

## שופט מגשר? על שפיטה הסדרית ובין מצוי לרצוי במשפט הישראלי

קרני פרלמן\*

הליכי שפיטה הרווחים כיום במערכות בתי-המשפט בארצות המשפט האנגלו-אמריקאי, לרבות בישראל, מתנהלים תוך חתירה ליצירת פתרון מוסכם לסכסוך ולגיבוש הסדר בין הצדדים, להבדיל ממתן הכרעה בסכסוך. ניתן להצביע על התפתחות תפקידו של השופט ההסדרי, המנהל הליכים שיפוטיים למטרה זו, ועל טווח מופעיה של השפיטה ההסדרית בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. שפיטה זו נעה ממודל צר, שבו השגת ההסדרים נעשית מטעמים של יעילות, למודל רחב, המונע מטעמים של איכות המיחסים לגישה השיתופית לניהול סכסוכים ויישובם. המודל הרחב מבטא תפיסת תפקיד מקיפה יותר של השופט כמיישב סכסוך ושל ההליך השיפוטי כבעל פוטנציאל להשאת רווחים שונים, לרבות רווחה פסיכולוגית. שפיטה הסדרית נושאת יתרונות רבים למתדיינים ולמערכת בתי-המשפט, אך השימוש המורחב בה טומן בחובו גם חששות ובעיות. המאמר מציג את תופעת השפיטה ההסדרית, את תפקיד השופט ההסדרי ואת התפתחותו בשיטה. הוא בוחן את השלכותיה של השפיטה ההסדרית בהיקפה הרווח, ואת הקולות המתנגדים לקיומה אל מול אלה התומכים בה. בעקבות הדיון מוצע להחיל מודל רחב של התנהלות שיפוטית המיישמת פרשנות עדכנית למונח "הגינות הליכית" (due process). דיון מיוחד מוקדש לנעשה בתחום המשפט הישראלי. המאמר טוען לקיומה של תרבות הסדרית רווחת בארץ ולצורך בהסדרתה של שפיטה זו

\* מרצה וחוקרת בתחום ניהול סכסוכים ויישובם בבית-הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל, ובאוניברסיטת בר-אילן. אני מבקשת להודות לד"ר רונת זמיר על הערותיה החשובות והתייחסותה התורמת, ולפרופ' מיכל אלברשטין על הערותיה המועילות. חלקים במאמר מבוססים על עבודת הדוקטורט שכתבתי בזמנו, אשר עסקה ביישוב סכסוכים שיפוטי ובשינוי בתפקיד השופט לנוכח צמיחתן של תנועות יישוב סכסוכים הולם והתנועה של תורת המשפט הטיפולי. כמו-כן, תודתי לחברי המערכת ולבודקים האנונימיים על עבודתם היסודית והערותיהם המצוינות. ההתייחסות לתפקיד השופט נעשתה במאמר זה בלשון זכר מטעמי נוחות השפה בלבד, וכל הנאמר בו מתייחס כמובן במידה שווה לשופטת.

בישראל. מועלות גם המלצות כלליות להסדרת השפיטה ההסדרית ולהעשרתה.

#### מבוא

פרק א: משפט אדוורסרי לשופט הסדרי

1. תפקיד השופט האדוורסרי ומאפייניה של שפיטה אדוורסרית
2. שינויים רעיוניים, צורכי המערכת ותנועת יישוב סכסוכים הולם
3. התפתחותו של תפקיד השופט ההסדרי
  - (א) השופט המנהל
  - (ב) ההליך של ועידת הסדר (Settlement Conference)
  - (ג) תרבות הסדרית ארגונית
  - (ד) שפיטה הסדרית-טיפולית או שפיטה בגישה של פתרון בעיות

פרק ב: שפיטה הסדרית והשלכותיה

1. בין מודל צר למודל רחב ומאפייניה של שפיטה הסדרית
2. פרקטיקות נוהגות
3. ביקורות על השפיטה ההסדרית ולעומתן דברי תמיכה בקיומה במערכת בתי-המשפט

פרק ג: שפיטה הסדרית בישראל – בין מצוי לרצוי

1. הדין החל
2. תרבות הסדרית בשיטת המשפט בארץ וביטייה במערכת בתי-המשפט
3. הצורך בהסדרת השפיטה ההסדרית בישראל
4. המלצות להסדרה ולהעשרה של השפיטה הנוהגת

#### סיכום

### מבוא

הליכי השפיטה הרווחים כיום במערכות בתי-המשפט בארצות של שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית, לרבות בישראל, כוללים מגוון של התנהלויות שיפוטיות המשקפות טווח רחב, ולעיתים דואלי, של תפיסת תפקיד ראוייה. קיימת קשת לגיטימית רחבה של מעורבות והתנהלות שיפוטיות שתוצאתה קיום הליכים שיפוטיים הנבדלים זה מזה ברמת הפורמליות המאפיינת אותם, ברמת האדוורסריות של ההליך המתקיים במסגרתם ובתפיסת תכליתו של ההליך השיפוטי. קשת ההתנהלות השיפוטית הלגיטימית נעה בין עיסוק בזכויות ובחובות משפטיות נטענות ומתן פסק-דין המכריע ביניהן לבין עמידה על צרכים ואינטרסים של מתדיינים ויצירת פתרון המוסכם על הצדדים – פתרון שיש בו כדי לענות על מירב הצרכים והאינטרסים של הצדדים בנסיבות העניין. עמידה זו מאפיינת

את תפקידיו הערכניים של השופט בן-זמננו, דהיינו, את תפקידו של השופט ההסדרי ואת זה של השופט הטיפולי (התרפויטי). מאמר זה יתמקד בתפקידו של השופט ההסדרי.<sup>1</sup>

רובן המוחלט של התובענות הנפתחות בעשור האחרון במערכות בתי-המשפט בארצות הנוכחות אינן מתבררות בהליך שפיטה אדוורסרי רב-שלבי, ואינן מסתיימות בפסק-דין מפורט ומגומק. השפיטה הרווחת במערכות אלה משקפת התנהלות שיפוטית החותרת לגיבוש פתרון מוסכם וליצירת הסדרים בין הצדדים, להבדיל ממתן הכרעה שיפוטית, לרבות באמצעות קבלת הסכמתם של הצדדים למתן הכרעה שיפוטית על-דרך פשרה.<sup>2</sup>

הליכי שפיטה הנוהגים בדרך זו רווחים במערכת בתי-המשפט בישראל בכל הערכאות ובכל סוגי הסכסוכים. הם זוכים בכינויים שונים, ומאוזכרים בתקשורת הישראלית במגוון הגדרות.<sup>3</sup> במאמר זה אציע לכנות הליכי שפיטה אלה "שפיטה הסדרית", ולאפיין את השופט המנהל הליכים אלה כ"שופט הסדרי".

ביטייה של שפיטה הסדרית במערכת בתי-המשפט הינם מגוונים. טווח מופעיה של שפיטה זו עשוי לעמוד על קשת רחבה של התנהלויות המבטאות מודלים שונים של התייחסות לתכלית ההליך השיפוטי ולתפקידו של השופט. שפיטה הסדרית עשויה להתקיים במתכונת המבטאת תפיסה מסורתית אדוורסרית של הליך השפיטה ושל תפקיד

1 על תפקידו של השופט הטיפולי עמדתי בהרחבה במאמרי קרני פרלמן "תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת ה'אליזם המשפטי'" **מחקרי משפט** כו 415 (2010) (להלן: פרלמן "השופט התרפויטי").

2 על הנתונים בישראל ראו הועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי **דין וחשבון** 6, נספח ב (1999) (להלן: **דוח ועדת רביבי**), וכן קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבלוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" **משפטים** מד 769 (2015) (להלן: "מחקר משקלות תיקים"). על הנתונים באוסטרליה ראו: Marilyn A.K. Scott, *Collaborative Law: Dispute Resolution Competencies for the 'New Advocacy'*, 8 QUEENSLAND U. TECH. L. & JUST. J. Peggy Fulton Hora & Theodore Stalcup, *Drug Treatment Courts in the Twenty-First Century: The Evolution of the Revolution in Problem-Solving Courts*, 42 GA. L. REV. 717 (2008).

3 הליכים כאלה התנהלו לא אחת בלשכתו של נשיא בית-הדין הארצי לעבודה השופט סטיב אדלר, וכינו "פגישה" או "שיבה". כך, למשל, תואר מפגש בין סגל המרצים האקדמאים השובתים לנציגי משרד האוצר בהשתתפותו של השופט אדלר: "הצדדים נפגשו אמש... לשיבה, בצוותים מצומצמים ובדלתיים סגורות, שכינס נשיא בית הדין הארצי לעבודה, סטיב אדלר. בשיבה העלה אדלר הצעה חדשה הנוגעת לדרישת הסגל לעגן מנגנון שימנע את שחיקת שכרם בעתיד." ראו תמרה טראובמן "התקדמות במשא ומתן בין האוצר למרצים" **הארץ** 9.12.2007 [www.haaretz.co.il/misc/1.1463789](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1463789). כן ראו תיאור עיתונאי בעניין תובענה שהגיש תא"ל (מיל') אבי בניהו נגד מקאן אריקסון, שבו נכתב, בין היתר, כי "בה בעת הציע השופט שינמן לצדדים לקיים הליך גישור, בראשות נשיאת בית המשפט המחוזי מרכז בלוד, השופטת הילה גרסטל... בהסדר הגישור הסכימו הצדדים כי...". ראו גילי כהן "פרשת הרפז: בניהו משך את תביעת הדיבה נגד מקאן אריקסון" **הארץ** 8.10.2013 [www.haaretz.co.il/news/politics/1.2135128](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.2135128).

השופט הנגזר ממנו בשילוב עם שאיפה להשגת פתרון מוסכם לסכסוך מטעמי יעילות. מודל זה יכונה "המודל הצר". שפיטה הסדרית עשויה להתקיים, לעומת זאת, גם במתכונת מודרנית, המבקשת להביא לידי מיצוי תפיסת תפקיד רחבה יותר של השופט כמיישב סכסוך ושל ההליך השיפוטי כבעל פוטנציאל להשאת רווחים שאינם רק עמידה על זכויות וחובות. רווחים אלה כוללים התייחסות לצרכים ולאינטרסים, למערכות יחסים ולרווחה פסיכולוגית – "זכויות ויותר" ("rights plus"), על-פי המונח שהציעה דייקוף (Daicoff).<sup>4</sup> שפיטה הסדרית בתפיסה זו נעשית מטעמים של איכות וגישה של פתרון בעיות, המונעים מגישה שיתופית לניהול סכסוכים ויישובם. מתכונת זו תכונה "המודל הרחב".

לתופעת השפיטה ההסדרית יש השלכות משמעותיות על המשפט והחברה. טמונות בה מעלות רבות למתדיינים, למערכת בתי-המשפט ולחברה, אך בד בבד היא מעוררת חששות, וניתן להצביע גם על חסרונות הנלווים לקיומה בשיטה. למרות חשיבותה של תופעת השפיטה חותרת-ההסדרים והיקפה במערכת הישראלית, הדין הישראלי אינו מסדיר את הנושא כראוי. על-אף שכיחותה הרבה של השפיטה ההסדרית, אין כללים מחייבים או כללים מנחים מפורטים להתנהלותה במערכת בתי-המשפט. המציאות כיום היא שבבתי-משפט שונים מתקיימת התנהלות שיפוטית הסדרית מכוח יוזמות שיפוטיות מקומיות ועל-פי פרשנות אישית בנוגע למתודות ההתנהלות הראויות ליישומה. השפיטה ההסדרית מתקיימת למעשה ללא הסדרה חוקית מפורטת, בחוסר אחידות, בלי הכשרות ייעודיות שיסייעו ביישום מודל רחב של שפיטה זו, ובהעדר שיח של הערכה וביקורת.

תופעת השפיטה ההסדרית טרם התבררה בשיח אקדמי ישראלי מקיף. מאמר זה מבקש להתייחס לתופעה זו ולעמוד על חשיבותה ועל הצורך לפתח בעניינה שיח ומחקר בעלי משמעות מעשית מקומית. בין היתר יוצע לפתח את מודל השפיטה ההסדרית הרווח לשם יישום המודל הרחב, תוך שימוש בפרקטיקות המיישמות פרשנות עדכנית למונח "הגינות הליכית" (due process). פרשנות זו בוחנת את הרכיבים שמהם נבנית תפיסת הגינותו של ההליך השיפוטי בעיני המתדיין. יישומה של הפרשנות העדכנית משמעו מעבר מהתנהלות שיפוטית במכוונות של כללים, שבמסגרתה מושם דגש בהקפדה על סדרי הדין ודיני הראיות כמבנים הגינות הליכית, למכוונות קישורית (relational) של יחסים הממוקדת בפתרון בעיות פרגמטי. מכוונות קישורית זו שמה דגש בבניית תקשורת בין-אישית ויחס מכבד של מנהל ההליך, המופנים לאיתור פתרון יעיל והולם לסכסוך.<sup>5</sup>

הפרק הראשון במאמר יעסוק בהתפתחות שחלה בתפקיד השיפוטי בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית מתפקיד של שופט אדוורסרי, המנהל הליך שפיטה קלסי, לתפקיד של שופט הסדרי, וממנו לתפקיד של שופט הסדרי-טיפולי. החלק הראשון בפרק יסקור

4 Susan Daicoff, *Law as a Healing Profession: The "Comprehensive Law Movement"*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 1 (2006); Susan Daicoff, *The Future of the Legal Profession*, 37 MONASH UNIV. L. REV. 7, 18–21 (2011).

5 פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 430, ה"ש 52.

בקצרה את תפקיד השופט האדוורסרי ואת מאפייניה של השפיטה הקלסית. החלק השני בפרק יתאר ביקורת שהושמעה נגד הגישה האדוורסרית, אתגרים שעומים נאלצה מערכת בתי-המשפט בארצות-הברית להתמודד, וקידומה של גישה שיתופית לניהול סכסוכים ויישובם במשפט. אציין את תנועת יישוב סכסוכים הולם כתנועה שתרמה לביסוס גישה זו, ואמנה כמה מרעיונותיה של התנועה אשר נשאו הבטחה למתן טיפול איכותי ויעיל בניהול סכסוכים ויישובם. החלק השלישי בפרק הראשון יצביע על התפתחותו של התפקיד השיפוטי ההסדרי בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית על-פני ציר הזמן.

הפרק השני במאמר יעסוק בשפיטה ההסדרית ובהשלכותיה. החלק הראשון בפרק יעמוד על טווח מופעה של השפיטה ההסדרית, אשר יישומה נע בין מודל צר למודל רחב, ויעמוד על מאפייניה של שפיטה זו. החלק השני יעסוק בפרקטיקות נוהגות, ויתאר פרקטיקות הנלמדות מתפיסה עדכנית של המונח "הגינות הליכית" ומשפיטה בגישה של פתרון בעיות. החלק השלישי בפרק יעסוק בהשלכותיה של השפיטה ההסדרית בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. אעמוד על החששות והבעיות המועלים בנוגע להתקיימותה של שפיטה הסדרית במערכת בתי-המשפט, ועל העמדה המשיבה על חששות אלה תוך הדגשת יתרונותיה של השפיטה ההסדרית למערכת בתי-המשפט ולמשפט הנוהג. אבקש להציע כי יישום מודל רחב של שפיטה הסדרית עשוי להפחית את החששות מפניה ולחזק את תפיסת הלגיטימיות שלה ואת שביעות-הרצון מהתנהלותה במערכת.

הפרק השלישי במאמר יעסוק בתופעת השפיטה ההסדרית הרווחת במערכת בתי-המשפט בישראל. החלק הראשון בפרק יסקור את הדין החל. החלק השני יבקש לבסס טענה בדבר קיומה של תרבות הסדרית בשיטת המשפט בארץ. בין היתר יסקרו ביטויים של שפיטה הסדרית העולים מעיון בפסיקה, בהחלטות של נציבות תלונות הציבור על שופטים (להלן: הנציבות) ובמחקר עדכני של הרשות השופטת. החלק השלישי בפרק יעמוד על הצורך בהסדרת השפיטה ההסדרית בארץ. חלקו האחרון של הפרק יציע המלצות וקווים מנחים להסדרת שפיטה זו ולהעשרת המודל ההסדרי הרווח. בין היתר יוצע לאמץ למשפט הישראלי את המודל של ועידת הסדר (Settlement Conference), לערוך עדכונים הולמים בכללי האתיקה השיפוטיים, ולעדכן את ההכשרה השיפוטית. הפרק האחרון יסכם.

## פרק א: משופט אדוורסרי לשופט הסדרי

### 1. תפקיד השופט האדוורסרי ומאפייניה של שפיטה אדוורסרית

המודל הרווח של הליך השפיטה שנהג בארצות המשפט האנגלו-אמריקאי עד לשנות השמונים של המאה העשרים היה הליך השפיטה האדוורסרי. מודל זה, במתכונתו המסורתית, אשר נהגתה בראשית המאה העשרים בארצות-הברית, יכונה להלן "הליך השפיטה הקלסי".

הליך השפיטה הקלסי נוקט גישה אדוורסרית לניהול סכסוכים וישובם. גישה זו מניחה כי בין הצדדים למחלוקת קיים קונפליקט שמקורו בהתנגשות בין תפיסות נוגדות לגבי זכויות וחלוקת משאבים, וכן בין צרכים, ערכים או מטרות נוגדים. ניהול הסכסוך נתפס כמאבק על מקור תחום ומוגבל, שתוצאתו היא בהכרח בינרית, כך שזכייתו של האחד משמעה בהכרח הפסד לאחר ("משחק סכום אפס").<sup>6</sup>

הליך השפיטה הקלסי מתמקד בבחינת זכויות וחובות משפטיות הנטענות על-ידי הצדדים לסכסוך. כתבי הטענות המוגשים על-ידי הצדדים מפרטים עילות משפטיות וטוענים לסעדים המוגדרים בדין. ההליך עצמו מכוון לחשיפת האמת. הוא מניח כי מאחורי הסכסוך קיימת אמת, עובדתית או משפטית, וכי זו אמורה להתגלות למנהל ההליך – דהיינו, לשופט או להרכב השופטים – כתולדה מתהליך שבו יוצגו לפניו טיעונים נוגדים וראיות לביסוסם.<sup>7</sup> ביסוד ההליך הקלסי עומדת תפיסה פורמליסטית. תפיסה זו סוברת כי קביעתם ויישומם של כללים משפטיים פרוצדורליים, כלליים ואובייקטיביים לניהול סדרי הדין ודני הראיות הם שיבטיחו ניהול הליך משפטי הוגן.<sup>8</sup> מאפיין נוסף של ההליך השיפוטי הקלסי הוא בירור הסכסוך באופן רב-שלבי ולאורך זמן (קיום כמה ישיבות, הכוללות תהליך של שמיעת הוכחות, הגשת סיכומים ועוד). סיומו של הסכסוך בהליך השיפוטי הקלסי נעשה על-ידי מתן הכרעה שיפוטית בכתב, בפסק-דין מפורט ומנומק הניתן לעיון ולפרסום פומבי. ההכרעה השיפוטית ניתנת לביקורת ולערעור במגבלות הקבועות בדין.

ההליך השיפוטי הקלסי העניק תפקיד מרכזי לבא-כוחו של בעל הסכסוך. עורך-הדין הוא שיוזם מהלכים לקידום הטיפול בתיק לטובת לקוחו. דגם הייצוג המקובל בהליך הקלסי הוא "ייצוג נלהב" (Zealous Advocacy). ייצוג זה מניח כי על עורך-הדין לפעול ללא חת למען מטרת הלקוח, והוא אינו נדרש להתייחס לאינטרסים אחרים מלבד זה של הלקוח, למעט אינטרסים שקיבלו ביטוי בכלל משפטי. נקודת המוצא היא שאינטרס הלקוח מנוגד לאינטרס של הצד האחר ומתחרה בו על משאבים העומדים לחלוקה.<sup>9</sup>

JAMES FLEMING & GEOFFREY C. HAZARD, JR., CIVIL PROCEDURE 4–8 (3rd ed. 1985); Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver and Third-Party Neutral: Creativity and Non-Partisanship in Lawyering*, 72 TEMP. L. REV. 785 (1999); Robert J. Kutak, *The Adversary System and the Practice of Law*, in THE GOOD LAWYER: LAWYERS' ROLES AND LAWYERS' ETHICS 172 (David Luban ed., 1983).

Marvin E. Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, 123 U. PA. L. REV. 1031 (1975); Ray Finkelstein, *The Adversarial System and the Search for Truth*, 37 MONASH U. L. REV. 135 (2011). נציין כי המשפט מכיר לעיתים בקיומן של כמה אמיתות ובפער שבין אמת משפטית לאמת עובדתית, וזאת מתוך הכרה בתכליות נוספות. בעניין זה ראו, למשל, נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מביית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים עיוני משפט כד 263 (2000).

8 דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 34 (2007).

9 לימור זר-גוטמן וקרני פרלמן "עורך הדין פותר הבעיות: שינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית" הפרקליט נב 547, 549 (2013).

הרכיב הרציונלי הודגש כמאפיין של הליך השפיטה הקלסי, והוצג כבסיס להכרעה השיפוטית, להבדיל מהכרעה על-סמך רגש או תחושה. מלאכת השפיטה תוארה כהליך של החלטה מושכלת אשר מעבדת את טיעוניהם ואת מצגיהם של הצדדים העומדים לפני השופט.<sup>10</sup> תפיסת התפקיד השיפוטי, אשר נגזרה מתפיסת-העולם הפורמליסטית שנהגה בראשית המאה העשרים, הייתה של תפקיד טכני בעיקרו המיועד לאיתור הדין המתחייב וליישומו בנסיבות העניין. השיפוט התנהלה במכוונות של כללים. מכוונות זו מבוססת על תפיסה של סדרי הדין ודיני הראיות כמבנים הגינות הליכית, ועל איתור כללי דין אוניוורסליים והחלתם על נסיבות המקרה לשם יישוב הסכסוך.<sup>11</sup> ניהול הליך השפיטה הקלסי הצריך סבילות (פסיביות) שיפוטית וריחוק מן הצדדים, אשר נתפסו כמבססים ניטרליות ואובייקטיביות שיפוטיים. על-מנת לחזק תפיסה זו הופעלו אמצעים שונים, שיועדו להציג ריחוק שיפוטי ולטשטש את אישיותו של השופט כמו-גם את תרומתו ליצירת המשפט.<sup>12</sup>

## 2. שינויים רעיוניים, צורכי המערכת ותנועת יישוב סכסוכים הולם

במהלך המאה העשרים עורערו תפיסת המשפט הפורמליסטית ותפיסת התפקיד השיפוטי שנגזרה ממנה. תנועות רעיוניות שונות, דוגמת אסכולת הריאליזם המשפטי, העלו טענות נגד הנחות-היסוד שעמדו בבסיסם של תפיסת המשפט הפורמליסטית ומודל השפיטה המסורתי.<sup>13</sup>

שיח ביקורתי שהתפתח במהלך מאה זו עסק בגישה האדוורסרית העומדת בבסיסו של הליך השפיטה הקלסי וטען להשלכותיה השליליות. נטען כי פעמים רבות התנהלות אדוורסרית אינה יעילה ואף מזיקה. התנהלות זו מטפחת התנצחות לא לצורך, מקצינה עמדות, ויוצרת ויכוחים שאינם מתמקדים בהשגת פתרון יעיל לסכסוך. ההליך האדוורסרי הופך את הייצוג המשפטי ללוחמני באופיו, ומוביל להשמעת איומים, להסתרת מידע חשוב ולהצגת תמונה חלקית ושגויה של הסכסוך שאינה מתחשבת במציאות אנושית מורכבת. נטען כי ההתנהלות האדוורסרית פוגעת ברווחתם

10 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978); מיכל אלברשטין **תורת הגישור** 45 (2007) (להלן: אלברשטין **תורת הגישור**).

11 פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 420.

12 הכוונה לאמצעים כגון לבוש אחיד, המסמל מילוי תפקיד; הצגת הפסיקה כמוכתבת מתכנים משפטיים אוניוורסליים ואובייקטיביים; ניסוח פסק-הדין באופן הנשען על תקדימים משפטיים; שימוש בלשון רבים ועוד. ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503, 540 (1993); מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" **מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו** (אהרן ברק ומנשה שאוה עורכים, 1999).

13 פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1.

הפסיכולוגית של כל הצדדים לסכסוך, וכי העיסוק האדוורסרי מטפל בבעיה ברובד צר ומעניק פתרון כפוי שהינו פעמים רבות נקודתי ושטחי בלבד.<sup>14</sup> יתר על כן, במחצית השנייה של המאה העשרים מצאה עצמה מערכת בתי-המשפט בארצות-הברית נאלצת להתמודד עם קשיים משמעותיים בתפקודה. אחד הקשיים הבולטים היה בעיית עומס כבד על המערכת, שנגרם עקב מספר רב של תובענות שהוגשו לבירור ומשאבים מוגבלים של זמן שיפוטי לטיפול בהן. העומס גרם לבעיה של שיהוי ועיכוב בבירור התובענות ובסיומן. בעיה נוספת הייתה נטל ההוצאות הגבוה שנכרך בניהול התובענות, אשר הגביל את נגישותו של בית-המשפט לאוכלוסייה דלת-אמצעים. הקשיים הנזכרים וקשיים נוספים הובילו לחוסר שביעות-רצון מהתנהלותה של המערכת, לתפיסת איכות נמוכה ולירידה באמון הציבור בה.<sup>15</sup> למעשה, אפשר לקשור בין הכשלים של מערכת בתי-המשפט לבין העובדה שפעילותה הושתתה על הליך מרכזי אחד ליישוב סכסוכים המתנהל בגישה אדוורסרית.

נוסף על כך, התפתחויות טכנולוגיות הובילו לשינויים במורכבותם של תיקים משפטיים ובדרכי הוכחתם. השפיטה במתכונתה המסורתית התקשתה לטפל בתיקים שעסקו בסוגיות טכנולוגיות סבוכות או שחומר הראיות בהן נשען על טכנולוגיות כאלה.<sup>16</sup>

במקביל החלה להתפתח תורה רב-תחומית לניהול סכסוכים ויישובם. תורה זו עמדה על יתרונותיה של גישה שיתופית לניהול סכסוכים ויישובם בהסכמה, והעלתה תימוכין לכך מכמה דיסציפלינות.<sup>17</sup>

הגישה השיתופית סוברת כי לסכסוך יש כמה רבדים. הרובד העליון הוא רובד העמדות. בבסיסו של רובד זה קיים רובד עמוק יותר, שבו מצויים האינטרסים של הצדדים, הצרכים שלהם, רגשותיהם ומטרותיהם. אינטרסים אלה עשויים להיות זהים או משלימים, ולא דווקא נוגדים. חשיבה שיתופית עוסקת ברובד זה, ותרה אחר פתרון מוסכם למחלוקת שיענה על מירב הצרכים והאינטרסים של שני הצדדים במציאות

David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Culture of Critique*, 10 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 263 (1999); Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WM. & MARY L. REV. 5 (1996) (להלן: Menkel-Meadow, *When Winning Isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver*, 28 HOFSTRA L. REV. 905 (2000) (להלן: Menkel-Meadow, *When Winning Isn't Everything*)).

THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE (A. Leo Levin & Russell R. Wheeler eds., 1976).

Jay Tidmarsh, *Unattainable* (2007) 84–80; Menkel-Meadow, *Justice: The Form of Complex Litigation and the Limits of Judicial Power*, 60 GEO. WASH. L. REV. 1683 (1992).

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



נתונה. חשיבה זו אינה יוצאת מנקודת הנחה כי בבסיס המחלוקת קיים משאב מוגבל, אלא בוחנת אפשרות להגדלת המשאבים העומדים לחלוקה מתוך ראייה רחבה של ממדי הסכסוך ושל המעגל האנושי של השותפים לו ("הגדלת העוגה").<sup>18</sup> הגישה השיתופית מצדדת בעריכת דיאלוג בין הצדדים למחלוקת ובהעצמת מקומו של בעל הסכסוך בניהולו ובשליטה על פתרונו. היא שמה דגש בקיומם של מערכות יחסים וקשרים בין-אישיים, ומכירה בחשיבותם ובהשפעתם על ההתנהלות האנושית.<sup>19</sup> קידומה של גישה שיתופית לניהול ויישוב של סכסוכים במסגרת המשפט, והרחבת השימוש בה במערכת בתי-המשפט, הם מטרות המשותפות כיום לכמה תנועות רעיוניות-מעשיות אשר התפתחו במחצית השנייה של המאה העשרים בארצות-הברית. תנועות אלה מציעות דרכים חדשות להתמודדות עם סכסוכים שונים ועם בעיותיה של מערכת בתי-המשפט כחלופה להליך השפיטה הקלסי. עם תנועות אלה נמנית תנועת יישוב סכסוכים הולם (תנועת ה-ADR – Alternative/Adequate Dispute Resolution)<sup>20</sup> והתנועה של תורת המשפט הטיפולי (Therapeutic Jurisprudence).<sup>21</sup> התנועות הנזכרות חולקות ביניהן כמה קווי-יסוד. הן תומכות בפיתוח מגוון הליכים לניהול סכסוכים ויישובם, מבכרות גישה שיתופית ליישוב סכסוכים על גישה אדוורסרית, ותרות אחר תוצאות המיטיבות את רווחתו הפסיכולוגית של הפרט בראייה הצופה פני עתיד. לפי תורות אלה, על המשפט לעסוק ב"זכויות ויותר", משמע, אל לו להגביל את עצמו לבחינת זכויות וחובות משפטיות של מתדיינים, אלא עליו לבחון גם צרכים, מטרות, ערכים, התפתחות אישית ומערכות יחסים שהמתדיין מצוי בהן. המשפט מהווה, במובן זה, לא רק כלי להשגת זכויות או להטלת חובות, כי אם גם סוכן חיובי בין-אישי בעל השלכות רגשיות, אישיות וחברתיות. התנועות הנזכרות דוגלות גם בהתייחסות קהילתית, ושואפות לקיים פרוצדורה משפטית יעילה ובעלת ערך חינוכי חיובי.<sup>22</sup>

18 Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System*, לעיל ה"ש 14; *When Winning Isn't Everything*, לעיל ה"ש 14; רוג'ר פישר וויליאם יורי סיכום חיובי – לשאת ולתת בלי לוותר (נעמי כרמל מתרגמת, 1983).

19 על דגש זה, העומד בבסיסה של תפיסה קישורית (relational) לניהול סכסוכים ויישובם, ראו פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 429–430 (ה"ש 52).

20 על התנועה ראו: CARRIE J. MENKEL-MEADOW, LELA PORTER LOVE, ANDREA KUPFER: SCHNEIDER & JEAN R. STERNLIGHT, *DISPUTE RESOLUTION: BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL* (2004); STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E.A. SANDER & NANCY H. ROGERS, *DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES* (2nd ed. 1992); TANIA SOURDIN, *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* (4th ed. 2012). תורת הגישור, לעיל ה"ש 10.

21 DENNIS P. STOLLE, DAVID B. WEXLER & BRUCE J. WINICK, *PRACTICING THERAPEUTIC JURISPRUDENCE: LAW AS A HELPING PROFESSION* (2000); BRUCE J. WINICK & DAVID B. WEXLER, *JUDGING IN A THERAPEUTIC KEY: THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND THE COURTS* (Bruce J. Winick & David B. Wexler eds., 2003); DAVID B. WEXLER & BRUCE J. WINICK, *ESSAYS IN THERAPEUTIC JURISPRUDENCE* (1991).

22 תנועות אלה – ותנועות נוספות בעלות קווי-יסוד משותפים, כגון משפט מניעתי (Preventive Law)

תנועת יישוב סכסוכים הולם עודדה את התפתחותם של הליכים חלופיים להליך השפיטה הקלסי, המבוססים על גישה שיתופית, ובמרכזם הליך הגישור. הליך הגישור הינו הליך לניהול ויישוב של סכסוכים המתנהל בכמה מודלים בעלי מאפיינים משותפים. המאפיין הבסיסי המשותף לכל המודלים של גישור הוא שצד שלישי, שאינו בעל סמכות הכרעה, מקבל מהצדדים לסכסוך הסכמה לנהל הליך של בירור הסכסוך ביניהם.<sup>23</sup> במסגרת הליך הגישור במודל הפרגמטי המגשר מנהל הליך של בירור צרכים ואינטרסים, ונערך ניסיון להוביל את הצדדים לגיבוש פתרון מוסכם העונה על מירב הצרכים והאינטרסים של כל צד.<sup>24</sup>

רעיונותיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם נשאו עימם הבטחה למתן פתרון יעיל ואיכותי לניהול ויישוב של סכסוכים במשפט האמריקאי. בין היתר הוצע לשלב מגוון של הליכים במבנה חדיש של מערכת בתי-המשפט.<sup>25</sup> שילובם של הליכים חלופיים להליך השפיטה הקלסי נשא בחובו הבטחה להפחתת העומס הרובץ על בתי-המשפט, היות שסכסוכים רבים היו עתידים להידון לא באמצעות הליך זה, ובכך לפנות זמן שיפוטי לעיסוק נרחב בתובענות שביורור בדרך זו הולם אותן. בירור הסכסוכים בהליכים החלופיים היה עתיד גם להיות מהיר יחסית לניהול הליך שפיטה קלסי, ולהתקיים לעיתים במימון המדינה, דבר שהיה עתיד להוביל להפחתת העלויות הכרוכות בניהול סכסוכים משפטיים ולהגברת נגישותם של בתי-המשפט.

אולם חשוב להדגיש כי מייסדיה ותומכיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם עמדו מלכתחילה על ההבטחה הטמונה ברעיונותיה של התנועה לא רק במישור היעילות, כי אם גם במישור של איכות ההליך של ניהול הסכסוך ויישובו והגברת שביעות-הרצון מבית-המשפט. מנקל-מדו (Menkel-Meadow), ברזיל (Brazil) ואחרים עמדו על מעלותיה הנטענות של הגישה השיתופית לניהול סכסוכים ויישובם: הדגשת האוטונומיה של הפרט ועידוד יכולתו ליטול אחריות לסכסוך; התחשבות באחר, הדגשת ערכים של קהילתיות וחיזוק ערכים דמוקרטיים של "תרבות של חיים משותפים"; קידום שיח מוסרי של פיתוח נורמות חברתיות וקשרים אנושיים; תרומה לרווחה הפסיכולוגית של הפרט ושל מעגל הסובבים אותו; והתמקדות במתן מענה הולם לצרכים ולאינטרסים של הצדדים.<sup>26</sup>

— מוגדרות על-ידי דייקוף כ"תנועות המשפט המקיף", המעצבות לדעתה את פני המשפט המודרני העתידי. Daicoff, *Law as a Healing Profession*, לעיל ה"ש 4.

23 קרני פרלמן "פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה" **המשפט טז** 534, 525 (2011) (להלן: פרלמן "פרספקטיבה מגדרית").

24 על מודל הגישור הפרגמטי ראו פישור ויורי, לעיל ה"ש 18; אלברשטין **תורת הגישור**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 238–258; KIMBERLEE K. KOVACH, *MEDIATION: PRINCIPLES AND PRACTICE* (1994).

25 מבנה המכונה "בית-משפט מרובה דלתות" (Multidoor Courthouse), המציע למתדיינים כמה אפשרויות, "דלתות", שמאחורי כל אחת מהן נמצא הליך אפשרי אחר לניהול הסכסוך שבו הם מצויים וליישובו. פרלמן "פרספקטיבה מגדרית", לעיל ה"ש 23, בעמ' 530 והערה 12 שם.

26 Wayne D. Brazil, *The Center of the Center for Alternative Dispute Resolution*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 313 (2006); Carrie Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway?* A

גיבוש פתרון מוסכם בהליך שיתופי נושא עימו יתרונות רבים. תכניו מותאמים לצרכים של הצדדים הספציפיים למחלוקת; הוא עשוי להיות יצירתי וייחודי; ותוצאתו אינה מגדירה צד מנצח או מפסיד, כך שהוא מאפשר המשך מערכת יחסים תקינה בין הצדדים. נוסף על כך, הפתרון ההסכמי, להבדיל מפתרון כפוי, הוא תולדה של התייחסות לכל אחד מרובדי הסכסוך. על-כן הפתרון ההסכמי מוביל ליישוב הסכסוך באופן מעמיק, ולא רק לסילוקו. פתרון זה צפוי אם כן להיות פתרון יציב, שיכובד על-ידי הצדדים ואשר צופה פני עתיד.<sup>27</sup>

רעיונותיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם, אשר לוו הצעות להתנהלות מעשית איכותית ויעילה ליישוב סכסוכים, חלחלו לשיטת המשפט האמריקאית וחוללו שם שינויים משמעותיים במשפט הנוהג ובמערכת בתי-המשפט. בתהליך מתמשך של עריכת שינויים חקיקתיים חלו שינויים מערכתיים שונים שבמסגרתם אומצו הליכים שהציעה תנועת יישוב סכסוכים הולם – ובמיוחד הליך הגישור – ושולבו במערכת בתי-המשפט בארצות-הברית.<sup>28</sup> השימוש בהליכים השיתופיים הלך והתרחב, ולעיתים אף הוטל כחובה על המתדיינים.<sup>29</sup>

הצורך לענות על בעיות שעמן התמודדה מערכת בתי-המשפט, והשפעתה של תנועת יישוב סכסוכים הולם, הובילו לעדכון תכניו של התפקיד השיפוטי. אף שתנועה זו לא התכוונה לחולל שינוי בהליך השפיטה עצמו, אלא ליצור לו חלופות, רעיונותיה של התנועה והעמידה על יתרונותיה של הגישה השיתופית, כמו-גם הטמעת הליכיה של התנועה במשפט, הובילו לתמורות בתפיסת התפקיד השיפוטי ובדרך ניהולם של הליכי השפיטה.

*Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases)*, 83 GEO. L.J. 2663

(1995) (להלן: Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway?*); אהרן ברק "על הגישור"

שערי משפט ג 9, 11 (2002).

Carrie Menkel-Meadow, *Toward* Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway?* 27

*Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 U.C.L.A. L.

REV. 754 (1984); קרני פרלמן "יישוב סכסוכים וחינוך משפטי הולם/חלופי למשפטן" המשפט יט

235, 237–238 (2014) (להלן: פרלמן "החינוך המשפטי").

28 כך, לדוגמה, בשנת 1998 התקבל חוק ה-ADR, אשר הטיל על כל בתי-המשפט הפדרליים חובה

לאמץ כללים לפיתוח ולהפעלה של תוכניות להחלת הליכים חלופיים להליך השפיטה האדוורסרי:

Alternative Dispute Resolution Act, 28 U.S.C. § 651 (1998); Jurisdiction, 28 U.S.C. § 652

Wayne D. Brazil, *Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts*: 29

*Critical Values and Concerns*, 14 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 715 (1999); Dane A.

Gaschen, *Mandatory Custody Mediation: The Debate Over Its Usefulness Continues*, 10

OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 469 (1994). תהליך דומה התרחש בכל ארצות המשפט האנגלו-

אמריקאי. ראו, לדוגמה על התהליך באוסטרליה: Judy Gutman, *Litigation as a Measure of Last*

*Resort: Opportunities and Challenges for Legal Practitioners with the Rise of ADR*, 14

LEGAL ETHICS 1 (2011).

### 3. התפתחותו של תפקיד השופט ההסדרי

בחלק זה נעמוד על התפתחותו של התפקיד השיפוטי ההסדרי ועל ביטוייו במערכת בתי-המשפט על-פני ציר הזמן. נתאר ארבע "תחנות" במסלול התפתחות זה: בשלב הראשון גובש תפקיד השופט המנהל, שיייעודו לקדם יעילות בניהול הסכסוכים במערכת; בהמשך פותח התפקיד של שופט המנהל הליך של ועידת הסדר, שהוא הליך ייחודי המיועד ליישום גישה שיתופית ולמציאת פתרון מוסכם לסכסוך; מגמה זו התרחבה לכלל תרבות הסדרית ארגונית, אשר באה לידי ביטוי במאמצים שיפוטיים ניכרים בכלל המערכת לסיים סכסוכים בהסכמה; ולבסוף הועצם התפקיד השיפוטי ההסדרי על-ידי מילוי בתכנים טיפוליים ויישום תפיסה רחבה של שפיטה בגישה של פתרון בעיות.

#### (א) השופט המנהל

הצעות ייעול שונות שהועלו בתחילת שנות השמונים בארצות-הברית במטרה לשפר את התנהלותה של מערכת בתי-המשפט שם הובילו לעריכת שינויים ארגוניים במערכת. השיטה המשפטית החלה לאמץ גישה של "ניהול שיפוטי" (case management), שבמסגרתה הושם דגש בהליכי קדם-המשפט, והכוח והאחריות לניהול התיק, אשר בהליך האדוורסרי הקלסי היו מוטלים על באי-הכוח של הצדדים, הועברו לידי השופט. השופט נהיה אחראי לניהולו של התיק מבחינת לוח-הזמנים, שלבי בירור הסכסוך וקידום.<sup>30</sup>

התפיסה הארגונית של "ניהול שיפוטי" במערכת בתי-המשפט הובילה להיווצרותו של תפקיד "השופט המנהל" (The Managerial Judge), על-פי ההגדרה שהציעה רזניק (Resnik) במאמרה העוסק בתפקיד שיפוטי זה ממבט ביקורתי.<sup>31</sup> רזניק מתארת כי המציאות כיום במערכת המשפט היא שהשופטים משקיעים זמן רב יותר בניהול התיק, יוזמים הליכים לקידומו ועושים לשם כך שימוש בטכניקות לא-פורמליות שמטרתן סיום העיסוק במהירות האפשרית. זאת, לרבות על-דרך עשיית מאמץ שיפוטי לסיים את התיק בהסדר.

קרייצר (Kritzer) ואחרים מצטרפים להגדרה זו, ומתארים את השינוי שחל בתפקיד השיפוטי כמעבר מתפקיד של "בורר ניטרלי" של "תיקים" לתפקיד של "מפקח" על "ניהול סכסוכים".<sup>32</sup>

Steve Henley & Jo Haynes Suhr, *View from the Wheelhouse: The Role of Court Administration in the Management, Independence, and Accountability of the Courts*, 78 FLA. BAR J. 26 (2004).

Resnik, Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374 (1982) (להלן: Resnik, *Managerial Judges*).

Herbert M. Kritzer, *The Judge's Role in Pretrial Case Processing: Assessing the Need for Change*, 66 JUDICATURE 28 (1982).

השופט המנהל מביא לידי ביטוי את תפקיד השופט ההסדרי במודל הצר. ההתנהלות ההסדרית הנערכת במסגרת מודל זה נעשית מתוך תפיסה המכוונת בעיקרה להשגת תכלית של יעילות.

### (ב) ההליך של ועידת הסדר (Settlement Conference)

שלב נוסף בהתפתחותו של התפקיד השיפוטי ההסדרי החל עם השימוש המוגבר בהליכים של ועידות הסדר. תיקונים שנערכו בכלל 16 ל-Federal Rules of Civil Procedure<sup>33</sup> אפשרו לקיים בבית-המשפט הליך שיפוטי מיוחד לשם יישוב הסכסוך בהסכמה. במסגרת הליך זה השופט מקיים ישיבות (מפגשים) עם הצדדים ועם באי-כוחם במטרה לבחון את הסכסוך וליישבו בדרך שיתופית. לצורך כך השופט רשאי לערוך פגישות משותפות עם הצדדים וכן פגישות נפרדות עם כל צד. השופט רשאי גם לנהל שיחות טלפוניות עם כל צד בנפרד או לנהל שיחת ועידה משותפת.<sup>34</sup>

מטרת השופט בניהול ועידת ההסדר היא לעודד תקשורת בין הצדדים ולסייע להם בניהול משא-ומתן לקראת יצירתו של הסדר. במסגרת ההליך מתקיים שיח של צרכים ואינטרסים, ומתנהל דיון בפתרונות אפשריים העשויים לענות על מירב האינטרסים והצרכים של הצדדים לסכסוך. פתרונות אלה, המוצעים לעיתים על-ידי השופט, מאפשרים לבסס המשך שיתוף-פעולה עתידי בין הצדדים, ככל שהדבר התבקש ורלוונטי.<sup>35</sup> הליך של ועידת הסדר מבקש למעשה לדמות הליך גישור במודל הפרגמטי, במטרה ליהנות מהיתרונות המיוחדים לביורור סכסוך ויישובו בהליך שיתופי זה.

בתי-משפט נבדלים זה מזה בדפוס השימוש שלהם בהליך של ועידת הסדר. יש בתי-משפט שמחייבים את הצדדים להשתתף בהליך של ועידת הסדר, בדרך-כלל חודש לפני המועד הקבוע למשפטם. לעומתם יש בתי-משפט שמציעים שימוש בהליך כאפשרות הנתונה לשיקול-דעתם של הצדדים. יצוין כי גם במהלך שלבים מתקדמים של ביורור הסכסוך בהליך שפיטה אדוורסרי ניתן להציע לצדדים להפסיק הליך זה או להשהותו, ולהפנותם להמשך ביורור הסכסוך בדרך של ועידת הסדר.

הליך של ועידת הסדר נפוץ הן בשלב הערכאה הראשונה הדנה בסכסוך והן בערכאות הערעור. השופט המנהל את ההליך של ועידת ההסדר עשוי להיות שופט שתפקידו מוגדר באופן קבוע כשופט המנהל הליכים של ועידות הסדר או לחלופין שופט

33 Fed. R. Civ. P. 16(c) (1983).

34 MICHAEL PALMER & SIMON ROBERTS, DISPUTE PROCESSES: ADR AND THE PRIMARY FORMS OF DECISION-MAKING 310 (1998); Carrie Menkel-Meadow, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 U.C.L.A. L. REV. 485 (1985) (להלן: Menkel-Meadow, *For and Against Settlement*); Michael R. Hogan, *Judicial Settlement Conferences: Empowering the Parties to Decide Through Negotiation*, 27 WILLAMETTE L. REV. 429 (1991); Jeffrey A. Parness, *Improving Judicial Settlement Conferences*, 39 U.C. DAVIS L. REV. 1891 (2006).

35 ראו, לדוגמה, את תיאור ההליך המופיע באתר UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR בכתובת [www.oalj.dol.gov/settlement\\_judge.htm](http://www.oalj.dol.gov/settlement_judge.htm).

שמתמנה מדי פעם לצורך העניין. אפשרות אחרת היא מינוי של שופט בדימוס לתפקיד.<sup>36</sup>

יש מדינות שבהן נקבעו במפורש סעיפי סנקציה, לרבות חיוב בהוצאות ואפשרות של דחיית התובענה, אם השופט מוצא כי מי מהצדדים אינו משתף פעולה כראוי בהליך של ועידת ההסדר, כגון במקרה שבו אחד הצדדים נעדר מהשיבה המתוכננת או אינו מגיש מסמכים כנדרש.<sup>37</sup>

בהליך של ועידת הסדר אין כותבים פרוטוקול, ותוכנו חסוי מפני צדדים שלישיים. ברובן המוחלט של מערכות בתי-המשפט במדינות ארצות-הברית ההליך נערך תוך שמירת הפרדה ברורה בין השופט המנהל את ההליך לבין השופט העשוי לשמוע את התיק בהליך אדוורסרי ולהכריע בו. עם זאת, חשוב לציין כי יש מקרים שבהם ההפרדה האמורה אינה מתקיימת.<sup>38</sup>

### (ג) תרבות הסדרית ארגונית

ההליך של ועידת הסדר מהווה דוגמה לשפיטה הסדרית המתוחמת בפרוצדורה מובנית ומבודדת במערכת. עם השנים החלה להתפתח מגמה של עריכת מאמצים שיפוטיים להבאת סכסוכים לידי פתרון מוסכם גם מחוץ לפרוצדורה זו. מאמצים שיפוטיים אלה כוללים טווח רחב של התנהלויות שיפוטיות, החל בגילוי עניין בנסיונות קודמים ליישוב הסכסוך שנערכו בין הצדדים ועידוד הצדדים לקדם נסיונות אלה, ועד לנסיונות שיפוטיים חוזרים למתן הצעות לסיום הסכסוך בהסכמה.<sup>39</sup>

תדירותם של מאמצים אלה והיקפם מעידים על התפתחותה של תרבות רעיונית ארגונית שהינה "תרבות הסדרית".<sup>40</sup> תרבות הסדרית זו רואה בפתרון מוסכם למחלוקת משום הישג, ותופסת אותו כפתרון עדיף על מתן פסק-דין בתיק. תרבות זו דוגלת לפיכך

ELIZABETH PLAPINGER & DONNA STIENSTRA, ADR AND SETTLEMENT IN THE FEDERAL DISTRICT COURTS: A SOURCEBOOK FOR JUDGES & LAWYERS 85–86 (1996) 36

Susan A. FitzGibbon, *Appellate Settlement Conference Programs: A Case Study*, 1993 J. DISP. RESOL. 57 37

ROBERT J. NIEMIC, MEDIATION & CONFERENCE PROGRAMS IN THE FEDERAL COURTS OF APPEALS: A SOURCEBOOK FOR JUDGES AND LAWYERS 12–13 (2nd ed. 2006); Peter Robinson, *Opening Pandora's Box: An Empirical Exploration of Judicial Settlement Ethics and Techniques*, 27 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 53 (2012) (להלן: *Settlement Ethics and Techniques*) 38

Louise Otis & Eric H. Reiter, *Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 351, 352 (2006); Peter Robinson, *Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them for Trial*, 2006 J. DISP. RESOL. 335, 368–375 (להלן: *Mediation*) 39

James J. Alfini, *Risk of Coercion Too Great: Judges Should not Mediate Cases Assigned to Them for Trial*, 6 DISP. RESOL. MAG. 11 (1999) 40

בעריכת נסיונות שיפוטיים פרטניים וכלל-מערכתיים לסיום הסכסוך בהסדר בין צדדים.

קיומה של תרבות הסדרית נטענת זו עולה מניתוח פסקי-דין שבהם משולבות אמירות מפני שופטים המציגות את הפתרון ההסכמי כעדיף על הפתרון ההכרעתי – למשל: "a bad settlement is almost always better than a good trial".<sup>41</sup> מקור נוסף לעמידה על היקפה של תרבות זו הם מחקרים שעסקו בבחינת תפישותיהם של שופטים בנוגע לתכנון של התפקיד השיפוטי. כך, לדוגמה, מחקר שנערך בארצות-הברית בשנת 1970 הראה כי תפיסת תכנון של תפקיד השופט כללה חמישה נושאים עיקריים: שמירה על המשך קיום סדיר של ההליכים בבית-המשפט; הכרעה בסכסוכים על-דרך מתן פסקי-דין; מתן פרשנות לדין, לרבות כזו העשויה ליצור דין חדש; פיקוח על בתי-משפט נמוכים יותר במדרג; ושמירה על ערכי החוקה וקיומה.<sup>42</sup> כשני עשורים אחר כך נמצא כי תפיסת התפקיד השיפוטי כוללת נושא חדש, והוא הבאת הסכסוך לידי סיום בדרך מוסכמת. שופטים רבים מציינים כי חלק מרכזי בתפקידם הוא לשמש זרזים ליצירת הסכם בין הצדדים, ומבטאים העדפה למלא את תפקידם בתכנים של התנהלות הסדרית. ראו, למשל: "Personally, I have much better feeling as a Judge when I have helped resolve a conflict as conciliator and peacemaker rather than as an all-knowing judgment renderer".<sup>43</sup>

מחקרים אחרים שבחנו התנהלות הסדרית בבתי-המשפט שבו והוכיחו כי שופטים עוסקים בפעילות הסדרית באופן נרחב, לרבות בתיקים שנמסרו לידיהם לניהול בדרך של שפיטה אדוורסרית. כך, למשל, עולה ממחקר שנערך בקליפורניה בשנת 2004, אשר בחן מעורבות הסדרית אצל שופטים בתחומי משפט אזרחי ודיני משפחה. ממצאי המחקר הראו כי 82% מהשופטים סברו שהיה מקום לנהל הליך של ועידת הסדר בתיקים שהועברו לטיפולם בדרך של שפיטה קלסית, ומשלא נוהל הליך זה, הם עשו מאמצים שיפוטיים להביא את הסכסוך לידי סיום בהסדר.<sup>44</sup>

בסוף שנות השבעים של המאה העשרים היה נהוג להתייחס בספרות המשפטית המקצועית לניהול משא-ומתן בין צדדים כמתרחש בצל החוק – "bargaining in the shadow of the law".<sup>45</sup> ביטוי זה הדגיש כי צדדים לסכסוך מנהלים ביניהם לעיתים משא-ומתן על תוצאתו בדרך הסכמית לאור התוצאה שהם משערים כי תתקבל בהכרעת בית-משפט בהליך שפיטה קלסי בעניינם. כיום ניתן למצוא בספרות המקצועית התבטאויות

Judith Resnik, *Trial as Error, Jurisdiction as Injury: Transforming the Meaning of Article III*, 113 HARV. L. REV. 924, 926 n. 2 (2000)

HENRY ROBERT GLICK, *SUPREME COURTS IN STATE POLITICS: AN INVESTIGATION OF THE JUDICIAL ROLE* (1971)

R. Allan Edgar, *A Judge's View – ADR and the Federal Courts – The Eastern District of Tennessee*, 26 U. MEM. L. REV. 995, 996 (1995)

ראו Robinson, *Adding Judicial Mediation*, לעיל ה"ש 39.

Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979)

הטוענות כי ההליך האדוורסרי, והמשא-ומתן המתפתח לעיתים במהלכו בין הצדדים, אינם מתנהלים לאור הפתרון ההכרעתי המשוער בסכסוך, כי אם לאור התוצאה ההסדרית שעשויה להיווצר לדעתם בהליך חלופי לשפיטה האדוורסרית – "litigating in the shadow of informal settlement"<sup>46</sup>.

קיומה של תרבות הסדרית נלמד גם מנתונים המצביעים על ירידה ניכרת במספר פסקי-הדין הניתנים בבתי-המשפט, וזאת כתולדה של עריכת הליך שיפוטי אדוורסרי רב-שלבי. בפרק הבא נעמוד על תופעה זו ומשמעותה בהרחבה.

התרבות ההסדרית הצמיחה הגדרות ותכנים חדשים לתפקידי השופטים. שופטים עוסקים כיום גם בהפניות של תיקים לבירור בדרכים חלופיות לשפיטה, תוך העדפה להליכים שיתופיים. הם מסייעים למתדיינים ולבאי-כוחם להתמודד עם חששות והתנגדויות להפניית הסכסוך לבירור בהליכים אלה, ועושים כן באופן שיטתי ומקיף עד כדי כך שהם מכונים לעיתים "סוכנים של תנועת יישוב סכסוכים הולם"<sup>47</sup>.

פולר (Fuller), הנחשב אחד האבות המייסדים של תורת יישוב הסכסוכים<sup>48</sup>, סבר כי יש לנקוט הפרדה חדה בין הליך הגישור להליך השפיטה, עקב הבדלים מהותיים בין מטרותיהם ודרכי ניהולם של שני הליכים אלה. גישתו של פולר, שלפיה שופטים צריכים להימנע לחלוטין מלחתור לפשרה או להסדר<sup>49</sup>, לא התממשה, וכיום שפיטה הסדרית היא פרקטיקה רווחת.

התפתחותה של תרבות הסדרית במערכת בתי-המשפט התרחשה גם בארצות נוספות של שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית, בעקבות פריחתה של תנועת יישוב סכסוכים הולם במדינות אלה.<sup>50</sup>

46 משפט זה לקוח בהשאלה ממאמר ביקורתי העוסק בבעיות הכרוכות בניהול הליכים ליישוב סכסוכים בגירויים. ראו: Howard S. Erlanger, Elizabeth Chambliss & Marygold S. Melli, *Participation and Flexibility in Informal Processes: Cautions from the Divorce Context*, 21 *L. & SOC'Y REV.* 585 (1987).

47 Wayne D. Brazil, *For Judges: Suggestions about What to Say about ADR at Case Management Conferences – and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel*, 16 *OHIO ST. J. ON DISP. RESOL.* 165 (2000).

48 Menkel-Meadow, *Mothers and Fathers of Invention*, לעיל ה"ש 17; אלברשטין *תורת הגישור*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 39–53.

49 Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 *S. CAL. L. REV.* 305 (1970). ראו גם Fuller, לעיל ה"ש 10.

50 כך, לדוגמה, התפתחותה של תנועת יישוב סכסוכים הולם באוסטרליה הובילה לעריכת שינויים בדין ושינויים מערכתיים מקיפים. מערכות בתי-המשפט המדינתיות והמערכת הפדרלית באוסטרליה קלטו ופיתחו מגוון של הליכים לניהול סכסוכים ויישובם. החלה להתפתח תרבות הסדרית, אשר באה כיום לידי ביטוי בשימוש נרחב בהליך של ועידת הסדר ובהתייחסות שיפוטית הסדרית כללית במערכת בתי-המשפט. ראו: Tania Sourdin, *Five Reasons Why Judges Should Conduct Settlement Conferences*, 37 *MONASH U. L. REV.* 145 (2011). על הנעשה בקנדה ראו, לדוגמה: Hugh Landerkin & Andrew Pirie, *What's the Issue? Judicial Dispute Resolution in Canada*, 22 *L. CONTEXT* 25 (2004).



יצוין כי המאמצים השיפוטיים לחתור להסדר מכונים לעיתים "גישור שיפוטי" (Judicial Mediation), וזאת בשל הצבת המטרה ההסדרית, הדומה למטרה של יצירת הסכמה בהליך הגישור במודל הפרגמטי. יתר על כן, אף שהדין משקף על-פירוב הבחנה בין התנהלות שיפוטית במסגרת הליך מתוחם של ועידת הסדר לבין התנהלות שיפוטית המותרת מחוץ לגדר הליך זה (לדוגמה, קיום פגישות נפרדות עם כל צד לסכסוך, אשר מותר בהליך של ועידת הסדר ואסור בהליך של גישור שיפוטי, או הבדלים בהיקף החיסיון החל על כל הליך), פעמים רבות ההתייחסות אליהן מערבת ביניהן, בשל הדמיון במטרה ובמתודות ההתנהלות השיפוטית, כך שכלל הנסיונות ההסדריים השיפוטיים במערכת מכונים "גישור שיפוטי".<sup>51</sup>

השימוש במונח "גישור" בהקשר השיפוטי עלול להטעות, כמדומתני, וראוי להדגיש את ההבדל שבין ניהול הליך גישור לבין ניהול הליך שפיטה החותר להשגת הסדר. הליך הגישור מבוסס על כמה מאפייני-יסוד, ביניהם היות מנהל ההליך חסר סמכות להכריע בסכסוך וחסר סמכות לצוות על הצדדים לנקוט פעולות מסוימות לקידומו. לעומת זאת, שופט המנהל הליך חותר-הסדר שהובא לפניו לשפיטה אינו נפרד מסמכויותיו ומן ההשפעה על הצדדים הנובעת מסמכויותיו אלה.<sup>52</sup> כמו-כן, המודלים השונים לניהול הליך הגישור שהתפתחו עם השנים, דוגמת מודל הגישור הטרנספורמטיבי, העניקו תכנים שונים לתפקיד המגשר. תפקידו של המגשר במודל הטרנספורמטיבי אינו מתמצה בהשגת הסדר, בוודאי לא במתכונת העולה בקנה אחד עם כינויו של שופט החותר להסדר "שופט מגשר".<sup>53</sup> נוסף על כך, השימוש במונח "גישור שיפוטי" בהקשר של מצבים שבהם החתירה להסכם מתקיימת בעת ניהול הליך שמאפייניו העיקריים הם אדוורסריים מערבת למעשה בין הליכי גישור למאפייני השפיטה הקלאסית, וערכוב זה עלול להציג את הליך הגישור באופן מוטעה, ואולי אף לפגוע בקיומו.<sup>54</sup> על-כן מוצע להעדיף את המונח "שפיטה הסדרית", ובהתאמה לכנות את מנהל ההליך "שופט הסדר", להבדיל מ"שופט מגשר".<sup>55</sup>

51 ראו Robinson, *Adding Judicial Mediation*, לעיל ה"ש 39.

52 לכוח השיפוטי יש השפעה רבה על הצדדים. על השפעתו של מנהל הסכסוך על המתדיינים ועל עיצוב הסכמתם החופשית לפתרון בעת ניהול הליך גישור ראו עומר שפירא **הפעלת כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית** (2007).

53 תפקיד המגשר במודל הטרנספורמטיבי אינו מכונן ליצירת הסדר בין הצדדים, אלא מתמקד בעידוד הצדדים לעבור שינוי תודעתי שיניע הליכים של העצמה עצמית והכרה באחר. על מודל זה ראו: ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, *THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT* (2004).

54 מערכות בתי-המשפט מציעות למתדיינים הליך של גישור הנערך על-ידי מגשרים שאינם שופטים – court-connected mediation (מגשרים חיצוניים לבית-המשפט או מגשרים המהווים חלק מצוות בית-המשפט). על השניות ביחסים שבין הליך הגישור לבין המשפט ראו רוג'ני זמיר "שני הפרויקטים של הגישור: הגישור בין הגמוניה להעצמה" **עלי משפט** י 125 (2012) (להלן: זמיר "שני הפרויקטים של הגישור").

55 בדומה למונח "settlement judge" שהציע גלנטר בהתייחסו לשופט החותר להסדר: Marc

**(ד) שפיטה הסדרית-טיפולית או שפיטה בגישה של פתרון בעיות**

שלב נוסף בהתפתחותו של תפקיד השופט ההסדרי ניתן לזיהוי בהיווצרותו של תפקיד השופט הטיפולי. שפיטה טיפולית מניחה כי לדרך ניהול הסכסוך ויישובו יש השלכות רגשיות על רווחת הפרט. השלכות אלה עשויות להיות חיוביות, בונות ומשקמות, משמע – תוצאות טיפוליות (תרפויטיות); אך לעיתים הן עלולות להיות פוגעניות ושליליות, משמע – תוצאות לא-טיפוליות (אנטי-תרפויטיות).

שפיטה טיפולית מביאה לידי מימוש כמה מרעיונותיה של תורת המשפט הטיפולי. תורה רעיונית-מעשית זו מציעה זווית-ראייה להתבוננות על המשפט וכלים לעיסוק בו מתוך ראיית הדין כגורם טיפולי ובמטרה ליצור משפט יישומי הומני, יעיל ומאחה יותר מזה הקיים.<sup>56</sup>

התנהלות שיפוטית טיפולית באה לידי ביטוי מקיף במסגרת בתי-משפט ייחודיים הפועלים בארצות המשפט האנגלו-אמריקאי ומכונים "בתי-משפט פותר-בעיות" (Problem-Solving Courts). בתי-משפט אלה עוסקים בעיקרם בנושאים פליליים הקשורים לבעיות חברתיות כרוניות, כגון עברות סמים, ופועלים במטרה חינוכית, שיקומית וטיפולית.<sup>57</sup>

התפקיד השיפוטי הטיפולי במסגרת בתי-המשפט הנזכרים הוא תפקיד פעיל, מעורב, המיושם מתוך מכוונות קישורית של יחסים וגישה של פתרון בעיות. ההליך כולל יצירת דיאלוג עם הנאשם ובחינה לעומק של צרכים ואינטרסים כמו-גם פתרונות אפשריים להנעת שינוי בחיי המתדיין.<sup>58</sup>

ההתנהלות השיפוטית התרפויטית מבטאת גישה רחבה של תפקיד השופט כמיישב סכסוכים. תפקיד זה חורג ממתן מענה לסוגיה משפטית קונקרטית, ומתרחב לירידה לשורשי היווצרותו של הסכסוך ולחשיבה על מתן פתרון המטפל בגורמיו וצופה פני עתיד. גישה זו רואה בבית-המשפט לא רק פורום לקביעה ולעיגון של זכויות משפטיות, אלא גם פורום המסייע במציאת פתרון מוסכם למחלוקות המשפטיות, ואף בטיפול בבעיות העומדות בבסיסן. תפיסה זו מעניקה פנים אנושיים לשפיטה, ומרחיבה את ההשפעה השיפוטית מהפעלת כוח ומהשלטת יראה מפני סמכות אל עבר יצירת העצמה והשגת תוצאות חיוביות ומשקמות.<sup>59</sup>

Galanter, "...A Settlement Judge, Not a Trial Judge:" *Judicial Mediation in the United States*, 12 J. L. & Soc. 1, 4 (1985) (להלן: Galanter, *Judicial Mediation*).

56 ראו לעיל ה"ש 21.

57 על בתי-משפט פותר-בעיות ראו: Greg Berman & John Feinblatt, *Problem Solving Courts: A Brief Primer*, 23 L. & POL'Y 125 (2001) פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 434-437.

58 Bruce J. Winick, *The Judge's Role in Encouraging Motivation for Change*, in *JUDGING IN A THERAPEUTIC KEY: THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND THE COURTS* 181 (Bruce J. Winick & David B. Wexler eds., 2003); Randal B. Fritzier & Leonore M.J. Simon, *Creating a Domestic Violence Court: Combat in the Trenches*, 37 CT. REV. 28 (2000).

59 פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1. תפיסה זו מעניקה לשופט התרפויטי חשיבות כמוביל

חשוב לציין כי השופט הטיפולי בבתי-המשפט פותר-הבעיות זוכה ברמת אמון גבוהה ביותר מצד המתדיינים.<sup>60</sup> מחקרים שבו והראו כי השופטים הטיפוליים הם בעלי השפעה הרבה ביותר על העצמת המתדיינים ועל יכולתם להשתקם בהצלחה.<sup>61</sup> התנהלות שיפוטית השמה לה למטרה גם השאת רווחים רגשיים ובין-אישיים, ומתן מענה לצרכים ולאינטרסים באופן שייצור תוצאות בונות ומשקמות, מכונה גם התנהלות שיפוטית בגישה של פתרון בעיות. התנהלות זו אינה מתוחמת ליישום רק בבתי-המשפט המיוחדים, אלא נשמעת קריאה ליישמה במסגרת כלל המערכת המשפטית, בהליכים פליליים ואזרחיים כאחד.<sup>62</sup> המלצה זו אומצה, לדוגמה, על-ידי ארגון השופטים הקנדי, אשר פרסם באתר הארגון חוברת הכוללת המלצות מעשיות ליישום שפיטה בגישה של פתרון בעיות בכל מערכות בתי-המשפט בקנדה, כפי שיפורט בפרק הבא.<sup>63</sup>

## פרק ב: שפיטה הסדרית והשלכותיה

### 1. בין מודל צר למודל רחב ומאפייניה של שפיטה הסדרית

תיאור התפתחותו של התפקיד השיפוטי מעלה כי מופיעה של שפיטה הסדרית כוללים קשת רחבה של התנהלויות המבטאות מודלים שונים של התייחסות לתכלית ההליך השיפוטי ולתפקידו של השופט. להלן אבקש לעמוד על מאפייניה של השפיטה ההסדרית בהשוואה למאפייניו של הליך השפיטה הקלסי.

הליך שפיטה הסדרי, ובמיוחד זה הנוטה למודל הצר, מתאפיין בהקטנת מספר השלבים של בירור הסכסוך ובקיצור משך ניהול ההליך. בירור הסכסוך נעשה על-פירוב בזמן קצר יחסית, במהלך מפגש שיפוטי אחד או שניים. ההליך מתרחש בדרך-כלל בשלבי בירור הסכסוך הראשונים, מבלי שהתקיים הליך מתמשך של הנחת תשתית

חברתי וכמנהיג. ראו: Michael S. King, *Problem-Solving Court Judging, Therapeutic Jurisprudence and Transformational Leadership*, 17 J. JUDICIAL ADMIN. 155 (2008).

60 Roger K. Warren, *Public Trust and Procedural Justice*, 37 CT. REV. 12 (2000).

61 JOHN S. GOLDKAMP, MICHAEL D. WHITE & JENNIFER B. ROBINSON, AN HONEST CHANCE: PERSPECTIVES ON DRUG COURTS (2002), available at [www.ncjrs.gov/html/bja/honestchance/index.html](http://www.ncjrs.gov/html/bja/honestchance/index.html).

62 ראו, לדוגמה: David B. Wexler, *New Wine in New Bottles: The Need to Sketch a Therapeutic Jurisprudence "Code" of Proposed Criminal Processes and Practices*, 7 ARIZ. SUMMIT L. REV. 463 (2014).

63 SUSAN GOLDBERG, JUDGING FOR THE 21ST CENTURY: A PROBLEM-SOLVING APPROACH 8 (2005), available at [www.joasa.org.za/articles/Judgingfor21scenturyDe.pdf](http://www.joasa.org.za/articles/Judgingfor21scenturyDe.pdf). ראו גם המלצה באוסטרליה: MICHAEL S. KING, SOLUTION-FOCUSED JUDGING BENCH BOOK (2009), available at [www.aija.org.au/Solution%20Focused%20BB/SFJ%20BB.pdf](http://www.aija.org.au/Solution%20Focused%20BB/SFJ%20BB.pdf).

עובדתית והשמעת טיעונים באופן נרחב. הליך השפיטה ההסדרי לפי המודל הצר משלב שיח של צרכים ואינטרסים המתרכז באומדן סיכויים וסיכונים בניהול התובענה, וסיום הסכסוך באופן מהיר מובא בחשבון כאינטרס העונה הן על צורכי המתדיינים והן על צורכי המערכת.<sup>64</sup> העיסוק המשפטי אינו מתרכז בחשיפת האמת, ועל-פי-רוב אינו מניח קיומה של אמת כזו.

הליך השפיטה ההסדרי הנוטה למודל הרחב שואף ליישם גישה שיתופית לניהול ויישוב של סכסוכים המתבססת על שיח מעמיק יותר של צרכים ואינטרסים, היורד אל רובדי הסכסוך השונים. שיח זה כולל התייחסות גם לקשרים בין-אישיים ולרווחתם הפסיכולוגית של המתדיינים. ההליך תר אחר פתרון מוסכם העונה על מירב הצרכים והאינטרסים של הצדדים לסכסוך, ומצמיח כך רווח לשניהם. דרך ניהול ההליך, כמורגם תוצאתו, מיועדות להוביל לתוצאות חיוביות, בונות ומשקמות. ההליך השיפוטי ההסדרי מתאפיין בהפחתה של מידת הפורמליות ובהתנהלות במכוונות קישורית של יחסים הממוקדת בפתרון בעיות. ההליך כולל שימוש בתקשורת בין-אישית, עריכת דיאלוג עם המתדיינים, והתייחסות להבניית תקשורת נאותה בין הצדדים ואמון הדדי.

שפיטה הסדרית הנוטה למודל הרחב מתאפיינת גם בחלוקת תפקידים שונה במסגרת יחסי עורך-דין-לקוח ובהעצמת תפקידו של הלקוח בניהול הסכסוך. המתכונת ההולמת לייצוג לקוחות בהליך מסוג זה היא מודל שיתופי של עריכת-דין פותרת-בעיות (Problem-Solving Advocacy). מודל ייצוג זה מעצים את תפקידו של המתדיין בהשתתפות בהליך לבירור הסכסוך ובהתוויית הפתרון לו. זאת, בין היתר, באמצעות השמעת סיפור הסכסוך מפיו של המתדיין.<sup>65</sup>

הליך שיפוטי הסדרי, בשני המודלים הנזכרים, אינו מתועד על-פי-רוב בפרוטוקול. ההליך מסתיים בפסק-דין שעניינו החלטה שיפוטית הנותנת תוקף להסכמה שגובשה בין הצדדים, לרבות הכרעה על-דרך פשרה. פסקי-דין אלה הינם קצרים ביותר, אינם מגומקים ואינם ניתנים לערעור. הם גם אינם מתפרסמים ברשומות.

## 2. פרקטיקות נוהגות

ההתנהלות השיפוטית ההסדרית הנוהגת במערכות בתי-המשפט נעה כאמור על-פני קשת של אפשרויות שתחילתה במודל הצר וסיומה במודל הרחב. על-כן פרקטיקות נוהגות משלבות לעיתים רכיבים שונים המאפיינים כל אחד מהמודלים. כך, לדוגמה,

64 על המתח בין התפיסה הרואה השגת צדק כמצריכה הליך מעמיק וארוך לבין התפיסה הרואה מתן פתרון מהיר כמגלם עיקרון של צדק, ראו, למשל, יאיר שילה "צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר" **עלי משפט** ג 317 (2003). ראו גם מיכל אלברשטין "צדק מהיר מול צדק נשגב: אנטומיה של יחסי פרקטיקה ותיאוריה ביישוב סכסוכים" וכן סטיב גולדשטיין "צדק מהיר – מבט השוואתי" (הרצאות במסגרת יום-עיון בנושא "צדק מהיר", הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 6.5.2007).

65 על ייצוג לקוחות בגישה שיתופית ועל המודל של עורך-דין פותרת-בעיות ראו זר-גוטמן ופרלמן, לעיל ה"ש 9.

שופט עשוי לקיים הליך של בירור צרכים ואינטרסים אך לעשות כן באופן מוגבל תוך עריכת דיאלוג בנושא רק עם באי-הכוח של הצדדים.

מחקרים אחדים שערך רובינסון (Robinson) עסקו בבחינת סגנונות ניהול של ועידות הסדר וטכניקות שיפוטיות שונות המופעלות במסגרתן. רובינסון הבחין בין סגנון ניהול שאותו הגדיר כ"פתרון בעיות" לבין סגנון ניהול שהוגדר על-ידיו כ"גישה ישירה".<sup>66</sup> הוא מתאר כי ניהול בגישה של פתרון בעיות נוטה לחזק את מעורבותם של הצדדים בתהליך. זאת, באמצעות מתן מקום רחב לבחינת מטרות וצרכים, להבעת רגשות של הצדדים ולהשמעת דעתם, לרבות על עיצוב הפתרון לסכסוך. ניהול הליך בגישה ישירה, לעומת זאת, מדגיש את מקומו של השופט כמנהל ההליך, עוסק בשיח על חוזקות וחולשות משפטיות בתיק, ומעניק מקום רחב לחיזוי דעתו של השופט בדבר הפתרון הראוי לסכסוך. ניהול ההליך בגישה של פתרון בעיות עולה בקנה אחד עם המודל הרחב של שפיטה הסדרית, ואילו ניהול ההליך בגישה הישירה הולם שפיטה הסדרית במודל הצר.<sup>67</sup> נמצא כי בכל אחד מסגנונות הניהול ראו עצמם השופטים כבעלי השפעה משמעותית על תודעתם של הצדדים וכאחראים במידה רבה להגעתם להסדר מוצלח בנסיבות העניין.<sup>68</sup>

רובינסון עומד על נושאים אחדים שהשופטים מרבים לעסוק בהם בהליך של ועידת הסדר, ועל פרקטיקות שהם מפעילים לקידומם. אחד הנושאים הרווחים הוא היתרונות הטמונים בסיום סכסוך באופן מוסכם. הפרקטיקות המסייעות בקידום הנושא כוללות הדגשה של סופיות ההסכם, להבדיל מהתמשכות אפשרית של ההליכים בשפיטה הקלסית בשל היכולת לערער על פסק-הדין. פרקטיקה נוספת היא הבהרת היתרון הטמון בשליטה בתוצאה מול הסיכון הכרוך בהליך שפיטה אדוורסרי מבחינת תוצאתו. השופטים נוהגים גם לערוך חישוב של סכום הנטו שעתיד להשתלם בהסדר מול הסכום העתיד להשתלם בהליך שפיטה קלסי. פרקטיקות אלה תומכות בהשגת הסדר מטעמים של יעילות, ושמות דגש בסיכויים ובסיכונים בניהול התיק. פרקטיקה אחרת היא עמידה על הפסדים אפשריים בנתיב הקלסי שאינם כספיים, כגון מחיר רגשי ופגיעה אפשרית ביחסים בין-אישיים. פרקטיקה זו הולמת שפיטה הסדרית במודל הרחב.

נושא מרכזי נוסף שרובינסון מציין כי השופטים עוסקים בו הוא קידום תקשורת בין הצדדים. גם תכלית זו מוגשמת על-ידי שימוש בכמה פרקטיקות – השופט מעודד את הצדדים לבטא רגשות, מביע אמפתיה שיפוטית, ומסייע לכל צד להבין את החששות

66 Peter Robinson, *Settlement Conference Judge – Legal Lion or Problem Solving Lamb: An Empirical Documentation of Judicial Settlement Conference Practices and Techniques*, 33

AM. J. TRIAL ADVOC. 113, 148 (2009) (להלן: Robinson, *Settlement Conference Judge*).

67 הגישה של פתרון בעיות עולה בקנה אחד גם עם סגנון הניהול של "גישור מאפשר", בעוד הגישה הישירה תואמת את סגנון הניהול של "גישור מעריך", על-פי הסגנונות שהציע ריסקין. Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7 (1996).

68 ראו Robinson, *Settlement Conference Judge*, לעיל ה"ש 66.

והרגשות של הצד האחר.<sup>69</sup> נושא זה והפרקטיקות המשמשות לקידומו הולמים את השפיטה ההסדרית במודל הרחב. הפרקטיקות האמורות עולות בקנה אחד גם עם ההמלצות להבניית הגינות הליכית במובנה העדכני.

הגינות הליכית בעת ניהול הליך שפיטה אדוורסרי קלסי פורשה כהקפדה על סדרי הדין ודיני הראיות. פרשנות זו הלמה את התפיסה האדוורסרית של ניהול סכסוכים ויישובם. הפרשנות החדשה המוצעת כיום למושג "הגינות הליכית" הולמת את התפיסה השיתופית. פרשנות זו מעוצבת על-פי האופן שבו המתדיינים עצמים מבנים את תפיסת ההגינות שלהם. נמצא כי המשתתפים בהליך לברור מחלוקת מגדירים הגינות הליכית לפי התייחסותו של מנהל ההליך לעניינם, ולא לפי תוצאת ההליך בלבד.<sup>70</sup> משמע, הגינות הליכית נבחנת בראי התייחסות השיפוטית למתדיין והתקשורת הבין-אישית מולו.

ניתן להצביע על כמה רכיבים בניהול ההליך השיפוטי המייצרים תפיסת הגינות אצל המתדיינים. אחד הרכיבים הבולטים בהקשר זה הוא "מתן קול" למתדיין, דהיינו, יכולתו של המתדיין להשתתף בבירור הסכסוך על-ידי השמעת נקודת-מבטו, עמדתו ורגשותיו ביחס לסכסוך, וזאת באופן ישיר מפיו. רכיב אחר הוא התייחסות שיפוטית הכוללת מבעים של אכפתיות ("אתיקה של דאגה")<sup>71</sup> ושל אמפתיה, במובן של הבנת נקודת-מבטו של הדובר שאין בה משום הזדהות או קבלה של עמדתו.<sup>72</sup> רכיב נוסף הוא הבעת עניין והפגנת יחס מכבד לטיפול בסכסוך, העשויים לבוא לידי ביטוי בשאלת שאלות, בהימנעות מסרקום או בהימנעות מגינוי המתדיין, להבדיל מגינוי המעשה. רכיב אחר הוא הבניית אמון בסמכות. נמצא כי אמון בסמכות מתפתח כתוצאה מקבלת הסברים לגבי דרך ניהול ההליך והבהרת ההחלטות המתקבלות בו, וזאת במשלב לשוני המובן למתדיין.<sup>73</sup>

ההגינות הליכית בפרשנותה הנזכרת משקפת מכוונות של יחסים והתנהלות בגישה קישורית. פרשנות זו פורסמה בנייר-עמדה של ארגון השופטים האמריקאים (The American Judges Association) משנת 2008, אשר המליץ על יישומה בכל הליכי

Peter Robinson, *An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear*, 17 HARV. NEGOT. L. REV. 97 (2012).

E. ALLEN LIND & TOM R. TYLER, *THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE* 29–30 (1988).

מושג שהציעה גיליגן בספרה. ראו קרול גיליגן **בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה** (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995).

Dorothy J. Della Noce, *Seeing Theory in Practice: An Analysis of Empathy in Mediation*, 15 NEGOTIATION J. 271 (1999).

פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 448–449.

השפיטה הנוהגים במערכות בתי-המשפט בארצות-הברית ובקנדה.<sup>74</sup> יתר על כן, הפרקטיקות המוצעות ליישום בנייר-העמדה הנזכר הולמות את מודל השפיטה בגישה של פתרון בעיות. מודל זה, על-פי החיבור שפורסם באתר השפיטה הקנדי, מציע לנהוג בדרכים הכוללות הבעת אמפתיה, הימנעות מכפייה, שימוש בבהירות לשונית, הימנעות מסרקזם ועוד.<sup>75</sup>

עיון בהמלצות המתוארות מבהיר עד כמה השתנה תפקידו של השופט מימי השפיטה האדוורסרית הקלסית ועד לעידן השפיטה ההסדרית – משופט סביל הפועל במכוונות של כללים לשופט פעיל הנוקט גישה קישורית של יחסים הממוקדת בפתרון בעיות. שינוי זה משליך גם על מהות הידע וטיב המיומנויות הנדרשים לשם מילוי התפקיד השיפוטי העדכני של השופט ההסדרי.<sup>76</sup>

הפרקטיקות המיושמות בהליכי השפיטה ההסדרית מעצבות תפיסה של הגינות הליכית המשליכה על שביעות-הרצון מקיום ההליכים ועל האמון בבתי-המשפט. בחלק הבא במאמר יובאו דברי ביקורת על השפיטה ההסדרית וכנגדם דברי תמיכה בקיומה. אבקש לטעון כי יישום מודל רחב של שפיטה זו עשוי לסייע בתמיכה בקיומה.

### 3. ביקורת על השפיטה ההסדרית ולעומתן דברי תמיכה בקיומה במערכת בתי-המשפט

בשנת 2004 פרסם גלנטר (Galanter) מאמר המבוסס על מחקר נרחב שערך בבתי-המשפט הפדרליים בארצות-הברית החל בשנות השמונים של המאה העשרים. גלנטר הראה כי אף שמספר התובענות שהוגשו לבתי-משפט אלה לא פחת למן שנות השמונים, מספר התיקים שהסתיימו בפסק-דין מפורט בעשורים הנבדקים פחת בשישים אחוז ואף במספר מוחלט. את המגמה הזו כינה גלנטר "המשפט הנמוג" – "The Vanishing Trial".<sup>77</sup>

מגמת המשפט הנמוג עמדה ביסוד שיח מקיף בארצות-הברית, שניתן לקושרו לדיון בתופעת השפיטה ההסדרית. חשוב להדגיש כי מקור ההפחתה במספר פסקי-הדין הניתנים אינו בשפיטה הסדרית בלבד. היא עשויה לנבוע מגורמים נוספים, כגון מחיקת תובענות והסדרים המגובשים בהליכים הנערכים מחוץ למערכת בתי-המשפט, כגון הליכי גישור<sup>78</sup> או הליכי משא-ומתן בין באי-הכוח של

74 Kevin Burke & Steve Leben, *Procedural Fairness: A Key Ingredient in Public Satisfaction*, 44 CT. REV. 4 (2007–2008). (להלן: נייר-העמדה של ארגון השופטים האמריקאים).

75 GOLDBERG, לעיל ה"ש 63. לפירוט ראו פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 440–441.

76 על הצורך בעדכון החינוך למשפטן וברכישת ידע ומיומנויות בתחום יישוב סכסוכים במסגרת לימודי התואר במשפטים ראו פרלמן "החינוך המשפטי", לעיל ה"ש 27.

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

78 על מגוון ההליכים הנוהגים בשיטת המשפט בארצות-הברית ראו GOLDBERG, SANDER ROGERS,

הצדדים.<sup>79</sup> עם זאת, לנוכח נתונים שנצברו המייחסים לשפיטה ההסדרית השפעה ניכרת על יצירתה של מגמת המשפט הנמוג,<sup>80</sup> נציין להלן חששות ובעיות הכרוכים בהתנהלותה במערכת.

בעיה אחת נוגעת בחסיון הדיון בהליך של ועידת הסדר. הועלה חשש כי מקרים שיש בהם עניין לציבור מתנהלים ומסתיימים באופן שאינו מאפשר שיג'ושיח ציבורי. נוצר סטנדרט של כיסוי, חוסר גילוי, העלול להוביל להשתקת שיח ציבורי מקום שהוא נדרש.<sup>81</sup>

יתר על כן, הליכי שפיטה הסדריים אינם מסתיימים, כנזכר, בפסק־דין מפורט המפורסם ברשומות. נטען כי אי־מתן פומבי להחלטות שיפוטיות ימנע פרסום של סטנדרטים מנחים להתנהלות, יסכל את יצירתו של תקדים מחייב, ויעצור את התפתחותו של משפט מקובל.<sup>82</sup> אי־הפרסום מעורר גם חשש לפגיעה בתפקיד החינוכי של השפיטה ובתפקידה לכוון התנהלות עתידית של האנשים בחברה ולהסדיר גבולות ויחסים בחברה.<sup>83</sup>

ביקורת אחרת נובעת מנקודת־מבט המשווה בין ההליך השיפוטי ההסדרי לבין הליך גישור המתנהל מחוץ לכותלי בית־המשפט. ניהול הליך במסגרת בית־המשפט על־ידי שופט יוצר הליך שיתופי המלווה סממנים פורמליים וסמכותיים. הללו עלולים לפגוע בגמישות וביצירתיות של ההליך השיתופי, ומעוררים חשש לשימוש בכוח שיפוטי. כוח זה עשוי לבוא לידי ביטוי בהפעלת לחץ על הצדדים להתפשר ובפגיעה בהשגת הסכמה מרצון חופשי. חשש זה רלוונטי במיוחד למערכות בתי־משפט שבהן בעיית העומס

לעיל ה"ש 20. על הליכים חלופיים הנוקטים גישה שיתופית בישראל ראו זר־גוטמן ופרלמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 554–563.

79 הליכים שאותם כינה גלנטר במאמר מוקדם "litigiation" – שילוב של המושגים "ליטיגציה" (litigation) ו"משא־ומתן" (negotiation). ראו Galanter, *Judicial Mediation*, לעיל ה"ש 55.

80 נתונים אלה נכונים גם לישראל, כפי שעולה מ"מחקר משקלות תיקים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 37.

81 Judith Resnik, *Uncovering, Disclosing, and Discovering How the Public Dimensions of Court-Based Processes Are at Risk*, 81 CHI.-KENT L. REV. 521 (2006).

82 אי־פרסום החלטות שיפוטיות מפורטות ומנומקות פוגם באחת מתכליות השפיטה – תיאום והכוונה של התנהלות עתידית של גורמים שאינם מעורבים כעת בסכסוך הספציפי. Ezra Friedman & Abraham L. Wickelgren, *No Free Lunch: How Settlement Can Reduce the Ability to Induce Efficient Behavior*, 61 S.M.U. L. REV. 1355 (2008). גם שיקולי יעילות אקס־אנטה נפגעים כאשר אין פרסום של החלטות בתי־המשפט, היות שהמידע הכלול בהן עשוי להשפיע על הנכונות להתפשר ועל תוכן ההסדר. על שיקולי יעילות אקס־אנטה ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז' 75, 91–93 (2007). על השפעתן של הסכמות דיוניות, במיוחד בשלב המוקדם לפרוץ הסכסוך, על החלטה אם להתפשר ראו אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" **עיוני משפט** לג 187, 213 (2010).

83 סמית תיאר את השפיטה כממלאת שלושה תפקידים עיקריים: תפקיד של יישוב הסכסוך, תפקיד של תיאום והכוונה (השפיטה כמקור לקביעת גבולות ויחסים בחברה) ותפקיד של חינוך ועיצוב (הפסיקה כמקור לעיצוב ערכים, לחינוך לקיום נורמות ולהשגת מטרות חברתיות). ראו: Steven D. Smith, *Reductionism in Legal Thought*, 91 COLUM. L. REV. 68 (1991).



עשויה להוביל להכוונה מערכתית של השופטים להביא את הטיפול בסכסוכים לידי סיום מהיר. אכן, חשש מרכזי שהועלה ביחס לקיום הליך של ועידת הסדר במערכת בתי-המשפט בארצות-הברית עסק בשאלת הבטחתה של הגינות הליכית במסגרת השפיטה ההסדרית. רזניק ואחרים התריעו כי ההפחתה ברמת הפורמליות של ההליך, אי-העמידה על סדרי הדין ודיני הראיות, וקיום ההליכים ללא עריכת פרוטוקול – עלולים לפגום ביכולת להבטיח ניטרליות ואי-משוא-פנים מצד השופט, כמו-גם לגרור התנהלות כופה ומלחיצה לסיום התיק בהסדר.<sup>84</sup> בעיות אלה מחמירות במיוחד באותם מקרים שבהם לא מובטחת הפרדה בין השופט המנסה להביא את הסכסוך לידי הסדר בהליך מקדמי לבין השופט האמור לשמוע את תיק ההוכחות ולהוביל לסיום הסכסוך בהכרעה בהליך שפיטה קלסי.<sup>85</sup> כך, למשל, התנהלות בגישה שיתופית מצריכה מתן מידע והתייחסות אישית. שופט עלול לשמוע מידע שלא היה קביל אילו נמסר מלכתחילה בהליך שיפוטי אדוורסרי, או עשוי להתרשם מהבעות דעה שאין להן בסיס ראייתי הולם ולהיות מושפע מן הפן הרגשי.<sup>86</sup> נושאים אלה מעלים את שאלת האחריותיות (accountability) בעת ניהול הליך של ועידת הסדר, שהינו הליך חסוי הדורש גם גמישות ויצירתיות בניהולו.<sup>87</sup>

בעיה אחרת הכרוכה בשפיטה ההסדרית נוגעת בפגיעה במעמדה של השפיטה. רזניק סוברת כי מוסד השפיטה (האדוורסרית הקלסית) נעלם כיום למעשה בארצות-הברית, וכי בפועל צד לסכסוך הפונה לבית-המשפט מוצא את עצמו ניצב מול בית-משפט מרובה דלתות שבו דלת השפיטה סגורה.<sup>88</sup> לעמדתה, מעמדה של השפיטה צנח בשל כל הטענות שהועלו נגדה, עד כדי כך שהיא פשוט "מתה".<sup>89</sup> השפיטה כיום אינה אלא אקט של מחדל במנגנון חלופי – מוצא אחרון, ולא מרכזי.<sup>90</sup>

84 ראו Resnik, *Managerial Judges*, לעיל ה"ש 31.

85 Patrick. E. Longan, *Bureaucratic Justice Meets ADR: The Emerging Role for Magistrates as Mediators*, 73 NEB. L. REV. 712 (1994)

86 ראו Menkel-Meadow, *For and Against Settlement*, לעיל ה"ש 34. על הנושא של משוא-פנים ופרשנותו במודלים שונים של הליך הגישור ראו רונית זמיר "מיתוס הניטרליות של המגשר: מאי-משוא-פנים לנשיאת-פנים שווה" **משפט ועסקים** טז 411 (2013) (להלן: זמיר "מיתוס הניטרליות של המגשר").

87 על אחריותיות מערכתית ורכיבים לביסוסה ראו: Orna Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 253 (2006).

88 Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211 (1995)

89 Judith Resnik, *For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication*, 58 U. MIAMI L. REV. 173 (2003)

90 Judith Resnik, *Whose Judgment? Vacating Judgment, Preferences for Settlement, and the Role of Adjudication at the Close of the Twentieth Century*, 41 U.C.L.A. L. REV. 1471 (1994).

האמון במערכת השפיטה כורסם, ויש תחושת עוינות כלפי השפיטה.<sup>91</sup> ביקורת רחבה נוספת נגד קיום הליכים של שפיטה הסדרית במערכת בתי-המשפט נובעת מעמדה המתנגדת באופן כללי לקידום תפיסה שיתופית חותרת-הסכמות במערכת המשפט. עמדה זו, שעם מייצגיה המובהקים נמנה פִּיס (Fiss), רואה בחתירה להסכמות ובהצבת יעדים של פשרה והרמוניה משום שמרנות חברתית ורגרסיה.<sup>92</sup> פִּיס ואחרים רואים בעמידה על זכויות משום כוח העשוי לפתח תודעה חברתית ולקדם את החברה. לדעת פִּיס, שפיטה החותרת להסדר אינה יכולה לקדם מטרות ציבוריות ארוכות-טווח. היא פוגמת בחיזוק אקטיביזם שיפוטי, היוצר זכויות, ומזיקה להגנה על הכוחות החלשים בחברה. לגישתו, הליכים החותרים להסדרים הם הליכי פשרה, העלולים לקבע פערי כוחות בין צדדים.<sup>93</sup>

בהקשר של חשש זה מפני הליכים חותרי-הסכמות ניתן לציין שיח ביקורתי אחר שהתפתח בארצות-הברית בעניין קביעת הליכי גישור כהליכי-חובה בסוגי תובענות מסוימים. כאן נידונה שאלת הפנייתם של סכסוכים ממערכת בית-המשפט לבירור לפני מגשרים חיצוניים למערכת. התנגדות למהלך זה העלתה טענות כבדות-משקל בדבר הפרטת הצדק וקידום צדק לא-פורמלי כמנגנון לדיכוי הגורמים החלשים בחברה ולהרחבת שליטתם של הגורמים החזקים בה.<sup>94</sup> גרילו (Grillo), לדוגמה, התריעה כי הפניית סכסוכים באמצעות בתי-המשפט לבירור בדרך של גישור עלולה לפגוע בזכויות הנשים, ולהחזיר דיונים שנפתחו בשיח הציבורי ליישוב במסגרת של שיח פרטי. שיח כזה טומן בחובו פוטנציאל לפגיעה אפשרית בזכויות הנשים, היות שהשתתפות בהליך ההסכמי החסוי עלולה להכתיב לנשים התנהלות פשרנית בשל ציפייה חברתית שהן ינהגו כ"אישה הטובה", הממעטת בעמידה על אינטרסים ובמבעים של כעס ופגיעה.<sup>95</sup> חשש נוסף שנידון בארצות-הברית לנוכח קיומה הנרחב של שפיטה הסדרית בשיטת המשפט שם הוא שהשפיטה הסדרית תביא לידי פגיעה בדמוקרטיה. נטען כי קיום הליכים משפטיים ללא חבר-מושבעים (דוגמת הליך של ועידת הסדר) פוגם בהשתתפות הציבור בהליכי המשפט, ומכאן במעורבותו בהתנהלות הדמוקרטית של המדינה.<sup>96</sup>

Judith Resnik, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, 53 U. CHI. L. REV. 494 91  
(1986).

Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984) 92

JEROLD S. OWEN M. FISS, *The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979) 93  
AUERBACH, *JUSTICE WITHOUT LAW?* (1983); זמיר "שני הפרויקטים של הגישור", לעיל ה"ש  
54, בעמ' 155–159.

לנושא זה בהרחבה ראו אלברשטין *תורת הגישור*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 107–140; זמיר "שני  
הפרויקטים של הגישור", לעיל ה"ש 54.

Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545 95  
(1991); פרלמן "פרספקטיבה מגדרית", לעיל ה"ש 23, בעמ' 537–538.

Robert M. Ackerman, *Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the  
Vanishing Trial on America's Social Capital*, 2006 J. DISP. RESOL. 165; Judith Resnik,  
*Whither and Whether Adjudication?*, 86 B.U. L. REV. 1101 (2006)

החשש לפגיעה בדמוקרטיה נובע גם מכך שמערכת משפטית הנמנעת ממתן הכרעות שיפוטיות אינה ממלאה את תפקידה במשולש של הפרדת הרשויות, ובכך מחזקת את הממשל ומסכנת את ההגנה על הזכויות החוקתיות.<sup>97</sup>

תהיות נוספות שהועלו ביחס לתופעת השפיטה ההסדרית עסקו בשאלת התרומה השיפוטית היעילה להשגת ההסדרים. גלנטר טען כי עצם היווצרותם של הסדרים אינה מעידה בהכרח שהגורם היעיל לגיבושם הוא ההתערבות השיפוטית, להבדיל ממאמציהם של באי-הכוח של הצדדים. לדידו, יש לבחון כל מקרה לגופו, על-מנת לוודא אם אכן היה בהתערבות השיפוטית כדי לסייע בגיבוש ההסדר וכדי להבטיח את איכותו.<sup>98</sup>

החששות והבעיות שתוארו לעיל מהווים ביקורת חשובה, המשליכה על חשיבות ההתייחסות לתופעת השפיטה ההסדרית. להלן יתוארו כמה תגובות והתייחסויות שעלו בשיח בנושא, שמהן ניתן להסיק על היתרונות הגלומים בקיומה של שפיטה הסדרית. האתגר הניצב בפני כל מערכת משפט שבה מתקיימת שפיטה זו הוא אפוא כיצד לנצל את מעלותיה ולממש את היתרונות הגלומים בה, ובר-בזמן להפיג ככל האפשר את החששות שהיא מעוררת ולפתור את הבעיות הכרוכות בהתייחסותה.

לְנָדִי (Lande) ואחרים טוענים כי עמדת החוששים מתופעת המשפט הנמוג משקפת מיתוס ותפיסה אופטימית ("רומנטית") של המתרחש בבתי-המשפט, המתעלמת מהמציאות הרווחת. לגישתם, עמדתם של החוששים משפיטה הסדרית יוצאת מנקודת הנחה המגזימה ברמת ההוגנות וביתרונות המיוחסים לשפיטה האדוורסרית הקלסית. כך, לדוגמה, תיאורו של בית-המשפט מפי פִּיס, כשומר זכויות הפרט וכמגן על החלש מפני פערי כוח, מתאים לבית-משפט אקטיביסט, אשר לא תמיד קיים במציאות. יתר על כן, תפיסה רומנטית זו מתעלמת מהביקורת הנרחבת המושמעת על ההתנהלות האדוורסרית, ואינה מתייחסת לכך ששפיטה כזו עלולה ליתן פתרון חלקי בלבד ובלתי-הולם לרובדי הסכסוך, להעצים בעיות ועוד.<sup>99</sup> נוסף על כך, רוב-רובן של התובענות המוגשות לפתחה של מערכת המשפט אינן עוסקות דווקא בסכסוך בעל חשיבות ציבורית או מקדמית.<sup>100</sup>

הטענה כי התרבות ההסדרית גוררת פגיעה בדמוקרטיה בארצות-הברית נדחת על-ידי רבים מתומכיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם, המצביעים על מגמה הפוכה. מנקל-מדו, וְלֶש (Welsh) ואחרים סבורים כי תרבות המעוררת גישה שיתופית לניהול ויישוב

William G. Young, *Vanishing Trials, Vanishing Juries, Vanishing Constitution*, 40 SUFFOLK U. L. REV. 67 (2006).

Marc Galanter & Mia Cahill, "Most Cases Settle": *Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, 46 STAN. L. REV. 1339, 1345 (1994).

John Lande, *Shifting the Focus from the Myth of "The Vanishing Trial" to Complex Conflict Management Systems, or I Learned Almost Everything I Need to Know about Conflict Resolution from Marc Galanter*, 6 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 191 (2005). על הביקורת נגד השפיטה האדוורסרית ראו גם פרלמן "השופט התרפויטי", לעיל ה"ש 1, בעמ' 431-433.

100 בהקשר הישראלי ראו את דבריו של הנשיא ברק, הגורס כי רוב הסכסוכים המובאים לפני בית-המשפט אינם מן הסוג המחייב הכרעה שיפוטית דווקא. ברק, לעיל ה"ש 26.

של סכסוכים והשגת פתרון מוסכם דווקא מעודדת ביסוס ערכים דמוקרטיים בחברה האמריקאית. תרבות הסדרית, כך נטען, מעודדת השתתפות אזרחית בתהליכים חברתיים תוך התייחסות לצורכי האחר ולמעגלים קהילתיים, ומאפשרת קיום דיאלוג ומציאת פתרונות הוגנים ורגישים תוך התחשבות הדדית.<sup>101</sup>

נושא הגינות ההליכית, בעיקר בעת ניהול הליך של ועידת הסדר, זכה אף הוא בהתייחסות מרחיבה המבקשת להפיג את החששות בעניין. תומכי ההליך, דוגמת שוק (Schuck), סבורים כי עריכת הליך שיתופי בניהולו של שופט היא המבטיחה את קיומה של הגינות הליכית, בין היתר היות ששופט יוכל לוודא שהתקבלה הסכמה מדעת לפתרון שאין בו סתירה לכללי דין מחייבים.<sup>102</sup> לעמדתם, ההתערבות השיפוטית במשא-ומתן ההסדרי עשויה להפחית את השפעתם של גורמים חוץ-משפטיים המטים לעיתים את התוצאות של ניהול סכסוכים דווקא בשפיטה אדוורסרית, כגון מיומנויותיו של עורך-הדין המייצג את הלקוח ויכולתו הכלכלית של אחד הצדדים לעמוד בהוצאות ניהולו של הליך ארוך.<sup>103</sup>

אבקש להציע כי מענה אפשרי נוסף לחששות בעניין קיומה של הגינות הליכית מצוי בפרשנות הניתנת לרכיבים המבנים הגינות זו. רזניק ואחרים חוששים לקיומה של הגינות הליכית כאשר זו נבחנת על-ידיהם במכוונות של כללים. לעומת זאת, הפרשנות המומלצת בנייר-העמדה של ארגון השופטים האמריקאים משקפת תפיסה של הגינות במכוונות קישורית. אכן, נמצא כי בפועל עורכי-הדין בוחנים את הגינות ההליך של ועידת ההסדר במכוונות הקישורית. עורכי-דין מדווחים כי במקרים שבהם חשו כי השופט הקדיש מחשבה לפתרון הסכסוך, התייחס לצדדים ולבאי-כוחם באופן אמפתי ומכבד, נמנע מהפעלת לחץ והבהיר את נקודת-מבטו תוך עריכת דיאלוג בלשון בהירה ושמיעת הצדדים, נוצרה תחושה של ניטרליות ואי-משוא-פנים שיפוטית. התנהלות

Nancy A. Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System*, 5 *CARDOZO J. CONFLICT RESOL.* 117 (2004). המגזין *DISPUTE RESOLUTION*, היוצא לאור מטעם לשכת עורכי-הדין האמריקאית, הקדיש את הגיליון של חורף 2006 לנושא "What Deliberative Democracy Means for Dispute Resolution". בשורה של מאמרים נסקרים הקשרים האפשריים בין עקרונות והליכים בתנועת יישוב סכסוכים הולם לבין עקרונות דמוקרטיים ויישום הליכים דמוקרטיים. הרעות המובעות בגיליון זה מעידות על תמיכה בגישה שיתופית ובתרבות הסדרית, כמחזקים התנהלות דמוקרטית שעניינה עידוד השתתפות בניהול סכסוכים ויישובם בדרך של הסכמה, הקשבה והתייחסות משתפת לאחר. ראו, למשל: Carrie Menkel-Meadow, *Deliberative Democracy and Conflict Resolution*, 12(2) *DISP. RESOL. MAG.* 18 (2006).

Peter H. Schuck, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, 53 *U. CHI. L. REV.* 337 (1986).

E. Donald Elliot, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 *U. CHI. L. REV.* 306, 324 (1986).

שיפוטית בראי פרשנות זו ביססה לא רק הגינות הליכית, אלא גם לגיטימיות לקיומו של ההליך, והגבירה את האמון בבתי-המשפט.<sup>104</sup>

מכל מקום, סוגיית הפיקוח והבקרה על הליכי שפיטה הסדריים הינה מורכבת. כוחם של הליכים אלה טמון בגמישותם, ביצירתיותם וברכיב החיסיון, המאפשר פתיחות ומשא-ומתן שיתופי איכותי. בקרה הנסמכת על כללים ושקיפות, כפי שנעשתה בהליך השפיטה הקלסי, אינה מתאימה להליך המושתת על גמישות, סודיות, יצירתיות וקשר בין-אישי. בקרה זו יכולה וצריכה להיעשות בדרכים חדשות. רבינוביץ-עיני, במאמרה העוסק בהבטחת אחריותיות בהקשרם של בתי-משפט פותרים-בעיות, מציעה לאמץ רכיבים של תיעוד, אפשרות של ערעור והישענות על טכנולוגיה ממודלים של מערכות לניהול ויישוב של סכסוכים במקומות עבודה.<sup>105</sup>

הליך של ועידת הסדר אשר מתנהל לפני שופט ובין כותלי בית-המשפט מהווה, לעניות דעתי, מענה אפשרי גם לחששות שהובעו מפני הפרטת הצדק והעברת הדיון בסכסוכים משפטיים לידי מגשרים חיצוניים לבית-המשפט. החשש מפני קיום הליך לא-פורמלי וחסוי, אשר מאפשר התניה על נורמות ומנוהל על-ידי מגשר שהוא חיצוני לצוות בית-המשפט,<sup>106</sup> זוכה בהתייחסות מערכתית המציעה אפשרות אחרת – ניהול הסכסוך בהליך שיתופי המנוהל על-ידי שופט, אשר כפוף לכללי בחירה, להכשרה ולביקורת של מערכת בתי-המשפט. שפיטה הסדרית במודל הרחב משלבת אם כן את היתרונות הטמונים בניהול סכסוך בגישה שיתופית עם היתרונות המיוחדים לניהול הליך של בירור סכסוך ויישובו לפני שופט ובמסגרת בית-המשפט.

בהמשך לעמדתו של שוק ניתן להציע כי הליך של ועידת הסדר עשוי להפיג גם חששות ביחס לקיבוע פערי כוחות בין צדדים בהליך שיתופי. גלנטר העלה חששות בדבר ניצול הליכים משפטיים על-ידי "השחקנים החזקים" בחברה ועל-ידי "שחקנים חוזרים" אשר פעילים בניהול סכסוכים במשק, כגון חברות ביטוח.<sup>107</sup> אולם הליך של ועידת הסדר המתנהל לפני שופט מעניק לצד המזדמן בתובענה את האפשרות ליהנות מבירור סכסוך בדרך שיתופית ועם זאת במסגרת שניתן להניח כי תגן עליו מפני ניצול על-ידי בעל הכוח ובעל הניסיון.<sup>108</sup> באופן דומה, ניהול הליך של שפיטה הסדרית עשוי

Roselle L. Wissler, *Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences*, 26 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 271 (2011)

105 ארנה רבינוביץ-עיני "בתי משפט פותרים בעיות ובעיית האחריותיות: לקחים ממיסוד הליך הגישור" **מחקרי משפט** כו 517 (2010).

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

107 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

108 אבקש להבהיר כי אין בדברים אלה כדי להביע הסכמה עם הדעה כי פערי כוח צפויים להישמר בהליך גישור. הפירוש העדכני לחובת הניטרליות של המגשר אינו מצריך סבילות מצידו במקרה של פערים המתגלים בין צדדים. הטיפול בפערי כוחות בהליך גישור עשוי להתקיים באותה מידה כמו בהליכי שפיטה. על הטיפול בפערי כוח בגישור ועל משמעותה העדכנית של הניטרליות בעת ניהול ההליך ראו, לדוגמה: Janet Rifkin, Jonathan Millen & Sara Cobb, *Toward a New Discourse*

להיראות מפרספקטיבה מגדרית כנהנה משילוב של היתרונות המיוחסים לניהול הליך בדרך שיתופית – המשקפים, על-פי גישת הפמיניזם התרבותי, גישה נשית לצדק ולדרך הראויה לפתרון בעיות – עם הפחתה של החשש מפני פגיעה בזכויות הנשים שאותו העלתה גרילו במאמרה הנזכר.<sup>109</sup>

נושא מרכזי נוסף שהועלה בשיח האמריקאי הוא יעילותם של ההליכים ההסדריים. נטען כי הליכים אלה לא רק מובילים לסיום מהיר, יעיל וזול יחסית של תובענות, אלא גם מחדדים הסכמות ופולגות במקרים שבהם התיק אינו מסתיים בהסדר, וכך מותירים זמן ראוי יותר לדיון בנקודות שבהן נדרשת הכרעה שיפוטית.<sup>110</sup> שוק טען בהקשר זה כי מעמדו של השופט מזכה אותו ביחס של אמון וכבוד מצד הצדדים. השופט נחשב ניטרלי ובעל ידע בדין ובאומדן התוצאה העשויה להינתן בהליך שפיטה קלסי. ייחוסים אלה מעניקים לצדדים ביטחון בגילוי מידע, ומאפשרים קיום הליך שיתופי יעיל.<sup>111</sup> מקצועיותו של השופט, הכרת הדין והכנתו לישיבה נתפסות כמייצרות תשומה משמעותית, אשר מניבה שביעות-רצון רבה בקרב המתדיינים ובאי-כוחם,<sup>112</sup> וזאת ללא קשר לתוצאת ההליך.<sup>113</sup> נוסף על כך, ההתערבות השיפוטית בגיבוש ההסדר נתפסת כמבטיחה אמינות ויציבות ביישומו.<sup>114</sup> הללו תורמים, כמובן, ליעילות הטיפול בתובענות.

הליך של ועידת הסדר נחשב גם פורום יעיל לטיפול בסכסוכים מורכבים מבחינת מספר הצדדים או מבחינה טכנית, אם משום שהם עוסקים בסוגיות טכנולוגיות סבוכות ואם משום שחומר הראיות בהם נשען על טכנולוגיות כאלה. הליך של ועידת הסדר מאפשר הבאת ראיות בדרך נוחה ועניינית, המובילה לתפיסתו כפורום יעיל יותר לטיפול במורכבות זו.<sup>115</sup>

הניטרליות של המגשר, לעיל ה"ש 86. *for Mediation: A Critique of Neutrality*, 9 MEDIATION Q. 151 (1991); זמיר "מיתוס

109 גרילו, לעיל ה"ש 95, והטקסט שלידה. להרחבה על נושא זה ראו פרלמן "פרספקטיבה מגדרית", לעיל ה"ש 23.

110 Kritzer, לעיל ה"ש 32.

111 Schuck, לעיל ה"ש 102.

112 Wayne D. Brazil, *Hosting Settlement Conferences: Effectiveness in the Judicial Role*, 3 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1 (1987); John A. Epp, *The Role of the Judiciary in the Settlement of Civil Actions: A Survey of Vancouver Lawyers*, 15 WINDSOR Y.B. ACCESS JUS. 82 (1996).

113 Robinson, *Adding Judicial Mediation*, לעיל ה"ש 39; Sourdin, לעיל ה"ש 50, בעמ' 148. רוניק עצמה עומדת על נושא זה, ומבהירה כי המתדיינים ובאי-כוחם מעדיפים הליכים של שפיטה הסדרית: Judith Resnik, *Mediating Preferences: Litigant Preferences for Process and Judicial Preferences for Settlement*, 2002 J. DISP. RESOL. 155.

114 Thomas D. Lambros, *The Judge's Role in Fostering Voluntary Settlements*, לעיל ה"ש 102; Schuck, לעיל ה"ש 102. *Settlements*, 29 VILL. L. REV. 1363 (1984).

115 Sourdin, לעיל ה"ש 50; ראו Schuck, לעיל ה"ש 102.

לנדס (Landes) ופוזנר (Posner) רואים בשפיטה ההסדרית משום שיפור של ההתארגנות להקצאת משאבים באופן יעיל.<sup>116</sup> לעמדתם, התכונות על בעיית העומס בבתי-המשפט כעל בעיית היצע וביקוש בתחום השירות המשפטי מעלה כי מבחינה מערכתית הגברת ההתערבות השיפוטית בשלבי קדם-המשפט מסייעת בהגדלת ההיצע של זמן שיפוטי בדרך חסכונית ויעילה.<sup>117</sup> בריסטר (Brister) רואה את התרבות ההסדרית ואת ההליכים השיתופיים השונים כמעניקים "a better product at a lower price".<sup>118</sup> תמיכה מעניינת נוספת בתופעת השפיטה ההסדרית טמונה בטענה כי שפיטה זו תורמת לפיתוח הליכים שיתופיים חלופיים לשפיטה האדוורסרית, ומביאה לידי הגברת השימוש בהם מחוץ למערכת בתי-המשפט. קובץ' (Kovach) וֶלְנֶדִי טוענים כי עצם הידיעה שקיימת סבירות נמוכה בלבד שבמערכת בתי-המשפט יתקיים הליך שפיטה אדוורסרי קלסי מהווה יתרון, היות שהיא עשויה להביא לידי עלייה במספרם של הליכי הגישור או הליכים שיתופיים אחרים שייערכו מחוץ למערכת בתי-המשפט.<sup>119</sup> בהקשר זה יצוין כי הליך של ועידת הסדר אינו גורע מחשיבותם של הליכים חלופיים לשפיטה המתקיימים מחוץ לכותלי בית-המשפט. שיטת המשפט בארצות-הברית, באוסטרליה ובמדינות נוספות מכילה ומפעילה מודל רחב של הליכים המתקיימים על-פי תפיסות שונות לגבי ניהול ויישוב של סכסוכים, אשר סורדין (Sourdin) מכנה "Multi-Option Model".<sup>120</sup> הליך של ועידת הסדר הוא רק אפשרות אחת מבין כלל האפשרויות לבירור סכסוכים ויישובם. אכן, מתדיינים, עורכי-דין ומלומדים שונים מביעים במקרים רבים העדפה לניהול סכסוכים לא במסגרת הליך זה, כי אם באמצעות מגשרים חיצוניים לבית-המשפט.<sup>121</sup> במחקר שעסק בהעדפותיהם של עורכי-דין לגבי הפורום שבו ינוהל סכסוך ציינו עורכי-הדין כי לכל הליך יש מעלות וחסרונות, וכי בחירת הפורום לניהול הסכסוך נשקלת לפי נסיבותיו. בהשוואה בין ההליכים ציינו עורכי-הדין כי בדרך-כלל הליך גישור נמשך פרק-זמן נאות ומתנהל בסגנון מאפשר, ועל-כן הוא הולם מקרים שבהם דרוש תהליך רחב של שמיעת הצדדים ועיצוב הפתרון. בין מעלותיה של ועידת

William M. Landes & Richard A. Posner, *Adjudication as a Private Good*, 8 J. LEGAL STUD. 235 (1978)

Richard A. Posner, *Demand and Supply Trends in Federal and State Courts Over the Last Half Century*, 8 J. APP. PRAC. & PROCESS 133 (2006)

Scott Brister, *The Decline in Jury Trials: What would Wal-Mart do?*, 47 S. TEX. L. REV. 191 (2005)

Kimberlee K. Kovach, *The Vanishing Trial: Land Mine on the Mediation Landscape or Opportunity for Evolution: Ruminations on the Future of Mediation Practice*, 7 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 27 (2005). Lande גם, ראו גם, לעיל ה"ש 99, בעמ' 193.

Sourdin, ראו לעיל ה"ש 50, בעמ' 147.

121 ראו, לדוגמה, את דעתו של פרופ' סמפל, מאוניברסיטת טורונטו, הגורס כי עדיף לברר סכסוכים בנושא משמורת ילדים וזכויות ביקור באמצעות גישור מחוץ לכותלי בית-המשפט: Noel Semple, *Judicial Settlement-Seeking in Parenting Cases: A Mock Trial*, 2013(2) J. DIS. RESOL. 301

ההסדר, לעומת זאת, נמנו האמינות שהמדיינים מייחסים לתוצאות ההליך הודות לניהול השיפוטי, והעזרה השיפוטית בטיפול בצדדים קשים.<sup>122</sup> יצוין גם כי מחקרים שעסקו בשיקולי אקס-אנטה שונים של צדדים הראו כי הבחירה בהליך ליישוב סכסוכים נובעת לא רק משיקולים הנוגעים בהערכת הסיכויים לנצח בהליך, כי אם גם משיקולים הקשורים למידת היכולת ליטול חלק פעיל בניהול הסכסוך, לסוג הסכסוך ולמערכת יחסים קודמת עם הצד שכנגד.<sup>123</sup> בהתייחס לתכליות השונות של השפיטה<sup>124</sup> ולחששות מפני אי-מילוין באופן הולם, אצביע על כך ששפיטה הסדרית דווקא מסייעת לעיתים במימוש התכלית של תיאום והכוונה (קביעת גבולות ויחסים בחברה), ולא דווקא פוגעת במימושה. אף שתוצאתו של הליך הסדרי אינה מגולמת בפסק-דין מפורט ופומבי, פעמים רבות מושגים הסדרים עם רשויות וארגונים שונים באופן הכולל קביעת כללי התנהלות עתידיים רצויים. כללים אלה, הנבנים באופן רצוני ומוסכם, מיושמים ברשות או בארגון במידה מקיפה או מעמיקה יותר מפתרון שנכפה עליהם, ומובילים לשינויים במדיניות הנהגת.<sup>125</sup> גם הפונקציה החינוכית של השפיטה מתקיימת, אם כי היא מתמלאת בתוכן שונה. התפיסה ההסדרית סוברת כי לא כל סכסוך המוגש למערכת המשפט נושא חשיבות תקדימית חינוכית וראוי להסתיים בפסיקה מנחה, וכי בעידוד צדדים ליישב את סכסוכם בדרך שיתופית ובעזרת תקשורת בונה, להבדיל מהתנצחות אדוורסרית, טמון ערך חינוכי רב מעלה לחברה. ההסדר עשוי לשקף הכרה באחר, לקדם ערכים של דאגה וקשר, לבסס שיתוף-פעולה בין צדדים, ובאופן כללי לקדם התנהלות חברתית דמוקרטית מתונה, אחראית ומתחשבת.

קיומה של שפיטה הסדרית במערכת בתי-המשפט נושא עימו, אפוא, יתרונות וחסרונות. שפיטה הסדרית מאפשרת לשפיטה להישאר רלוונטית לצרכים המתפתחים של המתדיינים ושל החברה, אך קיומה הנרחב במערכת טומן בחובו גם חששות ובעיות המחייבים ליבון והתייחסות מעשית. קיים לפיכך צורך ממשי בקביעת מדיניות מאורגנת בתחום ובהסדרתו בדין ובמערכת בתי-המשפט. יש ליתן את הדעת לשאלות של היקף השפיטה ההסדרית במערכת ולקביעת הנחיות וכללים אשר יסייעו בהפעלתה באופן איכותי ויעיל.<sup>126</sup> ההסדרה הנדרשת וההתייחסות לסוגיות אלה רלוונטיות במיוחד למצב הקיים כיום בשיטת המשפט הישראלית.

122 Wissler, לעיל ה"ש 104.

123 קלמנט וקפליוק, לעיל ה"ש 82.

124 Smith, לעיל ה"ש 83.

125 מחקריו של טיילר מראים כי ככל שתהליך קבלת החלטות נתון על-ידי הצדדים לו כהוגן יותר כן תוצאתו נחשבת צודקת יותר, ותחושת המחויבות לקיום התוצאות ולמימושן גוברת: TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006).

126 לובן טוען כי מערכת משפטית שאין בה כלל הסדרים אינה רצויה ואינה יכולה להתקיים. היא אינה יכולה לתפקד מבחינת העומס המוטל על המערכת, והיא אינה ראויה להתקיים בהעדר הערכים הגלומים ביישוב סכסוכים בדרך הסכמית והסדרית. כנגד זה, מערכת הנסמכת כולה על יצירת הסדרים אינה יכולה ואינה ראויה להתקיים, בהעדר נורמות וכללים פומביים שנקבעים מטעם בית-



## פרק ג: שפיטה הסדרית בישראל – בין מצוי לרצוי

### 1. הדין החל

התפקיד השיפוטי ההסדרי הנוהג בארץ, בהיקף הרווח בעשור האחרון, ניתן להבנה כתגובה וכהתאמה של מערכת בתי-המשפט, ושל השופטים הפועלים בתחומה, לצורכי המערכת ולקליטת רעיונותיה והליכיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם בדין הישראלי. מערכת בתי-המשפט בישראל לוקה בבעיות דומות לאלה המאפיינות את המערכת בארצות-הברית, ובמיוחד בבעיית העומס.<sup>127</sup> המערכת המשפטית עשתה נסיונות רבים להתמודד עם בעיה זו עוד לפני הטמעת רעיונותיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם, אך הללו לא הובילו לשינויים מהותיים בדרך התנהלותה של השפיטה.<sup>128</sup> הדין הישראלי החל לקלוט ולהטמיע את עקרונותיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם החל בשנות התשעים של המאה העשרים, בתהליך שהתמקד בעיקר בהטמעת הליך הגישור ומיסודו בשיטת המשפט בארץ.<sup>129</sup> בדומה לתהליך שהתרחש בארצות-הברית ובמדינות נוספות, עם הטמעת רעיונותיה והליכיה של תנועת יישוב סכסוכים הולם

המשפט. להרחבה ראו: David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619 (1995).

127 רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות **העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם** (המרכז לניהול ומדיניות ציבורית, אוניברסיטת חיפה, 2007) [elyon1.court.gov.il/heb/haba/Courts\\_burden\\_Final\\_report\\_5.07.pdf](http://elyon1.court.gov.il/heb/haba/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf)

128 במהלך השנים הוקמו ועדות מספר שעסקו בסוגיה, כגון ועדת לנדוי לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי-המשפט, אשר פרסמה דוח בשנת 1980, וכן ועדת אור לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל, אשר פרסמה דוח בשנת 1997. מכוח המלצותיהן של הוועדות נעשו פעולות שונות, שאחת מהן הייתה הקמת המל"ס – המחלקה ליישוב סכסוכים בבתי-משפט השלום. מחלקה זו התפתחה אחר כך ליחידות המנ"ט – מחלקות לניתוב תיקים – שניתבו תיקים בדרכים שונות, לרבות בדרך של הפניה לגישור חיצוני לבית-המשפט. יחידות אלה פורקו אחר כך. פרויקטים נוספים מרכזיים היו מינוי עוזרים משפטיים לכל שופט ומחשוב בתי-המשפט. נציין כי בשנת 1999 פורסם דוח הוועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי. בדוח זה מצוין כי בכתיבת המלצותיה הסתייעה הוועדה בנשיא בדימוס של בית-המשפט הפדרלי לערעורים של האזור התשיעי בארצות-הברית (אזור שבו יושמו פרויקטים של שילוב הליכים ליישוב סכסוכים הולם) וכן בפרופ' סנדר (Sander) מאוניברסיטת הרווארד, הוגה הרעיון של בית-המשפט מרובה הדלתות ומכוננה של תנועת יישוב סכסוכים הולם. הדבר מעיד על השפעתם של רעיונות התנועה והטמעתם במערכת המשפט הישראלית תוך למידה מהניסיון האמריקאי. ראו **דוח ועדת רביכי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1. על הנסיונות השונים לטפל בבעיית העומס ראו גם קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 82.

129 תהליכי המיסוד כללו, בין היתר, יצירת חקיקה חדשה, היערכות מוסדית של בתי-המשפט, פיתוחן של הכשרות אקדמיות, הקמת ועדות מקצועיות, פתיחתם של מרכזי גישור ועוד. אלברשטיין **תורת הגישור**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 99–100.

בשיטת המשפט הישראלית החלה להתגבש בשיטה תרבות הסדרית.<sup>130</sup> כיום רווחת בארץ התנהלות שיפוטית המכוונת להבאת סכסוכים בין צדדים לידי פתרון מוסכם, ובכלל זה על-דרך הכרעה בפשרה בהסכמת הצדדים.

בשנת 1992 התקבל תיקון מס' 15 לחוק בתי-המשפט, אשר כלל חידושים אחדים, לרבות ההכרה בהליך הגישור לראשונה בחקיקה הישראלית.<sup>131</sup> חידוש נוסף ומשמעותי היה חקיקת סעיף 79א לחוק, שכותרתו "פשרה", אשר מסמיך שופט בעניין אזרחי, לאחר קבלת הסכמתם של בעלי-הדין, לפעול באחת משלוש דרכים: לפסוק בדרך של פשרה, להציע הסדר פשרה או לתת תוקף של פסק-דין להסדר פשרה שעשו הצדדים ביניהם.

חקיקה זו העניקה לשופט סמכות לנקוט התנהלות המכוונת לשפיטה הסדרית. נציב תלונות הציבור על שופטים השופט (בדימוס) גולדברג מציין, בנייר-עמדה מטעם הנציבות משנת 2010, כי "הצעות בית המשפט לצדדים להסכים להפעלת סעיף 79א הן דבר של יום יום".<sup>132</sup> למרות זאת, הדין הישראלי אינו כולל הנחיות ברורות בהתייחס לכל אחד מן הנתיבים האפשריים המנויים בסעיף 79א לחוק, ואינו מספק די כלים מעשיים רלוונטיים למימושה של השפיטה ההסדרית באופן איכותי ויעיל.

התנהלות שיפוטית הסדרית נוהגת כיום בארץ באופן מובהק בהליכי קדם-משפט. בשנת 1996 תוקנה תקנה 140 לתקנות סדר הדין האזרחי, ובה נקבעה סמכות להורות על עריכת פרוצדורה של קדם-משפט, אשר מטרתה "...לייעל את הדיון, לפשטו, לקצרו ולהחישו או... לברר אם יש מקום לפשרה בין בעלי הדין".<sup>133</sup> האפשרות לקיים דיון מקדמי המכוון לפעילות הסדרית, אשר מוגדרת על-פי-רוב כ"פשרה", נמצאת כיום בדברי חקיקה נוספים, כגון בסעיף 143א לחוק סדר הדין הפלילי, שיידון בהמשך.<sup>134</sup> המשנה לנשיא לויין כותב בספרו על תורת הפרוצדורה האזרחית כי קדם-המשפט משמש "גם מכשיר להשגת פשרה ובו מתבלט תפקידו של השופט שנועד לא רק להכריע בסכסוך במקרה המתאים אלא לנסות להסדיר בדרכי פשרה את המחלוקת, שלפעמים אינה משתקפת בכתבי הטענות, אך היא עומדת בלב לבם של חלוקי הדעות שבין בעלי

130 מירוני, במאמר משנת 1999, מציין כי כניסת הגישור לעולמו ולאולמו של השופט עשויה להיות "שינוי אסטרטגי", ולפיכך ראוי כי הנושא ייבחן במסגרת דיון ציבורי ובראיה מערכתית. מרדכי מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 29, 32 (1999).

131 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), התשנ"ב-1992, ס"ח 68, אשר הוסיף, בין היתר, את ס' 79א, ב, 79ג ו-79ד לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט או החוק).

132 עמדה 1/10 של נציבות תלונות הציבור על שופטים (25.3.2010) [index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Position110.pdf](http://index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Position110.pdf).

133 תק' 140 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (שתוקנה בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, ק"ת 932).

134 ס' 143א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ); תק' 258כז לתקנות סדר הדין האזרחי.

הדין".<sup>135</sup> אמירה זו משקפת את עמדתה של תנועת יישוב סכסוכים הולם שלפיה המחלוקת העולה מכתבי הטענות של הצדדים מגלמת רק רובד עליון של הסכסוך, ולפיכך הסתפקות בדיון בה בלבד מהווה ראייה צרה של הסכסוך, שאינה יורדת לרבדיו העמוקים יותר. כמו־כן יש כאן התייחסות מפורשת לתפקידו ההסדרי של השופט. אולם אין כאן תיאור כיצד על השופט להוציא את תפקידו זה לפועל, ומה בסמכותו לעשות כדי למלא את תפקידו בצורה ראויה.<sup>136</sup>

השופט המנוח אזור התייחס להתנהלות שיפוטית המכוונת ליצירת הסכמה בספרו על **קדם המשפט**, והעלה שאלות הנוגעות בהתנהלות זו: "עד כמה מותר לבית המשפט להשתתף בניהול משא ומתן לפשרה? האם רשאי הוא לשכנע, ועד כמה, או שעליו להימנע מכך ולהסתפק בעריכת בירור יסודי של המחלוקת, אשר ממנו ילמדו הצדדים על הפשרה הרצויה?"<sup>137</sup>

בן־נון וגבריאל, במאמרם העוסק בסעיף 79א לחוק, מציינים כי מטרתם של הצדדים המבקשים סיוע שיפוטי מכוח סעיף זה היא קבלת הכרעה על־סמך התרשמות השופט בדבר סיכויי התיק ושיקולי צדק והוגנות.<sup>138</sup> מאמר זה ומאמרים נוספים עסקו בסוגיה של מתן פסק־דין בפשרה מהיבטים שונים, אך המעיטו לעסוק בשאלת הדרכים הראויות לגיבושה של ההכרעה השיפוטית או ביכולת להמיר את אפשרות ההכרעה השיפוטית (הקבועה בסעיף 79א(א)) בהתנהלות שמקדמת הסדר בין הצדדים (המצויה בסעיף 79א(ב)).

בשנת 2004 ניתנה חוות־דעת של הנציבות, מפי הנציבה דאז השופטת (בדימוס) שטרסברג־כהן, שעניינה "הסדרת סכסוכים בפשרה או בפסק דין בדרך של פשרה".<sup>139</sup> שטרסברג־כהן עמדה על הבדל בין פשרה דיונית לפשרה מהותית: פשרה דיונית משמעה שמוענקת לשופט הסכמת הצדדים שהוא יכריע בסכסוך מבלי להיות כבול לדיני

135 שלמה לרין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 153 (1999).

136 אלרואי עומד על הבעיה של העדר הנחיות בנושא, ומציב שאלה: "אך מה על השופט לעשות באותה ישיבת פישור? כיצד עליו לכלכל את צעדיו ומה גבולות המותר והאסור, הרצוי והראוי לדחייה? כיום אין בנמצא כל הנחיות לשופט כיצד עליו לנהוג בבצעו את התפקיד היום־יומי של סיוע לצדדים בפשרה..." יורם אלרואי "הפישור השיפוטי והגישור" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 69, 68, 29 (1999).

137 עדי אזור **קדם המשפט** 23 (1999). מעניין שאזור מאזכר בספרו את מאמרה של רוניק בעניין "השופטים המנהלים" ואת חששותיה מפני ההתנהלות ההסדרית (Resnik, *Managerial Judges*), לעיל ה"ש 31). אזור מציין שאין במאמרה של רוניק כדי להציע פתרון לבעיית העומס שבית־המשפט, לרבות בית־המשפט הישראלי, מתמודד עימה. כמו־כן הוא מביע את דעתו כי היות שבארץ מתקיים פרוטוקול מלא והישיבה נערכת באולם פתוח, החששות המועלים במאמר הנוכח אינם מתעוררים בישראל. אזור, שם, בעמ' 64–65.

138 חמי בן־נון ועמוס גבריאל "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי־המשפט, התשמ"ד־1984" הפרקליט 257 (2002).

139 חוות־דעת 8/04 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "הסדרת סכסוכים בפשרה או בפסק דין בדרך של פשרה" (6.7.2004) [index.justice.gov.il/Units/NezivutShoffim/MainDocs/804.pdf](http://index.justice.gov.il/Units/NezivutShoffim/MainDocs/804.pdf) (להלן: חוות־דעת 8/04).

ראיות ולדין המהותי, ומבלי שהם עצמם יהיו שותפים לגיבוש תוכנו של ההסדר לגופו; פשרה מהותית, לעומת זאת, מבטאת הסכמה של צדדים לתוכנו של הסדר, אשר עשוי להיות מנוסח על-ידי הצדדים או מוצע על-ידי בית-המשפט. שטרסברג-כהן עומדת על חשיבותה של קבלת הסכמת הצדדים לשפיטה הסדרית זו בשני נתיביה – הכרעה על-סמך הערכה או גיבוש הסכמה. חוות-הדעת מסתיימת בהמלצה ובקריאה לשר המשפטים להתקין תקנות בדבר סדרי הדין שיחולו על הפעלת מתן פסק-דין בפשרה, אשר יכללו הנחיות בדבר היקפו ותוכנו של ההסבר שיינתן לבעלי-הדין לפני קבלת הסכמתם להפעלת דרך זו. תקנות אלה לא חוקקו עד היום.

השופט קליין, במאמר העוסק בשפיטה לפי 79א(א) לחוק, מציין כי חלה ירידה בשימוש באפשרות שיפוטית זו, היות שמתן הכרעה בפשרה מבוסס על הערכה ושיקולים שאינם גלויים לצדדים. על-כן ההליך יוצר לעיתים חוסר אמון מצד עורכי-הדין, אשר אינם יכולים להסביר ללקוחותיהם מדוע עליהם לשלם או לוותר על סכום מסוים. קליין מדגיש כי אין פסיקה מחייבת של בית-המשפט העליון או פסיקה מנחה של בתי-המשפט המחוזיים בנוגע לאופן חישובו המעשי של הסכום שייפסק בפסק-הדין, ומציע נוסחה לחישוב זה.<sup>140</sup>

יצוין כי הפניית תיקים להליך גישור דווקא זכתה בהסדרה. עוד בשנת 1993, מכוח סעיף 79ד(א) לחוק, הותקנו תקנות הגישור, העוסקות בחובות המגשר, בתנאים להפסקת ההליך ובנושאים נוספים.<sup>141</sup> יודגש כי קריאת דברי ההסבר להצעת החוק מעלה כי ביסודו של סעיף 79ג עמדה ההנחה כי הליך הגישור ייעשה מחוץ לכותלי בית-המשפט, משמע, על-ידי מגשר שאינו שופט.<sup>142</sup> הגדרת "המגשר" בחוק ובתקנות הגישור אומנם רחבה, אך הוראות הדין הקובעות הנחיות להתנהלות המגשר ביחס להליך ואל מול בית-המשפט מתייחסות למגשר כאל חיצוני לבית-המשפט. תקנות מינוי מגשר, אשר חוקקו בשנת 1996 ובוטלו אחר כך, יצאו מנקודת הנחה זוהי, וביקשו לקבוע רשימת מגשרים חיצוניים לבית-המשפט אשר תעמוד לרשות בתי-המשפט בבואם להפנות תיק להליך גישור.<sup>143</sup>

כללי האתיקה לשופטים מתייחסים לנושא "פשרה, גישור ובוררות" בסעיף הקובע שתי הנחיות בלבד. ההנחיה הראשונה מציינת כי שופט המציע פשרה או העברה של הסכסוך לבירור בהליך של גישור או בוררות לא יכפה את דעתו על בעלי-הדין, ויודא שבעלי-הדין יודעים כי אי-קבלת הצעתו לא תשפיע על הליכי הדיון שלפניו.

140 מנחם (מריו) קליין "הצעה לשימוש בנוסחה מדעית לצורך חישוב אריתמטי של פסק דין לפי סעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט" (2011) [www.nevo.co.il/books/%D7%A9%D7%95%D7%A0%D7%95%D7%AA/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8.%D7%99%D7%9D/klain-new.pdf](http://www.nevo.co.il/books/%D7%A9%D7%95%D7%A0%D7%95%D7%AA/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8.%D7%99%D7%9D/klain-new.pdf)

141 תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993.

142 דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 29) (הוראות לענין גישור), התשס"א-2001, ה"ח 592: "מטרת החוק היתה לסלול דרך חדשה, לצד הבוררות והפשרה, ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט."

143 תקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים), התשנ"ו-1996.

## ההוראה השנייה מציינת:

13" (ב) בהתנהל שיגרושיח לפשרה יסייע שופט בידי בעלי הדין, ובלבד שהדבר ייעשה תוך שמירת כבודו של בית המשפט.<sup>144</sup>

סעיף 13 בלכללי האתיקה הנזכרים קבע בנוסחו המקורי כי "בהמליצו על פשרה לא יכפה שופט את דעתו על בעלי הדין, ואף לא ייצור מראית פנים של כפיה. שופט יקפיד על-כך שהצעתו לא תביא למקח וממכר או למשא-ומתן מתמשך שאינם לכבודו של בית המשפט".<sup>145</sup> נוסח זה כלל לראשונה התייחסות לתפקיד השיפוטי ההסדרי ולנושא הדיון השיפוטי המתנהל במטרה הסדרית. אולם גם לאחר העדכון של נוסח הסעיף (השמטת הביטוי "מקח וממכר") וקביעתו בכללי האתיקה הנוכחיים לשופטים, בשנת 2007, נותר נוסח הסעיף ערטילאי ולא-נהיר. לא ברור מהם הגבולות התוחמים את "כבודו של בית-המשפט", ואיזו התנהלות נכללת בגדר הסיוע האפשרי.<sup>146</sup>

מן האמור לעיל עולה כי הדין הישראלי מעניק מסגרת חוקית לשפיטה הסדרית, אך בניסוח כללי. הדין אינו כולל הליך ייחודי להפעלתה של שפיטה הסדרית במערכת בתי-המשפט בישראל, ואין בו הנחיות מפורטות לגבי התנהלות שיפוטית הסדרית ראויה.

## 2. תרבות הסדרית בשיטת המשפט בארץ וביטוייה במערכת בתי-המשפט

השפיטה הסדרית המתנהלת כיום בארץ נערכת במגמה כוללת של תרבות הסדרית. הפסיקה הישראלית התמודדה פעמים רבות עם בקשה לפסילת שופט מלהמשיך לדרך בתובענה עקב נסיונות הסדריים שעשה השופט בעת ניהולה.<sup>147</sup> נסיונות אלה נתפסו על-ידי המתדיין שהגיש את הבקשה כעולים כדי משוא-פנים וכמצדיקים את פסילת השופט מליתן הכרעה בתיק. בית-המשפט חזר וחיזק את ידי השופטים תוך הבעת תמיכה בהתנהלות ההסדרית. נציין להלן דוגמה מפי הנשיא ברק:

"בית-המשפט מנסה לפשר בין הצדדים המופיעים בפניו כדבר שבשיגרה. פשרה ראויה עשויה להיטיב עם שני הצדדים, לחסוך מזמנם וממשאביהם ולסייע לניצול יעיל יותר של המשאבים השיפוטיים. מטבע הדברים, מציג בית-המשפט בפני הצדדים, מכוח מעמדו, בקיאותו וניסיונו, את תמונת הדברים הלכאורית כהווייתה, כפי שהיא נתפסת מנקודת מבטו ולא מנקודת מבטו של מי מן הצדדים

144 כללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007.

145 כלל ד' 11 לכללי אתיקה שיפוטית, התשנ"ג-1993.

146 אלרואי התייחס במאמרו לסעיף זה בנוסחו הקודם, וציין כי "קשה לראות בכלל זה קוד אתי לפישור השיפוטי, וספק אם האמור בכלל זה באשר ל'מקח וממכר' נשמר בקפדנות בכל בתי המשפט". אלרואי, לעיל ה"ש 136, בעמ' 70.

147 יגאל מרזל דיני פסלות שופט 178-180 (2006).

המעורבים... נקיטת גישה דווקנית יתר על המידה (בין באשר לתוכן הדברים ובין באשר להיקפם) תשלול מבית־המשפט את יכולתו לפעול להסדרת הסכסוך שבפניו במהירות וביעילות ותמנע מן הצדדים את סיועו של בית־המשפט בניסיונם להגיע לידי פתרון מוסכם.<sup>148</sup>

תמיכה בהתנהלות ההסדרית, תוך קריאה להסדרתה הראויה, הובעה גם מטעם הנציבות. בחוות־דעת של הנציבות שעסקה בהסדרת סכסוכים בפשרה<sup>149</sup> מציינת שטרסברג־כהן כי הסדרת סכסוכים בפשרה או בפסק־דין בדרך של פשרה היא דרך ראויה ומבורכת המשרתת תכליות חשובות. עם תכליות אלה היא מונה תכליות מערכתיות, כגון חיסכון בזמן שיפוטי והפחתת עומס, וכן תכליות אישיות של המתדיין, בדמות שליטה בתוצאות הסכסוך וסיפוק מכך שניתנת לו האפשרות להביא את רצונו לידי מימוש, ולו באופן חלקי. הנציבה מפרטת כי ביסוד ההתנהלות ההסדרית צריכה לעמוד הסכמת המתדיינים מרצון חופשי ומדעת. הסכמה מרצון חופשי משמעה הסכמה שניתנה ללא לחץ או כפייה מצד בית־המשפט, והסכמה מדעת משמעה הבנה של הדרך הדיונית המוצעת ושל משמעות תוצאותיה.

דוחות שנתיים של הנציבות אשר דנו, בין היתר, בתלונות שונות שהגיש הציבור בגין התנהלות שיפוטית בעת ניהול הליכי שפיטה מעידים אף הם על התנהלות הסדרית רווחת בשיטה – וזאת אפילו בשלבים מתקדמים של ניהול תיקים, ולא רק במסגרת קדם־משפט – ועל קיומה של שפיטה הסדרית בערכאות שונות ובסוגי בתי־משפט שונים.<sup>150</sup> התרבות ההסדרית רואה כאמור בגיבוש פתרון מוסכם למחלוקת משום יעד עדיף על מתן הכרעה בסכסוך. נקודת־מבט זו עולה ממאמרים ומפרסומים שונים של שופטים. כך, בהתייחסויות שונות הדגיש הנשיא ברק את הערך החברתי הטמון בניהול סכסוכים בדרך שיתופית וביצירת הסכמות. ברק מבהיר, בהתייחס להטמעת הליך הגישור במשפט הישראלי, כי "הצורך בגישור קיים, גם אם בתי המשפט אינם עמוסים וזמנם בידם. 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".<sup>151</sup> דברים אלה מבטאים את גישתה של תנועת יישוב סכסוכים הולם לעניין האיכות הטמונה בגיבוש פתרון בדרך שיתופית והסכמית, על היתרונות המושגים בדרך זו לפרט ולחברה, להבדיל מתפיסה מנהלתית המוגבלת ליעילות ולהפחתת עומס.

148 ע"א 3867/98 אשד נ' רקורד תעשיות תוכנה בע"מ, פ"ד נב(4) 650, 653 (1998).

149 חוות־דעת 8/04, לעיל ה"ש 139.

150 ראו, לדוגמה, נציבות תלונות הציבור על שופטים **דין וחשבון שנתי לשנת 2009** 48 (תיק 492/09) index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/news/Documents/Doch2009.pdf (להלן: תיק 492/09 של נציבות תלונות הציבור על שופטים); נציבות תלונות הציבור על שופטים **דין וחשבון שנתי לשנת 2007** 87 (2008) index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Report2007-01.pdf.

151 ברק, לעיל ה"ש 26, בעמ' 10.

השופט וירט-ליבנה, בחיבורה המקיף בנושא השימוש בהליך הגישור בבתי-הדין לעבודה בארץ, טוענת כי על מערכת בתי-המשפט להציע למתדיינים קשת של דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים, ומוסיפה על כך את העדפתה לדרך השיתופית:

"הנני תקווה כי עם הזמן אכן נראה זאת כדרך חיים' לחפש תחילה את הדרך האלטרנטיבית ליישוב סכסוך עוד בטרם מוגשת תובענה בפני הערכאה השיפוטית, וגם אם תוגש תביעה, הצדדים יכירו בכך שכל דרך שתביא להסכמה בין הצדדים עדיפה על פתרון בדרך של פסק דין שיש בו כפיה על צד זה או אחר."<sup>152</sup>

תמיכה בשפיטה הסדרית באה לידי ביטוי בולט גם בדבריהם של שופטים מכהנים במסגרת כנסים וימי-עיון שונים.<sup>153</sup> היקפה הרחב של התרבות ההסדרית בשיטת המשפט שלנו וביטוייה של השפיטה ההסדרית במערכת בתי-המשפט הישראלית נלמדים גם מנתונים מספריים שהמערכת מציגה ומפרויקטים שונים המתקיימים בבתי-המשפט. בראשית שנת 2013 פרסמה מחלקת המחקר של הרשות השופטת נתונים לגבי עומס העבודה השיפוטי המוטל על-ידי תיקים מסוגים שונים במערכת המשפט.<sup>154</sup> המחקר ערך הבחנה בין "כתיבת פסק-דין לאחר מחלוקת" לבין "כתיבת החלטה שיפוטית סוגרת שאינה פסק-דין דוגמת אישור פשרות". ניתן להבין מכך כי המושג "כתיבת פסק-דין"

152 ורדה וירט-ליבנה "הגישור בבתי הדין לעבודה" **שערי משפט** ג 89, 109 (2002).  
 153 כדוגמה מייצגת תובא להלן עמדתה של השופטת ד"ר דפנה אבניאלי. בעת כהונתה כשופטת שלום, נשאה השופטת אבניאלי הרצאה בכנס שערכה לשכת עורכי-הדין בתל-אביב (דפנה אבניאלי "השופט כמיישב סכסוכים בהיכל המשפט" (הרצאה בכנס לשכת עורכי-הדין, תל-אביב, 28.6.2006)). אבניאלי הבהירה כי לדעתה, גם לאחר השלב של קריאת התצהירים ושמיעת הטיעונים יש מקום לבחון את האפשרות להשיג הסדר בין צדדים. על-פי פרשנותה, נוסחו של ס' 79 לחוק בתי-המשפט אינו מונע שופט מלנסות לקיים "הליך גישור" בתיק שהובא לפניו לשפיטה. פסיקה בפשרה לפי ס' 79 א היא אומנם אפשרות קיימת, אך שביעות-רצון הצדדים מתוצאותיה של פסיקה זו אינה גבוהה, לדבריה. אבניאלי פירטה כי היות שהפרוטוקולים בהליך קדם-המשפט אינם משקפים אם היה ניסיון קודם להשיג הסכמה בין הצדדים, היא נוהגת לברר אם נעשה ניסיון כזה. הברור נעשה מול עורכי-הדין של הצדדים, ולא מול הצדדים עצמם. אבניאלי העידה על עצמה כי היא מנהלת "גישור שיפוטי", ומנסה לעשות כן בתיקים רבים המובאים לפניה. לדעתה, הצלחה בהשגת הסדר תלויה בכמה גורמים. עם גורמים אלה נמנים נכונותם של הצדדים "לצאת מן החפירות", דהיינו, לזוז מעמדותיהם ומן הדרך שבה הם רואים את הסכסוך ופתרונו; קיום רצון כן ואמיתי של הצדדים להידבר; רצון לשמור על יחסים עסקיים; וכן סוג הסכסוך (רוב ההצלחות נרשמות בתיקי נזיקין). על עמדתה זו, בשילוב דוגמות מנסיינה בתחום מתקופת כהונתה הנוכחית כשופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, חזרה אבניאלי במושב בנושא יישוב סכסוכים שנערך במסגרת הכנס השנתי של לשכת עורכי-הדין באילת (דפנה אבניאלי "הרצאה בפאנל שנושא: על גישור, משפט בשיתוף פעולה, שפיטה הסדרית ועוד" (כנס לשכת עורכי-הדין, אילת, 29.5.2013)).

154 "מחקר משקלות תיקים", לעיל ה"ש 2.

מתייחס לכתיבה של פסק-דין מנומק ומפורט, המאפיין כאמור הליך אדוורסרי קלסי, להבדיל מפסק-דין הניתן במסגרת החלטה שיפוטית המכונה במחקר "החלטה סוגרת", במתכונת שתוארה לעיל כמאפיינת הליך שפיטה הסדרי. המחקר מעלה כי מבלי להתחשב בהליכי מעצרים, רק כ-15% מכלל תיקי בית-המשפט מסתיימים בפסק-דין שניתן לאחר מחלוקת. שיעור התיקים המסתיימים בכתיבת פסק-דין בערכאת השלום עומד על 12% בלבד (משמע, תופעת המשפט הנמוג נוכחת בבירור במשפט הישראלי).<sup>155</sup> על-פי המחקר, שיעור התיקים המסתיימים בהסדר פשרה גבוה משיעור התיקים המסתיימים בהכרעה בפשרה. תוצאות המחקר מעידות אפוא כי ברוב סוגי התיקים המתבררים כיום במערכת בתי-המשפט בישראל שיעור התיקים המסתיימים בהסדר (פשרה) גבוה משיעור התיקים המסתיימים בפסק-דין (הכרעה) לאחר דיון אדוורסרי רב-שלבי).

ממצאים מעניינים נוספים לענייננו העולים מן המחקר האמור הם שכתובת פסק-דין לאחר מחלוקת היא הצורכת את מירב הזמן השיפוטי, וכי בכתיבת המשפט לענייני משפחה ובבתי-הדין האזוריים לעבודה מושקע זמן שיפוטי רב יותר בקידום פשרות מאשר בהליכים פליליים ואזרחיים הנוכחים בבתי-משפט השלום ובבתי-משפט מחוזיים.<sup>156</sup> הדוגמות לשפיטה הסדרית המתקיימת במערכת הינן רבות, ולהלן אציין רק ספורות מביניהן. פרויקט הסדרי אחד נלמד מהחלטה עדכנית של נציב תלונות הציבור על שופטים, השופט (בדימוס) ריבלין, אשר מפאת חשיבותה פורסמה באתר הנציבות.<sup>157</sup> ההחלטה עוסקת במקרה שבו נוהלו הליכים שכוננו "הליכי גישור" לפני שופטת בית-המשפט לענייני משפחה באזור המרכז. במסגרת ישיבות שהתקיימו בהליך הנזכר לעיל נחתם הסכם בין הצדדים, אשר השופטת, מכוח מעמדה כשופטת, נתנה לו תוקף של פסק-דין. בהסכם נקבע, בין היתר, כי כל מחלוקת שתתגלה בעתיד בנוגע להסכם תובא לבירור לפני המותב שאישר את ההסכם, דהיינו, לפני השופטת עצמה. החלטת הנציבות מפרטת כי הנציב פנה אל השופטת לקבלת תגובתה בכמה נושאים, בין היתר בנוגע למקור סמכותה לשמש "מגשרת" בתיק. בתגובה מסרה השופטת כי במהלך חודש ינואר 2012 החלה לפעול בבתי-המשפט לענייני משפחה במחוז מרכז תוכנית חדשה – שקיבלה גיבוי והכרה ממנהל בתי-המשפט דאז ומנשיאת המחוז – שלפיה שופטים בדימוס יועסקו בעריכת "הליכי גישור" בתובענות. כמו-כן מתקיים פרויקט, המכונה "גישור צולב", שבו חלק משופטי המשפחה הוותיקים המכהנים במחוז מגשרים בתיקים של שופטים אחרים באותו מחוז. העברת התיקים ל"הליך הגישור" לפני השופטים שנבחרו לפרויקט נעשית לאחר קבלת הסכמתם של הצדדים, ומתוך רשימות תיקים שהוכנו לבקשת שופטי המשפחה. יצוין כי עמדת הנציב בנושא זה, כפי שהובעה

155 שם, בעמ' 2-3.

156 שם.

157 החלטה 187/14/משפחה של נציבות תלונות הציבור על שופטים "תמצית החלטה – הליכי גישור לפני שופט בבית המשפט לענייני משפחה" (23.7.2014) [index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Decisions1.pdf](http://index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Decisions1.pdf) (להלן: החלטה 187/14/משפחה של הנציבות).



בהחלטתו באותו עניין, היא כי נעשה כאן טשטוש גבולות בין גישור לשפיטה, וכי על המערכת לשקול מחדש את המשכה של "תוכנית גישור" זו.

פרויקט אחר של שפיטה הסדרית מתקיים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בתחום הפלילי. החל בשנת 2010 מתקיימים בערכאה זו הליכים המכונים "גישור פלילי". במסגרת הפרויקט מוצע לנאשם, בכפוף לתנאים מסוימים שיפורטו להלן, להשתתף בהליך שיערך לפני שופט מכהן שאינו השופט שלפניו מתבררת התובענה, ואשר בו תיבחן האפשרות לגבש הסדר בין התביעה להגנה. יודגש כי מדובר בפרויקט שמתקיים גם לגבי עברות מדרגה חמורה ביותר, לרבות אונס ושוד. הפרויקט מתקיים בהסתמך על פרשנות של סעיף 143א לחסד"פ, העוסק בדיון מקדמי. הסעיף קובע כי בית-המשפט רשאי לקיים דיון מקדמי בכתב אישום, מתוך מטרה לבחון את האפשרות לצמצום המחלוקת העובדתית או המשפטית, לייתר שמיעת ראיות, ולהוביל לסיום הדיון במסגרת הדיון המקדמי.<sup>158</sup>

התנאים לקיום ההליך הנזכר כוללים הסכמה של הנאשם ושל התביעה, וכן ייצוג של הנאשם על-ידי סגור. תנאי נוסף מצוין בסעיף 143א(ז) לחסד"פ, הקובע כי כאשר מדובר בעברת מין או בעברת אלימות חמורה, יש לברר אם קוימו הוראות חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, לענין זכותו של הנפגע להביע את עמדתו ביחס להסדר-הטיעון עם הנאשם. בדיון המקדמי השופט רשאי, בהסכמתם של בעלי-הדין, לעיין בכל חומר החקירה ובכל חומר שנאסף או נרשם על-ידי הרשות ועל-ידי ההגנה. סעיף 143א(ו) לחסד"פ מציין כי פרוטוקול הדיון המקדמי לא יועבר לעיון השופט העשוי לדון בכתב האישום (אם לא יושג הסדר בין הצדדים), ולא ישמש ראיה בכל הליך משפטי אחר, למעט ערעור על פסק-הדין שניתן בדיון המקדמי, וזאת בהסכמתם של בעלי-הדין. הליכי הגישור הפלילי מתרחשים באופן סדיר, ותוך שימוש באולם בית-המשפט. ההליכים חסויים, ומתקיימות בהם גם ישיבות נפרדות עם כל צד. לעיתים נפגעי העבירה מבקשים להביע את דעתם ישירות לפני השופט המנהל את ההליך, ושמיעתם נעשית במסגרת הליך זה. אולם פסק-דין פלוני שניתן זה עתה בבית-המשפט העליון קבע כי לנפגע עבירה לא קמה זכות להיות נוכח בהליך הגישור הפלילי המתואר.<sup>159</sup> עד כה נסגרו בדרך זו כמה עשרות תיקים פליליים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו. ברוב המקרים דובר בתיקים ששמיעתם על-ידי המותב טרם החלה, אך הפרויקט מאפשר להעביר תיקים לבירור בדרך של שפיטה הסדרית כזו בכל שלב של בירור התיק לפני המותב.

ההסדרים המתגבשים בפרויקט הנזכר עשויים להיות מגוונים, החל בתיקון כתב האישום וכלה בעונש שנגזר. התייחסות מיוחדת נעשית לפיצויו של נפגע העבירה.

158 ס' 143א(ב)2-143א(ב)4 לחסד"פ.

159 ע"פ 8417/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.4.2014). בית-המשפט קבע כי במישור המהותי הליך הגישור הפלילי שונה מ"דיון פלילי", ועל-כן אי-שיתופו של נפגע העבירה אינו פוגע בעקרון פומביות הדיון, וכי במישור הסטטוטורי הוראות ס' 15 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, אינן מקימות לנפגע העבירה זכות להיות נוכח בהליכי גישור פלילי.

ההסדרים המתגבשים בפרויקט המתואר כפופים גם הם למגבלת הסכום שבית-המשפט רשאי לחייב אדם שהורשע לשלם לאדם שניזוק על-ידיו.<sup>160</sup> ההסדרים מאפשרים ליצור מנגנון לתשלום מעשי ויעיל של הסכום המדובר, כגון על-דרך תשלומים. היה אם מדובר בעברה שניתן ליתן בגינה פסק-דין בדין יחיד, השופט המנהל את ההליך יכול ליתן תוקף של פסק-דין להסדר שהוא עצמו סייע בגיבושו. לעומת זאת, אם מדובר בעברה שמחייבת סמכות של הרכב, אזי ההסדר שגובש מובא לפני ההרכב הנדרש, ולהרכב נשמרת סמכות מלאה לא לקבלו.

ההליך המדובר מתקיים בבתי-משפט נוספים, וזכה כבר בגיבויו של בית-המשפט העליון במסגרת כמה פסקי-דין שעסקו בסוגיות שונות הקשורות להליך, ובעיקר להיקף החיסיון החל עליו.<sup>161</sup> בפסק-דין פלוני מתאר בית-המשפט את ההליך כ"הידברות בין המאשימה (המדינה) לבין הנאשם, בתיווכו של מגשר, במטרה לצמצם את הפערים לקראת גיבוש הסדר טיעון. המגשר מקבל את חומר הראיות לעיונו, שומע את הטענות בעל פה, ומציע לצדדים להגיע להסכמות קונקרטיות".<sup>162</sup> תיאור זה של ההליך ההסדרי נוטה למודל הצר ולהדגשת היעילות. אכן, בהמשכו של אותו פסק-דין קובע בית-המשפט כי נוכחות כפויה של נפגע העברה בהליך עלולה לסכל את "הגשמת תכליתו של הגישור הפלילי: חתירה יעילה להשגת הסדר טיעון".<sup>163</sup>

בית-המשפט מבהיר בפסק-דין פלוני כי אומנם "אין מתכונת אחידה להליכי הגישור הפלילי, והוא מתנהל על פי שיקול דעתו של השופט המגשר", אך יש עם זאת חמישה יסודות המשותפים לעריכתו במסגרת בתי-המשפט השונים: (א) הסכמת הצדדים להשתתפות בהליך; (ב) עריכת הפרדה בין הגישור לבין יתר ההליכים בתיק העיקרי, במובן של היותו חסוי מפני המותב העשוי לדון בתיק העיקרי; (ג) אי-כפיפות לסדרי הדין והעדר חובה לנהל פרוטוקול; (ד) ניהול ההליך על-ידי שופט מכהן או שופט בדימוס; (ה) כלל הפרדה שמכוחו השופט המגשר לא יוכל לדון בהליך אם התיק לא יסתיים בהסדר.<sup>164</sup>

ההליך המתואר ניתן לאפיון כהליך של שפיטה הסדרית הנבדל מהליך מקובל של "הסדר-טיעון". גיבוש הסדר-טיעון נערך בין התביעה להגנה, מחוץ לכותלי בית-המשפט, וההסדר שהתגבש במסגרתו מוגש לאישור בית-המשפט.<sup>165</sup> לעומת זאת, הליך השפיטה ההסדרי המתקיים במסגרת הפרויקט המתואר מנוהל על-ידי השופט ונערך בין כותלי בית-המשפט. התפקיד השיפוטי ההסדרי הוא העומד ביסוד גיבושו של ההסדר

160 ס' 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע כיום סכום של עד 258,000 ש"ח.  
 161 בש"פ 2219/11 מדינת ישראל נ' בן אור (פורסם בנבו, 7.4.2011); ע"פ 6508/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 5-9 לפסק-דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 13.9.2006); ע"פ 723/10 קסטל נ' מדינת ישראל, פס' ח-י לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.5.2010).  
 162 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 159, פס' 5 לפסק-דינו של השופט הנדל.  
 163 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט הנדל.  
 164 שם, פס' 5 לפסק-דינו של השופט הנדל.  
 165 על הסדר-טיעון בישראל ראו, לדוגמה, אורן גזל-איל "הסדרי טיעון והסדרים על דיון מקוצר" **הסניגור** 95, 28 (2005).

בתיק. בהתאם לכך, ההזדמנות הטמונה בהליך היא רחבה יותר. יישום ההליך במתכונת של שפיטה הסדרית במודל הרחב עשוי להביא לידי מימוש תפיסה רחבה של תפקיד השופט כמיישב סכסוך, ולהניב להליך רווחים נוספים לצד קידומה של היעילות ההליכית. אחד הרווחים הללו הוא מתן מקום לשמיעת הנפגעים באופן העונה בצורה מעמיקה יותר על צורכיהם. שמיעתם במסגרת שפיטה טיפולית עשויה לסייע בהעצמתם, ואולי לקדם אצלם תהליך של החזרת הביטחון והשליטה בחייהם ותחילת איחוי הפגיעה שחוו. אצל הנאשם שפיטה טיפולית עשויה לסייע ביצירת הבנה של חומרת המעשה ושל השלכותיו הפוגעניות. היא עשויה לדרבן את הפוגע ליטול אחריות למעשה שעשה, ואולי אף ליצור אצלו הנגיעה לשינוי התנהגות ולהתחלת תהליך של שיקום.<sup>166</sup> מן האמור לעיל בפרק זה, לרבות מן הדוגמות שהובאו ביחס להליכי שפיטה הסדריים הנוהגים במערכת בתי המשפט בארץ, עולה החשיבות של הארת תופעת השפיטה הסדרית במשפט הישראלי. התבוננות על תופעה זו ראוי שתיערך תוך התייחסות לשיח הביקורתי הקיים בעניינה, ותוך למידת דרכים העשויות לחזק את יתרונותיה של שפיטה זו, לממש את הפוטנציאל הגלום בה ולהפחית את החששות שהיא מעוררת.

### 3. הצורך בהסדרת השפיטה הסדרית בישראל

שפיטה הסדרית רווחת כיום בכל ערכאות בתי המשפט בישראל, בכל סוגי בתי המשפט ובכל סוגי התובענות. דיון ענייני בשפיטה זו בהקשר הישראלי אינו יכול עוד לעסוק בשאלה אם יש מקום לקיומה במערכת בתי המשפט בישראל אם לא, אלא עליו לבחון את השאלה כיצד ניתן להפעילה בארץ באופן איכותי ויעיל, דהיינו, באופן שיסייע למערכת בתי המשפט ולשיטת המשפט בארץ ליהנות מיתרונותיה של שפיטה הסדרית, ובו־בזמן יקטין את החששות שהיא מעוררת ואת הבעיות שהיא יוצרת. המצב הקיים כיום בארץ בתחום הינו בעייתי וראוי להתייחסות. ראשית, למרות ריבוי הפעילות השיפוטית הנעשית בדרך זו, השפיטה הסדרית אינה מוסדרת בדין הישראלי בצורה מפורשת המעניקה סמכות ברורה לקיומה. פרויקטים שונים המתקיימים בבתי המשפט נסמכים על פרשנות רחבה של נורמות המציינות באופן כללי אפשרות של עריכת דיון מקדמי או השגת פשרות. כך, לדוגמה, סעיף 143א לחסד"פ אינו מציין

166 על הליך של ועידת הסדר בפלילים והצעה לשלב בו תכנים טיפוליים, באמצעות מנגנון של קביעת העונש בדרך של בחירה שיפוטית הלקוחה מהליך הבוררות במודל "ההצעה האחרונה הטובה ביותר" (מודל שבו בוחרים פתרון בתהליך חוזר של הצעת פתרונות על-ידי הצדדים, המוביל בסופו של דבר להצעות חוקיות, הוגנות והולמות הקרובות זו לזו), ראו: 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. 843 (2013).

באופן מפורש אפשרות של קיום הליך המוגדר כגישור פלילי, לרבות האפשרות לקיים במסגרתו פגישות נפרדות עם כל אחד מהצדדים.

**שנית**, אין פרסום שיטתי ומוסדר של מידע על פרויקטים הסדריים המתקיימים במערכת בתי-המשפט. כאשר מידע זה צף על פני השטח – למשל, כתולדה של הליכי ערעור או הגשת תלונה לנציבות תלונות הציבור על שופטים – עולות תהיות, שלא לומר התנגדויות, מצד המערכת באשר לקיומם של פרויקטים אלה. כך, לדוגמה, חוות-הדעת של הנציבות בעניין פרויקט "הגישור הצולב" הנוהג במחוז מרכז<sup>167</sup> מאזכרת פנייה קודמת של הנציבות אל נשיא בית-המשפט העליון, שבה הביע הנציב את ספקותיו לגבי חוקיותה של התוכנית. חוות-הדעת מאזכרת גם את פסק-הדין של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ אמיר,<sup>168</sup> שבו נאמר כי "ערכאות השיפוט למיניהן לא הוסמכו על פי הדין בהסמכה כללית לזון ולהכריע מכח הסכמת הצדדים בעניינים שאינם כלולים במסגרת סמכותם העניינית, בין כבוררים ובין בדרך אחרת".<sup>169</sup> ובמקום אחר באותו פסק-דין נאמר כי "יש לשמור ולהגן מפני טשטוש גבולות בין מערכות השיפוט הממלכתיות לבין מערכות ההכרעה החלופיות, הבנויות על הסכמת הצדדים".<sup>170</sup>

**שלישית**, הדין הישראלי אינו קובע מערכת סדורה של כללים מחייבים – או לפחות מנחים – להתנהלות הסדרית ראויה. כללי התנהלות ניתנים ללמידה מקריאת פסיקה או החלטות של הנציבות, אך הללו אינן מופיעות כרשימה סדורה, ומוגבלות מטבע הדברים למקרים הספציפיים שבהם עסקו. מצב זה יוצר אי-אחידות מערכתית, בעייתיות מבחינת ההגינות ההליכית ובעייתיות מבחינת האחריות המערכתית.

נושא רלוונטי במיוחד בהקשר זה הוא הסמכות לערוך פגישות נפרדות עם כל צד במסגרת ההתנהלות ההסדרית. חוות-הדעת של הנציבות שניתנה בשנת 2007 עסקה בסוגיה זו לנוכח תלונות חוזרות ונשנות שהוגשו לנציבות בגין התנהלות שיפוטית זו. חוות-הדעת מפי הנציבה שטרסברג-כהן קבעה כי בית-המשפט אינו מוסמך לקיים פגישה נפרדת עם מי מבעלי-הדין במטרה ליישב סכסוך שלפניו, אפילו נתנו בעלי-הדין את הסכמתם לכך ואף היו מיוצגים.<sup>171</sup> נראה כי על-מנת לאפשר התנהלות כזו במסגרת הליכים המכונים "גישור שיפוטי", יש לקבוע הנחיות ברורות המבחינות בין הליך מוגדר של שפיטה הסדרית, דוגמת "הגישור הפלילי" הנזכר, לבין התנהלות הסדרית רווחת בעת ניהול הליך קדם-משפט, לדוגמה.

דוגמה אחרת עולה מפסק-דין שניתן לאחרונה בנוגע לבקשה לפסילת שופט שמקורה בהתנהלות שיפוטית הסדרית. בקשת הפסילה התבקשה בגין כמה טעמים

167 לעיל ה"ש 157.

168 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).

169 שם, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

170 שם, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

171 חוות-הדעת 9/07 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "האם ביהמ"ש רשאי לקיים פגישה נפרדת עם בעלי דין במסגרת ניסיון ליישוב הסכסוך בהסכמה?" (30.7.2007) [index.justice.gov.il/ \(30.7.2007\)](http://index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/907.pdf)

הנוגעים בנסיבות שבהן נתן שופט בית-המשפט לענייני משפחה בירושלים הצעה כוללת לסיום סכסוך בין צדדים. בית-המשפט העליון, מפי הנשיא גרוניס, מציין כי כוונתו של השופט הייתה טובה וראויה אך הובילה לאקטיביות יתרה מטעמו, וכי על בית-המשפט חלות מגבלות בשעה שהוא חותר להביא סכסוך רחב לידי סיום. הנסיבות המהוות לדעת גרוניס פריצה של גדר המגבלות, כפי שניתן להבין מדבריו, הן העובדה שלא כל המעורבים בסכסוך היו נוכחים בשעה שניתנה הצעת בית-המשפט, והתקשורת המילולית שהתקיימה בין השופט לבין אחד מבעלי-הדין במסדרון שמחוץ לאולם בית-המשפט.<sup>172</sup>

**טעם רביעי** לצורך בהסדרה טמון ביכולת להעשיר את השפיטה הרווחת ולאפשר הנאה מרווחים של איכות נוסף על יעילות ההליכים. העשרה זו יכולה להיעשות באמצעות יישום שפיטה הסדרית במודל רחב. התייחסות בראי המודל הצר לפרויקטים של "הגישור השיפוטי" ו"הגישור הפלילי" שנזכרו לעיל תעמוד על יעילותם של ההליכים: היא תצביע על השגת ערכי יעילות מבחינת כל הצדדים, אשר זוכים לקבל תוצאה מהירה ומוסכמת המביאה בחשבון סיכויים וסיכונים בניהול התובענה, לרבות חוזקן של הראיות; בהליך הפלילי היא תצביע אף על יעילות אפשרית נוספת מבחינת נפגע העברה, אשר יכול לקבל פיצוי ללא צורך בפתיחת הליך נוסף; ובצד אלה היא תצביע על התרומה ליעילות המערכתית עקב הפחתת העומס הרובץ על בית-המשפט והותרת זמן שיפוטי נאות למקרים שבהם נדרש בירור בהליך שיפוטי קלסי. התייחסות לפרויקטים בראי המודל הרחב, לעומת זאת, תעמוד על כך שחשוב – ואולי אף צריך – ליישם בהם שפיטה במודל של פתרון בעיות. שפיטה במודל זה עשויה להשיא רווחים קישוריים בדמות שמירה על מערכת היחסים בין הצדדים, רווחים רגשיים ועוד. במסגרת הליך "הגישור הפלילי" שפיטה זו עשויה לסייע, כאמור, גם במתן התייחסות תומכת לנפגעי העברה, ואף בהתחלת התהליך של שיקום הנאשם.

**חמישית**, יתרונה של הסדרה טמון גם באפשרות ליצור הכשרות ייעודיות לשופטים שיהיו רחבות מההכשרה המקובלת של קורס גישור. המצב הקיים הוא שמתודות איכותיות ויעילות לגיבוש הסכמים אינן נלמדות באופן מקצועי וישיר על-ידי השופטים העוסקים במלאכת גיבושם של הסכמים, ולא מתאפשרת התמחות בנושא. השפיטה ההסדרית מתנהלת על-פי מיטב הבנתו ונסיונו של השופט המכהן. הבנה וניסיון אלה הינם יקרים וחשובים, אך חיסרון רב טמון בהעדר העברת מידע באופן מאורגן ומסודר משופטים בעלי ותק לשופטים בראשית דרכם או מן המחקר האקדמי למערכת בת-המשפט.

172 ע"א 1194/13 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.4.2013). בנסיבות העניין עלו גם נושאים נוספים, כגון העובדה שהדין בהליך הוגבל לנושא מסוים והתנהל רק בין חלק מכלל הצדדים הרלוונטיים לסכסוך. אילו התקיים בנסיבות העניין הליך מוסדר של ועידת הסדר, היה אפשר לערב בו את כלל הצדדים ולדון באופן ענייני בכלל היבטי הסכסוך. ניתן להניח כי בנסיבות אלה לא הייתה הצעת השופט – שהתייחסה לכלל הסכסוך והמעורבים בו – מעוררת את ההתנגדות שהובילה לבקשת הפסילה כאן.

דוחות שנתיים של נציבות תלונות הציבור על שופטים כוללים סעיף המתייחס לקטגוריה של "הפעלת לחץ בלתי ראוי לפשרה". קריאתם מעידה על טקטיקות שונות ששופטים נוקטים במסגרת פעילותם ההסדרית אשר נמצאו בלתי-הולמות על-ידי הנציבות. טקטיקות אלה כוללות, בין היתר, השמעת אמירות שיפוטיות בדבר השתתפות הוצאות כבדות על צד שלא יסכים להצעת בית-המשפט לפשרה,<sup>173</sup> נסיונות שיפוטיים חוזרים ונשנים להציע פשרה חרף סירובם של הצדדים, או השמעת הערות בדבר השלכות אחרות של אי-הגעה להסכמה על תוצאות המשפט ועל יחסו של השופט למתדיינים.<sup>174</sup> לעומת זאת, אין לימוד מוסדר של פרקטיקות שיכולות לסייע בניהול הליכים שונים ליישוב סכסוכים באופן איכותי ויעיל, כפי שניתן ללמוד ממחקרים שונים, דוגמת ההמלצות שפרסם ארגון השופטים הקנדי להתנהלות שיפוטית ראויה בגישה של פתרון בעיות.<sup>175</sup>

**שישית,** הסדרת התחום והעשרת ההכשרה נדרשות גם לצורך העלאת שביעות-הרצון של הציבור מבתי-המשפט והגברת אמונו במערכת. המצב השורר כיום בתחום השפיטה ההסדרית יוצר פעמים רבות חוסר הבנה ואי-שביעות-רצון בקרב עורכי-דין ומתדיינים. לא אחת נשמעים דברים כגון: "צד שסירב לפשרה בביהמ"ש חושש מנקמות שיפוטית";<sup>176</sup> או "דעתי גם איננה נוחה לרוב מהשופט המפשר. אותו שופט שכבר עברנו כברת דרך איתו, והוא לוחץ עלי להתפשר. לעיתים הוא הופך את אולם בית המשפט לשוק וכשאני מתמקח (במיוחד כשהוא רחוק לדעתי מהבנת טווח הפשרה הראוי), הוא נרתע. נזכר שהוא שופט רם ונישא. מכריז שבית המשפט איננו שוק. שיחליט!"<sup>177</sup>

לבסוף, טעם **שביעי** לצורך בהסדרת תופעת השפיטה ההסדרית נעוץ בעובדה ששפיטה הסדרית נשענת על גישה שיתופית לניהול ויישוב של סכסוכים, ועל-כן צריכה להיעשות ולהיבחן לאור כללי התנהלות אתיים המותאמים לגישה זו. חוות-הדעת של הנציבות בעניין "הגישור הצולב" מציינת כי "הפעלתן של סמכויות הנתונות בידי מגשר עשויה להיות עבירה אתית, שעה שהדבר נעשה בידי שופט היושב לדין".<sup>178</sup>

בארצות-הברית הותאמו כללי האתיקה המקצועית של השופטים להתנהלות המאפשרת קיומה של שפיטה הסדרית איכותית. זאת, למשל, על-ידי התרת מפגשים

173 נציבות תלונות הציבור על שופטים **דין וחשבון שנתי לשנת 2012** 57 (תיק 204/12) (2013) [index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Report2012.pdf](http://index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Report2012.pdf)

174 תיק 492/09 של נציבות תלונות הציבור על שופטים, לעיל ה"ש 150; נציבות תלונות הציבור על שופטים **דין וחשבון שנתי לשנת 2006** 74–73 (תיק 579/06) (2007) [index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Report2006-01.pdf](http://index.justice.gov.il/Units/NezivutShoftim/MainDocs/Report2006-01.pdf)

175 GOLDBERG, לעיל ה"ש 63.

176 אמירה שנשמעה במושב שעסק בפשרות ועסקות בבית-המשפט, במסגרת כנס של לשכת עורכי-הדין באילת. ראו כתבתה של הילה רו "דורי קלגסבלד: הצד שסירב לפשרה בביהמ"ש חושש מנקמות שיפוטית" **TheMarker** 1.6.2011 [www.themarker.com/law/1.649906](http://www.themarker.com/law/1.649906)

177 יחיאל בהט "גישור ופישור: הפרטה ולחץ מתוך" **שערי משפט** ג 7, 8 (2002).

178 החלטה 187/14/משפחה של הנציבות, לעיל ה"ש 157, בעמ' 5.

במעמד צד אחד בהליך של ועידת ההסדר או התרת גיבושן של החלטות בצורה שיתופית עם צוות של מומחים במסגרת הליכים הסדריים המתקיימים בבתי-משפט פותרים בעיות.<sup>179</sup> הדין הישראלי מחיל עדיין, הן על השופטים והן על עורכי-הדין, כללי אתיקה המתייחסים להתנהלות בגישה אדוורסרית לניהול ויישוב של סכסוכים. עובדה זו עלולה ליצור סתירה ובעיות אתיות בהתנהלות ההסדרית, במיוחד במסגרת הפרויקטים המיוחדים.<sup>180</sup>

לנוכח כל האמור לעיל נבקש להציע להלן כמה המלצות וקווים מנחים להסדרת השפיטה ההסדרית בשיטת המשפט בישראל.

#### 4. המלצות להסדרה ולהעשרה של השפיטה הנוהגת

המלצה מרכזית העשויה לסייע בהסדרת השפיטה ההסדרית בארץ היא לאמץ באופן מפורש את המודל של ועידת הסדר לדין הישראלי. אני מציעה לשלבו במערכת בתי-המשפט כאפשרות (ולא כחובה) שתוצע למתדיינים.

יצוין כי המודל של ועידת הסדר אוזכר כאפשרות שראויה לדיון ולהטמעה במערכת בתי-המשפט בארץ כבר בדין-וחשבון של הוועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוט, שפורסם בשנת 1999.<sup>181</sup> דוחות מאוחרים יותר שעסקו בשינויים במערכת בתי-המשפט בארץ לא התייחסו לסוגיה זו. כאמור, במציאות הקיימת מתנהלים בארץ פרויקטים המדמים הליך זה, אלא שאין הנחיות לניהולו של ההליך במסגרת הפרויקטים, ואין תיעוד מסודר לגבי עצם התרחשותם של הפרויקטים ולגבי דרך התנהלותם (מהי דרך מיון התיקים אליהם, בכמה תיקים מדובר, אם אפשר לבקש להתנהל דרכם וכיוצא באלה).

שילוב הליך של ועידת הסדר במערכת בתי-המשפט עשוי להעניק יתרונות אחדים למערכת בתי-המשפט, למתדיינים ולבאי-כוחם. הדין יכיר בהליך של שפיטה הסדרית באופן מפורש, וימצב את השפיטה ההסדרית כלגיטימית וראויה. יהיה אפשר לקבוע באופן מוגדר הפרדה בין השופט המנהל את ההליך של ועידת הסדר לבין השופט שישמע את התיק בהליך אדוורסרי וכריע בו אם התיק לא הסתיים בהסדר. הפרדה כזאת עלולה אומנם להוביל להשקעת מאמץ שיפוטי כפול לסיום התיק, אולם היא מהווה כלי חשוב בהפחתת החששות הכרוכים בהליך מבחינת הניטרליות השיפוטית ומשוא-הפנים. כמו-כן יהיה אפשר לקבוע כללים מנחים לניהולו של הליך זה, אשר יסייעו בהגברת האחידות המערכתית והאחריותיות. במסגרת הליך זה יתאפשר שימוש במתודות המקדמות גיבוש הסדרים באופן יעיל ואיכותי, כגון עריכת מפגשים עם כל צד בנפרד. יהיה אפשר למפות מתודות אלה באופן שיאפשר לכל שופט להשוות בין הטכניקות

179 MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT R 2.9 A(4) (2007).

180 זר-גוטמן ופרלמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 579-588.

181 דוח ועדת רביבי, לעיל ה"ש 2.

שהוא נוקט לבין המתודות והטכניקות האפשריות והמומלצות.<sup>182</sup> יהיה אפשר לקבוע כללי אתיקה אשר ייוחדו לניהול ישיבה זו ויאפשרו את ההתנהלות השיתופית הזו במסגרת האדוורסרית הכוללת. שופט אשר ימונה לתפקיד מנהל ועידת הסדר באופן קבוע, לפרק-זמן נתון, יפתח מומחיות ומיומנות בתחום. יהיה אפשר לייחד הכשרות בתחום, ואף להתייחס לנושא במסגרת השיקולים שיישקלו בהקשר של מיון והכשרה של שופטים. הגדרה של הליך כזה ושילובו במערכת בתי-המשפט עשויים לסייע בתחימת השפיטה ההסדרית ובמניעת נסיונות שיפוטיים חוזרים ונשנים ליצירת הסדרים מקום שראוי ליתן הכרעה שיפוטית.<sup>183</sup>

בהתייחס למצב הקיים, ולפני עריכת השינוי הנדרש בדיון, נבקש להציע להלן כמה המלצות. המלצה אחת היא לקבוע באופן ברור וגלוי כללים מנחים שיעסקו בהתנהלות שיפוטית הסדרית בעת ניהול הליכי שפיטה, לרבות במסגרת הפרויקטים המיוחדים הנוהגים כיום במערכת. בקביעת הכללים ראוי להתייחס, בין היתר, לסוגיות הבאות: היש מקום לייחד כללים של התנהלות הסדרית לבתי-משפט מסוימים או לערכאות מיוחדות?<sup>184</sup> או שמא יש לקבוע כללים אחידים? אילו פרקטיקות מותרות במסגרת ההתנהלות ההסדרית ואילו אסורות – למשל, האם מותר להיפגש עם כל צד בנפרד או לערוך שיחות טלפוניות לשם קידום הסדר? היכן תיערך ההתנהלות השיפוטית – האם היא תוגבל לאולם בית-המשפט או אף ללשכת השופט? עד איזה שלב של בירור הסכסוך יהיה אפשר להמשיך במאמץ שיפוטי הסדרי – עד סיום שמיעת הראיות? גם לאחר הגשת הסיכומים? איזה הסבר יש ליתן למתדיינים על-מנת לבסס הסכמה מדעת לניהול הליך שיתופי?

נוסף על כך מומלץ לעדכן את כללי האתיקה של השופטים כך שיתאימו להתנהלות ההסדרית הרווחת. נדמה כי ראוי לערוך שינויים אחדים בנוסחו של סעיף 13 לכללי האתיקה לשופטים. ראשית, מומלץ להתייחס לפעילות הסדרית כשמה, ולא לערוך הקבלה לשונית בין "הסדר" ל"פשרה". הסדר מיועד לענות על מירב הצרכים והאינטרסים של שני הצדדים. הוא אינו קובע אפריורית כי משמעותו היא פשרה במובן של ויתור הדדי של שני הצדדים. שנית, ראוי לכלול בסעיף סייגים שיתייחסו לסוגיות השונות שנוכרו בהקשר של ההתנהלות בפרויקטים מיוחדים המתקיימים בבתי-המשפט, כגון עריכת מפגשים במעמד צד אחד, המיקום שבו ינוהל השיגור-שיח וכולי.

כמו-כן מומלץ להקים בבתי-המשפט מנגנון לניתוב סכסוכים. מנגנון ניתוב ראוי צריך להיות מנוהל על-ידי גורם בעל ידע באפיון סכסוכים, שיוכל להקדיש זמן נאות לעיון בתיקים ולהתאמת הפורום ההולם לניהולם. מנגנון ניתוב מוצלח נדרש על-מנת לקבוע אילו תיקים ראוי לשלוח תחילה לניהול בדרך של הליך מחוץ לכותלי בית-

182 רובינסון מציין במחקריו את בקשתם של השופטים במערכת בתי-המשפט בארצות-הברית שיאספו בעבורם מידע כזה ויפיצו אותו ביניהם. ראו *Robinson, Judicial Settlement Ethics and Techniques*, לעיל ה"ש 38.

183 Alfini, לעיל ה"ש 40.

184 דוגמת בתי-משפט פותריי-בעיות, האמורים לקום בארץ בשנת 2015.



המשפט, כגון הליך של גישור או הליך של בוררות, ואילו תיקים מתאימים לניהול בתוך המערכת.<sup>185</sup> לגבי כל אחד מהתיקים שייותרו במערכת תיבחן השאלה אם יש מקום לקיים בו מלכתחילה ניסיון שיפוטי הסדרי (שאו הוא יופנה לאחד מן ההליכים ההסדריים הייחודיים שנזכרו) או שמא הוא הולם שפיטה אדוורסרית קלסית.

המלצה נוספת היא עריכת הכשרות שיפוטיות שיעסקן במיומנויות של יישוב סכסוכים ובקידום מתודות הסדריות במסגרת רחבה מזו המקובלת בקורס גישור. במיוחד יש לשים דגש בהתנהלות שיפוטית המבנה הגינות הליכית בעיני המתדיין וביישום מאפיינים של שפיטה בגישה של פתרון בעיות. לצורך כך ניתן להסתמך על ידע שנמצא במחקרים שונים שנערכו בתחום וכן על ידע שנרכש מנסיונם של בתי-משפט בקנדה, באוסטרליה ובארצות-הברית בקידום הליכי שפיטה הסדריים ותרפויטיים בגישה של פתרון בעיות.<sup>186</sup>

לבסוף, חשוב להקים תשתית ארגונית ללימוד ולהפקת ידע מנסיונם של השופטים המכהנים בארץ. הקמת תשתית זו יכולה להיעשות על-ידי איסוף נתונים ועריכת מחקרים. תשתית זו עשויה לסייע בעיצוב כלים מומלצים להפעלה, ולשמש גם כלי להשוואה ולביקורת. ריכוז המידע בידי גוף פנימי, אשר יעסוק בניתוחו המקצועי, יאפשר להשתמש במידע לשם איתור והפצה של פרקטיקות מוצלחות שיושמו.<sup>187</sup>

## סיכום

מערכות בתי-המשפט בארצות-הברית ובארצות נוספות של שיטת המשפט האנגלית-אמריקאית, לרבות ישראל, כוללות כיום הליכי שפיטה הנבדלים במאפייניהם ובמטרותם מהליכי שפיטה אדוורסריים מסורתיים. ניתן לאפיין הליכים אלה כחותרים ליצירת הסדרים בין צדדים, להבדיל ממתן הכרעה בסכסוך, ולכנותם "הליכי שפיטה הסדריים". עם השנים חל שינוי בתוכני התפקיד השיפוטי, וכיום ניתן להצביע על קיום תפקיד של שופט הסדרי בשיטתנו. טווח מופעיו של תפקיד השופט ההסדרי נע בין מודל צר, המכוון להשגת הסדר בתיק מטעמים של יעילות, לבין מודל רחב. המודל הרחב מייצג תפיסת תפקיד של שופט כמיישב סכסוך במובנה העמוק, שביסודה טעמים של איכות ושאיפה להשגת רווחים גם במישור הפסיכולוגי והבין-אישי. מודל זה ניתן ליישום תוך

185 כפי שציין הנשיא ברק בהתייחסו להליך הגישור: "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." ראו ברק, לעיל ה"ש 26, בעמ' 10.

186 ראו, לדוגמה, את האסמכתות לעיל בה"ש 63.

187 על רעיון זה בהקשר של הליך גישור ראו פאינה מילמן-סיון וארנה רבינוביץ-עיני "גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרטת הצדק ושוויון בעבודה" **משפט וממשל** יא 517 (2008).

שימוש בפרקטיקות הנלמדות מפרשנות עדכנית של המונח "הגינות הליכית" ובמאפיינים של שפיטה בגישה של פתרון בעיות.

שפיטה הסדרית רווחת כיום בכל מערכות בתי-המשפט בארצות הנזכרות. קיומה במערכת המשפט נושא יתרונות רבים, אך הפעלתה כרוכה גם בחסרונות למשפט ולחברה. הסדרת קיומה של שפיטה הסדרית במערכת בתי-המשפט נדרשת אפוא על-מנת ליהנות ממעלותיה ולהפחית את החששות הנלווים ליישומה.

המציאות כיום בארץ היא של שפיטה הסדרית רווחת המתנהלת ללא כל הסדרה ראויה ומפורטת. מומלץ לגבש מדיניות מאורגנת ולקבוע כללים והנחיות מפורטים בתחום. בין היתר מוצע לאמץ לדין הישראלי את ההליך של ועידת הסדר ולעדכן את כללי האתיקה השיפוטיים. ככלל, מומלץ לקדם שפיטה הסדרית במודל הרחב. הסדרת הנושא ומימוש ההמלצות עשויים לסייע בביסוס הלגיטימיות של השפיטה הסדרית הרווחת, להעשיר את איכותה, ולזכות את מערכת בתי-המשפט בארץ בשביעות-רצון ובאמון מוגברים של הציבור.