

## התערבות שיפוטית בהסדרי גישור

### עמוס גבריאלי ומיכל אלברשטיין\*

טשטוש הגבולות בין המרחב הפרטי לציבורי מתבטא, בין היתר, בהתערבות בתי המשפט בתוצרים הסכמיים שמקורם בהליכי גישור. המאמר בוחן את התייחסות השופטים להסדרי פשרה וגישור המובאים לפנייהם לשם אישורם כפסקי דין ואת המידה והאופן של ההתערבות במרחב המתגבש בנקודת הממשק שבין סמכות להסכמה. זאת, באופן המחייב בחינה עצמית והדרית של תפקידי השופט והמגשר ביישוב המחלוקת.

פעמים בוחרים הצדדים לחזק את תניות ההסדר הפרטי באמצעות אישורו כפסק דין, ואילו הסדרים מסוימים מחויבים באישור בית המשפט מכוח הוראות חוק ספציפיות. הסדרים ייחודיים אלה יאפשרו לנו לבחון עילות התערבות קיימות ולנסות לגזור מהן קריטריונים לבחינת הסדרי גישור כלליים. כך, ננסה להבין האם קיים שוני בין התייחסות בתי המשפט להסדרי פשרה שנכרתו בסיוע מגשר לבין כאלה הנעדרים מעורבות של מיישב סכסוך חיצוני.

מצאנו כי על דרך הכלל נוטים בתי המשפט לאשר הסדרי גישור כלליים ללא בחינה או ביקורת על תוכנם. אולם, קיימת נטייה להתערב במקום שבו קיימת אייחוקיות העולה לכאורה, פגיעה בתקנת הציבור, הסדרים למראית עין, סוגיות של חיסיון, פגמים צורניים היורדים לשורש ההסדר, פגיעה בזכויות צד ג', חשש להיעדר גמירות דעת והסכמות אשר תכליתן אינה ניתנת לאכיפה.

לא קיימת הסדרה בדין הישראלי של הכללים או החובה להתערבות שיפוטית, וזו נתונה לשיקול דעתו של השופט על פי תפיסתו את ייחודיות ההסכמה וחיוביותה בכלל, ותפקיד המגשר בעיצובה בפרט. מפסקי הדין שנבדקו לא ניתן להצביע על קריטריונים אחידים לבחינת ההסדר, וההתנהלות השיפוטית מראה כי על פי רוב המגשר אינו נתפס כמי שתפקידו לבחון אינטרסים ציבוריים בהסדר הנרקם, כאלה שאינם עולים בקנה אחד עם האינטרס הפרטי של הצדדים שלפניו.

לטענתנו, קיים צורך להסדיר קריטריונים ברורים לבחינת הסדרי פשרה, המתבססים, בין היתר, על אלה הנהוגים בהתערבות בהסדרים ייחודיים, בשם לב לסוג ההליך הגישורי ואפיונו, כמו גם תפיסת מקומו של המגשר בו. קביעת כללים בהירים והתנהלות שיפוטית עקבית יובילו לעיצוב התנהלות המגשר בהסדרים כלליים ויצרו אצלו חובה להחלת נורמות ציבוריות בהסדר פרטי, אשר

\* עמוס גבריאלי הוא מגשר ובורר וכן דוקטורנט למשפטים בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן; מיכל אלברשטיין היא פרופסורית בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן. נבקש להודות לעו"ד רותם טפרברג על סיועה הרב בהכנת המאמר ולחברי מערכת המשפט על הערותיהם המאלפות.

הצדדים לו חפצים, כאינטרס מובנה בהסכמותיהם, לאשרו כפסק דין בידועם שאלה יובאו בחשבון על ידי בית המשפט כתנאי לאישור ההסדר.

**א. מבוא. ב. מעמד המגשר בתפיסת בית המשפט ; 1. הסדרי הגישור בין המרחב הפרטי לציבורי ; 2. הבחנה בין הסדרי גישור להסדרי פשרה. ג. עילות התערבות בהסדרי פשרה ייחודיים ; 1. הסדרי פשרה בתחום המעמד האישי ; 2. הסדרי פשרה בתביעות ייצוגיות. ד. מגמות בהתערבות שיפוטית בהסדרי פשרה וגישור כלליים ; 1. הסדרים הכוללים תניות תאורטיות או התחייבויות שאינן בנות אכיפה ; 2. תניות הסכמיות הנוגדות את תקנת הציבור ; 3. הסדרי גישור הכוללים תניות המשפיעות על זכויות של צדדי ג' ; 4. סירוב לאשר הסדר גישור בשל חשש להיעדר גמירות דעת ; 5. התערבות בהסדרים בשל פגמים צורניים או כשלים פרוצדורליים ; 6. התערבות כשאחד הצדדים חוזר בו מהסכמתו לפני אישור ההסדר ; 7. התערבות בהסדרים למראית עין ; 8. התערבות בשל היעדר סמכות עניינית ; 9. התערבות בבקשות להטלת חיסיון על התוצר הגישורי הסופי ; 10. התערבות בהסדרי ביניים שנערכו במסגרת הליך של גישור. ה. ממצאים ומסקנות – בין הראוי למצוי. ו. בין תוצרי הגישור להתערבות השיפוטית – מודל ראשוני. ז. סיכום.**

## א. מבוא

מאמר זה בוחן את אופן ההתערבות השיפוטית בהסדרי פשרה וגישור ועילותיה, עת נחשף בית המשפט לראשונה לתוצר ההסדרי בהתבקשו לאשרו כפסק דין מכוח סעיף 79ג(ו) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ותקנה 9 לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993.<sup>1</sup> זאת, במציאות שבה ריבוי הסדרי פשרה, שרבים מהם מובאים לאישור בית המשפט, יוצר ממשק ייחודי בין שתי הפרוצדורות של הסכמה וסמכות, המאפשר התערבות ביוזמת בית המשפט בתוצר שהתגבש בפרוצדורה חשאית.<sup>2</sup>

1 בשונה מהתערבות שמקורה בבקשת אחד הצדדים לאוכפו או לבטלו, בשל כשל צורני או מהותי בהתקשרות עצמה, לדוגמה בהטעיה או טעות בהתקשרות. לעניין זה ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 26723-10-16 עזרא נ' כדורי (פורסם בנבו, 24.8.2017); בג"ץ 8981/12 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב (פורסם בנבו, 8.1.2014). (להלן: עניין בית הדין הרבני); לעניין לחץ בלתי סביר שהופעל על ידי המגשר ראו תה"ס (משפחה ת"א) 27439-10-14 פ' נ' פ' (8.12.2015); לעניין היעדר הבנה של משמעות האמור בהסדר הגישור של החותם עליו ראו ע"א 3020/15 מגנזי נ' גפן (פורסם בנבו, 22.12.2016).

2 בהליך הגישור, להבדיל ממשא ומתן רגיל לגיבוש הסדר, חל חיסיון אינהרנטי, וכל שנעשה בו מצוי תחת סודיות רחבה ומהותית על פי דין המוסדרת בס' 79ג(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. ראו ע"ב (אזורי ב"ש) 2849/98 אורן נ' עובדיה (פורסם בנבו, 3.12.2007). התכלית היא ליצור חיץ בין הליך הגישור לבין הליך המשפטי על מנת להבטיח מעבר מידע חופשי בהליך. תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993 משלימות את חובת הסודיות בס' 3(ב), 5(ד)-(ו), ובס' 2 ר2א לתוספת. ראו בע"מ 8769/08 פלוני נ' פלונית (פורסם

ההזדמנות להתערב בהסדר מקורה ברצון הצדדים להפוך מסמך שהתגבש במשא ומתן פרטי לפסק דין הנושא מאפיינים ציבוריים.<sup>3</sup> זאת, בשל היתרונות הגלומים בכך.<sup>4</sup> אינטרס זה משפיע על אופן ניהול המשא ומתן ונכונותם לסיימו בהסדר, ומהווה לפיכך רכיב נוסף במכלול האינטרסים הפרטיים.

בשונה מפסק דין שניתן לאחר הליך משפטי, פסק דין המאשר הסדר גישור בנוי מהחלק ההסכמי שבין בעלי הדין והחלק השיפוטי שבו ניתן לו תוקף של פסק דין.<sup>5</sup> נוסף על הקושי הקיים בפני המבקש לבטל הסדר גישור, בעילות חוזיות או אחרות,<sup>6</sup> הליך הערעור על החלק השיפוטי שבו קשה עוד יותר,<sup>7</sup> ולכן קיים חיזוק משמעותי להסדר לאחר אישורו כפסק דין. התערבות שיפוטית מוצאת ביטוי בביקורת על ההסדר, ביטולו המלא או החלקי, השבתו למגשר ולצדדים לשם תיקונו או בקיום דיון מחדש באולם המשפט בניסיון לממשו על פי

- בנבו, 31.12.2008 (להלן: עניין פלוני 1); רע"א 4416/09 גבאי אדריכלות ובנין ערים בע"מ נ' א.רובין אדריכלים בע"מ (פורסם בנבו, 3.9.2009); רע"א 4781/12 י.מ. עיני קונדיטוריה בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.3.2013); אלעד פינקלשטיין המשטר המשפטי בהליך הגישור 242–224 (2007); לימור זרגוטמן "הבטחת הסודיות במסגרת הליך הגישור" שערי משפט ג 165 (התשס"ב). וראו גם James R. Coben & Peter N. Thompson, *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 43, 48 (2011); Peter Robinson, *Centuries of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the UMA's Exception to Mediation Confidentiality in Enforcement Proceedings Should Be Embraced and Broadened*, 2003 J. DISP. RESOL. 135 (2003).
- 3 לאופיו הוולונטרי של הגישור, המתבסס על ההגדרה העצמית של הצדדים, במובחן מהאופי האדוורסרי של השיח המשפטי, ראו Jacqueline M. Nolan-Haley, *Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent?*, 5 PENN ST. Y.B. ARB & MEDIATION 152 (2013), הבוחן את מספרן הרב יחסית של הבקשות לביטול או אכיפה של הסדרי גישור המוגשות על ידי צד לו ומובאות לפני פורום שיפוטי, הנדרש לאבחן בכלים משפטיים הסכמות שהשתכללו באמצעות צד ג'.
- 4 ראו רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נז(5) 491, 497 (2003): "אף שתוקפו של הסכם זה [...] אינם תלויים באישור ההסכם על ידי בית המשפט, הרי לצדדים עשוי להיות עניין כי ההסכם שאליו הגיעו יאושר עלידי גורם שיפוטי. הדבר עשוי לתרום לכווחו המחייב של ההסכם, לצמצם את היכולת לבטלו בשל פגמים בכריתה ולהפחית את הסיכון כי אחד הצדדים יקופח [...] מתן תוקף של פסק-דין לאותן הוראות בהסכם הניתנות להוצאה לפועל עשוי אף להקל על יישום ההסדרים הקבועים בהוראות אלה". הסנקציות על הפרת הסדר שהשתכללו לפסק דין כוללות, בין היתר, את האפשרות לאוכפו ללא הליך נוסף בהוצאה לפועל או על פי פקודת ביזיון בית משפט. ראו למשל ת"א (מחוזי מר") 23870-02-11 קידום פרויקטים שיקומיים ב.ה בע"מ נ' שליו ובניו בע"מ (פורסם בנבו, 24.10.2017).
- 5 רע"א 3960/05 נשר נ' בן פאיז (פורסם בנבו, 26.12.2005); רע"פ 7148/98 עזרא נ' זלוניאק, פ"ד נג(3) 337 (1999).
- 6 ראו ע"א 11750/05 שמר נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 15.11.2007): "אף שניתן לבטל הסכם פשרה שקיבל תוקף של פסק דין אם נפל פגם בכריתתו, על בית המשפט לנהוג משנה זהירות בעניין זה ולהשתכנע כי קיימים טעמים כבדי משקל המצדיקים את הביטול".
- 7 ראו למשל רע"ע 359/85 קוך נ' קוך, פ"ד לט(3) 421 (1985).



בבסיס המאמר, מחקר אנליטי וניתוח אופן ההתערבות השיפוטית בהסדרי פשרה ועילותיה, חלקם במעורבות מגשר, המובאים לאישור בית המשפט. אלה לוקטו ממאגרי מידע ציבוריים וממקורות שלא פורסמו.<sup>13</sup> בשל השימוש הנרחב והמואץ בהליכי יישוב סכסוכים כמערך משלים ומתקן של ההליך המשפטי, התגבשה, בהיעדר קריטריונים מוסדרים בדין, פרקטיקת התערבות שיפוטית אקראית, אינטואיטיבית לעיתים, השונה באופייה ומידתה אצל כל שופט. התנהלות זו גרמה אצל הצדדים להסדר והמגשרים לאיודאות ובהתאם לחוסר יכולת לצפות את תוצאת המפגש בממשק שבין ספרת ההסכמה לספרת ההכרעה. בשל מיעוט מקרי התערבות שיפוטית בהסדרים כלליים, סקרנו הסדרי גישור שתוקפם מותנה באישור בית המשפט מכוח הוראות חוק ייחודיות.<sup>14</sup> זאת, כדי לבחון האם טעמי ההתערבות שבהם רלוונטיים כבסיס להסדרה אחידה של קריטריונים להתערבות בהסדרי גישור כלליים, באמצעות כללי יסוד מוסדרים. שינוי המציאות, מהתערבות שיפוטית הנקבעת בפועל באופן אקראי לעבודה סדורה על פי מודל או כללים בהירים, ייצר לצדדים להסדר הפרטי ודאות בגיבושו התוכני והצורני באשר לעילות ההתערבות האפשריות של בית המשפט באישורו כפסק דין.

במאמר שזורה ההכרה בגישור כמרחב רב-תרבותי, שבו כמה מודלים, המאפשר שונות מהשיח המשפטי. נתהה, לפיכך, האם ראוי שבית המשפט יתערב במערכת הסכמית פרטית, בהיעדר חיוב על פי דין לעשות כן. זאת, בין היתר, על רקע המדיניות השיפוטית לעידוד ותמרון של הגעה להסדרי פשרה.<sup>15</sup> נבחן אם קיים קשר בין מידת ההתערבות לבין קרבת פרוצדורת יישוב הסכסוכים למרחב המשפט הפורמלי, שפתית או תהליכית, כמו הגישור המערך והסמכותי,<sup>16</sup> או כזה המנוהל על ידי שופטים בדימוס.<sup>17</sup> כמו כן, נבדוק אם קיים שוני בגישת בית המשפט בין התערבות בהסדרי פשרה שנערכו בין צדדים לבין כאלה שנכרתו בסיוע מגשר, כמדד לתפיסת מעמד המגשר: קצין בית המשפט, או צד פרטי נוסף להסדר.

**בפרק ב** נעמוד על מעמד המגשר בתפיסת בית המשפט ונבחין בין הסדר גישור להסדר פשרה. **בפרק ג** נבחן התערבויות שיפוטיות במקרים המוסדרים על פי חוק – בתחום המעמד האישי ובתביעות ייצוגיות. **בפרק ד** נסקור עילות התערבות בפועל בהסדרי גישור שלגביהם לא

13 במסגרת עבודת כותב המאמר כמגשר, התגבשו הסדרים רבים אשר זכו להתייחסות שיפוטית בפסקי דין והחלטות (מרביתם לא פורסמו), ואלה מהווים חלק מהחומר המחקרי שעליו מתבסס המאמר.

14 הסכם ממון מכוח ס' 1–2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973 (להלן: חוק יחסי ממון); ותביעות ייצוגיות, מכוח ס' 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006.

15 אהרן ברק "על הגישור" **שערי משפט** ג 9 (2002). ראו גם רע"א 1644/15 גור נ' דור אלון **אנרגיה בישראל (1998) בע"מ**, 10 (פורסם בנוב, 27.5.2015).

16 Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Preplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 137 (1996); עמוס גבריאל, נורית צימרמן ומיכל אלברשטין "הגישור הסמכותי – משפט בצל הגישור" **המשפט** כד 387 (2018); Amos Gabrieli, Nourit Zimmerman & Michal Alberstein, *Authority-Based Mediation*, 20 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 1 (2018).

17 קרני פרלמן "שופט מגשר? על שפיטה הסדרית ובין מצוי לרצוי במשפט הישראלי" **משפט ועסקים** יט 365, 378, 404 (2015); מרדכי מירוני "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור" **דין ודברים** ו 487, 504, 499 (2012); מיכל אלברשטין **תורת הגישור** (2007).

קיימות הוראות חוק מיוחדות לביקורת. בכלל זאת נראה התערבות שנעשו בהסדרים הכוללים תניות תאורטיות שאינן בנות אכיפה; תניות הנוגדות את תקנת הציבור; תניות המשפיעות על זכויות צד ג'; הסדרים שבהם עולה חשש להיעדר גמירות דעת; הסדרים שבהם פגמים צורניים או פרוצדורליים; הסדרים שבהם צד חזר מהסכמתו טרם אישור ההסדר; הסדרים למראית עין; שאלות של סמכות עניינית; בקשות להטלת חיסיון על ההסדר; והסדרי ביניים. בפרק זה נרכז את מסקנות המחקר, שמתוכן נגבש הצעה לכללים ראשוניים להתערבות שיפוטית, אשר יוצגו בפרק ו.

## ב. מעמד המגשר בתפיסת בית המשפט

### 1. הסדרי הגישור בין המרחב הפרטי לציבורי

בעוד שהגישור נתפס כהליך שבבסיסו משא ומתן פרטי, יש הרואים במיישב הסכסוך כנושא תפקיד בעל אופי ציבורי,<sup>18</sup> בין השאר כפועל יוצא ממיסוד הגישור במרבית שיטות המשפט.<sup>19</sup> השבת האגרה במקרה שבו ההליך מסתיים בגישור ומימון שכרו של המגשר במקרים מסוימים<sup>20</sup> מהווים דוגמה להשתתפות המדינה, בדרך של הצברה, בתהליך שבו אדם פרטי משמש כמיישב הסכסוך.<sup>21</sup> הטיפול המקביל של השופט והמגשר באותה מחלוקת משפטית

18 יישוב סכסוך נחשב כמטלה ציבורית שיש בה כדי לשפר את הסדר החברתי, תוך מציאת פתרון הסכמי שלם וארוך טווח. בהינתן טשטוש ההבחנה בין המתחם הפרטי לציבורי, ראו לעיל ה"ש 10, היחסים בין הגישור לבין השפיטה הופכים למורכבים, בפרט בשימוש המשותף בטכניקות מעריכות או סמכותיות. ראו לדוגמה את אירוע זיהום הנפט בשמורת עברונה, שבו התגבשה הסכמה בעלת מאפיינים רגולטוריים וכללי התנהגות רחבים של פרטים ורשויות כאחד. לעניין זה ראו ת"צ (מחוזי ב"ש) 49319-12-14 פירסק נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ (פורסם בנבו, 17.3.2020) (להלן: עניין קצא"א). ראו שרון ידין רגולציה חדשה: מהפכה במשפט הציבורי (Bilsky & Fisher, לעיל ה"ש 10, בעמ' 90-91; שם, בעמ' 115-116, דיון בממד הציבורי של הפשרה, ובפרט מאפייני הפשרה כתקדים; Orna Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 253, 260 (2006), לפיה הטמעת שיקולים ציבוריים, הזרים לאינטרסים הפרטיים של משתתפי ההליך, מגבשת סוג של אחריות דיווח (accountability), ואותה ניתן למצוא בתהליכי יישוב סכסוכים ברשת.

19 ועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט דין וחשבון (2006); Holly A. Streeter-Schaefer, *A Look at Court Mandated Civil Mediation*, 49 DRAKE L. REV. 367 (2001); פינקלשטיין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 48, ה"ש 55.

20 עם העלייה בצורך של גופי מדינה, גופים מנהליים ודרמהוטיים, בקיום הליכי יישוב סכסוכים, בישראל ובעולם, ובפרט עם התחזקות הגישור הסמכותי, חלה עלייה במספר התיקים במעורבות גופים ציבוריים. בהקשר זה ראו Varda Bondy et al., *Mediation and Judicial Review: An Empirical Research Study* 38 (2009). במקביל, עלתה כמות האישורים המיוחדים שניתנו על ידי החשב הכללי באוצר לתשלום שכר טרחה גבוה, שאינו תואם את השיעור שהיה נהוג עד אז לתשלום בהליכי גישור. ראו גבריאלי, צימרמן ואלברשטין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 404.

21 L. Wayne Scott, *The Law of Mediation in Texas*, 37 ST. MARY'S L.J. 325 (2006); ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות

יוצר פעמים טשטוש בין התפקידים: השופט נוקט טכניקות של יישוב סכסוכים באולם המשפט,<sup>22</sup> ואילו המגשר מקיים סדר פרוצדורלי בהליך הגישור; ממנה מומחים כמעין בוררים; ומנהל דיאלוג מול בית המשפט בכל הקשור להתקדמות ההליך וסיומו בהסדר אשר מבוקש אישורו. לעיתים המגשר אף עושה שימוש בכלים סמכותיים בניסיונותיו להביא את הצדדים לכדי הסדר, בהציעו ניתוח משפטי של ההליך לשם בחינת החלופות לפתרון המוצע. הרחבת סל הכלים של המגשר והשופט, תוך יצירת פרוצדורה היברידית של סמכות והסכמה לפתרון סכסוכים, מקהה את תפיסת הגישור כשיטה חלופית לבירור המשפטי<sup>23</sup> ותומכת בפעולת המגשר כזרועו הארוכה של בית המשפט.<sup>24</sup> מכאן, שאפיון הגישור והמשפט כפרוצדורות הפועלות במרחב המחיל עקרונות קשיחים השונים בתכלית, אינו תואם את המציאות המשתנה.<sup>25</sup>

כלכלית" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 583 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים (2005).

22 ראו התפתחות השפיטה ההסדרית, ה־JCR (Judicial Conflict Resolution), כתורת משפט של יישוב סכסוכים בין כתלי בית המשפט: Michal Alberstein, *Judicial Conflict Resolution (JCR): A New Jurisprudence for an Emerging Judicial Practice*, 16 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 879 (2015); פרלמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 389; Judith Resnik, *Whose Judgment? Vacating Judgment, Preferences for Settlement, and the Role of Adjudication at the Close of the Twentieth Century*, 41 UCLA L. REV. 1471 (1994); Yuval Sinai & Michal Alberstein, *Expanding Judicial Discretion: Between Legal and Conflict Considerations*, 21 HARV. NEGOT. L. REV. 221 (2016); עמוס גבריאלי ומיכל אלברשטין "תהליכי יישוב סכסוכים באולם המשפט האזרחי: בין האינקוויזיטורי לאדוורסרי" מחקרי משפט לג 1 (2021). לעניין השופט כמפשר ראו מירוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 504; אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטי", לעיל ה"ש Ayelet Sela et al., *Judges as Gatekeepers and the Dismaying Shadow of the Law*: 83 (2018). להכרעה על דרך הפשרה באולם המשפט ראו חמי בן־נון ועמוס גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984" הפרקליט 260, 257, 260 (2002).

23 הגישור אינו נתפס עוד ככלי אלטרנטיבי ליישוב סכסוכים, אלא לכזה השלוב באופן ממוסד בעבודת בתי המשפט, במסגרת תוכניות גישור שונות ואף בקיום גישור חובה בחלק משיטות המשפט. ראו למשל הדירקטיבה האירופית שעניינה גישור: Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008, 2008 O.J. (L 136) 3 דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, לעיל ה"ש 19; פינקלשטיין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 291–211. גם התפתחות ה־JCR כגישה המבכרת הסכמה על פני כפייה, כערך מוביל ליישום צדק, מלמדת על עליית קרנו של הגישור, מחלופה אלטרנטיבית לשפיטה, לדרך המלך. ראו Alberstein, לעיל ה"ש 22; פרלמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 389; Resnik, לעיל ה"ש 22; Sinai & Alberstein, לעיל ה"ש 22; גבריאלי ואלברשטין, לעיל ה"ש 22; מירוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 504; אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטי", לעיל ה"ש 11; Sela, לעיל ה"ש 22; בן־נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 22. Judith Resnik, *Uncle Sam Modernizes His Justice: Inventing the Federal District Courts of the Twentieth Century for the District of Columbia and the Nation*, 90 GEO. L.J. 607, 654 (2002).

25 לניתוח ההבדלים בין המערכת המשפטית לגישור ראו Orna Rabinovich-Einy & Roe Tsur, *The Case for Greater Formality in ADR: Drawing on the Lessons of Benoit's Private Arbitration System*, 34 VT. L. REV. 529, 530–534 (2010), המציגים את הנבדלות המובהקת

יש המבחינים בין מגשר אשר מונה על ידי בית המשפט, לרבות מגשרי המהו"ת הפועלים בסמיכות לשופט ושואבים את כוחם מההפניה על פי הוראות הדין, לבין מגשר שנבחר על ידי הצדדים בטרם נפתח הליך משפטי. הראשון נתפס כנושא תפקיד ציבורי, והשני כנותן שירות פרטי.<sup>26</sup>

לכאורה, מגשרים העושים שימוש בטכניקות סמכותיות תוך הפעלת מעורבות גבוהה ביצירת הפתרון ההסדרי דומים במעמדם, בעיני הצדדים הבוחרים בפרוצדורה זו ובעיני בית המשפט, לבורר מכריע.<sup>27</sup> בשני המקרים מדובר בצד ג' המסייע בפתרון סכסוך בין צדדים והמגבש מסמך בעל מאפיינים משפטיים, העומד לבחינה שיפוטית לצורך אישורו, אכיפתו או ביטולו. עם זאת, נוכח הפסיקה המשווה בין מאפייני מעמד הבורר לבין אלה של השופט<sup>28</sup> והעובדה שעילות ההתערבות בפסקי בורר וגבולותיהן קבועים בדין,<sup>29</sup> נדמה שעיצוב מעמד המגשר בעיני בית המשפט מקורו בטעמים אחרים.

מחד גיסא, ככל שמידת מעורבותו של מגשר בעל הכשרה משפטית בסכסוך שלפניו רבה יותר, וככל שההסדר המתגבש נושא אופי משפטי (במלל, בתוכן ובאפשרויות מימוש), אזי ההיתכנות שבית המשפט יתערב בו קטנה, משההסדר תואם את הוראות הדין וכשיר להפוך לפסק דין. מאידך גיסא, דווקא הסדר הנושא מאפיינים משפטיים מזמין התערבות שיפוטית, בשל הזוהות השפתית והתוכנית בין האמור בו לשפת המשפט. במקרה כזה, שיקולי ההתערבות

של כלל שיטות יישוב הסכסוכים האלטרנטיביות (ADR) ממערכת המשפט, אל מול הקשרים הקיימים ביניהן. ראו גם אלעד פינקלשטיין "הפרטה ורגולציה: ההסדרה המשפטית של הליך הגישור" **עיוני משפט** ל' 623, 639 (2008); Richard C. Reuben, *Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice*, 47 UCLA L. Rev. 949, 1086–1101 (2000).

שם. 26

Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (1979). להרחבה על ההבחנות בין תפקידי המגשר בניהול הליך יישוב סכסוכים וולנטרי לתפקידי הבורר, שלו סמכות הכרעה במחלוקת שלפניו, ראו דפנה לביא "לא על הבוררות לבדה ולא על הגישור לבדו: הצעה לאימוצו של הגישור כמענה המתגבר על חולשותיו של מוסד הבוררות בישראל" **משפטים** מב 589 (2012).

27

אשר תפיסת תפקידו עוצבה בכמה החלטות שיפוטיות כתואמת במידה רבה את זו של שופט. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 3988-08-18 **אילון חברה לביטוח נ' א.א. שי אחזקות וייעוץ (2010) בע"מ**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת שבח (פורסם בנבו, 10.3.2019); רע"א 8164/18 **אדלקום בע"מ נ' חברת שירותי תשתיות אילת אשקלון בע"מ**, פס' 18–21 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 12.2.2019).

28

ראו ס' 24, 26, 29 בלחוק הבוררות, התשכ"ח–1968, וכן הפסיקה הענפה בנושא: רע"א 5507/18 **ג'ו דן מור בע"מ נ' תהל מהנדסים ויועצים בע"מ** (פורסם בנבו, 13.8.2018); רע"א 1242/15 **מ. אדלר הנדסה בע"מ נ' קטן** (פורסם בנבו, 12.4.2016); רע"א 470/08 **כרמל התפלה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד האוצר** (פורסם בנבו, 4.3.2010). להרחבה ראו ישראל שמעוני **אופק חדש בבוררות: דיני בורות עם ערכאת ערעור** 274–307, 346–364 (2009); סמדר אוטולנגי **בוררות: דין ונוהל** 985–1122 (מהדורה רביעית, 2005).

29



עשויים להיות זהים לאלה המאפיינים את הטעמים לפסילת פסק בורר או השבתו לצורך תיקונו.<sup>30</sup>

המאמר סוקר הסדרים שהתגבשו באמצעות מגשרים הפועלים במנעד רחב של התערבות בשיח הגישורי ובתוצר ההסדרי: החל מפרוצדורות גישור אקטיביות, מעריכות וסמכותיות,<sup>31</sup> וכלה בטכניקות יישוב סכסוכים המאפשרות מרחב למשא ומתן חופשי וגמיש, לעיתים תוך הפעלת כלים טרנספורמטיביים להעצמת הצדדים, וכמעט ללא הבעת עמדה מצד המגשר.<sup>32</sup> מגשר העושה שימוש בכלים סמכותיים בניהול הסכסוך מגבש סוג אחר של מחויבות להשגת הסדר ועצימות שונה ביחסים שבינו לבין המשתתפים. גם אם אין בסמכות יחסים זו (Relational Authority)<sup>33</sup> כדי לייצר סוג של הכרעה, השימוש המובנה בה מלכתחילה, ציפיות הצדדים ונכונותם לקבלה קובעים במידה ניכרת את אופן התנהלות המשא ומתן ותוצאתו ההסדרית.<sup>34</sup> עד כה עסקנו במעמדו של המגשר בראי בית המשפט כגורם העשוי להשפיע על ההיתכנות להתערבות שיפוטית בהסדר גישור והיקפה. כעת, נעמוד על ההבחנה שבין הסכם פשרה לבין הסדר הגישור ובהמשך נבדוק האם יש בהבחנה זו כדי להשפיע על אופן ההתערבות של בית המשפט בכל אחד מסוגי הסדרים אלה ומידתה.

30 לעניין זה ראו שם, בעמ' 959–1223; שמעוני, לעיל ה"ש 29, בעמ' 539–618; רע"א 8692/14 **יצחקוב נ' גילקורב** (פורסם בנבו, 8.3.2015); רע"א 4839/15 **מושקוביץ נ' מנורה מבטחים ביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 1.12.2015).

31 סוג זה של גישור מעורב ומעריך מאפיין את עבודתם של שופטים בדימוס או משפטנים המומחים בתחומם, הנוטים להעריך את תוצאות ההליך המשפטי והיתכנותו ובהתאם להוביל באופן אקטיבי את הצדדים להסדר, אשר שפתו לרוב משפטית. לעניין הגישור הסמכותי ומאפייניו ראו גבריאלי, צימרמן ואלברשטיין, לעיל ה"ש 16.

32 ראו תק' 4 לתקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים), התשע"ח–2017, הקובעת את הכשירות להיכלל ברשימת המגשרים בענייני משפחה (ניסיון בניהול הליכי גישור וכן תואר אקדמי בעבודה סוציאלית; פסיכולוגיה; פסיכיאטריה כללית; פסיכיאטריה של ילדים ומתבגרים; ייעוץ חינוכי), אשר מתוכה תמליץ יחידת הסיוע על מגשר להליך גישור. ראו ס' 7 לתקנות להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (הוראת שעה), התשע"ו–2016; ס' 5 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995.

33 הכללים המשפטיים רלוונטיים בחדר הגישור הסמכותי, לא כמערכת סמכותית כופה, אלא כמתן אמצעי שכנוע לצדדים. בספרות המשפט הבינלאומי מכונה סמכות זו *persuasive authority*. ראו Chad Flanders, *Toward a Theory of Persuasive Authority*, 62 OKLA L. REV. 55 (2009); Rebecca R. Zubaty, *Foreign Law and the U.S. Constitution: Delimiting the Range of Persuasive Authority*, 54 UCLA L. REV. 1413 (2007). בהתכתבות עם מושג האוטונומיה של יחסים (relational) autonomy של הגישור הקלסי, מודל הגישור הסמכותי מייצר מונח חדש, relational authority, סמכות מבוססת יחסים. סמכות של יחסים קשורה ביחסי כפיפות בין בעל הסמכות ל"מציית" לה, שהם פורמליים פחות, אינם מוסדרים ומתפתחים במהלך האינטראקציה הבינאישית. ראו גבריאלי, צימרמן ואלברשטיין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 415–421.

34 קיימת טענה כי דווקא מגשר אקטיבי המשכנע צדדים להגיע להסדר, מגבש תוצר שסביר כי מי מהצדדים ינסה לבטלו. ראו James H. Stark & Douglas N. Frenkel, *Changing Minds: The Work of Mediators and Empirical Studies of Persuasion*, 28 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 263 (2013).

## 2. הבחנה בין הסדרי גישור להסדרי פשרה

הסדר שמקורו בהליך פשרה מבטא הסכמה בין צדדים בעלי רצונות מנוגדים, המסכינים עם העובדה שלא ניתן לקבל את מלוא רצונם ובהתאם מגיעים לפתרון שרירותי המשקף את יחסי הכוחות ביניהם. פתרון זה הוא נקודה במנעד האפשרי בתחום הפשרה ( ZOPA – zone of possible agreement). מרחב זה מייצג את הפער שבין מחירי הקיצון אשר כל צד מוכן לשלם.<sup>35</sup> התהליך המוביל לפשרה אינו מבטא אסטרטגיה קוהרנטית או עקרון על, והתוצר ההסדרי מקורו במשא ומתן תחרותי, כנגזרת של הצעות קיצוניות של הצדדים המתכנסות באמצעות ריקוד המשא ומתן לנקודת הסכמה שבבסיס הסדר הפשרה. פרוצדורה זו נעשית בין הצדדים לבין עצמם.<sup>36</sup>

לעומת זאת, גישור מתאפיין בחתירה למקסום האינטרס של האני, בצד מקסום האינטרס של האחר, בסיוע צד שלישי המקיים הליך סדור ומובנה. ייחודו של הגישור המודרני בפעילות החותרת להשיג פשרה שלא על בסיס העמדות או הטענות המשפטיות, אלא בהסתמך על אינטרסים ופתרון בעיות. פעילות המתמקדת בהליך, במקום במהות הסוגיות העומדות על הפרק, מניחה כי מהלך השיחה המשותפת, החלפת הנרטיבים וההתקדמות על פי שלבים, תוך ניסוח מחדש של הסוגיות שבמחלוקת, ישנו את עמדות הצדדים. בדרך זו יוכלו הצדדים להגיע להסכמות רחבות ולפתוח אפיקי שיתוף פעולה אשר לא היו בנמצא בתחילת ההליך.<sup>37</sup> הגישור הקלסי הציג לצדדים אוטונומיה מלאה. ראשית פיתוחו במודל הפרגמטי,<sup>38</sup> המבוסס על חתירה להשגת הסדר המיישב את הסכסוך תוך שאיפה לפתרון בעיות ומילוי צורכי הצדדים. המשפט מהווה רק חלק ממערך השיקולים, והמרחק מהדיון המשפטי מאפשר לצדדים להביא לידי ביטוי אינטרסים, תחושות ותובנות אנושיות. תפקיד המגשר בפרוצדורה זו התפצל לשני קטבים – "מגשר מסייע", העוזר לצדדים לנהל את המשא ומתן בעצמם; ו"מגשר מעריך", אשר לו יד חופשית לייעץ לצדדים ולתת הערכות, על פי מיטב ידיעותיו וניסיונו.<sup>39</sup> מודל נוסף הוא הגישור הטרנספורמטיבי, שהתמקד בהעצמת הצדדים מבחינה רגשית, רוחנית ומוסרית ובחזיון יכולת ההידברות וקבלת ההחלטות, תוך התערבות מינימלית בתהליך וריחוק מהחתירה לפתרון בעיות, כמו גם מעולם המשפט.<sup>40</sup> בהמשך התפתח הגישור הנרטיבי, המבקש תהליך דינמי, נטול מבנה סדור, כללים או תוכנית ידועים מראש, שבמהלכו מגיב המגשר על סיפורי הצדדים והתנהגותם מתוך הקשבה ושיקוף.<sup>41</sup> מטרת ההליך היא לאתגר את

- ROY J. LEWICKI, BRUCE BARRY & DAVID M. SAUNDERS, ESSENTIALS OF NEGOTIATION (5<sup>th</sup> ed. 2011) 35  
 מירוני, לעיל ה"ש 17. 36  
 אלברשטין תורת הגישור, לעיל ה"ש 17. 37  
 ROGER FISHER & WILLIAM L. URY, GETTING TO YES: NEGOTIATION AGREEMENT WITHOUT GIVING IN (Bruce Patton ed., 2011) 38  
 Riskin, לעיל ה"ש 16. 39  
 ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT (2004) 40  
 JOHN WINSLADE & GERALD MONK, NARRATIVE MEDIATION: A NEW APPROACH TO CONFLICT RESOLUTION (2000) 41

תפיסת הזכאויות של הצדדים במסגרת התרבות שבה הם חיים, והוא מבוסס לפיכך על חשיבה רבת-רבותית.<sup>42</sup>

מודל הגישור הסמכותי מציג פרוצדורה היברידית, המשלבת יכולת בחירה ואוטונומיה של הצדדים יחד עם אקטיביות רבה של מיישב הסכסוך. ההליך מחויב להשגת הסדר, מקיים שיח משפטי מעמיק לצורך מתן אמצעי שכנוע לצדדים ומניח סוג של סמכות הקיימת למגשר ביחסיו עם הצדדים, ובין הצדדים לבין עצמם.<sup>43</sup>

נוכח הקושי שבמציאת מקרי התערבות שיפוטית בהסדרי גישור כלליים,<sup>44</sup> וכנקודת ייחוס אפשרית לתפיסה שיפוטית מבקרת ומתערבת במערכת הסדרית פרטית, פנינו לזירת הפשרות המוסדרות בחקיקה ייחודית.

### ג. עילות התערבות בהסדרי פשרה ייחודיים

#### 1. הסדרי פשרה בתחום המעמד האישי

במובחן מהסדרי גישור שלהם תוקף חוזי, בין אם אושרו על ידי בית המשפט ובין אם לאו, תנאי לתוקפו של הסכם ממון<sup>45</sup> הוא אישור בית המשפט, אשר בהיעדרו הוא יהא לרוב חסר תוקף.<sup>46</sup> מכאן, שהצדדים מודעים כבר במהלך ניהול המשא ומתן לכריתת ההסדר הפרטי להיתכנות לביקורת שיפוטית על תנאי ההסדר המתגבש ביניהם. בהתאם, וכדי להימנע ככל שניתן מהתערבות בהסכמות שהושגו, מטמיעים הצדדים את הקריטריונים הידועים להתערבות בניסוח ההסדר וצורתו.

הנטייה להתערב בהסדר מסוג זה מקורה בדרישה צורנית של הסכם בכתב והצורך לשכנע ערכאה שיפוטית כי ההסכם נעשה מתוך רצון חופשי, ללא לחץ או כפייה ולאחר שהצדדים הבינו את משמעותותיו.<sup>47</sup> בהתאם, קריטריון ראשון להתערבות הוא אם סבור בית המשפט כי

42 להרחבה ראו אלברשטיין תורת הגישור, לעיל ה"ש 17; שרה בן ארצי אחריות המגשר: ייעוץ וחינוי דעה על ידי המגשר והגישור המותאם 37–44 (2012).

43 גבריאל, צימרמן ואלברשטיין, לעיל ה"ש 16.

44 בדיקה מקיפה שערכנו העלתה כי אין פסקי דין רבים המתייחסים להסדרים שהוגשו לבית המשפט לצורך קבלת תוקף של פסק דין, ומרביתם אושרו באופן לקוני, מבלי שבית המשפט התייחס לתוכנם או לסוגיות פרוצדורליות הכרוכות באישורם. ראו להלן ה"ש 137.

45 חוק יחסי ממון מהווה תוספת לדיני החוזים הכלליים, כך נקבע בע"א 4/80 מונק נ' מונק, פ"ד לו(3) 421 (1982). בנוסף ראו הצעתו של פינקלשטיין, לעיל ה"ש 2, להסדרה חוזית מיוחדת של הסדרי גישור, המביאה בחשבון, בין יתר העילות החוזיות, את נסיבות כריתת ההסדר בתהליך ייחודי זה.

46 ע"א 419/84 טוכמניץ נ' כרמל, פ"ד לו(1) 287 (1985). עם זאת קיימת הלכה שלפיה בנסיבות שבהן הסכם ממון לא הובא לאישור בית המשפט, אך הצדדים פעלו על פיו לאורך שנים, ניתן להכיר בתוקפו המעשי מכוח עקרונות תום הלב, ההשתק והמניעות. ע"מ 7734/08 פלוני נ' פלונית, פס' טו–כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.4.2010); ע"א 151/85 רודן נ' רודן, פ"ד לו(3) 186, 186–193 (1985).

47 להסכם ממון מאפיינים מובהקים בהיותו הסכם הצופה פני עתיד ובעל השלכות רחבות על בני הזוג.

נפלו פגמים מהותיים בתהליך אישורו, באופן שהשפיע על הבנת הצדדים את האמור בו.<sup>48</sup> כך, כשהמבקשים לא הופיעו לפני הדיין וזה לא יכול היה להפנות אליהם שאלות ישירות ולהתרשם מתשובותיהם לגבי הבנת ההסדר ומשמעותיו. בית המשפט העליון קיבל את טענות האישה כי חתימתה על ההסדר מקורה בכפייה ועושק,<sup>49</sup> בקובעו קריטריונים להתערבות בהסכמי ממון: היקף הפגם שנפל באישור ההסכם וחומרתו, סבירות תנאיו ביחס למקובל, השיהוי בתקיפתו, היותו מעשה עשוי, המידה שבה פעלו הצדדים על פי ההסכם וסוגיות של תום לב ומניעות.<sup>50</sup> קריטריון נוסף להתערבות הוא כשיש בהוראות ההסדר הדיאדי כדי להשפיע על זכויות צדדי ג'. נקבע, כי קיומה של החלטה שיפוטית בין צדדים אינה שוללת הגנה של צד ג', מהטעם שהסדר אינו יכול לשנות לרעה את מצבו של מי שאינו צד לו.<sup>51</sup> בהתאם, בתיק שעניינו יצירת סטטוס הורי, פסק בית המשפט העליון כי יש לצמצם את ההכרה השיפוטית בהתקשרות חוזית פרטית שעניינה הורות הסכמית.<sup>52</sup> זאת, בשל היעדר בקרה על הסכמים אלה מצד גורמים מקצועיים, כמשפטנים ופסיכולוגים, וכן משיש בהם כדי להשפיע באופן ישיר על היילוד, שאינו צד להסכם.<sup>53</sup> ניתן לראות בכך סוג של קביעת גבול להיקף ההסדר הפרטית, ובאופן זה ייתכן שמדובר בהתערבות מהותית, ולא רק כזו שמקורה בצורך להגן על זכויות צד ג'. דוגמה נוספת היא כשההסכם הוא פרי קנוניה שנרקמה בין שניים, שכל תכליתה התחמקות מחובותיו של אחד מהם כלפי נושה, צד ג':

”מטבע הדברים, זכויות [...] בן זוג א [מכוח הלכת השיתוף] עשויות לפגוע בנושה של בן זוג ב' [...] הסכמה זו אינה יכולה לשלול מהנושה את זכותו להוכיח כי חרף ההסכמה הילכת השיתוף לא חלה בין בני הזוג. לעיתים הוא אף יצליח להצביע על קנוניה בין בני הזוג לשלול מהנושה את הזכויות.”<sup>54</sup>

קביעות אלה, שלפיהן אישורו של ההסדר אינו מונע מצד ג' את היכולת לתקוף את האמור בו לגביו, מגבשות קריטריון מובהק להתערבות. זאת, גם כשבית המשפט נוטה להגביל את עצמו לבחינת קיומה של ההסכמה מדעת, ונמנע, על דרך הכלל, מלבחון את עניינם של צדדים שלישיים.<sup>55</sup> אישור ההסכם משליך על המישור הראייתי וכושרו של צד ג' לשאת בנטל ההוכחה

48 בדומה למאפייני שיקול הדעת בבתי הדין האזוריים לעבודה בבואם לאשר הסדרי גישור, כפי שנראה בהמשך.

49 עניין בית הדין הרבני, לעיל ה"ש 1. על דרך הכלל טענות נוסח כפייה ועושק בהסדרי גירושין אינן מצדיקות התערבות בג"ץ, שכן זה אינו יושב כערכאת ערעור שלישית.

50 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

51 עניין זמר, לעיל ה"ש 4.

52 הורות הסכמית נובעת מהסכם היוצר קשר בין ההורה המשפטי (שעל פי ההסכם אינו בעל זיקה ביולוגית, גנטית או פיזיולוגית לילד) לבין ההורה המיועד. בישראל אין הסדרה חקיקתית בנושא, והפסיקה הכירה בכמה סוגים של הורות הסכמית לאחר דיון משפטי בהסדרים פרטיים שיצרו סוג זה של הורות.

53 בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.2015).

54 ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5, 20–22 (1995).

55 עניין זמר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 502.

הנדרש ממנו,<sup>56</sup> ופומביותו מקנה לצד ג' יכולת לבחון את תניותיו ולהימנע מלכתחילה ממצב של עסקה נוגדת או תחרות בין זכויות.

עילת התערבות שמקורה בשמירת זכויות צד ג' אינה הופכת את הליך האיגור לכזה שמטרתו לברר את המחלוקות שבין הצדדים או לבחון את תוכנו המהותי של ההסכם: במקרה אחד, סירב בית המשפט המחוזי לאשר הסכם ממון שהצדדים לו היו כהן וגרושה שאינם מוגדרים כ"נשואים" על פי חוק. בית המשפט העליון פסק כי אין בסמכותו של בית המשפט המאשר לדון, כקריטריון התערבות, בתוקף הנישואין, מאחר שמעמדם אינו מתגבש מההסכם, כשאין באיגור כדי לקבוע דבר באשר לתקפות הנישואין.<sup>57</sup> כך גם בעניין ידועים בציבור אשר ביקשו לאשר לפני בית המשפט לענייני משפחה הסכם ממון שערכו ביניהם וסורבו, בנימוק שלפיו הסמכות לכך היא בין בני זוג נשואים או העומדים להינשא בלבד.<sup>58</sup> ערעורם התקבל, ונקבע כי בסמכות בית המשפט לאשר כל הסכם הקשור ל"ענייני משפחה", ובכלל זאת הסדר בין ידועים בציבור, אף אם אין תלויה ועומדת תובענה לגביו.<sup>59</sup> מכאן, שיש לאפשר לצדדים לפנות לבית המשפט בעניין זה, כשאין באיגור "קביעה ערכית" לגבי מהות היחסים בין הצדדים; ואין בו כדי ליצור זכות מקום שזו אינה קיימת, או כדי להשליך על ההגדרה המשפטית ליחסים ביניהם.<sup>60</sup>

הליך האיגור נועד לברר את בסיס ההסכמה שבהסדר.<sup>61</sup> השופט אינו נדרש לבאר לצדדים את סעיפיו ורשאי להסתמך על ההסברים שקיבלו הצדדים ממייצגיהם וממיישב הסכסוך, ואגב כך להבהיר לצדדים את עיקרי ההסדר בלבד על פי תוכנו, מורכבותו וחריגותו.<sup>62</sup> במקרה אחד, לא היה די בקיומו של הסכם מקפח כדי שבית המשפט יסרב לאשר הסכם ממון, מאחר שבחינת ההסדר אינה על פי תניותיו, סבירותו או משמעותו הכלכלית לגבי כל צד, אלא רק ביחס להבנת הצד את התנאים החלים לגביו.<sup>63</sup> עם זאת, כשקיים חשש לויתור על זכות מהותית או קיפוח

56 בנסיבות שבהן צד ג' נדרש להוכיח כי רכש זכות בתום לב, משלא ידע כי זו הוקנתה בהסכם ממון לאחר, עשוי קיומו של הסדר מאושר להקשות עליו לעשות כן.  
57 ע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט (1) 673, 678 (1985).  
58 עניין זמר, לעיל ה"ש 4.  
59 ס' 3 (ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה.  
60 עניין זמר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 498; שם, בעמ' 501. ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח (1) 443, 444 (1984), קבע השופט ברק כי "כשם שהנישואין אינם תנאי מספיק, כך גם אין הם תנאי הכרחי, שכן גמירת דעתם של בני זוג לשיתוף יכול שתשתכלל מאורח חייהם המשותף כידועים בציבור".  
61 ע"א 757/70 אורבך נ' אורבך, פ"ד כה (2) 104 (1971); ע"א 490/77 נציה נ' נציה, פ"ד לב (2) 621 (1978); עניין מונק, לעיל ה"ש 45, בעמ' 428.  
62 ע"מ (מחוזי ת"א) 1242/04 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.5.2005). במקרה דנן נקבע כי התחייבות המשיב שלא לקיים קשר כלשהו עם אישה שאינה רעייתו שלא בידיעתה ובהסכמתה, בצירוף חובת דיווח שעתה על סדר יומו, הם תנאים בלתי סבירים, במיוחד משום שהפרתם תהווה עילה למבקשת לתביעת גירושין.  
63 תה"ס (משפחה ת"א) 64455-11-16 א"ג נ' י"ג, פס' 4 לפסק דינה של השופטת גליק (פורסם בנבו, 3.12.2017): "חובה עלי על פי הפסיקה, לבדוק האם ההסכם מקפח מי מהצדדים אם לאו [...] עם זאת, לאחר ישיבת היום, נראה לי שהאישה מבינה היטב את מעשיה [...] ולפיכך אני מאשרת את ההסכם".

מובהק של אחד הצדדים, גוברת חובת ההתערבות של בית המשפט, המורד שקיימת הסכמה חופשית וללא השפעה בלתי הוגנת.<sup>64</sup> דרישות הכתב, האישור והאימות אינן נושאות לפיכך אופי צורני בלבד, אלא מהותי לצורך מתן תוקף להסכם.<sup>65</sup> במקרה אחד, סירב בית המשפט לאשר הסדר אשר קבע, בין היתר, את העברת הדירה המשותפת על שם האישה בהסכם ממון (מכוח הוראות סעיף 2 לחוק יחסי ממון).<sup>66</sup> נקבע כי מועד ההסכמה מדעת של הצדדים הוא מועד בקשת האישור, ואין די בכך שבמועד כריתת ההסכם הייתה הסכמה, משום שייטכן שאז כשל צד מלהבין כי העברת הזכויות בדירה כרוכה הייתה בתנאי הגירושין עצמם.<sup>67</sup> מצאנו כי עילות התערבות ביחס להסכמי ממון ניתנות לכאורה ליישום גם בהסדרי גישור כלליים, כשהסדר נבחן צורנית ופרוצדורלית תוך התמקדות בהבנת הצדדים את משמעות האמור בו לגביהם. בית המשפט אינו נכנס לפרטי ההסכמות, גם אם קיים חשש שאין הלימה עם הוראות הדין המהותי, אלא אם מצא כי נפלו פגמים מהותיים בתהליך אישורו שמהם ניתן ללמוד על הבנת הצדדים את האמור בו. בית המשפט מניח כי ההסדר שהתגבש במשא ומתן פרטי כולל מטבעו מונחים רגשיים והצהרות כלליות שמקורם באינטרסים של הצדדים ובאופיו המיוחד של הסכסוך המשפחתי, הזרים לשיח המשפטי. בהתאם, הוא אינו בוחן את התאמת האמור בו ליכולת לאוכפו. סוגיית השפעת ההסכם על צדדי ג' אינה נבחנת מהותית מאחר שאין באישור ההסדר כדי לגרוע מיכולתו של צד ג' לתקוף את האמור בו לגביו.

## 2. הסדרי פשרה בתביעות ייצוגיות

בפרק זה נסקור את הקריטריונים להתערבות שיפוטית בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות. נברר האם קיימת פרקטיקה שיפוטית אחידה להתערבות ונבחן את השוני בין מידת ההתערבות השיפוטית בהסדר שהתגבש באמצעות מגשר לבין זו שבהסדר שנכרת בין הצדדים בלבד. סעיף 18(א) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 קובע כי לא ייעשה הסדר פשרה ליישוב הסכסוך שבעניינו הוגשה בקשה לאישור, או אושרה תביעה ייצוגית, אלא באישור בית המשפט.<sup>68</sup> סעיף 19(א) (ר"ג) לחוק, שמקורו בחשש לזניחת אינטרס הקבוצה והעדפת האינטרסים הפרטיים של מייצגיה,<sup>69</sup> מפרט רשימת קריטריונים העומדים לפני בית המשפט,

64 שם; וכן דבריו של השופט גולדברג בדנ"א 1558/94 נפ"סי נ' נפ"סי, פ"ד נ(3) 573, 588 (1996): "טיבו המקפח של הסכם כזה הוא שמעורר חשש כי נפל פגם ברצונו של בן הזוג שקופח, והוא שמצדיק 'ראיה' בדבר גמירות הדעת".

65 אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 302 (1981).

66 עניין מונק, לעיל ה"ש 45.

67 השופט לויין מצא דמיון בין הטעמים לאישור הסכם ממון לאלה הקבועים בהליך עשיית צוואה לפני רשות, ובהם כי הצדדים הבינו את משמעות ההסכם ותוצאותיו וחתמו עליו בהסכמה חופשית. ראו ס' 22 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965; עניין מונק, לעיל ה"ש 45, בעמ' 428.

68 והוראותיו מחייבות את פרסום ההסדר ומשלוח הודעה ליועץ המשפטי לממשלה ולמנהל בתי המשפט.

69 לדוגמה, בהעדפת שיקולי שכר טרחה וגמול על חשבון אינטרסים חיוניים של הקבוצה; בהגדרת הקבוצה הרלוונטית באופן המקפח אחרים אשר על פי מבחנים מהותיים יכולים להיכלל בקבוצה; ובהגדרת העילות המושקות מכוח ההסדר, תוך מניעת היכולת להגיש תביעות נוספות בגין

בין יתר שיקוליו, בבוחנו אם הסדר פשרה ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה,<sup>70</sup> ובהם: הגדרת הקבוצה שעליה חל ההסדר; עילות התביעה, תוך הבחנה בין סוגיות של עובדה ומשפט לבין עקרונות ההסדר עצמו; הפער שבין הסעד המוצע לסעד שהיה עשוי להתקבל לו התובענה הייתה מוכרעת לטובת הקבוצה; תוכן ההתנגדויות שהוגשו על ידי חברי הקבוצה או גופים רלוונטיים אחרים; השלב שבו מצוי ההליך; חוות דעת הבודק, ככל שמונה; הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול התובענה על פני יתרונות הסדר הפשרה; והסעדים והעילות שההסדר יוצר בגינם מעשה בית דין.

אין המדובר ברשימה סגורה, ולבית המשפט שיקול דעת כללי שמקורו באינטואיציה שיפוטית והוגנות בנסיבות העניין.<sup>71</sup> בית המשפט רואה עצמו כמגן הקבוצה שאינה נוכחת בגיבוש הסדר הפשרה הנוגע בעניינה, וככזה בודק האם הקבוצה יוצגה באופן הולם והאם הסדר הפשרה מגשים את התכליות שבבסיס חוק תובענות ייצוגיות.<sup>72</sup> ככלל, התערבות בהסדר המשקף מארג הסכמות שלוב ושלם, תיעשה בזהירות.<sup>73</sup> קיימת הבחנה ברורה בעילות ההתערבות והיקפה בין הסדרי פשרה כלליים לבין הסדרים בתובענות ייצוגיות,<sup>74</sup> וחלק מהקריטריונים מתאימים לתובענות ייצוגיות בלבד.<sup>75</sup>

- עילות שלא נכללו מלכתחילה בתובענה הייצוגית. ראו ת"צ (מחוזי מר') 1039-05-08 **סילורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 23.7.2014)
- 70 ת"צ (מחוזי מר') 30028-04-11 **יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח**, פס' 66 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 21.11.2016): "כך שסיום ההליך בהסדר פשרה הוא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת"; רע"א 3832/17 **לוינ' נ' פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ**, פס' 12 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 4.7.2017).
- 71 בש"א (מחוזי י-ם) 5725/04 **דיסקין נ' ישפאר הום-טק בע"מ**, פס' 21 (פורסם בנבו, 10.1.2008); אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** 606 (2017).
- 72 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות. אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" **מעשי משפט ו** 157, 159 (2014); אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" **משפטים מג** 351 (2013).
- 73 ת"צ (מחוזי חי') 59351-10-13 **ברוך נ' מילקו תעשיות בע"מ** (פורסם בנבו, 13.2.2015).
- 74 עניין **מגדל חברה לביטוח**, לעיל ה"ש 70, פס' 63: "אישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אינו דומה לאישור הסדר פשרה בתביעה אזרחית רגילה [...] הסדר פשרה בתובענה ייצוגית מסדיר את מערכת היחסים בין צד נוכח (המשיב/נתבע), הנמצא בבית המשפט, ומיוצג על ידי בא כוח בו בחר, לבין צדדים נעדרים (חברי הקבוצה המיוצגת), אשר הגורמים המייצגים אותם, דהיינו בא הכוח המייצג והמבקש/התובע המייצג, לא נבחרו ולא מונו על ידם, אלא קיבלו את הסמכתם מבית המשפט"; אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" **משפטים** מא 5, 6 (2011).
- 75 שיקולים כגון היתכנות שהתביעה תאושר כייצוגית; קיומן של כמה תביעות באותו עניין ופשרה מהירה מדי של אחד התובעים (reverse auction); הרחבת גרדי המחלוקת בפשרה כדי להחילה על חברי קבוצה שלא נכללו בבקשה המקורית (בניגוד להוראות ס' 18(ז)(1) לחוק תובענות ייצוגיות); הגשת הסדר בשלבים ראשוניים של הליך, עוד לפני קבלת תשובת הנתבע (shot-gun settlements) כאשר המידע בפני בית המשפט ובפני התובע הייצוגי, חסר; כשהנתבע מוכן לשלם גמול ושכר טרחה נדיבים במיוחד, שאינם תואמים לסכום הפשרה; וכשההסדר הוא במתן קופונים המחייבים קבלת שירות מאותו נתבע.

כבסיס אפשרי להשוואה, נמנה בקצרה את הקריטריונים החלים בהתערבות שיפוטית בהסדרי טיעון,<sup>76</sup> ובכללם: העונש הקבוע בהסדר ביחס לעונש ההולם בנסיבות העבירה;<sup>77</sup> חתימת הנאשם על ההסדר מתוך רצון חופשי וללא לחץ, הטעיה או עושק;<sup>78</sup> בחינת ההזדמנות והיכולת לשקול את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהודיה שמקורה באמירת אמת ושנעשתה על דעתו בלבד;<sup>79</sup> בחינת מצבם הנפשי של הנאשם והמתלונן; עמדת משפחת הקורבן, במקום שבו זה אינו כשיר לעסוק בתיק; והזמן שחלף מאז שבוצעו העבירות והשלב הדיוני שבו מצוי התיק.<sup>80</sup> קריטריון התערבות נוסף הוא כשנפל פגם משמעותי בשיקולי התביעה, גם אם בתום לב;<sup>81</sup> כשההסדר פוגע בתחושת הצדק וההגינות או בעקרון אחדות הענישה;<sup>82</sup> וכשהוראות ההסדר נגועות באיחוקיות.<sup>83</sup> כך גם נדמה כי מעורבות מגשר, שופט מכהן, בגיבוש הסדר הטיעון אינה מבטלת את חובת ההתערבות, אך משמשת שיקול משמעותי בבחינת סבירותו, ובהתאם אישורו.<sup>84</sup>

בדומה לפרקטיקה בהסדרי טיעון, בית המשפט הנדרש לאשר הסדר פשרה בתובענה ייצוגית בוחן את האיזון בין הסעד המוסכם לבין הסעד שחברי הקבוצה היו עשויים לקבל אילו היה בית המשפט מכריע לטובתם;<sup>85</sup> השלב בו מצוי ההליך, עובר להחלטת האישור או לאחריה; הסיכונים והסיכויים שבהמשך ניהול ההליך מול יתרוונת הפשרה; משמעות אישור

- 76 השימוש בהסדרי טיעון הוא לשם האנלוגיה בלבד, מאחר שמדובר בהליך השונה מהגישור האזרחי, אשר המגשרים בו הם שופטים מכהנים שאינם יושבים בתיק. ראו עמי קובו "הגישור הפלילי" המשפט כד 301 (2018); בהסדר הטיעון המדינה היא צד, ושיקוליה הם בהכרח כלליים, מהותיים או ראייתיים, המביאים בחשבון אינטרס ציבורי רחב. בית המשפט אינו קשור בעסקה שנעשתה בין הנאשם לבין רשויות המדינה כנגד הודאתו באשמה, ובהתאם אינו מחויב לאשרה, אלא בוחן אותה לעומקה תוך הפעלת שיקול דעת כפי שנקבע בע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543 (1972); הנחיית פרקליט המדינה 8.1 "הנחיות לעריכת הסדר טיעון" (12.2.2009); הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010, ה"ח 1362. ההצעה גובשה בעקבות מסקנות ועדת נאור והוקפאה נכון להיום.
- 77 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 577 (2002) (להלן: עניין פלוני 2); ע"פ 2021/17 מצגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.4.2017); ע"פ 2562/10 באדיר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012).
- 78 עניין בחמוצקי, לעיל ה"ש 76.
- 79 עניין פלוני 2, לעיל ה"ש 77.
- 80 ע"פ 351/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.6.2007); ע"פ 2153/02 אידלברג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.12.2006); בע"פ 5982/08 כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.4.2009); ע"פ 7165/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.4.2010).
- 81 בג"ץ 3036/10 נגר נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 3.11.2010).
- 82 ת"פ (מחוזי ת"א) 9691-06-15 מדינת ישראל נ' פלונית (פורסם בנבו, 28.2.2016).
- 83 עפ"ת (מחוזי חי') 27164-10-12 כיואן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.1.2013).
- 84 ע"פ 6513/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.2008); ע"פ 1454-15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.2015); קובו, לעיל ה"ש 76.
- 85 ת"צ (מחוזי ת"א) 1821/08 יצחקי נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2014) (להלן: עניין הפניקס). ניתן לטעון כי הסיבה לכך נעוצה, בין היתר, בתפיסה שיפוטית שלפיה הסדר המיישב מחלוקת מהווה סוג של חיזוי להכרעה הסבירה בתיק, מתוך הנחה שצדדים מוכנים להתפשר בשים לב להיתכנות התוצאה המשפטית.



ההסדר על קבוצה רחבה אשר אינה נוכחת בהליך אך מיוצגת בו, וכפועל יוצא, היקף המניעות היוצרת השתק לחברי הקבוצה, בכל הקשור לעילות והסעדים הכלולים בו.<sup>86</sup> כך גם בודק בית המשפט את היקף שכר הטרחה והגמול המוסכמים, בהשוואה להישג שניתן לקבוצה כולה, היקף הפיצוי, סוגו ומידת המאמץ אשר הושקעה על ידי המייצגים עד הגעתם להסדר.<sup>87</sup> ניכר, כי בית המשפט בודק אינטואטיבית האם המלל ההסדרי מגן על הצרכנים ותורם להגינות המסחרית ולאמון הציבור בשוק מושא ההסדר.<sup>88</sup> בכל הנוגע למעורבות מגשר בגיבוש הסדר הפשרה, הרי שזו אינה גורעת מחובת בית המשפט לבחון את ההסדר, אלא מסייעת לעיתים, בבחינת דבר מה נוסף, לקביעת סבירותו.<sup>89</sup>

שיקולי ההתערבות השיפוטית באישור הסתלקות "מתוגמלת"<sup>90</sup> מוסדרים בסעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי יש לבחון את התועלת לחברי הקבוצה, ובשלב אישור התובענה כייצוגית לבדוק האם הבקשה הראתה עילת תביעה לכאורה.

יישום הקריטריונים, הלכה למעשה, נעשה בפרשת סמארט קלאב.<sup>91</sup> בית המשפט התערב בהוראות ההסדר, שעסקו בסוג ושווי הפיצוי המוסכם, והגדרתה הרחבה של הקבוצה, במותחו ביקורת על שיעור הגמול ושכר הטרחה, בשם לב להיעדר הישג ממשי לקבוצה. על אף טענת הצדדים כי הסכומים המומלצים נקבעו בסיוע מגשר מומחה בתחום,<sup>92</sup> ביכר בית המשפט את דחייתו על פני הסיכון שהבקשה לא תאושר וקבוצת התובעים לא תקבל אף את מעט הסעדים אשר ניתנו לה במסגרת ההסדר. מכאן, שבית המשפט העדיף להחיל את הקריטריון הבוחן את ההישג לקבוצה, על פני הקריטריון שלפיו לסיכויי הצלחת התביעה משקל משמעותי אם לאשר את ההסדר, חרף חסרונותיו.

במקרה שבו עשה מגשר שימוש בשירותיו של מומחה כלכלי לגיבוש הצעת פשרה והסתלקות מתובענה ייצוגית,<sup>93</sup> זימן בית המשפט את הצדדים לדיון, ובמהלכו התבקשו

86 קל וחומר במקום שבו מדובר בחוזה צרכני נפוץ, כשאו גוברת החובה על בית המשפט לוודא שהקבוצה המיוצגת או הציבור בכללותו ייהנו מהסעד ההסדרי, שם, בעמ' 24; עניין גור, לעיל ה"ש 15, פס' 8: "בניגוד לפשרה המסיימת הליכים בתובענה רגילה [...] פשרה בתובענה ייצוגית או בבקשה לאישור תובענה כייצוגית, מכריעה בזכויותיהם של כל חברי קבוצת התובעים המיוצגים בה, מבלי שנטלו חלק בעיצובה"; ס' 24 לחוק תובענות ייצוגיות; קלמנט, לעיל ה"ש 74.

87 ע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012); תנ"ג (מחוזי מר') 10466-09-12 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקנר (פורסם בנבו, 11.2.2018).

88 Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Judicial Review of Class Action Settlements*, 1 J. LEGAL ANALYSIS 167, 178 (2009); עניין הפניקס, לעיל ה"ש 85, בעמ' 27; ת"צ (מחוזי מר') 5731-08-07 קיכל נ' בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 31.7.2011).

89 ת"צ (מחוזי ת"א) 48536-12-17 חורב נ' פועלים אי.בי.אי – ניהול וחיתום בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.2021).

90 ראו ע"א 8114/14 מרקיט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 5.8.2018). בפסק הדין מתקיים דיון בשיקולי בית המשפט בעת בחינת בקשה להסתלקות מתוגמלת ונקבע בו מתווה לדיון.

91 ת"צ (מחוזי מר') 39234-09-12 כהן נ' סמארט קלאב אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 24.11.2014).

92 שם, פס' 118.

93 ת"צ (מחוזי ת"א) 24675-10-13 הררי נ' צבן בכור תכשיטים בע"מ (פורסם בנבו, 10.12.2017).

הצדדים, המגשר והמומחה מטעמו לתקן חלקים בהסדר. לאחר התיקונים קבע בית המשפט כי אינו מאשר את ההסדר, בהיעדר מתן פיצוי אמיתי לכלל חברי הקבוצה, כשסיכויי ניהול התובענה עלו, לדעתו, על יתרונות ההסדר המוצע.

בהסדר גישור שנערך לפני שופט בדימוס, הגדיל בית המשפט את היקף הפיצוי המוצע לציבור בגין העבר, כשרק לאחר תיקון זה ניא את לאשרו.<sup>94</sup> בעוד שבית המשפט העצים את פעולת המגשר כסוג של שלוח מטעמו, המבקר, מוודא ובוחן את הנתונים הכספיים שבבסיס ההסדר, בחר הוא להתערב בשכר הטרחה המוסכם משסבר שהטבות אינן מצדיקות את שיעורו.

במקרה נוסף סירב בית המשפט העליון לתת תוקף של פסק דין להסדר גישור בהיעדר הסכמת חלק מהצדדים הנדרשים,<sup>95</sup> נוכח ההקפדה היתרה על דרישת ההסכמה בהליך ייצוגי בשל בעיית הנציג הטבועה בו.

בדומה להסדר טיעון, שמרבית הצדדים לו מגיעים מהספרה הציבורית,<sup>96</sup> מצאנו כי בנסיבות שבהן משתתף השופט בגיבוש עקרונות הסדר הפשרה, מצדיק הדבר, בתפיסת בית המשפט, הימנעות ממינוי בודק.<sup>97</sup> זאת, מאחר שבתובענה ייצוגית המותב האמור לבחון את סבירות ההסדר על פי הקריטריונים שבחוק הוא זה אשר סייע בעריכתו.<sup>98</sup> בנסיבות אלה, מזמין בית המשפט את הצדדים לדיון משותף לפניו, והסדר הפשרה פטור לרוב מדרישות הפרסום, מינוי בודק ותנאים אחרים שהיו נדרשים לצורך אישורו אלמלא אופן גיבושו כאמור.<sup>99</sup> פרקטיקה זו חלה גם לגבי הסדרי פשרה המוצעים על ידי ערכאת ערעור.<sup>100</sup>

- 94 ת"צ (מחוזי י-ם) 38624-11-16 וינקר נ' אי. גיל כרמל סוכנויות והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 20.2.2019).
- 95 רע"א 2935/20 יורשי בן אביר נ' דלתא להשקעות ומסחר (קרני שומרון) בע"מ (פורסם בנבו, 24.11.2020).
- 96 התובע, המגשר שהוא שופט מכהן והסנגור (לעיתים קרובות מהסנגוריה הציבורית), ובהתאם נוח יותר לבית המשפט לאשרו.
- 97 עניין מגדל חברה לביטוח, לעיל ה"ש 70, פס' 10 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; ת"צ (מחוזי חי') 18681-08-15 ג'זאמיס נ' פסגת הגליל א.ש. 2004 בע"מ, פס' 13 (פורסם בנבו, 3.1.2017).
- 98 רע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008).
- 99 רע"א 2652/13 אפריקה ישראל השקעות בע"מ נ' אסולין (פורסם בנבו, 13.1.2015). שם קיימו הצדדים דיון בקשר עם הסדר פשרה באולם בית המשפט, ובסופו הוגשה הודעה בהתחשב בשאלות וההערות שהציגו השופטים בדיון. הסדר הפשרה המתוקן, פרי המאמץ המשותף של בית המשפט והצדדים, אושר; כך גם בעניין הפניקס, לעיל ה"ש 85, פס' 1 לפסק דינה של השופטת אגמון גונן.
- 100 עניין סבו, לעיל ה"ש 98, בעמ' 2: "תכליתו של ההסדר החקיקתי בסעיפים 18 ו-19 לחוק נועדה בבסיסה למנוע קנוניה בין התובע המייצג את הקבוצה לבין הנתבע, וזאת על חשבון חברי הקבוצה בהליך הייצוגי. חשש זה אינו קיים במקום שהפשרה הינה פרי הצעתו של בית המשפט, הניתנת על בסיס היכרות מעמיקה של מכלול נתוני העניין; במיוחד כך הדבר כאשר הצעה מוצעת על ידי ערכאת הערעור, שמלוא החומר שנדון בערכאה הדיונית והכרעתה מונחים בפניה".

ניתן לטעון, כי קיים קושי בכך שצד השותף לעריכת הסדר, גם אם המדובר בשופט, יקבע את סבירותו, מחשש לניגוד עניינים שרצוי היה להימנע ממנו.<sup>101</sup> כך גם לא ברור, האם בית המשפט בקיא דיו בפרטי התיק כדי לגבש הסדר מפורט תחת המגבלות הקיימות ביישום פרוצדורות יישוב סכסוכים באולם המשפט.<sup>102</sup> כישלון המשא ומתן הנערך בנוכחות השופט מותיר את הצדדים נתונים להכרעתו של מי שנחשף להודאות וגילויים במסגרת ניהול הליכי פשרה. הוויתור על חובת פרסום ההסדר ואתגורו על ידי גורמים רלוונטיים אחרים פוגע לטעמנו ביישומם של חלק מהקריטריונים הקיימים בדין להגנה על הקבוצה.<sup>103</sup> נוכח התפיסה המקילה של בית המשפט בבחינת הסדרים שנערכו במעורבות שופט, נבדוק בהשאלה אם גישה זו חלה גם לגבי הסדרים שנכרתו בסיוע מגשר. ככלל, נראה כי קיימת נטייה מסוימת שלא להתערב בהסדרים שהושגו בסיוע מגשר ובודק חיצוני: במקרה אחד, אישר בית המשפט הסדר מתוקן בשים לב למעורבות מגשר, שחסכה מינוי בודק.<sup>104</sup> במקרה נוסף, פנה בית המשפט למגשר בבקשה כי ינמק בחוות דעת את השיקולים שהובילו להסדר שנערך באמצעותו, כמעין בודק,<sup>105</sup> וזו סייעה לבית המשפט לאשרו. באישור הסתלקות מתוגמלת לאחר תיקון הבקשה,<sup>106</sup> ציין בית המשפט שזה ניתן בשים לב לכך שגובש באמצעות מגשר. בעניין **פרוידמן**,<sup>107</sup> אישר בית המשפט הסתלקות מתוגמלת מבלי שהתערב בתוכנה, על אף ההלכות המחמירות בעניין, בין היתר משזו התגבשה לאחר כמה ישיבות לפני מגשר שעליו המליץ בית המשפט, שהצעתו המפורטת הוטמעה בהסדר.<sup>108</sup>

- 101 פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 71, בעמ' 640. ראו גם לימור זרגוטמן "ניגוד עניינים אצל שופטים: בין דיני פסלות שופט לאתיקה" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 429, 450 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).
- 102 גבריאלי ואלברשטיין, לעיל ה"ש 22; גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" **עלי משפט** ט 147 (2011); וכן ראו קביעת השופטת רונן שלפיה למגשר יתרון בהיכרות עם נתוני התיק בעניין **חורב**, לעיל ה"ש 89.
- 103 פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 71, בעמ' 640.
- 104 ת"צ (מחוזי מר') 45153-09-16 **נדב נ' אלבר ציי רכב (ר.צ.) בע"מ** (פורסם בנבו, 13.6.2019); ראו גם ת"צ (מחוזי ת"א) 27789-11-14 **ממן נ' Alia-Royal Jordanian Airlines Co.** (פורסם בנבו, 25.7.2019). שם הליך הגישור נוהל "בסיועו הרב והמועיל של המגשר הנכבד", וכן "שהתגבש בעזרתו המקצועית של המגשר".
- 105 ת"צ (מחוזי י-ם) 21074-04-14 **ברנד נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 26.6.2019) (בית המשפט ביקש מסמך מפורט ומנומק מהמגשר הכולל נתונים חסויים שעל יסודם התבסס ההסדר, ולא מינה בודק, נוכח העובדה שהנתונים הוצגו בפניו על ידי המגשר וכן הוצג סקר חיצוני. ראו גם עניין **חורב**, לעיל ה"ש 89, פס' 10 לפסק דינה של השופטת רונן: "יש חשיבות רבה מאוד לכך שהמגשר מבחיר לבית המשפט את הטעמים שהביאו אותו להמליץ לצדדים על תנאי הפשרה כפי שהם באים לידי ביטוי בהסכם הפשרה. ככל שייטיב המגשר לעשות זאת, יוכל בית המשפט לעקוב אחרי הלך המחשבה שלו ואחרי השיקולים שהביאו אותו להעריך את סכום הפשרה כפי שהוא העריך אותו". וראו גם ת"צ (מחוזי ת"א) 1746-04-16 **פכטהולד נ' אורבנקורפ אינק** (פורסם בנבו, 24.5.2021).
- 106 ת"צ (מחוזי ת"א) 7544-09-16 **זאדה נ' סופר-פארם (ישראל) בע"מ** (פורסם בנבו, 19.11.2018).
- 107 ת"צ (מחוזי מר') 845-11-15 **פרוידמן נ' חברת החשמל לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 22.1.2020).
- 108 שם, פס' 14. בית המשפט נמנע מלתת הוראות מכוח ס' 16ד(1) לחוק תובענות ייצוגיות, ותק' 11(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

בתנ"ג (מחוזי ת"א) 15-08-38124-109 שבמסגרתו הוגשה בקשה לאישור הסדר פשרה בתביעה נגזרת,<sup>110</sup> ייחס בית המשפט משקל רב למעורבות המגשר בכל שלבי גיבוש ההסדר: גילוי המסמכים הנרחב, קביעת האחרון באשר לשכר הטרחה הראוי ואמירותיו במסגרת ההליך אשר שיקפו את טובת החברה.<sup>111</sup> בנוסף, הדו"ח המקצועי שהוגש במסגרת ההליך נבחן אף הוא על ידי המגשר, כמעין מעריך חיצוני.<sup>112</sup> היועץ המשפטי לממשלה, שלא התנגד להסדר הפשרה, ציין כי:

"העובדה ששכר הטרחה נקבע על ידי מגשר מכובד, אין בה כדי להוות מחסום מבית המשפט [להפעיל שיקול דעת אחר], מאחר וקיים חוסר איזון בין התועלת שמביא הסדר הפשרה – לבין גובה שכר הטרחה".<sup>113</sup>

לאור הערות אלה קיים בית המשפט דיון בנוכחות הצדדים, שבעקבותיו עודכן הסדר הפשרה, ובית המשפט קבע כי במכלול שיקוליו לאישור ההסדר "יש להתייחס גם לעובדה כי מדובר בהסכם שהוא תולדה של הליך גישור אשר קיבל את ברכתו של המגשר".<sup>114</sup> בנוסבות אלה, העדיף בית המשפט את המלצת המגשר לעניין שיעור שכר הטרחה, על פני הסתייגויות היועץ המשפטי לממשלה.<sup>115</sup> בתיק אחר,<sup>116</sup> ביכר בית המשפט את עמדת המשיבים בהסדר שנערך באמצעות מגשר על פני התנגדות היועץ המשפטי לממשלה באשר לקביעת מנגנון לשיעור הפיצוי על פי מועד מכירת המניות בהצעת רכש. כך גם נמנע בית המשפט ממינוי בודק להערכת ההסדר בקובעו כי פשרה שגובשה בסיוע מגשר אינה מחייבת עריכת חישובים מחדש.

- 109 תנ"ג (כלכלית ת"א) 15-08-38124 ד נ' נ (פורסם בנבו, 4.4.2017).
- 110 כפי שנקבע בתנ"ג (מחוזי ת"א) 11-02-21785 בן עמי נ' מנורה מבטחים החזקות בע"מ (פורסם בנבו, 29.5.2012), הרציונל בס' 202 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, העוסק בהסדר או פשרה בתביעה נגזרת, הוא "להקנות לבית המשפט סמכות פיקוח לבדיקת מהות הפשרה [...] ולשמר כחסם בפני הסדרים שאינם ראויים"; ראו גם תנ"ג (מחוזי ת"א) 13-09-815 לנואל נ' מאור (פורסם בנבו, 14.9.2016) הקובע את שיקולי ההתערבות באישור פשרה בתביעה נגזרת, ביניהם: "סיכויי התביעה; סכום הפשרה ביחס לשיעור הפיצוי הפוטנציאלי הצפוי במקרה של הצלחת התביעה; תועלת אחרת שעשויה החברה להפיק מהפשרה המוצעת; השלב בו מתבקש אישור הסכם הפשרה; העלויות והמשמעות של המשך התדיינות מבחינת החברה; הסולבנטיות של הנתבעים או מנגנוני שיפוי שעומדים להם; הוגנות יעילות וסבירות ההסכם שהוגש לבית המשפט; נאותות הגמול המוצע למבקש ושכר הטרחה המוצע לבאי כוחו וכן להתנגדויות אשר הוגשו".
- 111 עניין ד, לעיל ה"ש 109, בעמ' 3-4.
- 112 שם, בעמ' 4.
- 113 שם, בעמ' 5.
- 114 שם, בעמ' 8.
- 115 שם, בעמ' 12. ראו גם דבריו של השופט גרוסקופף בתנ"ג (מחוזי מ"ר) 12-09-10466 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקנר (פורסם בנבו, 4.1.2018): "הצעת הפשרה גובשה בסיועה של מגשרת אובייקטיבית ומוערכת, שלשיקול דעתה אני מייחס משקל נכבד, אשר בחנה את מכלול הנסיבות, והמליצה על סכום הפשרה".
- 116 ת"צ (מחוזי מ"ר) 16-01-32223 ולטר טים בע"מ נ' אדלטק אחזקות 2006 בע"מ (פורסם בנבו, 1.8.2018).

במקרה שבו פנו הצדדים למגשר, אשר ערך את הסדר הפשרה בתחומי מומחיותו ותמך בו במכתב שהובא בפני בית המשפט, אישר האחרון את ההסדר לאחר שגם היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד לאמור בו.<sup>117</sup> בגלגול נוסף של התיק הופנו הצדדים לגישור לפני שופטת בדימוס. בבקשתם לאישור ההסדר שהושג טענו הם כי ראוי להחיל את הכללים הנהוגים בעניין סבו, שלפיהם ניתן לאשר הסדר פשרה ללא הפרוצדורה הקבועה בסעיפים 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות. בית המשפט נענה לבקשה להימנע ממינוי בודק, אך בשל השינויים בהסדר אל מול ההסדר הקודם, קבע כי יש לפרסמו מחדש.<sup>118</sup>

בתיק אחר שבו הוגש הסדר פשרה בתובענה ייצוגית ונגזרת, טענו הצדדים כי אין מקום למינוי בודק, "בין היתר, משום שההסכם מגלה משא ומתן ארוך בפני שני מגשרים מכובדים".<sup>119</sup> בית המשפט נעתר לבקשה.<sup>120</sup>

במקרה נוסף, הוגש לבית המשפט הסדר גישור שלאחריו הוגשו מאות התנגדויות, לרבות מטעם היועץ המשפטי לממשלה והמועצה לצרכנות.<sup>121</sup> בית המשפט מינה בודק שלאחריו קבע כי הבסיס העקרוני להסדר ראוי וסביר, כמו גם הקצאת הסיכונים שבו, ובכפוף לשיפורים מסוימים מצא לנכון לאשרו, בין היתר מאחר שגובש בסיוע מגשרים, שופטים בדימוס.

מנגד, קיימים מקרים רבים שבהם מעורבות מגשר בגיבוש ההסדר אינה מונעת התערבות שיפוטית. בת"צ 30028-04-11 בחר בית המשפט להעביר את ההסדר להתייחסות בודק מטעמו, חרף התנגדות הצדדים, שטענו כי גיבוש הפשרה באמצעות מגשרים מיתר את הצורך בכורך חיצוני,<sup>122</sup> ועל אף עמדת המגשרים, שלפיה "ההסדר הינו ראוי והוגן, ומשקף את הסיכויים והסיכונים של הצדדים במסגרת הבקשה לאשר תובענה כיצוגית והתביעה הנספחת לה".<sup>123</sup>

מאחר שהבודק מצא כי היחס בין גובה הפיצוי המוצע לקבוצה לבין סיכויי התביעה אינו סביר, ביקש בית המשפט לשנות את ההסדר בהתאם, עמדה שנתמכה גם על ידי היועץ המשפטי לממשלה. סירוב הנתבעות להתאים את ההסדר להמלצת בית המשפט הוביל לאי-אישורו ולקביעה שלמרות מעמדם הנכבד של המגשרים,<sup>124</sup> "הסדר הפשרה שלפני אינו עומד בדרישת ההגיונות ולא בדרישה להתרעה מפני ביצוע עוולות דומות".<sup>125</sup>

117 עניין אל-על, לעיל ה"ש 105; ה"פ (מחוזי מר') 2161-02-15 שטינגאוס נ' עיריית נתניה (פורסם בנבו, 16.2.2016).

118 שם, בעמ' 7.

119 תנ"ג (מחוזי מר') 15430-07-12 שפירא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.5.2015).

120 שם, פס' 18.

121 ת"א (מחוזי ת"א) 1301/04 בירנבוים נ' קלאב אין אילת אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 24.1.2020).

122 עניין מגדל חברה לביטוח, לעיל ה"ש 70, פס' 36; שם, פס' 59; שם, פס' 62; שם, פס' 80–84.

123 שם, פס' 35–39.

124 שם, פס' 41; שם, פס' 64; עניין סילורה, לעיל ה"ש 69, פס' 10–11 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

125 עניין מגדל חברה לביטוח, לעיל ה"ש 70, פס' 68; שם, פס' 81: "משפטנים מהשורה הראשונה, אשר אין להטיל ספק בכישוריהם המקצועיים המעולים, ובכך שפעלו גם בתיק זה באופן ראוי, ומתוך שאיפה כנה להביא להסדר הולם בהינתן הדרך בה ראו את התיק".

ובהמשך:

“המלצת המגשרים על אישור הסדר הפשרה מהווה בעיני שיקול רב חשיבות התומך באישור הסדר הפשרה. ואולם, אל מול שיקול זה [...] עלי להעמיד את חוות דעת הבודק, עמדת היועמ”ש, טיעוני המתנגדים, ומעל לכל אלה, את התרשמותי המקצועית מהתיק.”<sup>126</sup>

כך גם, התערב בית המשפט בהסדרי גישור לאחר שמצא כי ערך הפיצוי המוצע לחברי הקבוצה הוא אפסי,<sup>127</sup> או כשיעורי שכר הטרחה והגמול אינם ראויים נוכח התועלת המועטה לקבוצה.<sup>128</sup>

בתיק שבו נדונו כמה תביעות ייצוגיות באותו עניין, הועברה תביעה אחת לגישור לפני שופט בדימוס, ואילו הפשרות האחרות שהתגבשו בין הצדדים ללא מגשר הועברו לבודק חיצוני והסתיימו לאחר התייחסותו בהסדר שאושר.<sup>129</sup> ההסדר שהושג באמצעות המגשר נבחן על ידי בית המשפט, כשהעובדה שתוכנו היה זהה במהותו להסדרים שאושרו על ידי הבודק היוותה בסיס להסכמת בית המשפט לאישורו.<sup>130</sup> מכאן, שאמת המידה שהופעלה בביקורת השיפוטית על ההסדר נגזרה דווקא מהתאמתו למצאי הבודק, ולא מהעובדה שנערך בסיוע מגשר.

התערבות בית המשפט בהסדרים שנערכו באמצעות מגשרים עשויה אף להתייחס לסוגיית הוגנות ההסדר והיותו ראוי בנסיבות העניין. כך, דחה בית המשפט פשרה בבקשה לאישור תביעה נגזרת שאושרה על ידי רוב בעלי המניות, בקובעו כי ההסדר נגוע בניגוד עניינים העולה כדי אייחוקיות ובתהליך אישורו על ידי בעלי המניות נפלו פגמים משמעותיים.<sup>131</sup> קביעות חמורות אלה ניתנו על אף שההסדר גובש בסיועה הפעיל של מגשרת מנוסה ורבת מוניטין, אשר תמכה באישורו.

נדמה שנוכחות מגשר אינה מפחיתה אפריורי מנטיית השופט לבחון את הסדר הגישור. זאת, על פי הקריטריונים הקבועים בחוק, ההליך והאופן שבו התגבשה הפשרה, היקף ועומק הבדיקות שבוצעו, בין היתר באמצעות מומחים, החשיפה לכלל המסמכים הרלוונטיים ושקלול האינטרסים של הקבוצה. כך גם נבדק ניגוד העניינים המובנה של המייצגים, באמצעות בחינת שכר הטרחה והגמול המוצע ביחס להישג לקבוצה. מעורבות מגשר, בעיקר בעל מומחיות או

126 שם, פס' 83–84.

127 ת”צ (מחוזי מר’) 25789-11-14 עזר נ’ הראל חברה לביטוח בע”מ (פורסם בנבו, 16.4.2020).

128 ת”צ (מחוזי מר’) 34498-11-19 מחאג’נה נ’ מנורה מבטחים לביטוח בע”מ (פורסם בנבו, 3.12.2020).

129 ת”צ (מחוזי מר’) 7340-07-11 פליישמן נ’ הפניקס חברה לביטוח בע”מ (פורסם בנבו, 24.7.2014).

130 שם, פס’ 13 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. ראו גם ת”צ (מחוזי מר’) 22641-07-17 דנקה נ’ יונה אברך בע”מ (פורסם בנבו, 8.7.2018), שם אישר בית המשפט הסתלקות מבקשה לאישור תובענה ייצוגית שהושגה בגישור, אך להליך הגישור לא היה משקל כלשהו בהחלטתו.

131 תנ”ג (מחוזי ת”א) 27061-07-16 אתו שוקי הון שותפות מוגבלת נ’ צרפתי (פורסם בנבו, 26.5.2019).

שופט בדימוס, מסייעת לבית המשפט, בבחינת דבר מה נוסף לקביעת סבירות התנאים ועמידת ההסדר בקריטריונים. בית המשפט אף מכיר בעדיפות שיש למגשר על פניו ביכולתו לברר נושאים עובדתיים שבמחלוקת ולהיחשף לתמונת הנתונים המלאה. עם זאת, בית המשפט רואה לעיתים במגשר בעל אינטרס נוסף בהבאת הצדדים להסדר.<sup>132</sup> לכן, הוא אינו גוזר גזרה שווה לנסיבות שבהן שותף השופט לגיבוש הסדר הפשרה,<sup>133</sup> שאז חסין ההסדר מביקורת חיצונית, לעומת הסדרים שנערכו בסיוע מגשר, שמהם ניתן לסטות באופן מהותי.<sup>134</sup>

המגשר אינו נתפס, לפיכך, כקצין בית המשפט או שלוחו בהליך הפרטי. בנסיבות שבהן סבר בית המשפט כי ההסדר שהוגש לו שיקף הגנה ראויה של האינטרס הקבוצתי, לא חסך הוא בשבחם של המגשרים שעסקו בהכנתו; אך מקום שבו הוראות ההסדר לא תאמו את הקריטריונים או נחזו כבלתי הוגנות או נגועות באיחוקיות, לא היסס בית המשפט לדחות את אישור ההסדר, תוך התעלמות מתפקיד המגשר בגיבושו, ופעמים שלילת המלצותיו.<sup>135</sup>

לטעמנו, פרוצדורה גישורית הרואה בהליך הייצוגי מרחב משא ומתן היברידי, פרטיציבורי, ואת המגשר כבעל חובת נאמנות כפולה (לצדדים ולתהליך מהצד האחד ולציבור בכלל מהצד האחר) תשנה את תפיסת תפקידו בעיני הצדדים והשופט. החלת אינטרסים ציבוריים רחבים, הזרים לעיתים לאינטרס הצדדים עצמם, בתוצר ההסדרי, התואמים את אמות המידה וקריטריוני ההתערבות הנוהגים בבית המשפט, תקרבו למתחם הסבירות, וזה יוביל בהכרח להתערבות מועטה בהוראותיו.

דוגמה לכך ניתן למצוא בתיק זיהום הנפט בשמורת עברונה,<sup>136</sup> מחלוקת רבת משתתפים, מורכבת ועקרונית, אשר לה חשיבות רבה בכל הקשור לדיני איכות הסביבה ולהתנהלות כלפי גורמים מזהמים. ההליך התבסס על פרוצדורת הגישור הסמכותי, הליך היברידי פרטיציבורי, תוך שילוב מומחים בין-לאומיים ובהשתתפות נציגי המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. נוכח פומביות הדיון, היקפו, שקיפותו והסכמת גורמי המדינה לתוצאה ההסדרית, ייתר בית המשפט את הצורך בהעברתו לבחינת היועץ המשפטי לממשלה או לבחינת בודק חיצוני ואף דחה את ההתנגדויות שהוגשו. מפסק הדין עולה שאופיו הציבורי של הגישור וההעמקה שנדרשה לשם גיבוש הסדר הפשרה ייתרו את הצורך לבחון את סבירות ההסדר ותרומו לקבוצה.

#### ד. מגמות בהתערבות שיפוטית בהסדרי פשרה וגישור כלליים

עד כה סקרנו קריטריונים להתערבות שיפוטית בהסדרי פשרה ייחודיים המובאים לאישור בית המשפט. כעת, נבחן את קיומן של עילות התערבות בהסדרי גישור שלגביהם לא קיימת חובת

132 עניין **חורב**, לעיל ה"ש 89, פס' 7 לפסק דינה של השופטת רונן: "גם למגשר יש אינטרס 'אישי' שעלול לעמוד בניגוד לאינטרס של הקבוצה: המגשר מעוניין, מדרך הטבע, לסייע לצדדים להגיע להסכמה, הסכמה שתחשב להצלחה שלו בהליך הגישור".

133 עניין **סבו**, לעיל ה"ש 98.

134 עניין **סילורה**, לעיל ה"ש 69.

135 עניין **חורב**, לעיל ה"ש 89.

136 עניין **קצא"א**, לעיל ה"ש 18.

ביקורת שיפוטית על פי דין.<sup>137</sup> גם במקרים אלה נבדוק אם מנעד ההתערבות בהסדרים שנערכו באמצעות מגשר שונה באופיו ובהיקפו מהתערבות בהסדרים שנערכו ללא מעורבות צד ג'.

### 1. הסדרים הכוללים תניות תאורטיות או התחייבויות שאינן בנות אכיפה

בשונה מפסק דין שמקורו בהכרעה שיפוטית, חלק ממעלות הסדר הגישור, כתוצר של הליך העוסק בתחושות ואינטרסים, ולא רק בשיח זכויות, הוא היכולת לכלול בו כוונות ואמירות ערכיות, חברתיות או התנהלותיות. פעמים, אין המדובר במלל אגבי, אלא בבסיס הסכמת הצדדים וליבת ההסדר. קיימים הסדרים הכוללים הצהרות כלליות לשיתוף פעולה; התחייבויות לקיים פגישות פיוס ולנהוג בתום לב; מחויבות להשתתף בטיפולים מניעתיים או מבוססי רצון וולונטרי והסכמה חופשית; והתחייבות למתן התנצלות. כך גם המערכת ההסדרית המיישבת מחלוקות בין צדדים המוסיפים להיות קשורים זה בזה צופה פני עתיד ובונה ומנתבת מערכות יחסים ארוכות טווח תוך שימוש באיזונים ומערכות בקרה עיתיות, המתאימות עצמן לנסיבות המשתנות.<sup>138</sup> מאפייני הסדר זה הם כשל חוזה יחס,<sup>139</sup> המקבל תוקף של פסק דין.<sup>140</sup> פסק דין הוא טקסט משפטי לכל דבר,<sup>141</sup> הנבחן בפרמטרים של מסמך בעל מעמד נורמטיבי מיוחד המחייב הנמקה וחלק אופרטיבי בהיר.<sup>142</sup> הסדר המשלב בשפתו רגשות ואינטרסים, או

137 פסקי הדין שייסקרו להלן מהווים דוגמאות למקרים שבהם התערב בית המשפט בהסדרי גישור כלליים, אשר אינם נמצאים תחת קטגוריית התערבות ייחודית, וזאת לאחר שנסקרו פסקי דין רבים החל משנות התשעים של המאה הקודמת (התקופה שבה הליך הגישור הלך והתעצם). החיפוש התבצע במאגר הפסיקה "נבו", ובמסגרתו הוקלדו צירופים של מילות החיפוש הבאות: "גישור", "פשרה", "הסדר גישור", "הסכם פשרה" בצירוף עם "התערבות", "התערבות שיפוטית" ו"בחינה שיפוטית". כך גם נמצאו פסקי דין ספורים (בעיקר של בית הדין האזורי לעבודה) שמקורם בהוראות סעיף ההתערבות הייחודי הקבוע בהוראות הדין, במקרים של הסדרי גישור כלליים בהתאם לתק' 9(ג) לתקנות בתי המשפט (גישור).

138 קיימת הנחה שלפיה הסדר רצוני המסיים מחלוקת עסקית נותן מענה ראוי יותר ליחסים המסחריים הנמשכים בין הצדדים, ובכלל זאת קובע מנגנוני יישוב סכסוכים או מנגנוני היפרדות מלכתחילה. סוג זה של הסדר צופה פני עתיד בכך שהוא מכיל מנגנוני התאמה כלכליים, התנהלותיים ומסחריים נוכח הנסיבות המשתנות מעת לעת. בתי המשפט אינם ערוכים לקבוע סוג התקשרות שכזה לאורך זמן, ובדיקתם בראייה שיפוטית כחוזי יחס (ראו להלן ה"ש 139) נועדה לצורך קביעת הסעד או ההפרה הנטענת, וזאת בלבד. ראו רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998); ע"א 9495/06 בנק מזרחי טפחות בע"מ נ' נגר כרמלה ובניה בע"מ 8 (פורסם בנבו, 15.8.2012); ע"א 9784/05 עיריית תל אביב יפו נ' גורן, פס' 14, 23 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 12.8.2009). כפי שנקבע בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2019), חוזי היחס נועדו להישאר פתוחים להשלמות ולפרשנויות רחבות אשר יעצבו ויגדירו את זכויות וחובות הצדדים תוך כדי תנועה, וזאת על בסיס עקרונות תום הלב, הסבירות וההגינות. ראו גם עניין מילגרום, לעיל ה"ש 138. לצורך כך, חוזי היחס נדרשים ליצור במסגרתם איזון בין הצורך בוודאות לבין הצורך בגמישות והתאמה לתנאים משתנים. זאת, באמצעות קביעת מנגנונים לשינוי תנאי החוזה, קביעת אמות מידה לחלוקה הודית של סיכונים, קביעת דרכים לפתרון מוסכם של מחלוקות וכיוצא בזה.

140 ראו פינקלשטיין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 177–187, 190–193.

141 בג"ץ 3406/91 בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 1 (1991).

142 רע"א 8567/12 פגורסקי נ' שפירא 4–5 (פורסם בנבו, 5.8.2013).



חוזה יחס שתניותו אינן קשיחות ומשתנות לפי העניין, אינו ודאי דיו לצורך אכיפתו. כך גם אמירות המשקפות רצון טוב, אינטרס כללי וכוונה או תכלית חברתית, אשר אינן מהוות התחייבות של ממש. הקושי במתן תוקף של פסק דין לטקסטים מעין אלה הוא היעדר בהירות מספקת עת מבקש צד לאוכפם, כשקיים סיכוי גדול יותר בהסדר שקיבל תוקף של פסק דין שהצדדים יפנו לבית המשפט לשם פרשנות, הבהרה ואף דרישה לתיקון.<sup>143</sup> בנוסף, כלליות או אי־בהירות בתניות ההסדר עשויות להגביר את מספר הבקשות לביטול פסק הדין בשל עילות חוזיות, כגון טעות או הטעיה.<sup>144</sup>

מצאנו כי כאשר התבקש בית המשפט לאכוף סעד של התנצלות בתביעת לשון הרע, נקבע כי "יש הבדל בין צו עשה הכופה פעולה מסוימת על בעל הדין, לבין צו הכופה הצהרה העומדת בניגוד לדעתו או מצפונו של המצהיר".<sup>145</sup>

אין יכולת לפיכך לחייב ביצוע פעולה שמקורה בצו מצפון או רצון חופשי, והסעדים הניתנים לאכיפה אינם נקבעים על יסוד כוונות כלליות והצהרות, אלא על בסיס הקיים בדין בלבד.<sup>146</sup> מכאן, שבית המשפט ייטה להתערב בהסדר הכולל תניות כלליות שלא ניתן לאוכפן, או כאלה שמקורן בכוונה טובה או התנהלות ראויה, מאחר שהסעד הנדרש נעדר תכלית אמיתית. מה הוא אפוא אינטרס הצדדים לכלול הסכמות בהסדר, ביודעם כי בית המשפט יתערב בהן בשלב האישור?

אנו סבורים כי אין מקום להתערבות שיפוטית בהצהרות ותניות מסוג זה, הלוּבושות צורה של פסק דין, שכן אלה משמשות גורם נוסף המרתיע את הצדדים מהפרה, ובכך מושגת במלואה התכלית ההסכמית. תפיסת הצדדים את הצהרתם כחלק מפסק דין ובהתאם מחויבותם לקיימה שונה ממצב שבו מדובר בהצהרה שקיבלה מעטה חוזי בלבד. כך גם שימוש נרחב במלל חיובי וכוונות כלליות להמשך שיתוף פעולה, התחייבות לקבלת טיפולים שונים וכלים איכותיים נוספים להתמרת סכסוכים (כגון התנצלות) יגבשו נורמות שניתן יהיה להטמיען מכוח רעיונות הצדק המאחה במערכת המשפט.<sup>147</sup> בהשאלה, התנצלות שפירושה קבלת אחריות על

143 לדוגמה לפי ס' 81 לחוק בתי המשפט, או תק' 525 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

144 יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 503-505 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995); Coben & Thompson, לעיל ה"ש 2, טוענים כי מרבית הליטיגציה המתפתחת לאחר הסדרי גישור מתבססת על טענות לביטול ההסדר מחמת עילות חוזיות, ובכללן טעות, הטעיה ומצג שווא.

145 ת"א (מחוזי ת"א) 32235-03-10 **ארגון המורים בבתי הספר העל יסודיים, בסמינרים ובמכללות נ' עיתון "ישראל היום"** (פורסם בנבו, 6.2.2011): "לא ניתן לחייב נתבע בפרסום התנצלות מטעמים ערכיים [...] המשפט אינו אמור לעודד צביעות או הצהרות סרק שאין מאחוריהן דבר אמת". בהמשך גרס בית המשפט כי אינו מוסמך לכפות על נתבע, גם אם הסכים לכך בהסדר, "הצהרה הנוגדת את השקפתו", ואין צורך לאלץ פוגע להצהיר "הצהרת חרטה שכולה זיוף ושאינן בה לבין האמת ולא כלום".

146 ראו מיכל אלברשטין ואביטל מרגלית "פיוס בחסות המשפט: על כוחה של התנצלות ומגבלותיה" **מסע אל האחוה** 402 (ידידיה שטרן ובנימין פורת עורכים, 2014), הדין בפסקית השופט דרורי בת"פ (מחוזי י-ם) 2003/06 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 8.9.2008), כמקרה מבחן לתפקיד ההתנצלות במשפט הפלילי ולכוחה של ההתנצלות כחלק מההליכים ליישוב סכסוכים בישראל.

147 ש.ם.

מעשה פסול או פוגעני שקולה בהקשר זה להודאת בעל דין המוכרת בפרוצדורה המשפטית הפורמלית כפעולה משמעותית המשנה נטלים ויוצרת סעד משפטי של ממש.

## 2. תניות הסכמיות הנוגדות את תקנת הציבור

בית המשפט ייטה להתערב בהסדרים הכוללים תניות בלתי חוקיות, התחייבויות הנגועות בניגוד עניינים או ויתור על זכות אשר לא ניתן להתנות עליה. כך, למשל, הסדרים המאפשרים התחמקות מהחובה להוציא מכרז; הסדרים שבהם ניתנים שירותי ביטוח על ידי מי שאינו מורשה לעשות כן על פי דין; פעולות בנכסי קטין ללא אישור בית המשפט המוסמך לכך, וכיוצא בזה.

במקרה אחד,<sup>148</sup> נקבע כי הסכמת הצדדים שלפיה כניסת הסדר הגישור לתוקף מותנית בהשבת האגרות,<sup>149</sup> מנוגדת לתקנת הציבור ומשכך לא ראוי לאשר את ההסדר כפסק דין כל עוד תנאי זה מופיע בו. בית המשפט קבע כי תניה זו סותרת את נוסח תקנה 6(ד) לתקנות בתי המשפט (אגרות),<sup>150</sup> המקנה סמכות להחזר אגרה בשיקול דעת רק אם הסתיים הליך בגישור. זאת, משהיא מצמצמת את שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט, הופכת אותו לאות מתה ויוצרת תמריץ שלילי לצדדים להתפשר בשלבים מוקדמים של ההליך. התניה מסוג זה הופכת את בית המשפט לחלק מהסדר הפשרה ועל כן פוגעת במעמדו ובסמכויותיו.<sup>151</sup> בהתאם, בפני צדדים המבקשים לאשר הסדר המתנה את תוקפו בהשבת האגרות קיימות שתי חלופות: הוצאת הרכיב ההסכמי כתנאי לאישור ההסדר כפסק דין, או שבית המשפט יסרב לאשרו.

בעניין אחר נקבע כי על הרשות המנהלית היה לעמוד בחובת הוצאת מכרז, זאת למרות התחייבותה האחרת בהסדר שקיבל תוקף של פסק דין.<sup>152</sup> מאחר שהתחייבותה בהסדר מנוגדת להוראות חוק מפורשות, הקים הדבר לבית המשפט עילת התערבות לביטולה מחמת אי-חוקיות.<sup>153</sup> כך גם היה בהתחייבות פסולה זו כדי להקנות לצד ג' שאינו צד להסדר את הזכות לבטלה מלכתחילה, כפי שנפרט להלן.

148 ע"א 5120/16 מדינת ישראל נ' קווי אשראי לישראל, שירותים פיננסיים משלימים בע"מ (פורסם בנבו, 4.2.2019). בהליך זה ערערה המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי בת"א (מחוזי ת"א) 2201/04 מדינת ישראל נ' קווי אשראי לישראל שירותים פיננסיים בע"מ (פורסם בנבו, 11.5.2016).

149 ובמקרה דנן באייתשלומן.

150 תק' 6(ד) לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.

151 גם העובדה שכספי האגרות לא שולמו בפועל לקופת המדינה מעל עשור והיוו חלק מקופת פירוק המיועדת לנושים שהפסידו מרב כספם לא השפיעה על עמדת בית המשפט.

152 עת"ם (מחוזי ת"א) 38793-04-13 סלופארק טכנולוגיות בע"מ נ' החברה למשק וכלכלה של השלטון המקומי בע"מ, 5 (פורסם בנבו, 4.5.2014). קיומו של פסק דין מחזק אומנם את ההתחייבות החוזית, אך זאת ביחסים שבין הצדדים לו בלבד. סופיות הסדר שאושר כפסק דין, והיותו מסיים כל סכסוך ביניהם, אינה ניתנת לסתירה. ראו רע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577 (2001); ע"א 2495/95 בן לולו נ' אטראש, פ"ד נא(1) 577 (1997).

153 ובמקרה דנן, מניעת יכולתה של רשות מנהלית להיטיב או להקל על מתחרה בניגוד לחוק, המהווה החלטה החותרת תחת עקרונות דיני המכרזים, וככזו גובלת באי-חוקיות. ראו בג"ץ 287/91 קרגל בע"מ נ' מינהלת מרכז ההשקעות, פ"ד מו(2) 852 (1992).

### 3. הסדרי גישור הכוללים תניות המשפיעות על זכויות של צדדי ג'

בדומה לפרקטיקה הנהוגה בהסכמי ממון ובהסדרים בתובענות ייצוגיות, בית המשפט ייטה להתערב ולסרב לאשר הסדרים הכוללים הוראות המשפיעות על זכויות צד ג' שאינו צד להם. כך, התחייבות להסיר הערת אזהרה, עיקול או משכון כאשר הצדדים העשויים להיות מושפעים מכך אינם חלק מההסדר; כשרשות מנהלית מתפשרת, ובכך מקנה לצד שמולה יתרון בלתי הוגן על פני מתחרים אחרים, או אף פוגעת בזכויות אחרות של צדדים הקשורים בו; בהסדרים המשפיעים על זכויות קטינים אשר עניינם נדון באמצעות אפוטרופסיהם הטבעיים; והסדרים אשר לאמור בהם השפעה על מקרקעין גובלים או סמוכים. השינוי האיכותי בין המישור ההסדרי-חוזי למרחב ההשפעה של פסק הדין על מי שאינו צד לו מחדד את הבחנתו של מיגל דויטש. לדידו, הסכם ממון בין בני זוג, ככל הסכם, תקף אך ורק במישור האישי, ועצם אישורו על ידי בית המשפט, גם כפסק דין, אינו מקים את אותו אקט פומבי ההופכו למחייב צדדים שלישיים לנהוג לפיו.<sup>154</sup> נובע מכך שההכרה בסמכותו של בית משפט לאשר הסכם משנה לרעה את מצבו של צד הטוען לזכות.<sup>155</sup>

בית המשפט החיל קריטריון התערבות זה כשמצא אי-התאמה בין זהות הצדדים להסדר הגישור לאלה המפורטים בכתבי הטענות שלפניו. זאת, מאחר שערכאה שיפוטית רשאית לדון, ובכלל זאת ליתן תוקף של פסק דין, בעניין הצדדים המצויים לפנייה בלבד. נפסק כי –

”ככל שהצדדים מעוניינים שינתן להסדר הגישור תוקף של פסק דין בין כל הצדדים לו, עליהם להגיש בקשה מוסכמת לצירוף יתר הצדדים להסדר הגישור כצדדים לתובענה עצמה.”<sup>156</sup>

צדדים המבקשים לחזק את ההסדר הפרטי באישורו כפסק דין נדרשים לפיכך להיצמד לכללים החלים על מסמך משפטי. עם זאת, לא מצאנו כי בתי המשפט החילו קריטריון התערבות שעניינו התאמת תוכנו של הסדר הגישור למחלוקות הכלולות בכתבי הטענות. מכאן שאפשר שההסדר יסטה מגדרי המחלוקות כפירוטן בכתבי בית דין, כשלא יהיה בכך משום עילת התערבות שמקורה בהרחבת חזית.

במקרה אחד הנחה בית המשפט צדדים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה כדי להכשיר צירוף חסויה על פי דין להסדר הגישור, לאחר שמצא כי סמכויות אפוטרופסה מוגבלות מכדי להתחייב בשמה בהסדר הגישור. התערבות זו מקורה בכללי ההגנה המצויים בדין על זכויות

154 מיגל דויטש קניין כרך א 65–66 (1997): “אין לקבל את הגרסה בדבר ‘עליית המדרגה’ של הזכות כתוצאה מן הצו השיפוטי. הצו השיפוטי אינו הופך את הזכות לפומבית [...] העדרה של פומביות הוא נתון קריטי, אשר לאורו לא ניתן לפגוע בצדדים שלישיים פגיעה קניינית. יהיה על הזכאי על-פי הצו לדאוג לקיומו של אקט פומבי על-פי דין, על מנת לשכלל את זכותו.”

155 עניין זמר, לעיל ה”ש 4. מקרה זה עוסק באישור הסכם יחסי ממון, אך האמירות בו חלות על הסכמים בכלל.

156 ת”א (מחוזי מר’) 29200-06-15 גלר נ’ חברת איפטיק בע”מ (20.9.2016).

חסוי, 157 ובחובה המשפטית לבחון ייפוי כוח הניתן לשלוחו של אדם ככזה התואם את שליחותו בפועל.<sup>158</sup>

הנטייה להתערב ולהימנע מלאשר הסדרי גישור העוסקים במישרין או בעקיפין בזכויותיהם של צדדי ג' קיימת גם כשיש בה כדי לטרפד את ההסדר עצמו.<sup>159</sup> כך, כשבית המשפט סירב לאשר הסדר פשרה בין מבקשות לבין מרבית המשיבות, בקובעו כי יש בבקשה כדי לעטוף הסדר פרטי המאפשר לצדדים להגיע לכל הסכמה באופן חופשי במעטה של *in rem*, המשפיע על מי שאינו צד להסדר.<sup>160</sup>

בבקשה אחרת שבה הסדר הגישור כלל התייחסות לעמדת מנהל מקרקעי ישראל ביחס לעסקה מהותית במקרקעין ביקש בית המשפט להבהיר אם מדובר בתנאי מתלה לכניסתו לתוקף של פסק הדין.<sup>161</sup> גם במקרה זה התערב בית המשפט בהסדר, אשר האמור בו ומסוימותו כרוכים בזכויותיו של צד ג' שאינו חלק מההסכם.

במקרה שבו נוהל הליך גישור על ידי שופט בדימוס בתיק שעניינו חדלות פירעון, אישר בית המשפט את ההסדר חרף הביקורת הציבורית שהייתה כרוכה בכך והתנגדותו של הנאמן מטעם בית המשפט.<sup>162</sup> בעניין זה הייתה לתוצאה ההסדרית השפעה ניכרת על צדדי ג', הנושים השונים, ונדמה כי מאחר שהאחרונים נתנו הסכמתם לאמור בהסדר הגישור, על אף עמדת הנאמן כאמור, בחר בית המשפט לאשרו.

הסדרים אשר אחד הצדדים להם הוא רשות מנהלית, המיישבים מחלוקות שמקורן במכרז פומבי,<sup>163</sup> עוסקים בהכרח בצדדי ג' בעלי עניין במכרז. בנסיבות שבהן תנאי בהסדר מאפשר בפועל להימנע מחובת הוצאת מכרז חדש, רשאי צד הנפגע מהחלטה זו לפנות לבית המשפט

157 המעוגנים בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

158 סי' ה' לפרק השני לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

159 השופטת בראש צבן בת"א (ה"פ) (מחוזי י-ם) 37781-08-17 הקסטודיה דה טרה סנטה נ' סמווד קונסטרוקשיון בע"מ (פורסם בנבו, 27.8.2017): "הצדדים מתבקשים להצהיר כי אין בהסדר הגישור, משום פגיעה אפשרית בזכויותיהם של צדדים שלישיים שאינם צד להסדר". וראו לעניין זה גם ת"א (מחוזי ת"א) 11577-03-15 קים לוסטיגמן ייזום ובניה בע"מ נ' בכר; ת"א (מחוזי י-ם) 12682-04-15 בכר נ' קים לוסטיגמן ייזום ובניה בע"מ (פורסם בנבו, 26.10.2016); ת"א (שלום כ"ס) 14888-02-13 חברת נכסים בסד קשר בע"מ נ' חברת אורטקס אויל השקעות חב' הדלק לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 10.1.2017), שם בחינתו הוזהירה של בית המשפט נעשתה למרות הודעת המגשר אשר שיקפה את הסכמת הצדדים השלישיים ובאי כוחם כפי שנמסרה לו על ידם.

160 ת"א (מחוזי ת"א) 37039-05-15 זיר"ה (זכויות יוצרים ברשת האינטרנט) בע"מ נ' פלוני אלמוני (פורסם בנבו, 1.7.2015).

161 השופט מנדלבוים בת"א (מחוזי חי') 22104-03-15 מלח הארץ עתלית בע"מ נ' כרמל כימיקלים בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2017).

162 פש"ר (מחוזי ת"א) 3642-08-16 פקיד שומה למפעלים גדולים נ' פישמן (פורסם בנבו, 21.7.2020).

163 ס' 2(א) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 קובע את הכלל בדבר עריכת מכרז פומבי. הנטל הוא על הרשות להראות כי מתקיים חריג המאפשר לה להשתחרר מקיום חובה זו. ראו עומר דקל חובת המכרז של גופים מנהליים 362 (2001); בג"ץ 8299/01 ועד העובדים של ההנדסאים, הטכנאים, המהנדסים והאקדמאים ברשות שדות התעופה נ' רשות שדות התעופה, פ"ד ס(2) 230 (2005). חוק חובת המכרזים הוא קוגנטי, ואין המדינה רשאית להתנות עליו. ראו שמואל הרציג דיני מכרזים כרך ב 116 (מהדורה שנייה, 2002).

ולעתור כנגד ההסדר.<sup>164</sup> האינטרס הציבורי לשמירת טוהר מידות, שוויון ומניעת העדפה פסולה המקפחת צד ג' גובר על האינטרס הפרטי לסיום המחלוקת, ואין בהסדר או בפסק הדין כדי לייצר השתק כלפי צד ג'.<sup>165</sup> במקרה כזה יתערב בית המשפט בהסדר הפרטי ובפסק הדין המאשרו ויבטלם.<sup>166</sup>

בעניין סלופארק נמנע בית המשפט מלדון בסוגיה האם תפקידו של מגשר לוודא שהוראות ההסדר עולות בקנה אחד עם הוראות החוק, ולמצער, אם יש בהן כדי לפגוע בזכויותיו של צד ג'. אנו סבורים כי חובת המגשר לסודיות ומתן קדימות לאינטרסים של הצדדים שלפניו מונעת ממנו את היכולת להתייחס או לשלב בהסדר הדיאדי אינטרס של צדדים פרטניים שאינם חלק מהליך הגישור.<sup>167</sup> תפקיד זה, בהיעדר הסכמה מפורשת של הצדדים להליך, שמור לטעמנו לבית המשפט המאשר. זאת להבדיל מחובה אפשרית לשמירת ערכים חברתיים כלליים או הימנעות מהטמעת תניות הסדריות הנוגדות את תקנת הציבור או נגועות באיחוקיות.

164 לכאורה, עותר שלא השתתף בהליכי מכרז נתפס כחסר זכות עמידה. עם זאת, תפיסת בתי המשפט השתנתה, וזכות העמידה הוענקה לכל עותר אשר הוכיח כי העניין נוגע לו במישרין, וכי זכויותיו עומדות להיפגע אם לא יורשה להגיש את העתירה. ראו ע"מ 8193/02 **ראובן נ' פז חברת נפט בע"מ**, פ"ד נח(2) 153 (2003). בית המשפט ראה בהרחבה זו שמירת האינטרס הציבורי, הבטחת קיומו של שלטון החוק והביקורת השיפוטית על הרשויות. ראו ע"א 334/01 **מדינת ישראל נ' שינדי**, פ"ד נז(1) 883, 890 (2003); ע"א 8416/99 **אי.איי.אם. אלקטרוניקס מחשבים וציוד היקפי (1999) בע"מ נ' מפעל הפיס**, פ"ד נד(3) 425 (2000); בג"ץ 2148/94 **גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון**, פ"ד מח(3) 573, 595 (1994).

165 ראו ע"א 165/76 **רשות הפיתוח נ' עזאם**, פ"ד לא(1) 253 (1976). הכלל המשפטי נועד כדי למנוע המשך הטרדתו של בעל דין בעניין שכבר נפסק, כאשר זה חל על אותם צדדים או חליפיהם, הרשאים ליהנות ממנו בשל סמיכות עניינם לעניין הצדדים. עם זאת, מקום שבו קולם של צדדי ג' טרם נשמע, הם לא יהיו מושתקים בשל הכרעה הסדרית שנערכה לנוחותם של צדדים אחרים. בית המשפט יתערב בהסכמה הגורעת מהם, לכאורה, לפעול על פי זכויותיהם. ראו עניין **זיר"ה**, לעיל ה"ש 160, בעמ' 10; רע"א 7831/99 **צוריאנו נ' צוריאנו**, פ"ד נז(1) 673, 680 (2002); ע"א 440/70 **ע'אנם נ' ע'אנם**, פ"ד כו(2) 829, 838 (1972).

166 עניין **סלופארק**, לעיל ה"ש 152, בעמ' 7: "קיימת התנגשות בין חופש החוזים מחד גיסא, שהרי הצדדים כרתו חוזה מרצונם החופשי וניתן לו תוקף של פסק דין, לבין עקרון השוויון מאידך גיסא, מכיוון שבעודם עושים כן, מונעים הם הזדמנות שווה לכלל"; ע"מ 4029/14 **מילגם חניה סולרית בע"מ נ' סלופארק טכנולוגיות בע"מ** (פורסם בנבו, 23.10.2014); עת"מ (מחוזי ת"א) 27234-08-17 **צביאלי נ' עיריית תל אביב יפו** פס' 26 רב 30 לפסק דינה של השופטת ברקאי (פורסם בנבו, 23.1.2018): "על רשות מקומית המבקשת למכור זכויותיה במקרקעין, חלים במקביל דיני המשפט הפרטי האזרחי לצד המשפט הציבורי וזאת על מנת להבטיח, כי הרשות הציבורית, בהיותה גוף נבחר המשמש כנאמן הציבור, תפעיל סמכותה בשקיפות מלאה מתוך דאגה לאינטרס הציבורי תוך הקפדה על כללי השוויון בין רוכשים פוטנציאליים, ללא משוא פנים ובמטרה למקסם תועלת הציבור אותו היא מייצגת. שקיפות שכזו לא יכולה להיות מושגת כאשר מתגבשת עסקה פרטית בחדרי חדרים הרחק מעיני הציבור".

167 זאת להבדיל מיכולתו להזהיר את הצדדים שלפניו שהפגם הנטוע בהסכמותיהם הפוסח על חובת המכרז עשוי לייצר התנגדות של צדדי ג' שבעטייה תבוטל המערכת ההסדרית.

#### 4. סירוב לאשר הסדר גישור בשל חשש להיעדר גמירות דעת

קריטריון התערבות נוסף, המאפיין את בתי הדין האזוריים לעבודה, נגזר ממידת הבנתו של צד את משמעות האמור בהסדר לגביו. זאת, בשל החשיבות הרבה הניתנת בדיני העבודה לזכויות קוגנטיות שעליהן לא ניתן לוותר, זכויות מגן אחרות והפערים התרבותיים והסוציאקונומיים ביחסי עובד-מעסיק, הגורמים לעיתים לצד מוחלש לוותר על זכויותיו מול צד חזק.<sup>168</sup> התערבות בית הדין בהקשר זה מתקנת את הכשל המופיע בביקורת הקלסית על הליך הגישור שעניינו הנצחת פערי הכוחות בין הצדדים, בהליך שבסיסו משא ומתן הנעדר סמכות שיפוטית שביכולתה למתן פערים אלה.<sup>169</sup> בהתאם, סירוב בית הדין לאשר הסדר גישור בין עובד זר למעסיקו, בקובעו כי לא הוסברו לעובד מלוא זכויותיו, וזה אף לא התייצב לפני בית הדין כדי שאלה יובהרו לו. נפסק, שאישורו של ההסדר כפסק דין עולה כדי קיפוחו.<sup>170</sup> במקרה דנן, לא סייעה העובדה כי המגשר שלט בשפה התאית, תרגם לעובד את הכתוב בהסדר הגישור, וזה אף אישר בפניו כי הבין את האמור בו ומשמעותו. בית הדין לא ראה במגשר כזרועו הארוכה ולא מצא כי נוכחותו וסיועו בהשגת ההסדר יש בהם כדי למנוע התערבות בתוכנו.

#### 5. התערבות בהסדרים בשל פגמים צורניים או כשלים פרוצדורליים

בתי המשפט נוטים שלא לאשר הסדרים בשל פגמים צורניים בהגשת הבקשה, בהליך; כשבית המשפט סבור כי הבקשה אינה תואמת את מצב ההליך המשפטי; או בהסדר בתביעה מנהלית שהוגש לבית המשפט ללא חתימות המורשים על פי דין.<sup>171</sup> במקרה אחד, נדחתה בקשת הצדדים לאישור הסדר גישור בנימוק שהתובענה נמחקה קודם לכן לבקשת אחד הצדדים.<sup>172</sup> נקבע שהבקשה המשותפת לאישור אינה גוברת על המחיקה. בתיק אחר, דחה בית הדין האזורי לעבודה את הבקשה למתן תוקף מהטעם שזו אינה עומדת בתנאי תקנה 10 לתקנות בתי המשפט (גישור).<sup>173</sup>

168 להרחבה על פערי הכוחות בין המעסיק לעובד בשוק העבודה הקפיטליסטי ראו אורי וייס "כיצד להתמודד עם פערי חוזק בשוק העבודה?" **דין ודברים** יג 257 (2019).

169 ראו Fiss, *Against Settlement*, לעיל ה"ש 12; Lon L. Fuller, *Mediation: Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 327-339 (1971); Alex Wellington, *Taking Codes of Ethics Seriously: Alternative Dispute Resolution and Reconstitutive Liberalism*, 12 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 297 (1999); Eric K. Yamamoto, *ADR: Where Have the Critics Gone* *Essay*, 36 SANTA CLARA L. REV. 1055 (1996).

170 סע"ש (אזורי ב"ש) 2647-11-13 **Bamrungthai** – פורת (פורסם בנבו, 4.2.2014).

171 כגון ועדת פשרות, ועדת מכרזים או הוועדה הבין-משרדית של משרדי הממשלה. לדוגמה, כשרשות מקומית חותמת על הסדר גישור באמצעות באי כוחה, בניגוד לס' 203 לפקודת העיריות [נוסח חדש]. ראו לדוגמה ת"א (מחוזי חי') 47716-09-13 א.ג. דביר – יום ובניה בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית אתא (פורסם בנבו, 26.11.2017); ת"א (מחוזי מר') 28313-01-16 רוטשילד נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה דרום השרון (פורסם בנבו, 14.9.2017).

172 ה"פ (שלום חי') 2983-09-09 **גוטמן נ' רוזנבלאט** (פורסם בנבו, 29.8.2012).

173 סע"ש (אזורי ת"א) 51922-11-14 **אלעמארנה – גלים חקל יזמות וישומים בע"מ** (פורסם בנבו, 7.12.2014). ראו גם פ"ה (אזורי חי') 60265-01-13 **מאמר – אמיר חברה למחזור פסולת וגריסת**

## 6. התערבות כשאחד הצדדים חזר בו מהסכמתו לפני אישור ההסדר

נסיבות נוספות שבהן מתערבים בתי המשפט במערכת ההסדרית הן כשבין כריתת הסדר הגישור לבין אישורו נמלך צד בדעתו והתנגד להגשתו לבית המשפט, חרף קיומו של סעיף מפורש בהסדר בעניין זה. החלטות אלה מתבססות על פרשנות דווקנית של דרישות תקנת 9(ב) לתקנות בתי המשפט (גישור),<sup>174</sup> ועל ניתוח מקיף של עקרונות הגישור בכלל והרכיב הוולונטרי שבהם בפרט.

בבע"מ 8769/08 קבע השופט רובינשטיין כי:

”גם אם חתמו הצדדים על הסדר גישור כדת וכדין, בקשה למתן תוקף של פסק דין צריכה להיות על דעת שניהם, וההסכם צריך להיות מוגש על ידי המגשר.<sup>175</sup> ואגב, מדובר בהסכמה נפרדת ועצמאית – שאינה תלויה מניה וביה בהסכמה לחתימה על ‘הסדר הגישור’.”<sup>176</sup>

בעניין **מגשר מהו"ת** נקבע כי לשם אישור ההסדר אין די בכך שהצדדים חתמו עליו מרצון חופשי ולאחר שהבינו את משמעותו.<sup>177</sup> על מנת לשכללו לפסק דין נדרש בית המשפט לדעת, בזמן הגשת הבקשה, כי זו מוגשת על דעת הצדדים. בית המשפט מבחין בין שני שלבים לגמירות הדעת: הראשון, המועד בו חתמו הצדדים על הסדר הגישור, והשני, העברת ההסדר מהספרה החוזית-פרטית לציבורית, באישורו כפסק דין. אין האחד כרוך בשני ומדובר בשתי הסכמות נפרדות, בשל המשמעות השונה אשר קיימת לכל תצורה של הסכמה.<sup>178</sup> אנו סבורים כי בית המשפט לא נתן במקרה זה את המשקל הראוי לכך שהתחייבות הצדדים לאישורו של הסדר הגישור כפסק דין מהווה חיוב שלוב וחלק בלתי נפרד ממארג ההסכמות החוזי. ייתכן אף כי מדובר בתנאי שבלתו לא היו הצדדים מלכתחילה מתקשרים באותו

- 174 **גזם בע"מ** (פורסם בנבו, 3.4.2013); ד"מ (אזורי ת"א) Sangwan 544-06-13 – **כרמלי** (פורסם בנבו, 9.6.2013); ס"ע (אזורי ת"א) Jantawong 17079-04-13 – **לב טוב שחילים וצמחי נוי בע"מ** (פורסם בנבו, 28.4.2013); ס"ע (אזורי ת"א) Bunlang 12856-04-13 – **פתחי** (פורסם בנבו, 14.4.2013); סע"ש (אזורי ב"ש) Phanla 15980-09-16 – **עזרי** (פורסם בנבו, 8.9.2016). לפיה ההסדר יוגש למתן תוקף רק אם הצדדים רוצים בכך ומבקשים מהמגשר לעשות כן.
- 175 נדמה כי לשופט רובינשטיין הייתה עמדה ייחודית בכל הקשור לתפיסת האוטונומיה בגישור, כמו גם יחסי הגומלין בין ההליך הגישורי לבין בית המשפט. עמדה זו הובהרה בשמשו כמגשר בבג"ץ 4456/17 **עמותת "הילדים של מיקי" נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 4.7.2017).
- 176 עניין **פלוגי 1**, לעיל ה"ש 2, פס' כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם תה"ס (משפחה ת"א) 14882-06-19 **האח נ' האחות** (פורסם בנבו, 12.11.2020).
- 177 ת"א (שלום י-ם) 4897-09-15 **מגשר מהו"ת נ' אי. אס. אס. אן יזמות ופתרונות 2013 בע"מ** (פורסם בנבו, 5.9.2016).
- 178 גישור טרנספורמטיבי, כאמור, מאפשר לצדדים להגיע להסכמה לאחר העצמתם והבניה שיטתית ומדויקת של האינטרסים החיוניים לכל צד. חרטה של צד להסדר גישור מסוג זה עשויה לשקף את העובדה כי תהליך השינוי לא הושלם והסכמתו נעשתה אולי ממקום של חולשה או אי-הבנה מלאה של משמעותה.

הסדר.<sup>179</sup> ידיעתו והסתמכותו של צד כי ההסדר יקבל תוקף של פסק דין אולי גרמה לכך שהסתפק בפחות הגנות למקרה של הפרתו (כגון פיצוי מוסכם, או ביטול), שכן בציודו של פסק דין שורת סעדים יעילים כלפי המפר.<sup>180</sup> משמעות ההחלטה המפרידה בין שני השלבים היא כי בית המשפט בוחר שלא לאשר תנאי מתנאיו של החוזה ומבכר בכך אינטרס של האחד על פני האחר.<sup>181</sup> תוצאה זו יוצרת בדיעבד, ולאחר השתכללות החוזה הפרטי לכדי מסמך מחייב, איסימטריה בין האינטרסים של המתקשרים, בהיותה מנוגדת לציפיותם הסבירה לקיום החוזה בשלמותו בבחינת חיובים שלובים. כך גם הופכת החלטה זו את הסדר הגישור למסמך נחות ברמת ההתחייבות החוזית מהסכם פשרה רגיל, אשר אינו כולל תנאי לאישורו כפסק דין.<sup>182</sup> החלטות אלה מתייחסות למקרה שבו החוזה מתקיים,<sup>183</sup> הצדדים אינם טוענים לטעות בהבנת האמור בו והמגשר מקיימו בחתימתו.<sup>184</sup> קשה להבין מדוע התקיימות כלל התנאים הללו אינה מהווה, לשיטת בית המשפט, הסכמה לקיום התנאי החוזי המחייב את אישורו. החלטה מעין זו מאיינת הסכמה שבבסיס ההסדר ועשויה אף לגרום להסלמת היחסים שבין הצדדים.<sup>185</sup>

והנה דבר והיפוכו: הסתמכות בית המשפט על המלל שבתקנה 9(ב) לתקנות בתי המשפט (גישור), שלפיו "ביקשו בעלי הדין", אינה יכולה לשמש בסיס להחלטה כזו, שכן מרגע שבו חתמו הצדדים על הסדר הגישור שתוקפו לא נשלל, התקיים התנאי.<sup>186</sup> התקנה אינה מחייבת בקשה נוספת לזו שבהסדר, ונדמה כי המחוקק כיוון לכך שהבקשה הפורמלית אינה אלא זו הנסמכת על הוראות ההסדר עצמו. בית המשפט, והוא בלבד, יצר את ההפרדה הדיכוטומית בין

179 עניין פלוני 1, לעיל ה"ש 2. בית המשפט קובע כי גם אם חתם המגשר על הסדר הגישור, וצד נמלך בדעתו בטרם מועד הגשת ההסדר וביקש שלא להגישו, לא רשאי הצד האחר להגישו. זאת, בין היתר, כיוון שתק' 9(ב) לתקנות בתי המשפט (גישור), נוקטת מלל מפורש של "ביקשו בעלי הדין".

180 כדוגמת הליכי ביזיון בית המשפט, הליכי הוצאה לפועל וכדומה. ראו לעיל ה"ש 4.

181 ראו עניין סיטון, לעיל ה"ש 8, שם נקבע כאמור כי לבית הדין אין סמכות לשנות תניות בהסדר הגישור, אלא בהסכמת הצדדים.

182 עניין זיר"ה, לעיל ה"ש 160, בעמ' 4, שם עמד השופט אלטוביה על הקושי העולה מהחלטה שכזו, אך לא הביע דעה אם הסדר הפשרה שלגביו סירב ליתן תוקף של פסק דין מותנה במפורש או מכללא במתן תוקף של פסק דין.

183 עניין מגשר מהור"ת, לעיל ה"ש 177, בעמ' 6: "יודגש שוב: אי מתן התוקף, אין בו כדי לגרוע מן ההסכמה החוזית שעליה חתומים הצדדים".

184 בית המשפט התעלם מעמדת המגשר ובחר שלא לאשר את ההסדר. בת"א (שלום י-ם) 11037-12-14 קלרמן נ' בניני בר-אמנה חברה לבניין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 10.11.2015), בית המשפט ביקר את עמדת המגשר שתמך במתן התוקף, מאחר שנצמד בדווקנות לעובדה שהצדדים שהיו מיוצגים וחתמו על ההסדר מרצונם, תחת האפשרות להשתמש בכלים גישוריים אחרים כדי להביאם לכדי הסכמה סופית. במקרה זה המגשר התעקש להעביר את ההסדר לבית המשפט, משום שהדבר נקבע כתנאי בהסדר.

185 רע"א 10141/08 אהרון נ' הבנק הבינלאומי הראשון, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 22.2.2009): "המחלוקת [...] אינה ניתנת להכרעה על דרך של דיון בבקשה למתן תוקף שיפוטי להסכם פשרה [...] ער אני לכך שאם המבקש יבחר באפשרות זו, יתנהלו בין הצדדים מספר תביעות מקבילות. אין חולק כי תוצאה זו אינה רצויה".

186 ראו ע"ב (אזורי ת"א) 6063/04 שונרא תוכנה בע"מ נ' גיל, פס' 5 (פורסם בנבו, 18.5.2006).



שני השלבים. על מנת להתמודד עם הקושי העולה מקביעה שכזו, שואב בית המשפט את נימוקיו דווקא מעקרונות הליך הגישור,<sup>187</sup> השוללים כפייה בכל שלב בהליך וולנטרי, גם אם צד בחר לחזור בו לפני אישור הסכמותיו כפסק דין.<sup>188</sup>

ניתן אולי להצדיק הפרדה זו ממקום אחר, התואם יותר את עקרונות הליך הגישור ומסגרותיו השונות: בתיק שבו התערב בית המשפט וסירב לאשר הסדר גישור חתום, נומק הדבר כהכרה בחשיבות יסוד ההסכמה כיתרון מכריע בהליך הגישור.<sup>189</sup> בהמשך נקבע, כי לא רק עצם ההחלטה לנהל גישור ולחתום על הסדר הם וולונטריים, אלא שמרכיב הרצון החופשי נדרש גם בהעברת ההסדר לבית המשפט, לשם מתן תוקף של פסק דין.<sup>190</sup> מתוך הבנת הקושי הנובע מהחלטות אלה, המקנות יתרון לאינטרס של אחד הצדדים להסדר שלא בוטל, מנסה בית המשפט להעניק לממד הזמן שבין כריתת ההסדר לבקשה להימנע ממתן תוקף של פסק דין חשיבות מיוחדת. במקרה אחד נקבע כי הצד שנמלך בדעתו עשה זאת "לאחר החתימה", וכי "[ו]הרהורי החרטה עלו אצל התובעת עוד בטרם התפזרה פגישת הגישור, וגם הושמעו על ידה באותו מועד ממש".<sup>191</sup>

בתיק אחר, דחה בית המשפט את הבקשה לאישור ההסדר, אשר הודעה מאחד הצדדים שלא לאשרו הוגשה זמן קצר לאחר שנחתם ההסדר.<sup>192</sup> בערעור שהוגש על החלטה זו חזר בית המשפט על מרכיב הזמן כרלוונטי להחלטתו לבטל את האישור שניתן.<sup>193</sup> ייתכן כי בית המשפט מוצא בהתנגדות צד לאשר הסדר גישור כפסק דין כוונה רחבה יותר, שלפיה הצד חוזר בו בפועל מחתימתו על ההסדר עצמו. מאחר שאת ההסדר עצמו לא ניתן לבטל, אלא בהליך נפרד, נמנע בית המשפט בבקשה שלפניו ליתן לו משנה תוקף, מבלי לפגוע בתוקפו החוזי.

187 אשר כזכור אינם מתקיימים, מאחר שהמחלוקת רק מסלימה, כעולה מאמירת בית המשפט בעניין **אהרון**, לעיל ה"ש 185.

188 ראו עניין **שונרא**, לעיל ה"ש 186, פס' 6 לפסק דינה של השופטת סלע. במקרה דנן, ביקש צד אחד בלבד לתת תוקף של פסק דין להסדר שנחתם בהליך גישור, והצד האחר התחרט על חתימתו לאחר יום אחד. חתימת המגשרת נעדרה מההסדר, כנדרש בתק' 9(א) לתקנות בתי המשפט (גישור), אך לא היה בכך כדי לשנות מהחלטת בית המשפט.

189 עניין **קלרמן**, לעיל ה"ש 184, פסק דינו של השופט ארנברג.

190 שם, פס' 7-8 לפסק הדין של השופט ארנברג: "גישור, במהותו, הינו הליך של ניהול משא ומתן חופשי, באמצעות המגשר, שמטרתו להגיע להסדר המוסכם על הצדדים לסכסוך. [...] על מנת להשיג מטרה זו, יסוד ההסכמה, נדרש בכל שלב ושלב של הליך הגישור".

191 שם, בעמ' 2.

192 ת"א (שלום ה"ר) 9045-03-09 **ישיבה וכולל אבן חיים נ' דוק השקעות 1988 בע"מ** (פורסם בנבו, 24.11.2011). במקרה זה, הסדר הגישור אומנם כלל בקשה למתן תוקף של פסק דין. עם זאת, זמן קצר לאחר שנחתם, ובטרם מתן פסק הדין, הוגשה ההודעה והבקשה שמשמעותה המעשית היא שלא ליתן להסדר הגישור תוקף של פסק דין.

193 רע"א 1343/13 **דוק השקעות 1988 בע"מ נ' ישיבה וכולל אבן חיים** (פורסם בנבו, 4.3.2013), שם הסתמך בית המשפט על שלושה אדנים להחלטה שלא לאשר את ההסדר, והראשון כי ההסדר לא ביטא כראוי את הסכמות הצדדים. שני האחרים מתייחסים לעניינינו: ההסדר אושר מבלי שבית המשפט היה ער לכך שאחד הצדדים הגיש הודעה בדבר בטלותו יומיים בלבד לאחר שנחתם; וההלכה שלפיה צד להסדר גישור רשאי לחזור בו מהבקשה לאישור הסדר הגישור, כל עוד זה לא אושר. מכל מקום, אלמנט הזמן שזור בפסק הדין, והעובדה שחלפו יומיים בלבד ממועד החתימה על ההסדר ועד לאישורו הייתה לעיני בית המשפט בהחלטתו זו.

לצורך זאת קיימת משמעות למועד שבו חזר בו צד מהסכמותיו: ייתכן כי לא שקל את כלל השיקולים הנדרשים לשם חתימתו על ההסדר במהלך ישיבת הגישור,<sup>194</sup> או כי קיימים שיקולים נוספים בטרם החתימה שאותם לא ניתן היה לוודא במהלך הישיבה.<sup>195</sup>

## 7. התערבות בהסדרים למראית עין

קיימים הסדרים שבהם הצדדים מגשרים על פערי הסכום שבמחלוקת על ידי שימוש מעורפל במונחים ברוטרנטו או מגדירים את התמורה המוסכמת כפטורה ממס או כפעולה שאינה מהווה עסקה או אירוע מס.<sup>196</sup> אם סבור בית המשפט שהוראות ההסדר מכילות הגדרות מלאכותיות שתכליתן התחמקות מתשלום מס, יתערב בתוכנו. בכך, לא ייתן בית המשפט יד לתכליתו הנחזית של ההסדר בהותרת העניין המהותי הגלום בו לבחינת רשויות המס.<sup>197</sup> צדדים המעבירים הסדר מסוג זה לבית המשפט, ואגב כך מסתכנים לכאורה בביטול מלא או חלקי של הוראותיו, בוחרים לעשות כן משהפיכת ההסדר לפסק דין מחזקת את תקפותו מול רשויות המס. חזות של החלטה שיפוטית נושאת עימה חזקת תקינות באופן העשוי להפחית ממידת הערנות שרשויות המס היו נוקטות כלפיה אילו היה מדובר בהסדר פרטי בלבד. לשון אחר, במתח הקיים בין הרצון להגיע להסדר לבין הצורך לוודא את מימושו המלא בסביבה רגולטיבית של בקרת רשויות, לא יהססו הצדדים להגיש הסדרים "בעייתיים" לעיונו של בית המשפט.<sup>198</sup>

בעניין זימן סירב בית המשפט לאשר הסדר בנימוק פרוצדורלי שעל אף שההליך החל בגישור, ההסדר נערך על ידי הצדדים וללא סיוע המגשר, ומכאן שאין המדובר בהסדר גישור שניתן לאשרו כפסק דין.<sup>199</sup> אין הדבר עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה הנהוגה אצל שופטים

194 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 20587-08-18 חן – ביתר השקעות בע"מ נ' אלי יוחנן מהנרסים בע"מ (פורסם בנבו, 9.1.2020), שם בית המשפט דחה את הבקשות שלא עלו בקנה אחד עם הוראות הסדר הגישור וקבע כי לא הונחה תשתית נורמטיבית המאפשרת חריגה מההסכמות שהושגו בין הצדדים.

195 ראו למשל עניין עזרא, לעיל ה"ש 1.

196 כגון פיצוי נזיקי, פיצוי מכוח פסק דין. ראו לדוגמה ס' (7)9 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. פתרונות מעין אלה נחשבים, במונחים של גישור, כחלק מהגדלת השלם, בבחינת win-win – הצד האחד משלם פחות, והצד האחר מקבל יותר. המפסידים העיקריים בהסדר כזה הם המדינה או הרשויות, אשר בתכנון הסדרי אחר יכלו ליהנות מתשומות המס.

197 רשויות המס אינן מחויבות לאמור בהסדרי פשרה או גישור או להגדרות הכלולות בהם. בהקשר זה, הרשות תקבע את השלכות המס הקיימות בכל הסדר על פי מהותו, ולא ברוח המלל השפתי אשר נתפר לרוב לנוחות הצדדים. ראו ע"א 2495/14 י.א.ג.י יועצים בע"מ נ' מנהל מע"מ ת"א, פס"י יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.2.2016): "כלל גדול בדיני המס הוא החתימה למס אמת, תוך הגינות כלפי כולי עלמא, ואחת מאמות המידה לכך היא התבוננות בקרביה של הפשרה לאמתם".

198 Reuben, Richard C. Reuben, *The Dark Side of ADR*, 14 CAL. LAWYER 53 (1994). מונה את הדלתות הסגורות של חדר יישוב הסכסוכים, והנגזרות הנובעות מכך בהסדר הנרקם, כצידו האפל של הליך יישוב הסכסוכים.

199 בש"א (שלום נת') 829-03 זימן נ' בית יצחק שער חפר (פורסם בנבו, 27.2.2003).

המיישמים טכניקות יישוב סכסוכים באולם המשפט,<sup>200</sup> להמליץ כי הצדדים יפנו למגשר על מנת שהאגרות, המהוות שיקול כלכלי נוסף לנכונות הצדדים להגיע להסדר, יושבו להם.<sup>201</sup> ואכן, עיון בפרוטוקול מלמד כי הבקשה למתן תוקף של פסק דין נולדה מייעוץ רואה החשבון של הצדדים, אשר לצורך הצגתו בפני רשויות המס ביקש לחזקו כפסק דין. מכאן שנדמה כי הסירוב לאשר את ההסדר מקורו בחשש של בית המשפט ליתן יד להסדר כלכלי-מוניטרי אשר יש לו השלכות מס, באופן שהיה מגבש חזות לכאורית לעניין תוכן ההסכמה, ולא רק לתקינות ההסדר עצמו.

במקרים אלה ניתן להשתמש בסמכויות המוקנות לבית המשפט בתקנה 9(ג) לתקנות בתי המשפט (גישור) ולזמן את הצדדים למתן הסברים לגבי התכלית הכלכלית והמיסויית שבהסדר, כמו גם להתאים את האמור בו להוראות כל דין. בדרך זו, ניתן לקיים את הסכמת הצדדים ולהביא את הסכסוך לכדי סיום תוך הידרשות לתוכנו, אשר ככל שלא נמצא בו פסול, ניתן לאשרו כפסק דין.

#### 8. התערבות בשל היעדר סמכות עניינית

במקרה שבו הוגשה בקשה למתן תוקף של פסק דין להסדר גישור שיישב מחלוקת שבעטייה לא נפתח הליך משפטי,<sup>202</sup> התערב בית המשפט בהסדר. בית המשפט תהה לגבי מקורות סמכותו העניינית לאשרו, נוכח הסכום הנקוב בו, ובהתאם התבקשו באי כוח הצדדים להבהיר עניין זה כתנאי לאישור.<sup>203</sup> לכאורה, בהיעדר כתיבי טענות הגודרים את סמכותו העניינית של בית המשפט, נאלץ האחרון ללמוד על גודרי סמכותו מהתוצאה ההסדרית. מכאן, נראה כי בתפיסת בית המשפט יש להתערב בהסדר גישור שאין מקורו בהליך משפטי במקום שבו קיים ספק לגבי הסמכות העניינית של בית המשפט המתבקש לאשרו. במקרה כזה, סמכות זו נקבעת על פי נושא וסכום ההסדר.

לטעמנו, שגה בית המשפט בהתערבותו זו, שכן הסדר גישור שהתגבש בטרם החל הליך משפטי אינו מוגבל בגודרי הסמכות העניינית הנחזית מהוראותיו, שאינן משקפות את נושאי המחלוקת בתחילת ההליך, גדריהן והסכומים שנדרשו מכוחו. מכאן, שאין טעם בסירוב לאשר הסדר בשל הסכום הנקוב בו מחמת היעדר סמכות עניינית לכאורה, ובחירת הצדדים בפורום המאשר די בה כדי לייצר את הסמכות הנדרשת לשם כך. דומה הדבר למצב שבו הכרעות שיפוטיות רבות אינן תואמות בסכום הנפסק בהן את הסכומים שנתבעו מלכתחילה, שעל פיהם

200 ראו Alberstein, לעיל ה"ש 22; פרלמן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 389; Resnik, לעיל ה"ש 22; Sinai & Alberstein, לעיל ה"ש 22; גבריאלי ואלברשטין, לעיל ה"ש 22; מירוני, לעיל ה"ש 17, בעמ' 504; אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטיו", לעיל ה"ש 11; Sela, לעיל ה"ש 22; בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 22.

201 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 4711-12-15 סוהו נדל"ן בע"מ נ' חלמיש חברה ממשלתית עירונית לדיוור לשיקום ולהתחדשות (פורסם בנבו, 29.12.2020).

202 מכוח הוראות ס' 79ג(ח) לחוק בתי המשפט ותק' 10 לתקנות בתי המשפט (גישור), המסדירה הגשת הסדר גישור שאין מקורו בהליך משפטי.

203 ת"א (מחוזי ת"א) 8775-09-17 ד. איתן/ר. להב ריג אדריכלים נ' פלא יזמות נדל"ן בע"מ (פורסם בנבו, 17.9.2017).

נקבעה הסמכות העניינית. עם זאת, במקום שבו נושא ההסדר ומהותו קשורים בסוגיות ייחודיות הנתונות על פי דין לסמכות ייחודית של בית משפט מסוים (כגון יחסי עובד-מעסיק, הסדרים העוסקים בבעלות במקרקעין להבדיל מחזקה, הסדרי חדלות פירעון וכיוצא בזה), יוגש ההסדר לבית המשפט אשר לו הסמכות לדון בהם.

## 9. התערבות בבקשות להטלת חיסיון על התוצר הגישורי הסופי

מסמך שהוחלף בהליך הגישור, כמו כל דבר שנאמר בהליך עצמו, חוסה תחת חיסיון.<sup>204</sup> עם זאת, הסדר הגישור הסופי אינו מצוי תחת החיסיון התהליכי, וככזה ניתן להציגו לפני השופט.<sup>205</sup> מכאן, שלא ניתן לחשוף את תוכנו של הסדר שאינו סופי,<sup>206</sup> אך הסדר המוגש לאישור אינו זוכה להגנה זו, גם במקום שבו אחד הצדדים מבקש זאת נגד דעתו של הצד האחר. פעמים, בוחר בית המשפט להתערב בבקשות להחיל על הסדר הגישור או חלקו חיסיון באמצעות צו איסור פרסום; ניהול הבקשה ואישור ההסדר בדלתיים סגורות; או הותרת ההסדר בנאמנות בידיו של המגשר.<sup>207</sup> בית המשפט תוהה על הטעמים לכך,<sup>208</sup> בין היתר בשל האינטרס הציבורי הרחב יותר לפומביות הדיון.<sup>209</sup> קריטריון התערבות זה אף הורחב לנסיבות שבהן צד ג' ביקש לעיין בהסדר גישור שעליו לא הוטל חיסיון, נגד רצונם של הצדדים לו. בהקשר זה קבע בית המשפט כי ההסכמות שבין הצדדים להליך אינן יכולות לשנות עיקרון זה לגבי צד ג', גם במקום שבו טוענים הצדדים לסודות מסחריים.<sup>210</sup>

- 204 ראו הדיון לעיל בה"ש 2.
- 205 עניין פלוני 1, לעיל ה"ש 2, בעמ' 11. זאת, למעט אם הצדדים מסכימים לשמור על כללי סודיות לגביה. ראו ת"א (מחוזי מר') 48001-05-11 סלנסון נ' עומר (פורסם בנבו, 8.2.2017).
- 206 בע"מ 2396/15 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 8.6.2015).
- 207 ת"א (מחוזי ת"א) 63105-06-20 אמות השקעות בע"מ נ' קוואלטי סקור בע"מ (פורסם בנבו, 20.5.2021). דרך נוספת להודיע על הסדר גישור מבלי לחושפו לעיני בית המשפט היא הודעה לקונת על סיום הסכסוך באמצעות גישור ובקשה לדחיית התביעה או בקשה למחיקתה מבלי יכולת להשיבה בשנית, כדי להראות שאכן מדובר בהסדר, ולא בדחייה שאין אחריה כלום. ראו ת"א (שלום חי') 16717-05-15 אשכול בורובסקי חברת עורכי דין נ' ישראל 10 – שידורי הערוץ החדש בע"מ (פורסם בנבו, 25.5.2017); ת"א (שלום י-ם) 4277/07 לוי נ' דיין (פורסם בנבו, 16.5.2011). כך, אין חובה על פי דין לחשוף את ההסדר והוראותיו, ובתי המשפט עדיין נוטים על דרך הכלל להשיב את האגרות. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 13392-03-16 ד' נ' ו' (15.6.2017); ת"א (מחוזי מר') 31199-05-11 ז' נ' ט' (3.2.2015); ת"א (מחוזי ת"א) 23916-01-13 ברוך נ' אימפולייט בע"מ (פורסם בנבו, 7.1.2015); ת"א (מחוזי ת"א) 57303-05-14 דור נ' מ. הולצמן סחר בינלאומי (2009) בע"מ (פורסם בנבו, 7.9.2015).
- 208 כך בנסיבות שבהן מבקשים הצדדים לשמור על אופיו החשאי של הליך הגישור גם בתוצאה ההסדרית שלו, כאשר קיים אינטרס למנוע את חשיפת פרטי ההסדר, בין היתר כדי להימנע מהשפעה רוחבית של האמור בו כלפי צדדים שלא היו שותפים לתהליך; כשההסדר עוסק בנושאים ביטחוניים או מדיניים; וכשהסדר כלולים נתונים מסחריים או סודות מסחריים.
- 209 ס' 3 לחוקי-סוד: השפיטה; ס' 68 לחוק בתי המשפט; בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 8.10.2009).
- 210 ת"א (מחוזי מר') 13168-12-11 צח עוז מזגנים בע"מ נ' שחר יובל סחר פל (2009) בע"מ (פורסם בנבו, 26.12.2017).

#### 10. התערבות בהסדרי ביניים שנערכו במסגרת הליך של גישור

בעניין אביבי קבע בית המשפט שלערוור קריטריון התערבות נוסף, שלפיו היה על בית המשפט קמא לדחות בקשה להורות לצדדים לפעול על פי הסדר ביניים שנחתם בהליך גישור.<sup>211</sup> כך נקבע, בין כבקשה למתן תוקף של החלטה להסדר הביניים ובין כבקשה לאוכפו מכוח דיני החוזים. הטעם לכך הוא שתקנות בתי המשפט (גישור) אינן מתייחסות לאפשרות של מתן תוקף של החלטה להסדר ביניים בגישור, אלא עוסקות במתן תוקף של פסק דין להסדר שהושג בסיומו של הליך הגישור. הפסיקה הכירה אומנם בתוקף ההסכמי של הסדרים חלקיים או הסדרי ביניים במסגרת הליך גישור, אך רק במקום שבו הסכימו הצדדים במפורש כי יהא להם קיום מחוץ להליך הגישור ובתנאי שהם עומדים בתנאי תקנה 9 לתקנות בתי המשפט (גישור). באופן זה, הבקשה מוגשת לבית המשפט על ידי המגשר, על דעת הצדדים, כהסכמה נפרדת למתן תוקף של החלטה.

#### ה. ממצאים ומסקנות – בין הראוי למצוי

ההתערבות השיפוטית בהסדרה פרטית (Private Ordering) חוסה בצל המתח שבין קיום האינטרס החברתי לעידוד הסדרי פשרה ושמירת מארג הסכמות שהושגו כמקשה אחת במשא ומתן, לבין הצורך להתאימן לתכליות רחבות יותר, במקום שבו ההסדר מקבל תוקף ציבורי כפסק דין.<sup>212</sup> כפועל יוצא מכך, הנטייה הכללית היא שלא להתערב במהות ההסדר וההסכמות מכוחו ולהתמקד לצורך אישורו בצדדיו הצורניים, נסיבות כריתתו והבנת הצדדים את משמעויותיו לגביהם. במסגרת תפיסה קלסית של משפט ציבורי שבו מתקיימת הבחנה בין פרטי וציבורי, השאיפה להרמוניה מוסדית וחלוקה ברורה בין הכרעה ציבורית להסכמה פרטית היא הנחת המוצא.<sup>213</sup> בעידן של משפט נמוג וריבוי פשרות וגישורים, מתעוררת שאלת השלכותיה הציבוריות של ההסדרה הפרטית בגישור ומתבקשים כללים חדשים להכוונתה. נקודת המוצא שלנו בעקבות מחקרנו היא כי בית המשפט אינו משמש בפועל, ואף אינו יכול להיות, המקור המרכזי להסדרה זו.

בתחום המעמד האישי תופס בית המשפט את תפקידו כגורם המברר את יסוד ההסכמה העומדת בבסיס ההסדר ומוודא כי הצדדים הגיעו לגמירות דעת מרצון חופשי ולאחר שהבינו את משמעות התחייבויותיהם החוזיות. חשש לויתור על זכות מהותית או קיפוח מובהק של אחד הצדדים מהווה עילת התערבות שלא מחמת מהות הויתור, אלא כאינדיקציה לפגם בבסיס

211 רע"א 5273/19 אביבי נ' אסולין (פורסם בנבו, 19.12.2019).

212 המונח "הסדרה פרטית" private ordering משקף את הממשק שבין כללים משפטיים הנקבעים על ידי השוק ובאמצעות הסכמות, לבין הכרעות שיפוטיות ציבוריות היוצרות כללים מכוונים ותקדימים, לבין חוקים ורגולציה שמייצר המחוקק. לתפיסת תפקיד השופטים ביצירת "פשרה מוסדית" בין הרשויות הללו ולקידום הרמוניה ביניהם ראו HENRY M. HART & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (1994).

213 שם בעמ' 5–15, קריאתם של HART & SACKS לקידום institutional settlement.

ההסכמה שבין הצדדים ושלילת החשד לקיפוח שמקורו בפערי כוחות או השפעה בלתי הוגנת. בדומה, בית המשפט הבוחן הסדרי טיעון מוודא כי הנאשם חתם מרצון חופשי ולאחר ששקל את הסיכונים והסיכויים הכרוכים בהודאתו. אם חש בית המשפט כי הוראות ההסדר פוגעות בתחושת הצדק וההגינות, או בעקרון אחדות הענישה, מהווה הדבר בסיס להתערבות, ומכאן שהשיקול האינטואיטיבי שזור כחוט השני בקריטריונים להתערבות שיפוטית. בשני סוגי הסדרים ייחודיים אלה מצאנו עילת התערבות שעניינה משמעות הוראות ההסדר הדיאדי על זכויות צד ג' וסירוב לאשר את ההסדר במקום שבו הוראותיו נוגדות את תקנת הציבור או נגועות באיחוקיות.

שיקולי ההתערבות בהסדרי פשרה בתביעות ייצוגיות אינם בבחינת רשימה סגורה, וקיימת זהות ביניהם לבין חלק מהקריטריונים הנהוגים בהסדרים הייחודיים האחרים. כך, למשל, השפעת הוראות ההסדר על צדדי ג', ובמקרה זה הקבוצה המיוצגת; וכן הפער שבין הסעד המוצע בהסדר הפשרה לבין הסעד שחברי הקבוצה היו אמורים לקבל אילו היה בית המשפט מכריע לטובת הקבוצה. זאת, בדומה לקריטריון ההתערבות בהסדרי טיעון שעניינו הפער בין העונש ההסדרי לעונש שהיה הנאשם מקבל בהכרעה שיפוטית. כך גם מצאנו כי בית המשפט בודק אינטואיטיבית את הוראות ההסדר ומוודא כי הקבוצה יוצגה באופן הולם בהסדר המגשים את תכליות החוק. בית המשפט בוחן האם יש בהסדר כדי להגן על הצרכנים ולתרום להגינות המסחרית ולאמון הציבור בשוק מושא ההסדר; את יתרונות הסדר הפשרה על פני המשך ניהול התובענה; ואת שיעור שכר הטרחה והגמול ביחס לתועלת ולהישג לקבוצה.

במובחן מעילות ההתערבות בהסדרים ייחודיים, שמקורן בהוראות חוק או פסיקה, לא מצאנו פרקטיקת התערבות אחידה או תכופה בהסדרי גישור כלליים. על דרך הכלל, נטיית בית המשפט היא לאשרם ללא בחינה מדוקדקת, ביקורת או התערבות בתוכנם. נדרשנו לפיכך לחלק את עילות ההתערבות מהחלטות רבות שנסקרו במאמר כמצע נורמטיבי אפשרי ומצאנו כי במקרים מסוימים, אשר בחלקם תואמים את עילות ההתערבות הנהוגות בהסדרים ייחודיים, ייטה בית המשפט להתערב: כך למשל, במקום שבו סבור השופט כי הוראות ההסדר עולות לכדי פגיעה בתקנת הציבור או, למצער, נגועות באיחוקיות; בהסדרים למראית עין; בהסכמות שמתבען אינן ניתנות לאכיפה; כאשר עולה חשש להיעדר גמירות דעת, בין היתר בין השלב שבו נכרת ההסדר לבין השלב שבו מתבקש אישורו; כשבסדר תניות המשפיעות על זכויות של צדדי ג'; כשקיימים פגמים צורניים או כשלים פרוצדורליים היורדים לשורש ההסדר; כשזה כולל תניות סודיות או בקשות לחיסיון אשר אינן עולות בקנה אחד עם הוראות החוק; ולבסוף בהסדרי ביניים אשר אינם מהווים, לעמדת בית המשפט, את התוצר הגישורי הסופי.

השוני המובנה בין מאפייני החוזה הפרטי לפסק דין הנדרש למלל בהיר מתחדד כשבוחרים הצדדים להטמיע בהסדר הסכמות תאורטיות, אשר אינן עולות לכדי חיוב משפטי ואינן ניתנות לפיכך לאכיפה. בנסיבות אלה נמנע בית המשפט מלהתערב במלל הייחודי המאפיין הסדרי פשרה, כגון מונחים רגשיים והצהרות כלליות הזרים לשיח המשפטי. זאת, למעט מקרה אחד בו נקבע כי מאפייני פסק הדין אינם מאפשרים קיום התחייבות להתנצל, שבמהותה אינה ניתנת לאכיפה.

באשר להבחנה בין הסדרי פשרה לגישור מצאנו כי בשני המקרים לרוב אין די במעורבות מגשר כדי להפחית מתפיסת החובה והיקף הביקורת שאותה מפעיל בית המשפט על ההסדר

המובא לפניו. בהתאם, הליך הגישור נבדק לפרטיו, התוצאה ההסדרית נבחנת לא אחת על ידי בודק חיצוני המוודא את נתוני היסוד שבבסיסה ובית המשפט דורש הבהרות ותימוכין במסמכים. כשנמצא כי הוראות ההסדר אינן סבירות או עולות בקנה אחד עם הקריטריונים להתערבות הקיימים בחוק, בית המשפט אינו מהסס לדחות את ההסדר, אלא אם יתוקן, ופעמים אף אינו מאשרו. זאת, גם במקרים שבהם המגשר הוא בר סמכא, שופט בדימוס או כזה שהאינטרס הציבורי לנגד עיניו. הנטייה להתערבות שיפוטית והיקפה אינן קטנות גם כשהצדדים מצהירים לפני בית המשפט כי המלצת המגשר ובדיקתו שימשו בסיס להסכמותיהם. במקרים אלה נוקט בית המשפט, לשון שבחים כלפי המגשר מחד גיסא, ואינו מהסס לבקר את הוראות ההסדר ולשנותן בהתאם מאידך גיסא. לפיכך, המגשר אינו נתפס כשלוח בית המשפט או נציג הציבור בהסדר הפרטי. עמדת בית המשפט היא כי פעולתו מבכרת את התכלית של סיום המחלוקת בהסדר, תוך הכלת האינטרסים של הצדדים שלפניו, על פני הטמעת אינטרסים רחבים יותר או עמידה בקריטריונים המאפשרים את אישורו של ההסדר כפסק דין.<sup>214</sup> לעומת זאת, במקום שבו השופט מסייע לצדדים, באמצעות טכניקות גישוריות, להגיע להסכמות באולם המשפט,<sup>215</sup> לא מצאנו פרקטיקה של מינוי בודק חיצוני או של בקרה כלשהי להסדר שהתגבש.

הממצאים המפורטים לעיל עולים בקנה אחד עם עמדתנו, שלפיה יש להקפיד ולשמור על חופש ההתקשרות בין הצדדים. יש לשמור את היצירתיות הנדרשת בהסדרי גישור, ובכלל זה את המלל שאינו תואם פורמליזם משפטי והיכולת לשלב בהסדר מחויבויות התנהלותיות ומחנות של רצון טוב, גם אם לא ניתן בהכרח לאוכפן. כל אלה רכיבים מרכזיים וחיוניים המבדלים את הליך הגישור מההליך המשפטי ומאפשרים מרחב הגעה להסכמות גמיש ותלוי אינטרסים. רצון הצדדים להפיכת ההסדר לפסק דין אינו יכול לפגום בכלים הבסיסיים של הליך הגישור, המאפשרים בסופו של דבר להביא את הצדדים לכדי הסכמה. זאת, גם במחיר שבו שילובם של סעדים שאינם משפטיים יקשה במידה מסוימת על קבלת תצורה של פסק דין להסדר הפרטי. המדובר לפיכך בקיום דיאלוג זהיר שבו יש לשלם מחיר מסוים בהסדר הפרטי, בהסכמה, בקביעת תנאים רחבים יותר מהנדרשים במחלוקת הפרטית, לשם הגדלת הסיכוי להפיכתו לפסק דין – אינטרס משותף של הצדדים. חקיקה בהירה והתנהלות שיפוטית עקבית יגרמו בהתאם לשינוי התנהלות המגשרים ויצרו חובה ואחריות רבות יותר על מיישב הסכסוך בהחלט גורמות ציבוריות בהסדרים הפרטיים, ביודעו כי אלה ייבחנו על ידי בית המשפט כתנאי לאישור ההסדר. עיצוב התפיסה החקיקתית ובהתאם התנהלות השופט יובילו לשינוי במאפייני הליך הגישור, באופן שהשפה הרלוונטית לדיאלוג המתפתח בין השופט למגשר תתבסס על המשגה דומה.

נקודת המוצא שלנו היא כי מאפייניו הייחודיים של הגישור כהליך המציע פרספקטיבה רחבה על הסכסוך, הכוללת שיקולים של צדק וקידום מערכות יחסים ואינטרסים ארוכי טווח, דורשים פיתוח נורמטיבי שחלקו פנימי לפרופסיית הגישור, בפיתוח דגשים ציבוריים. כך למשל

214 עניין חורב, לעיל ה"ש 89.

215 ראו גבריאלי ואלברשטין, לעיל ה"ש 22.

מגשרים בתובענות ייצוגיות יקפידו על בעיית הנציג, ואילו מגשרים בסכסוכי עבודה ישימו לנגד עיניהם הגנה על חוקי מגן. ככל שדגשים ונורמות ציבוריות יופנמו בעבודת המגשרים, תפחת נטייתו של בית המשפט להתערב בהסדרי גישור ותיווצר ספרת הסדרה פרטית-ציבורית חדשה, שהיא תוצר של הסדרי גישור.<sup>216</sup>

מקורם של מספר לא מבוטל של פסקי דין שאוזכרו במאמר זה בהסדרים שנערכו תחת פרוצדורת הגישור הסמכותי,<sup>217</sup> שתוצריו נושאים סממנים פורמליים ואשר שפתו משפטית. הסדר מסוג זה נמנע מהסכמות אשר אינן ניתנות לאכיפה, ופעמים צורתו היא כשל מסה ציבורית הניתנת לעיון וביקורת,<sup>218</sup> שלה משמעות רחבה יותר מאשר סיפוק האינטרסים הפרטיים של הצדדים לו. לכאורה, קרבתו המהותית והשפתית של תוצר זה למסמך משפטי מגבירה את סיכויי אישורו על ידי בית המשפט. מנגד, ייתכן כי דווקא הקרבה המשפטית מניחה לפני בית המשפט סביבה נוחה יותר להתערבות על פני הסדר שהתגבש במרחב גישורי פרגמטי או טרנספורמטיבי, ששפתו שונה ולפיכך אינו בר ייחוס.

אנו סבורים כי חלק מקטגוריות ההתערבות שאותן סקרנו בפרקטיקה השיפוטית הנוהגת נעדרי חשיבות ציבורית באופן המצדיק התערבות במארג שלוב ושלם של אינטרסים שמקורם בהסכמה. יש בהתערבות מסוג זה כדי להפר את האיזון הרגיש שבין הסכמה לסמכות ולגרום בכך לתמריץ שלילי בהגשת הסדרי גישור לאישור. זאת, בשל תערוף בית המשפט הסדרי הנעדרים מאפיינים מובהקים וייחודיים של שפת הגישור, על פני אחרים שהתגבשו בדיוק בשל אותם מאפיינים. בהתאם, נאפיין בפרק הבא מקבץ של שיקולי התערבות, חשובים דיים לטעמנו, הראויים לפגוע במרקם ההסכמי ולשמש כבסיס למודל אחיד ומידתי.

## 1. בין תוצרי הגישור להתערבות השיפוטית – מודל ראשוני

הדין הישראלי אינו קובע עילות התערבות בהסדרי פשרה או גישור כלליים, והעניין נתון לשיקול דעת שיפוטי, אקראי ואינטואיטיבי בהתאם לנסיבות כל מקרה. התנהלות זו אינה מקנה לצדדים להסדר כל יכולת לצפות את הסיכוי להתערבות בהסכמותיהם. הנחת היסוד היא כי צדדים הבוחרים להגיש לבית המשפט הסדר לצורך אישורו כפסק דין אינם מעוניינים שהאחרון יתערב או ישנה דבר בהסכמותיהם, והאינטרס היחיד בהעמדתו לעיון השופט הוא חיווק המערכת ההסכמית. חסרונם של כללי התערבות בהירים ועקביים מקשה על הצדדים והמגשר כאחד לתכנן ולגבש הסדר שהוראותיו תואמות את הנדרש, לתפיסת בית המשפט, כדי לאשרו כפסק דין. לדעתנו, אין להותיר מצב זה על כנו וקיים צורך בקביעת כללי התערבות אחידים אשר יקנו לצדדים ולמגשר את היכולת להימנע מהטמעת רכיבים בהסדר העשויים לשמש בסיס

216 נושא זה פותח במאמרו של עמוס גבריאלי "המרחב הציבורי של הגישור" (צפוי להתפרסם ב־2021).

217 גבריאלי, צימרמן ואלברשטין, לעיל ה"ש 16.

218 ראו עניין קצא"א, לעיל ה"ש 18; ע"א 1324/20 אק"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ נ' רדיו הכירה שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 11.8.2020).



להתערבות שיפוטית. לשם כך, יש לעצב מחדש את התפיסה השיפוטית בכל הקשור לתפקידו של המגשר בהסדרי הפשרה, ובהתאם להגביל את מקרי ההתערבות למקרים חריגים בלבד. מצד אחד יש לשמר את אוטונומיית הצדדים לנהל משא ומתן חופשי, במרחב תהליכי וטרנספורמטיבי המאפיין את הליכי הגישור, ולגבש במסגרתו תוצר הסדרי בעל מלל ייחודי; ומצד שני, יש למצוא את המקום שבו, מבלי לפגוע באינטרס הפרטי, ניתן יהיה לשלב בהסדר הנרקם אינטרסים רחבים יותר בעלי משמעות ציבורית אשר יגדילו את סיכויי אישורו כפסק דין. לא מצאנו זיקה בין פרוצדורות גישוריות וסוג ושפת ההסדר המתגבש בהן לבין סיכויי ההתערבות השיפוטית בו. מכאן, שגם בכללי ההתערבות הקיימים ניכרת החשיבות שמייחס בית המשפט לשימור הטכניקות הייחודיות המאפיינת הליכי גישור שונים ובהתאם הניסוח הגמיש הנדרש בהסדרים הנרקמים בהם. אנו סבורים, לפיכך, שחלף קביעת מודל קשיח של קריטריונים להתערבות, שאינו יכול לשמש בנסיבות העניין כמשקפת משפטית לבחינת הסדר שתכליתו יישוב אינטרסים, יונחו כללי יסוד המתווים אמות מידה למגשרים ולצדדים בעת גיבוש ההסדר וניסוחו; ובהמשך, כללים לבית המשפט אשר יאפשרו עיון בו והתערבות במקרה הצורך. לכן, נבקש להציע את כללי היסוד הבאים:

1. יש להימנע מהטמעת הוראות בהסדר הפוגעות או העשויות לפגוע בזכויות צדדי ג' ;
2. יש להימנע מהוראות, תניות או התחייבויות המנוגדות לתקנת הציבור או נגועות באי-חוקיות ;
3. יש לוודא בתניות ההסדר וצורתו כי הצדדים הבינו את משמעויות האמור בו לגביהם ;
4. יש לוודא כי זהות הצדדים להסדר תואמת את אלה המופיעים בהליך המשפטי, ובהמשך כי החותמים על ההסדר הם ברי סמכא ומורשים לעשות כן על פי הפרוצדורה הנהוגה בגופים שאותם הם מייצגים ;
5. ולבסוף, יש לוודא כי הצדדים להסדר, ובכלל זאת המייצגים, אינם מעדיפים אינטרס פרטי שיש בו כדי לפגוע באינטרס ציבורי חיוני. בהקשר זה ניתן לאמץ את אמות המידה והקריטריונים החלים לגבי בעיית הנציג בהסדר שמקורו בתובענה ייצוגית או נגזרת.

ארבעת הכללים הראשונים עולים מפרקטיקת ההתערבות בפועל בהסדרים כלליים ומאמות המידה להתערבות בהסדרי פשרה ייחודיים, כפי שנסקרו במאמר. הכלל הנוסף המוצע על ידינו נועד לשזור בתוצר ההסדרי הפרטי מאפיינים ואינטרסים ציבוריים רחבים יותר, במקום שבו אלה אינם מתנגשים עם האינטרס הפרטי, ולעיתים אף משלימים אותו. בכך יש כדי לקרב בין הספרה המשפטית לזו של יישוב הסכסוכים ולקבע בכך כללי ציפיה והתערבות ברורים וידועים מראש. קריטריונים אלה ייצרו דיאלוג שוטף ומקיים אשר יממש את התכלית החברתית להסדרת מחלוקות בדרכי נועם, לעומת המתח הקיים כיום בממשק שבו נדרשת המערכת ההסדרית לקבל הכרה בשפה משפטית.

לטעמנו, ראוי כי מידת ההתערבות בהסדרים שנערכו בסיוע מגשר תהיה שונה מזו הנהוגה בהסדרי פשרה שנעשו בין הצדדים לבין עצמם. ברי, כי עצם ההסתייעות במגשר כשלעצמה אינה פוטרת את בית המשפט מבחינת הוראות ההסדר המובא לפניו, ודאי במקום שבו קיימת

חובה על פי דין לעשות כן. עם זאת, יש ליתן משקל להשתתפות מגשר בהליך, בעיקר אם זה בעל מומחיות ייחודית, לרבות שיפוטית, או בר סמכא בתחומו.<sup>219</sup> זאת, קל וחומר במקום שבו חמשת כללי ההתערבות שהצענו יוטמעו בעבודת המגשר כחלק מהפרקטיקה הנוהגת, בידיעת והסכמת הצדדים לגישור. בנוסף, כללים אלה יילמדו, תוך התייחסות לסוגי הסכמים ייחודיים כגון תובענות ייצוגיות וסכסוכי עבודה, בהכשרות למגשרים ובמסגרת לימודי יישוב סכסוכים באקדמיה.

בתובענות ייצוגיות נקבע כבר כי בית המשפט יכול לבקש מהמגשר להבהיר את הטעמים העומדים בבסיס עקרונות ההסדר, לרבות החישובים או האסמכתאות שעמדו לנגד עיניו במתן המלצתו.<sup>220</sup> בהקשר זה, למגשר יתרון רב על פני בית המשפט ביכולת לברר את הנושאים העובדתיים ולהיחשף לנתונים הנדרשים לצורך גיבוש הפשרה המוצעת. מכאן שהשימוש המוסדר בשירותיו לצורך הסיוע לבית המשפט בהכרעה נכונה בתיק יקבל משנה תוקף עם גיבוש כללים בהירים וידועים מראש.

המדובר בשינוי תפיסתי של אופיו של הליך הגישור. הצברתו באופן המוצע תאפשר הכלה במרחב הפרטי של המשא ומתן, של אינטרסים רחבים הזרים לעיתים לאלה של הצדדים המתדיינים. שיקולים רוחביים אלה יסייעו במעבר שבין החוזה הפרטי לפסק הדין, אשר המסנן לו הוא השופט הנדרש לאשרו. קריטריונים אחידים יסייעו בעיצוב תפיסת תפקיד המגשר בעיני עצמו, בעיני הצדדים ובפני בית המשפט, וזו תייצר רובד ראשוני נחזה של התאמת ההסדר הפרטי לקריטריונים הנדרשים לשם אישורו כפסק דין.

עילות ההתערבות המוצעות אינן מצמצמות את מנעד בחירת הצדדים בסוג הפרוצדורה הגישורית המתאימה להם, שכן לטעמנו, הצורך בהתערבות במקרים אלה עולה על מידת הפגיעה האפשרית בטכניקות המקובלות והנדרשות בגישור תהליכי, נרטיבי וטרנספורמטיבי. הן אינן מונעות אף את השימוש במלל הסדרי, העוסק באינטרסים רחבים ושונים מאלה המשפטיים, או שפה המשקפת שינוי, העצמה ושיפור מערכת היחסים שבין הצדדים. הקפדה על קריטריונים חינויים לצורך אישור ההסדר כפסק דין תגביר לדעתנו את הסיכוי שהשופט יאשר גם התחייבויות כלליות, אנושיות, חברתיות או מוסריות שאינן ניתנות לאכיפה, המופיעות בו, מתוך כבוד למאפייניו של תוצר הסכמי שמקורו במשא ומתן פרטי.

## ז. סיכום

הטמעת שיקולי מדיניות ציבורית ואינטרסים אשר אינם חלק מצורכי הצדדים בדיון הפרטי בהסדרי גישור מתכתבת עם ביקורתו העיקרית של אוון פיס, שמקורה בהפרטה הגלומה בהליך הגישור.<sup>221</sup> ככל שהצדדים חדורי מטרה לסיים את הסכסוך תוך התמקדות ביישוב האינטרס הפרטי בלבד, על פני התיקון החברתי הצפוי מהכרעה שיפוטית בעניינם, אזי בית המשפט עשוי

219 עניין **חורב**, לעיל ה"ש 89, פס' 11 לפסק דינה של השופטת רונן.

220 שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת רונן.

221 Fiss, *Against Settlement*, לעיל ה"ש 12.

## התערבות שיפוטית בהסדרי גישור

לסרב לאשרו בהיעדר פרמטרים ציבוריים חיוניים. בדיאלוג מול הליך הגישור, בית המשפט קובע את ההבחנה בין פרטי לציבורי, ויש משקל לכך שהבחנה זו נקבעת דווקא בספרה הציבורית. בהתאם, קביעת עקרונות ההכרה בהסדר פרטי ככאלה הנושאים מאפיינים ציבוריים על ידי מערכת המשפט יכולה לאיין את ליבה של ביקורת זו, הסוברת כי השלכות רוחב חברתיות יושגו רק בדרך של הכרעה שיפוטית, ולא באמצעות פשרה.

במאמר זה סקרנו את הפרקטיקה הנוהגת בהתערבות בהסדרי גישור כלליים, ומתוך מיעוט מקרים אלה יצאנו ללמוד על עילות התערבות קיימות בהסדרי גישור מיוחדים ובהסכמי פשרה בכלל. עיון בפסיקה ובהכרעות שלא פורסמו הצביע על מגמה רחבה של איהתערבות ואישור הסכמי גישור כלליים, בצד יצירת כללים וקטגוריות מעטות כבסיס להתערבות, אשר ניתן להיעזר בהם לשם קביעת כללים להסדרת תחום זה. לאחר ניתוח פרקטיקות ההתערבות הנהוגות ועל רקע מיקומו הדינמי של הגישור בממשק שבין הפרטי לבין הציבורי כמקור חדש של נורמות, הצענו קווים מנחים להתערבות שיפוטית ולגיבוש הסדרי גישור אשר יוכלו לשמש שופטים ומגשרים כאחד. תפקיד המגשר בתיאום שבין עולמות אלה הוא כשל מתווך מיומן בעל חובת נאמנות כפולה המסייע לגבש, ברגישות ותוך שמירת יתרונות הליך הגישור וגמישותו, את התוצר ההסדרי הפרטי ככזה התואם, או אינו מנוגד, לאינטרס ציבורי חיוני. באופן זה יקודם מעמדו הציבורי של הגישור כצורה נוספת של סדר חברתי בעידן המשפט הנמוג.