

כללי הכרעה בבוררות ובפשרה: חלופה לגישה של "המנצח לוקח הכל"

יובל סיני*

הכרעה בבית משפט היא דיכוטומית בדרך כלל, ובה "המנצח לוקח הכל". הדבר נובע מכך שבית המשפט, הבוחן את הדברים לפי הדין המהותי, מכריע לטובת הצד שיש לו זכויות עדיפות, טענות משפטיות מוצקות יותר וראיות משכנעות יותר מאשר לחברו.

מטרת מאמר זה היא לבחון מה אופייה של ההכרעה במנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים, ובייחוד במנגנונים הקרובים יחסית לשפיטה רגילה, דהיינו, בוררות ופסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. בעוד שהספרות המשפטית שעסקה במנגנונים החלופיים ליישוב סכסוכים הדגישה בעיקר שמדובר בהליכים יעילים וגמישים, מטרתו המרכזית של המאמר היא להפנות זרקור אל האפשרויות הקיימות בהליכי פשרה ובוררות להשגת חלופה של "צדק אחר", אשר מאתגר את "הצדק הרגיל" שמושג בהתדיינות המשפטית הרגילה. מאמר זה מציג את הפוטנציאל הטמון בהליכי בוררות ופשרה כחלופה לגישה הדיכוטומית של "המנצח לוקח הכל" ולפסיקה על פי רוב השופטים בהרכב, אשר מקובלות בהתדיינות המשפטית הרגילה ובהכרעה המשפטית על פי זכויות. אנו נטען כי בבוררות ובפשרה "הצדק האחר" מתבטא הן בתוכן ההכרעה, אשר לעיתים אינו דיכוטומי אלא ממצע ומחלק את העוגה בין בעלי הדין, והן בדרכי ההכרעה בהרכבים של בוררות ופשרה שיש בהם יותר מבורר או שופט אחד, אשר מתחשבות בדעת מיעוט ולעיתים אף דורשות הכרעה פה אחד של כל חברי ההרכב. יש בהליכים אלו, כך נטען, פוטנציאל רב ליצירת פלורליזם משפטי ולהכרה הולכת וגוברת בתפיסות שונות משקל רב ליישוב הסכסוך ולהגעה להסכמות והכרעות פה אחד ולפתרונות ממצעים, ולא להכרעת רוב ולהעדפה גורפת של עמדתו

* פרופסור מן המניין בבית הספר למשפטים וראש רשות המחקר, המכללה האקדמית נתניה; מלמד דיון אזרחי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב; לשעבר נשיא המכללה האקדמית אורות ישראל; פרופסור אורח באוניברסיטת ייל (2014–2015) ובאוניברסיטת מקגיל (2007–2008). אני מבקש להודות לעורכות כתב העת **משפט ועסקים** על עבודת עריכה מעולה.

של בעל הדין שאמור לזכות על פי הדין המהותי. הפנמת הפוטנציאל הרב הטמון בהליכים של בוררות ופסק דין על דרך הפשרה והגברת השימוש בהם עשויות להעשיר את "ארגז הכלים" השיפוטי הישראלי ולהתאימו לצרכים המשתנים ולהשקפות שונות של "צדק".

- פתיחה: מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים כהליכים ממצעים
 פרק א: פשרה כהזדמנות להכרעה שונה מזו המתקבלת בהתדיינות רגילה
 פרק ב: צורות בוררות שמציעות חלופה ל"מנצח לוקח הכל"
 פרק ג: בהרכב הפוסק פשרה יש להתחשב בדעת מיעוט
 פרק ד: כללי הכרעה בהרכבים של שלושה בוררים
 פרק ה: בוררות זבל"א
 סיכום

פתיחה: מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים כהליכים ממצעים

באמצע שנות השבעים של המאה העשרים הציג פרנק סנדר, בארצות הברית, את חזונו בדבר "בית משפט רב דלתות" (multi-door courthouse).¹ לפי מודל זה, בית המשפט משמש מרכז ציבורי להליכי יישוב סכסוכים, ביניהם מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים (alternative dispute resolution—ADR).² המנגנונים המרכזיים ליישוב סכסוכים הם

1 לנאום המקורי שבו הציג סנדר את המודל ראו Frank E.A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE: PROCEEDINGS OF THE NATIONAL CONFERENCE ON THE CAUSES OF POPULAR DISSATISFACTION WITH THE ADMINISTRATION OF JUSTICE 65 (A. Leo Levin & Russell R. Gladys Kessler & Wheeler eds., 1979). לסקירה של התפתחות המודל במרוצת השנים ראו Linda J. Finkelstein, *The Evolution of a Multi-door Courthouse*, 37 CATH. U. L. REV. 577 (1988). לריאיון עם סנדר בעשור הקודם, שבו הוא נתן את דעתו למודל שלו בחלוף ארבעים שנים, ראו Frank Sander & Mariana Hernandez Crespo, *A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-door Courthouse*, 5 U. ST. THOMAS L.J. 665 (2008).

2 על הקשר בין multi-door courthouse (MDC) ל"alternative dispute resolution (ADR) ראו Kessler & Finkelstein, לעיל ה"ש 1, בעמ' 578–580. להגדרה של ADR ולדיון במהותו ראו Donna Shestowsky, *When Ignorance Is Not Bliss: An Empirical Study of Litigants' Awareness of Court-Sponsored Alternative Dispute Resolution Programs*, 22 HARV. NEGOT. L. REV. 189, 192–203 (2017).

גישור,³ פשרה,⁴ בוררות,⁵ הערכה מוקדמת של מומחה ניטרלי (early neutral evaluation—ENE),⁶ משפט מדמה-מושבעים (summary jury trial)⁷ וכמובן התדיינות משפטית רגילה.

מאמר זה עוסק בעיקר בבוררות ובפסק דין על דרך הפשרה מכוח סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. המרכיבים המשותפים לשני מנגנונים אלו הם הסכמת הצדדים להליך וההכרעה באמצעות צד שלישי בעל סמכות – בורר או שופט.⁸

בספרות המשפטית הדגישו בעיקר את היעילות "והצדק המהיר", וראו בהם מטרת-העל של הבוררות והפשרה בפרט ושל המנגנונים החלופיים ליישוב סכסוכים בכלל.⁹ לפי גישה זו, שהיא הגישה השלטת בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל, הודות לשימוש במנגנונים ליישוב סכסוכים יש הפחתה של העומס בבתי המשפט ושל העלויות המושתות על הצדדים ובתי המשפט.¹⁰ כבר בהצעת חוק הבוררות הודגש כי ייעודה העיקרי של הבוררות הוא "לשמש אמצעי נוח, מהיר וחסכוני ליישוב סכסוכים מחוץ לכתלי בית המשפט ולהקל על ידי כך את המעמסה שעל בתי המשפט".¹¹ גם תיקון מס' 15 לחוק בתי המשפט, שהכניס לראשונה למשפט הישראלי את הפסיקה על דרך הפשרה

3 STEPHEN J. WARE, PRINCIPLES OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION 5–7 (3d ed. 2016).

4 שם.

5 שם.

6 שם, בעמ' 466–468.

7 שם, בעמ' 468–470.

8 המאמר מתמקד בעיקר בפשרה הנעשית על ידי שופט מכוח סעיף 79א לחוק בתי המשפט. קיימת אפשרות נוספת, והיא להגיע לפשרה בין הצדדים עצמם, ללא התערבות שופט, מכוח הדיון המקדמי המתקיים בין בעלי הדין, לפני שהם פוגשים את השופט, לפי תק' 34, 35 ו-36 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018. אולם הניסיון מלמד כי להליך המקדמי יש הצלחה מועטה בלבד בהבאת הצדדים לידי הסכמות כלשהן. ראו דליה ארנטל, גלי אביב וענבל גלון **השפעת הרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי על שלבי ההליך המוקדמים** 32 (מחלקת המחקר של הרשות השופטת 2023) <https://did.li/OEYrl>.

9 WARE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 380–383.

10 כך עולה, לדוגמה, מכתבה אקדמית בנושא הגישור שלפיה הוא נתפס ככלי יעיל ואפקטיבי. ראו, למשל, בספרה של מיכל אלברשטין **תורת הגישור** 405 (2007), בהפניות למקומות שבהם נדון מרכיב היעילות. לדיון דומה בגישור בתחום דיני העבודה (ומחוץ לו) ראו אורן גול-אייל, רונן פרי, גל ליפשיץ ואפרת פלוטניק-צדקיהו "ייצוג בהליכי פישור בבתי-הדין לעבודה" **עיוני משפט** לד 641, 646–641 (2011).

11 דברי הסבר להצעת חוק הבוררות, התשכ"ז-1967, ה"ח 64, 70. ראו גם סמדר אוטולנגי **בוררות: דין ונוהל** 2 (מהדורה שלישית מורחבת 1991). מאידך גיסא, אפשר לטעון שהעלויות המוטלות על הצדדים בהליך הבוררות עלולות לעיתים להיות גבוהות מאלה של ההליך המשפטי. כך, למשל, בעוד בהליך משפטי אין הצדדים משלמים לשופט, בבוררות הם נושאים בתשלום שכרו של הבורר. ראו ישראל שמעוני **אופק חדש בבוררות: דיני בוררות עם ערכאת ערעור** 93–94 (2009).

(באמצעות הוספת סעיף 79א לחוק), הדגיש כי הפשרה, כמו גם הבוררות והגישור, מכוונים "...להחיש את פתרון הסכסוך מחד, ולהקל מעומס ההדייניות שבבתי המשפט, מאידך".¹² מטרותיו של הליך הפשרה לפי סעיף 79א – סיום מהיר של הסכסוך, גם אם בדרך שאינה מבוססת בהכרח על הוראות הדין, כמו גם הקלת העומס בבתי המשפט – הודגשו אף בפסיקה.¹³

אולם מלבד השגת "צדק מהיר" יש למנגנונים החלופיים ליישוב סכסוכים מטרה נוספת, אשר לא הודגשה מספיק בספרות המשפטית הישראלית, ובה יעסוק מאמר זה. מטרה נוספת זו היא השגת "צדק אחר", השונה מהצדק המושג בהתדיינות הרגילה בבתי המשפט, ובכלל זה חלופה לגישה הדיכוטומית של "הכל או לא כלום". מטרת מאמר זה היא להציג היבטים שונים של אותו "צדק אחר" שניתן להשיגו באמצעות פשרה ובוררות. אנו סבורים כי השימוש בהליכי פשרה ובוררות אינו צריך להיות מכוון רק לתכליות תועלתניות (יעילות והפחתת עומס), כמו לפי התפיסה המקובלת, אלא יש להתאים את השימוש בהליכים אלו לתכליות מהותיות יותר הנוגעות בתפיסות של צדק, מוסר ופלורליזם משפטי. בעיקר אנו רוצים להפנות זרקור אל האפשרויות הקיימות בהליכי פשרה ובוררות להשגת חלופה של "צדק אחר", אשר מאתגר את "הצדק הרגיל" שמושג בהתדיינות המשפטית הרגילה.

מאמר זה עוסק בכללי הכרעה בבוררות ובפשרה, ומציג את הפוטנציאל הטמון בהם כחלופה לגישה הדיכוטומית של "המנצח לוקח הכל" ולפסיקה על פי רוב השופטים בהרכב, אשר מקובלות בהתדיינות המשפטית הרגילה ובהכרעה המשפטית על פי זכויות.

אחד המאפיינים המובהקים של המנגנונים החלופיים ליישוב סכסוכים הוא הדגש בפתרונות שמשקפים את רצונותיהם של שני הצדדים וניתנים בהסכמה. ניתן לצפות שבהליכים אלו לא יתקבלו בדרך כלל הכרעות מסוג "המנצח לוקח הכל", אלא הכרעות ממצעות ויצירתיות יותר שייתנו ביטוי גם למיעוט.

ככל שהדברים אמורים בבוררות ובפשרה, "הצדק האחר" מתבטא הן בתוכן ההכרעה, שלעיתים אינו דיכוטומי אלא ממצע ומחלק את העוגה בין בעלי הדין, והן בדרכי ההכרעה בהרכבים של בורות ופשרה שיש בהם יותר מבורר או שופט אחד, אשר מתחשבות בדעת מיעוט ולעיתים אף דורשות הכרעה פה אחד של כל חברי ההרכב. אני מקווה שמאמר זה יביא לידי הגברת מודעותם של המחקק, השופט, עורך הדין והחוקר לאפשרויות רבות ומגוונות יותר לשימוש מושכל בהליכי פשרה ובוררות מעבר למה שמקובל כיום. הדבר עשוי להוביל גם לחשיבה מחודשת על עיצוב הליכי הפשרה והבוררות באופן שיממש בצורה מיטבית את מלוא הפוטנציאל הקיים בהם להשגת אותו "צדק אחר".

12 דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), התשנ"א-1991, ה"ח 319, 322.

13 ע"א 10838/05 זקס נ' קלינגר, פס" 6 (אר"ש 23.3.2008); רע"א 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נז(3) 49, 60 (2003).

פרק א: פשרה כהזדמנות להכרעה שונה מזו המתקבלת בהתדיינות רגילה

לפשרה יש תדמית לא חיובית, כפי שאמר השופט נעם סולברג בכנס "יישוב סכסוכים בצל האתגר הדמוקרטי":¹⁴

"פשרה נתפסת בתודעתנו כדבר שאיננו שלם, פגום, לא מוצלח, צולע, מחייב ויתור, משהו של בדיעבד; לעולם לא מלכתחילה ובלב שלם... הסטיגמה שדבקה בה, מרתיעה אותנו מחתירה לפשרה, גם במקום שבו היא נחוצה, רצויה ומיטיבה".¹⁴

השופט סולברג הציע להשתמש במונחים אחרים בעלי מטען ערכי חיובי:

"אולי נרגיל את לשוננו לדבר על 'איחוי' – חיבור, הכרה, בנייה, מטבע לשון שיבטא יצירה, סבר פנים יפות. זאת כדי להיפטר מהסרת העודף שמתלווה בהלך מחשבתנו אל הפשרה".¹⁵

סולברג הוסיף: "...הפשרה היא הישג; לא כישלון. האיחוי אפשרי". לדבריו, כדי להגיע לפשרה –

"מניחים לעקרונות הנעלים במקומם שברומו של עולם, ומתכנסים סביב אינטרסים וצרכים משותפים, ארציים, כדי לאתר פתרונות מעשיים ונקודתיים. המחלוקת האידיאולוגית תמשיך להתקיים כרקמה פתוחה; לדיון, ויכוח וליבון. ההכרעה בין ה'יהודית' ל'דמוקרטית' אינה נחוצה ואף אינה רצויה, למשל – לצורך פתרון בעיית הגיור... אינטרס משותף לכול הוא הבטחת קיומו של דיון ציבורי ער ופתוח, שקול ומכובד, בענייני דת ומדינה. לא לחתוך את הדין; לאחות, להתפשר".¹⁶

כוחה של הפשרה יפה לא רק בענייני דת ומדינה והמשפט הציבורי, אלא גם בעניינים אזרחיים מהמשפט הפרטי.

סעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט קובע כי "בית משפט הדן בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בענין שלפניו, כולו או מקצתו, בדרך של פשרה". פסק דין

14 ראו נעם סולברג "הפשרה יכולה להיות אידיאל נשגב המבטא שאיפה לשלמות מתוך הכרת המציאות" **מקור ראשון** (20.9.2022) <https://did.li/3IoZH>.

15 שם.

16 שם.

על דרך הפשרה מושתת על הסכמתם של בעלי הדין כי בית המשפט הוא שיכריע בסכסוך שביניהם "שלא על יסוד ראיות מלאות או ראיות בכלל, אלא על יסוד הערכת השופט בדבר סיכויי התיק, שבעלי הדין מוכנים לסמוך עליה מראש".¹⁷ תיקים רבים בבתי המשפט בישראל מסתיימים בפסק דין על דרך הפשרה.¹⁸ היתרונות העיקריים של הסכמה על הכרעה בסכסוך באמצעות פסק דין על דרך הפשרה הם המהירות והיעילות.¹⁹ יתרון נוסף הוא שפסק הדין ניתן על ידי שופט, שהוא גורם אובייקטיבי שלבעלי הדין יש אמון רב בו. פסק דין על דרך הפשרה גם מאפשר לכל אחד מבעלי הדין לשקול את מידת הסיכון הכרוך בהליך שיפוטי מלא, המלווה בקשיים של נטלי הוכחה ובעלויות גבוהות.²⁰ לפשרה יש גם משמעות חינוכית-חברתית של הסתגלות ליישוב סכסוכים בדרך של פשרה והימנעות מהתנצחויות ומהתדיינויות מיותרות.²¹ לפסק דין על דרך הפשרה יש כמובן גם חסרונות, כגון מגמת אי-ההתערבות של בתי המשפט בערעורים על פסק דין של פשרה; אי-ידיעת השיקולים המנחים את הכרעת השופט, באופן שפוגע ביסוד ההסכמה של בעלי הדין להליך הפשרה;²² והעדר אחידות בפסיקה.²³

פסק דין על דרך הפשרה מעורר עניין רב לא רק בקרב אנשי תנועת ה-ADR, אלא אף בקרב אלה המבקשים לראות בדרך הכרעה זו²⁴ דרך הכרעה שיפוטית ראויה וצודקת יותר, מבחינה נורמטיבית, מדרך ההכרעה הדיכטומית הנוהגת – שיטת "הכל או לא כלום" או "המנצח לוקח הכל". טיעונים אלו מקשרים את הפשרה לקבלת החלטות מותאמת ומדויקת יותר בעולם שבו הכרעות חד-משמעיות דיכטומיות לא תמיד אפשריות, בין היתר בשל עמימותם של הכללים המשפטיים, בשל

17 שלמה לוין תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 184 (מהדורה שנייה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת 2008).

18 לנתונים אמפיריים ראו פרק ב במחקרם של יובל סיני ומיכל אלברשטין "הסדרת שיקול הדעת בפשרה לפי סעיף 79א: בין ישוב סכסוכים ומשפט" משפטים נג (צפוי להתפרסם) <https://lawjournal.huji.ac.il/article/12/1870>.

19 יעקב טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה" – על פשרה ועל פסק דין על דרך הפשרה "שערי משפט ג 13, 21 (2002). אכן, יש מקום לסייג את יתרון היעילות ככל שהדברים אמורים בבתי המשפט לענייני משפחה, שהרי הפשרה בבתי משפט אלו מיועדת פעמים רבות ליישוב סכסוך ולהשגת שלום על חשבון היעילות. ראו סיני ואלברשטין, לעיל ה"ש 18, בחלק א(ד).

20 למכלול השיקולים המלא בעד ונגד ראו WARE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 457–461.

21 טירקל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 24.

22 סיני ואלברשטין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 2–3. ראו גם WARE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 457–459.

23 דפנה קפליוק בוררות ושפיטה: על מקום הבוררות במערכת המשפט 193 (2008).

24 על פי מודל זה, ההתדיינות נעשית על ידי שופט-בורר, החותר ליישב את הסכסוך באמצעות גיבוש החלטה שיפוטית המבוססת על שיקולים של פשרה. ראו Martin P. Golding, *The Nature of Compromise: A Preliminary Inquiry*, 21 NOMOS: AM. SOC'Y POL. LEGAL PHIL. 3, 20–22 (1979).

הקושי בגיבוש אובייקטיבי של ממצאים עובדתיים ובשל טענות ביקורתיות שונות נוספות.²⁵

דוגמה יפה לפוטנציאל הקיים בפסיקה על דרך הפשרה במקרים של ספק עובדתי ניתן להביא מאחד מפסקי הדין המרכזיים שניתנו בדיני הנזיקין במשפט הישראלי – פסק הדין בעניין **מלול**.²⁶ הנושא שנדון בעניין **מלול** היה האפשרות לפסוק פיצויים חלקיים ואחריות יחסית לפי הסתברות במקרים של סיבתיות עמומה, דהיינו, במקומות שבהם יש התרשלות ויש נזק אך לא ברור אם ההתרשלות הייתה הגורם המכריע שגרם לנזק.²⁷ בדיון הנוסף בעניין **מלול** קבעה דעת הרוב כי אין כלל מקום להטיל אחריות יחסית (כחריג לכלל של מאזן הסתברויות) במקרים של סיבתיות עמומה.²⁸ בחוות דעתו של השופט גרוניס בדיון הנוסף הוא דן באפשרויות להטלת אחריות יחסית ולפסיקת פיצויים נזיקיים חלקיים במקרים של סיבתיות עמומה, ובין יתר דבריו הוא כותב כי אין לקבל מצב שבו פסק דין על דרך הפשרה ופסק דין רגיל יגיעו לתוצאות

25 בהקשר זה יש לציין את טענתם של אנשי הריאליזם המשפטי ובעלי הגישה הביקורתית למשפט כי קשה להגדיר עובדות בצורה אובייקטיבית מהבחינה המשפטית, וכי שופטים לוקים בהטיות שונות שבעטיין הם קובעים את התשתית העובדתית בצורה חלקית וסובייקטיבית. ראו Jerome Frank, *Say It with Music*, 61 HARV. L. REV. 921, 923–924 (1948); Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 U. TORONTO L.J. 607, 612–619 (2007).

26 דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול**, פ"ד סד (1) 533, פס' 15 לפסק הדין של השופט גרוניס (2010) (להלן: דנ"א **מלול**).

27 שם, בעמ' 632–635. בפרשת **מלול** נדון מקרה של תינוקת שנולדה פגה ולקחה בשיתוק מוחין ובפיגור שכלי. נקבע כי שתי סיבות אפשריות גרמו לנזק של התובעת: (א) פגות; (ב) דימום. אף שהוכחה רשלנות של בית החולים באיחור בביצוע הניתוח הקיסרי ובעצירת הדימום, לא היה ברור אם מקור הפגיעה בתובעת הוא רשלנותו של בית החולים או הפגות. כמו כן לא היה ברור עד כמה תרמה הרשלנות לנזק. הערכאה הדיונית הכירה בתביעה בהסתמך על דוקטרינת הגברת הסיכון, והעריכה את תרומת רשלנותו של בית החולים לנזק שנגרם לתובעת בשיעור של 40%. ת"א (מחוזי חי') 1058/94 **מלול נ' בית חולים "כרמל" חיפה** (נבו 18.7.2002). בערעור בבית המשפט העליון אושר העיקרון של פיצוי בהתאם לתפיסה של הגברת סיכון, אם כי חלקו של בית החולים בנזק הופחת לשיעור של 20%. לדעת השופטת נאור, יש לפנות לפתרון הסיבתיות היחסית רק כאשר גישת "הכל או לא כלום" גורמת לאי-צדק מפני שלא ברור איזה מבין כמה גורמים (עוולתיים ולא עוולתיים) גרם לנזק. במצב שבו אי-אפשר להוכיח קשר סיבתי בין אחד הגורמים לבין הנזק ברמת הוכחה של 51% ניתן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיצוי יחסי, אך משקלו של הגורם העוולתי חייב להיות משמעותי. ע"א 7375/02 **בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול**, פ"ד ס (1) 11 (2005).

28 המשנה לנשיאה ריבלין, שכתב את חוות הדעת העיקרית של דעת הרוב, הכיר במצבים אחדים של עמימות סיבתית שבהם יהיה אפשר להכיר בתביעת הניזוק. לדעתו של השופט ריבלין, במקרים שבהם קיימת הטיה עקיבה בהחלט כלל מאזן ההסתברויות – דהיינו, במקרים שבהם התובעים נתקלים בקושי חוזר ונשנה להוכיח את תביעתם על פי מאזן ההסתברויות ואותם תובעים נמנים עם קבוצה שנחשפת לסיכון חוזר ונשנה על ידי מזיק משותף – יהיה אפשר לחרוג מן הכלל הבסיסי של נטל ההוכחה על פי מאזן ההסתברויות ולהכיר באחריות גם במצבים שבהם הסיכוי שהנתבע גרם לנזק נמוך מ-51%. דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 586–594.

זהות: "לטעמי, אין לקבל שהכרעה בדרך הרגילה, בנסיבות המקרה שלפנינו, תהא זהה להכרעה על דרך הפשרה. כאשר שני בעלי דין הניצבים משני צידי המתסר עומדים בפני סיכון ממשי, דוגמת בעלי הדין שלפנינו, קיים היגיון רב מבחינת שניהם להקטין את הסיכון שמולו הם עומדים. התנהגות רציונלית עשויה להוביל אותם להתפשר או להסכים שפסק הדין יינתן על דרך הפשרה, שהרי בדרך זו, כך יש לצפות, לא תהיה התוצאה בגדר 'הכול או לא כלום'".²⁹

ומה רע בכך שהתוצאות יהיו זהות? מסביר השופט גרוניס:

"מה שמטריד אותי הוא כיצד ייתכן שהתוצאה הסופית של ההליך היא זהה, בין שפסק הדין ניתן על פי הדין ובין שניתן כפסק דין על דרך הפשרה... האם אין ללמוד מכך כי מה שבית המשפט עושה בפועל, שעה שהוא מכיר באחריות יחסית, הוא ליתן פסק דין על דרך הפשרה? ! והרי יש לזכור כי הדין משמיע לנו שפסיקה על דרך הפשרה עשויה להינתן אך ורק אם הצדדים הסכימו להליכה בדרך זו..."³⁰

עינינו הרואות שבפסיקה על דרך הפשרה יש פוטנציאל רב כאמצעי להשגת צדק באמצעות מתן פיצויים נזיקיים חלקיים בגין אחריות יחסית במקרים של סיבתיות עמומה, דבר שאי־אפשר לעשות במסגרת תביעה רגילה של רשלנות רפואית, שכן בה, על פי הכרעת בית המשפט העליון בדיון הנוסף בעניין **מלול**, שורת התפיסה של "הכל או לא כלום" ואין מקום לפיצויים בגין אחריות יחסית.³¹

בספרות המשפטית התאורטית יש דיונים מרתקים על פסקי דין של פשרה כעדיפים על פסקי דין רגילים, שבהם "המנצח לוקח הכל".³² ז'קונלי סבור כי פסק דין על דרך הפשרה עשוי לבטא Solomonic Justice.³³ לדעת קונס, פשרה מבטאת "צדק מדויק".³⁴ לפי גישתו, יש מקרים שבהם פסיקה על פי הדין המהותי תוביל לתוצאה שאינה ראויה, ובמקרים אלו מן הראוי שהשופט יפסוק על דרך הפשרה.³⁵ גם גולדינג גורס כי במקרים שבהם יש ספק בנוגע לעובדות וליישום החוק יהיה עדיף, משיקולים של צדק ומדיניות,

29 שם, בעמ' 813.

30 שם, בעמ' 814.

31 אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול" **ספר שלמה לוי** 375, 376–379 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013).

32 לדיון נרחב בספרות זו ראו סיני ואלברשטין, לעיל ה"ש 18, בפרק ג (תמצית הדברים מובאת כאן).

33 Joseph Jaconelli, *Solomonic Justice and the Common Law*, 12 OXFORD J. LEGAL STUD. 480, 480–481 (1992).

34 John E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise—The Uses of Doubt and Reason*, 58 NW. U. L. REV. 750, 758–759 (1964) (להלן: Coons, *Approaches*); John E. Coons, *Compromise as Precise Justice*, 68 CALIF. L. REV. 250 (1980).

35 שם.

להכריע באמצעות פשרה המחלקת את העוגה בין הצדדים.³⁶ יש אף הטוענים כי במקרים אלו לבעל הדין עצמו יש זכות שיפסקו בעניינו על דרך הפשרה.³⁷ הצעתם של קונס ואחרים מעלה בעיה קשה, שכן מדובר בפשרה שבית המשפט כופה על הצדדים. קשה להצדיק את הצעת קונס לפסיקת פשרה בבית המשפט,³⁸ על אחת כמה וכמה כאשר הדבר נעשה ללא הסכמתם של בעלי הדין.³⁹ שופט הכופה על צדדים פשרה פוגע בהכרח בזכויותיו של בעל הדין שטענתו צודקת על פי הדין ואשר למרות זאת נאלץ – על פי הכרעת השופט – לוותר על חלק ממה שמגיע לו. יתרה מזו, יש הסוברים שגם כאשר שופט אינו כופה ממש את הצדדים להסכים שהוא יפסוק על דרך הפשרה, אלא רק מפעיל עליהם (באופן משתמע או ישיר) לחץ רב להסכים לכך, הם עלולים לחשוש שאם יסרבו ויעמדו על זכותם לנהל את ההליך על פי דין, "יתנקם" בהם השופט וידחה את עמדתם בהמשך המשפט.⁴⁰

אומנם, ייתכן מצב שבו השופט יקבע בפסק הדין שבמקרים מסוימים, כגון במקרים של סיבתיות עמומה, יש מורכבות גבוהה יותר של הדין, ועל כן יקרא למחוקק לערוך שינוי בחקיקה מבלי להחיל במקרה שלפניו את הדין החדש.⁴¹ לפי גישה זו ניתן אולי להצדיק פסיקת פשרה, אך רק כאשר כפות המאזניים הראייתיות או ההסתברותיות מאוזנות, ואין הפסיקה לצד אחד עדיפה על פסיקה לצד האחר. במקרים אחרים קשה הרבה יותר להצדיק פסיקת פשרה.

קל יותר, כטענתנו במקום אחר, להצדיק פסקי דין של פשרה כאשר הללו ניתנים על ידי השופט בהסכמת הצדדים, אשר מסמיכים את השופט לשמש בורר וליתן פסק דין על דרך הפשרה.⁴² במקרים אלו בעלי הדין יודעים שהם יכולים לקבל פסק דין על דרך ההכרעה הדיכוטומית הנהוגה ובכל זאת בוחרים במודע לאפשר לשופט-בורר לפסוק על

36 Golding, לעיל ה"ש 24, בעמ' 21–23.

37 Jaconelli, לעיל ה"ש 33, בעמ' 485.

38 Francis A. Allen et al., *Comments on Approaches to Court Imposed Compromise—The Uses of Doubt and Reason*, 58 Nw. U. L. REV. 795, 798 (1964).

39 יש להבדיל בין כפיית הצדדים להשתתף בפגישת מהו"ת (פגישת מידע, היכרות ותיאום), לפי תק' 37, 38 ו-39 לתקנות סדר הדין האזרחי, לבין פסק דין של פשרה שהשופט כופה על הצדדים. כפיית השתתפות בפגישת מהו"ת אין פירושה שהצדדים חייבים להסכים ליישב את סכסוכם באמצעות גישור או להסכים להצעת פשרה שהמגשר מציע, אלא הם רק מחויבים להתייצב לפגישת המהו"ת. המשך הדיון בגישור תלוי בהסכמתם, ובסופה של פגישת המהו"ת הם יכולים לסרב ללכת לגישור ולדרוש להמשיך בהתדיינות המשפטית. לעומת זאת, כפיית פסק דין של פשרה, כפי שקונס ואחרים קוראים לעשות, משמעותה שהשופט כופה על הצדדים פסק דין על דרך הפשרה ללא צורך בקבלת הסכמתם לכך.

40 כרמל הורוביץ "לא צדק ולא יעילות: כך חוטאת מערכת המשפט לתפקידה" **השילוח** 21 (2020) <https://did.li/RZ7Nf>.

41 ברוך דבריו של השופט גרוניס בדנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 26.

42 Yuval Sinai & Michal Alberstein, *Court Arbitration by Compromise: Rethinking Delaware's State Sponsored Arbitration Case*, 13 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 739, 756 (2015).

דרך הפשרה. בחירה זו מעידה על רצונם של בעלי הדין ליהנות מהיתרונות הרבים של הפשרה כדרך הכרעה שעדיפה בעיניהם על דרך ההכרעה הדיכוטומית. העדפה זו תיתכן לא רק במקרים של עמימות ראייתית, אלא גם מסיבות אחרות. כך, פסק דין על דרך הפשרה מגביר את הסיכוי להמשך יחסים תקינים בין הצדדים, והניסיון שהצטבר בשנים האחרונות מראה כי תיקים רבים מסתיימים על פי סעיף 79 לחוק בתי המשפט לשביעות רצון הצדדים.⁴³

ניסיון להתגבר על הקשיים הכרוכים בהכרעות דיכוטומיות המבוססות על כללים קשיחים של הדין המהותי אינו יכול להיעשות, לדעתי, באמצעות פסק דין של פשרה שהשופט כופה על בעלי הדין מבלי שקיבל את הסכמתם לכך.⁴⁴ במקרים אלו הצדדים חשים שההליך נעדר צדק דיוני, שהרי הם אינם מודעים באמת לשיקולים שמנחים את השופטים בפוסקם על דרך הפשרה.⁴⁵ לעומת זאת, אני טוען שאם בעלי הדין מודעים לחסרונות שבפסיקה על פי הדין המהותי, האפשרות ששופט-בורר יפסוק בהסכמתם על דרך הפשרה היא מוצדקת יותר. במקרים אלו בעלי הדין מודעים לזכויותיהם המשפטיות ולסיכוי שיש להם לזכות בבית המשפט, ואף על פי כן הם בוחרים להסמיך את השופט לפסוק על דרך הפשרה. בעלי הדין יכולים לבחור ליהנות מהיתרונות של פסקי דין של פשרה, והם יכולים גם לקבוע איזה סוג של פסק דין על דרך הפשרה הם מסכימים את השופט-הבורר לפסוק בעניינם.⁴⁶

לפעמים בעלי הדין מסכימים להסמיך שופט-בורר להכריע בעניינם בדרך של פשרה אשר מביאה בחשבון, בין היתר, את זכויותיהם המשפטיות של בעלי הדין ואת הראיות המצויות בידם, ובהתאם לכך מעניקים לשופט-הבורר שיקול דעת רחב ביותר המאפשר חלוקות שונות של העוגה (ולא רק 50–50). כאשר בעלי הדין מסכימים שההכרעה בעניינם תהיה מבוססת על דרך הפשרה, הם עשויים להעדיף הכרעה המביאה בחשבון טענות ביקורתיות על הליך קבלת ההחלטות המשפטי הסטנדרטי. הכרעה כזו, אשר מתמודדת עם המורכבות השיפוטית או הראייתית ואינה מכריעה בצורה בינרית של "המנצח זוכה בכל", "ראויה להיקרא "צדק מדויק", שכן היא רגישה יותר (מדרך ההכרעה

43 חמי בן-נון ועמוס גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79 לחוק בתי-המשפט, התשמ"ד-1984 "הפרקליט" 257, 258–259 (2002).

44 אומנם, לפי הדין המצוי בישראל, כפי שנפסק בע"א 1639/97 **אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטוריה אינטרנציונלה דה טרה סנטה**, פ"ד נג(1) 337, 347 (1999), גם כאשר הצדדים החליטו למסור לידי בית המשפט את ההכרעה בעניינם על דרך הפשרה, בית המשפט רשאי, במקום שהדבר נראה לו צודק, לפסוק לפי הדין המהותי, אף כאשר מדובר בפסיקה שהיא לחלוטין לטובת צד אחד בהתאם לגישת "הכל או לא כלום". אולם לדעתנו אין זה הדין הרצוי. ראו סיני ואלברשטין, לעיל ה"ש 18, בחלק א'2א).

45 ראוי להזכיר בעניין זה את האפשרות לבקש נימוק מהשופט להכרעתו. אולם מגמת הפסיקה היא שפסק דין על דרך הפשרה אינו צריך להיות מנומק בפירוט. לדיון בגישות השופטים ביחס לאפשרות ההנמקה ראו שם, בתת-פרק 33.

46 לפירוט סוגים שונים של פסקי דין על דרך הפשרה ראו להלן בפרק ב. כן ראו סיני ואלברשטין, לעיל ה"ש 18, בפרק ד.

הדיכטומית הרגילה) לקיומם של ספקות, פערים וכשלים, ודרך ההתמודדות שלה עימם קונסטרוקטיבית ופרגמטית.⁴⁷

פרק ב: צורות בורות שמציעות חלופה ל"מנצח לוקח הכל"

אחד המאפיינים המובהקים של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות הוא הדגש בפתרונות שמשקפים את רצונותיהם של שני הצדדים וניתנים בהסכמה. בדרך כלל ניתן לצפות שבהליכים אלו לא יתקבלו הכרעות מסוג "המנצח לוקח הכל", אלא הכרעות ממצעות ויצירתיות יותר אשר ייתנו ביטוי לעמדות הצדדים או לכל הפחות יובילו לצמצום הפער בין עמדותיהם.⁴⁸

בעולם הבורריות יש טכניקות שונות של הכרעה, שחלקן מקרבות בין עמדות הצדדים ומהוות חלופה ל"מנצח לוקח הכל". להלן כמה דוגמאות:⁴⁹

1. **בוררות על פי חוזה מתקם (high-low arbitration)** – בסוג זה של בורות בעלי הדין מציבים לפני הבורר מראש מגבלות מוקדמות שמצמצמות את מרחב ההכרעה שלו. דוגמה לבוררות מסוג זה היא כאשר בתביעה כספית בעלי הדין מגבילים את השופט לפסוק פיצויים בטווח שבין 100,000 ש"ח ל-200,000 ש"ח.⁵⁰
2. **בוררות מוגבלת להצעות סופיות של הצדדים (baseball arbitration)** – בצורת בורות זו בעלי הדין מגישים לשופט הצעות סופיות והוא יכול לבחור רק באחת מההצעות הללו, והיא אשר תכריע בסכסוך. התמריץ של בעלי הדין בצורת בורות זו הוא להציע הצעות מאוזנות, ולעיתים עצם ההליך מקדם את המשא ומתן ביניהם. על פי תורת המשחקים, הליך מסוג זה מתמרץ כל אחד מבעלי הדין להציע הצעה סופית קרובה עד כמה שאפשר לזו המוצעת על ידי בעל הדין האחר, בתקווה שהשופט יבחר בהצעתו וימצא אותה ראויה יותר מהצעת הצד האחר.
3. **גישור-בוררות (med-arb)** – זו צורה מיוחדת שבה הצדדים מתחילים בגישור על בסיס אינטרסים, ואם הוא אינו מצליח, נערכת בורות על בסיס זכויות. כך הצדדים יודעים כי אם לא יצליחו לפתור את המקרה בעצמם, הפתרון שיינתן להם יחזור לשפת הזכויות שעזימה פתחו את ההליך. הליך כזה מקרב בין עמדות הצדדים, בייחוד בשלב הגישור הראשוני, ופעמים רבות הם מגשרים על מרבית הפערים, ומה

47 שם, בתת-פרק 4; Coons, *Approaches*, לעיל ה"ש 34.

48 ראו WARE, לעיל ה"ש 3, בעמ' 144–147.

49 לתיאור נרחב ומפורט של הטכניקות המתוארות כאן בקצרה וכן של טכניקות נוספות ראו סיני ואלברשטין, לעיל ה"ש 18, בפרק ד.

50 על אפשרות השימוש בטכניקה דומה בפסקי דין על דרך הפשרה ראו שם, בתת-פרק 2ד(א), שם תוארה אפשרות השימוש בנוסחה משוכללת שכוללת מרכיבים של סכום מרבי וסכום מזערי לטובת חישוב הפיצויים בפסיקה לפי ס' 79א לחוק בתי המשפט.

שנותר לבורר הוא טווח סכסוך מצומצם למדי שאותו לא הצליחו הצדדים לפתור בעצמם.

4. **בוררות-גישור (arb-med)** – זהו הליך שבו בית המשפט מכריע על פי זכויות אך שומר את החלטתו מוצנעת ומנהל משא ומתן משלב שבו הוא מנסה להביא את הצדדים לידי הסכמה. גם כאן הצדדים יודעים כי יש להם פתרון אם לא יגיעו להסכמה, אך בשיטה זו, בניגוד לשיטה הקודמת (גישור-בוררות), אין הם חוששים לשתף פעולה, משום שגם אם יחשפו אינטרסים חבויים, ההחלטה בעניין זכויותיהם כבר ניתנה, ולא תושפע ממידע זה. אף הליך זה מאפשר לצדדים בשלב השני לא לחשוש מלהגיע להסכמות או מלהתקרב לעמדות הצד האחר, בידעם שגם אם לא יגיעו להסכמות, הם יוכלו להכריע בסכסוךם על בסיס פסק הבוררות על פי זכויות.

5. **"פשרה קרובה לדין"** – בטכניקה זו, שמקורה בדין העברי, אין מתקבלת תוצאה של "המנצח לוקח הכל". במקום זאת מתקבלת תוצאה שהולמת יותר את המונח "פשרה", שכן היא מחלקת העוגה בין שני בעלי הדין בדרך ייחודית שלפיה מי שהיה אמור לזכות בדין לפי הדין המהותי זוכה בחלק הגדול של העוגה, בשיעור של שני שלישים מסכום התביעה, ואילו בעל הדין שהיה אמור להפסיד לפי הדין המהותי יזכה רק בשליש הנותר. היתרון בטכניקה זו מנקודת מבטם של בעלי הדין טמון בכך שאין היא מותירה שיקול דעת רחב מדי לשופט (ובכך היא מצמצמת סיכונים ומתאימה לשונאי סיכון), שכן הוא חייב להתחשב בתוצאה שהייתה מתקבלת על פי הדין המהותי ולתת לה משקל גדול בהכרעתו. עם זאת, אף שהפשרה קרובה לדין המהותי (ואף זהה לו בשני שלישים מהתביעה), בעלי הדין מאפשרים לשופט מרחב שיקול דעת מסוים לאזן במסגרת הכרעתו בין השיקולים המשפטיים הפורמליים לבין שיקולי הפשרה. כך, מצד אחד, הכרעת השופט נותנת עדיפות לבעל הדין שהיה צריך לזכות על פי הדין המהותי, אך מן הצד האחר, היא נותנת בכל זאת חלק מסוים (בשיעור שלישי) גם לבעל הדין האחר (שאינו זכאי לחלק זה על פי הדין המהותי), בהתבסס על שיקולים נוספים של פשרה, כגון שיקולים של שלום, צדק חברתי ויושר.

פרק ג: בהרכב הפוסק פשרה יש להתחשב בדעת מיעוט

בשני הפרקים הקודמים ראינו כיצד פסק הפשרה ופסק הבוררות עשויים לשמש חלופה לגישת "הכל או לא כלום". בפרק זה נעסוק בדרכי ההכרעה בהרכב השופטים (שלווה שופטים ומעלה) הפוסק פשרה, ונבקש להראות שלא רק פסק הפשרה – הכרעה ממצעת המחלקת את העוגה בין הצדדים – מהווה חלופה לגישת "הכל או לא כלום", אלא גם דרכי ההכרעה בהרכב השופטים הפוסק פשרה שונות מדרך ההכרעה השיפוטית הרגילה. בעוד בהתדיינות רגילה, כאשר יש מחלוקת בין השופטים, הרוב קובע ודעת המיעוט

בטלה ואין מתחשבים בה, בהרכב הפוסק פשרה יש יסוד לתפיסה המתחשבת גם בדעת המיעוט.

ביטוי מאלף לתפיסה כי יש להתחשב גם בדעת המיעוט בהרכב השופטים יש להביא מהדין העברי. כידוע, פסק דין אזרחי ניתן על פי הדין העברי בהרכב של שלושה דיינים,⁵¹ וההכרעה מתקבלת על פי דעת רוב הדיינים, ואין מתחשבים בדעתו של דין המיעוט שחלק עליהם.⁵² דברים אלו אמורים בפסק דין רגיל. אולם בניגוד לכלל הרגיל בהכרעות שיפוטיות, שם ההכרעה היא על פי רוב, בפסק דין על דרך הפשרה לפי הדין העברי יש צורך בהחלטה מוסכמת פה אחד של שלשת הדיינים שבבית הדין, ואין די ברוב דעות.⁵³

וכאן מתעוררת השאלה מה ההבדל בין פסק דין רגיל לפסק דין של פשרה שמצדיק את ההבדל בכלל ההכרעה – הכרעה על פי רוב לעומת הכרעה פה אחד, בהתאמה. יש המסבירים זאת על יסוד הערכת כוונתם של הצדדים המסכימים שהדיינים יפסקו בעניינם על דרך הפשרה.⁵⁴ הערכה זו של כוונת הצדדים מבוססת על כך ש"כל דין הוא בירור ההלכה המפורשת כבר, ולכן מהני [=מועיל] רובא [=רוב]. אבל בפשרה יש יותר אומדנא וקפידא דהבעלי דינים שיסכימו כלם לדעת אחת, היות שאין הדין מפורש בהלכה אלא נולד מכח שיקול הדעת של הדיינים".⁵⁵

נראה כי יסוד ההלכה המצריכה הכרעה פה אחד בפסק דין של פשרה נובע מההבדל המהותי בין פסק דין רגיל על פי דין תורה לבין פסק דין של פשרה. יסוד ההבדל האמור הוסבר היטב על ידי הרב אברהם שפירא, לשעבר הרב הראשי לישראל.⁵⁶ על פי דבריו, בשעה שבאים לפסוק דין תורה ניתן להסתמך על דעת רוב הדיינים, מכיוון שדין הרוב מברר את אמיתת הדין. בפסק דין יש רק אמת אחת ויחידה, שאנו רוצים לבררה, והתורה

51 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג, סעיף א ("אין ב"ד פחות מג' וכל שלשה נקראים ב"ד אפילו הדיוטות").

52 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יח, סעיף א ("אם יסכימו לדעת אחת מוטב, ואם לאו, ילכו אחר הרוב: שנים אומרים זכאי וא' אומר חייב – זכאי. שנים אומרים חייב וא' אומר זכאי – חייב...").

53 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף יח ("אם רבים הם הפשרנים, י"א [=יש אומרים] שאין הולכים אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כולם"). להרחבה ראו אליאב שוחטמן **סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל** כרך ב 620–622 (2011).

54 שם, בעמ' 620, מסביר שוחטמן את הצורך בהכרעה פה אחד בפשרה, ומביא לעניין זה את ההלכה הפסוקה בערוך השולחן, חושן משפט, סימן יב, סעיף טו: "הטעם לכך הוא, שבבית דין 'גזירת התורה היא: 'אחרי רבים להטות'. אבל בפשרה, שהוא מרצון בעלי הדין, ולא פירשו שילכו אחרי הרוב, מסתמא היתה כוונתם שיסכימו כולם". שם, בה"ש 182, הוא מציג דרישה דומה הנזכרת בפסק דין של בית הדין הרבני בתל אביב בת' (אזורי ת"א) 3119/תשמ"א, פד"ר יג 297, 302 (התשמ"א).

55 אליהו ציון סופר "בענין רוב בפשרה" **מקבציאל** ח, פב, פו (התשמ"ו), המאזכר לעניין זה את לבוש עיר שושן, סימן יב, סעיף יח. ראו גם שוחטמן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 620.

56 אברהם אלקנה כהנא שפירא **שיעורי מרן הגר"א שפירא** כרך ו: על מסכתות בבא מציעא וסנהדרין, ששח (התשמ"ט).

מחדשת שהרוב קובע את האמת.⁵⁷ זו גם המשמעות של ציווי התורה לגבי ההכרעה בבית הדין: "אחרי רבים להטות" (שמות כג 2) – הרוב קובע את האמת המוחלטת, האחת והיחידה. לפי זה מובן שבשעה שאנו רוצים לברר את אמיתות המציאות אנו קובעים זאת על פי הרוב, ולכן בפסק דין אנו מכריעים את הדין על פי רוב, שכן הוא הקובע את האמת היחידה. בפשרה, לעומת זאת, אין מקום לפסוק על פי דעת רוב הדיינים, שכן אין לנו פשרה אחת ויחידה שאנו צריכים לברר מהי. ובלשונו של הרב שפירא:

"בפשרה אין אמת אחת בלבד, אלא יש הרבה אפשרויות של פשרה, שבנויות על פי כל מיני חישובים ולא דווקא חישובים שנוגעים לעצם העניין. ממילא, כשיושבים דיינים ודנים על פשרה ויש רוב שאומר כך ויש מיעוט שאומר אחרת, אי אפשר לומר שהרוב ברר לנו את האמת, אלא אפשר לומר כרוב, ואפשר לומר כמיעוט, שיש לו שיקולים שונים, ולכן לא תופסת כאן קביעת התורה 'אחרי רבים להטות', ובעיני הסכמה של כולם."⁵⁸

בפשרה יש אפשרויות רבות להכריע בין הצדדים, ואין אפשרות אחת שהיא צודקת ואמיתית יותר מחברותיה. לכן בפשרה אין מקום להכריע על פי רוב הדיינים, שכן הרוב אינו מברר דבר. לכן פוסקי ההלכה סוברים שבפשרה אין מקום להכרעה על פי רוב, אלא יש צורך בהכרעה פה אחד של כל שלושת הדיינים. הינה כי כן, בדיני הפשרה שבדין העברי יש ביטוי לתפיסה המתנגדת להכרעה על פי רוב, מתוך הבנה שבפשרה אין אמת אחת, ועל כן הכרעה פה אחד, המבטאת את דעת כל הדיינים, עדיפה על הכרעה על פי רוב.

פרק ד: כללי הכרעה בהרכבים של שלושה בוררים

בבוררות זבל"א ("זה בורר לו אחד") כל אחד מבעלי הדין בוחר לו בורר אחד מטעמו. בבוררות לפני מספר בוררים זוגי, בדרך כלל שני בוררים, יש חשש שהם לא יגיעו להכרעה אחידה. כדי לפתור מקרה כזה ניתן למנות בורר שלישי, וההכרעה תהיה בהרכב של שלושה בוררים.

⁵⁷ ולכן בתוספות בבלי, בבא קמא כז, ע"ב, אומרים לגבי דעת המיעוט בבית הדין כי "...דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו...", שכן הרוב קובע בצורה מוחלטת את אמיתות הדין והמיעוט אינו קיים כלל. לכן גם לגבי דין איסורים נפסק שהם בטלים ברוב, מכיוון שהרוב קובע את אמיתות המציאות. בכל התורה כולה, בשעה שאנו מבררים את האמת המוחלטת, הרוב הוא שקובע את אמיתות המציאות.
⁵⁸ אברהם שפירא "סוגיית פשרה" ישיבה (התש"ע) <https://did.li/uyngT>.

יתרונותיה של בוררות זבל"א הם אמון בבורר האישי, אמון בחבר למקצוע ואמון בריבוי מחליטים.⁵⁹ יתרון נוסף של בוררות זבל"א טמון בידיעתם של בעלי הדין שלא החלטה של אדם אחד היא שקבעה את הפסק, אלא הפסק הוא תוצאה של דיונים מעמיקים בין כמה בני אדם.⁶⁰ החיסרון העיקרי של הרכב זבל"א הוא העלות הכספית הכבדה הנלווית להליך.⁶¹ אף באנגליה, שבה רווח הדיון לפני בורר יחיד דווקא, עמדו על היתרונות של הרכב של שלושה בוררים על הרכב של בורר יחיד:

"To be a sole arbitrator in a heavy arbitration with major consequences for the parties is to be a very lonely person. To have two colleagues with whom to discuss the case can be very reassuring. What is more, particularly where the parties come from different cultural and/or jurisdictional backgrounds, the presence on the tribunal of arbitrators from similarly different backgrounds can be reassuring to the parties; and can be positively helpful in understanding the case that is put forward by each party. Thus, three arbitrators may make it easier for parties to accept the jurisdiction and authority of the tribunal and may assist them in the exercise of bringing themselves to comply with and even co-operate with the arbitral process. It may also be advantageous in a case combining technical and legal issues if the arbitrators are a mix of technically and legally qualified".⁶²

שני בוררים נבחרים כאמור על ידי שני בעלי הדין – זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד. כיצד נבחר הבורר השלישי? חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, שהלך בעקבות המשפט האנגלי,⁶³ מציע שני מודלים של בורר שלישי: א. בורר נוסף, שמצטרף לבוררים האחרים ומשמש בדרך כלל יושב־ראש ההרכב (chairman);⁶⁴ ב. בורר מכריע (umpire), שבא במקומם של הבוררים האחרים.⁶⁵

59 ראו סמדר אוטולנגי **בוררות: דין ונוהל** כרך א 367–369 (מהדורה רביעית מיוחדת 2005).

60 שם, בעמ' 369.

61 שם, בעמ' 367. ראו גם שמעוני, לעיל ה"ש 11, בעמ' 89–90.

62 RONALD BERNSTEIN, JOHN A. TACKABERRY & ARTHUR L. MARRIOTT, BERNSTEIN'S HANDBOOK OF ARBITRATION AND DISPUTE RESOLUTION PRACTICE 95–96 (4th ed. 2003) (להלן: BERNSTEIN'S HANDBOOK). ראו גם שם, בעמ' 96, על כמה חסרונות של הרכב של שלושה בוררים, ביניהם עיכובים בהגעה להכרעה ועוד.

63 לדיון במודלים השונים של בורר שלישי במשפט האנגלי ראו שם, בעמ' 95–99.

64 ס' ב לתוספת הראשונה לחוק הבוררות קובע כי "בבוררות לפני מספר זוגי של בוררים ימנו הבוררים, על פי דרישת אחד מהם, בורר נוסף; נתמנה בורר נוסף יהיה הוא יושב־ראש הבוררות".

65 ס' ו לתוספת הראשונה לחוק הבוררות קובע כי "בבוררות שבה נתמנה בורר מכריע ייכנס אותו בורר

מנגנון ההכרעה שונה בשני המודלים הללו. לבורר נוסף אין כוח יותר מאשר לשני הבוררים הראשונים, והם שצריכים לבחור בו בהסכמה לאחר שלא הצליחו להגיע להכרעה פה אחד בעצמם.⁶⁶ לעומת זאת, כאשר מתמנה בורר מכריע, הבוררים הקודמים חדלים לכהן, ויכולת ההכרעה עוברת אליו באופן בלעדי.⁶⁷ כיצד מגיעים להכרעה בהרכב של שלושה בוררים? האם יש הבדל לעניין זה בין בורר נוסף (יושב-ראש) לבורר מכריע?

במשפט האנגלי מקובלת התפיסה שבהרכב של שלושה בוררים שבו הבורר השלישי הוא יושב-ראש יש להעדיף ככלל, בכל סוגי ההחלטות, הגעה להסכמה פה אחד של כל הבוררים. רק אם הדבר אינו אפשרי בשום אופן יש להכריע, בליט בררה, על פי הרוב. אם גם הגעה לרוב אינה אפשרית, אזי דעת הבורר הנוסף – יושב-הראש – היא שתכריע.⁶⁸ מדרג זה מראה שיש חתירה ברורה להגעה להכרעה שתהא מקובלת על דעת כל הבוררים בהרכב. ומהי המדיניות שצריכה להנחות את הבוררים בהרכב של שלושה כאשר הם אינם מצליחים להגיע להסכמה פה אחד? על כך נאמר שיש לחתור עד כמה שאפשר לצמצם את הפערים בין דעות הבוררים:

"Arbitrators should bear in mind, in reaching decisions, that the smaller the amount of agreement between the tribunal, the greater the chance that one or other or both parties will seek to challenge the award in subsequent proceedings".⁶⁹

זאת ועוד, כדי להשיג הסכמה פה אחד או לפחות רוב, על הבורר להשתדל לקבל את עמדת עמיתו הבורר גם אם אין היא העמדה האידיאלית לדעתו:

"Since arbitration is intended to be final, it is permissible, even desirable, for an arbitrator to agree to a proposition which seems to him to fall short of an ideal analysis of the case or an issue in the case in the interest of achieving unanimity or at least a majority".⁷⁰

לתפקידו לאחר שהבוררים האחרים, או אחד מהם, נתנו לו ולבעלי-הדין הודעה בכתב שאין רוב לפסק הבוררות הסופי, ומשנכנס לתפקידו, יבוא הוא במקום הבוררים האחרים".

66 אוטולנגי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 386.

67 שם, בעמ' 391.

68 BERNSTEIN'S HANDBOOK, לעיל ה"ש 62, בעמ' 97 (In sum, decisions, orders and awards of the tribunal should, if possible, all be unanimous. If unanimity is unobtainable, then they shall be made by a majority. If a majority is unobtainable then the chairman's decision prevails).

69 שם.

70 שם.

בבוררות של שלושה שבה הבורר השלישי הוא מכריע (umpire) יש דינמיקה מעניינת, השונה מזו של בוררות שבה הבורר השלישי הוא יושב-ראש. עם זאת, גם במנגנון זה, במתכונתו האנגלית, ניכרת המגמה לצמצם עד כמה שאפשר מחלוקות בהרכב. מגמה זו מושגת על ידי כך שבשלב הראשון דנים שני הבוררים הראשונים בלבד, ומנסים בכל כוחם להגיע להסכמות ביניהם לגבי כל העניינים הנוגעים בבוררות. רק אם הם אינם מצליחים בשום אופן להגיע להסכמה, בלית ברירה הם ממנים בהסכמה בורר מכריע, ומהשלב שבו הוא מתמנה הם יוצאים מהתמונה, והוא זה שיקבל את ההחלטות בעצמו. נקודה מרכזית לעניין זה היא שהבורר המכריע אינו נכנס לתמונה כבעל סמכות אפקטיבית אלא בשלב מאוחר, לאחר שהתברר כי שני הבוררים הראשונים לא הצליחו להגיע להחלטה מוסכמת.⁷¹ נקודה זו אמורה לתמרץ את שני הבוררים הראשונים להגיע להחלטה מוסכמת ביניהם מבלי להזדקק למינוי בורר מכריע.

אף במשפט הישראלי ניתן למצוא הרכבים של בוררים שיש בהם חתירה של שלושת הבוררים להגיע להסכמות ולא להיזקק להכרעות שאינן מקובלות על הבוררים שנבחרו על ידי הצדדים. דוגמה יפה לכך ניתן להביא מתחום דיני העבודה. חוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957, קובע כמה גופים שיפוטיים ייחודיים המיועדים ליישב סכסוך עבודה, ביניהם ועדת בוררים המורכבת משלושה – נציג עובדים, נציג מעסיקים ויושב-ראש שנבחר מתוך רשימה שנערכה על ידי שר העבודה;⁷² ועדה פריטטית של נציגי הצדדים (בעיקר לסכסוכי עבודה קיבוציים);⁷³ או הרכב של שלושה שבו כל צד ממנה בורר ושני הבוררים ממנים בורר נוסף, שהוא יושב-הראש.⁷⁴

מהי ועדה פריטטית וכיצד היא פועלת? במה היא שונה מבוררות רגילה?

"ועדה פריטטית היא גוף מיוחד, המשמש לרוב בתחום יחסי העבודה הקיבוציים. עיקר השימוש בה הוא ככלי ליישוב סכסוכים בין צדדים להסכם קיבוצי. בפעלה במסגרת זו – אין היא מהווה מוסד בוררות... המאפיין את הוועדה הפריטטית הוא היותה בבואה של הצדדים: מכהנים בה באי כח של כל הצדדים להסכם... שוני אחר מתבטא באופי דיוניה של הוועדה הפריטטית, המתנהלים בדרך של משא ומתן לקראת פתרון מוסכם, שכן המגמה שלה היא להגיע לידי הסכם".⁷⁵

71 שם, בעמ' 98 (Whatever the time at which he [=Umpire] is appointed, he does not have a decisive role until the party-appointed arbitrators fail to agree on some matter).

72 ס' 19 לחוק יישוב סכסוכי עבודה.

73 ס' 1 לתוספת לחוק יישוב סכסוכי עבודה.

74 ס' 3 לתוספת לחוק יישוב סכסוכי עבודה.

75 אוטולנגי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 553.

למרות השוני בין בורות לבין ועדה פריטטית, קבע בית הדין לעבודה כי לעיתים "...יראו הליכים בפני ועדה פריטטית כבורות למעשה..."⁷⁶, ובפועל "...יכולה היא לכהן למעשה כמוסד בורות, וזאת אם תוציא בסוף דיוניה פסק, החלטה מחייבת, ולא רק המלצה בלבד".⁷⁷ הינה כי כן, מגמתה של הוועדה הפריטטית אינה להכריע ולאחוז בגישת "הכל או לא כלום", אלא לנהל משא ומתן לקראת פתרון מוסכם. אופי דומה של תהליך קבלת ההחלטות שהבוררים מקיימים עולה מתיאורו של מרדכי מירוני בדבר הנעשה בישיבת הבוררים במוסד לבורות מוסכמת בסכסוכי עבודה:

"לאחר שמיעת טיעוני הצדדים התקיימה בדרך-כלל ישיבה של הבוררים, שבמהלכה הציג כל אחד את עמדתו. לעתים התקיימו שיחות בלתי-פורמליות בין הבוררים לפני ואחרי הישיבות עם הצדדים. יושב-ראש המותב נהג לחבר טיוטה של פסק הבורות, וזו הועברה לשאר הבוררים בהרכב".⁷⁸

אף כאן פוון שיח הבוררים להגעה להסכמות:

"הבוררים ציינו, כי לא זכורים להם מקרים שבהם היו פוסקים באופן שונה אילו היו בוררים יחידים. ברוב המקרים של המקרים הפסק ניתן תוך הסכמה כללית... אין זאת אומרת שבכל המקרים לא נתעוררו חילוקי-דעות והיתה מלכתחילה הסכמה בין הבוררים. קרה שאחד הבוררים התקשה לקבל את הכיוון שבו רצה ללכת הרוב, והיה צריך לקיים דיון ולנסות לשכנעו. כדברי אחד הבוררים, אנו 'משתדלים' או 'מתאמצים' להגיע להסכמה או לפשרה בינינו. למיטב זכרונם, באותם מקרים בהם התעוררו חילוקי-דעות בתוך המותב ונעשה ויתור בנקודה מסוימת על-ידי אחד הבוררים, לא היה זה ויתור קשה או בעיני מהותי".⁷⁹

פרק ה: בורות זבל"א

בורות זבל"א – אשר מקובלת כאמור בהקשרים שונים במשפט הישראלי – היא מוסד משפטי שמקורו בדין העברי: במשנה במסכת סנהדרין. מוסד זה נתפס כהליך שיפוטי אידיאלי הנותן ביטוי לעמדות כל הבוררים. בדיני הממונות הייתה נהוגה בארץ ישראל בתקופת חז"ל שיטת דיון מיוחדת במינה: בית דין של בוררים (זבל"א) – הרכב בוררים שבו כל בעל דין בוחר לו בורר אחד, ויש בורר שלישי מכריע. מחקרים רבים עסקו

76 דב"ע (ארצי) לז/11-2 מינץ – עירית רמת-גן, פד"ע ט 32, 39 (1977).

77 אוטולנגי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 553.

78 מרדכי מירוני בורות בסכסוכי עבודה: המוסד לבורות מוסכמת – תקנות ולקחים 148 (1986).

79 שם (ההדגשה הוספה).

בנושא מקומו של בית דין של בוררים בספרות חז"ל ובתקופת היווצרותו של מוסד זה.⁸⁰ במשנה הפותחת את הפרק השלישי במסכת סנהדרין שנינו:

"דיני ממונות, בשלשה. זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד, ושניהן בוררין להן עוד אחד, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים, שני דינין בוררין להן עוד אחד."⁸¹

מהו הרציונל הדיוני של בית דין של בוררים זבל"א?

בתלמוד מסכת סנהדרין שיבחו את הדיון לפני הרכב של שלושה בוררים זבל"א, וקבעו כי "מתוך שזה בורר לו דיין אחד וזה בורר לו דיין אחד ושניהן בוררין להן עוד אחד יצא הדין לאמיתו".⁸² מהמקור עולה בבירור שלדעת חכמים בורות זבל"א היא הליך דיוני אידיאלי,⁸³ המכוון להוצאת הדין לאמיתו. עתה נברר כיצד יוצא הדין לאמיתו בהליך בורות זבל"א.

רש"י פירש כאן: "יצא דין אמת לאמיתו – דצייתי [=שמצייתים] בעלי דינין, דסבר החייב 'הרי אני בעצמי ביררתי האחד, ואם היה יכול להפך בזכותי, היה מהפך', והדיינין בעצמן נוחה דעתן להפך בזכות שניהן, מפני ששניהם ביררום".⁸⁴ רש"י מציע שתי מעלות הכרוכות זו בזו בהליך בורות זבל"א: הרכב בורות זבל"א זוכה באמון רב של בעלי הדין, שחשים כי מכיוון שכל אחד מהם בחר את הבורר "שלו", אותו בורר היפך מן הסתם בזכותו; ועוד הוא מוסיף כי גם הדיינים עצמם ירגישו מן הסתם קרבה לבעל הדין שבחר בהם, ואם יהיו לטובתו טענות זכות, הם יעלו אותן בוודאי.

נראה שתפיסת הדין העברי היא שבהרכב בורות זבל"א כל דיין ירדוף אחר זכותו של זה שבחר בו כדיין, וישמש מעין עורך דין המעלה טענות זכות לטובת לקוחו. נוסף עליהם יש דיין שלישי, אשר אינו תלוי בבעלי הדין, במיוחד לדעת חכמים במשנה הסבורים כי שני הדיינים הם שבוררים להם את הדיין השלישי. הדיין השלישי הוא אובייקטיבי, והוא למעשה זה שמכריע בין טיעוני הזכות השונים ששני הדיינים האחרים מעלים.⁸⁵ באופן זה ייחשף בית הדין להיבטים העובדתיים והמשפטיים המרכזיים של המקרה הנדון, שאותם יעלו מן הסתם שני הדיינים שנבררו על ידי הצדדים, והדבר

80 לסיכום של העולה מהספרות המחקרית ראו יובל סיני **השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי** 147–151 (2010) והמחקרים הנזכרים שם.

81 משנה, סנהדרין ג, א.

82 בבלי, סנהדרין כג, ע"א.

83 ראו Yuval Sinai, *Arbitration as an Ideal Judicial Procedure*, 18 JEWISH L. ASS'N STUD. 279 (2008).

84 רש"י, סנהדרין כג, ע"א, ד"ה: "יצא דין אמת לאמיתו".

85 כפי שכתב הרמב"ם בפירושו למשנה, סנהדרין ג, א: "הטעם במה שאמרו חכמים, כי שני הדיינין הם שבוררין השלישי, לפי שהדיין שיברור האחד מן השני בעלי דינים יהפך בזכותו, וכן הדיין השני יהפך בזכות הבעל דין השני שברר, והשלישי יכריע ביניהם ולא יהיה נוטה עם אחד מן השני בעלי דינין, לפי שלא בררו אחד מהם".

יאפשר לו לדרון דין אמת. אכן, אף שפעמים רבות הבוררות מכוונת לעשיית שלום ומסתיימת בפשרה,⁸⁶ היא עשויה לשמש גם דרך אידיאלית לפסיקת הדין לאמיתו.⁸⁷ במקום אחר הצעתי להסביר את האופן שבו מתגלה האמת בבוררות זבל"א באמצעות הצגת מודל פילוסופי-הלכתי של "תורת אחדות ההפכים",⁸⁸ שהוא מודל המצוי במשנתם של יהודה ליווא בן בצלאל (המהר"ל), ר' צדוק הכהן מלובלין⁸⁹ והרב קוק.⁹⁰ "תורת אחדות ההפכים" פירושה שהמציאות מורכבת מהפכים המצליחים להתאחד מבלי להתבטל.⁹¹ לפי גישה זו, מן הראוי שהאמת תחבוק עמדות הפוכות שהן ביטוי למכלול רחב ומדויק יותר של אמת. אף בית דין של בורות זבל"א – ובזה ייחודו לעומת בתי דין אחרים – אינו מכריע עד שלא תתברר האמת הפזורה אצל שני בעלי הדין. אפשר אפוא לטעון שהבוררות היא במידה מסוימת ביטוי משפטי של רעיון אחדות ההפכים הפילוסופי.

סיכום

מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים, ובעיקר אלה הכוללים הפעלת סמכות שיפוטית, דוגמת הבוררות והפשרה, מהווים חלופה להתדיינות הרגילה בבתי המשפט לא רק בהיבט של אופי ההליכים והצורך בהסכמת הצדדים; הבוררות והפשרה מהוות הזדמנות לאימוץ של "צדק אחר" ושל תפיסות אשר שונות מבחינה מהותית ומבחינה ערכית מהתפיסה הדיכוטומית השיפוטית הרגילה של "הכל או לא כלום" ו"המנצח לוקח הכל".

86 לדעת כמה חוקרים במשפט העברי, "הבוררות והפשרה ירדו כרוכות יחדיו", ו"כרגיל, הצדדים משהם בוררים את בית הדין תוך הסכמה הדדית, זבל"א וזבל"א, מסמיכים אותו באותה שעה גם לעשות פשרה". ראו זרח ורהפטיג **מחקרים במשפט העברי** 26 (1985). ראו כעין זה מרדכי סבתו "בית דין של בוררים" **ספר היובל לרב מרדכי ברויאר: אסופת מאמרים במדעי היהדות** כרך ב 463, 479 (משה בראש עורך 1992).

87 לא ייפלא אפוא שאף מדברי הטור, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יג, עולה כי בבית דין של בוררים דנים דווקא במקום ש"לא נתרצו בפשרה אלא בדין, ורצו לדרון כאן אלא שאין מסכימים שניהם לפני איזה שלשה ידונו, כל אחד מבעלי הדין בורר לו דיין אחד, והדיינין בוררין להם שלישי...".

88 יובל סיני "הבוררות בראי תפיסת העולם הלאומית-דתית" **ההלכה: הקשרים רעיוניים ואידאולוגיים גלויים וסמויים** 133, 144–145 (אבינועם רוזנק ודפנה שרייבר עורכים 2012).

89 שם. ראו גם אבי שגיא **'אלו ואלו' – משמעותו של השיח ההלכתי: עיון בספרות ישראל** 127–133 (1996).

90 סיני, לעיל ה"ש 88. ראו גם אבינועם רוזנק "הלכה, אגדה ונבואה בתורת ארץ-ישראל לאור 'אחדות ההפכים' במשנת הראי"ה קוק" **מאה שנות ציונות דתית: אישים ושיטות** 261, 273–277 (אבי שגיא ודב שוורץ עורכים התשס"ג); אבינועם רוזנק **ההלכה הנבואית: הפילוסופיה של ההלכה במשנת הראי"ה קוק** 44–57 (2007).

91 ראו שם, בעמ' 46 (בהגדרת "אחדות ההפכים ההרמוניסטית").

"הצדק האחר" שבבוררות ובפשרה מתבטא הן בתוכן ההכרעה, שלעיתים אינו דיכוטומי אלא ממצע ומחלק את העוגה בין בעלי הדין, והן בדרכי ההכרעה בהרכבים של בוררות ופשרה שיש בהם יותר מבורר או שופט אחד, אשר מתחשבות בדעת מיעוט ולעיתים אף דורשות הכרעה פה אחד של כל חברי ההרכב.

דרכי ההכרעה בבוררות ופשרה, המכוונות להגעה להסכמות וליישוב סכסוך, וכן תוכנה של ההכרעה הממצעת מאתגרים את החשיבה המשפטית הרגילה, ומאפשרים אימוץ תאוריות משפטיות חלופיות, ביקורתיות ויצירתיות – חדשות וישנות – השונות מאלה הנוהגות בהליכים הרגילים בבתי המשפט. יש בהליכים אלו פוטנציאל רב ליצירת פלורליזם משפטי ולהכרה הולכת וגוברת בתפיסות שונות משקל רב ליישוב הסכסוך ולהגעה להסכמות והכרעות פה אחד ולפתרונות ממצעים, ולא להכרעת רוב ולהעדפה גורפת של עמדתו של בעל הדין שאמור לזכות על פי הדין המהותי.

הפנמה של הפוטנציאל הרב הטמון בהליכים אלו והגברת השימוש בהם עשויות להעשיר את "ארגז הכלים" השיפוטי הישראלי ולהתאימו לצרכים המשתנים ולהשקפות שונות של "צדק".