

הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

מאת

ארנה רבינוביץ'-עיני*

המאמר בוחן את ההצעה במסגרת הרפורמה החדשה לסדר הדין האזרחי לאמץ לראשונה בישראל הליך מקדים להגשת תביעה. במסגרת ההליך המקדים מוצע לחייב מתדיינים (בחריגים מסוימים) לעבור הליך דו-שלבי של משא ומתן ישיר וגישור חובה טרם הגשת תביעה. המהלך מייצר מתחם של הליכים חלופיים שחובה לקיימו טרם פתיחת הליך משפטי מתוך תקווה שההליכים הללו יביאו לסיום הסכסוך וימנעו את הצורך בניהול תיק בבית המשפט, או לכל הפחות יצמצמו ויפשטו את היקף התביעה אשר תתברר בסופו של דבר. במאמר נטען כי בניגוד לציפייה שמאחורי הרפורמה בתחום ההליכים המקדמיים, ההצעה מעוררת קשיים ניכרים הן מנקודת ראות של תאוריה של יישוב סכסוכים (Alternative Dispute Resolution, או "ADR") הן מזו של גישה לצדק. המחקר הבוחן את ניסיונות האימוץ של הליכי ADR בסביבה המשפטית בישראל ובעולם מראה שכאשר השיקול המרכזי שמנחה את דפוס המיסוד של הליכי ADR הוא הרצון לקדם יעילות מערכתית – צמצום מספר התיקים ומשך הזמן והעלות לבירור תיק במערכת המשפט – צומחים הליכים שאינם שוברים את המתכונת האדוורסרית מבוססת-הזכויות שמוכרת לנו מבתי המשפט. התוצאה היא שהתקווה להצמחת שיח אלטרנטיבי (מבוסס-אינטרסים וצרכים) שיכול לשמר מערכות יחסים, לייצר שביעות רצון אצל צדדים לסכסוך ולהצמיח פתרונות יצירתיים, איננה מתממשת. בנוסף, רציונל של קידום יעילות מערכתית כבסיס לרפורמה צפוי להיות חסם בפני גישה לצדק ולמימוש זכות הגישה חרף ההבטחה להפחתה במספר התיקים הכולל במערכת שאמורה לאפשר גישה למתדיינים פוטנציאליים ושהות לדיון מעמיק ולהכרעה צודקת יותר מצד בתי המשפט. השלב המקדים הוא גורם מרתיע כבד משקל, שכן יש דרישות פרוצדורליות לא מעטות שהצדדים נדרשים לעמוד בהן כתנאי להגשת תביעה. החשש הוא שבאימוץ ההליכים המקדמיים אנו מייצרים מעין "ג'ונגל אדוורסרי" ללא פיקוח שיפוטי שבמסגרתו החזק מנצח ושהוא בבחינת זירת משחק חדשה ומורחבת לעורכי הדין, שכירי החרב של הצדדים. עם זאת המאמר אינו יוצא נגד הליכים מקדמיים באופן גורף. מחקרים מראים שאימוץ זהיר ותלוי-הקשר, המכיר בפערים בין צדדים, בצורך להבטיח פיקוח נאות על שלבים אלה ולהבטיח שמתקיים גם במסגרתם הליך "ראוי והוגן" ולא רק מהיר וזול, ושמצביע למגשרים מטרות איכותיות ולא כמותיות, יכול לייצר מרחב חיוני לשיח שאינו משפטי מבלי לפגוע במצבם של מתדיינים בעלי אמצעים, כוח וידע פחותים.

מבוא. א. הליכים מקדמיים. 1. הליכים מקדמיים ברפורמה המוצעת; 2. הליכים מקדמיים – מבט משווה; ב. הליכים מקדמיים מנקודת מבט של יישוב סכסוכים וגישה לצדק. 1. מיסוד ההליכים החלופיים בבתי המשפט; 2. כללי: גישה לצדק וזכות הגישה לערכאות; 3. השלכות

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה לד"ר שגית מור ולעו"ד דורון דורפמן על הערות, רעיונות והצעות ולרחל רן על עזרה מעולה במחקר.

ההסדר המוצע מנקודת מבט של יישוב סכסוכים וגישה לצדק; ג. במקום סיכום: מסקנות והצעות חלופיות. 1. הצורך בהליכים מותאמי הקשר ולא בהסדרים כלליים וכוללניים; 2. הצורך בפיקוח על המשא ומתן המקדמי; 3. הצורך בבקרה שיפוטית על הסדרים המושגים בגישור מהות' ולמידה מערכתית על אופיים של הסדרים אלה; 4. הבטחת ייצוג על ידי לשכת הסיוע בשלבים המקדמיים.

מבוא

ברפורמה החדשה, אשר פורסמה במסגרת טיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה–2014, מוצע לראשונה בישראל לחייב מתדיינים (בחריגים מסוימים) לעבור הליך דו-שלבי של משא ומתן ("מו"מ") ישיר וגישור חובה טרם הגשת תביעה. ההצעה היא בהשראת הרפורמה של הלורד Woolf באנגליה, שם אומץ לראשונה המנגנון של Pre-action protocols¹. למעשה, המהלך מייצר מתחם של הליכים חלופיים שחובה לקיימו טרם פתיחת הליך משפטי, מתוך תקווה שההליכים הללו יביאו לסיום הסכסוך וימנעו את הצורך בנייהול תיק בבית המשפט, או לכל הפחות יצמצמו ויפשטו את היקף התביעה אשר תתברר בסופו של דבר.² מאמר זה יטען כי בניגוד לציפיה שמאחורי הרפורמה בתחום ההליכים המקדמיים, ההצעה מעוררת קשיים ניכרים הן מנקודת ראות של תאוריה של יישוב סכסוכים (Alternative Dispute Resolution, או "ADR") והן מזו של גישה לצדק.

תנועת ה-ADR ותנועת הגישה לצדק צמחו במקביל, במחצית השנייה של המאה העשרים. אנשי הגישה לצדק הדגישו את השפעת המערכת המשפטית על צדדים מוחלשים ובעיקר על צדדים מרקע חברתי-כלכלי נמוך, ואילו אנשי ה-ADR קידמו תפיסה של פלורליזם הליכי שבמסגרתו מערכת הצדק צריכה לכלול אגד של אפשרויות הליכיות לקידום מגוון של צרכים, מטרות וערכים. להבדיל מהשיח המשפטי מבוסס-הזכויות, מציעים הליכי ADR שיח מבוסס-אינטרסים, אשר יש לו פוטנציאל להביא לפתרונות מספקים ויצירתיים מאלה המושגים דרך השיח המשפטי. בנוסף הציעה תנועת ה-ADR הליכים זולים ומהירים יותר בשל פשטותם הפרוצדורלית של ההליכים ובשל האפשרות להשתתף בהם ללא ייצוג משפטי. נקודת המפגש בין שתי גישות אלה הייתה בתפיסה שלפיה אימוץ הליכי ADR יכול לחזק גישה לצדק הן משום שהליכים אלה הם פעמים רבות פשוטים, מהירים וזולים יותר, הן משום שצדדים מוחלשים עשויים לחוש מסופקים יותר בהליך שיאפשר להם להשמיע את קולם בשפה לא-משפטית ולמצוא מזור למגוון של בעיות אשר חלקן אינן מהוות עילת תביעה משפטית. בפועל, כפי שנראה, עלולה רפורמה זו לפגוע באיכות הליכי ה-ADR שיתקיימו ובגישה לצדק של צדדים מוחלשים, אם כי היא עשויה לקדם יעילות מערכתית ולהביא לירידה במספר התיקים הנדונים בבתי המשפט בישראל. הניסיון באימוץ של הליכי ADR בסביבה המשפטית מלמד אותנו שכאשר השיקול המרכזי שמנחה את דפוס המיסוד של הליכי ADR הוא הרצון לקדם יעילות מערכתית – צמצום מספר התיקים ומשך הזמן והעלות לבירור תיק במערכת המשפט – צפויים ההליכים

1 ראו פרק ב לתזכיר תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה–2014 (להלן: התזכיר).

2 ראו תק' 6 שם.

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

הללו לפעול במתכונת שאיננה שוברת את הדפוס האדוורסרי מבוסס-הזכויות שמוכר לנו מבתי המשפט. במצב דברים זה התקווה להצמחת שיח מבוסס-אינטרסים וצרכים שיכול לשמר מערכות יחסים, לייצר שביעות רצון אצל צדדים לסכסוך ולהצמיח פתרונות יצירתיים, איננה מתממשת. ניסוח הדרישות באשר לטיב המשא ומתן ("מו"מ") שצריך להתקיים בשלבים המקדמיים על פי הרפורמה מחזק את הרושם שלפיו המו"מ שצפוי להתקיים יהיה אדוורסרי-משפטי ולא יספק חלופה של ממש לאפיק המשפטי. השלב המקדמי השני של פגישת מידע, היכרות ותיאום ("מהו"ת"), שהיא גרסה מרוככת של גישור חובה,³ שעל הצדדים לקיימו מיד לאחר המו"מ הישיר ביניהם, צפוי אף הוא להישאר במסגרת השיח המשפטי (מה שמכונה "גישור מעריך"),⁴ כפי שניתן ללמוד ממיסוד הגישור במערכת המשפט. המיסוד של הליכי ADR בבתי המשפט מלמד אותנו שכאשר הדחף לאימוץ התכניות הללו הוא ניהולי ונסב על יעילות כציר מרכזי (ואף בלעדי), הליכי ה-ADR שיתקיימו עלולים לשמר את הרע מכל העולמות כאשר הם מציעים צדק מהיר, שמביא לסגירת תיקים, בצל המשפט, אך ללא ההגנות המשפטיות וללא היתרונות הגלומים בהליכים החלופיים שהם מבוססי-אינטרסים וצרכים.

בנוסף, רציונל של קידום יעילות מערכתית כבסיס לרפורמה צפוי להוות חסם בפני גישה לצדק ולמימוש זכות הגישה, חרף ההבטחה להפחתה בכמות התיקים הכוללת במערכת שאמורה לאפשר גישה למתדיינים פוטנציאליים ושהות לדיון מעמיק ולהכרעה צודקת יותר מצד בתי המשפט. בפועל הליך מקדים להגשת תביעה לבית המשפט, המושתת על שיח משפטי, מהווה חסם של ממש בפני מיצוי זכויות. השלב המקדים הוא גורם מרתיע כבד משקל, שכן יש דרישות פרוצדורליות לא מעטות שהצדדים נדרשים לעמוד בהן כתנאי להגשת תביעה. קל לראות כיצד מתפתחת תעשייה של עורכי דין סביב השלב המקדמי, כאשר מי שאינו מיוצג עומד בפני הררי ניירת ודרישות להעברת מידע לצד האחר, וכל זה מתוך חשש מפני הטלת סנקציות כספיות בהמשך הדרך אם יקבע בית המשפט שצד מסוים לא שיתף פעולה עם ההוראות החולשות על השלב המקדים. החשש הוא שבאימוץ ההליכים המקדמיים אנו מייצרים מעין ג'ונגל אדוורסרי ללא פיקוח שיפוטי שבמסגרתו החזק מנצח ושהוא בבחינת זירת משחק חדשה ומורחבת לעורכי הדין, שכירי החרב של הצדדים. לצד דברים אלה, אין בהליכים חלופיים בנסיבות אלה כדי לספק חלופה למערכת המשפטית מנקודת ראות של גישה לצדק – הם לא באמת פשוטים יותר, הם לא באמת מאפשרים לצדדים להשמיע את "קולם", והם לא באמת מצמיחים שיח ופתרונות מסוג שונה מזה שהצדדים יכולים לקיים ולקבל במסגרת הליך שיפוטי.

שוב אנו רואים את הקשר שבין הרציונלים של תאוריה של יישוב סכסוכים לאלה של תנועת הגישה לצדק, כאשר הנפגעים המרכזיים, אך בוודאי לא הבלעדיים, של הוספת השלב המקדים להגשת התביעה במתכונת המוצעת ברפורמה הם צדדים מוחלשים ומי שאידאל הצדק שאליו הם מבקשים גישה אינו בהכרח אדוורסרי-לעומתי. אין בדברים אלה כדי לפסול הליכים מקדמיים באופן גורף. אימוץ זהיר ותלוי-הקשר, המכיר בפערים בין צדדים, בצורך להבטיח פיקוח נאות על שלבים אלה ולהבטיח שמתקיים

3 הליך המהו"ת מוסדר כיום בתק' 99א לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

4 ראו להלן חלק ב.3. למאמר זה.

גם במסגרתם הליך "ראוי והוגן" ולא רק מהיר וזול, ושמציב למגשרים מטרות איכותיות ולא כמותיות, יכול לייצר מרחב חיוני לשיח שאינו משפטי מבלי לפגוע במצבם של מתדיינים בעלי אמצעים, כוח וידע פחותים.

א. הליכים מקדמיים

1. הליכים מקדמיים ברפורמה המוצעת

הרפורמה המוצעת בסדרי הדין האזרחיים כוללת שינויים מגוונים ורבים. נדמה שהשינוי המשמעותי ביותר הוא הוספת הפרק בנושא "הליכים מקדמיים". לראשונה מוצע לעגן בתקנות חובה לקיים הליכים מקדמיים טרם הגשת תביעה, אשר השלמתם תהווה תנאי להגשת תביעה.

ביתר פירוט, כוללות התקנות המוצעות 6–13 (כולל) הסדרה מפורטת של ההליכים המקדמיים המוצעים. במסגרתם מוצע כי הצדדים יידרשו לעבור הליך דו-שלבי של חילופי מידע וישוב סכסוכים טרם הגשת כתב תביעה. המטרה המוצהרת של ההסדר היא "להביא לידי כך שהצדדים ייערכו היטב לקראת ההליך המשפטי וילבנו את יריעת המחלוקת עוד לפני שננקטו הליכים משפטיים, תוך גילוי הדדי ושקיפות מלאה בין הצדדים, בכפוף לכל דין, ובאופן שיאפשר להם להיות מוכנים כראוי לתחילת המשפט וכן לבחון את האפשרות ליישב את הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט".⁵

במסגרת זו יתקיים בשלב הראשון מו"מ שבמסגרתו יחליפו ביניהם הצדדים מכתב דרישה ומכתב תשובה. במכתב הדרישה צריך התובע הפוטנציאלי להודיע על כוונתו להגיש תביעה ולפרט את עילת התביעה ולצרף מסמכים מהותיים שהם חלק מן התביעה.⁶ במכתב התשובה נדרש הנתבע הפוטנציאלי להתייחס בפירוט לעובדות, לטענות ולסעדים להם טוען התובע הפוטנציאלי ולצרף מסמכים רלוונטיים. במסגרת זו מתייחסות התקנות המוצעות גם להליך של מעין גילוי מסמכים ועיון בהם שיחול בין הצדדים למו"מ.⁷ לאחר חילופי המכתבים, נדרשים הצדדים לקיים דיון מקדמי, שבו ידונו במחלוקת ובאפשרות ליישב אותה בהסכמה, ולהעלות אפשרויות למנגנונים ספציפיים, וכן נדרשים הצדדים לנמק את התנגדותם לשימוש במנגנון זה או אחר.⁸

בשלב השני, אם התקיים המו"מ מבלי שהצדדים יישבו את הסכסוך ביניהם, או שדרישות השלב הראשון לא קוימו ועברו 45 יום מן המועד לביצוע פעולה כלשהי, יפנה התובע הפוטנציאלי ל"ממונה" לקביעת פגישת מהו"ת – מידע, היכרות ותיאום. פגישת המהו"ת היא חובה בכל התיקים, למעט אלו שבהם סכום התביעה הצפוי קטן מ-40,000 ש"ח. היא תתקיים ללא עלות ומטרתה לבחון את מידת ההתאמה של הליך הגישור ליישוב הסכסוך. כמוסבר להלן, זוהי גרסה מרוככת של "גישור חובה" – היא כוללת יסוד של חיוב,

5 התזכיר, לעיל ה"ש 1.

6 שם, תק' 7.

7 שם, תק' 8.

8 שם, תק' 9.

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

אך לא בהשתתפות בהליך עצמו כי אם רק בחשיפה להליך הגישור. הממונה הוא שופט שמונה להיות אחראי על הליכי המהו"ת במחוז ובערכאה מסוימים, והוא המכריע בשאלות שונות העולות בפני המגשר במהלך הליך המהו"ת או הגישור.⁹ בעיקרון, רק מי שעבר את שני השלבים המקדמיים של מו"מ ומהו"ת ולא יישב את הסכסוך יוכל להגיש תביעה לבית המשפט. חריגים לכך הם מי שקיבלו היתר מטעמים מיוחדים להגיש את התביעה מבלי שמולאו תנאי הפרק העוסק בהליכים מקדמיים,¹⁰ מי שתביעתו קטנה מ-40,000 ש"ח ושאינו נדרש למלא אחר השלב השני של מהו"ת,¹¹ או מקרים מיוחדים נוספים דוגמת הליך שהוגש בהסכמה, הליך דחוף כמו סעד זמני או כאשר קיימת סכנת התיישנות.¹² על פי התקנה המוצעת 12, אפשר שאי-מילוי ההוראות של החלק העוסק בהליכים המקדמיים יביא להטלת הוצאות על הצד הרלוונטי. ההסדר הישראלי המוצע מבוסס על ההסדרים בנושא הליכים מקדמיים שאומצו באנגליה. על כן בחלק הבא נעמוד על הרקע לאימוץ הליכים אלה שם, על הדפוס שבו אומצו ועל ההערכות שנעשו לאורך השנים למנגנונים אלה.

2. הליכים מקדמיים – מבט משווה

בשנות התשעים התבקש הלורד Woolf להציע רפורמה מקיפה בסדרי הדין האזרחיים באנגליה. שנים רבות לא התבצעה רפורמה מקיפה כזו, והמערכת סבלה ממגוון בעיות, ובהן עומס, עלות, עיכובים רבים ומורכבות של ההליכים השונים.¹³ שילובם של מאפיינים אלה הפך את המערכת לבלתי נגישה עבור מתדיינים רבים. על כן חתר הלורד Woolf ברפורמה שהציע להגביר את הגישה לצדק באמצעות שינויים פרוצדורליים שיביאו להפחתת העומס, העלות והמורכבות של המערכת.¹⁴ הוא עשה זאת בשלושה אמצעים מרכזיים: הצבת דרישות לקיומם של הליכים מקדמיים טרם הגשת תביעה על מנת לקדם שיתוף פעולה בין הצדדים וסיום של הליכים מחוץ לבתי המשפט, יצירת ערוץ מהיר לתביעות בסכומים קטנים תוך קביעת תקרה לשכר הטרחה בתיקים אלה, וטיפול בתחומים ספציפיים שהתגלו כבעייתיים, דוגמת רשלנות רפואית, דיור ועוד.¹⁵

9 חלק זה מוסדר כולו שם, בתק' 10.

10 שם, תק' 11(ד).

11 שם, תק' 12(ג).

12 שם, תק' 13.

13 HARRY WOOLF, ACCESS TO JUSTICE: FINAL REPORT TO THE LORD CHANCELLOR ON THE CIVIL JUSTICE SYSTEM IN ENGLAND AND WALES (1996), available at webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm

14 Michael Legg & Dorne Boniface, *Pre-action protocols in Australia*, 20 J. JUD. ADMIN. 39, 39 (2010).

15 שם.

בבסיס הרפורמה של Woolf עמד הרצון להפוך את המערכת לייעילה, לנגישה ולשוויונית יותר.¹⁶ למימוש מטרות אלה אומצה התפיסה שלפיה לא כל סכסוך אמור להגיע למשפט, ושהחלופה השיפוטית אינה צריכה להיות ברירת המחדל של צדדים מסוכסכים.¹⁷ במסגרת תפיסה זו כללה הרפורמה מערך משולב של חיוב בנקיטת הליכים מקדמיים, מעורבות שיפוטית גבוהה דרך שפיטה ניהולית וסנקציות כספיות בגין אי-נקיטת הליכים חלופיים.¹⁸ הרוח הסופי של הלורד Woolf פורסם בשנת 1996, ובסופו של דבר גובש לכללי ה־Civil Procedure Rules, שנכנסו לתוקף באפריל 1999.¹⁹ במסגרת הכללים החדשים נכנסו במהלך השנים לתוקף 13 פרוטוקולים ספציפיים (דוגמת סכסוכי בנייה, רשלנות מקצועית, רשלנות רפואית, נזקי גוף ועוד) ופרוטוקול כללי, הקובע עקרונות להליכים מקדמיים בתיקים שלא חולש עליהם פרוטוקול ספציפי (בחריגים מסוימים שבהם אין צורך לקיים את ההליכים המקדמיים).²⁰ המטרה המוצהרת של הפעולות המקדמיות היא להביא את הצדדים לבחון את האפשרות ליישוב הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט, ובמקרים שבהם הדבר אינו מתאפשר, להביא את הצדדים להיערך היטב למשפט, תוך גילוי הדדי ושקיפות ביניהם.²¹ עם זאת במסגרת הפרוטוקולים הספציפיים ניתן לראות מטרות מגוונות יותר. כך למשל בפרוטוקול שעוסק במקרי רשלנות רפואית המטרות כוללות גם את שימור היחסים בין הגורם המטפל למטופל ועידוד המערכות הרפואיות לפתח מנגנונים לדיווח על כשלים ולטיפול בהם בשלב מוקדם.²² ככלל, קובעים הכללים בפרוטוקולים השונים חובת חילופי מכתבים ומסמכים בין הצדדים, ובחלק מן המקרים – גם קיומו של דיון מקדמי (לפי הפרוטוקול החל). הצדדים אינם מחוייבים לנסות הליך ADR, אך עליהם לשקול זאת, ובית המשפט יכול לבחון אם שקלו זאת ואת סיבת הסירוב בשלב קביעת ההוצאות. ההליך המקדמי עשוי להימשך עד שלושה חודשים.²³

לאורך השנים בוצעו הערכות לרפורמה שאומצה בעקבות דוח Woolf. בשנת 2002 פורסם דוח הערכה ראשון על השינויים בסדרי הדין האזרחי באנגליה בעקבות דוח Woolf.²⁴ דוח זה מצא כי ההליכים המקדמיים הביאו לשינוי תרבותי בקרב עורכי הדין, חברות ביטוח וכיוצא באלה שחקנים קבועים במערכת, שינוי שבא לידי ביטוי ביתר שיתוף פעולה וחילופי מידע רלוונטי בשלבים שלפני קיום המשפט. בעקבות זאת הייתה עלייה בפשרות מוקדמות, והיה צמצום בשימוש בשירותיהם של ה־Barristers. הבעיות המרכזיות

16 JOHN PEYSNER & MARY SENEVIRATNE, THE MANAGEMENT OF CIVIL CASES: THE COURTS AND POST-WOOLF LANDSCAPE 2 (Dep't for Constitutional Affairs Research Series 9/05, 2005).

17 WOOLF, לעיל ה"ש 13, פרק 1, § 1.

18 שם, פרק 10, § 5.

19 Civil Procedure Rules, 1998, Practice Direction – Pre-Action Conduct (as amended)

20 שם, ס' 2.2.

21 שם, ס' 1.1.

22 שם, Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes.

23 Pre-Action Protocol for Construction and Engineering Disputes; Pre-Action Protocol for Personal Injury Claims; Pre-Action Protocol for Professional Negligence; שם, Protocol for Disease and Illness Claims.

24 TAMARA GORIELY ET AL., LAW SOC'Y & CIVIL JUSTICE COUNCIL, MORE CIVIL JUSTICE? THE IMPACT OF THE WOOLF REFORMS ON PRE-ACTION BEHAVIOUR, RESEARCH STUDY 43 (2002).

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

שעלו נגעו בעיקרן להיעדר סנקציות נגד מי שאינו עומד בדרישות הפרוטוקול ולכך שהעלויות לא צומצמו. ב-2005 התפרסם דוח הערכה נוסף של רפורמת Woolf, אשר אישר את ממצאי הדוח הקודם בדבר עלייה בשיתוף הפעולה, גם אם כתוצאה מכפיה, וראיות אנקדוטליות לייקור של ההליכים.²⁵ הדוח של הלורד Jackson מדצמבר 2009, אשר בחן את נושא העלויות של הליכים משפטיים אזרחיים, מצא כי ההליכים המקדמיים הספציפיים הם יעילים ברובם (אם כי גם הם אינם חפים מבעיות, לרבות ההעמסה המוקדמת של עלויות) ומשרתים את המטרות שלשמן מוסדו, ולעומתם הפרוטוקול הכללי להליך מקדים (ויישומו בהקשר של סכסוכים מסחריים) נמצא לא יעיל, שכן הוא גורם להעמסת עלויות בשלבים מוקדמים של ההליך, ועל כן המליץ הלורד Jackson לבטלו.²⁶ במילים של הלורד Jackson: "One size does not fit all".²⁷

בכתיבה מאוחרת יותר הזהירו חוקרים מפני השפעותיה של ההעמסה המוקדמת של העלויות שנוצרה עם אימוץ ההליכים המקדמיים על צדדים מוחלשים בתביעות הקשורות לתיקי הגירה ופשיטת רגל למשל.²⁸ עם זאת מעניין כי הכתיבה ממעטת להתייחס להשפעת הפרוטוקולים של ההליכים המקדמיים על הגישה לצדק ועל זכות הגישה של צדדים מוחלשים, וגם הדוח של הלורד Jackson, שהתייחס לפערים בין הפרוטוקול הכללי לפרוטוקולים הספציפיים, התמקד בהיבטים של עלויות (במסגרת המנדט שהוטל עליו), אם כי גם לכך יש כמובן השלכות על שאלת הגישה לערכאות ולצדק.

כפי שמלמד אותנו הניסיון האנגלי, אמנם יש באימוצם של הליכים מקדמיים כדי לקדם פשרות בשלבים מוקדמים ובמובן זה לקדם יעילות מערכתית, אך הוא מעורר שאלות באשר לעלויות שכרוכות בצעד מעין זה, הן העלויות הכספיות והן המחיר שעלולים לשלם צדדים מוחלשים בשל אימוץ מנגנונים אלה. בנוסף, ההקשר האנגלי מעורר שאלות באשר לכדאיות השימוש בפרוטוקול הכללי להליכים מקדמיים (המתכונת שאומצה אצלנו) אפילו מפרספקטיבה של יעילות מערכתית. זאת כיוון שהניסיון האנגלי מלמד כי דווקא הפרוטוקולים הספציפיים שפותחו באנגליה (להבדיל מהפרוטוקול הכללי) התבררו ככאלה המאפשרים הצמחת הליכים מותאמי-הקשר, שבהם יש מקום להצבת דרישות מקדמיות הן בשל מאפייני הסכסוך והן בשל מאפייני הצדדים לסכסוך.

ב. הליכים מקדמיים מנקודת מבט של יישוב סכסוכים וגישה לצדק

1. מיסוד ההליכים החלופיים בבתי המשפט

בשנות השבעים של המאה הקודמת התרחב מאוד השימוש בהליכים חלופיים להליך השיפוטי, אשר כונו Alternative Dispute Resolution, או "ADR". אימוץ הליכים אלה

25 ראו PEYSNER & SENEVIRATNE, לעיל ה"ש 16.

26 RUPERT JACKSON, REVIEW OF CIVIL LITIGATION COSTS: FINAL REPORT, 346, 353–354 (The Stationery Office, 2010), available at <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>

27 שם, בעמ' 44.

28 Legg & Boniface, לעיל ה"ש 14, בעמ' 16.

במסגרת בתי המשפט ובמערך הקהילתי נבע ממגוון התפתחויות, אשר התנקזו בסופו של דבר למה שנתפס מאוחר יותר כמהפכה של ממש. נהוג לקשור את השימוש ההולך וגובר בהליכים חלופיים לשלושה מקורות מרכזיים: התפתחויות במערכת המשפטית, במישור הקהילתי ובזירה העסקית.²⁹ בהקשר המשפטי הייתה שנת 1976 שנת מפתח. בשנה זו התקיימה ועידת פאונד, שבמסגרתה התכנסו כמה מאות שופטים, עורכי דין ואנשי אקדמיה ועמדו על הכשלים המרכזיים במערכת המשפטית בארצות הברית באותו זמן.³⁰ באותה ועידה קרא פרופ' פרנק סאנדר מאוניברסיטת הרווארד לאימוץ תפיסה חדשה של בית המשפט כ"בית משפט רב-דלתות".³¹ שלא כבית המשפט המסורתי, שבו מתקיים דפוס הליכי אחיד למגוון תביעות וצדדים, הציע סאנדר שבתי המשפט יאגדו הליכים שונים, והצדדים יופנו להליך מסוים ליישוב הסכסוך שלהם לפי מאפייני הסכסוך והצדדים.³² בכך, הונחה התשתית למיסוד ההליכים החלופיים בבתי המשפט. בפועל נזנח הרעיון של "התאמת ההליך לסכסוך" (Fitting the forum to the fuss) לטובת הפניה מסיבית של סכסוכים לגישור, בהתחלה מרצון ובהמשך תוך חיוב הצדדים.³³ סאנדר הציג גישה עשירה ומורכבת לתרומה האפשרית של הליכי ADR למערכת הצדק, אולם רוב הגורמים במערכת השיפוטית בחרו לאמץ את הליכי ה-ADR מתוך מחשבה שאלו יסייעו להפחתת העומס מעל המערכת דרך הזרמת תיקים למנגנונים חלופיים, אשר יהיו מהירים ופשוטים מן ההליך המשפטי.³⁴

מקור נוסף לאימוץ הגישור היה נעוץ בתנועת זכויות האזרח של שנות השישים והשאיפה להביא להעצמתן של קהילות מוחלשות, בין השאר באמצעות פיתוח כלים ליישוב סכסוכים במסגרת הקהילה על פי נורמות "מקומיות".³⁵ לבסוף, גם במישור העסקי פינתה התפיסה התחרותית של "משחק סכום אפס" ושהמטרה במסגרת מו"מ היא "לנצח את היריב" לתפיסה הרואה בסכסוכים ובבעיות חלק אינהרנטי ממערכות יחסים והשואפת להביא לפתרון מבלי לחבל במערכות היחסים ולפגוע בערך ששותפים עסקיים יכולים לייצר.³⁶ גישות אלה תמכו בהחלפת השיטות ליישוב סכסוך המבוססות על כוח וזכויות בכאלה ששמות במרכז את האינטרסים, הצרכים והרצונות של הצדדים.³⁷ גם בהקשר זה קיבל הליך הגישור מעמד מיוחד, כהליך שיכול

- Deborah R. Hensler, *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping Our Legal System*, 108 PENN. ST. L. REV. 165, 170–180 (2003) 29
- THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE (A. Leo Levin & Russell R. Wheeler eds., 1976) (להלן: POUND CONFERENCE) 30
- Frank E.A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, בתוך POUND CONFERENCE, שם, 65. 31
- 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. 49 (1994) שם, בעמ' 83–84 ; 32
- Ettie Ward, *Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States* 33
Federal Courts: Panacea or Pandemic?, 81 ST. JOHN'S L. REV. 77, 79–89 (2007)
- Hensler, לעיל ה"ש 29, בעמ' 170, 174. 34
- שם, בעמ' 170–173. 35
- ROGER FISHER ET AL., GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN 36
 .56–80 (1991)
- שם. 37

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

להציף את האינטרסים ואת הצרכים של הצדדים ולהביא לפתרונות שמיטיבים עם שני הצדדים.

בסופו של דבר התנקזו המקורות השונים של מהפכת ה-ADR לאימוץ נרחב בעיקר של הליך הגישור בבתי המשפט ובקהילה, מגמה שקיבלה חיזוק ניכר בשנות התשעים עם אימוצה של חקיקה בנוגע להקמת מחלקות ADR בבתי המשפט וברשויות המנהל האמריקאיות.³⁸ חרף המקורות השונים והמגוונים לאימוצם של הליכים חלופיים הפך הרציונל המערכתי-משפטי של הרצון להגביר את יעילות המערכת המשפטית דרך סגירת תיקים והקלת העומס מעל בתי המשפט לשיקול המרכזי בעיגון הליכי ADR ולקנה המידה להערכה של הצלחת המנגנונים.³⁹ להתפתחות זו הייתה, ויש עדיין, השפעה מכרעת על תפקודם, איכותם ואופן פעולתם של הליכי ADR,⁴⁰ והיא שהביאה בסופו של דבר לדומיננטיות של מודל גישורי אחד מרכזי – "הגישור המעריך", המתקיים בצל המשפט.⁴¹ במישור התאורטי שאבה הגישה הפונקציונלית שעמדה בבסיס "בית המשפט רב-הדלתות" של סאנדר, במידה רבה מכתובתו התאורטית של לון פולר. על פי פולר, יישוב סכסוך על ידי מוסד מסוים נתן ביטוי לפונקצייה חברתית ייחודית, למטרה מסוימת ול"טוהר הליכי",⁴² ובכך ביטא תפיסה "אסנציאליסטית" של ההליכים השונים ליישוב סכסוכים.⁴³ תפיסה זו של פולר פותחה בתאוריה של יישוב סכסוכים בשנים שלאחר המיסוד הנרחב שלהם בבתי המשפט בכתיבתה של קארי מנקל-מדאו.⁴⁴ אצל מדאו, כמו אצל פולר, התאוריה של יישוב סכסוכים אינה מושתתת על ההנגדה הדיכוטומית בין הליך משפטי פורמלי להליכים חלופיים א-פורמליים, אלא על גישה של "פלורליזם הליכי".⁴⁵ במסגרת גישה זו לכל הליך "טוהר הליכי" משלו, שהוא תוצר של המאפיינים ההליכיים שלו, של הערכים שהוא משקף ושל המטרות שהוא מקדם. בעולם של פלורליזם הליכי החלוקה לסוגי הליכים גנריים איננה מספקת, ויש צורך בזיקוק הליכי מדויק יותר, תוך התייחסות למודלים שונים של הליכי המו"מ והגישור והתפקיד שתכנון הליכי ממלא בהצמחת מודל כזה או אחר שלהם.⁴⁶ גישת הפלורליזם ההליכי עשויה אפוא להסביר לפחות בחלקה את הצלחת הפרוטוקולים הספציפיים ברפורמה של הלורד Woolf. עם זאת, בעוד שמספר מערכות

38 Pub. L. No. 101-650, 104 Stat. 5089 (1990) (codified at 28 U.S.C. §§ 471-482 (2000)); Pub. L. No. 105-315, 112 Stat. 2993, 2993-2998 (1998) (codified at 28 U.S.C. §§ 651-658 (2000)).

39 Hensler, לעיל ה"ש 29, בעמ' 170, 174.

40 פאינה מילמן-סיון וארנה רבינוביץ-עיני "גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרטת הצדק ושוויון בעבודה" משפט וממשל יא 517, 542-543 (2008).

41 ראו להלן ה"ש 97-101.

42 Robert. G. Bone, *Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy Between Dispute Resolution and Public Law Models of Litigation*, 75 B.U.L. REV. 1273 (1995).

43 Carrie Menkel-Meadow, *Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR*, 16 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 1, 14 (2000).

44 Carrie Menkel-Meadow, *Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Legal Processes*, 94 GEO. L. J. 553, 561 (2006).

45 Orna Rabinovich-Einy, *The Legitimacy Crisis and the Future of Courts*, 17 CARDOZO J. CONF. RES. (forthcoming 2015) (להלן: Rabinovich-Einy, *Legitimacy Crisis*).

46 ראו לעיל ה"ש 44.

יישוב סכסוכים שצמחו לאורך השנים ניוונו מתפיסה של פלורליזם הליכי, ⁴⁷ המערכת המשפטית נצמדה במרבית המקרים לגישה צרה, המעמידה לנגד עיניה מטרה מרכזית של ייעול בתי המשפט והפחתת מספר התיקים, ⁴⁸ בדומה לגישה שבבסיס הרפורמה המוצעת לסדרי הדין בארץ.

מהפכת ה-ADR האמריקאית הפכה למהפכה חוצת גבולות, אשר יוצאה בין היתר לאירופה ולישראל במהלך שנות התשעים. באנגליה אומצו הליכי ה-ADR, ובעיקר הגישור, לצד ובמסגרת הרפורמה של סדרי הדין, בעקבות הדוח של הלורד Woolf. ⁴⁹ ההסדרים החדשים של שנות התשעים קראו לצדדים להימנע מהגעה למשפט ולנסות ליישב את הסכסוך באמצעים חלופיים. הליכי הגישור אמנם לא היו בגדר חובה, אולם בתי המשפט קיבלו סמכות לשקול את התנהגותם של הצדדים במסגרת הניסיונות ליישב את הסכסוך באמצעות ADR בסיומה של ההתדיינות המשפטית, בשלב קביעת ההוצאות. ⁵⁰ התוצאה הייתה ששלל תכניות גישור אומצו ברחבי אנגליה. שתיים מתכניות אלה, בבתי המשפט בלונדון, עברו הערכה על ידי פרופ' הייזל גן. ⁵¹ המחקר המקיף שערכה חשף תמונת מצב מורכבת. כאשר התכניות היו בגדר חובה (הלכה למעשה מעין חובה), אחוזי הצלחה שלהן פחתו, כמו גם שביעות הרצון של הצדדים ובאי כוחם מההליך. גישור מרצון משך מעט מתדיינים, אולם זכה לשיעורי הצלחה ולשביעות רצון גבוהים יותר. ⁵² בתחום של נזקי גוף נמצא הליך הגישור כבעייתי במיוחד. ⁵³

מאז הדוח של הלורד Woolf חלפו כמעט שני עשורים. פרופ' גן מתארת תהליך של התפכחות מהציפייה שהרפורמות שבעקבות דוח Woolf יוזילו בשיעור ניכר את העלויות של המערכת השיפוטית ויביאו לפישוט משמעותי של הכללים. עם השנים הפכו הכללים החדשים של ה-CPR למורכבים, ודוחות ההערכה השונים של הרפורמה לא מצאו ירידה בעלויות, ובהקשרים שונים אף מצאו שההוצאות עלו. ⁵⁴ חרף הממצאים המעורבים באשר לתכניות הגישור שמוסדרו הלכה וגברה הקריאה למיסודו של הליך הגישור ומעבר למתכונת של גישור חובה. ⁵⁵ שילוב מגמה זו עם הצמצום הניכר של סיוע משפטי אזרחי מעורר

47 Rabinovich-Einy, *Legitimacy Crisis*, לעיל ה"ש 45.

48 שם.

49 HAZEL GENN ET AL., *TWISTING ARMS: COURT REFERRED AND COURT LINKED MEDIATION UNDER JUDICIAL PRESSURE 2* (2007) (להלן: GENN ET AL.).

50 WOOLF, לעיל ה"ש 13, בפרק 10, § 5.

51 GENN ET AL., לעיל ה"ש 49.

52 שם.

53 שם, בעמ' 203.

54 Hazel Genn, *What is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice*, 24 *YALE J.L. & HUMAN.* 397, 409 (2012) (להלן: Genn, *Civil Justice*).

55 שם. ראו גם פרק 36 לדוח JACKSON, לעיל ה"ש 26, בעמ' 361-363, שם הוא קורא להגברת החשיפה להליך הגישור אך להימנע מאימוצו במתכונת חובה, תוך שמירה על פרספקטיבה נטוועת-הקשר במיסוד הגישור.

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

חששות לחסימה של בתי המשפט האזרחיים בפני מעוטי יכולת.⁵⁶ תהליכים דומים מתרחשים במקומות כמו אוסטרליה.⁵⁷

בישראל אומצו ההליכים החלופיים, ובעיקר הגישור, בחקיקה שהתקבלה בתחילת שנות התשעים.⁵⁸ גם אצלנו, כמו באנגליה, אך שלא כבארצות הברית, ה-ADR יובא במתכונת הממוסדת שלו, כחלק מן המערכת המשפטית. ככזה הרציונל המרכזי לאימוצו היה הגברת יעילותה של המערכת דרך הפניית סכסוכים למנגנונים אלה,⁵⁹ אם כי הרטוריקה שליוותה את אימוץ הגישור המשיכה להדגיש את חשיבותה של יצירת חלופה מבוססת-אינטרסים לשיח המשפטי האדוורסרי.⁶⁰ בפועל שיעורים נמוכים בלבד של הצדדים בחרו להשתתף בהליכי גישור בארץ, מה שהביא בסופו של דבר לאימוץ של הליך המהו"ת – מידע, היכרות ותיאום.⁶¹

המהו"ת היא גרסה מרוככת של הטלת חובה להתגשר. למעשה, ההטלה של חובה להתגשר איננה מובנת מאליה, והיא עוררה ביקורת נוקבת בארצות הברית, שם אומצה לראשונה.⁶² הליך הגישור מושתת כולו על האוטונומיה של הצדדים ועל יסוד הבחירה שלהם – בחירה באשר לעצם נוכחותם והשתתפותם בהליך, להתקדמות בהליך ולהגעה להסכם ואופיו של הסכם כזה. עם זאת לאחר מיסוד הגישור בארצות הברית ובשל המספר הקטן יחסית של צדדים שבחרו להתגשר מרצון, הובעו דעות שלפיהן חוסר ההתלהבות כלפי הליך הגישור נובע מחוסר מודעות להליך ומהעדר היכרות עמו. התקווה הייתה שאם ייחשפו הצדדים לגישור דרך חובת השתתפות, הם יגלו את סגולותיו של הליך, ובעתיד יבחרו בו מרצונם החופשי.⁶³ על כן אומצו בארצות הברית מודלים שונים לחיוב צדדים להשתתף בגישור – מחיוב השתתפות במספר מסוים של ישיבות ועד להטלת חובה להשתתף בהליך גישור בתום לב.⁶⁴

לעומת זאת בארץ ננקטה גישה שונה מתוך ההכרה במורכבות החיוב של צדדים להשתתף בהליך שאמור להיות רצוני והסכמי. במסגרת המהו"ת נדרשים הצדדים לתביעות אזרחיות של יותר מ-75,000 ש"ח (בחריגים מסוימים) להשתתף בישיבה אחת, ללא תשלום, שבמסגרתה יבחנו את התאמת הסכסוך שלהם לגישור.⁶⁵ אם יבחרו בכך, ימשיכו להליך

- 56 Genn, *Civil Justice*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 417.
- 57 NAT'L ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY COUNCIL, THE RESOLVE TO RESOLVE – EMBRACING ADR TO IMPROVE ACCESS TO JUSTICE IN THE FEDERAL JURISDICTION: A REPORT TO THE ATTORNEY GENERAL (2009).
- 58 ס' 79א–79ד לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.
- 59 מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 542.
- 60 הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי-המשפט דין וחשבון (2006).
- 61 שם.
- 62 Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545, 1549–1550, 1582–1583 (1991).
- 63 לעיל ה"ש 60.
- 64 CARRIE MENKEL-MEADOW ET AL., DISPUTE RESOLUTION: BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL 354–361 (2nd ed. 2011).
- 65 תק' 99ב לתקנות סדר הדין האזרחי.

גישור שיתקיים בתשלום.⁶⁶ אם לא, יוכלו לחזור למסלול השיפוטי. פרויקט המהו"ת, שהחל כפיילוט קצר מועד בשלושה בתי משפט שלום, הורחב לאורך השנים לפרק זמן נוסף ולבתי משפט נוספים.⁶⁷ במסגרת ההערכה שבוצעה להליכי המהו"ת נמצא כי אחוזי שביעות הרצון של המשתתפים גבוהים, ואחוזי ההצלחה של התכנית אף הם משביעי רצון, כאשר כ-50% מהצדדים שמתתפים בישיבת המהו"ת בוחרים להמשיך לגישור, וכ-50% מאלה מגיעים בסופו של דבר להסדר.⁶⁸

מיסוד ההליכים החלופיים בכלל והגישור בפרט הן בישראל והן במקומות אחרים התקבל באופנים מעורבים: מצד אחד גברה המודעות הן בקרב הציבור הרחב והן בקרב קהילת עורכי הדין והשופטים להליכים החלופיים ולתרומה שיכולה להיות להם בהתמודדות עם סכסוכים מסוגים שונים, המתעוררים בנסיבות מגוונות בין צדדים בעלי מאפיינים שונים.⁶⁹ המצדדים בהליכים חלופיים מונים את היתרונות האיכותיים של הליכים אלה במתן מענה לבעיות שהמערכת האדוורסרית לא הצליחה או לא הייתה יכולה להתמודד עמן תוך הצמחת הליכים מספקים יותר ופתרונות יצירתיים יותר, שהם מותאמי-הקשר.⁷⁰ בנוסף טוענים תומכי הגישור כי הליכים אלה מסייעים בהתמודדות מהירה וזולה יותר עם סכסוכים, והדבר מביא להפחתת עלויות בהגעה להסדר ולהפחתת העומס מעל המערכת השיפוטית.⁷¹

מן הצד האחר נשמעו לאורך השנים ביקורות נוקבות על המחיר של הפרטת הצדק תוך כרסום בתפקידו הציבורי של בית המשפט בפיתוח הדין, בקביעת תקדימים ובהצהרה על ערכי החברה.⁷² בנוסף השמיעו מבקרים חששות שההליכים החלופיים פוגעים דווקא בצדדים מוחלשים אשר היו אמורים להרוויח מקיומם של הליכים פשוטים, מהירים וזולים יותר, וזאת בשל אבדן ההגנות שהמשפט הפורמלי מספק לחברי קבוצות אלה.⁷³ לבסוף, הועלו חששות הן בקרב תומכי הגישור והן בקרב מתנגדי ההליך, שהדגש על יעילות הביא לאימוצו של הליך גישורי "רזה", אשר אינו מספק את היתרונות האיכותיים שבשם אומץ ההליך. חששות אלה אומתו במקרים מסוימים בשטח, כאשר מחקרים אמפיריים הראו

66 תק' 99 לתקנות סדר הדין האזרחי.

67 משה גורלי "כך מסיימים סכסוך בשתי פגישות: שלוש שנים לפרויקט הגישור של בתי המשפט" כלכליסט 10.4.2012 10.4.2012, L-3567834,00.html www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3567834,00.html

68 אתי ליברמן התכנית להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט על פי דו"ח הועדה בראשות השופטת מיכל רובינשטיין – דו"ח ביניים (2009).

69 לאורך השנים הוכשרו עשרות אלפי אנשים בגישור, קיים היצע הולך וגדל של קורסים בנושא בפקולטות למשפטים, וקיימות ועדות בתחום בלשכת עורכי הדין.

70 ROBERT H. MNOOKIN ET AL., BEYOND WINNING: NEGOTIATING TO CREATE VALUE IN DEALS AND DISPUTES 100-101 (2000), Hensler; לעיל ה"ש 29, בעמ' 171.

71 Robert A.B. Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation*, 3 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1, 11-12 (1989)

72 Owen Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984); David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619 (1995)

73 Fiss, לעיל ה"ש 72; Grillo; לעיל ה"ש 62; Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 WIS. L. REV. 1359 (1985).

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

שהכשרתם של מגשרים באסכולה של גישור "מאפשר", המדגישה אינטרסים וצרכים, מיתוגמת בסופו של דבר לפרקטיקות גישוריות הנמנות עם אסכולת "הגישור המעריך", אשר מתיימרת לתת הד לתוצאה הצפויה בבית המשפט בזמן מהיר יותר ובעלויות נמוכות יותר.⁷⁴

כפי שנראה בחלק הבא, דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר אנו בוחנים לא רק את נקודת המבט של יישוב סכסוכים על ההסדר המוצע אלא גם את תרומתן של גישה לצדק וזכות הגישה לערכאות בחשיבה על סוגיות אלה.

2. כללי: גישה לצדק וזכות הגישה לערכאות

ההליכים המקדמיים שמקודמים ברפורמה נשענים כאמור על הרפורמה של הלורד Woolf, שנקראה "גישה לצדק".⁷⁵ שמה של רפורמת Woolf שאוב מתנועת "הגישה לצדק". תנועה זו צמחה בשנות השבעים בד בבד עם מהפכת ה-ADR, וקראה להנגשת מערכת המשפט לקבוצות מוחלשות מרקע חברתי-כלכלי נמוך, תוך הדגשת העלויות הכבדות הכרוכות במימוש זכויות משפטיות במסגרת הליך משפטי יקר, ממושך ומסורבל.⁷⁶ תנועת הגישה לצדק חלקה אפוא סדר יום משותף עם תנועת ה-ADR, בכל הנוגע לעלות, לסרבול ולמורכבות של ההליך השיפוטי. עם זאת בשלב הראשון התמקדה תנועת הגישה לצדק בהסרה או בהפחתה של חסמים אישיים כדי להבטיח שצדדים יוכלו להתדיין בבית המשפט. עם השנים השתנה המוקד של תנועת הגישה לצדק, ונקודת המבט הורחבה גם אל מחוץ לכותלי בית המשפט והזירה המשפטית הפורמלית אל "חדרים" נוספים, הכוללים הליכים חוץ-משפטיים במסגרת ההבטחה של גישה לצדק.⁷⁷ בגל הראשון של תנועת הגישה

74 Nancy A. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to do With It?*, 79 WASH. U. L. Q. 787, 805-809 (2001).

75 Woolf, לעיל ה"ש 13.

76 מיכל אלברשטיין תורת הגישור 29-30 (2007). ההתייחסות במאמר זה היא ל"גישה לצדק" ולא ל"גישה למשפט". הבחנה זו היא בעלת חשיבות בכמה מישורים. כפי שעולה מהדין בפרק זה, נקודת המוצא של מאמר זה היא שאת הגישה לצדק ניתן למצוא גם מחוץ לזירה המשפטית הפורמלית, וכי צדק אינו בהכרח מזוהה עם מימושן של זכויות אינדיווידואליות. יש להבחין בין "גישה לצדק" לבין "זכות הגישה לערכאות". זכות זו מכירה בחשיבות הפן הפרוצדורלי במסגרת ההליך השיפוטי, ובעיקר בחשיבות היכולת להביא תביעות משפטיות לבירור משפטי פורמלי (ראו יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (1998)). בדומה לתנועת הגישה לצדק, גם הכתיבה בנושא זכות הגישה מדגישה את חשיבות ההכרה בזכות זו והשלכותיה על חברי קבוצות מוחלשות (ראו יובל אלבשן זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל 35-36 (2005)), אולם מטבע הדברים היא נטועה בשיח זכויות ובזירה השיפוטית-פורמלית. אין זה מפתיע שלזכות הגישה לערכאות יחסים מורכבים עם הליכי ה-ADR: מחד, עשויים ההליכים החלופיים להיות מושכים ומספקים בעיני תובעים מסוימים ויכולים להקל את העומס בו נתונים בתי המשפט ולכן גם לחזק גישה ליחידים ולקבוצות. מאידך, יכולה ההפניה להליכים חלופיים להוות חסם גישה, בייחוד כאשר היא נעשית תוך חיוב הצדדים, ובוודאי ככל שההליך שאליו מופנים הצדדים מחייב ומבוטס-הכרעה (כמו בוררות) (ראו Jean R. Sternlight, *Fixing the Mandatory Arbitration Problem: We Need the Arbitration Fairness Act of 2009*, 16 DISP. RESOL. MAG. 5 (2009)).

77 Marc Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*, 19 J. LEGAL PLURALISM 1 (1981). ראו גם Mauro Capalletti, *Alternative Dispute Resolution*

לצדק נעשתה ההתמודדות עם קשיי הנגישות דרך מתן סיוע משפטי לנזקקים, ובגלל השני ניתן מענה לאינטרסים קבוצתיים ומבוזרים בדמות ההכרה בתובענות ייצוגיות, ואילו בגלל השלישי הורחבה ההתייחסות לכלל ההליכים והמוסדות להתמודדות עם סכסוכים.⁷⁸ במסגרת התפיסה הרחבה יותר של גישה לצדק הייתה הכרה בכך שלא רק ההיבטים הכספיים של ההליך המשפטי יכולים להיות חסם, כי אם גם היכולת להמשיג את הסכסוך במונחים משפטיים,⁷⁹ תרגום הבעיה לשפה, לקטגוריות ולתוויות משפטיות,⁸⁰ הצורך לאסוף ראיות קבילות, החשיפה לחקירה נגדית לא נעימה⁸¹ והמבחר המצומצם של תרופות שההליך האזרחי מציע אשר מיתרגמות רובן ככולן לפיזיו כספי.⁸² על ממדים בעייתיים אלה של ההליך השיפוטי האזרחי היו אמורים ההליכים החלופיים להתגבר. הפשטות שלהם הייתה אמורה לא רק לייתר את הצורך בעורכי דין ועל כן להוזיל את ההליך ולהביא במהירות רבה יותר להסדר, אלא גם להפוך הליכים אלה לאטרקטיביים יותר בשל ההזדמנות שסיפקו לצדדים להשמיע את סיפורם בקולם, בשפתם, בסביבה לא מאיימת, מתוך ניסיון לייצר פתרון יצירתי החורג מעבר ל"דמיון התרופתי המוגבל" של בית המשפט.⁸³ עם זאת לאורך השנים וככל שהפכו ההליכים החלופיים לממוסדים יותר, ואף הוצעו במתכונת חובה, נשאלה השאלה עד כמה הם באמת מגשימים את ההבטחה המקורית שלהם להסרת חסמים בפני מימוש זכויות, בייחוד כאשר מיסודם לווה בהשמעת ביקורת קשה כלפי האפיק השיפוטי.⁸⁴

לצד תנועת הגישה לצדק, ההכרה ההולכת וגוברת בחשיבותן של זכויות פרוצדורליות הביאה להכרה ב"זכות הגישה לערכאות". בארץ הוכרה זכות זו כזכות יסוד שאיננה כתובה עלי ספר במסגרת ההחלטה בעניין ארפל אלומיניום.⁸⁵ החלטה זו ניתנה בשנות התשעים, כחלק מן המהפכה החוקתית. זכות הגישה, להבדיל מתנועת הגישה לצדק בגרסה המאוחרת שלה, מיקדה את תשומת הלב בזירה השיפוטית הפורמלית ובחסמים שהפרוצדורות, הדוקטרינות וההסדרים המשפטיים השונים יכולים להציב בפני הצדדים לתביעה משפטית. במסגרת זו זכו הסדרים שנוגעים למתדיינים מוחלשים, כמו ההסדר בנושא אגרות⁸⁶ או סיוע

- Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, 56 MODERN L. REV. 282 (1993)
- .MAURO CAPPELLETTI & BRYANT GARTH, ACCESS TO JUSTICE: A WORLD SURVEY 21 (1978) 78
- William L.F. Felstiner et al., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming and Claiming...*, 15 L. & SOC. REV. 631 (1981) 79
- KRISTIN BUMILLER, THE CIVIL RIGHTS SOCIETY: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF VICTIMS 109 (1988) 80
- Jonathan R. Karkavy, *Privatizing Workplace Justice: The Advent of Mediation in Resolving Workplace Harassment Disputes*, 34 WAKE FOREST L. REV. 135, 158 (1999) 81
- Carrie Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation* 82
.Co-opted or "The Law of ADR", 19 FLA. ST. U. L. REV. 1, 3 (1991)
- שם 83
- Genn, *Civil Justice*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 409-412. 84
- ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997). 85
- בעקבות ההכרה בזכות הגישה תוקנו תקנות האגרות והתקבלו התקנות החדשות: תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007. 86

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

משפטי⁸⁷ לתשומת לב מיוחדת, אך גם הסדרים הנוגעים לכלל ציבור המתדיינים, כמו סילוק על הסף של תביעות⁸⁸ או מעמדה של זכות הערעור,⁸⁹ נבחנו מחדש לאור המעמד המיוחד שהוקנה לזכות הגישה לערכאות. לפני כמה שנים אף עוגנה ההתנגדות הנרחבת ליזמה של שר המשפטים לשעבר לאמץ הליך בוררות חובה כשלב ראשון בבירור תביעות, בפגיעה הקשה שתיווצר בזכות הגישה.⁹⁰ לעומת זאת, הליך המהור"ת, גרסה מרוככת של גישור חובה, לא נתפס כחסם בפני הגישה לערכאות, משני טעמים: ראשית, הליך המהור"ת, אשר מחייב פגישה קצרה אחת שבמסגרתה הצדדים נחשפים להליך הגישור אך אינם מחויבים להתגשר, לא נתפס ככזה המציב מכשול בפני בירור תביעות בבית המשפט עבור צדדים המעוניינים בכך; שנית, שלא כבוררות, המהור"ת חושף את הצדדים להליך הגישור, שהוא שונה מן ההליך השיפוטי ואמור לספק להם יתרונות והזדמנויות שונים מאלה שיוכלו לקבל במסגרת ההליך השיפוטי.

הדיון העכשווי בזכות הגישה לערכאות מתמקד בהיבטים המערכתיים של הגישה למערכת המשפט, תוך מעבר מדגש על היחיד ויכולתו לשטוח את הסכסוך שלו בפני בית המשפט להתמקדות בשאלת העומס על בתי המשפט ובצורך "לפנות מקום" למתדיינים עתידיים. לדוגמה, כאשר נדונה שאלת ההיענות לבקשות לדחיית מועדי דיון, הנחה בית המשפט העליון את השופטים שלא להיעתר לבקשות כאלה אלא במקרים חריגים, אף כאשר הן מוגשות בהסכמה.⁹¹ אמנם בקשות אלה עשויות לממש את זכות הגישה של מתדיין מסוים, אך לשיטתו של בית המשפט העליון, הן פוגעות באפשרויות הגישה של כלל הציבור בשל המחיר הכרוך בביטול דיונים ברגע האחרון.⁹² בכך שונה זכות הגישה לערכאות מתפיסת העולם שהייתה בבסיס התנועה של גישה לצדק, אשר שמה לנגד עיניה את המתדיין הבודד ואת קשייו בהגעה אל בתי המשפט. אולם אין מדובר בהבדל יחיד. המונח של גישה לצדק הוא במובנים רבים רחב מזה של זכות הגישה, אשר מתמקדת כאמור בערכאות השיפוטיות ואיננה כוללת התייחסות לזירות חלופיות.⁹³ עם זאת זכות הגישה עוסקת במגוון מתדיינים רחב מאשר תנועת הגישה לצדק, אשר מתמקדת בצדדים מרקע חברתי-כלכלי קשה. במובן זה זכות הגישה מאפשרת להרחיב את נקודות המבט לקבוצות מוחלשות

87 רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375 (1997); ע"ש (מחוזי י-ם) 1076/02 יהודה נ' ראש לשכת הסיוע המשפטי מחוז ירושלים והדרום (פורסם בנבו, 2.3.2003).

88 ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5) 433, פס' 11-15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003).

89 רע"א 9041/05 "אמרי חיים" נ' ויזל (פורסם בנבו, 30.1.2006).

90 יובל יועז "גרונים: בוררות חובה תפגע בעצמאות ביהמ"ש ובזכות הליך הוגן" גלובס 3.9.2012. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000781858

91 הוראות נוהל של נשיא בית המשפט העליון 1-14 "נוהל טיפול בבקשות לשינוי מועדי הדיון" (22.4.2014).

92 ראו למשל רע"א 10227/06 בובליל נ' אינדיג, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 5.2.2007).

93 לדין ביחס בין זכות הגישה לערכאות, נגישות למשפט ונגישות לצדק ראו שגית מור "הזכות לנגישות, נגישות למשפט ונגישות לכל" חוקים (צפוי להתפרסם ב-2016).

נוספות, דוגמת אנשים עם מוגבלויות (אם כי ישנו קשר הדוק בין מוגבלות לעוני),⁹⁴ אך ייתכן שהפרספקטיבה הרחבה שמלווה את הדיון בזכות הגישה, בעיקר כאשר הדגש עובר להיות מערכתי, פוגעת בסופו של דבר בחברי הקבוצות המוחלשות כולם, בשם היעילות והניסיון להפחית את מצבת התיקים.

ההליכים המקדמיים המוצעים מאתגרים הן רציונלים חשובים שבבסיס הליכים חלופיים והן את הרצון לקדם גישה לצדק. בחלק הבא נעמוד על ההשלכות הבעייתיות שיש להסדר המוצע על דפוס ההליכים המקדמיים שצפויים להתקיים, וכן על הגישה לצדק של מתדיינים פוטנציאליים.

3. השלכות ההסדר המוצע מנקודת מבט של יישוב סכסוכים וגישה לצדק

במסגרת ההסדר בנושא הליכים מקדמיים ברפורמה מוצע לאמץ שני סוגי הליכים חלופיים – מו"מ וגישור – כשלב חובה אותו יש לעבור טרם יתאפשר להגיש תביעה לבית המשפט. באופן ספציפי יותר, דפוס המו"מ שאותו התקנות שחולשות על ההליכים המקדמיים ממסדות הוא מו"מ אדוורסרי מבוסס-זכויות. זהו מו"מ שמתרחש בצל המשפט, בדמות המשפט ומתוך צפי לקיומו של משפט. ככזה הוא ממקד את הצדדים במה שמגיע להם על פי דין ולא באינטרסים, צרכים ורגשות. מו"מ מעין זה מצריך הקדשת משאבים ללימוד המצב המשפטי של כל צד, את החזקות והחולשות של התיק שלו/ה, ועל פי רוב יחייב מעורבות של עורכי דין. האינטרסים של עורכי הדין במו"מ מעין זה הם לחשוף כמה שפחות בפני הצד האחר, תוך ניסיון לגלות כמה שיותר מידע בנוגע לתיק של האחר. לכן יעסיקו צדדים את עורכי הדין כבר בשלב זה, בהנחה שהם יכולים להרשות זאת לעצמם, ועורכי הדין הם שיעמדו בחזית וינהלו את המו"מ בשלבים המקדמיים. לאור זאת, תהיה למערך התמריצים של עורכי הדין השלכה מכרעת על הסיכויים לסיים את התיק בשלב מוקדם במסגרת המו"מ, כאשר לעורכי הדין שמקבלים תשלום לפי שעה יש תמריץ חזק מאוד להגיע עם התיק אל בית המשפט.⁹⁵

בעוד שהרפורמה שואפת להביא למעורבות שיפוטית גבוהה יותר במסגרת ההליך השיפוטי תוך עמעום אופיו האדוורסרי של ההליך, המו"מ שמתקיים בהליך המקדמי דווקא מחזק את הממד האדוורסרי ומייצר מרחב שבו מתקיים הליך לעומתי, מבלי שתהיה גולציה שלו על ידי צד שלישי ניטרלי ואובייקטיבי. בכך מסכל ההסדר את הרציונל של פלורליזם הליכי – הצמחה של מגוון הליכים אשר מקדמים סל של ערכים פרוצדורליים המאפשרים לא רק מיצוי של זכויות אלא גם שימור ואיחוי של מערכות יחסים, הגשמה של אינטרסים ומתן ביטוי ישיר להעדפות הצדדים ולרצונותיהם.

בנוסף, לפי התקנות המוצעות, אם לא יגיעו הצדדים להסדר בשלב המו"מ הישיר ביניהם, יופנו להליך מהו"ת ורק לאחריו יוכלו להגיש תביעה אם יבחרו בכך.⁹⁶ למיקום של

Sagit Mor, *Disability and the Persistence of Poverty: Reconstructing Disability Allowances*, 6 94
NORTHWESTERN J. L. & SOCIAL POL'Y 178 (2011).

ROBERT H. MNOOKIN ET AL., BEYOND WINNING: NEGOTIATING TO CREATE VALUE IN DEALS 95
AND DISPUTES 117–118 (2000).

תק' 10 לתזכיר. 96

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

הליך המהו"ת בין שלב המו"מ לבין ההליך המשפטי יש משמעות. במצב דברים זה סוג הגישור שיכול וצפוי להתקיים הוא בהכרח מה שמכונה "גישור מעריך" – גישור שמתקיים בצל המשפט, אשר מטרתו לסיים את הסכסוך בהגעה להסכם שישקף את ההכרעה המשפטית המסתברת.⁹⁷ במסגרת זו המגשר ממלא תפקיד פעיל במתן הערכה לצדדים כיצד היה בית המשפט מכריע בסכסוך אילו היה מובא בפניו וחותר אקטיבית להגעה להסכם, תוך העלאת הצעות קונקרטיות לפתרון, הפעלת לחץ על הצדדים להגיע להסדר והעדרת מפגשים נפרדים עם כל אחד מן הצדדים על פני מפגשים משותפים.⁹⁸ קיומו של דיאלוג בין הצדדים ושיקום היחסים ביניהם מקבלים חשיבות משנית.⁹⁹ פתרונות שכוללים רכיבים נוספים על תשלום כספי הם נדירים, ועורכי הדין, לא הצדדים, הם שתופסים את מרכז הבמה במסגרת ההליך.¹⁰⁰ מטבע הדברים, בסוג הליך כזה מודגש היתרון של הגברת יעילות והפחתת העומס מעל בית המשפט כתרומתו העיקרית של הליך הגישור.¹⁰¹ יתרונות דוגמת האפשרות של צד לספר את הסיפור שלו, היכולת להתאים הליך למאפייני הסכסוך והצדדים, יצירתיות הפתרונות שמגיעים אליהם ושיקום התקשורת והיחסים בין הצדדים, כל אותם יתרונות המוזכרים תדיר על ידי תומכי הגישור, אינם באים לידי ביטוי באסכולה גישורית זו.

מלבד זאת, גם ניסיונות של מגשרים לקיים הליך גישור מסוג שונה עשויים להיתקל במכשולים בשל תקנה מוצעת 12, המאפשרת להתחשב בהתנהגותם של צדדים בשלבים המקדמיים במסגרת קביעת ההוצאות על ידי בית המשפט. מטרת התקנה היא כמובן להמריץ את הצדדים ואת באי כוחם לנהוג בשיתוף פעולה. עם זאת הסודיות שמובטחת לצדדים במסגרת הליך הגישור היא שמצמיחה, פעמים רבות, את נכונותם של צדדים להיחשף ולקיים שיח אמתי על רצונותיהם ועל צורכיהם.¹⁰² תקנה 12 המוצעת יוצרת עמימות לגבי היקף הסודיות שתחול בגישור מהו"ת טרום-תביעה כיוון שיתכן שיהיה צורך לחשוף מידע לגבי הגישור כדי לאפשר התרשמות ממידת שיתוף הפעולה שהפגינו הצדדים. ככל שהעמימות באשר להיקף הסודיות המובטחת לצדדים במסגרת הליך המהו"ת הקדם-משפטי תהיה רבה יותר, כן ייטו הצדדים להיסגר ולהיצמד לטענות המופיעות במסמכים שנוסחו בשפה משפטית בידי עורכי דין.¹⁰³ במצב דברים זה התסריט האופטימי ביותר שניתן לשרטט הוא של הסכם שתוכנו מעוצב בצלו של המשפט, מבלי שיוכל להתקיים הליך מסוג אחר, שייתן מענה לאינטרסים ולצרכים של הצדדים.

97 מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 533.

98 Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 26–28 (1996).

99 שם, בעמ' 42.

100 Nancy A. Welsh, *The Current Transitional State of Court-Connected ADR*, 95 MARQUETTE L. REV. 873, 874–875 (2012).

101 מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 534.

102 Orna Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 253, 263–264 (2006).

103 Ellen E. Deason, *The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability*, 85 MARQUETTE L. REV. 79, 81 (2001).

על פני הדברים עשוי התסריט לעיל להיתפס כרצוי. הצדדים ישיגו תוצאה שתחסה בצל המשפט, אך יעשו זאת בשלב מוקדם יותר. למעשה, תוצאה מעין זו צריכה להדאיג אותנו, במיוחד בהקשר של צדדים מוחלשים, כפי שיפורט בהקשר של גישה לצדק, אבל לא רק בהקשרים אלה. במקום שהליך הגישור, בתיווכו/ה של מגשר/ת מיומנים, יאפשר לצדדים לספר את סיפורם בשפתם שלהם ובאופן בלתי אמצעי, יאפשר טיפול בהקשרים רחבים של הבעיה מבלי להצטמצם למתווה החוקי שלה ויצמיח פתרונות יצירתיים ומגוונים החורגים מעבר לפיצוי כספי וצווי מניעה, אנו מוצאים הליכים מהירים, שבהם עורכי הדין הם השחקנים המרכזיים, השיח נסב על זכויות משפטיות, והפתרונות חוסים בצל המשפט. הליך גישור זול, המדגיש יעילות והמוצע באופן גורף למגוון הקשרים מבלי שיושקעו מאמצים בתכנון שלו ובהערכת התפקוד שלו, יגבה בסופו של דבר מחיר גבוה מבחינת טיב התוצאות שיוכל להשיג ומבחינת הפגיעה בלגיטימציה המוסדית שיגרום לה. לעומת זאת כאשר ההליך מתוכנן בקפידה ומיושם בהקשרים מתאימים, הוא עשוי להביא לתוצאות שההליך השיפוטי לבדו, גם כאשר הוא פועל במיטבו, אינו יכול להגשים.

מנקודת ראות של גישה לצדק, ההליך הדו-שלבי שאותו מחויבים הצדדים לעבור טרם הגשת תביעה הוא חסם של ממש בפני מתדיינים מוחלשים.¹⁰⁴ המו"מ המקדמי שקובעות התקנות הוא מורכב ומחייב סיוע של עורכי דין, כיוון שהוא צופה משפט ומכיוון שהוא עלול להביא להשלכות כספיות ניכרות אם לא יתבצע כנדרש. ניתן לדמיין כיצד אוכלוסיית עורכי הדין מייצרת תעשייה שלמה של ניירת, אשר הופכת את המו"מ המקדמי למורכב, מסורבל ויקר ומעמיסה עלויות על ההליך כבר בשלבים מוקדמים אלה, כפי שקרה באנגליה.¹⁰⁵ מצב זה מעניק, מטבע הדברים, יתרון רב לצד חזק, אשר נהנה מייצוג איכותי ומהיכרות מוקדמת עם מערכת המשפט ועם ההליכים המקדמיים, ויוצר חיסרון מובנה לצדדים מוחלשים אשר ידם אינה משגת לשלם עבור ייצוג (או ייצוג איכותי).¹⁰⁶ במצב דברים זה קיים חשש שתובע מוחלש יוותר על תביעתו או יתפשר על סכום נמוך בהרבה מזה שהוא זכאי לו על פי הדין. כאשר מדובר בנתבע מוחלש, אפשר שיסכים לפשרה לא ראויה מבלי שיהיה לו הכוח לעמוד על טענות הגנה שלו לאורך זמן ולהגיע למשפט. בנוסף, בשל היעדר מעורבות של צד שלישי ניטרלי, קטנים סיכוייו של צד מוחלש, בין שמדובר בתובע ובין שמדובר בנתבע, להצליח במשפט בשל היעדר ייצוג או בשל ייצוג איכותי פחות מזה שיזכה לו הצד השני. הבעיות הללו הן במידה רבה תוצר של האופי הכוללני של ההסדר בנושא הליכים מקדמיים. אימוץ הסדרים ספציפיים התפורים לפי מידות הצדדים ואופי הסכסוך עשוי, באמצעות תכנון מוקפד, למנוע מצבים של פערי כוחות ניכרים (כלומר, להימנע מקיום הליך מקדמי בסכסוכים שבהם קיימים פערי כוחות מובנים) או לתת מענה לפערי כוחות כאלה דרך תכנון הליכי מתאים ומעורבות של גורמים נוספים שיבטיחו הגנה

104 Woolf, לעיל ה"ש 13, פרק 10, § 4.

105 PEYSNER & SENEVIRATNE, לעיל ה"ש 16, בעמ' 57.

106 ליתרונות של משתמשים חוזרים במערכת המשפט על פני משתמשים חד-פעמיים ראו Marc Galanter, *Why the Haves Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc'y Rev. 95 (1974).

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

על זכויות (למשל, בהבטחת ייצוג לצד המוחלש) ולא רק לחסוך בעלויות כפי שנמצא בדוח של הלורד Jackson, שנדון לעיל.¹⁰⁷

הליך המהות עיצמו אמנם אינו בעייתי כשלעצמו מנקודת ראות של גישה לצדק, אולם כאשר הוא מגיע כשלב שני לאחר המו"מ, כתנאי להגשת תביעה, הוא מעצים את השחיקה של מי שיכולת העמידה שלו (אורך הנשימה הכלכלי והנפשי) מוגבלת מלכתחילה, תוך החרפת פערי כוחות בין הצדדים לסכסוך. לצד דברים אלה, כיוון שההליך הצפוי להתקיים במסגרת הליך גישור שמגיע לאחר מו"מ אדוורסרי ותחת איום של חשיפת מידע שהוחלף במסגרתו במהלך הדיון על הוצאות משפט, רוב הסיכויים שהוא יהיה במתכונת של גישור מעריך. גישור מעין זה נעדר את ההגנות החשובות שבית המשפט מספק ומכרסם בתפקידו הציבורי של בית המשפט, מבלי שיספק את היתרונות האיכותיים שמודלים גישוריים אחרים מבטיחים, דוגמת השתתפות בהליך ובגיבוש הפתרון. הדברים מדאיגים במיוחד כאשר מעורבים בגישור מעריך צדדים מוחלשים. כיוון שצלו של המשפט הוא פעמים רבות אמורפי ונתון לפרשנות, דווקא הערכת המגשר (אשר אינו חייב להיות בעל הכשרה משפטית) את סיכויי התיק עשויה לשקף חוות דעת סובייקטיבית ולא בהכרח מסתברת.¹⁰⁸ הליך המהות המוצע יוצר אפוא מצב פרדוקסלי שבו דווקא הצד המוחלש, שנהנה מהחופש לספר את סיפורו בסביבה אינטימית ובשפה לא-משפטית, יזכה להערכה חיובית פחות של סיכויי הצלחתו במשפט כיוון שלא השכיל לנסח את התביעה שלו לפי קטגוריות ודוקטרינות משפטיות (אשר לכאורה אינן נדרשות).¹⁰⁹ דינמיקה זו נוצרת כיוון שהמשפט נותר ברקע, והצדדים חייבים לספר סיפור משפטי כדי לשכנע את המגשרת בצדקת התביעה שלהם על מנת שההערכה שלה תיטה לכיוונם. לצד המוחלש לא תהיה אפשרות לבקר ביקורת מושכלת את הערכתו של הצד השני ושל המגשרת, ואפשר שיסכים להסדר בלתי הוגן, אשר אינו משקף את ההכרעה המסתברת של בית המשפט. אף אם המגשרת מודעת לפערים בין הצדדים, אין מגשרים מעריכים נוטים להתערב ולאזן פערי כוחות,¹¹⁰ וכך בסופו של דבר, במסגרת ההליך המקדמי, אין בקרה שיפוטית על הסדר הגישור שהושג.¹¹¹ מצב דברים זה הוא שהוליד אכזבה וביקורות כלפי הגישור שנוסד במסגרת רפורמת Woolf כמו גם במגוון תכניות ברחבי העולם בקרב תומכי ההליך. בכל אותן מסגרות נמצא כי ככל שההליך שהוצע היה מותאם למאפייני הסכסוך והצדדים ולווה בבקרה ובהערכה כבדי משקל, היו סיכויי ההליך הזה להצליח ולספק תוצאות שהן הוגנות ומספקות גבוהים

107 ראו לעיל ה"ש 26.

108 מילמן-סיון ורבינוביץ' עיני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 545.

109 אובאר וקונלי מדגימים קושי זה בהקשר של תביעות קטנות, אולם ניתן להשליך גם לגישור מעריך המתנהל תחת חופש פרודוראלי אולם בצלו של המשפט המהותי: William M. O'Barr & John M. Conley, *Litigant Satisfaction Versus Legal Adequacy in Small Claims Court Narratives*, 19 L. & Soc'y Rev. 661, 663 (1985).

110 מילמן-סיון ורבינוביץ' עיני, לעיל ה"ש 40, בעמ' 546.

111 תק' 10 לתזכיר איננה מייצרת מנגנון שיפוטי לאישור ההסדר. נראה שהצדדים יצטרכו לפתוח הליך בהסכמה לאישור ההסדר שיושג ואז אמור להיות פיקוח מסוים של בית המשפט. עם זאת נראה רצוי שהבקרה תבצע מידי, כחלק מן ההליך המקורי ולא תצריך משאבים והליכים מיותרים, אשר עשויים מלכתחילה להרתיע את הצדדים מלהתגשר.

יותר.¹¹² בנוסף, כאמור, גישור מעריך אינו מספק מענה לצרכים רחבים יותר דוגמת האפשרות להשתתפות ישירה בהליך ובגיבוש ההסדר בין הצדדים, שימור מערכות יחסים והסדרת מערכת היחסים בעתיד במסגרת הסכם יצירתי, החורג מעבר לפיצוי כספי כמקובל בהתדיינות אזרחית. על כן גם מזווית זו צפוי ההסדר המוצע לפגוע בגישה לצדק. בעיקר צפוי ההסדר להביא לסגירה מוקדמת של תיקים ולהפחית בשיעור ניכר את מספר התביעות שיגיעו לבתי המשפט.

לכאורה, ניתן לטעון שדילול העומס מעל בתי המשפט מקדם דווקא גישה לצדק של מגוון מתדיינים פוטנציאליים. בנוסף, יהיו מי שיטענו כי פגיעתם של ההליכים המקדמיים המוצעים היא מוגבלת, שכן היא משהה, אך אינה מונעת, את אפשרות הגישה לערכאות השיפוטיות, להבדיל למשל מאימוצו של הליך בוררות חובה כפי שהוצע בעבר. טענות אלה הן בעייתיות, מן הטעמים האלה: ראשית, כיוון שמדובר בהסדר כללי ולא בפרוטוקולים המותאמים לסוגי סכסוכים ספציפיים כפי שנעשה באנגליה, הרי שההוצאות הכרוכות בהליכים מקדמיים אלה צפויות להיות גבוהות למדי, וככאלה הן יהוו חסם עקיף בפני מימוש זכות הגישה;¹¹³ שנית, ההסדר אינו מבטיח את ייצוגם של צדדים מחוסרי אמצעים בשלבים מוקדמים אלה וחסרה במסגרת רפורמה זו הרחבה של היקף הסיוע המשפטי בהליכים אזרחיים.¹¹⁴ לבסוף, זכות הגישה לערכאות כוללת הבטחה לקיומו של הליך הוגן.¹¹⁵ במסגרת זו יש להבטיח שההליכים המקדמיים לא יתקיימו בג'ונגל אדוורסרי שבו החזק מנצח וההסדרים המושגים משקפים את יחסי הכוחות בין הצדדים. בהקשר זה חשובה במיוחד ההגבלה של המו"מ המקדים לסוגי סכסוכים מתאימים, תוך ביצוע מעקב והערכה לאורך זמן ובחינת טיב ההסדרים המושגים. כדאי שגם ההסדרים המושגים באמצעות המהו"ת יעברו ביקורת שיפוטית, אף בשלב שלפני הגשת תביעה, וביקורת זו צריכה להיות כבדת משקל, וכד בבד עמה יש לבצע הערכה תקופתית של טיב ההסדרים המושגים בשים לב למאפייני הצדדים לסכסוך. זכות הגישה היא זכות יחסית, אך כפי שיעלה מן הדיון בחלק הבא, ניתן היה להגשים את המטרות שבבסיס הרפורמה תוך פגיעה מועטה יותר בזכות הגישה ובגישה לצדק של מתדיינים ומתדיינים פוטנציאליים.¹¹⁶

ג. במקום סיכום: מסקנות והצעות חלופיות

במסגרת הרפורמה המוצעת לסדרי הדין האזרחיים בישראל מוצע לראשונה לאמץ הליך מקדמי דו-שלבי, המושתת על שלב ראשון של מו"מ מובנה (שעיקריו מפורטים בתקנות)

112 ראו למשל מערכת Redress, שהוקמה ברשות הדואר האמריקאית והמטפלת בסכסוכי אפליה של יותר ממיליון עובדים: <https://about.usps.com/what-we-are-doing/about-redress/about.htm> (last visited Mar. 22, 2015).

113 ראו JACKSON, לעיל ה"ש 26, בעמ' 345.

114 ראו דיון להלן, בחלק ג.4.

115 אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוי 31, 32 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013): "זכות הגישה היא הזכות כי סכסוך המצוי בגדרי המשפט יוכרע וינתן בו סעד על ידי שופטים עצמאיים (אישית ומוסדית), בהליך שוויוני, פומבי והוגן".

116 שם, בעמ' 52 (שם מתואר מעמדה של זכות הגישה, ונאמר כי על ההגבלות על הזכות לעמוד בפסקת ההגבלה).

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

ולאחריו (בהנחה שלא הושג הסדר בשלב הראשון) חובת השתתפות בפגישת מהו"ת, שבה ישמעו הצדדים על האפשרות לפנות לגישור ליישוב הסכסוך ביניהם. רק לאחר קיום שלבים אלה (בחריגים מסוימים) יהיה אפשר להביא את הסכסוך בפני בית המשפט. מי שלא יעמוד בדרישות ההליך המקדים צפוי לסנקציות כספיות.

ההליכים המקדמיים המוצעים ברפורמה אומצו כדי לייעל ולפשט את ההליכים האזרחיים, מטרה ראויה לכל הדעות. בנוסף, כפי שמבהירים דברי ההסבר לרפורמה, המטרה שעמדה מאחורי מיסוד הליכים חלופיים ברפורמה המוצעת היא בעיקר הרצון לייעל את ניהול המשפט. כלומר, אין כאן הכרה בצורך במגוון הליכי שייתן מענה לחולשות של שיח מבוסס-זכויות. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, אימוץ הליכים חלופיים במתכונת זו מעורר קושי הן מנקודת ראות של הליכים חלופיים השואפת לקדם תפיסה של פלורליזם הליכי והן מנקודת ראות של גישה לצדק. הדברים נכונים ביתר שאת כשמדובר בצדדים מעוטי יכולת, אך נכונים במקרים רבים גם כשמדובר בקבוצות אוכלוסייה רחבות יותר במגוון של הקשרים.

היה ראוי לשקול את הקידום של פלורליזם הליכי, הן עבור צדדים מוחלשים והן עבור מתדיינים נוספים, בעת תכנון הרפורמה. עם זאת, ההיסטוריה של אימוץ הליכים חלופיים בארצות הברית ובמקומות אחרים, כפי שנסקרה לעיל, מלמדת אותנו שהרציונל של יעילות הוא הרציונל המרכזי לאימוץ הליכים אלה ולמדידת האפקטיביות שלהם. כיוון שמצב דברים זה צפוי להימשך, מובאות להלן כמה הצעות למזעור הפגיעה בצדדים מוחלשים, הנפגעים העיקריים מקיומם של מו"מ וגישור מבוסס-זכויות ומי שכושר העמידה שלהם במהלך השלבים המקדמיים הוא הנמוך ביותר. מטבע הדברים חלק מן ההצעות המובאות להלן מטילות עלויות על המערכת לעומת הצעת הרפורמה הקיימת. עם זאת כרגע מוטלות עלויות אלה על כתפי הצדדים, ובמקרים רבים על כתפי צדדים מחוסרי אמצעים, אשר יאלצו לספוג את הפגיעות בהם ולהימנע מעמידה על זכויותיהם. לחסימת תביעות אלה עלול להיות מחיר חברתי שאת עלויותיו קשה לאמוד.

על כן מוצע לחשוב מחדש על פרק ב של התקנות המוצעות, תוך התייחסות להיבטים האלה:

1. הצורך בהליכים מותאמי-הקשר ולא בהסדרים כלליים וכוללניים

הניסיון במקומות אחרים מלמד שהסדרים כוללניים הם מוצלחים פחות ויעילים פחות. הקדשת משאבים מראש לזיהוי מוקדים ספציפיים של סוגי סכסוכים מסוימים, הדורשים מענה באמצעות הליך מקדים ותפירת אופיו של ההליך המקדים למידותיו של הסכסוך ושל הצדדים לו, הם מפתח להצלחת הליכים אלה ולהוגנות שלהם. על כן פיתוח זהיר של פרוטוקולים ספציפיים, במתכונת פיילוט, בהקשרים שבהם יש פוטנציאל קטן יותר לפערי כוחות מובנים בין הצדדים, היא גישה רצויה. הניסיונות הללו חייבים להיות מלווים במחקר ובהערכה תוך התייחסות להשפעתם על מתדיינים הנמנים עם קבוצות אוכלוסייה שונות ולרציות של קיומו של הליך דו-שלבי כפי שמוצע במסגרת הרפורמה הנוכחית ולפי גישת הפלורליזם הליכי שנדונה לעיל.

2. הצורך בפיקוח על המשא ומתן המקדמי

מטרת הרפורמה לעמעם את האופי האדוורסרי של ההליך, אולם היא יוצרת אזור נקי מפיקוח אשר צפוי להיות בעל אופי אדוורסרי בשלב המו"מ המקדים. להבטחת שינוי עומק בדפוסי המו"מ שצפוי להתקיים בשלב זה, נדרש מאמץ משולב של שינוי במערך התמריצים הכספיים של עורכי הדין, המסגרת האתית שחולשת על התנהגות עורכי הדין (ובייחוד ההסדרה החסרה של התנהגות עורכי דין במהלך מו"מ) והחינוך המשפטי.¹¹⁷ שינוי מעין זה נדרש כבר היום במסגרת השלבים השונים של הייצוג המשפטי הנערך בשוק רווי ותחרותי, המאלץ עורכי דין לאמץ סגנון ייצוגי נשכני התואם מודל מסורתי-אדוורסרי במסגרת המרדף אחר לקוחות.¹¹⁸ עם זאת, וכפי שהוסבר לעיל, נראה כי הליכי המהו"ת צפויים להיות כר פורה להתנהלות העולה בקנה אחד עם מודל הייצוג המסורתי באופן שיסכן צדדים מוחלשים בלתי מיוצגים או בעלי ייצוג איכותי פחות.

3. הצורך בבקרה שיפוטית על הסדרים המושגים בגישור מהו"ת ולמידה מערכתית על אופיים של הסדרים אלה

כיום הסדרים שהצדדים מגיעים אליהם בהליך גישור שמתקיים במהלך הליך שיפוטני עוברים ביקורת שיפוטית במהלך אישור ההסדר. לא תמיד אישור זה הוא רציני דיו, אך בכל זאת מדובר במסגרת נוספת וחשובה שעובר ההסדר להבטחת היותו הסדר ראוי, חוקי והוגן. בעבר היו מקרים חריגים שבהם פסלו שופטים הסדרים שהושגו בגישור.¹¹⁹ כדאי לוודא כי גם ההסדרים המושגים במהלך גישור מהו"ת במסגרת הליך מקדמי יגיעו לאישורו של שופט ויתועדו כחלק ממאגר שיהיה ניתן ללמוד אותו ולחקרו בעתיד כדי לעמוד על אופיים של ההסדרים המושגים במסגרת זו.

חשיבותו של פיקוח שיפוטני במצב שבו עיגונם של הליכים חלופיים הוא בצל המשפט היא רבה. במצב דברים זה מו"מ ישיר או מתווך (בהליך גישור) עלול לשקף את יחסי הכוחות שבין הצדדים, לעתים אף בניגוד לדרישות החוק ותוך סיכול מטרתו. כיוון שהמערכת השיפוטית היא ששולחת את הצדדים הלכה למעשה לנהל מו"מ ולהתגשר כתנאי למעורבותה, היא נושאת באחריות מסוימת לתוצאות ההליכים הללו, אשר מתקיימים בצל החלטותיה. אילו היו ההליכים מעוצבים מנקודת מבט של פלורליזם הליכי, אזי ניתן היה לחשוב על מודלים של בקרה שאינם מערבים בהכרח את המערכת השיפוטית. במצב הדברים הקיים חשוב להבטיח בקרה של שופט/ת על טיב ההכרעות שהתקבלו בצלה ובעידודה.

117 ארנה רבינוביץ-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דינוני פוסט-אדוורסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לזין 255, 287-295 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

118 שם, בעמ' 283.

119 ברק, לעיל ה"ש 115.

משפטים על אתר ט תשע"ו הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים

4. הבטחת ייצוג על ידי לשכת הסיוע בשלבים המקדמיים

השלכות ההסדר המוצע הן שמעוטי יכולת לא יזכו לסיוע משפטי בשלבים המקדמיים. כיום לשכת הסיוע איננה מייצגת צדדים בשלבים שקודמים למשפט, אם כי פרשנות יצירתית של התקנות הקיימות עשויה לאפשר זאת.¹²⁰ עם זאת מדובר בעומס נוסף, שיצריך הקצאת משאבים נוספים על מנת שלא לפגוע בעבודה הקיימת של לשכות הסיוע. לשכת הסיוע כבר היום זוכה לתקציב דל שמספיק בקושי לסיוע לתיקים הקשים ביותר. למצב דברים זה יכולות להיות השלכות הרסניות, כאשר בשלבים המקדמיים יכולה להיווצר תשתית עובדתית ומשפטית שיהיה קשה לשנותה בשלבים מאוחרים יותר. הדברים מקבלים משנה תוקף בשל אופיו הגורף של ההסדר שחל על מגוון גדול של תביעות אזרחיות. חשוב לזכור שהסיוע המשפטי האזרחי הוא אחד ההישגים הבולטים של תנועת הגישה לצדק, וכרסום בו בהכרח פוגע בגישה למשפט של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות. מובן שלדרישה זו יש השלכות כספיות, אולם יש להביא בחשבון גם את ההשלכות הכספיות של הצעת הרפורמה, שלפיה צדדים מוחלשים ייאלצו לוותר על מימוש זכויותיהם והחברה בכללותה עלולה לסבול מאי־אכיפת החוק והעדר הפנמה של הנורמות על ידי צדדים חזקים. אימוץ התקנות המוצעות מבלי שתהיה התייחסות לסוגיות שהועלו לעיל יש בו כדי לפגוע קשה בגישה לצדק ובגישה למשפט של קבוצות רחבות בישראל שמתמודדות עם סכסוך אזרחי ולחטוא למטרות המגוונות שהיו בבסיס האימוץ של הליכים חלופיים.

120 ראו תקנות הסיוע המשפטי, התשל"ג-1973.