האוטונומיה של הצדדים היא הפרדיגמה של הגישור. ההתנסות בגישור היא הזדמנות לצמיחה ולהעצמה של הצדדים ולטיפוח יכולות וכלים שיאפשרו להם לא להיזקק בעתיד לסמכות חיצונית, ציבורית או אחרת, העוסקת בטיפול בסכסוכים. לתפיסה זו של בשורת הגישור יש שתי השלכות חשובות, שאינן בלתי תלויות. אחת נוגעת לתהליך, והשנייה למדדים שבהם נמדדת הצלחתו.

מאחר שהצדדים לסכסוך אמורים לצאת מתהליך הגישור מחוזקים באמונה ביכולתם האישית להבין ולקבל את עצמם ואת האחר ולעצב במשותף פתרונות, על המגשר להימנע לחלוטין מלחוות דעה או לספק הערכה באשר לתוצאה המשפטית הצפויה או באשר למה שנראה לו נכון, הוגן או צודק ולמעט בהעלאת הצעות משלו לפתרון

197 זמיר (לעיל, הערה 15) בעמ' 137.

198 Mironi (לעיל, הערה 42). ראוי שמעבר כזה ייעשה בצורה מושכלת, כמו גם בהבנה ובהסכמה מלאה של הצדדים. בדומה לחובה להסביר לצדדים, לתכנן עמם ולעגן בהסכם שימוש בהליכים מעורבים אחרים, כגון "גיש-בור" (מירוני (לעיל, הערה 8) בעמ' 34-35). כאשר משתמשים בגיש-בור דרישות אלו מובנות מאליהן בגלל המעבר מהליך של רצוניות והסכמה לתהליך הכורך כפייה והכרעה של צד שלישי. אולם כך גם כשחוצים קו ברור פחות, אך בעל חשיבות רבה, בין גישור לפישור.

הסכסוך. בגישור הפריבילגיה והצורך להבין, להעריך ולהיות יצירתיים היא של הצדדים. לכן הגעה להסכם ו"סגירת התיק"¹⁹⁹ איננה המדד האמתי להצלחת תהליך הגישור בממד החברתי-חינוכי שלו. המדד האמתי הוא מידת הטרנספורמציה אשר אותה חווים ועוברים הצדדים בכל הקשור לאמונה ביכולתם שלהם לנהל את יחסיהם ואת סכסוכיהם בעתיד. העצמה אישית זאת של הצדדים אמורה להעצים את הקהילה כולה ולחזק את החישובים החברתיים שלה.

לעומת זאת הפישור הרבה יותר פרגמטי וממוקד-תוצאה. הוא חף מיומרה לעשות דבר לבד מלסגור את התיק ולסיים את ההתדיינות בדרך היעילה והמהירה ביותר. לכן המטרה היא להגיע לפשרה שתהיה מקובלת מספיק על הצדדים לעומת החלופות העומדות לרשותם,²⁰⁰ כדי שיקבלוה ויחתמו על הסכם. הדרך הקצרה והבטוחה להשיג מטרה זאת היא לבחור במידת האפשר במפשר בעל מומחיות ומעמד, אשר יוכל להעריך את התיק ולחוות עליו דעה ולהציע פתרון "נכון". מכאן ברור למה האחראים להפחתת העומס על בתי משפט ועורכי דין מעדיפים את הפישור על פני הגישור. בתי המשפט – משום שזאת הדרך היעילה, המהירה והזולה לסגור תיקים, להפגין תוצאות ולמדוד הצלחה ועורכי הדין – משום שלעומת הגישור, חדר הפישור מספק להם סביבה מוכרת ושמירת שליטה;²⁰¹ זירה המציעה שולחן משא ומתן תחרותי ושכלתני²⁰² מבוסס-עמדות, שסביבו הם והמפשר משמשים שחקנים עיקריים, הנטוע ופועל, מבחינה תהליכית, בתוך החיק החם והבטוח של פרדיגמת הליטיגציה האדוורסרית.

הדגל שהיה אמור להתנוסס מעל "מהפכת הגישור" שהוכרזה ברוב עם הוא הדגל של הגישור ולא של הפישור. גם תוכן ההצהרות וגם תנופת העשייה הציבורית בנושא תומכים בתזה שהכוונה הייתה לשינוי חברתי אסטרטגי, להנהגת דרך חיים חדשה, ולא לייבוא של עוד טכניקה לסיום מהיר, זול ויעיל של תיקים תלויים ועומדים. המציאות הקשה ניצחה את החלום. עומס התיקים בבתי המשפט הפך להיות האויב האסטרטגי של "מהפכת הגישור". בתגובה ללחץ ציבורי מסיבי שהופעל עליה אימצה הנהלת בתי המשפט מדיניות מנוגדת לרעיון המונח בבסיס "מהפכת הגישור". נקבע יעד אסטרטגי

199 במובן הרגיל והמטפורי שלו.

200 המושגים המקובלים להערכת האלטרנטיבות הם אלה: BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement) האלטרנטיבה הטובה ביותר להסכמה ו- (Worst Alternative to a Negotiated Agreement) האלטרנטיבה הטובה ביותר להסכמה. ראו: Fisher & Ury (לעיל, הערה 61) בעמ' 97.

201 על הצורך בשליטה ועל הקשר שבינו לבין המפה הפילוסופית של עורך הדין ראו: Rickin (לעיל, הערה 47).

202 עורכי הדין אינם מרגישים בנוח עם השיח הרגשי מבוסס-הצרכים, המאפיין במקרים רבים את תהליך הגישור. הם מעדיפים את השיח השכלתני והאפולוגטי של זכויות. ראו: Jean R. Sternlight, "Lawyers' Respresentation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Nonadversarial Setting", 4 *Ohio Sta. J. of Disp. Resol.* (1999) 269, p. 325.

חדש – חיסול התיקים שבפיגור וקיצור זמן ההמתנה לדיונים ולפסקי דין. בעקבות זאת כל האנרגיה שהייתה אמורה להיות מוקדשת להטמעת הגישור גויסה ותועלה לקידום יעד זה.

מאחר שבאסטרטגיה החדשה אמת המידה האחת והיחידה של הצלחה היא חיסול פיגורים באמצעות סגירת תיקים במהירות וביעילות, אך טבעי שהגישור נדרש לפנות את מקומו לטובת הפישור. זאת אף זאת, כדי לחסוך את הזמן היקר שיש להקדיש לשכנוע הצדדים להעביר את התיק לפישור חיצוני, לבחירת מפשר ולמעקב, העדיפו בתי המשפט ובתי הדין לפתח ולטפח זנים שונים של פישור פנימי, בתוך בית המשפט. בחלק מן המקרים מכנים פעילות זאת בשמה הנכון – פישור; במקרים אחרים המפשרים או מנהלי תכניות הפישור למיניהן בוחרים להתנאות בשימוש במונח גישור כדי לתאר את עיסוקם או את פועלם.

ייתכן כי בעת הזאת רעיון הגישור הוא מוצר מותרות שקשה לשווקו או שטרם הגיע זמנו. ייתכן גם כי בקונטקסט הקיים, שבו מופעלים לחצים אדירים על מערכת המשפט ובתוכה לחיסול הפיגורים ולהאצת ההליכים חרף העומס הבלתי סביר של תיקים, אפשר להבין ולהצדיק ציבורית את העדפת הפישור על פני הגישור. ברם בהקשר זה ראוי להציף שתי נקודות שנדונו בהרחבה קודם לכן: הראשונה, גם אם המניע היחיד לאימוץ הרעיון של דרכים אלטרנטיביות או משלמות ליישוב סכסוכים היה הרצון לסייע למערכת המשפט להתמודד עם בעיית העומס ועם שיטפון התיקים,²⁰³ הבחירה בפישור היא תרופה קצרת טווח. בניגוד לגישור, הפישור אינו מסייע בהפחתת כמות התביעות החדשות, אשר היא כך נראה הבעיה הראשונה בחשיבותה במערכת בתי המשפט. אם בכלל, קיומו של הפישור, במיוחד זה המסופק בתוך בתי המשפט, עלול להחריפה; השנייה, בעיית הפיגורים, עומס התיקים והתמשכות ההליכים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה הייתה ידועה לנשיא דאז השופט ברק ולאחרים מבין אדריכלי "מהפכת הגישור". למרות הכול הם בחרו בדגל הגישור דווקא.²⁰⁴ הנשיא ברק הדגיש כי הגישור לא נועד לפתור את בעיותיה של מערכת בתי המשפט – הוא נועד לפתור את בעיותיה של מדינת ישראל.²⁰⁵

203 בספרות מתייחסים לתופעה זאת כאל התפוצצות ההתדיינות. ראו: Marc S. Galanter, "The Day after the Litigation Explosion", 46 *MD L. Rev.* (1986) 3; Marc S. Galanter, "The Landscape of Disputes: What we Know and don't know (and think we know) about our Allegedly Contentious and Litigious Society", 31 *UCLA L. Rev.* (1983) 4
 204 הדבר עולה בבירור מן הדרך שבה הם אפיינו את התהליך ואת תפוקותיו. ראה: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, (לעיל, הערה 17) בעמ' 50; הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דו"ח הוועדה (1997) בעמ' 99-101 (הוועדה מכונה: "ועדת אור" על שם שופט בית המשפט העליון בדימוס תאודור אור, שעמד בראשה).
 205 ברק, "שערי משפט" (לעיל, הערה 39) בעמ' 10.

מאמר זה נועד להבהיר את עולם המושגים המשמש את העשייה ואת עיצוב המדיניות בכל הקשור להנהגת דרכים אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים ולהשליט בו סדר.²⁰⁶ הוא שואף לחדד את המפה המושגית ולשמש מעין מגדלור בשיח על הגישור. התזה המונחת בבסיסו היא שחידוד ההבחנה בין פישור לגישור חיוני הן לוויכוח הציבורי והן לפיתוח התחום בכלל ולפיתוח ולשדרוג מקצוע הגישור בפרט. המאמר נועד גם להוכיח כי מלבד התרומה החברתית, הערך והתרומה של השימוש בתהליך הגישור לצדדים המסוכסכים עצמם, מבחינת סיפוק מן התוצאה²⁰⁷ ומן התהליך,²⁰⁸ עולה על מה שאפשר להשיג בכול אמצעי אחר ליישוב סכסוכים – משא ומתן ישיר,²⁰⁹ פישור לסוגיו ושפיטה לסוגיה.

מבין שורותיו של המאמר זועק צורך לקיים דיון ציבורי נוקב ואמיץ על המחיר החברתי של העדפת הפישור על פני הגישור.²¹⁰ אם מעבר לרטוריקה²¹¹ יוחלט כי כמדיניות יש לתת מקום רב יותר לגישור בגלל ההבטחה החברתית שלו, ההחלטה צריכה לבוא לידי ביטוי בקבלת מחויבות אקטיבית²¹² לקידום הגישור כדרך חיים שתנחה את

206 גם ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה סברה שחשוב להבחין בין המנגנונים השונים החוסים כולם תחת השם גישור. ראו: ורדה וירט ליבנה, "הגישור בבתי הדין לעבודה", *שערי משפט* ג (תשס"ב) 89, בעמ' 103, 107.

207 מבחינת שיפור ההסתברות להשגת תוצאה אופטימלית. Bush (לעיל, הערה 66) בעמ' 24.
208 מחקרים רבים הראו כי רמת הסיפוק של המשתתפים בגישור גבוהה ולא משנה אם הושג הסכם או לא. שם, בעמ' 29; Mary Beth Howe & Robert Faila, "Process Matters: Disputant Satisfaction in Mediated Civil Cases", 29 *The Justice System* (2008) 85; Roselle L. Wissler, "Court-Connected Mediation in General Civil Cases: What We Know from Empirical Research", 17 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2002) 641.
209 Peter Y. Wolfe, "How a Mediator Enhances the Negotiation Process", 46 *N.H.B.J.* (2005) 38.

210 מאמר זה דן בהשוואת הגישור והפישור מבחינת תרומתם החברתית. הוא איננו דן בוויכוח האידאולוגי בשאלה אם השפיטה הציבורית נועדה לפתור סכסוכים או להשתמש בסכסוכים כדי לבסס ערכים חברתיים ובמידת הצדקה לעודד שימוש בפישור או בגישור במקום הכרעה שיפוטית. ראו: Fiss (לעיל, הערה 102) בעמ' 1075; David Luban, "Settlement and the Erosion of Public Realm", 83 *Geo. L. J.* (1995) 2619, p. 2626; Judith Resnik, "Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication", 10 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (1995) 211, pp. 253-261; Owen M. Fiss, "The Supreme Court 1978 Term: Forward: The Forms of Justice", 93 *Harv. L. Rev.* (1979) 1; Jay Folberg, Dwight Golan, Lisa Kloppenberg & Thomas Stipanovich, *Resolving Disputes – Theory, Practice and Law* (2005) pp. 645-646.

211 ברטוריקה עובר כחוט השני הרעיון שלפיו המטרה העיקרית של הנהגת הגישור איננה סיום תיקים והפחתת העומס שעל בתי המשפט. אם בכלל, זאת תוצאת לוואי. ראו: דוח ועדת רובינשטיין (לעיל, הערה 25) בעמ' 21; זמיר (לעיל, הערה 15) בעמ' 120.

212 התכנית הידועה של יישוב סכסוכים בענייני עבודה בשרותי הדואר של ארצות הברית, בהם מועסקים מעל 800,000 עובדים ממחישה כי תוכנית יישוב סכסוכים יכולה להישאר נאמנה לעקרונות הגישור לטווח ארוך ובלבד שקיימת מחויבות ללא סייג במודל. ראו: Jonathan

העשייה ואת החינוך בכלל ואת החינוך המשפטי בפרט. במסגרת החשיבה על דרכים מוסדיות²¹³ להטמעת הגישור תישאל ודאי השאלה אם ראוי להנהיג גישור חובה מלבד המודל שהוצע על ידי ועדת רובינשטיין.²¹⁴ הדיון בשאלה זאת חורג ממטרות המאמר.²¹⁵

- F. Anderson & Lisa B. Bingham, "Upstream Effects from Mediation of Workplace Disputes: Some Preliminary Evidence from the USPS", 48 *LAB. L. J.* (1997) 601, p. 607; Tina Nabatchi & Lisa B. Bingham, "Transformative Mediation in the USPS Redress™ Program: Observations of ADR Specialists", 18 *Hofstra. Lab. & Emp. L. J.* (2001) 399; Lisa B. Bingham & David W. Pitts, "Highlights of Mediation at Work: Studies of the National REDRESS® Evaluation Project", 18 *Neg. J.* (2004) 1351
- 213 כגון הכנסת שינויים במערכת התמריצים והמחירים של הצדדים, קביעת יעדים ותמריצים לבתי משפט ולשופטים, סבסוד ישיר או עקיף של הגישור, בדומה למצרכים אחרים של מדינה חשוב לקדםם כמשימה לאומית.
- 214 בעקבות הדוח הונהג פרויקט ניסיוני בשלושה בתי משפט. תביעות העולות על 50,000 ש"ח מחייבות השתתפות בישיבת מידע, היכרות ותיאום (ידועה בשם ישיבת מהו"ת), שמטרתה להסביר את הליך הגישור ולבחון את התאמתו ליישוב הסכסוך שעל הפרק. ראו: תקנה 99א לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984. כתיבה על הפרויקט, דוח ועדת רובינשטיין, (לעיל, הערה 25), בעמ' 47.
- 215 כתרומה ראשונית לדיון ראוי לבחון שתי שאלות: הראשונה, אם אפשר להצדיק, ולו לצורך השלב ההתחלתי של שינוי תרבותי, הנהגת גישור – ולא פישור – חובה במקרים המתאימים. החשש העיקרי הוא מפני הפגיעה ברעיון הרצוניות. אין להתכחש לעובדה שהטלת חובה חותרת תחת יסוד הרצוניות. אולם הפגיעה מוגבלת לשלב ההתנעה של התהליך (על ההבחנה בין פגיעה ברצוניות בשלב ההתנעה לבין פגיעה ברצוניות במהלך ההליך עצמו ראו: Timothy Hedeon, "Coercion and Self-Determination in Court-Connected Mediation: All Mediations are Voluntary but some are more Voluntary than Others", 26 *The Justice System Journal* (2005) 273, pp. 276-279; Frank E. A. Sander, "The Future of ADR: The Earl F. Nelson Memorial Lecture", 1 *J. of Disp. Resol.* (2000) 3. הרצוניות נשמרת במשך כל תהליך הגישור עצמו ובסופו. מכל מקום, תהליך הגישור מבטיח לצדדים, כרעיון מכונן שלו, איכות גבוהה של רצוניות והדגשת הרצון הפרטי שלהם ולא של עורכי דינם או של הצד השלישי. לפיכך הפגיעה המוגבלת ברצוניות איננה אמורה לפגוע בפרדיגמה של פיתוח האוטונומיה של הצדדים. גם אם תחילתו של הגישור תהיה בחובה ושל הפישור ברצון, בסופו של דבר פוטנציאל התרומה של ההתנסות בתהליך הגישור שהתחיל בחובה לעיצוב האוטונומיה של הצדדים תהיה גדולה יותר מזו של תהליך הפישור אף על פי שהתחיל מרצון; השנייה, אם גם במשטר של גישור חובה לא צפוי להתרחש תהליך של דטרמיניזם הליכי, אשר יוביל שוב לאימוץ זוחל של הפישור על חשבון הגישור. הניסיון מלמד שהחשש במקומו (Nancy A. Welsh, "Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With It?", 79 *Wash. U. L. Q.* (2001) 787, pp. 788-816, 838-861; Orna Rabinovich-Einy, "Beyond IDR: Resolving Hospital Disputes and Healing Ailing Organizations Through ITR", 81 *St. John's L. Rev.* (2007) 173, p. 176 (לעיל, הערה 162) בעמ' 536-538). צעד ראשון של התמודדות נעשה במאמר זה. הגדרת המושגים והדגשת הפער בין תהליך הגישור לבין תהליך הפישור אמורה לסייע הן בפיתוח

בין השיטין של מאמר זה מונחת מחשבה מטרידה אשר ראוי שתשמע במהלך הדיון הציבורי. מדינת ישראל השסועה והמסוכסכת חיה את חייה בסכסוך מתמשך, אשר חווייתו הפכה לפרדיגמת תרבות הטיפול של אזרחיה בסכסוכים.²¹⁶ לכן תרבות היחסים במצבי סכסוך מתאפיינת בשימוש מופרז בשיח של כוח ובשיח של זכויות, שכאמור אף הוא סוג של הפעלת כוח. מדינת ישראל זקוקה נואשות, כצורך אסטרטגי, למען חיזוק חוסנה הפנימי ולשיפור איכות החיים של אזרחיה, ל"מהפכת הגישור" ולהנהגת שיח אחר. מבחינה זאת הסיכון הגדול של העדפת הפישור וקיפול דגל הגישור הוא האיום באיבוד ההזדמנות לספק צורך זה.

הזהות המקצועית של המגשרים והן ביכולתם של הצדדים להבין טוב יותר את מהות התהליך שאליו הם נכנסים. בעזרת הבהרת המושגים יהיה אפשר גם להגדיר במדויק, כחלק מן המדיניות, להנהגת איזה מודל של גישור הכוונה. המחויבות האקטיבית תתבטא בין היתר בכך שאם תונהג תכנית תמריצים וסבסוד, היא תהיה קשורה למנגנון של הערכה ובקרת איכות, אשר נועדה לשמור מפני התהליך של דטרמיניזם הליכי.
David Matz, "ADR and Life in Israel", 7 *NEG. J.* (1991) 11, p. 14 216