

# שימוש בעקרונות הגישור במסגרת ההליך השיפוטי\*

השופטת (בדימוס) שרה פריש\*\*

הליך הגישור, הנועד להוביל לפתרון סכסוך על-ידי הצדדים מרצונם ומעצמם, נותן ביטוי לצורך האנושי בכמיהה לשינוי הסדר החברתי על-ידי מעורבות הפרט בתהליכים החברתיים. הצורך החברתי האמיתי בגישור, וחשיבותו מבחינה ערכית, מחייב עידוד השימוש בו במקביל להליך המשפטי, תוך שילובו במערכת המשפט. במאמר זה מציבה המחברת את שני העולמות – הגישור והמשפט – זה בצד זה, תוך ניסיון למצוא נקודות מפגש בניהם. המחברת מגיעה למסקנה, כי יש ליישם בפועל את עקרונות הליך הגישור, כגון מזגו הנוח של המגשר ומיומנויות ההקשבה השונות של המגשר, במסגרת העשייה השיפוטית. לדעת המחברת, שילוב עקרונות הגישור במסגרת ההליך השיפוטי, עשוי במקרים רבים להוביל להסכמי פשרה במהלך ניהול תיק משפטי, ולייתר פסיקה. במקרים אחרים, בצד האווירה הנעימה שתשרה במהלך הדיון המשפטי, יסייעו טכניקות הגישור להבטיח בירור מעמיק יותר של העובדות העומדות מאחורי כל סכסוך, ואף יובילו להכרעה שיפוטית צודקת יותר. המחברת סבורה, כי אימוץ תרבות הגישור על-ידי השופטים ישנה תוך זמן קצר את פני מערכת המשפט, ייטיב עם התוצאות השיפוטיות ואף יעניק לשופט מימד נוסף של הערכה הנובעת מאישיותו. בסופו של יום, הפנמת הצורך בשינוי תפיסת התפקיד השיפוטי על-ידי יצירת אווירה נינוחה וגישורית, המבטאת ערכים חיוביים של תקשורת, הקשבה, פתיחות וקבלה, תסייע בהנחלת ערכים אלה אל תוך כל תחומי החיים, וממילא תתרום לעיצוב החינוך במדינת ישראל ולהנחלת ערכים חיוביים אל תוך התרבות הישראלית.

---

\* רשימה זו מבוססת על הרצאה שניתנה לשופטים ביום 3.12.01. אבקש להודות לאיילת שקולניק ולמשה הרשקוביץ על הערותיהם והארותיהם ולעו"ד אסף הראל על סיועו בעיבוד המאמר.  
\*\* ראש מכללת שערי משפט, הוד השרון; כיום, בין היתר, משמשת הכותבת כמגשרת.

**א. מבוא: האם הכל גשיר?**

**ב. הצורך החברתי בגישור.**

**ג. הליך הגישור לעומת המשפט, האמנם שני קטבים מנוגדים ?**

**ד. יישום עקרונות מהליך הגישור במסגרת ההליך השיפוטי.**

1. שימוש בכלים הגישוריים במהלך ההליך השיפוטי המקובל.

1.א. אימוץ האקלים הגישורי.

1.ב. אימוץ טכניקות ההקשבה הגישורית.

1.ב.1. השופט אינו שומע את הסיפור המלא.

2.ב.1. הפער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית.

3.ב.1. הבדלים ב"תרבות הנרטיב" של העדים.

2. שימוש בכלים הגישוריים על מנת לקדם פשרה.

2.א. אימוץ האקלים הגישורי.

2.ב. אימוץ טכניקות ההקשבה.

**ה. סוף דבר.**

## **א. מבוא : האם הכל גשיר?**

בשנים האחרונות, מצוי הליך הגישור במוקד ה"שיח המשפטי", ובצד היותו מונח שגור בחיי היומיום, אף בא לידי ביטוי בכל כלי התקשורת.

הגישור מוגדר כהליך וולונטרי בו צד שלישי נייטרלי מסייע לצדדים לקונפליקט לנהל ביניהם משא ומתן ישיר ובונה למציאת פתרון מספק ומוסכם לסכסוך קיים, מבלי שיהא בידו כוח לכפות עליהם פתרון כלשהו.

נראה, כי בבסיס המשיכה לנושא הגישור ניצבת ההנחה, כי על אף חשיבותה של הזכות המשפטית והגשמתה<sup>1</sup>, ניתן וראוי לפעול למען פתרון קונפליקטים בדרך של הידברות והבנה. זאת ועוד, דומה כי במדינת ישראל, המשוסעת ומקוטבת, פורצת התקווה לפתרון בעיות בדרך של הידברות את גבולות ה"אני", אל עבר האפשרות לפתרון הקונפליקטים בציבוריות הישראלית בכלל, ואף מעבר לכך, לפתרון הקונפליקט הביטחוני בו אנו נתונים, למורת רוחנו, החל מימי קום המדינה.

למותר לציין, כי אימוץ הליך הגישור המוביל לפתרון מחלוקות בדרך של הבנה, אין בו כדי לייטר את הצורך בהכרעה משפטית. בכל חברה, תהא תרבותה אשר תהא, יש צורך במערכת חיצונית אשר תכריע בקונפליקטים, בין אם על-פי טיבם מחייבים הם הכרעה שכזאת, ובין אם זו נדרשת על-ידי הצדדים. מפני שכאלה הם פני הדברים, ברי שמוסד השפיטה הנו מאבני היסוד

1 ניתן לעסוק בכך מבחינת זכויות האדם ומבחינה תכליתית-מעשית כללית. לבחינה רעיונית של הגישה האחרונה ראו ר' ירינג, **המאבק למשפט** (בתרגום פרופ' י' שאקי) (1947). בישראל, אימץ המחוקק את הליך הגישור בסעיף 179 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984, ס"ח תשמ"ד, 198.

של כל חברה מתוקנת, ומהווה ערובה לקיומה. עם זאת, הצורך החברתי האמיתי בגישור וחשיבותו מבחינה ערכית, מחייב עידוד השימוש בו במקביל להליך המשפטי, תוך שילובו במערכת המשפט. להלן, אנסה בחלק הראשון של דבריי לבסס את ההנחה בדבר הצורך החברתי בגישור, ובהמשך אציב את שני העולמות – הגישור והמשפט – זה בצד זה, תוך ניסיון למצוא נקודות מפגש בניהם. לבסוף, אדון באפשרויות היישום בפועל של עקרונות הגישור במסגרת העשייה השיפוטית, דהיינו, בניסיון להחדיר את ה"כלים הגישוריים" בכלל ו"האקלים הגישוריים" בפרט, אל תוככי אולמות בתי המשפט.

## ב. הצורך החברתי בגישור

מוסד השפיטה הנו אבן יסוד ביצירת סדר חברתי, כשהתהליך מעצם טיבו כפייתי ומוכתב על ידי הריבון. דומה, כי בצד סדר חברתי כפוי, יתכן כי ההתנהלות החברתית תוסדר על ידי הפרטים בחברה מתוך התנהגותם האחד כלפי השני בתהליך הפוך, המקרין מ"למטה" כלפי "מעלה"; ומאומץ על ידי הריבון.<sup>2</sup> דומה, כי השינויים האחרונים בעולם המודרני מחייבים הכרה בצורך האנושי ובכמיהה לשינוי הסדר החברתי המקובל על ידי מעורבות הפרט בתהליכים, וכן בהכרת המסד החברתי בצורך זה.<sup>3</sup>

השינויים החברתיים מבטאים מספר הנחות יסוד הרווחות בתקופתנו:

ההנחה ראשונה נעוצה בזרם המחשבה הליברלית בדבר היות האדם ישות אוטונומית, ושותף מלא בקבלת החלטות.

ההנחה השנייה נעוצה בתפיסה ההוליסטית לגבי האדם, לפיה אין לנתק את הרציונל מהאמוציות אלא יש לחבר בין הגוף לנפש.

ההנחה השלישית נעוצה בהבנה כי רצונו של האדם להתחבר בכל מעשיו והחלטותיו גם להיבט המוסרי. ככל שהמעשה מוסרי יותר, כך ייעשה המעשה ברצון רב יותר.

הנחות אלה מהוות תשתית לצורך החברתי לפתרון קונפליקטים בדרך אלטרנטיבית, והליך הגישור, הנועד להוביל לפתרון הסכסוך על ידי הצדדים עצמם ומרצונם, נותן להם ביטוי.<sup>4</sup> תכליתו של הליך הגישור הנה יצירת יכולת הידברות ותקשורת בין הצדדים, אשר בסופו של דבר תוביל את הצדדים עצמם לפתרון הקונפליקט, תוך שימור ואף שיפור מערכת היחסים הכוללת ביניהם. במסגרת הליך הגישור, פועלים שני הצדדים יחדיו על מנת לתור אחר פתרון משותף אשר ישרת את מטרות שניהם בצורה מיטבית, פתרון הנובע מצרכי הצדדים ללא חיפוש אחר "צודק" או "אשם". בסופו של ההליך, באמצעות טכניקות שונות אשר יפורטו בהמשך, מביא המגשר את הצדדים לסיטואציה המאפשרת הפרדה בין העמדות לבין האינטרסים, הפרדה אשר בעקבותיה מגיעים הצדדים בעצמם לפתרון, אשר איננו תואם בהכרח את עמדותיהם, אולם משרת את

2 לעניין זה, ראו: L. Fuller, "Mediation - Its forms and Functions", 44 So. Cal L. Rev. (1971) 305, 315.

3 Kuhn T.s (1970) The Structure of Scientific Revolution of Chicago Press.

4 לעניין זה, ראו: R.A.B Bush, J.P. Folger The Promise of Mediation - Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition (San Francisco, 1994). בספר זה מדגישים המחברים את הערך החברתי של הגישור, במהלכו עוברים הצדדים העצמה והכרה. העצמה: הצדדים חווים מודעות מוגברת של ערכם האישי ושל יכולתם להתמודד עם כל קושי. הכרה: הצדדים בוחרים באופן וולנטרי להיות פתוחים יותר, קשובים יותר ומגיבים למצבו של הצד האחר.

האינטרסים האמיתיים העומדים בבסיס הסכסוך. הליך הגישור נותן, אם כן, מקום לאדם, שיהא שותף בקביעת גורלו, תוך מתן ביטוי לעול הפנימי, הרגשי, המשקף לא אחת את האינטרסים האמיתיים העומדים מאחורי הקונפליקט, ובכך מביא להחלטה מוסרית.

תהליך חברתי כזה, בו שינוי שהחל בשטח משפיע על המערכת כולה, בא לידי ביטוי במערכת הרפואה. את הגישה הפטרנליסטית, בה הרופא נתפס ככל יכול, והחולה כנמען פסיבי, החליפה הגישה הרואה את החולה כישות אוטונומית הזכאית להיות מעורבת בתהליך ריפוייה. בעקבות מהפך זה, נאלצו המערכת הרפואית בכלל, והרופא בפרט, לשנות את סגנון החשיבה ואת דרך הטיפול. על רקע זה ניתן להבין את הוראות חוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996<sup>5</sup>, המעמיד את המטופל במרכז העשייה הרפואית.

אף התפיסה ההוליסטית, לפיה אין לנתק את הרציונל מהאמוציות, השפיעה על מערכת הרפואה, בה התפתחה ואף נוסדה הרפואה המשלימה, הרואה את האדם בראייה הוליסטית. על-פי תפיסה זו, נבחנת כל בעיה רפואית באספקלריה נפשית. שיטות הטיפול של הרפואה המשלימה ההוליסטית, אשר כאמור הוכרו כבר על-ידי הרפואה המסורתית, חותרות לטיפול כולל באדם תוך ניסיון לאתר את שורש הבעיה, ולא לטיפול בסימפטום בלבד.

עינינו הרואות, כי הנחות היסוד העומדות בבסיס התפיסה החברתית בעולם המודרני היוו תשתית לשינוי תפיסת העולם של מערכת הרפואה. כיום אף באות תפיסות אלה לידי ביטוי במסגרת ההליך השיפוטי, בהחדרת תהליך הגישור כאלטרנטיבה למשפט. עידוד תהליך זה על-ידי מערכת המשפט, מצביע על הפנמת המהפכה החברתית גם בתחום המשפט, דבר שראוי להיעשות. השאלה הנשאלת היא: האם למרות שמדובר בהליך חלופי, ניתן לעשות שימוש בעקרונות תהליך הגישור במסגרת ההליך המשפטי המקובל. לצורך מתן תשובה לשאלה זו, נבחן להלן את שני ההליכים תוך ניתוח העקרונות העומדים בבסיסם.

## **ג. הליך הגישור לעומת המשפט, האמנם שני קטבים מנוגדים ?**

הטענה הראשונה אשר עלינו להתמודד עמה נעוצה בניגוד האינהרנטי הנעוץ בין הליך הגישור לבין ההליך המשפטי. לכאורה, מדובר בשני הליכים המתנהלים בדרכים שלעולם לא תצטלבנה, כשאין ביניהם כל יחסי גומלין.

המשפט מטיבו נועד להגיע לפתרון חוקי חד משמעי באשר לנושא שבמחלוקת, תוך התייחסות לזכויות וחובות על-פי דין. כל נושא משיק, מוגדר מראש כחיצוני לעניין ובלתי רלוונטי לדיון, לרבות מערכת היחסים והקשר שבין הצדדים. אי לכך, פעמים רבות מגיע בית המשפט להכרעה נכונה בקונפליקט, אך זו אינה משפיעה לטובה על מערכת היחסים בין הצדדים, ואף מעצימה את שנאתם זה לזה. עקרונות הגישור לעומת זאת, מבקשים להביא את הצדדים ליצירת תקשורת טובה, תוך שחרור משקעי העבר, ומתוך הפניית מבט אל העתיד. הליך זה אמור להוביל לפתרון, מתוך תפיסה כוללת של יחסי הצדדים, ומתוך ניסיון להגיע לשורש הקונפליקט, לנטרולו ולהביא את הצדדים להסכם מתוך הסכמה.

השוני המהותי בין שני ההליכים בא לידי ביטוי גם באופי התנהלותם, קרי באווירה האופפת

5 חוק זכויות החולה, ס"ח תשנ"ו, 327.

את הדיון. בעוד שההליך המשפטי מתנהל באולם בית המשפט, באווירה סמכותית ומאיימת קמעא, על-ידי דמות אוטוריטיבית חורצת דין, מתנהל הליך הגישור באווירה נינוחה. תפקיד המגשר לסייע לצדדים לפתור את הקונפליקט מתוך בחירה עצמית ואוטונומיה מלאה, ללא כל כפייה או יכולת הכרעה; לא זו אף זו, בעוד שההליך המשפטי מנוהל בשפה משפטית מקצועית ובדרך כלל על-ידי עורכי דין, שפת הגישור היא שפת האדם, כשכל צד מדבר בשם עצמו, בשפתו ומרחשי ליבו, וזאת גם אם צד מבקש להיעזר בגורם מקצועי; יתרה מזו: בעוד שההליך המשפטי כפוף לסדרי דין, פרוצדורות סדורות ודיני ראיות, פתוח הליך הגישור כמעט לחלוטין, כשהגדרת הקונפליקט נעשית על-פי ראות עיניהם של הצדדים ללא כפיפות לפרוצדורה כלשהי. דומה, כי הפער בין ההליך המשפטי להליך הגישור, נעוץ בשוני בין התפיסה המשפטית, הדוגלת בקיומו של צדק משפטי, קרי: הכרעה בין אשם לזכאי ובין זוכה לחייב, לבין התפיסה הגישורית, שאינה מבססת פתרון קונפליקט על הכרעה ערכית משפטית. על-פי תפיסה זו, הפתרון האופטימלי הוא זה שנותן מענה לאינטרסים של כל אחד מהצדדים, גם אם כרוך הוא בוותור או פשרה, כשהפתרון נגזר מרצון הצדדים, צופה פני העתיד ויש בו כדי למצב מערכת יחסים תקינה.

הנה כי כן, הגישור והמשפט, קטבים מנוגדים הם,<sup>6</sup> ובאספקלריה של קביעה זו ניצבת במלוא עוצמתה השאלה בדבר נקודות הממשק האפשריות בין שתי הדיסציפלינות מחד גיסא, ובדבר אפשרות היישום של העקרונות החיוביים בגישור בהליך השיפוטי באולם המשפט, מאידך גיסא. ייאמר מיד: בין ההליך המשפטי להליך הגישור קיים מכנה משותף, הנעוץ לטעמינו בראש ובראשונה בכך ששניהם חותרים להגיע לפתרון הקונפליקט. אין מקום לספק, כי גם מערכת המשפט, מתוך תפיסה ערכית, מעדיפה מלכתחילה פתרון מוסכם על פני קביעה שיפוטית.<sup>7</sup> עם זאת, משנדרשת הכרעה, מכתבים סדרי הדין והוראות החוק את אופי ניהול ההליך. אולם אז נשאלת השאלה, האם במסגרת העבודה השיפוטית – המתבצעת על-פי כללי פרוצדורה נוקשים – ניתן לשלב עקרונות וטכניקות הישימות בגישור, מבלי לפגוע באחריות ובמחויבות כלפי העשייה השיפוטית. כפי שיובהר בהמשך, על אף הקושי בשילובן של שתי הדיסציפלינות, נראה כי שילוב עקרונות הגישור במסגרת ההליך השיפוטי, עשוי במקרים רבים להוביל להסכמי פשרה במהלך ניהול תיק משפטי, ולייתר פסיקה. במקרים אחרים, בצד האווירה הנעימה שתשרה במהלך הדיון המשפטי, יסייעו טכניקות הגישור להוביל להכרעה שיפוטית צודקת יותר.

6 על אפיונו של הליך הגישור, ראו גם: א' דויטש פישור הענק המתעורר (תשנ"ט) 31. בנוסף, להשוואה בין הליך המשא ומתן, הליך הגישור, הליך הבוררות וההליך המשפטי, כן ראו: S.B. Goldberg F.E.A Sander & N.H. Rogers *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and other processes* (NY 2<sup>nd</sup> ed., 1992), 3<sup>12</sup>.  
7 רציונל זה תואם את הגישה הדוגלת בגישור הפרגמטי. לעניין זה, ראו: R. Fisher & W. Ury *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (New York, 2<sup>nd</sup> ed. 1991) – על-פי גישה זו, מטרת הגישור הנה להביא את הצדדים לפתרון בעיות במשותף באמצעות טכניקת שונות, כגון: הפרדת האנשים מהבעיה, התמקדות באינטרסים ולא בעמדות, העלאת אופציות לרווח הדדי ושימוש בקריטריונים אובייקטיביים. כאמור, גישה זו מנוגדת לתפיסתם של המחברים R. Bush ו-J. Folger, לעיל הערה 4, לפיה הליך הגישור כלל אינו חותר להגיע לתוצאה בדמות יצירת הסכם בין הצדדים, כי אם לחיזוק האוטונומיה האישית של הצדדים. יודגש, כי קיימות תפיסות החולקות נמרצות על כך כי פתרון קונפליקט באופן מוסכם על-ידי שני הצדדים הנו עדיף על פני הכרעה שיפוטית. על פי תפיסות אלה, לבית המשפט תפקיד של חינוך ועיצוב החברה. לפיכך, על מנת לאפשר לבית המשפט להעלות עוללות על פני השטח, למנוע ניצול של החלש ולהציע את התברה קדימה, אין להמעט בסכסוכים, כי אם היפוכו של דבר: יש לעודדם כמה שיותר. בעניין זה, ראו: O.M Fiss, "Against Settlement" 93 Yale L.J. (1984) 1073, 1085-1090.

## ד. יישום עקרונות מהליך הגישור במסגרת ההליך השיפוטי

תנאי הסף להצלחת הליך הגישור הנם מזגו הנוח של המגשר והאווירה הנעימה השורה בדיון. מעבר לכך, מהוות טכניקות ניהול ההליך כלי חשוב ומשמעותי, ובעיקרן מיומנויות ההקשבה השונות, שעל המגשר ללמוד, להפנים וליישם. מיומנויות אלה נועדו לחדד את הנאמר על-ידי הצדדים, תוך מיקוד העמדות והאינטרסים אותם הם מבטאים, ובכך להפגין הבנה ואמפתיה לרגשותיהם. כך, למשל, טכניקות ההקשבה המוגדרות כרפלקטיבית ואפקטיבית, מחייבות חזרה על דברים שנשמעו תוך שיקוף הנאמר באופן שמגלה הבנה לדברים, אך גם באופן המאפשר למגשר לאתר מסרים החבויים מאחורי הצגת עמדות הצדדים. מסרים אלה עשויים לשקף את האינטרסים האמיתיים של הצדדים. גם טכניקת ההקשבה האקטיבית, "השיקוף המתוחכם", המיושמת ככלי גישורי בשלב מתקדם של התהליך, תורמת ללא ספק לקידומו, כאשר במסגרת השיקוף והבנת האינטרסים של כל אחד מהצדדים, נעשה ניסיון של המגשר לדוּבב ולהוציא מפי הצדדים את הפתרונות האפשריים בעיניהם.<sup>8</sup>

אומר מיד, כי אותם תנאים להצלחת גישור רלוונטיים בהליך השיפוטי. כפי שנראה, יש בהם כדי לסייע להביא את הצדדים לפשרה תוך כדי ניהול ההליך המשפטי בטרם הכרעה, אך יש בהם גם כדי להבטיח בידור מעמיק יותר של העובדות העומדות מאחורי כל סכסוך, תוך תקווה שפסק הדין אכן ישקף אמת עובדתית, ולא רק יקבע כמקובל את האמת המשפטית. יודגש, כי לדעתנו ניהול ההליך המשפטי לקראת הכרעה שיפוטית, תוך שילוב כלי הגישור, לא יהא בו כדי לפגוע בכבוד המערכת או "לחבל בכללי העבודה", לרבות בגינונים הנדרשים לשימור מעמד השופטים. יתר על כן, יש באימוץ כלי הגישור כדי להוסיף כבוד לתהליך ולעושים במלאכת השיפוט.

### 1. שימוש בכלים הגישוריים במהלך ההליך השיפוטי המקובל

להלן נתמקד בתפיסה, כי ניתן – ואף רצוי – לעשות שימוש בכלים הגישוריים במסגרת ניהול ההליך השיפוטי הרגיל, אשר בסופו יינתן פסק דין. הואיל וקביעת התשתית העובדתית המשמשת בסיס לפסק דין מבוססת בעיקרה על הכרעה בדבר מהימנות עדים ואימוץ ראיות, הרי שירידה לשורש העובדות, תוך קליטת המסרים האמיתיים של העדים, שלעיתים מוסתרים מאחורי השפה המשפטית, משקפת תמונה אמיתית יותר, שממילא תוביל לפסק דין צודק יותר.

#### 1.א. אימוץ האקלים הגישורי

אימוץ אקלים גישורי, קרי אווירה נינוחה במהלך התנהלות השופט במשפט, תוך שידור יחס של כבוד לצדדים, תסייע לתקשורת טובה ביניהם, ולחיזוק האמון במערכת באופן שהכרעה

8 ראו בעניין טכניקות ההקשבה: M. Holgensen (Editor), *Active Listening Building Skills For Understanding*, (University Of Cambridge, 1994), וכן ראו: N. Steuart Jhon & M. Thomas, *Bridges Walls*, (New York)

השיפוטית תתקבל על ידם מתוך הערכה ותחושה של קבלת הדין.<sup>9</sup> למותר, כמוכן, להדגיש, את חשיבות הדוגמא האישית של השופט בהתנהגותו כערך חשוב בפני עצמו.<sup>10</sup>

### 1.ב. אימוץ טכניקות ההקשבה הגישורית

כאמור, יש בהקשבה, על הטכניקות השונות הגלומות בה, כדי לסייע לשופט בבואו ליתן משקל או לייחס מהימנות לעדויות, ולהכריע בין אמת לשקר. דומה, כי בהתנהלות המשפטית הרווחת, קיימים מספר גורמים העלולים להטות ולהטעות את השופט, ועליהם ניתן להתגבר באמצעים שונים.

#### 1.ב.1. השופט איננו שומע את הסיפור המלא

הצגת העובדות על-ידי הצדדים לסכסוך ועדיהם נעשית בדרך כלל בראי הטיעונים המשפטיים, בהנחיית עורכי הדין, ובשפה המתובלת במונחים משפטיים מקצועיים. כך, מושמטות עובדות שמבחינה משפטית אינן קבילות ו/או אינן ניתנות להוכחה. כך, למשל, אין התייחסות לרגשות, עדויות שמיעה, קונפליקטים מן העבר וכיוצא באלה, למרות שאלה מהווים לא אחת את נשמת אפו של הסכסוך. התוצאה היא, שהשופט נאלץ על-פי דין לטפל בקונפליקט נקודתי ללא התייחסות לשורשיו. דומה, כי על מנת לחתור לפסיקה צודקת והוגנת, לא נכון להתעלם מההיבט האמוציונלי של הקונפליקט, המסייע להבנתו. לא מן הנמנע, ששימוש בטכניקות ההקשבה המפורטות במהלך מתן העדויות, יאפשר לשופט לגבש את הסיפור המלא נשוא המחלוקת המשפטית.

---

9 יש שופטים שאכן נוהגים כך. בראיון נדיר עם כב' השופט יהושע גרוס, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב, אשר פורסם ביום 1.3.02 בעיתון מעריב במוסף "סופשבוע", מציין השופט גרוס, כדלקמן: "אחד הפתרונות להקלת העומס טמון באופן התייחסות למקצוע השפיטה. אם האווירה באולם קשה, זה משפיע גם על השופט, ואז, בנוסף לעומס העבודה וקוצר הזמן, יש אווירה עכורה שאינה מקלה על מלאכת השיפוט. אני פונה לעמיתי השופטים בעצה - אם תנהגו באדיבות, בהומור, בסבלנות ובסובלנות, העומס לא יעיק. על השופט לזכור שהוא משרת את הציבור ולא הציבור משרת אותו ... לו יקפידו השופטים לתת מילה טובה, חיוך קטן, כולם יוצאים מהאולם בהרגשה טובה ... כשהשופט רגוע ומרוכז, למרות העומס, הדיון מתנהל ביעילות. כשהשופט עצבני ולחוץ, זה גורם למתיחות באולם ולוויכוחים מיותרים. הציבור צריך לחוש שהוא מקבל את תשומת הלב. אסור לאדם לחוש שהוא בסרט נע". בראיון סוקר השופט דוגמאות רבות מתחום השפיטה ברוח האמור לעיל. מובן, כי אין לפרש דברים אלה, כאילו על השופט להפוך להיות חברם של הצדדים או של עורכי הדין. אולם, לדעתנו יש להביא אל אולם בית המשפט את הפן האנושי של השופט כאדם, במקום את הפן המרוחק, אשר לעיתים נתפס כקר ומתנשא. האקלים בביהמ"ש יכול וצריך להיות נשלט ע"י השופט, בדרכים שונות: כך, למשל, מניעת עורכי הדין מהתנהגות תוקפנית תביא בהכרח להרגעת הרוחות, לפתיחת יכולת הקשבה אצל הצד השני, ולמניעה של יצירת סכסוכים נוספים במהלך הדיון. זאת ועוד: ניתן "להרגיע את הרוחות" בין הצדדים על-ידי שימוש בריפריימינג על מנת להיווכח האם הבינו הצדדים את עמדת הצד השני, או להעברת מסרים מרגיעים או מכוונים ("שמעת שהנתבע העיד קודם שהוא מצטער על שפגע בך?"). ניתן אף להציג עדיפות הפשרה על פסיקה, במובן של WIN-WIN SITUATION.

10 למותר לציין, כי יצירת אווירה נינוחה טובה גם לשופט עצמו: העבודה באווירה לוחצת של מתח ותחרות בלתי פוסקים במשך שעות רבות בכל יום, חושפת את השופט לאנרגיה שלילית מצטברת. אין ספק שאווירת המתח והלחץ עלולים לפגוע בתפקודו של השופט בעבודתו (חוסר שקט, חוסר סבלנות) ואפילו לפגוע בבריאותו.

### 1.2.3. הפער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית

כיוצא מן האמור, בהליך המשפטי, מעצם טיבו וטבעו, עלול להיווצר פער בין התשתית העובדתית - כפי שנקבעת על-ידי השופט כאמת - לבין האמת העובדתית, ואלה לא תמיד חופפות האחת את רעותה. דומה, כי טכניקות ההקשבה מהוות כלי עזר למזעור המכשול האמור ולצמצומו.<sup>11</sup> טכניקות אלה, שהן בעלות משמעות בגישור, מאפשרות לשופט לנסח מחדש אמירה של צד באופן שיש בו כדי להדגיש מסר אשר היה חבוי בתוכה, ולתת לה משמעות אמיתית שתוביל, ככל האפשר, לאמת העובדתית.<sup>12</sup>

### 1.3.3. הבדלים "תרבות הנרטיב" של העדים

כידוע, אופן הצגת העובדות על-ידי העדים בבית המשפט וסגנון הדיבור מושפעים מרקעם התרבותי. למעשה כל עד מספר את סיפורו בצורה האופיינית להלך מחשבתו ולפרשנות שהוא נותן לאירועים.<sup>13</sup> אל מול הצגה הגיונית מסודרת וכרונולוגית של דברים, כפי שנעשית בדרך כלל "בנרטיב" של עד הבא מתרבות מערבית, לעיתים מוצגים הדברים באופן אסוציאטיבי, תוך עירוב רגשות ותיאורים לא רציונליים "בנרטיב" של עד הבא מתרבות אחרת, סגנון אשר איננו מקובל במערכת המשפטית המערבית. קרוב לוודאי, כי יקל על השופט לאמץ עדות המסופרת בסגנון הקרוב לעולמו ולהעריכה כאמת או שקר, בה במידה שהסגנון האחר עלול להקשות עליו להעריך אל נכון את יסודות האמת והשקר שבסיפור. עולה מכל זה, כי יש בדרך ובאופן הצגת העובדות כדי להשפיע על מהלך ההכרעה בין אמת לשקר. השימוש בטכניקת הקשבה הרפלקטיבית יכול לסייע לשופט להתמודד עם מכשול זה, ולהבין את המשמעות הנכונה והמלאה של העדות. האחריות הכבדה המוטלת על כתפי השופט, אשר תפקידו לשפוט משפט צדק, מחייבת אותו בדיקה מדוקדקת של הסיפורים המובאים בפניו באולם בית המשפט. לגישתנו, עצם המודעות לפער תרבותי זה, יש בה כדי לסייע בידי השופט לשלוט בנטייתו הטבעית להיסחף אחרי אופן הצגת הסיפור.

לסיכום, ניתן לומר כי שימוש בטכניקות ההקשבה הגישוריות בכלל, ואימוץ האקלים הגישורי בפרט, במסגרת ההליך השיפוטי, יכולים להביא לפסק דין המושתת על יסודות עובדתיים איתנים יותר, וממילא ניתן לצפות כי התוצאה המשפטית תהיה צודקת יותר והולמת יותר את המציאות העובדתית.

11 לעניין זה, יפה להזכיר את דבריו של הנצי"ב בפירושו "העמק דבר" על התורה; שכתב על הפסוק: "ואצווה את שופטיכם בעת ההיא לאמור: שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ... " (דברים א, טז) ולפי הפשט כך פירושו - מלבד שמיעת הטענות מפייהם, ראוי להטות אוזן לדברים שיוצא מביניהם ולקלוט האמת, ובוודאי יש להבין דין מרומה וכד', יותר ממה שנשמע הטענות שבאים בהכנה לטעון כך וכך - וזהו, "שמוע בין אחיכם" - מה שמדברים בינם לבין עצמם".

12 לדוגמא, מעביד בחקירה ראשית מעיד, כדלקמן: "מעולם לא הבטחתי לעובדת בונוס שנתי", ואילו בחקירה נגדית מעיד המעביד: "דיברתי איתה באופן כללי שאם יהיה מצב טוב היא תקבל בונוס". במקרה כזה, מותר לשופט להציב "על השולחן" את האיוון שבין הגרסאות, ולחדד את שורש הקונפליקט: בעיני המעביד - הוא נתן הבטחה לבונוס רק אם מצב החברה יהיה טוב, אולם בעיני העובדת - היא הבינה שתקבל בונוס בכל מקרה.

13 E.g. Mishler "The Analysis of Interview" Narratives", Narrative Psychology: The Stories Nature of Human Conduct (New York, 1986) 233



## 2. שימוש בכלים הגישוריים על מנת לקדם פשרה

טכניקות הגישור השונות רלוונטיות ויעילות ליישום במסגרת ההליך השיפוטי, אף במטרה לנסות ולקדם את הצדדים לקראת פשרה, ובכך לייתר את הצורך בהכרעה שיפוטית. אין ספק, כי בפתרון המחלוקת המשפטית על דרך הפשרה, יש משום מימוש החזון של כל חברה מתוקנת השמה לעצמה כאידיאל את הפנמת ערכי השלום, הסובלנות, הפתיחות וההבנה. למותר לציין, את הערך המוסף שבסיום התיק בדרך זו למערכת המשפט, הכורעת תחת עומס התיקים. אין תימה, איפוא, שהשופטים מנסים לקדם את תהליך הפשרה, בין בטרם תחילת הדין המשפטי, ובין במהלכו. כאמור, יש בטכניקות הגישור כדי לסייע לשופטים בהליך זה, וראוי שתנוצלנה, אם כי בזירות ובמתנות כדי לאפשר לשופט להמשיך בניהול המשפט, מבלי שימצא עצמו מעורב בתהליכי ההידברות אפילו למראית עין.

### **2.א. אימוץ האקלים הגישורי**

מטבע הדברים, משרה אולם המשפטים אווירה סמכותית המערערת קמעא את תחושת הביטחון של הבא בשער היכל המשפט. דומה, כי באופן בלתי מודע משליך בעל דין מעל עצמו את אחריותו לגבי הקונפליקט והפתרון האפשרי ליישבו, היישר לפתחו של השופט. נראה, כי יש באקלים הגישורי הנינוח באולם המשפט כדי לחזק את תחושת הביטחון של הצדדים בעצמם וכדי להביאם להפנים את המודעות להיותם אנשים אוטונומיים המסוגלים לקחת אחריות. כתוצאה מכך, יהיו בעלי הדין נכונים להיות שותפים בתהליך למציאת פתרון נכון וראוי לקונפליקט, גם אם נמצאים הם בעיצומו של תהליך משפטי.

### **2.ב. אימוץ טכניקות ההקשבה**

כאמור, תהליכי ההקשבה הנם מאושיות התפיסה הגישורית. השימוש בטכניקות אלה מהווה, בין היתר, אישור לצד המדבר, כי דבריו נופלים על אוזן קשבת. דומה, כי הקשבה אמיתית מאפשרת לאדם המדבר לפתוח את סגור ליבו, לספר יותר, ובכך לאפשר לצד השני לחוש את מצוקותיו ולהבין את המסתתר מאחורי עמדתו הפורמלית. תהליך זה הנו דו צדדי, כשגם המדבר הופך בתורו למאזין טוב יותר בתגובה להקשבה לה זכה הוא. טכניקות ההקשבה עשויות להיות כלי עזר ליצירת תקשורת בין הצדדים, ולהביאם במקרים רבים לנהל משא ומתן מחוץ לאולם הדיונים, עד לחתימת הסדר פשרה.

לא זו אף זו, היכולת של השופט לעשות שימוש בטכניקות ההקשבה תוך כדי שמיעת הצדדים, מאפשרת לו לחוש את האינטרסים האמיתיים העומדים מאחורי העמדות הנוקשות של כל אחד מהצדדים ולהעלות חלופות רלוונטיות לפתרון, כמובן מבלי להביע עמדה ערכית כלפי פתרון זה או אחר. יתכן, כי העלאת חלופות שונות לפתרון, היא זו אשר תפרוץ המחסום הפסיכולוגי העומד ממילא בין הצדדים, ויוזמה זו תוביל את הצדדים להמשיך בניהול דו-שיח ביניהם על מנת למצות

את הפתרונות האפשריים ולבחור מהם את המתאים ביותר.<sup>14</sup> למותר לציין, כי העלאת פתרונות אפשריים על-ידי השופט צריכה להיעשות בזהירות ובמסורה ותוך שמירה מרבית על האובייקטיביות, כל זאת כמובן על מנת לא להסתכן בפסילתו, מקום שיהיה עליו להגיע להכרעה. אחד הכלים המומלצים לצורך העלאת אופציות שונות לפתרונות, הנו כלי ההקשבה הרפלקטיבית המאפשר לשופט לנסח מחדש אמירה של צד בצורה שתדגיש את האופציה לפתרון אשר היה חבוי בתוכה.

## ה. סוף דבר

אין ספק כי תהליך הגישור, על הטכניקות השונות המשמשות אותו, מגלם ומביא לידי ביטוי ערכים של תקשורת, הקשבה, קבלה ופתיחות, זאת בניגוד להליך המשפטי שבמסגרתו מתנהל מאבק המתבצע באמצעות 'כלי מלחמה משפטיים'. אין לנו ספק, כי אימוץ תרבות הגישור על-ידי השופטים, בין השאר על-ידי שינוי האווירה ויישום טכניקות הקשבה שונות, ישנה תוך זמן קצר את פני מערכת המשפט, ייטיב עם התוצאות השיפוטיות כפי שפורטו לעיל, ואף יעניק לשופט מימד נוסף של הערכה הנובעת מאישיותו. בסופו של דבר, באמצעות אימוץ הערכים החיוביים האמורים אל תוך אולמות בתי המשפט, יתרמו השופטים לעיצוב החינוך במדינת ישראל ולהנחלת ערכים חיוביים אל תוך התרבות הישראלית. ככלות הכול, שיפוט אינו מקצוע או עבודה, זו צורת חיים, באשר שופט טוב צריך ליתן חלקו בבניין חברתו.<sup>15</sup> השסע והקיסוב במדינת ישראל, כפי שאלה באים לידי ביטוי גם בהתדיינויות רבות ולעיתים מיותרות, מחייבים גם את התייחסותה של מערכת המשפט. אין ספק, כי הפנמת הצורך בשינוי תפיסת התפקיד השיפוטי על-ידי יצירת אווירה ניוחה וגישורית, המבטאת ערכים חיוביים של תקשורת, הקשבה, פתיחות וקבלה, תסייע בהנחלת ערכים אלה אל תוך כל תחומי החיים, וממילא תתרום ליצירת חברה טובה יותר וסובלנית יותר.

הכדור, אם כן, מצוי כעת במגרשם של השופטים.

14 העלאת אופציות לרווח הדדי והתמקדות באינטרסים ולא בעמדות, הנם שני עקרונות חשובים המיושמים על-ידי הגישה הדוגלת בגישור הפרגמטי. עקרונות אלה מוזכרים על-ידי פישר ויורי בספרם *Getting to Yes* (ראו לעיל, הערה 7). על-פי האמור בספרם, מעל פני השטח השיח הוא שיח של עמדות, ואילו מתחת לפני השטח קיימים אינטרסים, המהווים למעשה המניעים האמיתיים לסכסוך. העמדות הנן מראית עין בלבד, ואילו האינטרסים ניתנים לאיזון. לפיכך, יש לעבור לרמת האינטרסים ולא לרמת העמדות. בנוסף, על פי שיטתם, חובה על המגשר להוביל את הצדדים להמציא אופציות רבות לרווחים הדדיים על מנת להעניק לצדדים תחושה של עסק משותף. על-פי שיטתם, בשלב זה האופציות המועלות על שולחן הדיונים הנן מנותקות מהבחירה הסופית, קרי: אין מחויבות של מי מהצדדים לקבל את אחת האופציות. הנני סבורה כי ניתן ליישם עקרונות אלה, בשינויים המחוייבים, אף במסגרת ההליך השיפוטי.

15 ראו דברי הנשיא ברק בבג"צ 732/84 *צבן נ' השר לענייני דתות*, פ"ד מ (4) 141, 148-149 כן ראו: א' ברק שיקול *דעת שיפוטי* (תשמ"ז) 47 ובנוסף: א' ברק "על השופט" המשפט ו (תשס"א) 265.