

## שכר טרחת מגשר בסכסוכים כספיים

יחיאל שמיר וליעד שהם \*

- א. מכוא
- ב. ההסדר החוקי
  1. ההסדר החוקי במדינת ישראל
  2. ההסדר החוקי בארצות-הברית
- ג. קביעת שכר טרחת המגשר לפי שעה בהתאם להסדר הקוגנטי
  1. היתרונות בקביעת שכר טרחת מגשר לפי שעת עבודה והשיקולים לאימוצה של שיטה זו
  2. בחינה ביקורתית של הטיעונים התומכים בשיטת שכר לפי שעת עבודה
- ד. חסרונותיה של שיטת התשלום לפי שעה
- ה. תשלום שכר טרחה מותנה למגשר
  1. השיטות לתשלום שכר טרחה מותנה
  2. יתרונות שיטת השכר המותנה
- ו. איזונים ובלמים להפחתת חסרונותיה של שיטת השכר המותנה
- ז. סיכום

### א. מבוא

בעיית העומס במערכת המשפט בישראל<sup>1</sup> ומחוצה לה הביאה לפריחת אמצעים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים, ובפרט לשגשוג הליך הגישור<sup>2</sup>. בישראל אומץ הליך

\* הכותבים הנם שותפים במשרדי עורכי דין פרטיים. תודתנו נתונה לעו"ד איל מינץ על עזרתו בליקוט המשפט המשווה ועל הערותיו המועילות.

1 לתיאור הבעיה ראו מרדכי כן-דרור "קווים לדמותה הרצויה של מערכת בתי-המשפט" עיוני משפט יד 573 (1989); משה בורנובסקי ורן לחמן "שימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ 269 (1992).

2 בדו"ח הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל, בראשות השופט תיאודור אור, ראתה הוועדה בהליכים החילופיים את אחד האמצעים ההכרחיים להקלת העומס במערכת בתי המשפט. גם בדו"ח הוועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי בראשות השופט יצחק רביבי מוקדש לנושא פרק נרחב, וכלולות המלצות להקמת מחלקות ליישוב סכסוכים בדרכים

הגישור במערכת המשפט באמצע שנות התשעים, ומאז הוא צובר תאוצה משנה לשנה<sup>3</sup>. הליך הגישור מוצג ומשווק לבעלי הדין הבאים בפני בית המשפט כהליך וולונטרי שיסודו בהסכמת הצדדים ותפקידו לסייע למתדיינים לפתור את הסכסוך בדרך מוסכמת, תוך חיסכון בעלויות ובזמן<sup>4</sup>. על מנת להחדיר את הליך הגישור לתודעת הציבור ולהטמיעו בקרב מתדיינים, הוספו באחרונה תקנות המחלקה לניתוב תיקים (מנ"ת) במערכת בתי המשפט, שלפיהן יש להפנות בעלי דין בתיקים המתאימים לגישור כבר בתחילת ההליך השיפוטי<sup>5</sup>. במדינות רבות בארצות הברית ובעולם ישנה חובה לפנות להליך גישור לפני ההליך השיפוטי<sup>6</sup>. גם בארץ נשמעו קולות דומים לאימוץ גישה זו<sup>7</sup>.

אין ספק כי הצלחתה של מערכת אלטרנטיבית לפתרון סכסוכים תלויה ביכולתה לספק למתדיינים פתרון יעיל ומהיר תוך חיסכון בעלויות. בסכסוכים כספיים<sup>8</sup>, שבהם הכסף הוא הגורם המרכזי, ישנה חשיבות עצומה, ולא אחת מכרעת, לכך שאותה מערכת אלטרנטיבית תהיה כלכלית ולכך שהעלויות שבהן יישא המתדיין יצדיקו את קיומה<sup>9</sup>.

אחד הפרמטרים הראשונים והחשובים ביותר לבחינת יעילות ההליך ולהסכמת

חלופיות. עוד ראו לעניין זה מיכל אגמון "הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים: ללמוד מניסיונם של אחרים" הרשות השופטת: עלון השופטים בישראל 29, 61 (1999).

3 כפרט הביאה התופעה לפתיחת מכוני גישור רבים שתפקידם להכשיר מגשרים. עד עתה אושרו על ידי הוועדה המייעצת לענייני גישור במשרד המשפטים למעלה משלושים מרכזי ומכוני גישור ראו רשימת מוסדות גישור וקורסים מאושרים באתר הרשות השופטת [elyon1.court.gov.il/heb/manat/compMosad.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/manat/compMosad.htm). ראו גם רונן סטי "ידע בגישור זה כלי חשוב מאד לשופט": ראיון עם נשיאת בית המשפט השלום בתל אביב-יפו, השופטת עדנה בקנשטיין" נקודת גישור 3, 6 (2002) שבו מובהרת עמדתה כי יותר משהליך הגישור פורה, פורחת תעשיית המכונים וכי לא מספיק תיקים מגיעים לגישור.

4 ROSS H. LAURENCE, SETTLED OUT OF COURT: THE SOCIAL PROCESS OF INSURANCE CLAIMS ADJUSTMENTS 139 (2nd ed. 1980). כמו כן, ראו את תיאור ההליך באתר הרשמי של הרשות השופטת [elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm).

5 תק' 3 (4) לתקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים), התשס"ב-2002. בתיקון תשס"ב לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 הוספה לטופס פתיחת הליך אזרחי דרישה המחייבת את בעל הדין לציין, כבר בפתיחת ההליך את הסכמתו או התנגדותו לגישור.

6 Carrie M. Meadow, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 UCLA L. REV. 485 (1985).

7 בקשר לכך ראו רון דרור ורונן סטי "לא מספיק תיקים מועברים להליך של גישור: ראיון עם נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק נקודת גישור 1, 5 (2001) וכן, ראיונות נוספים שפורסמו בגישור חובה" בכיה לדורות" נקודת גישור 8, 6 (2003). עוד ראו אגמון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 61.

8 הכוונה היא לסכסוך שמקורו הוא כספי והסעד העיקרי הוא סעד כספי או סעד הניתן להערכה כספית.

9 למותר לציין, כי להליך הגישור יתרונות נוספים כגון חיסכון בזמן וקידום מטרות חברתיות נוספות שעניינן פתרון סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט. ראו אורנה דויטש פישור: הענק המתעורר 31-44 (1998); רונן סטי דרך גישור להסכם 46-52 (2001).

הצדדים ליטול בו חלק, הוא ההוצאות הכספיות<sup>10</sup>. גובה ההוצאות הכרוכות בהליך הגישור הנו שיקול מרכזי שהמתדיינים מביאים בחשבון בין יתר שיקוליהם, בהחליטם אם ליטול חלק בהליך זה. על מידת השפעתו של רכיב ההוצאות על שיקול דעת המתדיינים ניתן ללמוד מהשימוש שנעשה בכלי זה במערכת בתי המשפט. כך, למשל, בתי המשפט מודעים היטב להשפעת עלויות ההליך המשפטי על נכונות הצדדים להתפשר, והם משתמשים דרך קבע ב"שוט ההוצאות" על מנת להובילם לפשרה<sup>11</sup>.

אחת מההשלכות שיש להפניית הצדדים להליך הגישור היא הכנסת גורם נוסף לחלוקת "העוגה התקציבית", הוא המגשר. המגשר הוא גוף נוסף שבעלי הדין נדרשים לשלם לו, ועלות שכרו מתווספת להוצאות המשפט. אין ספק כי הוצאות המגשר משפיעות על נכונות הצדדים לפנות להליך הגישור, ויש להן השלכה על אטרקטיביות הליך זה<sup>12</sup>.

על פי ההסדר החוקי שאימץ המחוקק הישראלי, אסור למגשר לקבוע שכר המותנה בתוצאות הגישור. במאמר זה נבחן תחילה את ההסדר החוקי שאומץ בהקשר זה בישראל. בהמשך נדון בשאלה אם ישנה הצדקה להתערבות באופן קביעת שכר טרחת המגשר. נטען כי הסדר זה אינו יעיל מבחינה כלכלית, עלול לשמש גורם המרתיע בעלי דין בסכסוך כספי לפנות להליך הגישור ואף עלול להפעיל לחץ על המתדיין להסכים לפתרון הסכסוך וכך לפגוע בזכויותיו להליך הוגן<sup>13</sup>. כך, בצד סקירת יתרונות ההסדר נציג גם את חסרונותיו: (א) יכולתו של הצד החזק לעשות שימוש לרעה בהליך הגישור ככלי להתשת הצד החלש; (ב) קיומו של חשש לכריתת הסכמים תחת לחץ ומתוך אילוץ. לבסוף נציג את מסקנתנו שלפיה לאור יתרונות שיטת השכר המותנה יש לתקן את ההסדר החוקי בישראל, באופן שזה יאפשר למגשר לגבות שכר מותנה, תוך יצירת מערכת איוונים ובלמים נאותה. אנו סבורים כי כתיקון זה יהיה כדי לעודד מתדיינים בסכסוכים כספיים לפנות להליך גישור.

10 בצד חשיבות השיקול הכלכלי, ישנם שיקולים רלוונטיים נוספים המשפיעים על החלטת בעלי הדין אם לפנות להליך הגישור כגון: משך ההליך, סודיות ההליך, שליטה בתוצאות ההליך, אפשרות לשימור מערכת היחסים בין הצדדים וכו'. ראו: דויטש, לעיל ה"ש 9; סטי, לעיל ה"ש 9.

11 לעניין זה ראו: תק' 519(ב) לחקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

12 נציין, כי אם הליך הגישור הסתיים בהסכם, נהנה התובע מהחזר אגרה כמפורט בתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח-1987, ק"ת 221. עובדה זו עשויה להוות תמריץ לתובע לפנות להליך גישור, בפרט כאשר סכום התביעה — וכנגזרת מכך סכום האגרה — גבוה. עם זאת, שיקול החזר האגרה אינו רלוונטי בבחינת מערך שיקולי הנתבע ותמריציו לפנות לגישור.

13 במאמר זה נעסוק אך ורק בסכסוכים כספיים, כפי שהוגדרו לעיל, ולא בסכסוכים נוספים הניתנים לגישור שמהותם אינה כספית גם אם יש להם השלכות כספיות, כגון כאלה שעניינם צורי מניעה, משמורת ילדים וכו'.

## ב. ההסדר החוקי

### 1. ההסדר החוקי במדינת ישראל

מחוקק המשנה הישראלי קבע הסדר קוגנטי האוסר על מגשר לגבות שכר טרחה המותנה בתוצאות הליך הגישור. הסדר זה מגביל את חופש החוזים של הפונים להליך הגישור. נעיר כי ההתערבות בחופש החוזים בהקשר זה של גישור נראית לכאורה תמוהה, שכן הליך הגישור כולו מבוסס על עקרונות של חופש החוזים, וולונטריות והסכמת הצדדים.

בתקנה 7(א) לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993 (להלן: "תקנות הגישור") נקבע כי שכר הטרחה שישלמו בעלי הדין למגשר: (1) לא יחושב לפי ערכו של נושא הסכסוך; (2) לא יהיה מותנה בתוצאת הגישור; ו-(3) הוא ישולם למגשר בין שהגיעו בעלי הדין להסדר גישור ובין שלא. תקנה 7(ב) לתקנות הגישור מוסיפה כי בתחילת הליך הגישור יודיע המגשר לבעלי הדין את שכר הטרחה שקבע ואת אופן תשלומו. שכר הטרחה לא ייקבע בסכום הכולל גם הוצאות בעין.

פירושו הדברים הוא אחד: בהתאם להסדר החוקי שישנו בישראל, שכר טרחתו של המגשר משולם לפי שעת עבודה או בסכום גלובלי שייקבע מראש<sup>14</sup>. כל הסדר אחר אינו קביל ואינו חוקי. הצדדים הפונים להליך גישור נאלצים על פי רוב לשלם הן למגשר והן לעורך דינם, וזאת ללא קשר לתוצאות ההליך. מבדיקה השוואתית עולה כי שכר הטרחה למגשר נקבע על פי תעריף שעותי, והוא נע, בדרך כלל, בין \$75 ל-\$150 לכל צד, ובכל מקרה אינו פוחת מתעריף של 250 ש"ח + מע"מ לצד לשעת גישור<sup>15</sup>. סכומים אלה מתווספים, כמובן, לשכר הטרחה שעל צד הפונה להליך גישור לשלם לעורך דינו בגין ההליך<sup>16</sup> ולזמן העבודה שיוקדש על ידי אותו צד להליך.

14 מן הראוי לציין כי קיימת גישה המציעה לשלב בין שתי השיטות. היינו, תשלום גלובלי בשלבים הראשוניים של הגישור בהם הצדדים מפרטים את טיב הסכסוך, ותשלום על פי שעה בשלבים מאוחרים יותר. לעניין זה ראו Andrew K. Niebler, *Getting the Most Out of Mediation: Toward a Theory of Optimal Compensation for Mediators*, 4 HARV. NEGOT. L. REV. 167 (1999). לדעתנו, שיטה זו מסובכת מדי ליישום, ועלולה לעורר ויכוח בין הצדדים לבין המגשר בנוגע לשאלה מתי הסתיים השלב הראשון והחל השלב השני, וזאת, במקום להתמקד בניסיון לפתור את הסכסוך. בנוסף לכך, קיים חשש שמגשרים יתמחרו את השלב הראשון לפי מספר השעות שהם מתכוונים להקדיש לו. כך שבסופו של דבר, לא יהיה כל הבדל בין שיטת השכר הקבוע לשיטה המשולבת.

15 ראו דף הסבר בנושא הליך הגישור המופץ על ידי הנהלת בתי המשפט שבו מובהר כי "התעריף המקובל כיום לשעת גישור חיצוני עומד על כ-250 ש"ח לערך + מע"מ לכל צד". על פי בדיקה עם מספר מגשרים ומרכזי הגישור, בפועל שכר הטרחה, כאמור, גבוה מהתעריף המקובל ראו: [elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm).

16 על פי "מגילת הפרקליט בגישור" על עורך הדין לוודא כי הוא ערך סעיף שכר טרחה לליווי בהליך הגישור. ראו: עט לבוררות וגישור – פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות 1, 3 (2006). נוסף כי בהתאם לדרך ההסבר בנושא הליך הגישור כפי שמפורסם באתר הרשות השופטת: "לעורכי הדין של הצדדים תפקיד מרכזי בהליך הגישור", ומכאן גם נובעת הלגיטימיות לגביית שכר טרחה. ראו: [elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm).

יוצא מכך שצד השוקל אם להסכים לפנות להליך הגישור צריך לשקלל, בין יתר חישוביו הכלכליים, גם את ההוצאה הכספית הנוספת שישלם למגשר. במקרים רבים שבהם נקבע שכר הטרחה על בסיס תעריף לשעה, אין אפשרות להעריך במדויק את גובהה של הוצאה זו במועד הפנייה להליך<sup>17</sup>. יתרה מכך, על פי ההסדר הקיים, ייאלץ המתדיין לשאת בתשלום שכר המגשר, בין שההליך הגישור יסתיים בהצלחה ובין שלא<sup>18</sup>. בסכסוכים כספיים (שבהם, כאמור, הכסף הוא הגורם המרכזי) הוצאה כספית שגובהה אינו ידוע, ואשר יש לשלמה בכל מקרה, מפחיתה משמעותית את המוטיבציה של הצדדים לפנות להליך הגישור בשל שיקולי עלות-תועלת<sup>19</sup>. בנוסף, כאשר ישנו פער כוחות כלכלי משמעותי בין הצדדים, פנייה להליך גישור שעלותו אינה ידועה מראש עלולה לשמש כלי נוסף להתשת הצד החלש.

## 2. ההסדר החוקי בארצות-הברית

להשלמת התמונה נעיר כי התערבות קוגנטית בהסדרי שכר טרחת מגשר אינה נחלתו הבלעדית של מחוקק המשנה הישראלי. כמה מדינות בארצות-הברית מחילות איסור הדומה לתקנה 7(a) לתקנות הגישור ואוסרות הסדר שכר טרחה למגשר המותנה בתוצאות הליך הגישור. דוגמה לכך היא כללי מינוי מגשרים על ידי בתי המשפט בפלורידה האוסרים, בלשון מפורשת, גביית שכר טרחה המותנה בתוצאה<sup>20</sup>. בנוסף, רוב כללי האתיקה לגישור בארצות-הברית אוסרים מפורשות על המגשר לגבות שכר מותנה בתוצאה<sup>21</sup>. על סבירות כללים אלה נמתחה ביקורת

17 על פי ההסדר החוקי ניתן לקבוע תעריף גלובלי בגין הגישור – הסדר המשיג בהירות ביחס לגובה ההוצאה הצפויה. עם זאת, בפועל רוב רובם של המגשרים דורשים תעריף על פי שעה, ולמעשה לא נתקלנו במגשרים או במוסדות גישור בהם התעריף הוא גלובלי.

18 השאלה אם הליך גישור הסתיים בהצלחה או לאו היא שאלה סבוכה. ככלל, ניתן לומר שהליך גישור הצליח אם הסתיים בהסכם חתום על ידי הצדדים. עם זאת, לעיתים ההליך אינו מסתיים בהסכם, אך בדיעבד מתברר כי הוא הגלגל שהניע בסופו של דבר את הסכם הפשרה.

19 ראו סטי, לעיל ה"ש 3. למותר לציין, כי שיקול חוסר הוודאות בנושא ההוצאות הוא שיקול אחד מני רבים, הגשקלים על ידי הצדדים. קיימים שיקולי עלות-תועלת אחרים המשפיעים אף הם על שיקולי המתדיין אם להשתתף בהליך גישור, כגון: סיכויי הצלחת התביעה; אורכו של ההליך המשפטי; וגובה הסכום הנתבע.

20 איסור דומה מופיע גם במדינות נוספות כגון: קליפורניה, ניו-ג'רסי, טנסי, אינדיאנה, מרילנד, צפון קרוליינה, ג'ורג'יה, קנזס ווירג'יניה. ראו: Fla. R. Certified Ct. App'ed Med. §10.380. California see: Cal. Ct. R. 1620.9(c) 2007 ("The amount or nature of a mediator's fee must not be made contingent upon the outcome of the mediation."); Indiana see: Indiana Alternative Dispute Resolution Rules R. 2.6 (Ind. Supreme Court 2003), at [www.in.gov/judiciary/rules/adr/index.html](http://www.in.gov/judiciary/rules/adr/index.html) (setting hourly fees in mediation)

21 The Association of Attorney-Mediators Ethical Guidelines for Mediators Standards of Practice for California Mediators 6 (Cal. Dispute Resolution Ctr.), at [www.mediate.com/articles/cdrstds.cfm](http://www.mediate.com/articles/cdrstds.cfm); Standards of Practice For Idaho Mediators I(8) (Idaho Mediation Ass'n), at [www.idahomediation.org/stands%20of%20practice.htm](http://www.idahomediation.org/stands%20of%20practice.htm) Model Standards of Conduct for Mediators נקבע כי אין לעודד הסדר שכר מותנה למגשר,

מקיפה בארצות-הברית<sup>22</sup>. מאידך, במדינות רבות אחרות בארצות-הברית (כמחצית מהמדינות) לא נקבעה כל הוראה המסדירה את אופן חישוב שכר הטרחה<sup>23</sup>. במקרה זה, שבו החוק אינו אוסר לגבות שכר טרחה מותנה, רשאים המגשרים (בכפוף לכללי האתיקה החלים עליהם) לגבות שכר מותנה. יתרה מכך, במדינת הוואי הוסדרה במפורש בחוק אפשרות המגשר לגבות שכר טרחה המותנה בהסכמת הצדדים, ובלבד שנערך מסמך בכתב<sup>24</sup>.

### ג. קביעת שכר טרחת המגשר לפי שעה בהתאם להסדר הקוגנטי

1. היתרונות בקביעת שכר טרחת מגשר לפי שעת עבודה והשיקולים לאימוצה של שיטה זו  
 אין ספק שישנם יתרונות לקביעת שכר טרחת המגשר לפי שעת עבודה. ראשית, יש בשיטה זו הוגנות מסוימת כלפי המגשר וכלפי הצדדים גם יחד, בכך שהמגשר מקבל את שכרו לפי הזמן שהקדיש להליך. היינו ישנו קשר ישיר בין העבודה להגמול. שנית, קביעת שכר טרחה לפי שעה פשוטה יותר. היא אינה תלויה בסוג הסכסוך או בשאלות המתעוררות בו, וכך מפשטת את הליך ההתקשרות עם המגשר ומפחיתה את משך הזמן מהרגע שבו החליטו הצדדים לפנות להליך הגישור ועד לתחילת ההליך. שלישית, שכר טרחה לפי שעה מתמרץ את המתדיינים להיות ממוקדים יותר ולהשקיע מאמץ רב יותר בניסיון להגיע להסכם, שהרי הם הנושאים בעלויות התמשכות הליך הגישור<sup>25</sup>.

ולא נקבע איסור גורף. להוראה זו ניתנה פרשנות האוסרת על הסדר שכר מותנה ראו: John D. Feerick, *Toward Uniform Standards of Conduct for Mediators*, 38 S. Tex. L. Rev. 455, 476 (1997).

ראו: Scott R. Peppet, *Contractarian Economics and Mediation Ethics: The Case for Customizing Neutrality Through Contingent Fee Mediation*, 82 Tex. L. Rev. 227 (2003).

22 למשל, אלסקה, אריזונה, קוניטיקט, דלאוור, אידהו, קנטקי, לואיזיאנה, מונטנה, נברסקה, ניו-המפשייר, צפון דקוטה, אהיו, דרום-קרוליאנה, יוטה, ורמונט, ווסט-וירג'ינה, וויימינג. Alaska, see Alaska Ct. Civ. R. 100; Arizona, see Ariz. Standards & Guidelines for Court-Connected Mediation Programs (Ariz. Supreme Court), at [www.supreme.state.az.us/orders/admorder/orders99/pdf96/9636.pdf](http://www.supreme.state.az.us/orders/admorder/orders99/pdf96/9636.pdf); Connecticut, see Conn. Gen. Stat. Ann. 13-91 (West 1991 & Supp. 2003); Delaware, see Del. Super. Ct. R. Civ. P. 16.1(i); Idaho, see Idaho R. Civ. P. 16(k)(8); Kentucky, see Ky. Sup. Ct. R. 3.815; Louisiana, see La. Rev. Stat. Ann. 9:4201 (West 1991 & Supp. 2003); Montana, see Mont. Code Ann

23 ראו: Hawaii Mediators (Haw. Supreme Court), at <http://www.courts.state.hi.us/attachment/3D52C4AB783B29B7EC64289CC8/guidelines.pdf> ch. IV(1).

24 ראו לעניין זה מאמרו של Niebler, לעיל ה"ש 14. ואולם, לדעתנו, טענה זו בעייתית הואיל והיא מתעלמת מהעלויות הנוספות שיש לצדדים (כגון הוצאות לעורך דין, אובדן זמן עבודה) שבהן עליהם לשאת, בין שהתשלום למגשר הוא לפי שעה ובין שהתשלום נקבע על דרך שכר מותנה.

השיקולים העיקריים שהניעו את מחוקק המשנה הישראלי לבחור בשכר טרחה לפי שעה הם שלושה:

הראשון, החשש שהסדר שכר טרחה מותנה יניא מגשרים מלעסוק בגישור, שכן לפיו הם הנושאים היחידים בסיכון כישלון הליך הגישור. לפי תפיסה זו, התליית השכר בתוצאה תפחית את התמריץ של מגשרים ליטול סיכון, והם עלולים לסרב לעסוק בגישור. למצער יגרום הדבר לכך שמגשרים מוצלחים ייטו פחות לעסוק בגישור, הואיל ולא ירצו לכזבו זמן בעבודה שאין שכר ודאי בצדה. זאת ועוד, ישנו חשש שהצדדים ינצלו את המגשר ואת ההליך על מנת לפתור סכסוכים אחרים ביניהם.<sup>26</sup>

השני, החשש שהסדר שכר טרחה מותנה ייצור תמריץ למגשר להביא את הצדדים לידי הסכם בכל דרך אפשרית, וכך יגרום להפעלת לחץ על הצדדים על ידי המגשר – תוצאה החותרת תחת תפיסת הליך הגישור כהליך וולונטרי שבו המגשר נטול פניות.<sup>27</sup>

שלישית, השיטה של קביעת השכר לפי שעה מתאימה לכל סוגי הסכסוכים, ואילו שיטת השכר המותנה אינה מתאימה לסכסוכים מסוימים. למותר לציין כי בסכסוכים שאינם כספיים כגון כאלה שעניינם משמורת ילדים, חזקה במקרקעין או צווי מניעה אי-אפשר לקבוע את שכר הטרחה כנגזרת של הסכם הפשרה.<sup>28</sup> מאחר שנושא המאמר הנו סכסוכים כספיים – לא נדון בהסדרי תשלום שכר טרחה בסכסוכים שאינם כספיים. עם זאת, חשוב לציין שגם אם שיטת תשלום שכר מותנה עשויה שלא להתאים לסכסוכים שאינם כספיים – אין פירוש הדבר שיש לשלול שיטה זו באופן קטגורי וגורף. בפרט לא נובע מכך שיש לאסור שיטת תשלום זו בהליכי גישור בסכסוכים כספיים – שלהם שיטה זו מתאימה.

2. בחינה ביקורתית של הטיעונים התומכים בשיטת שכר לפי שעת עבודה כפי שנראה להלן, הטיעונים המוצגים על ידי התומכים בשיטת שכר לפי שעת עבודה אינם עומדים במבחן הביקורת, ובוודאי אין בהם כדי להצדיק כפיית הסדר שכר טרחה על הצדדים.

(1) הסדר שכר טרחה מותנה לא ירתיע מגשרים מעיסוק במקצוע הטענה כי מתן אפשרות לקביעת הסדר שכר טרחה המותנה בתוצאה תרתיע

26 חשש זה יכול להיות מוסר באמצעות מתן אפשרות למגשר לסיים את הליך הגישור. ראו אורנה דויטש "על "הסכמה מדעת" בהליך הגישור" שערי משפט ג 47 (2002). בהקשר זה נבהיר כי הצורך להבטיח שהמגשר יישאר צד ניטרלי נוגע לשני אספקטים שונים: האחד – ניטרליות בין הצדדים דהיינו שלא תיראה העדפה מסוימת כלפי צד כזה או אחר. השני – הותרת המגשר ניטרלי כלפי תוצאות ההליך, קרי שהמגשר יהיה חסר עניין אישי בתוצאות הסכסוך. ראו Scott Peppet, לעיל ה"ש 22, בעמ' 229.

28 כפי שצוין בפרק המבוא, במאמר זה נעסוק אך ורק בסכסוכים כספיים, שם, כמפורט להלן, שיטת השכר המותנה היא בעלת יתרונות מרובים.

מגשרים מלעסוק בגישור או תמנע שילובם של אנשים איכותיים כמגשרים נראית בעינינו בעייתית:

ראשית, אסור שהליך הגישור יתפס כדרך נוספת להגדיל את רווחם של העוסקים בדבר (ושל משפטנים בפרט) על חשבון המתדיינים. לכן גם אם מחירה של שיטת התשלום המותנה הוא הרתעת מגשרים מלעסוק בגישור, עסקינן במחיר הכרחי שיש לשלמו. התופעה, שכבר תיארונו, שגישור הפך למקצוע, שמכונים להכשרת מגשרים צצים כפטריות לאחר הגשם<sup>29</sup> ושעורכי דין ואנשי מקצוע אחרים<sup>30</sup> מצטרפים למעגל המגשרים מבורכת, מאחר שיש בה למקצע את התחום. עם זאת, תופעה זו גם נותנת תחושה להדיוטות המבקשים מזור מהמערכת המשפטית כי המערכת המשפטית יצרה "תחנה" נוספת המייקרת את ההליך המשפטי, על חשבון האזרח הטובת העוסקים בתחום המשפטי. העובדה שמערכת בתי המשפט מתמרצת מתדיינים לפנות להליך הגישור הופכת תחושה זו לקשה יותר<sup>31</sup>. כאשר מתדיין נדרש להשתתף בהליך בידועו מראש כי יאלץ לשאת בתשלום שגובהו אינו ידוע מראש – וזאת ללא קשר לתוצאות ההליך – מוגברת התחושה המתוארת. מאידך גיסא, כאשר מדובר בשכר מותנה – תחושה זו נעלמת, שכן המתדיין יודע כי ייתכן שלא יהיה עליו לשלם בגין הליך הגישור – אם הליך זה לא יסתיים בהסכם פשרה. שנית, נוסף לקיומו של ספק באשר להצדקה לאימוץ מנגנון קוגנטי בחקיקה לקביעת שכר בשוק החופשי שמטרתו הגנה על שכרם של בעלי מקצועות חופשיים, ספק אם שינוי שיטת שכר המגשרים תשפיע באופן כלשהו על התמריצים של העוסקים בגישור להמשיך לעסוק בו. הניסיון הרב שנצבר בארצות-הברית, במדינות שבהן מותר לעסוק בגישור ולקבוע הסדר שכר טרחה מותנה, מלמד כי שיטה זו לא פגעה בתחום העיסוק<sup>32</sup>.

שלישית, כשם שניתן להעסיק עורכי דין (ובעלי מקצוע אחרים) בתיקים מתאימים עבור שכר המותנה בתוצאה, כך ניתן להחיל הסדר זה על הליכי גישור. כידוע, התקשרויות שונות עם עורכי דין מותנות, לעיתים קרובות, בתוצאת ההליך. במשרדי עורכי דין העוסקים בתחום הנוזיקן, למשל, ובסכסוכים כספיים אחרים קיים נוהג לקבוע את שכר הטרחה כאחוז מסוים מסכום התביעה או מהסכום הנחסף. נוהג זה הנו מבורך, שכן הוא מאפשר לפרטים לממש את זכות הגישה

29 סטי, לעיל ה"ש 3.

30 כגון מהנדסים, אדריכלים, שמאים, רואי חשבון, עובדים סוציאליים.

31 הדברים נכונים במיוחד כאשר הפנייה לגישור היא עניין שבחובה, כפי שמקובל בכמה מדינות בארצות-הברית וכפי שהוצע בישראל. במקרה כזה הפנייה להליך הגישור מהווה עוד מכשול כספי בדרך לבית המשפט או לפחות בדרך להשגת צדק.

32 דוגמה לכך יכולה להיות המגשר הנודע קנת' פיינברג. מגשר זה ידוע בכך שטיפל, בין היתר, בתביעות הענק שהוגשו בעקבות פיגועי הטרור בארצות-הברית ב-11.9.2001. על פי מאמרו של Scott Peppet, שמו של פיינברג כמגשר מצליח הולך לפניו, וידוע שמגשר זה גובה שכר טרחה מותנה בתוצאה Scott Peppet, לעיל ה"ש 22, בעמ' 239.



לערכאות, ויש בו לנטרל במשהו את חוסר השוויון הכלכלי בין הצדדים<sup>33</sup>. מכאן ניתן ללמוד, שאם עורך דין המטפל בתביעה כספית מוכן להסתכן בקביעת שכרו באופן המותנה בתוצאה, אין כל סיבה שמגשר לא יסכים לנהוג כך, ויותר מכך – אין כל סיבה שהמחוקק הישראלי יאסור זאת. הדברים נכונים בפרט לאור העובדה שמרביתם המכרעת של הסכסוכים הכספיים המגיעים לבית המשפט מסתיימים ממילא בפשרה כספית<sup>34</sup>. משעה שידוע מראש שרובם המכריע של הסכסוכים ממילא יסתיימו בהסדר פשרה, הרי המגשר לא נוטל על עצמו סיכון גבוה אם הוא מסכים לשכר מותנה.

רביעית, יש לזכור שאיש אינו כופה על המגשר ליטול על עצמו את המשימה. מגשר הקורא תיק או פוגש את הצדדים לפגישת היכרות, וסבור שהסיכויים להביא את הצדדים לידי פתרון מוסכם הוא נמוך, רשאי לדחות את התפקיד או להתנות את השתתפותו בהסדר שכר טרחה אחר. כאן טמון יתרון נוסף, שכן מגשרים, שהתמורה עבור עבודתם אינה ודאית, ינפו את התיקים שאינם מתאימים לגישור, ולא יגררו את הצדדים להליך ארוך ויקר שסיכויי הצלחתו נמוכים.

## (2) האשליה בדבר ניטרליות המגשר

דומה כי הסיבה העיקרית לאיסור החוקי לגבות שכר טרחה מותנה<sup>35</sup> נעוצה בחשש ששכר מותנה יחזור תחת תפיסת הבסיס של הליך הגישור שלפיה הליך זה הנו וולונטרי ויסודו בהסכמת הצדדים. לפי גישה זו תשלום שכר המגשר לפי שעה מבטיח שהמגשר יהיה חסר פניות וניטרלי כלפי תוצאת ההליך, תשלום מותנה בתוצאה, ניתן לטעון, יוביל מגשרים ללחוץ על הצדדים להגיע לפשרה, הואיל ולמגשר יהיה אינטרס כלכלי ברור בתוצאת ההליך, ומעמדו – כניטרלי – יתערער. יתרה מכך, המגשר עלול להיתפס כגורם המייצג צד מסוים – על מנת ללחוץ על הצד שכנגד להסכים לפשרה, וככך להבטיח את שכרו. עקב כך, יאבדו

33 לפירוט בעניין זה ראו המלצות הלורד וולף בדו"ח שהוגש על ידו בשנת 1996: LORD WOOLF: <http://www.dca.gov.uk/civil/final/>. ACCESS TO JUSTICE (Final Report, London HmsO, 1996) contents.htm

34 על פי הנתונים הסטטיסטיים, בין 85% ל-95% מהתביעות הכספיות מסתיימות בהסכם פשרה. ראו רונן סטי "הגישור מבחינתי הוא דרך חיים" ראיון עם השופט יהודה פרגו, נשיא ביהמ"ש השלום במחוז המרכז נקודת גישור 5, 6 (2002). כמו כן, ראו סטי, לעיל ה"ש 3. ידועה בהקשר זה אמרתו של סר ג'ק גייקובס לפיה "the civil courts in England can continue to function only because the vast majority of civil disputes are settled" Sir Jack Jacob, *The Reform of Civil Procedure Law* (London, Sweet & Maxell — 1982) p. 52. Owen M. A.A.S. Zuckerman, וגם Fiss, *Against Settlements Comment*, 93 YALE L. J. 1073, 1075 *Quality and Economy in Civil Procedure — The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments*, 14 OXFORD J. LEGAL STUD. 353, 385 (1994).

35 ראו דויטש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 59; סטי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 189.

הצדדים את האמון במגשר כגורם ניטרלי, ואף יאכדו את השליטה על ההליך, מאפיין המהווה אחד מאבני היסוד בשיווק הליך הגישור לצדדים<sup>36</sup>. חשש זה מתיישב עם תפיסה אחרת של הליך הגישור כהליך שאינו מסתיים בהכרח בפשרה כספית. ואכן, בספרות המקצועית העוסקת בגישור מופיעה תפיסה "רומנטית" של ההליך כהליך שאין מטרתו להביא את הצדדים לידי פשרה, אלא כזה הנועד לגשר בין פערים, כזה המביא את הצדדים למצב טוב יותר, למצב של "Win Win"<sup>37</sup>. אלא שפעמים רבות תפיסה "רומנטית" זו אינה עומדת במבחן המציאות, בפרט כאשר מדובר בסכסוכים כספיים. ברוב הסכסוכים הכספיים קשה, ולעתים אי-אפשר למצוא פתרון אחר, זולת פשרה כספית שבה מקבל התובע פחות ממה שלדעתו עליו לקבל והנתבע משלם יותר ממה שלדעתו עליו לשלם. צדדים שיש ביניהם סכסוך כספי יודעים זאת. בסכסוכים כספיים אין כל פסול בהפניית הצדדים להליך שהפשרה הכספית מהווה חלק מובנה ממנו, ובסופו הם ייאלצו לוותר על חלק מהסכום אשר לדעתם מגיע להם או שלדעתם אינם צריכים לשלם. הליך הגישור ייצא נשכר מהצגת הדברים בדרך זו. וזאת, הן מאחר שכך תוסר "העמדת הפנים" באשר לטבעו, והן מאחר שכך ינותבו לתוכו צדדים המוכנים באמת "להתגשר" או "להתפשר", ולא צדדים המעוניינים לשלם מס שפתיים, לגרום הליכים או להתישב את יריביהם.

זאת ועוד, הטענה כאילו שיטת שכר טרחה מותנה תגרום למגשר להפעיל לחץ על הצדדים ולהתנהג באופן שאינו אתי, מתעלמת מהמציאות היומיומית שלפיה גם במצב הנתון כיום הליך הגישור אינו וולונטרי לחלוטין, ותוצאתו אינה משקפת הסכמה חופשית מלאה של הצדדים. במאמר אחר שכתבנו<sup>38</sup> הראינו שהתפיסה שלפיה למגשר אין השפעה על תוצאת הגישור והשליטה על ההליך נתונה לצדדים אינה נכונה. למגשר בהחלט יש השפעה על הליך הגישור, על השאלה אם סכסוך זה יסתיים בהסכם ומה יהיה טיבו של אותו הסכם<sup>39</sup>. גם עתה, על פי ההסדר החוקי הקיים, שלפיו נקבע שכר טרחת המגשר על פי שעות עבודה, יש למגשר אינטרס כלכלי בשאלת הצלחת ההליך המתנהל בפניו. משהפך תפקיד המגשר – כגורם

36 והשוו: Carrie M. Meadow, *Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues*, no 36 *Answers from the Adversary Conception of Lawyer's Responsibilities symposium: The Lawyers Duties and responsibilities in Dispute Resolution*, 38 S. Tex. L. Rev. 407, 446 (1997).

37 דוגמה הניתנת פעמים רבות בהקשר זה היא מקרה של יצרן תפוזים שמכר את אותה סחורה פעמיים: פעם אחת למשווק מיצים ופעם שנייה ליצרן ריבות. פתרון הסכסוך, מסבירים תומכי הגישור, אינו בפיוצי כספי שינתן לאחד משני הקונים, אלא בשיתוף פעולה בין הקונים: משווק המיץ יסחוט את התפוזים, יפיק מהם מיץ, וימסור אותם ליצרן הריבות שיעשה ריבה מהקליפה. אף אחד לא מפסיד דבר, כולם נהנים. דוגמא זו מובאת בראיון עם נשיא בית המשפט העליון לעיל ה"ש 7.

38 ליעד שהם ויחיאל (חילי) שמיר "גישור – מיהו הבוס?" המשפט ו 249 (2001).

39 דיון בסוגיה זו חורג ממסגרת מאמר זה.

המסייע לצדדים להגיע להסכמה – לעיסוק הטומן בחובו הכנסה, יש למגשר אינטרס כלכלי להביא לסיום הסכסוך. מגשר המסיים הליכי גישור בהסכם יקבל פניות רבות יותר. במלים אחרות, גם על פי ההסדר הנורמטיבי הקיים, למגשר אינטרס כלכלי ברור בהצלחת ההליך, שמקורו ברצונו להמשיך ולעסוק בתחום. בהמשך לכך, מן הראוי להדגיש כי אין באופן קביעת שכר המגשר כדי לפגוע בוולונטריות הליך הגישור. צד להליך הגישור המגיע למסקנה שהמגשר להוט מידי להובילו לפשרה בשל אינטרסים פרטיים שלו, יוכל תמיד לעזוב את הליך הגישור ולחזור לחיקה של מערכת בתי המשפט. לבסוף, חשוב לציין כי ברוב הליכי הגישור מיוצגים הצדדים על ידי עורכי דין. תפקידם של אלה להגן עליהם ולמנוע פשרות שאינן עולות בקנה אחד עם האינטרסים של לקוחותיהם<sup>40</sup>.

#### ד. חסרונותיה של שיטת התשלום לפי שעה

הראינו כי היתרונות שעמדו בפני המחוקק לקביעת שיטת שכר המגשר – דהיינו עידוד העיסוק במקצוע ורצון להימנע מהפעלת לחץ על הצדדים – אינם עומדים במבחן הביקורת, וודאי אינם מצדיקים יצירת הסדר קוגנטי. חמור מכך, לשיטת קביעת שכר טרחת המגשר לפי שעה מספר חסרונות אינהרנטיים אשר עלולים להביא למספר תוצאות שליליות<sup>41</sup>:

ראשית, על פי ההסדר הנורמטיבי הקיים לא ניתן לצפות מראש, בדיוק, את עלות ההליך. לנושא זה חשיבות עצומה באשר לנכונות צדדים לפנות להליך של גישור בסכסוכים כספיים בהם לכסף מעמד מרכזי. חוסר ודאות הוא סיבה ראשונה במעלה להימנע מללכת בנתיב עסקי מסוים. זאת ועוד, כפי שכבר הוזכר לעיל, אסור שההליך הגישור יתפס כדרך נוספת של העוסקים בדבר (ושל משפטנים בפרט) להגדיל רווחיהם. מתדיין הפונה להליך שעלותו אינה ידועה מראש, עלול להימנע מלפנות להליך הגישור שייראה לו כדרך נוספת של מערכת המשפט לגבות ממנו כסף.

שנית, גם לשיטת התשלום לפי שעה עלולה להיות השפעה שלילית על התנהגות המגשר ועל אופן ניהול הליך הגישור. מגשר המקבל שכרו לפי שעה עלול להאריך בדיון, לא להתמקד בעיקר ולגרור את הצדדים לישיבות רבות, אף אם הוא סבור שהסיכוי להביא את הצדדים לידי הסכם נמוך. יש לזכור שההליך הגישור לרוב אינו מסתיים בישיבה אחת. בדרך כלל, עורכים המגשרים לפחות ישיבה מקדימה אחת,

40 על חשיבות ייצוג הצדדים ראו דף הסבר המופץ על ידי הרשות השופטת: [elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm](http://elyon1.court.gov.il/heb/manat/hesber.htm)

41 Michael Zander, Cases and Materials on the English Legal System 54–57, 418–440 (9th ed. 2003), וכן A.A.S. ZUCKERMAN, Ross Cranston, *A Reform of Civil Procedure* — *Rationing Procedure rather than Access to Justice*, 22 (2) J. OF L. AND SOCIETY (1995) 155

פגישות נפרדות עם כל אחד מהצדדים ועוד ישיבה משותפת. למגשר שמקבל את שכרו לפי שעה יש אינטרס כלכלי מובהק להאריך את משך הגישור, גם בהיעדר הצדקה עניינית לכך.

שלישית, תשלום לפי שעה מעניק כוח רב לצד החזק, העשיר יותר, ומאפשר לו לעשות שימוש לרעה בהליך הגישור כאמצעי להתשת היריב. בעצם קביעת התשלום לפי שעה, מוענק יתרון לצד אשר ברשותו כסף רב יותר, היכול להאריך את ההליך וכך להתיש את הצד האחר ולהעמיס עליו עלויות נוספות. בשיטת משפט מודרנית, דוגמת שיטת המשפט הישראלית, המתיימרת להעניק גישה שווה למערכת המשפט לעני ולעשיר כאחד, יש לנסות ולשרש במידת האפשר הסדרים המונעים השגת צדק מחלקים רבים כחברה.<sup>42</sup>

רביעית, הסדר שכר טרחה לפי שעות עשוי אף הוא ליצור פשרות כפולות, ולפגום ביכולתם של הצדדים להגיע להסכם פשרה וולונטרי.<sup>43</sup> אחרי שכבר שכר שירותי משרד עורכי דין, שילם אגרה והשקיע זמן בהליך המשפטי, נאלץ המתדיין לשלם גם למגשר על פי שעות העבודה שזה יקדיש להליך הגישור. ישנו חשש שכלל העלויות שהושטו עליו יגררו אותו, עקב לחץ, להסכם פשרה שתוצאתו סיוס הליך הגישור, הואיל ולא יהיה לו את המשאבים הנדרשים להמשיך בהליך ולהשקיע משאבים נוספים. אין חולק כי להוצאות הגישור עצמן השפעה אדירה על כריתת הסכמי פשרה, והן עלולות להביא צד להסכמה כפויה, זאת בניגוד לרעיון המכונן של הליך הגישור המבקש להגן על הסכמת הצדדים.

חמישית, הגורם היחיד הנושא בסיכון אי-הצלחת הליך הגישור כאשר שכר טרחת המגשר נקבע לפי שעות הם המתדיינים. בסופו של יום הנפגעים היחידים מהליך גישור שלא נשא פרות הם הצדדים. המגשר קיבל את שכרו, בתי המשפט "הורידו" מעצמם תיק לתקופה מסוימת ועורכי הדין קיבלו שכר טרחה עבור עבודתם. היחידים שנותרו כשידיהם על ראשם הם המתדיינים, אשר עלולים לחוש כי מערכת הצדק יקרה, איטית וכי נמצאה לה שיטה נוספת להעמיס עליהם עלויות. תחושה זו עשויה לא רק להניא אנשים מלצבור באפיק של גישור, אלא גם לפגוע באמון הצדדים במערכת המשפטית ובמערכת בתי המשפט בפרט.

אנו סבורים כי שיטת תשלום שכר טרחה לפי שעה למגשר אינה מעודדת מתדיינים לפנות להליך גישור. חסרונות שיטה זו עולים על יתרונותיה. למעשה, חסרונותיה של שיטה זו עשויים להסביר את הנתונים המלמדים כי הליך הגישור

42 ראו בעניין זה יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המחולשות בישראל למשפט" עלי משפט ג 497 (2003); משה נגבי "שוים ושוים יותר בפני החוק" בול – בימת ון ליר לשיח ציבורי 6, 20 (2001); §9 (2000), *Catherine Branson, More Than Money* 24 *FORDHAM INT'L L.J.* ראו גם *Craig A. McEwan and Laura Williams, Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation*, 13 *OHIO ST. J. DISP. RESOL.* 865 — אם לגישותה של מערכת המשפט גישור הוא דרך אלטרנטיבית להתדיינות משפטית, עליה להבטיח שדרך זו תהיה קלה, שווה בפני כל ולא תעמיס הוצאות נוספות על הצדדים.

43 הדברים נכונים במיוחד כאשר הליך הגישור התארך מעל למצופה.

לא נחל עד כה את ההצלחה שמערכת המשפט קיוותה לה, ולא הוטמע כאמצעי יעיל לחינוך פרטים שלא להזיקק להתדיינות המשפטית<sup>44</sup>.

### ה. תשלום שכר טרחה מותנה למגשר

כאמור, במדינות רבות בארצות-הברית אין כל איסור (חוקי) לגבות שכר טרחה מותנה על ידי מגשר<sup>45</sup>. להפך, השיטה של שכר מותנה בתוצאה הוזכרה פעמים רבות כשיטה המגבירה את נגישות הצד החלש למערכת המשפט, ומצמצמת את הפערים בין מתדיינים<sup>46</sup>. גם בישראל האפשרות לגבות שכר טרחה מותנה בתוצאה אינה זרה<sup>47</sup>.

#### 1. השיטות לתשלום שכר טרחה מותנה

ישנן גרסאות שונות לשיטת שכר טרחה מותנה בתוצאה<sup>48</sup>. המכנה המשותף לכולן הוא שרק בהתקיים תוצאה מסוימת קמה למגשר הזכות לקבל שכר עבור עבודתו. לענייננו, להלן שלוש שיטות של שכר מותנה בתוצאה:

הראשונה, שכר מותנה בתוצאה שנקבע בסכום קבוע או גלובלי (Fixed Price). לפי שיטה זו יגיעו הצדדים לכדי הסכמה עם המגשר באשר לסכום מסוים שאותו יהיה זכאי האחרון לקבל אם הליך הגישור יסתיים בהסכם.

השנייה, שכר מותנה בתוצאה בשיעור אחוז מסוים מסכום מסוים (Contingent Fee)<sup>49</sup>. על פי שיטה זו (להלן: "שיטת שכר מותנה יחסי"), יחושב שכרו של המגשר כאחוז מסוים מסכום מסוים אם שהתיק יסתיים בהסכם. אותו סכום יכול להיות גובה התביעה או גובה הפשרה.

ניתן לחשוב על פתרונות יצירתיים אחרים במסגרת אפיק זה. למשל, התובע ישלם למגשר אחוז מסוים מסכום הפשרה, ואילו הנתבע ישלם למגשר אחוז מסוים מהסכום הנחסך (קרי ההפרש בין סכום התביעה לסכום הפשרה).

אפשרות אחרת יכולה להיות גביית אחוז מסוים מההפרש בין הסכום שהציג

44 על פי נתוני בית המשפט השלום בתל אביב-יפו (נכון לשנת 1999) 56.6% מהמתדיינים שהופנו לגישור חיצוני במרכז גישור סירבו להשתתף בהליך. אחוז דומה סירב להשתתף בגישור בשנת 2000 (54.9%). בשנת 2001 ירד אחוז המסרבים להשתתף בהליך גישור והגיע לכדי 41%. ראו סטי, לעיל ה"ש 3. בבתי משפט השלום במחוז המרכז נרשמו בשנת 2002 36% סירובים לפנות להליך גישור. ראו סטי, לעיל ה"ש 34.

45 Peppet, לעיל ה"ש 22.

46 הדברים באו לידי ביטוי בדו"ח Woolf בנושא הגברת הנגישות למערכת המשפט האנגלית, שם הודגש כי אימוץ שיטת השכר המותנה תגביר את הגישה למערכת הצדק. ראו: Woolf, לעיל ה"ש 33.

47 ס' 84 לחוק לשכת עורכי-הדין, התשכ"א-1961 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין).

48 Peppet, לעיל ה"ש 22, בעמ' 239-242.

49 שיטה זו מוכרת במשפט האמריקני, וגם המחוקק הישראלי מכיר בה, למעט כתחום המשפט הפלילי.

התובע כסכום הנדרש במסגרת תביעתו, בתחילת הליך הגישור, לבין הסכום שהציג הנתבע כסכום שהוא מוכן לשלם. יתרונה של שיטה זו בכך שהיא מתמרצת את הצדדים להציג עמדות פשרניות, כבר בתחילת המשא ומתן, הואיל ובכך הם מצמצמים את שכר טרחת של המגשר.

השלישית, שכר מותנה בתוצאה בשיעור מספר שעות העבודה שהוקדשו להליך, ובתוספת בונוס לכל שעת עבודה (Conditional Fee)<sup>50</sup>. לפי שיטה זו יחושב שכרו של המגשר בהתאם לתעריף מוסכם לשעת עבודה, אולם שכר שעתי זה ישולם רק אם הצדדים יגיעו להסכם. שכר זה הוא נגזרת של מספר השעות שהקדיש המגשר לתהליך כפול שכר טרחה לשעת עבודה, בתוספת בונוס שעליו סיכמו הצדדים מראש.

## 2. יתרונות שיטת השכר המותנה

דנו בחסרונות הטמונים בשיטת תשלום שכר מגשר לפי שעת עבודה, והצבענו על החשש ששיטת תשלום זו אינה מעודדת מתדיינים לפנות להליך גישור. לדעתנו, ביטול תקנה 7(א) לתקנות הגישור ומתן אפשרות לצדדים לאמץ את שיטת השכר המותנה עשויים ליצור, במקרים המתאימים, תמריץ משמעותי לצדדים להשתתף בהליך.

לשיטת השכר המותנה יתרונות משמעותיים:

היתרון הראשון והמשמעותי ביותר של שיטת השכר המותנה הוא ששיטה זו מאפשרת לכל פרט להשתתף בהליך הגישור. אין בה להעניק יתרון מובנה לצד החזק כלכלית על פני צד חלש כלכלית, אשר עבורו עשויה הגדלת העלויות הכרוכה בפנייה להליך הגישור להיות מכשול. כך, יש בשיטה זו לעודד מתדיינים לפנות להליך הגישור<sup>51</sup>, והגישה להליך הגישור תורחב. בקשר הדוק לכך, צפויה שיטת השכר המותנה להפחית מכוחו של הצד "העשיר" להשתמש לרעה בהליך הגישור כדרך להתשת הצד החלש.

יתרון שני של השיטה טמון בהשפעת שיטת תשלום זו על תפקודו של המגשר. ידיעת המגשר כי לא יקבל שכר אם הצדדים לא יגיעו להסכם ודאי תתמרץ אותו להציע פתרונות יצירתיים, להשקיע יותר על מנת לרצות את הצדדים ולהגיע לפתרון מוסכם. ניתן כמובן לטעון כי שיטת השכר המותנה תתמרץ מגשרים

50 שיטת שכר זו אומצה בשיטת המשפט האנגלי בתחום העיסוק בעריכת דין ראו: Courts and Legal Services Act, 1990, c. 41, § 58.

51 בהקשר זה נדגיש, כאמור, כי באנגליה ישבה על המדוכה ועדה ציבורית בראשות הלורד Woolf, שבחנה כיצד אפשר לשפר ולהגדיל את זכות הגישה לערכאות גם לאוכלוסייה חלשה. הוועדה קבעה כי יש לאפשר ולעודד את השימוש בשיטת שכר מותנה שעתי. ראו: Woolf, לעיל ה"ש 33. הוועדה עמדה על הקשר שבין זכות הגישה לערכאות לרכיב ההוצאות בהליך השיפוטי. עוד לעניין הקשר הישיר שבין שאלת הוצאות ההליך המשפטי לזכות הגישה לערכאות ראו: Zuckerman, לעיל ה"ש 34, בעמ' 361.

לסיים במהירות את ההליך, להרים ידיים בקלות<sup>52</sup>, ובמיוחד תמנע מהצדדים את האפשרות לבטא את רגשותיהם מפאת קוצר הזמן, נדבך חשוב בהשגת פשרה. עם זאת, אין בדברים אלה כדי למנוע לדעתנו את אימוצה של שיטה זו. ראשית, מאחר שלמגשר אינטרס כספי אישי בהשגת הסכם בין הצדדים, הוא יתורמץ לתת לצדדים לבטא את רגשותיהם, במקרים המתאימים<sup>53</sup>. שנית, שיטת תשלום זו עשויה אף לגרום לכך שמגשרים ינפו תיקים שאין הם מאמינים שיסתיימו בפשרה<sup>54</sup>. כך, יופנה המאמץ לתיקים שהסיכוי לסיומם המוצלח בפשרה גדול יותר. באופן זה יחסכו עלויות מיותרות ממתדיינים שהופנו לגישור בתיקים שאינם מתאימים. בנוסף לכך, סביר להניח ששיטת תשלום זו תביא לכך שההליך יתנהל בייעילות ובענייניות, זאת בהעדר תמריץ מצד המגשר להארכתו.

לבסוף, לא ניתן להתעלם מיתרון נוסף הטמון בשיטה זו. העובדה שלא רק הצדדים נושאים בסיכון לכישלון ההליך, אלא גם המגשר, צפויה ליצור אצל המתדיינים תחושה נוחה יותר. עתה אלה לא יחושו שהם נדרשים או למצער, "נרחפים", על ידי מערכת המשפט להליך שמגדיל את הוצאותיהם, ומעשיר את כיסיהם של העוסקים במלאכת המשפט.

יתרונות אלה, כך אנו מאמינים, עשויים לעודד את נכונות הצדדים להשתתף בהליך הגישור.

בהקשר זה, חשוב לציין כי מבין שלושת שיטות השכר המותנה אותם הצגנו, השיטה השלישית – שכר מותנה בתוצאה בשיעור מספר שעות העבודה שהוקדשו להליך ובתוספת בonus לכל שעת עבודה – היא העדיפה ביותר. הטעם לכך הוא ששיטה זו משלבת בהצלחה בין יתרונות שיטת השכר המותנה הקבוע ויתרונות שיטת השכר המותנה בשיעור אחוז מסכום מסוים.

לשיטת השכר המותנה הקבוע יתרון בולט ביכולת הצפייה (היינו, כל צד יודע מראש כמה יהיה עליו לשלם עבור שכר המגשר) ובהיעדר אינטרס למגשר להאריך את הליך הגישור. מאידך, טמון בה חסרון פרקטי אמיתי והוא העדר יכולת אמיתית של הצדדים לקבוע את שכר המגשר. הטעם לכך הוא שבתחילת הגישור, עת שכרו של המגשר אמור להיות מסוכם, הצדדים והמגשר אינם יודעים מה צפוי להיות משך הליך הגישור, ואילו תשומות יהיה עליהם להשקיע בהליך. לעומת זאת, על אף יתרונותיה הרבים, לוקה שיטת השכר המותנה בחוסר הגינות כלפי המגשר, אשר שכרו עלול שלא לעמוד ביחס ישיר למידת השקעתו בהליך הגישור.

52 יש לזכור, עם זאת, כי מגשר מוצלח נתפס כמגשר המצליח להביא להסכם בין הצדדים, ולכן מגשרים המעוניינים לבנות מוניטין או לשמור על מוניטין קיים לא ייטו להרים ידיים בקלות.

53 יצוין כי בסכסוכים כספיים, שבהם עוסק המאמר, נתון ממילא מקום מופחת לרגשות, וניתן משקל רב יותר לשיקולים כלכליים עסקיים.

54 למשל, מקרים שבהם יש מחלוקת עובדתית עמוקה בין הצדדים, במקרים שבהם הפערים בין דרישות הצדדים גדולים מאוד או מקרים שבהם סיכויי התביעה או ההגנה מובהקים ואין כל עמימות משפטית.

כאמור, לדעתנו השיטה השלישית היא השיטה העדיפה. אמנם, שיטה זו קרובה לשיטת השכר לפי שעות (וסובלת אף היא מחוסר ודאות מסוימת), אולם טמונים בה מספר יתרונות. ראשית, המגשר מקבל את שכרו רק אם הגיעו הצדדים לכדי הסכם פשרה. שנית, המגשר מקבל בonus בגין הצלחת הגישור, אשר יש בכוחו לתמרץ אותו עוד יותר להביא את הצדדים לחוף המבטחים של סיום ההליך בהסכם.<sup>55</sup>

## 7. איוונים ובלמים להפחתת חסרונותיה של שיטת השכר המותנה

טענות המתנגדים לשיטת השכר המותנה אינן מופרכות. כאמור, לא כל תיק ראוי ומתאים לגישור בשיטה זו. פירטנו את השיקולים שהניעו את המחוקק הישראלי לאסור שיטת תשלום זו. האחד, חשש מפני התערבות יתר של המגשר, שהנו כעת בעל אינטרס כלכלי בהצלחת ההליך.<sup>56</sup> השני, חשש מפני הרתעת מתדיינים להשתתף בהליך הגישור, זאת מהטעם שקביעת אחוז מסוים מסכום התביעה עלולה להוביל לתשלום גבוה מדי למגשר או לתשלום שאינו עומד ביחס ישיר לעבודת המגשר.

נתמודד תחילה עם החשש מפני התערבות יתר של המגשר והלחץ שזה עשוי להפעיל על הצדדים. כאמור, חשש זה קיים בין ששכרו של המגשר נקבע לפי שעה ובין שהוא מותנה. משהפך העיסוק בגישור למקצוע שיש הכנסה בצידו, יש למגשר אינטרס כלכלי בהצלחת הליך הגישור. העובדה שהמגשר עשוי להרוויח יותר אם שיטת השכר תהיה מותנית אינה עובדה שיש לזלזל בה, אך אין בה כדי לפסול את שיטת השכר המותנה.<sup>57</sup> כך או אחרת, חשש זה יכול שינוטרל נוכח השתתפות עורכי דין בהליך. נוכחותם של אלה — יש בכוחה להגן משמעותית על האינטרסים של הצדדים מפני מגשר "לוחץ".

לעניין החשש מפני תשלום יתר (Windfall) ותשלום גבוה למגשר ללא קשר לעבודה — גם חשש זה אינו משמעותי או למצער אינו יוצר הבחנה איכותית בין שיטת השכר המותנה לבין שיטת השכר לפי שעה. גם בשיטת השכר לפי שעה ישנו חשש שהמגשר ישקיע בעבודתו שעות רבות, ההליך לא יצלח בסופו של דבר והצדדים ייאלצו לשלם למגשר — שלא הניב כל תוצאה — סכום גבוה.

55 חרף יתרונותיה של שיטה זו יש לה, כמובן, חיסרון מובנה לעומת שיטת השכר המותנה היחסי, הואיל וגם בה יש אלמנט של חוסר ודאות. אשר על כן ולאור חשיבותה של הוודאות הכלכלית בפתרון סכסוכים כספיים אנו מעדיפים את שיטת השכר המותנה היחסי על פניה. דויטש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 58.

57 בהקשר זה, ראוי לציין, כי חשש זה מתקיים (ואף ביתר שאת) כאשר מתירים לעורך דין לגבות שכר טרחה מותנה. צדדים רואים במגשר צד ניטרלי, אך אינם רואים בו את שלוחם ונציגם בדומה לעורך דינם. אם חוק לשכת עורכי הדין מתיר לעורכי הדין לגבות שכר מותנה, על אף החשש שעורך הדין "ידחוף" את לקוחו לפשרה שתיטיב עם עורך הדין מבחינה כספית, אין כל סיבה שתקנות הגישור לא יתירו זאת למגשר.



אפשרות אחרת היא שההליך יצלח, אך בשל העבודה הרבה שהשקיע המגשר בהשגת התוצאה ייאלצו הצדדים לשלם שכר גבוה מדי. יתרה מכך, בשיטת השכר המותנה טמון יתרון והוא שכבר בתחילת הגישור יוכלו הצדדים להעריך את גבולות הגזרה של שכר המגשר ולהחליט מראש אם השקעה כזו כדאית אם לאו. בנוסף, את הבעיה המתוארת ניתן לנטרל באמצעות הוספת הוראה הדומה לסעיף 84 (ב) לחוק לשכת עורכי הדין, המסמיך את לשכת עורכי הדין, לפי בקשת לקוח, להפחית את שכר הטרחה שהותנה בתוצאות, אם הוא נראה לה מופרז. הסמכה כאמור (ואף רחבה מזו) מוכרת בקודקסים של מדינות אחרות<sup>58</sup>. סעיף כדוגמת סעיף 84(ב) לחוק לשכת עורכי הדין אינו קיים כיום בתקנות הגישור. תקנה 7(ה) לתקנות הגישור מסמיכה את בתי המשפט להחליט בעניין חילוקי דעות בין המגשר ובין בעלי הדין, אך אינה מסמיכה מפורשות את בית המשפט להתערב ולשנות את הסדר שכר הטרחה בין הצדדים לבין המגשר. אפשרות נוספת להגבלה ולפיקוח על תעריף שכר טרחת המגשר היא לקבוע תעריף מקסימום לשירותי גישור<sup>59</sup>, דהיינו לקבוע מהו האחוז מסכום הסדר הפרשה שהמגשר יהיה זכאי לקבל במקרה של שכר מותנה יחסי (Contingent Fee), וכן מהו הגובה הבונוס שהמגשר יהיה זכאי לקבל במקרה של שכר מותנה משולב (Conditional Fee).

## 2. סיכום

במרכזו של מאמר זה עומד ההסדר הקוגנטי הקבוע בתקנות הגישור האוסר על המגשר ועל הצדדים המשתתפים בגישור להסכים על תשלום שכר טרחה למגשר מותנה בתוצאה, ואשר מחייב את המגשר לגבות שכרו לפי מספר השעות שהקדיש להליך או לפי תעריף קבוע מראש.

סקרנו באופן ביקורתי את הרציונאל העומד בבסיס קביעה זו, תוך הצגת יתרונותיה וחסרונותיה של שיטת תשלום זו, לעומת שיטת התשלום המותנה על גווניה השונים.

כפי שהראינו, ההסדר החוקי שישנו כיום, המתערב בחופש החוזים של הצדדים לגישור אינו הסדר ראוי<sup>60</sup>, אינו יעיל מבחינה כלכלית, משמש גורם המרתיע צדדים בסכסוכים כספיים לפנות להליך הגישור ועלול להפעיל לחץ על צד המשתתף בגישור להסכים לפתרון הסכסוך תוך פגיעה בזכויותיו. הסדר זה אף מאפשר לצד

58 לפירוט שיטת התערבות זו ראו איל זמיר "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים" משפטים כו 97, 160, ה"ש 140 (תשנ"ה) המפנה לסעי' 655 ל-B.G.B. הגרמני; סעי' 417 לקודקס החיובים השווייצרי; סעי' 707 לקודקס האזרחי היווני.

59 סעי' 82 לחוק לשכת עורכי הדין.

60 אין אנו, כמובן, מציעים לאסור על קבלת שכר לפי שעה על ידי המגשר, ואם הצדדים לסכסוך מעדיפים שיטת תשלום זו, יש לכבד זאת ולהתיר להם זאת.

החזק כלכלית לעשות שימוש לרעה בהליך הגישור ככלי להתשת הצד החלש, ועלול להוביל להסכמה להסכם גישור מתוך אילוץ.

לדעתנו, ייטב אם מחוקק המשנה יתקן את ההסדר החוקי ויאפשר גמישות בקביעת שכר הטרחה של המגשר, לרבות אפשרות לגבות שכר מותנה. אנו סבורים, כי התרת גביית שכר טרחת מגשר מותנה בתוצאה תעודד מתדיינים לפנות להליך הגישור, תביא להפניית סכסוכים רבים יותר לגישור, תיצור איזון ראוי בין הצד החלש לצד החזק, תפחית מכוחו של הצד העשיר להשתמש לרעה בהליך הגישור כדרך להתיש את החלש, תתמרץ את המגשר להציע פתרונות יצירתיים ולהשקיע מאמצים רבים יותר להשגת פשרה, תגרום לניפוי תיקים שאינם מתאימים לפשרה ותפנה מאמץ לתיקים שיש סיכוי גדול יותר בהצלחתם. כמו כן, סביר להניח ששינוי הסדר שכר הטרחה יהפוך את ההליך ליעיל וענייני יותר, ללא תמריץ להארכתו, ויפחית את תחושת המתדיינים כאילו מערכת המשפט יצרה שיטה נוספת שמטרתה לעכב, לסבך ולייקר את הדיון המשפטי. יתרונות אלה של שיטת השכר המותנה יש בכוחם לא רק להפוך את הליך הגישור למוצלח יותר ולקרוא אליו אנשים שיודעים מלאכתם, אלא שהוא גם יפחית משמעותית את הלחץ מעל בתי המשפט.