

## עליית מעמדו של הליך הגישור והשאלה החוקתית

בעקבות אימוצן של המלצות הוועדה לבחינת הנושא של  
גישור חובה והגברת השימוש בגישור בבת-המשפט

### מאת

אלעד פינקלשטיין \*

- א. מבוא
- ב. עליית מעמדו של הליך הגישור במשפט הישראלי
- ג. המלצות ועדת רובינשטיין: תיאוריה ופרקטיקה
- ד. בחינה חוקתית של המלצות ועדת רובינשטיין
  1. ההקשר הדיוני – זכות הגישה לערכאות
  2. ההקשר החוזי – חופש החוזים
- ה. דואליות נורמטיבית ומשמעותה החוקתית
  - ו. ישיבת מהו"ת וגישור חובה
  - ז. סיכום

### א. מבוא

בעשורים האחרונים המערכת המשפטית בישראל מעודדת צדדים שנתגלע ביניהם סכסוך, לנסות וליישבו בהליך הגישור. מגמה זו באה לידי ביטוי במגוון אופנים, ובכלל זה בהענקת תמריצים משפטיים וכלכליים. מאמר זה מבקש לעסוק באחד משיאי מגמה זו – אימוץ המלצות הוועדה לבחינת הנושא של גישור חובה והגברת השימוש

\* מרצה, הקריה האקדמית אונו.

בגישור בבתי המשפט, בראשותה של כב' השופטת מיכל רובינשטיין,<sup>1</sup> תוך התמקדות בהיבט החוקתי.

ועדת רובינשטיין ממליצה על החלת תוכנית ניסיונית המחייבת בעלי דין להתייצב בישיבת מידע, היכרות ותיאום (ישיבת מהו"ת), כאשר בישיבה זו יבחנו בעלי הדין יחד עם מגשר את מידת התאמתו של הליך הגישור לסכסוך הקונקרטי. הוועדה מדגישה, כי רק ההשתתפות בישיבת המהו"ת תהיה חובה, אך לא הכניסה להליך הגישור, אשר תותנה עדיין בהסכמת הצדדים. ברם, כפי שיפורט להלן, נראה כי בפועל, בשל תוכנה המוצע של ישיבת המהו"ת ומכלול העניינים האמורים להתברר בה, קיים חשש שחיוב הצדדים להשתתף בישיבת המהו"ת יהפוך להחלת הליך גישור חובה. מכל מקום, בדונה בהיבט החוקתי, ועדת רובינשטיין אינה מבחינה בין חיוב הצדדים להשתתף בישיבת המהו"ת ובין החלת משטר משפטי של גישור חובה.

בהיבט החוקתי מתרכזת ועדת רובינשטיין בהקשרו הדיוני של הליך הגישור, תוך קביעה כי בחיוב הצדדים להשתתף בישיבת מהו"ת או בהליך גישור אין משום פגיעה בלתי-מידתית בזכות הגישה לערכאות, שהיא זכות יסוד חוקתית. מסקנה זו מתבססת על היתרונות הגלומים בהליך הגישור, ובעיקר על יכולתו של כל אחד מהצדדים לסיים את ההליך ככל עת באופן חד-צדדי ולשוב להתדיין בבית המשפט.

ברם, מלבד ההקשר הדיוני, הליך הגישור הוא משא ומתן לכריתת חוזה. בהתאם לכך, מלבד הבחינה החוקתית שערכה הוועדה בהקשרו הדיוני של הליך הגישור, חסרה בהמלצות הוועדה בחינה חוקתית בהקשרו החוזי, היינו: בחינה של הפגיעה בעקרון חופש החוזים בהיבטו השלילי, הוא החופש שלא לנהל משא ומתן ושלא להתקשר בחוזה. בחינה זו נדרשת, כיוון שעקרון חופש החוזים מגלם אף הוא זכות יסוד חוקתית, ובחיוב הצדדים להיכנס למשא ומתן – שזו תהיה, כאמור, תוצאת יישום המלצות ועדת רובינשטיין – ישנה פגיעה בזכות זו. נראה שהיעדרות ההיבט החוזי מהמלצות הוועדה נובעת מהחשיבה הגורסת, כי אפשר יהיה לשמור על הפרדה בין ישיבת המהו"ת ובין תחילתו של הליך הגישור, שאז הפגיעה בחופש החוזים של הצדדים תהיה מינימלית. לכך תרמו כנראה גם ירידת מעמדו של עקרון חופש החוזים במשפט הישראלי בעשורים האחרונים והערפת זכויות חוקתיות אחרות על פניו. בהמשך לאמור לעיל, על אף הצורך בבדיקה חוקתית של המלצות ועדת

<sup>1</sup> ראו דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (2006). הדו"ח פורסם באתר האינטרנט של המרכז הארצי לגישור במשרד המשפטים: [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A51934AE-C5C0-4D3E-A677-DEF7BB57C865/5624/dinveheshbon.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A51934AE-C5C0-4D3E-A677-DEF7BB57C865/5624/dinveheshbon.pdf) (להלן: דו"ח ועדת רובינשטיין). המלצות הוועדה אומצו בתקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה), התשס"ח-2007, ק"ת 86 (להלן: תקנות הוראת שעה), אשר שולבו בתקנות 99א – 99יא בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

רובינשטיין גם בהיבט החוזי, לא זו מטרתי במאמר זה. להלן אבקש לשוב ולעיין בהיבט הדיוני של המלצות ועדת רובינשטיין ובמידת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות, והפעם תוך הנחה שבמתכונת המוצעת על ידי הוועדה לא יהיה אפשר לשמור על הפרדה בין ישיבת המהו"ת ובין הליך הגישור עצמו, ותוך התחשבות בהקשרו החוזי של הגישור. בהתאם לכך אבקש לטעון, שהדואליות הנורמטיבית המאפיינת את הליך הגישור והסינתזה שבין שתי מערכות הדין החלות עליו – קרי: דיני החוזים בצד ההקשר הדיוני – מובילות לכך שיישום המלצות ועדת רובינשטיין במתכונתן הנוכחית עלול לפגוע באורח לא-מידתי בזכות הגישה לערכאות. כך הקשחת יכולת הפרישה של הצדדים מן המשא ומתן, המקובלת בדיני החוזים המודרניים בישראל תוך הרחבת השפעתה של החובה להתנהג בתום לב במשא ומתן, תקשה על הצדדים לסיים את הליך הגישור באופן חד-צדדי ובכל עת והיא עלולה לסכל את הנימוק העיקרי שעליו התבססה ועדת רובינשטיין בקביעתה, כי אין בהמלצותיה ואו בהחלת משטר משפטי של גישור חובה כדי לפגוע באופן לא מידתי בזכות הגישה לערכאות.

לפיכך אציע לשנות את תוכנה המוצע של ישיבת המהו"ת, להפחית את מספר העניינים האמורים להתברר בה, ולמעשה ליחדה להיכרות של הצדדים עם הליך הגישור בלבד, מבלי להיכנס לפרטיו של הסכסוך הקונקרטי. בדרך זו תישמר הפרדה ברורה בין ישיבת המהו"ת ובין תחילתו של הליך הגישור, ימותנו השפעותיו של עקרון תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה ותימנע הפגיעה הלא-מידתית בזכות הגישה לערכאות.

סדר פרקי המאמר הוא כדלקמן: **בפרק השני** אתאר את עליית מעמדו של הליך הגישור בישראל ואת מגמת עידודו על ידי המערכת המשפטית. **בפרק השלישי** אסקור את המלצות ועדת רובינשטיין ואטען, כי במתכונתה המוצעת תהפוך ישיבת המהו"ת בפועל לחלק אינטגרלי מהליך הגישור, קרי: להליך של גישור חובה. **בפרק הרביעי** אעסוק בבחינה חוקתית של ההמלצות. בשלב ראשון אעסוק בהקשר הדיוני של הליך הגישור ובשאלת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות. ההקשר הדיוני של הליך הגישור עמד למול עיני ועדת רובינשטיין בעת שגיבשה את המלצותיה. לאחר מכן אדון בהקשר החוזי של הליך הגישור ואצביע על הצורך בבחינה חוקתית של הפגיעה בהיבטו השלילי של עקרון חופש החוזים, קרי: החופש שלא לנהל משא ומתן ושלא להתקשר בחוזה. ההקשר החוזי של הליך הגישור איננו מקבל ביטוי בהמלצות ועדת רובינשטיין. **בפרק החמישי** אטען, שמודעות להקשרו החוזי של הליך הגישור, מלבד חשיבותה כשלעצמה, יש בה גם כדי לשנות את מסקנות הדיון החוקתי בסוגיית פגיעתן של המלצות ועדת רובינשטיין בזכות הגישה לערכאות. בעקבות זאת אדון **בפרק השישי** בפתרונות אפשריים לבעיה החוקתית שהוצגה.

## ב. עליית מעמדו של הליך הגישור במשפט הישראלי

הגישור הוא הליך ליישוב סכסוכים<sup>2</sup> שבמסגרתו צד שלישי, המכונה "מגשר", מעורב בניהול משא ומתן בין צדדים מסוכסכים, כאשר אין לו סמכות להכריע במחלוקות, והמטרה היא לנסות ולגבש פתרון לסכסוך בהסכמת הצדדים ומרצונם החופשי.<sup>3</sup> בחקיקה בישראל הוכר הליך הגישור בשנת 1992 עם חקיקתו של סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984,<sup>4</sup> המעגן את סמכותו של בית המשפט להעביר בהסכמת הצדדים את יישובו של סכסוך להליך הגישור. בהמשך לכך הותקנו תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993,<sup>5</sup> המסדירות בין השאר את פרוצדורת העברתו של הסכסוך להליך הגישור, את תפקידו של המגשר ואת האופן הדיוני שבו יש לנהוג בסיום הליך הגישור בין אם סיומו בהשגת הסדר בין אם לאו.<sup>6</sup> בצד החקיקה האמורה ובמקביל לה החלו בתי המשפט לעודד את הצדדים להימנע

<sup>2</sup> אפשר כמובן לקיים הליך גישור גם בלא התגלעותו של סכסוך. בהקשר זה ראו Scott R. Peppet, *Contract Formation in Imperfect Markets: Should we Use Mediators in Deals?* 19 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 283 (2004) גם במשא ומתן מסחרי. עוד ראו עלי בוקשפן וחנן גולדשמידט "על משא ומתן וחוק החוזים: סעיף 12 לחוק החוזים בראי גישות תיאורטיות בתחום המשא ומתן" **ספר שמגר חלק ג** – מאמרים 215, 225–228 (אהרן ברק, מישאל חשין, עדנה ארבל, נילי כהן, מנחם מאוטנר, מיכל רובינשטיין, בועז אוקון, ארנה לין, יובל שני, יגאל מרזל, טובה אולשטיין, אדם מירון ואסף פורת עורכים, 1993). מכל מקום, המאמר הנוכחי מתמקד בהליך גישור המתקיים עקב התגלעותו של סכסוך.

<sup>3</sup> על הקושי במציאת הגדרה ממצה וראויה להליך הגישור, בהתחשב בין השאר בסוגיות הרבות הנגזרות מהגדרה, כאמור, ובמחלוקות האידיאולוגיות הגלומות בכך, ראו Kimberlee K. Kovach, *Mediation – Principles and Practice*, 23–25 (2<sup>nd</sup> ed., 2000). ראו גם Michael L. Moffit, *Schmediation and the Dimension of Definition*, 10 HAR. NEG. L. REV. 69 (2005). בישראל מוגדר הליך הגישור בסעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי המשפט) כדלקמן: "הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו". לביקורת על ההסדרה החקיקתית של הליך הגישור בישראל, ובכלל זה לעניין חוסר העקביות בין ההגדרות השונות בחקיקה, ראו סמדר אוטולנגי "הרהורים על חקיקת הגישור" **שערי משפט** ג 25 (2002).

<sup>4</sup> ס' 79 נחקק ב-13.2.92 על ידי ס' 10 לחוק בתי המשפט (תיקון מס' 15), התשנ"ב–1992.

<sup>5</sup> תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993, ק"ת 1042 (להלן: תקנות הגישור).

<sup>6</sup> כמו כן, הותקנו בעבר תקנות בתי המשפט (מינוי מגשר), התשנ"ו–1996, אשר הסדירו את הסמכתם של מגשרים ואת הליכי מינוים. תקנות אלו בוטלו ב-1.4.08 על ידי שר המשפטים במסגרת תקנות בתי המשפט (רשימת המגשרים) (ביטול), התשס"ח–2008, ק"ת 838.

מניהול משפט ולנסות להגיע לפתרון מוסכם בהליך הגישור.<sup>7</sup> פרקטיקה זו קיבלה עיגון חקיקתי מסוים עם הקמתן של המחלקות לניתוב תיקים בבתי המשפט (המנ"ת) האמורות בין השאר להפנות סכסוכים להליך גישור מחוץ לכותלי בית המשפט ואו להציע לצדדים המסוכסכים הליך גישור פנימי באמצעותן.<sup>8</sup>

מלבד האמור, לצדדים הפונים להליך הגישור ניתנים לעתים תמריצים כלכליים, כגון מימון שכר טרחת המגשר,<sup>9</sup> החזר האגרה ששולמה לבית המשפט<sup>10</sup> וכו' וכן הקלות משפטיות דיוניות, כגון הגנת סודיות רחבה,<sup>11</sup> אפשרות הענקת תוקף של פסק דין

7 זאת כחלק ממגמת עידודן של פשרות ככלל. ראו יעקב אבי ברוך טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה" **שערי משפט** ג 15 (2002); חמי בן-נון ועמוס גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79 לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984" **הפרקליט** מו 257 (2002). לסקירה השוואתית ראו עדי אור **קדם המשפט** 27 (1999); וכן אלעד פינקלשטיין **המשטר המשפטי של הליך הגישור** 46 (2008).

8 ראו ס' 82 לחוק בתי המשפט.

9 ראו, למשל, ורדה וירט-ליבנה "הגישור בבתי הדין לעבודה" **שערי משפט** ג 89 (2002). ראו גם Wayne D. Brazil, *Should Court-Sponsored ADR Survive?*, 21 OHIO St. J. DISP. RESOL. 241 (2006). לעתים השופט עצמו משמש מגשר. ראו יצחק זמיר "גישור בעניינים ציבוריים" **משפט וממשל** ז 119, 131 (2004), המטיל ספק האם פעילות כזו בדין יסודה. על מדינות המטילות איסור על שופטים לבצע פעולות גישור בין הצדדים ראו Doug Marfice, *The Mischievous of Court-Ordered Mediation*, 39 IDAHO L. REV. 57, 60 (2002) עוד ראו יורם אלרואי "הפישור השיפוטי והגישור" **הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל** 29, 68 (1999).

10 ראו תקנה 15 לתקנות בית המשפט (אגרות) התשס"ז-2007, ק"ת 720, המאפשרת לבית המשפט להחזיר חלק מן האגרה אם הסכסוך הסתיים בהסדר גישור כמשמעותו בס' 79 לחוק בתי המשפט. בהקשר זה הקפידו בתי המשפט בישראל להבחין בין הסדר שהושג בסיומו של הליך גישור ובין הסכם שהושג במסגרת משא ומתן ישיר של הצדדים ואו בסיועו של בית המשפט, כאשר רק במקרה הראשון ניתנה ההקלה בתשלום האגרה. ראו רע"א 6176/99 **מודעות עד חצות – פרסום במטרה תחילה בע"מ נ' מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט**, תק-על (1)00 170 (2000); רע"א 9493/04 **קפון נ' מדינת ישראל**, תק-על (2)05 3202 (2005); ת"א (מחוזי חי') 905/00 **יובל אלון חברה לבניין בע"מ נ' ש. חזות נכסים ובניין (1987) בע"מ**, תק-מח (4)03 4976 (2003); בש"א (מחוזי י-ם) 473/06 **אינ' גבי סויסה – שירותי הנדסה בע"מ נ' מדינת ישראל – הנהלת בתי המשפט**, תק-מח (1)06 8096 (2006); ה"פ (שלום נת') 224/03 **זימן נ' בית יצחק שער חפר**, תק-של (1)03 680 (2003); ת"א (שלום נת') 9626/01 **שריפי נ' אסיל**, תק-של (1)02 8749 (2002); תמ"ש (משפחה ת"א) 14142/97 **פלונים נ' פרקליטות מחוז – המרכז**, תק-מש (2)04 37 (2004); ת"א (שלום אשד') 1256/03 **ע. י. ט. מהנדסים בע"מ נ' חרות הנדסה ומערכות בע"מ**, תק-של (2)06 17536 (2006). עוד ראו על כך שהסכמת הצדדים לפנות להליך גישור היא כשיקול להימנעות בית המשפט מפסיקת הוצאות, ת"א (שלום חי') 127/06 **שריבי בע"מ נ' אלון בדני עבודות עפר ופיתוח בע"מ**, תק-של (2)06 18409 (2006).

11 ראו ס' 79 (ד) לחוק בתי המשפט ותקנה 3 (ב) לתקנות הגישור. עוד ראו בפסיקה רע"א 2235/04 **בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי**, תק-על (2)06 4466 (2006); דב"ע (ארצי) נו-3/407

להסדר הגישור<sup>12</sup> וכיו"ב.<sup>13</sup>

### ג. המלצות ועדת רובינשטיין: תיאוריה ופרקטיקה

כחלק מעליית מעמדו של הליך הגישור במשפט הישראלי ומגמת עידודו על ידי המערכת המשפטית הוקמה בשנת 2003 על ידי שר המשפטים דאז, מר יוסף (טומי) לפיד ז"ל, ועדה לבחינת הנושא של גישור חובה והגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, בראשותה של כב' השופטת מיכל רובינשטיין. בחודש יולי 2006 פורסמו המלצות הוועדה.

ועדת רובינשטיין ממליצה על החלת תוכנית ניסיונית המחייבת בעלי דין להתייצב בישיבת מידע, היכרות ותאום (ישיבת מהו"ת), כאשר בישיבה זו יבחנו בעלי הדין יחד עם מגשר את מידת התאמתו של הליך הגישור לסכסוך הקונקרטי. על פי המלצות הוועדה, תתקיים ישיבת המהו"ת מיד לאחר הגשת כתבי הטענות בתובענה, כאשר הישיבה תנוהל על ידי מגשר בעל הכשרה וכישורים מיוחדים ובלא תשלום מצד בעלי הדין. בישיבת המהו"ת יסביר המגשר לצדדים על ישיבה זו ועל הליך הגישור, עקרונותיו ומטרותיו. הצדדים יציגו בתמצית את מהות הסכסוך שנתגלע ביניהם ויזוהו מוקדי הסכסוך – הכול במטרה לבחון את האפשרות ליישוב הסכסוך בהליך הגישור. בסיום ישיבת המהו"ת יוכלו הצדדים לקבל החלטה מושכלת אם רצונם לפנות להליך הגישור אם לאו. באשר לסנקציות אשר יוטלו על צד שלא התייצב לישיבת המהו"ת,

309 הלוינג נ' אלרואי, פד"ע לב 481 (1997); עא"ח 1018/02 מפעלי אלקטרוות זיקה בע"מ נ' יעקובוביץ', תק-אר 986 (3)02 (2002).

12 ראו ס' 279 (ז)-(ח) לחוק בתי המשפט ובתקנות 9 ו-10 לתקנות הגישור. ראו גם Ellen E. Deason, *Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation – Worldwide*, 80 NOTRE DAME L. REV. 553 (2005).

13 מלבד מגמת עידודו של הליך הגישור על ידי המערכת המשפטית, ראוי לציין כי בשנים האחרונות התעצמה מאוד הקמתם של מרכזי גישור פרטיים המציעים הן שירותי גישור והן קורסים להכשרת מגשרים. במישור האקדמי הוקמו באוניברסיטאות ובמכללות רבות מחלקות העוסקות ביישוב סכסוכים. בפקולטות שונות, ובכלל זה בפקולטות למשפטים, מוצעים קורסים בתחום של יישוב סכסוכים, מתקיימים כנסים ואף מתפרסמים כתבי עת המייחדים את עיסוקם בהליכים ליישוב סכסוכים. כמו כן גופים וארגונים רבים חתמו באופן וולונטרי על אמנות בדבר פנייה ליישוב סכסוכים בהליך הגישור. כך נחתמה אמנת הגישור במגזר העסקי. ראו את נוסח האמנה ב- [www.sulcha.co.il/Content/AmanaGishur02.asp](http://www.sulcha.co.il/Content/AmanaGishur02.asp) (אתר האינטרנט של עמותת מגשרי ישראל). עוד ראוי להזכיר את הקמת המוסד הארצי לגישור של לשכת עורכי הדין ע"ש דוד רוטלוי, אשר מבטא במידה רבה את נכונותה של לשכת עורכי הדין לקדם ולפתח את הליך הגישור.

ממליצה הוועדה כי תוקנה לבית המשפט הסמכות לחייב צד, כאמור, בהוצאותיהם של המגשר ושאר בעלי הדין.<sup>14</sup> ודוק: ועדת רובינשטיין ממליצה על קביעת ישיבת מהו"ת חובה ולא על הליך גישור חובה, היינו: החובה החלה על הצדדים היא להשתתף בישיבה קצרה שבה תידון האפשרות ליישוב הסכסוך בהליך הגישור, אך הכניסה להליך הגישור עצמו תהיה אך ורק בהסכמת הצדדים.

בהקשר זה ראוי לציין, כי על אף שכיחותו של הליך גישור חובה בארצות הברית, בקנדה ובמדינות נוספות,<sup>15</sup> הרי שמבחינה עניינית הוא שנוי במחלוקת. בתמצית, בין הטיעונים התומכים בגישור חובה<sup>16</sup> אפשר לטעון כי מלבד הגברת הפנייה להליך

<sup>14</sup> אלו הן הסנקציות הנפוצות והמקובלות בארה"ב, כאשר אחד הצדדים איננו מתייצב להליך גישור מנדטורי. ראו, למשל, *Carter-Harris v. Williams*, 764 So. 2d 687 (2000). כאמור לעיל בה"ש 1, המלצות דו"ח וועדת רובינשטיין אומצו בתקנות הוראת שעה. ב-29.11.07 פורסמה ב"פ התשס"ח 778 הודעה בדבר בתי המשפט שבהם תתקיים פגישת מהו"ת (בתי המשפט השלום בירושלים, ת"א וראשל"צ). ב-14.4.08 הותקנו תקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ח-2008, ק"ת 850, אשר מהוות תיקון לתקנות 1 ו-4 לתקנות הוראת שעה, וביטלו את תקנה 3, שם. ב-24.8.08 פורסמה ב"פ התשס"ח 4472 הודעה בדבר הגבלת מספר התובעות שיופנו לפגישת מהו"ת בבית המשפט השלום בת"א (5000 תביעות בלבד).

<sup>15</sup> ראו בארה"ב Holly A. Streeter-Schaefer, *A Look at Mandated Civil Mediation*, 49 SARAH RUDOLPH COLE, CRAIG A. McEWEN & NANCY ;DRAKE L. REV. 367 (2001) HARDIN, ROGERS, *MEDIATION: LAW, POLICY AND PRACTICE* §2-7 (2<sup>nd</sup> ed., Stephan Landsman, *ADR and the Cost of Compulsion*, 57 STAN. L. REV. 1593; 2001) Suzanne J. Schmitz, *A Critique of the Illinois Circuit Rules Concerning Court-Ordered Mediation*, 36 LOY. U. CHI. L.J. 783 (2005) Julie Macfarlane, *Culture Change? A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation*, 2002 J. DISP. RESOL. 241 (2002) Patricia Hughes, *Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?*, 19 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 161 (2001) Tina Cockburn & Melinda Shirley, *Setting Aside Agreements Reached at Court-Annexed Mediation: Procedural Grounds and the Role of Unconscionability*, 31 Katja Funken, *Comparative dispute Management: Court Connected Mediation in Japan and Germany*, U. OF QUEENSLAND SCHOOL OF L. (2001) Available at SSRN: //ssrn.com/abstract=293495 Astrid Stadler, *The Role of the Judge in the Development of Civil Litigation: The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation*, 27 HASTINGS Timothy k. Kuhner, *Court-Connected Mediation Compared: The Cases of Argentina and the United States*, 11 ILSA J. INT'L & COMP. L. 519 (2005).

<sup>16</sup> האמור בטקסט להלן מסתמך על המקורות הנזכרים שם; וכן על דו"ח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 40-42.

הגישור, יש בו כדי להחדיר בצורה טובה יותר את המסר החברתי של הידברות, יש בו כדי להביא את הליך הגישור ויתרונותיו למודעות הציבורית, ובכלל זה למודעות עורכי הדין וציבור המתדיינים. בהקשר זה מוזכר לעתים החשש של מתדיינים ושל עורכי דין, כי רצונם בהפניית הסכסוך להליך הגישור משמעה הפגנת חולשה או איתות על חוסר ביטחון בהתדיינות בבית המשפט. גישור חובה מאפשר התגברות על חשש זה. יתירה מכך: גישור חובה עשוי לשפר ולייעל את עבודת בתי המשפט, ובכלל זה להפחית את העומס הרב השורר בהם. נוסף על כך נטען, כי על אף הכניסה הכפויה להליך הגישור, אין מדובר בפגיעה של ממש באוטונומיה של הרצון הפרטי, כיוון שהצדדים יכולים לסיים את הליך הגישור (כמעט) בלא מגבלות ובהתאם לרצונם. מחקרים מלמדים, כי שביעות הרצון של צדדים מהליך גישור חובה איננה פחותה בהשוואה למשתתפים בהליך גישור וולונטרי, ומעל הכול קיימת חשיבה שלפיה הגישור המנדטורי יוביל להגברת הפנייה הוולונטרית להליך הגישור.

מנגד, ישנם חסרונות בהחלת הליך גישור חובה: ראשית, יש בכך משום ניגוד למהותו של הליך הגישור המתבסס על חיזוק האוטונומיה של הרצון הפרטי ויכולת ההכרעה העצמית של הצדדים. במסגרת זו ישנם המעלים את החשש, שכפיית הכניסה להליך הגישור עלולה להוביל לכפייה בתוך הליך הגישור ואף בגיבוש תוצאתו. לעניין זה משמעות רבה כאשר קיימים פערי כוחות בין הצדדים המתדיינים. קיים חשש, כי גישור חובה יוביל להנצחת פערי הכוחות, כאמור, ואף להגדלתם. התנגדות נוספת לגישור חובה מקורה בחשש, כי צדדים שהשתתפות בהליך הגישור תיכפה עליהם יימנעו מלשתף פעולה, ובכל מקרה מידת הפתיחות שלהם תהיה פחותה – עניין שיוביל ליצירת הסדרים לא אופטימליים. בהקשר זה ישנם המציינים, כי כשלון הליך הגישור עלול להגביר את המתיחות וחוסר האמון בין הצדדים, את עלויות ההתדיינות של הצדדים ואת העומס בבתי המשפט. כמו כן קיים חשש מהצפת בתי המשפט בהתדיינויות שעניינם סירובו של אחד הצדדים להשתתף בהליך הגישור. מחקרים בארה"ב מלמדים, כי ברוב פסקי הדין שבהם הובאו לדיון תהליך הגישור ולא תוצאתו מדובר בהליכי גישור שכניסת הצדדים אליהם נעשתה באופן מנדטורי ולא באופן וולונטרי ובהסכמה.<sup>17</sup> עוד נטען, כי גישור חובה מקשה על הגישה לבית המשפט

<sup>17</sup> ראו, למשל, John Lande, *Using Dispute System Design Methods to Promote Food-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs*, 50 U.C.L.A. L. REV. 69 (2002); Roger L. Carter, *Oh, Ye, of little [Good] Faith: Questions, Concerns and Commentary on Efforts to Regulate Participant Conduct in Mediations*, 2002 J. DISP. RESOL. 367 (2002); Hughes, *RESOL. 367 (2002)*, לעיל ה"ש 15. ראו גם דו"ח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, וההפניות שם.



ומשום כך ישנה פגיעה בזכות הגישה לערכאות.<sup>18</sup>

בהתאם לכך, בכסיס המלצות ועדת רובינשטיין בדבר ישיבת המהו"ת חובה ולא הליך גישור חובה עומד הניסיון ליצור מנגנון אשר מחד גיסא, ייהנה במידת האפשר מאותם יתרונות של הליך גישור חובה, ומאידך גיסא, יעשה זאת מבלי לעורר את החששות והחסרונות הגלומים בהפעלת תוכניות של גישור חובה.

בהקשר זה אבקש לציין, כי על אף תמיכתי בהפרדה בין ישיבת המהו"ת ובין תחילתו של הליך הגישור, הרי שאופן יישומה של ישיבת המהו"ת, כפי שהדבר מוצע בהמלצות הוועדה, עלול להקשות על קיומה של הפרדה כזו, ובמידה מסוימת אף לסכלה. כך במסגרת העניינים האמורים להיות נידונים במסגרת ישיבת המהו"ת נכללים בהמלצות הוועדה, מלבד הסבר של המגשר על עקרונות הליך הגישור ומטרתו, גם הצגת הסכסוך על ידי הצדדים וזיהוי הנושאים העיקריים במחלוקת שבין הצדדים. ברם, אין בהמלצות הוועדה נגיעה לחשיבות מיוחדת שיש לעיסוק בסכסוך הקונקרטי כבר בישיבת המהו"ת ולא אמירה, כי הדבר מתחייב לצורך קבלת החלטה על ידי הצדדים אם ברצונם לפנות להליך הגישור. דא עקא, שהעיסוק בסכסוך עצמו, הן אופן הצגתו על ידי הצדדים והן זיהוי מוקדי המחלוקת הם שלבים חשובים ומתקדמים בהליך הגישור עצמו והם אינם מתאימים לשלב מקדמי שבו אמורים הצדדים לקבל מידע על הליך הגישור ואמורה להתקבל החלטתם האם לפנות להליך הגישור. בהתאם לכך, ככל שעניינים אלו יידונו במידה מסוימת כבר בישיבת המהו"ת, יתקשו הצדדים והמגשר לשמור על ההבחנה בין שלב ישיבת המהו"ת, שבה אמורה להיבחן אך ורק אפשרות הפנייה להליך הגישור, ובין הליך הגישור עצמו. עניין זה מעלה את החשש, שישיבת המהו"ת תהפוך בפועל לחלק אינטגרלי מהליך הגישור, כך שבפועל המתדיינים ימצאו את עצמם בעיצומו של הליך גישור בלא ידיעתם ובלא בהסכמתם.<sup>19</sup> במילים אחרות: כאשר ההפרדה בין ישיבת המהו"ת ובין הליך הגישור איננה חדה וברורה, קיים חשש שחיוב הצדדים להשתתף בישיבת המהו"ת יהפוך דה-פקטו להליך גישור חובה. עניין זה מעלה מחדש את חסרונותיו של הליך גישור חובה, כשאחד מחסרונותיו, כאמור, הוא ההיבט החוקתי והחשש מפגיעה לא-מידתית בזכות הגישה לערכאות.

<sup>18</sup> עניין זה יעמוד במרכז מאמר זה. ראו להלן, פרקים ד-ו.

<sup>19</sup> במישור הפרקטי קיים חשש, כי הצגת הסכסוך בשלב ישיבת המהו"ת או זיהוי מוקדי המחלוקת בשלב זה, כאשר העיסוק בעניינים אלו נעשה באופן תמציתי, שלא מתוך ליבון אמיתי של הסכסוך אלא אך ורק מתוך בחינת התאמתו של הסכסוך להליך הגישור – יובילו בסיומה של ישיבת המהו"ת להיעדר הסכמה של הצדדים לפנות להליך הגישור. במילים אחרות שלבי הצגת הסכסוך על ידי הצדדים וזיהוי מוקדי המחלוקת הם שלבים קריטיים להצלחת הליך הגישור ויש לבצעם בנחת ובתשומת לב מרבית.

## ד. בחינה חוקתית של המלצות ועדת רובינשטיין

### 1. ההקשר הדיוני – זכות הגישה לערכאות

מאחר שהשירות אשר המגשר מעניק לצדדים המשתתפים בהליך הגישור כרוך במעורבות בתהליך יישוב סכסוכים, שבמובנים רבים הוא שירות דומה ופעמים רבות אף תחליף או השלמה לשירות שהמדינה מספקת באמצעות בתי המשפט,<sup>20</sup> אפשר לראות את הליך הגישור כחלק מהמשפט הדיוני.<sup>21</sup> כך ראתה גם ועדת רובינשטיין את הליך הגישור. ואמנם, בדונה בהיבט החוקתי של האפשרות לחייב את הצדדים להשתתף בישיבת מהו"ת או בהליך גישור חובה, עסקה הוועדה בשאלת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות.<sup>22</sup>

זכות הגישה לערכאות כבר הוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית על-חוקית.<sup>23</sup> ישנם הרואים בה חלק מכבוד האדם וישנם המשייכים אותה אל זכות הקניין.<sup>24</sup> כמו כן נשמעה דעה, כי מדובר בזכות יסוד הקודמת לכבוד האדם ולזכות הקניין והיא משמשת

<sup>20</sup> ראו Judith Resnik, "Uncle Sam Modernizes his Justice": Invening the Federal District Courts of the Twentieth Century for the District of Columbia and the Nation, 90 GEO L. J. 607, 654 (2002), המציינת (ספק בציניות), כי מאחר שהשופטים עוסקים יותר ויותר בניסיונות להביא הסדרים והסכמות בין הצדדים, הרי שהעברת הסכסוך להליך גישור גורמת לכך שהמגשרים מבצעים יותר ויותר את תפקיד השופטים (...).

<sup>21</sup> בהתאם לכך, ישנם הטוענים לקיומה של אחריות מיוחדת של בתי המשפט לנעשה בהליך הגישור. עוד ראו Maureen A. Weston, Confidentiality's Constitutionality: The Incursion on Judicial Power to Regulate Party Conduct in Court-Connected Leon E. Trakman, Commentary; Mediation, 8 HARV. NEGOT. L. REV. 29, 33 (2003) *Appropriate Conflict Management*, 2001 WIS. L. REV. 919 (2001). ראו גם קביעת בית המשפט בפסק הדין *In re Atlantic Pipe Corp.* 304 F. 3d 135, 147-148 (2002).

<sup>22</sup> לכך קשרה הוועדה טענה נוספת – והיא החשש מהגדלת העלויות במקרה שההליך לא יסתיים בהסדר. ראו דו"ח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 1.

<sup>23</sup> ראו, למשל, רע"א 6450/01 שמחה אוריאל ובניו, חברה להנרסה וקבלנות בע"מ נ' מכון טיפול בשפכי אשקלון, פ"ד נו(5) 769 (2001); רע"א 8292/00 יוספי נ' לוינסון, תק-על (1)01 (1)120 (2001); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5) 433, 444 – 445 (2003); ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, תק-על (3)06 (2006).

<sup>24</sup> ראו גם בספרות אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 363, 418 (1994); דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 105 – 106 (התשס"ז); יורם רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (1998); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ)" המשפט ה 217 (2000); שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב ה 451 (1996); שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 24–27 (1999).

להם תנאי מוקדם.<sup>25</sup> על זכות הגישה לערכאות נאמר לאחרונה, כי "היא כה בסיסית שניתן לראות את כל סדרי הדין האזרחי, לפרטיהם ודקדוקיהם, כנגזרים ומושפעים מזכות זו".<sup>26</sup> יחד עם זאת, זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית אינה מוחלטת, ובית המשפט נדרש לעתים לאזן בינה ובין שיקולים ראויים אחרים.<sup>27</sup>

בהקשר זה קבעה הוועדה כי: "חייב בעלי הדין בפניה לגישור, אין בו, כשלעצמו, משום הפרת הזכויות האמורות [זכות הגישה לבית המשפט והזכות להליך הוגן – א.פ.] וכי הסכנה לפגיעה בזכות הגישה לערכאות ובזכות להליך הוגן נשקפת רק כאשר אופן הפעלת החובה לפנות למנגנון ליישוב סכסוכים הוא בלתי ראוי, ועשוי להטיל על בעלי הדין נטל משמעותי כגון עיכוב ניכר בהשגת פתרון, הוצאה כלכלית גבוהה או לחץ בלתי סביר".<sup>28</sup> בקביעותיה אלו התבססה הוועדה בעיקר על הטענה שבהפניית הצדדים להליך הגישור קיימת פגיעה פחותה בזכות הגישה לערכאות, כיוון שעל הצדדים לא מוטלת חובה להגיע להסכם,<sup>29</sup> וכי על פי תקנה 8(א) לתקנות הגישור, כל אחד מהצדדים רשאי להפסיק את הליך הגישור בכל עת ולבקש את חידוש ההליכים בבית המשפט. עניין זה נקשר לטענה, כי זכות הגישה לערכאות איננה דורשת נגישות מיידית להתדיינות משפטית, ומדובר בעיכוב סביר בטרם ניהול המשפט. יש לציין, כי עמדה דומה מקובלת גם בפסיקת בתי המשפט בארה"ב<sup>30</sup> ובספרות.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997). עוד לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) הכיר בית המשפט בזכות זו כזכות יסוד שאינה כתובה על ספר. ראו, למשל, בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1998); רע"א 544/89 אויגל תעשיות (1985) בע"מ נ' נילי מפעל מתכת בע"מ, פ"ד מד(1) 647 (1990).

<sup>26</sup> שוורץ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 37.

<sup>27</sup> לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אפשרית רק אם נתקיימו דרישותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). ראו גם להלן פרקים ה ו-ו.

<sup>28</sup> ראו דו"ח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20. יש לציין, כי אין בדו"ח הוועדה כל הידרשות לפסקת ההגבלה.

<sup>29</sup> ודוק: בארה"ב קבעה הפסיקה, כי המשתתפים בהליך הגישור אינם צריכים אפילו להציע הצעה כלשהי להסדר. ראו *Graham v. Baker* 447 N.W. 2d 397 (Iowa 1989) (קביעה, כי די בעצם ההגעה של הצדדים לשיבות הגישור). עוד ראו *Stoehr v. Yost*, 765 N. E. 2d 684 (Ind. App. 2002). בפרשה זו הדגיש בית המשפט, כי להליך הגישור מטרות נוספות מעבר לגיבוש ההסדר בסיומו ולפיכך נקבע שם, כי ככלל, די בהגעה של הצדדים לשיבות הגישור, אם כי בית המשפט הכיר באופן עקרוני בכך שתיכנה נסיבות שבהן תיקבע התנהגות שלא בתום לב גם על ידי צדדים שהגיעו להליך הגישור.

<sup>30</sup> ראו, *Kurtz v. Kurtz*, 538 So. 2d 892 (1989); *Logan v. Zimmerman Brush Co. Et Al.*, 455 U.S. 422 (1982); *People ex rel. Doty v. Connell*, 137 N.E.2d 849, 852 (1956).

<sup>31</sup> Nancy Jay Stein, *Mediation and The Constitution*, 53 DISP. RESOL. J. 22, 26 (1998) 413

## 2. ההקשר החוזי – חופש החוזים

בצד הקשרו הדיוני של הליך הגישור כבר נתגבשה במשפט הבנה, כי במישור היחסים שבין הצדדים המשתתפים בהליך הגישור מדובר ביחסים שהמשפט מסדיר באמצעות דיני החוזים הרגילים. היינו: הפניית הצדדים להליך הגישור אין פירושה הוצאתם מן השיח המשפטי.<sup>32</sup> הליך הגישור עצמו משמש משא ומתן לכריתת חוזה, ומעמדו הנורמטיבי של הסדר הגישור הוא כשל חוזה בר-אכיפה בבתי המשפט.<sup>33</sup> שיוך משפטי זה של הליך הגישור איננו נזכר בדו"ח ועדת רובינשטיין, על אף שבהחלטת מנגנון של ישיבת מהו"ת חובה באופן המוצע על ידי הוועדה או בכינון משטר של גישור חובה טמונה פגיעה בעקרון חופש החוזים במובנו השלילי, קרי: החופש שלא לנהל משא ומתן ושלא להתקשר בחוזה.<sup>34</sup> ודוק: חופש החוזים על היבטיו כבר הוכר במשפט

A. Welsh, *Court-Ordered ADR: What Are the Limits?*, 12 HAMLIN J. PUB. L. & POL'Y 35, 37–43 (1991); Dwight Golann, *Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues*, 68 OR. L. REV. 487, 541, 547–549 (1989) Notes, *Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair Carol J. King, and Effective Processes*, 103 HARV. L. REV. 1086 (1989–1990) *Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap*, 73 ST. JOHN'S L. REV. 375 (1999). בהקשר זה יש לציין, כי פותחה גם גישה שלפיה פנייתם של הצדדים ליישב סכסוכים בדרכים חוץ-משפטיות, בכלל, ובהליך הגישור, בפרט, מגבירה את גישתם לצדק. היינו: בשל ערעורה של התפיסה המזהה את משפט המדינה כדרך היחידה לספק צדק, מיושמת באמצעות ההליכים החלופיים הגישה לצדק שאינה גישה לבית המשפט ולקיום שיח משפטי. ראו בהקשר זה Craig A. McEwen & Laura Williams, *Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation*, 13 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 865 (1998); וכן Andrew W. McThenia & Thomas L. Shaffer, *For Reconciliation*, 94 YALE L. J. 1660 (1985).

32 להצדקת החלתם של דיני החוזים הנוהגים על אכיפת הסדרי גישור, תוך התמודדות עם הטענה שהליך הגישור מסמל שיח חוץ-משפטי, ראו Cathleen Cover Payne, *Enforceability of Mediated Agreement*, 1 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 385 (1985–1986); Robert P. Burns, *The Enforceability of Mediated Agreements: An Essay on Legitimation and Process Integrity*, 2 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 93 (1986–1987).

33 ראו בהקשר זה, למשל, ת"א (מחוזי חי') 968/01 פרח נ' אנגל מרכזי מסחר בע"מ, תק-מח 01(3) 3309 (2001). זו גם עמדת המשפט בארה"ב. ראו Peter Robinson, *Centuries of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the UMA's Exception to Mediation Confidentiality in Enforcement Proceedings Should be Embraced and Broadened*, Sylvia Emmett, *Enforcement of Agreements Reached as a Result of Mediation*, in CASES FOR MEDIATION 15 (Gerald Raftesath & Sue Thaler eds., 1999).

34 על הפן השלילי של עקרון חופש החוזים ראו Nili Cohen, *The effect of the duty of Good*

הישראלי כזכות חוקתית.<sup>35</sup>

סיבה אפשרית להיעדרות הדיון בהיבט החוזי של הגישור מהמלצות הוועדה מקורה בחשיבה, כי יהיה אפשר לשמור על הפרדה בין ישיבת המהו"ת כשלב מקדמי שבו תידון שאלת הכניסה להליך הגישור בלבד, ובין השלב שבו יחל הליך הגישור עצמו אשר במהלכו ינהלו הצדדים משא ומתן לגופו של עניין. היינו: על פי תפיסתה, עסקה הוועדה בהתרחשויות הקודמות לתחילתו של הליך הגישור, שאז עיקר הדיון הוא בהקשר הדיוני והפגיעה בחופש החוזים של הצדדים מינימלית. ברם, כפי שטענת לעיל,<sup>36</sup> במקרים רבים ישיבת המהו"ת במתכונתה המוצעת תהיה גישור חובה, כיוון שבפועל, לאחר הצגת הסכסוך וזיהוי מוקדי המחלוקת, ימצאו הצדדים את עצמם בעיצומו של משא ומתן לגופו של עניין ובתוך מתחם החבות החוזית. במקרה כזה הפגיעה בעקרון חופש החוזים תהיה ממשית יותר. סיבה נוספת לאי-התייחסותה של הוועדה להיבט החוזי של הליך הגישור יכולה להיות ירידת מעמדו של עקרון חופש החוזים במשפט הישראלי<sup>37</sup> ומקומו באיזון שבינו ובין זכויות חוקתית אחרות.<sup>38</sup>

*Faith on a previously Common Law System: The Experience of Israeli Law, in GOOD FAITH IN CONTRACT – CONCEPT AND CONTEXT* 189, 191 (Roger Brownsword, Norma Omri Ben-Shahar, *Symposium: J. Hird & Geraint Howells eds., 1999*); *Freedom From Contract*, 2004 *Wis. L. Rev.* 261

ראו אהרן ברק **ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט** 351 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי ראבילו עורכים, 1996); ברק, לעיל ה"ש 24, בעמ' 426; ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989); ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום).

ראו לעיל פרק ג.

בנושא זה קיימת ספרות עניפה. ראו, למשל, שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" **משפטים** 33 (1991); איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** (1996); אריאל פורת **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** (1997); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א (1991); סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך א – יסודות ועקרונות (2001); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17 (2005); גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" **משפטים** יז 465 (1987); גבריאלה שלו "סוס הפרא – לאן או – מה ארע לתקנת הציבור?" **קריית המשפט** ב 21 (2002) (להלן: שלו "תקנת הציבור"); גבריאלה שלו "שחיקתו ההולכת ונמשכת של עיקרון חופש החוזים" **קריית המשפט** ה 335 (2004).

ראו, למשל, עניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 35; ע"א Aes System Inc. 6601/96 נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000); בג"ץ 6845/00 ניב נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2001); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (2000); דנ"א 4465/98 **טבעול** (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001); שלו "תקנת הציבור", שם; גבריאלה שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" **קריית המשפט** א 41 (2001).

על אף הצורך בבדיקה חוקתית של המלצות ועדת רובינשטיין גם בהיבט החוזי, כאמור, אין זו מטרתו במאמר זה. במקום זאת אבקש לשוב ולעיין בהיבט הדיוני של המלצות ועדת רובינשטיין ובמידת הפגיעה בזכות הגישה לערכאות: (א) תוך הנחה, שבמתכונת המוצעת על ידי הוועדה לא יהיה אפשר לשמור על הפרדה בין ישיבת המהו"ת ובין הליך הגישור עצמו; (ב) תוך התחשבות בהקשרו החוזי של הליך הגישור ובהחלת דיני החוזים המודרניים על יחסי הצדדים. בהתאם לכך, אבקש לטעון, שהדואליות הנורמטיבית המאפיינת את הליך הגישור והסינתזה שבין שתי מערכות הדין החלות עליו – קרי: דיני החוזים בצד ההקשר הדיוני – מובילות לכך, שיישום המלצות ועדת רובינשטיין במתכונתן הנוכחית עלול לפגוע באורח לא-מידתי בזכות הגישה לערכאות.

### ה. דואליות נורמטיבית ומשמעותה החוקתית

כפי שפורט לעיל, בקביעתה כי בחיוב הצדדים להתייצב בישיבת מהו"ת (ובכינון משטר משפטי של גישור מנדטורי) אין משום פגיעה לא-מידתית בזכות הגישה לערכאות, התבססה ועדת רובינשטיין בעיקר על יכולתו של כל אחד מהצדדים להפסיק את הליך הגישור בכל עת באופן חד-צדדי ולבקש את חידוש ההליכים בבית המשפט.<sup>39</sup> הטענה היא, כי בשל כך אין מדובר בעיכוב לא-סביר במימוש זכותם של הצדדים להתדיין בבית המשפט. מכל מקום, נראה, כי התחשבות בהקשרו החוזי של הליך הגישור ובהיותו משא ומתן לכריתת חוזה יכולה להוביל לתוצאה שונה. בעשורים האחרונים, כחלק מהתפתחות דיני החוזים במשפט הישראלי ומכינונם של דיני חוזים מודרניים, החלו בתי המשפט להקפיד בבחינת פרישתם של צדדים ממשא ומתן לכריתת חוזה שהתנהל ביניהם, תוך הדגשה כי פרישה זו כפופה לחובת ההתנהגות בתום לב.<sup>40</sup> מאחר שהליך הגישור הוא משא ומתן לכריתת חוזה, יש להחיל על צדדים המנהלים משא ומתן במסגרתו את החובה להתנהג בתום לב.<sup>41</sup> בהקשר זה

<sup>39</sup> ראו תקנה 8(א) לתקנות הגישור: "בעל דין רשאי להפסיק את הגישור בכל עת ולבקש חידוש ההליכים בבית המשפט, לאחר שמסר על כך הודעה, בכתב, לבעלי הדין האחרים ולמגשר".

<sup>40</sup> ראו ס' 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים) (חלק כללי). על יישום סעיף חוק זה בפסיקת בתי המשפט ראו Cohen, על עיל ה"ש 34, בעמ' 190, הכותבת: "...section 12, which introduced the duty of good faith into the negotiations was crowned as the most revolutionary in the Israeli contract Law and has received more attention in the legal literature than any other section of the Contracts Law".

<sup>41</sup> אמנם, גם בהתאם לחקיקת הגישור במשפט הישראלי, מוטלת על הצדדים חובת התנהגות בתום לב. ראו תקנה 6 לתקנות הגישור, שלפיה המגשר יסביר לבעלי הדין כי הם מחויבים לנהוג

בא לידי ביטוי אופייה המיוחד של חובת תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה, אשר מעבר להשפעתה על הפן החיובי של עקרון חופש החוזים – קרי: רצונם החופשי של הצדדים לכרות חוזה ולעצב את תוכנו כרצונם – הרי שהיא משפיעה במידה רבה גם על הפן השלילי של עקרון חופש החוזים, קרי: על יכולתם של הצדדים לפרוש ממשא ומתן ולא לכרות חוזה ועל התנהגות הצדדים במשא ומתן, שבסימו לא נכרת חוזה. ואמנם, עמדת דיני החוזים הנוהגים בישראל היא, כי פרישה ממשא ומתן צריכה לנבוע משיקולים ענייניים ובהתחשב בנסיבות העניין. בהתאם לכך, פרישה ממשא ומתן שאיננה עניינית ומוצדקת היא הפרת החובה להתנהג בתום לב במשא ומתן.<sup>42</sup> כך בכתי המשפט השונים אפשר לאתר פסקי דין רבים שבהם בוחן בית המשפט את התנהלות הצדדים במהלך המשא ומתן וקובע, כי פרישתם מן המשא ומתן נעשתה שלא בתום לב.<sup>43</sup>

יתירה מכך: בעוד שבעבר הקפידו בתי המשפט כי הנפגע בשל התנהגות שלא בתום לב במשא ומתן לכריתת חוזה שלא הבשיל לכדי חוזה יפוצה אך ורק על הפגיעה באינטרס ההסתמכות שלו, ומטרת הפיצויים תהיה להעמידו במצב שבו לא נוהל משא

במהלך הליך הגישור בהגינות ובתום לב. השוו גם סעיף 1 להסכם המצוי (תוספת לתקנות הגישור), המחייב את הצדדים לשתף פעולה עם המגשר, לקיים את הליך הגישור בהגינות ובתום לב ולגלות מידע הדרוש כדי ליישב את הסכסוך בדרך של הסכמה מרצון. עוד ראו גם סעיף 61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), המחיל את הוראות החוק, ובכלל זה הוראות תום הלב שבו: "גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". כמו כן כאשר מדובר בהליך גישור שהצדדים פנו אליו בהסכמה, בין אם הדבר נבע מיוזמתם בין אם מדובר ביוזמתו ובעידודו של בית המשפט, הרי שלעיתים אפשר להחיל עליהם גם את החובה לקיים חוזה בתום לב. ראו סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי). על מרכזיותו של סעיף זה במשפט הישראלי, ראו, למשל, מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא", בתוך: דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ג 313, 319 – 326 (2003).

ראו הסקירה אצל גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 152 (מהדורה שלישית, התשס"ה); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 37, בעמ' 591–597; מאוטנר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 25 והאזכורים שם.

בין פסקי הדין הבולטים בהקשר זה ראו, למשל, ע"א 2071/99 **פנטי נ' יצהרי**, פ"ד נה(5) 721 (2000) (להלן: עניין **יצהרי**); ע"א 8144/00 **עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר**, פ"ד נז(1) 158 (2002) (להלן: עניין **עלריג נכסים**); ע"א 416/89 **גל אור נ' חברת כלל (ישראל) בע"מ**, פ"ד מו(2) 177 (1992); ע"א 829/80 **שיכון עובדים בע"מ נ' זפניק**, פ"ד לז(1) 579 (1983). ראו גם בפסיקה של בית המשפט המחוזי: ת"א (מחוזי ת"א) 1519/01 **גולדשטיין נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ**, תק-מח(1) 9295 (2007). ת"א (מחוזי ת"א) 3249/98 **מ. ט. אור אנטרפרייזס בע"מ נ' קופ"ח חולים**, תק-מח(1) 6565 (2005) (להלן עניין **אנטרפרייזס**); ת"א (מחוזי ת"א) 367/98 **היימן ש.י.י. חברה להשקעות ופיתוח בע"מ ואח' נ' דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ**, תק-מח(4) 3887 (2005). ראו בפסיקת בית הדין לעבודה עב' (אזורי ים) 1357/01 **ירון – עיריית ירושלים**, תק-עב(3) 4756 (2005).

ומתן בין הצדדים, הרי שבשנים האחרונות פסק בית המשפט העליון כי במצבים שבהם הגיע המשא ומתן לשלב מתקדם, עד כי תוכנו של ההסכם שהצדדים מבקשים לכות ידוע, אך בשל חוסר תום לב נמנע שכלולו של המשא ומתן לכדי חוזה – יוכל הנפגע לזכות בפיצויי קיום, היינו: לפיצויים שיעמידוהו במצב כאילו נכרת חוזה בין הצדדים.<sup>44</sup> הלכה חדשנית זו מיושמת בבתי המשפט.<sup>45</sup>

הקפדת בתי המשפט על יכולת הפרישה של הצדדים מן המשא ומתן תוך הרחבת החובה הנורמטיבית להתנהג בתום לב, וההכרה ביכולתו של הנפגע מהפרישה, כאמור, לזכות לעתים בפיצויים כאילו נכרת חוזה בין הצדדים, מקשות מאוד על יכולתם של צדדים לפרוש מן המשא ומתן שנוהל על ידם ופוגעות באופן ניכר בחופש החוזים של הצדדים.<sup>46</sup> בהמשך לאמור לעיל נראה, שבמקרה של ישיבת מהו"ת, אשר כפי שפורט לעיל, במקרים רבים תהפוך בפועל להחלת גישור חובה ולמשא ומתן לגופו של עניין בין הצדדים, תקשה ההסדרה החוזית של יחסי הצדדים על יכולת הפרישה שלהם מן המשא ומתן. תוצאה אפשרית של חשש זה היא, שיישום המלצות ועדת רובינשטיין במתכונתן הנוכחית עלול לגרום לפגיעה קשה ולא-מידתית בזכות הגישה לערכאות. כך ההקשר החוזי של הליך הגישור מקשה על הנימוק העיקרי שעליו התבססה הוועדה ולפיו יכולים הצדדים לפרוש מן המשא ומתן בכל עת ובלא מגבלות, תוך המחשה כי בכל זאת קיימות מגבלות על יכולת הצדדים לסיים את הליך הגישור באופן חד-צדדי. לעתים מדובר בעיכוב של ממש בטרם יוכלו הצדדים לממש את זכותם להתדיינות בבית המשפט, ולעתים אף בסיכול יכולתם זו.

מאחר שיישום המלצות ועדת רובינשטיין הוביל לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ומאחר שמדובר בחקיקה מאוחרת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שיש לבחון את תיקון החקיקה המוצע לפי פסקת ההגבלה אשר בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>47</sup> מבין התנאים הנדרשים לחוקתיות הפגיעה בזכות חוקתית המוגנת בחוק היסוד אבקש לעסוק להלן בתנאי שלפיו הפגיעה צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש.<sup>48</sup> בפסיקה נקבע, שקיומה של דרישת המידתיות

<sup>44</sup> ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבנייה ולהשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002) (להלן: עניין קל בניין).

<sup>45</sup> ראו, למשל, עניין יצהרי, לעיל ה"ש 43; וכן עניין עלריג נכסים, לעיל ה"ש 43.

<sup>46</sup> ראו הביקורת אצל גבריאלה שלו "עוד על עיקרון תום הלב" קריית המשפט ג 121 (2003).

<sup>47</sup> באשר לתחולת חוקי היסוד על חקיקה קודמת לכניסת חוקי היסוד לתוקף ראו דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995); והדיון אצל שוורץ, לעיל ה"ש 24, בעמ' 103–105.

<sup>48</sup> שאלה נוספת שראוי לעיין בה היא, האם התיקונים המוצעים בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, עומדים בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה, שלפיו אפשר לפגוע בזכויות המעוגנות בחוק היסוד על ידי "חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". השווה הדיון אצל שוורץ,



מותנה בקיום שלושה מבחני משנה:<sup>49</sup> מבחן המשנה הראשון דורש התאמה בין האמצעי למטרה (התכלית הראויה). האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמת המטרה החקיקתית. מאחר ששיבת המהו"ת במתכונת המוצעת על ידי ועדת רובינשטיין תהיה פעמים רבות הליך גישור חובה, הרי שקיים ספק בדבר קיומו של מבחן משנה זה. כפי שפורט בשלב מוקדם יותר של המאמר, שאלת יכולתו של גישור חובה להשיא את יתרונותיו של הליך הגישור שנויה במחלוקת.<sup>50</sup> מכל מקום, גם אם נאמר שמבחן זה מתקיים, הרי שיש צורך כי יתקיימו גם מבחני המשנה האחרים. מבחן המשנה השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה, ולפיו האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות החוקתית ראוי רק אם אי-אפשר להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות תהיה קטנה יותר. מבחן המשנה השלישי, המכונה "מבחן המידתיות במובן הצר", דורש שהאמצעי הנבחר בחקיקה יקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו ובין היקף פגיעתו בזכות החוקתית. להלן אראה, כי מבחנים אלו אינם מתקיימים, כך שיישום המלצותיה של ועדת רובינשטיין במתכונת הנזכרת עלול לפגוע באורח לא-מידתי בזכות הגישה לערכאות.

ודוק: עיון בפסיקה בישראל מלמד, כי מבין נסיבות העניין הנבחנות בעת פרישת אחד הצדדים מן המשא ומתן, מוענקת משמעות בעיקר לשלב שאליו הגיע המשא ומתן. קרי: ככל שהשלב שבו נמצא המשא ומתן הוא שלב מתקדם יותר וככל שהצדדים מתקרבים לכריתת חוזה, תהיה הקפדה רבה יותר על יכולתם של הצדדים לפרוש מן המשא ומתן. ואמנם, פרישה ממשא ומתן הוכרה כבלתי-לגיטימית במשפט הישראלי בעיקר במצבים שבהם דובר במשא ומתן מתמשך וכאשר נותר "פסע" בין סיום המשא ומתן וכריתת החוזה.<sup>51</sup> לפי האמור, אפשר לכאורה להקשות על טענת

שם, בעמ' 102 – 103 והמקורות הנזכרים שם.

<sup>49</sup> ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994); בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1996); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 345 (1995); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 777 (1999); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451 (2000). ראו גם זאב סגל "עילת היעדר היחסיות (Disproportionality) במשפט המנהלי" הפרקליט לט 507 (1990); יצחק זמיר "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109 (1994); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 281 (אהרון ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

<sup>50</sup> ראו לעיל פרק ג.

<sup>51</sup> ראו, למשל, עניין קל בניין, לעיל ה"ש 44; עניין עלריג נכסים, לעיל ה"ש 43 ועניין יצהרי, לעיל ה"ש 43.

דלעיל ולומר שאין לחשוש מהשפעתה של חובת תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה ככל שמדובר בישיבת מהו"ת, כיוון שמדובר עדיין על שלב מוקדם במשא ומתן, שבו, כאמור, לא נעשית הקפדה יתירה על אופן פרישת הצדדים והסיבה לה.

מכל מקום, קיימות כמה תשובות לקושי זה. ראשית, יכולת הפרישה של הצדדים מן המשא ומתן הוגבלה לעתים גם בשלבים מוקדמים יותר של המשא ומתן ולא רק כאשר נותר כפסע בטרם כריתת החוזה.<sup>52</sup> שנית, מאחר שהמשא ומתן המתקיים בהליך הגישור נעשה בעקבות סכסוך, הרי שבמקרים רבים די בפגישה אחת של הצדדים כדי שאפשר יהיה לומר כי המשא ומתן כבר הגיע לשלב מתקדם. ואמנם, במקרים רבים מגיעים הצדדים להסדר גישור לאחר פגישה אחת או לאחר מספר מצומצם של פגישות בלבד.<sup>53</sup> שלישית, בצד בחינת השלב שבו מצוי המשא ומתן מודגש בפסיקה, כי הקביעה האם הפרישה מן המשא ומתן נעשתה בתום לב מצריכה בירור עובדתי. היינו: כאשר תועלה טענה כי אחד הצדדים סירב להמשיך את הליך הגישור ופרש מן המשא ומתן, יידרש בית המשפט לבירור עובדתי לגבי מה שהתרחש בהליך הגישור. בירור כזה דורש השקעת זמן ומשאבים, גם אם בסיום הבירור העובדתי ייקבע שהפרישה מן המשא ומתן לגיטימית ונעשתה בתום לב.<sup>54</sup> היינו: במקרה שבו יאלץ בית המשפט לברר את אופן התנהגות הצדדים בהליך הגישור – וכך עלול הדבר להתרחש באופן תדיר, שכן הצדדים מצויים במהלכו של סכסוך ובמשבר אמון<sup>55</sup> – עלול להיגרם אפוא עיכוב של ממש ביכולתם של הצדדים לסיים את הליך הגישור ולממש את הזכות להתדיין בבית המשפט על הסכסוך המקורי (שבעקבותיו הופנו הצדדים להליך הגישור).

בשלב זה אפשר לראות, כי מבחן המשנה השלישי לקיומה של דרישת המידתיות הבוחן את תוצאותיה של החקיקה איננו מתקיים, כיוון שאי-אפשר לומר כי התועלת שתצמח לציבור מיישום חקיקתי של המלצות ועדת רובינשטיין במתכונתן הנוכחית עולה על הפגיעה בזכות החוקתית של הצדדים המופנים לישיבת מהו"ת. אדרבה: נראה, כי התועלת שתצמח לציבור מיישום ההמלצות אינה ודאית כשלעצמה בין השאר משום שהגברת ההתדיינות בבתי המשפט בנוגע להליכי גישור תגביר את

<sup>52</sup> ראו, למשל, עניין **אנטרפרייזס**, לעיל ה"ש 43, שם דובר על פרישה ממשא ומתן שנעשתה תוך התנהגות שלא בתום לב, אך בית המשפט סירב לפסוק פיצוי חיובי, כיוון שלא דובר בשלב כל כך מתקדם במשא ומתן.

<sup>53</sup> ראו נתונים הסטטיסטיים בדו"ח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 1.

<sup>54</sup> עוד נדרשת כאן התגברות על סודיות הליך הגישור. ראו בהקשר זה פינקלשטיין, לעיל ה"ש 7, בעמ' 235 – 240.

<sup>55</sup> השוו Lande, לעיל ה"ש 17, הן בנטייתם של צדדים מסוכסכים לפנות לבית המשפט בהתדיינות הנלוות לסכסוך המרכזי בין הצדדים.

העומס בבתי המשפט ויש בה כדי לפגוע בזכות הגישה לערכאות של הצדדים לסכסוך הקונקרטי ושל שאר ציבור המתדיינים.

## ו. ישיבת מהו"ת וגישור חובה

לאחר שדנו בחשש מפגיעה בזכות הגישה לערכאות של הצדדים מן הראוי לנסות למצוא פתרונות שימנעו או ירככו פגיעה זו. בהקשר זה נראה לכאורה, שאפשר להתגבר על הפגיעה בזכות הגישה לערכאות באמצעות ריכוך השפעתה של החובה להתנהג בתום לב ככל שמדובר ביחסי הצדדים המשתתפים בהליך הגישור, והחלתה על צדדים, כאמור, באופן זהיר יותר ובנסיבות מיוחדות בלבד.

השאלות, האם ראוי להטיל על הצדדים המשתתפים בהליך הגישור חובת השתתפות בתום לב? וכיצד ראוי למלאה בתוכן? זכו לעיסוק נרחב בספרות האקדמית בעשור האחרון. כך מבחינת הדיון התיאורטי<sup>56</sup> טוענים המתנגדים להחלתה של חובת ההשתתפות בתום לב (בכלל או להחלתה באופן נרחב), כי הדרישה להתנהגות בתום לב היא דרישה עמומה שקיים קושי רב למלאה בתוכן.<sup>57</sup> בהתאם לכך, קיים חשש שהצדדים והמגשר לא ידעו מה נדרש מהם בפועל במסגרת דרישת

<sup>56</sup> הדיון בחלק זה מתבסס במידה רבה על המקורות הבאים: Lande, לעיל ה"ש 17 ו-Carter, לעיל ה"ש 17; וכן L. Wayne Scott, *The Law of Mediation in Texas*, 37 ST. MARY'S L.J. 325, (2006) 346-365. עוד ראו מחקרים מרכזיים בנושא מאת Maureen A. Weston, *Checks on Participant conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality*, 76 IND. L. J. 591 (2001); Kimberlee K. Kovach, *Good Faith in Mediation—Requested, Recommended, or Required? A new Ethic*, 38 S. TEX. L. REV. 575 (1997); James J. Alfani & Catherine G. McCabe, *Mediating in the shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law*, 54 ARK. L. REV. 171 (2001); Carol L. Izumi & Homer C. La Rue, *Prohibiting "Good Faith" Reports Under the Uniform Mediation Act: Keeping the Adjudication Wayne D. Brazil, Camel Out of the Mediation Tent*, 2003 J. DISP. RESOL. 67 (2003); *Continuing the Conversation about the Current Status and Future of ADR: A View From the Court*, 2000 J. DISP. RESOL. 11 (2000).

<sup>57</sup> ראו Lande, שם, בעמ' 78, המציין כי עלה בידו לאתר בארה"ב חוק אחד בלבד המגדיר את תוכנה של החובה להתנהג בתום לב בהליך הגישור ומפשט חובה זו להתנהגויות קונקרטיות. ברם, אף חקיקה זו עוסקת במערכת יחסים מיוחדת ובסוג מסוים של סכסוכים בלבד. בדומה לכך, ה-American Bar Association Section of Dispute Resolution יצא לאחרונה בקריאה לבתי המשפט לגבש קריטריונים ברורים באשר לתוכנה של דרישת תום הלב הנדרשת מצדדים המשתתפים בהליך הגישור. ראו הדיווח ב- *ABA Resolution Targets "Good Faith" in Mediation*, 59 DISP. RESOL. J. 112 (2004).

התנהגות זו.<sup>58</sup> עוד נטען כנגד החלת דרישה זו, כי היא תפגע בערכי היסוד של הליך הגישור. כך, למשל, קיים חשש שתיפגע וולונטריות ההליך, כיוון שהצדדים יחששו מסנקציות שתוטלנה עליהם אם תיחשף בבית המשפט התנהגותם בהליך הגישור ולפיכך הם לא ינהגו בהליך הגישור בגילוי לב, בפתוחות ובחופשיות.<sup>59</sup> עניין זה, כך נטען, יוביל את הליך הגישור לקראת קיום שיח משפטי, כשהתוצאה עלולה להיות הסתגרות של הצדדים וקשיים ביצירת דיאלוג כן ואמיתי ביניהם.<sup>60</sup> נוסף על כך בירור בבית המשפט בשאלה, האם מדובר בהתנהגות שלא בתום לב של הצדדים בהליך הגישור תהיה כמובן פגיעה בסודיות הליך גישור,<sup>61</sup> ובמובנים רבים – אף פגיעה

<sup>58</sup> ראו בהקשר זה Edward F. Sherman, *Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should be Required*, 46 SMU. L. REV. 2079, 2089 Alexandria Zylstra, *The Road from voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirement: A road best left untraveled*, 17 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL L. (2001) 86–97, 69. טענות אלה הביאו מלומדים, מחד גיסא, למלא את הדרישה להתנהגות בתום לב בהליך הגישור בתוכן. ראו, למשל, Kovach, לעיל ה"ש 56, בעמ' 590, הטוענת כי היעדר התנהגות בתום לב הוא "...like obscenity – you know it when you see it"; Carter, לעיל ה"ש 17, בעמ' 396–405, Weston, לעיל ה"ש 56, המציעה פתרון של הכרעה בכל מקרה ומקרה על פי מבחן גמיש של מכלול הנסיבות ומנגד, גם חלופות אחרות לאמת המידה של חובת התנהגות בתום לב, ראו Sherman, שם, אשר הציע להחליף את אמת המידה של "תום לב" בדרישה ל "השתתפות מינימלית של ממש". עוד בהקשר זה, הצעה נורמטיבית מעניינת הועלתה לאחרונה על ידי Lande, שם, המציע להשאיר את אמת המידה הכוללת של תום לב כמוצא אחרון ולאמץ במקום זאת מודל של ("DSD") Dispute System Design, המבוסס על בחינת האינטרסים של הגורמים השונים המעורבים בהליך הגישור, ובכלל זה הצדדים לסכסוך, עורכי הדין, בית המשפט והמגשר, כאשר בכל מקום ייוועדו יחד נציגים של הצדדים השונים, כאמור, ויגבשו יחדיו את המדיניות הראויה בעניין. בהתאם לכך, טוען Lande, תיעשה התאמת הדרישה להתנהגות ראויה בתום לב בהתאם למאפיינים מקומיים ותרבותיים של סביבת ההתדיינות. עוד ראו Iur. Ulrich Boettger, *Efficiency Versus Party Empowerment – Against A Good Faith Requirement In Mandatory Mediation*, 23 REV. LITIG. 1 (2004). (הצעה שבית המשפט יעודד צדדים לנהוג בתום לב, אך בלא הטלת חובה משפטית להתנהגות, כאמור. כמו כן מוצע לשים דגש על חינוך הציבור, עורכי הדין ושאר הפונקציונרים הרלוונטיים).

<sup>59</sup> ראו, למשל, Carter, שם, בעמ' 377, Alfini & McCabe, לעיל ה"ש 56, בעמ' 177.

<sup>60</sup> ראו Stephen G. Bullock & Linda Rose Gallagher, *Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation*, 57 LA. L. REV. 885, 969–970 (1997); Izumi & La Rue, לעיל ה"ש 56, בעמ' 70.

<sup>61</sup> ראו בהקשר זה בעיקר Weston, לעיל ה"ש 56; וכן Weston, לעיל ה"ש 21. והשוו Izumi & La Rue שם. עוד ראו גם Lande, לעיל ה"ש 17, בעמ' 102 – 106; וכן Boettger, לעיל ה"ש 58, בעמ' 25 – 34.

בדרישה לנייטרליותו של המגשר.<sup>62</sup> חשש נוסף מהחלת חובת התנהגות בתום לב על הצדדים המשתתפים בהליך הגישור קיים בכך, שהדרישה להתנהגות בתום לב, כאמור, תביא עמה בפועל את הגברת ההתדיינות בבתי המשפט בנוגע ליחסי הצדדים, בכלל, ולהתנהלות במסגרת הליך הגישור, בפרט. כך עלול להיווצר מצב שבו דווקא הליך הגישור, אשר נועד בין השאר לסייע בהורדת כמות ההתדיינות והעומס בבתי המשפט, יוביל בפועל לתוצאה הפוכה.<sup>63</sup> משום כך היו שהציעו לנקוט אמצעי זהירות נוקשים ומרחיקי לכת ולהימנע מהחלת החובה להתנהג בתום לב על הצדדים המשתתפים בהליך הגישור או למצער לנקוט כלפיה גישה מצמצמת.<sup>64</sup>

ברם, על אף ההתנגדות להחלת חובת ההשתתפות בתום לב (בכלל או באופן נרחב), הרי שבפועל הדרישה מהצדדים המשתתפים בהליך הגישור להתנהג בתום לב במסגרתו היא נדבך מרכזי בהסדרה המשפטית של הליך הגישור, והדבר אף מוצא את ביטויו בחקיקה בישראל.<sup>65</sup> ואמנם, כפי שאפרט להלן, קיימים שיקולים כבדי משקל

<sup>62</sup> עניין אחרון זה נובע בין השאר מן הצורך לשמוע את עדותו של המגשר על שהתרחש ועל התנהגותם של הצדדים בהליך הגישור. יתירה מכך: במקומות מסוימים הוענקה למגשרים אפשרות לדווח ישירות לבתי המשפט על התנהגות שלא בתום לב של הצדדים בהליך הגישור. ראו Izumi & La Rue, שם, בעמ' 83; וכן Doug Marfice, *The Mischief of Court-Ordered Mediation*, 39 IDAHO L. REV. 57, 60 (2002). מתוך כך מתעורר כמובן חשש שיווצר פתח למגשר לנצל לרעה את כוחו כלפי הצדדים וללחוץ עליהם וכך להשפיע באופן לא ראוי על הסכמתם להסדר הגישור.

<sup>63</sup> ראו Lande, לעיל ה"ש 17, בעמ' 100 – 102 (המשווה עניין זה בין השאר להתפתחויות שאירעו בכמות התיקים שנתבררו בבתי המשפט עקב שינויי החקיקה ב־ Rule 11 of The Federal Rules of Civil Procedure). עניין זה נקשר גם לבחינת שיקולי יעילות, כיוון שבאופן מצרפי הנזק הכולל מהגברת ההתדיינות עלול להיות גבוה יותר מהנזק הכולל שייגרם עקב התנהגות שלא בתום לב של צדדים בהליך הגישור.

<sup>64</sup> ראו הדיון בעניין זה אצל Lande, שם, בעמ' 106 – 108.

<sup>65</sup> ראו, למשל, תקנה 6 לתקנות הגישור, שם מפורטת חובת המגשר להסביר לצדדים בתחילת הליך הגישור כי חלה עליהם חובה לנהוג במהלך הגישור בהגינות ובתום לב. עוד ראו סעיף 1 להסכם המצוי בין בעלי הדין והמגשר (בתוספת לתקנות הגישור), שם מתחייבים הצדדים "לשתף פעולה עם המגשר, לקיים את הליך הגישור בהגינות ובתום לב ולגלות מידע הדרוש כדי ליישב את הסכסוך ביניהם בדרך של הסכמה מרצון". השוו בארה"ב Lande, שם, בעמ' 78–81 (הסוקר חקיקה פדרלית ומדינתית המטילה חובת התנהגות בתום לב על הצדדים המשתתפים בהליך הגישור). יחד עם זאת, לא תמיד דורשת החקיקה בארה"ב מהצדדים המשתתפים בהליך הגישור להתנהג בתום לב. ראו בהקשר זה Decker v. Lindsay, 824 Sw. 2d 247 (Tex. App. 1992), שם נקבע כי ככלל אין חובת השתתפות בתום לב בהליך הגישור ואף סמכות בית המשפט להפנות צדדים להליך הגישור איננה מקור סמכות מספק להטלת סנקציות על התנהגות שלא בתום לב. ראו עמדה דומה בפסק הדין Texas Parks & Wildlife Department v. Davis, 988 S.W. 2d 370 (Tex. App. 1999).

התומכים בהחלה רחבה של החובה להתנהג בתום לב על יחסי הצדדים המשתתפים בהליך הגישור.

התמיכה בהטלת חובת השתתפות בתום לב על הצדדים המשתתפים בהליך הגישור מתבססת בעיקרה על הצורך בהגינות<sup>66</sup> ובהגנה מפני ניצול פערי הכוחות שבין הצדדים. כך, למשל, פעמים שמטרת הצדדים בפנייתם להליך הגישור – וברוך כלל מטרתו של הצד החזק ביניהם – לא תהיה לנסות ולגבש פתרון של התחשבות באחר, אלא תשקף דווקא התנהגות אופורטוניסטית שנועדה לשפר את מצבו על חשבון הצד החלש.<sup>67</sup> פעמים שהתנהגות אופורטוניסטית, כאמור, תנבע מתוך הסתכלות על היחסים הקונקרטיים שבין הצדדים המסוכסכים עצמם, ולעתים יהיה מקורה מתוך חשש ליצור תקדים ומתוך מבט כלפי סכסוכים עתידיים.<sup>68</sup> כך, למשל, יכול הצד החזק למשוך את הליך הגישור לאורך זמן רב בלא כל כוונה ממשית לנסות ולהגיע להסדר.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> ראו Notes, לעיל ה"ש 31.

<sup>67</sup> ראו בהקשר זה Jeffrey Krivis, *The Truth About Deception in Mediation*, 4 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 251 (2004). יחד עם זאת, יש לציין כי אחת הטענות הנזכרות בספרות היא שהתנהגות אופורטוניסטית איננה בהכרח התנהגותם השכיחה של הצדדים בהליך הגישור. ראו Wayne D. Brazil, *Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?*, 18 OHIO ST. J. DISP. RESOL. 93, 142 (2002).

<sup>68</sup> כך בעיקר כשמדובר בסכסוך שאחד הצדדים הוא "שחקן חוזר". ראו בהקשר זה Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 L. & Soc'y REV. 95 (1975). עוד ראו Chris A. Carr & Michael R. Jencks, *The Privatization of Business and Commercial Dispute Resolution: A Misguided Policy Decision*, 88 KY. L. J. 183, 230 (1999–2000).

<sup>69</sup> בארה"ב טענות מסוג זה כבר הגיעו לפתחם של בתי המשפט. ראו Fran L. Tetunic, *Florida Mediation Case Law: Two Decades of Maturation*, 28 NOVA L. REV. 87, 135–137 (2003); וכן Krivis, לעיל ה"ש 67, בעמ' 253, המתאר טכניקות משא ומתן ברוח זו, הנפוצות על ידי עורכי דין בארה"ב. ראו בהקשר זה גם את דבריו של אחד מעורכי הדין שהשתתף במחקרה האמפירי של Julie Macfarlane, *Culture Change? A tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation*, 2002 J. DISP. RESOL. 241, 267. "If...I act for the Big Bad Wolf against Little Red Riding Hood and I don't want this dispute resolved, I want to tie it up as long as I possibly can, and mandatory mediation is custom made. I can waste more time, I can string it along, I can make sure this thing never gets resolved because...I know the language. I know how to make it look I'm heading in that direction. I make it look like I can make all the right noises in the world, like this is the most wonderful thing to be involved in when I have no intention to ever resolving this. I have the intention of making this the most expensive, longest process but is it going to feel good. It's going to feel so nice, we're going to be here and we're going to talk the talk but we're not going to walk the walk".

בדרך זו יכול הצד החזק להתייש את הצד החלש ולהביא להסדר נחות עבורו או לידי ויתור של הצד החלש על טענותיו ואף על זכויותיו המוענקות לו במשפט. תוצאה נוספת של התשה זו עלולה להיות פגיעה ביכולתו של הצד החלש לפנות בשלבים מאוחרים יותר לבית המשפט מסיבות כלכליות, נפשיות או אחרות, ובכלל זה האפשרות שניצול לרעה של הליך הגישור יגרום לפגיעה מורלית קשה בצד שתלה תקוות בהגעה להסדר במסגרתו.

כמו כן פעמים שהפנייה להליך הגישור תיעשה רק כדי לנסות ולהוציא מידע מהצד שכנגד.<sup>70</sup> מידע, כאמור, יכול לסייע לצד שקיבל את המידע הן בשלבים מאוחרים יותר של ההתדיינות הקונקרטית והן בהקשרים אחרים הנוגעים לפעילות הצדדים, למארג הקשרים ביניהם וכיו"ב. נוסף על כך קיים חשש שאחד הצדדים יטעה את הצד האחר, יכפה עליו הסכמות וינצל את הליך הגישור להשאת רווחים שלא כדין.<sup>71</sup> במילים אחרות: מאחר שהליך הגישור הוא הליך המתקיים תחת ביקורת ציבורית נמוכה (ככל שהיא קיימת כלל), הרי שמתאפשר לצד חזק ללחוץ על הצד החלש ולגרום לו לויתורים כבדים, אשר לא היו נעשים במקרה של התדיינות בבית המשפט.<sup>72</sup>

מלבד הצורך בהבטחת הגינות, נתמכת הדרישה לחייב את הצדדים המשתתפים בהליך הגישור להתנהגות בתום לב גם בנימוקי יעילות ואפקטיביות של הליך הגישור ובטענה, כי בדרך זו תובטח שביעות רצונם של הצדדים ושל הציבור כולו מהליך הגישור. היינו: השתתפות בלתי-ראויה של הצדדים וניצול ההליך על ידם יהיו משום בזוז משאבים, תוך שהתוצאה עלולה להיות ערעור אמון הציבור בהליך הגישור וסירוב גורף להשתתף בהליכי גישור בעתיד.<sup>73</sup> כמו כן נטען, כי יכולת הצדדים להיפתח,

<sup>70</sup> השוו (מבלי לטעון שכך אירע במקרה זה) ד"מ (אזורי נצ') 1235/05 מחמוד – נ' מיאב בטחון אזרחי בע"מ, תק-עב 2008 (2) (2008) ("בעקבות ישיבת הגישור...הוגשה מטעם התובע בקשה לתיקון כתב התביעה..."). "דיג" אסור גם במשפט הדיוני. ראו Stephen N. Subrin, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Backround of the 1938 Federal Discovery Rules*, 39 B.C. L. REV. 691 (1998).

<sup>71</sup> ראו John W. Cooley, *Defining The Ethical Limits of Acceptable Deception In Mediation*, 4 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 263, 264 (2004). מעבר לכך, לעתים הפעלת הלחץ על הצד החלש נעשית דווקא מכיוונו של המגשר. ראו עומר שפירא **הפעלת כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית** (2007).

<sup>72</sup> זו, כידוע, אחת הטענות המרכזיות להתנגדות לכך שהמערכת המשפטית תעודד צדדים ליישב סכסוכים במסגרת הליך הגישור. ראו, למשל, Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1077 (1984). ודוק: ניצול הליך הגישור למטרות אופורטוניסטיות אף עלול להתעצם כאשר ההשתתפות בו נכפית על הצדדים, כיוון שבמצב זה קשה יותר לצדדים לשתף פעולה ולהפגין התחשבות. ואמנם, זו אחת הטענות המרכזיות כנגד הדרישה לגישור מנדטורי. ראו לעיל פרק ג.

<sup>73</sup> ראו Lande, לעיל ה"ש 17, בעמ' 72; וכן Tony Biller, *Good Faith Mediation: Improving* 425

לשתף פעולה, לחשוף רגשות ולפתח דיאלוג כן ואמיתי בהתאם לעקרונות הגישור – כל אלה לא יוכלו להתקיים בלא הדרישה מהצדדים להתנהג בתום לב.<sup>74</sup> נראה לי אפוא, שאין זה ראוי לרכך את אופן החלת החובה להתנהג בתום לב על יחסי הצדדים המשתתפים בהליך הגישור. בד בבד יש לחפש פתרון אחר לבעיה החוקתית העלולה להיווצר עם יישומן של המלצות ועדות רובינשטיין במתכונתן הנוכחית.

בהתאם לכך נראה, כי ראוי ליצור הבחנה ברורה יותר בין ישיבת המהו"ת כשלב מקדמי ולבין תחילתו של הליך הגישור.<sup>75</sup> אחת הדרכים לעשות זאת היא באמצעות קביעה, כי ישיבת המהו"ת תיוחד להצגת הליך הגישור ומטרותיו על ידי המגשר ולא יכללו בה הצגת הסכסוך על ידי הצדדים וזיהוי מוקדי המחלוקת. כפי שהודגש לעיל, מקומם הטבעי של עניינים אלו הוא בהליך הגישור עצמו.<sup>76</sup> עוד יש לציין, כי אין בהמלצות הוועדה היררשות לחשיבות מיוחדת שיש לעיסוק במאפייני הסכסוך הקונקרטי כבר בישיבת המהו"ת ולא אמירה שהדבר מתחייב לצורך קבלת החלטה על ידי הצדדים אם ברצונם לפנות להליך הגישור.

ודוק: שמירת הפרדה נוקשה בין ישיבת המהו"ת ובין תחילתו של הליך הגישור תאפשר באופן ממשי יותר את כניסת הצדדים להליך הגישור בהסכמתם, וכל שיחויבו הללו בישיבת המהו"ת יהיה לשמוע על הליך הגישור ולקבל מידע שיאפשר להם לשקול ולקבל החלטה מושכלת, האם רצונם לנסות וליישב את הסכסוך במסגרת זו אם לאו. ברי, כי להתנהגות שלא בתום לב של אחד הצדדים בשלב זה לא יהיו את

*Efficiency, Cost and Satisfaction in North Carolina's Pre-Trial Process*, 18 CAMPBELL L. REV. 281, 297–301 (1996).

Izumi & La Rue, לעיל ה"ש 56, בעמ' 71.

במישור הפוזיטיבי, היעדר הבחנה ברורה בין סיומה של ישיבת המהו"ת ובין תחילתו של הליך הגישור עלול לגרום לבעייתיות במקרה שבו אחד הצדדים מתייצב ומשתתף בישיבת המהו"ת, אך במשך הישיבה, בשלב מתקדם, כאשר מוצג הסכסוך על ידי הצד האחר או כאשר נעשה זיהוי של מוקדי המחלוקת, מחליט אותו צד באופן חד-צדדי לסיים את הפגישה ולעזוב את המקום. במקרה כזה לשאלה, האם בעת הצגת הסכסוך או מוקדי המחלוקת כבר הסתיימה ישיבת המהו"ת והצדדים מצויים בעיצומו של הליך גישור או שמא עדיין מדובר בהמשך ישיבת המהו"ת? קיימת משמעות מכרעת. היינו: אם מדובר בהמשך ישיבת המהו"ת, הרי שבהתאם להמלצת הוועדה, אותו צד המעוניין לסיים את הישיבה איננו יכול לעשות זאת באופן חד-צדדי עד לסיים ישיבת המהו"ת. עזיבה מוקדמת כאמור עלולה לחייבו בסנקציות. ברם, אם תתקבל הטענה שבמהלך הדברים – ובמשך הזמן כבר הסתיימה פגישת המהו"ת, והצדדים כבר מצויים בתחילתו של הליך גישור – יוכל אותו צד לסיים את הישיבה ולעזוב את המקום באופן חד-צדדי, וככלל, בלא חבות.

במישור פרקטי אפשר לסיים את ישיבת המהו"ת בחתימת הצדדים על הסכם פנייה להליך גישור. חתימה על הסכמה, כאמור, יכולה לסמן את סיום ישיבת המהו"ת ותחילת הליך הגישור.



אותן התוצאות שעלולות להיות להתנהגות שלא בתום לב בהליך הגישור עצמו, שם כבר מנהלים הצדדים משא ומתן לגופו של עניין. זאת ועוד: כאשר הכניסה להליך הגישור נעשית בהסכמה מדעת של הצדדים, הרי שהחלת החובה להתנהג בתום לב והקשחת יכולת הפרישה של הצדדים מן המשא ומתן אין בהן משום פגיעה לא-מידתית בזכות הגישה לערכאות.<sup>77</sup>

בהקשר זה ראוי לציין, כי אין לחשוש לכך שהיעדר התייחסות לסכסוך הקונקרטי כבר בישיבת המהו"ת יפגע באופן ממשי ביכולת הערכת התאמתו של הסכסוך להליך הגישור, כיוון שלצורך זה אפשר לנקוט צעדים אחרים שאינם דורשים את הצגת הסכסוך על ידי הצדדים וזיהוי העניינים שבמחלוקת כבר בישיבת המהו"ת. כך, למשל, יוכל המגשר לראות את כתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט ולהסתייע בכך לשם בחינת התאמתו של הסכסוך להליך הגישור.<sup>78</sup> אפשרות נוספת היא כי בטרם ישיבת המהו"ת, וכחלק מקיומה, יגישו הצדדים למגשר מסמך קצר ובו עמדתם לגבי הסכסוך ועיקרי טענותיהם.<sup>79</sup> בדרכים אלו ייחשף המגשר למידע על הסכסוך, מבלי שהעניין יועלה במפורש במסגרת ישיבת המהו"ת. לבסוף יש לציין, כי על פי רוב לא ייגרם נזק רב אם הצדדים יתחילו בהליך גישור ורק במהלכו יתברר שהסכסוך איננו מתאים להליך גישור ומן הראוי שהסכסוך יתברר בבית המשפט. אדרבה: קיימים יתרונות רבים בהליך גישור, שיש בו כדי להביא את הצדדים להכרה כזו בנוגע לסכסוך.<sup>80</sup>

בשלב זה אפשר לראות, כי גם מבחן המשנה השני לקיומה של דרישת המידתיות, הבוחן אם הפגיעה בזכות היסוד החוקתית היא הפחותה, איננו מתקיים, כיוון ששינוי המלצות ועדת רובינשטיין, כפי שמוצע כאן, עשוי להשיג אותן תכליות, אך תוך פגיעה פחותה (אם בכלל) בזכות הגישה לערכאות.

<sup>77</sup> Amy J. Schmitz, *Confronting ADR Agreements Contract/No-Contract* ראו *Conundrum with Good Faith*, 56 DEPAUL L. REV. 55 (2006).

<sup>78</sup> בהמלצות דו"ח ועדת רובינשטיין, לעיל ה"ש 1, אכן מוענקת לצדדים אפשרות להעביר למגשר את כתבי הטענות.

<sup>79</sup> Craig A. McEwen & Roselle L. Wissler, ראו *Finding Out if it is True: Comparing Mediation and Negotiation through Research*, 2002 J. DISP. RESOL. 131, 133; וכן Lande, לעיל ה"ש 17, בעמ' 129-132 (המעלה מגוון הצעות ואפשרויות ליישום בפועל של דרישה זו). ליישום דרישה דומה בקנדה ראו Hughes, לעיל ה"ש 15.

<sup>80</sup> יש לציין, כי גם למגשר הוקנתה הסמכות (ואולי אף חלה עליו חובה) בתקנות הגישור לסיים את הליך הגישור בנסיבות מסוימות. ראו תקנה 8(ב) לתקנות הגישור.

## ז. סיכום

מאמר זה עסק בבחינה חוקתית של המלצות הוועדה לבחינת הנושא של גישור חובה והגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, בראשותה של כב' השופטת מיכל רובינשטיין. בשונה מעמדת הוועדה טענתי, כי בשל תוכנה המוצע של ישיבת המהו"ת לא יהיה אפשר לשמור על הבחנה בינה ובין הליך הגישור עצמו, כך שבפועל יישום המלצותיה של ועדת רובינשטיין פירושו במידה רבה החלת משטר משפטי של גישור חובה. בהתבסס על טענה זו, ומתוך מודעות להקשרו החוזי של הליך הגישור, טענתי שהדואליות הנורמטיבית המאפיינת את הליך הגישור והסינתזה שבין שתי מערכות הדין החלות עליו, קרי: דיני החוזים, בצד ההקשר הדיוני, מובילות לכך שיישום המלצותיה של ועדת רובינשטיין במתכונתן הנוכחית עלול לפגוע באורח לא-מידתי בזכות הגישה לערכאות. כך הקשחת יכולת הפרישה של הצדדים מן המשא ומתן, המקובלת בדיני החוזים המודרניים בישראל, תוך הרחבת השפעתה של החובה להתנהג בתום לב במשא ומתן, תקשה על הצדדים לסיים את הליך הגישור באופן חד-צדדי ובכל עת; והיא מסכלת את הנימוק העיקרי שעליו התבססה ועדת רובינשטיין בקביעתה, כי אין בהמלצותיה ולא בהחלת משטר משפטי של גישור חובה כדי לפגוע באופן לא-מידתי בזכות הגישה לערכאות. לפיכך הוצע במאמר לשנות את תוכנה המוצע של ישיבת המהו"ת, להפחית את מספר העניינים האמורים להתברר בה, ולמעשה לייחדה להיכרות הצדדים עם הליך הגישור בלבד, מבלי להיכנס לפרטיו של הסכסוך הקונקרטי. בדרך זו תישמר הפרדה ברורה בין ישיבת המהו"ת ובין תחילתו של הליך הגישור, ימותנו השפעותיו של עקרון תום הלב במשא ומתן לכריתת חוזה ותימנע הפגיעה הלא-מידתית בזכות הגישה לערכאות.