

יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת המשפט מעבר למחלוקת

מאת

מיכל אלברשטיין*

מאמר זה מציג את פעילותם של שופטים כמכוונת לעיבוד חיובי של סכסוכים ומציע תורת משפט ממוקדת-סכסוך אשר ממשיגה מחדש את פעילותם כנעה על הרצף של ההליכים השונים של יישוב סכסוכים תוך שימוש בהבניה מחדש של נרטיבים של ביקורת במשפט ובתרבות. המאמר חותר להבנת מורכבות הפעילות השיפוטית בעידוד פשרות והסדרים לאור התפתחות תחום יישוב הסכסוכים. בעשורים האחרונים השתנו תפקידיהם של שופטים שינוי דרמטי, אך מהרבה בחינות טבעם נשאר לא מוכר. מרבית התיקים המשפטיים מוסדרים ללא הכרעה שיפוטית מלאה, ומרבית זמנם של השופטים מוקדש לפעילות קידום סיומם של תיקים משפטיים שלא בדרך של הכרעה מלאה מלווה בפסק דין (להלן: "הסדר"¹) הכוללת קידום או אישור הסדרי טיעון בפלילי. מאמר זה מראה כי החלופות השונות לשפיטה המוצעות מחוץ לבית המשפט יכולות להיות בעלות השפעה תאורטית ומעשית על המתרחש באולם המשפט. מבחינה תאורטית, המאמר מציע תורת משפט של יישוב סכסוכים אשר מקדימה הסכמה לכפייה כערך מרכזי בהסדרת הצדק המשפטי. המאמר מפתח זווית ניתוח של "סכסוך" החוצה גבולות בין פלילי לאזרחי וכן שיטות משפט, וממשיג את הפעילות השיפוטית בקידום הסדרים פליליים ואזרחיים כיישוב סכסוכים שיפוטי Judicial

* פרופסור. הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. ראש צוות מחקר ERC בנושא יישוב סכסוכים שיפוטי (Judicial Conflict Resolution (JCR)). אני מודה לגלעד וינר, עומר מכלוף, שרה גולד, שירה עובדיה, שבות רענן ואלנתן לונשטיין על עזרה במחקר לצורך מאמר זה. תודה לחברי מערכת דין ודברים על הערות מעמיקות ויסודיות אשר תרמו רבות לשיפור המאמר.

מאמר זה מהווה בסיס רעיוני להצעת מחקר אשר הוגשה למועצה האירופית למחקר (ERC) ואשר אושרה למימון ולביצוע בשנים 2015–2020. JCR: Judicial Conflict 647943/15. Resolution: Examining Hybrids of Non-adversarial Justice. המחקר הוא השוואתי בין ישראל, אנגליה ואיטליה ומשלב פיתוח תאורטי וחקר אמפירי. מאמר זה נתמך על ידי ה-ERC.

1 השימוש במילה "הסדר" במאמר זה אינו דומה ל-*settlement* מאחר שהוא כולל סיום התיק בדרך של משיכה, מחיקה, הכרעה על פי סעיף 79א, פשרה לאחר הוכחות, לפני פסק דין, תיקון והעברה לבית משפט אחר ועוד דרכים נוספות אשר אינן כוללות הכרעה מלאה בפסק דין מנומק לאחר שמיעת הוכחות. כשמדובר בפליליים, הסדר כולל מחיקת כתב אישום, הסדר באשר לאשמה בלבד, להפחתת סעיפי אישום, בעקבות גישור פלילי ועוד סיומים שונים.

(Conflict Resolution (ICR)). פעילות זו נבחנת לפי המנגנונים הבסיסיים ליישוב סכסוכים – משא ומתן, גישור, בוררות, ניהול דיאלוג, פתרון בעיות, צדק מאחה ועיצוב מערכות ליישוב סכסוכים. שופטים הם נושאים ונותנים, מגשרים, בוררים ואף מקדמי דיאלוג וטרנספורמציה אגב איחוי ועיצוב מערכות ליישוב סכסוך. מגוון פעילויות אלה מתאפשר או מוגבל באמצעות הרגולציה הקיימת, אשר נבחנת במאמר לראשונה, בעיקר באשר למשפט הישראלי. הפוטנציאל הטמון ביישוב סכסוכים בצילה של הסמכות השיפוטית נבחן במאמר כמציב חלופה תאורטית, אתגר אמפירי והשלכות פרסקריפטיביות על עיצוב מחדש של הפרקטיקה השיפוטית ברוח תורת המשפט החדשה.

מבוא. א. חתירה להסדר: צורה לא מוכרת ולא מתועדת של פעילות שיפוטית.
ב. יישוב סכסוכים שיפוטי כתפיסה תורת־משפטית; 1. יישוב סכסוכים שיפוטי בתורת המשפט וכתורת משפט; 2. שישה נרטיבים מארגנים של תורת משפט של יישוב סכסוכים. **ג. השופט/ת החדש/ה: ניהול, טיפול, ריבוי משימות וערפול. ד. מגוון הליכים של יישוב סכסוכים שיפוטי;** 1. מהסדר בצל החוק אל יישוב סכסוכים בצל ההסדר, לקראת יישוב סכסוכים שיפוטי; 2. משא ומתן שיפוטי – המשא ומתן על שאלת ההכרעה המשפטית; 3. בוררות שיפוטית: שילוב הסכמה בהפעלת הסמכות; 4. גישור שיפוטי: קידום הסכמה בין הצדדים לגופו של סכסוך; 5. פתרון בעיות שיפוטי ושיקום; 6. שיפוט מקדם דיאלוג וטרנספורמציה; 7. שיפוט מאחה פגיעות; 8. עיצוב מערכות ליישוב סכסוכים.
ה. בין יישוב סכסוכים להסדר שיפוטי: התנגשויות ואפשרויות. ו. כיוונים עתידיים למחקר על יישוב סכסוכים שיפוטי.

מבוא

המאמר חותר להבנת הפעילות השיפוטית בעידוד פשרות והסדרים בצילה של הסמכות המשפטית לאור התחום המתפתח של יישוב סכסוכים. הוא יוצר חיבור בין תופעה משפטית מעשית עכשווית של ריבוי פשרות והסדרים הדורשת המשגה והתמודדות לתאוריה משפטית חדשה על תפקידו של המשפט בחברה. נוסף על זה הוא מציע בחינה מחדש של הסדרת פעילותם של שופטים כנעה על הרצף של הליכי יישוב סכסוכים שונים.

מהווית המעשית המאמר מתמודד עם התופעה של ריבוי פשרות והסדרים ומציב אותה כמושא מחקר מרכזי.² מרבית הפעילות השיפוטית המתבצעת במסגרת בתי המשפט איננה כתיבת פסקי דין והכרעה אנליטית בשאלות משפטיות.³ רבות נכתב על

2 לביסוס ולהרחבת טענה זו ראו להלן הערה 18.

3 להרחבה ולביסוס טענה זו ראו: חלק ב להלן. גם ההכרעה האנליטית של שופטים לפי החוק איננה מתבצעת באופן מכניסטי טהור ביישום כללים פשוט. ספרות ענפה עוסקת

דרכי ההכרעה הפורמליות של שופטים – על אופייה של אותה הכרעה אנליטית המתבססת על כללים, על תוקפה ועל היכולת לחלץ תקדים על פיה,⁴ על הנסיבות שבהן מפעילים שופטים את שיקול דעתם⁵ ועל מידת האובייקטיביות שאליה שופטים מסוגלים להגיע בעת הפעלת שיקול דעת.⁶ לעומת זאת המחקר האקדמי המשפטי ממעט לעסוק בחלק הארי של פעילותם היום-יומית של השופטים אשר איננה דורשת הכרעות כלל.⁷ בניגוד לעיסוק הרב בפעולת השפיטה, שהיא הכרעה על פי חוק בין טיעונים מנוגדים המבוססים על דין ועל עובדות, מסתבר שפעילות זו מתקיימת למעשה בשוליים של הפעילות השיפוטית של ניהול וסגירת תיקים.⁸ פעילות ההכרעה על פי כללים, שעל פי תפיסת ההדיוטות היא עיקר פעולת השופטים, היא למעשה שיוויון ונדירה, גם אם מתקיימת לעתים בהליכי ביניים. שופטים מחשיבים את ההכרעה כמוצא אחרון ויעשו כל שביכולתם על מנת להימנע מלנקטה.⁹

בשיקול הדעת השיפוטי ובאופן שבו הטקסט המשפטי חורג מעקרונות פורמליסטים, ראו למשל: אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (תשמ"ז); אהרון ברק, **פרשנות במשפט** (תשנ"ב-תשס"ה); שלמה לוין, **להיות שופט** (תשס"ט); מיכל אלברשטיין, "מדד הפורמליזם: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית", **מחקרי משפט** כז (תשע"ב) 349; מנחם מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תשנ"ג); Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (2013); Richard A. Posner, *How judges think* (2009); Lawrence S. Wrightsman, *Judicial decision making: is psychology relevant?* (1999); Ola Wiklund, ed. *Judicial discretion in European perspective* (2003).

4 על פעולת חילוץ תקדימים ראו: יצחק אנגלרד, **מבוא לתורת המשפט** (תשנ"א), 126–139.

5 אנדרי מרמור, "כוונת המחוקק וסמכות החוק", **עיוני משפט** טז (תשנ"א-תשנ"ב) 593, וכן ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (לעיל, הערה 3).

6 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (תשס"ד); יששכר רוזן צבי, "האם שופטים הם כבני אדם?", **משפט וממשל** ח (תשס"ה) 49.

7 ראו: אהרן ברק, "על הגישור", **שערי משפט** ג (תשס"ב-תשס"ד) 9: "ישנם סכסוכים שהסכם בין צדדים אינו מעשי בהם. ההכרעה השיפוטית היא חיונית. ישנם סכסוכים שאפשר לפתור אותם בדרך הסכמית, אך רצוי כי הפתרון יהיה שיפוטי, ובכך תיווצר הלכה מחייבת שתחול על כלל החברה. אכן, לא כל סכסוך מתאים לגישור. לא כל סכסוך ראוי לו להיות מוכרע באמצעות הגישור. ישנם סכסוכים, אשר בית המשפט הוא המסגרת המתאימה ביותר להכרעה בהם... אך בתי המשפט אינם צריכים להכריע בכל הסכסוכים החברתיים. ישנם סכסוכים שההכרעה הלב-שיפוטית היא הראויה ביותר".

8 Judith Resnik, "Managerial judges", 96 *Harv. L. Rev.* (1982) 374

9 Lon L. Fuller, "The forms and limits of adjudication", 92 *Harv. L. Rev.* (1978) 353, p. 369: "Adjudication is a process of decision that grants to the affected party a form of participation that consists in the opportunity to present proofs and reasoned arguments". על הנתונים בישראל ראו: הועדה לבריקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי **דין וחשבון** 6, נספח ב (1999) (**דוח ועדת רביבי**); וכן קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס, "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" **משפטים** מד (2015) 769.

מהזווית התאורטית המאמר נשען על תורת משפט של יישוב סכסוכים, המעדיפה הבאה להסכמה ושכנוע על פני הפעלת סמכות וכוח, אשר מוצגת כמפלט אחרון. גישה זו מבוססת בין השאר על שישה נרטיבים רקונסטרוקטיביים מארגנים החוזרים על עצמם בתנועות חלופיות שונות, המציעות חלופות להליך השפיטה, אשר במאמר זה ייושמו לראשונה בתחום הפעילות השיפוטית עצמה. נרטיבים מארגנים אלה משקפים ביקורות רחבות שהופנו כלפי המשפט במאה העשרים.¹⁰ ביקורות אלה מתייחסות לאפשרות ההכרעה על פי כללים, לאינדיווידואליזם, לסמכותנות ולמאפיינים נוספים המיוחסים למשפט המודרני. נרטיבים של הבניה מחדש התפתחו בחלקם גם בתחום תורת המשפט ובתיאוריות תורת-משפטיות עכשוויות שונות, אך בדרך כלל הם מתמקדים בהחלפת תפיסת ההכרעה המשפטית הפורמלית על פי כללים בתפיסה מורכבת יותר של הכרעה על בסיס איזון אינטרסים, שימוש בצרכים ובעקרונות משפט טבעי, שילוב רגשות בכתיבה או שילוב ממדים נוספים של מורכבות הכרעה. במאמר זה יוצגו נרטיבים מארגנים אלה כרלוונטיים למרחב השיפוטי אשר איננו הכרעה על פי כללים במחלוקת המשפטית הצרה אלא עיבוד חיובי של הסכסוך החברתי המובא בפניהם.

היבט מעשי נוסף שמהווה גורם השראה למאמר נעוץ בעובדה שעל אף "מהפכת הגישור", הבאה לידי ביטוי בעניין גובר בגישורים הנעשים מחוץ לבית המשפט,¹¹ ועל אף **התמסדות התנועה לדרכים חלופיות** (Alternative Dispute Resolution (ADR)), הבאה לידי ביטוי בשינוי אופן ניהול התיקים בבית המשפט, כולל גישורים פנימיים וחיצוניים וכן על אף **התפתחויות בנושא שפיטה טיפולית** בעשורים האחרונים, המרחיבות את התפקידים השיפוטיים המסורתיים – תופעות אלה נותרות בשוליים תאורטית ומעשית מבחינת התרבות המשפטית. **מבחינה תאורטית** עקרונות של יישוב סכסוכים פעמים רבות אינם מופנמים במסגרת הליכים חלופיים ממוסדים והם עוברים קואופטיציה:¹² גישורים מתנהלים בדרך אדוורסרית בהפעלת לחץ, ובוררות הופכות גמישות פחות ודומות יותר להליך משפטי מלא. **מבחינה מעשית** רק שיעור קטן מהמקרים המוסדרים שלא באמצעות הכרעה מלאה מסתיימים בתהליכי ADR פורמליים. חיפוש אחרי הליכי ADR והמשגתם מחדש בתוך פעילות השפיטה מכוונים להתמודד עם תופעה זו ולקדם "מיינסטרימיזציה" של עקרונות יישוב סכסוכים אל תוך מערכת המשפט. אם בזירה המשפטית המרכזית של המשפט – עבודתם של שופטים – מתבצעות פעולות יישוב סכסוכים, אלו ניתנות להמשגה ולשיפור, והשפעה על ליבה זו עשויה לחלחל למעגלים חיצוניים יותר של התרבות המשפטית. שופטים שיתפסו את עבודתם כקשורה ביישוב סכסוכים ודאי

10 לפיתוח והרחבת טענה זו ראו: מיכל אלברשטין, **צדק אלטרנטיבי: גישור, איחוי וטיפול באמצעות מנגנונים משפטיים** (תשע"ה).

11 ברק (לעיל, הערה 7).

12 Nancy A. Welsh, "The Thinning Version of Self-Determination in Court-Connected .Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization", 6 *Harv. Neg. L. Rev.* (2001) 1

ישפיעו על תפיסתם של שחקנים אחרים במשפט, שהם ברובם שחקנים חוזרים – עורכי דין, ארגונים גדולים, המדינה ונציגיה ומומחים חיצוניים. מגמה זו מתיישבת עם תפיסת המשפט כמערכת ליישוב סכסוכים המעוצבת בכל מופעה בשימוש במנגנוני התערבות הבנויים במדורג – מן הקל, בשימוש בשיח אינטרסים, אל הכבד, הדורש הכרעה פורמלית מלאה¹³ – כאשר ההנחה היא שבכל שלב התערבות חזרה אל הכלים הרכים רצויה והכרחית בעיבוד הקונפליקט החברתי. במקום להתייחס לתהליכים ששופטים מקיימים במרבית התיקים כמתרחשים בהיסח הדעת וכקשורים בסגנון אישי ובעיקר במאמץ מעשי להתגבר על העומס ולחזור ליעילות, הניסיון במאמר זה יהיה בשלב ראשון להראות את הקושי בהמשגתם כחתיירה לפשרה או להסדר וללכת אל מעבר השאיפה ליעילות המאפיינת את המערכת כיום. לנוכח קושי זה תוצע האפשרות להבין פעילות שיפוטית מבחינה מעשית ותאורטית כיישוב סכסוכים, ויובהרו הפילוסופיה והפרקטיקה של יישוב סכסוכים. הפעילות השיפוטית תוצג לאור החלופות השונות של יישוב סכסוכים ושילובים שלהם, ובעקבות זאת יוצב נושא יישוב סכסוכים שיפוטי כתחום עצמאי הדורש לימוד, אימון וחקר. מיקוד זה ילך אל מעבר לדגש על יעילות המאפיינת כיום את ההתייחסות לחתיירה להסדר וכן יחצה גבולות מקובלים של פלילי ואזרחי.¹⁴

המאמר מבקש לפתוח מרחב אשר לאורו יש להבין את עבודת השופטים בקידום הסדרים. מרחב זה מציע ציר חדש להבנת פעולת השופטים ככזאת שאינה קשורה אך ורק בחתיירה להכרעה לפי כללים משפטיים אלא כמכוונת אל עיבוד חיובי ואל פתרון של הסכסוך החברתי המצוי בבסיס המחלוקת המשפטית. היחס בין שתי האוריינטציות – זו המכוונת להכרעה על פי כלל וזו המכוונת לפתרון הסכסוך – לא יידון במאמר זה בהרחבה אם כי עקרונות ההכרעה תוצג כמקרה שיורי של יישוב סכסוכים שיפוטי שהוא

13 Stephe Smith and Janet Martinez, "An Analytic Framework for Dispute Systems Design", 14 *Harv. Negot. L. Rev.* (2009) 123; William L. Ury, Jeanne M. Brett and Stephen B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict* (1988)

14 דוגמה להשלכות אפשריות של מחקר זה הם הפרויקטים האלה, המצויים כיום בשלב בנייה: פיתוח מתודולוגיה סדורה כולל כלי כמותני שעבר תיקוף להערכת פעולות יישוב סכסוכים שיפוטי באולם בית המשפט; קידום דפוס ראינות מיוחד עם שופטים המכוון להעריך את התופעה; השוואה שיטתית ומיפוי של רגולציה של פעילות שופטים לקידום הסדר במדינות המחקר; בחינת מודלים מיוחדים עכשוויים של גישור מעריך במקרים קשים המוצגים על ידי שופטים כתצורה מועדפת של משפט; בחינת פערים במשפט בין ספרים, פרוטוקול ובפועל בהקשר של פעילויות הסדר בבית המשפט; הערכה השוואתית של אינסטרומנטים מיוחדים לקידום הסדרים המאומצים במערכות משפט שונות; רגולציה של פעולות שופטים; תפיסתם המקצועית של שופטים-מגשרים; הבוררות כהליך היברידי; הליכי הסדר של עברות מסוגים מסוימים: המקרה של עבריינות אידיאולוגית.

בגדר היוצא מן הכלל.¹⁵ פריסת התשתית הרעיונית והמסגרת המושגית להבנת המרחב החדש, זה של יישוב סכסוכים, היא שתעמוד במוקד מאמר זה. הטענות אשר מאמר זה יציג ויבקש לבחון, ואשר יבואו לידי ביטוי בחלקיו השונים, הן אפוא אלה:

ראשית, קיימת תופעה משפטית מעשית של ריבוי הסדרים הדורשת הסבר, ואין די במושג הניהול או החתירה להסדר יעיל כדי להסבירה (חלק שני).

שנית, מבחינה תאורטית ליישוב הסכסוכים השיפוטי מאפיינים ייחודיים ונרטיבים מארגנים הקשורים לתורת משפט מעמיקה של יישוב סכסוכים והתאמה לתחום השיפוט. מבחינה נורמטיבית ראוי לקדם עקרונות אלה (חלק שלישי).

שלישית, יש קשר בין התחום המתפתח של יישוב סכסוכים ובין פעולות השופטים בניסיונותיהם לקדם הסדר. תנועת ADR על ההיברידים השונים שלה וכן תנועות אחרות ליישוב סכסוכים יכולות לספק מסגרת מעשית לסיווג פעולותיהם של שופטים (חלק רביעי).

רביעית, התפתחויות אחרונות העוסקות בשופטים טיפוליים (Therapeutic Judging), מרובי-משימות (multitasking), מקדמי-צדק-פרוצדורלי או מיישבי-מחלוקות (JDR: Judicial Dispute Resolution) אינן מספיקות על מנת להכיל את הקשר שבין יישוב סכסוכים לשפיטה, ויש לכנות פעילות זו **יישוב סכסוכים שיפוטי** (Judicial Conflict Resolution (JCR) (חלק חמישי)).

חמישית, שופטים מבצעים מגוון פעילויות של יישוב סכסוכים במובלע ובמודע, ואלו נעות ממעורבות מינימלית, כולל היותם צד במשא ומתן, ועד לניהול דיאלוג ופתרון בעיות. שופטים מנהלים משא ומתן, בוררים, מגשרים, פותרים בעיות, מאפשרים דיאלוג, מאחים ואף מעצבים מערכות ליישוב סכסוכים. חלק זה יציג בדיקה ראשונית של הפער בין מאפייני הליכים אלה, את מידת האפשרות שלהם בחוק ובפסיקה ואת פעולתם בפועל של שופטים המתבצעת במסגרות אלו (חלק שישי).

שישית, בשל היעדר מודעות לתפקידם המרכזי של שופטים כמיישבי-סכסוכים נוצרים פערים בין פעולותיהם, אשר לעתים הן חסרות מיומנות בתחום זה, ובין ציפיות המערכת (חלק שביעי).

לבסוף, יש לפתח מחקר תאורטי ואמפירי רחב אשר יבחן את פעולות ההסדר והפשרה של שופטים ויחתור להמשיגן לנוכח תפיסת יישוב הסכסוכים השיפוטי. לפי ממצאי המחקר יש לבחון התאמה חקיקתית והכשרתית הנדרשת על מנת לקדם קשר עמוק של פרקטיקה ותאוריה בהקשר זה (סיכום).

15 להרחבה בנושא זה ראו: Yuval Sinai and Michal Alberstein, "Expanding Judicial Discretion: Between Legal and Conflict Considerations", 21 *Harv. Negot. L. Rev.* (2016) 221.

א. חתירה להסדר: צורה לא מוכרת ולא מתועדת של פעילות שיפוטית

הדרך הרגילה להמשיג את פעילותם המרכזית של השופטים היא חתירה להסדר פלילי או אזרחי בצל החוק.¹⁶ נתון ידוע הוא כי ברוב התיקים המוגשים לבית המשפט¹⁷ לא מתקיים הליך משפטי מלא,¹⁸ ועוד נתון נפוץ הוא שגם כאשר מופנים תיקים להליכים חלופיים מוסדרים כמו גישור או בוררות, רבים מהם חוזרים לבית המשפט ללא הסדר.¹⁹

16 ההבחנה בין הסדר (settlement) לפשרה (compromise) במאמר זה היא בין החתירה לסגירת תיקים בדרך כלשהי, כולל מחיקה, הסתלקות, ביטול ועוד דרכים שונות, לאסטרטגיה הספציפית של פשרה במסגרת סגנונות משא ומתן המבטאת ויתורים הדדיים במסגרת משא ומתן תחרותי.

17 יש לסייג כי התופעה של ריבוי הסדרים המכונה the vanishing trial אשר בארצות הברית מגיעה כיום לשיעור של פחות מ-1% מהתיקים שמגיעים להכרעה מלאה, אינה מתקיימת בכל מערכות המשפט באותה מידה ולעתים אף אינה מתקיימת כפי שנראה המצב באיטליה, שבה רוב התיקים מוכרעים (ממצאים ראשוניים של המחקר לפי ה-RSIG-CNR The Research Institute on Judicial Systems, Bologna). במצבים כאלה עדיין ייתכן קיומה של תרבות פשרה ופעילות של יישוב סכסוכים שיפוטי, אך את אופן הערכתה יהיה צורך להתאים למציאות האמפירית.

18 ראו: Marc Galanter and Mia Cahill, "Most Cases Settle?: Judicial Promotion and Regulation of Settlements", 46 *Stan. L. Rev.* (1994) 1339. לפיו רק 1.8% מהתיקים שהתנהלו בבתי משפט פדרליים בארצות הברית בשנת 2002 הסתיימו בהכרעה. מנתונים שאסף עד כה צוות המחקר של ה-ERC מסתמן כי שיעור התיקים המגיעים לשופט בישראל בבית משפט השום בתל אביב הוא כ-30%. שיעור התיקים המגיעים להכרעה מלאה מלווה בפסק דין מכלל התיקים הנפתחים הוא 6% (הנתונים שמורים אצל המחברת). G. Ball, "How are patent cases resolved? An empirical examination of the adjudication and settlement of patent disputes", 84 *Wash. U. L. Rev.* (2006) 237; Theodore Eisenberg and Charlotte Lanvers, "What Is the Settlement Rate and Why Should We Care?", 6 *JELS* (2009) 111; John Barkai and Elizabeth Kent, "Let's Stop Spreading Rumors About Settlement and Litigation: A Comparative Study of Settlement and Litigation in Hawaii Courts", 29 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2014) 85. קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס, "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל", **משפטים** מד (תשע"ה) 769.

19 לפי הנתונים מפרוייקט המהו"ת (פגישות למידע הכרות ותיאום בנושא גישור) משנים 2012–2013 3,567 תיקים הופנו לפגישות אלה. מתוכם רק 42% הסכימו לגישור. מתוך אלה שהופנו לגישור 58% חזרו לבית המשפט ולא הגיעו להסכמה בגישור. מכאן שרק כמות קטנה מהתיקים שנפתחו בשנים אלה בתחום האזרחי הופנו לגישור. מתוכם רק כ-20% הסתיימו בהסכם. ראוי לציין, שלעתים גם העדר הסכם יכול להוביל להתפשרות מאוחרת יותר גם ללא תמיכה והתערבות של בתי המשפט, וייתכן שתיקים המגיעים לשופטים לאחר שעברו פגישת מהות או הליך גישור בשלים יותר להבאה להסכמה, אך בכל מקרה ברור כי הציפייה מהליך גישור החובה או פגישת המהו"ת החובה, כי תקל מאוד על העומס השיפוטי, נכזבה בהקשר זה. ראו: דו"ח לשנת 2013 שנשלח על ידי הנהלת בתי המשפט (שמור אצל המחברת); John H. Langbein, "The Disappearance of Civil Trial";

לפיכך קיים פער לא מוסבר בין התיקים החוזרים לבית משפט מהליכים חלופיים ללא הסדר לבין אלה המסתיימים בהכרעה שיפוטית מלאה. פער זה אינו ניתן להסבר באמצעות מושג הניהול או החתירה להסדר יעיל בלבד. ניתן לשער אפוא שהפעילות השיפוטית המתבצעת באולם בית המשפט ומחוץ למסגרת ההכרעה המשפטית היא מרכזית וחיונית לצורך הבנת תפקידיהם של שופטים. שיטות משפט שונות מסדירות באופנים מגוונים את תפקידי השופטים בדבר הבאה להסדרים ואף מתאפיינות במערכות רגולטיביות שונות ובתמריצים מיוחדים, כולל שיעורי הסדרים שונים, וכל הערכה של התפקידים החדשים של שופטים צריכה להיעשות בהתחשב באתגר השוואתי זה. גם כאשר מובא הסכם פשרה מוסכם וחלוט בפני שופט, ניתן לראות כי במקרים מסוימים יש נסיבות הגורמות לו לסטות מפסק הדין כפי שהסביר השופט רון שפירא בפסקתו,²⁰ שאמנם להסכם פשרה יש תוקף מחייב, אך אין הדבר שולל את היכולת להשתחרר ממנו אם מוצדק לעשות כן בשל צורך ציבורי, ויש להתחשב ב"אקלים המשפטי" ובשינויים שחלים בו. נוסף על כך, כאשר השופטים מכריעים על פי חוק, ניתוח קרוב של הכרעותיהם מגלה כי הן רחוקות מיישום ישיר ופשוט של כללי המשפט, ולמעשה הכרעותיהם הכתובות מורכבות וחורגות מעקרונות פורמליים באופנים שונים ומגוונים.²¹ שופטים הכותבים פסקי דין פונים פעמים רבות לטיעונים חוץ-משפטיים,²² מסתמכים על עיקרי מדיניות ומאזנים ביניהם,²³ מפעילים שיקול דעת תוך שיקוף מילולי של פעילות זו,²⁴ משתמשים בשפה שאינה בהכרח משפטית מקצועית,²⁵ ואף משנים את המצב המשפטי הקיים ומכירים בפער שבין משפט בספרים למשפט בפועל.^{26,27} הפנייה

in the United States", 122 *Yale L.J.* (2012) 522; Marc Galanter, "The vanishing trial: An examination of trials and related matters in federal and state courts", 1 *JELS* (2004) 459.

20 עת"מ (מחוזי חי"י) 8636-07-10 מליסרון בע"מ נ' עיריית קריית ביאליק (פורסם בנבו, 2011).
 21 אלברשטין (לעיל, הערה 3); Michal Alberstein, "Measuring Legal Formalism: Reading ; (3) Hard Cases with Soft Frames" 57 *Studies in Law Politics & Society* (2012) 2003
 Michal Alberstein and Bryna Bogoch, Israel Science Foundation. Individual: גם Research Grant 1397/12 "Formalizing Formalism: An Empirical Study of the Rhetoric .of Formalism in Israeli Supreme Court Opinions over Time"
 22 ראו לדוגמה ד"ר 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89 (1974).
 23 ראו לדוגמה דנ"פ 4603/97 מושלם נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט ברק, פ"ד נא(3) 160 (1988).
 24 ראו לדוגמה ד"ר 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701 (1964).
 25 ראו לדוגמה ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד 2(3) 133, בעמ' 182 (1996).
 26 ראו לדוגמה בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001).
 27 המחקר בנושא מדד הפורמליזם משתמש בקוד הערכה לבחינת כל המשטנים האפשריים של חריגה מפורמליזם ונותן תמונה אמפירית של התנודות בפורמליזם לאורך זמן ובהבחנה בין תחומי משפט שונים, אלברשטין (לעיל, הערה 3).

לכללים משפטיים אשר בצלה נערכת פעילות ההסדר היא בעלת מורכבות משל עצמה: שופטים יכולים לפתוח פסק דין באמירה כמו "בשיח הציבורי בישראל, רחוב בר־אילן, חדל להיות אך רחוב"²⁸ במקום למקד את השאלה המשפטית, וכן יכולים לומר כי "ההכרעה בה אינה מן הקלות. הכל תלוי כיצד ומהיכן מביט אתה אל העניין – מרחוק או מקרוב?",²⁹ אך מה קורה במצבים שבהם שופטים אינם פונים לכללים משפטיים כלל או פונים אליהם אך משלבים שיקולים נוספים ומשתמשים במתודות מגוונות על מנת להסדיר את הסכסוכים שבבסיסם? מאמר זה יעסוק במצבים אלה.

מרבית השחקנים המופיעים בבתי משפט, כולל עורכי דין, מתדיינים, עדים ומומחים, אינם פוגשים בשופטים בכשירותם כמומחים משפטיים אלא נחשפים יותר ליכולות הניהול שלהם ולכישוריהם הבינ־אישיים. במשך כמה עשורים היה נהוג להתמקד בניתוב התיקים ליישוב סכסוכים מחוץ לאולם בית המשפט כדרך למלא את תפקידו החברתי של המשפט ביישוב סכסוכים.³⁰ מעניין כי רבים מהסכסוכים חוזרים לפתחו של בית המשפט,³¹ ואז מתבצעת לכאורה בספונטניות פעילות שיפוטית בעלת מאפיינים ייחודיים.

בהתחשב בעובדה שרוב התיקים מגיעים להסדר, יש להניח כי חלקם מוסדרים בעקבות התערבות שיפוטית אשר איננה הכרעה על פי חוק. השאיפה להסדיר את הפעילות השיפוטית החותרת להסדר ולהבינה ביתר שיטתיות היא מתבקשת. התנאים שבהם השופטים פועלים קשורים במשטר של היצע וביקוש שבו יש הרבה מאוד ביקוש להסדרים של סכסוכים ומעט זמן מכדי להכריע בהם בהליך מלא. גם המושג "שלטון החוק" במובנו המקובל מתערער כשבוחנים מציאות זו,³² משום שמרבית הפעילות המשפיעה בסופו של דבר על סיום תיקים איננה מתועדת ומוסדרת. בתנאים אלו נוצרים, מלבד ההליכים החלופיים המוכרים ליישוב סכסוכים, להגעה לפשרה או להימנעות

28 כבג"ץ 5090/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1 (1997).

29 עניין ליאון (לעיל, הערה 24) בעמ' 723.

30 ראו למשל: תקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים), התשס"ב–2002, ק"ת 6189; תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993, ק"ת 5539; הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – בוררות חובה בתובענה כספית), התשע"ג–2013, ראו גם: ברק (לעיל, הערה 7) והשוו: Owen M Fiss, "Foreword, The Forms of Justice, The Supreme Court 1978 Term", 93 *Harv. L. Rev.* (1979) 1; לסקירה מקיפה של המגוון שמציעה מערכת המשפט האמריקאית כיום ראו: Carrie Menkel-Meadow, "Informal, Formal and 'Semi-Formal' Justice in the United States", *Civil Procedure in Cross-Cultural Dialogue: Eurasia Context* (Dmitry Malesin ed., 2012) 72.

31 ראו למשל: הנתונים מפרויקט המהו"ת (לעיל, הערה 91).

32 השימוש במונחים "היצע" ו"ביקוש" בעניין שלטון החוק שאוב מהספר Neil K. Komesar, *Law's Limits: Rule of Law and the Supply and Demand of Rights* (2001).

מקימו של הליך שיפוטי מלא, הליכים מאולתרים ומוסדרים למחצה אשר מטרתם לקדם הסדרים ללא צורך בהכרעה שיפוטית.³³ רוב פעילותם של שופטים אשר איננה הכרעה על פי כללים מתבצעת ביום-יום בשימוש בהליך שאין לו הגדרה ברורה, המכונה חתירה לפשרה, פישור שיפוטי³⁴ או שפיטה הסדרית.³⁵ בהקשר הפלילי ההליך המקביל הוא אישור הסדרי טיעון או חתירת בית המשפט אליהם.³⁶ הבאה להסדר היא מטיבה קרובה לשפיטה, ונראה שהיא מנסה לחזות את ההכרעה המשפטית. ניתן לשער כי עיקר המיקוד שלה הוא היעילות והחיסכון בזמן השיפוטי היקר. בדרך כלל לא מיוחס לה מבנה סדור.

מאחר שמאמר זה עוסק בפעילות יישוב סכסוכים שיפוטי ביחס להסדר, לא תורחב כאן האפשרות העקרונית להכיר בתוכן הפשרה כבעל ערך פילוסופי או חברתי.³⁷ הטענה המרכזית העולה מן המאמר הזקוקה להמשך אישור אמפירי ולבחינה בשטח היא שהעיסוק הנרחב בהסדר שיפוטי כהליך עד היום הסווה את החשיבות הגבוהה שיש לפעילות יישוב הסכסוכים השיפוטי. לפעילות זו חשיבות עקרונית כחלק ממטרות המשפט, ומסיבות היסטוריות ותרבותיות היא הודחקה כלא רלוונטית וכשייכת לדיסציפלינות ולפרופסיות אחרות. נראה כי התפתחות הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים

33 ראו למשל: הדיון במשקלות תיקים ובזמן השיפוטי המוקדש לטיפול בתיקים שונים בשלבים השונים של הדיון המשפטי. וינשל-מרגל, גלון וטרבולוס (לעיל, הערה 9); מחלקת מחקר של הרשות השופטת (2013), elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/fw.xls (נצפה לאחרונה במאי 2017). במסגרת מחקר זה של הרשות השופטת את עצמה נעשה מאמץ להעריך את זמן הדיון בתיקים, פליליים ואזרחיים, לפי שלבים אשר נבחנו בתוך שימוש במתודולוגיות שונות. מדידה זו מתעלמת מהפעילות הנעשית בזמן שאינו פעילות שיפוטית מובהקת, ככתיבת פסק דין או ניהול הוכחות. לכאורה פעילות זו חסרת תוכן או הסדרה, ותפקידה לקדם פתרון ביעילות.

34 מרדכי מירוני, "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור", **דין ודברים** ו (תשע"ב) 487.

35 קרני פרלמן, "שופט מגשר? על שפיטה הסדרית ובין מצוי לרצוי במשפט הישראלי", **משפט ועסקים יט** (תשע"ה) 365.

36 הסדרי טיעון הם מוקד עניין לחוקי המשפט הפלילי, ראו למשל: גיליון ו' של כתב העת "חוקים" שראה אור לאחרונה, שחציו הראשון מוקדש כולו לנושא זה. להרחבה על מרכזיותם של הסדרי טיעון במחקר המשפטי, ראו: ענת הורוויץ ועמרי בן-צבי, "הקדמה למאמרים בנושא הסדרי טיעון", **חוקים** ו (תשע"ד) 5.

37 לעיון פילוסופי משפטי בתפקידה של הפשרה ראו, Leora Bilsky and Talia Fischer, "Rethinking Settlement", 15 *Theoretical Inquiries in Law* (2014) 77; John E. Coons, "Approaches to Court Imposed Compromise – The uses of Doubt and Reason", 58 *Nw. U. L. Rev.* (1964) 750; John E. Coons, "Compromise as Precise Justice", 68 *Calif. L. Rev.* (1980) 250; Joseph Jaconelli, "Solomonic Justice and Common Law", 12 *Oxf. J. Leg. Stud.* (1992) 480; Michael Abramowicz, "A Compromise Approach to Yuval Sinai", 89 *Calif. L. Rev.* (2001) 231 and Michal Alberstein, "Court Arbitration by Compromise: Discretion, Hybridity and Legal Pluralism" 13 *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal* (2015) 739 בדרך הפשרה בידי שופטים מוצגת במאמר זה כסוג של בוררות.

מחד וצורכי יעילות של המערכת המשפטית מאידך הובילו לשינוי עקרוני במהותו של המשפט, אשר אינו מכוון עוד להכרעה אלא לעיבוד חיובי של סכסוכים בצל החוק או להכרעה משפטית בצל הפוטנציאל של יישוב הסכסוך. העיסוק בהסדרה השיפוטית מוסגר כפעילות מעשית המתרחשת בצל ההכרעה השיפוטית, ומאחר שלא נמצאה מסגרת שיטתית להבנתה, העיסוק בה נזנח כשולי ולא מעניין מבחינה משפטית. לכל היותר ניתנו בעניינה כללים מגבילים והסדרים, ונמדדה יעילותה בהבאה לסגירת תיקים, אך לא נעשה מאמץ להבינה בשיטתיות. הטענה במאמר זה היא כי אימוץ מעמיק של פילוסופיית יישוב סכסוכים יהפוך את פעילות השיפוט על פי כללים למרכזית פחות לצורך הבנת יישוב הסכסוך המשפטי. יישוב הסכסוך לא יתבצע כמיקוח "בצל החוק" כפי שמקובל לחשוב³⁸ אלא כפעילות ממוקדת המותאמת לסכסוך שבו מדובר.³⁹ הערכת הפעילות תתבצע לפי התאמתה לסכסוך ולעיבוד חיובי שלו ולא על פי יעילותה בסגירת התיק המשפטי. שילוב של סמכות שיפוטית בתהליך זה יחקר ויילמד מבחינת ההיברידיות המיוחדת שהוא יוצר בתהליך החותר להסכמה. הסדר בצל החוק יהפוך להיות רלוונטי פחות, שכן יתאים למצבים המעטים שבהם השפיטה היא אכן ההליך האופטימלי ליישוב הסכסוך.⁴⁰ המשפט כמיישב סכסוכים יהיה התפקיד המרכזי שלאורו יובנו פעולות החתירה להסדר של שופטים.

ב. יישוב סכסוכים שיפוטי כתפיסה תורת-משפטית

1. יישוב סכסוכים שיפוטי בתורת המשפט וכתורת משפט

המשפט הוא מוסד חברתי, המבוסס על כללים בעלי אופי מורה, הנבדלים מכללי המוסר או הדת ואשר מסדירים את הפעילות האנושית ואת חלוקת המשאבים בשטח נתון בשימוש מבוקר ומונופוליסטי בכוח וביכולת להטלת סנקציות.⁴¹ בתקופות שונות התפתחו הגדרות שונות למשפט, ובהן הצגתו כפקודות מאת הריבון המלוות בסנקציה;⁴² כמערכת כללים הקשורים ביניהם במערכות של קשרי הסמכה ומונעים

38 Robert D. Cooter, Stephen Marks and Robert Mnookin, "Bargaining in the shadow of the law: A testable model of strategic behavior", 11 *J. Legal Stud.* (1982) 225

39 ראו: Frank E.A. Sander, "The Multi-Door Courthouse", 3 *Barrister* (1976) 18

40 ראו: Frank E.A. Sander and Lukasz Rozdeiczer, "Matching cases and dispute resolution procedures: Detailed analysis leading to a mediation-centered approach", 11 *Harv. Negot. L. Rev.* (2006) 1, p. 11

41 במאמר זה מראים המחברים שבמצב של התאמת הפורום לסכסוך לפי פרמטרים של יישוב סכסוכים לרוב ההליך המתאים הוא גישור, ויש להניח אותו כבררת מחדל, ורק במקרים קיצוניים יחסית תוכח הפשרה כעיבוד אופטימלי.

42 להגדרות של המשפט במונחים דומים ראו: חיים גנו, **טיזת הרצאות בתורת המשפט** (תשמ"ט); עומר שפירא, **תורת המשפט: פרקי מבוא** (תשס"ז).

42 John Austin, "The Province of Jurisprudence Determined" (1954)

מתוקפה של נורמה בסיסית.⁴³ יש שהגדירו את המשפט כמבוסס על ניסיון,⁴⁴ על מה ששופטים עושים בפועל,⁴⁵ והתמקדו בניבוי החלטות השופטים ובבחינת המתח בין משפט בספרים למשפט בפועל.⁴⁶ אחרים דיברו על המשפט כנרטיב מעצב המחבר אידאל למציאות אגב דחייה של נרטיבים נוגדים.⁴⁷

במסגרת כל הגדרות המשפט, במידה כזאת או אחרת, היה ניתן לצפות כי סכסוכים ויישובם יתפסו מקום מרכזי. גם ההתמקדות במערכות כללים, וודאי שהעיסוק במפגש עם המציאות בפועל, קשורים בצורך להסדיר סכסוכים בדרך שהיא ברורה וניתנת לחיזוי מראש. נראה כי היסטורית המשפט מתפתח כניסיון להסדיר יישוב סכסוכים בחברה שאינה קהילתית, הדורשת מערכת מורכבת של כללי תיאום והסדרה ובהירות גבוהה של הכללים המשפטיים.⁴⁸ שיא של התפתחות משפטית על פי הסוציולוג מקס ובר הוא קיומה של מערכת פורמלית סגורה ורציונלית החלה על המציאות המשפטית ללא פערים.⁴⁹ מציאות משפטית זו היא של סכסוכים – מניעתם באמצעות הכוונה מראש, הסדרתם ויישובם.

על אף מציאות זו של יישוב סכסוכים, המהווה בסיס להפעלת המשפט, במשך תקופות ארוכות, ובמיוחד במהלך המאה העשרים, הפך העיסוק בסכסוכים ויישובם נושא שולי, ואף ניתן לומר "מודחק", בכתיבה האקדמית המשפטית.⁵⁰ נראה שחלק

43. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (1967)

44. Oliver Wendell Holmes, "The life of the Law has never been logic. It has been experience", *The Common Law* (1881) 1

45. Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law* (2009) p. 167. הולמס מציע את "תיאוריית האיש הרע", שלפיה המשפט אינו מוסר, לוגיקה או תבונה אלא ההכרעה בפועל שביט משפט מסוים צפוי להחליטה, ואשר "האיש הרע" מעוניין בחיזויה לצורך תכנון דרכיו.

46. Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action", *44 Am. L. Rev.* (1910) 12

47. Robert M. Cover, "Nomos and Narrative", *Narrative, Violence, and The Law* (Martha Minow, Michael Ryan and Austin Sarat eds., 1995) 101

48. ראו: Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994) – הארט מציג תפיסה של המשפט שהפכה קאנונית בחשיבה התורת המשפטית, ולפיה המשפט המודרני מתפתח במערכת של כללים ראשוניים שמתבררת כלא מספיקה כשמתעוררות מחלוקות באשר למה הם הכללים, כיצד מתאימים אותם למציאות משתנה, וכיצד מיישמים אותם במצבי סכסוך. כך נוצרים בהתאמה כלל הזיהוי, כלל השינוי וכלל השיפוט, שהם כללים משניים; ראו גם: Jerold S. Auerbach, *Justice without Law?* (1983). ספרו של אורבך מתאר את המעבר מקולוניות אמריקניות הרמוניות, שבהן סכסוכים מוסדרים באמצעות סמכות דתית, למשפט מודרני המייצג אינדיבידואליזציה גוברת של בני החברה. מאוחר יותר הוא מתאר את הניסיון הכושל של תנועת ה-ADR להחזיר רעיון של צדק ללא כללים בחברה שכבר אינה יכולה להכיל הרמוניה זו.

49. Max Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society* (1954)

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

מההתמקצעות של המשפט והפיכתו לפרופסיה היה כרוך בהפיכתו לשדה תאורטי יותר,⁵¹ מורכב ומלא ניגודים,⁵² מנותק מהמציאות של עבודה עם סכסוכים, ממוקד בתהליך היצירה והיישום של הנורמות המשפטיות,⁵³ ופחות בתופעה החברתית שאותה הן מכוונות להסדיר – הסכסוך המשפטי. תורת המשפט הדומיננטית, המשמשת השראה לחינוכם המשפטי של משפטנים, מתמקדת בכללים ובהבנתם ובגרסאות מפותחות יותר, בעקרונות, בעיקרי המדיניות ובתיאוריות המוסריות המשפיעות על עיצובם של כללים.⁵⁴ המציאות המורכבת של הסכסוך המשפטי לכאורה רלוונטית רק כשהיא מספקת תמונה עובדתית המשמשת בסיס ליישום הנורמות, והמשפט אינו מעוניין בחשיפתה. גם ענף של הריאליזם המשפטי המתמקד בעובדות כפתרון לקושי בשימוש בנורמות עושה זאת אגב צמצום הממד האמפירי הנלמד מהן, וגם זאת בשולי המשפט ובתקופה מוגבלת בלבד.⁵⁵ המאמר אכן מתחקה על המשפט בפועל אך לא בסגנון ריאליסטי אלא בשילוב עם סוג של אידאליזם-קונסטרוקטיביזם ובמיוזג עם דיסציפלינה חדשה, זו של יישוב סכסוכים. מגמות נוספות בתחום התאוריה של המשפט העוסקות כיום בסכסוכים קיימות בכמה מוקדים. בתחום המחקר של משפט וחברה יש עניין במפגש של המשפט עם המציאות בפועל ובשלב התפתחות של סכסוכים,⁵⁶ ובתחום של משפט וכלכלה נעשה ניתוח תאורטי של מודלים כלכליים להסדרת התנהגויות באמצעות כללים משפטיים בדרך שתמקסם את העושר המצרפי.⁵⁷ גישה זו מניחה כי כללים משפטיים מכוונים להפנים החצנות ולמזער הוצאות עסקה של צדדים שעשויים בתנאי שוק מושלם לפתור סכסוכים בעצמם בעילות וברציונליות. תחום הלימוד האמפירי של המשפט מרחיב מגמה זו ועוסק בהשלכות האמפיריות של הליכים משפטיים ובהערכה שיטתית שלהם במסגרת

-
- 51 על הקשר בין עלייתן של פרופסיות והפיכת תחום העיסוק המעשי כמבוסס על ידע תאורטי ראוי: אפי יער, "מעמדו של הגישור בסולם המקצועות של החברה הישראלית" (צפוי להתפרסם בכתב העת הישראלי של יישוב סכסוכים, תשע"ה).
- 52 פוזנר מבקר תנועות תורת-משפטיות שונות כיוצרות נופך מיסטי וערפול המקשה על העשייה המשפטית הפרגמטית. הוא מאשים בכך את תנועת ההליך המשפטי, את הריאליזם המשפטי ואף את הפורמליזם, Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999).
- 53 על הפורמליזם המשפטי כמייצג ריחוק וניתוק מהמציאות של סכסוכים ראוי: Patrick J. Kelley, "Holmes, Langdell and formalism", 15 *Ratio Juris*. (2002) 26.
- 54 ראוי למשל: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).
- 55 John H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* (1995).
- 56 William L. Felstiner, Richard L. Abel and Austin Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming", 15 *L. & Soc. Rev.* (1980–1981) 631.
- 57 Richard Posner, *Economic Analysis of the Law* (1998).

מגוון מתודות הכוללות חקר איכותני, ניתוח אנליטי וסטטיסטי וחשיבה בין-תחומית.⁵⁸ גישות אלה מהוות השראה למאמר זה, והוא ממשיך את המגמה של חקר אמפירי ושיטתי יותר של המשפט. עם זאת אמנם התפיסות האמפיריות הקיימות מעוניינות במציאות מחוץ למשפט, אין הן מתייחסות אל הסכסוכים העשויים "בשר ודם" שהוא מסדיר. כך לדוגמה הניתוח הכלכלי וההתנהגותי עשוי לבחון כיצד חקיקה סביבתית משפיעה על פעילות מחזור, אך לא יתמקד במשא ומתן המתקיים בין שיקולים וגורמים פרטיים וציבוריים בהקשר של סכסוך ספציפי על הפרה של החוק בהקשר זה. גם אם גישות אלה מתמקדות בהיבט מסוים של מציאות הסכסוכים, הן עושות זאת בהתמקדותן בממדים מצומצמים של התופעה ולא במלוא מורכבותה.⁵⁹ הניסיון לפתור סכסוכים או לעבד אותם בחיוב ודאי אינו מעניין.

תורת משפט אשר מתייחסת ברצינות לקיומם של סכסוכים ומתמקדת בפתרונות המתמודדים עם המורכבות שלהם, הכוללת היבטים כלכליים, רגשיים, קוגניטיביים, תרבותיים ועוד רבים נוספים, עדיין איננה בנמצא. כמה כותבים בתחום המנהל החדש – new governance – דיברו על תפקיד המשפט בניהול מלמטה למעלה, תוך מיקוד פרגמטי בפתרון בעיות או בפתרונות אד-הוק.⁶⁰

בתחום המשפט הבינלאומי והרגולציה נדון תפקידו של "חוק רך" (soft law),⁶¹ המתייחס לכלים משפטיים שאין להם תוקף חוקי מחייב, או לחלופין תוקפם החוקי "חלש" יחסית.⁶² על אף התפתחויות אלה תפיסה כוללת של המשפט כמיישב סכסוכים וכחותר לפתרונות בדרך של הסכמה ושכנוע איננה נפוצה, ושרידים ראשונים שלה ניתן למצוא בתיאוריות חוק-משפטיות או בגרסאות שוליות יחסית בתחום הכתיבה

Mark C. Suchman and Elizabeth Mertz, "Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism", 6 *Annual Review of Law and Social Science* (2010) 555.

Feldman, Yuval and Perez, Oren, "How Law Changes the Environmental Mind: An Experimental Study of the Effect of Legal Norms on Moral Perceptions and Civic Enforcement", 36 *Law & Soc'y Rev.* (2009) 501.

Orly Lobel, "The Renew Deal: The Fall Of Regulation and The Rise of Governance in Contemporary Legal thought", 89 *Minn. L. Rev.* (2004) 342; Lisa Alexander, "Stakeholder Participation in New Governance: Lessons From Chicago's Public Housing Reform Experiment", 16 *Geo. J. Poverty L. & Pol'y* (2009) 117; Helen Herskoff & Benedict Kingsbury, "Crisis, Community, and Courts in Network Governance", 28 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* (2003) 319, p. 322; Jason M. Solomon, "Law and Governance in the 21st Century Regulatory State", 86 *Tex. L. Rev.* (2008) 819, p. 827.

Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, "Hard and Soft Law in: ראו למשל: International Governance", 54 *Int'l Org.* (2000) 421.

Alan Boyle, "Some Reflections on the Relationship of Treaties: להרחבה ראו למשל: and Soft Law", *Int'l & Comp. L.Q.* (1999) 48, pp. 901-913.

התורת-משפטית.⁶³ מרבית הכתיבה והעיסוק במשפט היא כמנגנון של כללים בעלי אופי כופה אשר יש לשכלל את ניסוחם וכוחם על מנת להשיג ציות וניהול מיטבי. כאשר בוחנים את המשפט בחינה אמפירית, לרוב העיסוק הוא בבחינת השפעתו על ציות לחוק⁶⁴ ובהבנת המפגש שלו עם המציאות,⁶⁵ אך ההנחה היא שתפקידו הכופה ועיסוקו הנורמטיבי בקביעת כללים אינם מצויים במחלוקת.

2. שישה נרטיבים מארגנים של תורת משפט של יישוב סכסוכים

בניגוד לעמדה התורת-משפטית הרווחת, כפי שתוארה כאן, מאמר זה יוצא מכלל הנחה כי תפקיד מרכזי של המשפט הוא לעודד פתרונות בדרך של הסכמה ושכנוע, וכי על הסמכות והכוח לכפות פתרונות מלמעלה להישמר למצבים קיצוניים ולהפסיק להיות אידאל מנחה של המערכת המשפטית. האידאל החדש של עידוד פתרונות מוסכמים והתפתחויות יצירתיות ומעבר מסכסוך אחד למשנהו ינחה את תפיסת תפקידם של השופטים כמיישבי-סכסוכים אשר הקיימת בבסיס המאמר.⁶⁶ תורת המשפט של יישוב

-
- William H. Simon, "Solving Problems vs. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Liberalism", 46 *Wm. & Mary L. Rev.* (2004) 127, p. 127; William H. Simon, "Toyota Jurisprudence – Legal Theory and Rolling Rule Regimes", 4.79 *Colum. Pub. L. Res.* (Gillian E. Metzger ed., 2004) 1 פתרון בעיות אשר תחליף את זו ההארטיאנית מבוססת הכללים. במסגרת גישה זו נורמות אינן נקבעות מלמעלה למטה, ובמקום התמקדות בזכויות ובהגנה על חירות שלילית המשפט מקדם דליברציה ושיתוף אזרחי בקבלת אחריות משותפת.
- 63 על מאפייני המחקר האמפירי של המשפט והצבעה על מגבלותיו ראו: דפנה הקר, "מחקר אמפירי של המשפט: הערות אזהרה אוהדות על המגמה העכשווית", **עיוני משפט** לד (תשע"א) 327; Anthony Braga and David Weisburd, *Policing Problem Places: Crime ; 327 Hot Spots and Effective Prevention* (2011); Yuval Feldman and Oren Perez, "Motivating Environmental Action in a Pluralistic Regulatory Environment: An Experimental Study of Framing, Crowding Out, and Institutional Effects in the Context of Recycling Policies", 46 *L. & Soc. Rev.* (2012) 405
- 64 Daphna Hacker, "The Gendered Dimensions of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought", 7 *JELS* (2010) 322
- 65 John W. Burton, *Violence Explained: The sources of Conflict, Violence and Crime and Their Prevention* (1997) pp. 94–96 ראו: ברטון מדבר על המעבר מכפייה והרתעה להסכמה ושכנוע במעגלים שונים של המשפחה, מקומות העבודה, הספרה הבין-לאומית והמשפט. הוא מדבר על החלפת האוטופיה המנחה מדינות ליברליות ממבוססת על שליטה מלאה וציות לכוז שבה ההסכמה, פתרון הבעיות מבוסס-הצרכים ושיתוף הפעולה הם ביסוד הפעילות האנושית. אשר למשפט הוא רואה את גישתו המוצעת כמתגברת על החסר הקיים בתגובות המוסדיות המוצעות במסגרתו שהן כפייה באמצעות החוק או שימוש בהליכים חלופיים ADR המטפלים באופי הצר בלבד של הסכסוך. מבחינתו תנועת ה-ADR מייצגת שלב מעבר בשל התמקדותה ביעילות והיעדר אופק תאורטי. במקומה יש לאמץ גישה מעמיקה של יישוב סכסוכים ופתרון בעיות אשר תטפל בתנאים החברתיים ובצרכים

סכסוכים אשר מוצעת כמסד תאורטי לפעילות יישוב הסכסוכים השיפוטי משלבת כמה נרטיבים מארגנים,⁶⁷ אשר מציעים כיצד להתגבר על ביקורות שהופנו כלפי המשפט דרך נרטיבים של הבניה מחדש ועיבוד חיובי.⁶⁸ נרטיבים אלה קשורים לביקורות שהופנו כלפי המשפט במאה העשרים, ויש להם ביטוי תורת-משפטי המתייחס לדרכי הכרעה החורגות מהנחות פורמליסטיות, אך כאן יתבצע חיבור שלהם לשימוש בעקרונות של יישוב סכסוכים בעת ההכרעה השיפוטית. מכאן יתבהר כי נרטיבים דומים של ביקורת ושל רקונסטרוקציה קיימים בתחומי המשפט וביישוב סכסוכים, וכי ניתן לשלב אותם כמערכת מושגית רבת-משתנים לצורך הבנת פעילותם של שופטים בעת הבאה לפשרות: שופטים חורגים מעקרונות פורמליים של המשפט בפנותם לנרטיבים רקונסטרוקטיביים וכן משתמשים בנרטיבים כאלה לצורך עיבוד חיובי של הקונפליקטים הפרטיים שבפניהם. נרטיבים אלה עשויים לשמש כלים לקידוד תצפיות, ראיונות ופסקי דין.

דגש על הליך: בתורת המשפט הרעיון של הליך כמתגבר על מהות ועל שאלות מטפיזיות מוכר ומקובל. הוא בא לידי ביטוי באסכולת ההליך המשפטי בארצות הברית, ובישראל במסגרת הגישה התכליתית.⁶⁹ לפי עיקרון זה, החלתם של כללים משפטיים דורשת תהליך איזון בין תכליות ועקרונות המצויים בבסיסם. הרחבתו של דגש זה לתחום הסכסוך הקונקרטי תאמר כי השופט הוא פותר בעיות, המניה כי לכללים ולאיוון המשפטי תפקיד מוגבל בהתמודדות עם סכסוכים. השופט פותר בעיות במישור הקונקרטי והפרטי של הסכסוך ולא רק במובן של איזון הערכים והעקרונות המצויים בבסיסו. משום כך על שופטים להתאים הליכים שייענו למורכבות של הסכסוך הקונקרטי. שלא כתפיסה הפורמליסטית, שלפיה השופט ממיין סכסוך ומתאימו לכללים, כאן ההנחה היא שהשופט מתאים הליך חדש לכל סכסוך, והכללים הם רק כלי עזר בהתמודדות עם המקרה החדש.

גישה קונסטרוקטיבית המתמקדת בעתיד: בתורת המשפט הרעיון שלפיו יש להציג את המשפט באור הבהיר ביותר האפשרי, ושפרשנות משפטית אמורה להציג אותו

שכבסיס קונפליקטים ולא רק בחזותם החיצונית. וראו גם: Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive regulation: Transcending the Deregulation Debate* (1992).

67 מיכל אלברשטין, **צדק אלטרנטיבי: גישור, איחוי וטיפול באמצעות מנגנונים משפטיים** (תשע"ה); In Michal Alberstein, "Experimenting with Conflicts Constructively: Search of Identity for the Field of Conflict Resolution", 1 *IJCR* (2013) 135; Michal Alberstein, "The Law of Alternatives: Conflict Resolution as The Art of Reconstruction", 70 *Studies in Law, Politics, and Society* (2016) 149.

68 לניתוח מפורט של עקרונות אלה והצגתם במסגרת חלופות שונות למשפט ובתחום יישוב הסכסוכים ראו שם.

69 דיון בעיקרון זה ולקשר שלו לפרגמטיזם האמריקני ולזרמים תאורטיים שונים במשפט האמריקני והישראלי ראו: מיכל אלברשטין, "הרעיון הפרגמטי במשפט וביישוב סכסוכים: אנטומיה של תורות משפט משתנות", **משפט ועסקים** ה (תשס"ו) 55.

כשלמות וכביטוי של הקול המוסרי והקהרנטי של הקהילה, מופיע אצל דוורקין (Dworkin)⁷⁰ גם כדרך להתמודד עם הביקורת כלפי הפורמליזם המשפטי אשר לפיו האובייקטיביות של המשפט היא סטטית וקשורה בהתאמה מלאה של כללים למקרים. במקום זאת שופטים צריכים להיות מובנים כמשלבים כללים בעקרונות וכנותנים הכרעות מאוזנות מתוך התכוונות חיובית לשקף את המוסר הפוליטי של הקהילה שבה הם יושבים. בעידן שאחרי המטפיזיקה, שבו אמיתות מוחלטות אינן בנמצא, הבחירה בהתכוונות חיובית שהיא קונסטרוקטיבית ובונה היא מהלך טבעי אשר בכוונתו לייצר מציאות לפי המתווה שנבחר. במעבר לחשיבה של יישוב סכסוכים המתנתקת מההתמקדות בכללים, ההתכוונות החיובית קשורה לעיבוד בונה של הסכסוך ולא רק של כללים והעקרונות המשפטיים שבבסיסם. ההנחה היא שבכל סכסוך יש פוטנציאל צמיחה ואנרגייה חיובית, וששופטים אמורים למצות פוטנציאל זה דרך שימוש במגוון מתודות וכלים מתאימים.

דה-קונסטרוקציה והיברידיוזציה: קונפליקטים משפטיים, בייחוד מעת שהם לובשים ניסוח פורמלי בכתבי טענות, נוטים לייצג תמונות בינאריות ומנוגדות של הסכסוך, אשר מציגות ויכוח בין שתי תמונות מוקצנות שעל השופט לבחור ביניהן. מהלך ראשון של פירוק התמונה הבינארית מתבצע בידי שופט כשהוא חושף את הפנים לכאן ולכאן בכל מקרה, כשהוא מצביע על אינטרסים מנוגדים המצויים בבסיס החוק ואשר יש לאזן ביניהם, כשהוא מאזן בפסיקתו בין הטענות של הצדדים ונותן להם רק חלק ממה שביקשו. פעולת השופט כאומן של צדק מתקן יוצרת סוג של איזון בין שתי התמונות הקוטביות שהציגו הצדדים, והיא מפרקת את הטענות לגורמים ומכריעה בכל אחד מרכיביהן אחרת. התפיסה של ממשל חדש מדגישה מורכבות זו בהקשר של קידום מדיניות ומצביעה על היבט המשא ומתן בהתפתחות משפטית.⁷¹ הרחבה של מגמת הפירוק לתחום של יישוב סכסוכים מתמקדת במקרה הקונקרטי ובשלל מאפייניו הלא משפטיים כמוקד התערבות. הבעיה המשפטית יכולה להיות שולית ביחס לבעיה רגשית, כלכלית, רפואית, תקשורתית או אחרת, ותפקיד השופט הוא לפרק סכסוך שנחזה להיות בעיה חד-ממדית הדורשת בחירה חד-משמעית ולראות בו תופעה רב-ממדית אשר טיפול בה דורש פירוק לתתי-בעיות והצעת דרכי טיפול מגוונות ולעתים סותרות בכל אחד מממדיה. בכל קונפליקט יש ריבוי גורמים, ריבוי אינטרסים, ריבוי משתתפים וריבוי דרכי פתרון, ויש צורך להבין רכיבים אלה ולהתייחס לכל אחד מהם בנפרד על מנת ליצור תהליך של שינוי.

דגש על רובד שאינו נראה לעין: בתחום תורת המשפט החיפוש אחרי רובד נסתר מהותי יותר, אשר לאורו יש לבחון את החוק הפוזיטיבי, מופיע כבר בתפיסת המשפט

70 Ronald Dworkin, *Law's empire* (1986)

71 Amy J. Cohen, "Negotiation, Meet New Governance: Interests, Skills, and Selves", *33 Law & Social Inquiry* (2008) 503

הטבעי של תומס אקווינס, ומאוחר יותר אצל ג'ון פיניס (Finnis).⁷² על פי תפיסה זו, בבסיס המשפט צרכים ועקרונות טבעיים אוניברסליים השותפים לכל בני החברה האנושית, ולאורם יש לפרש חוקים במקרים קשים (פיניס) או אף לפסול חוקים הסותרים עקרונות אלה בכירור (אקווינס). גם בשיח התורת-משפטי המודרני יותר החיפוש אחרי רובד שאינו נראה לעין יכול לבוא לידי ביטוי בחיפוש אחרי אינטרסים בגישה התכליתית נוסח ברק ובחשיבות הניתנת לעקרונות משפטיים אצל דבורקין.⁷³ הפנייה לאינטרסים החברתיים מתוך תפיסה שהם אינם בהכרח סותרים זה את זה, אלא דורשים איזון במקרים קונקרטיים, היא כמו הפנייה לאינטרסים פרטיים בסכסוך הבין-איש. תורת משפט של יישוב סכסוכים תתמקד בצרכים ובאינטרסים פרטיים, כולל זהויות ורגשות, בבסיס לעיבוד חיובי של הקונפליקט והפיכתו לבונה ולמגדיל העוגה. לפי התפיסה של יישוב סכסוכים, התמקדות בחזות השטחית הנראית לעין של העמדות יוצרת את חוויית העוגה הקבועה ומקבעת את חשיבת הנושאים ונותנים. ברובד העמדות נראה כי המשאבים מוגבלים והדעות מקוטבות. ברובד האינטרסים רב המשותף על המפריד.

דגש על רגשות ותפיסת סובייקט משפטי חדשה: בתחום תורת המשפט עיקר המאמץ להצביע על הפן הרך יותר של סכסוכים, על החיבור לרגשות ועל אתיקה של דאגה ויחסים בא מכיוון הפמיניזם המשפטי וכן מהזרם של משפט וספרות.⁷⁴ גישות אלה התמקדו יותר בתחום הרטוריקה המשפטית או באופן שבו חשיפה לספרות עשויה לעדן ולהעשיר את שיקול הדעת השיפוטי,⁷⁵ אך לא בחנו את תפקידם של רגשות ביצירת הקונפליקט ובעיבודו. במוקד תורת המשפט של יישוב סכסוכים, ובהשראה נוספת של חקר רגשות בתחום מדעי המוח בשנים האחרונות,⁷⁶ קיימת ההנחה כי תפקיד השופטים הוא לקדם דה פרסונליזציה של הסכסוך לא רק דרך הכרעה באמצעות כללים אלא גם באמצעות תפיסת הסכסוך המשפטי כבעיה משותפת בעלת מניעים רגשיים, אשר בית המשפט אמור לעזור לצדדים לפתור, או להציע פתרונות במקרה הצורך.⁷⁷ חתירה זו

John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980) 72

Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977) 73

Carol Gilligan, *In a different voice* (1982) 74

Martha Nussbaum, *Poetic Justice* (1995) 75

B. Barry, I. Smithy-Fulmer & N. Goates, "Bargaining with feelings: Emotionality in and around negotiation", *Negotiation Theory and Research* (L. Thompson ed., 2006) 99

77 בתחום יישוב סכסוכים המגמה הדומיננטית בהתפתחותו בעשורים הראשונים הייתה שימוש במודלים קוגניטיביים ורציונליים של התנהלות סכסוכים וההתייחסות לרגשות הייתה בעיקר כסרח עודף לסכסוך אשר יש להתייחס אליו באמצעות ונטילציה בחתירה לעבור להסדר הרציונלי של הסכסוך. ראו גם: Peter T. Coleman, "Crises and Opportunities: Six Contemporary Challenges for Increasing Probabilities for sustainable peace", 1 *IJCE* (2013) 96. קולמן מציינ את השוליות היחסית שיש לעיסוק בתפקיד הרגשות בעיבוד סכסוכים ואת דגש היתר שמושם בהיבטים הרציונליים והקוגניטיביים בספרות הקיימת. עם זאת העיקרון של מתן מקום לרגשות ושל "הפרדת

מבוססת על ההנחה כך שהצדדים לסכסוך אינם נפרדים אלא יש ביניהם מערכת יחסים. הם תלויים זה בזה, ותפקיד בית המשפט הוא להבינם על רקע היחסים ביניהם ולנסות להשפיע עליה, ולא רק מזווית אינדיווידואליסטית.

עבודת קהילה מלמטה למעלה: בתחום תורת המשפט קיימות מגמות כמו "ממשל חדש" (newgovernance),⁷⁸ חוקתיות פופולרית (popular constitutionalism)⁷⁹ או דמוקרטיה משתתפת (deliberative democracy),⁸⁰ אשר מציגות את חשיבותם של תהליכים המתרחשים מלמטה למעלה בפיתוח נורמות המשפט. תורת משפט של יישוב סכסוכים ממשיכה מעבר למגמה זו ומניחה כי התערבות בונה בסכסוך משפטי תוליד חוכמה משל עצמה ופתרונות יצירתיים אשר אי אפשר היה להגיע אליהם דרך הפעלת סמכות מלמעלה. פעולה שיפוטית בהקשר זה עשויה להיעזר בצוות בין-תחומי שישלב את תובנותיו בתוך תהליך פתרון הסכסוך או לנהל דיאלוג פתוח שתפקידו לחזק אפיקי תקשורת מתוך תקווה לעודד בדרך זו מציאת פתרונות ספונטנית על ידי הצדדים.

(א) יישוב סכסוכים שיפוטי כפרדיגמה חדשה להבנת פעילות שיפוטית

בשל הקושי של מונחי הפשרה או ההסדר לספק הסבר שיטתי לפעילותם של שופטים ולתופעה המעשית של ריבוי פשרות ובשל חשיבותו התורת-משפטית והתאורטית של תפקיד יישוב הסכסוכים במשפט, כיצד יש להבין את פעילותם של שופטים כאשר היא מתייחסת אל הסכסוך שבבסיס התיק המשפטי? מהו תפקידם של שופטים במציאות המורכבת של הסכסוך המצויה ברקע של כתבי הטענות?

אנשים מהבעיה" היה תמיד דגש חשוב במסגרת החשיבה של יישוב סכסוכים. ראו: Roger Fisher, William L. Ury and Bruce Patton, *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in* (2011), pp. 17–39

78 שיטת ממשל המבקשת להעביר את מרכז הכוח השלטוני לציבור על חשבון גופים מוסדיים כמו הממשלה, להרחבה ראו: R.A.W. Rhodes, "The New Governance: Governing without Government", 44 *Political Studies* (1996) 652

79 תאוריה הקובעת כי דווקא האזרחים, ולא בתי המשפט, הם שצריכים לפרשן את החוקה, וכי לבית המשפט אין כל עליונות נורמטיבית בהתמודדות עם פרשנות החוקה ושאלות הנובעות ממנה. להרחבה ראו: Helen J. Knowles, and Julianne A. Toia, "Defining Popular Constitutionalism: The Kramer versus Kramer Problem", 56 *S.U. L. Rev.* (2014) 1

80 צורה של דמוקרטיה שבה הדיון הוא מרכזי לקבלת החלטות. דמוקרטיה זו מתבססת על קונצנזוס ועל שלטון הרוב, ושונה מהדמוקרטיה המסורתית בכך שעצם קיומו של הדיון האותנטי, ולא ההצבעה בלבד, הוא מקור הלגיטימציה העיקרי לחוק. להרחבה ראו: Joseph Besette, "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government", *How Democratic is the Constitution?* (1980) 102, pp. 102–116

לכאורה הבנת תפקידם של שופטים בסכסוך דורשת כניסה אל העולמות הלא מוכרים למשפטנים של פסיכולוגיה, סוציולוגיה, ניהול, עבודה סוציאלית, קרימינולוגיה ואף מדעי המוח ולימודי התרבות. הבנת התקשורת הבינ-אישית אשר שופטים מנהלים בבתי המשפט דורשת תיאור שלהם מזווית פסיכולוגית ושל עבודה סוציאלית; ניתוח דפוסי ואופני הפעילות שלהם דורש היכרות עם תובנות מתחום הניהול; הערכת יכולתם לעזור לשיקום קורבנות ותוקפים בתחום הפלילי דורשת ידע בקרימינולוגיה; השיח שהם מנהלים באולם המשפט והטקסטים שהם כותבים בזמן פעילות ההסדרה ניתן לניתוח הרמנייטי ומזווית תרבותית. שופטים פועלים, אם יודו בזאת במפורש ואפילו יכחישו זאת, כמטפלים, כאנתרופולוגים, כמנהלים וכקרימינולוגים ובעל כורחם הם מתפקדים כבעלי מקצועות אלה מבלי שקיבלו הכשרה בהם.⁸¹ פעילות הכרחית זו מתבצעת אף שהכשרתם הבסיסית של שופטים היא משפטית, ואמת מידה מרכזית להערכתם היא כתיבת פסקי דין.⁸² מטבע הדברים הם מתפקדים על פי סטנדרטים מקצועיים חיצוניים אלה באופן שאינו תמיד אופטימלי. מאמר זה יתורר להצגת מתווה להסדרה של פעילותם זו מהזווית של יישוב סכסוכים. הסכסוך המובא לבית המשפט כמוקד

81 Resnik ; Neal Kumar Katyal, "Judges as Advicegivers", *Stan. L. Rev.* (1998) 1907 (לעיל, הערה 8); Marc Galanter, *The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases* (1986); James A. Wall and Dale E. Rude, "The judge as a mediator", *76 Journal of Applied Psychology* (1991) 54; Sarah H. Ramsey and Robert F. Kelly, "Social science knowledge in family law cases: Judicial gate-keeping in the Daubert era.", 59 *U. Miami L. Rev.* (2004) 1; הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגין, "כשאבה כואבת": על דילמת ההתחשבות בבקשתן של נשים החיות בצל האלימות להקל בענישת הפוגע, **מחקרי משפט** כו (תש"ע) 589; אבישי אנטונובסקי, "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)", **שערי משפט** ה (תש"ע) 11.

82 Stephen J. Choi, Mitu Gulati and Eric A. Posner, "Judicial Evaluations and Information Forcing: Ranking State High Courts and Their Judges", *58 Duke L.J.* (2008) 1313 הכותבים להציע מדד לדירוג שופטים על סמך נתונים גלויים לציבור, מתוך מטרה לעודד בקרה איכותית יותר על המערכת השיפוטית בארצות הברית; Richard A. Posner, "Judicial Behavior and Performance an Economic Approach", *32 Fla. St. UL Rev.* (2005) 1259. במאמר זה מציע הכותב דרכים לבנות מנגנונים להערכת שופטים על בסיס המותאם לערכאות מסוגים שונים; Ryan C. Black and Ryan J. Owens, "Elevation; Adaptation: How Circuit Court Judges Alter Their Behavior for Promotion to the Supreme Court", *7th Annual Meetings of the Conference on Empirical Legal Studies* (2012), במאמר זה נבחנות הדרכים שבהן שופטי ערכאות דיוניות בארצות הברית מנסים לתפוס את תשומת ליבם של נשיאי בתי המשפט בערכאות הערעור, כדי שהאחרונים יציעו את קידומם; דוגמה לדרכי הערכת שופטים ניתן למצוא בכללי לשכת עורכי הדין בארצות הברית להערכת שופטים שפורסמו בשנת 2005: American Bar Association, Black Letter Guidelines for the Evaluation Of Judicial Performance (2005), www.abanet.org/jd/lawyersconf/pdf/jpec_final.pdf.

התערבות הדורש עיבוד חיובי ומעורבות שיטתית יהווה את יחידת הניתוח שלאורה תיבחן פעילותם של שופטים.

התחום של יישוב סכסוכים הוא דיסציפלינה חדשה יחסית מבחינה אקדמית אשר עניינה בפיתוח חקר תאורטי ומעשי של התערבות בונה בקונפליקטים.⁸³ התחום עוסק בהיבטים אישיים, בין-אישיים, לאומיים ובין-לאומיים של קונפליקטים ובדרכים הבונות להתערבות בו. הוא בא לידי ביטוי באלה: תגובה לטראומה,⁸⁴ עברות פליליות,⁸⁵ אמצעים לקידום פתרון בעיות,⁸⁶ התמרה בתוך שיפור במערכת היחסים (Transformative Dispute System),⁸⁷ בבניית קהילה,⁸⁸ בעיצוב מערכות ליישוב סכסוכים (Dispute System)

- 83 ראו למשל: Stephen B. Goldberg, Eric D. Green and Frank E.A Sander. *Dispute resolution The handbook of dispute resolution* (Michael L. Moffitt, and Robert C. Bordone eds., 2005.); *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and practice* (2011); Roger Fisher, William L. Ury and Bruce Patton, *Getting to yes: Negotiating Agreement without giving in* (2011); Jay Rothman, *Resolving identity-based conflict in nations, organizations, and communities* (1997); Marc Gopin, *Between Eden and Armageddon: The Future of World Religions. Violence, and Peacemaking* (2000); Michal Alberstein, "Experimenting with Conflicts Constructively In Search of Identity for the Field of Conflict Resolution", 1.2 *IJCER* (2013) 135; Mohammed Abu-Nimer, "Reflections on the Field of Conflict Resolution", 1.2 *IJCER* (2013) 163
- 84 איחוי של טראומה דורש התייחסות לקורבן ולתוקף ועשוי לערב צדק מאחה או שילוב של פרקטיקות מאחות עם צדק מעניש ושימוש בהליכים משפטיים. לקישור בין יישוב סכסוכים בין-לאומיים לטראומה קולקטיבית ראו: Michal Alberstein, "ADR and Collective Trauma: Constructing Healing Forums", 10 *Cardozo J. of Conflict Resol.* (2008) 11
- 85 לפיתוח גישות של יישוב סכסוכים לטיפול בעברות פליליות ראו: Howard Zehr, *Changing Lenses – A New Focus for Crime and Justice* (2005). הליכים של צדק מאחה שבמסגרתם קרבן, תוקף וקהילה מקבלים עליהם אחריות לאיחוי וריפוי נחשבים לחלופה עיקרית המיושמת כיום במשפט הפלילי.
- 86 בבתי משפט אלה ננקטת שיטה מערכתית בין-תחומית לטיפול בבעיות חברתיות אשר המשפט הפלילי הרגיל כשל בהתמודדות עמן. לסקירת תופעת בתי משפט פותרי בעיות והקשר שלה ליישוב סכסוכים ראו Bruce J. Winick and David B. Wexler, *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and The Courts* (2003) Michal Alberstein, "Therapeutic Keys of Law: Reflections on Paradigmatic Shifts and the Limits and Potential of Reform Movements, A Book Review of: Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and The Courts", 39 *Isra. L. Rev.* (2006) 301; JoAnn L. Miller and Donald C. Johnson, *Problem Solving Courts: A Measure of Justice* (2009); *Problem Solving Courts: Justice for the Twentyfirst Century* (2009)
- 87 דור שני ביישוב סכסוכים כולל מודלים מכוונים להתמרה של מערכות יחסים בתוך כדי עיצוב מחדש של תפיסות הצדדים, והוא הולך מעבר לגישה של פתרון בעיות אשר אפיינה את הדור הראשון. ראו Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger, *The promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* (2004)
- 88 גישור קהילתי מתמקד בעיקר בהעצמתן של קבוצות מוחלשות ועוסק בטיפוח קהילות של מיישבי סכסוכים במרכזים שכונתיים בתוך כדי קידום צדק חברתי ו"גישה לצדק".

89, ניהול דיאלוג⁹⁰ ופיוס וצדק מעברי (Transitional Justice).⁹¹ מדובר בשדה בין-תחומי הכולל היבטים פסיכולוגיים, סוציולוגיים, בין-לאומיים ופרשניים של קונפליקט. בהקשר המשפטי התפתח ענף עצמאי של תחום יישוב סכסוכים הקרוי ADR (Alternative Dispute Resolution),⁹² והוא מתמקד ביישוב סכסוכים מקומיים המגיעים לבתי המשפט בשימוש בהליכים חלופיים של בוררות, גישור ועוד חלופות.⁹³ במשך כמה עשורים עסקה תנועת ה-ADR בניתוח חלופות להליך השיפוטי ובייחודן.⁹⁴ הדגשת

-
- Community mediation: A handbook for practitioners and researchers* (1991); Richard Abel, *The Politics of Informal Justice The American Experience* (1982)
- 89 התחום של עיצוב מערכות ליישוב סכסוכים התפתח כנדבך נוסף על מסגרת ה-ADR, והוא מציע שיטות למיון ולהתאמת הליכים במסגרת ארגונית המעוניינת לנהל סכסוכים באפקטיביות. DSD Stephe Smith and Janet Martinez, "An Analytic Framework for Dispute Systems Design", 14 *Harv. Negot. L. Rev.* (2009) 123; William L. Ury, Jeanne M. Brett and Stephen B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict* (1988)
- 90 סכסוכים מבוססי זהות נתפסו במשך עשורים כקשים ועיקשים לטיפול בדרך בונה, אך בשנים האחרונות צומחים מודלים חדשים העוסקים בפיתוח דיאלוג דווקא על בסיס זהויות הנחזות כמתנגשות. Jay Rothman, *From Identity-Based Conflict to Identity-Based Cooperation: ARIA Approach in Theory and Practice* (2012)
- 91 סכסוכים בין-לאומיים הם בעלי מורכבות מיוחדת, ובמקרים של הפרה שיטתית של זכויות אדם ומעברים לדמוקרטיה התפתחה בעשורים האחרונים גישה המיישמת עקרונות של יישוב סכסוכים בתחום זה. Ruti G. Teitel, *Transitional justice* (2000); *Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes* (1995); *Transitional Justice Theories* (2013); *Reconciliation(s): transitional justice in postconflict societies* (2009). לתיאור אופן יישום העקרונות של יישוב סכסוכים בתחומים אלו ראו Michal Alberstein, "ADR and transitional justice as reconstructing the rule of law", 2011 *J. Disp. Resol.* (2011) 127
- 92 לעניין התפתחות התנועה בישראל, ראו אהרן ברק, "על הגישור", **שערי משפט ג** (תשס"ב-תשס"ד) 9.
- 93 Tania Sourdin, *Alternative Dispute Resolution* (2002); Paul Newman, *Alternative Dispute Resolution* (1999); Stephen J. Ware, *Alternative Dispute Resolution* (2001); Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution* (2005); Michael D.A. Freeman, *Alternative Dispute Resolution* (1995); Laurie S. Coltri, *Alternative Dispute Resolution: A conflict diagnosis approach* (2009)
- 94 Carrie Menkel-Meadow, "Toward another view of legal negotiation: The structure of problem solving", 31 *Ucla L. Rev.* (1983) 754; Carrie Menkel-Meadow, "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: a Tale of Innovation Co-opted or the Law of ADR", 19 *Fla. St. UL Rev.* (1991) 1; Carrie Menkel-Meadow, "For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference", 33 *UCLA L. Rev.* (1985) 485; Erin Ryan, "ADR, The Judiciary, and Justice: Coming to Terms with the Alternatives", 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 1851; Harry T. Edwards, "Alternative dispute resolution: Panacea or anathema?", 99 *Harv. L. Rev.* (1986) 668

יעילות ופתרונות פרקטיים וההימנעות מפיתוח תאוריה עצמאית של יישוב סכסוכים הפכו את תופעת ה-ADR לשולית יחסית בתחום התאוריה של המשפט, ובמקרים רבים נטמעו הליכים חלופיים במערכת האדוורסרית ועברו קואופטציה.⁹⁵ הפעילות השיפוטית עצמה כקשורה ביישוב סכסוכים כמעט שלא נחקרה במסגרת זו.⁹⁶

הנחת מוצא בתחום יישוב סכסוכים היא כי ההקשר הרחב של כל סכסוך ניתן לתיאור במונחים של משא ומתן. המחלוקת המשפטית הנראית לעין עוסקת בשאלה משפטית בדבר קיומן או היעדרן של זכויות ובהכרעה עובדתית הדרושה לצורך הקצאת זכויות אלה. הביטוי המשפטי של הסכסוך הוא רק ממד אחד שלו,⁹⁷ ולפי פרספקטיבת יישוב סכסוכים יש לצדדים אינטרסים נוספים, גלויים וחבויים, הקשורים במשאבים חומריים ונראים לעין ובכאלה שאינם, אשר להשגתם יש חשיבות רבה בניהול הסכסוך. עוד מראשית הקמתה של תנועת ה-ADR היה הרעיון של מיון סכסוכים והתאמת הפורום לסכסוך עקרון מפתח של קידום הרעיון של ייעול מערכת המשפט והצגת הליכים חלופיים.⁹⁸ פרנק סנדר (Sander), ממייסדי התנועה, דיבר על הצורך לנתח סכסוכים על פי הצרכים והאינטרסים שבבסיסם, וכן בהתאמה לחסמים המונעים את יישובם.⁹⁹ הצרכים הם אוסף של אינטרסים ומניעים ראשוניים כמו חיסכון בעלויות ההתדיינות, סודיות, הוכחת זכות בציבור, שיפור יחסים עם הצד השני, יצירת תקדים, מגוון פתרונות,

95 ראו Carrie Menkel-Meadow, "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or 'The Law of ADR'", 19 Fla. State Univ. L. Rev. (1991) 1. לתופעה דומה במשפט הישראלי ראו גם: מיכל אלברשטיין, "על החיפזון והצדק הפרוצדורלי בבית הדין לעבודה: תצפיות בגישור ושפיטה" **מאזני משפט** ז (תש"ע) 119.

96 אמנם בשנים האחרונות הכתיבה על אודות היבטים חדשים של פעולת השפיטה ענפה למדי, אך על פי רוב זו מתייחסת לשאלות המשפטיות הנובעות מהיבטים אלו, או לכל היותר לשאלת התאמת הזירה השיפוטית למתודת יישוב סכסוכים כלשהי. כמו כן היא מתמקדת בפעילות שיפוטית של יישוב סכסוכים כאקספרימנטלית, חדשנית או איזוטרית ולא כעיקר פעילות השופטים. מחקר זה מבקש להרחיב את נקודת המבט שלפיה נבחנת הפעילות השיפוטית ולהציג אותה כמרכזית ובעלת עומק תאורטי. לעניין זה ראו והשוו: Hugh F. Landerkin and Andrew J. Pirie, "Judges as Mediators: What's the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada?", 82 Can. Bar Rev. (2003) 249.

97 ראו למשל: Louise Otis and Eric H. Reiter, "Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice", 6 Pepp. Disp. Resol. L.J. (2006) 351, p. 358.

98 A. Leo Levin and Russell R. Wheeler, *The Pound conference: Perspectives on justice in the future Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1979); ארנה רבינוביץ-עיני, "בתי משפט פותרים בעיות ובעיית האחיותיות: לקחים ממסוד הליך הגישור" **מחקרי משפט** כו (תש"ע) 517; קרני פרלמן, "תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הראליזם המשפטי", **מחקרי משפט** כו (תש"ע) 415.

99 Frank E.A. Sander & Lukasz Rozdeiczert, "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation Centered Approach" 11 Harv. Negot. L. Rev. (2006) 1, p. 200.

מקסום רווח, קבלת הכרה והתנצלות, קידום מוניטין, טרנספורמציה ועוד כיוצא באלו.¹⁰⁰ החסמים מסווגים בדרך כלל לאסטרטגיים, פסיכולוגיים ומוסדיים וכוללים דילמת אסיר, כשלים קוגניטיביים, צורך בהפחתת דיסוננס, פערים בין שולח לשלוח ועוד.¹⁰¹ לפי המיון על פי צרכים וחסמים של סכסוכים, ומאוחר יותר בתוך בחינת מאפיינים מאפשרים שלהם,¹⁰² יישלח לפי סנדר כל סכסוך לעיבוד מתאים באחד המבואות של בית המשפט העתידני – גישור, בוררות, שפיטה או הליכים נוספים ומשולבים.

הטענה במאמר זה היא כי גם לאחר מיון ההליכים בכניסה לבית המשפט, ואם הגיע התיק לדלת השפיטה, שהיא אחת הדלתות שעליהן דיבר סנדר, שאר הדלתות מוסיפות להתקיים עבור השופט בתור אופציות עיבוד, ועלינו להבין את פעילותן כשונה מהדגם האידאלי המיוחס לו של הכרעה רציונלית על פי עובדות ודין. השופט עוסק בפעילות יישוב סכסוכים וממילא נדרש למיונים הראשוניים מחדש של אפיון הסכסוך על מנת לדעת איך לקדם את הטיפול בו.¹⁰³ בפני השופט היושב בדין מוצב לכאורה רק הנושא המשפטי המוצג כשאלה של יישום כללים תוך הוכחת הזכות בעיבוד והפעלת צדק מתקן.¹⁰⁴ למעשה, בתפקידו כמיישב סכסוכים הוא נחשף לעתים לאינטרסים המגוונים המאפיינים את הסכסוך בין הצדדים, ותגובותיו ודרכי הניהול שלו משפיעות על אינטרסים אלו. מטבע הדברים הוא גם נחשף לחסמים המגוונים המונעים מהצדדים להגיע להסכם מחוץ לבית המשפט, ויש ביכולתו לעזור לצדדים להתגבר על חסמים אלו. קידום אינטרסים משותפים לשופט ולצדדים של חיסכון בעלויות משפטיות והוכחת צדק יעשה פעמים רבות באמצעות תמריצים של הדין או נהלים משפטיים של הפניה ותיעול

100 לפירוט של מגוון פתרונות אפשריים ראו: Frank E.A Sander and Stephen B. Goldberg, "Fitting the Forum to the Fuss: A User - Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure", 10.1 *Negotiation J.* (1994) 49

101 לסיווג בסיסי זה ראו: Kenneth J.Arrow et al., *Barriers to Conflict Resolution* (1999) ; Robert A. Baruch Bush, "Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?:The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation", 41 *Fla. L. Rev.* (1989) 253 ; Sara Cobb, *Speaking of Violence: The Politics and Poetics of Narrative in Conflict Resolution* (2013) קוב מציעה גישה נרטיבית להבנת משא ומתן וכשלים בסכסוך ומציגה את המושג של Turning points המתייחס לשינוי בהנחיה של הקונפליקט כמקור לטרנספורמציה שלו.

102 Sander and Lukasz (לעיל, בהערה 40).

103 ראו לדוגמה רע"א 6828/04 **מרטיץ נ' פוליטנסקי**, פס' ה(2) לפסק דינו של השופט ש' דותן, (פורסם בנבו, 2004) – "גישור עדיף על שיפוט, שכן ההכרעה בו היא הסכמית ולא כוחנית. הגישור לא בא לפתור את בעייתם של בתי המשפט. הגישור בא לפתור את בעיותיה של החברה. הוא פועל מחוץ לבתי המשפט, ובטרם יובא הסכסוך לבית המשפט. אך עם זאת, אין לכחש כי לגישור חשיבות רבה בהורדת העומס מבתי המשפט. אין זו מטרתו, אך זו צריכה להיות תוצאתו".

104 על השופט כאומן של צדק מתקן ראו: אריסטו, **אתיקה ניקומאכית** ספר ה פרק ב (115).

של תיקים.¹⁰⁵ גם לחסמים מסוימים בדרך להגעה להסכם ניתנים פתרונות משפטיים פרוצדורליים.¹⁰⁶ מרבית האינטרסים האחרים המתקיימים בסכסוכים וכן הכשלים המאפיינים אותם אינם מוסדרים כלל פורמלית, ועל כן פעילות יישוב הסכסוכים של שופטים מתייחסת אליהם במובלע או בשימוש באלתור ופיתוח סגנון אישי המותאם לשלבים השונים של ההתדיינות המשפטית. פעולות אלה עשויות להשתנות מסוג תיקים אחד למשנהו, להתפתח לאורך זמן, לנוע בין פרקטיקות מוסדרות ומובהקות לרנדומליות, והן ראויות למחקר עצמאי.

לנוכח האמור לעיל, השילוב במאמר ייעשה בין מתודות ה־ADR לתפיסת התאמת הפורום לסכסוך הקיימת בתחום מאז הולדתו לתפיסה של יישוב סכסוכים מזווית בין־תחומית חברתית רחבה וכוללת. במקום להשתמש במונח הצר של מחלוקות – disputes – המייצג בחלק מהכתיבה בתחום יישוב סכסוכים ויכוחים חד־ממדיים על משאבים מוגבלים הניתנים להכרעה בדרך של מיקוח, ישמש הביטוי "סכסוכים" – conflicts – המקביל למונח קונפליקט ומייצג חוסר הסכמה עמוק המערב אינטרסים והיבטים חברתיים, צרכים ורבדים נוספים. חלקם של הצרכים אינם נזקקים לחלוקה ואף עשויים לגדול עם הצריכה ולאפשר הגדלת העוגה.¹⁰⁷ האפיון הרחב של סכסוכים משפטיים ניתן להיעשות בתחומים של פלילי ואזרחי, והוא חוצה גבולות גם מבחינת שיטות המשפט. בסכסוך הפלילי תוצב הבעיה החברתית שבבסיס העברה, כולל הצדדים הנוספים שלה – משפחתו של הנאשם, הקורבן והקהילה – כמוקד התייחסות של בית המשפט. זירת ההסדר הדורשת יישוב סכסוכים שיפוטי עשויה להתרחב גם למשרדי

105 ראו למשל: תקנות 5, 15 ו־16 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז–2007, ק"ת 6579.
 106 כך לדוגמה לגילוי מסמכים יש חשיבות לצורך הפחתת אופטימיזם מופרז שהוא כשל קוגניטיבי מרכזי במשא ומתן. אופטימיזם באשר למידע יכול להתאזן עם חשיפת המידע הרלוונטי המצוי בידי הצד השני כפי שהוא מחויב בפרק ט' לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 4685, העוסק בדרכים השונות לחשוף מידע על הצד השני למשפט.
 107 כך למשל הצורך בביטחון, בהכרה מהצד השני ובהכרה בשלומו של צד שלישי הם לעתים מרכזיים בסכסוך, ואין צורך לחלקם כלל. על ההבחנה בין disputes ו־conflicts והמתודות השונות להתערבות בהם Burton (לעיל, הערה 66), בעמ' 97: "A generalization would be that *disputes* which are confined to interpretations of documents, and *disputes* over material interests in respect of which there are consensus property norms, fall within a traditional legal framework. *Conflicts, which involve non-negotiable human needs*, must be subject to conflict resolution processes. These would include many cases of *crime and violence*". במאמר זה ההנחה היא כי כל מחלוקת, גם אם נחזית כמשפטית וצרה, יכולה להתפס כקונפליקט בעל מאפיינים מורכבים המאפשרים עיבוד, ובסופו של דבר הבחירה היא כיצד להתערב בה לפי הפרשנות שלנו אותה ולמידת הנכונות להיכנס לעומקה.

התביעה, אשר ברוב המצבים משפיעה על גיבוש הסדר הטיעון ועיצובו.¹⁰⁸ ההנחה היא כי סכסוכים משפטיים הם תמיד מורכבים, מרובי-ממדים, קשורים במגוון הקשרים חברתיים, תרבותיים וכלכליים, ופעילות השיפוט עשויה בעיקרון להתייחס למורכבות זו¹⁰⁹ אף אם פעמים רבות הבחירה תהיה להתעלם ממנה. התפיסה של מורכבות, שלעתים נקראת במשפט "פוליצינטריות",¹¹⁰ המאומצת במאמר זה, היא פרשנית ולא פוזיטיביסטית. היא אינה רואה במורכבות מאפיין של מערכות מסוימות בלבד או של שאלות משפטיות מסוימות בלבד, ואף אין היא שיקוף בלבד של מצב דברים כפי שהוא בעולם. המורכבות היא סכמה פרשנית שמטיל המתבונן, שהוא השופט בענייננו. הבחירה אם להכיר בה ולהתמודד עמה קשורה למכלול מאפיינים הקשורים, אך היות הסכסוך המשפטי מורכב תמיד הוא הנחת מוצא של המאמר. תחום יישוב הסכסוכים החדש המוצג במאמר זה ייקרא אפוא Judicial Conflict Resolution – JCR, והוא מתמקד בפעולתם של שופטים ביישוב הסכסוך הבין-תחומי, החברתי והמורכב.

ג. השופט/ת החדש/ה: ניהול, טיפול, ריבוי משימות וערפול

התחום של יישוב סכסוכים, ובייחוד ADR, מציע שיח בין-תחומי ממוקד-מטרה לדיון בנושא הפעילות השיפוטית שאיננה הכרעה משפטית. בשנים האחרונות חלו התפתחויות שונות המציבות תפקידים חדשים לשופטים הנוגעים למעורבות עמוקה יותר בקונפליקטים המובאים בפניהם.

התפתחות מרכזית אחת בהקשר של תפקידים שיפוטיים חדשים נוגעת לדגש על רגשות ומערכות יחסים ומציגה את הדמות של השופט הטיפולי (The therapeutic

108 להרחבת הדיון בנושא זה ראו Michal Alberstein, Nourit Zimerman, "Constructive Plea Bargaining: Towards Judicial Conflict Resolution", 32 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 279 (2017).

109 לקשר בין מורכבות לפעילות השיפוטית ראו: Posner (לעיל, הערה 3), בעמ' 50 פוזנר מגדיר מורכבות כך: "A question is complex when it is difficult by virtue of involving complicated interconnections or interactions – in other words when it is a question about a system rather than a monad"; שם, בעמ' 54–55, הוא מבחין בין מורכבות חיצונית הקשורה בעולם האמתי ובמערכות בעלות אינטראקציות מרובות ושונות למורכבות פנימית הנוצרת בעקבות המשפט עצמו כחלק מההבניה התאורטית שלו. פיטר קולמן מגדיר תפיסה מורכבת של סכסוך כנגזרת של תפיסה רב-ממדית של הסיטואציה החברתית שבה הוא נמצא או כהגדרתו: "the degree of multidimensionality of... individuals' experiences and behaviors as they interact with and respond to multi-dimensional situations and topics". להרחבה, ראו גם Katharina G. Kugler, Peter T. Coleman, Anna M. Fuchs, "Conflict, complexity, and openness: Constructive vs. destructive discussions on intractable issues", 3 *WOP Working Paper* (2011).

110 Fuller (לעיל, הערה 9) בעמ' 394–404.

111, Judge) אשר תפקידו לשלב אתיקה של דאגה בפעולתו, 112 להביע אמפתיה ולנקוט פעולות משקמות ומעצימות במצבים שבהם כיווני פעולה אלה רלוונטיים. 113 הפעילות השיפוטית הרגילה כרוכה בעבודה עם רגשות אשר לעתים מופיעים בעצמה ובאינטנסיביות גבוהה במהלך הדיון בסכסוך. רובה של התנהלות זו אינה מוסדרת באמצעות נוהל או דין. 114 מאז ומתמיד נחשב קיומם של רגשות לאלמנט לא רציונלי, המעכב ברוב הפעמים את פתרון הסכסוך וחסר רלוונטיות מבחינה משפטית. 115 מגמות אלה השתנו בשני העשורים האחרונים, אשר חלה בהם תמורה והתפתחות ניכרת בתחום חקר הרגשות, 116 ואף במדעי המוח, 117 והם הובילו לעניין גובר ברגשות כביטוי בעל חשיבות במשא ומתן וביישוב סכסוכים הדורש המשגה והסדרה. גם בתחום המשפט ואף בהקשר פעילותם של שופטים התפתחו בשנים האחרונות תנועות ותפיסות שונות המדגישות קיומם של רגשות והמקנות כלים לניהול ולתיעול מיטבי שלהם. 118 מדריכים שונים להתנהלות שופטים בבתי משפט במסגרת העיסוק ביישוב סכסוכים כוללים בתוכם

- 111 פרלמן (לעיל, הערה 98).
- 112 Gilligan (לעיל, הערה 7174).
- 113 Winick and Wexler (לעיל, הערה 86).
- 114 בישראל התפרסמו בכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז–2007 כללי התנהלות שיפוטית המדגישים את החשיבות שיש לשמירה על כבודם של בעלי הדין ואת ההתנהלות הראויה בניסיון להביא את הצדדים לידי הסדר. יש לציין כי המדריכים לשופטים פותרי בעיות או מייצרי פתרונות אינם נמנים עם מקורות ההכשרה וההשראה של שופטים. השתלמויות בנושא התמודדות עם רגשות אינן מכוונות בדרך כלל לשופטים אם כי קם עניין לאחרונה במושג "השפיטה הטיפולית", ושופטים אף משתתפים בכינוסים שונים הנוגעים בנושא. ראו למשל: כתב העת "מחקרי משפט" הקדיש בשנת 2010 גיליון לתורת המשפט הטיפולית.
- 115 המחקר האקדמי עוסק בהרחבה בהנחת המשפט בדבר חוסר הרלוונטיות של רגשות ובמשמעותיותה. ראו למשל: Terry A. Maroney, "The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion", 99 *Cal. L. Rev.* (2011) 629; Melissa L. Nelken, "Negotiation and psychoanalysis: If I'd wanted to learn about feelings, I wouldn't have gone to law ; school", 46 *J. Legal Educ.* (1996) 420; Posner, *How judges think* ; (לעיל, הערה 3); Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, "Inside the judicial mind", 86 *Cornell L. Rev.* (2000) 777; Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, "Blinking on the bench: How judges decide cases", 93 *Cornell L. Rev.* (2007) 1.
- 116 Hadar Behrendt and Rachel Ben-Ari, "The Positive Side of Negative Emotion The Role of Guilt and Shame in Coping with Interpersonal Conflict", 56 *Journal of Conflict Resolution* (2012) 1116.
- 117 Jeremy Lack and François Bogacz, *The Neurophysiology of ADR and Process Design: A New Approach to Conflict Prevention and Resolution* (2012).
- 118 David B. Wexler, *Therapeutic jurisprudence: The law as a therapeutic agent*, (1990); Sharyn Roach Anleu and Kathy Mack, "Judicial authority and emotion work", 11 *The Judicial Review: Selected Conference Papers: The Journal of the Judicial Commission of New South Wales* (2013) 329; Terry A. Maroney, "Emotional Regulation and Judicial Behavior", 99 *Cal. L. Rev.* (2011) 1485.

התייחסות לרגשות, הבעת אמפתיה, התכוונות חיובית ואף שיקוף והבעת רגש מכס השיפוט.¹¹⁹

התפתחות אחרת מתמקדת בניהול סכסוכים בידי שופטים ובהסדרה של ניהול זה. בקנדה למשל נדון השופט מרובה-המשימות (The multitasking judge),¹²⁰ ונסקרו פעילויות וכלים חדשים בעיקר בתחום האזרחי לעידוד הסדר המשמשים כיום בבתי משפט.¹²¹ במסגרת זו נעשה ניסיון להמשיג את פעילות הניהול השיפוטי כ-Judicial Dispute Resolution – JDR.¹²² המושג JDR משמש בהקשר זה לתיאור פרוצדורות ספציפיות המוסדרות פורמלית ששופטים משתמשים בהן על מנת להוביל צדדים להסדר.¹²³ באוסטרליה נכתבו ספרי הדרכה העוסקים בשפיטה מבוססת-פתרונות (solution based judging) בעיקר בתחום הפלילי ובבתי משפט פותרי בעיות,¹²⁴ ובאגודת השופטים האמריקנית דובר על שפיטה לאור עקרונות הצדק הפרוצדורלי, בהתייחסות לפעולת השפיטה בכלל.¹²⁵

אף אחת מהתנועות ומההתפתחויות האמורות לא הדגישה את תפקידם של שופטים כמיישבי סכסוכים כהנחת הבסיס שלה. אף אחת מהן אינה מקיפה את מכלול העקרונות התורת-משפטיים של יישוב סכסוכים, ולכל היותר נגעו תנועות אלה שלא במפורש בעקרונות של פירוק לגורמים וניהול או בנוגע לרגשות.¹²⁶ כל אחת מהתנועות מתמקדת בענפים או באזורים ספציפיים של המשפט, כמו הדין הפלילי, בתי משפט פותרי בעיות

-
- 119 ראו לדוגמה: <http://ndcrc.org/resource/problem-solving-justice-toolkit>.
- 120 Tania Sourdin and Archie Zariski, *The Multi-Tasking Judge: Comparative Judicial Dispute Resolution* (2013).
- 121 רוב הדוגמאות בהקשר זה הן מקנדה. מדובר במסגרות פרוצדורליות חדשות המאפשרות לצדדים לבחור אפיקים שונים של יישוב סכסוכים שיפוטי, וכן מערבות הליכים שיפטיים של הערכה, גישור ובוררות.
- 122 ראו: Sourdin and Zariski (לעיל, הערה 120) בפרק הראשון בספר זה, מופיעה ההגדרה הזאת להליכי JDR: "The work undertaken by Judges to encourage, direct or engage in settlement processes for civil litigation, including judicial conciliation and mediation"; M.S. King, *Solution-Focused Judging Bench Book* (2009); Noel Semple, "Judicial Settlement-Seeking in Parenting Cases: A Mock Trial", 2013 *J. Disp. Resol.* (2013) 301.
- 123 *Judicial Dispute Resolution Guidelines* (2005): www.albertacourts.ab.ca/CourtofLanderkinand;Appeal/JudicialDisputeResolutionGuidelines/tabid/322/Default.aspx].
- 124 Pirie (לעיל, הערה 96), "The Purpose of Judicial Dispute Resolution (JDR) is to Reach a Settlement on all Issues, or to Resolve as Many Issues as Possible, with the Assistance of a Justice of the Court".
- 125 Michael King, *Solution Focused Judging Bench Book* (2009), www.aija.org.au/Solution%20Focused%20BB/SFJ%20BB.pdf.
- 126 איגוד השופטים האמריקני פרסם בשנת 2008, White Paper 2008, הקורא להכנסתם של עקרונות הצדק הפרוצדורלי לאולם המשפט. ראו: The Journal of American Judges Association, "A Special Issue on Procedural Justice", 44 *Court Rev.* (2007–2008) 26 [aja.ncsc.dni.us/courtrv/cr44-1/CR44-1-2.pdf].
- 126 ראו דיון בעקרונות אלה בחלק שני למאמר זה.

וניהול הסדר אזרחי. כולן מציגות את עצמן כחלופות, כחדשנות ואקספרימנטליזם, או כמציעות כלים נוספים לשם ביצוע פעולת השיפוט הרגילה. על כן ממילא השפעתן בשדה המשפט היא קטנה. אין הן מציעות תפיסה חדשה ומקיפה. התמקדותן היא מעשית וחסרת עומק תאורטי.¹²⁷

לפיכך החלק הבא של המאמר ימזג את התאוריה של יישוב סכסוכים כפי שהוצגה כאן עם הפרקטיקה המתפתחת ויעסוק במיפוי פעילות שיפוטית קיימת, פלילית ואזרחית גם יחד, בשימוש בפרוצדורות השונות של יישוב סכסוכים המתבצעות בספונטניות בידי השופטים ואשר חלקן אף מוסדרות באמצעות החוק. המיפוי יכלול קריאה ראשונית במסגרת המשפטית הישראלית המסדירה פעילות זו כולל חוקים, תקנות, כללי אתיקה ופסיקה בסיווג ובמסגור של פעולות אלה כיישוב סכסוכים שיפוטי. המיפוי יכלול אף התייחסות לכמה דוגמאות של מודלים חדשים המשמשים בעולם ליישוב סכסוכים שיפוטי. חלק זה ישלב רשמים מהשטח אשר יתבססו על תצפיות של סטודנטים על התנהלות של שופטים בבתי משפט שהתנהלו במסגרת הקליניקה לגישור והקליניקה ליישוב סכסוכים שיפוטי באוניברסיטת בר-אילן וכן שיחות עם שופטים וכתביה שלהם על פעילות יישוב הסכסוכים שהם עושים. רשמים ודוחות אלו יהיו ראשוניים בלבד, והם רק הקדמה למחקר אמפירי רחב ושיטתי שניתן לעשותו באשר לפעילות יישוב סכסוכים של שופטים.¹²⁸

ד. מגוון הליכים של יישוב סכסוכים שיפוטי

1. מהסדר בצל החוק אל יישוב סכסוכים בצל ההסדר, לקראת יישוב סכסוכים שיפוטי

תפיסה עמוקה של יישוב סכסוכים ניתנת ליישום בפעילותם של שופטים ותאפשר להיחלץ מהחתימה להסדר או פשרה כמסבירות ומנחות את פעולתם. מגוון הליכי יישוב סכסוכים שמציעה התנועה ליישוב סכסוכים ניתנים לאיתור בפעולותיהם של שופטים, והם נעים מפעילות בצל ההכרעה השיפוטית כמו משא ומתן שיפוטי ובוררות שיפוטית, אל מגמה חדשה שהיא יישוב סכסוכים שיפוטי, הכוללת גישור, בניית דיאלוג, פתרון בעיות, צדק מאחה ועיצוב מערכות ליישוב סכסוכים. במסגרת מגמה זו שופטים אחראים ליישוב הסכסוך ולעיבוד חיובי שלו. מגמה זו היא ביטוי לתפיסה תאורטית של המשפט כמיישב סכסוכים, אשר מותירה את ההכרעה השיפוטית על פי כללים כמתאימה למצבים שוליים יחסית כאשר ברוב המצבים שופטים אמורים לעסוק ביישוב הסכסוך. הליכי יישוב הסכסוכים השיפוטי שייסקרו להלן הם מסגור מחדש של החתימה להסדר בתוך

127 ראו: Alberstein (לעיל, הערה 69).

128 להצעה מקיפה לבחינה אמפירית השוואתית של התופעה באיחוד האירופי ובישראל ראו מחקר ה-ERC כמתואר בפתיח.

התייחסות למתודות של ה-ADR. מסגור זה ייבחן בחינה ראשונית לאור אלה: הנרטיבים המארגנים של תורת משפט של יישוב סכסוכים; החוק הקיים והאפשרויות שהוא מציב; יישומו בפועל וממצאים אמפיריים ראשוניים על פעילות זו בפועל. המעבר בין ההליכים יבטא עלייה בתפקיד יישוב הסכסוכים של השופט, והוא יציג תפיסה אידאולוגית של יישוב סכסוך אשר לרוב אינה קיימת בפועל, ודאי שלא במודע, בפרקטיקה הקיימת. השערת מאמר זה היא כי הליכים אלה מתרחשים לאורך שלבי ניהול הסכסוך המשפטי (פלילי ואזרחי) באינטנסיביות משתנה הדורשת בחינה והערכה.¹²⁹ המתווה, המוצג הצגה ראשונית בשלב זה, מתבסס על האפשרי במסגרת החוק והרגולציה הקיימת; המצוי בפרקטיקה המעשית של שופטים, והרצוי לפי המתווה האידאולוגי המוצג פה. בשל התמריצים המוסדיים לקידום הסדר, כפי שיפורטו בהמשך, ההנחה היא כי בקדם-המשפט או בישיבות המקדמיות של ההליך השיפוטי תחול פעילות יישוב הסכסוכים העשירה ביותר.

טבלה מס' 1: השערת שכיחות ועצמת תהליכי יישוב סכסוכים שיפוטי לאורך שלבי ההליך

קדם משפט / ישיבת הסדר	סעדים מקדמיים ובקשות	דיון עיקרי	סעדים ובקשות בזמן הדיון העיקרי	הכרעת דין	דיון בגזר (בפלילי) / דיון בקשות לאחר פסק הדין (אזרחי)	גזר הדין (בפלילי)	
+++	+	+	+		+	+	מו"מ שיפוטי
+	+			++	+	+	בוררות שיפוטית
++	+		+				גישור שיפוטי
++	+			+	+	+	פתרון בעיות שיפוטי
+					++		עידוד דיאלוג וטרנספורמציה
+		+			++	+	איחוי פגיעות
+++	+		+				עיצוב סכסוכים

129 ההשראה לחלוקה זו לשלבי ההליך היא מאמרה של וינשל (לעיל, הערה 9).

2. משא ומתן שיפוטי – המשא ומתן על שאלת ההכרעה המשפטית

ככלל, משא ומתן מתקיים כאשר שני צדדים או יותר מנסים להגשים מטרה משותפת או לפתור סכסוך, והאינטראקציה ביניהם מאופיינת באינטרסים מנוגדים – כל צד מעוניין בתוצאה שונה. לשני הצדדים צריכה להיות אפשרות נתפסת של השפעה, העדפה של הסכם על פני דרכי פעולה אחרות, ופעילותם כוללת התייחסות לנכסים מוחשיים ושאינם מוחשיים, ומתקיימת בדרך כלל ב"ריקוד" של קח ותן.¹³⁰ ברגיל ההתייחסות למשא ומתן בהקשר של ההליך המשפטי מתמקדת בזה המתנהל בין הצדדים מחוץ לבית המשפט, במסדרונותיו, בצל החוק ולעתים באולם בית המשפט. בהקשר של יישוב סכסוכים שיפוטי ניתן לתאר משא ומתן המתנהל בין שופטים וצדדים לסכסוך, ובמסגרתו שופטים מנהלים משא ומתן עם הצדדים מתוך עניין לפתור סכסוכים שלא בדרך של הכרעה שיפוטית. הצדדים מעוניינים לקבל הכרעה שיפוטית משום שלתפיסתם מיצו את אפשרויות יישוב הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט. הצדדים עצמם, אם הם אנשים פשוטים ושחקנים חד-פעמים, לרוב מעוניינים בהשמעת קולם בעניין עמדתם בסכסוך גם ללא קשר לעניין התוצאה.¹³¹ לעורכי הדין לעתים תמריצים מעט שונים, אך ככלל הם חותרים לליבון הסכסוך המשפטי.¹³² לעומתם השופטים חותרים בכל דרך שלא לקיים הכרעה שיפוטית מלאה בשל הלחצים שמפעילה עליהם המערכת, שהיא עמוסה בהגדרה בשיטתיות, ותפיסת הזמן השיפוטי שהוא יקר ערך.¹³³ השופטים מצופים לניהול יעיל של תיקים,¹³⁴ ובשל השיעור הגבוה של תיקים המוזרמים אליהם קיימת הנחה מערכתית

Roy J. Lewicki, Bruce Barry, and David M. Saunders, *Negotiation: Readings, Exercises and Cases* (2010)

131 ראו למשל: Tom R. Tyler, *Procedural Justice, legitimacy, and the Effective Rule of Law, Crime and Justice* (2003) pp. 283–357; Rebecca Hollander-Blumoff and Tom R. Tyler, "Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution", 4992 *J. Disp. Resol.* (2011) 1

132 ברוב התיקים המשפטיים, שבהם צדדים מיוצגים על ידי עורכי דין, שאלת התמריצים שלהם כרוכה פעמים במתחים בין שולח לשלוח. עורך הדין עשוי להיות מתומרץ מכוח הסכמי שכר הטרחה שלו להאריך את הדיון המשפטי ולקדמו כדי להיות מתוגמל על שעות הייצוג ועל ההתקדמות בהליך. לעתים הוא עשוי להיות מתומרץ דווקא לסגירה מהירה של הליכים בשל תשלום גלובלי או דרך אחרת של תגמול.

133 על תופעת העומס בבתי משפט ראו למשל: William O. Douglas, "Supreme Court and Its Case Load", 45 *Cornell L. Q.* (1959) 401; Gerhard Casper and Richard A. Posner, "A Study of the Supreme Court's Caseload", 3 *J. Legal Stud.* (1974) 339; Stuart Adams, "Some findings from Correctional Caseload Research", 31 *Fed. Probation* (1967) 48; F.J. Center & P.A. Freund, "Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court (US)", *FJ Center NCJ* 012085 (1972) 1

134 E. Donald Elliott, "Managerial Judging and the Evolution of (לעיל, הערה 8); Resnik Procedure", *The University of Chicago L. Rev.* (1986) 306; Steven Flanders, "Blind Umpires--A Response to Professor Resnik", 35 *Hastings L.J.* (1983) 505

בדבר סיום הסדרי של מרבית התיקים.¹³⁵ שני הצדדים במשא ומתן שיפוטי זה תופסים את עצמם כבעלי יכולת השפעה: השופטים, מכוח הסמכות בידם, מחזיקים את הכוח לעכב את קבלת ההחלטה המשפטית ואף להשאיר אותה בגדר אפשרות מרוחקת ולא מושגת. הצדדים משתמשים פעמים רבות בזכותם החוקית כדי ללחוץ על השופטים להכריע בתיק לאחר דיון מהותי, והם מפנים את תשומת לבם של השופטים להיותה של פעילות יישוב הסכסוכים שלהם לא מוסדרת.¹³⁶ במשא ומתן המתנהל במצבים אלה ניתן להניח כי פעמים רבות השופטים משתמשים בסמכותם השיפוטית לעכב את יישוב הסכסוך בדרך של הכרעה על מנת ללחוץ על הצדדים לקבל את עמדתם בדבר הגעה להסדר שאינו כרוך בניהול הליך מלא. במשא ומתן זה על השאלה אם לקדם הליך כסדרו ניתן להניח שכל ניהול סכסוך פותח בעמדה שלילית של בית המשפט כלפי שאלה זו, וברוב הפעמים, כביטוי ליחסי הכוחות המוטים לטובת השופט המחזיק בסמכות, גובר לחצו של בית המשפט, והצדדים מגיעים להסדר או פונים להליך חלופי. תופעה זו טעונה בחינה אמפירית. עצמתה ודאי משתנה במעבר בין סוגים שונים של הליכים ובתחומי המשפט השונים, אך על אף ההנחה הפורמלית כי שופטים אינם אמורים ללחוץ על צדדים להתפשר,¹³⁷ נראה כי לחצי המערכת והתנהלותם בפועל מעידים על מגמה זו. ההתייחסות בחלק זה תהיה למשא ומתן השיפוטי ככרוך בהשפעה על המשא ומתן המתנהל בין הצדדים. דיון נפרד בהשפעתם של שופטים על יישוב הסכסוך בין הצדדים יתקיים בחלק העוסק בגישור השיפוטי.

135 לניתוח מפורט של אופן סגירתם של תיקים המתנהלים בבית המשפט ראו: וינשל-מרגל, גלון וטרבולוס (לעיל, הערה 9). נתון מעניין שנסקף במאמר זה הוא היחס ההפוך בין משך הזמן הדרוש לכתובת פסק דין בתחום מסוים לבין ההסתברות שההליך המשפטי יסתיים בפסק דין כתוב. נמצא שבתיקים שכתובת פסק דין בעניינם היא תהליך תובעני הגובה זמן שיפוטי יקר הסבירות שאכן ייכתב פסק דין נמוכה (למשל, רק בפחות מ-4% מהתיקים הפליליים המתנהלים בבית משפט השלום ייכתב פסק דין שבו תהיה הכרעה שיפוטית על בסיס הוכחות וללא הודאה). אחת מההשערות המוצגות היא כי העומס המוטל על השופטים מוביל להפעלת לחץ חזק לסגירה הסדרית של תיקים (שם, בעמ' 48). על הנחות המערכת בתחום הפלילי כי רוב התיקים מסתיימים בהסדרי טיעון ועל חוסר המציאותיות של הכרעות מלאות בתיקים ראו: Stephanos Bibas, "Plea bargaining outside the shadow of trial", 117 *Harv. L. Rev.* (2004) 2463.

136 בהרצאה שינתנה לשופטים בנווה אילן (2.3.2014) סיפר אחד השופטים כי עורך דין אשר ביקר בעיתונות את נוהג ההפניה של בית המשפט לגישור ולהליכי יישוב סכסוכים, נקבע לו אצלו מיידית תאריך להוכחות, אך במקרה זה הוא היה דווקא מעוניין בעיכוב ההליך המרכזי. ראו גם: כללי אתיקה לשופטים, תשס"ז–2007, סעיף 13.

137 שם, בתקנה 13: "(א) שופט המציע פשרה או העברה של ההליך לגישור או לבוררות, לא יכפה דעתו על בעלי הדין, ויוודא שבעלי הדין יודעים כי אי קבלת הצעתו לא תשפיע על הליכי הדיון שלפניו. (ב) בהתנהל שיגורשיח לפשרה יסייע שופט בידי בעלי הדין, ובלבד שהדבר ייעשה תוך שמירת כבודו של בית המשפט".

עקרונות של יישוב סכסוכים הרלוונטיים להליך המשא ומתן המנוהל בבית המשפט ואשר עשויים להתבטא במסגרתו הם ההכרזה על הליך מובנה לסיום התיק באופן בונה (עקרון ההליך והאופטימיות המובנית) וכן התמקדות באינטרסים של הצדדים לסיים את התיק (דגש על הרובד הנסתר תוך התמקדות באינטרס אחד בלבד). החלוקה לגורמים במובן של מסגור פלוגתאות ומוסכמות וסדרי דיון בנושאים השונים העומדים על הפרק מביאה לידי ביטוי את עקרון הזה קונסטרוקציה וההיברידיזציה בדגש על הסוגיות המשפטיות.

הלחץ על שופטים להוביל תיקים להסדר בא לידי ביטוי לעתים בחיפזון ובקוצר רוח המורגש במשא ומתן באולם בית המשפט. במונחים של משא ומתן הזמן השיפוטי הוא המשאב המוגבל שעליו נושאים ונותנים, ועל כן המאמץ מצד שופטים יהיה תמיד למקד את הצדדים לסוגיה המשפטית הצרה ולהימנע מהבנה רחבה יותר של הסכסוך.¹³⁸ הצדדים מצדם יהיו מעוניינים לרוב בליבון מעמיק ומקיף. המשאבים שאינם מטריאליים קשורים בהקשר זה באלה: מוניטין של הצדדים, של נציגיהם ושל השופט היושב בדיון, שביעות הרצון מההליך והיבטים של צדק פרוצדורלי, רגשות, אמון במערכת ועוד צרכים ואינטרסים שונים. למשל, בתצפיות שערכנו בבית הדין לעבודה בתל אביב בשנים 2007–2008 מצאנו כי פעמים רבות שופטים מהסים מתדיינים, מנסים עד כמה שניתן להימנע מעיסוק ברגשות, דוחים תיאורים ארוכים ומרחיבים של הסכסוך ואף מבטאים לעתים קוצר רוח וחוסר עניין בתיאור מקיף של ההיבט האנושי המאפיין אותו.¹³⁹ המסגרת הדיונית לסמכויותיהם של שופטים במשא ומתן השיפוטי היא בעיקר קדם-משפט, הכללים החלים על שופט מוקד וכן כללי אתיקה ונהלים של הנהלת בתי המשפט. שלב קדם-המשפט הוא בהגדרה הכרזה על השעיית הצורך בהכרעה שיפוטית ומבטא התמקדות ביישוב סכסוכים ובאיסוף מידע בקשר לסכסוך כפעילות לגיטימית.¹⁴⁰ ההתייחסות בתקנות ל"בירור נושא הריב" מרמזת לתפקידו של השופט באשר לסכסוך

138 ראו לדוגמה בג"ץ 7712/92 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, פסק דינו של השופט זמיר (2001). בפסק הדין הגדיר השופט זמיר את הבעיה שביסוד הסכסוך המדובר "בעיה רב-קודקודית" והתייחס אל המורכבות הרלוונטית.

139 דוח מחקר צוות תורת משפט טיפולית בקליניקה לגישור (2007–2008) בתצפיות שנערכו בבית הדין לעבודה בתל אביב הציגו הסטודנטים את הביטויים הבאים מפי שופטים: "תענה לשאלה ואל תשאל שאלות, בקושי אתה עונה תשובות"; "אל תספר לי עוד פעם על זה, זה לא מעניין אותי"; אחרי שגערה בתובע פעמים מספר אמרה לו "תירגע!"; כשהעיד על אירוע רגיש מבחינתו, שבו המעסיק קילל אותו, לא התייחסה לרגשותיו והמשיכה לגעור בו ("... ו... תגיע כבר לעניין!"); "לא רוצה הסברים, תענה על השאלות כפי שהן נשמעות"; אמרה לתובע: "תענה למה ששואלים אותך, אל תנאם לי", כשניסה להסביר נקודה מסוימת בעניין הפיטורין; כשניסה לשאול משהו אמרה: "אתה לא שואל כאן, בקושי מעיד, וגם זה צריך להיות לעניין"; "התעסקה כל הזמן בפרוטוקול, לא הסתכלה על העדים".

140 תקנה 140 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשנ"ו–1996.

שבבסיס התובענה המשפטית, ואכן קדם-המשפט אמור לעזור לצדדים לקדם את המשא ומתן ביניהם דרך גילוי מסמכים והחלפת מידע. לעניין המשא ומתן השיפוטי, מתקיים משא ומתן בין השופט לצדדים באשר לשאלה אם להמשיך לדיון מהותי בשאלות המשפטיות משום שההליך הוא בהגדרה קודם למשפט עצמו. בשלב זה נתון לשופט מגוון רחב של סמכויות שנועדו לאפשר לו את הכנתו הראויה של התיק לדיון העיקרי. הוא יכול למקד את השאלות שבמחלוקת, לצרף או להוסיף בעלי דין, להורות על הגשת תצהירים, גילוי מסמכים, לתת סעדים זמניים, ובכך להחיש את עיבוד הסכסוך ופישוט הבעיה שבבסיסה כדי שהצדדים יוכלו ליישב אותו בהסכמה.¹⁴¹

פעולתו של השופט בשלב קדם-המשפט כמסייעת לניהול המשא ומתן בין הצדדים היא חלק ממהלכו במסגרת המשא ומתן השיפוטי עם הצדדים בנושא ההכרעה. פעולותיו והוראותיו אמורות לשכנע את הצדדים כי לא מיצו את האפשרויות מחוץ לאולם בית המשפט, וכי בעומדם לפניו יש להם סיבות ונסיבות חדשות הקוראות להגיע להסדר. פעולת ההשגחה המובנית הכרוכה בקיומו של קדם-משפט ואשר מרחיקה את פעולת השפיטה האידאלית לשלב אחר מעצימה את כוחו של השופט במשא ומתן על השאלה אם לקיים הליך משפטי מלא. תפקידו של שופט מוקד הוא ביטוי לעליית מדרגה בהשגחה זו, שכן הוא קובע שופט מיוחד לעיסוק במשא ומתן השיפוטי,¹⁴² ובכך מתמרץ את הצדדים לחשוף בפניו ממדים מורכבים יותר של הסכסוך מבלי לחשוש משיפוט מוקדם ומחשיפת יתר בשלב ההכרעה העיקרית. יש להניח שמשא ומתן שיפוטי ממשך להתקיים בכל משך ההליך – פלילי ואזרחי.

בהקשר הפלילי המסגרת העקרונית והדיונית לקיום משא ומתן שיפוטי שונה מזאת האזרחית, ראשית מבחינת ההבחנה בין התביעה המשפטית לסכסוך או הבעיה המקוריים שבבסיסה: הסכסוך הפלילי מיוחד בכך שבניגוד לאזרחי, אין הוא מתקיים בין שני צדדים שווים, אלא המדינה היא התובעת והנאשם הוא הנתבע. הסכסוך או הבעיה המקורית המצויים בבסיס התביעה הפלילית קשורים פעמים רבות בקיומו של קרבן, בבעיות של התמכרויות, במוגבלויות ובעוד גורמים חברתיים וסביבתיים. המשפט הפלילי מתרגם בעיות אלה לאישום על פגיעה בערכים חברתיים מוגנים, וממילא עיקר

141 ראו: תקנה 143 לתקנות סדר הדין האזרחי. בין יתר הסמכויות המוקנות לשופט הדין בקדם-המשפט: הוראות לעריכת תיקונים בכתבי הטענות; הוראות על צירוף ומחיקת בעלי דין; מתן סעדים זמניים; קביעת כשרות הראיות; סילוק ומחיקת תביעות; מתן פסק דין בהיעדר הגנה; מתן כל הוראה היכולה לפשט את הדין העיקרי בתיק.

142 ס' 4(ב) לתקנות בתי המשפט (המחלקה לניתוב תיקים): "שופט המוקד יהיה אחראי לניהול המנ"ת ולניהול ההליכים המקדמיים בתובענות, לרבות הגדרת שאלות שבמחלוקת בין בעלי דין, בקשות ביניים, העברת תובענות לטיפול באמצעים חלופיים ליישוב סכסוכים, הכנת תובענות לשמיעת ראיות בפניו או בפני שופטים אחרים, והכל במטרה לסייע ליעל את הטיפול בתובענות בשלב שמיעת הראיות".

התמקדותו היא בהצדקת שלילת חירותו של הנאשם ולא עיסוק בסכסוך המקורי, בתיקון הגורמים שהביאו לעברה או בטיפול בקורבנותו.

שנית, במישור הפלילי, מאחר שהצד התובע הוא המדינה, התגבשה מדיניות ניהול יעילה החותרת להרשעה ללא צורך בניהול הליך שיפוטי מלא. תיקים פליליים נסגרים בעשורים האחרונים לא דרך ניהול משפט מלא אלא ברוב המקרים דרך הסדרי טיעון.¹⁴³ הסדר הטיעון מתגבש בין התביעה לנאשם,¹⁴⁴ ותפקיד השופט הוא לבחון עד כמה הוא צודק ולא לאשרו, או לשנותו במקרה הצורך. אף שהמשגות של הליך ההגעה להסדר טיעון כמשא ומתן המתאפיינת בחירות ואשר עוסק באיזון בין משאבים שיפוטיים והשגת צדק קיימות בספרות,¹⁴⁵ אין התייחסות שיטתית למשא ומתן בין השופט לצדדים בנושא תוקפו של הסדר הטיעון. כמו בהקשר האזרחי, גם כאן יש לבית משפט אינטרס חזק לא להגיע להכרעה מלאה על בסיס שמיעת ראיות וכתיבת פסק דין. המערכת המשפטית הפלילית בנויה על הסדרי טיעון, וברוב המקרים אינה רואה בהכרעות מלאות רצויות.¹⁴⁶ עם זאת בהליך הפלילי השופט מייצג במשא ומתן השיפוטי את האינטרס הציבורי ואת השאיפה לצדק ואיזון ראוי החורג מהמיקוח בין הצדדים. ההרשעה והשתת הסנקציוני הן פעולות אלימות, שוללות חירות, על כן התנאים להפעלתן על ידי המשפט הם חמורים יותר, ומכאן השינוי בתפקיד המשא ומתן השיפוטי ביחס להסדר.¹⁴⁷ נהוג לדרוש סף ראייתי גבוה יותר בסכסוכים פליליים, וכן לומר כי עדיף זיכוי יתר מהרשעות יתר.¹⁴⁸ השופט במשא ומתן השיפוטי בהקשר זה אינו דוחף להסכמה או להסדרה ללא התערבות בתכנים שלה כפי שנעשה באזרחי, אלא בוחן את תוכן ההסדר והאיזונים המתקיימים

143 אורן גזל ואבישלום תור, "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תוכנות פסיכולוגיות, והשלכות נורמטיביות", **משפטים** לט (תשס"ט-תש"ע) 115; אורן גזל, "הסדרי טיעון ובעיית החף", **משפטים** לה (תשס"ה-תשס"ו) 1.

144 שם, בעמ' 6: "הסדר טיעון הוא הסכם בין התביעה לנאשם, שבמסגרתו מודה הנאשם בעובדות המגבשות עברה בתמורה לפעולה כלשהי של התביעה, העשויה להשפיע על תוצאות ההליך לטובת הנאשם"; סע' 67ב(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043: "התובע יתחייב להימנע מהגשת כתב אישום נגד החשוד ולסגור את תיק החקירה נגדו אם יודה החשוד בעובדות המהוות את העברה המפורטות בהסדר ויקיים את התנאים שיפורטו בו".

145 Rebecca Hollander-Blumoff, "Getting to guilty: Plea bargaining as negotiation", 2 *Harv. Negot. L. Rev.* (1997) 115.

146 אורן גזל, "הסדרי טיעון ובעיית החף" **משפטים** לה (2005) 1.

147 על היותם של הסדרי טיעון הפתרון המשפטי השגור לסכסוכים פליליים ראו: גזל (לעיל, הערה 143), בעמ' 27-44; על מעמדם של הסדרי טיעון מבחינת היחס בין התביעה לנאשם כ"חוזי רשות" אורן גזל, "עמדת התביעה בערעור כנגד דחיית הסדר טיעון", **דין ודברים** א (תשס"ה) 507; Susan R. Klein, Donna Lee Elm and Aleza S. Remis, "Waiving the Criminal Justice System: An Empirical and Constitutional Analysis", 556 *U. of Texas Law, Public Law Research Paper* (2014).

148 גזל (לעיל, הערה 143).

בו.¹⁴⁹ בשנים האחרונות ניכרת הסדרה הדרגתית של שיקול הדעת באישור הסדרים אלה עם הפיכתם לכלל ולא לחריג.¹⁵⁰ בית המשפט מייצג בהקשר זה את האינטרס הציבורי כנגד עקרון המיקוח שבבסיס ההסכם של הצדדים. אין התייחסות בספרות בתחום זה לתפקידו של משפט בקידום יישוב הסכסוך המקורי או פתרון הבעיה החברתית שבבסיסו.

הסדר טיעון נעשה בשלב מקדמי של ההליך הפלילי,¹⁵¹ ולעתים הוא יידון בימי מוקד במסגרת הדיון המקדמי, אשר על פיו נתונות לשופט במסגרת המשא ומתן השיפוט, בו השופט הדין אינו השופט המיועד להכריע בתיק אם יתקיימו הוכחות, סמכויות הדומות לשופט בקדם-משפט.¹⁵² במסגרת זו במישור הפלילי תכלית הדיון המקדמי היא לצמצם את המחלוקות הקיימות ולקדם הסדרי טיעון. שופט המוקד רשאי בישיבות המוגדרות לעתים "גישור פלילי" לעיין בחומר החקירה, לשמוע את עמדות הצדדים ואת העדים עצמם.¹⁵³ סמכות חשובה הנתונה לשופט המוקד היא האפשרות להציע לצדדים הצעות מטעמו לסיום ההליך בהסכמה. המציאות המשפטית מראה לנו כי בעזרת הליך זה מסתיים הטיפול בעשרות תיקים פליליים ביום אחד.¹⁵⁴ מסגרת זו אינה מאפשרת התייחסות לסכסוך המשפטי המקורי או לבעיה שבבסיסו, והיא ממוקדת-הסדר בלבד.

149 ראו: דינה צדוק, "הסדרת השימוש בהסדרי טיעון במשפט הפלילי – סקירה משווה", מחלקת המחקר והמידע של הכנסת (2010) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02670.pdf. ראוי לציין כי במקרים רבים הסדר טיעון מוביל להוצאת הדיון מבית המשפט. ראו למשל סעיף 67א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

150 ראו: Bibas (לעיל, הערה 135). בניתוח התקדימים במשפט האמריקאי – תיאור המהלך המקביל אצלנו.

151 ראו: עמי קובו, נאשמים בלתי עקביים בבית המשפט – מודים בבית המשפט וטוענים לחפותם (תש"ע) בעמ' 323. הכותב מביא נתונים מחקריים המצביעים על רוב גדול (יותר מ-70% מהמקרים) של הודאות נאשמים בכתב האישום בשתי ישיבות ההוכחות הראשונות.

152 ראו למשל: סעיף 143א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי: "בדיון מקדמי לפי סעיף זה רשאי בית המשפט, בהסכמת בעלי הדין, לעיין בחומר החקירה וברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת והנוגע לאישום, וכן בחומר וברשימה כאמור שנאסף או שנרשמו בידי ההגנה; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכללי חסיונות עדים או כללי ראיות חסיונות".

153 גזל ותור (לעיל, הערה 143); Ronald F. Wright, "Trial distortion and the end of innocence in federal criminal law", 154 *U. Pa. L. Rev.* (2005) 79; Gregory M. Gilchrist, "Plea Bargains, Convictions and Legitimacy", 48 *Am. Crim. L. Rev.* (2011) 143.

154 משיחה עם עוזרת משפטית בבית משפט שלום בירושלים עולה כי מספר התיקים בימי מוקד והקראות הוא עשרות ליום, וכי המגמה היא להגיע לכמה שיותר הסדרים. ראו: סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]; ס' 4 לתקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים); קנת מן "הלחצים לקיצור משך הדיון המשפטי והשפעתם על מהותו של ההליך הפלילי בסגור", הסגור 200 (תשע"ג) 9.

פרקטיקה ניסיונית מקומית המכונה "גישור פלילי" הנוהגת בבית המשפט המחוזי בתל אביב ראויה לציון בהקשר זה. במקרים מתאימים נקרא הנאשם במסגרתה להשתתף בהליך המתבצע בפני שופט מכהן שאינו השופט שבפניו מתבררת התובענה.¹⁵⁵ פורמלית הליך זה נסמך על פרשנות סעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי,¹⁵⁶ העוסק בדיון מקדמי. במסגרת זו, ולאחר קבלת הסכמה של שני הצדדים ובירור שאין פגיעה במצבו של הנפגע, מתקיימים הליכים באולם בית המשפט הכוללים ישיבות נפרדות, עיון של השופט בכל חומר החקירה, ולעתים נשמעים נפגעי עברה ומוצעים הסדרים העשויים לכלול פיצוי לקורבן.¹⁵⁷ הליך זה הוא בינתיים אקספרימנטלי ומתאפיין בסגנון האישי של השופטים המנהלים אותו.¹⁵⁸ על פי ההמשגה העקרונית של יישוב סכסוכים, ברור כי פעולה זו איננה "גישור",¹⁵⁹ באשר מונח זה מתאים לתיאור הליכים במישור האזרחי. כמו כן הוא אינו צדק מאחה,¹⁶⁰ מאחר שהקרבן הוא גורם צדדי יחסית בהליך, ואף לא נעשה ניסיון לקדם טיפול מעמיק של הבעיה¹⁶¹ שבבסיס הפשע הכולל התייחסות לשיקום ולבחנה בין-תחומית של הסוגיה. השופט בהקשר זה חותר להגיע להסדר שלא בדרך של הכרעה בדיון ומנסה להיות פעיל יותר בגיבוש הסדר הטיעון ולחזות את ההכרעה המשפטית בהקשר המיוחד של הדיון המכוון להסדר.¹⁶² במונחים של מאמר זה מדובר במשא ומתן שיפוטי בווריאציה מיוחדת ביחס למשא ומתן המקובל הנערך

155 לתיאור מפורט ולדיון בתופעה זו ראו: פרלמן (לעיל, הערה 35). בתצפית שערכתי עם סטודנטים בקליניקה ליישוב סכסוכים שיפוטי בתאריך 5.11.2015 הציע השופט בהליך המכונה בנט המשפט "גישור פלילי" הסדרים מגוונים, הוא ניסח הצהרות התנצלות אפשריות ופעל במרץ להבאה להסכמות בין הצדדים עד לכתיבת פסק דין באולם באחד התיקים.

156 ראו חוק סדר הדין הפלילי (לעיל, הערה 149).

157 ראו: הרצאה של גלעד נויטל בכינוס שנערך לכבוד פרישתה של כבוד השופטת מיכל רובינשטיין באוניברסיטת בר-אילן (11.3.2014); רויטל חובל, "השופטים הציעו לנאשם: מתן הודאה תמורת עונש אטרקטיבי" **הארץ** (21.8.2014). במאמר מתואר בעין ביקורתית מקרה ספציפי של לחץ להגעה להסדר טיעון אשר הופעל לטענת הנאשם על ידי השופט נויטל בתיק העוסק במשפט חוזר.

158 על ההבחנה החשובה בין גישור לפישור לגישור שיפוטי ראו: מירוני (לעיל, הערה 34); יורם אלרואי, "הפישור השיפוטי והגישור", 29 **הרשות השופטת** (תשנ"ט) 68.

159 ראו להלן בדיון המתחיל בעמ' 34.

160 ראו להלן בדיון המתחיל בעמ' 67.

161 ראו להלן בדיון המתחיל בעמ' 62. לעניין בעייתיות מעמדו של הקורבן בהליכים אלה ראו: Adamira A. Tijerino and Simon N. Verdun-Jones, "Four Models of Victim Involvement During Plea Negotiations: Bridging the Gap Between Legal Reforms and Current Legal Practice", 46 *Canadian J. Criminology & Crim. Just.* (2004) 471, pp. 477-478.

162 הליך דומה המופעל בארצות הברית מכונה Settlement conference. ראו: Robert L. Gottsfild and Mitch Michkowsky, "Settlement Conferences Help Resolve Criminal Cases", 90 *Judicature* (2007) 196.

בהקשר של הסדרי טיעון. באולמות בתי המשפט ניתן להבחין באלפי סגנונות אפשריים של משא ומתן שיפוטי,¹⁶³ ויש להניח כי כל שופט מאמץ דרכי השפעה משלו להובלת צדדים להסדר. נראה כי ניתן להבין את קוצר הרוח הבא לעתים לידי ביטוי באולם בית המשפט ואת הנטייה לצמצם את הסכסוך לסוגיה משפטית צרה אשר אינה מכילה את הסכסוך במלואו, כולל האינטרסים המגוונים וההיבטים הרגשיים שלו, כמשא ומתן בין השופטים לצדדים בשאלה אם להכריע בסכסוך ובהתייחסות למשאב המוגבל והיקף – הזמן השיפוטי. בשל קוצר הזמן המאפיין את התנהלות התיקים בבית המשפט התמריץ להתמקד בסוגיה המשפטית ולחזות את דרך הכרעתה הוא חזק. במסגרת זו ממדי הסכסוך הרחבים אינם נדונים בדרך כלל, והשופטים מפעילים באמצעות סמכותם כוחות "קשים", במונחים של משא ומתן,¹⁶⁴ על מנת לקדם את הפתרון בדרך שאינה הכרעה. משא ומתן זה, אף שהוא מתרחש בכל תהליך של ניהול סכסוך משפטי, הוא פעמים רבות מפתיע מבחינת הצדדים, ואף פוגע מבחינת הצדק התהליכי בתחושת האמון שלהם בבית המשפט ובהערכת ההליך. סגנון ניהול המשא ומתן הוא אישי עבור כל שופט, וכן משתנה הוא מתחום משפט אחד למשנהו ועל פי שלבי הדיון שבהם מדובר. במציאות מפעילים שופטים סגנונות שונים של התערבות על מנת לקדם תיקים להסדר, ובהם קביעת דיונים בלוח צפוף על מנת להחיש את הדיון בהם ולדברן צדדים לקדם את עניינם; הכנה מעמיקה של תיקים המלווה בהצעות ובהערכות קונקרטיות אשר ניתנת לצדדים מיד עם הגעתם לאולם; זימון הצדדים לשיג ושיח ישיר עמם באולם בית המשפט. פעילות זו משתנה משופט לשופט, ויש בה היבטים יצירתיים הכרוכים בפיתוח סגנון אישי וטכניקות מיוחדות, ולעתים היא אף מבטאת אוריינטציה חברתית.¹⁶⁵ אף שעדיין לא נחקרה בשיטתיות, ניתן להניח שפעילות זו תופסת את הנפח הרחב ביותר בפעילות שופטים, וכי יש לה חשיבות גבוהה בהשפעה על גורלו של תיק משפטי.

163 על ההבחנה בין סגנונות עיקריים של משא ומתן ראו Lewicki (לעיל, הערה 130) בעמ' 122–155.

164 השימוש בביטוי "כוחות קשים" לקוח מתפיסת המשא ומתן של פרנץ' ורייבן אשר "כוח חברתי" לפי הגדרתם הוא "יכולת פוטנציאלית להשפיע על אדם אחר (המטרה)". שימוש בכוחות שכנוע קשים כולל הפעלת סמכות שיפוטית, והוא מתאפיין בדרך כלל בשביעות רצון נמוכה, דורש פיקוח ומקדם יחסים שאינם פרו-חברתיים. ראו להרחבה: Bertram H. Raven, "A power interaction model of interpersonal influence: French and Raven thirty years later", 7.2 *Journal of Social Behavior & Personality* (1992) 217.

165 ראו: Justin Hansford, "Cause Judging", 27 *Geo. J. Legal Ethics* (2014) 1. במאמר זה מוצגת פעילותו של השופט Weinstein בפסק הדין בעניין *Agent Orange* כחתימה נמרצת להסדר בנושא תביעה ייצוגית של יוצאי מלחמת וייטנאם אשר הייתה סכנה כי אם יפסק בעניינם, לא ימצא קשר סיבתי המצדיק הכרה בנזק וקבלת פיצויים. השופט במקרה זה הפעיל לחצים שונים כגון החזקת הצדדים במשך זמן ארוך לצורך המשא ומתן ושימוש בתמריצים ואזהרות על מנת להוביל את הצדדים להסדר, ופעולה זו מתוארת בידי הכותב כשפיטה חברתית *Cause judging*, על משקל *Cause lawyering*, אשר יש לראות אותה באור חיובי.

3. בוררות שיפוטית: שילוב הסכמה בהפעלת הסמכות

הליך הבוררות דומה בעיקרו להליך השפיטה, והוא כולל הצגת טיעונים משפטיים המלווים בהוכחת עובדות בפני צד שלישי. זהו הליך שבו צד שלישי שהצדדים בחרו אותו מכריע ביניהם לפי חוזה הבוררות שקבעו. בוררות היא שפיטה פרטית המעוצבת באמצעות חוזה בין הצדדים, ואילו השופט הוא בורר הכפוי על הצדדים לסכסוך אשר הכרעתו על פי חוק ולפי כללי הפרוצדורה המשפטיים מגבילה מאוד את גמישותו ואת יכולת הצדדים לשלוט בהליך. עם זאת בהתבסס על ההנחה כי הכרעה שיפוטית מלאה היא חלופה שאינה מועדפת על שופטים בשל התמריצים השונים הניתנים להם כפי שתוארו לעיל, שופטים יכולים לתפקד כבוררים בהסכמת הצדדים ולייעל ולפשט את הטיפול בסכסוכים משפטיים. בהסכמת הצדדים שופטים יכולים לצמצם סיכונים ולקיים מה שמוגדר בספרות ה-ADR כבוררות לפי הסכם מתחם (high-low contract),¹⁶⁶ לתחם מוסכמות ופלוגתאות, להתנות על כללי הפרוצדורה ועל כללי הראיות ואף להכריע בדרכים השונות מהמקובל.¹⁶⁷

מבחינת העקרונות של יישוב סכסוכים הבוררות מביאה לידי ביטוי את עקרון ההליך המשולב בעקרון הצמיחה מלמטה ואת ההסתמכות על הסכמת הצדדים והכוחות החדשים שהם נותנים לשופט. היא עשויה לתרום לחלוקה לנושאים, להכרעה המכירה במורכבות הנושאים העומדים על הפרק (עקרון הדה קונסטרוקציה וההיברידיוזציה) והיא אף עשויה לאפשר התמקדות באינטרסים במסגרת הסכם הבוררות.

שופט אשר אינו מעוניין להכריע על פי חוק במלואו פועל לעתים כבורר, והוא מקבל את הסכמת הצדדים להכרעה בגבולות מסוימים, לשימוש בפרוצדורה שבחרו, או שלעתים החוק מסמיך אותו להכרעה שאינה כפופה לכללי הפרוצדורה והראיות הרגילים, ובכך מייצל את הכרעתו.¹⁶⁸ במשא ומתן שבין השופט לצדדים על השאלה אם להכריע בתיק או לסיימו בהסדר ביניהם, נראה כי תשובה שכיחה ואף המאתגרת ביותר היא זו המתגברת על הבחירה בין הכול ללא כלום ומעדיפה פתרונות ביניים של הכרעה משולבת בהסכמת הצדדים. ההכרעה בדרך של בוררות היא קיצור הדרך השכיח ביותר להליך השפיטה, משום שבדרך כלל היא מסתמכת על שיקולים דומים אך נמנעת מלקיים

166 ראו: Stephen B. Goldberg et al., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes* (2012) p.420.

167 כך למשל במרבית תיקי המשפחה מוקנית לבית המשפט לענייני משפחה הסמכות לסטות מהוראות תקנות סדר הדין האזרחי ומדיני קבילות הראיות הנוהגות בדרך כלל בדין האזרחי, ראו תקנות 258ב(ג) ו-258ד(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. מצב דומה קיים בדיני העבודה, אשר מקנים לשופט את הסמכות הכללית לנהוג בדרך "הנראית לו הטובה ביותר לעשיית צדק ומשפט" ראו ס' 33 לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, ס"ח 553.

168 ראו למשל: תקנה 214ב(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, המסמיכה את בית משפט השלום, במקרים מסוימים ובהסמכת הצדדים, לדון בתובענה שהוגשה אליו בסדר דין מהיר, אף אם היא אינה עומדת בתנאים הפורמליים הנדרשים לצורך זה.

את ההליך במלואו וככתבו. לעתים מתקיימת היא כסוג של בוררות מייעצת – חיזוי של השופט את ההכרעה, המותיר לצדדים אפשרות בחירה שלא לאמץ אותו, והיא עשויה להיות דומה להליך המכונה ENE – early neutral evaluation¹⁶⁹ או גישור מעריך.¹⁷⁰ הבוררות השיפוטית המובהקת והמוכרת ביותר במשפט הישראלי מתקיימת במסגרת השימוש בסעיף 79א לחוק בתי המשפט שעל פיו הצדדים מסמיכים את בית המשפט להכריע בדרך של פשרה.¹⁷¹ סעיף זה הופך למעשה את בית המשפט לבורר מוסכם אשר החלטתו אינה ניתנת לערעור ואף אינה צריכה להיות מנומקת. תוכנו ומבנהו המדויק של ההליך אינם מוסדרים בחוק, ונראה שיש מקום לחדד את אופיו כהליך בוררות ולקיים במסגרתו כמה אפשרויות ניהול לבחירת הצדדים.¹⁷² אחת השאלות העולות במסגרת השימוש בסעיף זה היא עד כמה יכולים הצדדים דרך הסכמתם לבוררות לשנות את דרכי ההכרעה המשפטיות ולהתייחס למשל לאינטרסים שבבסיס הסכסוך, לחסמים המאפיינים

169 ראו למשל: Wayne D. Brazil et al., "Early neutral evaluation: An experimental effort to expedite dispute resolution", 69 *Judicature* (1985) 279; דפנה לביא, "מבטי לסוף דבר בקדמתו: הערכה ניטראלית מוקדמת (ENE) – היבטים עיוניים ויישומיים ומבט ביקורתי", **מחקרי משפט** כז (תשע"ב) 455.

170 Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution*, 170 (1999) p. 224. הכותבים מציינים כי לקיומה של בוררות יש השפעה שלילית (chilling effect) על תהליך המיקוח להסדר, משום שהצדדים מפחדים שהבורר יחלק את הפער ביניהם לחצי, ולכן לא ינקבו במחיר שעליו באמת יסכימו להתפשר.

171 חמי בן-נחום ועמוס גבריאלי, "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי המשפט התשמ"ד-1984", **הפרקליט** מו (תשס"ג-תשס"ד) 257; מנחם קליין, "הצעה לשימוש בנוסחה מדעית לצורך חישוב אריתמטי של פסק דין לפי סעיף 79א (א) לחוק בתי המשפט" (פורסם בנבו).

172 ראו פירוט הצעות להסדרת סעיף זה Sinai & Alberstein (לעיל, הערה 37); רע"א 11579/05 **ניירות חב"ד להפצת יהדות ארה"ק נ' חנניה** (פורסם בנבו, 27.10.2005) – פסק דין של פשרה מתאים במיוחד לסכסוך שבו בין בעלי הדין נטועה מחלוקת בסיסית בשאלה של עובדה או חוק, וסיכויי ההכרעה בסכסוך אינם ברורים. אילו הייתה ערכאת הערעור, ומקל וחומר בגלגול שלישי, נדרשת לפרטי כל פשרה עד תום – הייתה מרוקנת, במידה רבה, את סעיף 79א מתכליתו וממהותו; בוודאי לא לכך מכוון הדין; בע"א (מחוזי חי') 1623/00 **שריג נ' קיבוץ יגור** (פורסם בנבו, 2001) – הכרעה על דרך הפשרה מאפשרת ביורר מהיר של המחלוקת בין הצדדים. שום הכרעה של בית משפט אינה מחוסנת מראש בפני טעויות, בין שניתנה לאחר שמיעת עדים וקביעת מהימנות ובין שניתנה על יסוד עיון במסמכים ומתן פסק דין על דרך הפשרה. העובדה שצדדים מוסרים לבית המשפט את ההכרעה במחלוקת על דרך הפשרה, אין משמעה, בהיעדר הסכמה מפורשת, שהמחלוקת מצומצמת מן התחום שעולה מטיעוניהם התובע ומתגובת הנתבע, או רחבה ממנה; ע"א 10838/05 **זקס נ' קלינגר** (פורסם בנבו, 2008) – פסק דין לפי סעיף 79א מאפשר לבעלי הדין להביא את הסכסוך ביניהם לכלל סיום, מהר וביעילות ולחסוך בעלויות התדיינות. יש בהליך זה גם כדי להקל את העומס בבתי המשפט. נוסף על זה, ציפיתו של המתדיין היא כי תצומצם האפשרות להמשך ההתדיינות בהליך של ערעור, והתערבותו של בית משפט לערעור בפסק דין שניתן לפי סעיף 79א כפי התערבותו בפסק דין "רגיל", תהיה פגיעה בציפייה זו.

אותו או להיבטים של צדק. האם בוררות שיפוטית יכולה להפוך לפתרון סכסוכים במובן הרחב בהסתמך על הסכמת הצדדים אשר בחרו בחלופה זו? האם ניתן להרחיב את שיקול הדעת השיפוטי בהקשר של הכרעה בדרך פשרה כדי שיוכלו להיכנס במסגרת זו שיקולים של צדק חברתי, קידום שלום ואף ספקנות כללים ועובדות?¹⁷³ בשלב הנוכחי ברור כי השימוש בכלי זה הוא צר יחסית ומתמקד בתוצאה המשפטית הצפויה. על כל פנים, נראה כי מדובר במסגרת ביניים מעניינת בין שפיטה לגישור המניחה לבית משפט יצירתיות בעיבוד הסכסוך המשפטי.

אחת הדרכים היצירתיות המתפתחות כיום בתחום יישוב הסכסוכים השיפוטי היא בוררות על פי הצעות סופיות: פלילי ואזרחי. בוררות על פי הצעות סופיות (Final Offer Arbitration) היא הליך מקוצר של בוררות המיישם עקרונות שמקורם בתורת המשחקים, ובו כל צד מגיש לבורר הצעה סופית לפתרון הסכסוך, ועל הבורר לבחור את ההצעה הטובה מקרב הצעות הצדדים.¹⁷⁴ זהו הליך קצר ויעיל יחסית, שכן הוא חוסך זמן התדיינות והכרעה בהטילו את העול לגיבוש הפתרון בידי הצדדים. כמ כן הוא מתמרץ את הצדדים לחשוב חשיבה משלבת ולהכיל את האינטרס של הצד השני בתוך הפתרון שהם מציעים, שכן הבורר לא יאמץ הצעות קיצוניות. **בהקשר האזרחי** שימוש במודל זה הוצע על ידי אגרא וגולדס באשר לקביעת הערכת נזק בתאונות דרכים.¹⁷⁵ לפי הצעתם, במקרים שבהם הצדדים מעוניינים להגיע להסדר באמצעות בית המשפט יוגשו תחשיבי נזק אשר ישמשו סופית מטעם כל אחד מהצדדים, ובית המשפט יהיה מוסמך לקבוע אילו מההצעות שניתנו משקפת את הפשרה הראויה. כך יימנע המצב של הגשת הצעות קיצוניות מכל צד ובזבוז זמן שיפוטי יקר. נוסף על כך, תהליך גיבוש ההצעה הריאלית עשוי לעודד את הצדדים בקידום המשא ומתן ביניהם.¹⁷⁶

בהקשר הפלילי הוצע לאחרונה השימוש במודל זה גם באשר להסדרי טיעון.¹⁷⁷ על מנת להפחית את האדוורסריות והמיקוח המאפיינים את תהליך ההגעה לפתרון מוסכם, הצדדים מגישים לשופט מיוחד המוקצה להליך זה הצעות להסדר. הצעות אלה צריכות להיות הגיוניות ומאוזנות ולשקף עקרונות ענישה ראויים. בשלב הבא השופט מקדם דיון בין הצדדים כדי שיגיעו להסכמה ביניהם על בסיס ההצעות שהוצעו. הצדדים מתומרצים בהקשר זה להציע הצעות מאוזנות יותר, וכן במהלך ישיבת ההסדר מתומרצים להגיע להסכמה על מנת שהשופט לא יצטרך לבחור ביניהם. אם אין הסכמה, בוחר השופט

173 ראו דיון מורחב בנושא זה Sinai & Alberstein (לעיל, הערה 37).

174 Donald Wittman, "Final-offer arbitration", 32 *Management Science* (1986) 1551

175 אהרן ד' גולדס ואביעד איגרא, "הצעה למודל חדש להליך פשרה בתיקים שעניינים חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה-1975", **עלון לשופטים** 7 (תשע"א).

176 ראו Goldberg (לעיל, הערה 166) בעמ' 418-420.

177 David B. Wexler & Michael D. Jones, "Employing the 'Last Best Offer' Approach in Criminal Settlement Conferences: The Therapeutic Application of an Arbitration Technique in Judicial Mediation", 6 *Phoenix L. Rev.* (2013) 843

באחת מההצעות או קובע ששתיהן אינן ראויות ומפנה את הצדדים למשפט. לצדדים יש אפשרות לא לקבל את ההסדר ולפנות לשופט רגיל אחר על מנת לדון בעניינם.¹⁷⁸

4. גישור שיפוטי: קידום הסכמה בין הצדדים לגופו של סכסוך

הגישור מתאפיין בפעילות המתמקדת בהליך במקום במהות הסוגיות העומדות על הפרק, כאשר ההנחה היא כי במהלך השיחה המשותפת החלפת הנרטיבים וההתקדמות על פי השלבים השונים אגב ניסוח מחדש של הסוגיות השנויות במחלוקת, ישתנו עמדות הצדדים באופן שיוכלו להגיע לכלל הסכמות ולפתוח אפיקים של שיתוף פעולה אשר לא היו להם בזמן תחילת ההליך.¹⁷⁹

הגישור במובנו הרחב, ובגרסתו הפרגמטית שהיא הדומיננטית בשדה המשפטי, מבטא את כל העקרונות של יישוב סכסוכים, והוא נחשב לפרדיגמה של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות. מדובר בהליך בררת מחדל שראוי לבחון אותו כטיפול ראשוני בכל סכסוך. הוא כולל הדגשת הליך מובנה של פתרון בעיות והתמקדות בונה בעתיד, פירוק לגורמים והיברידיזציה, דגש על אינטרסים ועל יחסים ורגשות וכן סיעור מוחין ועבודה מלמטה למעלה. קשה לדמיין ניהול הליך מלא על פי מיטב עקרונות התחום במסגרת המשא ומתן השיפוטי המתקיים בבית המשפט. ניתן לדמיין גישור שיפוטי המתקרב לגישור מלא במקרה של שופט שאינו מכריע בתיק העיקרי, ובמצב הרגיל יוכלו שופטים לקיים גרסאות שונות של גישורים צרים המבוססים על הערכה משפטית.

הגדרתו של הגישור בחוק הישראלי היא צורנית ורזה יותר: "הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו".¹⁸⁰ לפי הגדרה זו, אשר ההיסטוריה שלה כוללת החלפת המונח "פישור" ב"גישור", ושמתלווה לה הטלת מגבלות מקצועיות על המגשר במתן חוות דעת בנושא הגישור,¹⁸¹ החוק הישראלי משתדל ללכת אל מעבר לגישור מעריך וצר (הדומה למעשה להליך ה-ADR של הערכה מוקדמת של מומחה ניטרלי (Early Neutral Evaluation – ENE)) ובוחר בגרסה הרחבה של גישור מאפשר (facilitative) העוסק באינטרסים מגוונים¹⁸².¹⁸³ הספרות של יישוב סכסוכים חלוקה בשאלה האם נכון לקרוא גישור

178 לדיון בהליך זה כצורה חדשה של צדק במשפט הפלילי ולטקסונומיה שלו לעומת הליכים פליליים אחרים ראו: Hadar Dancig-Rosenberg and Tali Gal, "Criminal Law Multitasking", 18 *Clark L. Rev.* (2015) 839.

179 ראו: מיכל אלברשטין, **תורת הגישור** (תשס"ז) בעמ' 182.

180 סעיף 79ג(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 1123.

181 ראו סעיף 5(ז) לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993.

182 המושג לקוח מהרשת של ריסקין: Leonard L. Riskin, "Understanding mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Guide for the Perplexed", 1 *Harv. Negot. L. Rev.* (1996) 7.

183 ראו הדיון לעיל, הערה 169 לעניין יחס הליכים אלה לבוררות שיפוטית.

להליך של הובלה להסכמות שאינו כרוך בשיח אינטרסים, בטרנספורמציה ובעיבוד מעמיק של הסכסוך.¹⁸⁴ במסגרת גישור שיפוטי תישאל השאלה אם ניתן לכוון "פישור שיפוטי" או case settlement¹⁸⁵ או שפיטה הסדרית גישור שיפוטי. התשובה היא כי כל הבאה של הצדדים להסכמה תיחשב גישור שיפוטי¹⁸⁶ גם אם לא במובנו המלא. שלא כהליך המשא והמתן השיפוטי, שבו הוצגו שופטים כצד המעוניין בפתרון שלא בדרך הכרעה שיפוטית והמצוי באינטראקציה עם הצדדים, המסגרת המושגית האידאלית של הגישור השיפוטי מניחה ששופטים רואים עצמם בעלי אחריות נרחבת לפתרון הסכסוך, על ממדיו השונים, וניתן להציגה אף כביטוי אידאלי לתפקידם של שופטים בחברה עכשווית ולטרנספורמציה המשקפת צדק במובן מעמיק יותר.¹⁸⁷ הוא הדין בהליך הבוררות אשר בו הוצגו השופטים כמקבלי אחריות להכרעה צרה המבוססת בעיקר על חיזוי ההכרעה המשפטית.

בדרך כלל ניסיונות גישור בידי שופטים ייעשו בשלב קדם-המשפט. ניתן לראות מהסמכויות הנתונות לבית המשפט כי בקדם-המשפט מושקע מאמץ להתגבר על כשלים במשא ומתן בין הצדדים הקשורים בין השאר בגורמים האלה: דילמת האסיר וכשל אסטרטגי הקשורים בהיעדר נכונות לעשות צעד ראשון להידברות עם הצד השני על מנת לא להפגין חולשה, היעדר תקשורת, אופטימיזם מופרז הקשור בהיעדר מידע מספיק על הראיות שבידי הצד השני, מחלוקת על עובדות הניתנות להערכה על ידי מומחה ניטרלי, הטיות תרבותיות ועוד.¹⁸⁸ מלבד הניסיון להתגבר על כשלים, שופטים רבים עוברים כיום

184 ראו לעיל, הערה 182; James H. Stark, "The Ethics of Mediation Evaluation: Some Troublesome Questions from an Evaluative Lawyer Mediator", 38 *S. Tex. L. Rev.* (1997) 769; Joseph B. Stulberg, "Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the 'Grid' Lock", 24 *Fla. St. L. Rev.* (1997) 985; Jeffery W. Stempel, "Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role", 24 *Fla. L. Rev.* (1997) 949, pp. 973-975; Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, "Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid", 3 *Harv. Neg. L. Rev.* (1998) 71, p. 96

185 ראו: מירוני (לעיל, הערה 34).

186 ראו: פרלמן (לעיל, הערה 98).

187 לתיאור של גישור בסגנון זה המנוהל ומוסדר במלואו במחוז קוובק שבקנדה ראו: Otis & Reiter (לעיל, הערה 97), בעמ' 353: "We argue that judicial mediation heralds a new participant-centered normative order, one that conceptualizes litigation more broadly and holistically and, thus, offers justice that is fuller and better adapted to the needs of parties with a variety of conflicts". בעמ' 356.

188 ראו למשל: Oren Gazal-Ayal and Raanan Sulitzeanu-Kenan, "Let My People Go: Ethnic In-Group Bias in Judicial Decisions – Evidence from a Randomized Natural Experiment", 7 *J. Empirical Legal Stud.* (2010) 403; Ian Weinstein, "Don't Believe Everything You Think: Cognitive Bias in Legal Decision Making", 9 *Clinical L. Rev.* (2002) 783; Jerry Kang, "Implicit Bias in the Courtroom", 59 *UCLA L. Rev.* (2012) 1124.

הכשרה בגישור והשתלמויות שוטפות כחלק מהכשרתם המקצועית.¹⁸⁹ הם מצהירים על עצמם מגשרים ושהם מעוניינים בפתרון מעמיק של סכסוכים. יש אף רשתות מידע מקיפות וספרות עדכנית המציגה פרקטיקות של גישור שיפוטי ובוחנת אותן בחינה השוואתית.¹⁹⁰ אגודת השופטים האירופיים התומכים בגישור – GEMME – היא בהקשר זה התמסדות והתאגדות עכשווית המצביעה על מרכזיותו של הגישור לצורך ביצוע הליך השפיטה.¹⁹¹

חבישת כובע הגישור במסגרת הליך שסופו בורות או שפיטה נקראת לעתים med-arb, "גישבור", והוא יעיל עבור צדדים כי מבטיח להם פתרון והכרעה במקרה שבו לא יגיעו להסכמה. החיסרון בהליך זה אשר הופך אותו לנפוץ פחות הוא החשש הקיים כי הצדדים יימנעו מלחשוף אינטרסים רחבים ולחשוב חשיבה יצירתית מתוך ידיעה כי הצד השלישי המנסה להביאם להסכמה רחבה יחליף בהמשך ההליך את כובעו ויעבור להכרעה על פי זכויות. החשש הוא שאופק זה ישליך על איכות הגישור בשלב הראשוני ולמעשה ינטרל את האיכויות המיוחדות של הגישור כהליך וולונטרי ופתוח.¹⁹² מכאן שגישור שיפוטי שמבצע אותו שופט היושב בתיק העיקרי במסגרת התנהלות באולם בית המשפט הוא מוגבל בעיקרו: צדדים לא יחשפו בפני השופט אינטרסים רחבים מן הטענה המשפטית הצרה; בדרך כלל הזמן המוקדש לסכסוך יהיה מוגבל, והעירוב עם תיקים אחרים הקבועים לאותו יום יפריע לדיון מעמיק; לא יהיה מקום להבעת רגשות ולהקשבה אקטיבית במסגרת התפאורה המשפטית המקובלת; לא יהיה מקום לפגישות נפרדות שפעמים רבות הן מקובלות בגישור, וזאת מבחינה פרוצדורלית וכללי ההתנהלות המצופים.¹⁹³ ממצאים מהשטח אכן מצביעים על העובדה שצדדים ועורכי דין מייחסים חשיבות רבה יותר ואפקטיביות פחותה לשופטים המכוונים את הצדדים להסדר המשמשים שופטים בתיק העיקרי לעומת שופטים ייעודיים להגעה להסדר אשר אינם יושבים בתיק העיקרי.¹⁹⁴ מכאן שהאופן הרגיל שבו ינסה שופט להוביל צדדים להסכמה באולם בית

189 מאתר "המכון להשתלמויות שופטים" ניתן לגלות כי הנהלת בתי המשפט הציעה קורסי גישור לשופטים בשנים 2006–2009 (אין מידע על שנים מאוחרות יותר): elyon1.court.gov.il/heb/elyon/machon1/main.htm.

190 ראו למשל: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/mediation/default_en.asp, Beatrice Brenneuer, *The multitasking judge, Overview of Judicial Mediation in The World – Mediation, the universal language of conflict resolution* (2010).

191 <http://www.gemme.eu/en>.
192 ראו: Goldberg (לעיל, הערה 166) בעמ' 422–442; Carrie Menkel-Meadow et al., *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model* (2011) pp. 526–529.

193 יגאל מרזל, **דיני פסלות שופט (חש"ר) בעמ' 186**; ע"א 8244/06 **המועצה המקומית גבעת שמואל ג' ל.מ.ד. בנין פתוח והשקעות (1988) בע"מ** (פורסם בנבו, 2007).

194 Roselle L. Wissler, "Judicial Settlement Conferences and Staff Mediation: Empirical Research Findings", 17 *Disp. Resol. Mag.* (2010–2011) 18. בסקר המתואר במחקר זה ציינו רוב עורכי הדין כי צדדים ייטו לחשוף יותר את האינטרסים האמתיים שלהם ולדון

המשפט יהיה דומה יותר לפישור המבוסס על חיזוי התוצאה המשפטית הצפויה והערכת הזכויות המשפטיות¹⁹⁵ ופחות לגישור במובנו המובהק. גישור שיפוטי של ממש יתקיים בדרך כלל במסגרת הליכים נפרדים הננקטים בידי שופט אשר אינו מכריע באותו תיק. הליכים כאלה יכולים להתבצע באולם בית המשפט ואף להיות מלווים במקרה הצורך, ובלוויית הרשאה מתאימה, בפגישות נפרדות ומשותפות בלשכת השופט. לעתים הן כוללות הושבה בדרך מיוחדת, שיחות נפרדות עם עורכי דין, הצהרה פתוחה המבהירה את מהותן וטכניקות ספציפיות המכוונות להשגת הקשבה.¹⁹⁶ גישור מסוג זה עשוי להשיג במסגרת ההליך השיפוטי חלק מהיתרונות של הגישור הרגיל. קיים חשש כי דמותו הסמכותית של השופט תשליך על מידת היצירתיות והבחירה שיפעילו הצדדים, וייתכן שכוחו של גישור זה הוא דווקא בסמכות הלא אופיינית המצויה ברקע פעילותו המאפשרת של השופט.¹⁹⁷

5. פתרון בעיות שיפוט ושיקום

סכסוכים משפטיים במהותם אינם תמיד ביטוי לוויכוח אמתי בין שני צדדים על עמדות משפטיות שבבסיסן מצויים אינטרסים. לעתים נדרש חיפוש אחרי פתרון בעיות פונקציונלי לבעיות משפטיות כרוניות אשר אינן ניתנות לפתרון באמצעות ההסדרה המשפטית המקובלת. פעילות פתרון בעיות כוללת חשיבה יצירתית, רב־תחומית, המשקפת פלורליזם רעיוני ומקצועני. היא מונחית־מטרה ומתייחסת אל צרכים המצויים בבסיס סכסוכים משפטיים בהשתמשה בתובנות ובכלים מתחום הפסיכולוגיה,

לגופו של סכסוך כאשר מדובר בשופטים ייעודיים להבאה להסדר; Roselle L. Wissler, "Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences", 26 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2011) 271

195 ראו ע"א 7386/08 **אילת איין בע"מ נ' חכם** (פורסם בנבו, 2008) – דיון בשאלה אם הצעת פשרה של שופט מקימה עילה לפסלות; ע"א 3025/14 **נגריית יצחק חסיד ובניו בע"מ נ' בן יעקב** (פורסם בנבו, 2014) – התייחסות לסמכותו הטבועה של בית המשפט להציע הצעות פשרה לסיום המחלוקת שלפניו; ע"א 3324/14 **גפטר נ' ד"ר טוגנדרייך** (פורסם בנבו, 2014) – התייחסות לכך שניהול יעיל של הליכים משפטיים בידי שופט מביא אותו, ולפעמים מחייב אותו, להביע דעה בזהירות ובמתנות על ההליך התלוי בפניו..

196 ראו: Otis & Reiter (לעיל, הערה 97) בעמ' 371–391.

197 שם, בעמ' 18. עורכי דין רבים סברו כי שופטים עדיפים על עוזרים משפטיים בניהול ישיבות הסדר כשמדובר בצדדים קשים. ראו גם תיאור היתרונות היחסיים של שופטים כמגשרים שם, בעמ' 362 וכן תיאור ההשלכות האתיות הנובעות מפעילות גישורית זו והדרך להסדרין בעמ' 392–400. גישורים המלווים בהצעת מגשר והמתקיימים בצל המשפט דומים במידת מה לגישור שיפוטי שמבצע שופט אשר אינו מכריע באותו תיק. בקליניקה ליישוב סכסוכים שיפוטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן אנו מקיימים גישורים כאלה בבית הדין לעבודה ברצף ומכנים אותם "הליך הבאה להסכמות".

הקרימינולוגיה ובתחומי ידע נוספים.¹⁹⁸ תפיסה של שפיטה פותרת בעיות מתפתחת בעשורים האחרונים בעיקר בהקשר הפלילי, אם כי ניתן למצוא סכסוכים משפטיים במישור האזרחי אשר בבסיסם בעיות הדורשות פתרון.

התחום של פתרון בעיות מתאפיין מבחינת העקרונות של יישוב סכסוכים בניהול ובהיברידיזציה, דגש על צרכים ואינטרסים ועבודת קהילה המשלבת את פעולת בית המשפט עם גורמים נוספים כמו מרכזי גמילה, סדנאות ניהול כעסים, אפשרויות דיור ומוסדות ריפוי, אשר בדרך כלל פועלים בנפרד מבית המשפט. הדגש המיוחד על יחסים בהקשר זה קשור בשילוב הסמכות השיפוטית עם אתיקה של דאגה וכלים להבעת אמפתיה ולפיתוח גישה טיפולית.

הסדרתה של שפיטה פותרת בעיות בתחום הפלילי מתפתחת כיום בעיקר בהקשר של עברות מיוחדות, והיא חלק מהתמסדות הגישה הטיפולית בבתי משפט פותרים בעיות. לאחרונה החלה התמסדות כזאת אף בישראל, והיא תבוא לידי ביטוי בהקמתם של בתי משפט קהילתיים שיעסקו בבעיות של פשיעה על רקע התמכרויות, מוגבלויות אלימות במשפחה, עוני ועוד.¹⁹⁹ הנחת המוצא של מאמר זה היא כי יש לה אפשרות ביטוי גם בהקשר הפלילי הרגיל ובהקשר האזרחי. בתחום הפלילי שאינו בתי משפט מיוחדים נראה כי היא כבר מחלחלת בשנים האחרונות דרך התפתחות של פרקטיקות מיוחדות.²⁰⁰ פתרון בעיות נותן מענה מעשי לתופעות החורגות מהסכסוך היחיד המובא בפני בית המשפט. הוא עשוי להיות צר וממוקד בהקשר של הגברת הרתעה ומה שמכונה לעתים "מכת מדינה",²⁰¹ אך ברוחבו הרב ביותר פתרון בעיות הוא אופן עיבוד החורג מדרכי

Susan Daicoff, "Expanding the Lawyer's Toolkit of Skills and Competencies: 198 Synthesizing Leadership, Professionalism, Emotional Intelligence, Conflict Resolution, and Comprehensive Law", 52 *Santa Clara L. Rev.* (2012) 795

Richard Wiener and Eve M. Brank, *Problem Solving Courts* (2013), 199 www.courtinnovation.org; William H. Simon, "Solving Problems vs. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Liberalism", 46 *Wm. & Mary L. Rev.* (2004) 127; Bruce J. Winick, "Therapeutic jurisprudence and problem solving courts", 30 *Fordham Urb. L.J.* (2002) 1055; Betsy Tsai, "The Trend Toward Specialized Domestic Violence Courts: Improvements on an Effective Innovation", 68 *Fordham L. Rev.* (2000) 1285. בישראל הוכרו לאחרונה על הקמתם של שני בתי משפט קהילתיים פותרים בעיות בבאר שבע וברמלה בחסות תנועת אשלים של הגוינט, ובנובמבר 2014 התקיים כנס הקמה של בית משפט קהילתי בבאר שבע. בתי משפט אלה יוקמו בצד המערכת הקיימת, ובשלב הראשון ללא צורך בשינויים חקיקתיים אלא דרך השגת הסכמה רחבה של גורמי התביעה, ההגנה, הרווחה ופעילויות של הכשרה אינטיסיביות. ראו כנס הקמה. כמו כן חברת הכנסת מירב מכאלי יזמה בשיתוף עם ויצ"ו הקמת בית משפט פותר בעיות למניעת אלימות במשפחה. ראו גם דוח הקליניקה לגישור, צוות תורת המשפט הטיפולי, אוניברסיטת בר-אילן (2008–2009, 2009–2010, 2010–2011).

200 ראו: Dancig Rosenberg & Gal (לעיל, הערה 178); Wexler (לעיל, הערה 177).

201 ראו למשל דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 640–641 (1995).

ההרתעה הרגילה וחותר בהקשר הפלילי לפתרונות מעמיקים המובילים לשיקום ולחזרה לתפקוד מלא ונורמטיבי בחברה. בשל ההתפתחות בשטח בעשורים האחרונים, בעיקר בארצות הברית, באוסטרליה ובקנדה, של בתי משפט פותרי בעיות המציעים מיסוד של גישה טיפולית לטיפול בעברות מיוחדות, התפתחו פרקטיקות מיוחדות לשופטים פותרי בעיות אשר כיום משמשים להכשרתם. בתחום מיוחד זה של יישוב סכסוכים שיפוטי נראה כי כיום ההתמסדות המותאמת יצרה את הפרקטיקה הסדורה המפותחת ביותר. אמנם רבות מההתפתחויות מוצהרות כניסוי וטעייה, כאקספרימנטליזם, כחידושים והמצאות (innovations), וקיים פלורליזם של שיטות מתפתחות ללא רגולציה קשיחה, אך עדיין יש חיפוש אחרי הסדרה ועיסוק אינטנסיבי בהאחדה ובהערכה של הפעילות החדשה.²⁰²

ספרי ההדרכה של בתי משפט פותרי הבעיות²⁰³ ועקרונות הפעולה של בתי המשפט פותרי הבעיות אינם מיושמים באחידות בבתי משפט אלה, אשר מתרבים בשנים האחרונות וכוללים בתי משפט לנערות עוברות חוק, יוצאי צבא, סחר בנשים וזנות, חולי נפש, משפחה, שילוב מחדש בקהילה ועוד.²⁰⁴ כל בית משפט מפתח מטבע הדברים את אופיו המיוחד, ולעתים השופט העומד בראשו מפתח סגנון משלו אשר אינו בהכרח תואם את ההנחיות הכלליות.²⁰⁵ מדריכי השופטים לפתרון בעיות הם מקור השראה לשימוש גם בבתי משפט רגילים, ויש לצפות שמסגרות חדשות וטיפוליות ישפיעו בהקשר זה על ניהול הליכים פליליים ואף אזרחיים בבתי המשפט הרגילים.²⁰⁶ עקרונותיה המרכזיים של שפיטה פותרת בעיות, כביטוייה בהליך המתנהל בבית המשפט,

202 ראו: www.courtinnovation.org. הקמה של בתי המשפט החדשים פותרי הבעיות בעולם נעשית פעמים רבות באמצעות צוות מוביל הנשלח על ידי המרכז שבארצות הברית. גם בארץ ישתתף בתהליך ההכשרה לשופטים צוות כזה. להצעה לשיפור האחידות והאחריות בהקשר להתפתחותם של בתי משפט אלה ראו: רבינוביץ'-עני (לעיל, הערה 98).

203 ראו גם Solution Focused Judging (לעיל, הערה 124); הנחיות לשופטים בעניין צדק פרוצדורלי (לעיל, הערה 125); הנחיות לשופטים לעניין בתי משפט פותרי בעיות, ראו: Susan Goldberg, *Judging for the 21st century: A problem solving approach*: (2005).

204 ראו פירוט באתר www.courtinnovation.org.

205 ראו למשל השופט Calabrese בבית המשפט הקהילתי של ברוקלין. מתצפית אישית שערכתי בבית המשפט ומשיחות עם השופט נראה כי אין מדובר בשופט טיפולי הנוהג לפי כל כללי האמפטיה וההקשבה האקטיבית. יחד עם זאת בסגנונו המיוחד הצליח להוביל לקהילה מתפקדת ומשתקמת אשר מהווה דגם של פתרון בעיות במודל קהילתי, ראו: Cynthia G. Lee et al., *Community Court Grows in Brooklyn: A Comprehensive Evaluation of the Red Hook Community Justice Center – Final Report* (2013).

206 כך למשל בברוקלין שבארצות הברית, שיש בה במחוז Red Hook בית משפט קהילתי פותר בעיות, התפתח בשנים האחרונות מוקד פותר בעיות גם בבית המשפט הרגיל של המחוז המרכזי, ובמסגרתו מוצעים שירותי שיקום והליכים טיפוליים שונים גם לנאשמים "רגילים".

כוללים אמפתיה, שימוש בשפה ברורה ובהירה, אי-כפייה, פוקוס חיובי, כבוד, הקשבה פעילה וחוסר פטרנליזם. בשנים 2007–2009 חקרנו בקליניקה לגישור ויישוב סכסוכים בבר-אילן בחינה מדגמית של קיום שפיטה מסוג כזה בהליכים פלייליים רגילים בבית המשפט המחוזי בתל אביב. השתמשנו בעקרונות המופיעים בספרות באשר לשפיטה פותרת בעיות,²⁰⁷ שילבנו אותם עם עקרונות הנוגעים לצדק פרוצדורלי והוספנו עקרונות של צדק מאחה. לאחר שתרגמנו את אלה לדרך תצפית מפורטת בחנו את קיומם באולמות בית המשפט.²⁰⁸ הפעילות השיפוטית שנצפתה ברוב המקרים לא תאמה את הפרמטרים המתקדמים של פתרון בעיות ואמפתיה אם כי בסיס של צדק פרוצדורלי נצפה בהליכים אלה, וכן היו ניצנים של פעילות מאחה.

6. שיפוט מקדם דיאלוג וטרנספורמציה

בניית דיאלוג היא צורה מיוחדת של יישוב סכסוכים, הקשורה בניהול הידברות אשר אינה חותרת להשגת מטרה או לקבלת הכרעה אלא ליצירת טרנספורמציה וצמיחה. היא מתקיימת פעמים רבות בין צדדים בעלי זהות חברתית שונה. זהו שיח המעודד ביטוי אותנטי ועבודה על יחסים, כולל גילוי, רפלקסייה וחתירה לריפוי ולהכרה הדדית. בדרך כלל הדיאלוג חותר לקונסנזוס בתוך כדי הפחתת חוסר צדק, דיכוי וסבל.²⁰⁹ בקטגוריה זו ניתן לכלול גם את הגישור הטרנספורמטיבי, החותר לקידום, להעצמה ולהכרה בין

207 ראו: Susan Goldberg (לעיל, הערה 203).

208 בתצפיות שערכנו ב-2008–2009, ב-63% מהמקרים לא הייתה כלל התייחסות לרכיבים אישיים שאינם קשורים לאישום. כמו כן עולה כי ב-32.5% מהמקרים האווירה הייתה רועשת ולא מכובדת, ב-48.8% מהמקרים האווירה הייתה שקטה ומכובדת, וב-18.7% מהמקרים האווירה הייתה סואנת אך מכובדת (דוח הקליניקה לגישור 2008–2009, לעיל, הערה 199) ב-74.42% מהמקרים שנצפו על ידי תלמידי הקליניקה לא השתמשו השופטים בשפה גבוהה ופנו לצדדים בשפה בהירה. עם זאת רק ב-11.62% מהמקרים בירר השופט עם הנאשם שהמתרחש/שהנאמר ברור לו. אשר להיעדר כפייה, ב-66.6% מהמקרים שנצפו על ידי סטודנטים בקליניקה לגישור שיתפו השופטים את הנאשם/הסנגור בהחלטות שקיבלו. ב-79% מהתצפיות לא הייתה התייחסות, לא היה ניסיון לשתף אותו בתהליך קבלת ההחלטות, ולא הייתה פנייה לאלמנטים חיוביים באישיות הנאשם. ב-83% מהתצפיות לא הציעו השופטים את המערכת המשפטית כגוף מפקח במעקב אחרי הליך השיקום. אשר להתמקדות חיובית, ב-79% מהתצפיות שהתבצעו לא הייתה התייחסות לאלמנטים חיוביים באישיות הנאשם. כך גם ב-83% מהתצפיות לא הציעו השופטים את המערכת המשפטית כגוף מפקח במעקב אחרי הליך השיקום. ב-40% מהמקרים שבהם צפו הסטודנטים פנו השופטים לנאשם בתואר "אדון/מר", ב-33% מהמקרים פנו אליו בכינוי "הנאשם", ורק בכ-3% פנו אליו בשמו הפרטי. כך גם ב-46.6% מהמקרים הייתה תחושה כי הקצאת הזמן משפיעה על אופן ניהול ההליך והתמקדות השופט בפרטים, וב-53.4% מהמקרים לא הייתה תחושה כזו.

209 ראו: Cobb (לעיל, הערה 101).

צדדים בדגש על מערכת היחסים ביניהם,²¹⁰ וגם את הגישור ההומניסטי, המונע מכות הדיאלוג ושם דגש על הקשר האינטימי עם הצדדים להליך, המפגש המקדים עם כל אחד מהם בנפרד והכנתם לדיאלוג ולגישור. בגישור מסוג זה הצדדים בעיקר מדברים בינם לבין עצמם, בהתערבות מינימלית של המגשר.²¹¹

מבחינת העקרונות של יישוב סכסוכים תחום פיתוח הדיאלוג מיישם בעיקר את עקרון הדגש על יחסים והבניית הסובייקט המשפטי החדש. הוא עוסק פחות בניהול ובהשגת מטרות מעשיות. הרובד הנסתר בו ממוקד מבחינת היחסים והרגשות.

בתחום יישוב סכסוכים העיסוק בסכסוכים המביאים לידי ביטוי התנגשות זהויות מופיע בשלב מאוחר יחסית בהתפתחות השדה. הדור הראשון של מיישבי סכסוכים עסק בניהולם על בסיס אינטרסים בחתירה להגעה לתוצאות מיטביות. הדור השני עוסק בהתערבות המלווה ברפלקסייה תאורטית מעמיקה יותר אשר אינה מתמקדת בעיקר בתוצאות מעשיות.²¹² הדיאלוג מתאים למצבים של סכסוכי זהות אשר בהם המפגש חותר לפירוק החזות של התנגשות ואיום ומעודד הדהוד (resonance)²¹³ ופירוק תמונת ההתנגשות. השיח בדיאלוג הוא של זהות, השונה בתכלית משיח הזכויות המתנהל בדרך כלל בבית המשפט.²¹⁴ זירה חריגה שבה הוא מתקיים חלקית היא דיון ציבורי בתביעות ייצוגיות.²¹⁵

-
- Transformative Mediation: A Sourcebook: Resources for Conflict Intervention* 210
Practitioners and Programs. Association for Conflict Resolution (Joseph P. Folger,
 Robert A. Baruch Bush, and Dorothy J. Della Noce eds., 2010)
- Mark S. Umbreit and H. Burns, *Humanistic Mediation: Peacemaking Grounded in* 211
Core Social Work Values (2002)
- Sara Cobb, "Dialogue and the Practice of Law and Spiritual Values: Creating Sacred 212
 Space: Toward a Second-Generation Dispute Resolution practice", 28 *Fordham Urb.*
L.J. (2001) 1017
- המושג resonance בהקשר של ניהול סכסוכי זהות לקוח ממודל ליישוב סכסוכים המכונה 213
 ARIA, אשר פותח בידי פרופ' ג'יי רוטמן והעוסק במעבר מאנטגוניזם (Antagonism)
 להדהוד (Resonance), יישום (Implementation) ופעולה (Action): Jay Rothman, *Resolving Identity-Based Conflicts in Nations, Organizations, and Communities*
 (1997).
- להבחנה בין שיח זכויות לשיח זהות ראו אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל – בין שיח 214
 זכויות לשיח זהות", **מחקרי משפט** טז (תשס"א) 37. שיח הזכויות מתבטא באינטראקציה
 בטוחה שבה כל צד מציג מונולוג משלו בפני המשפט, והגבולות החיצוניים המתחמים את
 חירותו השלילית נקבעים. לעומת זאת "בשיח הזהות פוגשים האני והאחר זה את זה
 במלאותם הקונקרטיים... שיח זה מנוהל באמצעות הקומוניקציה ולא באמצעות ההכרה...
 שיח זה מתנהל באמצעות הוידוי והסיפור, מצד אחד, כמו גם באמצעות הקשב ל'קול'
 הנשמע של האחר. בשיח זה מתחולל תהליך מתמיד של תיקון המושגים הקדומים ביחס אל
 האחר".
- ראו למשל ניתוח של תביעה כזאת והדיאלוג שהשופט מנסה לקיים במסגרתה אצל 215
 Hansford (לעיל, הערה 165).

ההנחה כי לשופטים "אין בררה" כי לכאורה אינם כשירים להכריע בסכסוכי זהות, וכי הם נאלצים לעשות להם רדוקצייה לשאלות של זכויות, היא לכאורה מובנת מאליה. ההנחה ששופטים עלולים להחמיץ הבנה של סכסוכי עומק כי הם עלולים להעצים אותם לעתים, וכי ודאי לא יוכלו ליישבם היא הכרחית רק במסגרת תורת משפט המניחה שכפייה והסדרה באמצעות החוק הן תכלית פעולתו של המשפט. אם תכלית מרכזית של המשפט היא ליישב סכסוכים, ניתן לחשוב על מעורבות של שופטים גם בפיתוח דיאלוג וטרנספורמציה. שופטים הם בעל כורחם סוכנים חברתיים בהקשר של סכסוכי זהות,²¹⁶ ועל כן אפשר שיתבקש עיבוד חיובי של סכסוכים אלה דרך דיאלוג.

אף שהאופי הפתוח והטרנספורמטיבי של הליך הדיאלוג נראה סותר בעיקרו את המגמה המעשית של ניהול הליך בבית המשפט, פרקטיקות של דיאלוג בשטח מופעלות בידי שופטים באולם בית המשפט נקודתית במצבים של נתק תקשורתי ומבוי סתום.²¹⁷ גם במסגרת כתיבת פסק הדין שופט יכול להעצים צד חלש ולהעניק לו הכרה גם במצבים שבהם לא ייתן לו סעד בפועל.²¹⁸ בית המשפט יכול להורות על קיום דיאלוג מחוצה לו ולאשרו כפסק דין.²¹⁹ אתגר מרכזי הוא להכיר בסכסוכי הזהות אשר אינם מתאימים

216 לניתוח תפקיד בית המשפט בכינון הזהות הנשית ויחסי מגדר בהקשרים של אונס ראו: עירית נגבי, **ספורי אונס בבית המשפט: ניתוח נרטיבי של פסקי דין** (תשס"ט); לניתוח תפקידו של בית המשפט העליון בעיבוד פסקי דין הנוגעים להתיישבות בשטחים כבושים וליחסי זהות בקונפליקט היהודי-פלסטיני, ראו: מיכל אלברשטין, "מדד הפורמליזם בפסקי דין טראומטיים: אבחון סגנוני", **המשפט יד** (תשע"א) 439.

217 בעקבות הערות של שופטים בהרצאה שנשאתי בנושא יישוב סכסוכים שיפוטי בנווה אילן (2.3.2014).

218 ראו למשל דברי הנשיא ברק בפסק הדין שאישר את חוקיותה של תכנית ההתנתקות (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 750 (2005), פס' 482 לפסק דינו של השופט ברק: "מודעים אנו לכך, כי חוק הכנסת, החלטות הממשלה וצווי הפינוי של ראש הממשלה ושר הביטחון פוגעים קשות בישראלים המפונים. בין אם מסכימים לדרכם של הישראלים המפונים, ובין אם מתנגדים לה, מבינים אנו את כאבם...".

219 דוגמה לניהול מרשים של פתרון שיפוטי מבוסס זהות התרחש בעשור האחרון מחוץ לאולם המשפט במסגרת תביעה ייצוגית של שחורים בסינסינטי אשר טענו למדיניות מפלה של המשטרה במעצרים שלהם ולהפליה גזעית. ברקע לתביעה היה הרג של צעיר שחור בעת מרדף משטרי אשר עורר זעם בקרב האוכלוסייה השחורה והוביל להתפרעויות ולאלימות. השופטת במקרה זה בחרה למנות מטעם בית המשפט מגשר כ-special master – אשר תפקידו יהיה להוביל לדיאלוג מבוסס זהות שלאחריו יגובשו הסכמות ותיושם מדיניות חדשה. המגשר ג'יי רוטמן (Rothman) ניהל במשך כשנה וחצי הליך המכונה הערכת פעולה – Action Evaluation. במסגרת הליך זה התחלקו תושבי העיר לפי בחירתם לשמונה קבוצות זהות הכוללות שחורים, שוטרים, צעירים, בעלי עסקים ואחרות. כל קבוצה גיבשה הסכמות בדבר עקרונות פעולה משותפים וניהלה דיאלוג על מה חשוב לה, מדוע ואיך יש להגשים את מטרותיה. כל הקבוצות הגיעו לקונסנזוס מלא, ובין קבוצות הזהות התגבש קונסנזוס כמעט מלא. ממצאי הדיאלוג הרב-משתתפים הובאו בפני השופטת, והיא אישרה אותו בפסק דין כמדיניות שיש ליישמה. Jay Rothman, "Identity and Conflict:

להכרעה משפטית רגילה ולהשתמש גם באולם המשפט כמתחם ליצירת דיאלוג.²²⁰ מעמדו של הדיאלוג בבית המשפט לטווח ארוך תלוי בשינוי המגמה שמאמר זה חותר אליה, קרי המעבר להתמקדות עקרונית ועיקרית ביישוב סכסוכים.

7. שיפוט מאחה פגיעות

צדק מאחה הוא גישה חלופית בתחום המשפט הפלילי העוסקת באיחוי פגיעות כדי להיטיב עם שלושת הקטבים של המעשה הפלילי: קרבן, תוקף וקהילה. תהליך הצדק המאחה משתף את המושפעים מן המעשה הפלילי בקביעה כיצד ראוי לאחות (righting wrongs) את הפגיעות שיצר מעשה זה.²²¹ צדק מאחה עשוי להתקיים במפגשי קרבן-תוקף, בוועדות בין תומכי קרבן ותומכי תוקף וכן במעגלים המשתפים גם נציגים מהקהילה.

מבחינת העקרונות של יישוב סכסוכים צדק מאחה מבטא את כולם, בהדגישו במיוחד רגשות ויחסים וכן מתן מענה לצרכים של קרבנות וקהילה.²²² המשפט הפלילי הרגיל נחשב בדרך כלל לדגם של צדק "מעניש" או גמולי אך תפיסת הצדק המאחה מבקשת להתבדל ממנו.²²³ עם זאת פרקטיקות מאחות כגון התנצלות או שימוש בשלב הטיעונים לעונש על מנת למצות את הממד הבין-אישי של הסכסוך קיימות גם במשפט הפלילי הרגיל. מהזווית של יישוב סכסוכים, בכל מצב שחלה בו "פגיעה", יש מקום לשילוב הליכי צדק מאחה, וכיום נפוץ השימוש בצדק מאחה גם בסכסוכים הנוגעים ברשלנות רפואית,²²⁴ בתחום החינוך²²⁶ וככלי למניעת אלימות. גם במסגרת

Collaboratively Addressing Police-Community Conflict in Cincinnati", 22 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2006) 105

220 ראו פסק הדין בניו יורק בעניין מדיניות מעצר והזדהות, אשר קרא לאימוץ מודל סינסטי המוזכר שם, אך בסופו של דבר נדחה בבית המשפט של ערעור. *Floyd v. City of New York* 959 F. Supp. 2D 540 (S.D.N.Y. 2013)

221 ענת פרקש, **צדק מאחה בתחום המשפט הפלילי** (תשס"ב).

222 לניתוח יישום העקרונות של יישוב סכסוכים על הליך הצדק המאחה ראו: Alberstein, "The Law of Alternatives" (לעיל, הערה 67).

223 השוו: טלי גל והדר דנציג-רוזנברג, "צדק מאחה וצדק עונשי – שני פנים למשפט הפלילי" **משפטים** מג (תשע"ג) 779, עמ' 789.

224 בש"א (מחוזי י-ם) 1448/06 **עזובן חכיאשווילי נ' הסתדרות מדיצינית הדסה** (פורסם בנבו, 2006).

225 Christopher B. McNeil, *Applying the Restorative Justice Model to Medical Malpractice* (2007), works.bepress.com/cbmcneil/2

226 Lisa Cameron and Margaret Thorsborne, "Restorative justice and school discipline: Mutually exclusive?", *Restorative justice and civil society* (2001) 180; David R. Karp, and Beau Breslin, "Restorative justice in school communities", 33.2 *Youth & Society* (2001) 249.

הליכי שפיטה ניתן למצוא שילובים של הליכי צדק מאחה במסגרת הדיון הפלילי.²²⁷ למשל, בניו זילנד משולבים הליכים של צדק מאחה במסגרת ההליך הפלילי לנוער,²²⁸ ובצפון אמריקה קיימים מעגלי גזר דין עבור נאשמים המשתייכים לקהילות ילידים,²²⁹ וכן קיימת הצעה תאורטית של ביבס (Bibas) להחילם בשלב הדיון בהכרעת הדין באמצעות יצירת מעגלי שיפוט מאחים המשלבים את קולות הקרבנות, התוקפים ותומכיהם עם מושבעים המייצגים את שניהם ואת הקהילה אשר תפקידם להכריע.²³¹ בתחום של נפגעות עברה יש כיום גם במשפט הישראלי רגישות להגנה על קרבן העברה ואפשרויות פורמליות להגן עליה בעת הליך השפיטה והעדות.²³² בשאר ההקשרים של ההליך הפלילי השימוש בצדק מאחה אינו מוסדר, לרוב אינו מוכר, ועל כן ניתן לשער שהוא נדיר. ההליך מרחיק את קרבן העברה מהמבצע, מערב את המדינה כתובעת ומטיל נטלי הוכחה כבדים על המדינה בהוכחת ביצוע העברה. התמריץ הבסיסי לפוגעים במסגרת כזאת הוא הכחשת הפגיעה. הנאשם נהנה מזכות השתיקה, מחזקת החפות, וכן יש לו זכות לייצוג משפטי המבטיחה כי לא יתבטא בחופשיות. הוא אף מנוע מליצור קשר עם הקרבן. במצב כזה ברור כי ההליך השיפוטי הפלילי לכל היותר יאפשר לקרבן להשמיע את קולה, וגם זה בתנאי שלא תותקף בחקירה נגדית, וכן יניח לנאשם להתנצל בשלב העונש, אחרי שלבים רבים וארוכים של הכחשה ועמידה על זכויותיו החוקיות. בתצפיות שקיימנו בהליכים פליליים השאלות הבאות באו לבחון קיומם של אלמנטים של צדק מאחה: האם השופט פנה במהלך הדיון לנאשם? אם כן – מה הייתה תדירות הפנייה? האם השופט שאל את המתדיין שאלות אישיות? אילו? האם הייתה

227 דוגמאות שונות לשילובים של צדק מאחה במשפט הפלילי מצויות בספר **מפגיעה לאיחוי: צדק מאחה ושיח מאחה בישראל** (עורכים אורי ינאי וטלי גל, תשע"ו). בינהן השופט רון שפירא מציג מספר מקרים של סלחה בחברה הערבית והקשר שלהם עם קביעת העונש והסדר הטיוח. הוא מציג תהליכי הדברות עם קהילה חרדית ודרוזית בענייני כבוד המשפחה. שרי גרבלי מציגה הליכי צדק מאחה לבני נוער ביחס למערכת המשפט הפלילית וכן נסקרות דוגמאות שונות של ממשקים בין המערכת הפלילית לגישות מאחות.

228 קבוצות דיון משפחתיות בניו זילנד שהופעלו על פי חוק החל משנת 1989 עבור בני נוער שביצעו עברות השפיעו רבות על התפתחות ושל תכניות צדק מאחה רבות ברחבי העולם. ראו: Alison Morris & Gabrielle Maxwell, "Restorative Justice in New Zealand: Family Group Conferences as a Case Study", 1 *W. Criminology Rev.* (1998) 1.

229 מעגלי צדק שהופעלו בקהילות אינדיאניות בקנדה גם הם נכנסו בשלב מאוחר יותר למסגרת המושגית של גישת הצדק המאחה והשפיעו הן על הפרקטיקה במקומות רבים והן על הפיתוח המושגי של הגישה; ראו: Rashmi Goel, "Aboriginal women and political pursuit in Canadian sentencing circles: At cross roads or cross purposes?", *Restorative justice and violence against women* 60, 61 (2010).

230 ראו: Dancig Rosenberg and Gal (לעיל, הערה 178).

231 Stephanos Bibas, *The Machinery of Criminal Justice* (2012) 106, p.157

232 חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א–2001, ס"ח 1782; עדנה ארבל, "מעמדו של קרבן העבירה בהליך המשפטי", **ספר גבריאל בכ** (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ – עורכים, תשע"א) 189.

התייחסות לרכיבים שאינם קשורים באישום? האם יש הפרדה בהתייחסות השיפוטית בין המעשה שנעשה לבין האדם שביצע אותו? האם הייתה התייחסות לאלמנטים חיוביים באישיותו של הנאשם? האם השופט גינה או ביקר את התנהגות הנאשם? האם הביע הבנה לקשייו? האם הייתה התייחסות לקרבן-נפגע העברה? האם השופט התייחס לכאב הקרבן בפלילים וניסה לעורר אמפתיה כלפיו? האם התייחס אליו אחרת? במה התבטאה ההתייחסות? האם השופט ניסה ליצור דו-שיח בין הנפגעים לפוגעים (אם הנאשם הודה באשמה)? האם יש יצירתיות בעונש? האם הייתה הצעה לפעולות איחוי, כמו התנצלות, תכניות הכשרה וכו'? האם השופט הציע לו"ז עם שלבים ונקודות בקרה בשיקום העבריין כדי לעקוב אחרי ההליך? האם מלבד מתן העונש השופט מספק מסלול להחזרת העבריין למוטב? האם השופט מציע את המערכת כמלווה וכמפקחת במעקב אחרי הליך השיקום?

ברוב התצפיות שנערכו בקליניקה לגישור בבתי משפט בהליכים פליליים לא היו אחוזים גבוהים של שימוש בפרקטיקות מאחות, וכפי שהיה ניתן לצפות במרבית המקרים ניהלו השופטים את ההליך ניהול משפטי פורמלי, שמודגשים בו כללים וזכויות ולא פתרון הסכסוך. עם זאת נצפו כמה התערבויות מאחות בעיקר בהליכים פליליים הנוגעים לעונש ותועדו בידי סטודנטים תיעוד איכותני.²³³ על אף העובדה כי השילוב בין צדק מאחה למעניש מוכר כיום בספרות התאורטית, וכי קיימת התפיסה כי מדובר בפרדיגמות משלימות,²³⁴ ואף ככלים שלובים להגשמת מטרות המשפט הפלילי,²³⁵ נראה כי מרבית הליכי הצדק המאחה עדיין מתבצעים מחוץ להליך המשפטי,²³⁶ ולרוב גם אין להם השפעה על קיומו. ביטוי לשיקולים מאחים מצוי בתסקירים המוגשים לבית משפט ואשר מובאים בחשבון לעניין העונש ובהקשרים של שיקום, אך בית המשפט לא תמיד ייתן להם משקל מרכזי ביחס לשיקולים העונשיים.²³⁷ דוגמה נוספת ניתן למצוא בבקשות להקלה בעונש שמגיש קרבן העברה, והמשקל שיש ליחס להן מול השיקולים העונשיים.²³⁸

233 ראו דוח הקליניקה לגישור (לעיל, הערה 203) בעמ' 199.

234 על מגוון הווריאציות לשילוב הליכי צדק מאחה בהליך הרגיל ראו: Andrew Von Hirsch, Jullian Roberts Anthony E. Bottoms, Kent Roach and Mara Schiff, *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms* (2012); Michael S. King, "Non-adversarial justice and the coroner's court: a proposed therapeutic, restorative, problem-solving mode", 16.3 *Am. J.L. & Med.* (2008) 442.

235 גל ודנציג-רוזנברג (לעיל, הערה 223) עמ' 31.

236 דוגמה למוסד חוץ-משפטי העוסק בהליך הגישור הוא "מרכז מוזאיקה – המרכז ליישוב סיכסוכים בהסכמה". ראו: www.mosaica-gishur.org.il.

237 ראו: דנציג-רוזנברג ופוגץ' (לעיל, הערה 81) עמ' 178.

238 שם.

8. עיצוב מערכות ליישוב סכסוכים

כל סכסוך משפטי המגיע בפני שופט, גם אם עבר מראש מיון במחלקה לניתוב תיקים (מנ"ת), ואפילו אם כבר עבר הליך חלופי כזה או אחר, נכנס למעשה לתהליך של עיבוד ומיון אשר במסגרתו יחליט השופט איזה הליך להפעיל עליו. תהליך זה הוא פרקטיקה בפני עצמה אשר עוד מראשית הקמתה של תנועת ה-ADR הוכרה כמרכזית והיא התאמת הפורום לסכסוך.²³⁹ בשלב מאוחר יותר התפתח עיסוק זה לתחום בפני עצמו המכונה Dispute System Design (DSD).²⁴⁰ מבחינת העקרונות של יישוב סכסוכים הליך זה מתיישב בלעדית עם עקרון הניהול – דה קונסטרוקציה והיברידיזציה.

פעולת המיון של שופטים היא הליך מקדמי, המתבצע בדרך כלל שלא במודע, והמתאים את דרך ההתערבות לסוג הסכסוך המדובר. אף שסכסוך מוצב לפתחו של בית המשפט, ההנחה הבסיסית כפי שהובאה לעיל היא שרוב הסכסוכים לא יוכרעו בדרך של שפיטה, ועל כן השופט יפעיל באפקטיביות מערכת מיונים אשר אמורה לעבור מהקל אל הכבד מבחינת השימוש במשאבים שיפוטיים ומבחינת רמת ההתערבות. במערכת יישוב סכסוכים רגילה הפתיחה היא בדרך כלל בהנחה של משא ומתן המבוסס על אינטרסים, ואם יש סיבות המראות אינדיקציה נגדית, כמו דרישה לתקדים או להוכחת זכות בציבור, נעשית פנייה להליכים אחרים, בשמירה על לולאות חזרה למשא ומתן. כך מקובל לנתח ולהראות כי ברובד קליטת התיקים בבית משפט רב-המבואות הנחת בררת המחדל צריכה להיות גישור, משום שהוא עונה למרב הצרכים והחסמים המאפיינים סכסוכים המגיעים לבית משפט. האם שופט המקבל תיקים כבר לאחר שהופנו אליו צריך לחזור על שיטת מיון זו המקדימה גישור לשיטת התערבות אחרת? נראה בהקשר זה כי תיק שחזר מגישור שלא עלה יפה והגיע לשופט דורש מיון ועיצוב הליך קבלת החלטות שיתאים וריאציות של בוררות, או אולי הליכים אחרים כמו פתרון בעיות וניהול דיאלוג.

שופט המנהל הליך של עיצוב מערכת ליישוב סכסוכים אמור לנתח בשיטתיות את סוגי הסכסוכים המגיעים לפניו: באיזה תחום משפטי מדובר, אם מדובר בתיקים שכבר עברו הליכים חלופיים, אם הצדדים שחקנים חוזרים, אם שאלות משפטיות מסוימות חוזרות, מה היחס בין ההכרעה העיקרית לסעדי הביניים, וכיצד ביזור סמכויות בהליכי הביניים עשוי לעזור לניהול יעיל של התיק,²⁴¹ מהם האינטרסים של הצדדים ובעלי

239 Sander and Rozdeiczer (לעיל, הערה 40).

240 William Ury, Jeanne M. Brett, and Stephan B. Goldberg, *Getting Disputes Resolved- Design Systems to Cut the Costs of Conflict* (1993); Cathy Costantino and Christina Sickles-Merchant, *Designing Conflict Management Systems* (1996); Khalil Z. Shariff, "Designing Institutions to Manage Conflict: Principles of the Problem Solving Organization", 8 *Harv. Negot. L. Rev.* (2003) 133, pp.133-157.

241 ראו: חנן מנדל, **סדרי דין במבט מוסדי: מודל ביזורי לקבלת החלטות דיוניות בבתי המשפט** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן תשע"ה).

העניין השונים בתיק, מהן המטרות שעיבוד הסכסוכים אמור להשיג.²⁴² במסגרת שאלת המטרות נראה שהתמריץ הרגיל הוא הגברת יעילות וסגירת תיקים, ובמידה מסוימת עשיית צדק משפטי. מטרות אלה מנחות ללא שיטתיות את פעולות ניהול ועיצוב המערכות ליישוב סכסוכים של השופטים כיום. תשומת לב רבה יותר מצד שופטים לחשיבות ההתייחסות ליישוב הסכסוך והדרכים האפשריות לעבדו בשיטתיות ובהתאמה יכולה לתרום לעיצוב מערכות המורכבות מחלק מההליכים הנסקרים במאמר זה. תפיסתם שופטים כמעצבי הליכים ליישוב סכסוכים מובילה לקושי שבאימוץ גישה כזאת בשלב המתקדם של גיבוש הסכסוך לידי כתבי טענות ולאחר החלפת הטענות הקוטביות בין הצדדים במסגרת כתב תביעה והגנה. נראה הגיוני יותר להניח כי מערכת משפטית הרואה ביישוב סכסוכים את מטרתה המרכזית, תדאג לטפל בסכסוכים בשלב שבו לא התגבשו לכדי כתב תביעה אלא בעודם עובריים ומורכבים, מוצגים כבקשות ליישוב סכסוך, ולא מנותבים לאפיק אדוורסרי. החזון המקורי של בית משפט רב-המבואות של סנדר אכן היה מרכז ליישוב סכסוכים אשר אליו פונים בטרם גיבוש טענות משפטיות.²⁴³ כך שופטים העוסקים בעיצוב הפורום המתאים למקרה צריכים לקבל אותו כסכסוך ולא כהתנצחות אדוורסרית, וקיום תהליך המיון בשלב זה גם אם נכשלו אפיקים אחרים קודם לכן יהיה אידאלי.

ה. בין יישוב סכסוכים להסדר שיפוטי: התנגשויות ואפשרויות

במציאות המשפטית דווקא מעורבות בצל ההכרעה השיפוטית היא הכלל, והליכי יישוב הסכסוכים השיפוטי המלאים יותר כמעט אינם ננקטים במפורש או במודע בידי שופטים. כאשר מתקיימות תצפיות על מנת לבחון את קיום היסודות של יישוב סכסוכים, הממצאים המתקבלים הם לרוב של חוסר מתאם ומגמות המחריפות את הסכסוכים המשפטיים או לפחות אינן מקדמות את פתרונם. ביטויים ברורים של הליכי יישוב סכסוכים נראים רק בבתי משפט מיוחדים או במקרים יוצאי דופן. הם חלק מתופעה המכונה כיום "חדשנות במשפט",²⁴⁴ ומתקיימים ביוצא מן הכלל בעל אופי ניסויי, אשר ממשיך לאשש את הכלל שהוא שפיטה אדוורסרית. ייתכן שהסיבה לשוליות זו היא חוסר עניין ביצירת אנטגוניזם וערעור על ערכים מרכזיים למשפט וכן קבלת מרווח יצירתי של

242 ראו: Stephanie Smith & Janet Martinez, "An Analytic Framework for Dispute Systems Design", 14 *Harv. Negot. L.* (2009) 123.

243 ראו לעניין זה: Frank E.A. Sander, "The Future of ADR: The Earl F. Nelson Memorial Lecture", 2000 *J. Disp. Resol.* (2000) 3; Frank E.A. Sander, "Alternative Dispute Resolution in The Law School curriculum: Opportunities and obstacles", 34 *J. Legal. Educ.* (1984) 229. תובנה זו אכן משפיעה ככל הנראה גם על השיעור הנמוך יחסית של הצלחת פרויקט המהו"ת (לעיל, הערה 91).

244 ראו: www.courtinnovation.org (לעיל, הערה 202).

עבודה והשפעה מהשוליים. תהליך זה דומה לעלייתה של תנועת ה-ADR, אשר הוצגה כחיצונית למשפט וכלא סותרת את ערכיו. לאחר כמה עשורים והתמסדות של התנועה נראה כי השלב הנוכחי המוצע במאמר זה הוא תהליך טבעי של "כיבוש" מרכז העשייה המשפטי, שהוא הפעילות השיפוטית ותפקיד המשפט בחברה.

ההשערה של מאמר זה, הטענה ביסוס אמפירי, היא כי על אף הדומיננטיות של הליך השיטה ושל תורת המשפט הסמכותנית המאפיינת אותו, אשר במסגרתה החתירה הלא שיטתית להסדר היא הפעילות הרשמית המובילה לסיום הרבה מהתיקים המשפטיים, יישוב סכסוכים "פורץ" לעשייה השיפוטית מכוח אילוץ השטח, ובעקבות חשיפה לתאוריות של התחום מכיוונים שונים, כולל ממצאים חדשים שיש כיום בתחום מדעי המוח, בקרימינולוגיה, פסיכולוגיה ועוד. יש להניח כי רוב המקרים של יישוב סכסוכים באולם בית המשפט אינם מתועדים בפסקי דין, כי חלקם יצירתיים ואפקטיביים,²⁴⁵ וכי כי חלקם ואולי רובם מעוררים קשיים ואינם נעשים במיומנות מתאימה.²⁴⁶ האלתור

245 ראו למשל כמה התערבויות אפקטיביות של יישוב סכסוכים בתחום הפילי אשר תועדו בתצפיות הקליניקה לגישור 2008–2009 (לעיל, הערה 199):

1. ערעור על הרשעה בגין תקיפה של אב ובן. לשני הנאשמים אין עבר פלילי. המתלונן הוא אדם שמתמחה בהגנה עצמית. הוא העמיד קטנוע בכניסה לחנות של המערער מס' 1. המערער פנה למתלונן בלשון בקשה להזיז את הקטנוע. בהמשך התפתחה קטטה – העובדות נתונות במחלוקת בין התביעה להגנה. התיק נגזז על ידי המשטרה, והמערערים החזו אותו בסברם שהם המתלוננים. לאחר מכן "התהפך הגלגל". לבסוף הוגש כתב אישום נגד הנאשמים. הרכב השופטים הציע את ס' 73 לחוק העונשין. השופטים אמרו כי התנהגות המתלונן הייתה מקוממת. אין מדובר בסתם אדם שנטפלו אליו. המערער (האב) הוא בן 70, ולא מגיע לו שזו תהיה הרשעתו הראשונה. אין אינטרס לציבור בעמידה על ההרשעה של אדם בן 70. את הקנס שנפסק בערכאות הקודמות וכבר שולם השופטים מציעים לתרום למטרה טובה. הפיצוי יישאר בעינו. מכוח ס' 73, המערערים הוחתמו על התחייבות להתנהגות טובה. במשך שנה מיום החתימה נאסר עליהם לעבור עברות אלימות.

בית משפט השלום, שלב מעצר עד תום ההליכים

2. הסנגור מבקש אישור להעסקתו של המוסך של אב הנאשם את המשיב. מדובר בעברה אינסטרומנטלית. השופט פונה אישית לנאשם ולאביו. מציין כי הוא בעד היזמה. ההחלטה היא להביא את בעל המוסך ולקבל ממנו אישור פורמלי לכך. הדיון נדחה לעוד חמישה ימים (אין מדובר בזמן רב). השופט מאפשר קבלת תצהיר.

246 ראו למשל את שתי הדוגמאות הבאות המתועדות בתצפיות הקליניקה לגישור 2008–2009 (לעיל, הערה 199). חלק מרשימה של כעשר התנהלויות שיפוטיות החורגות מכללי יישוב הסכסוכים הראויים:

1. בית משפט השלום, שלב הטיעונים לעונש: העברה היא אקספרסיבית – הנאשם הוא בעל שהכה את אשתו. הסנגור פותח בנאום על שהנאשם שוחרר בתנאים מגבילים, כי הוא עומד בהם בגבורה, וכי אף המפקחים שלו יעידו על כך. הוא מסתובב אחורה בדרמטיות כדי להצביע על הנאשם ולפתע הבחין כי הוא אינו מאחוריו ושאל איפה הוא. רק בשלב הזה של המשפט התברר כי הוא

בהקשר של התערבויות עומק בסכסוך עלול להיות מסוכן גם אם הוא רצוף בכוונות טובות, ועל כן לעתים החתירה לפשרה באופן מסורתי נותרת הרע במיעוטו. במקרים שבהם שופטים מנסים לקיים בבית המשפט הליך אחר מהבאה להסדר, המתקרב יותר לצורות המובהקות של יישוב סכסוכים ואשר יורד לגופו של סכסוך, הם עלולים להיות נתונים לביקורת. זה היה מצבו של השופט דרורי בת"פ (י-ם) 247,2003/06 שבו הכריע בהליך פלילי בהסתמך על ניהול בקשת סליחה והתנצלות באולם בית המשפט. הכרעת הדין שלו הטילה עונש ללא הרשעה על הנאשם בעקבות ההליך ואף בהתבסס על הלכות תשובה של הרמב"ם.²⁴⁸ השופט דרורי סיפק הזדמנות נדירה לצפות בהליכי יישוב סכסוכים המתקיימים באולם המשפט בצטטו מהפרוטוקול באריכות בתוך פסק הדין, ובהסתמכו על חוויית הפיוס באולם בית המשפט מכריעה את הכף, גם לנוכח ההודעה המאוחרת של הנפגעת כי למעשה לא סלחה לנאשם, וכי הסכמתה ניתנה מתוך חוסר הבנה ובלבול.²⁴⁹ השופט בחן הליכים אלה והכריע כי הייתה התנצלות. בית המשפט העליון הפך פסיקה זו,²⁵⁰ חזר לתיאור הסכסוך המקורי (השופט אדמונד לוי), ובמיוחד הדגישה השופטת ארבל כי אין מקום לניהול הליך צדק מאחז באולם בית המשפט, מאחר שהדבר עומד בניגוד לציפיות המתלוננת.²⁵¹ פסק דין זה מראה כי שימוש לא מיומן בהליכי יישוב סכסוכים עלול להוביל לפגיעה בציפיות המתדיינים, באמון בבית המשפט ובהגינות הדיונית אף שיש בו גם פוטנציאל אדיר מבחינת חוויית האנושיות והמעורבות שהוא נותן לצדדים לסכסוך.²⁵² גם במקרים

יושב על ספסל הצופים. עד לרגע זה איש לא הבחין בחסרונו לצד הסנגור, אף לא הסנגור עצמו (!) כשעלו שאלות על אחד המפקחים, פנתה השופטת לסנגור בשאלות (ולא לנאשם ישירות), הסנגור הפנה את השאלות לנאשם, וזה ענה לו בצעקות – מצדו השני של האולם.

2. בית משפט מחוזי, שלב הטיעונים לעונש: השופט הפגין זלזול בצדדים שהתווכחו על קריאת מפה ואמר בטון ציני: "לא להפוך את האולם לקרקס", ו"כדאי שיחזרו על הוראות סדר דין בביתם".

247 ת"פ (מחוזי י-ם) 2003/06 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2008).

248 לדיון מפורט בפסק דין זה מהזווית של יישוב סכסוכים, תורת משפט טיפולי ומשפט וחברה, ראו: מיכל אלברשטין ואביטל מרגלית, "פיוס בחסות המשפט: על כוחה של התנצלות ומגבלותיה", **מסע אל האחוה** (בני פורת וידידיה שטרן עורכים, תשע"ד) 402.

249 ראו: עניין **פלוני** (לעיל, הערה 247) בעמ' 45 לפסק דינו של השופט דרורי, שבו השופט מזכיר את הודעת הפרקליטות שלפיה משיחה עם המתלוננת עלה כי סליחתה לא הייתה כנה וניתנה מתוך כבוד לבית המשפט.

250 ע"פ 9150/08 **מדינת ישראל נ' ביטון** (פורסם בנבו, 2009).

251 שם, סעיפים 8–9 לפסק דינה של השופטת ארבל, המנגידים בין הליכים בתוך בית המשפט לבין הליכי צדק מאחז שלא במסגרת מערכת בתי המשפט.

252 ראו למשל התבטאותו של השופט דרורי בנוגע לחוויה שעבר: "מעמד ההתנצלות ובקשת הסליחה של הנאשם, והיענותה של המתלוננת לבקשתו, באומרה כי היא סולחת לו, כמו האל, היא, בעיניי, רגע ייחודי, אפוף הוד ושגב, שמעטים מאוד כמותו היו באולמות בית

שבהם שופטים מנסים לחתור להסדר, לעתים הם גולשים לשימוש יתר בפרקטיקות של יישוב סכסוכים, כמו למשל פגישות נפרדות או מעורבות יתר,²⁵³ וזוכים לביקורתם של בית המשפט העליון או נציבות תלונות על שופטים.²⁵⁴

ו. כיוונים עתידיים למחקר על יישוב סכסוכים שיפוטי

לפי הטענות אשר הועלו במאמר זה, מרבית הפעילות השיפוטית של יישוב סכסוכים מתבצעת ללא הסדרה ואף ללא מודעות להיותה כזאת. שופטים מנהלים משא ומתן עם הצדדים ומנסים להביאם להסדר, והמסגרת הצרה של ההכרעה המשפטית היא ברוב המקרים צלו השולי של המשא ומתן המתקיים באולם בית המשפט. שופטים משמשים בוררים, מנסים לגשר, מנהלים דיאלוג ומאחים פגיעות, ופעילות זו אינה מתועדת ואינה מוסדרת כלל. פעמים רבות פעילות זו חיובית וחשובה לעיבודם של סכסוכים; פעמים, בהיעדר הכשרה מתאימה ובשל הנסיבות, הפעילות אינה יעילה ואפילו עלולה להיות פוגענית. במקרים חריגים או במסגרתן של חלופות מוסדרות ושוליות יחסית כמו מוסד ה"סולחה" בחברה הערבית,²⁵⁵ בתי משפט פותרי בעיות או בתי משפט לנוער, שופטים מקיימים פעולה מודעת של יישוב סכסוכים, אך גם כאן רב השוני על הדמיון, ומדובר

המשפט. במשך כ-40 שנה, כמתמחה, כעו"ד, וכשופט, הייתי שעות רבות, כל יום, באולמות של בתי משפט ובתי דין, לסוגיהם ולדרגותיהם. חוויה מעין זו, של דינאמיקה בין נאשם לבין מתלוננת, שהסתיימה בקתרוזים של סליחת המתלוננת לנאשם, היא היחידה בחיי. עד היום, כאשר אני נזכר בה, אני נפעם מחדש "עניין פלוני" (לעיל, הערה 247), בסעיף 528.

253 ראו למשל: ע"א 1194/13 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2013), דבו מדובר בבקשה לפסלות שופט בהתייחס להצעה כוללת שנתן לסיום סכסוך בין צדדים. הנשיא גרוניס הצביע על הפגם שנפל בכך שההצעה שבית המשפט נתן לא הייתה בנוכחות כל המשתתפים, ועל כך שהתקשורת במסדרון רק עם אחד הצדדים לא הייתה ראויה. יש לציין כי הכלל המשפטי הרווח בשיטת המשפט הישראלית מעניק לשופט מרחב תמרון רחב למדי להביע עמדה על סיכוי הצדדים שלפניו וכן לקדם פשרה ביניהם מבלי שהדבר יהיה עילה לפסילתו. להרחבה בעניין זה ראו והשוו: ע"א 3876/98 אשד נ' רקורד תעשיות תכנה בע"מ, פ"ד נב(4) 650 (1998); ע"א 8462/06 אוהיון נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 2007); ע"א 287/88 מנוף סינגל נ' רזאק, פ"ד מד(3) 758 (1990); ע"א 6679/97 ברזיק נ' ברזיק, פ"ד נא(5) 603 (1997); מרזל (לעיל, הערה 192) בעמ' 179.

254 בהקשר זה ניתן להזכיר את נציב תלונות הציבור על שופטים – דין וחשבון שנתי לשנת 2013 (2014) בעמ' 79, שבו אגב דיון בתלונה על שופט בבית משפט לענייני משפחה על שהעביר תיק שהתנהל בפניו לגישור אצל שופט אחר באותו המחוז, מציין הנציב כי עצם עיסוקם של שופטים כמגשרים וכבוררים הוא בעייתי בגלל היעדר הסמכה חוקית ברורה לפעולה שיפוטית כזו.

255 רון שפירא, "הגיעה העת לסולחה" הפרקליט מח (תשס"ו) 433.

בפעילות מתפתחת, אקספרימנטלית, המשתנה ממקום למקום. במקרים מסוימים רק פעולת אלתור, ולעתים הכרעה לא קונבנציונלית, מביאים לידי ביטוי את ההיבט הרחב של הסכסוך. במקרים רבים ננקטת הבחירה הקלה של "חתירה להסדר", אשר מתבטאת בחיזוי הדין או לכל היותר בפעילות היברידית מוגבלת.

מזווית תאורטית יש לפתח את תורת המשפט של יישוב סכסוכים, המבוססת על ששת העקרונות המארגנים המצוינים בחלק השלישי למאמר, ולהצביע על האופן שבו התמקדות בעיבוד חיובי של קונפליקטים משנה את תפיסת תפקידה של מערכת המשפט בעיני הציבור. תורת המשפט החדשה תעבור מהתמקדות בפיקוד ובשליטה לשכנוע ולהסכמה. דיון מחודש בתפקידה של סמכות בהקשר של חיפוש הסכמה יתפתח בהקשר זה.

מבחינה תאורטית יתמקד המשך המחקר באלה, ויחתור אליהם: א. יצירת קשר הדוק בין המחקר התורת-משפטי והמחקר של יישוב סכסוכים ובין התפתחויות מעשיות בתחום פעולתם של שופטים ובתי משפט חדשים וקיימים; ב. מיפוי שיטתי של פרוצדורות אזרחיות ופלייליות קיימות לפי תבנית של יישוב סכסוכים על פי קוד שייבנה לפי ששת העקרונות המארגנים של התחום; ג. פיתוח קטגוריה של "סכסוך" שתחצה גבולות בין פליילי לאזרחי ותשמש למסגור מחדש של סכסוכים משפטיים; ד. פיתוח תפיסה של "גישה לצדק" ואחריותיות בהתבסס על הפילוסופיה של יישוב סכסוכים; ה. דיון בשאלה הרגולטיבית כיצד לקדם יישוב סכסוכים שיפוטי; ו. פיתוח קוד הערכה המבוסס על הנרטיבים המארגנים של יישוב סכסוכים שיפוטי אשר ישמש להערכת פעילות של שופטים ולמידת התאמתה לעקרונות התחום.

מזווית אמפירית יש לחקור ולהבין את תופעת ההסדר בישראל במחקר השוואתי ולהבין את היקפה וביטוייה בהקשר של פעילויות של שופטים. מעבר לניתוח כמותי, יש לתעד את מגוון הפעילויות של שופטים בהבאה להסדר, לבחון את האופן שבו הן משתלבות במסגרות קיימות של יישוב סכסוכים ואת תרומתן ליישוב סכסוכים או את השפעתן על הסכסוך.

המיקוד מבחינה אמפירית צריך להיות באלה: א. יש לחקור את התופעה מבחינה כמותית ואת הקשר שלה למגוון משתנים, כולל עומס שיפוטי, התחום המשפטי שבו מדובר, השלב שבו נעשית התערבות ועוד משתנים שונים. שלב זה יכול מיפוי סטטיסטי; ב. יש ללמוד על פעילות שיפוטית מתוך ראיונות איכותניים עם שופטים בעלי מוניטין של מומחים ביישוב סכסוכים וכן עם שופטים רגילים המבצעים פעילות הסבר. ההנחה היא ששופטים הם מומחים ביישוב סכסוכים שיפוטי, ויש להם תאוריות מובלעות אשר יש ללמודן ולחלצן; ג. יש לקיים תצפיות בהליכי הסדר שיפוטי בהליכים ובשלבים שונים; ד. יש לבחון את השפעתה של פעילות ההתערבות של שופטים על הנרטיבים של הקונפליקט של הצדדים.

מזווית פרסקריפטיבית יש לקדם המלצות לשינוי דברי חקיקה, כללי אתיקה, מדיניות שיפוטית, הנחיות והוראות בהתבסס על הפערים הקיימים בין המצב הקיים בשטח ובין התפיסה של יישוב סכסוכים; יש לפתח חינוך אקדמי גבוה המעניק לשופטים הכשרה ביישוב סכסוכים כחלק מהכנתם לתפקיד; יש לפתח תכניות הכשרה בתוך כדי שיתוף פעולה עם שופטים והבנת הצרכים שהם מזהים בפעילות יישוב הסכסוכים שלהם.

המיקוד מבחינה פרסקריפטיבית צריך להיות באלה: א. יש לנסח המלצות חקיקתיות ושל מדיניות ולדאוג להפיצן ולקדם כדי שישפיעו על הפרקטיקה הקיימת (בכפוף לשאלות רגולטיביות); ב. יש לקדם העלאת מודעות של שופטים לתפקידם כמיישבי סכסוכים דרך הפצת הידע הנצבר במחקר זה, דרך כינוסים והשתלמויות ודרך גיבוש קהילה מעשית חוקרת בהקשר זה (Community of practice); ג. יש לפתח תכניות לתואר שני ביישוב סכסוכים המקנות לשופטים השכלה מקיפה ומותאמת לתפקידם בתחום זה; ד. יש לבנות הכשרה ביישוב סכסוכים לשופטים בשילוב מחקר פעולה,²⁵⁶ שהוא תהליך הכולל שיתוף מלא שלהם ומתן מענה לצורכיהם, ולבחון לאורך זמן את האפקטיביות שלה בטיפול בתיקים משפטיים. המחקר יקדם בהקשר זה שילוב הדוק בין תאוריה ופרקטיקה וישפר את הפעילות של יישוב הסכסוכים השיפוטי; ה. יש לפתח מדד מורכב שיאפשר הערכת המידה של יישוב הסכסוכים בדיון נתון באולם בית משפט. המדד יכול לשלב היבטים של הליך הוגן, עקרונות של יישוב סכסוכים, פרקטיקות טובות קיימות (best practices) ומדריכים קיימים, ולהוות בסיס להערכת התפתחויות עתידיות גם בבתי משפט מיוחדים.

לסיים, המאמר הוא ראשית פיתוחה של תפיסה חדשה של הפעילות השיפוטית, והוא בוחן אותה תאורטית בחינה ראשונית בהצביעו על כיווני התקדמות גם במישור האמפירי. הטענה במאמר זה היא כי ניתן לשלב אל תוך שיטת המשפט הקיימת את הרעיון כי מלבד ההכרעה על פי חוק, וודאי בערכאות הנמוכות, ובהשראה מהן לערכאות הגבוהות יותר, תפקידם המרכזי של שופטים הוא ליישב סכסוכים, ועל כן ראוי שילמדו תחום זה בשיטתיות. במקום לנהל הליכים חלופיים בצל ההכרעה המשפטית, אשר למעשה אינה הכרעה משפטית אלא משא ומתן להסדר בצל הכרעה ערטילאית, יש להפוך את ההתערבות המשפטית עצמה למכוונת לגופו של הסכסוך ולבעלת פרספקטיבה רחבה. יישוב סכסוכים בצל מערכת מיישבת סכסוכים יהיה אפקטיבי ומעמיק יותר, והוא עשוי להתגבר על התרבות האדוורסרית המאפיינת את תהליך ההתדיינות. פיתוח תרבות של יישוב סכסוכים במשפט וחיזוק הפן התאורטי שלה נראים בשלב זה המשך מתבקש של מהפכת ה-ADR וקידום המשפט לשלב חדש שבו יחסים, צרכים וחשיבה מורכבת וארוכת טווח הם עקרונות מפתח לטיפול מוסדי בסכסוכים.

Ernest T. Stringer, *Action Research* (4th ed., 2014) 256