

“אל תסתכל בקנקן” –

לקראת פרדיגמה חדשה בתפיסת הליך “ההערכה הניטרלית המוקדמת” (ה-ENE) ובאימוצו אל מערכת המשפט בישראל

דפנה לבניא*

המאמר מבקש לחדור את המעטה החיצוני (“הקנקן”) של הליך ה-ENE (Early Neutral Evaluation, ובעברית – “הערכה ניטרלית מוקדמת”) ולהציג את תוכו האמיתי, במטרה להציע דרך ראויה לאימוץ ההליך אל מערכת המשפט בישראל.

הליך ה-ENE מוכר בעולם כאחת מן החלופות להליך השיפוטי (ADR – Alternative Dispute Resolution), אולם לטענת מאמר זה, הוא אינו ראוי להתייחסות כזו. המאמר מציג יסודות אינהרנטיים להליך אשר עומדים בסתירה מהותית-פנימית ליסודות ולרציונלים שתנועת ה-ADR נשענת עליהם ולתכליות שהיא מבקשת לקדם. לנוכח זאת, ולנוכח העובדה שקיימת רתיעה בציבור הישראלי משימוש בדרכי ה-ADR (בצד התגברות הנטייה ליישוב מחלוקות בבתי-המשפט), עולה הצורך בחשיבה מושכלת בדבר האופן שבו ראוי לאמץ את הליך ה-ENE אל מערכת המשפט בישראל.

נכון להיום כבר השתרשה פרקטיקה כלל-עולמית של שימוש בהליך ה-ENE לשם סגירת תיקים במהירות יחסית והפחתת העומס מעל מערכות בתי-המשפט. מן הניסיון הרב שנצבר בעולם בתחום זה עולה כי ההליך עשוי להיות לעזר רב למערכת המשפט בישראל, הכורעת תחת העומס. דא עקא, אם הוא ייתפס בישראל כאחת מדרכי ה-ADR ויאומץ אל מערכת המשפט ככזה, רבים הסיכויים שהוא לא יאומץ כלל על-ידי ציבור המתדיינים הפוטנציאלי, והוא עלול להישאר “אות מתה” בספר החוקים. מאמר זה מציג אם כן לאמץ את הליך ה-ENE אל המשפט הישראלי כחלק בלתי-נפרד מהליכי הדיון האזרחי, ולא כאחת מחלופות ה-ADR, וזאת על-ידי שימוש בפרק שהוסף בנובמבר 2007 לתקנות סדר הדין האזרחי.

* מרצה בכירה, המרכז האקדמי “שערי משפט”. תודתי נתונה לפרופ' חמי בן-נון, לד"ר סוזן זיידל, לד"ר אריה פרנק, לפרופ' יעל רונן, לד"ר בנימין שמואלי ולחברי מערכת **משפט ועסקים** על הערותיהם המאירות, אשר תרמו רבות לשיפור המאמר.

מבוא

- פרק א : הליך ה-ENE – כללי
- פרק ב : הליך ה-ENE – פרקטיקה עולמית וצורך ישראלי
1. הניסיון בעולם – יתרונות ההליך
 2. הצורך בישראל – השיקול הפרגמטי
- פרק ג : "מרק כפתור" – מבט רפלקסיבי על הליך ה-ENE
1. יסודות אנטיטטיים לתנועת ה-ADR
 - (א) הליך ה-ENE – "פרוזדור", ולא חלופה להליך הדיוני
 - (ב) הליך ה-ENE – האומנם יישוב הסכסוך בדרכי שלום?
 2. סכנות של עירוב תחומים
 - (א) הנזק לקליטת הליך ה-ENE בפרט
 - (1) הסכנה של אכזבה מן ההליך
 - (2) הסכנה של דחיית ההליך
 - (ב) הנזק לכלל דרכי ה-ADR
- פרק ד : לקראת פרדיגמה חדשה באימוצו של הליך ה-ENE אל המשפט הישראלי
1. השתלבות הרמונית בסביבת דיון אזרחי בישראל
 2. הליך ה-ENE – מישורי תחולה וסוגי סכסוכים
 3. המעריך הניטרלי – הכשרה ומיומנות
 4. הפרדיגמה המוצעת : איון חסרונות נטענים של הליך ה-ENE
 - (א) ייקורו של ההליך השיפוטי
 - (ב) סרבול הליכים
 - (ג) פגיעה בשכבות החלשות מבחינה כלכלית בצד חסרונן של הגנות פרוצדורליות
 - (ד) פגיעה בזכות הגישה לערכאות
- סיכום ומסקנה

מבוא

מערכת בתי-המשפט בישראל היא מן העמוסות ביותר בעולם, ובשנים האחרונות נרשם גידול מתמיד במספר התיקים הנפתחים בה מדי שנה.¹ התובנה המתגבשת בעשורים האחרונים בעולם בדבר שימוש בהליך הדיוני כבררת-מחדל אחרונה בלבד הובילה לפיתוחן הרחב של דרכי ADR (Alternative Dispute Resolution) – אותן חלופות ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית-המשפט – תחת פיקוחן ובעידודן של מערכות בתי-

1 מתוך הרשות השופטת במדינת ישראל **דין וחשבון לשנת 2012** 21–22 (2013) elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh_meida2012.pdf (להלן: **דוח הרשות השופטת ל-2012**).

המשפט במדינות השונות. בארץ הפנייה לדרכי ה-ADR הקיימות (דוגמת בוררות וגישור) קטנה, ואף מצויה במגמת ירידה.² ממחקרים עולה כי המדיניות של החדרת החלופות ליישוב סכסוכים בישראל לא צלחה. המבנה המשפטי של ההסדרה ואופן יישומה לא הגבירו באופן ממשי את הנטייה לשימוש בחלופות הללו, וככל הנראה אף הייתה להם השלכה שלילית על נטייתם של הצרכנים הפוטנציאליים.³ התמונה המצטיירת היא של רתיעה משימוש בדרכי ה-ADR והתגברות הנטייה ליישוב מחלוקות בבתי המשפט.⁴

במסגרת הנסיונות השונים להפחתת העומס מעל בתי המשפט הוסף, בנובמבר 2007, פרק 11 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א).⁵ פרק זה מחייב את הצדדים בתובענות אזרחיות שונות להשתתף בהליך בשם "פגישת מהו"ת" (ראשי-תיבות: מידע, היכרות ותיאום), שבמהלכו נבחנת האפשרות ליישוב התובענה באמצעות הליך גישור. רשימה זו מבקשת לפסוע צעד אחד נוסף מעבר לזה שצעד המחקק הישראלי בתיקון האמור, וזאת באמצעות הליך ה-ENE (Early Neutral Evaluation, ובעברית – "הערכה ניטרלית מוקדמת"), אשר מוצע להוסיפו אל החוק הישראלי כשלב-חובה בהליכי הדיון האזרחי באותם מקרים שבהם כשלה פגישת המהו"ת מלהביא את הצדדים אל הליך הגישור.⁶

יודגש: רשימה זו מבקשת להציע למשפט הישראלי פרדיגמה חדשה בתפיסת הליך ה-ENE – לא כאחת מדרכי ה-ADR, כמקובל בעולם, אלא כשלב אינהונטי בתוך ההליך הדינוני. בצד השיקול הפרגמטי שבבסיסה של פרדיגמה זו (הסיכוי להגברת השימוש בהליך ה-ENE בישראל), לפרדיגמה המוצעת יש גם שורשים רעיוניים. מבט מקרוב על הגדרותיו, מטרותיו, אופן פיתוחו ויישומיו של ה-ENE מגלה – כפי שניווכח ברשימה זו – יסודות אנטיטטיים לחלוטין לתנועת ה-ADR, שאליה הוא מתיימר להשתייך. הן מן ההיבט המושגי-רעיוני והן מן ההיבט האמפירי-המעשי, הליך ה-ENE אינו חלופה עצמאית ליישוב סכסוכים, אינו מעלה על נס את האוטונומיה של הצדדים (כרוב דרכי ה-ADR), ואין בו כשלעצמו כדי לקדם את הצדדים בדרכי שלום.

2 משה בר-ניב ורן לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" משפט ועסקים ב 209 (2005).

3 שם, בעמ' 234, 244–245.

4 שם, בעמ' 244.

5 ראו תקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה), התשס"ח-2007, ק"ת 86, שבהן הוסף לתקנות סדר דין אזרחי פרק 11 – "פגישת מהו"ת לבחינת האפשרות ליישוב התובענה בגישור". תק' 99ב(א) קובעת כי "הסתיימה הגשת כתבי הטענות, לא ידון בית המשפט או רשם בתובענה, לרבות בדרך של ניהול קדם משפט, אלא לאחר שהתקיימה פגישת מהו"ת".

6 להרחבה ראו דפנה לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו: הערכה ניטרלית מוקדמת (ENE) – היבטים עיוניים ויישומיים ומבט ביקורתי" מחקרי משפט כו 455 (2011) (להלן: לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו"). במאמר זה אני מבקשת להציע פרדיגמה חדשה בכל הנוגע בדרך אימוצו של ההליך אל המשפט הישראלי. פרדיגמה זו מבוססת, בין היתר, על הרהור מחודש בדבר מהותו של ההליך ובדבר מידת ההתאמה שלו לתפיסתו ולקליטתו בישראל כאחת מדרכי ה-ADR, כפי שהוא נתפס בעולם.

רשימה זו תטען כי אם יאומץ הליך ה-ENE בישראל כחלופה להליך השיפוטי, וייתפס כאחת מן הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים, הוא עלול לגרום נזק רב הן לעצמו והן לסביבתו המלאכותית – קרי, לתנועת ה-ADR, שאליה שויך בטעות – ולהכשיל את אימוצו התקין אל חיק המשפט הישראלי. לפיכך הרשימה מציעה קווים מנחים לאימוצו של ה-ENE כשלב אינהרנטי בהליך הדיוני (ולא כחלופה לו, כאמור), וכמסננת נוספת אשר תמנע בתיקים רבים את הצורך בהתדיינות שיפוטית מלאה. אימוץ נכון כזה של הליך ה-ENE עשוי אף לתרום להפחתת העומס מעל בתי המשפט בארץ. העומס בבתי המשפט נמצא בעשורים האחרונים במוקד הדיון הציבורי בישראל, והנושא עולה בשכיחות רבה בשיח המתנהל על-אודות המערכת המשפטית.⁷ לנוכח הצלחתו של הליך ה-ENE בעולם בסגירת תיקים במהירות יחסית ובמניעת היוזקותם של הצדדים לשלב ההוכחות הדיוני, אי-אפשר להתעלם מיתרון משמעותי זה שההליך עשוי להפיק למערכת המשפט בישראל.

פרק א מציג את הליך ה-ENE – מהותו, מטרותיו ושלביו. פרק ב מציג את יתרונותיו של ההליך על רקע הפרקטיקה שהשתרשה בעולם והניסיון שנצבר בנושא, ומחדד את הצורך של מערכת המשפט בישראל באימוץ ההליך אל תוכה. פרק ג מציע מבט רפלקסיבי על הליך ה-ENE, ובתוך כך מציג יסודות אינהרנטיים בו המנוגדים לרציונלים שבבסיסה של תנועת ה-ADR ולתכליות שהיא מקדמת, בצד הסיכונים הכרוכים בתפיסתו של ההליך כחלק מתנועה זו. פרק ד מציע פרדיגמה חדשה לקראת אימוצו של הליך ה-ENE בישראל ותפיסתו כשלב-חובה דיוני בהליכי הדיון האזרחי, ולא כחלק מדרכי ה-ADR, כפי שמקובל להתייחס אליו בעולם. הפרק האחרון מסכם את הדברים ומציג את המסקנה הנגזרת מהם.

פרק א: הליך ה-ENE – כללי

הליך ה-ENE נתפס בקודים שונים בעולם כאחת מדרכי ה-ADR, קרי, כאחת מן החלופות ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית-המשפט.⁸ בהליך זה צד ג, שהוא מומחה

7 ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עורכת ישיבות רבות בנושא העומס בבתי המשפט. ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (8.12.2003) (ועדת המשנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט לבחינת משך ההליך המשפטי – העומס בבית המשפט העליון); פרוטוקול ישיבה מס' 2 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (23.2.2004) (ועדת המשנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט לבחינת משך ההליך המשפטי – העומס בבתי המשפט המחוזיים); פרוטוקול ישיבה מס' 3 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (28.4.2004) (ועדת המשנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט לבחינת משך ההליך המשפטי – העומס בבתי המשפט השלום).

8 לדוגמה, החוק במדינת יוטה שבארצות-הברית מגדיר את ה-ENE כך: "Early neutral evaluation" means a confidential meeting with a neutral expert to identify the issues in a dispute.

בנושא המחלוקת ומשפטן בהכשרתו (ולעיתים אף שופט בדימוס), מציג לפני הצדדים חוות־דעת או הערכה ניטרלית באשר לתוצאה הצפויה בתיק אם זה יידון בין כותלי בית־המשפט (קרי, בהליך שיפוטי מלא), לצד ניתוח נקודות החוזק ונקודות החולשה שבטיעונו של כל אחד מהצדדים, וזאת לאחר שהתרשם מן התיק כפי שהוצג לפניו על־ידי כל אחד מן הצדדים (לרבות טיעונו וראיותיו).⁹ חוות־דעת זו אינה מחייבת את הצדדים, אולם פעמים רבות היא מהווה בסיס למשא־ומתן בין הצדדים ולקירוב בין עמדותיהם. בהסכמת הצדדים ינוהל המשא־ומתן ביניהם על־ידי המערך הניטרלי עצמו, ואם הוא יסתיים בהסכם, יובא הסכם זה לפני הערכאה המוסמכת לצורך אישורו וקבלת תוקף של פסק־דין. יצוין כי ההערכות הניתנות לצדדים הן חסויות (כמו־גם ההליך כולו), וחל איסור על הזמנת מעריכי ה-ENE להעיד בבית־המשפט או למסור מידע למעריכים ניטרליים או למגשרים הבאים אחריהם.

מטרתו העיקרית של הליך ה-ENE היא לאפשר לצדדים הצצה מושכלת ואפרורית על תוצאותיו המסתברות של ההליך השיפוטי בעניינם, מבלי לעבור את "חווית" ההשתתפות בהליך עד תום, ומבלי לשלם את מחירו המתבקש (הכלכלי והנפשי). זאת ועוד, בזכות ה-ENE הצדדים עשויים לאמוד מחדש את הכוח של טיעוניהם, ולערוך הפרדה בין רגשותיהם לבין המציאות הממשית־האובייקטיבית. במילים אחרות, הליך ה-ENE מספק לצדדים אספקלריה מציאותית ואובייקטיבית על הסכסוך.¹⁰

מטרות נוספות של הליך ה-ENE, המוצגות בשיח המלומדים כמטרות־משנה שלו,¹¹ הן שיפור התקשורת וזרימת המידע בין הצדדים בכל הנוגע בזכויותיהם או בעילותיהם הנטענות ובראיות הבאות להוכיחן; סיפוקה של "אבן־בוחן מציאותית" גם לעורכי־הדין של הצדדים; זיהוי מקדמי – קרי, כבר בשלב מקדמי של ההתדיינות – של העובדות ושל העניינים המשפטיים שבמחלוקת (לצד אלה שאינם); וכן קידומו של דיון ער בין הצדדים בנוגע ליישוב המחלוקת, לצד סיוע בניהול משא־ומתן לפשרה (אם הצדדים מעוניינים בכך).¹²

יודגש כי יישוב הסכסוך אינו נתפס כמטרה העיקרית של הליך ה-ENE, אף שלעיתים הוא מוביל לכך.¹³ בכך, למעשה, הליך ה-ENE נבדל מהליך הגישור. בעוד מטרתו

Utah Code § 78B-6-202. מתוך "explore settlement, and assess the merits of the claims" (West 2014). דוגמה נוספת היא תק' 114 של בית־המשפט הגבוה של מדינת מינסוטה. ראו: General Rules of Practice for the District Courts, Title II – Rules Governing Civil Actions (Minnesota Supreme Court) § 114 (1993).

9 לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 458. כן ראו: John Lande, *The Revolution in Family Law Dispute Resolution*, 24 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL L. 411, 439 (2012).

10 לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 458.

11 Ellen M. Maycock, *Mediator Focus: Early Neutral Evaluation*, 14 UTAH B. J. 36 (2001).

12 לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 459.

13 אלישבע כהן מנגנונים ליישוב סכסוכים בהסכמה – סקירה השוואתית של ההסדרים הנהוגים בארה"ב 31–22 (משרד המשפטים, המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, 2002).

המרכזית של הליך הגישור¹⁴ היא השגת הסכם בסופו של ההליך, קרי, יישוב הסכסוך מחוץ לכותלי בית-המשפט ובדרכי שלום, להליך ה-ENE יש כמה מטרות, כמפורט לעיל, אשר רק המשנית מביניהן (אם בכלל) היא יישוב הסכסוך.¹⁵ נוסף על כך, הכנת הערכה מקדמית אינה נכללת במסגרת תפקידיו הקליסיים של מגשר.¹⁶ אדרבה, בספרות המלומדים בעולם קיימת מחלוקת קשה בדבר הגבולות האתיים של תפקיד המגשר ביחס לשאלת סמכותו להעניק חוות-דעת (או הערכה) מקצועית לצדדים. גם בתחום הגישור המסחרי, כאשר המגשר הוא איש-מקצוע הבקיא בנושא המחלוקת, יש אסכולה רחבה המתנגדת למתן חוות-דעת/הערכה מקצועית על-ידי המגשר בכובעו ככזה, בין היתר בשל החשש לפגיעה (או בשל הפגיעה למראית-עין) בחובת הניטרליות החלה עליו ואף באוטונומיה של הצדדים.¹⁷ במקרים רבים, גם אם ייתן המגשר הערכה, הוא יעשה זאת בצורה עקיפה, ויוכל להתבסס גם על מידע שניתן לו על-ידי צד במהלך פגישה במעמד צד אחד.¹⁸ בהליך ה-ENE הערכה מקדמית היא לב העניין. ההליך כולו חותר אליה, היא מוצגת בצורה מפורשת, והיא מבוססת רק על מידע הידוע לכל הנוגעים בדבר.

הבדל מהותי נוסף בין הליך ה-ENE להליך הגישור הוא מהות השיח הנערך בשניהם. את השיח הנערך בהליך ה-ENE ניתן להגדיר כ"שיח של זכויות", קרי, כשיח אשר מתרכז בזכויות הדיוניות והמהותיות של הצדדים על-פי דין, ומתמקד, כפועל יוצא מכך, בעילות, בסעדים, בהתנגשות בין זכויות ובאיזונים שביניהן (כמו השיח שבהליך הדיוני). השיח בהליך הגישור, לעומת זאת, מוגדר כ"שיח של אינטרסים", קרי, כשיח המתרכז באותם "מנועים שקטים" המפעילים את הצדדים לסכסוך, ובכלל זה גם אינטרסים לא-מוחשיים – דוגמת פגיעה בכבוד, שאיפת נקם, קנאה, רצון לשלוט, כבוד הדדי, כמיהה להכרה ולתחושת חשיבות, צורך בתחושת ביטחון ושוויון – שאינם ניתנים לכימות כספי, ואשר פעמים רבות אינם מוכרים כלל כ"עילה" משפטית.¹⁹ מכאן גם נגזר אופי

14 בעיקר של המודל השכיח שאומץ על-ידי המחוקק הישראלי – "הגישור ההסכמי" – אשר רואה את השגת ההסכם כמטרה המרכזית של הליך הגישור. ראו את הגדרת הגישור בס' 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט). להשוואה למודלים אחרים ראו דפנה לביא "גישור טרנספורמטיבי – הפן העיוני והמעשי, הצעה לאימוצו של מודל חדש-מוכר אל השיח הקיים בארץ" **שערי משפט** ה' 131 (2010).

15 הכהן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 31.

16 אם כי יש להבחין בין מודלים שונים של גישור, ובפרט בין מודל "הגישור המעריך" לבין מודל "הגישור המאפשר". ראו דפנה לביא **המגשר – התפקיד והמפתח להצלחת הגישור** 180–164 (2006) (להלן: לביא **המגשר**).

17 שם, בעמ' 155–158.

18 הכהן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 31. ראו גם: Wayne D. Brazil, *Early Neutral Evaluation or Mediation? When Might ENE Deliver More Value?*, 14 DISP. RESOL. MAG. 10 (2007). המחבר עורך השוואה בין הליך הגישור להליך ה-ENE, ובוחר באילו מקרים ובאילו סוגי סכסוכים הפנייה להליך ה-ENE עדיפה על פנייה לגישור.

19 ראו: Stephen B. Goldberg, *Meditations of a Mediator*, 2 NEGOTIATION J. 345 (1986).

התפקיד של הצד השלישי בכל אחד משני ההליכים האמורים. בעוד בהליך ה-ENE, בהסתמך על מומחיותו, המערך הניטרלי עשוי לסייע לצדדים לשפר את מהימנות המידע שבידיהם ואת איכות הטיעונים שעליהם יהיה אפשר לבסס בסופו של יום את החלטת בית-המשפט בעניינם (או לחלופין את ההסכם ביניהם), בהליך הגישור אחת המטרות המוצהרות של המגשר היא הענקת סיוע לצדדים בזיהוי האינטרסים האמיתיים והמהותיים שלהם, במטרה לארוג מהם בסיוע ההליך הסכם אינטגרטיבי ("win-win settlement"), קרי, כזה המשלב את האינטרסים של כל הצדדים.²⁰

הליך ה-ENE עשוי להתקיים כעיקרון בכל שלב של ההליך הדיוני. אולם לצורך מקסום יעילותו, בהינתן שמטרותיו כוללות כאמור גם הבהרה של הנושאים שבמחלוקת וכן סיוע בתכנון המשך ניהולו של התיק, הוא מתקיים לרוב בשלב מוקדם של ההליך השיפוטי, כלומר, לאחר השלב של החלפת כתבי הטענות או סמוך לאחר קיומו של שלב קדם-המשפט.²¹ הליך ה-ENE מורכב משלושה שלבים עיקריים: **שלב ההצהרה המקדמית**, שבו כל צד מוסר למערך הצהרה כתובה; **שלב המפגש פנים-אל-פנים**, שבו כל צד מציג את עמדתו; ו**שלב המשוב/ההערכה**, שבו המערך הניטרלי מוסר לצדדים את חוות-דעתו.²²

ביתר הרחבה – בשלב **ההצהרה המקדמית**, כעשרה ימים לפני פגישת ה-ENE, על כל אחד מהצדדים להגיש למערך הניטרלי הצהרה כתובה, שבה יציין הן את הסיבות לסכסוך והן את הפתרונות המבוקשים.²³ ההצהרה אמורה להכיל את הפן העובדתי של הסכסוך בצד הפן המשפטי שלו, וכן את עמדתו של מגיש ההצהרה. כמו-כן היא אמורה להבליט כל מכשול עובדתי או חוקי להסדר, ולזהות את מי שאמורים להיות הנוכחים בפגישת ה-ENE. הצדדים נדרשים לצרף להצהרותיהם את כל המסמכים הרלוונטיים

ראו: ROGER FISHER & WILLIAM URY, GETTING TO YES: NEGOTIATION AGREEMENT WITHOUT GIVING IN (Bruce Patton ed., 1981). עוד על ההבחנה בין שיח של זכויות לשיח של אינטרסים ראו: WILLIAM L. URY, JEANNE M. BRETT & STEPHEN B. GOLDBERG, GETTING DISPUTES RESOLVED – DESIGNING SYSTEMS TO CUT THE COSTS OF CONFLICT 41 (1989).

20 יורם אלרואי "יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת" **המשפט** א 311, 315–316 (1993); אברהם סהר "רשלנות רפואית – יישוב הסכסוך בדרכים חלופיות – הצעת מודל, חלק ב' **רפואה ומשפט** 29, 102, 109 (2003) www.ismal.co.il/imgs/uploads/refua-umishpat-29-102.pdf

21 בבית-המשפט המחוזי של צפון קליפורניה ההליך מתקיים בתוך פרק-הזמן שבין 120 ל-150 יום ממועד הגשתו של כתב התביעה. הכהן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 24.

22 לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 459–464. להרחבה ראו: John Fitzhugh, *Report Card on ENE: Early Neutral Evaluation in the Vermont Federal District Court*, 24 *Vt. B. J. & L. Dig.* 44 (1998).

23 כך נדרש בתק' 16.3, אשר אומצה בשנת 1994 כתקנה מקומית של בית-המשפט המחוזי בוורמונט, ארצות-הברית, במסגרת התוכנית לאימוץ הליך ה-ENE כהליך-חובה בכ-60% מכלל התיקים האזרחיים הנפתחים בבית-המשפט הפדרלי בוורמונט. התקנה מכילה הוראות פרוצדורליות ליישומן של ההליך. להרחבה ראו Fitzhugh, שם.

לנושא המחלוקת (discovery checklist) וכן הצהרת הון (net worth).²⁴ ההצהרות המקדמיות נותרות חסויות מפני בית-המשפט, בשל החיסיון החל על ההליך (ובמסגרת זאת גם על המסמכים שהוחלפו במהלכו ועל תוצריו).²⁵ למעשה, שלב זה מחייב את עורכי-הדין ובעלי-הדין להכין את התיק כבר בשלב מוקדם של ההתדיינות המשפטית.

השלב הבא הוא **שלב המפגש פנים-אל-פנים**. בראשיתו מצוי המבוא. במבוא המעריך הניטרלי מתאר את ההליך בקצרה, את מטרתו ואת שלביו, ומאפשר לצדדים ליישב אי-הבנות בנוגע לכך. כמו-כן עליו ליידע את הצדדים בדבר קשת האפשרויות הנוספות ליישוב הסכסוך העומדות לרשותם מחוץ להליך ה-ENE. לאחר-מכן מגיע התשאול. התשאול משמש לבירור מעמיק בנוגע לפריטי מידע מדאיגים בתחומים שנבדקו בחלק של המבוא. כך, למשל, בסכסוכי משפחה, אם בחלק של המבוא עולים רמזים להתעללות או להתנהגות מסוכנת כזו או אחרת, אזי מטבע הדברים מתחייבת בדיקה מעמיקה יותר, וזו נעשית בחלק של התשאול. מעריכים ניטרליים רבים שואלים בחלק זה על שימוש בסמים או באלכוהול, מבררים רמזים בדבר התעללויות ואלימות במשפחה או בדבר התנהגות מסוכנת אחרת, וכיוצא בזה. יתר על כן, מעבר למטרה של השגת מידע, התשאול אמור "להציף" ולשקף דאגות שהועלו על-ידי הצדדים. על המעריך הניטרלי לשקפן ולהציגן באופן שיעודד את הצדדים לאתר פתרונות אפשריים. עוד במסגרת שלב זה של מפגש פנים-אל-פנים – המעריך הניטרלי מזהה נושאים המוסכמים על הצדדים בצד אלה הנתונים במחלוקת, מסייע לצדדים בנייתוח עמדתם, ומעודד אותם לגבש הסכמות דיוניות ואף מהותיות.

השלב הבא הוא **שלב המשוב**. בשלב זה המעריך הניטרלי כותב את ההערכה שלו בפרטיות. ההערכה כוללת אומדן של מאזן הכוחות בתיק, הערכה של עמדות הצדדים וטיעוניהם, פירוט של נקודות החולשה ונקודות החוסן בטיעוניהם של כל צד, וכן תוצאה משוערת של פסק-הדין (אם יגיע התיק לדיון בבית-המשפט), על מגוון הסעדים שבית-המשפט עשוי להעניק. המעריך הניטרלי מוסר את חוות-דעתו לכל צד בנפרד, ואף מסביר בשלב זה את הלך-המחשבה העומד מאחורי קביעותיו.²⁶

יצוין כי לפני שלב המשוב הצדדים עשויים להחליט על דחיית השלב של קבלת המשוב, ועל ניהול משא-ומתן מואץ ליישוב הסכסוך "תחת שרביטו" של המעריך הניטרלי כמגשר.²⁷ יצוין, עם זאת, כי חובה על המעריך להציג את הערכתו אם אחד הצדדים עומד על כך. כן יודגש כי המעריך הניטרלי רשאי לסייע לצדדים לנהל משא-

24 בשלב זה ההצהרות המקדמיות נשארות נחלתו של המעריך הניטרלי בלבד, אלא שחלקים מהן עשויים להיחשף – בהסכמת הצד הרלוונטי – בשלבים מאוחרים יותר של ההליך, דוגמת שלב המשא-ומתן. ראו: Jordan Leigh Santeramo, *Early Neutral Evaluation in Divorce Cases*, 42, 321, 327 (2004). FAM. CT. REV.

25 להרחבה בעניין החיסיון וחובת הסודיות ראו להלן ה"ש 30 והטקסט שליידה.

26 Maycock, לעיל ה"ש 11.

27 שם.

ומתן ביניהם רק אם הם מסכימים לכך. לבסוף, יוער כי לעיתים מיתוספים להליך שלבי-משנה או שילובים שונים של שלבים ושלב-משנה, והכל בהתאם לנסיבותיו של המקרה הספציפי ולבחירתם של הצדדים הפרטניים, ובהכוונתו של המערך הניטרלי. לאחר שלב המשוב הצדדים מתייעצים עם עורכי-דינם, ואז מתיישבים אל שולחן המשא-ומתן בסיועו של המערך הניטרלי ובנוכחותם של עורכי-הדין. אם המשא-ומתן אינו מבשיל לכלל הסכם בסופו, המערך הניטרלי פועל לפי אחת משתי החלופות: (1) הפניית הצדדים אל הליך גישור (או אל אחת מן החלופות האחרות ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית-המשפט); (2) הענקת סיוע לצדדים בהכנת התיק למשפט. באשר לחלופת הגישור, לעיתים המערך הניטרלי בוחר להפעיל הליך גישור עוד לפני שלב המשוב או במקומו.²⁸ באשר לחלופה השנייה שלעיל, המערך הניטרלי עשוי לסייע לצדדים להתכונן לשלב ההליכים המשלימים (גילוי מסמכים, עיון במסמכים וכולי), לשלב קדם-המשפט וכן לשלב ההוכחות. המערך הניטרלי עשוי אף להמליץ לצדדים על בקשות שונות שכדאי שיגישו בהליך השיפוטי, כמו-גם על עיתוי הגשתן. הוא אף ממליץ, כדבר שבשגרה, על צעדים נוספים שעשויים לקצר ולייעל את ההליך הדיוני בבית-המשפט (למשל, הצעת לוחות-זמנים להגשת תצהירים בתיקים מרובי עדים).²⁹

בכל מקרה, ובתום כל פגישה, על המערך הניטרלי להגיש לבית-המשפט דוח המציין אם הושג הסכם אם לאו. אם לא הושג הסכם, אסור למערך הניטרלי לדווח לבית-המשפט את פרטי הפגישה או כל נתון אחר מתוך התיק, בשל החיסיון החל על כלל הדיונים בהליך ה-ENE. החיסיון החל על הליך ה-ENE חל אף על כל המסמכים הקשורים אליו. למעשה, הוא חל על כל התקשורת בהליך (בין בעל-פה ובין בכתב), כמו-גם על "פירות" ההליך. כל אלה גם אינם קבילים במסגרת הליכים אחרים שמתנהלים כעת או יתנהלו בעתיד בבית-המשפט.³⁰ ברי כי גם הערכתו של המערך הניטרלי חסויה, ואינה קבילה בבית-המשפט. לפיכך, אם הצדדים אינם מגיעים לידי הסכם, הערכתו של המערך הניטרלי אינה מחייבת אותם כלל וכלל. במקרה כזה האפשרויות העומדות לרשותם הן, כאמור, התדיינות בין כותלי בית-המשפט או בחירה באחת מן הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים.

28 כך, לדוגמה, מעריכים ניטריים רבים בתוכנית ורמונט הדגישו כי בחרו בהפעלת גישור, ולא במתן משוב, וכי דווקא הגישור פעל ביתר אפקטיביות ליישוב הסכסוך. ראו Fitzhugh, לעיל ה"ש 22, בעמ' 44-45.

29 לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 463. יצוין כי המערך הניטרלי מנוע מלדבר לפני בית-המשפט על תכנים שעלו בפגישות ה-ENE או על חוות-הדעת שלו, בין שהיא מהותית ובין שהיא פרוצדורלית. ראו Santeramo, לעיל ה"ש 24, בעמ' 327.

30 המערך אף רשאי להורות לצדדים לחתום על הסכם סודיות. ראו הכהן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 27-28.

פרק ב: הליך ה-ENE – פרקטיקה עולמית וצורך ישראלי

1. הניסיון בעולם – יתרונות ההליך

להליך ה-ENE יש יתרונות ייחודיים רבים. המרכזי מביניהם טמון באופיו של ההליך כמסייע לצדדים ולעורכי-דינם לקבל נקודת-מבט מציאותית על התיק ועל הסיטואציה. במקרים רבים נוצר מצב שבו הצדדים אינם מסוגלים להשקיף על התיק שלהם (הן מהפן העובדתי והן מהפן המשפטי) מזווית מציאותית (בין מסיבות רגשיות ובין מסיבות אחרות). מפתחי הליך ה-ENE האמינו כי ציפיות לא-מציאותיות של בעלי-הדין הן אחת הסיבות המרכזיות להתארכות ההליכים המשפטיים המסורתיים.³¹ יתרה מזו, גם שכירת עורך-דין אינה פותרת בהכרח את הבעיה. לקוחות רבים ממשיכים להיות לא-מציאותיים כאשר לצפוי באולם המשפט, למרות ייעוצו של עורך-דינם.³² לעיתים צדדים אינם מסוגלים לראות (או אינם רוצים לראות) את חולשת טיעוניהם או את חוסנה של עמדת היריב גם לאחר שעורך-דינם מסביר להם את מצב העניינים. שמיעת חוות-דעת נוספת של המעריך הניטרלי – שאף הוא משפטן בהכשרתו – עשויה לאיין את הבעיה, בהוסיפה משקל לעמדתו של עורך-הדין בעיני הלקוח. הליך ה-ENE מציע לצדדים חלון-הצצה אל עבר תוצאותיו המסתברות של ההליך השיפוטי בעניינם, ובכך חוסך מהם את הצורך לחוות הליך זה, על מחירו ועל סיכוניו. זאת ועוד, נקודת-המבט של עורך-הדין (המייצג צד אחד בהליך השיפוטי) עלולה להיות מוטית (ולו באופן תת-הכרתי), ולא ניטרלית. גם מבחינה זו נודעת חשיבות רבה לחוות-דעתו של המעריך הניטרלי, כמי שהוא משפטן בהכשרתו (ולעיתים אף שופט בדימוס), מחד גיסא, אך לא מטעם מי מהצדדים, מאידך גיסא.

יתרון מרכזי נוסף של הליך ה-ENE טמון ביעילותו. מתברר כי ההליך חוסך לצדדים זמן ומשאבים פיננסיים.³³ קיימים נתונים אמפיריים המצביעים על הצלחתו של הליך ה-ENE בסגירת תיקים במהירות יחסית ובמניעת היזקקותם של הצדדים לשלב ההוכחות הדיוני.³⁴ מחקרים שונים מצביעים על ירידה משמעותית בעלויות למשתתפי הליך

31 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 108.

32 Wayne D. Brazil, Michael A. Kahn, Jeffrey P. Newman & Judith Z. Gold, *Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution*, 69 JUDICATURE 279, 283 (1986).

33 Joshua D. Rosenberg & H. Jay Folberg, *Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis*, 46 STAN. L. REV. 1487, 1487 (1994).

34 Carolyn Hay, Katharine McKenna & Trevor Buck, *Evaluation of Early Neutral Evaluation Alternative Dispute Resolution in the Social Security and Child Support Tribunal* (Ministry of Justice Research Series 2/10, 2010), www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/evaluation-early-neutral-evaluation.pdf. יודגש: יעילות, היסכון של זמן וקיצור הליכים תורמים כשלעצמם לקידומו של הצדק. ראו סטיבן גולדשטיין "צדק

ה-ENE, כמו-גם על משך התנהלות קצר יותר של התיק.³⁵ מחקר שנערך במשך ארבע שנים במחוז הצפוני של קליפורניה מצביע על כך שבמחצית המקרים הוזיל ההליך את עלויות הצדדים באופן דרמטי, והחיסכון הממוצע היה פי עשרה ויותר מעלותה של פגישת ENE אחת.³⁶ מחקר על פרויקט-חלוץ ליישום הליך ה-ENE, שנעשה על-ידי בית-המשפט המחוזי שבמחוז נוואדה,³⁷ מציג ירידה משמעותית בעלויות למשתתפי התוכנית. העלות הממוצעת לתיק בתוכנית ה-ENE הייתה 8,045 דולרים לתיק, ואילו העלות הממוצעת לתיק בקבוצת הביקורת עמדה על 22,923 דולרים לתיק. באשר למשך התנהלות התיק (ממועד הגשת הטפסים ועד לסיום התיק), תיקים שבתוכנית ה-ENE התנהלו במשך כ-264 ימים בממוצע, ואילו תיקים שלא הופנו להליך ה-ENE התנהלו במשך כ-317 ימים בממוצע.³⁸ זאת ועוד, יעילותו של הליך ה-ENE מתבטאת לא רק במאפייניו של ההליך עצמו, כי אם גם בשביעות-הרצון מתוצאותיו: מן המחקר שנערך בצפון קליפורניה עולה כי שני שלישים מהצדדים ומעורכי-הדין שהשתמשו בהליך ה-ENE היו שבעי-רצון מתוצאותיו.³⁹ נתונים דומים עולים גם ממחקרים נוספים.⁴⁰ גורם מרכזי שמפתחי הליך ה-ENE תלו בו את התארכות ההליכים המשפטיים המסורתיים ואת מיעוט ההגעה לפשרות הוא חששו של כל אחד מבעלי-הדין להיות הראשון שמציע הסדר מחוץ לבית-המשפט.⁴¹ כאן נכנס יתרון נוסף המיוחס להליך ה-ENE: **היתרון האסטרטגי**.⁴² הליך ה-ENE מכוח צו בית-משפט עשוי לפתור בעיה זו. כאשר היוזמה היא של בית-המשפט, והיא מעוגנת בחקיקה, היא אינה מיוחסת עוד למי מהצדדים ועל-כן אינה מעוררת את החשש האמור. גורמים נוספים שמפתחי הליך ה-ENE תלו בהם את התארכות ההליכים המשפטיים המסורתיים ואת מיעוט ההגעה לפשרות הם הכנה בלתי-נאותה של הנתונים המהותיים שבתיק וכן אמון מוגבל של בעלי-הדין עצמם בבאי-כוחם ובמערכת המשפטית כולה.⁴³

מהיר: מבט השוואתי "עלי משפט" ט 19 (2011), אשר דן בשאלה אם צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר, על רקע נסיונותיה של ישראל להשיג סדר דין מהיר. להשקפתו של המחבר, צדק דחוי אינו צדק, ועל-כן יש לשאוף לעשיית צדק מהיר. להשקפה אחרת ראו יאיר שילה "צדק דחוי עדיף על אי-צדק מהיר" עלי משפט ג 317 (2003).

35 UNITED STATES DISTRICT COURT – DISTRICT OF NEVADA, STATE OF THE COURT 2001, 26 (2002), www.nvd.uscourts.gov/Files/PN_Nevada_District_Report.pdf.

36 Rosenberg & Folberg, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1497.

37 UNITED STATES DISTRICT COURT – DISTRICT OF NEVADA, לעיל ה"ש 35.

38 שם.

39 Rosenberg & Folberg, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1501.

40 ראו Hay, McKenna & Buck, לעיל ה"ש 34.

41 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 108. החשש הוא שהצד האחר יחשוב שחולשת הטיעונים היא שהניעה את יוזם ההצעה להעדיף את אפשרות המשא-ומתן על האפשרות של ניהול הליך דיוני בבית-המשפט.

42 Santeramo, לעיל ה"ש 24, בעמ' 328.

43 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 108.

אחד היתרונות הבולטים של הליך ה-ENE בהקשר זה הוא היותו זרו לעורכי-הדין. שיתופם של הצדדים בהליך גורם לכך שהם רואים מקרוב את דרכי ההתנהלות של עורכי-דינם כבר בשלבים המוקדמים של התיק. עניין זה כשלעצמו עשוי לשמש זרו אשר יניע את עורכי-הדין לעשות את עבודתם ביסודיות ולהגיע לפגישות כשהם מוכנים היטב. יתרון נוסף של הליך ה-ENE נעוץ בפוטנציאל הגלום בו בהיבט של **איון כשלים קוגניטיביים המלווים לעיתים צדדים לקונפליקט**. כך, למשל, ההטיה הקוגניטיבית המכונה "אופטימיזם מופרז" (optimistic overconfidence)⁴⁴ גורמת לכך שצדדים לקונפליקט מפתחים ביטחון בלתי-מוצדק מבחינה אובייקטיבית באשר להתרחשויות העתידיות ובאשר לחלופות האחרות העומדות לרשותם. צדדים לקונפליקט הבוחרים באפשרות של פנייה להליך השיפוטי או באפשרות של הישארות בו (תחת הגעה להסכם פשרה) עושים זאת לעיתים מתוך אופטימיזם מופרז באשר לכוח של עמדתם ושל טיעוניהם.⁴⁵ הערכה של צד שלישי ניטרלי, דוגמת המעריך הניטרלי בהליך ה-ENE, עשויה לאיין כשל זה ולהשיב את הצדדים אל קרקע המציאות. כשל קוגניטיבי נוסף שהליך ה-ENE עשוי לתרום לנטרולו הוא "כשל השולח-שלוח" (the principal/agent problem).⁴⁶ כשל זה מצביע על ניגוד אינטרסים בין השולח לשלוח, שהוא חלק אימננטי מיחסי השליחות. כך, למשל, ביחסי עורך-דין-לקוח, אם שכר-הטרה של עורך-הדין מחושב לפי מספר שעות העבודה שלו, הדבר עלול להפחית את ההגניעה של עורך-הדין לחתור להסכם פשרה בין לקוחו לבין הצד האחר. מלומדים מצביעים על כך שניגוד אינטרסים זה הוא אחת הסיבות לשכיחות הרבה של הסדרי פשרה הנחתמים בין צדדים בתחילת המשפט, ולא קודם לכן.⁴⁷ התערבותו של מעריך ניטרלי במסגרת הליך ה-ENE, ויכולתו להיפגש עם כל צד בנפרד אף בלא נוכחות עורכי-דינם, עשויות לאיין כשל זה. יתרון משמעותי נוסף של הליך ה-ENE הוא תרומתו להפחתת העומס מעל בתי-המשפט באותם מקומות שאימצוהו כחלק ממערך השירותים המוצע לצדדים.⁴⁸ תוכנית

Robert H. Mnookin & Lee Ross, *Introduction*, in BARRIERS TO CONFLICT RESOLUTION 2, 44 (Kenneth J. Arrow et al. eds., 1995).

45 הנטייה במקרים אלה היא להפחית בערכו או בחשיבותו של המידע הסמוי (הנמצא בידי הצד האחר), תוך אמונה כי לא תהיה לו השפעה משמעותית על התוצאה. שם.

46 כפי שמכנים אותה Mnookin & Ross, שם.
47 שם.

48 משך התנהלותו הארוך של תיק במדינת ורמונט (50% יותר ממשך התנהלותו של תיק בבתי-המשפט הפדרליים) היה הגורם העיקרי לפיתוח תוכנית ה-ENE בוורמונט. ראו Fitzhugh, לעיל ה"ש 22. דוח ההערכה של התוכנית מצא כי אומנם רק 26.6% מהמשתתפים הגיעו להסכם מלא בפגישת ה-ENE, אולם מספר זה אינו משקף תיקים רבים שבהם במסגרת הליך ה-ENE הוכשרה הקרקע להסכם שהושג בשלב מאוחר יותר. הדוח התייחס לפוטנציאל ליישוב הסכסוך הנובע מפגישת ה-ENE כתועלת עקיפה של התוכנית. הדוח הכיר בכך שמתפתים רבים ציינו כי הליך ה-ENE עשוי לסייע בסיום תיקים גם כאשר לא הושג הסכם במהלך פגישת ה-ENE. התועלת העקיפה של הליך ה-ENE שצוינה בדוח כוללת את הנושאים הבאים: "זיהוי נקודות החוסן ונקודות החולשה בעמדתו של כל אחד מהצדדים, עידוד שיטה חלופית ליישוב סכסוכים, שיפור התקשורת בין הצדדים ותרומה

ה-ENE נתפסת כמסייעת בניהול תיקים שיפוטיים במקדה את ההערכות בסוגיות הקריטיות, בזרזה את ניהול התיקים המשפטיים ובהגבירה את יעילותו של סגל שירותי בית-המשפט.⁴⁹ מחקר שנערך במחוז המזרחי של מדינת ניו-יורק מצא כי תיקים שנשלחו להליך ה-ENE נחתמו – באופן עקיב ובשיעור משמעותי – בהסכם.⁵⁰ דוח הערכה של תוכנית ה-ENE בכריטיניה מצביע על הצלחה בתיקים שבהם אימצו הצדדים את הליך ה-ENE, בהשוואה לתיקים בעלי נתונים דומים שבהם בחרו הצדדים לא להשתתף בהליך כאמור.⁵¹ אחוזים לא-מבוטלים מן התיקים שבהם בחרו הצדדים להשתתף בהליך ה-ENE הסתיימו מחוץ לכותלי בית-המשפט, מבלי להיזקק להליך של שימוע.⁵² גם בפרויקט-החלון במחוז נוואדה, שצוין לעיל,⁵³ נבדק הפרמטר של צמצום העומס בבתי-המשפט. מתברר כי בתיקים של קבוצת הביקורת הוגשו 132 בקשות, להבדיל מ-77 בלבד שהוגשו בתיקי ה-ENE. ככל הנוגע בהוצאת צווים על-ידי בית-המשפט, נמצא כי בעוד שבתיקים של תוכנית הביקורת הוציא בית-המשפט 386 צווים, בתיקים של תוכנית ה-ENE הוצאו כ-353 צווים. נוסף על כך עולה מן המחקר כי 85.8% מהמשתתפים סברו כי השימוע היה אפקטיבי בצמצום משך התנהלותו של התיק.⁵⁴

יתרון נוסף של ההליך בא לידי ביטוי בתרומתו המשמעותית לשינוי האקלים בבית-המשפט שבו הוא מתקיים. שופטים פדרליים בוורמונט הצביעו על מעבר בולט, בעקבות הנהגתו של הליך ה-ENE, מאקלים של מרדף הרסני אחר ניצחון לאקלים של יישוב סכסוכים שיתופי ופורה.⁵⁵

אך לא רק בהשוואה לתיקים המתנהלים בהליך דיוני בין כותלי בית-המשפט רשם הליך ה-ENE הצלחות. בסקר שנערך על-ידי אוניברסיטת קליפורניה בסן-פרנסיסקו הוערך הליך ה-ENE כהליך נכון יותר מהליכים חלופיים אחרים להליך השיפוטי (ADR).⁵⁶ שני הצדדים להליך טענו כי הליך ה-ENE דווקא מגדיל את הסיכויים להבנה טובה יותר של עמדת הצד האחר, והרוב אף הסכימו כי הליך זה תורם להגעה להסדר הוגן יותר בהשוואה להליכים חלופיים אחרים.⁵⁷ גם בית-המשפט עצמו הביע דעה

44–45 בעמ' 22, לעיל ה"ש 22, Fitzhugh, לראייה מציאותית יותר של הצדדים ביחס לעמדותיהם". לעיל ה"ש 22, בעמ' 44–45 (התרגום שלי – ד' ל').

49 Yvonne Pearson et al., *Early Neutral Evaluations: Applications to Custody and Parenting Time Cases Program Development and Implementation in Hennepin County, Minnesota*, 44 FAM. CT. REV. 672, 680 (2006).

50 ראו Santeramo, לעיל ה"ש 24, בעמ' 328.

51 ראו Hay, McKenna & Buck, לעיל ה"ש 34.

52 שם.

53 UNITED STATES DISTRICT COURT – DISTRICT OF NEVADA, לעיל ה"ש 35.

54 שם.

55 Fitzhugh, לעיל ה"ש 22.

56 Rosenberg & Folberg, לעיל ה"ש 33.

57 שם.

חיובית דווקא כלפי הליך זה (בהשוואה לדרכי ADR אחרות), כמסייע ליישוב הסכסוך במהירות רבה יותר ובדרך הוגנת, לשביעות-רצונם של בעלי-הדין.⁵⁸

2. הצורך בישראל – השיקול הפרגמטי

מערכת בתי-המשפט בישראל היא מן העמוסות ביותר בעולם,⁵⁹ ובשנים האחרונות נרשם גידול מתמיד במספר התיקים הנפתחים בה מדי שנה.⁶⁰ על בעיית העומס בבתי-המשפט והסחבת ביישוב סכסוכים נאמר כי היא "מהרעות החולות הקשות ביותר של המערכת השיפוטית בישראל",⁶¹ וכן כי "הבעיה הראשונה במעלה של מערכת בתי המשפט ובתי הדין בישראל היא כמות התביעות".⁶² מחקר מן העת האחרונה מציג את בעיית העומס במשפט הישראלי כמשמעותית ונרחבת.⁶³ בין השלכותיו המרכזיות של

58 Brazil, Kahn, Newman & Gold, לעיל ה"ש 32.

59 אליהו מצא "העומס בבתי המשפט פוגע בציבור" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (22.2.2011) www.idi.org.il/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%9D-%D7%95%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%94%D7%A2%D7%95%D7%9E%D7%A1-%D7%91%D7%91%D7%AA%D7%99-%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98-%D7%A4%D7%95%D7%92%D7%A2-%D7%91%D7%A6%D7%99%D7%91%D7%95%D7%A8/ "גלוי וידוע, כי הכמות הממוצעת של תיקים ששופט בערכאות הדיוניות בישראל (בית-משפט השלום ובית המשפט המחוזי) נדרש לטפל בהם, בכל פרק זמן נתון, עולה כדי כפל ואף יותר על כמות התיקים המוטלת על שופט ברוב מדינות המערב... גם העומס האדיר המוטל על שופטי בית המשפט העליון (הפועל בחלק ניכר מזמנו כבית-משפט לערעורים) אינו ברהשוואה לשום ערכאה מקבילה במדינות אחרות."

60 דוח הרשות השופטת ל-2012, לעיל ה"ש 1, בעמ' 21–22 הנתונים בישראל מצביעים על כ-1.3 מיליון תיקים הנפתחים מדי שנה בבתי-המשפט. ראו ישראל שמעוני **אופק חדש בבוררות – דיני בוררות עם ערכאת ערעור** 2 (2009).

61 בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 215.

62 מרדכי (מוטי) מירוני "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור" **דין ודברים** ו 487, 529 (2012) (להלן: מירוני "על בשורת הגישור"). להרחבה ראו רענן סולציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות "העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות: דו"ח מסכם" (המרכז לניהול ומדיניות ציבורית, 2007) http://pmppc.haifa.ac.il/images/nappa_and_more/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf; אן סרצ'יו "הפרטה ללא גבולות: המקרה של הצעת חוק בוררות חובה" 2 (נייר-עמדה, המרכז לצדק חברתי ודמוקרטיה ע"ש יעקב חזן במכון ון ליר בירושלים, 2012) www.vanleer.org.il/sites/files/product-pdf/niir_emda_borrot_hoba.pdf: "מערכת המשפט בישראל נמצאת מאז שנות השבעים בעומס שיפוטי חמור, וביחס למדינות אחרות נראה שישראל מתמודדת עם מצב חמור במיוחד. מאז שנות השבעים חל גידול ניכר במספר התביעות האזרחיות שהוגשו לבתי המשפט, ובד בבד חלה עלייה במשכם של ההליכים האזרחיים המתנהלים בבתי המשפט למיניהם."

63 קרן וינשל-מרגל, ענבל גלון ויפעת טרבולוס "יצירת מדד משקלות תיקים להערכת העומס השיפוטי בישראל" **משפטים** מד (צפוי להתפרסם ב-2015).

העומס בבתי-המשפט נידונות בדרך-כלל הפגיעה באפשרות הגישה לצדק, הימשכות ההליכים, עינויי-הדין והגידול בעלויות המשפט, הירידה באמון הציבור בבית-המשפט, שחיקת השופטים וההשפעה האפשרית על התנהלותם.⁶⁴ סוגיות הנוגעות בפרשנות של כללים דיוניים, בהוצאות משפט, בהיענות לבקשות רשות ערעור על החלטות-ביניים וכדומה מושפעות אף הן (ולא בהכרח לחיוב) מבעיית העומס.⁶⁵ באופן ספציפי לגבי בתי-משפט השלום, המלצתה של ועדת אור לבדיקת מבנה בתי-המשפט (משנת 1997) להקים ערכאה דיונית אחת שבה יידונו כל העניינים של הערכאה הראשונה לא יושמה אומנם, אך הובילה להעברת סמכות השיפוט בעניינים לא-מעטים מבית-המשפט המחוזי לבית-משפט השלום, מה שהגדיל את העומס המוטל על האחרונים. גם בבתי-המשפט המחוזיים בעיית העומס עומדת בעינה, והנתונים בדבר מספר התיקים (ובכלל זה מספר התיקים הנפתחים כל שנה מול מספר התיקים הנסגרים כל שנה ומספר התיקים במלאי) ובדבר משך הטיפול בכל תיק (ובכלל זה משך הטיפול הכולל, זמן ההמתנה לפסק-דין, מספר הדיונים לתיק וכולי) מדאיגים למדי.⁶⁶

אכן, העומס והסחבת היו גורם מרכזי להצעות רבות שהועלו בעשורים האחרונים בדבר רפורמה במערכת בתי-המשפט, ובכלל זה גם לנסיונות להגביר את השימוש בהליכי ה-ADR בכלל⁶⁷ ובהליך ה-ENE בפרט.⁶⁸ בפועל מתקיימים בישראל הליכי ENE רשמיים במתכונת מצומצמת בלבד: בתובענות המוגשות נגד המוסד לביטוח לאומי בחלק מבתי-הדין לעבודה.⁶⁹ הליכים אלה מנוהלים על-ידי שופטים בדימוס בעלי

64 ש.ם.

65 ש.ם.

66 ראו דפנה בן-פורת "העומס בבתי-המשפט המחוזיים" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 1.1.2004) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00702.pdf.

67 סוצ'יו, לעיל ה"ש 62. בשנים האחרונות נעשו כמה רפורמות במערכת בתי-המשפט שהנימוק המרכזי לאימוצן היה הצורך בהקלת העומס בבתי-המשפט. דוגמות לכך הן האצלת סמכויות שפיטה מצומצמות משופטים לרשמים או העברת דיון בהליכים מסוימים ממותבים של שלושה לדין יחיד. ראו וינשל-מרגל, גלון וטרבולוס, לעיל ה"ש 63.

68 שופט בית-המשפט העליון בדימוס אליהו מצא הן בחשיבות שילובם של הליכים חלופיים במערכת השיפוטית כדרך לתיקון הכשלים במערכת המשפט, המוסיפים על העומס הקיים. באופן ספציפי לגבי הליך ה-ENE הוא מצייין: "כלי נוסף, העשוי לסייע לצדדים להגיע להסכמה, בתחומי משפט שאינם מתאימים להליכי גישור רגילים (כמו ענייני תכנון ובנייה, זכויות יוצרים, מיסים ובנקאות), הוא קבלתה על ידי פרקליטי הצדדים, לפני תחילת הבירור, של 'הערכה ניטראלית מקדמית'. מודל זה, המוכר בארצות הברית כ-*Early Neutral Evaluation* (בקיצור: ENE), מאפשר לבית המשפט למנות עורך-דין הידוע כמומחה בתחום המשפטי המסוים ולבקשו לתת לצדדים (לצדדים, ולא לבית המשפט!) חוות-דעת ניטראלית לגבי ההכרעה הראויה במחלוקתם. חוות הדעת אינה מחייבת את הצדדים, אך הניסיון מעלה כי במקרים רבים משמשת היא בידיהם ככלי לפתרון הסכסוך. בעבר נדונה האפשרות ליישם מודל דומה גם בדינו, אך העניין לא קודם ומן הראוי לחזור ולבדוק את התאמתו לשיטתנו המשפטית." מצא, לעיל ה"ש 59.69 מתוך הרשות השופטת במדינת ישראל **דין וחשבון לשנת 2010**, 41 (2011) elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh_meida2010.pdf.

מומחיות מיוחדת בתחומי הביטחון הסוציאלי. המעריכים הניטרליים, אשר אין להם סמכות הכרעה בתיק, מוסרים לבעלי-הדין את הערכתם לגבי המצב המשפטי בסוגיה שבמחלוקת, ומציעים דרכים לסיום התובענה או לקידומה.⁷⁰ אין זה מפתיע שדווקא במישור של דיני העבודה מתקיים בישראל הליך ה-ENE, אשר כאמור אינו מתקיים בארץ, בצורה מוסדרת ורשמית, בשום מישור סכסוכים אחר. במישור של סכסוכי העבודה התפתחו בעולם הרחב טכניקות רבות של יישוב סכסוכים באמצעות צד ג (ובכלל זה גם הליך ה-ENE), וההצלחה שרשמה תנועת ה-ADR במישור סכסוכים זה היא גדולה מאוד.⁷¹ עם זאת, בישראל השימוש בהליך ה-ENE מצומצם מאוד גם במישור סכסוכים זה, שהוא היחיד, כאמור, שבו פועל ההליך בארץ. לטענת רשימה זו, וכפי שנפרט להלן, יש לאמץ פרדיגמה חדשה בתפיסת הליך ה-ENE ובאימוצו אל המשפט בישראל, מתוך מטרה לעשות את המהפך ולהחזיר את ההליך ככלי שמיש ליישוב סכסוכים בארץ – הן במישור של סכסוכי העבודה (בצורה נרחבת יותר) והן במישורי סכסוך נוספים.

במילים אחרות, וביתר הרחבה, קליטתו של הליך ה-ENE לא צברה תנופה בישראל, כשם שקליטתם של הליכי ADR אחרים לא הצליחה לפרוץ את הסכר. במחקר שבחן את השינויים שחלו על-פני עשר שנים בנטייתם של בעלי-דין בישראל לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים, בין היתר על רקע ההסדרה שהתפתחה בתחום באותה תקופה, התגלה כי המדיניות של החדרת החלופות ליישוב סכסוכים בישראל לא צלחה, וכי הנטייה ליישוב מחלוקות בבתי-המשפט דווקא גוברת.⁷² עד היום, למרות עינוי-הדין בבתי-המשפט וזמינותם של המנגנונים החלופיים, לא נעשו הליכי הגישור והבוררות (הקלסיים מבין הליכי ה-ADR) הליכים מבוקשים כפי שהיה אפשר לצפות, ורוב הציבור מוסיף לבחור בבית-המשפט במקרה של סכסוך.⁷³ שיעורי הסירוב לפנייה לגישור ולבוררות בישראל הם גבוהים ביותר, ועד כה לא מסתמנת מגמה של שינוי בעניין זה.⁷⁴ בכל הנוגע

70 ש.ם.

71 מרדכי (מוטי) מירוני "מעורבותם של המשפט ובתי-הדין בסכסוכי עבודה בשירות הציבורי – בעיות ישנות, אתגרים חדשים" **משפט וממשל** יד 271, 301–302 (2012) (להלן: מירוני "מעורבותם של המשפט ובתי-הדין בסכסוכי עבודה"). כן ראו מרדכי מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" **הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל** 29, 32 (1999) (להלן: מירוני "גישור ו-ADR").

72 בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 209–210, 234, 244–245. יש אף מי שמדבר על "הגן המתדיין", קרי, על "יצר התדיינות" המאפיין את העם היהודי ועל פיתוח יחס מיוחד בקרב לחוק, למשא-ומתן משפטי, להתדיינות ולעקרונות. ראו חיים שיין ונועה שיין "גישור ישראלי ופשרה יהודית" **שערי משפט** ג 111, 117–118 (2002).

73 סוצ'ו, לעיל ה"ש 62, בעמ' 14.

74 על שיעורי הסירוב לפנות לגישור ראו מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 522–523. באשר לשיעורי הסירוב לפנות לבוררות, עד לחקיקתו של חוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט-2008, ס"ח 22 (להלן: תיקון מס' 2 לחוק הבוררות), הצביעו הנתונים על כ-640 בוררות בלבד המתקיימות מדי שנה, לעומת 1.3 מיליון תיקים הנפתחים מדי שנה בבתי-המשפט. ראו שמעוני,

בגישור כבר נאמר כי התקווה הגדולה של מהפכת הגישור לא התממשה בישראל, וכי חזון הגישור לא קיבל את ההזדמנות שהוא ראוי לה ולא הוטמע כראוי בשיטת המשפט הישראלית.⁷⁵ באשר לבוררות, נטישתו ההמונית של מוסד זה על-ידי הציבור הישראלי הייתה לכתחילה הסיבה המרכזית לחקיקתו של תיקון מס' 2 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, בשנת 2008.⁷⁶ עם זאת, מסתמן כי גם תיקון זה (המוסיף שני מנגנוני ערעור על פסק הבוררות, בצד החובה לנמק את הפסק) לא מימש את התקווה שנתלתה בו להגברת השימוש בהליך הבוררות מצד הציבור הישראלי.⁷⁷

יודגש כי הרתיעה של הציבור בישראל משימוש בדרכי ה-ADR והתגברות הנטייה ליישוב מחלוקות בבתי-המשפט לא נבעו מהעדר הסדרה של התחום בארץ או מעידוד מוסדי בלתי-מספק של הגישור ושל הליכים חלופיים נוספים ליישוב סכסוכים. אדרבה, הצעדים שנועדו לקדם את השימוש בחלופות להליך השיפוטי בישראל היו (ועודם) רבים ומגוונים, והתבטאו, בין היתר, בחקיקה בתחום (דוגמת תיקון מס' 15 לחוק בתי-המשפט, אשר הוסיף שני אמצעים חלופיים חדשים ליישוב סכסוכים בהליך אזרחי:

לעיל ה"ש 60, בעמ' 2. גם לאחר תיקון מס' 2 לחוק הבוררות הציבור בישראל מבכר את ההליך הדיוני בבית-המשפט על הליך הבוררות. ראו סוצ'יו, לעיל ה"ש 62, בעמ' 4. ייתכן שהסיבה לרתיעת הציבור בישראל מהליכי ה-ADR טמונה במתח שבין יעילות לצדק, ונשאלת השאלה אם כדי לפתור את בעיית העומס עלינו למצוא חלופות משפט אשר ייעלו את ההליך או שמא הפתרון טמון בתיקון המצב הקיים (על-ידי הוספת תקני שופטים, הרחבת בתי-המשפט הקיימים והקמת בתי-משפט חדשים). להרחבה בנושא המתח שבין צדק ויעילות בדרכי ה-ADR ועל התפתחות התפיסה של "צדק נשגב", הבאה לידי ביטוי בִּעֲקֻרֵנוֹת שֶׁעַל בְּסִיסָם הַתְּפַתְחָה תְּנוּעַת ה־ADR, ראו גם מיכל אלברשטין "צדק מהיר מול צדק נשגב: אנטומיה של יחסי פרקטיקה ותאוריה ביישוב סכסוכים" **עלי משפט ט 85 (2011)**.

75 מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 494. ראו גם מיכל אלברשטין "הקדמה" **מחקרי משפט כו 351, 358 (2010)** (להלן: אלברשטין "הקדמה"): "חלק מההתפתחויות הנוגעות להסדרת הגישור ולמיסודו נעצרו ואף התפוגגו בשנים האחרונות. כך למשל, סגירת המרכז לגישור ויישוב סכסוכים במשרד המשפטים במאי 2009 או ההכרזה על בטלות תקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים) שהסדירו את תנאי ההכשרה לגישור, מסמנים בעיני רבים את היחלשותו של העניין בגישור ואולי אף את כישלון המהפכה שהציע."

76 שמעוני, לעיל ה"ש 60, בעמ' 2.

77 וכפי שמציינת אן סוצ'יו: "לנוכח הרתיעה של הציבור משימוש בהליכי בוררות, תוקן ב-2008 חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, והוספו לו חובת הנמקה של פסק הבוררות וזכות ערעור רחבה יותר על פסק הבורר. אלא שהתקווה הזאת התבדתה; הציבור בישראל מעדיף להוסיף להתדיין בבתי המשפט למרות ההליכים הממושכים. בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט נדרש השופט גל למגבלות של הליכי הבוררות: 'אני חושב שהציבור הוכיח בבירור בבחירה שלו בין הכרעה מהירה לבין הכרעה עניינית ונכונה, הציבור בבירור מעדיף את ההכרעה הנכונה ולא את ההכרעה המהירה ואנחנו רואים את התופעה הזאת בבוררות'. סוצ'יו, לעיל ה"ש 62, בעמ' 4. ראו גם דפנה לביא "לא על הבוררות לבדה ולא על הגישור לבדו – הצעה לאימוצו של הגישור כמענה המתגבר על חולשותיו של מוסד הבוררות בישראל" **משפטים מב 589 (2012)** (להלן: לביא "לא על הבוררות לבדה")."

האחד – פסיקה לפשרה על-ידי שופט; והאחר – פישור)⁷⁸, במדיניות שיפוטית מעודדת ותומכת,⁷⁹ בתמריצים כלכליים ומוסדיים שונים לעידוד השימוש בחלופות ה-ADR,⁸⁰ בהקצאת משאבים שלטוניים, בשינוי מדיניותה של המדינה כצד לסכסוכים (אשר התבטא בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה המעודדת את פרקליטות המדינה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים),⁸¹ בקידום התמיכה והשימוש של הציבור בחלופות להליך הדיוני, בתוכניות הכשרה למגשרים, בקידום פרויקטים מעודדי גישור (ובניהם הקמת מרכז ארצי לגישור) וכיוצא באלה.⁸² נוסף על כל אלה העמידה המדינה לרשות הצדדים את מנגנון ההכרה השלטוני – האפשרות לתת תוקף של פסק-דין להסדר הגישור.⁸³ צעדים נוספים שנעשו במטרה להטמיע את השימוש בדרכי ה-ADR בישראל כללו, בין היתר, את פרסומו, בשנת 2001, של דוח לעידוד השימוש בגישור בבתי-הדין לעבודה.⁸⁴ כמו-כן הוסדר הליך הגישור בבתי-הדין לעבודה ובבתי-המשפט לענייני משפחה באמצעות שילובו בתהליך ניהול התיק באופן מובנה.⁸⁵ תוכנית מנ"ת (מחלקה לניתוב תיקים) ארצית אושרה על-ידי שר המשפטים בפברואר 2003,⁸⁶ לאחר שבשנת 2002 חוקק סעיף 82א לחוק בתי-המשפט, הקובע כי בכל בית-משפט בישראל יש להקים מנ"ת.⁸⁷ יתר על כן, בכל הנוגע בגישור היתוסף כאמור, בנובמבר 2007, תיקון לתקסד"א

- 78 חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), התשנ"ב-1992, ס"ח 68.
- 79 בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 216.
- 80 במסגרת התמריצים הכלכליים ראו, למשל, תק' 5(ב), 6(ב) (4) ו-20 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007, שהחליפו את תק' 15(ב) לתקנות בית המשפט (אגרות), התשמ"ח-1987, ק"ת 5069. התקנות החדשות מעניקות לבית-המשפט שיקול-דעת להורות על החזרת אגרה מקום שתיק שהתנהל בבית-המשפט הסתיים בגישור. במסגרת התמריצים המוסדיים ראו, למשל, ס' 79ג(ח) לחוק בתי-המשפט, המאפשר הענקת תוקף של פסק-דין להסדר גישור גם מבלי שהוגשה תביעה לבית-המשפט.
- 81 "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1203 (התשנ"ט) (להלן: הנחיית היועמ"ש מס' 6.1203).
- 82 בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 216.
- 83 ובכך הוזילה לצדדים את עלויות האכיפה.
- 84 ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה **דין וחשבון** (2001). בראשות הוועדה שפרסמה את הדוח עמדה השופטת וירט-ליבנה.
- 85 אלברשטין "הקדמה", לעיל ה"ש 75, בעמ' 358.
- 86 תוכנית המנ"ת הארצית דנה במיון, סיווג, הערכה וניתוב של תובענות, וכן בשימוש בחלופות שיפוטיות. ראו elyon1.court.gov.il/heb/laws/manat.pdf.
- 87 בהתאם הותקנו תקנות המנ"ת. ראו ס' 3 לתקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים), התשס"ב-2002, ק"ת 1198, הקובע כי "א) מנהל בתי המשפט יערוך, באישור שר המשפטים, תכנית מנ"ת ארצית ובה קווים מנחים אחידים להפעלת המנ"ת... (ב) בתכנית הארצית ייקבעו הוראות בדבר... (4) פניה לבעלי דין, בתיקים מתאימים, לשם קבלת הסכמתם להפניית התובענה להליכים חלופיים של יישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט, לרבות גישור, בורות והערכה ניטרלית מוקדמת של סיכויי בעלי הדין בתובענה" (ההדגשה הוספה). עם זאת, תוכנית המנ"ת הארצית כשלה, רוב המנ"תים בבתי-המשפט כבר פורקו, והעומס נותר על כנו. למחלוקת בדבר סיבות הכישלון ראו דן ארבל

המחייב את הצדדים בתובענות אזרחיות שונות להשתתף בהליך בשם פגישת מהו"ת, שבמהלכו נבחנת האפשרות ליישב את התובענה באמצעות הליך גישור;⁸⁸ ואילו בכל הנוגע בבוררות, ולנוכח הרתיעה של הציבור משימוש בהליך זה, תוקן כאמור, בשנת 2008, חוק הבוררות, התשכ"ח-1968, והוספו לו חובת הנמקה של פסק הבוררות בצד שני מסלולי ערעור אפשריים (וחלופיים) על פסק הבורר.⁸⁹

הציפייה הייתה, אם כן, שהמדיניות האמורה, של עידוד השימוש בהליכי ADR ותמיכה מוסדית ומוסדרת בהם, תשפיע לחיוב על הביקוש להם. ציפייה זו לא הייתה משוללת היגיון. ברי כי בהכרה בהליכי ADR בחקיקה יש כדי להעניק מעמד "מכובד" להליכים אלה בעיני המתדיינים הפוטנציאליים וכן לְמַצְבֵם כהליך לגיטימי בגדר המבנה המשפטי של הליטיגציה של החוק.⁹⁰ כלומר, עצם מדיניות ההסדרה ואימוצן של החלופות ליישוב סכסוכים על-ידי החוק היו אמורים לחזק את אמון הציבור בחלופות אלה, והציפייה הייתה, כאמור, שאמון זה יוביל בסופו של יום להגברת השימוש באותן חלופות על-ידי הציבור הרחב.⁹¹

ציפייה זו התבדתה, כאמור, ותוצאותיו של מחקר אמפירי שנערך בעניין מגלות כי המבנה המשפטי של ההסדרה ואופן יישומה לא הגבירו את הנטייה לשימוש בחלופות הללו; נהפוך הוא, נראה כי אף הייתה להם השלכה שלילית על נטייתם של הצרכנים הפוטנציאליים.⁹² למרות הקושי לבודד את השפעתה הישירה של הסדרת התחום מתוך מכלול הגורמים המשפיעים בכוח על הנטייה לשימוש בחלופות ליישוב סכסוכים, עורכי המחקר מציינים כי "המשנתה העיקרי שהשפיע בכיוון שלילי על הנטייה להליכים חלופיים הוא ההסדרה עצמה ויישומה".⁹³ לטענתם, בממצאי המחקר קיימת אינדיקציה משמעותית לכך **שלהסדרה היה משקל נכבד בתהליך הנטישה של דרכי ה-ADR**, והתמונה המתקבלת היא של **ירידה בנטייה לשימוש בחלופות ליישוב סכסוכים בתקופה שלאחר הסדרתו**.⁹⁴ בהמשך הם טוענים כי –

⁸⁸ דרושה מהפכה? נהפוך הוא "עורך הדין 9, 68–70 (2010); ברק לייזר "המהפכה כבר כאן" עורך הדין 9, 71–72 (2010).

⁸⁹ ראו ועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט **דין וחשבון** (2006) (להלן: **דוח ועדת רובינשטיין**).

⁹⁰ לשני מסלולי הערעור האפשריים ראו ס' 21 א' וס' 29 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968, אשר הוספו בתיקון מס' 2 לחוק הבוררות.

⁹¹ בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 217.

⁹² שם.

⁹³ שם, בעמ' 209–210, 212, 234, 244–245.

⁹⁴ שם, בעמ' 245.

⁹⁵ שם. גם בתקופה מאוחרת לזו שנבחנה במחקרם של בר-ניב ולחמן לא נרשמו נתונים מעודדים בכל הנוגע בפניית הציבור הרחב לחלופות ליישוב סכסוכים, והמגמה של העדפת ההליך השיפוטי עודנה קיימת. ראו מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 521–522: "הנחייית היועץ המשפטי לממשלה משנת 1999, אשר המליצה בחום על הבאת סכסוכים שהמדינה צד להם לגישור, נשארה בבחינת אות מתה. היועדה, שהוקמה בשנת 2000 על ידי היועץ המשפטי דאז אליקים רובינשטיין

"לנוכח הנטייה החלשה מאד לחי"ס [חלופות ליישוב סכסוכים – ד' ל'], בהינתן מתכונת ההסדרה ודרכי יישומה כיום, יש לבחון מתכונות אחרות או שינוי מדיניות אשר יסייעו בהרחבת השימוש בהליכים חלופיים."⁹⁵

רשימה זו מנסה, אם כן, להציע שינוי מדיניות מסוים, לפחות בכל הנוגע בקליטתו של הליך אחד – הליך ה-ENE. יובהר כי מאמר זה אינו עוסק בעצם הנטייה (או אי-הנטייה, ליתר דיוק) של הציבור בישראל לפנות לחלופות להליך הדיוני לשם יישוב סכסוכיו. לצורך בירור של סוגיה זו נדרש מחקר עדכני, אשר יבחן את שיעור הסירוב הגבוה בארץ לפנייה לחלופות ליישוב סכסוכים, את דפוסי השימוש בכלים ליישוב סכסוכים ואת הגורמים המשפיעים עליהם.⁹⁶ הסיבה שבעטייה הובאו הנתונים שלעיל היא המסקנה שאליה הם מובילים: המצב המסתמן כרגע הוא שכל עוד ישוק הליך ה-ENE לציבור בישראל כאחת מדרכי ה-ADR, אחת דינו – לשבט.

להליך ה-ENE יש "קבלות" מן השטח על תרומתו בהפחתת העומס מעל בתי-משפט בעולם אשר אימצוהו במסגרת מערך השירותים הכללי שהציעו לצדדים. כך הדבר, כמובא לעיל, בבריטניה ובמחוזות שונים בארצות-הברית.⁹⁷ נוסף על כך קיימים כאמור נתונים אמפיריים המעידים על הצלחתו של הליך ה-ENE בסגירת תיקים מהירה יחסית ובמניעת היוקקותם של הצדדים לשלב ההוכחות הדיוני.⁹⁸ דווקא בשל יתרונותיו אלה (כמו-גם בשל יתרונותיו הרבים האחרים של הליך, כפי שפורטו לעיל⁹⁹), ובמיוחד על רקע הצורך הדוחק בפתרונות יעילים לבעיית העומס בבתי-המשפט בישראל, קיים אינטרס ראשון במעלה באימוצו של הליך זה אל תוך מערכת המשפט בישראל.

דא עקא, לנוכח האמור לעיל, אימוצו של הליך ה-ENE בישראל כחלק מן המערך הקיים של דרכי ה-ADR (כפי שההליך נתפס ומאומץ בעולם הרחב) עלול להוביל לרתיעה של הציבור הישראלי ממנו, כחלק מן הרתיעה הכללית של ציבור זה, כאמור, משימוש בדרכי ה-ADR. נראה, אם כן, כי יש לשקול בכובד-ראש את אופן אימוצו של

לצורך יישום ההנחיה, הוציאה תחת ידה דוח ראשוני בשנת 2003. אולם המלצותיה לא יושמו. בפועל היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה לא הפגינו התלהבות מהעברת סכסוכים שהמדינה צד להם לגישור. מערכת בתי המשפט גילתה מלכתחילה התלהבות רבה יותר. היא ניסתה להפנות תיקים לגישור או לפישור חיצוני למגשרים או למפשרים פרטיים וכן למרכזי הגישור הרבים שהוקמו, אולם נתקלה בקשיים או בכשלים מצביים אובייקטיביים, ובהם היעדר כלים מתאימים למיון תיקים ולבחירת מגשרים ומפשרים, שיטת תמריצים בעייתית, היעדר בקרת איכות ושיעור גבוה של סירוב ללכת לגישור... (ההדגשה הוספה).

95 בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 247 (ההדגשה הוספה).

96 מירוני "מעורבותם של המשפט ובתי-הדין בסכסוכי עבודה", לעיל ה"ש 71, בעמ' 302: "איתור והבנה של הגורמים והתהליכים שהובילו למצב דברים חריג זה [הכוונה לנטייה של הציבור לא לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים – ד' ל'] מחייבים מחקר היסטורי וסוציולוגי רחב-היקף."

97 ראו לעיל ה"ש 48–54 והטקסט שלידן.

98 ראו לעיל ה"ש 33–40 והטקסט שלידן.

99 ראו לעיל ה"ש 41–47 ו-55–58 והטקסט שלידן.

הליך ה-ENE אל מערכת המשפט בישראל ואת דרך שילובו במערך הקיים, על-מנת שתהליך הקליטה שלו יצליח ויישא פירות. מכל האמור עד כה עולה, ראש לכל, כי קיים "שיקול פרגמטי" המצביע על הצורך באימוצו של הליך ה-ENE אל המשפט הישראלי כשלב אינהרנטי בהליך הדיוני, ולא כחלופה חיצונית לו, קרי, כשלב שהוא חלק מסדר הדין האזרחי, ולא כאחת מחלופות ה-ADR. בפרק ד להלן נתייחס בהרחבה להצעה זו. אולם לפני כן, בפרק הבא, נראה כי השיקול הפרגמטי שהוצג בפרק זה אינו עומד לבדו. בבסיס הצעתנו לאמץ את הליך ה-ENE בישראל כחלק פנימי מן ההליך הדיוני (להבדיל מחלופה מחלופות ה-ADR) עומדים גם שיקולי תפיסה רעיונית של מהות ותוכן, הקשורים להליך ה-ENE עצמו ולסביבתו גם-יחד.

פרק ג: "מרק כפתור" – מבט רפלקסיבי על הליך ה-ENE

בפרק הנוכחי נראה כי בהליך ה-ENE מצויים יסודות אשר לא רק שאינם עולים בקנה אחד עם תנועת ה-ADR, אלא שהם אף אנטיטטיים לתנועה זו, על הרציונלים ודרכי היישום שלה. לו רק בשל זאת, כך נטען, תהא זו טעות להתייחס להליך ה-ENE כאל חלק מתנועה זו ולאמצו ככזה אל המשפט הישראלי. בטענה זו ידון להלן חלקו הראשון של פרק זה. יודגש: סוגיה זו אינה תיאורטית גרידא. התייחסות שגויה להליך ה-ENE כאל מה שהוא אינו, וניסיון לאמצו באופן שגוי ובלא ההתאמות הנדרשות אל הסביבה המאמצת (קרי, אל המשפט הישראלי), עלולים להזיק להליך עצמו כמו-גם להקטין את ההזיקות בישראל לדרכי ADR ככלל. בטענה זו ידון חלקו השני של הפרק.

1. יסודות אנטיטטיים לתנועת ה-ADR

(א) הליך ה-ENE – "פרוזדור", ולא חלופה להליך הדיוני
 דרכי ה-ADR כשמן כן הן: חלופות להליך השיפוטי. הדגש מצוי כבר בעצם שמן, קרי, בהגדרתן כחלופות להליך השיפוטי, להבדיל מפרוזדור/מבוא בדרך אליו. התנועות המרכזיות שהובילו לאימוץ רעיון הגישור, לפיתוחו ולהרחבת השימוש בו הצביעו על רציונל של התרחקות מן ההליך השיפוטי, מתוך ניסיון לבנות חלופה משופרת לו.¹⁰⁰ כך עשתה התנועה הראשונה, שהתרכזה במגבלותיה של המערכת השלטונית בהתמודדות עם סכסוכים מסוימים.¹⁰¹ כך עשתה גם התנועה השנייה, שהצביעה על בעיית

100 מירוני "גישור ו-ADR", לעיל ה"ש 71, בעמ' 32.

101 שם, בעמ' 36-37: "בשנות השבעים היתה ארצות הברית עדה להתפרצות של אלימות במספר מוקדי סכסוכים, כגון הסכסוך רב השנים בנושא זכויות הבעלות על האדמות של השמורות האינדיאניות, מרידות של אסירים בבתי הכלא, כאשר הידוע והאלים ביניהם היה מרד האסירים באתיקה, סכסוכים קהילתיים בין קבוצות אתניות ובעיקר התקוממויות של קבוצות מיעוט נגד מערכת השלטון בכלל,

התמשכותם של ההליכים המשפטיים ועלותם, על בעיית העומס בבתי-המשפט ועל חוסר היעילות ואי-שביעות-הרצון מתוצאות ההליכים המשפטיים, אשר הולידו ביקורת חברתית קשה,¹⁰² בצד קולות שנשמעו בדבר חוסר ההתאמה של ההליך המשפטי לטיפול בסכסוכים טעוני רגשות.¹⁰³ כך עשתה גם התנועה השלישית, שהתמקדה במגבלות אינהרנטיות להליך השפיטה אשר הובילו למחשבה כי יש להוציא מבית-המשפט ומהליך השפיטה סוגים מסוימים של סכסוכים, ולספק לצדדים כלים אחרים חוץ-מערכתיים להתמודדות, אשר ישאירו את כוח ההחלטה בידי הצדדים עצמם (בסיועו של גוף מתערב שיסייע להם להגיע להחלטה מוסכמת, אשר תענה בצורה טובה יותר על צורכיהם).¹⁰⁴ וכך עשתה גם התנועה הרביעית, הנוגעת בדרישה לשינוי חברתי. הכוונה לאותו זרם מתחום המשפט, מדעי החברה והחינוך שהצביע על כשל חברתי-תרבותי בדרך שבה החברה המערבית נוהגת ברובה ליישב קונפליקטים וחילוקי-דעות.¹⁰⁵ תנועה זו הצביעה על כך שהשימוש המוגבר והמוגזם בהליכי בית-המשפט

ונגד מערכת המשפט בפרט, שנראתה לחברי קבוצות אלו אליטיסטית, מנוכרת, מתנשאת, בלתי מובנת ובלתי רלבנטית. המערכות השלטוניות, לרבות הזרוע המשפטית, עמדו חסרות אונים, שכן דיכוי סכסוכים אלו בכוח היה אולי מחניקים לשעה, אולם לא מוריד ואולי אף מעלה את רמת האלימות הכבושה. לבטח דיכוי בכוח לא היה מצליח ליישב אותם. לפיכך, החל חיפוש אחר דרכים חדשות להסדרת מערכות היחסים, לרבות טכניקות ליישוב חילוקי דעות עתידיים... לדוגמה, הוכנסו הליכי גישור מקצועיים בסכסוכים עם המיעוט האינדיאני ובסכסוכים פנים קהילתיים בין קבוצות אתניות שונות..."

102 שם, בעמ' 37: "הנתונים הבלתי מספקים לגבי יעילות בתי המשפט בהיבט הכמותי הולידו גם טענות חברתיות קשות. אלו התייחסו לכך שצדק שמגיע באיחור אינו צדק ראוי, וכי מצב דברים זה מביא לפגיעה ברעיון של שוויון בפני החוק. הכוונה לכך שהתמשכות ההליכים והעלויות הגבוהות פוגעות יותר בשכבות החלשות. כלומר, לא רק מחירו של צדק שמגיע באיחור לגביהן הוא גבוה יותר, הזמן הממושך והעלות מונעים מן השכבות החלשות והעניות גישה לבתי המשפט, ופוגעים ביכולתן לממן ייצוג משפטי ראוי." ראו גם: Frank E.A. Sander, *Varieties of Dispute Resolution*, in THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE 65 (A. Leo Levin & Russell R. Wheeler eds., 1979).

103 כגון סכסוכי משפחה בכלל, והנושא של משמורת קטינים בפרט, וכן בסכסוכים הנוגעים במערכות יחסים אינטימיות.

104 מירוני "גישור ו-ADR", לעיל ה"ש 71, בעמ' 32. תוצאותיהם של מחקרים שונים שנערכו בשנות השבעים והשמונים על הליך השפיטה הוליכו למסקנה כי בית-המשפט והליך השפיטה אינם מתאימים – בשל כשלים אינהרנטיים בהם – לסוגים מסוימים של סכסוכים, וזאת לא רק במישור של השגת יעילות, כי אם גם במישור של השגת צדק. הכוונה, בין היתר, לסכסוכים במסגרת של יחסים נמשכים, סכסוכים שפתרונם אינו סובל פומביות, סכסוכים מרובי צדדים/נושאים, סכסוכים שבהם פסק שיפוטי אינו יכול לפתור את הבעיות האמיתיות העומדות בשורשיהם, סכסוכים שנוצצים בהם פתרונות מורכבים או יצירתיים (אשר בית-המשפט מוגבל מלספקם), וכן סכסוכים שאם יובאו להכרעה שיפוטית, תיווצר בהם בעיית אכיפה קשה.

105 שם, בעמ' 39: "השימוש המוגבר והמוגזם בכוח לסוגיו השונים ובהליכי בית המשפט, ואפילו במודל הדמוקרטי של החלטת הרוב, אינו מבטיח איכות חיים ראויה מבחינה חברתית. לכן יש לבנות

אינו מבטיח איכות חיים ראוייה מבחינה חברתית, וכי חברה משופרת אינה זקוקה באופן אינטנסיבי לסמכות חיצונית כדי לקיים תהליכים חברתיים תקינים, דוגמת יישוב סכסוכים. המשותף לכל התנועות הללו היה ניסיון ליצור חלופה להליך השיפוטי, כך שסכסוכים רבים והמעורבים בהם יהיו פטורים מלראות את צידו הפנימי של אולם המשפט.

כך, למשל, בהליך הבוררות, מן הקלסיות והוותיקות שבדרכי ה-ADR. חוק הבוררות הפדרלי (ה-Federal Arbitration Act – FAA)¹⁰⁶ מאגד עילות ביטול מצומצמות המאפשרות את ביטולו של פסק הבוררות. עילות אלה אינן כוללות טעות משפטית או טעות בהחלת הדין. החוק האמור אינו מאפשר לצדדים לקבוע, בהסכם, ערכאת ערעור ברשות, ואינו מאפשר לערער על פסק בורר אף אם נפלה בו טעות יסודית. הרציונל הוא שהבוררות נועדה להיות חלופה להליך השיפוטי, ולא מבוא בדרך אליו (בין היתר בשל השאיפה ליעילות ולסופיות הדין).¹⁰⁷ רציונל החלופה להליך השיפוטי קיים גם בגישור. כאשר Bush & Folger מתארים את ההתפתחות ההיסטורית-הכרוניולוגית-הקונספטואלית של מוסד הגישור, הם מתארים אומנם שתי אסכולות גישוריות מרכזיות שונות אשר מחזיקות כל אחת במודל גישורי ייחודי המאמץ מידת התרחקות שונה מן ההליך השיפוטי.¹⁰⁸ אלא ששתי האסכולות גם-יחד מתרחקות ללא ספק מן ההליך השיפוטי ומשמשות חלופה לו. שתיהן גם-יחד נוטשות את גישת ה"משחק סכום אפס" החולשת על ההליך האדוורסרי; שתיהן מעבירות את מרכז-הכובד של יישוב הסכסוך אל הצדדים, להבדיל מיישובו באמצעות סמכות משפטית חיצונית לצדדים ועל-סמך נורמות משפטיות אובייקטיביות, כופות וחיצוניות לצדדים; בשתי אסכולות הגישור האמורות

תרבות חדשה של יישוב מחלוקות ובניית הסכמה בין יחידים ובין קבוצות, לרבות במקרים של מחלוקות בין המדינה לבין יחידים, קבוצות וארגונים.

The Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. (1925) 106

107 להרחבה ראו: Drew M. Gully, *The Enhanced Arbitration Appeal Amendment: A Proposal to Save American Jurisprudence from Arbitration, Modeled on the English Arbitration Act of 1996*, 36 HOFSTRA L. REV. 1095 (2008)

108 האחת היא "גישת פתרון הבעיה" ("the problem-solving approach") – אותה גישה קלסית מקדמת שרווחה באופן בלעדי במשך שנים ואשר ראתה בסיום הסכסוך ובהשגת הסכם שישיע את רצון הצדדים את הרציונל העומד בבסיסו של הליך הגישור; ואילו האחרת היא "גישת הטרנספורמציה" ("the transformative approach"), אשר רואה בצדדים (בצמיחתם ובטרנספורמציה שלהם) את מטרת-העל של ההליך, ואינה חותרת באופן ישיר אל המטרה של סיום הסכסוך והשגת הסכם. ראו: ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, *THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION* (1994). אכן, שתי האסכולות הללו שונות זו מזו במידת התרחקותן מן ההליך השיפוטי: האסכולה ההסכמית נותרת עם הקונספציה שההליך השיפוטי שבוי בה – תפיסת הסכסוך כבעיה, קרי, כמכשול שיש להתגבר עליו; ואילו האסכולה הטרנספורמטיבית מתרחקת עוד יותר מן ההליך השיפוטי, ורואה בסכסוך הזדמנות חיובית לצדדים ופוטנציאל לצמיחה שלהם. למעשה, ניתן לומר כי האסכולה הטהורה שואפת שאיפה חברתית לייתור בתי-המשפט (בשל ייתור ההיזקקות לו) בבוא היום.

(ולחבדיל מן ההליך השיפוטי) אין כבילות לסדרי דין פרוצדורליים;¹⁰⁹ והחשוב מכל – שתייהן מנטרלות את רכיב הכפייה הכרוך באופן אינהרנטי בהליך השיפוטי, המסתיים בפסק (להבדיל מהסכם), ונשענות על עקרון "האוטונומיה של הצדדים" ועל עקרון "רצוניות ההליך".¹¹⁰

גם בדרכי ADR חדשות יותר ומוכרות פחות בארץ, דוגמת "משפט שיתופי" (Collaborative Law), חוזר הרציונל של העמדת חלופה להליך השיפוטי, ולא שלב בדרך אליו. בהליך זה הצדדים מתחייבים להגיע להסדר מיטבי מחוץ לכותלי בית-המשפט. יתרה מזו, שני עורכי-הדין ה"שיתופיים" מתחייבים לסיים את תפקידם בתיק אם יחליט אחד הצדדים לפנות לערכאות ולפתוח בהליכים משפטיים. בהליך זה גם לעורכי-הדין יש אם כן אינטרס ברור להצליח ביישוב הסכסוך מחוץ לכותלי בית-המשפט, שכן שני עורכי-הדין "מאבדים" כאמור את התיק אם מי מהצדדים מחליט לפנות אל ההליך הדיוני.¹¹¹

למעשה, רעיון החלופה להליך השיפוטי חולש על תנועת ה-ADR בכללותה. תנועת ה-ADR התפתחה, כידוע, כתנועה ביקורתית כלפי ההליך השיפוטי. מדובר בביקורת מלבר, להבדיל מהסתפקות בשיפורים פנימיים בתוך ההליך הדיוני. מבטא של התנועה מופנה אל מחוץ להליך השיפוטי, ונסיונה הוא ליישב את הסכסוכים מחוץ לכותלי בית-המשפט. תנועת ה-ADR היא חלק מניסיון כללי יותר לתקוף מבנים ישנים ולערער פרדיגמות מקובלות של משפט ומדע. ניתן לסכם ולומר כי אף שתנועת ה-ADR מייצגת מארג מורכב של שחקנים, אשר אינם חולקים בהכרח אותה תפיסת-עולם ואותה אידיאולוגיה, המאפיין המרכזי של פעילות התנועה הוא חתירה פרגמטית לפתרון סכסוכים בדרכים שאינן משפטיות בלבד, ולשינוי מערכתי של היחס לסכסוך ולפתרון.¹¹²

109 החולשים על ההליך הדיוני המתקיים בבית-המשפט. יתרה מזו, להבדיל מן ההליך השיפוטי, שם אין השופט ראוי להיפגש בנפרד עם צד לסכסוך, בגישור הפגישות הנפרדות הן כלי עבודה חשוב ביותר. המגשר מקיים עם כל צד פגישות נפרדות ("caucus"), ואלה חסויות מפני הצד האחר (כמו גם מפני כל גורם שיפוטי) כל עוד הצד הנפגש לא ויתר על החיסיון.

110 על עקרון "רצוניות ההליך" ("voluntary process") ועל עקרון "האוטונומיה של הצדדים" ("party autonomy", "self determination") בהליך הגישור ראו: Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 NOTRE DAME L. REV. 775, 819–820 (1999); Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 315 (1971); Jacqueline M. Nolan-Haley, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, 74 WASH. U. L. REV. 47 (1996) (להלן: Nolan-Haley, *Court Mediation*). כן ראו BUSH & FOLGER, לעיל ה"ש 108, בעמ' 11–12.

111 PAULINE TESLER, *COLLABORATIVE LAW: ACHIEVING EFFECTIVE RESOLUTION IN DIVORCE WITHOUT LITIGATION* (2001). כן ראו: KATHERINE E. STONER, *DIVORCE WITHOUT COURT: A GUIDE TO MEDIATION & COLLABORATIVE DIVORCE* (2006).

112 מיכל אלברשטין *תורת הגישור* 26 (2007) (להלן: אלברשטין *תורת הגישור*). מאפיין/מוטיב זה חוזר ומופיע בשיטותיהן המגוונות של כל הקבוצות שהתפתחו בתנועת ה-ADR, החל בשיטתם של ה"פרגמטיסטים", שעוסקים בבעיית העומס בבתי-המשפט ובפיתוח מעשי של חלופות לשפיטה,

לטענת מאמר זה, הליך ה-ENE – הן מן הבחינה העיונית והן מן הבחינה המעשית – משמש **פרוודור** אל ההליך הדיוני המתקיים בבית-המשפט, ולפיכך אינו מקיים את הרציונל שהובא לעיל, אשר משותף כאמור לכלל דרכי ה-ADR: **חלופה** להליך הדיוני. לתמיכה בטענה זו נציין כמה נקודות:

ראשית, כפי שצוין לעיל,¹¹³ במקרים שונים ה-ENE מסתיים בין כותלי בית-המשפט, בהכרעה שיפוטית מלאה. כמקובל בקודים שונים בעולם, אם בהליך ה-ENE לא מושג הסדר, פתוחה הדרך לפני הצדדים לחזור אל בית-המשפט להמשכה של ההתדיינות המשפטית. לא זו בלבד שדרך זו אינה חסומה בפניהם, כמקובל בחלק מדרכי ה-ADR (דוגמת הבוררות, המשפט השיתופי או הגישבור – med-arb),¹¹⁴ דרך זו היא אחת האפשרויות המוצגות לפני הצדדים כבר בראשיתו של ההליך ו**כחלק ממנו!** הליך ה-ENE מביא מראש אפשרות זו בחשבון, בהגדירו את תפקידו של המעריך הניטרלי כנמשך גם אז, אף אם בצורה שונה: אם הצדדים בוחרים בהליך השיפוטי, תפקידו של המעריך הניטרלי הוא להעניק להם סיוע בהכנת התיק למשפט! כמוסבר בפרק הקודם,¹¹⁵ המעריך הניטרלי מסייע לצדדים להתכונן לשלב ההליכים המשלימים (גילוי מסמכים וכיוצא בזה) ולשלב קדם-המשפט וההוכחות. כמו-כן הוא עשוי להנחות את הצדדים בהגדרת הסוגיות שבמחלוקת ובצמצומן, להציע קווים מנחים לניהול שלב ההוכחות, ולהמליץ להם על בקשות שונות שכדאי שיגישו ועל עיתוי הגשתן. הוא אף עשוי להציע לוח-זמנים להגשת תצהירים בתיקים מרובי עדים, ולהמליץ על צעדים נוספים שעשויים לתרום להאצת ההליך הדיוני ולקיצורו.¹¹⁶ כבר כאן מתגלה מהותו האמיתית של הליך ה-ENE כ**פרוודור** אל ההליך הדיוני, ולא כחלופה לו, העומדת עצמאית על רגליה.

שנית, גם במקרים שבהם התיק אינו מסתיים בפסק-דין בין כותלי בית-המשפט, השפעתו המרכזית של בית-המשפט על הליך ה-ENE ברורה, עד כדי גימודו של זה האחרון לכלל סניף (אף אם לא-פורמלי) של הראשון. כבר בהגדרתו ובהגדרת מטרותיו של הליך ה-ENE ניתן לראות כיצד בית-המשפט ופסיקתו הפוטנציאלית מהווים את ההשראה העיקרית להתפתחותו, להתנהלותו כמו-גם לאחריתו של ההליך. מטרתו

ואשר אינם שואפים למהפכה אידיאולוגית חברתית, אלא לפתרונות מעשיים; המשך בקבוצה של "מקדמי איכות ביישוב סכסוכים", המעוניינים לקדם את דרכי ה-ADR כגישה איכותית יותר לטיפול בסכסוכים, ואשר הדחף המניע אותם אינו בעיית העומס, כי אם הרצון לתת פתרונות אפקטיביים ורגישים לסכסוכים; המשך ב"תנועת הגישה לצדק", אשר קוראת להבטחת נגישות גבוהה יותר של מערכת המשפט לקבוצות חלשות, בין היתר על-ידי חיפוש הליכים ידידותיים יותר ליישוב סכסוכים; וכלה בתנועת ההתנגדות למשפט, אשר דוגלת באנטי-פורמליזם, אוחות באידיאולוגיות המתנגדות למערכת המשפט, ואפיינה בעיקר את תקופת הקמתה של תנועת ה-ADR בארצות-הברית. שם, בעמ' 36–27.

113 ראו לעיל ה"ש 29 והטקסט שלידה.

114 לביא "לא על הבוררות לבדה", לעיל ה"ש 77.

115 ראו לעיל ה"ש 29 והטקסט שלידה.

116 Pearson et al., לעיל ה"ש 49, בעמ' 680.

העיקרית של ה-ENE, כמו בא לעיל,¹¹⁷ היא הענקת אספקלריה מציאותית לצדדים, הנתפסים מראש כמי שבוחרים את סכסוכם-הם במבט שאינו מציאותי. מה שנתפס כמציאותי בעיני הליך ה-ENE הוא התוצאה הצפויה בתיק אם יידון בין כותלי בית-המשפט, קרי, פסק-דין – פסק-דין – תוצאתו של ההליך הדיוני (או תוכנו, ליתר דיוק) – הוא אם כן המוטו וההשראה של הליך ה-ENE. הצדדים אינם מקבלים את הכוח בעיצוב תוכנה של התוצאה בעניינם. אדרבה, הם נתפסים כמי שאינם ראויים לקבל החלטה מהותית ערכית בנוגע לגורלם-הם. בסיועו של המעריך הניטרלי הם אמורים להתחקות אחר תוצאה שתהא קרובה ככל האפשר במהותה לתוצאתו של פסק-דין משפטי אילו ניתן. זאת ועוד, המשוב של המעריך הניטרלי אמור לנטרל את ההטיות שהיו עלולות למנוע את הצדדים מלהשקיף על התיק מנקודת-מבט "מציאותית". ההנחה היא כי **"המציאות" האמיתית היא זו שבית-המשפט היה רואה (ולא הצדדים) אילו הובא התיק לפתחו לצורכי הכרעה.**

גם על ההליך עצמו (להבדיל מן התוצאה) הצדדים אינם חולשים. אדרבה, לאורך כל הדרך מי שחולש על ההליך הם עורכי-דינם והמעריך הניטרלי.¹¹⁸ במקומות שונים בעולם אף מוותרים על עצם נוכחותם של הצדדים בהליך, ומסתפקים בייצוגם על-ידי עורכי-דינם.¹¹⁹ נראה אם כן כי ההליך הדיוני ותוצאתו משמשים להליך ה-ENE השראה ודגם לחיקוי. אין מדובר בהליך אשר מעלה על נס את האוטונומיה של הצדדים ואת חיזוק כוחם בעיצוב התוצאה ובניהול ההליך. זאת, להבדיל מרבות מדרכי ה-ADR, אשר זהו היעד המרכזי העומד בבסיסן,¹²⁰ כמו-גם בבסיסה של תנועה זו בכללותה, כאמור.¹²¹

117 ראו לעיל תת-פרק ב למאמר.

118 Barry Edwards, *Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs*, 18 HARV. NEGOT. L. REV. 281, 302 (2013): "The most important factor in determining the success of the [ENE] process in any one case was the individual neutral involved"

119 בפועל ויתר בית-המשפט פעם בפעם על דרישת הנוכחות המלאה. כך, נציגים של חברות ביטוח הנמצאים מרחק גדול מוורמונט קיבלו פתור מלהגיע כאשר הסכום בתיק היה קטן ומתאם התביעות היה זמין בטלפון. ראו Fitzhugh, לעיל ה"ש 22, בעמ' 44.

120 הגישור כמו-גם דרכים חלופיות נוספות ליישוב סכסוכים חוזרו אחר יעד זה במשך שנים. בהליך הגישור, למשל, האוטונומיה של הצדדים היא מעקרונות-היסוד של ההליך. ראו Nolan-Haley, *Court Mediation*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 49. בהליך המשפט השיתופי יעד זה בא לידי ביטוי באוטונומיה של הצדדים, אשר מחזירה לצדדים עצמם (להבדיל מעורכי-דינם) את השליטה בהליך, על המשא-ומתן המתנהל במסגרתו ועל תוצאותיו. ראו: John Lande & Gregg Herman, *Fitting the Forum to the Family Fuss: Choosing Mediation, Collaborative Law, or Cooperative Law for Negotiating Divorce Cases*, 42 FAM. CT. REV. 280, 281 (2004): "Collaborative law practitioners seek to provide a civilized process, produce outcomes meeting the needs of both parties, minimize costs, and increase clients' control, privacy, and compliance with agreements". ראו גם לביא המגשר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 10-11.

121 ראו מירוני "גישור ו-ADR", לעיל ה"ש 71, בעמ' 39: "רעיונות אלו הובילו למחשבה, כי יש

שלישית, בית-המשפט חולש על הליך ה-ENE כולו ולכל אורכו. מלכתחילה הצדדים מגיעים אל ההליך דרך בית-המשפט, וזאת לאחר שכבר החלה ההתנהלות בעניינם בין כותלי בית-המשפט (לאחר השלב של פתיחת ההליך והחלפת כתבי הטענות, ובמקומות שונים בעולם אף לאחר שלב ההוכחות). הליך ה-ENE עצמו מלווה על-ידי פקידי בית-המשפט ומעריך ניטרלי, שהוא עורך-דין אשר במקרים רבים מוצע על-ידי בית-המשפט (מתוך רשימות שבת-המשפט מחזיקים בידיהם) ואשר חב חובת נאמנות כלפי שולחו – בית-המשפט. זרועו הארוכה של בית-המשפט בכל הנוגע בהליך ה-ENE אינה מסתיימת שם. בית-המשפט ממשיך להוות מעין משקיף או מפקח מגבוה על ההליך והצדדים. בתום כל פגישה על המעריך הניטרלי להגיש דוח לבית-המשפט, המציין אם הושג הסכם. יתר על כן, במקומות שונים בעולם, גם במצבים שבהם הצדדים אינם מגיעים בהליך ה-ENE להסכם או להסכמה כלשהי, אלא בוחרים בדרך ההליך השיפוטי, המעריך הניטרלי מיידע את בית-המשפט בדבר הסוגיות שאינן במחלוקת, בדבר השירותים הנוספים הדרושים ובדבר הסוגיות הרלוונטיות שיש להתמקד בהן. כלומר, בית-המשפט מקבל מעין הדרכה מהירה מהמעריך הניטרלי בדבר הסוגיות העיקריות ובדבר הצעדים הפרוצדורליים הנדרשים (והדיווחים של בית-המשפט אף מציינים את התועלת הרבה שבכך).¹²² למעשה, מבין היתרונות העיקריים של ההליך שנמנו בספרות המלומדים, הטענה אשר חוזרת ומופיעה היא שתוכנית ה-ENE מסייעת בניהול תיקים שיפוטיים במקרה את ההערכות בסוגיות הקריטיות, ברוזה את ניהול התיקים המשפטיים, בהגבירה את יעילותו של סגל שירותי בית-המשפט וכיוצא באלה.¹²³ יתר על כן, מטרת היוזמים של הליך ה-ENE הייתה בדיוק זו: **"יצירת מנגנון מקדים (מושתל על) הליך משפטי אורחי, שיסייע בסילוק המכשולים המסורבלים ומארכים את הדיון במסלול המשפטי המסורתי"**.¹²⁴ למעשה, ההתייחסות להליך ה-ENE במקומות שונים

להוציא מבית המשפט ומהליך השפיטה סוגים מסוימים של סכסוכים, ולספק לצדדים כלים אחרים... המשותף לכל הכלים הללו הוא השארת כוח ההחלטה בידי הצדדים עצמם, כאשר הגוף המתערב מסייע להם להגיע להחלטה מוסכמת, אשר עונה בצורה טובה יותר על צורכיהם." Pearson et al. 122, לעיל ה"ש 49, בעמ' 680. יודגש כי הדרכה זו שהמעריך הניטרלי מעניק לבית-המשפט אינה נכנסת לגדרי האיסור החל על המדינה להפריט את הסמכות השלטונית הניתנת לה (בהקשר זה – סמכות השפיטה), קרי, להעביר או להאציל אותה לגורמים פרטיים (וראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009)). אם תמצי לומר אחרת, אזי כל עדות של מומחה (ובכלל זה עדות של מומחה מטעם בית-המשפט) תיכנס בגדר האיסור האמור. במילים אחרות, אותו דוח שהמעריך הניטרלי מעביר לבית-המשפט הוא בבחינת חוות-דעת בלבד של מומחה מקצועי (משפטן הבקיא בנושא המחלוקת). חוות-דעת זו עוסקת אך ורק בצעדים פרוצדורליים מומלצים או בהגדרתם של הנושאים המהותיים הנוקטים להכרעת בית-המשפט מאחר שלא הושגה בהם הסכמה במסגרת הליך ה-ENE. במילים אחרות, מדובר בהבהרה ובמיקוד של הסוגיות שבמחלוקת. חוות-הדעת אינה עוסקת בשיפוט או בהכרעה בין עמדות הצדדים (או בכל אותם נושאים שחסיון ההליך חל עליהם), והיא אינה מחייבת כמובן (לא את בית-המשפט ולא את הצדדים).

123 Pearson et al. לעיל ה"ש 49, בעמ' 680.

124 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 108.

בעולם היא כאל מקצה שיפורים להליך הדיוני שבבית-המשפט, ובמילים אחרות, כאל חלק מהליך דיוני משופר,¹²⁵ אף שמבחינה פורמלית ה-ENE מוגדר כאחת מדרכי ה-ADR.

רביעית, השיח המתנהל בהליך ה-ENE תואם במידה רבה את השיח המתנהל בין כותלי בית-המשפט. אומנם אין כבילות לסדרי דין וראיות, לדין מהותי או לדין פרוצדורלי, אלא שפרט לכך מדובר ב"שיח של זכויות" לכל דבר ועניין. עורכי-הדין של הצדדים (להבדיל מן הצדדים עצמם) הם שחולשים על ההליך ומנהלים אותו באופן שבו הם רגילים, קרי, באמצעות שיח של זכויות. הערכתו של המערך הניטרלי – המעניקה לצדדים מידע בנוגע לזכויותיהם ולעילותיהם המשפטיות ובנוגע לחולשתם (או לחוסנם) של טיעוניהם העובדתיים ושל הראיות הבאות להוכיחם – ממשיכה אף היא שיח זה. נוסף על כך, אין מדובר בשיח הידודי פורה בין הצדדים עצמם, כי אם בין עורכי-דינם ועורך-דין נוסף (המערך הניטרלי). להבדיל מדרכי ADR רבות, שבהן הדגש מושם בתהליך עצמו – בהתייחסות-הגומלין המתפתחת בין הצדדים, בשיפור התקשורת ומערכת היחסים ביניהם, בחיזוק האוטונומיה של הצדדים, בתובנות שהתהליך הכולל מנביט בהם ובחוויה המתקנת שהם חווים במהלכו – בהליך ה-ENE אין תהליך כלל! כפי שראינו לעיל, מדובר על-פירוב בפגישה אחת, אשר גם בה נושאי הדברים הם עורכי-הדין, המנהלים שיח של זכויות אל מול המערך הניטרלי.

לסיכום נקודה זו, נראה כי מראשיתו ועד אחריתו הליך ה-ENE כרוך אחרי ההליך הדיוני שבבית-המשפט וקשור אליו בקשר בל יינתק. מזווית כרונולוגית-היסטורית, כל תהליך הורתו ופיתוחו של ההליך, במקומות שונים בעולם, נעשה על-ידי מערכות בתי-המשפט,¹²⁶ במסגרת פרויקטים שונים שהן עיצבו וממשיכות לפתח.¹²⁷ יתר על כן, מדובר לרוב בפגישה אחת (להבדיל מתהליך), שמתנהלת מטעם בית-המשפט ובפיקוחו – במסגרתו ובאמצעו של ההליך הדיוני – ואשר לעיתים אף מסתיימת כהליך דיוני לכל דבר, בלוויית פסק-דין, כשהמערך הניטרלי משמש יועץ (לצדדים ולבית-המשפט) לעניין דרך התנהלותו של התיק בדיון השיפוטי.¹²⁸ תמיד, לכל אורכו של ההליך, בית-המשפט משמש בו "שחקן מרכזי", ופסיקתו

125 יש אף מי שרואה ב-ENE מעין הליך של "גילוי מסמכים" לא-פורמלי, בשל המידע הזורם בין הצדדים במהלכו. בהתייחסות כזו יש בוודאי תפיסה של הליך ה-ENE כמעין שלב לא-פורמלי בתוך ההליך הדיוני עצמו. ראו Maycock, לעיל ה"ש 11.

126 במקורו הופיע הליך ה-ENE בבית-המשפט הפדרלי בצפון קליפורניה, כחלק מתוכנית ניסויית שערכה ערכאה זו. ראו Pearson et al., לעיל ה"ש 49.

127 ספרות המלומדים אף תומכת במהלך זה, ועד כה לא נצפתה מגמה של שינוי בעניין זה. אדרבה, הטענה היא, כאמור, שתוכניות ENE מנדטוריות, המאורגנות על-ידי בית-המשפט ומופעלות באמצעות שיתוף-פעולה של המערכת המשפטית ועורכי-הדין, עשויות לתרום לעקיפת הבעיות הכלכליות והרגשיות שהצדדים ניצבים בפניהן. Santeramo, לעיל ה"ש 24.

128 במקרים אחרים, כאשר התיק מסתיים מחוץ לכותלי בית-המשפט, הדבר קורה לרוב בזכות חלופות אחרות ליישוב סכסוכים, דוגמת גישור (mediation) או משא-ומתן לפשרה (negotiation), כפי שהעידו מעריכים ניטרליים רבים. ראו לעיל ה"ש 28 והטקסט שלידה.

הפוטנציאלית (ולא רצונם של הצדדים ו/או פיתוח האוטונומיה שלהם ו/או האינטרסים שלהם) היא מקור ההשראה המרכזי לתוצאה הסופית. כמו־כן, השיח הכולל הוא "שיח של זכויות" (ולא של אינטרסים),¹²⁹ אשר מכפיף את הצדדים לנורמות חיצוניות הנכפות עליהם (דוגמת חוק ותקדים, כמקובל בהליך השיפוטי),¹³⁰ ומתנהל על־ידי עורכי־הדין (הן של הצדדים והן המעריך הניטרלי), לעיתים אף בלא נוכחותם הפיזית של הצדדים עצמם!¹³¹

נשאלת אם כן השאלה אם ניתן להגדיר הליך כזה כחלופה עצמאית להליך השיפוטי או שמא נכון יותר לראותו כחלק אינהרנטי מזה האחרון, כשלב משלבי וכמעין אסופת שיפורים מתוך ובתוך ההליך השיפוטי עצמו.

(ב) הליך ה-ENE – האומנם יישוב הסכסוך בדרכי שלום?

על אחת מדרכי ה-ADR הקלסיות – הגישור – נאמר כך:

"גישור אינו רק מקצוע. זו פילוסופיית חיים. ביסודו מונחת הגישה, לפיה בבסיס חיינו – האישיים, הלאומיים, הבינלאומיים – מונחת ההסכמה... תפישה זו מניחה, כחלק מטבע הקיום האנושי, פתרון הסכמי לסכסוכים. אכן, גישור אינו רק טכניקה. זו תרבות של חיים משותפים."¹³²

יישוב סכסוכים בדרכי שלום הוא מהרציונלים המובהקים שביסודה של תנועת ה-ADR. לטענתנו, וכפי שנראה להלן, הליך ה-ENE אינו עומד ברציונל זה. תנועת ה-ADR בכללותה מייצגת מודל של יישוב סכסוכים בדרכי שלום, המושתת על תפיסת־עולם הבאה לידי ביטוי ברבדים שונים של התרבות.¹³³ גישור בפרט ותנועת ה-ADR בכלל אינם רק פרקטיקה הנרכשת בהכשרה מעשית או רפורמה במערכת המשפט. כידוע, המחצית השנייה של המאה העשרים התאפיינה בתהליכים רחבים של ביקורת על דפוסים ישנים של סדר חברתי. מלחמת־העולם השנייה הובילה להתפכחות מאשליית הקדמה ולהתעוררות ספקות מהותיים באשר ליתרונותיהם של המדע, הטכנולוגיה והפרופסיות המודרניות והוותיקות בכל הנוגע בקידום המין האנושי. על רקע זה התפתח גם שיח מודרני של יישוב סכסוכים. הקמת האו"ם לאחר מלחמת־העולם השנייה הייתה חלק מהניסיון לבנות דרך אחרת להתמודד עם סכסוכים – דרך שאינה

129 על ההבדל בין השניים ועל המונח "שיח של אינטרסים" ראו לעיל ה"ש 19 והטקסט שלידה.
130 בהליך הגישור, לדוגמה, באמצעות האוטונומיה המוענקת להם בהליך, הצדדים יכולים לאמץ לעצמם את הנורמות האובייקטיביות שאליהן יכפיפו את הסדר הגישור שלהם. במילים אחרות, הצדדים בהליך הגישור אינם כפופים לנורמות של חוק ודין. הגישור אינו משתיק את הצדדים כפי שעושה המערכת המשפטית באמצעות חוקים ותקדימים, דיני ראיות, פרוצדורות, חוקות, נטלים וכיוצא באלה. ראו Nolan-Haley, *Court Mediation*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 56.

131 כמו בתוכניות ENE בקליפורניה, למשל. ראו Edwards, לעיל ה"ש 118, בעמ' 326.

132 אהרן ברק "על הגישור" *שערי משפט* ג 9, 9 (2002).

133 אלברשטין *תורת הגישור*, לעיל ה"ש 112, בפרק המבוא.

מאזנת בין נטייה למלחמה לבין נטייה לשלום, אלא בוחרת במכוון ביישוב סכסוכים בדרכי שלום. הולדת הדיסציפלינה של יישוב סכסוכים יש בה מעין "תגובה פוסט-טראומטית" על מציאות אשר הוכיחה כי לא נלמד בה די על סכסוכים, והיא קשורה אפוא למהלכים חברתיים ופוליטיים של ביקורת ולנסיונות לקדם סדר אחר, מתוך הטיה מכוונת לצד של פתרון סכסוכים בדרכי שלום.¹³⁴

ההליך הדיוני נתפס כאנטיזה ליישוב סכסוכים בדרכי שלום. אופיו של ההליך הדיוני המתקיים בין כותלי בית-המשפט הוא מאבקי-לוחמני. דרך ההתדיינות השיפוטית היא דרך התחרות והמאבק.¹³⁵ בהליך השיפוטי המטרה היא הניצחון. כל אחד מהמתדיינים חותר אליו באמצעות עורך-דינו. ההליך השיפוטי המתקיים בבית-המשפט מסתיים תמיד במנצח אחד בלבד, ומולו צד מפסיד. ההליך השיפוטי הוא למעשה סוג של "משחק סכום אפס", כהגדרתו ב"תורת המשחקים",¹³⁶ שבו זכייתו של האחד משמעה הפסדו של האחר, כך שסכום הרווחים וההפסדים הוא אפס. במילים אחרות, זכייתו של האחד היא תמיד "על-חשבונו" של האחר.¹³⁷ הנחת-המוצא היא אם כן שהצדדים מתחרים על כמות משאבים מוגבלת, ולפיכך הם יריבים זה לזה המצויים במאבק מתמשך. החשיבה המשפטית היא חשיבה תחרותית-יריבותית מעצם מהותה.¹³⁸ השיטה האדוורסרית מסלימה אם כן את המתח הקיים ממילא במערכת היחסים שבין הצדדים. שיטה זו בנויה על מודל תחרותי, הגורם לכל צד להתחפר בעמדותיו ולהסתגר מפני עמדות שונות או מפני שיתוף-פעולה. ה"שלום" המרבי שההליך הדיוני עשוי להשיג הוא "שלום קר", ולרוב אף "שלום" זה אינו משתרר. פסק-הדין, שהוא היעד שההליך השיפוטי חותר אליו, הוא במקרים רבים "יריית הפתיחה" למאבק הבא, אם בלשכת ההוצאה לפועל ואם בין כתליה של ערכאת הערעור.¹³⁹ בעוד הנחת-המוצא בהליך הדיוני היא שהצדדים יריבים זה לזה,¹⁴⁰ בגישור ובדרכים אחרות ליישוב

134 שם, בעמ' 18–19.

135 אלרואי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 315.

136 Game Theory – ענף של מדע המתמטיקה העוסק בניתוח מתמטי של אסטרטגיות מיטביות לפעולה במצבים של תחרות בין שחקנים רציונליים.

137 אלרואי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 318.

138 "כמעט כל הקורסים בבית-הספר למשפטים מוצגים מנקודת מבטה של השיטה האדברסארית... בתי הספר למשפטים מחנכים את התלמידים להתכונן לקרב משפטי. הם מלמדים דיון אזרחי ודיני ראיות, אשר מוקדשים במלואם למאבק בבית המשפט..." (שם, בעמ' 320; ההדגשות הוספו).

139 על כך יעידו ריבוי תיקי ההוצאה לפועל הנפתחים מדי שנה, כמו-גם ריבוי תיקי הערעור המיתוספים בעקומה עולה. ראו רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על פעילות רשות האכיפה והגבייה לשנת 2012 (2013) www.eca.gov.il/loadedFiles/doch%202012.pdf (להלן: דוח רשות האכיפה ל-2012).

140 על תמורות בשיטת המשפט הנוהגת בארץ, ובפרט על המעבר משיטה אדוורסרית לשיטה השיתופית ועל התחלה של שינוי בפרקטיקה של עורכי-הדין בישראל, ראו לימור זר-גוטמן וקרני פרלמן "עורך הדין פותר הבעיות: שינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית" הפרקליט נב 547 (2013). כן ראו דפנה לביא "עז נמרו": הרהורים על מהפכת המשפט השיתופי ועל עריכת-דין שיתופית בישראל" משפט ועסקים טו 89 (2012).

סכסוכים עמדת-המוצא היא שהצדדים זקוקים זה לזה, על-מנת לשתף פעולה ולתקוף יחדיו את הבעיה המשותפת – הסכסוך.

"אי-אפשר להתכונן למלחמה ובר-בזמן למנוע אותה" טען אלברט איינשטיין, ובכך סיכם בגאוניות (ומבלי שהתכוון לכך, כמובן) את הסכיזופרניה הבלתי-אפשרית של הליך ה-ENE. הליך ה-ENE אינו מודל ליישוב סכסוכים בדרכי שלום. למעשה, הוא האנטיזה למודל כזה. כפי שהומחש לעיל,¹⁴¹ הליך ה-ENE מקיים לכל אורכו דינמיקה התואמת במידה רבה את זו של ההליך הדיוני-האדוורסרי, עד כדי כך שנראה כי הוא לא פרש מן האחרון כלל. דינמיקה זו יונקת מאותן הנחות המתקיימות בהליך הדיוני בדבר תחרות, יריבות, "משחק סכום אפס" ומאבק. השחקנים הראשיים אינם הצדדים. כבר בכך נשלל מהם הפוטנציאל למשא-ומתן ישיר, לשיח בלתי-אמצעי של שיתוף-פעולה, לצמיחה ולהתייחסות-גומלין בין-אישית שעשויים להנביט מערכת יחסים של שלום אמיתי. השחקנים הראשיים בהליך ה-ENE הם כאמור עורכי-הדין (הן של הצדדים והן עורך-הדין/המשפטן המיתוסף בדמות המעריך הניטרלי). לא למותר לציין כי אלה רגילים ומיומנים בשפת המאבק הליטיגטורית, המהווה את לחם-חוקם.¹⁴² הלימוד והניסיון המשפטיים של עורך-הדין מדגישים עימות, הצבת עמדות קוטביות וכן "קרב למען הניצחון".¹⁴³ "המפה הפילוסופית" של עורך-הדין רואה בסכסוך "זירת התכתשות" מובנית.¹⁴⁴ במילים אחרות, היא האנטיזה ליישוב הסכסוך בדרכי שלום.

השפה לכל אורכו של הליך ה-ENE היא שפת החוק, השיח הוא של מאבק בין זכויות מתנגשות, הדיון הוא "בצל החוק", ובהשראתו גם ניתנת הערכתו של המעריך הניטרלי. זו האחרונה מציידת את הצדדים בתוצאת פסק-הדין המשוערת (על מגוון סעדיו הפוטנציאליים), באומדן של מאזן הכוחות בתיק, בנקודות החולשה ובנקודות החוסן שבטיעוניהם של כל צד, ובמילים אחרות – משחיה למענם היטב את התרבות לקראת הקרב הדיוני. יתרה מזו, לעיתים הערכתו של המעריך הניטרלי מוסיפה ללוות את הצדדים אף עד לפסק-הדין עצמו. כפי שצוין לעיל, אם הצדדים בחלו בהסכם ובחרו לסיים את התיק בהליך דיוני, המעריך הניטרלי ממשיך ומסייע להם בהכנת התיק למשפט. במילים אחרות, במסווה של אחת מדרכי ה-ADR, המרימות על נס את יישוב

141 ראו לעיל חלק ג1 (א) למאמר.

142 "תפקידיי כעורך-דין, היו, בתמצית, אלה:

- נתח (כעורך-דין, לא באובייקטיביות).
- בקר, האשם ומצא פגמים ('הכנס להם', העבר את האחריות אליהם).
- חרוץ משפט (אם לקוחותי הם הקרבנות כי אז בהכרח זו אשמת הצד האחר).
- מנע תקשורת (אל תקלקל את התיק שלי בדיבוריך).
- הפחת במידת אחריותו של לקוחך לבעיה (ילל, ילל, ילל).
- עזור ללקוחך לזכות על חשבון היריב (שממילא אינו ראוי לשום דבר).

אלרואי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 318 (המצטט מתוך: Curt Micka, *From Litigator to Mediator*, 23 (1989) Mediation Q. 85).

143 שם, בעמ' 320.

144 שם, בעמ' 316-317.

הסכסוך בדרכי שלום, הליך ה-ENE מכין את הצדדים הכן היטב למלחמה – לקרב הדיוני שבין כותלי בית-המשפט.

יודגש, כפי שהובהר לעיל בפרק א, גם באותם מקרים שבהם הליך ה-ENE מסתיים בהסכם, פעמים רבות הדבר נובע מהעובדה שהמעריך הניטרלי בוחר בסופו של ההליך לעשות תפנית, ובמקום לתת את הערכתו הניטרלית (ולעיתים אף לאחר שנתן אותה), הוא מחליט, בהסכמת הצדדים, להפעיל גישור או משפט שיתופי או להפנות את הצדדים למגשר חיצוני או לאחת מדרכי ה-ADR האחרות.¹⁴⁵ אם כן, למעשה, מה שמוליד לבסוף את ההסכם – קרי, את יישוב הסכסוך בדרכי שלום – הוא לרוב הליך גישור, משפט שיתופי או דרך חלופית אחרת כלשהי ליישוב סכסוכים, ולא הליך ה-ENE. ניתן אם כן לסכם ולומר כי הליך ה-ENE אינו מצליח לעמוד ברציונל המרכזי המאפיין את דרכי ה-ADR – יישוב הסכסוך בדרכי שלום.

2. סכנות של עירוב תחומים

אגדת-עם עתיקה מספרת את סיפורו של "מרק כפתור". היא מתארת את חוכמתו של נווד חכם ורעב אשר בקשתו למעט מזון נענתה בשלילה על-ידי מטרונית כילאית. בתגובה טען לפניה הנווד כי ביכולתו לבשל מרק מכפתור בלבד, וכי אף ידגים זאת לבקשתה אם תשפות מעט מים בסיר. לאחר שהכניס לתוכו את הכפתור ובחש במרץ, הציע לה הנווד להוסיף מעט ירקות על-מנת להשביח את טעמו של המרק. משניאותה לכך, שידל אותה הנווד להוסיף גם מעט בשר, מלח ותבלינים "להשלמת התמונה". בתום חצי שעה נדהמה המטרונית לגלות בסיר את מרק-ה"פלא" המובטח, והנווד, בין לגימה ללגימה, לא שכח להוציא (בסתר) את הכפתור ה"מופלא".

המושג "מרק כפתור" בא לתאר "תבשיל" שאינו קיים. כפתור אינו נהפך למרק; חסרים המים, הבשר ושאר ירקות. פגישה חד-פעמית לשם קבלת הערכה מקצועית ניטרלית אינה נהפכת לדרך חלופית ליישוב סכסוכים; חסרים התהליך, המטרות והרציונלים העומדים בבסיסה של תנועת ה-ADR (על מגוון דרכיה). זאת ועוד, כשם שלא הכפתור נהפך למרק, ואם התקבל מרק בסופו של יום, אין זה אלא בזכות שאר הרכיבים שהוספו אל הקדרה, כך גם בהליך ה-ENE: אם מתקבל הסכם בסופו, אין זה בזכות ההליך עצמו. כפי שהודו רוב המעריכים הניטרליים,¹⁴⁶ **ההסכם, אם מושג, מתקבל בזכות הליך גישור או חלופה אחרת ליישוב סכסוכים** שבמסגרתם התנהלו הצדדים לאחר (או במקום) קבלת הערכתו של המעריך הניטרלי. לשם השוואה, גם

145 קביעה זו נסמכת על עדויותיהם של מעריכים ניטרליים רבים. כך, למשל, מעריכים ניטרליים רבים בתוכנית בוורמונט הדגישו כי בפועל בחרו בהפעלת גישור, ולא במתן משוב (הערכה ניטרלית), וכי דווקא הגישור שהפעילו פעל ביתר אפקטיביות ליישוב הסכסוך. ראו Fitzhugh, לעיל ה"ש 22, בעמ' 44-45. תק' 16.3 של בית-המשפט המחוזי בוורמונט אף מעודדת את המעריך הניטרלי להפעיל "טכניקת של גישור".

146 שם.

בהליך דיוני המתקיים בבית-משפט צדדים עשויים להגיע בסופו של דבר להסכם (בתיווך השופט או בלעדיו). מובן שאין הדבר הופך את ההליך הדיוני לדרך חלופית ליישוב סכסוכים!

יתרה מזו, לא רק שתרומתו של הכפתור למרק היא אפסית, אלא קיימת גם הסכנה שבבליעתו. לטענתנו, כך הדבר גם לגבי ההתייחסות להליך ה-ENE כאל אחת מדרכי ה-ADR: התייחסות כזו לא רק שגויה, כפי שראינו בחלקו הקודם של הפרק,¹⁴⁷ אלא אף מסוכנת, כפי שנטען להלן בחלק זה של הפרק. התייחסות שגויה כזו עלולה לגרום נזקים הן לקליטת הליך ה-ENE בפרט והן לפריחתה של תנועת ה-ADR בישראל ככלל.

(א) הנזק לקליטת הליך ה-ENE בפרט

(1) הסכנה של אכזבה מן ההליך

Bush & Pope מציינים – על-סמך ניסיונם כמגשרים וכמי שחקרו מאות אלפי מקרים שבהם פנו צדדים לדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים – כי חיסכון בזמן, בכסף ובאנרגיות נפשיות הוא רק הסיבה החיצונית לבחירתם של צדדים בהליך חלופי ליישוב סכסוכים לדבריהם: (דוגמת גישור). לדבריהם:

"[P]arty expectations reflect a common, and deeper, set of concerns that motivate parties to try mediation. That is, these goals reflect the parties' desire to find a different mode of dealing with their conflict – *different than the one they believe they would find in the legal system*. Parties are looking for a better alternative to 'doing it themselves' or having lawyers (and perhaps a judge) do it for them. *They want to feel more in control of themselves and the process.*"¹⁴⁸

הרצון להתנהל בדרך שונה מן המקובל בהליך הדיוני הוא אם כן מניע מרכזי בבחירתם של צדדים באחת מדרכי ה-ADR.¹⁴⁹ כך גם רצונם להשאיר בידיהם שליטה כזו או אחרת בהליך ובעצמם.¹⁵⁰ נראה כי בהליך ה-ENE כגודל הציפייה כן גודל האכזבה. בהליך ה-ENE, כפי שהוצג לעיל, השיח הוא של זכויות משפטיות, ולא של אינטרסים.¹⁵¹ מעבר לתחושה של אי-

147 ראו לעיל תת-פרק ג1 למאמר.

148 Robert A. Baruch Bush & Sally Ganong Pope, *Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation*, 3 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 67, 68–69 (2002) (ההדגשות הוספו).

149 כלשונם של Bush & Pope (שם, בעמ' 68): (or "getting out) of the legal system is essential".

150 שם.

151 ראו לעיל ה"ש 19 והטקסט שלידה.

התרחקות מההליך הדיוני ושל הישארות, לא מתוך בחירה, בין כותלי בית-המשפט, הצדדים כפופים לשיח זה ומחויבים לו. הם אינם רשאים לעצב שיח אינטרסים משלהם, שדרכו יוכלו לקבל מעט שליטה בסכסוכם-הם. בניגוד לציפיותם ההגיונית מהליך ADR,¹⁵² הצדדים הפונים ל-ENE מוצאים את עצמם בהליך שבו מעצם אופיו של השיח המתנהל בו (שיח של זכויות, כאמור) הם נזקקים כל העת לתיווכם של עורכי-הדין בהבנת שיח זה ואף בניהולו. למעשה, כבר בכך נשללת מן הצדדים רוב-רובה של השליטה בהליך. יתרה מזו, גם בבחינת מטרתו העיקרית של ההליך – להעניק לצדדים מבט מציאותי על הסכסוך – מתגלה תפיסה בבסיס ההליך הרואה את הצדדים כמי שבוחנים את הסכסוך במבט לא-מציאותי ולפיכך אינם ראויים לקבל החלטה מהותית בנוגע לגורלם-הם, קרי, לתוצאתו.¹⁵³ רכיב זה מיתוסף על רכיבים אחרים רבים, כאמור, אשר מובנים בהליך ותורמים לשלילת האוטונומיה והשליטה מן הצדדים (הן ביחס להליך והן ביחס לתוצאתו).¹⁵⁴

ניתן לסכם ולומר כי צדדים שפנו להליך ה-ENE במטרה לנסות אחת מדרכי ה-ADR ומגלים שם הליך קרוב מאוד באופיו להליך הדיוני המתקיים בבית-המשפט – הליך אשר אינו מעמיד את הצדדים ואת האוטונומיה שלהם במרכז (בהתאם לרציונל שבבסיסן של רבות מדרכי ה-ADR, כאמור)¹⁵⁵ ואינו מאפשר להם לחלוש על תוצאתו ולעצבה – עלולים להתאכזב מההליך, לא לפנות אליו בעתיד, ואף לא להמליץ עליו לאחרים. במצב דברים זה דינו של ההליך כבר נחרץ. לעומת זאת, אם מראש יוצג הליך ה-ENE למתדיינים הפוטנציאליים על-פי מהותו האמיתית – שלב בתוך ההליך הדיוני וחלק ממנו – או-אז תאווין הציפייה להליך הנושא אופי של ADR ותימנע האכזבה המתבקשת.

152 ציפייה זו מוגדרת כאן כ"הגיונית" בשל העובדה שהחזרת השליטה בהליך אל הצדדים הייתה ועודנה יעד שרבות מדרכי ה-ADR מצהירות עליו וחותרות אליו.

153 יודגש: גם במודלים מסוימים של גישור, כגון "גישור מעריך" או "גישור בצל המשפט", יש "פזילה" אל עבר החלטתו הפוטנציאלית של בית-המשפט בתיק. אלא שההבדל בנקודה זו בינם לבין הליך ה-ENE הוא מהותי. ראשית, מודלים אלה של גישור נתונים במחלוקת קשה בספרות המלומדים (ראו, למשל: Lela P. Love, *The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate*, 24 FLA. (St. U. L. Rev. 937 (1997)); שנית, גם במודלים אלה "הפזילה" היא תוצר בחירתם הישירה של הצדדים, היא אינה שוללת מהם את האוטונומיה לעצב את ההליך ותוצאותיו כראות עיניהם, והיא מתקיימת רק כל עוד היא אינה שוללת את עקרון-היסוד של רצוניות ההליך. ראו לביא **המגשר**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 164.

154 כך הוא, לדוגמה, רכיב התוצאה של ההליך, המנסה לשקף את תוכנו של פסק-דין פוטנציאלי בתיק, להבדיל מתוצר בחירותיהם של הצדדים. כך הוא אף רכיב השיח בהליך ה-ENE (שהוא שיח של זכויות משפטיות, כאמור, להבדיל משיח של אינטרסים), המנציח את היזקקותם של הצדדים לתיווכם הבלתי-פוסק של עורכי-הדין (והמעריך הניטרלי) בהבנת שיח זה ואף בניהולו. נוסף על כך, הצדדים כפופים לשיח זה ומחויבים לו. הם אינם רשאים לעצב שיח אינטרסים משלהם, ובכך לקבל מעט שליטה בסכסוכם-הם. להרחבה ראו לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 488.

155 לביא **המגשר**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 10-11.

יודגש: אכזבה מהליך חלופי ליישוב סכסוכים, במיוחד על רקע פגיעה באוטונומיה של הצדדים בהליך, אינה דבר שולי. אכזבה כזו עלולה לגרום לנטישה המונית של ההליך על-ידי ציבור המתדיינים הפוטנציאלי, כפי שקרה בישראל להליך הבוררות. הנטישה ההמונית של הליך הבוררות וההפכותו של מוסד זה לכושל, לפני תיקון מס' 2 לחוק הבוררות,¹⁵⁶ באו עקב פגיעה מצטברת ברכיב האוטונומיה של הצדדים בהליך, והיו אחד הרציונלים לחקיקתו של התיקון האמור, אשר ביקש להציל את ההליך הננטש, בין היתר על-ידי חיזוק רכיב האוטונומיה של הצדדים בכל הנוגע בהליך ובתוצאתו.¹⁵⁷ אם הרצון הוא לנסות להחדיר את הליך ה-ENE לשימוש על-ידי ציבור המתדיינים בישראל, במטרה ליהנות מיתרונותיו (בראש ובראשונה מאלה הנוגעים בניהול ובסגירה יעילים של תיקים ובהפחתת העומס מעל המערכת), אזי יש לבחון בשום-שכל דרך אימוץ שלא תגרום לציבור אכזבה מן ההליך ולא תגדיל את הסיכוי לנטישתו או לאי-בחירתו מלכתחילה.

(2) הסכנה של דחיית ההליך

על הרתיעה מפנייה להליכי ADR בישראל נכתבו הדברים הבאים:

"טרם נעשה מחקר אמפירי הבוחן את הסיבות לסיורב ללכת לגישור או לפישור. אין זה ברור למשל אם ההחלטה היא של עורכי הדין או של הצדדים עצמם; אם היא מונעת מרצון של הצדדים לחסוך עלויות או מחוסר אמון של הצדדים ובאי כוחם בתהליך או במגשרים ובמפשרים; אם הגישור והפישור סובלים מהיעדר היכרות מספיקה של הציבור ומכשל הסברתי בקרב בתי המשפט ועורכי הדין... מכל מקום, הנתונים הקיימים מצביעים על **שיעורי סירוב גבוהים**."¹⁵⁸

השיקול הפרגמטי, אשר הובא לעיל בתת-פרק 2, מחייב התייחסות להליך ה-ENE לא כאל אחת מדרכי ה-ADR, פן ייגזר דינו של ההליך בארץ לשבט, לנוכח שיעורי הסירוב הגבוהים כאמור בקרב הציבור הישראלי לפנייה לחלופות להליך הדיוני, ולנוכח הרתיעה הכללית מהן.

יודגש: על-סמך הניסיון בעולם בכל הנוגע באימוצו של הליך ה-ENE, גם עורכי-הדין, להבדיל מציבור המתדיינים עצמו, עלולים להיות גורם המחבל בבחירה בהליך זה. ממחקרים עולה כי כאשר תוכניות ה-ENE הן רצוניות (להבדיל ממנדטוריות),¹⁵⁹

¹⁵⁶ ראו לעיל ה"ש 89.

¹⁵⁷ האכזבה מן ההליך באה על רקע תחושת חוסר האונים של צדדים מול הליך דרקוני וכפייני, הפוגע באוטונומיה שלהם בכך שהוא מותיר אותם עם החלטה כפויה שאינה ניתנת לשינוי ואשר אין בידם כל אפשרות לשלוט בתוצאתה, וזאת גם אם הדין או הצדק עומדים לצידם. לביא "לא על הבוררות לברדה", לעיל ה"ש 77, בעמ' 621-622.

¹⁵⁸ מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 522-523, ה"ש 163 במאמר (ההדגשה הוספה).
¹⁵⁹ במיוחד בשנים האחרונות ניכרת מגמה ברורה בעולם של התערבות כופה. מתוך כוונה ברורה להקל את העומס בבתי-המשפט, ומתוך רצון להגביר את חשיפתם של תובעים להליך הגישור, על

התנגדותם של עורכי-הדין מהווה את מקור הבעיה.¹⁶⁰ ממחקר שנערך במחוז הצפוני של קליפורניה עולה כי אף שרוב גדול מקרב עורכי-דין שחוו הליך ENE דיווחו כי היו מעוניינים להפנות תיקים להליך זה גם בעתיד, מתברר שבפועל רובם לא נהגו כך, ופנו ל-ENE רק כאשר בית-המשפט חייב אותם לעשות כן, וזאת אף שאותם עורכי-דין מצאו כי הליך ה-ENE הוביל להסכמים אשר חסכו ללקוחותיהם בממוצע פי עשרה מעלותה של פגישת ENE אחת!¹⁶¹ אחד ההסברים שהוצעו להתנהגותם זו של עורכי-הדין היא התובנה כי הלוחמה המוכרת בזירה המוכרת ובכלים המוכרים (קרי, ההליך הדיוני בבית-המשפט) מעניקה, מטבע הדברים, תחושת ביטחון וודאות, ולפיכך מועדפת על-ידי עורכי-דין רבים על פנייה אל הליך מוכר פחות אשר נתפס כחלק מדרכי ה-ADR.¹⁶² הסכנה היא, אם כן, שבלי אימוצו כהליך-חובה וכחלק בלתי-נפרד מן ההליך הדיוני, גדלים הסיכויים שה-ENE לא יאומץ כלל, בשל דחייתו הן על-ידי ציבור בעלי-הדין הישראלי והן על-ידי עורכי-דינם.¹⁶³

גם אימוץ הליך ה-ENE כחלק מתוכנית ADR מנדטורית¹⁶⁴ אינו מנבא הצלחה בכל הנוגע בשיתוף-פעולה של עורכי-הדין. תוכניות ADR מנדטוריות שהונהגו בעולם לא הוכחו כיעילות בהכרח. נסיונות שנעשו במדינות שונות לאמץ הליכי ADR מנדטוריים, המחייבים את עורך-הדין לפרוש באוזני לקוחותיו חלופות ליישוב הסכסוך בטרם יפנו להליך השיפוט, לא צלחו בהכרח. עורכי-דין עקפו את השיטה ו"ארגנו" את המערכת לנוחותם, שהרי "המנדטוריות" שבהליך ADR מנדטורי אינה יכולה לחייב יותר מהשתתפות בפגישה ראשונה בהליך החלופי.¹⁶⁵ גם בישראל נראה כי מנגנוני ADR

יתרונותיו, ולהרחיב את השימוש בו, החדירו מערכות משפט פורמליות שונות בארצות-הברית את מודל הגישור המנדטורי ("mandated/mandatory mediation"), קרי, מודל המחייב את הצדדים להשתתף במספר מסוים של פגישות גישור, לעיתים אף בצד דרישה להשתתף בהליך בתום-לב. ראו: Roselle L. Wissler, *Court-Connected Mediation in General Civil Cases: What We Know from Empirical Research*, 17 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 641 (2002); Roselle L. Wissler, *The Effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts*, 33 WILLAMETTE L. REV. 565 (1997); STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK A. SANDER & NANCY H. ROGERS, *DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION, AND OTHER PROCESSES* 388–394 (1999). ברי כי הבחירה אם להגיע להסכם ושאלת תוכנו של הסכם כזה, אם וכאשר יושג, נותרת עדיין בידי הצדדים גם במודלים המנדטוריים.

160 דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 24–25.

161 Rosenberg & Folberg, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1488.

162 Stephen B. Goldberg, Eric D. Green & Frank E.A. Sander, *ADR Problems and Prospects: Looking to the Future*, 69 JUDICATURE 291, 292–293 (1986).

163 על החשיבות שבהכוונת הצדדים אל הליך ה-ENE, להבדיל מהשאר את אפשרות הפנייה להליך זה כרצונית בלבד, ראו Edwards, לעיל ה"ש 118, בעמ' 326–327.

164 ראו לעיל ה"ש 159.

165 הערכות שנעשו בארצות-הברית ביחס לרפורמות בהליכי הדין האזרחי גילו כי בקרב עורכי-הדין יש כאלה שפיתחו מגוון של עמדות ואסטרטגיות שליליות, אשר משמשות בידם להפחתת יעילותם של

מנדטוריים אינם זוכים בתמיכה רחבה.¹⁶⁶ תעיד על כך, בין היתר, ההתנגדות החריפה שעוררה הצעת חוק בורות-חובה.¹⁶⁷ יש אף מי שמתנגד למתכונת "הבחירה המאולצת",¹⁶⁸ אף שרכיב הכפייה בה אינו משתווה לזה הקיים במתכונת המנדטורית.¹⁶⁹ נוסף על אי-הפופולריות המסתמנת של הליכי ADR מנדטוריים בישראל, ומעבר לכך, יש לזכור כי מנגנונים של כפיית חלופות ליישוב סכסוכים הם בעייתיים גם במובן העקרוני, שכן מדובר בנושא שהוא זכות-יסוד של הפרט – זכות הפנייה לבית-המשפט. בתי-המשפט חזרו ופסקו כי אין לחסום זכות זו של הפרט להביא את עניינו לפני ערכאה שיפוטית הפועלת על-פי חוק.¹⁷⁰

נראה, אם כן, כי רק אימוץ של הליך ה-ENE כשלב משלבי ההליך הדיוני, ולא כאחת מתוכניות ה-ADR (בין רצונית ובין מנדטורית), עשוי להחדירו כ"שחקן" אל מערך

הליכי יישוב כפויים. התגלה כי בתוכניות שבהן פחות ממאה אחוזים מן התיקים מופנים באופן אקראי להליך חדש – כגון גישור, הערכת מקרה מוקדמת וכולי – עורכי-הדין עלולים להימנע מההליך החלוטין (על-אף היותו מנדטורי) על-ידי משיכת התיק והגשתו מחדש (withdrawing and refiling). לחלופין, עורך-הדין עשוי לקבל עליו את הדין ולהשתתף בהליך הכפוי אך בצורה מינימלית ומוגבלת ביותר, רק כדי "לצאת ידי חובה" – למשל, ללא הכנה מוקדמת או ללא המחויבות הנדרשת להפקת תוצאות חיוביות (מה שמכונה "גישור בעשרים דקות"). עורכי-דין אחרים פוגעים בהליך עוד יותר בהניעם את לקוחותיהם לא להתייחס אליו ברצינות. למשל, הם מייעצים ללקוח להתייחס להליך כאל "חישוק פרוצדורלי" נוסף שיש לעבור דרכו בדרך אל ההתדיינות השיפוטית. ראו: Julie Macfarlane, *Experiences of Collaborative Law: Preliminary Results from The Collaborative Lawyering Research Project*, 2004 J. DISP. RESOL. 179, 183.

166 ראו, לדוגמה, מחקר שנעשה בנוגע לעמדתם של עורכי-דין ביחס לבורות-חובה: בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 241.

167 הצעת חוק בתי המשפט (בורות חובה) (הוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח 1322 (להלן: הצעת חוק בורות-חובה). להתנגדות להצעת החוק ראו סוצי, לעיל ה"ש 62. כן ראו יצחק זמיר "אל תפריטו את המשפט" **הארץ** 19.8.2011 www.haaretz.co.il/opinions/1.1374232; "בורות חובה" **האגודה לזכויות האזרח בישראל** (3.9.2012) www.acri.org.il/he/?p=16572.

168 בר-ניב ולחמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 221: "**בחירה מאולצת** – מצב שבו שני הצדדים או אחד מהם לא היו פונים לחי"ס [חלופות ליישוב סכסוכים – ד' ל'] מרצונם החופשי, אך בשל המלצת בית-המשפט לפנות לחי"ס, או בשל החשש מ'תגובת' בית-המשפט על סירוב להצעתו זו, הצדדים ניאוחים לפנות לחי"ס."

169 שם, בעמ' 222. לטענת המחברים, "הבחירה המאולצת" מהווה התערבות ישירה בהעדפותיהם של הצדדים, ויש בה כדי לגרום לרתיעתם מבחירה בחלופות ליישוב סכסוכים. ראו גם שם, בעמ' 245.

170 "תנאי החוסם את דרכו של מתקשר לערכאות עשוי להיפסל מחמת היותו מנוגד לתקנת הציבור. הלוא 'תקנת הציבור דורשת שהדרך אל בית המשפט תהיה פתוחה, כדי שבית המשפט יוכל לדון ולהכריע בסכסוכים משפטיים למיניהם... [ו]אין זה מתיישב עם תקנת הציבור שחווה יעניק זכות ובו בזמן ימנע את מימוש הזכות..." דברי השופט זמיר בע"א 3833/93 **לוי'ן נ' לוי'ן**, פ"ד מח(2) 862, 874 (1994), כפי שאוזכרו בע"א 6234/00 **ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נו(6) 769, 789 (2003). להרחבה בדבר המודל המוצע ברשימה זו, ועל אי-פגיעתו בזכות הגישה לערכאות, ראו להלן חלק ד(ד) למאמר.

ישוב הסכסוכים בישראל. משלא יתפס עוד ה-ENE כחלק מדרכי ה-ADR – על כל ההסתייגויות של הצדדים ועורכי-הדין מהן, כמפורט לעיל – אלא כחלק מההליך הדיוני המוכר, בעל החוקים וכללי הפרוצדורה הברורים והידועים, ואשר שאלת רצונית ההליך בו אינה עולה כלל על הפרק (והמנדטוריות שבו אינה מסתכמת בהשתתפות בפגישה מחייבת אחת, דוגמת המנדטוריות של דרכי ה-ADR), או-אז תיסלל הדרך לבחינה תוכנית מהותית שלו ולהגדלת הסיכויים להחדרתו ככלי לפתרון סכסוכים יעיל בישראל.

(ב) הנוק לכלל דרכי ה-ADR

בעשורים האחרונים ניכרת בעולם הרחב תופעה של עלייה בשימוש בדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים. מבט-רוחב יגלה כי השימוש בפתרונות חלופיים אינו נחלתו של תחום יישוב הסכסוכים דווקא. דרכים חלופיות צמחו והתפתחו בתחומים שונים, והמעבר אליהם – תוך זניחה (או זניחה חלקית) של הקלסיקה המוכרת – צבר תנופה רבה.¹⁷¹ יתרה מזו, נראה כי בתחומים שונים נהפכה ה"חלופה" לכתובת הראשונה.

בנישה של יישוב סכסוכים ודרכי התמודדות עם קונפליקט הדברים בולטים במיוחד, כאמור. המעבר מבתי-המשפט – האינסטנציה הקלסית (ורבת הביורוקרטיה) – אל הדרכים החלופיות להליך הדיוני כבר אינו בר-התעלמות. אך אליה וקוץ בה. בהרחבתם ובריכוסם של גבולות ההגדרה והכללים הקלסיים של תחומי הטיפול והריפוי, האומנות והמדע, קיים גם סיכון לא-מבוטל. הסיכון טמון בפתיחה בלתי-מבוקרת של הגבולות ובזליגה של מה שאינו שייך באמת. כך הדבר גם בכל הנוגע בתנועת ה-ADR.

אמון הצבור הוא נדבך חשוב וחיוני לא רק ביחס למערכת השיפוטית ולתפקודה. אם תנועת ה-ADR בישראל חפצת חיים, עליה להתייחס ברצינות הראויה לאמון הציבור בה ולשמירה עליו מפני מסתננים המזיקים לה (ולו). חלק מן הציבור בארץ עודנו מתייחס בחשדנות לניסיון ליישב סכסוכים לא בדרך הקונוונציונלית, קרי, לא באמצעות בית-המשפט. מחקר אמפירי שנערך בישראל מגלה, כאמור,¹⁷² רתיעה של הציבור מהליכים חלופיים להליך הדיוני והתגברות של הנטייה ליישוב מחלוקות בין כותלי בית-המשפט.

תוצאות מחקריות אלה כמו-גם מספרם הגבוה של תיקי הערעור הנפתחים מדי שנה מצביעים על כך שעבודה רבה עוד מונחת לפתחה של תנועת ה-ADR בארץ. מימוש רעיוני ומעשי של ההבטחות לצדק אחר,¹⁷³ ליישוב הסכסוך בדרכי שלום, להחזרה

171 החל במעבר מן הרפואה הקלסית, הכוללת תרופות כימיקליות, מכשירים אלקטרוניים ורופאים "קלסיים", אל עבר "רפואה אלטרנטיבית", הכוללת, בין היתר, טיפול על-ידי צמחים, אבנים, שינוי תזונתי ותחליפים טבעיים שונים; המשך בחידושים חלופיים לפסיכולוגיה (ואף לפסיכיאטריה) הבסיסית, כגון טיפול בתנועה, במים או באומנות; וכלה בפתרונות למשברי אנרגיה על-ידי שימוש במים, ברוח ובשמש.

172 ראו לעיל ה"ש 2 והטקסט שלידה.

173 לביא המגשר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 23–33.

משמעותית של השליטה (בהליך ובתוצאתו) אל הצדדים תוך הגברת האוטונומיה שלהם,¹⁷⁴ ליצירת אקלים חברתי ממתן קונפליקטים בתוך חברה בריאה ומשופרת, אשר אינה נזקקת בהכרח לסמכות חיצונית כופה על-מנת לנהל תהליכים חברתיים תקינים – כל אלה הן רק אחדות ממטרותיה של התנועה, ונדמה כי נדרש עוד זמן עד שיופנמו רעיונות אלה בקרב הציבור הישראלי ועד שזה האחרון ייהפך לצרכן קבוע ונלהב של דרכי ה-ADR.

בשל כל אלה לא יהא זה נכון להסכין לקוללים מבפנים. לא כל תרופת-אליל היא "רפואה אלטרנטיבית", כשם שלא כל קשקוש הוא "אומנות מודרנית". לא הכל יכול וצריך להיכנס תחת הכותרת "דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים". דרכי ה-ADR, על-אף שונותן ואף שהן אינן עשויות מקשה אחת, נשענות על בסיס/מכנה משותף, כפי שהוצג לעיל,¹⁷⁵ אשר יש לו היסטוריה התפתחותית מכוונת, בצד מטרות, אמירה וסדר-יום חברתיים. הליך ה-ENE אינו מקיים מכנה משותף זה. אדרבה, מתקיימים בו, כאמור,¹⁷⁶ יסודות רעיוניים ומעשיים שהם אנטיטיביים לחלוטין לתנועה זו. אם דרכים שאינן חלופיות ואינן עצמאיות ביחס להליך השיפוטי יוגדרו, לא בצדק, כחלק מדרכי ה-ADR, הנזק למוניטין של התנועה בכללותה עלול להיות גדול. יתרונות, מגמות והבטחות המיוחסים לכלל דרכי ה-ADR אינם בהכרח נחלתם של הליכים אחרים. אם אותם הליכים אחרים יוצגו כמשתייכים לדרכי ה-ADR, כי-אז הם עלולים להוציא דיבתה של כל תנועת ה-ADR רעה, ולגרום במישרין לאובדן אמון הציבור בה. הסכנה חמורה שבעתים בחברה הישראלית, אשר גם כך (כבר שנים) עושה כאמור שימוש מהוסס ומועט (יחסית) בחלופות להליך הדיוני. יש הבדל מהותי בין תפיסת ה-ENE כשלב משלבי ההליך הדיוני האדוורסרי, כנובע מכוחו או כבא לשרתו (כפי שיוצע בפרק הבא), לבין הגדרתו ותפיסתו כחלופה חיצונית ועצמאית ביחס להליך זה. כל טשטוש הגדרות, כל עירוב תחומים, עלול לפגוע במוניטין של תנועת ה-ADR, על מגוון דרכיה, ולכך עלול להילוות כאמור מחיר כבד.

פרק ד: לקראת פרדיגמה חדשה באימוצו של הליך ה-ENE אל המשפט הישראלי

רשימה זו מציעה לאמץ את הליך ה-ENE אל חיק ההליך הדיוני האדוורסרי כשלב חיוני משלבי, לפני שלב ההוכחות במשפט, כמפורט להלן.

174 מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 510: "האוטונומיה של הצדדים היא הפרדיגמה של הגישור" (ההדגשה במקור).

175 ראו לעיל תת-פרק 11 למאמר.

176 שם.

1. השתלבות הרמונית בסביבת דיון אזרחי בישראל

החוק הישראלי, לאחר התיקון מנובמבר 2007 לתקנות סדר הדין האזרחי, קובע כי –

“הסתיימה הגשת כתבי הטענות, לא ידון בית המשפט או רשם בתובענה, לרבות בדרך של ניהול קדם משפט, אלא לאחר שהתקיימה פגישת מהו"ת.”¹⁷⁷

פגישת המהו"ת (= מידע, היכרות ותיאום) נערכת על-ידי מגשר, ובמהלכה מוצגים לפני הצדדים עקרונותיו של הליך הגישור והיתרונות הגלומים ביישוב התובענה בגישור, וכן נבחנים (על-ידי המגשר והצדדים) הנושאים העיקריים שבמחלוקת בצד האפשרות ליישב את התובענה בגישור.¹⁷⁸ החיוב להשתתף בפגישת המהו"ת חל על תובענות אזרחיות שסכומן או שווי נושאן עולה על 75,000 ש"ח, למעט חריגים.¹⁷⁹ בתום עשרה ימים מיום פגישת המהו"ת הצדדים רשאים להודיע לממונה מטעם בית-המשפט אם הם מסכימים להעביר את התובענה לגישור או מבקשים להמשיך את הדיון בה בין כותלי בית-המשפט (במסגרת ההליך הדיוני).¹⁸⁰ הצעתנו היא כי במקרה השני, קרי, כאשר צדדים המחויבים מכוח התיקון האמור בפגישת מהו"ת אינם מעוניינים, עם סיומה, לבחור בהליך הגישור, יהא עליהם לעבור את הליך ה-ENE בטרם יוכלו להמשיך בניהול התיק במסגרת ההליך הדיוני בבית-המשפט, כלומר, בטרם יעברו לשלב קדם-המשפט.¹⁸¹ ההצעה היא, אם כן, כי לפגישת המהו"ת ייתוסף מעין "חלק ב" באותם מקרים שבהם בתום עשרה ימים מיום עריכתה הודיעו הצדדים על רצונם להמשיך את הטיפול בתיק במסגרת הליך דיוני בבית-המשפט. חלק ב זה יכלול פגישה של הצדדים עם מעריך ניטרלי, שיוצע לצדדים על-ידי בית-המשפט. מעריך זה יקיים עם בעלי-הדין הליך ENE, שבמסגרתו ישמיע להם את הערכתו לגבי המצב המשפטי בסוגיה שבמחלוקת ויציע להם דרכים לסיום התובענה או לקידומה, והכל בהתאם לשלבי ההליך השונים, כמקובל במקומות שונים עולם (וכמפורט לעיל בפרק א).

יודגש: הסיבה לבחירתנו בפגישת מהו"ת כצינור המומלץ להחדרת הליך ה-ENE אל מערכת המשפט הישראלי אינה מקרית. פגישת מהו"ת רשמה הצלחה ברורה בתרומתה להגברת השימוש בהליך הגישור, אשר את החדרתו היא ביקשה לקדם. בעוד בנובמבר 2007 הופעלה התוכנית של פגישת המהו"ת כתוכנית-חלוץ רק בשלושה בתי-משפט השלום (בתל-אביב, בירושלים ובראשון-לציון), בדצמבר 2009, בשל הצלחתה הרבה,

177 תק' 99ב(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א).

178 תק' 99 לתקסד"א.

179 למעט תובענות בסדר דין מקוצר שלא הוגשה בהן במועד בקשת רשות להתגונן, ותובענות שעילתן בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. ראו תק' 99 לתקסד"א.

180 ראו תק' 99ט לתקסד"א.

181 יובהר: הצעתנו להחיל את הליך ה-ENE רק על תיקים אלה – קרי, רק על תיקים בסכום של יותר מ-75,000 ש"ח – נובעת מהעובדה שתיקים עד לסכום זה כבר חויבו על-ידי המחוקק הישראלי להשתתף בהליך קוגנטי אחר בשם "סדר דין מהיר".

יושמה התוכנית גם בבתי-משפט השלום בהרצליה ובנתניה, ובמאי 2010 היא הורחבה לשאר בתי-משפט השלום במחוז המרכז.¹⁸² ממצאים שהתקבלו כבר במהלך חצי השנה הראשונה להפעלת התוכנית עולה כי ב-52.9% מן התיקים שהתקיימו בהם פגישות מהו"ת פנו בעלי-הדין לגישור.¹⁸³ כמו-כן, ב-61.4% מתהליכי הגישור שהתקיימו הושגו הסדרי גישור, ובחלק מהמקרים אף הביאו הסדרי הגישור בתיקים אלה לידי סגירתם של תיקים נוספים שהתנהלו בין הצדדים. בעלי-הדין ובאי-כוחם דיווחו על שביעות-רצון רבה מפגישות המהו"ת, מתהליכי הגישור, מהסדרי הגישור שהושגו ומתפקודם המקצועי של המגשרים. נוסף על כך, 65% מבעלי-הדין ציינו כי ימליצו לחבריהם או לבני משפחתם על הליך הגישור כהליך מועדף ליישוב סכסוכים עתידיים. כמו-כן, אחוז גבוה למדי (כ-40%) מבעלי-הדין ציינו כי לא היו פונים לגישור אילולא הופנו על-ידי בית-המשפט לפגישות מהו"ת.¹⁸⁴

לנוכח כל זאת מבקשת רשימה זו לפסוע צעד אחד נוסף מעבר לזה שצעד המחוקק הישראלי בתיקון האמור, ולהחדיר דרכו את הליך ה-ENE. המטרה היא להשתמש בפגישת המהו"ת כצינור שדרכו יתוודע הציבור בישראל להליך זה, שימש מסגרת נוספת אשר תמנע בתיקים רבים את הצורך בהתדיינות שיפוטית מלאה.

יצוין כי אימוצו של הליך ה-ENE כמודל-חובה לא יהווה חריגה בנוף הפרוצדורה הדיונית-האזרחית שבמשפט הישראלי. אדרבה, מגמתו של המחוקק הישראלי בשנים האחרונות היא להנהיג התערבות כופה בהליכי הדיון האזרחי כבר בשלבים מקדמיים מאוד של התנהלות התיק. מתוך הבנה שבחירותיהם של הצדדים בראשית הדרך עשויות להשליך על כל התנהלותו של התיק ועל התוצאות שבסופו (וכמובן גם על המחיר שיצטרכו הצדדים והמערכת כולה לשלם), בחר המחוקק הישראלי, בכמה מקומות בתקסד"א, לשלול את זכות הבחירה מן הצדדים באשר לאופן פתיחת ההליך.¹⁸⁵ לפיכך אימוצו של הליך ה-ENE כמוצע ברשימה זו – כמעין "קדם-משפט מקדמי", כחלק מההליך הדיוני, ורק באותם מקרים שבהם כשלה פגישת המהו"ת מלהביא את הצדדים אל הליך הגישור – עשוי להשתלב בצורה הרמונית במגמה הקיימת כבר בסביבת הפרוצדורה האזרחית בארץ.

יודגש: ה-ENE במתכונת המוצעת ברשימה זו עשוי גם לקדם את בתי-המשפט בישראל אל עבר חזון "בית-המשפט מרובה הדלתות" (Multi-Door Courthouse) ו"הפקיד החכם" של פרופ' סנדר,¹⁸⁶ שהוא חזון מומלץ, לדעת מלומדים, גם לשיטה

182 הרשות השופטת במדינת ישראל **דין וחשבון לשנת 2011** 48 (2012) elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh_meida2011.pdf.

183 נועם שרביט "הצלחה בפילוט גישור חובה": 61% מהגישורים הסתיימו בהצלחה" **גלובס** 9.11.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000512226.

184 ש.ם.

185 ראו, למשל, פרק טז ("תובענות בסדר דין מהיר") לתקסד"א; א; פרק ז ("פגישת מהו"ת לבחינת האפשרות ליישוב התובענה בגישור") לתקסד"א; ס' ב בפרק כ ("המרצת פתיחה") לתקסד"א. כן ראו ע"א 571/88 **בניני איפל בע"מ נ' סתוי**, פ"ד מד(3) 636 (1990).

186 בדבר פתרונות ודרכים לניחוח תיקים הליך המתאים להם ראו: Frank E. Sander & Stephen B.

בישראל.¹⁸⁷ סנדר טען כי חשוב להתאים את ההליך לצדדים המתדיינים ולסוג הסכסוך, והציע את הדגם של "בית-המשפט מרובה הדלתות" שבמסגרתו יתקיימו זה בצד זה הליכים שונים ליישוב חילוקי-דעות. "הפקיד החכם", על-פי הצעה זו, הוא מנגנון מיון יעיל ואיכותי בבית-המשפט, אשר אמור למיין את התביעות המתקבלות בבית-המשפט ולהפנותן לאפיקי יישוב הסכסוך המתאימים לפי מאפייניהן המהותיים. למעשה, מודל זה הוא שעמד בבסיס הקמתן של המל"ס (מחלקה ליישוב סכסוכים) והמנ"ת (מחלקה לניתוב תיקים) בבית-המשפט בארץ. כיום רוב המנ"תים כבר פורקו, וההליך החלופי המוצע במערכת הוא בעיקר הליך הגישור, וגם הוא רק כתולדה של פגישת מהו"ת, אשר מוגבלת לבחינת יישומו של הליך גישור בלבד (ולא הליכים מסוגים אחרים כלשהם).¹⁸⁸ הליך ה-ENE, במתכונתו המוצעת כאן, יכול לשמש מעין "פקיד חכם" – קרי, מנגנון מסייע לניתוב תיקים. לשון אחר, כל עוד הליך ה-ENE נתפס כאחת מדרכי ה-ADR ומאומץ (לא בצדק)¹⁸⁹ כחלופה להליך הדיוני, אימוצו כמודל מנדטורי (המחייב שימוש דווקא בו) עלול לסגור את הדלת בפני שימוש בדרכי ADR (אחרות), אף כאשר אלה האחרונות מתאימות יותר לסכסוך שעל הפרק. אכן, אחת הטענות נגד הצעת חוק בוררות-חובה הייתה שהיא סותרת את חזון בית-המשפט מרובה הדלתות ואת הרקע הרעיוני העומד בבסיסו, וכן שהיא עלולה לבטל את המנגנון של פגישת המהו"ת ולחבל בקידום השימוש בהליך הגישור.¹⁹⁰ הצעתנו, לעומת זאת, מבקשת כאמור לאמץ את הליך ה-ENE כשלב דיוני בהליך השיפוטי וכהמשכה של פגישת המהו"ת, ורק אם זו האחרונה כשלה בקידום של הצדדים אל עבר גישור. ראשית, אם כן, הצעתנו אינה מחבלת בפגישת המהו"ת ואינה "תופסת את מקומה", ושנית, היא אינה סותרת את הגולל על שימוש בדרכי ADR נוספות. אדרבה, הללו יידונו בהרחבה על-ידי המעריך הניטרלי במסגרת החלופות שהוא עשוי להציע לצדדים לאחר שלב המשלב או במקומו.¹⁹¹ על-סמך היכרותו עם התיק (מתוך החומר שהוגש לו על-ידי הצדדים), ובהתבסס על הבנתו המקצועית ומומחיותו בנושא הנידון, יוכל המעריך הניטרלי, בהסכמת הצדדים (ובמקרה שהם בוחרים לא להמשיך אל ההליך הדיוני), לסווג את התיק שלפניו לפי אפיון מרכיבי הסכסוך ולהמליץ לצדדים על הדרך החלופית המתאימה למקרה שלהם. במילים אחרות, הוא יכול לשמש מעין "פקיד חכם".

יובהר: בניגוד להצעתנו ברשימה זו, במקומות שונים בעולם ה-ENE נתפס כאחת הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים, והמודל לאימוצו שונה מזה שאנו מציעים ליישם

Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 NEGOTIATION J. 49 (1994).

187 קרני פרלמן ואביעד איגרא "בית משפט מרובה דלתות": מערכת ADR (הליכים חלופיים/הולמים ליישוב סכסוכים) בבתי המשפט בישראל" (נייר-עמדה, התוכנית לניהול ויישוב סכסוכים ומשא ומתן, אוניברסיטת בר-אילן).

188 לביקורת על כך ראו שם.

189 ראו את ביקורתנו לעיל בתת-פרקים 11 ו-12 למאמר.

190 פרלמן ואיגרא, לעיל ה"ש 187.

191 ראו לעיל ליד ה"ש 28.

בישראל. כך, למשל, בבית-המשפט הפדרלי בצפון קליפורניה ה-ENE נתפס כאחת משלוש דרכי ה-ADR שעל בעלי-הדין לבחור באחת מהן במסגרת ה-ADR Multi-Option Program.¹⁹² במסגרת התוכנית, בתיקים שהיא חלה עליהם,¹⁹³ הצדדים נדרשים לבחון עם עורכי-דינם איזו מבין שלוש הדרכים האמורות עשויה להתאים ליישוב הסכסוך שלהם ולבחור בה. יצוין כי התוכנית אינה משתמשת במונח "חובה", אלא קובעת חזקה הניתנת לסתירה (a rebuttable presumption of ADR). כלומר, שופט רשאי לפטור בעל-דין מלהשתתף באחת מדרכי ה-ADR, אם שוכנע כי תרומתה הפוטנציאלית של דרך זו לבעלי-הדין אינה מצדיקה את המשאבים הכרוכים בהפעלתה.¹⁹⁴ עם זאת, העובדה שבעולם הליך ה-ENE נתפס כאחת מדרכי ה-ADR אינה צריכה להרתיענו מלתפסו או מלאמצו באופן שונה בישראל (קרי, כשלב בלתי-נפרד מן ההליך הדיוני). אדרבה, אימוץ אוטומטי – בלא חשיבה מושכלת ובלא ההתאמות לסביבה המאמצת הנדרשות לעיתים – עלול להיות שגוי ולגבות מחיר מהמערכת ומהצדדים. בעולם הרחב הביקוש לדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים והשימוש בהן נמצאים בהתפתחות ובעלייה מתמדת. בישראל המצב שונה, כאמור,¹⁹⁵ ותהיה זו טעות להתעלם מכך.

הליכים אינם רק צורה. הם נועדו לקדם תכליות של בני-אדם, ואין בהם קדושה כשלעצמם. בין שמטרתן של החלופות ליישוב סכסוכים היא הפחתת העומס מעל בתי-המשפט ובין שהיא הצורך בשינוי חברתי ובהנחלת תרבות של יישוב סכסוכים בישראל,¹⁹⁶ כל אלה לא יושגו אם ניצמד, מתוך חשש, לתבניות ולדוגמות. יש להתאים, בלא חשש, את הכלי המאומץ אל הסביבה המאמצת, גם במחיר נטישתה של המסגרת החיצונית, וזאת על-מנת שהתכליות יושגו לרווחתה של החברה. אם במהות ובתוכן עסקינן, ולא רק במסגרת החיצונית, אזי נדמה שמכל האמור עד כה עולה כי מן הראוי לאמץ בארץ את תוכנו (ומהותו) של ה-ENE, ולזרוק את "קליפתו החיצונית", קרי, את תפיסתו או את הגדרתו כאחת מדרכי ה-ADR וכמשתייך לתנועה זו. חשיבה כזו היא

192 דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 32–34. התוכנית הופעלה לראשונה בשנת 1993, ולאחר שהוגדרה כהצלחה, הוחלט להרחיבה.

193 התוכנית חלה על רוב התיקים האזרחיים בבית-המשפט – בענייני חוזים, נזיקין ונזקי גוף. היא אינה חלה על תיקים מנהליים, תביעות אסירים וערעורים על החלטות בענייני ביטוח לאומי.

194 דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 33.

195 ראו לעיל תת-פרק 22 למאמר.

196 ראו לעיל ה"ש 105 ו-132 והטקסט שלידן. כפי שמציין זמיר: "אכן, הגישור הוא שלב מתקדם בתרבות של יישוב סכסוכים. הכרעה בסכסוך באמצעות בית-המשפט היא עדיין הכרעה כוחנית, אם כי לא על-ידי אחד הצדדים לסכסוך, אלא על-ידי צד חיצוני, הוא בית-המשפט, המתבסס על הכוח המאורגן של המדינה. לעומת זאת, יישוב הסכסוך באמצעות מגשר הוא הכרעה הסכמית על-ידי הצדדים לסכסוך בדרך של משא-ומתן ביניהם ובין עצמם בסיוע של צד שלישי. היתרונות של הגישור על-פני השיפוט אינם רק מעשיים אלא גם ערכיים. הגישור מתיישב יותר מן השיפוט עם ערכי-יסוד של כבוד האדם, האוטונומיה של הפרט, התחשבות בזולת ושלוש ביחסים שבין אדם לאדם." יצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" משפט וממשל ז' 119, 123 (2004).

"מחוברת-מציאות". היא עשויה להחדיר הליך (ENE) שצבר ניסיון רב בעולם בסגירת תיקים ובהפחתת העומס מעל מערכת בתי-המשפט אל תוך חברה (הישראלית) אשר נרתעת משימוש בחלופות להליך הדיוני וכורעת תחת העומס.

2. הליך ה-ENE – מישורי תחולה וסוגי סכסוכים

באופן עקרוני אין בעיה להתאים בישראל את הליך ה-ENE למישורי תחולה שונים ולמגוון נישות, דוגמת נזיקין, חוזים, עבודה, קניין רוחני, בטוחות ובנקים, ואף משפחה. נכון להיום כבר השתרשה פרקטיקה כלל-עולמית רחבה של שימוש בהליך ה-ENE בסכסוכים מגוונים, וברוב המקרים אף מבלי שנקבע גג לסכום התביעה המתאימה להליך.¹⁹⁷ במחוז הצפוני של קליפורניה, לדוגמה, אומץ הליך ה-ENE במגוון רחב של סכסוכים אזרחיים, בין היתר בתביעות חוזיות, בתביעות של אחריות למוצרים, בתיקים מתחום דיני העבודה ובתיקי נזיקין.¹⁹⁸ בוורמונט הוחלה תוכנית ה-ENE על מגוון רחב של סכסוכים, בתמיכתם של שופטים פדרליים.¹⁹⁹ במחוז נוואדה התפרסם פרויקט-חלוץ להליך ה-ENE, שיושם על-ידי בית-המשפט המחוזי בתחום של דיני העבודה (תביעות בדבר הפליה בתעסוקה).²⁰⁰ באוסטרליה אימץ ארגון בשם "The Law Society of New South Wales", בשיתוף עם לשכת עורכי-הדין המקומית, תוכנית ה-ENE המיועדת לסכסוכים מסוגים שונים המצויים בשלב של טרום-משפט.²⁰¹ גם בבריטניה לא הוגבלו תחומי התחולה של הליך ה-ENE. בין היתר הוחלה שם תוכנית ליישומו של הליך ה-ENE על תביעות מסוג של קצבאות נכות (Disability Living Allowance) ועל תביעות מסוג של קצבאות שיקום (Attendance Allowance).²⁰²

הצלחה מיוחדת נרשמה להליך ה-ENE בתחום של תיקי משפחה.²⁰³ תומכי הליך ה-ENE טוענים כי תוכניות ENE מנדטוריות בארגונו של בית-המשפט ובשיתוף-פעולה של המערכת המשפטית ושל עורכי-הדין עשויות לסייע בעקיפתן – או למצער במזעורן – של הבעיות הכלכליות והרגשיות שצדדים בתיקי גירושים ניצבים בפניהן.²⁰⁴ אכן,

197 Edwards, לעיל ה"ש 118, בעמ' 325.

198 Pearson et al., לעיל ה"ש 49.

199 Fitzhugh, לעיל ה"ש 22.

200 UNITED STATES DISTRICT COURT – DISTRICT OF NEVADA, לעיל ה"ש 35.

201 ראו: Neutral Evaluation Program, THE LAW SOCIETY OF NEW SOUTH WALES
www.lawsociety.com.au/%20community/%20disputesandmediation/Earlyneutralsevaluatio
n/index.htm

202 ראו Hay, McKenna & Buck, לעיל ה"ש 34.

203 Lande, לעיל ה"ש 9, בעמ' 439. כן ראו: Rebecca Love Kourlis, Melinda Taylor, Andrew Shepard & Marsha Kline Pruet, IAALS' Honoring Families Initiative: Courts and Communities Helping Families in Transition Arising from Separation or Divorce, 51 FAM. CT. REV. 351 (2013).

204 Santeramo, לעיל ה"ש 24, בעמ' 321.

בתוכנית ENE שהופעלה בבתי-משפט לענייני משפחה במינסוטה ובמחוז הנפין, בתיקים של משמורת ילדים והסדרי ראייה, נמצא שכמעט מחצית מתיקי ה-ENE הסתיימו בהסכם מלא, וב-12% אחוזים נוספים הושגה הסכמה חלקית, כך שבסך-הכל יותר מ-60% הגיעו לשלב של הסכם מלא או חלקי.²⁰⁵ גם במצבים שבהם לא הגיעו הצדדים להסכם או להסכמה כלשהי, אלא בחרו בדרך ההליך השיפוטי, קיבל בית-המשפט מעין הדרכה מהירה מהמערך הניטרלי בדבר הסוגיות העיקריות ובדבר הצעדים הפרוצדורליים הנדרשים, ובדיווחיו של בית-המשפט לענייני משפחה מצוינת התועלת הרבה שבכך. המסקנות מתוכנית זו היו חיוביות מאוד: התברר כי לתוכנית ה-ENE יש תרומה ניכרת, המתבטאת בסיוע בניהול תיקים שיפוטיים, במיקוד ההערכות בסוגיות הקריטיות, בזירוז ניהולם של התיקים המשפטיים, בהגברת יעילותו של סגל שירותי בית-המשפט לענייני משפחה, בצמצום הזמן והאנרגיות שהצדדים משקיעים במאבקי משמורת, בהפחתת הלחץ והעלויות של מאבקים מסוג זה, ובמקרים רבים אף בסיוע לצדדים בהשגת הסכם מוקדם בתהליך של פירוק הנישואים.²⁰⁶

אם נבקש ללמוד מנסיונם של אחרים בעולם, נגלה אם כן כי אין מניעה עקרונית להחיל את הליך ה-ENE במישורי תחולה שונים, וכי הוא עשוי להתאים לסכסוכים במגוון רחב של נושאים. אכן, בשנת 2003 נעשה בישראל ניסיון לקדם את הטמעת הליך ה-ENE בתחומים דוגמת נזיקין,²⁰⁷ ביטוח, ליקויי בנייה, זכויות יוצרים, מיסים ובנקאות, הנתפסים כמתאימים פחות להליך הגישור.²⁰⁸ מאמרים שונים שנכתבו בנושא ממליצים לאמץ את ההליך בארץ גם בתחום של רשלנות רפואית.²⁰⁹ ייחודיותן של תביעות רשלנות רפואית טמונה בכך שמדובר בתביעות מסובכות, המחייבות התמחות ומיומנות הן של עורכי-הדין המייצגים, הן של העדים הרפואיים המומחים (בנושא עדותם) והן של בית-המשפט, שחייב להכריע בסכסוך. לטענתם של דייויס וגולברגר, בשל מורכבותן של הסוגיות, ולנוכח העובדה שהוכחת התביעה נעשית על-ידי מומחים רפואיים, קשה ליישב סכסוך בתביעות מסוג זה באמצעות מוסד הגישור.²¹⁰ גם סהר מדגיש את הערך המוסף של הליך ה-ENE במישור סכסוכים זה, שבו הייחוד התוכני של הסוגיות, המעסיקות את התחום של רפואה ומשפט, מעלה את הצורך בצד שלישי ניטרלי שיגלה

205 Pearson et al., לעיל ה"ש 49, בעמ' 680.

206 שם.

207 להתאמתו של ההליך לתחום של דיני הנזיקין ראו זר-גוטמן ופרלמן, לעיל ה"ש 140, בעמ' 560, וכן אבי זמיר "הערכה מקדמית ניטרלית" (הרצאה ביום-עיון, לשכת עורכי-הדין במחוז תל-אביב והמרזו, 14.11.2006).

208 מערכת "נקודת גישור" כ-90 שופטים ומנהלי מנ"ת השתתפו בהכשרה להחדרת הליך 'ההערכה הניטרלית המקדמית' לבתי המשפט "לשכת עורכי הדין בישראל" (22.7.2003) www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=5671&catId=1156.

209 סהר, לעיל ה"ש 20. כן ראו יונתן דייויס ושמואל גולברגר "הצעה: הערכה ניטרלית מוקדמת בתביעות רשלנות רפואית" לשכת עורכי הדין בישראל (24.3.2003) www.israelbar.org.il/article_inner.asp?catID=179&pgID=3981.

210 שם.

מומחיות בנושאים שבבסיס הסכסוך ובקיאות במידע הרלוונטי – מומחיות ובקיאות שאינן עומדות בהכרח למגשר בהליך הגישור.²¹¹ המחבר מציע אם כן "נוהל משולב", קרי, הליך ENE שינוהל על-ידי צמד מעריכים ניטרליים שיכלול משפטן הבקיא בתחום של נזקי גוף (כגון עורך-דין בעל ניסיון ומיומנות בניהול תביעות רשלנות רפואית) בצד רופא אשר מומחה בתחום הספציפי של נושא הסכסוך, וזאת בהיקף מן הדיונים המתנהלים על-פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.²¹² נדמה כי נוהל משולב זה אינו צריך להיות ייחודי דווקא לרפואה, וכי ניתן לאמצו בישראל גם לתביעות בנושאים שונים, דוגמת סכסוכי בנייה.²¹³

מה בנוגע לסכסוכים שהמדינה צד להם? מה מידת התאמתם להליך ה-ENE? האם מן הראוי שהמדינה תהיה צד להליך זה? בכל הנוגע בבוררות, הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה הורתה לכל הגופים הממשלתיים לא להפנות סכסוכים להליך הבוררות.²¹⁴ עם זאת, בשנת 2009, לאחר תיקון מס' 2 לחוק הבוררות, פורסמה הנחיה חדשה שלפיה יש לזנוח גישה זו, "וכי מכאן ולהבא הנחת המוצא תהא, כי 'המדינה רואה בבוררות, לצד מנגנוני יישוב סכסוכים נוספים, כלי לגיטימי וראוי, במקרים המתאימים, גם ליישוב סכסוכים של המדינה'".²¹⁵ גם בהנחיה אחרת של היועץ המשפט לממשלה נאמר במפורש כי "המגמה של פתרון סכסוכים במסגרת הליכים חלופיים היא מגמה ראויה ויש לראותה בחיוב ולעודדה במקרים המתאימים... משמתגלע סכסוך שהמדינה צד לו, יש לבחון את האפשרות ליישובו מחוץ לכתלי בית-המשפט, בין בדרך של משא ומתן ישיר בין בעלי הדין, בין בדרך של פשרה ובין בדרך של גישור".²¹⁶ היתרונות שבהשגת הסכם מחוץ לכותלי בית-המשפט, נאמר בהנחיה האמורה,²¹⁷ קיימים גם בהתדיינות שהמדינה צד לה. יתר על כן, "האמון במוסדות המשפט ובמדינה והנכונות לקיים הסכמים יגברו ככל שהצדדים לסכסוך יהיו שותפים פעילים בהשגת הסדר".²¹⁸ גם זמיר מצייין במאמרו כי סעיף 79ג(ב) לחוק בתי-המשפט מסמך את בתי-המשפט להעביר לגישור עניינים מנהליים, כלומר, סכסוך שאחד הצדדים לו הוא המדינה או רשות מנהלית. אלה האחרונות אף רשאיות ליזום גישור או להיענות להצעת גישור

211 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 112.

212 שם המומחה מטעם בית-המשפט, שהוא מעריך ניטרלי ומוקדם (ביחס לדיון המשפטי "העיקרי"), מעריך את הנזק, ואילו בית-המשפט "מעריך" את הפן המשפטי.

213 אכן, בסכסוכים בתחום הבנייה הדברים מתנהלים לרוב באופן דומה: בעקבות בקשה של הנתבע, בית-המשפט ממנה מומחה מטעמו, אשר מעריך את הנזק, ולאחריו בית-המשפט "מעריך" את ההיבטים המשפטיים. סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 112.

214 "העברת סכסוך שהמדינה צד לו לבוררות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1204, 2 (התשס"ג).

215 ראו "יישוב של סכסוכים שהמדינה צד להם באמצעות בוררות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1205, 1 (התש"ע) (ההדגשה הוספה).

216 הנחיית היועץ "ש מס' 6.1203, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1 (ההדגשה הוספה).

217 שם, בעמ' 2.

218 שם.

בעניינים כאלה אף לפני שהעניין מגיע לבית-המשפט, ובמקרים רבים הדבר עולה בקנה אחד עם מדיניות ראוייה.²¹⁹

נראה, אם כן, כי אין מניעה עקרונית להשתתפותה של המדינה בהליכי ADR; אדרבה, קיימים גם יתרונות בהשתתפות כזו, כאמור לעיל, ובמקרים מסוימים יש אף עדיפות לסיום הסכסוך בדרכים אלה (למשל, בסכסוכים רגישים או כאשר מדובר בנושאים טכניים או מורכבים המצריכים הבנה מיוחדת כדי למצוא פתרונות יצירתיים).²²⁰ לפיכך בתום המשוב של המערך הניטרלי תוכל המדינה, במקרים כגון דא, לנהל משא-ומתן עם הצד האחר בסיועו של המערך הניטרלי או לסיים את הסכסוך בגישור או באחת מן הדרכים החלופיות שהמערך הניטרלי עשוי להציע.²²¹

אולם הערך המוסף של הליך ה-ENE עשוי לבוא לידי ביטוי גם במקרים שאינם מתאימים לטיפול באחת מדרכי ה-ADR, לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שהוזכרו לעיל. לשון אחר, אם יאומץ הליך ה-ENE לפי המודל המוצע ברשימה זו – קרי, כשלב משלבי ההליך הדיוני, ולא כאחת מדרכי ה-ADR – הוא יוכל להיות לעזר למדינה גם בסכסוכים רבים אשר לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה אינם מתאימים ליישוב בהליך חלופי ההליך הדיוני, כגון סכסוכים שקיים בהם עניין ציבורי בגינו התנהגות ובהטלת סנקציה, סכסוכים שבהם המדינה מעוניינת בקביעה משפטית או בתקדים, סכסוכים שקיימים בהם אינטרסים משפטיים בלבד, סכסוכים שבהם המדינה אינה מוכנה לפעול לפני משורת הדין וכיוצא בהם.²²² בכל המקרים הללו תוכל המדינה, בתום המשוב של המערך הניטרלי, להחליט על בחירתה בהליך דיוני מלא, ואף לקבל סיוע מהמערך הניטרלי בהכנת התיק למשפט, תוך חיסכון מרבי במשאבים של זמן וכסף.

גם במקרים שבהם על המדינה להימנע משימוש בחלופות ההליך הדיוני בשל התנגשות בפועל או בכוח עם כללי המשפט המנהלי, תוכל המדינה להיעזר בשירותי

219 זמיר, לעיל ה"ש 196, בעמ' 158. עם זאת, המחבר מבחין בין שני סוגים של עניינים מנהליים. הסוג האחד כולל עניינים שמהותם אזרחית, כגון ענייני חוזים או נזיקין שהמדינה או הרשות המנהלית צד להם. בדרך-כלל עניינים כאלה מתאימים לגישור כמו עניינים אזרחיים רגילים. גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה תומכת בעיקרון בפנייה לגישור בעניינים אלה. הסוג האחר כולל עניינים שמהותם מנהלית, כלומר, עניינים הנוגעים בהפעלת סמכות מנהלית. זמיר מצייין כי אין מניעה עקרונית לפנות גם בעניינים אלה לגישור, אולם כדי להחליט אם העניין מתאים לגישור, יש לשקול בעניינים מסוג זה את הכללים המשפטיים המגבילים את הרשות המנהלית בהפעלת סמכותה, ביניהם לשון החוק, תכלית החוק, החובה להתחשב רק בשיקולים ענייניים ולפעול באופן מידתי וסביר. כללים אלה עשויים לשלול העברה של סכסוך מנהלי מסוים לגישור או למנוע הסדר גישור בסכסוך מנהלי מסוים. עם זאת, יש סכסוכים מסוג זה שבהם גישור הוא דרך רצויה – לדוגמה, מקרה שבו הרשות המנהלית נקראת להפעיל סמכות בעקבות סכסוך בין צדדים אזרחיים, וגישור בין הצדדים עשוי לייתר את הפעלת הסמכות או להשפיע עליה. שם.

220 הנחיית היועמ"ש מס' 6.1203, לעיל ה"ש 81, בעמ' 3.

221 כזכור, במקרים רבים הליך ה-ENE מסתיים באחת מן הדרכים החלופיות ומחוץ לכותלי בית-המשפט. ראו ה"ש 28 והטקסט שלידה.

222 הנחיית היועמ"ש מס' 6.1203, לעיל ה"ש 81, בעמ' 4.

ה-ENE, אשר באמצעות המעריך הניטרלי יכינו אותה היטב להליך הדיוני, תוך חיסכון במשאבים כלכליים ובזמן שיפוטי. כך, למשל, כאשר פנייה להליכים חלופיים עלולה ליצור פגיעה בשוויון, לנוכח החשש כי הסכם עם אחד יהיה שונה מהסכם עם אחר במקרה דומה; כך גם במקרים של חשש לפגיעה בשקיפות אם תבחר המדינה אחת מדרכי ה-ADR (שהרי הדרכים החלופיות מתנהלות בדלתיים סגורות, להבדיל מן ההליך הדיוני); כך הדבר גם כאשר אי-ההקפדה על כללי המנהל עלולה להוביל לשחיתות שלטונית ולפגיעה באמון הציבור; כך גם כאשר מתעוררת השאלה בדבר יכולתה של המדינה לוותר על כספי ציבור (במיוחד כאשר המצב המשפטי, לדעת מייצגיה, נוטה לאפשרות של זכייה בתיק בהליך שפיטה) וכיוצא באלה.

גם בסכסוכים שבהם קיים חומר ראיתי סודי או רגיש, שהמדינה אינה מעוניינת לגלותו בהליך גישור (שבו התחייבותו של הצד האחר לסודיות היא מכוח חוזה בלבד), וכן בסכסוכים שבהם קיים חומר שמוטל עליו חיסיון על-פי דין, ואשר אי-גילוי על-ידי המדינה יש בו כדי לסכל את יישוב הסכסוך בדרך של גישור,²²³ תוכל המדינה להתנהל בהליך ה-ENE. בהליך זה היא תחשוף חומרים אלה בשלב ההצהרה הכתובה (שעליה חל חיסיון) לפני המעריך הניטרלי בלבד, ולקבל ממנו באופן פרטי את המשוב (אשר חסוי אף הוא, כמוסבר לעיל).

יוצא אם כן שאימוצו של הליך ה-ENE במתכונת המוצעת ברשימה זו – כשלב משלבי ההליך הדיוני, ולא כאחת מדרכי ה-ADR – עשוי להגדיל את קשת המקרים שבהם תוכל המדינה להשתתף בהליך ה-ENE בהשוואה למצב הקיים כיום. לנוכח העובדה שהמדינה מהווה צד לכשליש מהתיקים הנידונים בבית-המשפט,²²⁴ אימוץ מודל ראוי להליך ה-ENE בישראל בתיקים שהמדינה צד להם עשוי להרים תרומה נכבדת להפחתת העומס מעל מערכת בתי-המשפט, ובמילים אחרות – להעצים את הפוטנציאל הטמון בהליך ה-ENE ואת תרומתו למערכת יישוב הסכסוכים בישראל.²²⁵

3. המעריך הניטרלי – הכשרה ומיומנות

“בסופו של דבר למוניטין ולמעמד המקצועי של עורך הדין שבא להציע לצדדים פתרון מקצועי, יש חשיבות רבה וערך מוסף בפתרון הסכסוך.”²²⁶

223 ש.ס.

224 פרלמן ואיגרא, לעיל ה"ש 187, בעמ' 5.

225 זאת, בפרט לנוכח העובדה שיש הטוענים כי המדינה ממעטת לבחור מיוזמתה בדרכים חלופיות להליך הדיוני גם במקרים שבהם בחירה כזו היא בגדר מדיניות ראויה. ראו כרמית פינטו "מדוע המדינה כה ממעטת להתגשר?" נקודת גישור 4, 8 (2002).

226 מדבריו של שי סגל, יושב-ראש המוסד הארצי לגישור, שנאמרו ביום-עיון שנערך בבית הפרקליט תל-אביב בשנת 2003. ראו מערכת "נקודת גישור", לעיל ה"ש 208.

סקר שנערך על-ידי אוניברסיטת קליפורניה מראה כי מידת הצלחתו של הליך ה-ENE ומידת שביעות-הרצון של הצדדים ממנו תלויות במידה רבה בשביעות-הרצון של הצדדים מן המעריך הניטרלי.²²⁷ צדדים להליך ייחסו משקל רב למומחיותו של המעריך הניטרלי בנושא הסכסוך, למעמדו ולמוניטין שלו.²²⁸ אכן, ברי כי מומחיותו של המעריך הניטרלי בנושאים שבבסיס הסכסוך ובקיאותו במידע הרלוונטי מכתיבים את הצלחת ההליך באופן בולט בהשוואה לדרכים חלופיות אחרות ליישוב סכסוכים.²²⁹ כמו-כן ייחסו הצדדים חשיבות למיומנויות ה"אפשר" (facilitation) של המעריך הניטרלי, ובכלל זה ליכולתו להקשיב, להבין, לשפר את התקשורת בין הצדדים ולסייע לצדדים בפישוט נושאי המשא-ומתן ובחתימה לפתרונות מתאימים.²³⁰ מכאן עולה כי על-מנת להבטיח את הצלחתו של הליך ה-ENE בארץ, יש להבטיח, ראש לכל, את הכשרתו ומקצועיותו של המעריך הניטרלי, כמו-גם את מומחיותו בנושא הסכסוך. במקומות שונים בעולם קיימים מודלים שונים שנועדו להבטיח זאת. באוסטרליה, למשל, המעריכים הניטרליים הם משפטנים בכירים אשר נמנים עם צוות המעריכים הניטרליים של בית-המשפט העליון.²³¹ בוורמונט המעריך הניטרלי נבחר על-ידי עורכי-הדין של הצדדים מתוך רשימת המעריכים הניטרליים של בית-המשפט. רשימה זו מורכבת מאנשים שעברו הכשרה בת יומיים על-חשבון בית-המשפט או שהוכיחו לבית-המשפט כי יש להם ניסיון או הכשרה בתחום ה-ADR.²³² במחוז הנפין מוצעת הכשרה בת יום או יומיים שעוסקת בסוגיות ספציפיות העולות תדיר במפגשי ה-ENE – כגון פערי כוחות בין הצדדים, יצירת תקשורת ושאר אתגרים שכיחים שעשויים להיות מנת-חלקו של המעריך הניטרלי – ואשר כוללת גם התנסות מעשית.²³³ בקליפורניה עורך-דין המעוניין להיות מעריך ניטרלי בנושא מסוים נדרש לשלוש שנות ניסיון בהתדיינות (פרקטיקה משפטית) בנושא.²³⁴ במחוז נסאו שבניו-יורק נדרשות חמש שנות ניסיון מעשי בתחום הסכסוך (דיני משפחה), בצד מיומנות מוכחת (מוניטין והערכות – reference evaluations) והכשרה מתאימה.²³⁵ אין בכוונתנו לקבוע מסמרות בעניין מספר שנות הניסיון בתחום הסכסוך הנדרשות על-מנת להעיד כחזקה על מומחיותו של המעריך הניטרלי באותו תחום, ואף לא בדבר תכניה המדויקים של ההכשרה לתפקיד שעליו לעבור. ניתן לבחור אחד מבין המודלים המקובלים בעולם, כפי שפורטו לעיל, או לשלב אחדים מהם. אפשר אף לשקול מודל

227 Rosenberg & Folberg, לעיל ה"ש 33.

228 שם.

229 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 112.

230 Rosenberg & Folberg, לעיל ה"ש 33.

231 *Neutral Evaluation Program*, לעיל ה"ש 201.

232 Fitzhugh, לעיל ה"ש 22, בעמ' 44.

233 Pearson et al., לעיל ה"ש 49.

234 ראו: Superior Court of California, County of Santa Barbara, *CADRe (Court-Administered Dispute Resolution) Program Information*, www.sbcadre.org/forms/pdf/adrinfor.pdf.

235 Santeramo, לעיל ה"ש 24, בעמ' 334.

של יחס הפוך בין פרמטר הניסיון לפרמטר ההכשרה, כלומר, עורכי-דין בעלי ניסיון מעשי רב מאוד בתחום הסכסוך יידרשו להכשרה מועטה בלבד לתפקיד המעריך הניטרלי. כך או כך, על המעריך להיות בעל ניסיון מספיק בתחום הסכסוך, מחד גיסא, ובעל ידע מספיק לגבי החוק ולגבי התוצאות שצפויות להתקבל בבית-המשפט, מאידך גיסא, על-מנת להבטיח הערכה ניטרלית מדויקת ככל האפשר; ונוסף על כך יהא עליו לעבור הכשרה מתאימה בהערכה מקדמית,²³⁶ לגלות ידע בתורת יישוב סכסוכים, ולהופיע ברשימת המעריכים המאושרים על-ידי בית-המשפט. המעריך ימונה על-ידי בית-המשפט (תוך מתן אפשרות לכל אחד מהצדדים להתנגד למינוי) או ייבחר על-ידי הצדדים מתוך רשימת המעריכים של בית-המשפט.

מעבר לדרישות המוקדמות, ולנוכח העובדה שתנאי חיוני להצלחתו של ההליך הוא אמנם המלא של הצדדים בחוות-דעתו של המעריך ובהכרעותיו, נראה כי האחריות לתוכנית ה-ENE והפיקוח עליה חייבים להיות בידי המערכת השיפוטית. רק כך יובטח כי המעריכים הניטרליים ימלאו כראוי את תפקידם, ואמון הציבור בהליך לא ייפגע.²³⁷ פיקוח זה ייעשה בראש ובראשונה באמצעות דוח שוטף שהמעריך הניטרלי יידרש להעביר לבית-המשפט, ובו יפורט בתום כל תיק משך הזמן שבו הוא התנהל, אחוז המחלוקות בו שהסתיימו בהסכם, העלות הכוללת של ההליך לצדדים וכיוצא באלה. מוצע כי נתונים אלה יפורסמו (בלא פרטים מזהים של הצדדים בתיק) באתר בתי-המשפט, ויהיו פתוחים לעיונו של ציבור המשתמשים הפוטנציאלי, אשר יוכל להיעזר בהם בבואו לבחור את המעריך הניטרלי המועדף בעיניו מתוך רשימת המעריכים הניטרליים של בית-המשפט.

נוסף על כך, מערכות המופקדות על הערכתם של ההליך והמעריך הניטרלי חייבות להתמקד באיסוף נתונים ישיר מהצדדים, באמצעות שאלון שבו יתבקשו למסור את התרשמותם מההליך עצמו ומהמעריך הניטרלי ואת רמת שביעות-הרצון שלהם מן התוצאה. גם נתונים אלה יתפרסמו באתר בתי-המשפט, בצד שמותיהם של המעריכים הניטרליים המשוּיכים לרשימת המעריכים הניטרליים של בית-המשפט.

איי-אפשר לסיים חלק זה מבלי להדגיש את הצורך העולה מרשימה זו בגיבוש תקנון אתי כולל להסדרת התחום של הליך ה-ENE. דרך-המלך בכל פרקטיקה שמציעה שירותים היא אימוצו של קוד אתי בסיסי והבאתו לידיעת הציבור, וזאת לטובת מקבלי השירות בפרט ולטובת החברה בכללותה. ברי כי התחום אינו יכול להישאר פרוץ, בלא תחימה מסוימת של גבולות וכללים. הרציונל ברור: יש להעניק למשתמשי ההליך רמת הגנה נאותה, ולהבטיח שהם יקבלו בפועל הליך אשר יעמוד בתנאי-סף נורמטיביים. דיון בנושא חורג ממסגרתה של רשימה זו, אך נציין, מבלי להיכנס לעובי הקורה, כי התקנון אמור להתייחס לגבולות תפקידו של המעריך הניטרלי ולתכנון של תפקיד זה, לחובות

236 הכהן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 23.

237 דפנה לביא "אלימות וגישור: האמנם אוקסימורון?" **משפחה במשפט** א' 117, 132–134, 138–140, 145–151 (2007).

הסודיות והניטרליות המוטלות עליו, למקצועיותו, להכשרתו, לחיסיון שחל על ההליך ועוד.

4. הפרדיגמה המוצעת: איון חסרונות נטענים של הליך ה-ENE

אימוץ הפרדיגמה המוצעת – קרי, שילובו של הליך ה-ENE כשלב דיוני (וקוגנטי) בהליך הדיוני, ולא כחלופה מחלופותיו – עשוי לאיין רבים מן החסרונות המיוחסים להליך זה על-ידי מבקריו, וזאת נוסף על איון הסכנות לקליטת ה-ENE בישראל ולכלל דרכי ה-ADR בארץ, כפי שפורטו לעיל.²³⁸

(א) ייקורו של ההליך השיפוטי

אחד החסרונות המיוחסים להליך ה-ENE הוא ייקורו של ההליך השיפוטי בשל תוספת העלות לצדדים כתוצאה מהוספתו של שלב נוסף זה.²³⁹ אולם אם יאומץ ה-ENE אל החוק הישראלי כחלק משלבי ההליך הדיוני, ולא כאחת מתוכניות ה-ADR, לא ייאלצו הצדדים לשלם עליו, כשם שהם אינם נדרשים לשלם על הליך "קדם-משפט" או על כל שלב קוגנטי אחר במשפט (באשר תשלומם נכלל במסגרת האגרה של פתיחת התיק). גם החשש שהמדינה "תגלגל" את עלויותיו של המערך הניטרלי אל הצדדים, אם על-ידי הגדלת האגרה ואם בכל דרך אחרת, הוא חשש לכאורי בלבד. ראשית, ברוב בתי-המשפט המחוזיים הפדרליים בארצות-הברית שירותיו של המערך הניטרלי ניתנים בחינם, בהתנדבות, לפחות בכל הנוגע בישיבה הראשונה.²⁴⁰ במקומות שונים בעולם מלאכת המערך הניטרלי נעשית בהתנדבות ומבלי לקבל שכר מהצדדים, הן בהכנת התיק והן בדיון עצמו, עד לגבול עליון של ארבע שעות.²⁴¹ גם להבנתנו, המודל שיש לאמץ להליך ה-ENE בישראל, בוודאי בשלבים הראשונים של "הרצת" ההליך, הוא המודל של פעולה התנדבותית (pro bono), כמו המודל שאומץ בארץ ביחס לפגישת המהו"ת²⁴² או ביחס לבוררות בבית-משפט לתביעות קטנות.²⁴³ מודל אפשרי נוסף

238 ראו לעיל תת-פרק 2ג למאמר.

239 לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 475–490.

240 עם זאת, יש מדינות שבהן הצדדים משלמים למערך על-פי תעריף שנקבע על-ידיו או על-ידי בית-המשפט. הכהן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 27.

241 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 109. אם נדרש זמן רב יותר, וההליך נמשך בהסכמתם של המערך והצדדים, אזי המערך הניטרלי זכאי לשכר-טרחה, המחושב לפי התעריף ליחידת זמן הקבוע בתקנות. במקרים חריגים, ורק לאחר קבלת אישור מראש ממנהל תוכנית ה-ADR של בית-המשפט, יכול שיעשה הסדר שכר-טרחה שונה.

242 ראו דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 53: "ישיבת המהו"ת לא תהיה כרוכה בתשלום מצד בעלי הדין, והמגשרים לא יגבו בגינה שכר טרחה."

243 ס' 65(א) לחוק בתי-המשפט קובע כי "הוגשה תביעה לבית משפט לתביעות קטנות, רשאי שופט בית המשפט, בהסכמת בעלי הדין, לדון בתביעה כבורר או להעבירה לבורר אחר שהסכים לדון בה בלי לקבל שכר מן הצדדים."

וחסכוני בהוצאות עשוי להיות אימוץ ההליך כמנדטורי רק בנוגע לפגישת ENE אחת. במודל זה לא יידרשו הצדדים לחזור ולהוציא הוצאות כספיות גדולות על פגישות נוספות כאשר ההבדלים ביניהם ניכרים וברי כי הם אינם ניתנים ליישוב.

יודגש: גם אם לא יאומץ המודל של pro bono, ברוב המקרים יעלה הרווח של צדדים שעברו הליך ENE על הפסדם. ראשית, כבר הועלתה ההצעה ששכרו של המעריך הניטרלי לא יעלה על שכרו של המגשר (שהצדדים מופנים אליו לאחר שבחרו בהליך גישור בתום ישיבת המהור"ת).²⁴⁴ שכר זה אינו גבוה, בלשון המעטה, מהגם שההליך של הערכה ניטרלית מוקדמת קצר על-פני-רוב מהליך הגישור, ואינו עולה בדרך-כלל על פגישה או שתיים (נתון זה רלוונטי בשל ההנחה ששכרו של המעריך הניטרלי יושבת על תעריף לשעה, כמו שכרו של מגשר, כאמור). יתרה מזו, מן הניסיון שנצבר בעולם עולה כי הליך ה-ENE **דווקא חוסך עלויות** לצדדים בהשוואה לעלותו של הליך דיוני מלא בין כותלי בית-המשפט (וזאת מבלי להזכיר את החיסכון באנרגיות ובמתח נפשיים, אשר מחירים עולה לעיתים על המחיר הכספי).²⁴⁵ במקרים רבים נמצא כאמור כי ההליך הוויל את עלויות הצדדים באופן דרמטי בהשוואה להליך דיוני מלא, והחיסכון הממוצע היה יותר מפי עשרה מעלותה של פגישה ENE אחת.²⁴⁶

אולם לא רק בהשוואה להליך דיוני בבית-המשפט יוצא הליך ה-ENE וידו על העליונה מבחינת היתרונות הכלכליים שהוא מספק לצדדים. גם בהשוואה להליך של **פשרה עצמאית** (קרי, בלא התערבותו של מעריך ניטרלי) הליך ה-ENE נושא עימו יתרונות כלכליים משמעותיים לצדדים. נסביר: קיימים כמובן מקרים שבהם הצדדים מתפשרים בלא עזרה של מעריך חיצוני. למעשה, יש תחומי משפט מובהקים (דוגמת תיקי משפחה) שבהם אחוזים גבוהים מן התיקים מסתיימים בפשרה, החוסכת מן הצדדים הליך דיוני מלא בין כותלי בית-המשפט.²⁴⁷ אולם יש מקום לשאול: מהו מחירה של פשרה זו? האם ויתורים שאינם מושכלים הם ויתורים? האם פשרה הנשענת על ויתורים כאלה היא פשרת-אמת? זו בדיוק הטענה של תומכי ה-ENE: בלא מומחיות מקצועית של מעריך ניטרלי, צדדים לסכסוך (ואף עורכי-דינם!) נוטים במקרים רבים לא לראות את המציאות (הן המשפטית והן העובדתית) נכוחה.²⁴⁸ כשל זה עלול אומנם להובילם להליך שיפוטי מלא, מחד גיסא, אולם גם לפשרות המושתתות על ויתורים לא **מדעת**, מאידך גיסא. ברי כי פשרות כאלה עלולות להיות מסוכנות ויקרות לעיתים לא פחות מהליך שיפוטי מלא. הטענה היא כי בספקן אספקלריה מציאותית לצדדים ולעורכי-דינם, הליך ה-ENE עשוי לחסוך מן הצדדים מחיר יקר זה.

יתרה מזו, פשרה הנשענת על ויתורים לא מדעת היא במקרים רבים תוצאה של **פערי**

244 סהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 112.

245 ראו דיון מורחב לעיל בתת-פרק 11 למאמר.

246 Rosenberg & Folberg, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1497.

247 זר-גוטמן ופרלמן, לעיל ה"ש 140, בעמ' 549 ו-571.

248 אם בשל מעורבותם (הרגשית או הכלכלית) בדבר ואם בשל כשלים קוגניטיביים או מבניים או אחרים המלווים צדדים לקונפליקט ולמשא-ומתן. ראו דיון מורחב לעיל בתת-פרק 11 למאמר.

כוחות בין הצדדים, והסכמיה נותנים ביטוי לפערים אלה ומקבעים אותם. במילים אחרות, אם צדדים (או עורכי-דינם, כפי שקורה פעמים רבות וכפי שהוסבר לעיל²⁴⁹) אינם מבססים את החלטותיהם (או את ויתוריהם) במסגרת הפשרה על אמות-מידה אובייקטיביות של ידע (עובדתי, מקצועי, משפטי או אחר) – על מה, למעשה, פשרה זו מבוססת? התשובה היא (כפי שקורה לעיתים מזומנות): על המאזן הכוחי שביניהם, כך שידו של הצד החזק – בין היתר במובן הכלכלי – על העליונה. הצד החזק (אשר חוסנו הכלכלי מאפשר לו לשאת בהוצאותיו של הליך דינוי ממושך וכן לשכור עורכי-דין "מהשורה הראשונה") עלול "לדחוק לפינה" את הצד החלש ולגרום לו להתפשר ולהסכים (במסגרת הפשרה) לויתורים כואבים (גם כלכלית). לעומת זאת, בהליך ה-ENE שני הצדדים כפופים לאמות-מידה אובייקטיביות של ידע, מומחיות ו"קריאה נכונה של המפה". כך יוצא שבמקום להתכופף, במסגרת הפשרה העצמאית, לרצונו השרירותי של הצד האחר (ושוב, לרוב יהא זה החלש שיתכופף לפני החזק), שני הצדדים מתכופפים למציאות האובייקטיבית ולידע המקצועי העולים מן המשוב של המעריך הניטרלי. במובן זה, אם כן, הליך ה-ENE זול יותר (לפחות לצד החלש) בהשוואה לפשרה העצמאית שמחוץ לכותלי בית-המשפט.

יתרון כלכלי נוסף של הליך ה-ENE, בהשוואה לפשרה עצמאית (בלא מעריך ניטרלי), טמון בכך שהוא מגביר את רמת מעורבותם של הצדדים בהליך המתנהל בעניינם. צדדים לסכסוך במשא-ומתן לפשרה עצמאית (בלא תיווכו של מעריך ניטרלי), ואף בהליך השיפוטי, אינם בני-סמכא לאמוד את ביצועיהם ואת רמת מקצועיותם של עורכי-דינם, ואינם יכולים להשתתף בניהול התיק שלהם באופן משמעותי, ולפיכך עלולים לא לקבל את שהם זקוקים לו מבחינה כספית, מבחינה רגשית ומבחינה משפטית. השימוש בהליך ה-ENE, לטענת תומכיו, מחזיר לצדדים מעט מן השליטה (כלכלית ואחרת) בכל הנוגע בניהולו של הסכסוך. הוא מאפשר לצדדים (ולא רק לעורכי-דינם) להתבטא בנוכחותו של המעריך הניטרלי, ומעניק להם הזדמנות ליישב את הסכסוך בשלב מוקדם של התיק, בצד יתרונות פסיכולוגיים וכספיים מגוונים. שיתוף פעיל של הצדדים בשלב המשא-ומתן וקבלת ההחלטות, כפי שנעשה בהליך ה-ENE (להבדיל מפשרה עצמאית, אשר מושגת לרוב על-ידי עורכי-הדין של הצדדים בלא שיתופם הפעיל של הצדדים עצמם²⁵⁰), מגדיל את הסיכוי ליישומה של התוצאה המתקבלת בסופו של התהליך,²⁵¹ וחוסך את עלויות האכיפה הגבוהות הנלוות במקרים

249 ראו לעיל ליד ה"ש 32 ו'44-47.

250 בהליך הפשרה העצמאית, כאשר מתנהל משא-ומתן ישיר, הוא מתנהל לרוב בין עורכי-הדין של הצדדים, כך שהצדדים עצמם אינם מקבלים הזדמנות להיפגש פנים-אל-פנים ולהציג את עמדתם.

251 ממחקרים עולה כי צדדים מכבדים יותר הסכם שהם הגיעו אליו מרצונם (להבדיל מפסק כפוי), ומעריכים יותר הליך שבמסגרתו ניתנה להם הזדמנות הוגנת להביא את עניינם ולהשפיע על תוצאותיו, אף אם תוצאתו הסופית אינה מיטבית בעיניהם. ראו: Carrie Menkel-Meadow, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 U.C.L.A. L. REV. 485 (1985); Tom R. Tyler, *The Psychology of Disputant Concern in Mediation*, 3 NEGOTIATION J. 367 (1987); Edward F. Sherman, *Court-Mandated*

רבים הן לפשרה העצמאית והן להליך הדיוני המתקיים בבית-המשפט (כאשר הצדדים אינם מקיימים את ההסכם שגובש בפשרה או את פסק-הדין, ונדרש לאוכפם על-ידי מנגנון ההוצאה לפועל, על עלויותיו).²⁵²

(ב) סרבול הליכים

חיסרון אחר המיוחס להליך ה-ENE הוא סרבול הליכים. מבקרי ההליך טוענים כי בהשוואה לדרכי ADR אחרות, הליך ה-ENE עלול להיות מסורבל וארוך יותר, בשל ההזקקות לכתבי טענות, לתצהירים, לראיות וכולי. אולם אם יאומץ ה-ENE כשלב משלבי ההליך הדיוני (בהתאם להצעתנו), ולא כאחת מדרכי ה-ADR, אזי לא יהיה עוד מקום להשוואה בינו לבין דרכי ADR אחרות, כי אם בינו לבין הליך שיפוטי בלא ENE. בהשוואה אחרונה זו ה-ENE יוצא וידו על העליונה, מאחר שמן הניסיון שנצבר בעולם עולה, כפי שתואר לעיל, כי השימוש בתוכניות ENE תרם להפחתת הסרבול, קיצר את משך הדיון והוזיל את עלויותיו.²⁵³

(ג) פגיעה בשכבות החלשות מבחינה כלכלית בצד חסרונן של הגנות פרוצדורליות

חיסרון נוסף המיוחס להליך הוא פגיעה בשכבות החלשות מבחינה כלכלית. אחת הטענות הנשמעות נגד דרכי ה-ADR בכללותן היא שהן מייצרות מעין "צדק סוג ב" או "צדק לעניים" לאותן שכבות באוכלוסייה אשר נאלצות בלידת בררה להסתפק בכך מאחר שהן אינן יכולות לשאת בהוצאות המשפט וההליך הדיוני.²⁵⁴ טענה אחרת הנשמעת נגד ה-ENE עוסקת בחסרונן של הגנות פרוצדורליות בהליכי ה-ADR ככלל שימנעו את הצד השלישי (המנהל אותם) מלהיות משוחד או בעל דעה קדומה.²⁵⁵ הפרדיגמה המוצעת ברשימה זו עוקפת את שני החסרונות האמורים, מאחר שהללו מיוחסים לתוכניות הנתפסות כדרכי ADR, ולא לכאלה המהוות חלק אינהרנטי משלבי ההליך הדיוני. ביחס לטענה השנייה ניתן להוסיף ולומר כי אדרבה – אימוצו של הליך ה-ENE כשלב בתוך ההליך הדיוני, ולא כאחת מדרכי ה-ADR, מגביר את הקשר הרציף עם בית-המשפט, את ההיצמדות להערכה "בצל המשפט",²⁵⁶ כמו-גם את שילובם של עורכי-הדין בהליך באופן מסיבי (להבדיל מחלק מדרכי ה-ADR). כל אלה מגבירים את הפיקוח על המעריך

Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required?, 46 S.M.U. L. REV. 2079, 2087 (1993).

252 ולראיה מספרם העצום של התיקים הנפתחים מדי שנה בלשכות ההוצאה לפועל. ראו **דוח רשות האכיפה ל-2012**, לעיל ה"ש 139. במקרה של פסק-דין, נוסף על עלויות ההוצאה לפועל הנדרשות לעיתים מזומנות לשם אכיפתו, קיימות לעיתים גם הוצאות הערעור, הנלווה במקרים רבים להכרעה הדיונית.

253 ראו לעיל תת-פרק 10 למאמר.

254 Goldberg, Green & Sander, לעיל ה"ש 162, בעמ' 295.

255 לביא "מביט לסוף דבר בקדמתו", לעיל ה"ש 6, בעמ' 477.

256 על גישור "בצל המשפט" ראו: Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

הניטרלי, ומקטינים את החשש שהוא יפעל מתוך דעה קדומה או ייטול שוחד מאחד הצדדים. יתר על כן, המנגנון ואמות-המידה שהוצעו לעיל²⁵⁷ לבחירת מעריכים ניטרליים ולהכשרתם עשויים לאיין חששות אלה, שכן מדובר במומחים מקצועיים בנושא המחלוקת, שעברו הכשרה לתפקיד של מעריך ניטרלי, שמצויים ברשימת בית-המשפט, שנבחרו על-ידי הצדדים מתוכה, ואשר כפופים למנגנון הפיקוח והבקרה על ההליך (דוגמת הדוח לבית-המשפט, שאלוני הצדדים ופרסום הנתונים באתר, כמוצע לעיל).²⁵⁸

(ד) פגיעה בזכות הגישה לערכאות

חיסרון אחר שעלול להיות מיוחס למודל המוצע ברשימה זו הוא פגיעה בזכות הגישה לערכאות, וזאת לנוכח העובדה שהמודל המוצע הוא כאמור **קוגנטי/מנדטורי**.²⁵⁹ כבר ציינו לעיל כי מנגנונים של כפיית חלופות ליישוב סכסוכים נתפסים על-ידי אסכולות שונות כבעייתיים במובן העקרוני, שכן מדובר בנושא שהוא זכות-יסוד של הפרט – זכות הגישה לערכאות, אשר נתפסת גם כזכות חוקתית.²⁶⁰ על הפגיעה בזכות זו נאמרו, בין היתר, הדברים החמורים הבאים: "חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה."²⁶¹ אכן, בדיוק בשל כך נאמרו דברים חריפים נגד הצעת חוק בוררות-חובה.²⁶² נשאלת השאלה: האומנם נכון לייחס חיסרון זה גם למודל המוצע ברשימה זו? הרי הוא קוגנטי – האין בו, אם כן, פגיעה בזכות הגישה לערכאות?

התשובה לשאלות האמורות היא שלילית. הביקורת שהושמעה על פגיעה בזכות הגישה לערכאות פוונה ומתאימה להליכים **חלופיים** להליך הדיוני, קרי, לאחת מדרכי ה-ADR. לפיכך היה מקום לביקורת זו בהקשר של הצעת חוק בוררות-חובה, שכן הליך הבוררות משתייך באופן מובהק לדרכי ה-ADR, מה-גם שהדברים נכונים פי כמה כאשר מדובר בהליך חלופי המסתיים בפסק, דוגמת הבוררות. אכן, על ההצעה לאימוץ הבוררות כהליך-חובה נאמר כי היא מהווה פגיעה קשה, מעבר לנדרש, בזכות הגישה לערכאות.²⁶³ אם כן, כאשר מדובר בהליך חלופי להליך הדיוני, ובוודאי כאשר מדובר בהליך שמסתיים בפסק (דוגמת הבוררות), יש מקום לטענה כי בהנהגתו במתכונת מנדטורית גלומה חסימה של זכות-יסוד של הפרט להביא את עניינו לפני ערכאה שיפוטית הפועלת על-פי חוק.

257 ראו לעיל ה"ש 236 והטקסט שלידה.

258 שם.

259 ראו לעיל תת-פרק ד 1 למאמר.

260 יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית" **המשפט** ה 217 (2000).

261 ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

262 סוצ'ור, לעיל ה"ש 62.

263 פרלמן ואיגרא, לעיל ה"ש 187, בעמ' 4.

אולם המודל המוצע ברשימה זו מציע אימוץ של הליך ה-ENE כשלב משלבי ההליך הדיוני דווקא, ולא כאחת מתוכניות ה-ADR. אימוץ כזה דווקא מציל את הליך ה-ENE מביקורת כזו, שכן כשם שאי-אפשר לדבר על פגיעה בזכות הגישה לערכאות כלפי מי שכבר מצוי בלב ההליך הדיוני ומחויב בשלבים שונים קוגנטיים/מנדטוריים בתוכו (דוגמת שלב קדם-המשפט) או כפוף לקביעות שונות (מנדטוריות!) של תקנות סדרי הדין או להחלטות קוגנטיות/מנדטוריות של השופט (למשל, למנות מומחה מטעם בית-המשפט) – כך אי-אפשר לומר זאת על שלב נוסף (אף אם קוגנטי) בהליך הדיוני, הכולל הערכה ניטרלית של מעריך חיצוני לצדדים. זאת ועוד, אין זה משנה כלל אם שלב זה יכלול באמצעו של ההליך הדיוני (שאז מדובר כביכול באופן מובהק בשלב משלבי הדין המשפטי) או בראשיתו. כשם שנגד פגישת המהו"ת הקוגנטית, הממוקמת בראשיתו של ההליך הדיוני, לא נשמעה הטענה כי היא מנדטורית ועל-כן פוגעת בזכות הגישה לערכאות, כך אין סיבה שתישמע טענה כזו נגד המשכה (כמוצע לעיל)²⁶⁴ – הליך ה-ENE. אדרבה, המודל של פגישת המהו"ת (במתכונת שהוצעה על-ידי ועדת רובינשטיין ואשר אומצה על-ידי המחוקק בתקסד"א) אומץ תחת אימוצו של גישור מנדטורי, לאחר שמודל זה של גישור (המקובל במקומות שונים בעולם) נדחה על-ידי הוועדה בדיוק בשל החשש מן ה"מנדטוריות" שבו.²⁶⁵ כשם שפגישת מהו"ת אינה שווה לגישור-חובה (מנדטורי), אף שהיא עצמה קוגנטית ודנים בה באפשרות ליישוב הסכסוך באמצעות גישור, כך גם הליך ה-ENE, במתכונתו המוצעת כאן כשלב קוגנטי, אינו שווה-ערך לכל אותן חלופות להליך הדיוני שעשויות לעלות במסגרתו.

"הפגיעה בזכות הגישה לערכאות נחשבת למוצדקת רק אם היא אכן נובעת מבחירתו המוקדמת של המתקשר", פסק בית-המשפט.²⁶⁶ מאחר שלאחר המשוב של המעריך הניטרלי עדיין פתוחה לפני הצדדים הדרך להליך שיפוטי מלא בין כותלי בית-המשפט, החיוב הוא רק לשמוע את הערכתו של המעריך הניטרלי,²⁶⁷ וזו, כפי שהוסבר לעיל, אינה מחייבת את הצדדים ואינה מונעת מהם את האפשרות להמשיך בהליך הדיוני (שבו פתחו מלכתחילה עם הגשת כתבי טענותיהם). אם בכל-זאת בחרו הצדדים בהגעה להסכם תחת התנהלות בהליך שיפוטי מלא, כי-אז מדובר ב"בחירתו המוקדמת של המתקשר", כמובא בציטוט שבראש פסקה זו, קרי, אין כאן פגיעה בזכות הגישה לערכאות.

יתרה מזו, דווקא על הליך ה-ENE, להבדיל מדרכי ADR אחרות, ניתן לומר כי הוא האחרון שפוגע בזכות הגישה לערכאות. זאת, מכיוון שבתוך מבנהו הפנימי, כמסבר

264 ראו לעיל פרק ד למאמר.

265 דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 88, בעמ' 40-43.

266 רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים (בנייה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163 (2002) (ההדגשה הוספה).

267 מה שמזכיר את המודל של פגישת המהו"ת, להבדיל ממודל הגישור המנדטורי. ראו דוח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 88.

לעיל,²⁶⁸ טמונה הזיקתיות להליך הדיוני בבית-המשפט והסימביוזה עימו, באשר הוא צופה את תוצאותיו, מושפע מהכרעותיו הפוטנציאליות, ואף ממשיך בהדרכה ובהכוונה אליו אם בסופו בחרו הצדדים בהליך שיפוטי מלא. "...הפתרון לעומס הרב עימו מתמודדת מערכת המשפט... אינו בהקמה של מערכת מקבילה, שסופה לפגוע בעקרונות היסוד שלנו, אלא בשיפור המערכת הקיימת."²⁶⁹ את הקו הזה בדיוק ממשיך המודל המוצע ברשימה זו: אימוץ הליך ה-ENE לא כדרך חלופית נוספת להליך הדיוני, כי אם כשיפור מלגו להליך זה, כלומר, אימוץ משופר של הליך ה-ENE כשלב משלבי ההליך הדיוני וכחלק אימננטי ממנו. לטעמי, לא רק שהליך ה-ENE כשלב קוגנטי בהליך הדיוני אינו פוגע בזכות הגישה לערכאות, אלא שבמתכונתו זו הוא אף מחזק אותה, וזאת משתי סיבות:

הסיבה הראשונה היא שנראה כי ברובד העמוק יותר יש לשאול: האם בחירה של צדדים בהליך שיפוטי בבית-משפט מבלי שהם מודעים באמת לסיכונים ולמחירים הכרוכים בו, ומבלי שהם ערים ליתרונות הטמונים בהשגת הסכם מחוץ לכתליו, יכולה להיחשב בחירה אמיתית? כאשר אדם נדרש לבחור בין שתי חלופות אך אינו יודע באמת (גם אם הוא מוטה וחושב שהוא יודע) מה כוללת ולו אחת מהאפשרויות, האומנם הוא עורך בחירה מושכלת בין שתי אפשרויות, קרי, מממש את זכותו לבחור? הליך ה-ENE, בהעניקו לצדדים אספקלריה מציאותית על מצבם ועל אפשרויות הבחירה שלהם (בין במסגרת ההליך הדיוני ובין מחוץ לו), מאפשר לצדדים בחירה **מושכלת** בכל הנוגע **בתוכנה הפנימי** של הזכות שלהם לגישה לערכאות (על סיכונים ומחירה), אם אכן יבחרו לממשה בסופו של יום.

הסיבה השנייה היא שהליך זה מעניק לצדדים מסוימים, אשר בלעדיו היו נמנעים מלממש את זכות הגישה שלהם לערכאות, את היכולת האמיתית לממשה. כוונתי לצדדים בעלי זכויות על-פי דין אך בלא יכולת וחוסן כלכליים לעמוד בתקופת משפט ממושכת. הללו עלולים לוותר על אכיפת זכויותיהם בבתי-המשפט בשל העלות הכרוכה במימוש זכותם לקבל את יומם בבית-המשפט.²⁷⁰ באמצעות אותו חלון-הצצה אפריורי שהליך ה-ENE מעניק לצדדים אלה בדבר תוצאתו המסתברת של ההליך הדיוני בבית-המשפט, וזאת מבלי שיצטרכו לשאת בעלותו המלאה (הן הכספית והן הרגשית) של ההליך הדיוני, הליך ה-ENE הופך את זכות הגישה לערכאות לזכות מעשית לגביהם, להבדיל מתיאורטית בלבד.

²⁶⁸ ראו לעיל תת-פרק ג1 למאמר.

²⁶⁹ "הצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע"א-2011 – עמדת נשיא בית המשפט העליון, השופט אשר גרוניס" 3 (2012) www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H03-09-2012_9-11-17_grunis04092012.pdf.

²⁷⁰ כאן רלוונטי הנתון הסטטיסטי המצביע על מתאם בין שיעור הגירושים לבין המצב הכלכלי. המצב הכלכלי מונע לעיתים זוגות עניים מלנסות לפרק את קשר הנישואים. Raul V. Esquivel, III, Comment, *The Ability of the Indigent to Access the Legal Process in Family Law Matters*, 1 LOY. J. PUB. INT. L. 79, 82–84 (2000).

* * *

ניתן לסכם ולומר כי לחסרונות המיוחסים להליך ה-ENE בשיח המלומדים בעולם יש שורש אחד משותף: תפיסת ההליך כאחת מדרכי ה-ADR. אם נעקור שורש זה, והליך ה-ENE יאומץ וייתפס כחלק בלתי-נפרד מן ההליך הדיוני וכשלב משלבי, כמוצע ברשימה זו, יאויגו (או לפחות ימוזערו) רבים מחסרונותיו הנטענים, כמפורט לעיל. אדרבה, חלקם אף ייהפכו כאמור ליתרונות יחסיים בהשוואה להליך דיוני שאינו כולל שלב זה כחלק אינהרנטי ממנו.

עם זאת, נראה כי לפרדיגמה המוצעת ברשימה זו יש חיסרון בולט, ולו ממבט ראשון. ניתן להגדיר חיסרון זה כ"נצחון המציאות על החזון"²⁷¹. תנועת ה-ADR נושאת עימה, בין היתר, את החזון של שינוי חברתי אסטרטגי והנהגת דרך חיים חדשה.²⁷² היא אינה מסתכמת באוסף של דרכים או טכניקות לסיום מהיר ויעיל של תיקים תלויים ועומדים, תוך הפחתת העומס מעל בתי-המשפט. העובדה שהציבור בישראל מעדיף את ההליך השיפוטי (על החלופות לו) כדרך ליישוב סכסוכים²⁷³ מעידה כי בכל הנוגע בתרבות היחסים במצבי סכסוך, החברה הישראלית מתאפיינת בשימוש מופרז בכוח ובשיח של זכויות, אשר גם הוא סוג של הפעלת כוח.²⁷⁴ אימוץ הליך ה-ENE אל המשפט הישראלי לפי הפרדיגמה המוצעת כאן – קרי, כשלב בתוך ההליך הדיוני, ולא כאחת מדרכי ה-ADR – נחזה (ולו לכאורה) ככניעה למגמה זו, כמחזק תרבות ושיח כוחניים קיימים וכמקפל את דגל החזון של תנועת ה-ADR, לפחות בכל הנוגע בהליך ה-ENE.

יתר על כן, תנועת ה-ADR (ובראשה הגישור) מבקשת לפתור לא רק את בעיותיו של בית-המשפט (ובראשן העומס), אלא גם את בעיותיה של החברה.²⁷⁵ לדרכי ה-ADR יש תפקיד חינוכי. כל אחת מהן עשויה להיות סוכן של שינוי תרבות הסכסוכים בחברה.²⁷⁶ נדמה כי דווקא חברה הנוטה להישען באופן מופרז על צד שלישי כופה ועל שיח של כוח וזכויות (בכל הנוגע ביישוב סכסוכיה) זקוקה לאימוץ דרכי ADR רבות ומגוונות על-מנת לשפר את חוסנה הפנימי ואת איכות החיים של אזרחיה.²⁷⁷ נגד הפרדיגמה המוצעת ברשימה זו אפשר אם כן לטעון כי גם אם היא עשויה לתרום לסגירת תיקים מהירה ויעילה ולהפחתת העומס מעל בתי-המשפט בישראל, היא מוותרת "באותה נשימה" על חזון החזון הטמון בהליך ה-ENE אילו אומץ למשפט הישראלי כאחת מדרכי ה-ADR. לטעמי, חיסרון זה הוא לכאורי בלבד, ולו בשל העובדה שהליך ה-ENE, מעצם

271 כפרפרזה על דבריו של מירוני. ראו מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 525.

272 ראו לעיל תת-פרק 11 למאמר, ובפרט ליד ה"ש 133–134.

273 ראו לעיל תת-פרק 22 למאמר.

274 מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 509, 536.

275 ברק, לעיל ה"ש 132, בעמ' 9, 10.

276 ראו לעיל ליד ה"ש 133–134.

277 מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 536.

מהותו, אינו מקיים כאמור את חזונה של תנועת ה-ADR ולפיכך אינו ראוי להיחשב אחת מדרכיה.²⁷⁸ אדרבה, כפי שהוסבר לעיל, אם הוא ייחזה ככזה ויאומץ כאחת מדרכי ה-ADR אל שיח יישוב הסכסוכים בישראל, הוא עלול לגרום נזק רב הן לעצמו והן לתנועת ה-ADR בכללותה.²⁷⁹ יתרה מזו, גם אילו היה אפשר לתפוס את הליך ה-ENE כמקיים את חזון התנועה, נדמה כי כרגע החברה הישראלית אוטמת את אוזניה (באופן חלקי לפחות) מלהקשיב לקריאה לאימוצו של חזון זה,²⁸⁰ תוך שהיא כורעת בזמנית תחת נטל הסכסוכים. לעיתים מחסור בצרכים בסיסיים חוסם את היכולת להיפתח אל מה שנתפס כמותרות. במקרה כזה סדר העדיפויות בפתרון הבעיות אמור להשתנות בהתאם. נראה כי כרגע הצורך האקוטי, לנוכח העומס הקיים במערכת בתי-המשפט בישראל, הוא בסגירת תיקים קיימים, וכי הליך ה-ENE במתכונתו כשלב משלבי הדיון האזרחי דווקא (ולא כאחת מדרכי ה-ADR) עשוי לסייע בכך. לפיכך גם אם יש באימוצו של ההליך באופן זה מעין תרומה לירידה חברתית מבחינה חינוכית-ערכית ולחיוזוק שיח הזכויות הדיוני-האדוורסרי, מדובר בירידה זמנית בלבד, תוצר של מצב של חירום (לנוכח העומס הקיים, כאמור), והיא מחויבת לצורך עלייה עתידית.

סיכום ומסקנה

כבר בשנת 1908 טען רוסקו פאונד, אשר שימש לימים דקן בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד,²⁸¹ כי המערכת המשפטית חייבת להעביר את העקרונות, הדוקטרינות ומוסדות הצדק שלה מגישה מכנית דווקנית לגישה אשר שמה דגש בתנאים האנושיים ומעמידה את הגורם האנושי במרכז.²⁸²

נדמה כי דברים אלה לא נס ליחם גם כיום. הליכים הם תופעות דוממות, והם אמורים להיות אמצעים, ולא מטרות. דומה שלבני-אדם יש נטייה להידבק למוכר ולהימנע משינויים שעלולים "לטלטל את הסירה". הבעיה היא שכאשר מתמסרים להם יתר על המידה, האמצעים עלולים ליהפך למטרה. אם הליך ה-ENE, על-פי הניסיון שנצבר מיישומו בעולם, מגלה חסרונות מסוימים בתבניתו כהליך ADR, ואם כתוצאה מאימוצו כהליך ADR בארץ הוא עלול להיזנח על-ידי המתדיין הישראלי המצוי, אנו מציעים ברשימה זו למחוקק בישראל לזנוח את תבניתו זו ולאמץ אל תבנית חדשה – כשלב

278 ראו לעיל תת-פרק ג1 למאמר.

279 ראו לעיל תת-פרק ג2 למאמר.

280 על דעיכתה של מהפכת הגישור ועל אי-התממשות התקוות שנתלו בחזון הגישור ראו אלברשטין "הקדמה", לעיל ה"ש 75, בעמ' 358. כן ראו מירוני "על בשורת הגישור", לעיל ה"ש 62, בעמ' 520–521.

281 שימש דקן בית-הספר בשנים 1916–1936.

282 Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605 (1908).

בלתי-נפרד משלבי הדיון האזרחי. התמסרות כפייתית לתבנית מקובלת עלולה להיות מעכבת ומגבילה. כדברי הפתגם הידוע – "למי שבידו רק פטיש, כל בעיה נראית כמו מסמר". גמישות ויצירתיות, לעומת זאת, עשויות להביא לידי כך ש"הדרך הטובה ביותר" ליישוב הסכסוך תקבל חשיבות עליונה והתוכן יגבר על הצורה.

דרכי ה-ADR, על-אף שונותן ואף שהן אינן עשויות מקשה אחת, נשענות על בסיס משותף, כפי שהוצג ברשימה זו, הכולל מטרות והיסטוריה התפתחותית מכוונת, בצד אמירה וסדר-יום חברתיים. אין זה מן הראוי להחדיר בעד גבולותיהן "סוסים טרויאניים" שאינם עונים על בסיס משותף זה, ואשר עלולים לשים לאל הישגים בני שנים של תנועת ה-ADR. הניסיון מן העולם מלמד כי להליך ה-ENE יש יתרונות מגוונים, וכי הוא עשוי בהחלט לשמש מסגרת נוספת שתמנע במקרים רבים את הצורך בהתדיינות שיפוטית מלאה, ותניב בתוך כך חיסכון בזמן, באנרגיות נפשיות ובהוצאות מרובות. עם זאת, בהשאלה מדבריו של אלברט איינשטיין, "אי-אפשר להתכונן למלחמה וכו-בזמן למנוע אותה" – בוודאי לא באמצעות אותו הליך עצמו. הליך ה-ENE כ"דרך חלופית ליישוב סכסוכים" הוא כ"מרק כפתור" – אותו מונח הבא לתאר "תבשיל" שאינו קיים באמת. מבט מקרוב על הגדרותיו, מטרותיו, אופן פיתוחו ויישומיו של הליך ה-ENE מגלה יסודות אנטיטטיים לחלוטין לתנועת ה-ADR שאליה הוא מתיימר להשתייך. האמירה "אל תסתכל בקנקן אלא במה שיש בו"²⁸³ נכונה גם לענייננו. הן מן ההיבט המושגי-העיוני והן מן ההיבט האמפירי-המעשי הליך ה-ENE אינו חלופה עצמאית ליישוב סכסוכים, אלא אך נספח להליך הדיוני, והוא אינו מכיל כשלעצמו את הפוטנציאל להגברת האוטונומיה של הצדדים או ליישוב הסכסוך בדרכי שלום. לפיכך רשימה זו מציעה לאמצו בישראל כשלב בתוך ההליך הדיוני, כתוספת על התיקון לתקסד"א בדבר פגישת המהו"ת, ולא כאחת מדרכי ה-ADR.

קיים הבדל מהותי בין תפיסת ה-ENE כשלב משלבי ההליך הדיוני לבין הגדרתו ותפיסתו כחלופה חיצונית להליך זה, הנמנית עם דרכי ה-ADR. כל טשטוש הגדרות, כל עירוב תחומים, טומן בחובו סכנות ונזקים הן להליך ה-ENE עצמו והן לתנועת ה-ADR בכללותה, כפי שפורט לעיל ברשימה זו. תפיסת ה-ENE כחלק מדרכי ה-ADR היא ככפתור בתוך מרק: במקרה הטוב – לא מועיל; ובמקרה הרע – מזיק. תרומתו למרק אפסית, ואילו הסכנה שבבליעתו גדולה מדי. בכל מקרה הוא מיותר שם. רשימה זו ניסתה אך לתפורו במקום הראוי לו.

283 משנה, אבות ד, כ.