

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

עמוס גבריאלי, נורית צימרמן ומיכל אלברשטיין*

המאמר מבקש לתאר ולהגדיר, לראשונה, פרקטיקה גישורית ייחודית – היא הגישור הסמכותי. השיטה העומדת בבסיס פרקטיקה זו פותחה על ידי אחד מכותבי המאמר והיא מתאפיינת בטיפול וביישוב סכסוכים במחלוקות רבות משתתפים וברמת מורכבות גבוהה, המופנות על ידי בית המשפט או הצדדים ובאי כוחם. הגישור הסמכותי מתנהל באופן מעריך, דן במטריה המשפטית לעומקה ועדיין משלב שיח רך המתייחס לרגשות ולאינטרסים ומביא את הצדדים לכדי הסדר, לרוב בתום ישיבת גישור ממושכת אחת.

המאמר בוחן את מאפייני הסמכות הייחודיים להליך בהתבסס על שילוב של תצפיות שנערכו בחדר הגישור ושיקוף של המגשר עצמו ביחס להתפתחות השיטה ורכיביה ומציע שני היבטים חדשים להבנת הסמכות: הראשון, הבאת הצדדים להסכמה ברמת מסוימות ומחויבות גבוהה לסיים את ההליך בהסדר. השני, גיבוש מושג חדש של "סמכות יחסים" (relational authority), הקשורה הן ביחסי הכפיפות בין בעל הסמכות למציית לה, שהם פחות פורמליים ואינם מוסדרים על פי כללים, אלא מתפתחים במהלך האינטראקציה הבינ-אישית בין המגשר לצדדים והן בין הצדדים לבין עצמם, כנגזרת של השפעת המגשר בהליך. הגישור הסמכותי נבחן על רקע שתי תופעות מרכזיות בעולם הגישור והמשפט: הראשונה, מיסוד שיטות הגישור הקיימות לצד כישלונן להביא לסיומם של תיקים רבים המופנים לפתחן. השנייה, תופעת המשפט הנמוג ומעורבותם ההולכת וגדלה של שופטים בסיום תיקים בדרך של הסדר. מאפייניו הייחודיים של הגישור הסמכותי, כך נטען, מייצרים תפיסה חדשה ביחסים שבין גישור לשפיטה, הנבדלת מהגישור הקלאסי מחד גיסא, ומהאופן בו שופטים מנהלים הליכים מכווני הסדר בצל סמכותם השיפוטית, מאידך גיסא.

א. מבוא. ב. מודלים של גישור. ג. הגישור הסמכותי – תיאור פרקטיקה היברידית בהתהוות; 1. התפתחות מודל הגישור הסמכותי; 2. הגדרה, מבנה ומאפיינים ייחודיים; 3. יישום המודל בפרקטיקה. ד. הגישור הסמכותי: ממצאים ראשוניים מהשטח; 1. ההמתנה לגישור ומוניטין; 2. הסביבה הגישורית; 3. הצהרת הפתיחה; 4. ביסוס הסמכות; 5. יחסים

* עמוס גבריאלי הוא עורך דין, מגשר ובורר וכן עמית מחקר לתואר שלישי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן; נורית צימרמן היא חוקרת ומרצה בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית ספיר; מיכל אלברשטיין היא פרופסור בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן. המחברים מודים לעו"ד רותם טפרברג על עזרתה המצוינת בעריכת המאמר.

עם בית המשפט; 6. שיח ערכי בדבר הדין הראוי; 7. דיבור בשבח ההסדר; 8. הצעת מגשר; 9. פגישות נפרדות; 10. עורכי הדין והצדדים; 11. רגשות ומערכות יחסים; 12. מישורים מקבילים. ה. מושג הסמכות בגישור המתהווה: מאוטונומיה ליחסים; 1. מערכת היחסים הנוצרת בין המגשר לצדדים; 2. היחסים בין גישור ומשפט. ו. הגישור הסמכותי – דיון בביקורות אפשריות. ז. סיכום.

א. מבוא

מאמר זה עוסק במתח הנוצר בין סמכות והסכמה בפעולתו של גורם שלישי, מיומן, המוזמן להתערב בסכסוך משפטי ומקיים הליכים מוכווני הסכמה בהליך גישור. המאמר מתמקד בפרקטיקה גישורית ייחודית, המשלבת רכיבים משיטות מוכרות של גישור, שאותה פיתח אחד מכותבי המאמר.¹ פרקטיקה זו מתאפיינת בטיפול בתיקים ברמת מורכבות גבוהה, המופנים על ידי שופטים בערכאות השונות;² מתנהלת באופן מעריך,³ דנה מלכתחילה במטרייה המשפטית הרלוונטית בכללותה; משלבת שיח "רך" המתייחס לרגשות ואינטרסים ומתנהלת ברציפות ובמשך שעות רבות עד לגיבושו וחתימתו של הסדר, בדרך כלל בתום ישיבת גישור אחת. לאור מאפייניה והצלחתה של הפרקטיקה המדוברת, כפי שיתואר בהמשך, עולות שלושה חלופות: האם מדובר בסוג חדש ושונה של גישור? האם מדובר בפיתוח ושכלול של שיטה גישורית קיימת או שמא לפנינו תופעה המתמקדת בזהות המגשר בלבד? נטען כי מדובר בסוג חדש של גישור, המטמיע בתוכו את שתי החלופות האחרונות. נראה כי השיטה המתוארת כאן, אשר תכונה מעתה "הגישור הסמכותי", מציעה תפיסה חדשה ביחס לתפקידה של הסמכות בתוך הליך הגישור: ממקום שבו היא נעדרה מההליך (כמאפייני עיקרי או בכלל) למקום שבו השימוש בסמכות מייעל ומרחיב את גבולות ההליך עד כדי הגדרתו מחדש. הצעתנו היא לבחון את הגישור הסמכותי על רקע שתי תופעות מרכזיות בעולם הגישור והמשפט: מחד גיסא, כארבעים שנה לאחר מהפכת הגישור, הוא אינו נתפס עוד ככלי

1 בכתובה חברנו יחד, מגשר, משפטן בהכשרתו ובמקצועו, שפיתח את הליך הגישור העומד בלב המאמר, עם חוקרות מתחום המשפט וישוב הסכסוכים. לפיכך, המאמר מאופיין במתודולוגיה ייחודית המשלבת רפלקסיה עצמית, עם התבוננות מבחוץ על אותה תופעה, המתבססת על קיומן של תצפיות בחדר הגישור, שיחות עם המגשר וקריאת חומרים משפטיים הנוגעים לגישורים המבוצעים על ידיו. לצד כל אלה, נקיים ניתוח ודיון תיאורטי בתופעת הגישור הסמכותי ויחסה למשפט.

2 התיקים מופנים לגישור בהסכמה של הצדדים או לבקשתם, במהלך הדיון המשפטי ובכל שלב בו עד למועד שלפני ההכרעה ומתן פסק הדין (ואינו גישור מהו"ת), או במיעוטם של המקרים, ביוזמת הצדדים לפני פתיחתו של ההליך המשפטי.

3 MICHAL ALBERSTEIN, PRAGMATISM AND LAW FROM PHILOSOPHY TO DISPUTE RESOLUTION (2002); Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 26–28, 30–31 (1996) אשר מתייחס הן לאסכולת גישור מעריך "צר" והן לאסכולה של גישור מעריך "רחב".

אלטרנטיבי ליישוב סכסוכים, אלא ככזה השלוב באופן ממוסד בעבודתם של בתי המשפט,⁴ כשעדיין, מספר התיקים המסתיימים בהליכי גישור נותר נמוך ביחס לכלל התיקים המסתיימים ללא פסק דין.⁵ מאידך גיסא, אנו עדים, בעולם ובישראל, לתופעת "המשפט הנמוג": בעוד שמספר ההליכים הנפתחים בבתי המשפט הולך וגדל, מספרם של אלו המסתיימים בהכרעה שיפוטית לאחר קיומו של הליך משפטי מלא יורד באופן דרמטי,⁶ בין היתר בשל מעורבותם של שופטים בפעילות יישוב סכסוכים ובהובלת צדדים לפשרה בתוך אולם בית המשפט.⁷ מצד אחד מאמצי השופטים להפחית את מספר התיקים הנדרש להכרעה, ומצד שני קיומו של הגישור כהליך שולי יחסית יצר כר פורה להתפתחותו של ההליך ההיברידי הנבחן במאמר, הכרוך מתחילתו ועד סופו בהסכמה, אך מצוי בדיאלוג קרוב יותר עם המשפט מאשר עם הגישור הקלאסי. בהתבסס על התבוננות בהליך זה, נבחן את מאפייני הסמכות המיוחדת לו, המבחינים בינו לבין הגישור הקלאסי על שיטותיו השונות, וכן את האופן שבו מנהלים שופטים הליכים מוכוונים הסדר, בצל סמכותם השיפוטית בתוך בית המשפט.

בפרק ב של המאמר, נסקור התפתחות מודלים של גישור ונמקם את הגישור הסמכותי ביחס אליהם. בפרק ג נציג את תהליך התגבשותו של הגישור הסמכותי, מנקודת מבטו של מיישב הסכסוך. נבחן את יצירתו של הגישור הסמכותי מתוך יחסי גומלין עם השפיטה, ואת התגבשותו לכדי מודל היברידי המפריך לכאורה את השוני הטבוע, לשיטת מבשרי הגישור, בין הגישור לבין ההליך המשפטי.⁸ הגישור הסמכותי, אשר יוצג במאמר זה, משתמש ביתרונותיו

- 4 בתכניות גישור שונות ואף בקיומו של גישור חובה בחלק משיטות המשפט. ראו למשל הדירקטיבה האירופאית שעניינה אספקטים מסוימים של גישור בנושאים אזרחיים ומסחריים: Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects in Mediation in Civil and Commercial Matters, 2008 O.J. (L 136) 3.
- 5 דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט 22–23 (2006).
- 6 המונח "המשפט הנעלם" הוטמע על ידי מארק גלנטר, במאמרו המקיף: Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004). לנתונים מעודכנים לגבי היקף התופעה בבתי המשפט בישראל ראו Ayelet Sela & Limor Gabay-Egozi, *The Role of Judges in Adjudication, Settlement and Other Vanished Trials: Evidence from Civil Trial Courts* (Sept. 27, 2017) (unpublished manuscript, on file with the University of Chicago).
- 7 למאמר הסוקר ממצאים ראשוניים ממחקר תצפיות אודות פעולות יישוב סכסוכים שיפוטי בבית משפט השלום בתל אביב ראו Ayelet Sela, Nourit Zimerman & Michal Alberstein, *Authority, Dispute Resolution and the Disenchanted Image of Law: Courtroom Observation of Judges' Settlement Activities* (unpublished manuscript); חמי בן נון ועמוס גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי-המשפט, התשמ"ד–1984" הפרקליט 257 (2002); חמי בן נון וטל חבקין הערעור האזרחי 506–509 (מהדורה שלישית, 2012); קרני פרלמן "שופט מגשר? על שפיטה הסדרית ובין מצוי לרצוי במשפט הישראלי" משפט ועסקים 365 (2015); קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" משפטים 769, 770–771 (2015). כמו כן ראו Louise Otis & Eric H. Reiter, *Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice*, 6 PEPP. DISP. RES. L.J. 351 (2006).
- 8 Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305 (1971); ROGER FISHER & WILLIAM L. URY, *GETTING TO YES: NEGOTIATION AGREEMENT WITHOUT GIVING*

של המשפט, אך אינו חושש לזנוח אותו במקום שבו יש בנוקשותו כדי לסכל את היכולת להגיע להסכמה, או בנסיבות שבהן ההסדר הנובע מהוראות הדין הוא כה מורכב או חסר עד שהוא מהווה פתח לסכסוך הבא. פרקטיקה זו נמצאת במערכת יחסים קרובה עם המשפט, אך בה בעת שומרת על רכותו של הגישור תוך מיקוד בהשגת הסכמה.

בפרק ד נציג ממצאים ראשוניים מהשטח המבוססים על תצפיות שערכנו בחדר הגישור, ראיונות עם המגשר וחומר משפטי המתייחס אליו. נאפיין את הפרקטיקה על פי סוגי השיח והתמות המעורבות, תוך מיקוד הסמכות הנגזרת מהיחס המיוחד בין המשפט לבין הסכסוך המתקיים בחדר הגישור הסמכותי.⁹

בפרק ה נדון במשמעותה של הסמכות המתהווה במודל זה ונציע שתי אפשרויות חדשות להבנתה: הראשונה היא הבאת הצדדים להסכמה, ברמת מסוימות גבוהה ביותר, כדי לסיים את ההליך. השנייה היא גיבוש מושג חדש של סמכות של יחסים (*relational authority*), הקשורה ביחסי כפיפות בין בעל הסמכות ל"מציית" לה, שהם פורמליים פחות, אינם מוסדרים על פי כללים ומתפתחים במהלך האינטראקציה הבינאישית. בפרק ו נדון בקצרה בבקורות אפשריות על המודל המוצע.

ב. מודלים של גישור

הגישור הקלאסי הגיח לעולם המשפט בשנות השבעים של המאה שעברה, בהציעו לצדדים אוטונומיה מלאה¹⁰ ובחירה נטולת השפעה ישירה לאורך ההליך כולו: בכניסה אליו, במהלכו, בסופו ואף לאחר חתימת ההסכם.

⁹ In (Bruce Patton ed., 3rd ed. 2011); מיכל אלברשטיין תורת הגישור 48–140 (2007); שרה בן-ארצי אחריות המגשר: ייעוץ וחיווי דעה על ידי המגשר והגישור המותאם 33–35 (2012).
¹⁰ כאמור, עיקרון מרכזי בהליך הגישור הוא היותו הוגן וניטרלי, כשהכוח נותר בידי הצדדים, ותוצאתו היא מתוך הסכמה מדעת, המתבססת על הכרעה עצמית וללא כל חיוב לקבל תוצאה כלשהי. מיישב הסכסוך נתפס כמי שאינו מוטה, אינו נוהג במשוא פנים ודעה מוקדמת, ומודע לכך כי הוא נעדר כל סמכות להחליט. ראו Jamie Henikoff & Michael Moffitt, *Remodeling the Model Standards of Conduct for Mediators*, 2 HARV. NEGOT. L. REV. 87 (1997). השימוש במונח אוטונומיה בהקשר של הגישור הקלאסי אינו מדויק, שכן קיימת כבר הכרה בעובדה ולפיה ניתן למצוא פגמים וכשלים מהותיים גם בהליכי כריתת הסדר אלו, אשר נתפסים כנטולי כל השפעה, לחץ, או כפייה חיצונית. ראו Owen Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L. J. 1073, 1075 (1984); Larry R. Spain, *Alternative Dispute Resolution for the Poor: Is it an Alternative?*, 70 N.D. L. REV. 269, 273–274 (1994); דפנה לביא "לא על הבוררות לבדה ולא על הגישור לבדו – הצעה לגיבוש של הגישור כמענה המתגבר על חולשותיו של מוסד הבוררות בישראל" משפטים 589, 633–635 (2012) (להלן: לביא "לא על הבוררות"). וראו בעניין ירידת קרנו של הרצון החופשי בדיני החוזים באופן כללי: איל זמיר "צדק פרודורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7, 10–11 (2016) וההפניות המובאות שם, וכן Richard Ingleby, *Court Sponsored Mediation: The Case Against Mandatory Participation*, 56 MOD. L. REV. 441 (1993). במאמר זה, המחבר טוען כי ההפניה השיפוטית לגישור, אשר אינה מאפשרת על דרך הכלל את הזכות לסרב לה, פוגעת מלכתחילה ברצונם החופשי של הצדדים, המוצאים עצמם, פעמים בעל כורחם, משתתפים בהליך שהוא וולונטרי

הגישור הפרגמטי מבית מדרשם של פישר ויורי,¹¹ המבוסס על הבניית המשא ומתן על פי עקרונות המכוונים לשיתוף פעולה, מניח כי העדפת הצדדים היא של שיח לפתרון בעיות על פני שיח העמדות הלעומתי. מודל זה מבוסס על חתירה פרגמטית לפתרון בעיות, מילוי צרכי הצדדים, כשהנחתו היא שהצדדים יבחרו את שיתוף הפעולה מתוך הבנה של הכשלים המאפיינים את המשא ומתן התחרותי.¹² במסגרת מודל זה, המשפט רלוונטי לתהליך ההגעה להסכמה רק בשלב הפנייה לקריטריונים אובייקטיביים, והוא מהווה חלק ממערך השיקולים שהצדדים מביאים בחשבון במסגרת הבחירה בין האופציות. ככל שמרכיב זה אגבי יותר, כך מתעצם החלק האוטונומי של הצדדים עצמם, בשיח חופשי ונטול משמעות או השפעה משפטית. על פי מודל זה, המרחק מהדיון המשפטי מאפשר שיטוט חופשי ובר אמן בשדה מקביל של אינטרסים, תחושות ותובנות אנושיות.

מודלים אחרים עשויים לתת למשפט מקום מרכזי יותר בתהליך קבלת ההחלטות של הצדדים,¹³ ויש אף מודלים מעריכים ומתערבים אשר נותנים משקל רב יותר לפתרונות צרים ומשפטיים אשר המגשר מקדם.¹⁴

במסגרת עולם התוכן של יישוב סכסוכים, מודלים מתקדמים, כמו זה הטרנספורמטיבי, מתרחקים עוד יותר מעולם המשפט ואף מהחתימה לפתרון בעיות. במסגרת הדור השני ביישוב סכסוכים, שבו ניתן למנות מודלים כמו גישור טרנספורמטיבי, צדק מאחה וגישור הומניסטי, מומשג תהליך ההתערבות הגישורי כבעל אופי תהליכי וטיפוליים.¹⁵ עיקר ההתערבות נעוץ בהעצמת הצדדים מבחינה רגשית, מוסרית ואף רוחנית לעתים,¹⁶ ובחזיון יכולת ההיברות וקבלת ההחלטות תוך התערבות מינימלית בפתרונות המעשיים. הליכים אלה רחוקים מאוד מעולם המשפט והם מדגישים את היותם אלטרנטיבה אמיתית לתפיסה של זכויות וסמכות.¹⁷

במהותו. להפניה זו, שמקורה בסמכות השופט היושב בתיק, קיימת לעיתים אינרציה עד כדי הכרח להגיע להסדר ובלבד שלא להתמודד עם יחסו של השופט ותגובתו לכישלון ההליך והחזרתו לפתחו. בכך, לדעת המחבר, קיימת פגיעה חמורה באוטונומיה האישית ובעקרון החופש החוזי (שם, בעמ' 445–446).

11 FISHER & WILLIAM, לעיל ה"ש 8.

12 שם, וכן אלברשטיין תורת הגישור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 238 (בפרק השמיני – המודל הפרגמטי: התערבות במציאות, פתרון בעיות וחשיבה עסקית).

13 ראו המודל של Larry Freedman, המבוסס על הבנת הפתרונות המשפטיים והבחירה ביניהם, במאמרו Lawrence R. Freedman & Michael L. Prigoff, *Confidentiality in Mediation: The Need for Protection*, 2 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 37 (1986); STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E.A. SANDER ET AL., *DISPUTE RESOLUTION NEGOTIATION MEDIATION, AND OTHER PROCESSES* ch. 3 – Mediation, 111–208 (4th ed. 2003).

14 ראו דיון במודלים אלה ובשאלה אם להגדירם כלל כגישור להלן בפרק ה.

15 ראו מיכל אלברשטיין צדק אלטרנטיבי: גישור איחוי וטיפול באמצעות מנגנונים משפטיים (2015) (להלן: אלברשטיין צדק אלטרנטיבי).

16 ראו Ted Lewis & Marc S. Umbreit, *What Is A Humanistic Approach to Mediation? An Overview* (2015) <https://www.mediate.com/articles/LewisUmbreit1.cfm>

17 ראו אלברשטיין תורת הגישור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 262–291 (בפרק התשיעי – המודל הטרנספורמטיבי: התמקדות בחדר הפנימי וחזרה אל ההליך); Robert A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolutoin and Ideology: An Imaginary Conversation*,

ייתכן שניתן להציג את הופעתו של הגישור הסמכותי כביטוי לנתק או לפער ההולך וגובר של התפתחות המודלים של הגישור, במסגרת עולם התוכן של יישוב סכסוכים, מעולם המשפט. פיתוח "ההיגיון הפנימי" של התחום, תוך שמירת המוטיבציה האלטרנטיבית הראשונית של מייסדיו, הוביל למודלים תהליכיים ומאתגרים יותר מבחינת סוגי הסכסוכים המובאים לעיבוד. הסכסוכים החדשים עוסקים במשברים במערכות יחסים, בפגיעות בעלות היבטים פוליטיים, בסכסוכי זהות ובמשברי עומק. במידה רבה, העיסוק בהם מרחיק משפטנים העוסקים במחלוקות מעשיות מפנייה לעולם הגישור.

דוגמה לכך היא המודל הנרטיבי, שאותו פיתחו לראשונה ווינסלייד ומונק,¹⁸ המקדם את שיח הגישור אל עבר הפרדיגמה הפרשנית ומנסח מחדש את תפקידי המגשר. מדובר בתהליך דינמי, נטול מבנה, כללים או תכנית ידועים מראש, אשר במהלכו מגיב המגשר על סיפורי הצדדים והתנהגותם, מתוך הקשבה ושיקוף.¹⁹ המאפייין המרכזי של הגישור הנרטיבי הוא ההתמקדות בשיח ובשפה, ותפקיד המגשר בו הוא בניית יחסי אמון בין הצדדים (שלב המכונה "מעורבות"), פירוק הסיפור רווי הקונפליקט ובניית הסיפור החלופי, שבתוכו נעלם הקונפליקט או קטנה עוצמתו. מטרתו של המודל הנרטיבי היא להוביל את הצדדים בתהליך חינוכי, שבו הם לומדים לאתגר את תפיסת הזכאויות שלהם במסגרת התרבות שבה הם חיים. מכאן שמודל זה מחייב חשיבה תרבותית, שמקורותיה בשיח חברתי עמוק, ושלילת הפרדיגמות המסורתיות. במובחן מהמאפיינים המובהקים של שיטות הגישור המתוארות בפרק זה, ההתפתחות של המודל הסמכותי, כפי שתוצג להלן, מעמידה אלטרנטיבה הצומחת מהקרקע המשפטית, אשר מתגבשת באופן הדרגתי, תוך חיפוש אחר פתרונות והכרעות משפטיות המשלבות הסכמה של הצדדים ואינטרסים נוספים. תופעה זו קשורה בירידה גוברת והולכת של הכרעות משפטיות מלאות, במסגרת התופעה המכונה "המשפט הנמוג", אשר הופכת את המשפט לשדה של הסכמות הקשורות באופן עמוק להליך המשפטי. המפגש של המגשר הסמכותי עם עולם יישוב הסכסוכים, נובע מתוך זהותו כמשפטן, במקרה של התפתחות מודל זה, ועיקרו פיתוח התאמות השואבות מעולם התוכן של יישוב סכסוכים ועם זאת מצויות בדיאלוג צמוד עם עולם המשפט. השילוב הנוצר במסגרת מהלך אינטואיטיבי אך שיטתי זה, ייבחן במאמר כענף משפטי של הגישור הראוי לחשיבה ולפיתוח. המאפיינים המיוחדים של סמכות, כפי שהיא באה לידי ביטוי במודל זה, מסבירים איך בסופו של הליך רצוני ונטול סנקציה הנראית לעין,²⁰ מתקבלת תוצאה

3 J. CONTEMP LEGAL ISSUES 1 (1989); HOWARD ZEHR, CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIME AND JUSTICE (1990); ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT (2nd ed. 2004).
 18 JOHN WINSLADE, GERALD MONK, NARRATIVE MEDIATION: A NEW APPROACH TO CONFLICT RESOLUTION (1st ed. 2000).
 19 להרחבה ראו אלברשטיין תורת הגישור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 292–397 (בפרק העשירי – הגישור הנרטיבי: פירוק תוך חיפוש סיפור אלטרנטיבי).
 20 המונח "סנקציה" מייחס למגשר כוח כפיה בעל ביטוי עונשי מוחשי. קיימת טענה, כי סוג כזה של כוח קיים אצל מגשרים העוסקים בסכסוכים בינלאומיים. ראו עומר שפירא "פרדוקס הכוח בגישור: עוצמה וחולשה ביחסי מגשר וצדדים לגישור" קריית המשפט ו 371, 396–399 (התשס"ו). כן ראו כיצד בגישורים והשכנת השלום אותם עורכת המגשרת קולב בפרויקט הדיוור

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

אופיינית לגישור הסמכותי, אשר פעמים רבות הפוכה לחלוטין לעמדות הפתיחה של הצדדים.²¹ במסגרת הגישור הקלאסי, ההסבר למהלך כזה של שינוי עמדות נעוץ פעמים רבות בהצבעה על רובד סמוי כמו אינטרסים או צרכים, אשר המענה לו משנה את קווי המתאר של הסכסוך (בהתייחסות למגוון נושאים נוספים אשר הצדדים לא הנכיחו בכתבי טענותיהם, אשר התייחסות אליהם קוראת לפתרונות אחרים, בהתייחסות למערכות היחסים בין הצדדים, לרגשות, להטיות והסברים שונים נוספים).²² במסגרת הגישור הסמכותי, ההסבר המוצע במאמר זה לשינוי תודעתי כה מהותי ולהסכמה המנוגדת לעמדות הפתיחה, נעוץ בהיבטי הסמכות המיוחדים שבהליך כפי שהזכרנו אותם: יצירת מחויבות להסכמה וקבלת סמכות המגשר בעניין זה; שילוב משמעותי יותר של אלמנטים משפטיים אך ללא החלה ישירה; קיום השיח הרגשי והדיאלוג הרך עם הצדדים תוך רכישת אמונם. הגישור הסמכותי יונק, בהקשר זה, את דרכי השפעתו מהגישור הקלאסי, אך מציע הרכבה מיוחדת, המותאמת יותר למרחב המשפטי הנורמטיבי והאדוורסרי.

ג. הגישור הסמכותי – תיאור פרקטיקה היברידית בהתהוות

1. התפתחות מודל הגישור הסמכותי

המקורות שהיוו את הבסיס למודל החדש הם חיצוניים ופנימיים. מן ההיבט החיצוני, התפיסה החדשה של בתי המשפט את הליך הגישור, העלתה צורך בגיבוש פרקטיקת גישור מונחית תוצאה (שאינה בהכרח מוכוונת תהליך). המערכת, אשר נדרשה לפתרונות חלופיים להקטנת העומס המוטל עליה, מצאה כי כמות התיקים אשר שבו לדיון משפטי לאחר שהליך הגישור בעניינם נכשל, היא רבה.²³ זאת, גם כשההליך עצמו שיפר את הדו־שיח בין הצדדים, ואף גרם לשינוי חיובי בהתייחסותם לסכסוך וזה כלפי זה. אנו נטען, נוכח התגברות הליכי הגישור

הציבורי, היא משתמשת בשפת שכנוע, אך מציינת שהחלופה היא הפעלת סנקציה מוחשית וקונקרטיה העומדת לרשותה בכובעה המקביל כסוג של רגולטורית DEBORAH M. KOLB, WHEN TALK WORKS: PROFILES OF MEDIATORS 417–418 (1997).

21 יש להבדיל בין העבודות הרבות העוסקות בדיווח על האופן בו הליך הגישור מסיים קונפליקט, באמצעות טכניקות וטקטיקות שונות, לבין השאלה מדוע וכיצד תהליך זה מתרחש. ראו Robert H. Mnookin, *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, 8 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 235, 247–249 (1993).

22 לתיאור נרטיבים מארגנים של תנועות אלטרנטיביות של המשפט, והצבעה על האופן שבו השימוש בהם יוצר עיבוד מחודש של קונפליקטים ותהליכי שינוי עמדות ראו אלברשטיין צדק אלטרנטיבי, לעיל ה"ש 15.

23 ועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, לעיל ה"ש 5; קרני פרלמן יישוב סכסוכים – משפט שיתופי וטיפולי 145, 165 (2015).

בניהולם של שופטים בדימוס,²⁴ כי במובן זה נכשלה, לתפיסת בתי המשפט, התכלית הגישורית הקלאסית.

במישור השני, נדמה כי הגישור הסמכותי הוא תולדה של תהליך המשלב בניה פנימית של מיישב הסכסוך עצמו, שמקורה באינטראקציה הנוצרת בינו לבין הצדדים המשתתפים בהליך, כמי שמסוגל לייצר תהליכים של סמכות בגישור. זאת, אגב ניסוי וטעייה, ותוך שילוב של יסודות מוכרים הנעוצים בתורת המשפט הפורמלי.

ראשית התפתחותה של הפרקטיקה הנדונה קשורה בעבודתו של אחד מכותבי המאמר, כעורך דין ולאחר מכן כבורר, בעקבות הפניה של מקרים מבתי משפט שונים. דרך העיסוק בבוררות, עוצב תפקיד מיישב סכסוך על ידי בתי המשפט, שראו את תכלית ההליך בהשגת הסדר, על פני הפן התהליכי. בהתאם, תפקיד זה התבסס על שילוב בין יכולת ההכרעה של מיישב הסכסוך, וכן המוניטין והידע המשפטי הרלוונטי לסכסוך עצמו.²⁵

במקרים שבהם מצא הבורר כי קיימת התלבטות אמיתית או עמימות לגבי מידת המובהקות של התוצאה המשפטית או העובדות המבססות אותה, הוא ראה את האפשרות להביא את הצדדים לכדי הסדר כעדיפה. היכולת של מיישב הסכסוך לאזן בין מה שנתפס בעיניו כ"צדק הפואטי" (המשלב התייחסות אינטואיטיבית לנסיבות הסכסוך והזדהות עם פגיעה או עוול), אל מול תוצאה משפטית אפשרית, יצרה בעיני הצדדים הסכם מאוזן, ותחת השיקוף שנעשה על ידי הבורר/המגשר, הובילה לתוצאה אפשרית טובה יותר מאופציית ההכרעה המעין-שיפוטית במקרה זה (כשזו נמדדת ביחס להכרעה שיפוטית אפשרית).

הבורר החל לפעול באופן המשקף לצדדים תרחישים משפטיים שונים, בשים לב להוראות הדין המהותי, כשלים ראייתיים, פגמים בכתבי הטענות אשר היה בהם כדי להקטין באופן משמעותי את סיכוייו של צד להוכיח או לקיים את גרסתו ועוד. כך קרה, שמרבית הבוררות הסתיימו דווקא בהסדרים, אשר להם ניתן תוקף של פסק בוררות. נראה כי אופן ההפניה מבית המשפט והציפייה להליך יישוב סכסוכים מסוג אחר, כמו גם הדיון הסמכותי, יצרו תובנות או שיקפו מציאות אחרת לצדדים, באופן אשר סייע בידיהם להתכנס אל תוך ספירת ההסכמה. זאת, בדומה לתהליך הנעשה בבתי המשפט, אשר בו מגיעים הצדדים להסכמה לאחר שהשופט נותן את דעתו הראשונית על התיק ונסיבותיו.²⁶

24 ראו לדוגמה Peter H. Schuck, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, 53 U. CHI. L. REV. 337 (1986); פרלמן, לעיל ה"ש 23; מרדכי מירוני "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור" דין ודברים ו 487, 504 (2012).

25 בהקשר זה, מעניין לבחון את התפתחות עבודתה של המגשרת קולבורן, אשר מונתה תחילה על ידי נציגי הכנסייה והמדינה בהוואי, כאחראית על קביעת מדיניות וכללים, לרבות רגולציה ותקנון לקביעת תנאי הזכאות והמשך הדיון בפרויקט שיכון ציבורי מסובסד. מתפקיד זה, השזור במקורות סמכות חיצוניים, צמחה היא כמגשרת, או כהגדרתה "משכינת שלום" (peacemaker). ראו Kolb, לעיל ה"ש 20, 405–406.

26 בעניין זה נבדיל בין ההליך המוגדר כ"גישבור" לבין הפרוצדורה המתוארת לעיל. להרחבה על הליכי "גישבור", ראו לביא "לא על הבוררות", לעיל ה"ש 10; John Blankenship, *Developing Your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR*, 42 TENNESSE BAR JOURNAL 28 (2006).

כחלק מהתפתחות הליך בורות ייחודי זה,²⁷ נוצר שיח דליברטיבי בין מיישב הסכסוך לצדדים ביחס לתשתית הראייתית והמשפטית שבבסיס הסכסוך. פרוצדורה זו גיבשה אפשרות לשכנע צדדים להיכנס לתהליך מחשבתי עמוק ויסודי, שבו כל תוצאה אפשרית במנעד של 0–100, ואין מדובר, כפי תפיסת הגישור הקלאסי, במיצוע תביעות או ב"פשרה". כך, לתובע אין מלכתחילה ציפייה מובנית לקבל משהו מתביעתו, כשגם הנתבע אינו יכול לצפות, כדבר מובן מאליו, להנחה כלשהי מהתביעה נגדו. מקורה של דיאלקטיקה זו בראייה ציבורית רחבה של הליך הגישור, ולפיה המטרה החברתית הגדולה, אף יותר מהסכסוך הפרטני העומד בפני המגשר, היא גמר המחלוקות בין הצדדים, בבחינת סדר כלכלי-התנהלותי בעל תוקף משפטי, שיש בו אף לאפשר, בנסיבות מסוימות, קשר עתידי בין הניצים, מסחרי או אחר. האקטיביזם שהופעל בתהליך נתפס כטבעי בעיני הצדדים ובעיני מיישב הסכסוך, בין היתר מאחר שהאלמנט הגישורי לא נבע מהכשרה גישורית מסודרת, והושפע פחות ממודל הגישור התהליכי ויותר מזה הפרגמטי. בפועל, נוצר מעין בן-כלאיים, הבנוי על קונספט חדשני של סמכות, שזורה בסמכותיות אך רחבה ממנה, המקיים דיון שאינו נופל מהדיון המשפטי, אך סופו הסדר המתבסס על האוטונומיה המלאה וההבנה המוחלטת של הצדדים לאמור בו לגביהם. בכך נוצרה מסגרת שונה מזו שהייתה נהוגה בגישורים התהליכיים, שאיפשרה התמודדות עם תיקים ברמות קושי גבוהות, אשר התגבשו לכדי הסדרים משוכללים, צופי פני עתיד ומורכבים.

התפתחות זו של פעולות מיישב סכסוך, השזורות בסמכות שטיבה עדיין לא הובהר ואשר נדמה כי לא הייתה שגורה עד אז בהליכי גישור, הפכה, בהיותה מכשיר יעיל לפתרון סכסוך אשר נתפס עד אז כבלתי פתיר (אלא בהכרעה שיפוטית), למקובלת בעיני הצדדים. אלה ראו כי התהליך מביא לתוצאות, ובהתאם הסכימו עם עובדת קיומה של הסמכות כמרכיב מהותי שלא ניתן בלעדיו. האמור חל הן לגבי הצדדים עצמם והן לגבי באי כוחם, עורכי הדין, אשר הפנימו, לראשונה, שמעבר לתהליך אשר אולי ראוי להתקיים בין צדדים לעומתיים, המטרה שלשמה התכנסו אצל מיישב הסכסוך היא חתימתו של הסדר, דבר אשר נשכח בהליכים אחרים אותם ניהלו הצדדים. זאת ועוד, שפת הגישור שהתפתח תאמה ללקסיקון הנהיר לעורכי הדין ובהכרח שאבה אותם אל תוך התהליך, אשר אינו שונה בשפתו מהספירה המשפטית. בהתאם, פחתה מידת ההתנגדות אל הליך הגישור אשר אפיינה חלק מעורכי הדין, והם הפכו לצדדים פעילים ורבי משמעות בדרך ליצירת הסדר אשר שיקף לטעמם גם את החוויה המשפטית.²⁸ זאת, משום

27 רעיון הבוררות, ההופך את הגישור משלב ביניים בעולם המשפט לחלופות אחרות ליישוב סכסוכים, מדווח במאמרה של "Jacqueline Nolan Haley, *Mediation: The 'New Arbitration'*", 17 HARV. NEGOT. L. REV. 61, 63–73 (2012), שבו מנתחת המחברת את תופעת הגישור ככזו

המהווה, בתפיסת בתי המשפט, את "הבוררות החדשה".
28 הספרות מתייחסת לעורכי הדין ממצב של לא הכרחיים ומזיקים, ועד למצב שבו הם חיוניים ושבבלעדיהם לא ניתן להשלים את ההסדר. ראו בהתאמה מירוני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 498 Nancy; A. Welsh, *The Current Transitional State of Court-Connected ADR*, 95 MARQ. L. REV. 873, 874–875 (2012) (אשר דן בהשלכות שליליות כתוצאה מעירוב עורכי דין בהליכי גישור מנדטוריים); ארנה רבינוביץ-עיני "הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים" משפטים על אתר ט 33, 33–49 (התשע"ו) (הגורסת כי הליכי גישור מנדטוריים

ששיקף מלכתחילה ובדרך המלך, הערכה משפטית מוקדמת ויסודית של ההיתכנות האפשרית בהכרעה משפטית (Early Neutral Evaluation).²⁹ חשיבותם של באי הכוח רבה שבעתיים מקום בו הגישור עוסק בתיקים מורכבים במיוחד, השזורים בסוגיות משפטיות כבדות משקל ונטולות תקדים משפטי בהיר.

שיתוף באי כוח הצדדים כחלק חשוב והכרחי בתהליך, להבדיל מתהליכי גישור אחרים המקטינים את חלקם של עורכי הדין, יצר רב-שיח שהיה דומה להפליא להליך המשפטי הפורמלי. אולם, בשונה מההליך המשפטי, הגישור הסמכותי הוא נטול מעצורים או כבלים ביכולת לשקף ולתאר לכל צד את עמדתו, כשמיישב הסכסוך הוא משתתף פעיל, אקטיבי, מכוון ויוזם, אשר אינו נדרש להשתמש בדרכים עקיפות או סמויות כדי לייצר תהליך מכוון הסדר.³⁰

הצדדים גילו כי בעלות זניחה יחסית לעלויות המשפט, ניתן להשיג את סיום הסכסוך, גם אם לעיתים התהליך עצמו לא סייע להם לשפר את היחסים ביניהם, כמצופה בגישור הקלאסי. מהצד האחר, באי הכוח מצאו כי הם יכולים להתחייב במידה רבה של ודאות שתוצאת ההליך תהיה הסדר, באופן שיש בו כדי לשקף גם את המציאות המשפטית הלכה למעשה. זה המקום שבו הגישור, שהתפתח כאמור תחת המטרייה הסמכותית שתחילתה בבוררות, נמלט ממחוזות הפשרה המקובלים והפך לאכסניה אשר בה כל תוצאה אפשרית. מקום שבו התובע אינו נרתע למשוך את תביעתו, כי החלופה המשפטית יכולה להיות גרועה יותר; או מקום שבו התובע יכול לקבל יותר ממה שניתן בפסק דין, אם בשל סעדים היורדים לשורש האינטרסים המהותיים של התובע, שאינם מצויים בספר החוקים או בכתבי הטענות, או בשל מגבלות בתביעה אשר אינן מאפשרות לקבל את מלוא הסעדים; ואם מטעמים של הרחבת חזית או הליכים נדרשים נוספים, שלא באו בגדרו של ההליך, כפי שהובא אל פורום יישוב הסכסוכים. ברוח זו, ניתן היה לדון וליתן סעד של פיצוי כספי בתביעה שתחילתה כתביעת פינוי בלבד, או ליתן סעד כספי בתביעה שכולה הייתה למתן חשבונית.

כתנאי להגשת תביעה יובילו לאימוץ גורף של הגישור המעריך, אשר בתורו יוביל למעורבות ענפה של עורכי הדין. לגישתה, מעורבות זו תפגום בתכליות הליכי יישוב הסכסוכים, ובזכות הגישה "לצדק" של צדדים חלשים). מנגד ראו Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. REV. 754, 763 (1984); Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver and Third Party Neutral: Creativity and Non-Partisanship in Lawyering*, 72 TEMP. L. REV. 785 (1999); לימור זר גוטמן וקרני פרלמן "עורך הדין פותר הבעיות: שינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית" הפרקליט נב 547, 570-575 (2014) (הרואות את תפקידו של עורך הדין כשותף ומסייע להליך הגישור). Wayne D. Brazil, Michael A. Kahn, Jeffrey P. Newman & Judith Z. Gold, *Early Neutral Evaluation: A Experimental Effort to Expedited Dispute Resolution*, 69 JUDICATURE 279 (1985); Wayne D. Brazil, *Early Neutral Evaluation or Mediation? When Might ENE Deliver More Value?*, 14 DISP. RESOL. MAG. 10 (2007) (סוקר את ההבדלים בין הליך הגישור להליך ה-ENE); דפנה לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו: הערכה ניטרלית מוקדמת (ENE) היבטים עיוניים ויישומיים ומבט ביקורתי" מחקרי משפט כו 455 (2011).
30 שפירא, לעיל ה"ש 20.

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

הנה כי כן, נקודת המפגש הייחודית שבין בית משפט מוכוון הסדר למיישב סכסוכים אשר צמח בספירה הפורמלית, יצרה פרוצדורת יישוב סכסוכים חדשה, המשלבת, במינונים משתנים, אלמנטים מוכרים מתורות גישור אחרות, ויוצרת קונספט סמכותי אחר, כפי שנראה בהמשך.

2. הגדרה, מבנה ומאפיינים ייחודיים

הגישור הסמכותי, במובחן משיטות שונות המאפיינות את הגישור הקלאסי, קשור בטבורו לבית המשפט המפנה את הסכסוך ויתכן שאף יונק את סמכותו ממנו.³¹ הגישור נערך באופן הבוחן את החוק והפתרון המשפטי הסביר, מתכונן ומתאשר בחתימת בית המשפט, ועשוי אף להוות בסיס לתקדימים בגישורים אחרים שבהם נסיבות המקרה הנדון דומות, או שהצדדים המתדיינים בהם הם אותם צדדים.³²

שיטת זו מתאימה לצדדים לסכסוך משפטי אשר מיוצגים על ידי עורכי דין הנוכחים בחדר, והיא דוגלת בשילוב אלמנטים סמכותיים בהליך הגישור, השואבים ומתכתבים עם הדינמיקה המתקיימת כיום ברוב הדיונים המשפטיים, שבהם שופט חותר להבאה להסכמה באולם המשפט, למרות שבידו סמכות מוקנית להכרעה בסכסוך.³³ לפיכך, נעסוק בבירור קיומה ואופן ניצולה של סמכות מהסוג שהתפתח בהליך זה, או זו הנרכשת במהלכו,³⁴ אצל גורם שלישי המתערב על פי הזמנת הצדדים ורצונם בהליך וולונטרי ליישוב סכסוך.

31 בשל אפיונו, בתי המשפט מייחדים לגישור זה מחלוקות רבות משתתפים, תביעות תקדימיות או שלפטיקה בהן משמעות ציבורית רחבה, סכסוכים בהיקף כספי ניכר, כמו גם ערעורים הנדונים בפני בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון. ככלל, פרקטיקה זו נותנת מענה למחלוקות ולתיקים אשר במשך שנים סווגו על ידי בתי המשפט ועורכי הדין ככאלה אשר אינם ראויים או כרי גישור. ראו למשל אהרון ברק "על הגישור" *שערי משפט* ג 9, 10 (2002): "ישנם סכסוכים שהסכם בין צדדים אינו מעשי בהם. ההכרעה השיפוטית היא חיונית. ישנם סכסוכים שאפשר לפתור אותם בדרך הסכמית, אך רצוי כי הפתרון יהיה שיפוטי, ובכך תיווצר הלכה מחייבת שתחול על כלל החברה".

32 ראו דבריהם של ב"כ הצדדים מתוך פרוטוקול הדיון בת"א (מחוזי ת"א) 65143-12-15 אליאס נ' ורינט מערכות בע"מ (לא פורסם, 16.11.2016), בפני כבוד השופטת חנה פלינר: "שמענו את הערות בית המשפט לעניין הפניית התיק לגישור בפני המגשר [...], אשר דן בעניין דומה (עניין גלמידי)" (ההדגשה הוספה). תיק זה הסתיים בהסדר גישור, ביום 2.10.2017.

33 פרלמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 5-17, 29-37, 45-46, 61-81, 169-243; יורם אלרואי "הפישור השיפוטי והגישור" *הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל* 29, 68 (1999); וכן יצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" *משפט וממשל* ז 119 (2004), הדן בשאלה אם הוראות הדיון החל מתירות פעילות של שופטים כמגשרים.

34 Authority. יש להבדיל בין הסמכות להכריע לבין סמכות בכלל, בין היתר בשימוש בו עושים כותבים אחרים במילים כוח (*Power*) וטקטיקות השפעה (*Influence*) בהתייחס לעבודת המגשר. ראו לעניין זה שפירא, לעיל ה"ש 20, בעמ' 386-387: "בתחום הפסיכולוגיה החברתית קיים עיסוק נרחב במהותו של כוח, מקורותיו, המוטיבציה לשימוש בו והאמצעים להפעלתו. French & Raven הגדירו כוח חברתי כיכולת הפוטנציאלית להשפיע על אדם אחר, כלומר האפשרות להשפיע. השפעה הוגדרה כהפעלה של כוח (*force*) על ידי אדם אחר [...] על מנת לגרום לשינוי, ובכלל זה שינוי בהתנהגויות, דעות גישות, מטרות צרכים וערכים". ראו John R. P. French & Bertram H. Raven, *The Bases of Social Power*, in *STUDIES IN SOCIAL POWER* 150, 152 (D. Cartwright ed., 1959).

ההליך טבול בסמכות השלובה פעמים, אך לעיתים נפרדת, מהסמכותיות של המגשר עצמו.³⁵ הסמכות נגזרת, בין היתר, מן ההגעה להסדר, אשר נוצר בהכוונת המגשר בתוך הספירה הראשונית של השיח הלעומתי בין הצדדים, ובהתבסס על מעין הכרעה מקדמית של הפורום לגבי חשיבותו של ההסדר והצורך להשיגו בהליך.³⁶ על גבי הסכמה זו נבנה נדבך נוסף של סמכות, הטבועה במערכת היחסים בין הצדדים (שנכנה בהמשך relational authority). סמכות זו נוצרת כתוצאה מדינמיקה של פעולה בין צדדים היושבים יחד עם צד שלישי, אשר לו מאפייני התנהלות או הגדרה שמכוחה תופסים אותו הצדדים האחרים בחדר. כאן מדובר בסמכות אקראית שגלופה בתבנית הסכסוך והמשתתפים בו בכל פעם מחדש.

בהקשר זה ניתן לטעון, שכל מגשר העובד על פי מאפייני השיטה הסמכותית, יוצק סמכות בדמותו. עם זאת ניתן להצביע על פרמטרים כלליים, בלתי תלויים במגשר מסוים, אשר באים לידי ביטוי בהליך מסוג זה ומבססים את הסמכות: מוניטין;³⁷ ניסיון רב בפרוצדורה ייחודית זו, המבסס את היכולת לנווט בעדינות רבה בין השיח המשפטי לשיח הרגשי; הבנה משפטית עמוקה ושימוש במשפט ככלי בהליך; שמירה על מערכת יחסים הדוקה עם בית המשפט ודבקות המגשר בהצעתו.³⁸

במובחן מהתאוריות המרכזיות אשר בחנו והגדירו תהליכי גישור קלאסיים, השיח הגישורי בהליך זה אינו מתמקד דווקא בהגדלת העוגה,³⁹ פתרונות יצירתיים ותוצאה היוצרת רווח לכולם. נדמה כי השימוש בפרדיגמות אלו מייצר היתכנות רבה יותר להסדר מיטבי ורב משמעות, אף במונחים של השפעה על הסדר החברתי. עם זאת קיימות כמה סוגיות הדרושות ליבון: הראשונה, היא מסוגלות המגשר להרחיב את מעגל האפשרויות לפתרון, כנגזרת של מקוריותו. השנייה, היא נכונות הצדדים לראות את הטוב בכל פתרון אשר אינו מהווה חלק נכבד משאיפותיהם הראשוניות. השלישית, היא היכולת לבדל בין המציאות המשפטית שממנה הגיעו הצדדים לדיון הגישורי לבין חלופות אשר אינן תלויות בה, או אף מנוגדות לאפשרויות הטמונות בה לגביהם. ודוק, היכולת להביא להסכמה לתוצאה המנוגדת, פעמים לחלוטין, לתוצאה משפטית אפשרית, מחייבת יצירת תהליך של שינוי עמוק בתפיסת כל צד את טובתו

35 ההנחה היא שקיימים רכיבי סמכות בכל הליך גישור, אך בענייננו אנו מבחינים בתופעה שבה רכיבי סמכות ייחודיים, אשר השימוש המועצם בהם, כך נדמה, מחייב אישיות סמכותנית של המגשר הסמכותי. לפיכך, קיים סוג של קשר גורדי בין אופי השימוש בו עושה המגשר ברכיבים אלה ובין האישיות שלו. בהקשר זה יתכן מצב בו מגשר סמכותני אינו מקיים גישור סמכותי וההפך.

36 הפרדיגמה היא שהליך הגישור מייצר שיח אחר, הפוך מלעומתי. ההנחה היא שהשיח הלעומתי הנגזר מריב על זכויות ושאלות שבדין, אין לו מקום בדיאלוג פתוח המתייחס לאינטרסים דווקא. בפועל, נטען כי המעבר החד מאלם המשפט לחדר המגשר מביא, לפחות בתחילת התהליך, את השיח הלעומתי אל הספרה הגישורית. זאת, בטרם פועל המגשר כדי לייצר שיח אחר.

37 במובדל מהפן האישיותי של המוניטין, עסקינן בערך או במוצר שניתן לייחס גם להליך עצמו.
38 Margaret Shaw, *Mediators Proposals: Let Me Count the Ways*, 18 DISP. RESOL. MAG. 27 (2012).

39 FISHER & WILLIAM, לעיל ה"ש 8.

שלו.⁴⁰ לא בטוח כלל שפלטפורמת הגישור התחומה בזמן, תחת עינו הפקוחה של בית המשפט והמועדים הקבועים בה, מאפשרת זאת.

אין המדובר במשא ומתן חופשי נטול כללים ומנותק מהחלופות המשפטיות האפשריות, אלא בדיון משפטי, שאינו חושש לגעת בצד האנושי ואף הרגשי, המביא בחשבון את האינטרסים החיוניים של הצדדים, כמו גם את היכולת האמיתית לקבל חלק מהם בהליך המשפטי הפורמלי. מקום שבו צד היה נטוע בעמדתו, בין מחמת שסבר כי העובדות או הדין עמו, ובין שכך למד מבאי כוחו, לא חשש מיישב הסכסוך לשקף דעה הפוכה לזו, מלווה בחוות דעת או ניתוח משפטי מקיף, הנתמך באסמכתאות, באופן שהותיר פעמים את התובע ללא תביעתו או לחלופין, העניק לו סעדים שלא נכללו בתביעתו (כשזו לא שיקפה דיה את כל שראוי היה שיקבל בגדר המחלוקות שלו עם הצד האחר, או לא התייחסה למערכת היחסים השלמה בין הצדדים).

בהליך מסוג זה, הדרישה מהצדדים ובאי כוחם היא להגיע מוכנים לדיון כבהליך הוכחות, ולו מהטעם שמרבית הסכסוכים מסתיימים בהסדר בתום הישיבה הראשונה.⁴¹ בתהליכי גישור אחרים סברו כי אין צורך להכיר או ללמוד את כתבי הטענות על מנת ליישב סכסוך.⁴² לעומת זאת, הגישור הסמכותי לא רק שחייב קבלת כלל הכתבים והמסמכים שהומצאו לבית המשפט או אלה הרלוונטיים לסכסוך, אלא אף דרש מהצדדים התייחסות פרטנית לרכיבים כאלה או אחרים בגרסותיהם בדרך של ניירות עמדה חסויים, או אף הבאת עדויות מוקדמות, בכתב או בעל פה, באופן שיאפשר למגשר לגבש הערכה ראויה ומאוזנת יותר.

בשלב הראשוני של המעבר מהליכי הבוררות לגישור, היו מרבית התיקים שטופלו בסמכות בתי משפט שלום, שופטים ורשמים, והתקיימו בין שניים לשלושה גישורים ביום. אחוז ההצלחה בהבאת הצדדים לכדי הסדר עלה על 95%, עובדה שהוסיפה לביסוס התהליך והצלחתו, כמו גם הסמכות של מיישב הסכסוך והלגיטימיות שניתנה לה כחלק אינטגרלי מהליך גישור. התפתחה טכניקה שמקורה בתהייה לגבי חתימת הצדדים על הסדר ממקום חופשי ונטול כל השפעה, כנדרש בתהליך מסוג זה, שבמסגרתה מידת הזהירות הנדרשת

40 שינוי תפיסתי עמוק, המאפשר ראייה חדשה של הסכסוך והאפשרויות לפתרון, מאפיין את הגישה הטרונספורמטיבית המייחסת משקל רב להעצמת הצדדים, והבאתם ליכולת טובה יותר של שליטה בגורלם הם. במובן זה בלבד, אלמנט הסמכות בגישור, הנבחן במאמר זה, יוצר דווקא תהליך של העצמה אישית על פני הדחקה והימנעות מהחלטה, בנסיבות בהן צד שלישי הוא זה האמור להחליט בעניין.

41 מנתונים שנאספו לאורך השנים, במסגרת הפרקטיקה של אחד מכותבי המאמר, ונותחו לצורך ביסוס מודל הגישור החדש המוצע במאמר זה, עולה כי אחוזי התיקים שהסתיימו בהסדר, המדווחים בהליך זה לאורך שנים, חוצים את קו ה-90%. מתוכם, אחוזי ההגעה להסדר בישיבה אחת הם כ-80%. כך, למשל, בין השנים 2012–2015 נחתמו, בתום ישיבת גישור ראשונה, 344 הסדרי גישור מתוך 430 תיקים אשר טופלו ונוהלו בשיטה גישורית זו.

42 ראו בין היתר, Riskin, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28–29 (דיון במגשר "מסייע צר"); אלברשטיין תורת הגישור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181: "[...] בדרך כלל מתייחד הגישור המודרני בפעילות החותרת להשיג פשרה שלא על בסיס העמדות והטענות המשפטיות, אלא בהסתמך על אינטרסים ופתרון בעיות".

ממיישב הסכסוך בתהליך סמכותי, אשר בו ניתנת חוות דעת ללא כחל וסרק, היא רבה ביותר.⁴³ מכאן, שכל הגישורים התקיימו אך ורק בנוכחות באי כוח משפטיים, אשר ידעו לשקף היטב לשולחיהם את המציאות המוצעת, והניתוח שניתן על ידי מיישב הסכסוך, גם שלא בפניו, באופן אשר העניק לצד המחליט את החופשיות הנדרשת לשקול מחדש, יחד עם דורשי טובתו, את החלופות שהוצגו בפניו ומשמעותן לגביו.⁴⁴

פעמים, במקום שבו החסמים בין הצדדים היו רגשיים או התנהלותיים, ניתן היה לייתר את נוכחות באי הכוח, אך גם זאת לאחר שאלה נתנו את אישורם לכך ולאחר שחלק מהנאמר בחדר בהעדרם דווח להם, בהסכמת הצדדים, על ידי המגשר. חלק מסמכות מיישב הסכסוך מול באי הכוח, מעבר להבנה המשפטית ולבקיאות המוחלטת בחומרים שבפניו, הוא שיתופם המלא בתהליך התבונתי,⁴⁵ הנגזר מרב-שיח פתוח ויצירת אמון שהנאמר בו, ככל שנתמך בעובדות, עשוי להביא לתוצאה הפוכה לחלוטין מזו שנחזתה על ידם בתחילת התהליך. התובנה שמקורה בהתפכחות כזו גורמת לבאי הכוח לשמש כ"זרועו הארוכה של המגשר", אשר אף מגדירים ככאלה. כך, מרגע שהמייצג משוכנע שההערכה שמבצע המגשר אכן מתבססת על הבנת המשפט והיכרות מלאה עם העובדות בתיק, יכול הוא להעביר את סמכות מיישב הסכסוך לשולחיו, ובכך להגדיל את האמון שהצדדים רוכשים לתהליך ומנהלו. יש להדגיש כי תהליך זה מחייב את מיישב הסכסוך במידה רבה של זהירות על מנת שלא לפגוע באמון הקיים בין הצדדים למייצגיהם, בהציגו אולי מציאות או ניתוח שונה מזה שהוצג על ידיהם. בהתאם לכך, במקרים שבהם סבור המגשר כי קיים פער ניכר בין שני אלה, או כי קיים כשל מהותי בניהול התיק המשפטי, עליו להציג זאת למייצג עצמו בלבד על מנת לאפשר לו לבחור את האופן שבו יוצג הדבר לשולחו.

מנתוני התיקים שנוהלו על פני פרק זמן של 3 שנים, כשעיקרם תיקים בסמכות בית משפט שלום, עולה כי כ-90% הסתיימו בישיבת גישור אחת, אשר בסופה נוסח ההסדר על ידי המגשר, בשיתוף באי כוח הצדדים, נחתם במקום והועבר מידיית אל בית המשפט לשם קבלת תוקף של פסק דין. הצדדים ובאי כוחם למדו כעניין שבנוהג כי ישיבת הגישור הראשונה היא גם זו האחרונה. לפיכך, הצטיידו בכלל הכלים הנדרשים להם להעמדת טיעוניהם ושיקוף האינטרסים החיוניים, וגרמו להבאת ברי הסמכא בארגון או ברשות שהיא צד לסכסוך, לישיבה זו. תהליך זה יצר עם השנים פרקטיקה בהירה וצפויה מראש למי שביקש לבוא בשעריו של גישור הנוגע כל העת בתהליך המשפטי ומתכתב איתו, כשסיומו בתוצאה אשר תואמת סיכוי או סיכון משפטי אפשרי. החלופה המשפטית הפכה להיות חלק אינטגרלי מבניית ההסדר, כמו גם

43 בן-ארצי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 311-349.

44 זאת, כאמור, כאנטי-תזה לגישה הנוהגת באסכולות גישוריות רבות, ולפיה בא הכוח הוא אנכי לתהליך. ראו לעניין זה לעיל ה"ש 28 וההפניות המובאות שם. תהליך הגישור הסמכותי יוצר סוג של התפכחות אל מול השאיפות הראשוניות בתיק ואף מול השיקוף המשפטי שניתן לכל צד על ידי באי כוחו בתחילת הדרך. באי הכוח הפכו לצד אפקטיבי, הכרחי ורלוונטי ביותר לתהליך, אשר בו שותפו, בין היתר מהטעם שהמשפט השזור בו והכנתו חייבו את מעורבותם הנמשכת.

45 משמעות המילה "תבונה" בתהליך היא סולם שניתן לברר דרכו רצונות ואספירציות. אחד המכשירים המרכזיים של הגישור הסמכותי הוא התבונה, שבכוחה להוביל בני אדם לשינוי תודעה משמעותי, ובכך לייצר שפה משותפת.

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

שיקול מרכזי ולעיתים מכריע בנכונותם של הצדדים להסכים לתנאים הכלולים בו. הרלוונטיות של הדין החל על המקרה לא רק שלא נשכחה באולם הגישור, אלא אף הועצמה, נבחנה מכל פרמטר אפשרי ויושבה כחלק מהאינטרסים של הצדדים ליישוב הסכסוך.

3. יישום המודל בפרקטיקה

התפתחותו המואצת של מודל זה, ושילובו המובנה מול בית המשפט, הן במרכיביו⁴⁶ והן בתוצאותיו, סללו את הדרך להתאמתו לתיקים מורכבים יותר, שבסמכות בתי המשפט המחוזיים וכן ערעורים ייחודיים אשר נשמעו בפני בית המשפט העליון. הידיעה שלפיה תיקים אשר נתפסו עד אז כבלתי ראויים או בלתי אפשריים לגישור, או המחייבים הכרעה שיפוטית בשל הנושאים העקרוניים שנדונו בהם, מגיעים לכדי הסדר, לרוב בישיבה אחת,⁴⁷ פתחה פתח לשופטים להמליץ ולשתף פעולה באופן אקטיבי עם התהליך. מה גם שתהליך זה אינו זר בהיותו כרוך בהווה המשפטית, וכזה המשקף במידה רבה את האופן בו השופט עצמו מציע לעיתים ליישב את הסכסוך באולמו.

העובדה שהגישור דיבר בשפתם של השופטים (כפי שאלה ראו בהסדר שהוגש למתן תוקף של פסק דין, בהודעות שהוגשו במהלך ההליך, או באמירות הצדדים לגבי התהליך באולם בית המשפט), הפך את שיתוף הפעולה והשיח בין השופט למיישב הסכסוך לפעיל ויעיל יותר. הדבר קיבל ביטוי בכמה אופנים: בית המשפט הפך למליץ יושר על ההליך וכך גם גדלה הציפייה שזה יסתיים אכן בהסדר. שופטים ידעו לנמק את רצונם להעביר תיק מסוים דווקא לסוג זה של הליך, בין היתר בשל מורכבותו, העדר הלכה ברורה לגביו, וההיתכנות שפסק דין לא יסיים את המחלוקת בין הצדדים ולעיתים אף יוביל להסלמתן.⁴⁸ בנוסף, בית המשפט ידע לספר על המומחיות הנדרשת של מיישב הסכסוך בתחום משפטי מסוים, כמו למשל בסוגיות עקרוניות של זכויות קניין רוחני, אשר טרם הוכרעו בדין או בחקיקה.⁴⁹ ולבסוף, שופטים

46 ת"א (מחוזי ת"א) 59007-01-12 שמואלי נ' אלקטרה בניה בע"מ (פורסם בנבו, 7.1.2016).

47 גם כשהפרקטיקה הפכה לכזו המטפלת בתיקים מורכבים, שעיקרם בסמכות בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון, אחוז התיקים שהסתיימו בהסדר לא פחת באופן מהותי. על פי נתונים שנבדקו על פני פרק זמן של 3 שנים, מעל ל-80% מהתיקים הסתיימו בישיבה אחת (הנתונים לקוחים מתוך הפרקטיקה של אחד מכותבי המאמר, והם נאספו ונותחו לצורך ביסוס מודל הגישור החדש המוצע במאמר זה).

48 עניין אליאס, לעיל ה"ש 32; ע"א 9033/14 חורי נ' הקסטוריה די טרה סנטה (פורסם בנבו, 19.5.2016); פרוטוקול ישיבה בתנ"ג (מחוזי ת"א) 56169-10-15 פאוורמט טכנולוגיות בע"מ נ' היינס (לא פורסם, 17.12.2015).

49 וראו פרוטוקול דיון בת"א (שלום ת"א) 25360-11-11 סנדקו נ' דסה (לא פורסם, 3.4.2016): "יצוין, כי הליכי הגישור של עו"ד גבריאל ידועים בייעילותם וכך ניתן לראות גם בתיק זה. בשל כך לאחר שהסתמן מתווה מאוד ברור להסכם פשרה, ביקשתי כי הצדדים ישובו [למגשר] [...] לצורך השלמת ניסוח מסמך מסוים [...]". כן ראו ע"מ 4471/13 אלעד ישראל מגורים בע"מ נ' ועדת המשנה לעררים של המועצה הארצית לתכנון ובניה (פורסם בנבו, 11.1.2016): "ברוח הדברים שנשמעו עתה ועל מנת לאפשר מאמץ אחרון להשגת הסדר מוסכם בפרשה סבוכה זו, יימשך הליך הגישור בישיבות קרובות שיקבע המגשר [...]"; ע"א 8145/13 כורם נ' עננה בע"מ

הסכימו לדחות את מועדי הדיונים הקבועים בתיק למשך פרקי זמן ממושכים (עשרה חודשים ויותר) מתוך הכרה שתקופת ההמתנה לשיבת גישור ראשונה היא ארוכה מן הממוצע.⁵⁰ התאמת יומן בית המשפט למועדי הגישור, והאופן שבו זה התייחס להליך, תרמו לבניית סמכותו של מיישב הסכסוך, כמו גם לקשר הרציף והאיכותי שבין בית המשפט לבין ההליך הגישורי, שגם בו היה כדי להקנות לו מעמד שונה מזה של הליך אלטרנטיבי.⁵¹ בין השופט למיישב הסכסוך נוצר דיאלוג, המבוסס על אמון, שמקורו בשיח בשפה דומה.⁵² כך, הפכו ההליכים מאלטרנטיביים למקבילים, בנותנם מענה אחר לאותם סוגים של מחלוקות.⁵³ המודל קנה אחיזה בתיקים המצויים בשלב הערעור;⁵⁴ תיקים שבהם מעורבים צדדים רבים ולרבות מבטחים ומבטחי משנה, אשר כל החלטה לגביהם מחייבת המשך הודעות ותביעות בין צדדים נוספים;⁵⁵ תיקים שהתבררו על פני שנים רבות, אך טרם הגיעו לכדי הכרעה

- (פורסם בנבו, 2.10.2014): "בעלי הדין קיבלו את ההצעה כי המחלוקת ביניהם תועבר לגישור בפני עו"ד עמוס גבריאלי".
- 50 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 14712-08-14 שמואל נ' גינדי יוזם ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.12.2015): "ידוע לי כי יומנו של המגשר עמוס במיוחד. יחד עם זאת, ובהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה, אודה אם ניתן יהיה לזמן הצדדים לשיבת גישור מוקדם ככל האפשר [...] ההליכים בכלל התיקים יעוכבו לפרק זמן של 4 חודשים"; הפ"ב (מחוזי ת"א) 35053-09-11 יעקב ואלעזר אברהמי חברה לבניה בע"מ נ' מנדלסון (פורסם בנבו, 29.12.2011): "באיי-כוח הצדדים יצרו קשר עם המגשר על מנת לקבוע ישיבת גישור. עד לקבלת הודעה מהמגשר על תום הליך הגישור, אם בהסדר ואם לאו, יעוכב מתן החלטה על ידי"; תא"ק (שלום ת"א) 3699-01-14 עיריית תל-אביב-יפו נ' חיון (פורסם בנבו, 26.4.2015): "במקביל לאמור, אני סבורה כי יש טעם רב בהפניית הצדדים להליך גישור. במקרה זה הייתי בוחרת להפנות את הצדדים לעו"ד עמוס גבריאלי [...] מובן כי היה וההליך זה יצלח, הרי שלא רק יחסך זמן שיפוטי ניכר, אלא שאף הצדדים יוכלו לראות סוף למחלוקת במועד מוקדם משמעותית".
- 51 השימוש במונח אלטרנטיבי כשלעצמו, הניח את נחיתות ההליך וכפיפותו לפרוצדורה המשפטית, ונרמזה שהגישור הסמכותי שינה במשהו גם תפיסה ארוכת שנים זו. ראו Susan S. Silbey, *Making a Place for Cultural Analysis of Law*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 39, 46 (1992); Peter Fitzpatrick, *The Impossibility of Popular Justice*, 1 SOCIAL AND LEGAL STUDIES 199, 202-203 (1992); Martha Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language and Legal Chang in Child Custody Decision Making*, 101 HARV. L. REV. 727, 754, 757 (1988).
- 52 ייתכן שבהיעדר מידע של ממש בדבר טכניקות הגישור הננקטות על מנת לסיים מחלוקת כה מורכבות, נתפסה פרוצדורה סמכותית זו, בעיני מערכת המשפט, כסוג חדש של בורות – הליך שעיקריו מוכרים יותר ותואמים בעיני השופט לתוצאות שהתקבלו בהסדרים שהובאו למתן תוקף של פסק דין. תפיסה זו יכולה להסביר את האמון כלפי סוג זה של גישור, המדבר כאמור, באותה שפה. ראו Nolan Haley, *Mediation: The "New Arbitration"*, לעיל ה"ש 27.
- 53 וראו לדוגמה מדגם של ההחלטות בע"א 9748/05 יהלומי ליאל בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד (פורסם בנבו, 12.09.2012); ע"א 9748/05 יהלומי ליאל בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד (פורסם בנבו, 15.10.2012); ע"א 9748/05 יהלומי ליאל בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד (פורסם בנבו, 3.12.2012); ע"א 7139/11 ליובין נ' חיים סגיב (חקלאות ומיכון) בע"מ (פורסם בנבו, 14.1.2015) אשר בו בית המשפט פנה למיישב הסכסוך וביקש ממנו לפנות מועד לגישור בלוח הזמנים שלו, נוכח גילם המתקדם של הצדדים.
- 54 שם; עניין כורם, לעיל ה"ש 49.
- 55 ת"א (מחוזי חי') 48277-01-12 כהן נ' מקורות חברת המים הלאומית (לא פורסם, 8.12.2016); ליטל דוברוביץקי "פשרה בפרשת זיהום המים: כ-50 חקלאים מעמק יזרעאל והתענך יפוצו ב-19

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

סופית;⁵⁶ תיקים עקרוניים שבהם הצדדים אינם מעוניינים בהחלטה בעלת משמעות רוחבית ומעדיפים ליישב את הסכסוך הפרטני בהסדר, אשר לא יהא בו כדי להוות תקדים; תיקים המחייבים מחקר מעמיק בנושא ייחודי הקשור גם בדיסציפלינות חוץ-משפטיות, כגון תיקי פטנטים, זכויות יוצרים ומבצעים ומקרים אשר ההלכות לגביהם אינן אחידות.

כך גם תאם המודל הסמכותי לתחום המשפט המנהלי. במשך שנים רבות נמנעו גופי מדינה, גופים מנהליים ודו-מהותיים, לשתף פעולה עם הליכי יישוב סכסוכים מכל סוג, בין היתר מהטעם לפיו סברו שפומביות הדיון הכרחית להליכים מסוג אלה, בהיותם עקרוניים, שוויוניים ושקופים, וכן מהטעם שלפיו מידת האמון שניתנה במיישבי סכסוכים, אשר אינם שופטים בדימוס, לא הייתה רבה.⁵⁷ לעורכי דין מומחים למשפט מנהלי היו הסתייגויות נוספות לכניסה להליך גישור, בנסיבות שבהן מדובר בתיק עקרוני המעלה סוגיות מעניינות בהקשר של המשפט הציבורי, המחייבות יצירת תקדים ודיון ציבורי שקוף, בעיקר כשפערי הכוחות בין המתדיינים גדולים במיוחד.⁵⁸

עם התעוררות הצורך של הגופים הללו להליכי יישוב סכסוכים (בעולם בכלל,⁵⁹ ובישראל בפרט), ולאור הידיעה על קיומו של ההליך הייחודי, שמקנה מקום מרכזי לדיון המשפטי

מיליון שקל" YNET (11.12.2016) www.yediot.co.il/articles/0,7340,L-4891527,00.html. ראו גם כבוד השופט מאיר יפרח בת"א (מחוזי ת"א) 2164-05 עיתונות ישראל מאוגדת (עיתים) בע"מ (בפירוק) נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה) (לא פורסם, 24.11.2011): "אף המגשר ראוי להשבחות על שעלה בידו לנווט את הצדדים לחוף מבטחים, חרף מורכבות ורגישות העניין, וכן ריבוי בעלי הדין".

56 החלטה בת"א (מחוזי ת"א) 2201-04 מדינת ישראל נ' קווי אשראי לישראל שירותים פיננסיים בע"מ פס' 28 לפסק דינה של השופטת חיאט (פורסם בנבו, 11.5.2016); פר"ק (מחוזי ת"א) 1218-98 קווי אשראי לישראל שירותים פיננסיים משלימים בע"מ (בפירוק) נ' מירון (לא פורסם, 12.11.2015).

57 למרות התגברות השימוש בהליכי יישוב סכסוכים בכלל וגישור בפרט, בתיקים שהמדינה או רשויות אחרות הן צד להם, עדיין קיימים חסמים המונעים, הלכה למעשה, שימוש רחב בפרוצדורות אלו. ראו "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1203 (התשע"א) (להלן: הנחיות היועץ 6.1203); זמיר, לעיל ה"ש 33, הדין בקווים המנחים לשימוש בהליכי יישוב סכסוכים כאשר המדינה צד להליך; ענת קריב, יצחק בקר ושירי מילוא-לוקר "נציבות תלונות הציבור, מבקר המדינה והגישור: גשר לעתיד" עיונים בביקורת המדינה 62, 255–258 (2011), הסוקרים את השימוש בהליכי ADR ובכללם גישור כאשר המדינה היא צד להליך, ואת השימוש בהליכי ADR על ידי נציבות תלונות הציבור – בישראל ובמשפט האמריקאי. התנהלות זו אפיינה גם גופים מנהליים ורשויות מדינה באנגליה. מחקר שנערך באנגליה בקרב 145 עורכי דין, המתמחים בייצוג עותרים בעתירות מנהליות או גופים מנהליים, הראה כי קיימים 5 טעמים מרכזיים לתפיסה לפיה תיק מנהלי אינו מתאים לגישור: מגבלת המועדים המתחייבת נוכח אופי ההליך; היות ההליך כרוך בסוגיות של מדיניות או משפט כללי בכלל, וזכויות הפרט במיוחד; כשהמדינה סבורה כי המדובר בתיק חזק ואין טעם בפשרה; עלויות הגישור הגבוהות; פערי הכוחות המובהקים בין העותר לבין הגוף המדינתי וכן כאשר הגוף המנהלי הנתבע מיצה את כל יכולות ההתגוננות שלו על פי דין. ראו, Varda Bondy, Linda Mulcahy, Margaret Doyle & Val Reid, Mediation and Judicial Review: An Empirical Research Study 38 (2009).

58 שם, בעמ' 30–36.

59 שם.

בהליך הגישור עצמו, גברה הנטייה בקרב פרקליטות המדינה להידרש להליכים אלה במקרים רבים יותר, בין השאר כדי לקבל חוות דעת נוספת מצד שלישי בלתי תלוי באשר למצבו המשפטי של הגוף המנהלי.⁶⁰ הזהירות שבה נוקטים הגופים המנהליים בכספי ציבור יצרה אצלם בבואם להתגשר בכל מקרה ומקרה, תחושת אמון רבה יותר, שלפיה ההתייחסות כלפיהם אינה כאל "כיס עמוק", אלא כזו הנסמכת על אילנות משפטיים, ראייה הוגנת של ההליך ושקלול אמיתי של הסיכון הכספי מחד גיסא, או הסיכון בקביעה שיפוטית לגבי התנהלות מנהלית לא ראויה מאידך גיסא. בהתאם, הפך פורום הגישור הסמכותי למקום ראוי ומקובל לניהול הליכי גישור של המדינה, הרשויות והגופים המנהליים, והמלצותיו לסיום המחלוקת מתקבלות בשרשרת הוועדות והגופים האחראיים לאישורן.⁶¹

בהקשר זה ייאמר כי השיטה המתוארת, המחייבת להביא לישיבת הגישור את אלה המוסמכים לקבל את ההחלטות, הוטמעה בקרב הגופים הללו, ואלה נוכחים באופן אישי בהליך עצמו, ומאשרים בכתב בסיומו כי ימליצו לגורם המאשר לאמץ את ההסדר ככתבו וכלשונו. בכך הוקל מאוד אשרור ההסדר אצל החשב הכללי, חשבי המשרדים הממשלתיים וראשי הרשויות. כך, עצם הזימון להליך הגישור, המחייב כתנאי לקיומו הבאת בר סמכא, אשר בידו לסיים את המחלוקת בדרך של המלצה וללא גבולות גזרה או הגבלה כלשהי, הוא כשלעצמו יוצר סמכות ומפתח ציפייה, המגשימה עצמה, להגעה להסדר.

סופיות הדיון אל מול גוף מנהלי מייצרת בהתאם ציפייה אצל הצד האחר, הפרטי, להגיע ולהתדיין מול גופי המדינה בהליך גישור, מגמה ששנים נתפסה כחסרת תוחלת ועקרה. גופים פרטיים למדו להבין שהמדינה, כמו גם רשויות מקומיות, אינן מתגשרות, בעיקר בשל חוסר היכולת להחליט והנוחות שיש בקבלת הכרעה שיפוטית, גם אם זו גרועה מהסדר אפשרי. הליך הגישור הסמכותי, בחייבו כאמור הבאת בר סמכא לדיון, מייצר ציפייה, המתבססת על

60 האמור בעניין זה מתבסס על הגידול במספר התיקים בהם מעורבות המדינה או רשויות ציבוריות אחרות, כמו גם עמדת המדינה כלפי סוג זה של הליך, כפי שהיא באה לכדי ביטוי בכתבים המועברים למגשר, וזאת בד בבד עם האישורים המיוחדים שניתנו על ידי החשב הכללי באוצר, לתשלום שכר טרחה גבוה בהליך זה, שאינו תואם את שיעור התשלום שהיה נהוג עד אז בהליכי גישור. ראו לדוגמה החלטתו של השופט יחזקאל קינר בעניין ת"א (מחוזי מרכז) 21014-02-11 מרכז מטענים קרני בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.9.2017), שבה מאשר השופט דחייה של מועדי ההוכחות בתיק, אשר בו מעורבת המדינה, לאור בקשת הצדדים לקיים גישור בפני המגשר, עו"ד גבריאלי: "אף בית המשפט סבור כי ראוי לנסות ולמצות הליך גישור, גם במחיר של דחיה קצרה של דיוני ההוכחות, במיוחד כאשר הגישור אמור להתקיים בפני עו"ד גבריאלי, אשר הצלחותיו מוכחות בתחום זה"; ראו הנחיות היועמ"ש 6.1203, לעיל ה"ש 57. דוגמה למקום בו רשות שלטונית, או במקרה זה ועדת תכנון, השתתפה בהליך גישור שלא צלח והסכימה, בעצת בית המשפט, להשתתף בהליך הגישור הסמכותי מהטעם שזה מסייע באופן מעשי לבית המשפט בתיקים אלה, מצויה בע"ר (שלום אש) 6/09 הוועדה המקומית לתכנון ובניה אשקלון נ' א.כ.א מילניום בניה והשקעות בע"מ (לא פורסם, 2.2.2012).

61 במהלך השנים 2012–2017 טופלו בהליך זה 132 תיקים אשר אחד הצדדים להם הייתה המדינה, רשות מקומית או גוף מנהלי או ציבורי אחר. 110 תיקים מתוכם הסתיימו בהסדר שקיבל תוקף של פסק דין, 15 תיקים מתנהלים בהסדרים דיוניים (לרבות מומחים) ו-7 תיקים שבו לבית המשפט.

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

תקדימים, לגיבושו של הסדר בישיבה אחת, ובכך בונה מחדש את האמון שיש לצד הפרטי ביכולתו של הצד המנהלי להגיע להסדר שלא תחת הכרעה שיפוטית.⁶² הגישור הסמכותי החל אפוא כפרקטיקה הערכתית במסגרת הליך בוררות, המשך כגישור בתיקים המופנים מבתי משפט שלום, קנה לו אחיזה בתיקים מורכבים מבחינה משפטית בבתי משפט מחוזיים ובבית המשפט העליון וקיבל מעמד מיוחד בתיקים ציבוריים מול גופים מנהליים. זאת, תוך קבלת תמיכה אקטיבית ורציפה מבתי המשפט בהפניה אליו, בהתאמת זמני הדיונים ובאישור ההסדר שנוצר בו תוך כדי פיתוח דיאלוג תכוף עם המגשר.

ד. הגישור הסמכותי: ממצאים ראשוניים מהשטח

בפרק זה נציע רשמים ראשוניים מתצפיות שקיימנו בהליכי הגישור הסמכותי, תוך התייחסות להיבטים הנראים כמייחדים אותו על פני תהליכים גישוריים אחרים המדווחים בספרות, או על פי היכרותנו עמם.⁶³ בתצפיות ניסינו לבחון את שאלת המחקר, אשר יסודה בשתי תופעות הרקע שהזכרנו במבוא – הרחבת השימוש בגישור בצד הצלחתו החלקית במתכונתו המוכרת ותופעת המשפט הנמוג, שבמסגרתה מתמעטים התיקים המוכרעים בבית המשפט – מה ייחודו של הליך יישוב הסכסוכים המתהווה במסגרת היחסים בין שפיטה לגישור ומה הקשר שלו לתופעת הסמכות? בתצפיות שקיימנו עלו באופן חוזר תמות אחדות, אשר מספקות תשובה

62 נציין כי קיימת הנחה שהמילה "פומביות" אינה מתיישבת עם החשאיות המאפיינת את הליך הגישור, כמו גם העברתו לספרה הפרטית. אחד ממאפייני הגישור, השזור במציאות המשפטית, הוא טשטוש הגבול בין הספרה הפומבית לפרטית. בהקשר זה ניתן להראות כי הסדרים שנכרתו אל מול רשויות ציבוריות, משמשים בסכסוכים עתידיים של אותן רשויות אמת מידה אחידה לפתרון קונפליקט שנסיבותיו דומות. כמו כן, פרסומו של ההסדר בקרב הרשויות המקומיות ונושאי משרה בהן, או אף השימוש שנעשה בו ברשות עצמה, מקנה לו מימד נרחב ופומבי, אם כי מוגבל, אצל הגופים הרלוונטיים, שיוכלו לעשות בו שימוש לצרכיהם בעתיד. קיימים מעט הסדרים סודיים, כשמתן תוקף של פסק דין להסדר והפרסום הנגזר מכך, יוצרים אף הם התבוננות של ציבור רחב לנורמות שנקבעו בו, וציפייה כי אלו יחולו לגביהם בתיקים דומים, במסגרת הליך של גישור. כך גם הסדרים, אשר להם משמעות תקדימית, מקבלים פרסום בקרב קבוצות בעלות מאפייני סכסוך דומים, כאשר הרשות עצמה מתנה, פעמים רבות, את הסכמתה לפרסום ההסכם, כמו גם מחויבותה לפעול לאורו במקרים דומים אחרים.

63 כחלק מתהליך הלימוד וההכרה של הגישור הסמכותי, שהו שתי כותבות המאמר כצופות בתוך חדר הגישור במשך ארבעה ימים, ונחשפו להליכי גישור שהתקיימו בארבעה תיקים משפטיים שונים. באחד מן התיקים הייתה המדינה מעורבת באופן ישיר, התיק השני עירב רשות מנהלית, ואילו התיקים השלישי והרביעי נסובו על סכסוך עסקי פרטי בהיקף משמעותי. שלושה מן התיקים הסתיימו בהסדר ביום שבו התקיימה התצפית. בתיק אחד, הכרוך גם בתביעות ייצוגיות רחבות היקף, הוחלט על המשך הליך הגישור תוך צירופם של צדדים נוספים מתיקים קשורים אחרים, והוא הסתיים בשלב ראשון בהסכמה לגבי הפרוצדורה להמשך ניהולו. על מנת שלא לפגוע בחיסיונו של ההליך ובפרטיותם של המשתתפים בו, לא כללנו תיאור של ההליכים עצמם, אלא התמקדנו בפעולותיו של המגשר, מבלי לדון בפרטים שונים הנוגעים למהותם של התיקים. על השימוש בכלי התצפית ראו Michael Angrosino, Doing Ethnographic and Observational Research (2007).

חלקית לשאלות אלו. שילבנו בהן כמה ממצאים משיחות וראיונות שערכנו עם המגשר, וכן ממסמכי בית משפט (פרוטוקולים והחלטות) המתייחסים להליך זה.⁶⁴

1. ההמתנה לגישור ומוניטין

חלק מרכזי בהצלחת הגישור הסמכותי עשוי להיות קשור בציפייה המתגבשת בקרב הצדדים בהמתנה אליו. זמן המתנה ממוצע לשיבת גישור הוא למעלה מעשרה חודשים, והצדדים בוחרים להמתין זמן ממושך זה על מנת לקחת חלק בהליך בעל המוניטין המיוחד. הבנייה זו של הציפייה להסכם נראית כמעניקה לו משנה חשיבות ונכונות גבוהה יותר מצד הצדדים להגיע להסכם, מאחר שבחרו להמתין במשך זמן רב על מנת להגיע למקום של שכנוע והסכמה. לכן, הגישור, הוא קיצה של המתנה ארוכה שראשיתה בבחירה בו. כאמור, בחירה זו מבוססת במידה רבה על המוניטין שיצא להליך בכמה אפיקים שונים: ראשית, בקרב הקהילייה המשפטית, ההליך זוכה להערכה רבה ושיתוף פעולה מצד עורכי דין. שנית, מצד בית המשפט עצמו – הן על ידי בית המשפט המפנה את התיק להליך הגישור, ומסכים להשהות את ההליך במשך ההמתנה לו, והן בהחלטות רבות קודמות המתייחסות להצלחתו של המגשר. כך, למשל, כותב בית המשפט באחת ההחלטות כי שמו של המגשר "יצא לתהילה כמשכין שלום";⁶⁵ ובמקום אחר כותב בית המשפט, כי דומה שהמגשר "ניחן בכוח קסמים".⁶⁶ בתצפית שקיימנו בבית משפט השלום בהקשר אחר, אומרת השופטת לצדדים:

"צריך מגשר טוב, יש פה אמוציות, זה תיק קלאסי לגישור... אולי נשלח אתכם אל הקוסם?"

באי הכוח שואלים האם הכוונה לעמוס גבריאלי, והשופטת עונה בחיוב. בהמשך היא אף אומרת: "הפכנו את גבריאלי לאל הגישורים. יש לו שיטת עבודה נכונה לטעמי".⁶⁷ נוסף על אזכורים בפסקי דין רבים, ניתן למצוא גם מספר רב של כתבות עיתונאיות אודות המגשר, המתייחסות לסגנון הגישור ולהישגיו.⁶⁸ כל אלה, כך נראה, ידועים לצדדים המגיעים

64 שיטת הבדיקה המוצעת במאמר זה נסמכת, בין היתר, על מחקרים שבוצעו בארה"ב, הבוחנים באופן פרטני את פעולתם הייחודית של מגשרים שונים, מתוך כוונה ללמוד אם המדובר בתופעה ייחודית של מגשר פרטני, או שמא בשיטה אשר לה מאפיינים מובהקים וניתנים להחלה בפרקטיקות אחרות. ראו למשל KOLB, לעיל ה"ש 20; Daniel M. Klerman & Lisa Klerman, *Inside the Caucus: An Empirical Analysis of Mediation from Within*, 12 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 686 (2015).

65 ת"א (מחוזי ת"א) 41605-03-11 קבוצת איזנברג נדל"ן בארץ ובעולם בע"מ נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ (פורסם בנבו, 9.11.2011).

66 ת"א (מחוזי ת"א) 11736-07-10 אלקטרה בניה בע"מ נ' אסותא מרכזים רפואיים בע"מ (פורסם בנבו, 25.12.2011).

67 דיון בבית משפט השלום בתל אביב מיום 17.1.2017 (התצפית נערכה במסגרת מחקר העוסק בפעולות פשרה של שופטים. ראו <http://www.jerlab.com>).

68 כך למשל יפה גליק "המגשר הלאומי" רשת העיר – הכי תל אביב 4 (17.9.2015); הדס מגן "ראש גשר" גלובס – משפט (6.2.2014) www.gglaw.co.il/userfiles/banners/ksf_group_ (19.1.2014); חן מענית "רוני מילוא ועו"ד שי רייכר ינהלו את עזבון סמי שמעון" גלובס (19.1.2014); fix.pdf

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

להליך הגישור. באחד הגישורים שבהם צפינו התייחסו הצדדים באופן מפורש לכך שקראו אודות המגשר באינטרנט לפני שהגיעו להליך, הזכירו את הכינוי שדבק בו – “הקוסם”,⁶⁹ ובהליך אחר אמר אחד הצדדים למגשר “זה נכון כל מה שאומרים עליך, אתה אדם מאד מיוחד”.

2. הסביבה הגישורית

חדר הגישור ממוקם בבניין משרדים צנוע בעיר פריפריאלית. בתחתית הבניין בית קפה ריק למחצה, שבו נפגשים הצדדים לעיתים לפני הגישור. התחושה היא של עיירה מרוחקת (בהשוואה למשרדי הכרך התל אביבי). חדר הגישור אינו גדול במיוחד, ואת חלקו הניכר ממלא שולחן אליפטי גדול, אשר קווים חדים בו מצביעים לכוון המגשר היושב בראש השולחן. התריסים מוגפים, ללא מראה של החוץ. התחושה היא של חלל אטום. לשולחן מסובין משני צדדיו הצדדים להליך הגישור. המגשר בראש השולחן, לצדו עורכי הדין, לצדם הצדדים ומאחורי המגשר ספרייה גדולה. ספר נוסף שכותרתו “How Judges Think”,⁷⁰ על שולחן צדדי מסמן את מקום התבונה והמשפט בשיח הגישורי. במהלך הגישור מוגשים שתייה וכיבוד קל. העיסוק בכיבוד, הדיבור אודותיו, הזמנת השתייה והגשתה, כולם מסייעים ביצירת אווירה ניוחה בשלבים הראשונים של התהליך. בהמשך נגלה כי בגישורים האורכים שעות רבות לא מוגשת ארוחת צהריים, והגישור יכול להימשך עד לשעות הערב המאוחרות (לאחר השעה תשע באחד הגישורים שבהם צפינו) מבלי שהתקיימה הפסקה של ממש. נראה כי להתמשכות הישיבה לאורך שעות רבות, בסביבה סגורה ומנותקת (בחדר אחד או בחדרים נפרדים), יש כדי לתרום מחד גיסא, לתחושה של ציפייה והמתנה, ומאידך גיסא להיווצרותה של אווירה מעשית

www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000910566 ; אורן פרסיקו “שימוש הוגן, פיצוי הגון” העין השביעית (1.12.2013) www.the7eye.org.il/87120 ; לי-אור אברבך “פשרה בין עובדה ונצ”מ יורם לוי בעניין תחקיר האחים פריניאן” גלובס (30.5.2011) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000650147 ; עינב שיף “נחתם הסכם גישור בין אריק איינשטיין למיכאל תפוח” וואלה תרבות (5.6.2009) e.walla.co.il/item/1497672

69 ראו למשל, עניין אלקטרה, לעיל ה”ש 66; ת”א (מחוזי ת”א) 26951-01-11 ארבל נ’ ספיירוקור בע”מ (פורסם בנבו, 18.4.2012). בהקשר זה, מתיישבת תפיסה מעין מיתית של מיישב סכסוך עם סוג מסוים של סמכות, אשר מקורה בכריזמה אישית כעולה, בין היתר, מכתבתו של הסוציולוג מקס וובר. מאמר זה מבקש להציג מבנה המסביר את “הקסם” ובכך הוא חלק מ”הסרתו” (במונחייו של ובר – disenchantment) במובן של הפיכתו למושכל יותר. ראו מקס ובר על הכאריזמה ובניית המוסדות: מבחר כתבים (1979); MAX WEBER, THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION (1947); Peter N. Thompson, *Enforcing Rights Generated in Court-Connected Mediation-Tension Between the Aspirations of a Private Facilitative Process and the Reality of Public Adversarial Justice*, 19 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 509, 514 (2004): “The mediator is free, within extremely broad limitations, to work her magic on the participants, establish the rules of the process, and then to use these rules to trash, bash, or hash out a settlement”; John W. Cooley, *Mediation Magic: Its Use and Abuse*, 29 LOY. U. CHI. L.J. 1, 7 (1997)

70 RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK (2010)

מאוד, עניינית ומוכוונת הסדר, שניתן אולי אף לתארה כדחופה מעט.⁷¹ באחד הגישורים התלוצץ המגשר ואמר: "אנחנו מציעים קפה גרוע וטמפרטורה בלתי אפשרית בחדר כדי לסיים".

בהקשר זה, מעניין לציין כי מהרגע שבו מגיעים הצדדים להסכמה, מנסחים המגשר וצוותו הסכם גישור מפורט תוך זמן קצר ביותר (כעשרים-שלושים דקות), הסכם זה מועבר לעיונם של באי הכוח, המעבירים הערות ותיקונים המוכנסים להסדר, עד לחתימתו על ידי הצדדים ובאי כוחם במקום. באחד הגישורים שבהם צפינו ראינו כיצד מרגע התגבשות ההסכמה, תוך כשעה לערך חותמים הצדדים על הסכם מפורט, לאחר שתוקן ונערך על ידי עורכי דינם ולאחר שאלה נשאו ונתנו בנוגע לניסוחים מסוימים בהסכם ואף שוחחו עם רואי החשבון ביחס להשלכות המיסוי שלו. תהליך זה הסתיים בשעה מאוחרת, לאחר ישיבת גישור שארכה שעות רבות, וההסדר הועבר לבית המשפט עוד באותו הלילה.

3. הצהרת הפתיחה

פתיחת ההליך על ידי המגשר היא רגע משמעותי במיוחד ופעמים רבות נמשך חלק זה למעלה ממחצית השעה. במהלך דברי הפתיחה ממסגר המגשר את ההליך, מתווה את הכללים לניהולו ויוצר אווירה וקשר ראשוני עם המשתתפים השונים. בגישורים שבהם צפינו, ניתן היה לזהות קווי דמיון בדברי הפתיחה, ובמיוחד במסר שדברים אלה העבירו. המגשר מגדיר את אופיו של השיח בהליך הגישור כשיח פתוח, חופשי ממגבלות וכן:

"אנחנו מדברים עם יושרה מלאה, אומרים דברים כהווייתם, אין טעם להעמיד פנים; בהליך גישור אין מקום לאי אמירת אמת... בהליך הזה אמירת אמת היא קריטית... האמת חשובה לי וגם לכם והיא תייצר את השכבה הבאה של המשפט".

מטרתו של ההליך – היא ההגעה להסדר – מוצגת בצורה ברורה:

"אותי מה שמעניין זה ההסדר, ואני מקווה שגם אתכם; אני בדרך כלל אוהב לחתוך בישיבה אחת, ללכת הביתה".

בהמשך, המגשר מתאר ומגדיר את טיבו של הליך הגישור, הן לאור מאפייניו הייחודיים, למשל, העברת יכולת ההכרעה לצדדים עצמם, אך במיוחד, תוך הנגדת אופיו של ההליך הגישורי

71 יושם אל לב כי נוכח ההיקף ההולך וגובר בארה"ב של בקשות צד לביטול חתימתו על הסדר גישור מחמת לחץ או אי-הבנת האמור בו לגביו, ומנגד בקשות לאכיפת הסדרי גישור שאינם מקוימים, הועלתה הצעה ולפיה, בהליך גישור חובה שהסתיים בהסדר, תינתן לצדדים (בדרך של חקיקה בדיני החוזים) תקופת צינון של מספר ימים מיד לאחר כריתתו (cooling off period). לאחריה, יוכלו לסגת מחתימתם לאחר ששקלו מחדש, וללא כל השפעה של צד כלשהו, לרבות המגשר, את רצונם בכך. Nancy A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2001).

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

להליך המתקיים בבית המשפט. כך, הליך הגישור מוצג כ"הפוגה בתנאי מלחמה", כמקום המאפשר שיחה פתוחה ופתרונות יצירתיים. לדוגמה:

"גישור זה לא מיצוע התביעות... גישור יכול להסתיים בכל תוצאה. זה הליך תבוני בו אנשים מדברים על הכל, מקשיבים ומגיעים לפתרון... אתם רשאים לחשוב על הכל מכל".

עם זאת, לצד הנגדת ההליך הגישורי לזה המשפטי, מבסס המגשר כבר בדברי הפתיחה את מרכזיותו של המשפט בהליך. כך, למשל:

"אתם תזהו לי מה אתם רוצים להשיג מבחינת אינטרסים בלי לחיות בחלומות ואני אנסה לשקף לכם משפטית מה המצב".

בהקשר זה, ונראה כי במיוחד נוכח מקומו של המשפט בגישור הסמכותי, מאבחן המגשר את הליך הגישור המסוים מהליכי גישור אחרים, ואלה דבריו:

"אני פתוח לגמרי, ומתמסר בקלות ברמת התבונה. אבל כשאני מתקבע על העובדות אז הגישור המקובל, הלא מתערב, זה לא הפורום. תקבלו פורום מתחשב, מושכל, שיביא להכרעה, הכרעה אחרת מההכרעה השיפוטית".

הגישור מוצג מלכתחילה כמעריך ומתערב, אך ביחס לסמכות המגשר והקשר בינה לבין הסמכות להכריע, מועבר מסר מורכב. מצד אחד, מודגש היעדר הסמכות להכריע: "אני לא יכול להחליט ואין צורך לשכנע אותי"; ובגישור אחר: "אין מה לשכנע אותי בשום דבר כי אני לא יכול להחליט שום דבר". מן הצד האחר, המגשר עצמו מתייחס להגעה להסדר במסגרת הליך הגישור כסוג של "הכרעה", ומרגע שמועלית הצעה של המגשר מודגשת מחויבותו שלו כלפיה, באופן שבו ההליך יסתיים בהסדר על פי הצעתו או שיוחזר לבית המשפט.

4. ביסוס הסמכות

במקביל להדגשת היותו לא מכריע, לאורך כל ההליך, המגשר מייצר סמכות, ומבסס את הסמכות המקצועית שלו וניסיונו העשיר. הוא עושה זאת בכמה דרכים, שהבולטות שבהן: אזכורים חוזרים של תיקים משמעותיים קודמים שבהם גישר שהסתיימו בהסדר ופורסמו, והתייחסות חוזרת לניסיונו הרב (כך, למשל, המגשר פונה לעורכי הדין בתחילת ההליך ואומר "יש לכם הרבה שעות איתי, ולמדינה מאות שעות"); התייחסות לפרסומים בדבר דמויות ידועות שונות שהסבו סביב שולחן הגישור בחדר, והתייחסות לשופטים ולעורכי דין בכירים ברמת ידיעה אישית. על כל אלה מתווספת הפגנה של שליטה מוחלטת הן בעובדות התיק והן בהיבטים המשפטיים הנוגעים לו, ובכלל זה פסיקה עדכנית ותקדימים. אלה מסייעים לביסוס הסמכות המקצועית ולמיצובו של המגשר כבר סמכא בתחום המשפט.

אזכור תיקים מן העבר, התייחסות לעבר הצבאי של המשתתפים השונים, כמו גם שימוש רב בהומור, באנקדוטות אישיות, שיחות אודות תרבות ומוסיקה קלאסית, פוליטיקה מקומית, גידול ילדים, תכניות טלוויזיה ועוד – כל אלה מסייעים ביצירת אווירה נינוחה, נעימה וחברית.

עמוס גבריאלי, נורית צימרמן ומיכל אלברשטיין

המגשר נדמה כדמות אבהית, נעימה ומיטיבה, מצחיקה ועם זאת בעל מומחיות ושליטה מוחלטת בשיח המתנהל בחדר הגישור.

5. יחסים עם בית המשפט

כפי שהמגשר עצמו אומר בפתיחה של אחד הגישורים:

”יש פינג פונג ביני ובין בית המשפט, יש הפוגה, אבל אי אפשר להתעלם מבית המשפט ומהשיח המשפטי. אתם בשלב האתנחתא, אבל זה לא יהיה דיון רך, אלא דיון נוקב.”

היחסים עם בית המשפט ממלאים מספר פונקציות בתוך חדר הגישור. ראשית, יש לזכור כי אזכור בית המשפט והיחס עם בית המשפט ממסגר את השיח בהקשרו המשפטי, כפי שתואר לעיל. שנית, אזכורו של בית המשפט מסייע בהבניית סמכותו של המגשר ככזו המתכתבת עם בית המשפט שהפנה את התיק. שלישית, באזכור ההליך המשפטי יש כדי להנכיח את קיומה של האפשרות לחזרה לבית המשפט במידה ולא יושג הסדר בהליך הגישור. לחזרה לבית המשפט והמשך ניהול הסכסוך בין כתליו יש כמובן השלכות משפטיות ביחס לתוצאה, אך יכול ותהיינה לה גם השלכות רגשיות ואחרות. כך, למשל, באחד ההליכים שבהם צפינו התייחס המגשר באופן מפורש לאמירות שונות של השופט הדן בתיק ביחס לסיכויי הזכייה של הצדדים. בהליך אחר הציע המגשר לצדדים: ”תחשבו רגע על שופט” והמשיך בתיאור הדרך שבה עמדתו של כל צד עשויה להשפיע על שופט במידה ויאלץ להכריע בתיק. בהליך נוסף תיאר המגשר בפני אישה צעירה, שהייתה צד לסכסוך, את ההשלכות של המשך ניהול ההליכים משפטיים ארוכים על חייה בשנים הבאות. החזרה לבית המשפט מוצגת גם כוויתור של הצדדים על יכולתם להשפיע על סיום הסכסוך ובחירתם בחזרה לעולם של חוסר ודאות ביחס לתוצאה:

”בעולם שבו כל אחד חי בצדק מוחלט שופט יאלץ להכריע. בספירה הלא וודאית הזו אני נותן לכם את ההזדמנות האחרונה לנהל שיח שכלתני, צנוע, שמניח שלא כל הטענות מופרכות. עורך הדין שלכם יגיד לכם שגם שופט יכול לטעות... אני רואה סיכונים וסיכויים. אני יודע להעריך, ולא יודע איך זה יסתיים בבית המשפט.”

6. שיח ערכי בדבר הדין הראוי

באחת משיחותינו עם המגשר הוא אמר כי ”ההסכמה לשתף אותי בגישור, היא ההסכמה לשתף גם את הערכים שלי”. אכן, בתיקים שבהם צפינו הצליח המגשר להוביל דיאלוג ערכי בחדר הגישור בדבר הדין הראוי במקרה הנתון מבחינת הרחבת גבולות המשפט. בניגוד לציפייה המקובלת מגישור שיעסוק באינטרסים פרטיים ויימנע משאלות של צדק וחוק, נראה שבאופן הגישור הסמכותי (ובמיוחד כאשר רשות ציבורית היא צד לסכסוך) מצויה תפיסה של משפט טוב יותר, שהוא ביטוי לדיון בעניין הערכים החברתיים שבבסיס החוק בנוסח תפיסתו של אוון

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

פיס (Owen Fiss).⁷² במקרים הנצפים, שבהם המדינה הייתה מעורבת כצד לסכסוך, נראה כי הצדדים נרתמו לתפיסה זו ולא נסוגו לדיון לעומתי העוסק בהגנה על זכויות קיימות. לכן, נדמה כי הביקורת על הפרטה או השתקה בדרך של יישוב מחלוקת על בסיס אינטרס הצדדים בלבד, של סוגיות הדורשות ליבון ציבורי, פחות מובהקת בהליך הגישור הסמכותי, שהמשפט ועקרונותיו מוטמעים בו באופן עמוק.⁷³ הדיאלוג הפיסיאני על ערכי החוק נראה כאינהרנטי לגישור הסמכותי וכחלק מהממד הציבורי שלו, לפחות בתיקים המערבים רשויות ציבוריות. בתיק בו צפינו, שעירב שני צדדים פרטיים, השיח הערכי בא לידי ביטוי בשימוש בביטויים כגון "לא הוגן לומר" או "לא נכון" שהתוצאה תהיה כזו או אחרת.

7. דיבור בשבח ההסדר

בחדר הגישור מוצג שחרור הצדדים מעול הסכסוך כמרפא מרכזי למכאובם של הצדדים. כך, למשל, באחד הגישורים הנצפים אמר המגשר לצדדים כי לאחר שיגיעו להסכמה "ינשמו אוויר אחר ביציאה מהחדר". גם בשיחות עמו מתבטא המגשר במונחים כמו "להוריד את הנטל מעליהם", "לגאול אותם מהסכסוך". בחדר הגישור מוצג סיום הסכסוך כיעד בעל הערך הגבוה ביותר, שבמידה רבה גובר על ערכים נוספים המתקיימים בדרך כלל בגישור, כמו הכרעה עצמית, או טרנספורמציה במקרים מפותחים יותר: "כל סכסוך שמוציאים ממנו משהו חיובי – זו משימה קדושה, זה משהו מרגש". בניגוד למודלים של גישור כמו זה הטרנספורמטיבי, או אפילו זה הפרגמטי, המציגים שיפור הכישורים של יישוב סכסוכים, הבנת עומק של הסכסוך או טרנספורמציה, כתוצרים חשובים לא פחות מהתוצאה של סיומו,⁷⁴ המודל הסמכותי מציין את ההסדר באופן בינארי, שאינו מקובל בתחום הגישור, כסמן ההצלחה האולטימטיבי. להסדר מוקנה ערך מוחלט. בהיעדרו, ללא סיכויי הסכמה, ייחשב המפגש הארוך לכישלון. עם זאת, הדיבור בשבח ההסכמה מופיע לעתים לצד אזכור העלויות והוויתורים שבהם תהיה כרוכה ההסכמה, וזאת לצד אזכור העלויות והסיכונים שיהיו להמשך ניהול התיק באפיק המשפטי. כך אומר המגשר באחד המקרים:

"אני חושב שאתם צריכים לעצור את הדימום הזה היום. וזה ייקח מחיר! (דופק על השולחן) מחיר! כספי גדול! ... אני לא אציע לכם דבר שהוא גרוע יותר מהתוצאה המשפטית הגרועה ביותר... צריך למצוא משהו מידתי ונכון, ותהיו צנועים... אני לא מרגיש צורך לא פה ולא פה. אם אתם רעבים – אני מאחל לכם בהצלחה בבית המשפט... פוטנציאל הסיכון שלכם בתיק הזה בחשיפת הדברים הלא רלבנטיים הוא גדול יותר מהסיכוי בדברים הרלבנטיים. אל תשחקו בתיק הזה."

Owen M. Fiss, *The Supreme Court 1978 Term Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979); Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982).

73 לדיון מעמיק בביקורת הנובעת מכך ראו להלן פרק 1.

74 ראו אלברשטיין תורת הגישור, לעיל ה"ש 8.

בתיק אחר, במהלך ישיבה נפרדת עם הצד התובע, ולאחר שהועלתה הצעת מגשר ונראה היה כי התובעים מתקשים לקבלה, אמר המגשר: "אתה רוצה להעניש אותם [את הנתבעים]? אני לא יודע לעשות את זה. אני יודע לעשות את מה שטוב לך ולא מה שרע לאחר". המגשר המשיך ופירט בפני התובעים את העלויות הרבות (כלכליות ואחרות) הכרוכות בהמשך ניהול ההליך ושכנע אותם כי נוכח עלויות כאלה, והסיכון הכרוך בהליך, עדיף לקבל את ההצעה, גם אם היא נמוכה באופן משמעותי ממה שקיוו לקבל בהליך משפטי מלא.

8. הצעת מגשר

בניגוד למודלים שונים של גישור, שלפיהם מנוע המגשר מלבצע הערכה או להציע הצעה לסיום הסכסוך,⁷⁵ במרכז הגישור הסמכותי מתקיימת חתירה להסכמה המתבססת על הצעת המגשר בדבר התוצאה הראויה בסכסוך הקיים. המגשר אינו ממהר לזרוק לחלל הגישור את הפתרון שהוא רואה כנכון, אך מרגע שנאמר מספר או פתרון מסוים המייצר עוגן פסיכולוגי, מסרב המגשר לנוע ממנו ימינה או שמאלה והוא אף יוצר, באופן מילולי, מחויבות (commitment) שלא לשנות את הצעתו.⁷⁶ זוהי מחויבות מסוג הצהרה פומבית.⁷⁷ טקטיקה זו מובילה אותנו למקם את המגשר הסמכותי כמצוי במשא ומתן תחרותי מול הצדדים בגישור. הם נושאים ונותנים על השאלה אם להסכים או להמשיך בסכסוך בבית המשפט או מחוצה לו, והצלחת המגשר מתבטאת בחתימתם על ההסדר.

9. פגישות נפרדות

מרבית הגישורים מתקיימים לדברי המגשר בחדר אחד, וללא פגישות נפרדות כמקובל בגישורים. בכך יש דמיון לגישה הטרנספורמטיבית, אשר במסגרתה תהליך הטרנספורמציה קורה בתוך החדר, ביחסים בין הצדדים, והנטייה היא לא לקיים פגישות נפרדות. עם זאת, במקרי הצורך, ולנוכח ההתמקדות בתוצאת ההסדר, שלא כמו במודל הטרנספורמטיבי, כאשר מתקיימות במסגרת הגישור הסמכותי פגישות נפרדות, הן מיועדות להוביל את הצדדים לאותה תוצאה הנתפסת על ידי המגשר כמשקפת את האיזון המשפטי הנכון והאפשרי. במהלך הפגישות הנפרדות מתקיימות שיחות פרטיות עם הצדדים (לרוב בנוכחות עורכי דינם, אך לעתים באופן אינטימי עם הצדדים וללא עורכי הדין), שיחות שבהן מקיים המגשר עם הצדדים דיאלוג משני סוגים. ראשית, שיח רגשי ופתוח המאפשר לצד לחשוף את רצונותיו ותחושותיו,

75 ראו בן-ארצי, לעיל ה"ש 8.

76 מחויבות על פי Schelling היא טקטיקה של משא ומתן תחרותי המגבילה את כוח הבחירה של אחד הצדדים. ראו THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT (1980). יצירת מחויבות היא הצהרה על פעולה מתוכננת אשר מצמצמת את מרחב הפעולה של הצד המתחייב ובתוך כך מגבילה את האופציות של הצד השני. מחויבויות צריכות להיות אמינות, משום שאחרת לא תהינה יותר בעלות השפעה לגבי אותו אדם. יש להן שלוש תכונות מרכזיות: דרגה גבוהה של סופיות, דרגה גבוהה של ספציפיות, הצהרה ברורה של תוצאות. ראו BRUCE BARRY, ROY J. LEWICKI & DAVID M. SAUNDERS, NEGOTIATION (2010).

77 שם.

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

במנותק מהשיקוף המשפטי ובוחרן המציאות בתיק, ובאופן אשר יוצר קירבה בין המגשר לבין אותו צד. שנית, השיח בחדרים הנפרדים מאפשר למגשר לחשוף בחדות, ולעיתים אף בבוטות, נקודות חולשה פרוצדורליות, ראייתיות ומהותיות בטיעון המשפטי של אותו צד, באופן אשר מחדד תובנות על הקשיים בניהול התיק בבית המשפט ומאפשר לצדדים להיפרד מאספירציות והטיות קוגניטיביות, אשר ליוו אותם מראשית ההליך וייתכן שאף לפניו.

10. עורכי הדין והצדדים

במהלך הגישורים ניכרת הבחנה בין השיח שאותו מקיים המגשר מול עורכי הדין לבין השיח המתקיים בינו לבין הצדדים. ככלל, הגישור הסמכותי מתנהל במידה רבה מול עורכי הדין. עורכי הדין הם היושבים לצד המגשר, ופעמים מדובר בצוות משפטי גדול. עורכי הדין מגיעים ערוכים לדיון משפטי, על השולחן לפנייהם מונחים קלסרים ובהם החומר המשפטי ולעיתים הם אף נדרשים לעיין בו כדי להשיב לשאלות המגשר. השיח המשפטי – הכולל התייחסות לשאלות המשפטיות העולות במקרה, מצב הפסיקה, סיכויי התיק מהבחנה המשפטית וחולשת הטענות המשפטיות – מתנהל רובו ככולו מול עורכי הדין. הצדדים עצמם הם, כמובן, צופים חשובים בשיחה זאת, וכשנשאלות שאלות או כשהדבר נראה נחוץ מבחינת המגשר, הוא עוצר ומסביר לצדדים נקודות מרכזיות בכל הנוגע למצב המשפטי. לצד השיח מול עורכי הדין מתנהל השיח האישי עם הצדדים. כאן נותן המגשר לצדדים עצמם את הבמה לתאר את הדברים כפי שהם רואים וחווים אותם, לדבר על רצונותיהם ורגשותיהם. מעניין לציין כי בחדר הגישור הסמכותי ראינו מספר מקרים שבהם עורכי הדין המייצגים הם אלה שביקשו מלקוחותיהם לחדול מלדבר, לא לשאול שאלות ולא להפריע. ההבחנה בין עורכי הדין לצדדים אינה רלבנטית רק לסוגי השיח השונים הקיימים בחדר אלא, לעיתים, משמשת כמנוף לקידום ההגעה להסדר. המגשר מתייחס לעורכי הדין ולשיקול הדעת המקצועי שלהם כגורם המקדם את ההסכמה: "אני בונה גם על המידתיות של עורכי הדין שמבינים את הסיכון המשפטי". או, במקום אחר:

"עורכי הדין והמגשר רוצים להביא את הצדדים לכדי הסכמה. התיק לא טוב לצדדים כי אי אפשר לדעת מה יקרה בבית המשפט".

באופן אחר, סמוי ומורכב יותר, יכול המגשר הסמכותי ללמד את הצדדים כי מה שהובטח להם על ידי עורכי דינם אינו בהכרח בר השגה. זאת הוא עושה באמצעות שיקוף המצב המשפטי לצדדים, ובהדגשת העובדה כי הכתוב בכתבי הטענות הוא מבחינתו בגדר "אספרציות" או "מאווני נפש" בלבד. כך, למשל, שואל המגשר את באי הכוח, כמה תיקים הם מכירים שבהם התוצאה השיפוטית תאמה את הסעד המבוקש בכתבי הטענות, אם בכלל.

11. רגשות ומערכות יחסים

המגשר הסמכותי מייצר מערכות יחסים עם הצדדים לסכסוך ונראה כי הוא מקבל הכרה, הערכה ויחס חברי מעורכי הדין המשתתפים בהליך, לרבות הבכירים. עם עורכי הדין מתקיימים בעיקר יחסי אמון, ובמידת הצורך הפחתת התנגדויות דרך הומור והנמכת ה"אני". למשל,

בתשובה לעורך דין שאומר לו "מה שאמרת נאמר כבר בבית משפט" עונה הוא: "ידעתי את זה. צריך להרוויח את לחמי". רגשות של הצדדים בחדר הגישור אינם נראים כמאיימים עליו והוא מסוגל להכיל גם רגש קשה. כך, למשל, דיבור של צד על תחושת הפגיעה שלו זוכה לתגובות אמפתיות ולהצפה בחדר לתגובת הצד השני. כאשר צד אומר במרירות: "יש לך הנחה מוטעית שלמדינה אכפת מאתנו" עונה המגשר: "אני רומנטיקן חסר תקנה". כשהוא פונה לצד אחר, המתאר את המקרה נשוא הסכסוך, הוא שואל: "תסתכל לי בעיניים – התייאשת?... עם יד על הלב". הוא עשוי להשתמש במונחים רגשיים להמחיש את הפיצוי: "צריך משהו שיצדיק את הכאב".

התנצלות בחדר הגישור היא טבעית ומקבלת הכרה. מצאנו כי אף נציגי המדינה מביעים רגשות של צער על פגיעה שהייתה באחריותם, וביטויים כמו "המקרה מדיר שינה מעיני", "קורע את הלב" מגיעים בחדר הגישור מנציגים של גופים גדולים (מדינה, חברות וכד'), אשר לא היו צד פעיל בסכסוך המקורי. כך מצאנו נציגי של המדינה אומר: "אנחנו פישלנו בגדול. מצטערים על זה" ובצד זה מסרב לתת פיצויים מנימוקים משפטיים ענייניים. המדינה, בהקשר זה, יכולה להשתמש במושג כמו "לקבל אחריות", שהוא נטול משמעות משפטית, להקשיב בסבלנות לתחושות כאב, כשאף נציגי מוסד עסקי מרגישים ביטחון לחלוק את כאבם ולדבר במונחים רגשיים על הפגיעה שנגרמה להם. כך, למשל, כותב למגשר באופן אישי צד שקיבל בגישור פחות מהסכום שלו ציפה:

"נקודת הסיום (הכלכלית) פחות חשובה. זו ההשראה שקיבלתי ממך ומדרך עבודתך שאני לוקח איתי הלאה, והיא בשבילי אוצר בלום".

12. מישורים מקבילים

נדמה כי הגישור הסמכותי מתנהל בשני מישורים מקבילים, שלכל אחד מהם עמדה שונה ביחס להליך המשפטי. כפי שאמר המגשר באחת הפגישות: "יש כאן דיאלקטיקה בין חמלה והכרה שיפוטית". במישור האחד, מנהל המגשר שיח משפטי נוקב, המבוסס על שליטה מלאה בפרטי התיק השונים, וידיעה עמוקה של המצב המשפטי הרלבנטי (סוגיות משפטיות, תקדימים והיעדרם, צפי לפסיקות עתידיות של בית המשפט העליון בסוגיות שאין בהן תקדים בהתאם להרכבו הפרסונאלי של ההרכב ועוד). דיון זה מתנהל בעיקרו מול עורכי הדין המייצגים (כאמור, הגישור הסמכותי לעולם יתנהל עם צדדים מיוצגים). אולם, הצדדים עצמם הם צופים חשובים והמגשר מוודא בנקודות קריטיות כי הם אכן מבינים את המצב המשפטי לאשורו, וכפי שקורא אותו המגשר עצמו. השיח המשפטי, או יותר נכון, הניתוח המשפטי של המגשר, בשילוב עם תפיסתו הערכית, הם בעלי השפעה הרבה ביותר, לדעתנו, על תוצאת ההליך, דהיינו על תכנון של ההסדר.

במקביל לדיון המשפטי, מתקיים בחדר הגישור גם שיח אחר ומובחן. שיח זה מתנהל בעיקרו בין המגשר לבין הצדדים עצמם והוא, מעיקרו, שיח פתוח, כן ורגשי. המגשר מביע עניין אמיתי בצדדים ומעודד אותם לדבר בעצמם על עצמם, על המקרה, על רצונותיהם ותחושותיהם. באחד המקרים, פנה המגשר בתחילת ההליך אל התובעת וביקש ממנה "תני את הסיפור, בשפה של בני אדם, המשפט לא מעניין כרגע". שיח זה, כמו גם השיח המשפטי,

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

מתנהל באורך רוח ובנחת. לכל הנוכחים ניתנת הזדמנות להתבטא ולהביע את עמדתם. במישור זה נדונה גם המשמעות הרגשית והאישית (ולא רק הכלכלית) של המשך ניהול ההליכים בבית המשפט, ומודגשים יתרונותיה של ההסכמה, והערך הרב הגלום בסיום ניהול הסכסוך. השיח המתנהל במישור זה הוא אשר יביא בסופו של דבר את הצדדים לבחור בהסדר שתוכנו, כאמור, עוצב בהשפעת השיח המשפטי. שיח זה, המפעיל סמכות הכרוכה בקבלת העיקרון של הסכמה כהליך מועדף, המובנית עוד משלב ההמתנה, הוא גרסה חדשה של שימוש בסמכות המאפיינת גישור מיוחד זה.

ה. מושג הסמכות בגישור המתהווה: מאוטונומיה ליחסים

השימוש במסגרת הליך הגישור בטקטיקות המשלבות כוח או השפעה,⁷⁸ להבדיל מהכוונה שמקורה בסמכות,⁷⁹ יוצר מתח בין סמכות להסכמה ולפיכך אינו מתיישב עם אופיו והגדרתו המקובלת של הליך הגישור,⁸⁰ כמו גם עם בחירתם המושכלת של המשתתפים בו. בשימוש בסמכות יש אף כדי לפגוע, לכאורה, בציפיות של הצדדים ולשלול את מהותו הנחוצת של הליך המבוסס על הסכמה ובחירה אוטונומית, תוך איון יכולתו של צד שלישי להתערב יתר על המידה בתהליך, ולא כל שכן להכריע בו.⁸¹

אחד העקרונות הבסיסיים של הליך הגישור המודרני, עוד מלידתו, היה שאיפה לחיזוק האוטונומיה של הצדדים, אם כי כבר באחד המאמרים המכוננים בתחום זה הוגדרה אוטונומיה זו כ־Relational Autonomy, אוטונומיה הקשורה במערכת היחסים המתפתחת בין הצדדים.⁸² מושג זה כשלעצמו, הכולל היבטים פרדוקסליים,⁸³ השפיע על התפתחות הגישור ונטען כי

78 שפירא, לעיל ה"ש 20, בעמ' 393–408. עם זאת יצוין שהאסמכתאות המגבות תיאוריה זו לקוחות בעיקר ממחקרים וכתיבה מתחום מדעי ההתנהגות ופסיכולוגיה התנהלותית.

79 אנו ערים לכתיבה הבוחנת ומאפיינת סממני סמכות והפעלתה בהליכי גישור, אך זו מתייחסת, רובה ככולה, לסמכות הסמויה מן העין, אשר אינה מהווה רכיב מובהק, מרכזי ומוסכם מלכתחילה, השזור בהליך, ואף אינה נתפסת ככזו על ידי המגשר, הצדדים ומיצגיהם. בהקשר זה ראו לדוגמה שפירא, לעיל ה"ש 20.

80 תפקידו נטול סמכות הכרעה של המגשר ויסוד ההסכמה האוטונומית של הצדדים להליך, הם מנדבכי היסוד בראיה המקובלת של הליך הגישור, שבו "נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו". ראו ס' 79ג(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984 וכן תק' 1 לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993, שלפיה תפקיד המגשר לסייע בידי הצדדים להגיע להסדר אגב ניהול משא ומתן חופשי "ומבלי שיש בידו סמכות להכריע בו".

81 לתיאור מקיף של דרישת האוטונומיה בגישור והתנאים לגיבושה ראו Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 NOTRE DAME L. REV. 775 (1998).

82 שם.

83 Michal Alberstein, *Mediating Paradoxically: Complementing the Paradox of Relational Autonomy with the Paradox of Rights in Thinking Mediation*, in PARADOXES AND INCONSISTENCIES IN THE LAW 225 (Oren Perez & Gunther Teubner eds., 2005).

קיבל משמעות שונה בגישור הסמכותי בו צפינו. עיון בספרות המחקרית העוסקת בהגדרת הליך הגישור הקלאסי, אפיונו והתפתחותו, מלמד שהשימוש הגלוי או הסמוי בטקטיקות לחץ והשפעה זוכה לביקורת קשה עד כדי אמירות בדבר שלילת אופיו של ההליך כגישור, כשהשימוש במונח סמכות, אינו תדיר בספרות הגישור. על פניו, פרוצדורה שבמהותה נתפסת ככזו שבה הצדדים מחליטים בחופשיות, באופן אוטונומי, חופשי מהשפעה ולחץ ונטול התערבות אקטיבית בדבר תוצאותיה, אינה מניחה קיומה של סמכות של צד שלישי, ניטרלי ונטול פניות.⁸⁴

בהתאם, הגדרת הליך הגישור בחקיקה ראשית ומשנית שוללת במפורש את יכולתו של הצד השלישי להכריע במחלוקות ובעניינים המובאים בפניו. הגדרת המגשר מאופיינת במידה רבה

84 ראו למשל את הסמכות הנובעת מתפיסת המגשר כזרועו ושלוחו של בית המשפט: Richard C. Reuben, *Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice*, 47 UCLA L. REV. 949 (2000), שבו הבחין הכותב בין הליך גישור שאליו הופנו הצדדים על ידי בית המשפט, לבין הליך גישור שאליו פנו הצדדים מיוזמתם הפרטית. לגישורו, רק מגשר בהליך שאליו הופנו הצדדים על ידי בית המשפט יכול להיחשב כמבצע תפקיד ציבורי וכנציג המדינה. ראו גם Wayne D. Brazil, *Continuing the Conversation About the Current Status and the Future of ADR: A View From the Courts*, 1 J. DISP. RESOL. 24 (2000); Wayne D. Brazil, *Hosting Mediations as a Representative of the System of Civil Justice*, 22 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 227 (2006). כמו כן, ראו אוכורי חקיקה בארה"ב Scott H. Hughes, *Mediator Immunity: The Misguided and Inequitable Shifting of Risk*, 83 OR. L. REV. 107, 149 (2004). כך גם האפשרות לקבל תוקף של פסק דין להסדר גישור, אף בטרם הוגשה תביעה לבית המשפט, שזורת את ההליך במעין תפיסה ציבורית: ס' 79ג(ח) לחוק בתי המשפט. ראו גם ביקורת בבש"א 829/03 זימן נ' בית יצחק שער חפר (פורסם בנבו, 27.2.2003), שבו נקבע כי הסעיף חל רק אם ההסדר הושג במסגרת גישור. כן ראו עמדת המשפט בארה"ב: Ellen E. Deason, *Procedural Rules for a Complementary System of Litigation and Mediation – Worldwide*, 80 NOTRE DAME L. REV. 553 (2005). כך גם חובת הניטרליות של המגשר מזהה אותו כמעין נושא משרה שיפוטית. ראו ת"א (שלום ת"א) 22971/04 רוזן נ' אליעז בנימינה 18-18 בע"מ (פורסם בנבו, 21.5.2006), ובו התייחסות לרונית זמיר "החיסיון בין מגשר לבין הצדדים לגישור" ספר אורי קיטאי 45 (בוועד סנג'רו עורך, 2007). בהמשך, המשמעות הניתנת לחתימת הקיום של המגשר בהודעה לבית המשפט: בתי המשפט מקפידים שלא ליתן להסדר גישור תוקף של פסק דין בהיעדר חתימת קיום של המגשר (התייחסות למגשר כאל נציג בית המשפט) או בהיעדרה של הודעה מטעם המגשר לבית המשפט, כי הושג הסדר גישור. ראו תקנה 9(א) לתקנות בתי המשפט (גישור): "בעלי הדין יחתמו על הסדר גישור והמגשר יקיימו בחתימתו"; ע"ב (אזורי ת"א) 6063/04 שונרא תוכנה בע"מ נ' טרוטינו (פורסם בנבו, 18.5.2006); תק' 9(ג) לתקנות בתי המשפט (גישור): "נחתם הסדר גישור, יודיע על כך המגשר לביהמ"ש בהקדם האפשרי [...]"; ת"א (שלום י-ם) 22122/98 אלסטר נ' דניה סיבוס אחזקות 1965 בע"מ (פורסם בנבו, 18.5.1999): "המפשר הוא הגורם המקצועי-הניטרלי המוסמך, שצריך להביא את בשורת הסדר הפישור לבית המשפט". כמו כן ראו Nancy A. Welsh, *Disputants' Decision Control in Court-Connected Mediation: A Hollow Promise without Procedural Justice*, 1 J. DISP. RESOL. 179 (2002); ולבסוף העובדה שהגישור ממומן על ידי המדינה או לחלופין האפשרות להשיב אגרות לצדדים שסיימו את המחלוקת בדרך של גישור. ראו Leonard Wayne Scott, *The Law of Mediation in Texas*, 37 ST. MARY'S L.J. 325 (2006).

כמשקיף מקצועי, אשר לו מנעד מוגבל ותחום היטב של יכולת התערבות.⁸⁵ ככל שתפקיד הצדדים בהשגת הסדר הגישור אקטיבי יותר, כך מודגש מעמדו של המגשר כדמות בלתי תלויה, אובייקטיבית ומשקיפה על התהליך עצמו.⁸⁶ תפקידו של המגשר הוא קידום תהליך והפעלתו בכלים תחומיים היטב, תוך חיזוק כוח הבחירה של הצדדים ויכולתם לפתור את הסכסוך בעצמם.⁸⁷ במסגרת זו, גם חיווי דעה של מגשר על התוצאה המשפטית הצפויה בתיק או מתן הצעה קונקרטיה להסדר, נחשבים כבעייתיים,⁸⁸ ולפי דעות מסוימות פוסלים את ההליך מלהיקרא גישור. פרופ' מירוני מכנה הליך צר ומעריך המוביל להסכמה בשם פישור.⁸⁹ רוב הכותבים מסכימים כי יש לייחד את הכינוי גישור להליך המתאפיין באופי מאפשר ורחב, והשימוש בסמכות לא מקובל אף במודל המעריך של הפישור.

בניגוד להשקפה המקובלת בעולם הגישור המייחדת הליך זה כנעדר סמכות, רך ופתוח, בחרנו להציג ולשקף במאמר זה מודל חדש של גישור הקרוב יותר לעולם המשפט, המתאפיין בשימוש משמעותי בסמכות. מודל זה הוא תוצר משקף של אותו תהליך שהצגנו בראשית המאמר של מיעוט הגישורים בצד המשפט הנמוג.⁹⁰ המגשר הסמכותי מבצע פעולות בהן עוסקים בימים אלה שופטים בניסיונם להוביל להסדר,⁹¹ אך הוא מקיים אותן ללא סמכות הכרעה ועם זאת תוך שימוש בסמכות שהיא מסוג אחר, כפי שטענו. מאחר שחלק מהאיכויות הבאות לידי ביטוי בחדר הן מעולם הגישור, ומאחר שחלופה זו של הגישור הסמכותי נראית

85 יש לציין כי המונח גישור מתייחס לסוגים רבים ושונים בתכלית של הליכי יישוב סכסוכים, אשר ההתנהלות בהם נגזרת פעמים רבות מאישיותו של המגשר ומפרוצדורות אד-הוק, אשר נקבעות הן על ידי הצדדים והן על ידי מיישב הסכסוך, בהתאם לאופיו ולזהות המתדיינים. סקירה נרחבת על שיטות הגישור השונות, אשר המאפיין המרכזי השזור בהן הוא מעמדם האוטונומי של הצדדים ואי יכולתו של מיישב הסכסוך להכריע, מופיעה במאמרם של Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, 3 HARV. NEGO. L. REV. 71 (1998).

86 JAY FOLBERG & ALISON TAYLOR, *MEDIATION: A COMPREHENSIVE GUIDE TO RESOLVING CONFLICTS WITHOUT LITIGATION* (1984).

87 תורת הגישור, לעיל ה"ש 8, בעמ' 62-63; Fuller, לעיל ה"ש 8, בעמ' 325: "[...] The central quality of mediation namely, [is] its capacity to reorient the parties toward each other, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of their relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another."

88 ראו תק' 5(1) לתקנות בתי המשפט (גישור): "המגשר לא ייעץ לבעלי הדין בעניין מקצועי שאינו בתחום התמחותו ולא ייתן חוות דעת מקצועית על שאלה שבמומחיות שהתעוררה במהלך הגישור, אף אם היא בתחום התמחותו". לפרשנות האיסור על מגשר להעניק חוות דעת ראו בן-ארצי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 225-256.

89 מירוני, לעיל ה"ש 24. יוער כי קיים עירוב מושגים, כשפעמים מוגדר ההליך במילה מובילה כ"גישור" (Mediation). על ההבחנה בין גישור לפישור ראו אורנה דויטש פישור הענק המתעורר 9, 30 (1998). על בעיית ההגדרה של המושגים וקביעת הפרמטרים המאפיינים כל הליך 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. 1 (1999) כן ראו Kovach & Lela, לעיל ה"ש 85.

90 ראו לעיל פרק המבוא.

91 ראו בהקשר זה אתר פרויקט המחקר של אוניברסיטת בר-אילן בנושא יישוב סכסוכים שיפוטי: <http://www.jclab.com>, JCR COLLABORATORY

ריאלית יותר במסגרת תרבות ההסדר המורכבת של המאה ה-21, בחרנו להותיר את ההגדרה "גישור" להליך זה על פני כינויו "פישור" או "תיווך".⁹² על מנת להבחין בין סמכות לגיטימית בגישור מזו שאינה לגיטימית, ועל מנת לבדל אותה ממושג ההשפעה (אשר עשוי להסביר שינוי עמדות אצל צדדים, אך לא את קבלת הסמכות הגישורית על ידיהם), אנו מציעים לראות את הסמכות הגישורית במודל החדש כקשורה בשני ביטויים חדשים של סמכות:

ראשית, הכפפת הצדדים להגעה להסדר. זו מתגבשת בעיקר באשר להסכמה כשלעצמה ולא לתכניה, כשההליך עצמו עוסק בפועל ביצירת "תודעה הסכמית". הצדדים בגישור הסמכותי מקבלים את טעמיו של המגשר בעניין ערך ההסכמה, ומחליפים את שיקול דעתם בזה שלו בעניין חיפוש הפתרון המוסכם. בניגוד לבורר, אשר סמכותו עבור הצדדים מתבטאת בהחלפת הטעמים המקוריים להכרעה בקביעתו הסמכותית לנוכח מומחיותו,⁹³ המגשר הסמכותי רותם את הצדדים למאמץ להגיע להסכמה כתכלית מרכזית בהליך, ובעניין זה הם מוסרים בידי את שיקול דעתם שלא להסכים, ממשיכים בתהליך, ומתמקדים בעיצוב תכני ההסכמה. במהלך גישור סמכותי מסוג זה גם העלאת הצעת המגשר לא תפגע באוטונומיה של הצדדים, מאחר שבחירתם הראשונית להסכים, מכשירה את השלב המאוחר של היענות להצעה ממי שהם תופסים כמומחה משפטי מסוג מיוחד. כפי שראינו במהלך התצפיות, המגשר הוא צד המעוניין בהגעה להסדר, פועל נמרצות להשגתו ויוצר מחויבות (commitment) לתוצאה מסוימת. הוא מדבר בשבח ההסכמה ובונה חווה התנהגותי עם הצדדים, שבו הם מכפיפים עצמם לרצונו ולמעשה "מסכימים להסכים".

שנית, קיומה של סמכות של יחסים Relational Authority. סמכות זו קשורה ביחסי כפיפות בין בעל הסמכות ל"מציית" לה, שהם פורמליים פחות, אינם מוסדרים על פי כללים ואף מתפתחים במהלך האינטראקציה בין הצדדים. סמכות זו מתקיימת בשני מובנים בחדר הגישור הסמכותי. הראשון – קשור במערכת היחסים שבין הצדדים לבין המגשר ואילו השני – אינו קשור לצדדים, אלא לעולם הנורמות המשפטיות מול עקרונות יישוב הסכסוכים.

1. מערכת היחסים הנוצרת בין המגשר לצדדים

בגישור הקלאסי, המגשר משמר את הניטרליות באי-התערבותו בתהליך שבין הצדדים, וזאת במופגן וכחלק מובנה מפרוצדורת ההליך, ומנסה לעודד את הצדדים למצוא פתרונות בעצמם ואף להתמיר את מערכות היחסים שלהם. בשונה מכך, המגשר הסמכותי מתמקד ביצירת

92 נדמה כי על אף שמאפייני הגישור הסמכותי נופלים בגדר ההגדרות המוצעות על ידי מירוני לפישור, יש בהליך הסמכותי רכיבים אחרים מהותיים, העונים על הגדרת הגישור, גם לשיטתו של מירוני עצמו. כך, למשל, הגישור הסמכותי עושה שימוש בכלים גישוריים קלאסיים, כדוגמת השיח המשלב רכות והתייחסות לאינטרסים, כשהתוצאה הנגזרת מהסכמת הצדדים משפיעה עליהם לעיתים קרובות לפרק זמן ארוך טווח ואף משלבת פתרונות של שיתוף פעולה עתידי ושיקום היחסים. ראו לעניין זה מירוני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 499–500; Carrie Menkel-Meadow, *Remembrance of things Past? The relationship of past to future in Pursuing Justice in Mediation*, 5 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 97, 101–111 (2004).

93 JOSEPH RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* (1979)

מערכות יחסים עם הצדדים, ולא ביניהם, והוא מעורב בתהליך וחותר להסכם באופן ההופך אותו לצד מעוניין. הסביבה הגישורית, בשונה מזו הקיימת באולם בית המשפט,⁹⁴ מאפשרת למגשר ליצור ולקיים אינטראקציות קרובות עם הצדדים לגישור ועם באי כוחם. המגשר הסמכותי מייצר אמון דרך מקצועיותו וקשריו האישיים עם עורכי הדין והצדדים: הצדדים בחרו במגשר זה והם המתווכים לפגשו זמן רב; לפני הגישור הוא נפגש עמם ועם עורכי דינם להיכרות ראשונה בבית הקפה שמתחת למשרדו ויצר אמון ראשוני כלפיהם; הוא משרד לצדדים הכלה ונתפס כדמות מיטיבה שתגאל אותם מהסכסוך; הוא מפעיל כוחות שכנוע המשלבים ידע משפטי עם מיומנויות בינאישיות. הסמכות הנוצרת במסגרת פעולות אלה היא תוצר מורכב של השפעות רכות במערכות היחסים המשתלבות של הסכסוך המשפטי. ניתן אף לומר, כי בשל פעולת ההערכה האקטיבית שבו ובשל ניתובו של ההליך למספר אפשרויות סדורות המונחות לפתחיהם של הצדדים, נוצר בגישור מופע ייחודי של ניטרליות, שניתן להגדירה כמשוא פנים שווה.⁹⁵ כך, הניטרליות של המגשר לא נוצרת באמצעות ריחוק (רגשי או אחר), אלא להיפך, תוך יצירת קירבה, הפגנת עניין בצדדים ואף הבעת עמדה ורגש, כשאלה מופנים כלפי שני הצדדים. היחס המיוחד עם הצדדים עוזר להם להיענות להצעת הגישור ולקבל אותה, בין היתר בזכות הקשר האישי שנוצר עם המגשר.

2. היחסים בין גישור ומשפט

בהקשר זה, מצאנו כי היחסים המתהווים בין השפיטה והגישור במסגרת הפרקטיקה החדשה הם מורכבים ועשירים יותר מאלה שאפיינו את הגישור בראשית הדרך: הכללים המשפטיים רלוונטיים בחדר הגישור, כפי שהוכיחו התצפיות. הם נמצאים בדיאלקטיקה עם האפשרויות להגיע להסכם. המשפט בו עוסקים בחדר הגישור הוא לעתים שיח פסיאני של ערכים, אך עשוי אף להיות חיזוי של תוצאה משפטית ברורה ופורמליסטית. בכל מקרה, קיומו של שיח משפטי זה אינו כמערכת סמכותית כופה, אלא כמתן אמצעי שכנוע לצדדים. בספרות של משפט בינלאומי מכונה סמכות זו לעתים *persuasive authority*,⁹⁶ ואנו סבורים, כי בהתכתבות עם מושג האוטונומיה של יחסים (*relational autonomy*) המאפיין את הגישור הקלאסי, יש לכנותו *relational authority* – סמכות מבוססת יחסים. סמכות זו באה לידי ביטוי כאמור לצד הנורמות המשפטיות בחדר הגישור. כמו כן, היא באה לידי ביטוי ביחסים הנוצרים בין בית המשפט למגשר, ביחס לצדדים ולעורכי דינם: התיק מופנה על ידי בית המשפט, אשר נוקב במפורש בשמו של המגשר, הדיון בו מושהה לעתים יותר משנה על מנת לאפשר לגישור להצליח, ההסכם חוזר לבית המשפט לאישור, לעיתים מקבל התייחסות בפסקי הדין ומוזכר

94 נורית צימרמן "ההליך כמערכת יחסים" פרוצדורות 419 (משפט חברה ותרבות, איסי רוזן צבי וטליה פישר עורכים, 2014).

95 רונית זמיר "מיתוס הניטרליות של המגשר: מאי-משוא-פנים לנשיאת פנים שווה" משפט ועסקים טו 411 (התשע"ד). ראו גם ROBIN WEST, CARING FOR JUSTICE (1999).

96 Chad Flanders, *Toward a Theory of Persuasive Authority*, 62 OKLA. L. REV. 55 (2009); Rebecca R. Zubaty, *Foreign Law and the U.S. Constitution: Delimiting the Range of Persuasive Authority*, 54 UCLA L. REV. 1413 (2006).

כ"הכרעה גישורית".⁹⁷ המומחיות המשפטית היא רלוונטית להליך ומוכרת בו. לעתים מתקיים שיח עם המגשר בפרוטוקול בית המשפט המצביע על היחסים הקרובים בין המוסדות.⁹⁸ הקשר בין המגשר לבין בית המשפט נחזה כקשר הדוק ומשמעותי, וככזה נראה כי המגשר נהנה מהלגיטימציה המוסדית המתקבלת מבית המשפט.

סמכות של יחסים שמתפתחת בחדר הגישור, בהקשר לממשק בין עולם הנורמות המשפטיות ועולם ישוב הסכסוכים, היא מעניינת ומציעה תובנות חדשות באשר ליחס בין גישור לבין משפט: מראשית דרכו של הגישור היה ברור כי הוא מתקיים בצל של חיזוי משפטי, לפחות ככל שהוא קשור באופן הדוק למערכת המשפט ומקודם על ידה.⁹⁹ המושג bargaining in the shadow of the law – מיקוח בצל החוק – ביטא באופן החד ביותר את העובדה שהחיזוי של ההכרעה הנורמטיבית המשפטית במסגרת המשא מתן הוא אלטרנטיבה טובה ביותר (Best Alternative To Negotiated Agreement) או למצער גרועה ביותר (WATNA), אשר על הצדדים להביא בחשבון בעת הגעה להסכם. ככל שמערכת המשפט התקדמה והשתנתה בעשורים האחרונים, התברר כי ביטוי זה אינו מייצג נכונה את מציאות המשפט בעולם יישוב הסכסוכים: ראשית, חיזוי המשפט הוא לרוב תהליך לא פשוט.¹⁰⁰ המשפט רצוף פערים, עמימות, אזורי שיקול דעת, ערכים מתנגשים וקשיים פרוצדורליים וראייתיים אשר עשויים להפוך את תהליך בירור האמת המשפטית ללא ודאי ואולי אף לשגוי. שנית, תמריצים חזקים של יעילות, שמניעים את מערכת המשפט והשופטים, מובילים אותם להימנע ככל שניתן מהכרעות מלאות שעלותם גבוהה. לכן לא קל לצדדים לקבל את "צלו של המשפט" אשר פעמים רבות הופך לצלו של הצל, שכן הם יפנו שוב ושוב על ידי בית המשפט להליכי גישור או להגעה להסדר בעצמם.

שלישית, מורכבות התיקים המשפטיים עלתה, דבר אשר מקשה על המערכת המשפטית להכריע בהם באופן פשוט וברור. תיקים הפכו "רב־מוקדיים" (polycentric) במונחיו של המלומד פולר,¹⁰¹ ועל כן פתרון של בית המשפט לסוגיה משפטית כשאלה אחת לא תמיד יהיה

97 ראו למשל עניין כורם, לעיל ה"ש 49. על אף שהמקרה הסתיים בהסדר גישור אצל המגשר, וההסדר קיבל תוקף של פסק דין על ידי בית המשפט העליון, התפסה החוזרת היא כי מדובר בהכרעה של בית המשפט. ראו למשל "החוק להגנה על זכויות המוסיקאים עולה שלב" nrg שערב קבע בית המשפט העליון, בהחלטה מהפכנית ממש, כי לא ניתן לכפות על מוסיקאי לעבוד עם מפיק / אמרגן בחוזה ארוך טווח ובלתי ניתן לסיום, וזאת במסגרת ערעור שהגישה הזמרת איה כורם על החלטת בית המשפט המחוזי בתביעה שהגישה כנגד אמרגנה".

98 לדוגמה ראו החלטת בית המשפט המחוזי בעניין שמואלי, לעיל ה"ש 46; החלטת בית משפט זה בת"א (מחוזי ת"א) 2201/04, לעיל ה"ש 56, פס' 28 לפסק דינה של השופטת נחילאלי-חיאט.

99 ראשיתה של תנועת ה-ADR הוא בניסיון לפתור את בעיית העומס ולהתגבר על בעיות מערכתיות של בתי המשפט. על כן, בצד גישורים קהילתיים ופרטיים, אשר המשיכו וממשיכים להתקיים ללא קשר למערכת המשפט, רוב התיקים המגיעים לגישור קשורים בטבורם למשפט, והם מופנים על ידי בית המשפט במסגרת ניהול סדיר של תיקים.

100 בעיקר במדינות המשפט המקובל, אשר בהן השופט יכול להגדיר את החוק בפרשנות ובבידול נסיבות תיק אחד על פני נסיבות התיק האחר.

101 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978)

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

בר מימוש לנוכח ריבוי צדדים ונושאים המאפיינים את התיקים. הכרעה גישורית הקשורה במשא ומתן רב צדדים ואינטרסים עשויה במקרים כאלה להיות טובה יותר. על רקע כל אלה, ניתן לטעון שיצירת מרחב דיאלקטי, שבו יש "חוק רך", נורמות המצויות במערכת יחסים עם היבטי הסכסוך, וגמישות גבוהה ביחס לכללי פרוצדורה ופרשנות, נותנים יתרון לגישור הסמכותי, אשר בעולם של משפט נמוג עשוי לספק דגם מוצלח יותר של הכרעה משפטית בעלת ממדים ציבוריים.

ו. הגישור הסמכותי – דיון בביקורות אפשריות

מודל הגישור הסמכותי, אותו שאפנו להציג ולמפות במאמר זה, אינו חף מביקורת. להלן מספר נקודות מרכזיות שעשויות לעלות כנגד המודל ההיברידי המתהווה:

נקודת הביקורת הראשונה נוגעת לאחת הדילמות המרכזיות הקיימות בעולם הסדרי הגישור בכלל, ובגישור הסמכותי בפרט, היא שאלת הרצון החופשי, והאם באמת התהליך יוצר אוטונומיה מוגבלת. תהליך הגישור הסמכותי מצר את האלטרנטיבות של הצדדים באופן שתואם את עולם הערכים של המגשר, ובכך יוצר ספירת בחירה מצומצמת. מכאן ייתכן שהפיתרון הוא פחות איכותי עבור הצדדים עצמם, והוא עשוי לעורר בדיעבד תחושות קשות באשר לתהליך, או חוסר שביעות רצון שיש בו כדי לייצר סכסוך נוסף.¹⁰²

תשובה אפשרית לטענה זו היא שרעיון חופש הבחירה והאוטונומיה אינו נקי כשלעצמו ואינו מאפשר יישום פשוט גם כשמדובר בגישורים "על פי הספר",¹⁰³ או במפגש רצונות חוזי.¹⁰⁴ צדדים המצויים בסכסוך מסכימים לעיתים מתוך חוויה של אמביוולנטיות מסוימת, ודווקא הנחה של הטרונומיה ושל הסדרים המבטאים מפגש תקף של רצונות מורכבים, עשויה להיות ריאלית יותר להבנת זירת ההסכמות המשפטיות. אם נבחן את שאלת הרצון החופשי וההסכמה לאור תקיפת הסדרי גישור שנעשו תחת ההליך הסמכותי, הרי שבפועל, מתוך אלפי הסדרים שנחתמו והוגשו לבתי המשפט, הוגשו שלוש בקשות בלבד המשקפות חזרה מהסכמות שעוגנו בהסדר עצמו מהטעם שנוצרה תחושה של שלילת הרצון החופשי.¹⁰⁵

Jacqueline M. Nolan-Haley, *Judicial Review of Mediated Settlement Agreements*: 102
Improving Mediation with Consent, 5 PENN ST. Y.B. ARB & MEDIATION 152 (2013) המאמר מעלה טענה שלפיה מערכת גישור החובה והסנקציות שבצידה, כלפי מי שלא נענה לה בתום לב, כמו גם המעורבות הרבה של מערכת המשפט בהליכי הגישור יחד עם מגשרים רבי עוצמה המנתבים הסדרים התפורים למידותיהם, פעמים ללא התייחסות לאינטרסים חיוניים של הצדדים, מביאים לכך שצדדים רבים אינם מקיימים את התחייבויותיהם על פי ההסדר. הפרות אלו גורמות לריבוי תיקים משפטיים וליטיגציה ענפה, שמקורה בבקשות לאכיפת הסדרי גישור. לשון אחר, הסדרים אלה אינם מטמיעים את רצון הצדדים ויש בכך, לשיטת המחברת, פגיעה באוטונומיה הגורמת לחוסר נכונות לעמוד בהתחייבויות.

103 ראו לעיל הדיון בה"ש 10 והמקורות שם.

104 GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* (1974).

105 ראו "פירוט גישורים ותוצאות" (שמור אצל המחברים).

נקודת הביקורת השנייה היא כי אם מקבלים את ההנחה של פיס,¹⁰⁶ שלפיה בכל סכסוך קיימים מרכיבים הדורשים התייחסות ציבורית, אזי ברור שככל שהפרקטיקה הגישורית מיטיבה את סיכויי ההסדר, כך מדובר בפרקטיקה הנוגדת את תועלת הציבור. מכאן, שאחוזי ההצלחה הגבוהים של הליך הגישור הסמכותי, משקפים תהליך שאינו רצוי לחלוטין בראיה הפיסיאנית: יותר הסדרים, פחות תיקים חוזרים לבית המשפט, ומכאן שההליך יוצר השתקה רבה יותר של תהליכי תיקון חברתיים. במובן זה בלבד, ההליך אכן משקף הפרטה יתרה של תהליכים שאחרת אולי היו מסתיימים בתיקון חברתי בבית המשפט.

מנגד ניתן לטעון בהקשר זה, שעצם השילוב השיטתי של פורמליסטיקה משפטית ועקרונות ציבוריים רחבים בהליך הגישור הסמכותי (קרי הטמעת תהליכים ושיקולי מדיניות שאפיינו את הספירה השיפוטית ונדחו במופגן מהשדה הגישורי), באופן המטשטש את ההבדל הדיכוטומי בין הפרוצדורות, מאפשר הטמעה של עקרונות בהסדר, אשר יש בהם כדי לייצר את אותו שינוי עליו מדבר המלומד פיס. במובן זה נטען כי לגישור הסמכותי ולתוצאותיו השפעה ישירה על הספירה הציבורית, יותר מההליך הקלאסי העוסק במשא ומתן פרטי ובראייה צרה של האינטרסים הדורשים את יישובם. גישור זה מטיבו מעודד שיח רחב המבוסס על ליבון ערכים ציבוריים המצויים בעולם המשפט, והרלוונטיות שהוא מעניק להם הופכת אותו למעשיר את הספירה הציבורית ביחס לגישור פרגמטי או אחר, גם אם פרוטוקולים שלו אינם מפורסמים.¹⁰⁷ נקודת הביקורת השלישית עוסקת בקיומה של טענה כללית, שאותה מפתח המלומד פיס במאמרו,¹⁰⁸ לגבי אי-השוויון הטבוע באופיו של ההליך הגישורי, שמקורו במסוגלות כלכלית, וכן בעצם הגדלת פערי הכוחות הקיימים מלכתחילה בין צד חלש לחזק, במסגרת פרוצדורה פרטית המשלבת מעורבות כזאת או אחרת של צד שלישי. נדמה כי בעוד שניתן להסכים כי יש ממש בביקורת זו, אשר התייחסה בשעתה להליך הגישור התהליכי הקלאסי, שהרי הליך הגישור הסמכותי מתמודד עם בעיה זו באופן שונה.

נפתח ונאמר כי גם בהנחה שההליך המשפטי מסוגל לגשר על פערי כוחות באופן יעיל יותר מהליך של גישור ולא טבועות בו אותן הטיות שיבואו לידי ביטוי בגישור,¹⁰⁹ הליך הגישור הסמכותי, במובחן מפרקטיקות גישור אחרות, נועד לתת מענה ליישוב סכסוכים מסוגים מסוימים, וכלל לא בטוח שאחת ממטרותיו העיקריות היא לתת מענה לאי-השוויון שהמלומד פיס מדבר עליו. אף על פי כן, גם אם נניח כי יש ממש בטענה, אזי המודל הנבחן במאמר זה עשוי למתן תופעה זו בשני אופנים: ראשית, בכל הקשור לפערים כלכליים, נציין שכל עלות הכרוכה בניהול ישיבת גישור סמכותי היא זניחה ביחס לעלויות הצפויות בהליך בבית המשפט. שנית, מאחר שלב הטענה להעצמה של פערי הכוחות מקורו בהקטנת תפקידם של באי הכוח המשפטיים בהליך הגישור, אזי הגישור הסמכותי אשר מעצים ומחייב את שיתופם של באי

106 Fiss, *Against Settlement*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1085–1087.

107 עניין כורם, לעיל ה"ש 49.

108 Fiss, *Against Settlement*, לעיל ה"ש 10.

109 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal*

Change, 9 L. & Soc'y REV. 95 (1974).

הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור

הכוח בתהליך כולו עד להסדר המתגבש, אינו נופל בהקשר זה מההגנה הניתנת לצדדים בבית המשפט על ידי מיצגיהם.

ולבסוף, ביקורת אפשרית נוספת היא כי השימוש בכלים משפטיים בגישור הסמכותי משכלל ומעצים אותו מחד גיסא, אך מטשטש את ההבדל הדיכוטומי בין המשפט לגישור מאידך גיסא. נשאלת השאלה אם אין בכך כדי לקבוע כי ללא המשפט אין גישור אפקטיבי, ועל כן הגישור נותר בצל המשפט, ולא ההפך.

התשובה לכך היא שמודל הגישור ההיברידי, שאותו הצגנו במאמר זה, עשוי לטענתנו לתת פיתרון נכון יותר למחלוקות במובנים רבים, ולכן השימוש אינו במשפט עצמו או ביסוד ההכרעה המצוי בו אלא בכלים משפטיים. השימוש בכלים אלה אינו פוגע, ואולי אף מוסיף לעקרונות היסוד של הגישור – הכרעה עצמית ודיאלוג אקסטרטוריאלי למשפט. כל עוד המדובר באימוץ הכלי ולא המהות (קרי ההכרעה והאדנות המופעלת ביישוב הסכסוך באולם בית המשפט), ניתן לומר לטענתנו כי המשפט בצל הגישור.

ז. סיכום

פתחנו מאמר זה בהצגה של תופעות חדשות בהתפתחותו של הגישור לעומת השפיטה. לידתו של הגישור הקלאסי החלה, במידה רבה, בהצבת אלטרנטיבה השונה באופן פרדיגמטי מהשפיטה, אלטרנטיבה שהציעה דרך שונה בתכלית לניהול הסכסוך המשפטי. לאחר עשרות שנים של התפתחות הגישור כאלטרנטיבה, יצאנו אל השטח על מנת לבחון פרקטיקה גישורית קיימת, אשר נראה כי היא צוברת חשיבות והכרה בתוך מערכת המשפט באופן אחר מהגישור אותו הגדירה והבטיחה תנועת ה־ADR עם הקמתה.

לאור ממצאינו נראה כי עם התפתחות הפרקטיקה הגישורית והתגברות תופעת המשפט הנמוג, החלו היחסים בין הגישור והשפיטה ללבוש אופי מורכב ועשיר יותר מאלה שהיו קיימים בעבר. במקום התייחסות דיכוטומית ולעומתית, שבמסגרתה הוצג כל הליך כבעל מאפיינים ייחודיים וכעומד בפני עצמו, מצאנו כי בחדר הגישור הסמכותי נוצר דיאלוג מבוסס יחסים בין הציר השיפוטי והגישורי: ראשית, עולם הנורמות המשפטיות מצוי בחדר הגישור במערכת יחסים עם אינטרס יישוב הסכסוך, אשר עשוי להוביל לכיוונים מגוונים של פתרונות. שנית, עבודת המגשר על מערכות היחסים בינו לבין הצדדים, להבדיל ממערכות היחסים בינם לבין עצמם, מייצרת סוג של סמכות המכוונת לגיבוש פתרון לסכסוך המשפטי ויהי מה. החיזוי המשפטי בגישור הסמכותי שזור בפעולת ההבאה להסכמה; יצירת מערכת היחסים והאמון במגשר מביאות לנכונות גבוהה להגעה להסדר ולהשתחררות מעול הסכסוך המשפטי. נכונות זו להגיע להסדר מושגת בעיקרה על ידי קבלת סמכות המגשר אשר נבנית לפני התהליך ובמהלכו. ממשקים חדשים אלה מקרבים את הגישור לעולם המשפט ומייצרים גרסה ידידותית ומוכרת יותר למשפטנים לכניסה לעולם הגישור, כזו המדברת בשפתם. פיתוח מערכת יחסים זו, המייצגת את כשרת הדרך של הדיאלוג שנוצר בין הגישור לשפיטה בעשורים האחרונים, הוא בעל חשיבות להבנת המשפט העכשווי המאופיין בחתירה להסדרים בצל הכרעה הנתפשת כמפלט אחרון ולא רצוי.