

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

קרני פרלמן*

המאמר מציע עיון בסגנונות ניהול של הליכי שפיטה בפרספקטיבה מגדרית, ומתמקד בתפיסת הצדק ובפתרון בעיות על פי גישת הפמיניזם התרבותי. מזווית ראייה זו נבחן שני הליכי שפיטה חדשים: הליך השפיטה ההסדרי והליך השפיטה הטיפולי, הקיימים כיום בארצות הנוהגות לפי שיטת המשפט האנגלו-אמריקנית. הליך השפיטה ההסדרי נשען על תמות ועל שיטות של ניהול הליך הגישור הפרגמטי. הליך השפיטה הטיפולי נוהג בבתי משפט מיוחדים המכונים "בתי משפט פותרים בעיות", ומאפייני התנהלות שיפוטית טיפולית ניתנים לאיתור גם במערכת הרגילה. הליכים אלה מדגימים מעבר מדרכי ניהול סכסוכים ויישובם בתפיסה אדברסרית לתפיסה שיתופית, ואת קיומם של מגוון דרכים ליישוב סכסוכים במערכת. אטען שהפרספקטיבה המגדרית תורמת לפיתוח שיח ומחקר בנושא דרכי ניהול סכסוכים ויישובם בין כותלי בית המשפט ומחוצה לו. בין היתר, פרספקטיבה זו מעניקה כלי להתבוננות בסוגי הליכים שונים לניהול סכסוכים ויישובם ולהבחנה ביניהם. היא תורמת לעדכון דרכים נוהגות ולשיפורן, מהווה בסיס להעמקת המחקר על הרצוי והנוהג בתחום ניהול סכסוכים משפטיים במערכת בתי המשפט ומעשירה את דרכי מיון השופטים והכשרתם.

א. מבוא. ב. תמורות בדרכי ניהול סכסוכים ויישובם משלהי המאה העשרים. ג. תפיסת צדק נשית על פי הפמיניזם התרבותי. ד. התבוננות בהליך הגישור מפרספקטיבה של הפמיניזם התרבותי. ה. פמיניזם תרבותי ובחינת ההליך השיפוטי ההסדרי. ו. פמיניזם תרבותי ובחינת

* מרצה בתחום ניהול ויישוב סכסוכים בבית הספר למשפטים במכללה למינהל, ובפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. אני מבקשת להודות לד"ר נילי קרקו-אייל על הערותיה המלמדות והמועילות למאמר וכן לפרופ' הדרה בר-מור על הערותיה המאירות והתורמות לעיצובו. כמו כן, מסורה תודתי למערכת "המשפט" על הערותיה החשובות ועבודתה המסורה לפרסום כרך זה.

ההליך השיפוטי הטיפולי; 1. ההליך הטיפולי בבתי המשפט פותרים הבעיות; 2. התנהלות טיפולית ותורת המשפט הטיפולי; 3. עיון בהתנהלות השיפוטית החדשה מפרספקטיבה מגדרית. ז. תרומת הפרספקטיבה המגדרית לפיתוח שיח ומחקר בנושא דרכי ניהול סכסוכים ויישובם. ח. סיכום.

א. מבוא

מאמר זה מבקש להצביע על חשיבותה של הפרספקטיבה המגדרית לבחינת דרכי ניהול סכסוכים ויישובם. במסגרת המתאפשר בחוברת מאמרים זו, ולכבודה של פרופ' קרול גיליגן (Gilligan), אתמקד בתפיסת הפמיניזם התרבותי, ודרך זוויית ראייה זו אבקש לבחון שני הליכי שפיטה חדשים מרכזיים. הליכים אלה הם הליך השפיטה ההסדרי והליך השפיטה הטיפולי. על מנת לשפוך אור על הליכים אלה תוך שימוש בפרספקטיבה המגדרית, ייבחן גם הליך הגישור, המתנהל מחוץ לכותלי בית המשפט, מפרספקטיבה זו. הרעיון המוצע במאמר זה מציע התייחסות מקורית לתפיסת צדק ולפתרון בעיות על פי גישת הפמיניזם התרבותי ככלי לבחינת הליכי שפיטה מודרניים שטרם נבחנו מפרספקטיבה זו¹. חשיבותו של חיבור זה נובעת הן מתופעת התרחבות השימוש בהליכי השפיטה ההסדריים והטיפוליים ומיקומם כיום בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, והן ממיקומן הבולט של תאוריות פמיניסטיות ככלי לבחינת הסדרים משפטיים בתאוריה המשפטית. במאמר אציע התבוננות תאורטית בעלת השלכות מעשיות. התבוננות זו מסייעת לביסוס טענה כללית בדבר חשיבותה של פרספקטיבה מגדרית לבחינת תהליכים ותופעות במשפט. היא אף מחדשת בהדגמת טענה זו בנוגע לבחינת הליכי שפיטה בפרט. השיח האקדמי הישראלי כולל התבוננות בדין ובמצב הנוהג בשיטת המשפט בארץ מנקודות המבט של מגוון פרספקטיבות פמיניסטיות². המאמר מציע נקודת מבט נוספת

1 הספרות המשפטית התמקדה עד כה בבחינת הליך השפיטה האדברסרי מול הליכי ניהול סכסוכים ויישובם מחוץ לכותלי בית המשפט ובעיקר הליך הגישור. ראו אורית קמיר **פמיניזם, זכויות ומשפט** 55 (2002); מיכל אלברשטיין **תורת הגישור** 134 (2007) והדיון בפרק ג' להלן.
2 ראו לדוגמה: **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007); נווה רימלט **הפמיניזם המשפטי מתאוריה למעשה: המאבק לשוויון בין המינים בישראל ובארצות הברית** 127–250 (2010); הלה קרן **דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית** (2005); ליאורה בילסקי "יבוא תרבותי: המקרה של הפמיניזם בישראל" **עיוני משפט** כה 2 523 (2001); רינה בוגוש ורחל דון-יחיא **מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי המשפט בישראל** (עידן ירון מתרגם ועורך מדעי, 1999). מחקר זה רלוונטי

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

לבחינתם של הליכי שפיטה אשר סממניהם ניתנים כיום לאיתור בדין הישראלי המתפתח בתחום. הקישור לפמיניזם התרבותי המוצע כאן מבקש לחזק מגמה של הטמעת הליכי השפיטה הנסקרים במאמר בצורה ממוסדת לדין הישראלי. פרק ב' יפתח בהצגת מגמה בולטת במשפט העכשווי שעניינה הצעת מגוון תהליכים לבירור סכסוכים ויישובם בשיטה המשפטית ועליית קרנה של הגישה השיתופית לניהול סכסוכים. פרק ג' יעסוק בתפיסת הצדק הנשית על פי גישת הפמיניזם התרבותי. פרק ד' יציג עיון במודלים שונים שהתפתחו במסגרת הליך הגישור באמצעות השימוש בפרספקטיבה המגדרית. פרק ה' יתאר את ההליך השיפוטי ההסדרי ויבחן אותו לאור תפיסת הצדק הנשית בגישתה של תנועת הפמיניזם התרבותי. פרק ו' יעסוק בהליך השפיטה הטיפולי וידון בקשר בינו לבין תמות שהועלו בגישת הפמיניזם התרבותי. החלק הראשון של פרק זה יעסוק בהצגת תפקידו של השופט הטיפולי הנוהג בבתי משפט מיוחדים בארצות-הברית. החלק השני יתאר התנהלות טיפולית כללית ויציג את תפיסת תנועת תורת המשפט הטיפולי המשמשת כבסיס רעיוני להתייחסות הטיפולית. החלק השלישי בפרק זה ישלב דיון בתפקידים השיפוטיים, ההסדריים והטיפוליים ובקריאתם מפרספקטיבה מגדרית. פרק ז' יאגד ויסכם באופן שיטתי התייחסויות שהועלו במאמר המבססות טענה לחשיבות תרומתה של הפרספקטיבה המגדרית לפיתוח שיח ומחקר בנוגע לניהול הליכי שפיטה בפרט, ודרכי ניהול סכסוכים ויישובם בכלל.

ב. תמורות בדרכי ניהול סכסוכים ויישובם משלהי המאה העשרים

תחום ניהול ויישוב הסכסוכים החל להתפתח בהרחבה במשפט האנגלו-אמריקני מאמצע המאה העשרים עד ליצירתה של דיסציפלינה מקיפה ורב-תחומית. דיסציפלינה זו השפיעה במהלך העשרים האחרונים על היווצרותן של תמורות רעיוניות מהותיות המשולבות בהשלכות מעשיות משמעותיות על המתרחש במערכות בתי המשפט בארצות שבהן נוהגת שיטת המשפט זו.

עם התמורות הנזכרות נמנית מגמה מרכזית שעניינה מעבר מתפיסת ניהול סכסוכים ויישובם המבוססת על גישה תחרותית ובירור מחלוקות בדרך של ניהול הליך שיפוטי אדברסרי, לתפיסת ניהול סכסוכים ויישובם המבכרת יישום גישה שיתופית ושימוש במגוון הליכים לבירור סכסוך ויישובו ההולמים את טיב הסכסוך ומאפייניו.

במיוחד לענייננו, שכן היה בו ניסיון לבחינת המתרחש בבתי המשפט הן מבחינת ניתוח פסקי דין והן מבחינת התבוננות באינטראקציה הנוהגת בזמן ניהול ההליך השיפוטי.

עד לשנות השמונים של המאה העשרים הציעה מערכת בתי המשפט בארצות-הברית ובארצות משפט אנגלו-אמריקניות נוספות, דרך מרכזית אחת לניהול סכסוכים ויישובם. דרך זו הייתה התדיינות בהליך שפיטה אדברסרי (להלן: "הליך השפיטה הקלאסי"). הליך השפיטה הקלאסי מבוסס על תפיסה תחרותית שבה שני צדדים (או יותר) מתדיינים באמצעות באי כוחם בפני צד שלישי סמכותי ובעל יכולת הכרעה בסכסוך, היינו שופט³ או הרכב שופטים. יישוב הסכסוך מתבצע באמצעות הכרעה שיפוטית המגובשת בפסק דין מפורט ומנומק הניתן על ידי השופט. תוצאת פסק הדין, משמעה קביעת צד זוכה וצד מפסיד בהליך. הליך השפיטה הקלאסי עוסק במהותו בשיח של זכויות וחובות, ביבוא נורמות משפטיות ובהחלתן על נסיבות העניין תוך הכרעה בסתירה אפשרית ביניהן⁴. תפקיד השופט בהליך האדברסרי הקלאסי הוא תפקיד פסיבי. משימת הצגת העובדות והנורמות המשפטיות האמורות לחול על המקרה מוטלת על בא כוחו של כל צד. על השופט להכריע בין גרסאות נוגדות המובאות בפניו. תכלית הדיון האדברסרי היא גילוי האמת המשפטית⁵.

החל משנות השמונים חלה התפתחות משמעותית במשפט האנגלו-אמריקני, שעניינה בחינת דרכי ניהול סכסוכים ויישובם בדרך שונה, שיתופית. גישה זו מציעה להמיר את מטרת חקר האמת בהתמקדות בהשגת פתרון יעיל ואיכותי לסכסוך. השגת פתרון זה נעשית בעקבות ניהול שיח של צרכים ואינטרסים, להבדיל משיח של עמדות ועמידה על קטגוריות משפטיות. גישה זו ביקשה להביא ליישוב הסכסוך על דרך של איתור פתרון מוסכם, צופה

3 ההתייחסות לשופט ולבעלי תפקידים אחרים המוזכרים במאמר נערכה בלשון זכר מטעמי נוחות בלבד, וכל הנאמר מתייחס במידה שווה לשופטות ולנושאות בתפקידים האחרים המוזכרים.

4 JAMES HAZARD, CIVIL PROCEDURE (3rd ed. 1985); Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem-Solver and Third Party Neutral: Creativity and Non-Partisanship in Lawyering*, 72 TEMP. L. REV. 785 (1999); Robert J. Kutak, *The Adversary System and the Practice of Law*, in THE GOOD LAWYER: LAWYERS' ROLES AND LAWYERS' ETHICS (David Luban ed., 1983). במסגרת המתאפשר במאמר זה לא יידון הרקע התרבותי-אזורי להתפתחות ההליך האדברסרי. תאזכר רק טענתו של שפירו, שלפיה האבטיפוס של אופן פעולתם של בתי המשפט (היותם מוסדות עצמאיים, המחילים נורמות קיימות בהליכים אדברסריים המסתיימים בהחלטה דיכוטומית) אינו אלא פיקציה שנוצרה על מנת ליצור לגיטימציה כלפי מוסד יישוב סכסוכים שאינו מתבסס על הסכמה ישירה של הצדדים. MARTIN M. SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS (1981).

5 HAZARD, לעיל ה"ש 4, בעמ' 4-8; שלמה לוין *תורת הפרוצדורה האזרחית* 121-122 (1999); דודי שוורץ *סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות* 40 (התשס"ז).

פני עתיד ויצירתי. תוכן הפתרון מתבקש להלום את נסיבות הסכסוך הספציפי ואת מרב הצרכים והאינטרסים של הצדדים המעורבים בסכסוך.⁶

התפיסה הרעיונית העומדת בבסיס הגישה השיתופית סוברת כי ההתנהלות האדברסרית לעתים קרובות אינה יעילה, ואף מזיקה. "התרבות האדברסרית" מטפחת התנצחות שלא לצורך, הקצנת עמדות, הסתרת מידע, העלאת האשמות והכפשות אישיות מכל צד – וכל אלה אינן מקדמות פתרון איכותי ויעיל לסכסוך.⁷ נוסף על כך, ההתמקדות בטיעונים המשפטיים המנויים בכתבי הטענות אינה משקפת את רובדי הסכסוך העמוקים שבהם מצויים הרצונות של הצדדים האינדיבידואליים לסכסוך, האינטרסים שלהם, תחושותיהם ועוד. פתרון כפוי, כך נטען, אשר בבסיסו מתקיים שיח של זכויות וחובות ועיסוק בנורמות משפטיות כלליות, הוא לעתים קרובות פתרון נקודתי בלבד, שטחי ולא יציב, שאינו נותן מענה לצרכים ולאינטרסים של המתדיין, גם אם הוא הצד המנצח. לעומת זאת, התנהלות שיתופית מאפשרת לעסוק בבעיה עצמה, לאתר אינטרסים משותפים לצדדים ולסייע במציאת פתרון העשוי להיטיב עם שני הצדדים. פתרון הסכמי שיש בו מענה למרב הצרכים והאינטרסים של הצדדים הוא פתרון יציב, המאפשר שיתוף פעולה עתידי ותורם לרווחת הפרט. התנהלות שיתופית מאפשרת לצדדים לקחת אחריות על הסכסוך ועל פתרונו, מקדמת שיח מוסרי של פיתוח נורמות חברתיות וקשרים אנושיים, מביאה לידי מיצוי ערכים של דמוקרטיה והיא איכותית ויעילה.⁸

הליך מרכזי המייצג את הגישה השיתופית לניהול סכסוכים ויישובם הוא הליך הגישור הפרגמטי שהציעו פישר ויורי בתחילת שנות השמונים.⁹ ההליך העניק דרך חלופית מעשית, איכותית ויעילה כאחד, לבירור סכסוכים ופתרונם. דרך זו מבוססת על קיום שיח של בחינת צרכים ואינטרסים של צדדים לסכסוך, באמצעות צד ג' מקצועי המנהל את ההליך אך אינו

- 6 Carrie Menkel-Meadow, *Whose Dispute is it Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In some Cases)*, 83 GEO. L.J. 2663 (1995); Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. Rev. 754 (1984).
- 7 David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Culture of Critique*, 10 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 263 (1999); Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WM. & MARY L. REV. 5 (1996).
- 8 Nancy Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic System*, 5 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 117 (2004); Carrie Menkel-Meadow, *When Winning isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver*, 28 HOFSTRA L. REV. 905 (2000).
- 9 ROBERT FISHER & WILLIAM URY, *GETTING TO YES: HOW TO NEGOTIATE AGREEMENTS WITHOUT GIVING IN* (Bruce Patton ed., 1991).

בעל סמכות הכרעה בסכסוך. ההליך מתקיים תוך שיתוף פעיל של הצדדים, ובמרכזו חתירה למציאת פתרון היעיל לשני הצדדים וההולם את הסכסוך האינדיבידואלי שבו הם מצויים. בתקופת זמן קצרה יחסית החלו להתפתח הליכים נוספים לניהול סכסוכים משפטיים, שהציעו אפשרויות מגוונות לבירור סכסוכים ויישובם כדוגמת הליך ההערכה המקדמית הניטרלית (ENE – Early Neutral Evaluation). בהליך זה ממנים הצדדים בהסכמה צד שלישי, מומחה לנשוא הסכסוך. המומחה מעיין בטענות עובדתיות ומשפטיות, ולאחר מכן מעניק לצדדים חוות דעת על הסכסוך, הערכה העשויה לכלול מגוון נושאים, לרבות שיעור אחוזי פגיעה, אומדנים כספיים לפיצוי ועוד. חוות הדעת של המעריך חסויה ומשמשת ככלי לניהול משא ומתן בין הצדדים, במטרה לגבש הסדר לסיום הסכסוך¹⁰.

יצירת מגוון התהליכים לניהול סכסוכים ויישובם נעשתה במסגרת פיתוחה / התעצמותה של תנועת ה-ADR (ה-Alternative Dispute Resolution – יישוב סכסוכים חלופי, להלן: ה-ADR), הדוגלת בקיומו של מרחב אפשרויות חלופיות לניהול סכסוך, בירורו ויישובו, בצד הדרך של הליך השפיטה הקלאסי¹¹.

בתי המשפט בארצות הברית ובארצות משפט אנגלו-אמריקניות נוספות, החלו לאמץ תהליכי ADR שונים ולהטמיעם במערך ניהול סכסוכים ויישובם שמציע בית המשפט למתדיינים. מגוון הליכי יישוב סכסוכים חלופי שהוטמעו במערכת בתי המשפט יצר מבנה של "בית משפט מרובה דלתות"¹², שבו מאחורי כל "דלת" ניצב הליך מוצע לניהול סכסוך. מדיניות זו, שבמסגרתה בית המשפט מציע למתדיינים, ובמקרים רבים אף מחייב אותם,

- Wayne D. Brazil, Michael A. Kahn, Jeffrey P. Newman & Judith Z. Gold, *Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution*, 69 JUDICATURE 279 (1986); אלישבע הכהן **מנגנונים ליישוב סכסוכים בהסכמה: סקירה השוואתית של ההסדרים הנהוגים בארה"ב** 22–31 (2002).
- STEPHEN GOLDBERG, FRANK SANDER & NANCY ROGERS, *DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES* (2nd ed. 1992); CARRY MENKEL-MEADOW, L. PORTER LOVE, A. KUPFNER SCHNEIDER & J.R. STERNLIGHT, *DISPUTE RESOLUTION. BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL* (2005).
- 12 "The Multidoor Courthouse", כינוי שטבע פרופ' סנדר, ממיסדי תנועת ה-ADR, בהציעו ליצור מתכונת של בית משפט המהווה מרכז ליישוב סכסוכים – אשר משמעו כי מאחורי כל "דלת" יוצע למתדיין הליך מסוים לניהול ויישוב סכסוך. הליך השפיטה הקלאסי הוא אחד מהליכים אלה ואינו עדיף עליהם. הסכסוך ייבחן על ידי "פקיד חכם" לפי פרמטרים אשר יעזרו לאפיינו (הסעד המבוקש, טיב היחסים בין הצדדים, צורך בהוצאת צווים ועוד) ואשר יאפשרו מיון הולם והתאמת פורום ניהול הסכסוך לתוכנו ולמאפייניו. Frank A. Sander, *Varieties of Dispute Processing, Address Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 70 FEDERAL RESEARCH DIVISION 111 (1976).

לפנות לניהול הסכסוך אשר הם צד לו במסגרת הליך ADR כלשהו (על פי רוב הליך הגישור), משולבת במגמה המבקשת להפחית את השימוש בהליך השפיטה האדברסרי¹³. הדין הישראלי החל לקלוט את עקרונות תנועת ה-ADR ותהליכיה ולהטמיעם החל משנות התשעים של המאה העשרים. הטמעה זו באה לידי ביטוי במגוון דרכים, לרבות חקיקה ועדכון חקיקה קיימת¹⁴, היערכות מוסדית של בתי המשפט והקמת ועדות היגוי שונות¹⁵. בשנת 2003 מונתה ועדה בראשות השופטת מיכל רובינשטיין אשר ייעודה היה לבחון דרכים להגברת השימוש בהליך הגישור בבתי המשפט האזרחיים. מסקנות הוועדה פורסמו בשנת 2006¹⁶ ויושמו במסגרת תכנית ניסיונית של קדם גישור (Pre-Mediation), המעוגנת בפרק 1'ז לתקנות סדר הדין האזרחי¹⁷. תכנית ניסיונית זו מופעלת מזה כשלוש שנים בבתי משפט השלום הגדולים במדינה. במסגרת התכנית מחויבים בעלי הדין ברוב התביעות האזרחיות שמעל 50,000 ₪ להופיע לישיבת מהו"ת (מידע, הכרות ותיאום) בפני מגשר אשר נבחר למשימה זו במרכז של משרד המשפטים. ישיבת המהו"ת מוקדשת לקבלת מידע מפי המגשר על הליך הגישור ולדיון בהשתתפות המתדיינים (ובאי כוחם, אם הם נוכחים) בשאלת התאמה אפשרית לניהול הסכסוך בהליך גישור. ההתייצבות לישיבה היא חובה על בעלי הדין (אי-קיומה גורר סנקציות), אך לא מוטלת בה חובה להסכים לניהול הליך גישור בתיק. התכנית מלווה בתכנית הערכה הבוחנת את הצלחתה הן במדד כמותי (מספר התיקים שבהם מתקבלת הסכמה להעברת הסכסוך לבירור בדרך של גישור, מספר הסדרי הגישור המושגים בה וכדומה) והן במדד איכותי (מידת שביעות הרצון של המתדיינים, באי כוחם, המגשרים ועוד).

התפיסה הרעיונית העומדת בבסיס תנועת ה-ADR והשימוש הניכר בהליכים החלופיים להליך השפיטה האדברסרי במערכות בתי המשפט בארצות המשפט האנגלו-אמריקני,

13 על הטמעת הליכי יישוב סכסוכים חלופי במערכת בתי המשפט, על יתרונותיהם ועל חסרונותיהם ראו גם: Wayne D. Brazil, *A Close Look at Three Court-Sponsored ADR Programs: Why They Exist, How They Operate, What They Deliver, and Whether They Threaten Important Values*, 303 U. CHI. LEGAL F. 397 (1990).

14 לדוגמה: חוק בתי המשפט (תיקון מס' 15) [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993.

15 לדוגמה: ועדת היגוי לעניין הגישור במערכת בית הדין לעבודה בראשות השופטת ורדה וירט-ליבנה, ראו גם ורדה וירט-ליבנה "הגישור בבתי הדין לעבודה" **שערי משפט** ג 89 (2001).

16 ראו דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט בראשות השופטת מיכל רובינשטיין (2006) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A51934AE-C5C0- (2006) 4D3E-A677-DEF7BB57C865/5624/dinveheshbon.pdf.

17 פרק 1'ז לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (פגישת מהו"ת לבדיקת האפשרות ליישוב הסכסוך בגישור).

הביאו, למעשה, אף שלא כווננו לכך מלכתחילה, לעריכת שינויים בדרכי ניהול הליכי השפיטה עצמם בארצות אלה. הליכים שיפוטיים חדשים כגון הליך השפיטה ההסדרי, שיפורט בפרק ד' להלן, הם דוגמה לכך שהשפיטה בארץ אימצה תפיסה שיתופית ושיטות המיושמות בהליך הגישור המתנהל מחוץ לכותלי בית המשפט¹⁸.

הנה כי כן, מהתבוננות במערכות בתי המשפט בארצות המשפט האנגלו-אמריקני, לרבות בישראל, מצטיירת תמונה של מערכת מורכבת (ודואלית), הכוללת בתוכה בצד ההליך האדברסרי, השכיח ליישוב סכסוכים, גם מגוון הליכים שיתופיים לניהול סכסוכים וליישובם.

ג. תפיסת צדק נשית על פי הפמיניזם התרבותי

בראשית שנות השמונים, במקביל לתהליך הנזכר, פרסמה קרול גיליגן את ספרה "בקול שונה"¹⁹, המהווה עד היום בסיס לתפיסת הפמיניזם התרבותי. בספר זה מציגה גיליגן עמדה הטוענת כי תפיסת הצדק של נשים, וגישתן לפתרון בעיות, נבדלות מתפיסת הצדק של גברים וגישתם לאותן סוגיות.

גיליגן טוענת כי התפתחותן המוסרית של נשים שונה מזו של הגברים, וכי הנשים מפתחות תכונות של אחריות הדדית, היקשרות לזולת ופיתוח רגש של אכפתיות ודאגה לאחר. לפיכך החשיבה הנשית וההתנהלות הנובעת ממנה נעשית מתוך "אתיקה של דאגה". זוויית הראייה הנשית תבקש לפתור דילמות מוסריות באמצעות התייחסות למערכות יחסים בין בני אדם, דהיינו מתוך גישה הקשרית (Relational) המביאה בחשבון את חשיבותן של מערכות יחסים²⁰. לעמדתה של גיליגן, דרך החשיבה הנשית והתנהלותה באתיקה של דאגה, ראוייה להישמע כ"קול נשי", הנבדל מן ה"קול הגברי".

על פי גישת הפמיניזם התרבותי, גברים מתייחסים לפתרון דילמות מוסריות מתוך חשיבה ואופני התנהלות שונים מהמתואר לעיל. אלו מבוססים על אתיקה של זכויות, עמידה על אוטונומיית הפרט ותפיסת הפרט כאינדיבידואל המנותק מן האחר. חשיבה "גברית" מאופיינת, כך נטען, בשקילת שיקולים רציונליים המשווה בין ערכים, תחרותיות

18 על טענה זו בהרחבה ראו קרני פרלמן *השופט/ת החדש/ה? – תמורות ואתגרים בתפקיד השיפוטי בראשית המאה ה-21*, לאור תנועת ה-ADR: יישוב סכסוכים חלופי, ותנועת ה-Therapeutic Jurisprudence: תורת המשפט הטיפולית (עבודה לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התש"ע).

19 קרול גיליגן *בקול שונה: התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה* (נעמי בן-חיים תרגמה, 1995).

20 שם, בעמ' 173.

והתמקדות בתוצאה, להבדיל מהתהליך. התמודדות עם סכסוך תיעשה באמצעות הפשטת הסוגיה לערכים וניסיון ליישבם על דרך הלוגיקה והכרעה ביניהם²¹. זוהי החשיבה הדומיננטית בשיח המשפטי והציבורי. לעומתה, חשיבה "נשית" מאופיינת בהתנהלות על סמך אתיקה של דאגה, תפיסת קשר, רצון לחיבור, סובייקטיביות, אמפטיה, התייחסות בין-אישית, התמקדות בתהליך ועוד²². החשיבה ה"נשית" היא "הקול השונה".

הגישה הפמיניסטית התרבותית מציעה אפוא הבחנה בין תפיסות צדק וגישות לפתרון בעיות מכוח הבדלים מגדריים. ניהול סכסוך בדרך שיתופית על בסיס הפעלת אתיקה של דאגה ומתן דגש ליחסים בין-אישיים תואם את הקול הנשי, ואילו ניהול סכסוך בדרך אדברסרית תואם את אתיקת הזכויות ה"גברית".

בהתאם לאמור, השלכה מרכזית של ההבדלים המגדריים הנזכרים היא גיבושן של תפיסות שונות בנוגע לתפקידו של המשפט, למהותו ולדרך הפעלתו הראויה. כך, לדוגמה, רובין וסט (West), כנציגת הקול הנשי, קראה להפחתת הרציונליזציה ה"גברית" במשפט. וסט קראה להפחתת ההתמקדות בנורמות ובקטגוריות משפטיות ולהרחבת ההתייחסות לפניו האנושיים של המשפט²³. בפרק מספרה שכותרתו "הגבר הכלכלי והאישה הסיפורית"²⁴, מציעה וסט שתי דרכים שונות המתקיימות במקביל לחשיבה על המשפט ולהתבוננות בו: הדרך הגברית, שעיקרה חשיבה כלכלית ופורמליסטית מטבעה לפתרון בעיות, והדרך הנשית, שהיא ספרותית והומניסטית בטבעה ומתמקדת בבחינת הרטוריקה של המשפט ובצורך במבעים של דאגה ואמפטיה.

תנועות רעיוניות-מעשיות נוספות שהתפתחו בתורת המשפט המערבית, כגון תורת המשפט הטיפולי, שתוצג להלן, מבטאות רעיון דומה של תפיסת המשפט באופן נרחב והומני וקוראות לעריכת שינויים מעשיים ברוח זו. לפי גישה זו, המכונה "המשפט המקיף"²⁵, המשפט אינו צריך להתמצות בשאלות פורמליסטיות המתמקדות באיתור חובות וזכויות משפטיות (שאלות שתוצענה כאן כמשקפות קול גברי), אלא יש להרחיב את התייחסותו לעיסוק גם בצרכים, במטרות, ברגשות, במערכות יחסים, בהתפתחות אישית של

21 שם, בעמ' 152.

22 CARMEL SHALEV, BIRTH POWER: THE CASE FOR SURROGACY 126 (1989).

23 ROBIN L. WEST, RE-IMAGINING JUSTICE: PROGRESSIVE INTERPRETATIONS OF FORMAL EQUALITY, RIGHTS, AND THE RULE OF LAW 79–86, 92–98, 149–158 (2003); ROBIN L. WEST, NARRATIVE, AUTHORITY, AND LAW (1993).

24 Robin L. West, *Economic Man and Literary Woman*, in NARRATIVE, AUTHORITY AND LAW, 251 (1994).

25 Susan Daicoff, *Law as a Healing Profession: The "Comprehensive Law Movement"*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 1 (2006).

הצדדים ועוד. המשפט מהווה, במובן זה, סוכן חיובי בין-אישי בעל השלכות רגשיות, אישיות וחברתיות. גישה זו הולמת יותר את הקול ה"נשי".

ד. התבוננות בהליך הגישור מפרספקטיבה של הפמיניזם התרבותי

הליך הגישור הוא הליך העשוי להתנהל בסגנונות שונים, והוא מתאפיין בכך שצד שלישי, שאינו בעל סמכות הכרעה, מקבל מהצדדים לסכסוך הסכמה לנהל תהליך של בירור הסכסוך ביניהם²⁶. עם השנים התפתחו כמה מודלים של הליך הגישור הנבדלים זה מזה בכמה פרמטרים, לרבות תפיסתם את תפקיד המגשר, מטרת הגישור ואופי הסכסוכים המתאימים לטיפולם²⁷. עם זאת, המודלים חולקים גישה שיתופית בסיסית ומאפיינים רבים. עם מאפיינים אלה נמנים: "מתן קול", שמשמעו אפשרות לביטוי עצמי של המתדיינים בהליך, התייחסות לצורכי הצדדים, לאינטרסים שלהם, לרגשותיהם ולמערכת היחסים ביניהם, וכן חתירה למציאת פתרון נרחב ויצירתי העונה על צורכי הצדדים. ההליך האדברסרי מוגבל לסעדים הקבועים בדין. כך, למשל, חוק החוזים (תרופות) מוגבל לשלושה סעדים: אכיפת חוזה, ביטולו ומתן פיצויים. להבדיל מכך, הגישור יכול להיות יצירתי ונרחב יותר ולכלול, לדוגמה, מתן מכתב הוקרה, הבעת התנצלות, כריתת חוזה חדש המסדיר פעילות משותפת ועוד.

התבוננות מפרספקטיבה מגדרית במבט כולל בהליך הגישור מעלה כי ניתן לראות בהליך זה, בהשוואה להליך השפיטה הקלאסי, כמיישם את תפיסת הצדק ה"נשית" על פי הפמיניזם התרבותי. חתירה לפתרון מוסכם, התייחסות למערכת היחסים בין הצדדים, חשיבה על פתרון בעיות מתוך התייחסות לצורכי הצדדים ולרגשותיהם, ניהול הליך שיתופי שביסודו לא מונחת חשיבה דיכוטומית של הסכסוך והפתרון ההולם אותו – כל אלה משקפים גישה המתיישבת יותר עם אתיקה של דאגה²⁸, בניגוד להכרעה כוחנית.

26 ההליך הנדון הוא הליך מודרני, שהוצע בשנות השמונים של המאה העשרים, ויש להבדיל בינו לבין הליכי יישוב סכסוכים שהיו מקובלים משחר האנושות בתרבויות שונות לפתרון סכסוכים במסגרת המשפחה או הקהילה.

27 החלוקה למודלים על פי ציר הזמן לפי אלברשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 238–303. וכן: Michal Alberstein, *Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution*, OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 321 (2006–2007).

28 Carrie Menkel-Meadow, *Portia in a Different Voice: Speculations on Woman's* 125–134, 136–134, ה"ש 125. *Lawyering Process*, 1 BERKELEY WOMEN'S L.J. 39 (1985); לעיל ה"ש 1, בעמ' 125–134.

יתר על כן, התבוננות בהליך הגישור מפרספקטיבה מגדרית מאפשרת אף להבחין בין מודלים שונים שהתפתחו לניהול הליך זה. נסקור בקצרה שלושה מודלים מרכזיים: מודל הגישור הפרגמטי רואה בסכסוך בעיית כשל בין צדדים מעורבים, ומציע כי על מנת לפתור את הסכסוך יש לשנות את כללי התנהלותו עד כה ולהתרכז בפתרון הבעיות המונחות ביסודו. לשם כך, יש לנקוט כמה דרכי פעולה²⁹:

1. להפריד את האנשים מהבעיה, משמע להתמקד בתוכן הסכסוך ולא בהענקת אפיוני אישיות (והשמצות) לצדדים לו.
 2. כאמור, להתמקד באינטרסים המונחים בבסיס העמדות. ההנחה השיתופית היא כי מתחת לרובד של העמדות שמשמיעים הצדדים לסכסוך, הבא לידי ביטוי בטיעונים המשפטיים המנויים בכתבי הטענות, קיים רובד עמוק ומהותי יותר הכולל את הצרכים, הרצונות והאינטרסים של הצדדים. דיון ברובד העמוק על ידי איתור האינטרסים של הצדדים ובחינתם הוא המפתח למציאת פתרון איכותי ויעיל לסכסוך. כמו כן, גישה זו סוברת כי האינטרסים של הצדדים עשויים להיות משלימים ולא דווקא סותרים זה את זה.
 3. להמציא אפשרויות לרווח הדדי. גישה זו תרה אחר פתרון שיש בו כדי לתת מענה לצרכים של שני הצדדים ולהביא לכל אחד מהם תועלת ורווח ככל הניתן. בבסיסה טמונה התפיסה שניתן על פי רוב להגדיל את עוגת התועלת האפשרית לחלוקה בין הצדדים. זאת, להבדיל מגישה הרואה בפתרון "משחק סכום אפס", שבו זכייה של האחד משמעה בהכרח הפסד של האחר.
 4. להסתייע בקביעת קריטריונים אובייקטיביים לבחינת הפתרון כגון על ידי מינוי מומחה או הישענות על סטנדרטים הקבועים במסמך מקצועי מוסכם. כללים אלה מכוונים ליצירת הסכם המושתת על ההסכמות היעילות ביותר וההולמות את מרב צורכי הצדדים בנסיבות העניין. המודל הפרגמטי הוא מודל הגישור הנפוץ ביותר, והשימוש בו רווח בניהול סכסוכים מסחריים.
- מודל גישורי אחר שהתפתח הוא מודל הגישור הטרנספורמטיבי שפיתח רוברט (ברוך) בוש (Bush)³⁰. בבסיס מודל זה טמונה תפיסה כי "ההבטחה הטמונה בגישור" אינה בהתמקדות ביישובו המהיר והיעיל על פי מבחן אינטרסים, אלא בתהליך הנפשי-רגשי שעוברים הצדדים לו ובהתבגרותם המוסרית. הסכסוך אינו נתפס כבעיה שיש לסלקה, אלא כהזדמנות של המעורבים בו לפתח הכרעה, הגדרה וביטחון עצמי. מטרת הגישור, לפי גישה זו, איננה השגת הסכם ממקסם רווחים, אלא קיומו של תהליך שבו הצדדים חווים העצמה

29 FISHER & URY, לעיל ה"ש 9.

30 ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION (1994)

(מודעות מוגברת של ערך אישי, יכולת התמודדות, הבנת מטרה וחלופות) והכרה (הבנה וולונטרית של פרספקטיבת האחר, הערכת מצבו). להליך זה שימוש רווח בניהול סכסוכי משפחה וביישובם.³¹

הגישור הנרטיבי-פרשני³² הוא מודל גישור נוסף שהתפתח במאוחר למודלים שנזכרו, ומיושם ברובו במפגש של זהויות, תרבויות וקונפליקטים בין-קבוצתיים. מודל זה עוסק באידיאולוגיות, בנרטיבים התרבותיים המעצבים את הרגשות או את הצרכים של הצדדים לסכסוך. מודל זה, מטרתו חיפוש ובניית סיפור משותף אלטרנטיבי, אשר במסגרתו מתחזקת מערכת היחסים בין הצדדים לסכסוך והצרכים והאינטרסים מעוצבים מחדש. זהו הליך של מעורבות, פירוק ובניית סיפור חדש, על ידי הקשבה ובניית אמון הדדיים.

התבוננות פרטנית יותר במודלים השונים מעלה כי ניתן להבחין ביניהם על פי מידת התאמתם לתפיסת הפמיניזם התרבותי. המודל הפרגמטי, אף שהוא ממיר את שיח הזכויות בשיח של צרכים, עדיין משמר את הצדדים כגופים נפרדים, רציונליים, הפועלים בשיתוף מתוך הנחה שהפתרון העשוי להיות מושג בהליך, יענה על מרב האינטרסים הפרטיים שלהם. העמדת הפרט וצרכיו במרכז והעיסוק התכליתי ביעילות משמרים תפיסה "גברית" יותר במהותה. לעומת זאת, ההליך הטראנספורמטיבי מבוסס על אידאולוגיה של יחסים, ומבקש לשלב בין אוטונומיה לקשר³³. מודל זה "נשי" יותר במהותו ובדרך התנהלותו, היות שהוא עוסק בצדדים כקשורים זה לזה ושואף להעצמה פנימית ולהכרה באחר. ההליך שואף לתקשורת (שממנה עשויה לנבוע תוצאה הסכמית אך אין זו תכליתו) ולפעולה מתוך אתיקה של דאגה. ואכן, בוש מציין בספרו כי המודל הגישורי שהוא מציע נסמך על רעיונות ותמות המצויים בכתיבתה של גיליגן או קשור אליהם³⁴. המודל הנרטיבי העוסק בשיח של זהות ובחשיבה מתחדשת דרך פרשנות, נשען על תפיסה פוסט מודרנית במהותה ומתייחס לביקורות חברתיות שונות על המשפט, על תפקידו החינוכי ועל חלקו בעיצוב תרבות³⁵. העיסוק בנרטיב הסיפורי, בעיצוב מחדש של תודעה והבנת האחר דרך פירוק

31 פרופ' בוש יוצר ההליך קורא להחלתו במגוון סכסוכים, וראו ספרו המעודכן בנושא: ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION, THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT (2005).

32 JOHN WINSLADE, GERALD MONK & ALISON COTTER, NARRATIVE MEDIATION: A NEW APPROACH TO CONFLICT RESOLUTION (2000).

33 על המודל הטראנספורמטיבי ומאפייניו ראו רונית זמיר **הגישור בין מיתוס לחתרנות: האם הגישור יכול לאפשר העצמה של קבוצות מוחלשות?** 122-126 (עבודת דוקטורט, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, התשס"ט).

34 BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 30, בעמ' 60, 74, 252, 255.

35 Michal Alberstein, *The Jurisprudence of Mediation: Between Formalism, Feminisim and Identity Conversations*, CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 1 (2009).

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

נרטיב קיים ובניית סיפור חדש המהווה נרטיב משותף לצדדים, הולם בהיבטים מסוימים את תפיסת המשפט ההומניסטית הנשית על פי ווסט.

הפרספקטיבה המגדרית מסייעת אפוא להבחין בין מודלים שונים לניהול סכסוכים ויישובם ולחדד את מאפייניהם, אך אין חשיבותה רק בכך. ראוי לציין, כי בחינת הליך הגישור, ובעיקר בחינת השלכות הטמעותו במערכת בתי המשפט, כהליך מחייב או מומלץ לניהול סכסוך על פני הליך השפיטה, זכתה לביקורת פמיניסטית חשובה. ההליך השיפוטי האדברסרי הוא הליך פומבי, ופסק הדין הניתן בסופו מתפרסם ופתוח לעיון וביקורת. לעומת זאת, הליך הגישור הוא הליך חסוי המתבצע על ידי מגשר מחוץ לכותלי בית המשפט וההסדר המתגבש בו אינו מפורסם. על כן, שימוש מוגבר בהליך הגישור במערכת המשפט עלול לפגוע בקידומו ובפיתוחו של משפט מקובל פומבי, שומר זכויות ותקדימי. גלנטר (Galanter) הציג מחקר ובו נתונים המעידים כי אף שמספר התובענות הנפתחות במערכת בתי המשפט בארצות-הברית לא פחת, הרי מספר פסקי הדין הנפסקים במערכת החל משנות השמונים של המאה העשרים פחת בשישים אחוז³⁶. תופעה זו, שגלנטר כינה "המשפט הנמוג"³⁷, ניתנת להסבר בעלייה במספר הסכסוכים המשפטיים המסתיימים בהסדר חסוי. התופעה זכתה לביקורת מצד מלומדים שונים המשקפים מגוון גישות ביקורתיות למשפט³⁸. הגישה הפמיניסטית חידדה את הביקורת להשלכות הטמעות הליך הגישור במערכת בתי המשפט והוסיפה אזהרות. היא התריעה כי הפניית סכסוכים באמצעות בתי המשפט לבירור בדרך של גישור עשויה להחזיר דיונים רבים שנפתחו בשיח הציבורי לבירור וליישוב במסגרת של שיח פרטי. שיח כזה הוא בעל פוטנציאל לפגיעה אפשרית בזכויות נשים. יתר על כן, הועלו חששות, כגון מפי טרינה גרילו (Grillo)³⁹ כי הליך הגישור, בגין אופיו השיתופי וההסכמי, עלול להיות מסוכן ופוגעני לנשים. זאת, היות

Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004)

36 שם.

Judith Resnik, *For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication*, 58 U. MIAMI L. REV. 173 (2003); Bruce E. Meyerson, *The Dispute Resolution Profession Should Not Celebrate The Vanishing Trial*, 7 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 77 (2005); William G. Young, *Vanishing Trials, Vanishing Juries*, *Vanishing Constitution*, 40 SUFFOLK U. L. REV. 67 (2006). חשוב לציין כי תופעת "המשפט הנמוג" זכתה גם להתייחסות תומכת בין היתר כמשקפת התייעלות מערכת. וראו: Richard A. Posner, *Demands and Supply Trends in Federal and State Courts Over the Last Half Century*, 8 J. APP. PRAC. & PROCESS 133 (1999); Scott Brister, *The Decline in Jury Trials: What Would Wal-Mart Do?*, 47 S. TEX. L. REV. 191 (2005).

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

שההשתתפות בהליך עשויה להכתיב התנהגות פשרנית מדי לנשים הנובעת מניצול תפיסת זהותן במונחים של קשר. לטענת גרילו, קיים חשש כי הליך הגישור ייצור ציפייה להתנהלות טבעית של "האישה הטובה", זו אשר מפחיתה בעמידה על האינטרסים שלה ובמבעים של כעס ופגיעה, פן תיתפס כאנוכית וכ"אישה הרעה". ציפייה זו עשויה ליצור סביבה המונעת פיתוח מחלוקות ותודעת זכויות ולהביא לידי גיבוש הסכם הפוגע בזכויות האישה. ביקורת פמיניסטית חשובה זו תרמה לפיתוח שיח בנושא יתרונותיו וחסרונותיו של הליך הגישור ועריכת מחקרים שונים לבחינת דרך התנהלותו וההסדרים המושגים במסגרתו⁴⁰. ביקורת זו תרמה גם לפיתוחו של שיח ועדכון כללי התנהלות ראויים בהליך. השיח עסק הן במישור הפנים תהליכי בנוגע לחובות המגשר – ובמיוחד משמעותה של חובת הניטרליות הראויה ליישום בניהול ההליך במקרה של פערי כוח בין הצדדים – והן במישור המערכתי בשאלות הדנות בהטלת חובה על ניהול הליך גישור בסכסוכי משפחה, בחירת המגשר וזהותו, הפיקוח המערכתי על עבודתו ועוד⁴¹. על רקע ביקורת חשובה זו ייבחנו להלן התפקיד השיפוטי ההסדרי, המשלב בין חלק ממעלותיו של ניהול הליך גישור לבריור סכסוך ויישובו, לבין המעלות הטמונות בניהול הליך לבריור סכסוך על ידי שופט במסגרת כתלי בית המשפט.

ה. פמיניזם תרבותי ובחינת ההליך השיפוטי ההסדרי

פיתוחן של החלופות להליך השפיטה הקלאסי, והליך הגישור השיתופי כהליך מרכזי בהן, הביא לעדכון ולפיתוח של תוכני התפקיד השיפוטי ודרכי ניהול הליכי שפיטה חדשים. דוגמה להליך שיפוטי שיתופי חדיש הוא הליך "ועידת ההסדר" (Settlement Conference), שמנהל "השופט ההסדרי" (Settlement Judge).

40 ראו לדוגמה: Joshua Rosenberg, Jay Folberg, Robert Barrett, *Use of ADR in California*; רינה בוגוש ורות הלפרין-קדרי "מגדר וגישור בהליכי גירושין" המשפט 335 (2002); רינה בוגוש ורות הלפרין-קדרי "הקול קול הגישור, אך הידיים ידי המשפט: על גישור ועל ניהול גירושין בישראל" הפרקליט מט 293, 295, ה"ש 5 (התשס"ח).

41 Wayne D. Brazil, *Should Court-Sponsored ADR Survive?*, 21 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 241 (2006); Janet Rifkin, Jonathan Millen & Sara Cobb, *Toward a New Discourse for Mediation: A Critique of Neutrality*, 9 MEDIATION QUARTERLY 151 (1991); Linda Mulcahy, *The Possibilities and Desirability of Mediator Neutrality-Towards an Ethic of Partiality?* 10 SOCIAL AND LEGAL STUDIES 505 (2001); עומר שפירא הפעלת כוח והשפעה בגישור: פרקטיקה ואתיקה יישומית 117-121, 232-235 (התשס"ז).

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

הליך ועידת ההסדר מתנהל בבית משפט על ידי שופט, ובמסגרתו מקיים השופט ישיבות ושיחות עם צדדים לתביעה משפטית ובאי כוחם במטרה לבחון את האפשרות לסיים את הסכסוך בדרך הסכמית על ידי גיבוש הסדר ביניהם. לצורך כך, רשאי השופט להיפגש עם הצדדים במשותף וכן עם כל צד בנפרד. תוכן הליך ועידת ההסדר הוא חסוי. מטרת השופט היא לעודד תקשורת בין הצדדים ולסייע להם בניהול משא ומתן לקראת יצירתו של הסדר. השיח הרלוונטי עוסק באינטרסים ובצרכים של המתדיינים ובבחינת דרכי פתרון העשויות להתאים להם⁴².

הליך ועידת ההסדר מבקש למעשה להיבנות מהידע והניסיון שנצבר בניהול הליכי גישור ולאמץ את ההבטחה הטמונה בהליך השיתופי בעיקר מסוגו הפרגמטי, למתן פתרון איכותי ויעיל למתדיינים. ההליך נפוץ בשיטת המשפט בארצות הברית הן בשלב הערכאה הראשונה (כשלב חובה טרם פתיחת דיון אדברסרי), והן במסגרת בתי המשפט לערעורים. שיטת המשפט הישראלית טרם אימצה הליך זה אף שהתנהלות הסדרית רווחת במערכת בתי המשפט בארץ⁴³.

מלאכת השפיטה כוללת בהגדרתה את מטלת הבאת הסכסוך המשפטי שהובא בפני השופט לידי סיומו. השפיטה הקלאסית עושה זאת בדרך של הכרעה מחייבת מטעם השופט. שופט ועידת ההסדר מנהל הליך שמטרתו הבאת הצדדים לידי הסדר והימנעות מכתובת פסק דין. המציאות המשפטית כללה כבר בעבר התייחסות של שופטים לבחינת יכולת הצדדים להגיע לידי הסדר ביניהם, אלא שהתייחסות זו לא התנהלה כבמסגרת הליך ייחודי, המוטל על פי רוב כחובה, ונעשתה במסגרת כללי יסוד של השיטה האדברסרית ותחת כללי ההליך הנאות כפי שנתפסו בשפיטה הקלאסית. כללים אלה הגבילו את יכולת ההתערבות האקטיבית של השופט בקידום ההסדר, ובוודאי לא התירו לו לקיים מפגשים

42 על הרצוי והמצוי בתהליך ראו גם: Carrie Menkel-Meadow, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 UCLA L. REV 485 (1985); Michael R. Hogan, *Judicial Settlement Conferences: Empowering the Parties to Decide Through Negotiation* 27 WILLAMETTE L. REV. 429 (1991); Jeffrey A. Parness, *Improving Judicial settlement Conferences*, 39 U.C DAVIS L. REV 1891 (2006); הכהן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9–20.

43 הליך ועידת ההסדר טרם יובא למשפט הישראלי, אף על פי שאזכר כאופציה הראויה לדיון ולהטמעה במערכת בתי המשפט עוד בדו"ח ועדת רביבי. דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוט, בעמ' 23 (התשנ"ט). עם זאת, התנהלות הסדרית רווחת בבית המשפט הישראלי ובאה לידי ביטוי בעיקר במסגרת הליך קדם המשפט. המצב הקיים הוא מצב של ניהול הליכים שיפוטיים שמטרתם יצירת הסדר בין הצדדים, וזאת ללא הכלים, ולעתים ללא המיומנויות הנדרשות לביצוע הולם של תפקיד זה. על חוסר שביעות הרצון הנובע מתופעה זו ראו לדוגמה דבר העורך המשותף יחיאל בהט "גישור ופישור: הפרטה ולחץ מתון" **שערי משפט ג 7** (התשס"ב). נושא זה יטופל בהרחבה במאמר נפרד.

נפרדים וחסויים עם כל צד. יתר על כן, ההתייחסות השיפוטית דאז הייתה מבוססת על תפיסה של זכויות, על מתן הערכה מקדמית כללית של אומדן סיכוי וסיכון עתידי בתוצאות המשפט. ההתנהלות השיפוטית בניהול ועידת ההסדר כוללת התייחסות לסוג פתרון עדיף לצדדים, לאינטרסים שונים העשויים לבוא לידי סיפוק בפתרון יצירתי ולשיקולים חוץ שיפוטיים כגון היבטים פסיכולוגיים הכרוכים בניהול משפט ארוך, עלויות ניהול ועוד. ניהול הליך שיתופי ממוקד הסדר מצריך שימוש במיומנות של אינטראקציה בין-אישית, פיתוח תקשורת בין-אישית והפעלת אינטליגנציה רגשית נוסף על אינטליגנציה האנליטית. השופט צריך לגלות אמפטיה כלפי המתדיינים, לנהוג בדרך של הקשבה פעילה, להפעיל חשיבה יצירתית וגמישות, ולמעשה לעשות שימוש בידע ובמיומנויות של מגשר⁴⁴. על השופט לבנות אמן בתהליך ובניהולו ולהתנהל מתוך אוריינטציה הקשרית הממוקדת בפתרון בעיות.

התבוננות בתוכני התפקיד השיפוטי ההסדרי ובאופן מילוי בעת ניהול ההליך השיפוטי מפרספקטיבה מגדרית מסייעת לאפיינו ועשויה לתרום להעשרתו. ניהול הליך השפיטה ההסדרי נעשה מתוך גישה הקשרית, המדגישה את שיפור התקשורת והבניית מערכת יחסים בין הצדדים לסכסוך ובינם לבין השופט. היא שואפת למציאת פתרון שיאפשר המשך מערכת יחסים עתידית בין הצדדים לסכסוך. ההליך ההסדרי מכוון לפתור בעיות כשבבסיסו התייחסות אינדיבידואלית. ההליך מכוון לעיצוב פתרון מוסכם אשר תוכנו מותאם לצרכים של הצדדים הפרטניים לסכסוך, פתרון העשוי להיות יצירתי ומגוון. זאת, להבדיל מהליך השפיטה הקלאסי אשר התייחסותו לסכסוך נעשית מנקודת מבט כללית יותר. עניינו באיתור כלל משפטי הקיים בדין ובחירה בפתרון מבין הפתרונות הקבועים בדין האמורים להיות ישימים לכלל מקרים. ההתנהלות השיפוטית בהליך השיפוטי היא יוזמת ואמפטיית. על כן ניתן לטעון כי סגנון ניהול הליך השפיטה ההסדרי עולה בקנה אחד עם תפיסת הצדק המאפיינת נשים על פי תובנות הפמיניזם התרבותי.

הצגה זו של ההליך השיפוטי ההסדרי עשויה גם לתרום לפיתוחו. הכרת תפיסת הפמיניזם התרבותי לעומקה יכולה לתרום לעיצוב תוכן התפקיד השיפוטי ההסדרי ולשיפור

44 על הידע, הכישורים, תכונות האופי והמיומנויות הנדרשים למילוי נאות של תפקיד המגשר ראו לדוגמה: Dorothy J. Della Noce, *Seeing Theory in Practice: An Analysis of Empathy in Mediation*, 15 NEGOTIATION JOURNAL 229 (1999); Daniel Bowling & David Hoffman, *Bringing Peace into the Room: The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact on the Mediation*, 16 NEGOTIATION JOURNAL 5 (2000); Margaret S. Herrman, Nancy Hollett, Jerry Gale & Mark Foster, *Defining Mediator Knowledge and Skills*, 17 NEGOTIATION JOURNAL 139 (2001); KIMBERLEE K. KOVACH, *MEDIATION, PRINCIPLES AND PRACTICE* (1994).

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

איכותו ויעילותו של ההליך השיפוטי. כך ניתן ללמוד מתפיסת הפמיניזם התרבותי את החשיבות בנתינת הזדמנות למתדיין להשמיע קולו. המונח "השמעת קול" מתייחס לאפשרות של המתדיין לבטא את עצמו באופן ישיר בהליך בירור הסכסוך, ולא בתיווך בא כוחו, כמקובל בהליך המשפטי המסורתי. הוא יכול להסביר את נקודת מבטו לסכסוך ולבטא את רגשותיו, להבדיל משמיעת המתדיין בדרך של חקירה נגדית בלבד, המוגבלת לתצהיר שניתן בשמו המנוסח בפורמט פורמליסטי ומתבסס על קטגוריות משפטיות. נלמד הצורך במתן זמן ומקום להבעת רגשותיו ודאגותיו של המתדיין. מובן הצורך להתנהלות שיפוטית הכוללת מבעים של אתיקה של דאגה והבעת אמפטיה לסיפור הסכסוך ולצדדים. חשיבות הקשר, החיבור הבין-אישי וההתייחסות אליהם, הנלמדים מתפיסת הפמיניזם התרבותי, עשויים לשמש כלי עזר לגיבוש פתרון הסכמי. כך, לדוגמה, ניתן להסתייע במסגרת ההליך השיפוטי ההסדרי בגורמים נוספים רלוונטיים ליישוב הסכסוך שאינם בהכרח מגוייס בכתבי הטענות אשר מעורבותם המוסכמת מעניקה ערך מוסף ותורמת לגיבוש פתרון הולם. גורמים אלה יכולים להיות לדוגמה סבא וסבתא בסכסוך משפחה, העשויים לסייע במשמורת על הילד או במימון נדרש.

ו. פמיניזם תרבותי ובחינת ההליך השיפוטי הטיפולי

1. ההליך הטיפולי בבתי המשפט פותרים הבעיות

תפקיד שיפוטי חדש, המגלם אף הוא תפיסה עדכנית של דרך ראוייה לניהול סכסוכים ויישובם הוא תפקידו של השופט הטיפולי⁴⁵. תפקידו של השופט הטיפולי בא לידי ביטוי בשני שדות פעולה. האחד, במסגרת ניהול הליכים שיפוטיים בבתי משפט פליליים ייחודיים, המכונים "בתי משפט פותרים בעיות"⁴⁶. השני, במסגרת ניהול הליכי שפיטה במערכת בתי המשפט הרגילה, שם ניהול ההליך משלב מאפייני התנהלות טיפוליים (שיתוארו להלן) ופרשנות עדכנית למונח הליך הוגן⁴⁷.

45 על התפקיד השיפוטי הטיפולי ראו בהרחבה: קרני פרלמן "תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הריאליזם המשפטי" **מחקרי משפט** כו 415 (2010).

46 Greg Berman & John Feinblatt, *Problem Solving Courts: A Brief Primer*, 23 L. & POL'Y INT'L. BUS. 125 (2001); Symposium, *The Changing Face of Justice: The Evolution of Problem Solving*, 29 FORDHAM URB.L.J. 1790 (2002).

47 Francine Byrne, Donald Farole, Jr., Nora Puffett, & Michael Rempel, *Applying The Problem-Solving Model Outside of Problem-Solving Courts*, 89 JUDICATURE 40 (2005); David Wexler, *Therapeutic Jurisprudence: It's Not Just for Problem-Solving Courts and*

בתי המשפט פותרי הבעיות, המכונים גם בתי משפט טיפוליים, הם בתי משפט מיוחדים העוסקים בעיקר בנושאים פליליים שעניינם בעיות חברתיות כרוניות, כגון עברות סמים ואלומות במשפחה. בתי משפט מסוג זה קיימים כיום במערכת בתי המשפט בארצות-הברית, בקנדה⁴⁸, באוסטרליה⁴⁹, ובארצות משפט אנגלו אמריקני נוספות. ההליך השיפוטי הנוהג במסגרת בתי משפט אלה הוא הליך שונה מהליך השפיטה הקלאסי. ההליך הטיפולי מתאפיין בסממנים פחות פורמליים, בגישה שיתופית של הנוטלים בו חלק, ובאיתור פתרון שיקומי, חינוכי וטיפולי המותאם לנאשם ולנסיבות ביצוע העברה. הפתרון השיפוטי מיועד לתת לנאשם כלים יעילים להתמודדות חברתית ולמנוע ממנו לשוב ולבצע עברה. חשוב לציין כי הדיון בהליך הטיפולי בבתי המשפט פותרי הבעיות נערך לאחר שהנאשם הודה בביצוע העברה המיוחסת לו, ועל כן אינו כולל דיון להוכחת העברה.

בית משפט פותר בעיות כולל צוות המורכב מבעלי מקצוע רב-תחומיים בעלי הכשרה מגוונת: עובדים סוציאליים, פסיכולוגים, נציגי קהילה ועוד. השופט הוא איש צוות מוביל בהרכב הרב-תחומי הטיפולי הזה. השופט הטיפולי מנהל תהליך של התייעצות עם הצוות הטיפולי ומשתף אותו בתהליך קבלת ההחלטות. ההליך השיפוטי כולל גם יצירת דיאלוג ישיר בין השופט לנאשם, ובין השופט לקרוביו הרלוונטיים של הנאשם הנוכחים באולם ומביעים רצון לסייע לשיקומו. האופי השיתופי של ההליך מתבטא גם בהתייחסות התורמת של התביעה וההגנה⁵⁰, והקשר שנוצר בין הנאשם לצוות הטיפולי. ההליך השיפוטי הטיפולי מסתיים על פי רוב בכריתת "חוזה טיפולי" עם הנאשם, שבו מנויים חובותיו (השתתפות בתכנית שיקומית רלוונטית כגון גמילה מאלכוהול ותכנית ללימוד שליטה וניהול כעסים) ונקבעות מטרות יעד לשיקומו. התפקיד השיפוטי אינו מסתיים עם מתן החלטה, אלא כולל המשך מעקב שיפוטי פרטני אחר התקדמות הנאשם בעמידתו בתנאי התכנית נשוא ההחלטה השיפוטית. הנאשם מובא בפני השופט באופן מסודר בשלבים שונים של ההתקדמות או אי-עמידה בתנאי החוזה הטיפולי. בסמכות השופט להעניק הקלות אפשריות עם התקדמותו של הנאשם בשיקום כמו גם להטיל סנקציות במקרה של אי-עמידה במחויבות זו⁵¹.

Calendars Anymore, in FUTURE TRENDS IN STATE COURTS 2004 (Carol R Flango, Neal Kauder, Kenneth G. Pankey, Jr. & Charles Campbell eds., 2004)

ראו: www.nji.ca National Judicial Institute (נבדק לאחרונה ב-2.2.2011). 48

ראו: www.aija.org.au, The Australian Institute of Judicial Administration (נבדק לאחרונה ב-2.2.2011). 49

Symposium, *The Impact of Problem Solving on the Lawyer's Role and Ethics*, 29 *FORDHAM URB. L.J.* 1892 (2002). 50

JUDGING IN A THERAPEUTIC KEY: THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND THE COURTS 13-93 (Bruce J. Winick & David B. Wexler eds., 2003); Peggy Fulton Hora & Theodore 51

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

עם בתי המשפט פותרי הבעיות נמנים כיום גם מספר רב של בתי משפט טיפוליים קהילתיים. בתי משפט אלה מציעים מערך של שירותי טיפול וסיוע לאזרחים. הסיוע ניתן במגוון נושאים כגון הפניה להכשרה מקצועית, עזרה במציאת מקום עבודה, תכניות לגמילה מסמים, תכנית להכשרה הורית, סיוע פיננסי ועוד. בתי המשפט הקהילתיים יוזמים פרויקטים שונים שמטרתם לקרב את הקהילה המקומית למערכת המשפט ולשתף את בני הקהילה בסיוע בבעיות המתרחשות בה כגון פיתוח מנגנון של גישור קהילתי, עריכת ישיבות פתוחות לקהל והקמת ועדות היגוי בהשתתפות נציגי הקהילה⁵².

השופט הטיפולי בבתי המשפט פותרי הבעיות מנהל הליך שיפוטי תוך הפעלת אתיקה של דאגה, ואינו רואה עצמו כמקור סמכות לענישה בלבד. הוא מפעיל כישורים תקשורתיים בין-אישיים על מנת לשכנע אדם לקבל שירותים שהוא זקוק להם ולהניעו לצאת ממעגל הסתבכותו עם הדין והחברה⁵³. "האינטליגנציה האנליטית" שהפעיל השופט בעת מילוי התפקיד השיפוטי הקלאסי אין בה די, ונדרשת גם "אינטליגנציה רגשית"⁵⁴. מעלתו של השופט אינה גזורה עוד אך מיכולתו ליתן מענה משפטי לסוגיה באופן רציונלי ושיטתי, כי אם גם מיכולתו להתייחס להיבטים פסיכולוגיים וחברתיים הכרוכים בסוגיה שהובאה לפניו ובאדם הקשור אליה⁵⁵.

התנהלות שיפוטית טיפולית ראויה מתאפיינת ביזמה ובאקטיביות שיפוטית, בהבעת אמפטיה למתדיינים, בהתנהלות מכבדת כלפיהם (למשל בהגייה נכונה של שמם), בהקשבה פעילה ובניסיון להניע את הנאשם לשינוי התנהגותו העתידית מכוח שכנוע פנימי, ולא בכפייה. השופט הטיפולי מתבקש לנסות לעודד אצל הנאשם יכולת התמודדות עצמית עם הבעיות העומדות בבסיס התנהגותו העבריינית, בין היתר על ידי התמקדות חיובית והבעת

Stalcup, *Drug Treatment Courts in the Twenty-First Century: The Evolution of the Revolution in Problem-Solving Courts*, 42 GA. L. REV. 717 (2008)

52 על מערכת בתי משפט אלה בניו-יורק ראו: www.courtinnovation.org (נבדק לאחרונה ב-2.2.2011); Berman & Terry Carter, *Red Hook Experiment*, 90 A.B.A. J. 44 (2004); Feinblatt, לעיל ה"ש 46.

53 David B. Wexler, *Robes and Rehabilitation: How Judges Can Help Offenders "Make Good"*, 38 COURT REV. 18 (2001)

54 Michael King, *Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the Rise of Emotionally Intelligent Justice*, 32 MELBOURNE U. L. REV. 1096 (2008)

55 Susan Goldberg, *Judging for the 21st Century: A Problem-Solving Approach*, National Judicial Institute "People before process, outcome before output" 8 (2005) www.nji.ca/nji/Public/documents/Judgingfor21scenturyDe.pdf (נבדק לאחרונה ב-2.2.2011).

אמון ביכולת הנאשם להשתקם⁵⁶. כמו כן, השפיטה הטיפולית מקפידה על שימוש בבהירות לשונית שמשמעה שימוש במשלב לשוני המבהיר לנאשם (ולא רק לבא כוחו) את המסר השיפוטי. מטרתה של בהירות זו היא להקטין בעיה של כשל בתקשורת ואי-הבנה מצד המתדיין⁵⁷.

ההליך הטיפולי מתאפיין אפוא באתיקה שיפוטית של דאגה, בהתייחסות לקשר בין-אישי, בבחינת צרכים ואינטרסים של האינדיבידואל בקונטקסט חברתי ובחתימה לפתרון בעיות בדגש אישי. זאת, להבדיל מעיסוק הממוקד באתיקה של זכויות וחובות על דרך יבוא נורמות משפטיות והחלתן תוך התייחסות שיפוטית מרוחקת ההולמת להליך השיפוטי האדברסרי. על כן ניתן לטעון כי ההליך השיפוטי הטיפולי בבתי המשפט פותרי הבעיות עולה בקנה אחד עם תפיסת הצדק המאפיינת חשיבה נשית על פי הפמיניזם התרבותי ועם דרך פתרון בעיות בחשיבה "נשית".

2. התנהלות טיפולית ותורת המשפט הטיפולי

התפקיד השיפוטי הטיפולי ניתן להבנה על בסיס רעיוני שהציעה תנועת תורת המשפט הטיפולי. תורה זו מהווה גישה בין-תחומית המבוססת על ההנחה כי המשפט הוא כוח חברתי בעל השפעה על החיים הרגשיים והרווחה הפסיכולוגית של הפרט. התורה קוראת ללימוד תפקידו של הדין כגורם טיפולי ומתמקדת בהשפעת המשפט על הפן הרגשי ועל הרווחה הפסיכולוגית של הפרט⁵⁸. התורה מעניקה זווית ראייה הרואה במשפט – בכללי הדין, בפרוצדורות המשפטיות, ובתפקיד ה"שחקנים המשפטיים"⁵⁹ – כוח בעל תוצאות טיפוליות (תוצאות רגשיות חיוביות, בונות) או אנטי-טיפוליות (תוצאות רגשיות שליליות, מחלישות) על המושפעים ממנו. תנועת תורת המשפט הטיפולי מציעה ללמוד ולעשות שימוש בכלים של מדעי ההתנהגות, ובעיקר מענף הפסיכולוגיה, ובהתבסס עליהם לערוך רפורמות בדין ובפרוצדורות ליישומי המיועדות להפחתת תוצאות אנטי-טיפוליות ולקידום השגת תוצאות מיטיבות. קריאתה של תורת המשפט הטיפולי ליצירת משפט תאורטי ויישומי שהוא יותר הומני, מרפא, יעיל ומאחה, והצעותיה לעריכת רפורמות בהתאם, ממצב

56 התמקדות חיובית נעשית על דרך גינוי המעשה שנעשה ולא על דרך גינוי האדם שעשה אותו, וכן באמצעות ניסיון למצוא תכונות טובות באישיותו של המתדיין והבעת אמון ותקווה שיפוטיים ביכולת הנאשם להשתקם. על מאפיין זה והאחרים שנמנו ראו שם, בעמ' 9–18.

57 שם, בעמ' 13.

58 PRACTICING THERAPEUTIC JURISPRUDENCE: LAW AS A HELPING PROFESSION (Dennis P. Stolle, David B. Wexler & Bruce J. Winick eds., 2000), וכן אתר האינטרנט המרכזי של

התנועה – www.therapeuticjurisprudence.org.

59 כגון עורכי הדין, השופטים והמחוקקים.

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

אותה כתנועה מובילה במסגרת כלל התנועות המשפטיות הדוגלות בתפיסה המודרנית של "המשפט המקיף"⁶⁰.

התורה קוראת ליישום מאפיינים של התנהלות שיפוטית טיפולית ראויה (הבעת אמפטיה, הקשבה פעילה, בהירות לשונית וכדומה) גם בעת ניהול הליך שיפוטי אזרחי במערכת בתי המשפט הרגילה. עמדה זו מוצאת תימוכין גם במסקנות ועדות משפטיות שונות וקובעי מדיניות משפטית בארצות-הברית⁶¹.

ארגון השופטים האמריקנים פרסם בשנת 2008 חוברת מיוחדת בנושא "ההגינות הפרוצדורלית", הכוללת נייר עמדה רשמי ("White Paper") של הארגון, ובה קריאה להתנהלות שיפוטית עדכנית ראויה במערכת בתי המשפט בארצות-הברית ובקנדה⁶². נייר עמדה זה משקף תפיסה עדכנית למושג צדק פרוצדורלי, וקורא להתנהלות שיפוטית המיישמת תפיסה של הגינות תהליכית במובנה ההקשרי, הבין-אישי, על פני מובנה הפורמלי של יישום כללי סדרי דין ודיני ראיות. ההגינות הפרוצדורלית, על פי עמדת הארגון, נבנית בתודעת המתדיין מכמה רכיבים, לרבות השמעת קול, משמע קבלת הזדמנות נאותה לקחת חלק בסכסוך ולהביע דברים, בניית אמון בסמכות הנובעת מהתנהלות שיפוטית הכוללת מבעים של דאגה ואכפתיות למקרה וקבלת יחס מכבד. הגינות תהליכית מתבקשת זו, הולמת במאפייניה את ההתנהלות השיפוטית הטיפולית המוצעת. סממנים להתנהלות שיפוטית טיפולית מצויים כיום גם במסגרת בתי משפט ייחודיים בישראל⁶³.

תורת המשפט הטיפולי עושה שימוש ניכר במונחים הלקוחים מתפיסת הפמיניזם התרבותי כגון קריאתה להתנהלות שיפוטית טיפולית מתוך "אתיקה של דאגה"⁶⁴. היא מיישמת עקרונות של התייחסות לקשרים חברתיים, כדוגמת שיתוף בני משפחה בהליך השיפוטי ושמיעתם, ושל התייחסות בין-אישית, לרבות בדיאלוג בין השופט לנאשם,

- 60 Daicoff, לעיל ה"ש 25.
- 61 Daniel J. Becker & Maura N. Corrigan, *Moving Problem-Solving Courts into the Mainstream: A Report Card from the CCJ-COSCA Problem Courts Committee*, 39 COURT REV. 4 (2002).
- 62 The American Judges Association, *Special Issue on Procedural Fairness*, 44 COURT REV. (2008).
- 63 סממנים מובהקים של התנהלות טיפולית קיימים בבתי משפט ייחודיים בישראל, ובעיקר בבית המשפט לנוער ובבתי המשפט לענייני משפחה. ראו: Karni Perlman, *It Takes Two for TJ: Correlation Between Bench and Bar Attitudes Toward Therapeutic Jurisprudence – An Israeli Perspective*, 30 T. JEFFERSON L. REV. 351 (2008). לעיל ה"ש 45.
- 64 ראו לדוגמה: William G. Schma, *Judging for the New Millenium*, In JUDGING IN A THERAPEUTIC KEY, לעיל ה"ש 51, בעמ' 88.

כגורמים העשוי לעצב התנהגות. החוזה הטיפולי מהווה פתרון משפטי בעל היבט סובייקטיבי, בהיותו מותאם לצרכים של הפרט. זאת, להבדיל מפתרון בעל היבט אובייקטיבי במהותו של החלת נורמות אוניברסליות בהליך האדברסרי. על כן, ניתן היה לצפות כי כתיבתם של מייסדי תורת המשפט הטיפולי ותומכיה תעסוק בהרחבה בקשר הרעיוני הנטען כאן בין התורה הרעיונית המעשית החדשה יחסית לבין תפיסת הפמיניזם התרבותי שקדמה לה. זאת, ברוח ההתייחסות של בוש לכתובתה של גיליגן במסגרת מודל הגישור הטרנספורמטיבי⁶⁵. אולם התייחסות כזו אינה קיימת, והיעדרה מעורר תהייה. ייתכן כי ההסבר לכך טמון בגישתה העניינית של התורה, המתרכזת יותר בהצעות לשינויים מעשיים במציאות הנוהגת ובפתרון בעיות פרגמטי ופחות בפיתוח שיח רעיוני-תאורטי המתייחס לתנועות רעיוניות ומעשיות שקדמו לה. היעדר התייחסות מייסדי תורת המשפט הטיפולי לתורות משפט נוספות הכוללות כמה מאפיינים דומים, זכה לביקורת, ונחשב לנקודת חולשה בעיצוב זהותה של תנועת תורת המשפט הטיפולי⁶⁶. התייחסות שיטתית ראויה הייתה מסייעת להעמקת הגדרתה של התנועה כ"תורת משפט", למיצובה על רצף התפתחות היסטורי-רעיוני הנשען על תמות שהועלו בעבר וכן להבחנתה מתנועות שקדמו לה ומתהליכים שיושמו בעבר. יצוין כי עם התרחבותה של תנועת תורת המשפט הטיפולי בשיח המשפטי הציבורי בארצות-הברית והגדלת מספרם של בתי המשפט הטיפוליים, התפתחה התייחסות שכזו מטעם מלומדי משפט שונים ותומכי תנועת תורת המשפט הטיפולי. התייחסות לתנועות נוספות נעשתה בעיקר מתוך קריאה לשילוב עקרונות טיפוליים במסגרת יישום כלים ומתודות של התנועות האחרות, כגון שימוש בעקרונות טיפוליים לשם בחירה מושכלת בהליך ADR ההולם את הסכסוך⁶⁷.

3. עיון בהתנהלות השיפוטית החדשה מפרספקטיבה מגדרית

פרספקטיבה מגדרית המתמקדת לצורכי מאמר זה בגישת הפמיניזם התרבותי מאפשרת להתבונן בתפקידים השיפוטיים החדשים ולאבחנם כמשקפים שינוי בדרך ההתנהלות השיפוטית המקובלת בשיטת המשפט. תופעה זו היא הרחבת קשת ההתנהלויות השיפוטיות הלגיטימיות בשיטת המשפט והעמקת תפיסת הצדק בניהול הליכים שיפוטיים. ניתן להצביע

65 Bush & Folger, לעיל ה"ש 31.

66 Christopher Slobogin, *Therapeutic Jurisprudence: Five Dilemmas to Ponder*, 1 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 193 (1995).

67 Andrea Kupfer-Schneider, *The Intersection of Therapeutic Jurisprudence, Preventing Law, and Alternative Dispute Resolution*, 5 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 1084 (1999); Andrea Kupfer-Schneider, *Building a Pedagogy of Problem-Solving: Learning to Choose Among ADR Processes*, 5 HARV. NEGOT. L. REV. 113 (2000).

על מעבר מהתנהלות שיפוטית המבוססת על אתיקה של זכויות וריחוק שיפוטי הנדרש לניהול הליך שפיטה אדברסרי, להתנהלות שיפוטית המבוססת על אתיקה של דאגה, אקטיביות שיפוטית והבעת אמפטיה, הנדרשים לניהול מוצלח של הליך שיתופי יותר במהותו. יובהר כי המונח הבעת אמפטיה, מובנו כאן התייחסות לזווית הראייה של הפרט לסיפורו, משמע התייחסות לפרספקטיבה של האחר, תפיסת עולמו ותחושותיו, ללא שנדרשת הזדהות או קבלת זווית ראייה זו. מבעים של אמפטיה שיפוטית עשויים להיות על דרך של הבעת עניין בעמדת המתדיין, הכרה ברגשותיו, ניהול שיח עמו ושאלת שאלות בהקשר לחייו ולסכסוך שבו הוא מצוי⁶⁸.

ניהול הליכי שפיטה הסדריים או טיפוליים נעשה מתוך אוריינטציה הקשרית ומתן דגש למערכות יחסים ולתקשורת בין-אישית. הם נערכים מתוך תפיסה שיתופית וממעייטים בסממנים פורמליסטיים. במסגרתם ניתן קול למתדיינים ומוענקת התייחסות לצדדים כישויות נפרדות וקשורות בו-זמנית. הפתרון המושג בהליכים השיפוטיים ההסדרי והטיפוליים הוא פתרון שביסודו מונח ניסיון לקידום טיפול בבעיה ויישובה באופן מעמיק, על כלל רבדיה שאינם מתמצים בקטגוריות משפטיות התחומות בעילות משפטיות. הפתרון המושג בהם חותר להיות הסכמי, וצופה פני עתיד. השיח המתקיים בהליכים האמורים אינו מוגבל לשיח של זכויות וחובות משפטיות וכולל התייחסות לצרכים, לרגשות ולאינטרסים. סיום הליכים אלה אינו מתיר צד כ"מנצח" או "מפסיד". ניתן לטעון אפוא כי הליכים אלה משתלבים בתפיסת הפמיניזם התרבותי ואף מיישמים תמות מרכזיות מתוכה, במיוחד בהשוואה להליך השפיטה הקלאסי. סגנון ניהול הליכי השפיטה המודרניים שהתפתחו בעשורים האחרונים, ההסדרי והטיפוליים, משקפים תפיסה של צדק נשי יותר במהותו ואת הטמעתו במערכת בתי המשפט המודרנית.

ניהול הליכים ליישוב סכסוכים באופן המיישם תפיסת צדק נשי, וזאת במסגרת כותלי בית המשפט, עשוי גם לתת מענה לביקורת הפמיניסטית שהועלתה, כאמור, בנוגע לקיום הליכי ניהול סכסוכים חסויים ויישובם, ולבעייתיות הטמונה בהם לזכויות הנשים. החשש מפני הפרטת הצדק בקיום הליך בלתי פורמלי, חסוי, המאפשר התניה על נורמות, ומתבצע בניהולו של צד ג' (המגשר) שהוא חיצוני לצוות בית המשפט⁶⁹, זוכה להתייחסות מערכתית המציעה אפשרות אחרת. ניהול ההליכים ההסדריים והטיפוליים על ידי שופט הכפוף לכללי בחירה, הכשרה וביקורת, ובעת מילוי התפקיד השיפוטי הטיפוליים גם במסגרת קיום שיח

68 מבעים אלה הולמים דרך ניהול סכסוך שיתופית במהותה, אשר בבסיסה נערך שיח של צרכים. בכל מקרה אין הכוונה לטעון לחוסר עניין או לחוסר אכפתיות שיפוטית במסגרת ניהול הליך אדברסרי, שכן בבסיסו קיים שיח בעל תכנים שונים. על האמפטיה בהליך הגישור ראו: Della Noce, לעיל ה"ש 44. על האמפטיה בהליך הטיפוליים ראו: Goldberg, לעיל ה"ש 55, בעמ' 16.

69 אלעד פינקלשטיין המשטר המשפטי של הליך הגישור 56–58 (2007).

פומבי, מהווים תשובה אפשרית לחששות שצוינו. ניהול הליכי שפיטה בעלי מאפיינים הסדריים, טיפוליים או שניהם גם יחד (היות שניתן לשלב ביניהם) עשוי להיראות מפרספקטיבה מגדרית כנהנה משילוב בין היתרונות המיוחדים לניהול הליך של בירור סכסוך וייעוץ במסגרת בית המשפט לבין היתרונות הטמונים בסגנון התנהלות וחשיבה המשקפים גישה נשית לצדק ולדרך ראויה לפתרון בעיות.

השופט הטיפולי נחשב כיום לשופט הזוכה למידת האמון ולמידת שביעות רצון מהגבוהות הניתנות על ידי הציבור בארצות-הברית בנוגע לנושאי תפקידים ולתפקודה של מערכת בתי המשפט⁷⁰. קריאת התפקיד השיפוטי החדש לאור גישת הפמיניזם התרבותי מסייעת להבין את שורשי מתן האמון ושביעות הרצון מדרך התנהלותו. אופן מילוי התפקיד הטיפולי עונה על ציפיות מתדיינים רבים ומתיישב עם תפיסות מקובלות בציבור הרחב בדבר ניהול סכסוך, מהותו של צדק והדרך הראויה ליישמו.

ז. תרומת הפרספקטיבה המגדרית לפיתוח שיח ומחקר בנושא דרכי ניהול סכסוכים וייעוץ

פרק זה מבקש לאגד ולסכם בצורה שיטתית כמה טענות שהועלו בפרקים הקודמים בנוגע לתרומתה של הפרספקטיבה המגדרית לפיתוח שיח ומחקר בנושא דרכי ניהול סכסוכים וייעוץ. דיסציפלינת ניהול סכסוכים וייעוץ מאגדת בתוכה כמה נקודות מבט, ומהווה תולדה של מחקרים בתחומים שונים⁷¹. הפרספקטיבה המגדרית תורמת תרומה נכבדה לפיתוח שיח ומחקר במסגרת דיסציפלינה זו.

ראשית, היא מעניקה כלי התייחסות המהווים פרמטר חשוב להתבוננות ולהבחנה בין סוגי הליכים שונים לניהול סכסוכים וייעוץ. כך, לדוגמה, ניתן להבחין בין הליכי ה-ADR השונים, כגון בין הליך הגישור לבין הליך ההערכה המקדמית הניטרלית גם על פי פרמטר של מידת שמיעת קולו של המתדיין, התייחסות לקשרים חברתיים ולרגשות ועוד. הבחנה פרטנית מסייעת להתאים את פורום ניהול הסכסוך הנאות למהות הסכסוך הנדון ולמתדיינים לו. התאמה כזו נדרשת להבטחת איכות ויעילות של תכניות ה-ADR ונחשבת כהנחת יסוד בתנועת ה-ADR⁷².

Roger K. Warren, *Public Trust and Procedural Justice*, 37 Ct. Rev 12 (2000); Robert V. Wolf, *Race, Bias, and Problem-Solving Courts*, 21 NAT'L BLACK L.J. 27 (2009)

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

Frank E. Sander & Stephen Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 NEGOT. J. 49 (1994)

פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה

שנית, זווית הראייה הביקורתית שהיא מעלה מסייעת לפיתוח הליכים חדשים המבקשים להשיב לביקורת זו, וכן לשינוי ולשיפור דרכי ניהול הליכים קיימים. כך ניתן לטעון כי התפתחותו של הליך הגישור הטרנספורמטיבי מהווה מענה אפשרי לביקורת שהושמעה על הליך הגישור הפרגמטי. ביקורת זו טענה כי החתירה ליעילות, התמקדות באינטרסים והרצון להשגת הסדר בהליך הפרגמטי (המביאים לידי ביטוי חשיבה "גברית" במהותה) אינה מביאה לידי ביטוי את ההבטחה הטמונה בהליך להתייחסות לתהליכים הרגשיים שחווים הצדדים לסכסוך, ולהדגשת פיתוח היחסים והקשר שבין הצדדים⁷³. התפתחות תפקידו של השופט ההסדרי, המנהל הליך שיתופי בין כותלי בית המשפט, במקביל ונוסף על קיום תפקידו של המגשר המנהל הליך שיתופי מחוץ לכותלי בית המשפט, עשויה להוות מענה לחשש מפני הפרטת הצדק לגורמים מחוץ למערכת, העלול לגרור פגיעה בזכויות הנשים. התפתחותו של שיח בנושא הטלת חובה על השתתפות בהליכי גישור בסכסוכי משפחה או טיבה של חובת הניטרליות החלה על מגשר במקרים של פערי כוח בין צדדים, ניתנת אף היא לייחוס כמענה לחששות ולביקורת שהועלו מתוך התבוננות בהליך הגישור מפרספקטיבה מגדרית.

שלישית, הפרספקטיבה המגדרית, ובענייננו – ההתמקדות בפמיניזם התרבותי, מאפשרת ליצור הכללה, להגדיר מאגד של דרכי חשיבה והתנהלות כתופעה. ניתן לדבר על אלטרנטיבה נשית למושג הצדק הגברי ולדרך הראויה לניהול ההליך השיפוטי. התייחסות מכלילה זו מאפשרת להתבונן בתופעות, בתפקידים ובתהליכים המתרחשים במערכת ניהול סכסוכים ויישובם במדינה באופן מעמיק. התפקיד השיפוטי הטיפולי נבדל מתפקידו של השופט המנהל הליך שפיטה קלאסי לא רק בטכניקה הניהולית, כי אם בתפיסה הרעיונית העומדת בבסיס ההליך. מדובר בגישה שונה, בתפיסה בסיסית שונה של צדק, דרך ראויה לניהול סכסוך וטיב הפתרון המתאים לו. הפמיניזם התרבותי תרם להכנסת קול חדש של תרבות שונה למערכת המשפט, לגיבושם של מושגים וערכים אשר הוטמעו בשיטה ובין היתר תרמו להרחבת מגוון דרכי ניהול סכסוך משפטי.

רביעית, הפרספקטיבה המגדרית מאפשרת העמקת המחקר בנושא התפקידים השיפוטיים החדשים ושיפור ההליכים המתבצעים במסגרתם. הצגת תפקידיהם של השופט הטיפולי והשופט ההסדרי כממלאים תפקיד מערכתי בדרך ההולמת תפיסת צדק נשית במהותה, על פי הפמיניזם התרבותי, ראוי שתזכה להיזון חוזר. הכרה מעמיקה של תפיסת הפמיניזם התרבותי ומחקרים שנערכו בהשראתה עשויה להעשיר את תוכני התפקידים השיפוטיים החדשים ולהעניק להם כלים איכותיים ויעילים אשר יסייעו להצלחתם. כך לדוגמה ניתן ללמוד מרעיונות שהועלו במסגרת גישת הפמיניזם התרבותי על חשיבות

73 אלברשטין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 262–263.

הענקת זמן שיפוטי נאות למתן קול למתדיינים, על חשיבותם של יחסים חברתיים וקשרים בין-אישיים כגורם המניע שינוי התנהגותי או העשוי לסייע לגיבוש פתרון מוצלח לסכסוך. חמישית, פרספקטיבה זו מעניקה בסיס לעריכת מחקרים חדשים ולהעשרת התפיסה התרבותית. שאלה מעניינת עשויה להיות, למשל, האם תופעת התרחבותה של הגישה השיתופית לניהול סכסוכים ויישובם עשויה להיות מוסברת לאור העלייה הניכרת במספר הנשים המהוות כיום "שחקניות משפטיות" במערכות בתי המשפט?

שישית, ובהקשר האמור, התבוננות בפרספקטיבה מגדרית היא בעלת השלכות פרקטיות, לדוגמה, לנושא מיון והכשרת שופטים. ניהול הליכי השפיטה הנסקרים מצריך כישורים ומיומנויות שונים מאלו הנדרשים לשם ביצוע נאות של העבודה השיפוטית האדברסרית, ועל פי רוב אף סותרים אותם (יזמה מול פסיביות, כישרון הבעה בעל פה ויכולת הנעה ושכנוע בין-אישית מול כישרון הבעה בכתב ומתן הנמקה רציונלית). מכאן עולות שאלות משמעותיות – האם יש צורך בעדכון תוכני ההכשרה השיפוטית?⁷⁴ האם ניתן לרכוש מיומנויות של תקשורת בין-אישית, הקשבה פעילה, אמפטיה וכדומה ומהי הדרך ההולמת ללמדן וכיוצא באלה.

ח. סיכום

ניהול סכסוכים ויישובם מתבצע כיום הן במסגרת בית המשפט והן מחוצה לו שלא בדרך אדברסרית בלבד. הליך הגישור החוץ שיפוטי, על המודלים השונים שהתפתחו במסגרתו, והליכי שפיטה חדישים הסדריים או טיפוליים המתקיימים במערכת בתי המשפט מציעים כיום דרך שיתופית, מתן קול למתדיינים והתייחסות הקשרית הממוקדת בפתרון בעיות.

פרספקטיבה מגדרית, אשר במסגרת מאמר זה התמקדה בזווית הראייה שהציעה גישת הפמיניזם התרבותי ובעיקר בכתובתה של גיליגן, מהווה גורם בעל חשיבות רבה בפיתוח שיח ומחקר בנושא. פרספקטיבה זו מסייעת ליצירת הבחנה בין תהליכים שונים, בחינת התאמתם לסכסוך ולצדדים לו, יצירת תהליכים חדשים ושיפור קיימים. יש בה כדי להעמיק את המחקר בנושא דרכי ניהול סכסוכים ויישובם ולסייע במתן תוכן איכותי ויעיל להשלכות הפרקטיות הנובעות מיישומם בנוגע לדרכי ניהול הליכי שפיטה.

74 על הצעה לעדכון הכשרה לעורכי דין בתחום הטיפול ראו לדוגמה: Bruce J. Winick, *Using Therapeutic Jurisprudence in Teaching Lawyering Skills: Meeting the Challenge of the New ABA Standards*, 17 ST. THOMAS L. REV. (2005).