

צדק מהיר מול צדק נשגב: אנטומיה של יחסי פרקטיקה ותאוריה ביישוב סכסוכים

מאת

מיכל אלברשטיין*

א. מבוא. ב. התקופה הפורמטיבית (1976-1982): הצדק כאידיאל שולי או מחתרתי. ג. תקופת ההתבגרות: התנגדות לתנועה כנעדרת צדק. ד. תקופת ההתמסדות: פיתוח תפיסת הצדק של התנועה. ה. דינמיקות של תאוריה מול פרקטיקה. ו. המצב הישראלי. ז. סיכום.

א. מבוא

החיפוש אחר יעילות הוא מרכזי למערכת המשפט, ובמידה רבה מבחנה הוא במתן מענה מיידי ואפקטיבי למתדיינים המבקשים פתרון צודק וענייני לסכסוכיהם. עם זאת, בצד הדרישה ליעילות, מן הראוי שחיפוש הצדק יהיה יסודי, מעמיק, ממושך אם יש צורך בכך, נכון להעמיק בסכסוך מכל פן אפשרי, מתמקד בנושאי מהות ולא בשאלות זמן, ותואם כללים פרוצדורליים ומהותיים אשר גובשו במהלך מאות שנים בכדי לספק פתרונות ענייניים. בהקשר של האדמיניסטרציה של הצדק ורפורמות במערכת המשפט, נראה כי התפיסה השגורה הרואה את היעילות והמהירות כהיפוכם של השאיפה הטהורה לצדק¹, היא זו השלטת. "צדק מהיר" נחשב כמנוגד ל"צדק נשגב" והיעילות, על אף שהיא נתפסת כהכרח בל יגונה, ואפילו מטרה ראויה, נחשבת כנטולת היבטים של צדק.

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן.
1 להצגה ממוקדת של טענה זו באשר לעידוד פשרות בבתי המשפט כמונע צדק ראו Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984).

תחום יישוב הסכסוכים בדרכים חלופיות, ובאנגלית – ADR (Alternative Dispute Resolution)² מביא לידי ביטוי את המתח בין יעילות לצדק מהשלבים הראשונים של התפתחותו, ולדעתי משמש אבן בוחן לתנועה הממוקדת בפרקטיקה, המונעת לכאורה משיקולי יעילות ומנסה להיענות לדרישה להחשת הצדק (צדק מהיר), אך למעשה מפתחת במקביל להתמקדות המעשית תפיסה מקורית של צדק משלה (צדק נשגב), אשר אינה בהכרח כפופה לשיקולי מהירות ויעילות. יש בפיתוח אידיאל חדש של צדק כדי לשמש הראה למצטרפים לתנועה, הוא מהווה מוקד של התפתחות תאורטית, ויש בו משום מענה למתנגדים לתנועה החדשה בטענה שהיא פוגעת בצדק המשפטי³. התפתחות התנועה ליישוב סכסוכים מתרחשת אפוא תוך קידום שני קולות: מחד, קריאה פרגמטית מעשית לפתרון בעיית העומס בבתי המשפט תוך הצעת רפורמות מעשיות בדרכי ניהולם של סכסוכים באופן מוסדי. מאידך, פיתוח אידיאל תאורטי של צדק המנותק משיקולים מעשיים ומציע תפיסה חדשה של יישוב סכסוכים. לפי טענתי במאמר זה, למרות היותם של שני הקולות מנוגדים לכאורה, למעשה הם מאזנים ומזינים זה את זה במהלך התפתחותה של התנועה. טענה זו אציג ביחס לשלוש תקופות: ראשית הקמתה של התנועה ליישוב סכסוכים, תקופת ההתנגדות לתנועה, ותקופת ההתמסדות⁴. טענתי היא כי בעוד בתקופה הפורמטיבית שבה נולדה תנועת ה-ADR מהווה טענת הצדק הנשגב אידיאל מחתרתי ושולי, אשר איננו מוצג כמרכז עניינה של התנועה, הרי שבתקופת ההתמסדות הופכת טענה זו למרכז הכובד של הצדקת התנועה והיא ממשיכה להזין התפתחויות חדשות. התקופה שתורמת למהפך זה היא תקופת ההתנגדות ל-ADR שבה מיוחסת לתנועה נטיית יתר ליעילות על חשבון צדק. המשכו של המאמר יהיה הניסיון להבין כיצד המעברים השונים קשורים במתח בין ההיבט המעשי להיבט האקדמי בהתפתחות התנועה ליישוב סכסוכים, והטענה תהיה כי בעוד שבתחום התאורטי הופכת הטענה לצדק נשגב לעיסוק מרכזי בכתיבה ובחינוך האקדמי, הרי שבתחום המעשי ממשיכה טענת היעילות להוות אבן הבוחן שדרכה נבחנים ההליכים השונים ואפילו תפיסות הצדק השונות שהם מבטאים. למעשה שני הכיוונים השונים מעצימים את כוחו של השיח אשר "משדר" מסרים סותרים לקהלים שונים. בסוף המאמר ייעשה ניסיון לבחון את המתח בין צדק מהיר לצדק נשגב בהקשר הישראלי.

2 לסקירה של התפתחות תנועת ה-ADR ראו מיכל אלברשטין תורת הגישור 106-74 (2009).

3 ראו Fiss, לעיל ה"ש 1.

4 הבסיס לתיקוף זה מבוסס על פרנק סנדר, הנחשב למנהיג תנועת ה-ADR. סנדר מחלק את התפתחות התנועה לשלוש תקופות: הראשונה (1975-1982) היא תקופת הצמיחה הראשונית, "תנו לאלף פרחים לפרוח"; השנייה (1982-1990) היא תקופת הביקורת והערות האזהרה; והשלישית היא תקופת "ההתמסדות" (1990 ואילך). Frank E.A. Sander, *The Future of ADR: The Earl F. Nelson Memorial Lecture*, J. DISP. RESOL. 3, 4 (2000).

בהתאם להתפתחות הטיעון כמפורט לעיל, יציג החלק השני למאמר את התקופה הפורמטיבית של תנועת ה-ADR, שבה טענת היעילות היא מרכזית, ותפיסת הצדק של התנועה מוצגת כשולית או מחתרית. החלק השלישי יציג את תקופת ההתנגדות להתפתחות התנועה שבה מושמצת התנועה בעיקר על ידי אנשי זכויות אדם באקדמיה המשפטית כרגרסיבית, כמבוססת על שיקולי יעילות בלבד וכפוגעת באידיאל הצדק המשפטי. החלק הרביעי יציג את התגובות להתנגדות בתקופת ההתמסדות ולחיזוק טענתו של תחום ה-ADR כבעל תפיסת צדק משל עצמו. בחלק החמישי תיבחן ההבחנה בין תאוריה לפרקטיקה כמסבירה את המהלך ובחלק השישי ייבחן ההקשר הישראלי של המהלך.

ב. התקופה הפורמטיבית (1976-1982): הצדק כאידיאל שולי או מחתרתי

הקמתה של תנועת ה-ADR מיוחסת בדרך כלל לוועידת פאונד (The Pound Conference) אשר עסקה ב"גורמים לחוסר שביעות הרצון הציבורי מהאדמיניסטרציה של הצדק"⁵. זוהי ועידה שכוונסה כדי להתגבר על בעיית הצפיפות והעומס בבתי המשפט, אשר נחשבו על ידי הציבור כמתמוטטים וכבלתי מסוגלים לדון בכל התיקים הרבים שהובאו לדיון⁶. הוועידה העריכה את השינויים שנעשו עד זמנה באדמיניסטרציה של מערכת המשפט וקראה להוספת מנגנונים חדשים למערכת זו ולרפורמה משמעותית שתשפר את האפשרות להתמודד עם החברה המתפתחת ועם צרכיה המשתנים. קריאה מרכזית ומפורסמת של השופט ברגר, נשיא בית משפט העליון האמריקני באותה התקופה, אשר פתח ועידה זו, הייתה:

The notion that ordinary people want black-robed judges, well-dressed lawyers and fine courtrooms as settings to resolve their disputes is not

5 NATIONAL CONFERENCE ON THE CAUSES OF POPULAR DISSATISFACTION WITH THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE (A. Leo Levin & Russell R. Wheeler eds., 1976)

6 בנאום זה סקר פאונד את הגורמים לחוסר שביעות הרצון מניהול המשפט, העקרוניים והמקומיים גם יחד, וסיכם במסקנה כי על המשפט האמריקני להדביק את ההתפתחויות בחברה תוך התמקצעות ושכלול. Roscoe Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 35 F. R. D. 241, 273 (1976). פאונד יצא בדבריו נגד מה שכינה "The Sporting Theory of Justice", הבאה לידי ביטוי בכך שעורכי הדין מבקשים לעצמם רווחים כלכליים במקום לראות עצמם כנציגי ציבור.

correct. People with problems, like people with pains, want relief, and they want it as quickly and inexpensively as possible⁷.

לפי דבריו של השופט ברגר, אנשים פונים למשפט מתוך חיפוש אחר מזור לבעיותיהם כמו אנשים הפונים לרופא בבקשת תרופה. במקום העיסוק בזכויות הוא מדבר על צרכים, ומילויים של אלה דורש מהירות ויעילות. מרכז עניינה של הוועידה היה חיפוש אחר דרכים מוסדיות להיענות לצרכים אלו. כתשובה לקריאה זו הציג פרופסור פרנק סנדר (Frank Sander) מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הארוורד את קריאתו המפורסמת לקדם מערכת של חלופות להליך השפיטה כדי להקל את העומס ולקיים טיפול יעיל יותר בתיקים הקיימים⁸. שם הוצג לראשונה חזונו לשנת 2000 על מרכז ליישוב סכסוכים אשר יחליף את בית המשפט המסורתי. מרכז זה, המכונה גם "בית משפט מרובה דלתות" (The Multidoor Courthouse – MDC), יהיה מסוגל לטפל ביעילות רבה יותר בסכסוכים באמצעות התאמת ההליך המתאים לכל סכסוך⁹. סנדר תיאר את המאפיינים המיוחדים של הליכים שונים ליישוב סכסוכים והציע להשוות ביניהם על פי עלות, מהירות, דיוק, אמינות, ישימות ולעתים גם חיזוי¹⁰. את הסכסוכים עצמם הוא הציע למיין על פי טבע ההליך, היחסים בין הצדדים, הסכום שבו מדובר וקריטריונים נוספים. הצעתו של סנדר, אשר כללה טיפול שיטתי בבעיית העומס הכולל רפורמה מערכתית, נפלה כפרי בשל על המצוקה שבאה לידי

7 ראו: Address by Chief Justice Burger at the ABA Conference on the Resolution of Minor Disputes (May 27 1977), quoted in WALL ST. J. 48, cols. 5-6 (27.10.1978).

8 Frank E.A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F. R. D. 111 (1976) קריאה זו ופיתוח הרעיון מופיעים אצל סנדר לאחר שהוא פורש הצעות נוספות להתגבר על בעיית העומס ובמיוחד על העומס הצפוי, כגון חוקים ברורים שימנעו הגעה לבית משפט (אחריות מוחלטת, כללי חלוקת רכוש ברורים) ומשפט מונע.

9 National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with The Administration of justice, *The Pound conference: perspectives on Justice in the Future* 83-84 (Leo A. Levin & Russell R. Wheeler eds., 1979): "What I am thus advocating is a flexible and diverse panoply of dispute resolution processes, with particular types of cases being assigned to differing processes (or combinations of processes)... Conceivably such allocation might be accomplished for a particular class of cases at the outset by the legislature... Alternatively one might envision by the year 2000 not simply a court house but a Dispute Resolution Center..."
Frank E. A. Sander & Stephan B. Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 NEG. J. 46 (1994).

10 "I would suggest the following criteria for determining the effectiveness of a dispute resolution mechanism: cost, speed, accuracy, credibility (to the public and the parties), and workability. In some cases, but not in all, predictability may also be important"

ביטוי בוועידה, והיא אומצה בהדרגתיות על ידי בתי משפט מדינתיים, בשלב הראשון באופן לא מוסדר וניסיוני.

להצגה של ADR כתנועה שמקדמת יעילות היו מחירים משלה מבחינת האקדמיה המשפטית. החיבור עם לשכת עורכי הדין האמריקנית והקשר לרפורמות מנהליות מיקמו את התנועה כמקדמת יעילות ותו לא. פרויקט שהפך למרכזי עבור שופטים, עורכי דין ופרופסיה חדשה מתהווה – מגשרים, נחשב כבלתי רלוונטי עבור תאורטיקנים של המשפט, או במקרה הקיצון מאוס עליהם ומושא להתנגדות¹¹. הניסיון להעריך את האפקטיביות של תכניות ה-ADR המתפתחות לוהה בביקורת מתמדת על הקריטריונים להערכה ועל שאלות היחס בין איכות להספק¹². יש שטענו שעל אף היומרה לצמצם את מספר הסכסוכים ולפותרם באופן מהיר, השפיעה תנועת ה-ADR דווקא על ריבוי סכסוכים, שכן התפיסות שהיא מקדמת הופכות את בית המשפט למוסד ליישוב סכסוכים המסוגל לתת מענה למגוון של אינטרסים אשר קודם לכן לא ניתן היה לספקם במסגרת מערכת המשפט הקונבנציונלית שבמרכזה הליך שפיטה. אנשים אשר לפתע יכולים לקבל מענה מהיר לסכסוכים שלהם, כפי שמציעה הבוררות, יגיעו יותר לבית המשפט¹³. גם המענה הרגשי אשר מציע הגישור והדיאלוג המתפתח בו יכול למשוך יותר אנשים להביא את עניינם לבית המשפט, לאחר שקודם לכן ראו אותו כמקום מנוכר ופורמלי¹⁴. סכסוכים אשר נשאו מודחקים, קבורים או בלתי בשלים לניהול כתביעות בבית המשפט עשויים לעבור טרנספורמציה ולעלות במעלה שלבי התפתחות הסכסוך¹⁵ בעקבות השינוי שמציעה תפיסת ה-ADR באופן הניהול של סכסוכים, ובמילים האחרות – טענת היעילות ויומרת הפתרון לבעיית העומס מוטלים בספק¹⁶.

- 11 ראו למשל את הדיון בהתנגדותו של Owen Fiss לתנועת ה-ADR, לעיל ה"ש 1.
- 12 ראו למשל: Robert A. Baruch Bush, *Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments*, 66 DENV. U. L. REV. 335 (1989).
- 13 על יעילותה של הבוררות במסגרת הליכי ADR שמציע בית המשפט החדש ראו: CARRIE J. MENKEL-MEADOW, LELA P. LOVE, ANDREA KUPFER-SCHNEIDER & JEAN R. STERNLIGHT, *DISPUTE RESOLUTION: BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL* 448-500 (2005).
- 14 לעניין החשיבות של מתן מענה רגשי לצדדים בסכסוך ולתיאור יכולתו של הגישור לייצר מענה שכזה ראו: Tricia S. Jones & Andrea Bodtker, *Mediating with Heart in Mind: Addressing Emotion in Mediation Practice*, 17 NEGOT. J. 217 (2001).
- 15 לתיאור שלבי התפתחותם של סכסוכים ולהצעה להתייחס לשלבים אלו על מנת לסייג את טענת העומס ראו: William L. Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & SOC. REV. 631 (1980-1981); Richard E. Miller & Austin Sarat, *Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture*, 15 L. & SOC. REV. 525 (1980).
- 16 להתייחסות נוספת לבעיית העומס ראו: M.J. Saks, *Is There a Crisis, How Shall We Know It?* 46 M. L. REV. 63 (1987).

בצד ספקנות זו במישור המעשי, אשר לוותה גם בספקנות בדבר הבסיס להקמת התנועה – טענת העומס עצמה, קרי הטענה שלא היה למעשה עומס חריג בהיקפו¹⁷ – התפתחה מעין גישה מחתרית אשר לפיה כלל לא מדובר ביעילות או בצדק מהיר כאידיאלים מרכזיים של תנועת ה-ADR. הטענה של גורמים דומיננטיים בתנועה, בעיקר ראשיה והוגי הדעות שלה, היא שמאחורי רעיון בית המשפט מרובה הדלתות וההכשרה המתפתחת במשא ומתן משלב ובגישור¹⁸, מסתתרת גישה חדשה בעלת אופק מוסרי. אין זה צדק מהיר בלבד, שהוא ביטוי אוקסימורוני בעיקרו, כמצוין לעיל, אלא מדובר בצדק נשגב אשר הדבקים בו יאמצו אידיאל מוסרי חדש.

כך למשל כותב סנדר ביחס לימיה הראשונים של התנועה:

Those scholars who found themselves working in this newly emerging field... felt like a lonely band on a pioneering mission. Thanks to some developments... there is now a wealth of materials, information, and company for those who wish to take this exciting journey. Yet the pioneering spirit prevails¹⁹.

המשימה החלוצית של אנשי ה-ADR הראשונים הייתה, לפי סנדר, להפיץ את תפיסת פתרון הבעיות²⁰, שהיא גישת המשא ומתן המשלב מבית מדרשם של פישר ויורי (Fisher & Ury)²¹. ספרם הפופולרי *Getting to Yes* (סיכום חיובי)²² הציג משא ומתן המבוסס על עקרונות, אשר מצליח להתעלות על התחרותיות ועל משיכת החבל ההדדית לטובת שיתוף פעולה נאור²³. הבטחה זו ללכת אל מעבר לגישה האדוורסרית איננה רק פתרון קסם המבוסס על שיקולי יעילות, כפי שנהגו אנשי תנועת ה-ADR לטעון כדי להפיץ את דרכם

17 ראו דיון מורחב בביקורת על טענת העומס בחלק הבא.

18 על הקשר בין משא ומתן וגישור ועל מרכזיותו של הגישור בתוך תפיסת ה-ADR ראו למשל: BERNARD S. MAYER, *THE DYNAMICS OF CONFLICT RESOLUTION: A PRACTITIONER'S GUIDE* 189 (2000).

19 Frank E. Sander, *Alternative Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Obstacles*, 34 J. LEGAL EDUC. 229, 236 (1984).

20 שם.

21 לתיאור גישת המשא ומתן המשלב באופן כללי, כפי שהתפתחה מאז שנות השבעים ראו ROY J. LEWICKI, DAVID M. SOUNDERS & JOHN W. MINTON, *NEGOTIATION* 107-138 (1999).

22 ROGER FISHER, WILLIAM URY & BRUCE PATTON, *GETTING TO YES* (2nd ed. 1991).

23 לביקורת תפיסה זו כמבוססת על הטיה מוסרית ולא על יעילות כלכלית כפי שנטען על ידי יוצריה ראו Gerald Wetlauffer, *The Limits of Integrative Bargaining*, 85 Geo. L.J. 369 (1996).

ולתפכה לפופולריות²⁴. זוהי למעשה תפיסת הצדק הנשגב של תנועת ה-ADR בתקופה זו²⁵, והיא אף נחשבת לרוח המחתרית אשר מאחורי המענה המעשי לבעיית האדמיניסטרציה של הצדק כפי שהוצגה בוועידת פאונד.

כך גם מנקל מדו (Menkel-Meadow), מהכותבות המרכזיות בתחום ה-ADR, הנחשבת גם לאחת ממייסדיו, מתארת את התקופה הפורמטיבית של התנועה ככזאת שבה האמונה בדרך אחרת ובצדק נשגב של פתרון סכסוכים היא זו שהדריכה את אלו שהניעו אותה²⁶. מאמר אשר כתבה בתקופה זו מדבר על המעבר למשא ומתן המבוסס על פתרון בעיות כמהפכה רעיונית במשפט²⁷, ומצביע על הקשר בינה לבין המהפכה הפמיניסטית²⁸ והצגת אתיקה נשית חדשה. יש הרואים במהלך זה של מנקל מדו אף שינוי פרדיגמה המציג כינון מחדש של הסובייקט המשפטי²⁹. לפי מנקל מדו מביא עמו סגנון המשא ומתן החדש בשורה טובה לעורכי הדין:

In focusing on problem solving for mutual gain, the lawyer will execute one of her obligations to the society that charters her profession. By decreasing the pressure on the official dispute resolution machinery in situations where mandatory, authoritative, and dichotomous results are not required, the lawyer increases the efficiency of the total dispute resolution system. And, perhaps by helping the parties articulate their real

24 ראו FISHER, URY & PATTON, לעיל ה"ש 22. מדובר בספר פופולרי כסגנון "עשה זאת בעצמך" אשר נמכר במיליוני עותקים ותורגם לעשרות שפות.

25 ראו את דבריו של Wetlaufer, לעיל ה"ש 23, אשר חושף את הבחירה המוסרית מאחורי "הגביע הקדוש" של משא ומתן. ווטלאופר מראה כי לא ניתן "להוכיח" באופן כלכלי את עדיפותו של משא ומתן משלב מבחינת האינטרסים הכלכליים של הצדדים. ראו גם KEVIN AVRUCH, CULTURE AND CONFLICT RESOLUTION (1998). אברוך מראה ביחס לטיעון דומה ביחסים בינלאומיים כי במקום להציג אותו כמהפכה מדעית נוסח תומס קון, עדיף להכיר בהיותו היגד מוסרי קרוב יותר לתומס אקווינס. ראו גם אלברשטיין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 261-238.

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

27 Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiations: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. REV. 754 (1984).

28 ראו Menkel-Meadow, שם, בעמ' 797. ההתייחסות שלה היא לתפיסת ה-Ethics of Care של CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT (1982).

29 ראו Austin Sarat & Susan Silbey, *Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Juridical Subject*, 66 DENV. U. L. REV. 433 (1989).

needs and objectives, legal negotiators will increase participation in the decision-making process with less destructive conflict between all those involved than currently exists within our assumptions of adversarial bargaining³⁰.

בשלב זה ההבטחה הגדולה שמציעה תנועת ה-ADR וגישת המשא ומתן המשלב מתמצות ביעילות גבוהה יותר, אשר מתבטאת בהכלה של כל האינטרסים והצרכים המעורבים ובנטרול הנוזקים הטמונים בתחרותיות. עם זאת אין מדובר ביעילות המתמצית בסגירת תיקים או בחיסכון עלויות ההתדיינות תוך מיצוי הפשרה אשר היוותה לכאורה מוקד בהלת העומס והרקע לוועידת פאונד. זו היעילות אשר באופן פופולרי יוחסה לאנשי התנועה. אנשי ה-ADR מציעים לציבור מעין פתרון קסם אשר מתעלה אל מעבר לעמדות ולהתנצחות התחרותית. למעשה, תפיסת הצדק הנשגב שהם מקדמים היא בעלת פן מוסרי, וקוראת לשיתוף פעולה בין יריבים תוך לקיחת צעד אחורה מאירוע המשא ומתן וניהול משא ומתן על המשא ומתן.

The second negotiation concerns how you will negotiate the substantive question: by soft positional bargaining, by hard positional bargaining, or by some other method. This second negotiation is a game about a game – a “meta game”³¹.

משחק סכום האפס (Zero Sum Game), אשר לפיו משא ומתן עוסק בעוגה קבועה, הוא זה שהגישור אמור לשנות. לשאת ולתת לגופו של עניין משמעו “לשנות את כללי המשחק”³². השינוי מתרחש כאשר הצדדים מחליטים על פרוצדורה מוסכמת אשר לפיה ינהלו את המשא ומתן. הם מנהלים “משא ומתן מיוסד על עקרונות”³³. ההסדרה של התקשורת הבינאישית, שנחשבה עד כה לכאוטית, כזו הנתונה לחוקיות של מלחמה או שלום, היא חלק מתהליך הפורמליזציה של הליך שנחשב בעבר לפרטי ולנתון, והיא מושפעת מהעניין הגובר ביישוב סכסוכים מצד המערכת המשפטית³⁴. קידום שיתוף

30 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 27, בעמ' 842.

31 FISHER, URY & PATTON, לעיל ה"ש 22, בעמ' 10.

32 שם, בעמ' 13.

33 שם, בעמ' 10. בספרות המשא ומתן מכונה סגנון זה, אשר מוצג אף כמועדף, כ"משא ומתן משלב" (Integrative Bargaining). ראו LEWICKI, SOUNDERS & MINTON, לעיל ה"ש 21, בעמ' 146-113.

34 FRANK : לעיל ה"ש 27, בעמ' 842. E.A. SANDER, DISPUTE RESOLUTION WITHIN AND OUTSIDE THE COURTS – AN OVERVIEW OF THE US EXPERIENCE (Unpublished, 1994): “An important by-product of the recent

הפעולה במשא ומתן הכרוך בסכסוכים משפטיים נהפך לאינטרס ציבורי כאשר הליכים אלטרנטיביים חודרים אל מערכת המשפט. גישתם של פישר ויורי מנסה "לחוקק" מציאות ולהציע פרשנות אקטיבית וקונסטרוקטיבית לסיטואציה אשר באופן עקרוני עשויה להכיל דינמיקות שונות. ארבעת העקרונות שהם מציעים לנהל לפיהם משא ומתן הם: הפרד/י את האנשים מהבעיה, התמקד/י באינטרסים ולא בעמדות, המצא/י אופציות לרווח הדדי, תבע/י בתוקף קריטריונים אובייקטיביים³⁵.

לסיכום התקופה הפורמטיבית, ניתן לומר כי קידום היעילות והמהירות בטיפול בתיקים משפטיים העומד בראשית מעייניה של תנועת ה-ADR עם הקמתה מכסה על אידיאל מהותי יותר של צדק הקשור בקידום תהליך של משא ומתן משלב השואף לפתרון בעיות. תהליך זה, המאפיין את הליך הגישור, שהוא רק אחד ממגוון ההליכים המרכזיים שמציעה התנועה, מוצג על ידי מקדמיה כפילוסופיה חדשה בעלת ערך חינוכי חברתי.

ג. תקופת ההתבגרות: התנגדות לתנועה כנעדרת צדק

שנות השמונים והתשעים התאפיינו בדגש חזק על זכויות ועל משפט ציבורי בזרם המרכזי של האקדמיה המשפטית האמריקנית³⁶. הרעיונות החדשים של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות והנהייה אחר גישור ומשא ומתן משלב מקבלים בתקופה זו תשומת לב מאנשי אקדמיה משפטיים המעוניינים בתאוריה של המשפט, ואלה רואים את התופעה באופן כללי כמסוכנת³⁷. חלקם של הכותבים מתבסס על טענות ניאור-מרקסיסטיות ורואה

interest in alternative dispute resolution has been to refocus our attention on negotiation as a vital and pervasive process that can be taught and is not, as was so often assumed until recently, a skill one is born with or not. We have found in our teaching at Harvard Law School that there are important theoretical questions that have been recently addressed by scholars"

35 FISHER, URY & PATTON, לעיל ה"ש 22, בעמ' 15.

36 על תפיסת "המשפט הציבורי" בקרב אינטלקטואלים אמריקניים בתקופה זו ראו William Eskridge Jr. & Gary Peller, *The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form*, 89 MICH. L. REV. 707 (1990).

37 ראו: Fiss, לעיל ה"ש 1. ראו גם Penelope E. Bryan, *Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power*, 40 BUFF. L. REV. 441 (1992); Kim Dayton, *The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts*, 76 IOWA L. REV. 889 (1991); Richard Delgado, *ADR and the Dispossessed: Recent Books About the Deformalization Movement*, 13 L. & SOC. INQUIRY 145 (1988); Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, WIS. L. REV. 1359 (1985); Harry T. Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or*

בשיח ה-ADR כלי לדיכוי החלשים המשתמש ברטוריקה של הסכמה על מנת לדכא קבוצות חלשות ולמנוע מהן לעמוד על זכויותיהן בבית המשפט³⁸. הכותב המרכזי והמפורסם ביותר בהתנגדותו לרעיון של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, אוון פיס (Owen Fiss)³⁹, משתמש בשיקולים של צדק דווקא על מנת לגנות את ההתלהבות הגורפת מתנועת ה-ADR⁴⁰. פיס רואה את האידיאל המשפטי של צדק ככזה שאינו קשור ליישוב סכסוכים ולא לה מחזיקת מאזני צדק בידיה על מנת להכריע בין שני צדדים⁴¹. גם אם עסק פעם המשפט ביישוב סכסוכים, לא הייתה זו הפונקציה המרכזית שלו לפי פיס, ומכל מקום, כיום דימוי הצדק המרכזי של המשפט צריך להיות "ריבון ההולך בארץ ואומר את החוק"⁴². תנועת ה-ADR, או התופעה של עידוד פשרות ומיסוד הליכים שיקדמו אותן, כפי שהוא מציג אותן, ראויות אפוא לגינוי, לא משום שהן מקדמות צדק מהיר, אלא משום שאין בהן כל אידיאל של צדק ציבורי⁴³. מקדמי הגישור והליכים אחרים ליישוב סכסוכים רואים את הסכסוכים המשפטיים ככאלה המתרחשים בין שכנים, ובכך מפריטים אותם⁴⁴. במקום למצות את הצדק, שהוא ציבורי בעיקרו וקשור בניסוח מחדש של הסדר הסימבולי ובפיתוחה של הספירה

Anathema?, 99 HARV. L. REV. 668 (1986); Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545 (1991); Michele G. Hermann, *The Dangers of ADR: A Three-Tiered System of Justice*, 3 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 117 (1989-1990); David Luban, *Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice*, 14 PHIL. & PUB. AFF. 397 (1985); Carrie Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or "The Law of ADR"*, 19 FLA. ST. U. L. REV. 1 (1991); Marjorie A. Silver, *The Uses and Abuses of Informal Procedures in Federal Civil Rights Enforcement*, 55 GEO. WASH. L. REV. 482 (1987); Jana B. Singer, *The Privatization of Family Law*, WIS. L. REV. 1443 (1992) לניתוח תופעת ההתנגדות לתנועת ה-ADR ראו מיכל אלברשטין "התנגדות לגישור: בין זכויות, תודעה משפטית ורב תרבותיות" מחקרי משפט כד 373 (2008).

38 ראו Grillo, לעיל ה"ש 37.

39 ראו Fiss, לעיל ה"ש 1.

40 שם.

41 Owen M. Fiss, *The Supreme Court 1978 Term Forward: The Forms of Justice*, 93

HARV. L. REV. 1 (1979).

42 שם, בעמ' 2.

43 MICHAL ALBERSTEIN, PRAGMATISM AND LAW: FROM PHILOSOPH TO ראו פיס

DISPUTE RESOLUTION (2002); אלברשטין, לעיל ה"ש 2 בעמ' 187-211. לקריאה מחדש של

ביקורתו של פיס לאור הדגשת השיקול הערכי הציבורי גם בהליכי ADR כיום ראו: Amy J.

Cohen, *Revisiting Against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public*

VALUES 78 FORDHAM L. REV. 1143 (2009-2010).

44 ראו הפתיחה למאמרו של Fiss, לעיל ה"ש 1.

הציבורית⁴⁵, קוראים אנשי ה-ADR לראות בסכסוכים עניין פרטי אשר ניתן ליישבו בהסכמה. לפי פיס קריאה זו מגונה לפחות כמו סגירת תיקים פלייליים בעסקאות טיעון, אשר בתקופה שבה כתב את מאמרו נחשבה כחריגה ממיצוי הצדק הראויה לביקורת⁴⁶. אנשי ה-ADR אולי מקדמים יעילות ונותנים מענה לבעיית העומס, אך מטרות מעשיות אלה אסור שיפגעו באידיאלים הגבוהים של הצדק אשר מציעה השפיטה, אשר בעיקרה מבוססת על "פרשנות בדבר הערכים החוקתיים שלנו"⁴⁷.

התיוג של תנועת ה-ADR כממוקדת ביעילות ובעומס בלבד לא עשה עמה חסד תאורטי. כמתבונן מבחוץ, וכבעל מיקום נוטה לשמאל באקדמיה המשפטית, בחר פיס להציג את התנועה באופן שטחי מבלי לגלות כל עניין בטענותיה לצדק אחר, נשגב יותר. למאמרו המפורסם נגד התנועה הוא קורא "נגד פשרה" – Against Settlement – כאילו כל עניינה של התנועה הוא רק בקידום פשרות. גם כשהוא בוחן יחסי כוח בגישור ואת השפעתם על הוגנות התוצאה, ניכר שתפיסת המשא ומתן שהוא מאמץ היא חלוקתית ורחוקה מפתרון בעיות משלב⁴⁸. מנגד להתמקדות פרגמטית זו במשחק סכום אפס אשר אופיו חלוקתי, מוצגת השפיטה כפרקטיקה אשר ליבון הערכים הציבוריים הוא מרכז עניינה וממילא עדיפה עשרות מונים על הפניה ל-ADR. פיס משקיף בזלזול על רעיון הצדק המהיר ולמעשה רואה אותו כנעדר צדק כלל. את הטענה לצדק נשגב יותר המעודד שיתוף פעולה ופתרון בעיות, נראה שאין הוא מכיר.

אינטלקטואלים אחרים במשפט מציגים גם הם בתקופה זו את תנועת ה-ADR באופן שלילי. ג'רולד אורבך (Jerold Auerbach) מדבר על תנועה שמרנית, אשר התעוררה במסווה של טענת עומס, על מנת להסיג לאחור את פסיקותיו של בית משפט עליון אוהב זכויות אדם, הנתפס כמתערב מדי⁴⁹. לטענתו השאיפה לצדק ויעילות של תנועת ה-ADR באות על חשבון אותן קבוצות חלשות אשר למדו רק לאחרונה להתדיין כדי להרחיב את זכויותיהן⁵⁰. מרק גלנטר (Marc Galanter) אף מוכיח, תוך שימוש בפרמטרים שונים, כי לא היה מדובר

45 לבחינה מחדש של טיעונו של פיס ולניתוחו מבחינה פילוסופית ראו: David Luban, *Settlements and The Erosion of The Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619 (1995).

46 על המעבר מעסקאות טיעון להסדרי טיעון ועל הטרנספורמציה בתפיסה של פרקטיקה זו משנות השמונים ועד תקופתנו ראו אורן גזל אייל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים 1 (2005).

47 הגדרת השפיטה מופיעה אצל פיס במאמרו Owen Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982).

48 ראו Fiss, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1076.

49 JEROLD S. AUERBACH, *JUSTICE WITHOUT LAW?* (1983).

50 שם, בעמ' 124.

בעומס מיוחד במינו אשר הצדיק זעקה כמו זו שהובילה להקמת התנועה⁵¹. קולות פמיניסטיים ושל מיעוטים אחרים מצביעים על הסכנה הטמונה בהפניית קבוצות חלשות לפשרה⁵², ובאופן כללי נתקף העיוורון התרבותי של תנועת ה-ADR אשר הופך אותה רגרסיבית ומתאימה למוסר של עשירים⁵³.

שני המחנות שמרו באותה תקופה על נתק יחסי. בראש ובראשונה הוסדרו היחסים בין אינטלקטואלים כמו פיס וגלנטר לאנשי מעשה כמו סנדר באמצעות ההבחנה בין תאוריה לפרקטיקה. בעוד כותבים אקדמיים המייצגים בעיקר את המרכז ואת השמאל מילאו כתבי עת במאמרים המדגישים את הסכנה לשאיפה לצדק חברתי בעקבות התפשטות תנועת ה-ADR, היה מרכז עניינם של אנשי המעשה המקדמים את התנועה בהפצתה בשטח. בתשובה לשאלה כיצד יגיב על טענותיו הקשות של פיס בדבר הסכנה לצדק הנשגב בעקבות התפשטות תנועת ה-ADR, הציע סנדר לייסד סמינר העוסק בהשפעת התנועה על צדדים חלשים. הנתק בין האוריינטציות של הפועלים בכל תחום מאפשר תיוג הדדי קיצוני המבטא למעשה היעדר תקשורת וחרדות הדדיות. אנשי המשפט הציבורי של שנות השמונים בארצות-הברית חרדו לאובדן כוחו של בית המשפט העליון ולניפוץ חלומם שהתגבש בשנות השישים לחברה שוויונית וצודקת יותר. אנשי המעשה הרגישו לא כשירים מספיק להתמודד עם התאורטיקנים ודבקו בקהל היעד של עורכי הדין והשופטים. נתק זה מודגש במיוחד באקלים האקדמי של בית הספר למשפטים של הארוורד בשנים אלו, אשר מצד אחד, באגף המכוון מעשה, הפיץ את בשורת ה-ADR והמשא ומתן המשלב, ומן הצד האחר, באגף התאוריה, עסק בשאלות מופשטות בדבר פורמליזם וזכויות⁵⁴.

לסיכום היחס לדרישת הצדק המהיר בתקופת ההתנגדות לגישור, ניתן לומר כי אנשי זכויות האדם באקדמיה המשפטית ראו את תנועת ה-ADR כמנוגדת לחיפוש אחר צדק חלוקתי מהותי יותר, שנחשב אז לאידיאל הנשגב המרכזי של המשפט. היעדר תפיסה של צדק חברתי וחלוקתי אצל אנשי ה-ADR הציב אותם כחבורה שמרנית המכוונת להפרטה של הסכסוכים המשפטיים ולהתעלמות מההיבט הפוליטי שלהם. ממילא הושתקה כל טענה שלהם לצדק נשגב כבלתי רלוונטית מבחינת המטרות המרכזיות של המשפט.

Marc Galanter, *The Day After the Litigation Explosion*, 46 MARYLAND L. REV. 3 51
(1986); Marc Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31
UCLA L. REV. 4 (1983).

ראו Bryan, לעיל ה"ש 37; Grillo, לעיל ה"ש 37. 52

Sally E. Merry, *Disputing Without* ADR של תנועת ה-ADR ראו 53
Culture: Review Essay of Dispute Resolution, 100 HARV. L. REV. 2057 (1987). ראו גם

אלברשטין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 308-341.

לתיאור מפורט של הפיצול האמור ראו ALBERSTEIN, לעיל ה"ש 43, בעמ' 320. 54

ד. תקופת ההתמסדות: פיתוח תפיסת הצדק של התנועה

גל ההאשמות נגד תנועת ה-ADR אפיין את תגובת הזרם המרכזי של האקדמיה המשפטית בשנות השמונים. האלטרנטיבה שהציעה התנועה בדמות הפניית אנשים להליכים חלופיים לשפיטה נתפסה כמסוכנת, ולכל הפחות כנעדרת כל קשר לצדק. לעומת הביקורות האקדמיות נחל הפרויקט הצלחה גדולה בשטח, ועבר מהשלב הפורמטיבי לשלב ממוסד יותר. ב-1990 נחקק חוק הרפורמה בסדר הדין האזרחי (The Civil Justice Reform Act, 1990)⁵⁵, שדרש מכל מחוז פדרלי לפתח תכניות ייעול המבוססות על הפניה להליכים חלופיים ועל שילובם במערכת המשפט. ב-1998 נחקק החוק ליישוב סכסוכים (The Dispute Resolution Act, 1998)⁵⁶, שהורה להקים תכניות ADR במחוזות הפדרליים על פי כללים מקומיים, ודרש מכל מחוז פדרלי לספק למתדיינים לפחות חלופה אחת של יישוב סכסוכים ולדאוג שמתדיינים ישקלו שימוש בהליכים חלופיים. גם במדינות השונות חוקים המחייבים הפניה ל-ADR והקמה של מערכות כאלה בתוך בתי המשפט, הפכו לעניין שבשגרה⁵⁷. מהלך זה, אשר הפך את תנועת ה-ADR מזרם חלוצי לפרויקט קיים המתנהל באופן מערכתי כולל, שינה את אופי התגובה והפך את ההתנגדות, הקיצונית במידה מסוימת, לבלתי רלוונטית. כפי שאומרת ג'ודית רוניק (Judith Resnik) באחד ממאמריה, רכבת ה-ADR עזבה את התחנה כבר, ולכן המתנגדים אינם נושאים עוד את קולם⁵⁸. במקביל לתופעה של התמסדות ושל התפתחות קורסי ADR ברוב בתי הספר למשפטים האמריקניים, חלה התפתחות בתחום התיאוריה של ה-ADR, אשר ניסתה לענות על ההתנגדות העזה שהתעוררה כלפיה בשנות השמונים. הטענה כי התמיכה בגישור וב-ADR משמעה דגש יתר על יעילות וכי יש בתנועה סכנה לקבוצות חלשות הטרידה את חלק

55 Civil Justice Reform Act of 1990, 28 U. S. C. §§ 82-471.

56 The Dispute Resolution Act, 28 U. S. C (1998) § 652. בחוק זה אף נקבע כי המחוזות רשאים לחייב שימוש ב-ADR במקרים מסוימים, אך בהיעדר הסכמת הצדדים יוכלו לעשות זאת בהליכי גישור והערכה מוקדמת בלבד.

57 STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E. A. SANDER, NANCY H. ROGERS & SARAH RUDOLPH COLE, DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION, AND OTHER PROCESSES 388 (1999): "The use of mandates to participate in dispute resolution process has grown rapidly during the last decade. At present, courts in many states operate under a statutory requirement or authorization to mandate participation by the parties in a variety of dispute resolution processes in specified types of cases. In many other jurisdictions, the courts are authorized by rule of procedure or court rule to compel participation. A similar expansion in mandated participation has occurred in the federal courts..."

58 Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors: Alternate Dispute Resolution Adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211 (1995). ראו גם Eric K. Yamamoto, *ADR: Where Have the Critics Gone?* 36 SANTA CLARA L. REV. 1055 (1996).

ממפחתי התחום. אחת התגובות להתנגדות הייתה עיצוב מודל חדש של גישור אשר אינו כפוף להתנגדות האמורה. ברוך בוש (Robert E. Baruch Bush), מייסדו של זרם חדש של גישור המכונה "גישור טרנספורמטיבי" (Transformative Mediation), הכריז בשנת 1994 בספרו "ההבטחה שבגישור" (The promise of Mediation) על מודל חדש – טרנספורמטיבי – אשר יקדם אתיקה של דאגה וערכים ולא יהיה ממוקד בתוצאות ובהשגת יעילות. הוא פתח את ספרו בהצגת תמונת מצב של השיח הגישורי עד כה והציג את הסיפורים השונים שהתפתחו בו. לגישה הדומיננטית בגישור, זו המקדמת פתרונות מערכתיים ומשא ומתן משלב קרא בוש "סיפור הסיפוק" (Satisfaction Story). הגישה המפורסמת של פישר ויורי הקוראת למשא ומתן מבוסס על עקרונות מוצגת אצלו כמשתלטת על התנועה, ולטענתו צובעת את דגלה בדגש רב מדי על יעילות ועל פתרונות מנצחים. בוש אינו מתייחס ברצינות למסר העקרוני בדבר פתרון בעיות כתפיסה שיש בה רעיון נשגב ושינוי פרדיגמה כפי שניסו אנשי ה-ADR להציג⁵⁹. לדידו הדרך היחידה "להציל" את הגישור מדימוי יעיל ומהיר היא להבנות אותו כמנותק משיקולי תוצאה וזמן. לפי בוש "הערך המוסף" של גישור לפי הגישה הקיימת הוא בשיפור תהליך המשא ומתן בין הצדדים ובהתגברות על הכשלים השונים המאפיינים אותו⁶⁰. מול תפיסה מרכזית זו מוצב סיפור דומיננטי אחר – "סיפור הדיכוי" (Depression Story). לפי סיפור זה גם אם התנועה החלה דרכה עם כוונות טובות, הגישור נהפך למכשיר מסוכן העלול להגביר את כוחו של החזק לנצל את החלש. בשל חוסר הפורמליות והבסיס ההסכמי של ההליך, ובהיעדר כללים מהותיים ופרוצדורליים להגנה על החלש, הגישור עלול להגדיל פערי כוח ולפתוח פתח לניצול וכפייה על ידי צדדים חזקים⁶¹. "סיפור הדיכוי" הוא למעשה תגובת נגד ערכית ל"סיפור הסיפוק" והוא משקף את תופעת ההתנגדות לגישור כפי שתוארה בחלק הקודם⁶². הוא מבטא את הטענה שאם כל עניינו של הגישור הוא ביעילות ובהפרטה של הסכסוך, הרי שתגובה ערכית ראויה היא הדגשת ערכי צדק ושמירה על זכויות.

בוויכוח שמתאר בוש בין אנשי אקדמיה כדוגמת פיס לבין מגשרים בדבר ערכו הציבורי של הגישור⁶³, ברור כי השפיטה תיבחר כהליך המשקף יותר צדק וערכים חברתיים⁶⁴. בוש

59 ראו דיון בחלק השני לעיל.

60 Robert A. Baruch Bush, *What do we Need a Mediator for?: Mediation's 'Value-Added' for negotiators*, 12 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1 (1996)

61 ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, *THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION* 23 (1994)

62 ראו דיון בחלק השלישי לעיל.

63 Robert A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: an Imaginary Conversation*, 3 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1 (1989)

64 שם. במאמרו מציג בוש שופט המזמין דמויות שונות להעלות בפניו טיעונים בעניין הפניית תיקים לגישור. בין המופיעים ישנו מתמחה בבית המשפט, פרופסור למשפטים, מגשר

מנסה להתמודד עם הביקורת הרחבה על הגישור באמצעות הדגשת סיפור אחר שלו, כזה אשר התקיים כבר בראשית קיומה של התנועה אך הוצנע עד כה. זהו הסיפור הטרנספורמטיבי⁶⁵. לפי גישה זו קונפליקט אינו בעיה אלא הזדמנות לפתח ולתרגל הגדרה והכרעה עצמית (Self Determination) והסתמכות עצמית (Self Reliance). המפגש עם האחר מאפשר לכל אחד להכיר בפרספקטיבה של הממד השני ולחוות גדילה⁶⁶. התגובה האידיאלית לסכסוך אינה לפתור את הבעיה אלא לעזור להעביר את הצדדים המעורבים טרנספורמציה בשני ממדים של גדילה מוסרית: חיזוק האני (Self) של הצדדים; ושיפור יכולתם לתקשר עם אחרים⁶⁷. המטרות המרכזיות של הגישור הן אפוא העצמה (Empowerment) והכרה (Recognition). גישור, על פי תפיסה זו, מלווה בהכחשה או השהיה מודעת של הצורך "לפתור" את הסכסוך, ומטרתו לפתח תקשורת בונה.

במהדורה הראשונה של ספרם מדגישים בוש ופולג'ר את הרקע המוסרי למודל הגישור שהם מציעים, ומתארים בהרחבה את "אתיקת הדאגה" (Ethics of Care) אשר מבוססת על משנתה של הפסיכולוגית החברתית קרול גיליגן (Carol Gilligan)⁶⁸, ממיסדות הזרם הפמיניסטי המכונה "זרם תרבותי"⁶⁹. תפיסת העולם הקישורית (Relational Worldview) הנותנת השראה למודל שלהם מעניקה ממד מוסרי לגישור, ובכך מתגברת באופן הטוב ביותר על "סיפור הדיכוי". הסיפור הטרנספורמטיבי מצליח לכאורה לחמוק מביקורת זו משום שהוא מוותר מראש על המשחק ב"מגרש" הצדק המשפטי, ובמקומו הוא מציע נוסחה חדשה של צדק המבוססת על אתיקה של דאגה. הנוסחה של הגישור הטרנספורמטיבי מחלצת את הגישור מאוריינטציית היעילות ומתאוות הבצע, ומציבה לצדו ערכים של השתייכות לקהילה, אמפתיה ותקשורת, אשר יכולים להשתלב באידיאלים המשפטיים. משום כך, לדעתו של בוש, רק הגישה הטרנספורמטיבית מכניסה את הגישור לטרקלין הפילוסופיה הפוליטית המשפטית ולמסגרת חשיבה ערכית אשר עשויה להשתלב ביומרותיו של המשפט⁷⁰. הטיעון המרכזי של בוש הוא כי הגישור צריך להציע ערך מוסרי גבוה יותר מהשגת יעילות במשא ומתן. טענתו לעדיפות המודל שלו טמונה בעובדה שהוא מציב את הגישור כבעל ערך מוסרי, וכך מאפשר לו להתחרות במשפט, אשר על פי הגדרתו מחפש צדק וערכים.

פרגמטי. בסופו של דבר מכריע השופט לטובת השפיטה מאחר שהוא משתכנע שאין בהליך הגישור שאיפה לצדק ושכל עניינו יעילות. בשלב זה מובא בפניו המגשר הטרנספורמטיבי אשר מציג את הערך המוסרי המוסף של הגישור והוא מבין מדוע יש ערך בפניה לגישור.

65 Bush & Folger, לעיל ה"ש 61, בעמ' 30-32.

66 שם.

67 שם, בעמ' 84-85.

68 שם, בעמ' 374. ראו גם Gilligan, לעיל ה"ש 28.

69 Gilligan, שם.

70 Bush, לעיל הערה 63.

התוצאה של הצבת הגישור כבעל אתיקה של יחסים (Relational) שהיא "צדק נשגב" ומתקדם יותר, וכמנותק משיקולי יעילות ותוצאות, מחריפה למעשה את הבעיה שעליה דיברו המתנגדים לגישור, אשר ניסו להשוותו עם המשפט שעניינו הגנה על זכויות. המודל הטרנספורמטיבי מנסה לכאורה לפתור את הבעיות שבהן נתקל שיח הגישור בתקופת עלייתו, ובעיקר לענות על ההתקפות מצד אנשי "סיפור הדיכוי". הניסיון הוא להשיב לאנשי הזכויות, החוששים מהפרטה של הצדק ומפגיעה בחלשים בחברה⁷¹, ולטעון שהערכים המרכזיים שההליך מנסה לקדם – יחסים, אמפתיה וקשר לקהילה – חשובים לא פחות מההגנה על זכויות. לעומת הנטייה של מגשרים לאזן יחסי כוח ולהגן על צדדים חלשים, קוראים בוש ופולגר⁷² להשהות שיפוטיות ולא להניח כי למגשר יש תמונה מלאה של הסכסוך שהיא טובה מזו של הצדדים. לפי בוש ופולגר, אם הצדדים אינם מוטרדים מיחסי הכוח ואינם מעלים עניין זה, על המגשר להימנע מלעשות זאת מצדו⁷³. עצה זו מתמודדת עם טענת הזכויות בדרך פרדוקסלית של אשרור מלא שלה, לרבות עיצוב ההליך מחדש כך שיחריף אותה. ההנחה היא שהפרדה מוסדית חדה בין הליך השפיטה, אשר נבחן לפי מידת הגנתו על זכויות ואופן איזון הפערים החברתיים על ידיו, לבין הליך הגישור אשר מכוון לעודד קשר, אמפתיה והכרעה עצמית, היא אופטימלית מבחינת מערכת המשפט בכללותה. הליך הגישור מוצב במסגרת זו כפרטי לחלוטין וכממוקד באופן הבינאישי-פסיכולוגי בלבד של גדילת הצדדים, בלא מבט מפוכח על המציאות החברתית⁷⁴. ניתן לטעון כי מודל זה

- 71 ראו לעיל חלק שלישי הדין בהתנגדות לגישור.
- 72 Joseph P. Folger & Robert A. Baruch Bush, *Transformative Mediation and Third Party Intervention: Ten Hallmarks of Transformative Mediation Practice*, 4(13) *MEDIATION QUARTERLY* 263 (1996). ראו הסימן השלישי לעשרת הסימנים בגישור הטרנספורמטיבי.
- 73 ראו גם BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 61, בעמ' 34-40. כדי להמחיש את הקושי בפרקטיקה הקיימת מובאת שם דוגמה לסימולציית גישור שבו לוחצים המגשרים על אישה שלא להסכים לוותר על חלקה בבית המגורים המשותף. האישה נתפסת בעיניהם חלשה מכדי לשקול כראוי את החלטותיה ולהשיג תוצאות יעילות. מכאן לומדים המחברים כי מגשרים שכחו את תפקידו של הגישור לחזק תהליך קבלת החלטות של צדדים ולהעצים אותם והם נתפסים לסיפור הסיפוק בלבד.
- 74 ראו: Carrie Menkel-Meadow, *The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms and Practices*, 11(3) *NEG. J.* 217, 235 (1995): "In delineating their 'Transformative Story', Bush and Folger tell us they are not concerned with 'the restructuring of social institutions in a way that redistributes power and eliminates class privilege'; rather they are concerned with 'a change or refinement in the consciousness and character of individual human beings... connoting individual moral development'. Thus, Bush and Folger proudly take on what the critics of Community Boards mediation most fear – the individualization and internalization of problems and disputes. They have 'psychologized or moralized' exactly what the Merry-Milner authors claim should remain political"

מציב אידיאל גבוה יותר של צדק חברתי בכך שבאופן עקרוני עשויים הצדדים להפנים בעצמם את הסדר החברתי החדש ולבחור בו להסדרת יחסיהם, אך שאיפה זו מותירה אותו כמודל אוטופי אשר אינו מתמודד עם המציאות החברתית הקיימת תוך ניסיון לתקנה⁷⁵. לסיכום ניתן לומר כי הגישור הטרנספורמטיבי הופיע בעיקר כתגובה להאשמות נגד תנועת ה-ADR, של היעדר תפיסת צדק ופגיעה בזכויות ובערכים משפטיים. המענה שבוש הציע מפריד בין הצדק של המשפט, העוסק בזכויות ואשר אותו הגישור לא בא לקדם, לבין הצדק של הגישור, שהוא נשגב יותר, וחותר לקידום אתיקה של דאגה ויחסים בינאישיים. הצורך להתנתק מהדימוי היעיל או המהיר של התנועה הביא בהקשר של גישור טרנספורמטיבי לשלילת הצורך להגיע לתוצאות כלל ועיקר, תוך דגש חזק על תהליך ההעצמה וההכרה כמוקד עניינו של הגישור. בצד דגש תאורטי זה, בפועל ניתנה למודל זה הדחיפה המשמעותית ביותר כאשר אומץ כמודל מרכזי בפרויקט של רשות הדואר האמריקני (USPS), אשר בו נבחנה האפקטיביות שלו, ונמצא כי הוא יעיל ביותר בקידום יחסי עבודה⁷⁶.

במקביל למהלך זה שהתרחש בתחום התאוריה של הגישור, גם התאוריה של ADR כרפורמה מערכתית בבתי המשפט עברה ניסוח מחדש. מתנועה ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות (Alternative), הפכה בתקופת ההתמסדות לגישה ליישוב סכסוכים בדרכים הולמות (Appropriate)⁷⁷. בכך עברה מהשוליים למרכז כמכילה את האיזון הנכון בין שפיטה, גישור, בוררות והליכים אחרים. מענה לבעיית העומס כבר מזמן הפסיק להיות העילה המרכזית לפיתוח תכניות ADR, ולא היה עוד צורך לקדם אידיאל של צדק רק באופן "מחתרתי". במקום רעיון של צדק מהיר או של פתרון יעיל לבעיית העומס, קיבל השינוי המערכתי תווית של צדק חדש, נשגב יותר. ערכים כמו "פלורליזם של הליך" ו"השתתפות רבת משמעות בהליכי פתרון סכסוכים" הפכו לתנאי הכרחי לקידומה של דמוקרטיה ולטיפוחם של הערכים שביסוד המשפט. אלכס וולניגטון (Alex Wellington) לדוגמה מציג את הגישור

75 ראו: Menkel-Meadow, שם, בעמ' 236-238, והרחבה של ביקורת זו אצל: Michal Alberstein, *Negotiating for Justice Fighting For Law: The Dialectic of Promoting and Settling Disputes in the Current Global Era*, 31 STUD. L. POL & SOC'Y 45 (Austin Sarat Neal Milner, *Mediation* ed., 2003). על התייחסות למודל הטרנספורמטיבי כאוטופי ראו גם: and political theory: A critique of Bush and Folger, 21(3) L. & SOC. INQUIRY 737, 759 (1996).

76 Joseph P. Folger, J.R. Antes & Dorothy J. Della Noce, *Transforming Conflict Interaction in the Workplace: Documented Effects of the USPS Redress program*, 118 HOFSTRA LABOUR AND EMPLOYMENT L.J. 2 (2001).

77 לתיאור מעבר זה ראו אלברשטין, לעיל ה"ש 2 בעמ' 106-95.

כתואם ערכים ליברליים וכמקדם אותם⁷⁸. לגישתו, הגישור משקף רעיונות ליברליים בסיסיים כמו אוטונומיה אישית, חופש וסובלנות, אשר תואמים כללי ניטרליות והכרעה עצמאית המקובלים בגישור. ניתן לפיו לחזק את הגישור בעזרת הליברליזם, אך בעיקר להגן על סוג חדש של ליברליזם בדגש על פלורליזם בעזרת השימוש בגישור. רוברט אקרמן (Robert Ackerman) לעומתו מציע להשתמש בגישור על מנת לקדם חשיבה קהילתנית⁷⁹, באמצעות עידוד השתתפות ישירה, שיתוף פעולה, הכרה ברגשות ובצרכים של האחר וערכים שיתופיים נוספים. דעות אלו רואות את הרפורמה המערכתית שבמרכזה הגישור כפרויקט המבטא צדק נשגב יותר, ולא "סתם" פתרון לבעיית העומס.

ה. דינמיקות של תאוריה מול פרקטיקה

התבוננות במהלכים שתוארו לעיל מובילים לשרטוט מעין דיאלקטיקה של היחסים בין צדק מהיר לצדק נשגב בפרקטיקה ובתאוריה המשפטית: הקריאה למנגנונים יעילים של צדק היא מוטיב חזק בתפיסה הפופולרית שלו, ואחת לתקופה מתאפיין המשפט האמריקני בחוסר שביעות רצון פופולרי אשר מוביל לרפורמות מערכתיות⁸⁰. הציבור רוצה משפט אפקטיבי ומתקומם על שמערכות החוק לא מתפקדות כהלכה. המערכת מנסה להתיעל, ומניחה ששינויים מערכתיים יתנו מענה מהיר שהוא גם צודק יותר לסכסוכים המגיעים למשפט. הבטחת היעילות היא זו שמניעה ומקדמת באופן אינטנסיבי את הרפורמות החדשות, וקריטריונים למדידת הצלחתן נקבעים כתנאי להפצתן. בצד מגמה זו מתפתח על ידי מקדמי הרפורמה אידיאל מחתרתי של צדק נשגב אשר אינו כפוף לשיקולי יעילות. אידיאל זה תואם את אופייה של האקדמיה המשפטית, אשר תפיסתה את המשפט היא בראש ובראשונה כמערכת בעלת היבטים ערכיים, ולא כמערכת המחויבת ליעילות. מזווית אקדמית תאורתית נתפסת המהירות והיעילות כסכנה לערכים גבוהים יותר שהמשפט מעוניין לקדם כמו צדק חברתי, צדק חלוקתי והצהרת ערכים. ניגוד זה, כפי שקרה במקרה של תנועת ה-ADR, עשוי ליצור אנטגוניזם לרפורמה המעשית המתפתחת אשר נתקפת על היותה בלתי ערכית וחסרת צדק נשגב. ההתנגדות לרפורמה כפוגעת בצדק גוברת ומגיעה

78 Alex Wellington, *Taking Codes of Ethics Seriously: Alternative Dispute Resolution and Reconstitutive Liberalism*, 12 CAN. J. L. JURIS. 297 (1999).

79 Robert M. Ackerman, *Disputing Together: Conflict Resolution and the Search for Community*, 18 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 27 (2002).

80 לתיאור חזרתיות זו של "חוסר שביעות הרצון מהאדמיניסטרציה של הצדק" בתרבות האמריקנית ראו Michal Alberstein, *Therapeutic Keys of Law: Reflections on Paradigmatic Shifts and the Limits and Potentials of Reform Movements*, 39 ISR. L. REV. 140 (2006).

מכיוון אנשי האקדמיה העוסקים בצדק, ערכים וזכויות. כתגובה להתנגדות זו מפתחת הפרקטיקה תאוריה גלויה משלה (ולא עוד מחתרית) של צדק נשגב, ונוסף על כך כאשר היא מתמסדת בשטח, היא מציירת את השיטה המשפטית וערכיה בדמותה. כך נוצר מעין תהליך התפשטות דו-זרועי: מצד אחד, מקדמת הרפורמה המערכתית יעילות ואפקטיביות ומתקדמת בשטח מתוך עמידה בקריטריונים המודדים תוצאות אלו; מן הצד האחר, בעולם התאוריה היא מפתחת אידיאל של צדק נשגב המנותק משיקולי תוצאה המשמש מוקד לעיון אקדמי ולהוראת סטודנטים. האידיאל שמציב הגישור הטרנספורמטיבי הוא מעניין ומפרה בהקשר של הוראה, פיתוח עבודות מחקר ועיצוב פרופסיה חדשה – זו של המגשרים. אין הוא בהכרח המודל המעשי שלפיו יוכשרו ויפעלו מגשרים בבתי משפט. ההשתרשות האקדמית של לימודי ה-ADR הופכת את ריבוי התאוריות למפרה ומבוקש ומצניעה את השטחיות של עולם המעשה. בצד זה ממשיכה הפרקטיקה להתפתח על פי שיקולי אפקטיביות ותוך הצהרה מפורשת לגבי חיפוש צדק מהיר.

היכן היא אפוא האמת? מהי תנועת ה-ADR והאם מתיישבת היא – ובמיוחד הליך הגישור – עם קידומו של צדק מהיר? התשובה העולה מהדיון עד כה היא – תלוי את מי שואלים והיכן. במסגרת אקדמית, בלתי מחתרית בעליל, אשר הצדק הנשגב הוא בראש מעייניה, נראה נכון לטעון כי צדק מהיר שהתנועה מקדמת הוא רק שם מסווה לצדק כולל ורחב יותר, ציבורי בעיקרו, אשר מחזק את ערכי הדמוקרטיה ומטפח דאגה ואמפתיה בין אנשים.

לניסוח אחר של היחסים בין פרקטיקה לבין תאוריה לעניין קידומו של צדק מהיר ניתן לפנות אל העניין המתגבר בצדק פרוצדורלי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בכתיבה אקדמית בתחום הפסיכולוגיה החברתית בשנים האחרונות⁸¹. כתיבה זו חודרת אף לתחומי המשפט והגישור, ומציעה פרספקטיבה נוספת לרעיון הצדק המהיר⁸². במסגרת תפיסה קלאסית נחשבה הפרוצדורה כשולית וכמכשירית (אינסטרומנטלית) להשגת צדק מהותי, אך מחקרים חדשים הוכיחו שפרוצדורות הוגנות לטיפול בסכסוכים הן במקרים רבים הרבה יותר חשובות למרבית האנשים מאשר תוצאה הוגנת. גם כאשר התוצאה מאכזבת, יחס של מתן כבוד והליך הוגן מקלים על קבלת תוצאה מהותית גם אם היא פוגעת במי שעבר את ההליך.

81 ראו במיוחד JOHN W. THIBAUT & LAURENS WALKER, PROCEDURAL JUSTICE: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS (1975); E.A. LIND & T.R. TYLER, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE (1988); L. Walker, E.A. Lind & J.W. Tibaut, *The Relation Between Procedural Justice and Distributive Justice*, 65 VA. L. REV. 1401 (1979)
82 ליישום של תפיסת הצדק הפרוצדורלי לעניין הגישור ראו H.J. Koh, "Yet I shall temper So Justice with Mercy", *Procedural Justice in Mediation and Litigation*, 28 L. & PSYCHOL. REV. 169 (2004); T. Nabatchi & L.B. Bingham, *Expanding Our Models of Justice in Dispute Resolution: A Field Test of the Contribution of International Justice*, IACM 15TH ANNUAL CONFERENCE, available at ssrn.com/abstract=305205

אנשים מעוניינים להשמיע באופן מהותי את קולם ולקבל יחס של כבוד והקשבה. מענה לצרכים אלה הוא בדרך כלל הפתח לטיפול נכון בסכסוך. פרוצדורות המכוונות לפתרון בעיות, כדוגמת הגישור, אשר משולבת בהן הקשבה ושיקוף, נחשבו בהקשר זה כמשרות את תדמיתה של המערכת ואת שביעות הרצון של לקוחותיה⁸³. הרעיון של פיתוח הליכים חדשים וצדק מהיר הפך על פי גישה זו לקשור באופן הדוק יותר לצדק שהוא טוב ואיכותי יותר. זווית התבוננות זו עודדה תמיכה מהותית יותר בענייני גישור והעלתה את הפרוצדורה לדרגה שווה למהות ההכרעה בזכויות, אם לא גבוהה ממנה.

1. המצב בישראל

הפצת הרעיון של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות החלה בישראל באמצע שנות התשעים והתפתחה באופן שונה מהתהליך בארצות-הברית. לא היה מדובר במענה לזעקה פופולרית בדבר העומס בבתי משפט, אם כי בחוסר שביעות רצון ממעורבותו של בית המשפט העליון הישראלי בהחלטות ערכיות, שהייתה קיימת גם בישראל⁸⁴. ההליכים החלופיים – והגישור בראשם – הובאו ויובאו בתמיכתו של נשיא בית המשפט העליון דאז אהרן ברק, ומלכתחילה הוקם אגף במשרד המשפטים שתפקידו למסד את החדרת ההליכים החלופיים⁸⁵. התמיכה בגישור הוצגה עוד מראשיתה על ידי מי שעמד בראש המערכת – הנשיא ברק – כמתיישבת עם תפיסת הצדק המשפטי. לפי ברק, כאשר לרובם של הסכסוכים

83 ליישום תפיסת הצדק הפרוצדורלי לעניין משא ומתן וגישור ראו Rebecca Hollander- Blumoff & Tom R. Tyler, *Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential*, 33 L. & SOCIAL INQUIRY 473 (2008); N.A. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to do With It?*, 79 WASH. U. L.Q. 787 (2001).

84 ראו רות גביון המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? (1998).
85 בשנת 1997 החלה לפעול בבית משפט השלום בתל אביב, לצורך זה, המחלקה ליישוב סכסוכים (המל"ס), וביום 1.1.1999 תפסה את מקומה המחלקה לניתוב תיקים (המנ"ת). תכנית מנ"ת ארצית התפרסמה בפברואר 2003, והיא ממסדת את המצב הקיים במחלקות לניתוב תיקים ברחבי הארץ, וכן קובעת את היעילות והטיפול האיכותי כמטרות משולבות של תכנית זו. הגדרת התכנית היא: "שיטה לניהול יעיל של ההליכים המשפטיים מיום הגשתם לבית המשפט ועד לסיומם, תוך חיסכון בזמן, בטרחה ובמשאבים של בעלי הדין ושל בית המשפט כאחד". העיקרון שעל פיו היא פועלת הוא "מסלולי טיפול שונים לתיקים שונים". מטרתה היא: "עשיית צדק מהיר, יעיל ואפקטיבי לאזרח וזאת תוך שיפור השירות הניתן לבאי בית המשפט, סיום מהיר של הטיפול בתיקים המוגשים, ניצול נכון ואיכותי של הזמן השיפוטי תוך הקפדה על איכות ההליך השיפוטי והגעה לפסק דין סופי צודק (מוסכם או מכריע), המסיים את חילוקי הדעות בין בעלי הדין, במהירות הראויה".

מטרת המשפט היא לעזור לאנשים לפתור אותם בעצמם⁸⁶. רק באלו שבהם הם אינם מצליחים למצוא פתרון מוסכם יתערב המשפט ויציע פתרונות עקרוניים וכפויים. מכאן שעל פי ברק מוקד התמיכה ביישוב סכסוכים אינו דווקא מהירות או יעילות, אלא מדובר בקידום חברה שבה אנשים מיישבים את סכסוכיהם בעצמם. מעניין לציין כי גם בספרו שופט בחברה דמוקרטית⁸⁷ מציג ברק את תפקידו המרכזי של המשפט כהכרעה בסכסוכים על פי חוק, ומצניע את היבט שיקול הדעת, אשר בעבר נתן לו משקל רב יותר⁸⁸. תפקידו של השופט, לפי ברק, הוא ברוב המצבים יישוב סכסוכים ללא הפעלת שיקול דעת⁸⁹, ומכאן שדגש על דרכים לייעול יישוב הסכסוכים בבית המשפט הוא חיוני ונדרש. אין מדובר רק בהכרח בל יגונה אלא בתפקיד מרכזי של המשפט. למרות שהצעתו בדבר תפקיד השופט בחברה דמוקרטית מתמקדת בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי, נראה שהיא מצטנעת יותר בחשיבות שהיא מייחסת לשיקול הדעת השיפוטי מאשר בעבר⁹⁰ מאחר שהיא מייחסת אותו למקרים קשים בלבד – אזורי האפלולית היחסית במונחי של ה'א' הארט (H.L.A. Hart)⁹¹. אלו אותם מקומות שבהם לא ניתן להכריע בכירור באמצעות כללים⁹². ייחוס ערך חיובי לפיתוח מיומנויות יישוב סכסוכים בקרב הציבור מעניק למהפכת הגישור

86 ראו אהרן ברק "על הגישור" שערי משפט ג 9, 10 (2002): "תפקידה של המערכת השלטונית באשר לגישור הוא כפול: ראשית, לעודד קיומן של מסגרות חברתיות, אשר יביאו לפתרון מוסכם של סכסוכים; שנית, לקיים מסגרות שלטוניות, אשר בהן יוכרעו סכסוכים שלא ניתן לפתור אותם באופן מוסכם. במשך שנים רבות, מילאה המערכת השלטונית את תפקידה השני בלבד. הוקמו בתי משפט אשר פתרו סכסוכים. זהו פתרון בהיעדר הסכמה. זהו פתרון כפוי. זהו פתרון נורמטיבי, הפועל על פי כללים ידועים מראש, המופעל בדרך שוויונית, תוך שמירה על כללים בסיסיים של צדק טבעי, ומתוך מגמה להגיע לפתרונות צודקים. אך המדינה נמנעה מלמלא את תפקידה הראשון. פעולות הגישור לא קיבלו עידוד. מעטות היו המסגרות הראויות לגישור. התוצאה הייתה קשה. בהיעדר מסגרות חברתיות לפתרון סכסוכים, הובאו מרבית הסכסוכים בחברה להכרעה שיפוטית. אלה כללו לא רק סכסוכים שבהם לא ניתן להגיע להסכם בין הצדדים, אלא גם סכסוכים שבהם ניתן להגיע להסכמה בין הצדדים".

87 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).

88 ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (1987).

89 ראו ברק, לעיל ה"ש 87, בעמ' 407: "תפקידו של שופט הוא להכריע בסכסוך המובא בפניו. לשם כך עליו לקבוע את הדין שלפיו הסכסוך יוכרע. בקביעה זו הוא משמש לעתים קרובות 'פה למחוקק', הוא חוזר על לשון החוק. כך לרוב, אך לא תמיד. ישנם מקרים ('המקרים הקשים') שבהם קביעת הדין כרוכה ביצירת הדין. ודאי כך בפיתוח המשפט המקובל. כך גם בפירוש הטקסט הנוצר על ידי אחר... בכל המקרים האלה אין דין קודם, או שבדין הקודם טמון חוסר ודאות. במצבים אלה השופט יוצר דין חדש".

90 לתיאור גישתו של השופט ברק לנושא שיקול הדעת בשנות השמונים ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 13-32 (1993).

91 ראו HERBERT L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW (1994).

92 ראו ברק, לעיל ה"ש 87, בעמ' 407.

הישראלית⁹³ ממד איכותי יותר מחיפוש אחרי יעילות גרדא, אך בכל מקרה ברור כי גם פתרונות מעשיים עמדו לנגד עיני מפיצי ה-ADR בארץ⁹⁴. הערכה ובקרה של הצלחת תכניות ADR המתחדשות היו חלק מתחומי פעילותו של המרכז הארצי לגישור שפעל מטעם משרד המשפטים⁹⁵, וניסיונות לשיפור הפצת הגישור ויעילותו היו מוקד מרכזי של פעילותו. סגירתו של מרכז זה מטעמים תקציביים בשנת 2009 מעידה על דעיכה מסוימת באמונה בגישור כהבטחה חברתית. יחד עם זאת, פיתוחה של תכנית המהו"ת המחייבת צדדים ברוב תיקי בית משפט השלום למפגשי הכרות עם גישור מעידה על התמסדות ותמיכה בגישור כאמצעי ליעול מערכת המשפט⁹⁶. יש לציין כי על פי דברי מפעילי תכנית המהו"ת במשרד המשפטים יעילות איננה קריטריון ההערכה המרכזי של מגשרים בתכנית ודווקא שיעור גבוה מידי של הסכמים עשוי לרמז על לחץ יתר המופעל על הצדדים⁹⁷.

לאור התנודות המהירות בתהליכי התפתחותו בארץ כפי שתוארו כאן, ולנוכח התמיכה שקיבל מלכתחילה על ידי נשיא בית המשפט העליון, התנגדות של ממש לגישור כמקדם יעילות בלבד וכפוגע בצדק לא התפתחה באופן משמעותי בארץ⁹⁸. הסיבה לכך היא ככל הנראה התקופה שבה עלה הגישור הישראלי, שבה נמתחה ביקורת על מעורבות יתר של בית המשפט העליון הישראלי בקידום זכויות ובהשלטת ערכים⁹⁹. שלא כמו בארצות-הברית, שבה שיא התפתחותו של הגישור התרחש במקביל לחיזוק מעורבותו של בית המשפט העליון בנושאי זכויות אדם ולתמיכה אקדמית נלהבת במהלך זה¹⁰⁰, בארץ התאפיינה תקופת ההקמה המשולבת בהתמסדות בהתפכחות מסוימת משיח הזכויות¹⁰¹ ובחתיירה

- 93 לשימוש במונח מהפכה לעניין הגישור הישראלי ראו ברק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 11.
- 94 ראו למשל את תיאור הרקע להקמת המרכז הארצי לגישור בישראל כקשור להתייעלות של מערכת המשפט : www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor/odot/HitpathutHagishurBeIsrael.htm.
- 95 ראו www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor.
- 96 ראו הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט דין וחשבון הוועדה (יולי 2006) www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor.
- 97 דברים שנאמרו על ידי עו"ד נטלי לוי, מנהלת התכנית להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, משרד המשפטים "התכנית להגברת השימוש בגישור – יישום, ממצאים עיקריים ומגמות", במסגרת כנס בנושא התמסדות הגישור, אוניברסיטת בר אילן, ינואר 2010.
- 98 לביקורת מסוימת על הגישור והפצתו ראו סמדר אוטולנגי "הרהורים על חקיקת הגישור" שערי משפט ג 25 (2002).
- 99 ראו למשל רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 7, 5 (1994).
- 100 ראו חלק שלישי לעיל.
- 101 כדוגמה לעמדה כזאת ראו את כתיבתו החדשה של מאוטנר המדברת בשבח הדיאלוג וההסכמה כחלופה לשיח הערכים של בית המשפט העליון: מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2003) וכן מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות" עיוני משפט כו 887 (2003). בפרק המבוא אומר מאוטנר את הדברים הבאים: "במאמר קודם טענתי שבסוף שנות השבעים של המאה העשרים התמוטטה ההגמוניה של

לפתרונות מוסכמים גם בספרה הציבורית יותר¹⁰². ניתן לומר כי עקרונות הפשרה והגישור מתחזקים במסגרת חיזוק האינדיווידואליזם ועלייתו של עקרון הרב-תרבותיות בחברה הישראלית. התפוררות המרכז¹⁰³, שינוי המרקם החברתי, והמהלך הפנים משפטי של

תנועת העבודה ובעקבות זאת נעשתה ישראל במהלך שנות השמונים למדינה רב תרבותית שבה התגבשו שלוש קבוצות יסוד תרבותיות: יהודים חילוניים, יהודים דתיים וערבים... לנוכח החרדה שאליה נקלעו חברות הקבוצה הזאת וחבריה בעקבות התמוטטות ההגמוניה, תמכו אלה בפסיקותיו של בית המשפט העליון ונמנעו מלבקרן אף-על-פי שבית המשפט חולל במהלך שנות השמונים שינויים רחבי היקף בפסיקתו... בשורות הבאות אבקש להתחקות אחר ניצניהם של תהליכים כאלה שהתחוללו בשנות התשעים. התהליכים שאצביע עליהם מנוגדים באופיים לתהליכים של שנות השמונים. מגמתם היא ריכוך של מגמות הקיטוב, הפירוד והחרדה של שנות השמונים. התהליכים מסמנים פתח להתקרבות ואף לשיתוף פעולה... אני סבור שבשינויים האלה טמון פוטנציאל רב להמשך פיתוחם של המשטר, התרבות הפוליטית והמשפט של ישראל בשנים הבאות". מאוטר אף מיטיב להציג את דבריו בבירור בפרק הסיכום באומרו: "בשנות השמונים, השנים שבהן נכשלה הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית, פעם אחר פעם, במאבקה במסגרת הפוליטיקה 'הרגילה', סיגלה לעצמה קבוצה זו 'חוסר אמון בפוליטיקה', והתרגלה, תוך שיתוף פעולה הדוק מצידו של בית המשפט העליון, להפוך את בית המשפט לזירה חשובה של הפעילות הפוליטית. אבי שגיא מציג את שיח הזכויות כהיפוכו של הדיאלוג... שגיא רואה בהיזקקות הגוברת להכרעותיו של בית המשפט העליון ביטוי להתפתחות זו, וקורא לחברה הישראלית לשוב למצב של דיאלוג מתנהל בין הקבוצות החברתיות המרכיבות אותה... יש מקום לכך שהקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית תעדכן את דרכי הפעולה הפוליטית שלה: לא עוד פעולה בדרך של הגשת עתירות מתוקשרות לבג"צ (מה שקראתי במקום אחר 'פוליטיקה בפסגות מוארות הזרקורים של המשפט')", אלא פעולה בדרך של הידברות ויצירת הבנות עם הקבוצות החברתיות המרכזיות האחרות".

102 ראו למשל אמנת כינרת (תל-אביב, הפורום לאחריות לאומית: אבי חי, 2002), וכן חוקה בהסכמה (המכון הישראלי לדמוקרטיה) www.idi.org.il.

103 ראו: ברוך קימרלינג קץ שלטון האוחסלים 11 (גדעון סאמט עורך, 2001): "נקודת המוצא של ספר זה היא סוף שלטונם של האוחסלים המדינה וכל הנובע מכך. אני מציע את האוחסלים כראשי תיבות של אשכנזים, חילונים, ותיקים, סוציאליסטים ולאומיים. האוחסלים בנו את החברה ואת המדינה הזו, ניצחו במלחמת 1948, עקרו במהלכה חלק ניכר מהערבים מתוך שטחי המדינה, קלטו כמות אדירה של מהגרים וגרסו אותם במגרסה תרבותית ופוליטית כדי לעשות אותם לעם חדש באמצעות מנגנוני כור ההיתוך. האוחסלים היו אדוניה הבלתי מעורערים של הארץ לפחות במשך שני העשורים הראשונים". קימרלינג מציג את איבוד כוחם של האוחסלים בעקבות הרב-תרבותיות באומרו שם, בעמ' 85-86: "מתוך סקירת שלל התרבויות האלה עולה בבירור כי המדינה נמצאת על פרשת דרכים... מצד אחד החברה מתפצלת לתרבויות שונות, המנהלות ביניהן מאבקים חריפים על כללי המשחק ועל הקצאת הנכסים המשותפים. אך יחד עם זאת, נבנה רב-שיח, ככל שיהיה לעיתים בוטה מאוד, בין התרבויות השונות ושכבות האליטה שלהן, ומתגבשת סולידריות על בסיס חדש. כך עשוי להיווצר בהדרגה לנגד עינינו מרחב ציבורי חדש, שכמותו טרם הכרנו: החברה האזרחית". בפרק הסיום מציג קימרלינג את הדילמה בין שימור אופיה המסורתי של המדינה לבין מתן

חיזוקם של חוקי יסוד בדרך ליצירת חוקה, יצרו אקלים מתאים לרטוריקה משפטית מאופקת יותר במישור הערכי, המסתמכת על חוקה כתובה, ואשר מניחה פחות מעורבות בתהליכים החברתיים והפוליטיים. במובן זה קידומה של "המהפכה החוקתית", המעגנת הגנה על זכויות במקורות פורמליים ללא צורך בהדגשת שיקול הדעת, משתלבת עם "מהפכת הגישור", אשר מאפשרת דיאלוג בטוח בצל גבולות ברורים¹⁰⁴. חיבור זה של הפצת ה-ADR עם אידיאל ציבורי עולה של צדק פרוצדורלי¹⁰⁵ מציג את התנועה כקשורה פחות ל"צדק מהיר" וממילא כנתונה פחות לביקורת. אידיאלים חדשים של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות כמו גישור נרטיבי וטרנספורמטיבי עדיין נמצאים בשלבים ראשונים של ייבוא והתמקמות בתרבות המקומית¹⁰⁶, וקיומם ככל הנראה יוסיף לפיתוח הגישור כתרבות שיח ולא דווקא כרפורמה יעילה בבתי המשפט.

במחקרים ראשונים אשר נעשו בתחום הגישור בישראל במסגרת הקליניקה לגישור באוניברסיטת בר אילן נצפו הליכי גישור המתנהלים בבית הדין לעבודה בתל אביב. הליכים אלו נערכים בבית הדין עצמו והם חלק מרפורמה כוללת המכניסה הליכי ADR באופן ממוסד לתוך בית הדין¹⁰⁷. תצפיות אשר נערכו בבית הדין אישרו את מרכזיותו של אינטרס היעילות במסגרת אימוץ מערכת של גישור בבית הדין, והראו כי במקרים רבים נמנעו המגשרים משמירה על עקרונות הצדק הפרוצדורלי ואף חרגו מאידיאלים מרכזיים המאפיינים את הגישור בכל שלבי התפתחותו¹⁰⁸. ההכרח "לסיים את התיק" הפך במקרים רבים למניע מרכזי של מגשרים בשעת פעולתם ובכך חשף את הסטודנטים לפער בין

- עדיפות לחברה אזרחית חדשה. שם, בעמ' 104 מציג את הגישה הדמוקרטית ליברלית: "בישראל, בדומה לעולם כולו, הולכת ונוצרת מציאות של ריבוי קבוצות תרבותיות שאינן מסתפקות בתביעה להכרה בזכותן לשוני. הן דורשות מן המדינה זכויות קיבוציות ייחודיות יחד עם זכויות פרט שוויוניות. לכאורה יש כאן סתירה פנימית בין סוגי התביעות שאינם מתיישבים זה עם זה. אך לא כך הדבר. שוויון הזכויות המלא ברמת הפרט חייב להיות מוענק בצורה אוניוורסלית על ידי המדינה, ואילו הזכויות הפרטיקולריות והשונות הקבוצתיות יסופקו על ידי החברה האזרחית". לדיון במשמעות החזרה לחברה האזרחית בישראל העכשווית ראו גם ישראל: מחברה מגויסת לחברה אזרחית? (יאב פלד ועדי אופיר עורכים, 2001).
- 104 השוו: ברק מדינה "ירידת הפורמליזם ועליית הגישור: יישוב סכסוכים בהסכמה כפתרון "משפטי" של מחלוקות" נקודת מפגש 1(1) 31 (2003).
- 105 ראו דיון בחלק חמישי לעיל.
- 106 לסקירת מודלים אלו ראו אלברשטין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 262-307. ראו גם אתר מכון גבס: www.gevim.co.il.
- 107 לתיאור מפורט של רפורמת ADR בבית הדין לעבודה ראו ורדה וירט לבנה "הגישור בבתי הדין לעבודה" שערי משפט 3 89 (2002).
- 108 לדיווח על המחקר ראו ספרי השנה של הקליניקה לגישור באוניברסיטת בר אילן שנים תשס"ז, תשס"ח. לסקירה ולניתוח תאורטי של מחקר זה ראו מיכל אלברשטין "על החיפזון והצדק הפרוצדוראלי בבית הדין לעבודה: תצפיות בגישור ושפיטה" מאזני משפט ז 119 (2010).

האידיאל הנלמד בכתה של גישור כצדק אשר אינו רק מהיר אלא גם נשגב, לבין המציאות שבה היעילות הופכת לגורם דומיננטי בניהול הגישור. ממצאים אלה אינם החלטיים והם מייצגים נטייה אשר איננה הכרחית וייתכן שניתן אף לשנותה, אך אין ספק שהם מייצגים את הפער העמוק בין תאוריה לבין פרקטיקה גם כשמדובר בתנועת רפורמה מעשית ובהקשר הישראלי. שינוי תרבותי ומהותי דורש הטמעה עמוקה של ערכי הגישור ועמידה על אמצעים מעשיים לשמירה עליהם כולל פיתוח פרופסיה חזקה ואימוץ כללים המתמרצים מגשרים לשמור על איכות טיפול גבוהה.

ז. סיכום

בתיאור היחסים בין צדק מהיר לצדק נשגב במאמר זה, הוצגה תנועת ה-ADR כמי שמגלמת יחסים אמביוולנטיים לנושא השאיפה אחרי צדק נשגב, בשל ההתמקדות בצדק מהיר. כתנועה מעשית, אשר נולדה מתוך ניסיון לתת מענה מעשי לבעיית העומס, מציגה התנועה ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות בעיקר רעיונות של יעילות כעומדים בראש מעייניה. בצד זאת פיתחה התנועה עוד מראשיתה כשיח פנימי אידיאל מהותי של צדק. האידיאל הראשון שפיתחה התנועה הוא מעין פתרון קסמים לבעיית התחרות ודילמת האסיר המאפיינות סכסוכים, באמצעות החלטה משותפת על משא ומתן משלב. פתרון זה מוצג כיעיל וכתואם את האינטרסים הכלכליים של הצדדים, אך למעשה, מתחת לפני השטח, הוא מביא לידי ביטוי אידיאל מוסרי בעיקרו, של שיתוף פעולה כבסיס התנהגות רצוי בהתמודדות עם סכסוכים. עם זאת החזות היעילה והמעשית של התנועה חושפת אותה לביקורות קשות בתקופת ההתפשטות שלה, ואידיאל הצדק שלה אינו זוכה להתייחסות כלל. האקדמיה המשפטית האמריקנית, המתאפיינת בתקופה זו בדגש חזק על זכויות, מתנגדת באופן שיטתי לפגיעה באידיאל הצדק המהותי של קידום זכויות באמצעות הפנייה לצדק מהיר. בתקופה זו מוצגת תנועת ה-ADR כנטולת תפיסת צדק כלשהי וכממוקדת יעילות בלבד. בתקופה השלישית מתרחשות התפתחויות פנימיות בתוך התנועה המפתחות דיון מפורש בטענת הצדק. התפתחויות אלה מתרחקות משאיפת היעילות ומציגות את היתרון הערכי שבגישור כמקדם ערכים של דאגה, כמחנך, ולעתים אף כמקדם את הדמוקרטיה. במעבר לדיון במעמדו של הגישור בישראל, ניכרו פחות סתירות בין צורה למהות לנוכח התקופה המאוחרת יותר שבה הגיע הגישור לישראל, בה דגש הזכויות עומעם במידת מה לטובת עלייה של רעיון הרב-תרבותיות והגישור. הגישור הגיע לישראל מלכתחילה עטוף בהילה של צדק נשגב ונתמך על ידי נשיא בית המשפט העליון. אידיאלים מאוחרים יותר שלו גם הם מיובאים לאטם ומציגים את רעיון יישוב הסכסוכים כבעל חיבור אמיץ לצדק נשגב וכלא בהכרח קשור לצדק מהיר. בצד כל אלה, המפגש עם הפרקטיקה והאילוצים המוסדיים מביא גם בישראל לפערים בין האידיאלים התאורטיים לפרקטיקה הגישור, ונדרש חיזוק של הפרקטיקה תוך טעינתה מחדש בערכים ובדרכים להקפיד על יישומם.