

על "הסכמה מדעת" בהליך הגישור

ד"ר אורנה דויטש

הסכמת הצדדים היא אבן-הבנייה של הליך הגישור. תחילתו, המשכו, וסיומו של ההליך נשענים על רעיון ההסכמה.

המאמר מנתח את מושג ההסכמה בהליך הגישור, על יסוד הזרמים התיאורטיים בנדון. לאור תכליתו של הליך הגישור, לקידום האוטונומיה האישית של הצדדים, מתבקש, לדעת המחברת, כי תידרש רמה גבוהה של הסכמה בהליך, בדמותה של "הסכמה מדעת". הסכמה מסוג זה דרושה הן ביחס להיבטים הדיוניים של ניהול ההליך, והן ביחס לנושאים המהותיים. המאמר מנתח את ההשלכות של דרישת ההסכמה מדעת על מיגוון רחב של סוגיות מתחום הגישור, ובמרכזן משקלו של הגורם האינפורמטיבי בהליך, החובות המוטלות על המגשר ביחס להבטחת ההסכמה מדעת (לרבות סוגיות של מניפולציות-מידע, הבהרת סיכוני ההליך, איסור הפעלת לחץ על הצדדים, ובעיית הפגישות הנפרדות), סוגיית השתתפותם של עורכי-דין בהליך, ועוד. פרק אחר במאמר דן בשאלה העומדת במרכזו הדיון בשנים האחרונות, והיא הסוגיה של גישור-חובה, וזאת בהתחשב בתיאוריה של "הסכמה מדעת".

א. כללי

ב. מושג ההסכמה במשפט האזרחי

ג. מודל הגישור והאוטונומיה האישית

ד. ההסכמה הדרושה בגישור: "high quality consent"; "informed consent"

ה. האובייקטים להסכמה מדעת בתחום הגישור

ו. החובות המוטלות על המגשר ביחס להבטחת ההסכמה מדעת

ז. אוטונומיית הצדדים בפתיחת ההליך-בחירת המגשר ובחירת סוג ההליך

ח. גישור-חובה והסכמה מדעת

ט. השתתפותם של עורכי-דין בהליך הגישור

כידוע, הליך הגישור נשען על הסכמת הצדדים. הצורך בהסכמה משתרע על כל שלבי ההליך, החל משלב הכניסה להליך,¹ עבור להשתתפות בדיונים בו,² וכלה בסיום ההליך באמצעות הסכם בין הצדדים, לפתרונו של גוף הסכסוך. ניתן אם-כן לסווג את האובייקטים להסכמה הדרושה לשתי קטגוריות: האחת היא ההסכמה הפרוצדורלית לעצם ההשתתפות בהליך (ה-participation consent), והשנייה היא ההסכמה להסדר המהותי בתום ההליך (ה-outcome consent).³ אף שהאופי ההסכמי של ההליך הוא מוסכמה שגורה, שאלות יסודיות חשובות טרם זכו למענה ברור בהקשר זה: מהי משמעותו הרעיונית המדויקת של מושג ההסכמה בהקשר להליך הגישור? מהי רמת האבסולוטיות של דרישת ההסכמה, ובאיזו מידה אפשר שדרישה זו תיפגם על-ידי מעשים של הצד שכנגד, או על-ידי המגשר? מהן ההשלכות של דרישת ההסכמה על סוגיות פרטניות שנות בתחום הגישור? תכליתו של מאמר זה לבחון את השאלות האמורות, היורדות לשורשה של תופעת הגישור, על רקע הדין המצוי והראוי, לאור זרמי המחשבה במחקר העכשווי בתחום.

ב. מושג ההסכמה במשפט האזרחי

למושג ההסכמה נודעות נפקויות בהקשרים מגוונים של המשפט האזרחי. בשניים מהקשרים אלה ניתן למצוא דיון יורספרודנטלי נרחב. הכוונה היא למוסד גמירת הדעת בדיני החוזים, ולמושג ההסכמה מדעת בדיני הנזיקין. מושג "גמירת הדעת" בדיני החוזים מכוון לקיום נכונות של צד ליטול על עצמו את המחויבות המשפטית הגלומה בחוזה.⁴ גמירת הדעת נבחנת במשקפיים אובייקטיביות, לפי "תורת ההצהרה". השאלה היא האם צד נחזה כמי שנטל על עצמו מחויבות חוזית, כש"דברים שבלב" אינם דברים. זאת, על מנת להגן על אינטרס ההסתמכות של הצד שכנגד.⁵ לכן, לא מן הנמנע כי חוזה ייכרת, וצד ימצא עצמו מחויב על-פיו, גם אם היו שיבושים אינפורמטיביים ורצוניים בגיבוש גמירת הדעת הסובייקטיבית. אמנם, במקרים מסוימים יוכל צד שרצונו נפגם להשתחרר מהחוזה, בהתאם לפרק ב לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אולם זכות הביטול מוגבלת לפגמים בחומרה מספקת, ותלויה גם במצב המנטלי של הצד שכנגד לגבי הפגם.⁶ מבחינה צורנית, הסכמה לכריתת

1 ראו, בישראל, את סעיף 3ג לתקנות בתי-המשפט (גישור), תשנ"ג-1993 (להלן "תקנות הגישור").

2 לכל צד נשמר חופש הפרישה מן ההליך לכל אורכו. ראו תקנה 8א לתקנות הגישור.

3 ראו J. Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking" 74 Notre Dame L. Rev. 775, 819-820 (1999) (להלן: "Nolan-Haley 'Informed Consent in Mediation'").

4 ראו, למשל, ג' שלו חוים (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א) 83-85.

5 שם, בעמ' 86-88.

6 כגון הדרישה לידיעה או חובת ידיעה של הצד שכנגד, על קיום הטעות, לפי סעיף 14א לחוק החוזים (חלק כללי), כשבהיעדר כך הביטול יכול להיעשות רק על ידי בית-המשפט, לפי שיקול דעתו, בהתאם לסעיף 14ב) לאותו חוק; הצורך בידיעה או עצימת עיניים של העושה, בדבר קיום המצוקה של הצד שכנגד, לצורך טענת עושה על-פי סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי) (ראו ע"א 403/80 סאסי נ' קיקאון, פ"ד (לו) 762, 767; ע"א 226/87 זועבי נ' ניקולא, פ"ד (מג) 714, 717, ועוד.

חוזה איננה טעונה לרוב צורה מיוחדת, והיא יכולה להיעשות בעל-פה או בהתנהגות, במפורש או מכללא.⁷

הצורך להגן על הסתמכויות הצד שכנגד מכתובים אם כן מדיניות שאינה "תובענית" באשר לרמת ההסכמה הדרושה לצורך כריתת חוזה.

בקצה השני של הספקטרום, מבחינת חומרת הדרישה, נמצא מושג ה"הסכמה מדעת", בתחום הטיפול הרפואי. על-מנת שטיפול רפואי לא ייחשב כתקיפה, ועל כן כעוולה בנזיקין, דרושה הסכמה של המטופל לטיפול.⁸ הפסיקה לא הסתפקה בקיומה של הסכמה גרידא, אלא דרשה הסכמה הנשענת על בסיס אינפורמטיבי הולם, תוך שהוטלה על המטפל החובה ליתן למטופל הסבר מלא לגבי סיכוני הטיפול והחלופות לו. אין מדובר כאן בהסכמה סתם, אלא בהסכמה "מדעת".⁹ גישה זו של הפסיקה נובעת ממדיניות משפטית שנועדה לחזק את האוטונומיה של המטופל על גופו ואת זכותו החוקתית לכבוד וחירות אישית.¹⁰

מהו מודל ההסכמה המצוי והראוי בתחום הגישור, והיכן ניתן למקמו, בין שני המודלים הנזכרים לעיל? סוגיה זו תידון להלן, לאחר הקדמה קצרה ביחס למודלים אפשריים שונים של הליכי גישור.

ג. מודל הגישור והאוטונומיה האישית

ניתן להצביע על מספר מודלים אפשריים להליכי גישור, בחתך העשוי להשפיע על מודל ההסכמה של הצדדים:¹¹

(1) **המודל הפטרנליסטי** ("dictated autonomy model" או "directive-style mediation"¹²) - זהו מודל בו המגשר מנהל את ההליך באופן אדנותי, תוך סינון שגור של מידע המוחלף בהליך, וקבלת הכרעות עבור הצדדים בשאלות של רלוונטיות המידע וכדאיות הפיתוח של כיווני פתרון כאלה או אחרים. במודל זה, הצדדים "מפקידים" כביכול, את האוטונומיה האישית שלהם בידי המגשר.

(2) **המודל האינסטרומנטלי** ("instrumentalist model") - גם במודל זה, רמת השליטה של המגשר ומידת מרכזיותו בהליך היא גבוהה. התכלית העליונה בניהול ההליך היא השגתו של הסכם יעיל ומהיר.

7 ראו סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. כן ראו שלו, לעיל הערה 4, בעמ' 277 - 278.

8 ראו סעיף 23 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

9 ראו, למשל, ע"א 3108/91 רייבי נ' ד"ר וייגל, פ"ד מז(2) 497. ליישום של רעיון ההסכמה מדעת לטיפול רפואי, במסגרת עוולת הרשלנות, ראו ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526; ע"א 434/94 ברמן, קטינה נ' מור בע"מ, פ"ד נא(4) 205.

ראו גם חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, כמפורט להלן.

10 ראו ע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 525 - 526.

11 לתיאור מודלים אלה, ראו 6-815, supra note 3, Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation".

12 לכינוי זה למודל האמור, המופיע לעתים מזומנות בספרות, ראו J. Lande "How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?" 24 Flo. St. U. L. Rev. 839 (1997).

אף שהן במודל זה והן במודל הקודם המגשר אקטיבי מאוד, ומפעיל אמצעי שליטה בהליך, הרי שבמודל הראשון, המגשר רואה עצמו כמי שתפקידו לדאוג בעיקר למציאת פתרונות צודקים עבור הצדדים, תוך הפעלת שיפוט ערכי. במודל הנוכחי, יעילות היא העיקר, ולא דווקא תוצאות צודקות. (3) **המודל האינפורמטיבי** ("informative model" או "assisted autonomy model") – על פי מודל זה, תפקידו של המגשר הוא לסייע לצדדים ביצירת תקשורת ובחילופי מידע ביניהם. השליטה של הצדדים בהליך היא מוחלטת, והם מפעילים את האוטונומיה האישית שלהם במלואה.

(4) **המודל הרפלקטיבי** ("reflective autonomy model" או "deliberative model") – מודל זה מקבל את התפיסה כי תפקידו של המגשר רק לסייע לצדדים במימוש האוטונומיה האישית שלהם, אך שלא כבמודל הקודם, המגשר אינו מסתפק בהקלה על המומנט התקשורתי ועל החלפת המידע בין הצדדים, אלא הוא גם מסייע להם להעריך את הפתרונות השונים, ומסייע להם בגיבוש סולם העדיפויות שלהם ובשיפוט הערכי שלהם את המידע.

דיכוטומומיה אחרת, המקובלת בספרות, היא זו המבחינה בין שני מודלים עיקריים: "facilitative mediation" ו-"evaluative mediation".¹³ המודל הראשון מקביל למודל האינפורמטיבי, שתואר לעיל. המודל השני קרוב למודל הרפלקטיבי. המגשר מפעיל על-פיו אמות מידה שיפוטיות, כאשר בכך הוא מסייע לכל צד להעריך באופן ריאלי את החולשות בעמדותיו. אין ספק כי המודל הפטרנליסטי והמודל האינסטרומנטלי רחוקים מן המודל הקלאסי וה"אידיאלי" של גישור. מודלים אלה מעמידים במרכז את המגשר, ולא את הצדדים. הם מעמידים בשוליים את האוטונומיה האישית של הצדדים, במקרה הראשון – באמצעות מעין תפיסה של "ייצוג" על-ידי המגשר, המפעיל הכרעות ערכיות במקום הצדדים, ובמקרה השני – תוך התעלמות מודעת מן הערך המיוחד שבתהליך האוטונומי. גם המודל הרפלקטיבי (או ה-"evaluative mediation") חוטא במידה מסוימת (אם כי באופן "מעודן" יותר) לשאיפה לקידום האוטונומיה האישית.¹⁴ אפשר שיש במודלים אלה כדי להוביל לפתרונות מהירים, ואפשר שלא. אולם אין הם מתיישבים עם אחד היעדים המרכזיים של הליך הגישור, אשר הוביל לפריחתו של הליך זה בעולם ובישראל, והוא שינוי בסיסי של התייחסות בני-האדם למצב של סכסוך ולקיום חילוקי דעות וניגודי עמדות. מודלים אלה אינם מתיישבים עם קידום ההבטחה החברתית שבהליך הגישור. המשא ומתן הגישורי מאפשר לצדדים לממש את האוטונומיה האישית שלהם, ולהגשים את האינטרס שלהם לשליטה על עתידם, באמצעות הפעלת הרצון הפרטי, ללא הכרעה של גורם חיצוני.¹⁵ בכך מקדם הגישור את ההגנה על הערך החוקתי של חירות האדם. בנוסף להעצמה האישית הגלומה במימוש האוטונומיה האישית, פתרון סכסוכים באמצעות גישור עשוי לשפר את הכישורים החברתיים של המשתתפים בהליך, ואת מערך היחסים בחברה.¹⁶ לאור אלה, התהליך

13 ראו L. Riskin "Understanding Mediator Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed" 1 Harv. Neg. L. Rev. 7 (1996).

14 ראו, למשל: L. Love "The Top Ten Reasons that Mediators Should not Evaluate" 24 Fla. St. U. L. Rev. 937 (1997).

L. Fuller "Mediation-Its Forms and Functions" 44 So. Cal. L. Rev. 305, 315 (1971)

H.J. Brown & A.L. Marriot *ADR Principles and Practice* (1993) 110

J. Folger & R.A. Bush *The Promise of Mediation-Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* (1994)

עצמו ולא התוצאה ההסכמית,¹⁷ הופך לא אחת לעיקר. ואכן, בספרות האמריקאית מקובלת הגישה כי הליך הגישור נשען בראש ובראשונה על רעיון האוטונומיה האישית וההגדרה העצמית.¹⁸ לא למותר להדגיש, כי תפיסה זו אינה תפיסה אידיאלית ה"מנותקת" משיקולי יעילות, ואינה בגדר "מנטרה" ריקה. כאשר נשקלת התועלת המצרפית הכוללת של כל סוג של גישור, קיים יתרון ברור למודל האינפורמטיבי (בו המגשר מתפקד כגורם מסייע בלבד). הסכם שהושג מתוך רצון חופשי "אמיתי", סביר יותר שיכובד מאשר הסכם שלא הושג בדרך זו. שיפור הכישורים החברתיים של הצדדים עשוי לעתים קרובות למנוע את ההתדיינות המשפטית הבאה. יש לזכור כי במהלך ביצוע החוזה עלולים להתעורר חילוקי דעות, הן לעניין פרשנות החוזה, והן לעניין ההתייחסות לאירועים מפתיעים חדשים, המשפיעים על מילוי ההתחייבויות של צד. כריתת חוזה היא במידה רבה רק שלב אחד במשא ומתן נמשך. משהסתיים המשא ומתן ביחס לכריתת החוזה ותכניו, יחל משא ומתן לעניין אופן הביצוע של החוזה, ולעניין דרך ההתמודדות עם משברים בביצוע. לרוב, בטרם פניה לערכאות, ינהלו הצדדים משא ומתן, במסגרתו ינסו להגיע להבנות באשר לביצוע החוזה. הטמעתו של מודל לפתרון סכסוכים הנשען על גישה גישורית "מובהקת" אצל הצדדים, תשרת את התכלית של צמצום הצורך בהתדיינות בבית-המשפט.

על-כן, גם אם השגת ההסכם באמצעות "גישור מסייע" יתכן שתארך זמן-מה נוסף, בהשוואה למודלים האחרים, הפסד זה יוצא בשכר של מניעת הסכסוכים הבאים. כפי שנראה בהמשך, דרך זו של גישור עדיפה גם מבחינתו של הצד החזק במשא ומתן.¹⁹ מודל גישור המבליט את כיבוד האוטונומיה האישית של הצדדים הוא אם כן לא רק דרך ראויה יותר לטיפול בסכסוך, אלא גם דרך יעילה יותר, במונחים של יעילות לטווח בינוני וארוך.

ההגדרות של הליך הגישור בקודקסים אתיים שונים בארצות הברית מעמידות בדרך כלל את הצדדים במרכז ההליך, בעוד שהמגשר עצמו מוצג כמסייע בלבד. מקורות אלה מאמצים אם-כן את מודל הגישור האינפורמטיבי, או הגישור המסייע.²⁰ כך נקבע לאחרונה גם בחוק האחיד החדש-ה-2001 Uniform Mediation Act.²¹ בהעדפתו של מודל זה מתעצמת, כאמור לעיל, ההכרה ברעיון האוטונומיה האישית וה"הכרעה העצמית" ("self determination") של הצדדים, כיסוד

17 Folger & Bush, id, at p. 11-12

18 ראו, למשל, R.A. Bush "Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation" 41 Flo. L. Rev. 253, 266-270 (1989); Fuller, id; Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation", supra note 3, at p. 788-9; J. Nolan-Haley "Court Mediation and the Search for Justice through Law" 74 Wash U.L.Q. 47, 90-91 (1996) ("Nolan-Haley 'Court Mediation'"); Folger & Bush, id

כן ראו א' דויטש פישור - הענק המתעורר (תשנ"ט) 18 - 25.

19 ראו להלן פרק ה.3.

20 ראו, למשל, Standards of Practice של ה-Mediation Council of Illinois וה- Standards of Practice של ה-Oregon Mediation Association. כן ראו א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 18 - 21.

21 ראו סעיף 2(3): "Mediation' means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute"

מרכזי בהליך הגישור.²² גישה קיצונית יותר רואה אף מודל זה כבעייתי, מבחינת האוטונומיה של הצדדים, כאשר הגישור זוכה ללבוש משפטי, וזאת בטענה ש"ניכוס" הליך הגישור על ידי מערכת המשפט (להבדיל מהכוונה להשאירו כעניין לתהליך חברתי גרידא) גורמת לכך שלא הצדדים עומדים במרכז ההליך, ואף לא המגשר, אלא עורכי-הדין של הצדדים.²³

גם ההגדרה של גישור ושל תפקיד המגשר בדין הישראלי מאמצת, עקרונית, תפיסה של "המודל המסייע", אף שקיים חוסר אחדות מסוים בהגדרות בנדון, ואף שכפי שיפורט במהלך רשימה זו, תכני ההסדרים הפרטניים לא תמיד שומרים באופן מספק על "טהרתו" של מודל זה.

ההגדרה של הליך הגישור בדין הישראלי אינה תואמת להגדרה של המגשר. הליך הגישור מוגדר כ"הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך...."²⁴ הגדרה זו מתארת את תפקידו של המגשר בקווים ברורים של תכלית תוצאתית שהיא השגת הסכם. לעומת זאת, "מגשר" מוגדר כ"מי שתפקידו לסייע בידי בעלי הדין להגיע להסדר גישור מתוך ניהול משא ומתן חופשי, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו."²⁵ הגדרה אחרונה זו, להבדיל מההגדרה הראשונה, מדגישה את היותו של המגשר גורם מסייע בלבד, ומדגישה את הרצון החופשי של הצדדים, כבסיס להליך. עם זאת, גם הגדרה זו אינה מדגישה דייה את התפקיד של המגשר לתרום להעצמה חברתית של הצדדים, כתוצאה מעצם קיום ההליך, ועדיין מציינת את השגת ההסכם כיעד הסופי. היעד הסופי הראוי של ההליך הוא לסייע לצדדים להחליט בעצמם ובמשותף אם הם מעוניינים להגיע להסכם, אם לאו.²⁶ מכל מקום, חוסר התאימות הפנימית בהגדרת התפקיד של המגשר מונע העברת מסר ברור בדין, לפיו לא המגשר ניצב במרכז, אלא אינטרס הצדדים.

באמור לעיל לעניין העדיפות של מודל הגישור "המסייע" על-פני המודלים האחרים של גישור, אינני מבקשת להביע דעה כוללת וגורפת לפיה פתרון לסכסוכים באמצעות גישור הוא לעולם דרך עדיפה על-פני דרכים אחרות. סוגיה זו נותחה על ידי במקום אחר.²⁷ בשנים האחרונות עולות תהיות בספרות האמריקאית האם קיימת הצדקה לעידוד כה מסיבי של פניה להליכי גישור בפרט, ולהליכים אלטרנטיביים בכלל. מדגישים בהקשר זה, כי בהעברת הסכסוך לגישור יש שהאינטרס הציבורי נפגע, בהתחשב בכך שנמנעת מהציבור ההדרכה שבהחלטות תקדימיות, ונמנעת זרימת מידע לציבור, מתוך ההליך, בנושאים בהם יש אינטרס ציבורי, כגון פעילות תרמית של עוסקים. תפקידו של בית-המשפט הוא לשמש גורם המפתח ערכים חברתיים ותורם לדיון הציבורי

22 ביסוס הגישור על "self determination" מופיע, למשל, ב-Model Standards of Practice for Mediators, של ABA, AAA, & SPIDR, משנת 1995. ראו סעיף 1, הקובע, בין היתר, כי: "self-determination is the fundamental principle of mediation". כן ראו סעיף 5 לכללים ב-North Carolina, במובאה הנזכרת להלן בהערה 26.

23 זו גישתו של פרוף R. Benjamin. ראו מאמרו "The Uniform Mediation Act: A Trojan Horse?", שפורסם באינטרנט, באתר www.mediate.com.

24 ראו סעיף 79ג(א) לחוק בתי-המשפט (נוסח משולב) ותקנה 2 לתקנות הגישור.

25 ראו שם, שם וסעיף 1 לתקנות הגישור.

26 ראו סעיף 5 ל-North Carolina State Mediation Standards of Practice:

"A mediator shall encourage self-determination by the parties in their decision **whether**, and on what terms, to resolve the dispute, and shall refrain from being directive and judgmental regarding the issues in dispute and options for settlement" (ההדגשה נוספה - א' ד').

27 א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 31 - 43.

ביחס אליהם.²⁸ קושי נוסף הוא הסיכון הטמון בהליך הגישור, מבחינתו של הצד החלש והעני.²⁹ יש גם הגורסים שלא קיימות הוכחות אמפיריות בדוקות להנחה המקובלת³⁰ כי הליך הגישור חוסך בסופו של דבר זמן וכספים לצדדים, וכי פתרון באמצעות הסכם הוא עמיד יותר מאשר כפיית ביצוע על-ידי החלטה שיפוטית.³¹ הסתייגויות אלו אינן מבוטלות, ומחייבות שקילה. יחד עם זאת, אין הן מובילות להעדפתו של מודל הגישור הפטרנליסטי, השיפוטי, או האינסטרומנטלי על פני מודל "הגישור המסייע", משעה שההכרעה היא שגישור – מסוג כלשהו – הוא ראוי. גם מודלים אלה אינם תורמים ערך תקדימי כלשהו, ואינם מוסיפים הדרכה או מידע לציבור, בדומה למודל הגישור המסייע. בנוסף, אין הם תורמים בהכרח דבר להגנה טובה יותר על הצד החלש בהליך. נהפוך הוא: במובן זה הם רק מגבירים את הסיכון.

ד. ההסכמה הדרושה בגישור: "high quality consent"; "informed consent"

אם רציונל מרכזי להעדפתו של הליך הגישור כאמצעי לפתרון סכסוכים הוא חיזוק האוטונומיה האישית והעצמה אישיותית, כאמור לעיל, הרי שמתבקש מכך כי רמת ההסכמה שתידרש מן הצדדים תהיה ברמה גבוהה, כך שהיא תשקף הפעלה הולמת של הרצון הפרטי. ואמנם, לאור הרציונל האמור הובעה בספרות האמריקאית הדעה כי בהליך הגישור נדרשת הסכמה ברמה גבוהה מהרגיל במשפט האזרחי.

נוסחה אחת שהוצעה היא קיומו של "high quality consent".³² הנוסחה האחרת, השאובה מתחום דיני הטיפול הרפואי, היא זו של "informed consent".³³ דרישה לקיום "informed consent" בהליכי גישור ניתן למצוא בקודקסים אתיים שונים בארצות הברית.³⁴

28 גישה זו נשענת על התפיסה כי תפקידו של בית-המשפט איננו רק לפסוק בנושא האינדיווידואלי, אלא עליו לקדם גם "public values". ראו D. Luban "Settlements and the Erosion of the Public Realm" 83 *Geo. L.J.* 2619 (1995); M. Galanter & M. Cahill "Most Cases Settle": Judicial Promotion and Regulation of Settlements" 46 *Stan. L. Rev.* 1339 (1994); L. Dore "The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement" 74 *Notre Dame L. Rev.* 283, 295-300 (1999); J. Sabatino "ADR as 'Litigation Lite': Procedural and Evidentiary Norms Embedded within Alternative Dispute Resolution" 47 *Emory L.J.* 1289, 1339-1341 (1998).

מבקר מוקדם של תופעת ההפניה להליכים אלטרנטיביים, לאור החשש לפגיעה בתפקידו של בית-המשפט כמפתח ערכים, הוא Fiss. ראו O. Fiss "Against Settlement" 93 *Yale L.J.* 1073 (1984).

29 ראו להלן פרק ד.3.

30 ראו הדיון והאסמכתאות אצל Sabatino, לעיל הערה 28, בעמ' 1299 - 1302.

31 ראו Galanter & Cahill, *supra* note 28, at p. 1350-1387.

32 ראו Lande, לעיל הערה 12.

33 ראו 3 Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation", *supra* note 3.

34 ראו, למשל, את ה-Standards of Practice for Divorce and Family Mediation של ה-AFM וה-AFCC, המגדירים את הליך הגישור כהליך שבו: "...an impartial third party assists the participants to negotiate a consensual and informed settlement" (הדגשה שלי - א' ד'). ראו גם האסמכתאות בהערה 86 להלן.

בצדק הצביעו בספרות על חיוניות ההסכמה מדעת בגישור, כהיבט המגן על כבוד האדם.³⁵ יש לזכור בהקשר זה שיקול נוסף: הליך הגישור הוא הליך "פולשני" למדי, מבחינת הזכות לפרטיות.³⁶ אף שיש להבחין בין הליך גישורי טיפולי להליך המבקש לפתור סכסוך משפטי, הרי שגם בסוג אחרון זה של גישור, המגשר מנסה באופן מובנה להרחיב את "סל העובדות" שבפניו, לעניין מצבם האישי של הצדדים, על מנת לחשוף את האינטרסים שלהם. תהליך זה כרוך בחדירה מסוימת לפרטיות של הצדדים, שלא הייתה מתרחשת בהכרח בבית-המשפט. רעיון ההסכמה מדעת מבקש להבטיח כי הצדדים יהיו ערים היטב לסיכון של פגיעה בפרטיותם, ויסקימו לכך.³⁷ קיום הסכמה מדעת הולמת להליך, סיכוניו ותוצאותיו, תאפשר לצדדים לגישור להגן על עצמם מפני מניפולציות פסולות מצד המגשר.³⁸ רעיון ההסכמה מדעת, יש בו גם כדי לקדם את היעילות.³⁹ כאמור לעיל, ההנחה היא שצדדים נוטים יותר לכבד חבויים אותן לקחו על עצמם מרצון, מאשר חבויים שנכפו עליהם. אם כך הדבר, יש להניח, כקל וחומר, כי יטו לכבד באופן מוגבר חבות אותה לקחו על עצמם מתוך רצון "מזוכך", הנשען על הסכמה באיכות גבוהה.

ה. האובייקטים להסכמה מדעת בתחום הגישור

מהו התוכן של מושג ההסכמה מדעת, בהליך הגישור? כלפי אילו אובייקטים הוא נסב? מושג ההסכמה מדעת נועד לסלק את חולשת הדעת של נותן ההסכמה, משתי זוויות ראייה: האחת היא ההיבט האינפורמטיבי, והשניה – ההיבט של חופש הרצון. האובייקטים להפעלת ההסכמה מדעת נוגעים לשני השלבים גם יחד: הן להסכמה הדיונית ביחס להשתתפות בהליך והן לעניין ההסכם בתום ההליך.⁴⁰

1. אינפורמציה לעניין ההסכמה הדיונית

ניתן לשאוב תמיכה פרשנית בסוגיית ההסכמה הדיונית להליך הגישור, ממושג ההסכמה מדעת בקשר לטיפול הרפואי. מושג זה זכה לגיבוש מפורט בחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996. הוא כולל מידע רפואי הדרוש למטופל "באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע".⁴¹ המידע כולל, בין היתר, נתונים כגון מהות הטיפול, ההליך הטיפולי, וכן המטרה, התועלת הצפויה והסיכונים והסיכויים של הטיפול המוצע. בנוסף, יש למסור למטופל מידע לגבי טיפולים חלופיים, או היעדר טיפול.⁴² על מידע זה להימסר למטופל "בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי-תלות".⁴³

35 Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation", *supra* note 3, at p. 791-792

36 השימוש בביטוי "פולשני" מכוון להקבלה בין הליך זה לבין ההליך הטיפולי הרפואי.

37 ראו Nolan-Haley, שם, בעמ' 791 - 792.

38 ראו שם, בע' 792.

39 שם, בעמ' 792 - 793.

40 שם, בעמ' 819 - 820.

41 ראו סעיף 13(ב) לחוק.

42 ראו שם.

43 ראו סעיף 13(ג) לחוק זכויות החולה.

תפיסה דומה ניתנת ליישום בתחום הגישור. הסכמה מדעת מחייבת כי הצדדים יבינו את מהותו של הגישור, בהשוואה להליכים אחרים, את מטרותיו של ההליך, את החלופות השונות ביחס למודל הגישור שיתנהל, ואת הסיכויים והסיכונים שבהליך זה. חובות ההסבר מוטלות על מנהל ההליך – המגשר, ומועד ההסבר חייב שיהיה מוקדם ככל האפשר. חובותיו של המגשר בנדון יפורטו, אם-כן, בהמשך רשימה זו.⁴⁴

2. אינפורמציה לעניין ההסכם בתום הגישור

על-פי הרציונלה של דוקטרינת ההסכמה מדעת בתחום הגישור, כמתואר לעיל, הצורך בהסכמה כזו משתרע גם על הסכם המסיים את הסכסוך, ואינו מוגבל רק לנושא הדיוני של אופן ניהול ההליך.

עם זאת, יש לתת את הדעת להבדל יסודי בין האובייקט הדיוני לאובייקט של ההסכם בתום הגישור, מנקודת המבט של תוצאות היעדרה של הסכמה מדעת. בשני המקרים, השאיפה להבטיח הסכמה מדעת של הצדדים גוררת תוצאות משפטיות אופרטיביות חשובות באשר לחובות המוטלות על המגשר בנדון, ולעניין אחריותו המשפטית, כמפורט בהמשך רשימה זו. אולם מעבר לכך, מתעוררת השאלה מה תהיינה התוצאות של היעדר הסכמה מדעת של אחד הצדדים, או של שניהם, בכל הנוגע ליחסים שביניהם? אם ההסכמה הדרושה היא ברמה של "הסכמה מדעת", מהי המשמעות של היעדר הסכמה כזו, דהיינו של חוסר ה"תקפות" של ההסכמה?

בהקשר להסכמה הדיונית, חוסר "תקפות" של ההסכמה להתגשר, כתוצאה מהיעדר הסכמה מדעת, הוא בעל משמעויות קלושות למדי, ביחסי הצדדים לגישור בינם לבין עצמם, ברמה האופרטיבית. מובן, כי כאשר צד לגישור ביצע מעשים עוולתיים שפגעו בחופש ההסכמה של הצד האחר, עשויות לצמוח תביעות בגין נזקים שנגרמו מעצם ניהול ההליך, כגון השקעה מיותרת של כספים וזמן. אולם הדבר נגזר מעקרונות נזיקיים כלליים, ולא מהיבט מיוחד כלשהו של רעיון ההסכמה מדעת. שאלת התוקף של ההסכמה הדיונית לניהול ההליך היא בהקשר זה פחות משמעותית, שכן ממילא כל צד חופשי לפרוש בכל עת מתהליך הגישור.

לעומת זאת, בהקשר לחוזה בתום הגישור, המסיים את הסכסוך, לפנינו הסכמה שלא ניתן לסגת ממנה ללא עילה מתאימה, ואשר הפרתה מצמיחה סנקציות מהותיות כנגד המפר, לאכיפה, פיצויים, או ביטול. אם-כן, האם חוזה בתום הגישור, שיש לגביו גמירת דעת, כנדרש דיני החוזים בדרך כלל, אך נעדר רמה גבוהה יותר של הסכמה, מן הסוג של הסכמה מדעת, איננו חוזה תקף? בתי-המשפט האמריקאיים נמנעו עד עתה מיישום אופרטיבי בנדון, של גישת ההסכמה מדעת. הם יישמו את הכללים הרגילים של דיני החוזים, המסתפקים בגמירת דעת "רגילה", ואת דיני הפגמים ברצון.⁴⁵ עם זאת, ניכרת מידה מסוימת של הקלה על צד שלא היה מיוצג בהליך הגישור, במסגרת יישום הכללים החוזיים הרגילים בנדון.⁴⁶ נראה כי גישה זו מוצדקת, שכן יש להגן על אינטרס ההסתמכות של הצד שכנגד על החוזה הנדון, ועל יכולתו לתכנן את צעדיו. יש להסתפק

44 ראו להלן פרק ו.

45 Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation", *supra* note 3, at p. 806-810

46 *Id.*, at p. 809

בהקשר זה בכך שהשאירה להבטיח הסכמה מדעת לעניין ההסכם בתום הגישור תשמש מצפן להגדרת חובותיו של המגשר בנדון, אך לא יהיה בכך כדי לשנות את תנאי התקפות של כריתת חוזה, לפי הכללים הרגילים של דיני החוזים.

3. חופש הרצון בגישור

הסכמה מדעת מחייבת, כאמור, לא רק קיומו של מידע מספיק, אלא גם רצון החופשי מלחצים בלתי-סבירים. היא גם מחייבת כי לא ישררו בין הצדדים פערי כוח גדולים, המאפשרים לצד החזק צבירת יתרונות בלתי-הוגנים.

ואכן, כאשר צד מצוי במצב של חולשה מיוחדת כתוצאה ממחלת נפש, ליקוי שכלי, שכרות וכיוצא באלה, המשבשים את שיקול דעתו, אין זה ראוי לקיים הליך של גישור, ועל המגשר מוטלת חובה להפסיק את ההליך. כך הוא הדין אף שתקנות הגישור אינן קובעות הוראות ברורות בנדון.⁴⁷ השתתפות בגישור דורשת מידה של כשירות, דהיינו יכולת להפעיל הסכמה מדעת, הנעדרת במצבים מעין אלה. בקודקסים אתיים בארצות הברית קבועות לעתים הוראות בדבר החובה להפסיק את ההליך במצב זה.⁴⁸

מצבים של היעדר כשירות לפיתוחה של הסכמה מדעת, כתוצאה מפגם שכלי או נפשי, הם המצבים הפחות בעייתיים מבחינה משפטית, בענייננו. הדין המצוי, כמו גם הדין הראוי, בהיר למדי. אולם שאלה קשה יותר היא כיצד יש לנהוג במקרים של פערים גדולים בין הצדדים לגישור, שאינם מתבטאים במצב "פתולוגי" של צד, אלא כשמדובר בפערים כלכליים ותרבותיים עמוקים בין הצדדים. הספרות המשפטית מכירה בכך, שהליך הגישור עלול להטיל על הצד החלש סיכונים מיוחדים. הליך הגישור איננו פומבי. הוא מתנהל הרחק מעיניה של מערכת עשיית הצדק, וללא הערובות להבטחת הגינותו של ההליך, הקיימות במערכת השיפוטית. יתרונו האינפורמטיבי ועדיפותו הכלכלית של הצד החזק באים לידי ביטוי מובהק בתהליך פרטי של משא ומתן, והצד החלש עלול להיחשף למניפולציות של המגשר ושל הצד שכנגד.⁴⁹ תפיסה הדורשת הסכמה מדעת

47 לעתים קרובות ניתן יהיה להשתמש בהקשר זה ב"הוראות סל" הקובעות את זכותו של המגשר להפסיק את הגישור. כך, למשל, לעניין ההוראה המאפשרת למגשר להפסיק את ההליך כאשר "העניין אינו מתאים, לדעתו, לגישור" (סעיף 8(ב)1) לתקנות הגישור. אין מניעה להשתמש בהוראה זו כאשר אי-ההתאמה נובעת מאי-כשירות של הצדדים, ולא דווקא מנושא הסכסוך. ניתן אולי להיאחז גם בהוראה הנוגעת לאי-שיתוף פעולה של הצדדים עם המגשר (סעיף 8(ב)2) לתקנות. אם חולשתו של צד איננה מאפשרת לו השתתפות הוגנת תוך הפעלת הסכמה מדעת, ניתן לומר כי אין ביכולתו לשתף פעולה.

אף שתקנות הגישור האמורות מדברות על קיום זכות למגשר להפסיק את הגישור במקרים הנוכחים, ראוי לראות מצבים אלה כמטילים על המגשר חובה להפסיק את הגישור, כאשר המגשר משתכנע בקיום השיבושים האמורים לעיל ברצון. ראו א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 175 - 176.

48 ראו ה-AAA, ABA & SPIDR Model Standards of Conduct for Mediators, art. 6; ABA Standards of Practice for Lawyer Mediators in Family Dispute, 1984, art. 1E; C. Morris "The Trusted Mediator: Ethics and Interaction in Mediation" *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative* (J. MacFarlen ed., London, 1997) 325.

49 ראו, למשל: L. Spain "Alternative Dispute Resolution for the Poor: Is it an Alternative?" 70 *N. Dak. L.Rev.* 269, 273-274; R. Delgado et al. "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution" [1985] *Wis. L. Rev.* 1359, 1361 (1983).

בהליך הגישור מחייבת כי המגשר יפעל לשם חיזוק האוטונומיה האישית של הצד החלש בהליך, על מנת למנוע מצב בו הליך אשר נועד לחזק את האוטונומיה האישית יהפוך בפועל למלכודת, מבחינתו של הצד החלש.⁵⁰

ובכל זאת, הליך הגישור עשוי להניב יתרונות גם לצד החלש, אם ההליך ינוהל כראוי, וזאת בהתחשב בכך שההליך השיפוטי יקר יותר, ואין להתעלם מכך שפערי כוח בין הצדדים יכולים לבוא לידי ביטוי גם בהליך השיפוטי, לאור פערים באיכות הייצוג המשפטי של הצדדים.⁵¹ ניהול מושכל של המשא ומתן עשוי להביא את הצד החזק לידי הכרה כי משא ומתן גישורי המכבד את האוטונומיה של הצד החלש, יכול שיניב תוצאה יעילה יותר מבחינתו, מאשר משא ומתן תחרותי דורסני. הפעלה אגרסיבית של כוח מעצימה את התנגדותו של הצד החלש. בהיעדר נימוקים רציונליים טובים להסדר המוצע, תחושות של קיפוח, חשדנות, ומאוימות, מובילות את הצד החלש לאימוץ עמדות מגנניות ועיקשות, ולהתנגדות גם להצעות סבירות. הפעלת כוח מופרז היא בעייתית גם מבחינת הצד החזק. זהו "פרדוקס הכוח".⁵² על המגשר להפעיל אפוא את השפעתו כדי להבהיר לצד החלש שגם בידי נתון כוח במשא ומתן, ולהבהיר לצד החזק את היתרונות שבמשא ומתן הוגן, על-פני דורסנות גרידא.⁵³

הסכמה מדעת ניתנת אם-כך להשגה למרות קיום מצב של חולשה יחסית של אחד הצדדים, באמצעות ניהול ראוי של הליך הגישור. היבטים נוספים הנוגעים לאופן חיזוק ההסכמה מדעת בהקשר זה יפורטו בהמשך.

1. החובות המוטלות על המגשר ביחס להבטחת ההסכמה מדעת

1. מסירת הסברים ביחס למהות ההליך

על המגשר מוטלת חובה להסביר לצדדים את מהותו של הליך הגישור, במסגרת חובתו להבטיח את קיומה של ההסכמה מדעת של הצדדים ביחס להשתתפותם בהליך הגישור.⁵⁴ תקנות הגישור מטפלות בנושא זה, אולם בהצלחה חלקית. התקנות מחייבות את המגשר למסור הסבר על מהות ההליך, בהשוואה לבוררות, יעוץ, או טיפול מקצועי, למסור מידע לגבי חובת ההגיינות ותום-הלב של הצדדים; זכותם להיוועץ באופן עצמאי עם מי שיחפצו; זכות הפרישה מההליך, הוראות ההסכם שבתוספת, וזכותו של המגשר להיפגש בפגישות נפרדות עם צד ועם כל מי שקשור לסכסוך, לרבות עם עורך-דינו של בעל דין בנפרד.⁵⁵ לכך יש להוסיף את חובתו של

50 Nolan-Haley "Court Mediation", *supra* note 18, at p. 99: "The camouflage and disguises of the mediation process-buzzwords such as self-determination and autonomy-are powerful traps for them"

51 ראו Spain, לעיל הערה 49.

52 R. Adler & E. Silverstein "When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations" 5 *Harv. Negot. L. Rev.* 1, 16-19 (2000).

53 ראו Adler & Silverstein, שם, בע' 103.

54 ראו, למשל, 817-819 *supra* note 3, at p. 817-819. Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation", כן ראו סעיף 2 ל-Mediation Standards of Practice של ה-Oregon Mediation Association, שכותרתו "informed consent", וכן ה-Standards of Practice for Divorce and Family Mediation.

55 ראו סעיף 6 לתקנות הגישור.

בית-המשפט למסור הסבר לצדדים בדבר חסיון המידע שהועבר בגישור, ולעובדה שאי-הסכמה של צד להשתתף בהליך הגישור, או הפסקת הגישור על-ידי צד, לא יפגע בו.⁵⁶ על-אף רוחב הפרישה של האובייקטים הטעונים הסבר, על פי המקורות הנ"ל, קיימים מספר ליקויים בהסדר שבתקנות. ראשית, חובתו של המגשר אינה מוחלטת בנדון. היא חלה רק "במידת הצורך".⁵⁷ אכן, ככל שמדובר בהיבטים אלמנטריים, כגון העובדה כי למגשר אין כוח הכרעה בסכסוך, בניגוד לבוררות, לרוב אין צורך בהסבר. אולם לעניין היבטים פנימיים שונים של ניהול ההליך, רמת המודעות הכללית נמוכה יותר ודרושים הסברים, מה גם שקיימות סוגיות בלתי-בהירות בנדון. הביטוי "במידת הצורך" יוצר עמימות העלולה לפגוע באפקטיביות של הטלת החובה.

שנית, התקנות אינן קובעות את הצורך לתת הסברים של ממש לגבי הסיכונים בהליך הגישור, כאמור להלן, וביחס למשמעויות של אמצעים חלופיים לפתרון הסכסוך. בכך, במיוחד, נבדלת חובת הדאגה של המגשר ל"הסכמה מדעת", על-פי תקנות הגישור, מחובתו של המטפל הרפואי. שלישית, תקנות הגישור, כאמור לעיל, אמנם מחייבות את המגשר להסביר לצדדים כי הם זכאים להיוועץ עם מי שהם רוצים, אך אינן מחייבות אותו להסביר להם שהם זכאים לייצוג משפטי בהליך, ואינן מחייבות אותו להמליץ להם ליטול ייצוג או ייעוץ כאמור. כפי שאפרט בהמשך, קיים לא אחת צורך חיוני בייצוג או יעוץ לשם הבטחת הסכמה מדעת בהליך הגישור.⁵⁸

2. החובה להסביר את סיכוני ההליך

קיים הבדל קריטי בין מצב של אי-מודעות מספקת להיקף היתרונות שבהליך הגישור, לבין מצב של חוסר ערנות מספקת לאפשרות כי ייגרם נזק למי מהצדדים כתוצאה מההליך. הבנת הסיכונים בהליך היא אם כן גורם מכריע במימוש ההסכמה מדעת. השתתפות בהליך הגישור כרוכה בסיכונים ניכרים לצדדים, מעבר לסיכון של השקעת כספים וזמן בהליך בלתי-מוצלח. ההנחה הנפוצה, לפיה למשתתף בהליך "אין מה להפסיד" מעצם ההשתתפות, לאור יכולת הפרישה, אינה מדויקת כלל, כפי שאפרט להלן. על המגשר מוטלת חובת אמון כלפי הצדדים.⁵⁹ כמו-כן מוטלת עליו חובת תום-לב,⁶⁰ וחובת זהירות מקצועית מכוח עוולת הרשלנות. אף שתקנות הגישור אינן מתייחסות לחובת ההסבר שמוטלת על המגשר לגבי סיכוני ההליך, הרי שבדומה למצבו של מטפל רפואי, כמפורט לעיל, יש לראות חובה זו כמוטלת על המגשר, מכוח המקורות הנזכרים.

56 ראו סעיף 3(ב) לתקנות.

57 ראו סעיף 6 לתקנות.

58 לסוגיית הייצוג והיעוץ המשפטי, ראו להלן פרק ט.

59 אף שתפיסה זו איננה מקובלת על הכל. לעמדה חיובית בנדון, ראו R. Coulson "Must Mediated Settlement be Fair?" 4 Neg. J. 15 (1988) ; Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation" *supra* note 3, at p. 825-826.

כן ראו א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 86 - 89.

60 ראו סעיף 6 לתוספת לתקנות הגישור, וסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

ניתן להצביע על הסיכונים הבאים:

(1) סיכון מרכזי הוא, כמובן, הסיכון להסדר בלתי-ראוי בתום ההליך, הנובע מחולשה אינפורמטיבית או כוחנית במשא ומתן. זהו אם-כן הסיכון ביחס לתוצאות ההליך. חובות המגשר בנושא זה תידונה בהמשך.

(2) ידועה היטב האימרה כי "מידע הוא כוח". גישור הוא הליך של משא ומתן שבו הצדדים מעבירים מידע זה לזה, ובכך משתחררים מכוח הנתון בידם. המידע יכול שיתייחס לעניינים פרטיים של צד, ובכך עלול להיפגע האינטרס הבלתי-חומרי בנדון, אולם סיכון נוסף נוגע להעברת מידע בנושאים הנוגעים להליך השיפוטי. המידע המועבר עלול לפגוע בצד מעביר המידע, אם הגישור לא יסתיים בהסכם.

לכאורה, אין בדברים האלה ממש. תקנות הגישור קובעות הסדר בסוגיית הסודיות והחסיון, האמור להבטיח כי העברת מידע לא תפגע במעביר, ולא ניתן יהיה להשתמש בו נגדו בהליך שיפוטי.⁶¹ אולם עיון מעמיק יותר מצביע על כך שההסדר הקיים בישראל בנושא זה הוא בעייתי ובלתי-שלם.⁶² לא בכדי גובש לאחרונה חוק אחד חדש בארצות-הברית, המטפל באופן ממצה ומפורט בסוגיית הסודיות והחסיון.⁶³ ההסדר בחוק אחד זה מצביע על מורכבות הסוגיה, ועל הצורך בעבודת חקיקה מתאימה בנדון.

מעבר לכך, גם אם רשת הסודיות והחסיון מונעת במקרה מתאים שימוש לרעה במידע הנתון, הרי שלא ניתן למנוע שימוש עקיף במידע, בהליך השיפוטי, על-ידי הצד שכנגד. הצד שכנגד יכול לחקור נגדית על סמך המידע שבידו, אותו קיבל בגישור, ולהעלות שאלות הנובעות ממידע זה, גם אם אינו יכול להגיש את המידע כראיה. יש להניח כי הצד שהעביר את המידע יימנע ממתן תשובות כוזבות במהלך החקירה הנגדית בבית-המשפט, הנוגדות את המידע שהעביר בהליך הגישור. על סמך המידע שקיבל בהליך הגישור, גם יכול צד לפנות למקורות עצמאיים ולבקש שיעבירו אליו מידע זה, באופן שיוכל להגישו כראיה. זאת, כאשר אלמלא הועבר אליו המידע במהלך הגישור, לא היה ער כלל לקיומו או לנפקותו.

זאת ועוד: אם העברת מידע מפחיתה מכוחו של המעביר, ומעצימה את המקבל, הרי שעל הצדדים להבין כי היקף הגילוי של המידע, מועד העברתו ואופן הצגתו, הם חלק מ"משחק הכוחות במשא ומתן". על-כן, ראוי כי צד יעשה קונססיות ביחס להעברת מידע, רק לאחר בדיקה כיצד הדבר משפיע על מצבו היחסי במשא ומתן, ותוך התחשבות בשאלת ההדדיות בחילופי המידע ובהשלכות האחרות לכך.⁶⁴

האמור לעיל נכון לא רק בהקשר למשא ומתן תחרותי, אלא גם במשא ומתן גישורי. תורת המשא ומתן הגישורי אינה גורסת כי על צד להתעלם מהאינטרסים שלו, לרבות האינטרס לניהול של המשא ומתן מפרספקטיבה של כדאיות, אלא חותרת לכך שצדדים יפעלו למציאת פתרון משותף על בסיס אינטרסים.⁶⁵ חילופי מידע מוגברים הם אכן חלק אינטגרלי ממערך שיתופי של

61 ראו סעיפים 3(ב), 5(ד) – 5(ו) לתקנות הגישור, וכן סעיף 2 לתוספת לאותן תקנות. כן ראו סעיף 79(ג) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984.

62 א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 170 – 175.

63 ה-2001, Uniform Mediation Act. דיון מפורט בהסדרים שבחוק האמור חורג ממסגרת רשימה זו.

64 ראו Adler & Silverstein, לעיל הערה 52, בעמ' 67 – 74.

65 ראו, כללית, R. Fisher & W. Ury Getting to Yes - Negotiating Agreement Without Giving In (New York, 2nd ed. 1991); R. Fisher & S. Brown Getting Together (1988)

משא ומתן, אך עדיין, במסגרת האוטונומיה האישית לעניין אופן ניהול הגישור, זכאי כל צד לשקול במסגרת זו שיקולים אסטרטגיים מן הסוג האמור לעיל, והוא זכאי להדדיות ראוייה בנדון. סיכון מיוחד קיים כאשר הצד מקבל המידע עומד לנהל משא ומתן תחרותי ונוקשה, המקמץ בהעברת מידע לצד שכנגד.

חובתו של המגשר היא להזהיר את הצדדים מפני הסיכונים האמורים, ולהבהיר כי האינטרס של צד הוא להעביר מידע באופן מבוקר, כחלק מאסטרטגיית המשא ומתן. על כל צד להחליט באופן מודע איזה היקף סיכון הוא מוכן ליטול בנדון. ההחלטות שצד מקבל לעניין היקף החשיפה של המידע צריכות להישען על הסכמה מדעת, כפי שהוא המצב לעניין החלטות אחרות שלו בהליך הגישור. כך, למשל, על צד לשקול את האפשרות כי מסירת מידע מסוים אולי תקדם את השגת ההסכם, אך עוצמת הנזק שתגרום לו אם הצדדים לא יגיעו להסדר גבוהה מדי, ואינה מצדיקה את נטילת הסיכון. כמו-כן, עליו לאזן במקרה מתאים את הגברת הסיכוי להשגת הסכם כלשהו כתוצאה ממסירת המידע, עם אובדן הסיכוי (אמנם המופחת) להשגת הסכם טוב יותר מבחינתו, אילו לא נמסר המידע כלל.

תקנות הגישור נוקטות בנושא זה גישה בעייתית למדי, כאשר הן מחייבות את הצדדים "לגלות מידע הדרוש כדי ליישב את הסכסוך ביניהם בדרך של הסכמה מרצון."⁶⁶ זו עמדה גורפת ובלתי-ראויה, שאינה ערה למשמעויות הטקטיות של העברת מידע, על-פי תורת המשא ומתן, ואינה ערה לסיכונים הכרוכים בכך. היא פוגעת ביכולתו של צד לתכנן באופן מושכל ורציונלי את אסטרטגיית המידע שלו בשדה המשא ומתן.

לאור האמור לעיל יש לפרש את חובת מסירת המידע שבתקנות הגישור באופן מצמצם. החובה היא לנהוג אמנם בגישה שיתופית בנושא המידע, אולם מבלי לפגוע באיזונים הנגזרים מן ההגנה על האינטרס העצמי.

(3) על כל צד מוטלת חובה לנהוג בתום-לב במשא ומתן. כך הוא הדבר לפי תקנות הגישור,⁶⁷ וכך מכוח חובת תום-הלב הכללית, לפי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. חובה זו אינה מבוטלת, ועלולה להטיל סנקציות משפטיות ממשיות על צד. על המגשר להסביר לצדדים את משמעותה והיקפה של חובה זו.

3. מניפולציות-מידע על-ידי המגשר: פגישות נפרדות

מגשרים נוהגים להשתמש לעתים קרובות במוסד הפגישות הנפרדות (caucuses), על מנת לקדם את הליך הגישור. פגישות כאלה נתפסות כיעילות למדי, משום שהן מאפשרות למגשר לברר מידע שצד אינו רואה עצמו חופשי למסור אותו בנוכחות הצד שכנגד, ומאפשרות למגשר לעמוד על "קווים האדומים" של כל צד.⁶⁸

תופעה זו בעייתית ביותר בכל הנוגע לרעיון ההסכמה מדעת. המגשר משמש דמות מרכזית בניתוב המידע בהליך הגישור. רעיונות ושאלות שהוא מעלה במהלך הגישור משפיעות על אופיו

66 סעיף 1 לתוספת לתקנות הגישור. כן ראו את זכותו של המגשר להפסיק את ההליך, אם "בעלי הדין או מי מהם אינם מגלים את המידע הדרוש לקיום הגישור" (סעיף 8(ב)3) לתקנות הגישור.

67 סעיף 1 לתוספת לתקנות הגישור.

68 א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 164 - 165.

של המידע המועבר על-ידי הצדדים, ועל מועד הזרמת המידע. תופעה זו טבעית והכרחית במהלך הדיונים המשותפים. אולם כאשר המגשר מקיים פגישות נפרדות, מתרחש "שבר" בתהליך האינטראקטיבי. המגשר הופך ל"מתווך מידע", ומפעיל שיפוט משלו ביחס לסינון מידע שנמסר לו בפגישות הנפרדות. לא רק שהוא זכאי שלא להעביר מידע אותו שמע, אלא שאם צד דרש לשמור את המידע בסוד, חלה על המגשר חובת סודיות, כך שאין הוא זכאי להעביר את המידע שקיבל, לצד שכנגד.⁶⁹

תופעת הפגישות הנפרדות מסכנת את איכותו של הליך הגישור. הסכמה מדעת מחייבת כי הצדדים יהיו ערים למניעים ולשיקולים של הצד שכנגד, ויעבירו ישירות לצד שכנגד את שיקוליהם. העצמת האוטונומיה האישית וחיוזק ההיחברות מחייבים דיון ישיר ומלא בין הצדדים, מבלי שיווצרו "חללים" בתהליך האינפורמטיבי, כתוצאה מסינון המידע על-ידי המגשר. הפגישות הנפרדות פוגעות אפוא בהסכמה מדעת.⁷⁰ פגיעה זו בעייתית במיוחד כאשר המגשר פועל באופן מניפולטיבי ומעמיד את השגת ההסכם בתום הגישור כיעד מרכזי, גם במחיר הפגיעה באוטונומיה האישית של הצדדים. פעילות מניפולטיבית היא סיכון מתמיד במציאות שבה המגשר מצוי תחת לחץ להשגת "הישגים" המתבטאים ב"מטבע קשה" של "סגירת תיקים". כל עוד הליכי גישור משמשים אמצעי להקלת העומס על בתי-המשפט, סיכון זה איננו מבוסס.

הסכנה למניפולציות-מידע בפגישות הנפרדות אינה מוגבלת רק למניפולציה מצד המגשר. הצד לגישור, הנפגש ביחידות עם המגשר, עלול לנצל את המפגש למהלך מניפולטיבי, על ידי העברה מגמתית של מידע למגשר, כאשר מהימנותו של מידע זה אינה מבוקרת על-ידי הצד שכנגד, שלא נכח בפגישה. המגשר, הנטול אמצעים של ממש לבדיקת המידע, עלול לשמש כ"מוליך תמים" של מידע שגוי אל הצד שכנגד, כאשר מידע זה נושא עמו "גושפנקת מהימנות" מטעם המגשר. צד מניפולטיבי עלול אם כן לגייס את המגשר - מבלי משים, מבחינתו של המגשר - ל"מערך קואליציוני" ביניהם, המשבש את האיזון הראוי בהליך.

תהליך הפגישות הנפרדות בעייתי גם מבחינה זו שהוא מסיט דגשים, מן הצדדים אל המגשר, ובמידה מסוימת מעמיד את המגשר במרכז ההליך, ולא את הצדדים. יש בכך כדי להביא לשינוי באווירה של הליך הגישור, באופן שעלול להשפיע על התנהלותו הכוללת. רעיון ההסכמה מדעת מחייב שהמגשר יתפקד כגורם מסייע בלבד, כאמור לעיל.

קשיים אלה מובילים לכך, שראוי כי המגשר יימנע מפגישה נפרדת עם צדדים, אלא לאחר שנמצא כי אין דרך אחרת לקדם את ההליך, וגם אז, רק בהסכמת הצדדים. כאמור,⁷¹ תקנות הגישור קובעות עמדה הפוכה, והיא כי על המגשר להסביר לצדדים את זכותו לקיים פגישות נפרדות. ההנחה היא כי המגשר זכאי לקיים פגישות כאלה ללא הסכמת שני הצדדים, ועליו רק להסביר את הדבר. בכללים של ה-ABA, לעומת זאת, נקבע, כי המגשר רשאי לקיים פגישות נפרדות רק בהסכמת שני הצדדים.⁷² ראוי לאמץ עמדה דומה בתקנות הגישור בישראל.

69 סעיף 1.5 לתקנות הגישור.

70 ראו גם 805-806, supra note 3, at p. Nolen-Haley "Informed Consent in Mediation",

71 ראו לעיל פרק 11.

72 ראו ה-ABA Standards of Practice for Lawyer Mediators in Family Disputes, 1984, supra note 48, sec.-11, 3E, H1

מן הרעיון הבסיסי של הסכמה מדעת מתבקש, כי ייאסר על המגשר להפעיל לחץ על הצדדים להגיע להסכם. עליהם לגבש את עמדתם מתוך רצון חופשי "אמיתי".

תקנות הגישור אינן קובעות איסור על המגשר להימנע מהפעלת לחץ על הצדדים, אך איסור כללי כזה ניתן להיסק לאור הגדרת תפקידו של המגשר כמי שנועד לסייע לצדדים להגיע להסכם מתוך רצון חופשי.⁷³ זאת בנוסף לחובתו של המגשר לפעול בתום-לב. בהתחשב בתכלית פעילותו של המגשר, חובת תום-הלב מחייבת את המגשר לכבד את הרצון החופשי של הצדדים.

בדין האמריקאי הובעה הדעה כי הפעלת לחץ פסול על-ידי המגשר עלולה להצמיח נגדו תביעה על-פי עוולת הרשלנות. כן הוצע בספרות המשפטית לראות התנהגות כזו כעבירה על כללי האתיקה של עורכי דין, כאשר המגשר הוא עורך דין.⁷⁴ אין ספק כי בידי המגשר מצויה היכולת המעשית להפעיל לחץ על הצדדים, אף על-פי שאין לו סמכות להחליט בסכסוך.⁷⁵ גם בדין האמריקאי, בדומה למציאות בישראל, התופעה של הפעלת לחץ על הצדדים, על-ידי המגשר, היא תופעה נפוצה ומדאיגה.⁷⁶

ברור, כי הגדרת המושג "לחץ" בהקשר זה היא בעייתית. המגשר בסכסוך משפטי איננו פועל בתפקיד טיפולי, המיועד רק לקידום האוטונומיה של הצדדים. תפקידו כולל את החתירה לתכלית של סיוע לצדדים ליישב את הסכסוך ביניהם. מידה מסוימת של השפעה תכליתית, מן ההכרח שתופעל על-ידו לשם קידום התהליך.

יתר על-כן: גם מעבר לצורך לאזן בין חיזוק האוטונומיה האישית של הצדדים לבין צורכי היעילות של ההליך, קיים מרחב תמרון לגיטימי מסוים, להפעלת ההשפעה של המגשר, וזאת במסגרת מושג האוטונומיה האישית עצמו. אוטונומיה אישית איננה מושג קשיח. חלקה של האוטונומיה מצוי בתהליך התגבשות מתמיד, המושפע בהכרח מהתנאים הסביבתיים ומתהליכי למידה.⁷⁷ הפעלת השפעה מסוימת מצד המגשר איננה בהכרח פלישה לאוטונומיה זו, אלא הוספת נדבך לדינמיקה הסביבתית, ממנה מושפע בהכרח כל מי שפועל במסגרת חברתית.

73 סעיף 1 לתקנות הגישור (הגדרת "מגשר").

74 ראו Note: "Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes" 103 Harv. L. Rev 1086, 1098-9 (1990). ראו גם א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 148 - 155.

75 P. Carnevale et al "Contingent Mediator Behavior and its Effectiveness" **Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third Party Intervention** (K. Kressel & D. Pruitt eds., 1989) 213, 216-7.

Nolan-Haley "Court Mediation", *supra* note 18, at p. 98:

"It is becoming increasingly apparent to me that settlement is too often the unitary goal of court-mediation programs. Given the pressure techniques used by some court mediators and the high number of reported settlement rates, I believe that there are serious fairness concerns for the litigants who originally came to court seeking justice through law; Many of them will settle in mediation and experience instead hit-or-miss justice"

.D. Matz "Mediation Pressure and Party Autonomy: Are They Consistent with Each Other? 10 *Neg. J.* 359 77

נקודת האיזון העקרונית מצויה באיסור על המגשר להפעיל סמכות מעבר לסמכותו המוסרית הכללית. אסור לו לתת הוראות לצדדים, או להיות שיפוטי בהתייחסותו. הוא זכאי גם להציג לצדדים את ערכיו שלו, אך עליו להבהיר כי הוא רק מעמיד אותם למבחן השיפוט של הצדדים עצמם.⁷⁸ מייטיב להגדיר זאת אחד מהקודקסים האתיים בארה"ב, הקובע כי:

"A mediator shall encourage self-determination by the parties ... and shall refrain from being directive and judgemental regarding the issues and options for settlement."⁷⁹

מעבר לאיסור הכללי והנסיבתי על הפעלת לחץ, קיימות מספר התנהגויות קונקרטיות שהן פסולות בעליל בנושא זה. כך, קיים איסור על התנאת שכר הטרחה בתוצאות ההליך,⁸⁰ על מנת למנוע מהמגשר מצב של ניגוד אינטרסים בין האינטרס העצמי שלו לאינטרס הצדדים, באופן שיתן לו תמריץ ללחוץ על הצדדים להשגת הסכם; בנוסף, מן האיסור הכללי לפגוע באוטונומיית הצדדים מתחייב כי המגשר יימנע מלמסור לבית-המשפט דיווח או המלצות לגבי ההצעות שהועלו בהליך ולגבי התנהגות הצדדים במהלכו. בארצות-הברית עמדת המדינות השונות אמנם אינה אחידה בנושא זה,⁸¹ אולם הדבר נראה היוני, אם מבקשים להבטיח את אוטונומיית הצדדים בהליך הגישור. השתתפות בהליך תחת מורא ההשלכות הנובעות מדיווח לבית-המשפט על העמדות שנקטו בהליך, כאשר התיק בבית-המשפט עדיין תלוי ועומד, פוגעת באופן קריטי בהפעלת הרצון החופשי של הצדדים להליך.

ואכן, בצדק קובע כיום ה-Uniform Mediation Act כי אסור למגשר למסור דיווח לבית-המשפט או לכל רשות אחרת לגבי תוכן הדיונים. ניתן רק לדווח בשאלה אם הגישור התנהל או הסתיים ואם הושג הסכם; כמו-כן, המגשר רשאי למסור מידע לבית-המשפט בנושאים מסוימים, לגביהם חלים סייגים לחסיון, ולמסור מידע שהתגלה בהליך על ניצול פסול של אדם (הכוונה בעיקר לקטינים), אותו יש למסור לסוכנות המדינתית המטפלת בנושא.⁸² סוגי המידע אשר אסור להעבירם לבית-המשפט או לרשויות אחרות, מוגדרים בלשון רחבה ביותר.⁸³

הדין בישראל בסוגיה זו הוא דין ראוי. ראשית, תקנות הגישור "מבטיחות" לצדדים כי הנעשה בהליך הגישור לא יפגע במצבו של אותו צד בתיק.⁸⁴ שנית, תקנות הגישור קובעות במפורש כי המגשר לא ימסור לבית המשפט את נימוקיו להחלטתו להפסיק את הגישור, ולא יחווה את דעתו בכל הנוגע לגישור, אלא אם כן שני הצדדים הסכימו לכך.⁸⁵ אף-על-פי שהסדר מתייחס במפורש רק למקרה שבו המגשר החליט להפסיק את ההליך, יש לפרשו באופן רחב, כמתייחס לכל מקרה שבו הופסק ההליך, אם מיוזמתו של המגשר ואם מיוזמתו של צד להליך.

78 ראו Matz, ש.ם.

79 ראו סעיף 5 ל-North Carolina State Mediation Standards of Practice.

80 ראו סעיף 7(א) לתקנות הגישור.

81 C. McEwen, N. Rogers & R. Maiman "Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation" 79 *Minn. L. Rev.* 1317, 1347 (1995).

82 סעיף 8 לחוק האחיד הנוכר.

83 ראו סעיף 8(א) לחוק האחיד האמור. המדובר ב- "...report, assessment, evaluation, finding, or other communication regarding a mediation

84 סעיף 3(ב) לתקנות הגישור.

85 סעיפים 15(ח) ו-18(ג) לתקנות האמורות.

5. החובה לקדם את ההסכמה מדעת ביחס להסכם בתום ההליך

מוסד ההסכמה מדעת חל, כאמור לעיל, גם ביחס להסכם בתום ההליך, המסיים את הסכסוך. שאלה היא מהן החובות המוטלות על המגשר ביחס להבטחתה של הסכמה מדעת לגבי שלב זה בגישור, שהוא במידה רבה השלב האופרטיבי המוחשי בו.

עקרונית, על המגשר לפעול על מנת להבטיח כי הצדדים מפעילים כראוי את האוטונומיה האישית שלהם בכל שלבי ההליך, הן לעניין ניהולו של ההליך והן לעניין ההסכם בתום ההליך. אינני סבורה כי יש מקום לצמצם את אחריותו של המגשר לקידום האוטונומיה האישית של המתגשרים רק לשלב הדיוני של אופן התנהלות ההליך. הגעה להסכם בתום הגישור הוא אחד היעדים החשובים (ובתפיסה תועלתית צרה – אף היעד העיקרי) של ההליך. יהיה זה תמוה אם דווקא ביחס לשלב זה של הגישור ייווצר "שטח הפקר" לעניין מחויבות המגשר בנדון.⁸⁶

למרות האמור, סוגיה זו מורכבת למדי. שאלת הדאגה של המגשר להסכמה מדעת ביחס להסכם בתום ההליך שלובה עם שאלה קשה אחרת, והיא מידת האחריות של המגשר להבטחת הגינותו של החווה. מטבע הדברים, אם החווה יהיה בלתי-הוגן, הדבר ינבע לרוב מחולשה כזו או אחרת-אינפורמטיבית או כוחנית – של אחד הצדדים. אף כי מקובל להניח שעל המגשר לפעול על מנת לסלק את הסיבות האפשריות לחוסר הגינות, דהיינו לפעול לקיומה של הסכמה מדעת ביחס להסכם בתום הגישור, כאמור לעיל, הרי שקיימת מחלוקת קשה לעניין חובתו למנוע את התוצאה של הסכם בלתי-הוגן. על-אף האבחנה העיונית בין שתי הסוגיות, הרי שגישה המחלישה את חובתו של המגשר לדאוג להגינות תוכנו של ההסדר גם מחלישה מבחינה מעשית את חובת המגשר לדאוג להסכמה מדעת ביחס אליו.

בספרות האמריקאית ניתן למצוא גישות שונות בשאלת חובתו של המגשר לדאוג להגינות ההסדר.⁸⁷ עקרונית, דומה כי קיימת הסכמה רחבה למדי לכך, שכאשר חוסר ההגינות המסתמן בהסכם הצפוי הוא קיצוני, יש להטיל על המגשר חובה להתערב בנדון ולדאוג להגינות ההסדר. הדבר אמור בייחוד כשקיימים פערי כוח גדולים בין הצדדים.⁸⁸ קשה יותר לקבוע מהי הגישה הראויה, כאשר לא ניתן לאתר פערי-כוח מובהקים בין הצדדים, ובכל זאת ההסדר נראה בלתי-הוגן. גישה אחת גורסת כי מוטלת חובה רחבה על המגשר לדאוג, בכל מקרה, להגינות ההסדר.⁸⁹ גישה מנוגדת מבליטה את החשש מפני פגיעה בחובת הנייטרליות של המגשר, אם יהיה עליו לדאוג לכך.⁹⁰ קיימות גם גישות-ביניים מגוונות. כך, למשל, אחד הקודים האתיים בארצות-

86 למחויבות המגשר להבטיח מינימום של הסכמה מדעת ביחס להסכם בתום ההליך, ראו Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation", *supra* note 3, at p. 827. כן ראו כלל 6 ל-*Illinois Standards of Practice for Mediators*, המחייב את המגשר להבטיח שהצדדים מקבלים "informed decisions". גישה פחות קיצונית היא זו של כללי ה-ABA, SPIDR & AAA משנת 1995, לעיל הערה 48, המציין, בהערות לסעיף 1, כי אמנם המגשר לא יכול להבטיח שהצדדים יפעילו "a fully informed choice..". ביחס להסכם, אך עליו לתת לצדדים את ההזדמנות לשקול את כל האופציות וליידע אותם לגבי החשיבות של היוועצות עם מומחים, להקל עליהם לקבל "informed decisions".

87 ראו, לדיון, א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 103 - 104.

88 ראו, למשל, Adler & Silverstein, *supra* note 52, at p. 103-107; S. Goldberg, F. Sander & N. Rogers

Dispute Resolution-Negotiation, Mediation and other Processes (2nd ed., 1992) 160

89 L. Riskin & J. Westbrook *Dispute Resolution and Lawyers* 209 (1987) (גישתו של Susskind).

90 זו גישתו של Stulberg, שם, שם.

הברית מדבר על חובת המגשר להפסיק את הגישור, אם ההסכם המסתמן הוא בלתי-הוגן בעליל (הסכמים שהם: "so far outside the parameters of fairness..").⁹¹ זו הגישה שאומצה גם בתקנות הגישור בישראל.⁹² דעה אחרת היא דעתו של Riskin, הסובר כי חובתו של המגשר היא לדאוג לכך שההסכם יעלה בקנה אחד עם חוש הצדק של הצדדים עצמם, לא יפגע בתפיסה החברתית הנוהגת לעניין מוסריותם של חוויים, ולא יפגע באמות מידה בסיסיות של צדק כלפי צדדים שלישיים.⁹³ דעה זו שמה אם כן דגש על הממד הסובייקטיבי – הבטחת ההפעלה של "הצדק הפנימי" של כל צד, המוגשם באמצעות הפעלה מדעת של האוטונומיה האישית.

יש לציין כי הקושי בהטלת אחריות על המגשר ביחס להסכם בתום ההליך ניכר בתקנות הגישור. ההסכם המצוי בתוספת לתקנות הגישור מעניק חסינות למגשר מפני טענות הנעוצות בכך שצד איננו שבע רצון מההסכם.⁹⁴ זאת, בכפוף לחובת תום-הלב של המגשר.⁹⁵ כאמור לעיל, חובת תום-הלב המוטלת על המגשר מחייבת אותו לפעול לשם הבטחת קיומה של הסכמה מדעת להסכם בתום ההליך.⁹⁶

כיצד יבטיח המגשר את ההסכמה מדעת ביחס להסכם המסיים את הסכסוך? יש לזכור, בהקשר זה, כי בתקנות הגישור נאסר על המגשר לתת יעוץ לצדדים, בין אם בנושא המצוי בתחום התמחותו, ובין אם בנושא אחר.⁹⁷ עמדה זו של התקנות איננה העמדה היחידה האפשרית. יש הסוברים כי למרות הקושי שהדבר יוצר בסוגיית הנייטרליות של המגשר, יש לאפשר לו חופש פעולה מסוים בנדון, על מנת לקדם את התשתית האינפורמטיבית שבידי הצדדים ואת נושא ההסכמה מדעת.⁹⁸ אחת החלופות היא לאפשר למגשר להציג אפשרויות פרשניות שונות, תוך הצגת כל עמדה שהיא "within reasonable legal tolerances".⁹⁹ גישה זו נראית מועילה וראויה והיא מוסיפה ליכולת הבחירה של הצדדים. בכל מקרה, ברור כי גם אם מאפשרים למגשר לספק יעוץ לצדדים, בהיקף כזה או אחר, הדבר ייעשה בהכרח ברמה מינימלית, לאור הקושי הרב הטמון בכך, בהתחשב בדרישה לנייטרליות המגשר. הדרך הראויה והיעילה היא לעודד את מעורבותם של עורכי-דין מטעם הצדדים, הן במהלך הגישור, והן, במיוחד, בשלב ההסכם בתום הגישור. סוגיית המעורבות של עורכי-הדין תפותח בהמשך.¹⁰⁰

91 ראו סעיף 6 ל-Standards of Practice for Mediators, של ה-Mediation Council of Illinois.

92 ראו סעיף 5(8) לתקנות הגישור. התקנות מחייבות את המגשר להפסיק את ההליך במקרה כזה.

93 ראו L. Riskin "Toward New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation" 26 *Arizona Law Review* 329, 354.

94 ראו סעיף 5 לתוספת לתקנות.

95 ראו סעיף 6 לתוספת לתקנות.

96 לניתוח של החסינות בתקנות הגישור, ראו א' דויטש, לעיל הערה 18, פרק 8.

97 ראו סעיף 1(5) לתקנות הגישור.

98 הדבר תלוי במודל הגישור שאותו תופסים כראוי, מבין מודלים אפשריים שונים, לעניין מידת האקטיביות של המגשר. ראו פרק ג לעיל, וכן, 812-823, at p. 3, *supra* note 3, Nolen-Haley "Informed Consent in Mediation", 826-827. כן ראו א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 100 - 103.

99 ראו את דעתה של Gebhart, בדיון המופיע אצל J. Alfani "Evaluative versus Facilitative Mediation: A Discussion" 24 *Flo. St. U. L. Rev.* 919 (1997).

100 ראו להלן פרק ט.

ז. אוטונומיית הצדדים בפתחת ההליך-בחירת המגשר ובחירת סוג ההליך

כאמור לעיל, ראוי שאוטונומיית הצדדים בניהול ההליך תשתרע לכל אורכו, מתחילתו עד סופו. משמעות הדבר היא כי נדרשת שליטה של הצדדים לא רק על עצם קיומו של ההליך, אלא גם על זהותו של המגשר.

תקנות הגישור קובעות אכן הסדר ראוי בנדון, כאשר הן מורות כי בית-המשפט ימנה מגשר, במקרה של הסכמה על גישור, רק אם הצדדים לא הסכימו ביניהם בדבר זהות המגשר.¹⁰¹ יחד עם זאת, המציאות בנושא זה אינה תורמת לסוגיית ההסכמה מדעת בהקשר לבחירת המגשר. בשלב ההתפתחות המוקדם כיום, של מקצוע הגישור בישראל, לא נוצר עדיין מערך אינפורמטיבי ראוי באשר לכישורי המגשרים, באופן שיאפשר לצדדים בחירה מושכלת של המגשר. המציאות היא כי לרוב בית-המשפט הוא זה שממנה את המגשר בתיק. מצב דברים זה איננו רצוי. בחירת המגשר היא אקט רצוני מרכזי בתהליך הגישור, שכן לאישיותו של המגשר השפעה מכרעת על הצלחת הגישור. דווקא בהקשר זה אין הצדדים מממשים לעתים קרובות את האוטונומיה האישית שלהם. ראוי לשנות מציאות זו באמצעות הסברה מתאימה לצדדים ביחס לחופש הבחירה שלהם ובאמצעות שכלול ההיבט המידעי בנדון, כמפורט להלן.¹⁰²

זאת ועוד: יכולת הבחירה המודעת של הצדדים צריכה להשתרע גם על המודל של הליך הגישור בו הצדדים מעוניינים להשתתף. כאמור לעיל, קיימים מודלים שונים של הליכי גישור. מעבר למודל המרכזי, בו המגשר משמש כ"מסייע" וכ"קטליזטור" בלבד, ניתן למצוא, הן בתורת הגישור העיונית והן בניסיון המעשי, מודלים שבהם המגשר משמש כגורם דומיננטי יותר בהליך, החותר במהירות, ולעתים באגרסיביות, אל הסכם מהיר ו"יעיל" – אל "סגירת תיק" מהירה. ניתן לחלוק על מידת היעילות של גישה זו,¹⁰³ אולם, מכל מקום, הצדדים זכאים להכריע ביחס למודל הגישור הרצוי להם, בעקבות הפעלת תהליך אוטונומי של הסכמה מדעת, הנשען על בחירה מושכלת של החלופות האפשריות.

ח. גישור-חובה והסכמה מדעת

ההצעה ליצירת מנגנון של גישור-חובה, במקרים של סכסוך משפטי המתנהל בבית-המשפט, עולה מעת לעת במשפט הישראלי. מן הראוי אם כן לדון בסוגיה חשובה זו, מנקודת המבט של רעיון ההסכמה מדעת. מנקודת מבט זו, כפיית ההשתתפות בהליך הגישור נראית כ"כפירה בעיקר". כפיית ההשתתפות בגישור אינה פוגעת רק ברעיון ההסכמה מדעת, אלא ברעיון ההסכמה בכלל. ואכן, היו בספרות האמריקאית שהגדירו את מוסד הגישור הכפוי כ-"contradiction in terms"¹⁰⁴. ובכל זאת, יש לשקול את היקפה של הפגיעה באוטונומיה האישית כתוצאה מיישום רעיון זה, ואת השאלה אם קיימים שיקולים מספיקים שיצדיקו פגיעה זו.

101 ראו תקנה (ד) לתקנות הגישור.

102 ראו להלן פרק ח.

103 ראו הדיון לעיל בפרק ב.

M. Treuthart "In Harris Way? Family Mediation and the Role of the Attorney Advocate" 23 Golden Gate 104 U.L.R 717, 777

תחילה יש לציין, כי גם כאשר מדובר בכפיית השתתפות בגישור, אין מדובר אלא בכפיית השתתפות בשלב הפתיחה של הגישור. אין גורסים, וגם אין זה מעשי לגרוס, כי תוטל חובה על הצדדים להימנע מפרישה מן ההליך. לא ניתן להטיל על צדדים חובה להגיע להסכם, שהרי הדבר תלוי בהסכמות על תכנים, ולא ניתן לראות צד כמכשיל באופן פסול את החתירה להסכם כאשר הוא עומד על האינטרסים שלו.

הטענה המרכזית של המצדדים ברעיון של גישור כפוי היא שהדבר מתבקש על מנת לאפשר לצדדים להתנסות בהליך ולעמוד על יתרונותיו. באופן טבעי, צדדים המצויים בעימות מתקשים להגיע להסכמות כלשהן ללא מעורבות של צד שלישי, לרבות הסכמה לעניין הכניסה להליך של גישור.¹⁰⁵ בנוסף, לנתבע יש עניין לעכב את ההליכים, שבמסגרת השיפוטית אפשר שיתמשכו זמן רב, תוך "התשת" התובע.

טענה המצדדת בגישור כפוי תמשיך ותגרוס, כי חלק ניכר מן ההתנגדויות של צדדים להשתתף בהליך של גישור נובע מהיעדר הכרה מספקת של ההליך. גישור-חובה עשוי לספק לצדדים מידע מתאים, שדווקא יחזק את קיום ההסכמה מדעת, שכן החשיפה להליך תוסיף לצדדים נתונים על הליך הגישור, שלא היו בידם קודם לכן.

ניתן להצביע על מספר טעמים חשובים כנגד אימוץ הרעיון של גישור-חובה:

1. ההנחה כי חלק ניכר מההתנגדויות להשתתפות בהליך הגישור נובע מהיעדר היכרות עם ההליך, שוב איננה משכנעת כיום, במציאות הישראלית. כאשר הצדדים להליך השיפוטי מיוצגים על-ידי עורכי-דין (וכך הוא המצב ברוב הכמעט מוחלט של המקרים), שאלת ההשתתפות בהליך הגישור תיגזר מהיעוץ שיינתן על-ידי עורך-הדין. כיום, אלפי עורכי-דין מיודעים היטב להליך הגישור, אם לאור השתתפותם בקורסי גישור, ואם כתוצאה מייצוג של צד בהליך של גישור. מידע לגבי אופי ההליך נפוץ אם כן כיום באופן סביר. כמובן, יתכן שהניסיון של צדדים בהליכי גישור שבהם השתתפו אינו חיובי, אולם כאשר כך הוא הדבר, כיבוד האוטונומיה האישית של הצדדים מחייב לאפשר להם להסיק מסקנות הולמות מניסיונם האישי השלילי. לא היעדר מידע יש כאן, אלא מידע שגיבש עמדה שלילית כלפי ההליך.

אמנם, ההערה האמורה לעיל, לפיה במידה רבה עורכי-הדין שולטים בשאלת ההשתתפות של הלקוח בהליך הגישור, יכולה לשמש דווקא נימוק בעד כפייתו של ההליך, אם ההנחה היא שהאינטרס העצמי של עורכי-הדין בניהולו של הליך שיפוטי ארוך עלול להוביל אותם ליעוץ ללקוח להימנע מהשתתפות בגישור. אולם דעתי היא כי אין בסיס להנחה מעין זו. הניסיון של מחברת מאמר זה בניהול הליכי גישור מצביע על כך, שבדרך כלל עורכי-הדין מעמידים את מיקסום האינטרס של הלקוח בראש מעייניהם, ואינם שוקלים שיקולים זרים בנדון. אין מקום לצאת מתוך "הנחת עבודה" כללית הפוכה בעניין זה.

105 ראו McEwen, Rogers & Maiman, לעיל הערה 81, בע' 1350.

2. גישור כפוי הוא בעייתי בצד החוקתי. מן ההיבט של החירות האישית וכבוד האדם הליך הגישור איננו רק הליך שנועד ליישב סכסוך במהירות, אלא הוא מבקש גם להעצים את אישיות הצדדים וליצור דינמיקה חברתית חדשה. אם האוטונומיה האישית עומדת במרכז, הרי שהיא כוללת גם את הזכות להימנע מהשתתפות בתהליך האמור. יש לזכור כי הליך הגישור כרוך גם בפגיעה מסוימת בפרטיות.

3. זכות חוקתית נוספת מותקפת כתוצאה מהשתתפות כפויה בהליך הגישור. המדובר בזכות הגישה לערכאות, המהווה ככל הנראה זכות חוקתית.¹⁰⁶

התנאת השמיעה של התיק בבית-המשפט בהשתתפות בהליך של גישור, יש בה כדי להתנות את הזכות להישמע בערכאות בהליך מקדים, המתנהל, יש לזכור, על-ידי פרט - המגשר - ולא על-ידי המערכת השיפוטית. התנאה זו אינה עניין של מה בכך. הקושי יתעצם אם הדבר יהיה כרוך בתשלום של הצדדים בגין הגישור, ישירות או באמצעות אגרת משפט נוספת. הטלת אגרות חדשות היא אובייקט טיפוסי לתקיפה חוקתית, מנקודת המבט של זכות הגישה לערכאות.¹⁰⁷ גם בהקשר זה, וגם בהקשר לפגיעה באוטונומיה האישית ובפרטיות, כאמור לעיל, עולה אפוא השאלה האם פגיעה כזו תעמוד בפסקת ההגבלה. אתייחס לסוגיה האמורה בהמשכו של פרק זה.

4. ההשתתפות בגישור עלולה להטיל על צד עלויות נוספות שהוא אינו חפץ בהן, כאמור לעיל. מעבר לבעיה החוקתית שהוזכרה לעיל, שאלה היא אם לגופו של עניין הדבר רצוי, בייחוד בהתחשב בכך שאם מדובר בהשתתפות כפויה, צד עלול להתייצב להליך התייצבות טכנית-פורמלית בלבד ובכך תרד עלות ההליך לטמיון.

5. כבר הזכרתי לעיל את הסיכונים הטמונים בהליך הגישור. אחד הסיכונים הוא שצומחת באופן מיידי מחויבות משפטית מסוימת על המשתתפים. על צד המשתתף בגישור מוטלת החובה לנהוג בתום-לב במשא ומתן הכרוך בו. אין סיבה להניח כי במקרה של גישור כפוי ישוחררו הצדדים מחובה זו. ואכן, כאשר מוטלת בדין האמריקאי חובה להשתתף בגישור, מוטלת גם חובה לנהוג בגישור בתום-לב (אף שכמובן לא מוטלת חובה להגיע להסכם).¹⁰⁸

על-פי דיני החוזים, החובה לנהוג בתום-לב מחייבת את הצד למשא ומתן להשתתף בו באופן כן. ניהול משא ומתן ללא כוונה כלל לנסות ולהגיע להסכם הוא בגדר משא ומתן שלא בתום-לב, המטיל סנקציות משפטיות מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.¹⁰⁹ מכאן, שהכפייה הכרוכה בהשתתפות בגישור אינה מוגבלת להשתתפות טכנית-פורמלית במפגש, אלא היא מטילה מחויבות מהותית, משמעותית יותר. יתכן שתוצאה זו היא ראויה, אך יש לקחת בחשבון שכפיית השתתפות בהליך של גישור איננה עניין של מה בכך.

106 ראו ע"א 733/95 ארפל בע"מ נ' קליל בע"מ, פ"ד נא(3) 577; ש' לוין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451. כן ראו י' רבין "זכות הגישה לערכאות" זכוכת חוקתית (תשנ"ח).

107 ראו, למשל, *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371 (1971).

108 Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation", *supra* note 3, at p. 810 108.

109 ראו ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 57 - 58.

6. קושי נוסף טמון בעובדה שהליכי גישור נושאים עמם סיכון מיוחד כאשר מדובר בצדדים חלשים. זו מסגרת של ניהול משא ומתן שיש בה עדיפות מובנית לצד החזק, כבכל משא ומתן, כאשר בהליך של גישור לא קיימות הערובות להגינות ההליך, הקיימות בהליך השיפוטי.¹¹⁰ ללא תיפקוד ראוי של המגשר בנדון, שימנע ניצול לרעה של העדיפות, כמפורט לעיל, מדובר בסיכון משמעותי. כאשר תהליך הכניסה לגישור איננו כפוי, ביכולתו של הצד החלש להימנע מהשתתפות בהליך, ולמנוע בכך את ניצול חולשתו. כפייתו של הליך גישור אינה מאפשרת לצד החלש להימנע מסיכון זה.

בדין האמריקאי נוהגת במספר מדינות חובת השתתפות בגישור.¹¹¹ ההצדקה להטלתה של חובה זו, הן מנקודת המבט הערכית והן מנקודת המבט החוקתית, מצויה במחלוקת בספרות האמריקאית.¹¹² תוכניות ניסיוניות לגישור-חובה הופעלו הן בארצות הברית (תוך הפניית צדדים להליכים אלטרנטיביים, כשהצדדים בוחרים את סוג ההליך מתוך ההליכים האלטרנטיביים האפשריים),¹¹³ והן בקנדה (תוך הפניית רוב-רובם של התיקים האזרחיים לגישור, בתקופת הניסוי).¹¹⁴

אם-כן, האם מיסודו של הליך הגישור כהליך-חובה, כאשר מוגשת תובענה לבית-המשפט, הוא בסיכומו של דבר צעד ראוי? מול החסרונות הניכרים שתיארת לעיל, לרבות הפגיעה הקשה בתשתית ההסכמית של ההליך, עומדת התכלית של קידום מוסד הגישור, על היתרונות הניכרים שבו, במונחים של יעילות וחיסכון ובמונחים של העצמה חברתית. אם נשתמש במינוח החוקתי (לאור הפגיעה המסוימת באוטונומיה האישית ובזכות הגישה לערכאות, כאמור לעיל), יש לבחון אם פגיעה מעין זו תהיה לתכלית ראויה, תהלום את ערכי המדינה, ותעמוד בדרישת המידתיות. אני סבורה כי בסייגים חשובים מסוימים, ובמערך של בלמים ואיזונים, כמפורט לעיל, קיימת הצדקה מסוימת לאימוץ זמני של רעיון זה, במועד מתאים:

1. מוסד הגישור מצוי כיום בישראל בשלב רגיש של התפתחותו. החדרה אגרסיבית מדי של ההליך, מבלי שהוכנה תשתית מקצועית ואקדמית מספקת, הובילה למשבר אמון בקהליליה

110 ראו לעיל פרק ה.3.

M. Fineman "Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody 111 (1987-8) 101 Harv. L. Rev. 727, 727-8 (1987-8) Decisionmaking"

C. Menkel-Meadow "For ; 81 הערה לעיל, McEwen, Rogers & Maiman "Note-ה-74 לעיל. כן ראו Note-ה-74 לעיל, C. Menkel-Meadow "For ; 81 הערה לעיל, McEwen, Rogers & Maiman "Note-ה-74 לעיל. 33 U.C.L.A.L.Rev. 485 (1985) and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference"

113 התוכנית הופעלה ב-Middlesex, Massachusetts. יועץ מטעם הפרוייקט יעץ לצדדים בשאלה איזו חלופה כדאי לבחור במקרה הנדון. השיטה כונתה שיטת ה-"Multy-Door Courthouse". ראו B.S. Stedman "Multi-Option Justice at the Middlesex Multi-Door Courthouse", in *Achieving Civil Justice* (R. Smith ed., 1996) 119

C. Hart "Court-Connected A.D.R. in Ontario" ראו "Court-Connected A.D.R. in Ontario". היה חיוביות. ראו [1992] A.D.R.L.J 274.

המשפטית, ביחס להליך זה.¹¹⁵ ללא קביעת הגישור כהליך-חובה, קשה יהיה ליצור הזדמנות שניה לצמיחתו של אמון. השאיפה לבסס את חלופת הגישור כדרך ריאלית לפתרון סכסוכים עשויה לשמש תכלית ראויה לפגיעה באוטונומיה.

2. מובן, כי רכישת האמון בהליך מחייבת כי מערך הגישור יהיה אכן ראוי לאמון זה. לשם כך חיוני הדבר להעמיק את האקדמיזציה של המקצוע (תהליך שהולך ומתפתח עתה, אך מצוי רק בראשיתו). בדומה לכל מקצוע חופשי אחר הכרוך ברכישת ידע, אין זה מתקבל על הדעת כי תנאי ההכשרה של מגשרים לא יכללו לימודים אקדמיים. השתתת מתודה מקצועית על ניסיון פרקטי כזה או אחר בלבד (בהיעדר כלים מדעיים – ובשלב זה – היעדר כלים כלל – לעמוד על איכותו של ניסיון זה), איננה יכולה להבטיח דבר לעניין רמת המגשרים. כפי שהעושר המחקרי הרב של השנים האחרונות מוכיח, תורת הגישור מהווה דיסציפלינה מעמיקה הטעונה לימוד ועיון. עשייה בתחום זה, שלא נלווה לה עומק אקדמי ראוי, המעניק תובנות מדעיות ביחס לשרשי ההליך ותכליותיו, סופה שתיכשל. יש להפעיל את הרעיון של גישור-חובה רק לאחר קידומו ההולם של נושא זה.

3. אם יאומץ המודל של גישור-חובה, יש להמעיס ככל הניתן את הפגיעה בחופש הרצון של הצדדים, באמצעות החופש שיינתן לצדדים לבחור את זהות המגשר, בתהליך ראוי של "הסכמה מדעת". המשמעות היא כי תימנע גם קביעתה מלכתחילה של "ברירת מחדל" על-ידי בית-המשפט, לגבי זהות המגשר. ראוי כי מערכת בתי-המשפט תספק מידע לצדדים לגבי מגשרים (באמצעות מיסוד של מעין "יומן מגשרים"), אולם על המערכת הציבורית להסתפק בסיוע אינפורמטיבי זה ולהימנע ממעורבות בבחירת המגשר, אלא אם כן קיימת בקשה פוזיטיבית משותפת של שני הצדדים, היוזמה על-ידם, למינוי מגשר. דרך זו גם תעביר את המסר הרעיוני הדרוש, העומד בבסיסו של מושג ההסכמה מדעת: הצדדים עומדים במרכז, ולא המגשר. המגשר יונק את סמכותו המשפטית והמוסרית מרצון הצדדים, ולא ממינוי חיצוני על-ידי מערכת בתי-המשפט. מן השעה שהמידע ("ה'יומן") האמור יהיה בידי עורכי-הדין, לא יהיה קושי מעשי כלשהו בבחירה.

4. ראוי כי התופעה של גישור-חובה תיקבע לתקופה מוגבלת בלבד, שבמהלכה יוטמעו אצל צדדים נהגים משופרים של יישוב סכסוכים. על וועדת מומחים בלתי-תלויה ללוות תהליך זה, תוך הפעלת כלים מדעיים שיבחנו את מידת ההצלחה של מהלך זה תוך כדי ביצועו. על ההצלחה

115 מסתבר, כי חתימה בלתי-זהירה דייה למיסוד נרחב של הליך הגישור היא תופעה הזוכה לביקורת גם בדין האמריקאי. כך, נאמר בספרות המשפטית כי: "Court mediation offers litigants a forum for private, individualized, and efficient justice, but its private and individualistic nature calls for public attention and critical evaluation in order to prevent good intentions from running amok...As courts jump on the ADR bandwagon, **encouraging, directing, and mandating participation** in settlement processes such as mediation, there is serious danger that court mediation program will parallel the official legal system without the benefits of that system." (Nolan-Haley "Court Mediation", *supra* note 18, at p. 99) (הדגשות שלי – א' ד').

להימדד לא רק במושגים של כמות התיקים שהסתיימו בהסכם, אלא גם במדדים של שביעות הרצון מדרך גיהול ההליך ומימדת ההגיונות שבתוצאה ההסכמית, הן בעיני הצדדים והן בעיני או בייקטיביות.

5. מתעוררת השאלה, אילו תיקים יועברו לגישור-חובה. מנקודת המבט של תורת הגישור, אין לומר כי קיימים סוגי תיקים שאינם מתאימים לגישור. תורה זו היא בעלת אפיונים אוניברסליים. שאלת ההתאמה איננה עניין לנושא הסכסוך, אלא להתאמה האישית, דהיינו לנכונותם של שני הצדדים לעבור מפסים של משא ומתן תחרותי-כוחני לפסים של משא ומתן גישורי. מובן, כי כאשר מדובר בסכסוך שיש בו מימד תקדימי-ציבורי חשוב, יתכן כי עדיף יהיה להימנע מעידוד תהליך הסכמי, על-מנת להפיק את המצרך הציבורי הנגזר מן ההכרעה בהליך.¹¹⁶ יחד עם זאת, ראוי להימנע מכפייתו של הליך גישור במקרים בהם הצדדים אינם מיוצגים על-ידי עורכי-דין. כאמור לעיל, כפייתו של הליך גישור בעייתית במיוחד כאשר מדובר בצד חלש, לאור הסיכון המיוחד שהצד החלש חשוף לו בהליכי גישור. הערובה הטובה ביותר להפחתת הסיכון בנדון היא ייצוג משפטי. ואמנם, בספרות המשפטית האמריקאית הוצע עקב כך להימנע מגישור-חובה כאשר צד איננו מיוצג.¹¹⁷

ט. השתתפותם של עורכי-דין בהליך הגישור

לעורכי-הדין של הצדדים תפקיד מכריע בקידומה של ההסכמה מדעת, הן לעניין ההיבט של ההסכמה הדיונית והן לעניין ההסכמה בתום הגישור. זאת במיוחד בהתחשב בכך שהמגשר מנוע מלספק ייעוץ לצדדים, כמצוין לעיל.¹¹⁸ ביכולתו של עורך-הדין לספק למתגשר את התשתית האינפורמטיבית הדרושה ביחס לצד המשפטי.

מנקודת המבט המשפטית, הדין הוא כי צד זכאי להיות מיוצג על-ידי עורך-דין בהליך הגישור. הדבר מתחייב הן מהתפיסה כי זכות הייצוג על-ידי עורך-דין היא ככל הנראה זכות חוקתית¹¹⁹ והן לאור הנרמז בנדון, בתקנות הגישור.¹²⁰ בכל הנוגע לייעוץ משפטי (לאו דווקא באופן המלווה בייצוג בהליך הגישור), תקנות הגישור אף מחייבות את המגשר ליידע את הצדדים בדבר זכותם לקיים היוועצות עם כל אדם שהוא. ברור, שכוונת הדברים היא במיוחד להיוועצות משפטית עם עורך-דין.¹²¹

מנקודת המבט של תורת ההסכמה מדעת, סוגיית הייצוג על-ידי עורכי-דין היא מורכבת יותר. בצד היתרונות הטמונים ביכולתו של עורך-הדין לשפר את מצבו האינפורמטיבי של הלקוח, יש המעלים חשש שעורך-הדין יפגע בתהליך ההסכמה מדעת, בכך שלא יאפשר ללקוח להיות שותף מלא להחלפת מסרים ורגשות במהלך הגישור. בכך יפגע רעיון ההעצמה האישית, המתהווה

116 ראו לעיל פרק ג.

Nolan-Haley "Court Mediation", supra note 18, at p. 98-99

117 לעיל פרק 5.1

119 א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 432.

120 ראו את סעיף 2(6) לתקנות הגישור, הרואה את קיומו של ייצוג משפטי כמצב אפשרי בהליך, ללא דיון בכך. כן ראו א' דויטש, לעיל הערה 18, בעמ' 159 - 164.

121 סעיף 1(16) לתקנות.

באמצעות עיבוד בלתי-אמצעי של תהליך יצירת ההבנה עם הצד שכנגד.¹²² תהליך ההסכמה מדעת מחייב כי צד ישתתף בגישור "meaningful participation".¹²³ קיים חשש כי המודל השגור בבתי-המשפט, בו עורך-הדין מדבר בשם הלקוח, ייושם גם בהליך הגישור. הדבר טבעי בהתחשב בכך שעורך-הדין חש חובה "אינסטינקטיבית" להגן על זכויות מרשו, בעוד שהליך הגישור מנתק את הצמידות בין זכויות לאינטרסים, ומעמיד את האינטרסים של הצדדים במוקד.¹²⁴ לא אחת יש שמוסיפים לכך את החשש מפני סירבול ההליך, כתוצאה מפורמליזציה מוגברת, ו"אווירה לוחמנית" בהליך.

דעתי היא, כי השאיפה לחזק את מעמדה של ההסכמה מדעת בגישור מצדיקה את חיזוק מעמדו ומעורבותו של עורך-הדין בהליך הגישור. בגישור בסכסוך משפטי, להבדיל מגישור בעל אופי טיפולי, מצב הזכויות הוא נתון מרכזי העומד ברקע קבלת ההחלטות. ה"פופולריזציה" של תופעת הגישור בישראל הביאה לנפיצותן של "מנטרות" תמוהות, כגון: "בגישור לא חשובות הזכויות אלא האינטרסים." אמרה זו שגויה בעליל. אכן, כאמור לעיל, תורת הגישור מייצגת לצדדים להשקיף על הסכסוך מזווית ראייה רחבה יותר מאשר מצב הזכויות בלבד. האינטרס של צד הוא להימנע לעתים ממימוש מלא של זכויותיו, ולהעדיף קידומו של אינטרס אחר שלו, גם אם אין מלוא זכויותיו ממומשות. אולם מכאן ועד לזניחת המשמעות של הזכויות הדרך ארוכה. מצב הזכויות הוא שיקול מרכזי - אף כי לא בלעדי - בהערכת האינטרס. לא בכדי תורת הגישור גורסת כי על כל צד לבחון את ה-BATNA¹²⁵ שלו.¹²⁶ האלטרנטיבה המיידית והקרובה להשגת הסכם בתום הגישור היא החלטה שיפוטית בסכסוך, אשר תינתן, כמובן, על בסיס מצב הזכויות. הזכויות המהותיות של צד לגישור הן אחד הנכסים החשובים שלו, והוא יכול לסחור בהן במהלך המשא ומתן. על כל צד לקבוע את הערך שהוא מעוניין לייחס לנכס זה (מצב זכויותיו) באיזון הכולל של האינטרסים שלו, כגון האינטרס לחיסכון בזמן וחיסכון בהשקעה רגשית בהליך השיפוטי, המשקל של הסיכון להפסד בתיק, הסיכוי לשמירה על יחסים נמשכים תקינים עם הצד שכנגד אם הגישור יסתיים בהצלחה, וכיוצא באלה.¹²⁷ הערכה נאותה של מצב הזכויות היא אם-כן יסוד קריטי בהסכמה מדעת, כפי שהערכת הסיכויים בטיפול רפואי חלופי היא היבט מרכזי במוסד ההסכמה מדעת לטיפול רפואי.¹²⁸ לשם הערכה נאותה של הזכויות זקוק צד לייעוץ משפטי הולם. ייצוג משפטי במהלך הגישור חשוב גם על-מנת למנוע ניצול פסול של חולשה ומניפולציות פסולות של המגשר, בסופן מוצא עצמו צד מוותר על זכויות, אשר האינטרס שלו היה לעמוד עליהן.¹²⁹ יצוין, כי גם מבחינת יעילותו של ההליך, הניסיון של כותבת שורות אלה מצביע על כך כי ניתן לרתום את עורכי-הדין של הצדדים לפעילות קונסטרוקטיבית, המסייעת להעלאת פתרונות הולמים.

122 McEwen, Rogers & Maiman, לעיל הערה 81, בע' 1364.

123 ראו ה-Note, לעיל הערה 74, בעמ' 1095 - 1096.

124 להשתתף בגישור על האינטרסים של הצדדים, ראו לעיל פרק 2.1.

125 Best Alternative to a Negotiated Agreement

126 Fisher & Ury, *supra* note 65, ch. 6

127 ראו 65-66, at p. 18, *supra* note Nolan-Haley "Court Mediation",

128 ראו לעיל פרק 1.1.

129 זו גם מסקנתה של Nolan-Haley, במאמרה "Court Mediation", לעיל הערה 18.

בצדק דורשים אם-כן לא אחת קודים אתיים שונים בדין האמריקאי כי המגשר ימליץ לצדדים לפנות לייעוץ משפטי טרם חתימת הסכם בתום הגישור¹³⁰ (להבדיל מיידוע בלבד של הצדדים בדבר זכותם לפנות לייעוץ, כאמור בתקנות הגישור בישראל).¹³¹ הועלתה גם הצעה לקבוע כי אם צד איננו מיוצג, לא ייכנס לתוקפו חוזה שנכרת בתום הגישור, אלא כעבור זמן קצוב, המאפשר לצד הבלתי-מיוצג שהות סבירה לבדיקה משפטית של החוזה.¹³²

מן העובדה כי לעורכי-דין נועד תפקיד מרכזי בגיבוש ההסכמה מדעת לא נובע, כמובן, כי יש לייתר את השתתפותו הפעילה של הצד עצמו בהליך. על המגשר להבהיר לצדדים, כי בניגוד למקובל בבתי-המשפט, הלקוח הוא צד פעיל במסגרת חילופי הדברים, ויש להניח לו להביע את תפיסותיו, כאשר הסינון האינפורמטיבי, על-ידי עורך-הדין, מצומצם לשלילתם של סיכונים טקטיים ומשפטיים שונים בהליך, כפי שאלה תוארו לעיל.¹³³ על-כן בעייתי במיוחד בהקשר זה ההסדר הקיים בתקנות הגישור, לפיו המגשר מוסמך (ללא צורך בקבלת הסכמתו של צד), להיפגש עם עורך הדין של צד, ללא נוכחותו של אותו צד. מימוש סמכות זו היא בעלת משמעויות קשות לרעיון ההסכמה מדעת, ויש בה כדי לפגוע קשות באמון של אותו צד בהליך. ראוי כי המגשר יימנע מכך, וגם אם קיימת הסכמה של צד לדבר, ראוי כי המגשר יסביר לאותו צד את המשמעויות השליליות של הליכה בדרך זו. יתכן כי דרך זו תימצא "יעילה", במובן זה שהיא מאפשרת "לעשות עסקים" ביתר קלות, בלעדי הצד המעורב רגשית בסכסוך,¹³⁴ אך המחיר שלה, במונחים של רעיון ההסכמה מדעת, הוא כבד.

130 ראו למשל את כלל 6 לכללי ה-ABA משנת 1984, לעיל הערה 48. כן ראו C, Morris "The Trusted Mediator: Ethics and Interaction in Mediation" *Rethinking Disputes: The Mediation Alternative* (J. MacFarlen ed., 1997) 301, 325.

131 ראו לעיל פרק 1.1.

132 R. Crouch "Divorce Mediation and Legal Ethics" 16 *Fam. L.Q.* 219, 249-250 (1982).

133 לעיל פרק 2.1.

134 להסבר זה לסמכות האמורה בתקנות, ראו א' דויטש, לעיל הערה 18, בע' 163.