

הרהורים על חקיקת הגישור

1979 סמדר אוטולנגי *

במשך שנים נעשה בישראל נסיון להכניס את הגישור לתודעת המשפטים, אך בלא הצלחה מרובה. בעשור האחרון, החלה תפנית. מאמרים נכתבו,¹ ספרים פורסמו,² והגישור הפך, באחת, לדרך האולטימטיבית לפתרון סכסוכים: הוא הוכנס כתיקון לחוק בתי המשפט, תקנות מיוחדות הותקנו עבורו, מחלקות מיוחדות הוקמו בבתי המשפט, הממליצות לצדדים להפנות סכסוכיהם לדרך הגישור, ובתי המשפט עצמם עוסקים בו, בצורה זו או אחרת. ברשימה קצרה זו אעלה אחדים מהרהורי על חקיקת הגישור.

רבות דובר על יתרונותיו של הגישור, השם את עיקר הדגש על שליטת הצדדים במצבם, בהשוואה לבוררות:

- א. בניגוד לבוררות, בה ההכרעה הסופית בסכסוך ניתנת על ידי הבורר ולצדדים אין יותר מה לומר – הגישור משאיר לצדדים עצמם את ההחלטה הסופית בנוגע לחיסול סכסוכם;
 - ב. בעוד שבבוררות ניתנות ההנחיות בדבר ניהול ההליך על ידי הבורר – בגישור נשארת ההכרעה בדבר ניהול ההליך וסיומו בידי הצדדים;
 - ג. בשעה שהליך הבוררות מגיע לסיומו על ידי פסק, כשצד אינו יכול לפרוש ממנה באורח חד צדדי – בגישור חופשיים הצדדים לפרוש בכל עת;
 - ד. בעוד שהבורר מוגבל לסכסוך המובא בפניו על ידי הצדדים – המגשר אינו מוגבל לנושאים המובאים אליו על ידי הצדדים, אלא הוא אמור לחשוף את האינטרסים האמיתיים של הצדדים (גם אם לפרקים הם מוסווים, ואולי הם אף בלתי נהירים להם עצמם) ובכך הוא מאפשר השגת פתרון הולם, מקיף יותר;
- ועוד יתרונות כהנה וכהנה.

לשם האיזון, צריך להצביע גם על חסרונות הגישור, ואמנה אותם בהתאמה למה שמניתי לעיל כיתרונותיו:

- א. אם הצדדים אינם מגיעים לכלל הסכמה לפתרון הסכסוך – לא זו בלבד שהפגישות עם המגשר בזבוזו להם זמן וכסף, אלא יש חשש שכתוצאה מכשלונן הם גם יקצינו את עמדותיהם;
- ב. היות והצדדים, הם המכוונים את קצב ההתקדמות של הגישור, הרי שאם אחד הצדדים לא הפנים את מהות הגישור ועדיין רואה את עצמו כנתבע על לא עוול בכפו, הוא ינסה למשוך את ההליך על פני פרק זמן רב. כך יתמשך הטיפול בסכסוך מעל למידה, מה שלא היה קורה בבוררות, בה הבורר קוצב את מועדי הישיבות והשמעת העדים;

* פרופ' ס' אוטולנגי, פרופסור מן-המנין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. ברצוני להודות לספרניות של הספרייה בפקולטה למשפטים, אשר סייעו לי בכל שעה משעות היום והערב בבדיקת מראי המקום המדויקים של דברי החקיקה השונים.

1 'א' אלרואי, "יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת", המשפט א (תשנ"ג) 311.
2 'א' דויטש, הענק המתעורר (תשנ"ט-1998); ר' סטי, דרך גישור להסכם (2001).

- ג. מאחר שההכרעה לגבי הסדר גישור היא בידי הצדדים, ומאחר שהם יכולים לפרוש מהליך הגישור בכל עת, הרי שאין כל בטחון שהסכסוך אכן יסתיים בהסדר. בבוררות, לעומת זאת, אין אפשרות לפרוש מההליך באורח חד צדדי; ולכן הסכסוך יסתיים בפסק, אשר לרוב אף יבוצע על ידי הצדדים;³
- ד. בבוררות הצדדים חייבים לגבש את טענותיהם ולהביאן בפני הבורר על מנת שהכרעתו לגביהן תהווה מבחינתם הכרעה במחלוקת, שתחסל את הסכסוך. המגשר, לעומת זאת, רואה במסגרת תפקידו את היותו "חושף חדרי לב": הוא אמור לחפש אחר "האינטרסים האמיתיים" העומדים מאחורי העמדות המוצהרות ולחשוף אותם. ברור מאליו, שחשיפה זאת אף עלולה להיות מסוכנת לצדדים: בנסותו להגיע לעומק הסכסוך, חותר המגשר להגיע לרבידים כאלה, שהצדדים כבר הצליחו לכסות עליהם אפילו בפני עצמם. חיטוטיו של המגשר רק יביאו לפתיחה מחדש של פצעים אשר כבר הגלדו. מה הטעם בחשיפת נקודות נוספות הקשורות לסכסוך, כאשר הצדדים עצמם אינם מעוניינים בכך?

קיימים, כמובן, חסרונות נוספים;⁴ אך לא בגישור עצמו באתי לדון כאן, אלא בחקיקה העוסקת בו.

אני מכירה עורכי דין אחדים, הפועלים בדרך הגישור במשך שנים לא מעטות, כשהדבר נתפש על ידם כחלק מהפרקטיקה הנכונה ליישוב סכסוכים. לא רק עורכי דין, אלא גם בעלי מקצועות אחרים פועלים בדרך זו לשם פתרון בעיות, כמו עובדים סוציאליים ופסיכולוגים. הגישור משמש בהצלחה מרובה בתחום המשפחה, בהיותו האמצעי הטוב ביותר להפגת מתחים ולהשכנת שלום. הוא מצליח במידה רבה גם במערכת יחסי העבודה. כאשר מוגשות תביעות לבית הדין, במקרים רבים משמשים נציגי הציבור כמגשרים ומצליחים לעתים קרובות ביישוב התביעות.⁵

אכן, גישור יכול לשמש לפריקת מתחים בתחומים רבים, ואין לתפוש אותו כחלק מעולם המשפט דווקא. גם מתחים הנוצרים בין תלמידים בכיתת לימוד, בין חיילים ביחידה בצבא, בין עובדים במשרד, בבתי חולים, בתעשייה, ועוד ניתנים להפגה באמצעות גישור. מי שניחן באוזן רגישה ויכול להבחין במצב של מתח כבר בעת התהוותו, יכול למנוע את ההתדרדרות במצב תוך שימוש בטכניקות של גישור. בטוחתני, שרבים ממנהלי כוח אדם במפעלים - הפועלים להרגעת רוחות ולהפגת מתחים בין עובדים, בהיותם אמונים על ניהול משא ומתן - אף אינם יודעים שלאמיתו של דבר הם נוהגים בדרך הגישור.⁶ מובטחתני, שאילו היה הגישור, במשמעותו האמיתית, ממשך לפעול בצורתו הטבעית, הטובה, היינו נהנים מתוצאותיו המבורכות בהרבה ממגזרי חיינו.

3 באותם מקרים בהם יחשוב אחד הצדדים שנפל פגם בפסק - או בהליך עצמו - הוא יוכל לבקש מבית המשפט את ביטול הפסק. בדרך זו, ישמע בית המשפט את טענותיו וכך יהיה משהו נוסף שיכריע בדבר, כך ששוב מדובר יהיה בסיום הסכסוך (הגם שבניגוד לדעתו של אחד הצדדים). רק במקרה שבית המשפט יחליט על ביטול הפסק, בלי להחזיר את התיק לבורר שדן בו או בלי למנות בורר חליף, רק אז יישאר הסכסוך בלתי פתור.

4 כמו ניצול פגישות הגישור רק לצורך "שאיבת אינפורמציה" מצד השני, כחלק מתכנון האסטרטגיה לדיון המשפטי שיתקיים בבית המשפט, לאחר הפסקת הליך הגישור על ידי אותו צד.

5 אמנם בכך הם מקלים את העול שעל בית הדין, אך כשלעצמי, לא ברור לי כיצד מסתדר הדבר עם האיסור על התפשרות לגבי זכויות סוציאליות מוגנות.

6 הלא הגישור הוא המשכו של תהליך המשא ומתן. ראו א' גלין, "תחת משק כנפי הגישור", ספר מנחם גולדברג (2001) 233.

אבל חוששתני, שאנו עומדים לאבד דרך זו דווקא בשל שליפתה מהתחום הטבעי לה, והכנסתה - לפעמים בדרך מלאכותית, תוך לחצים - למערכת המשפט. הכנסת הגישור לחוק בתי המשפט הפכה אותו, באחת, למוסד משפטי; ומכאן מתחילות הבעיות: מוסד משפטי צריך שיהיו לו כללים; וצריך שיהיה מובנה; וצריך שתהיה כלפיו הכרה; וצריך שלתוצאותיו יהיה תוקף משפטי; וכו'. כך התחיל כדור השלג להתגלגל במדרון, וכך אנו עומדים לאבד את יתרונותיו של הגישור. ומשנאבד את הגישור כדרך ליישוב מחלוקת משפטית, עלולים אנו לאבד את הגישור גם כדרך לפתרון מחלוקות בתחומים אחרים. אפרט למה מכוונים דברי.

תחילתו של הגישור כחלק ממערכת החקיקה היתה בתיקון חוק בתי המשפט, ובקביעה שיכול שופט להפנות צדדים, בהסכמתם, להליך של פישור, שרק בסוף 2001 הוסב שמו ל"גישור".⁷ אי לכך אתייחס להלן לסעיפי החוק והתקנות, גם אלה שהותקנו לפני התיקון, כאילו נכתב בהם הפועל "גשר" ולא "פשר".⁸

כאמור, התיקון לחוק בתי המשפט שנעשה בשנת 1992 הכניס את האפשרות של הפניית הצדדים לגישור. ס' 279 מורה לאמור: "בסעיף זה, 'גישור' - הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו".⁹ ניתן להצביע על מספר פגמים בהגדרה זו:

ראשית, בצמצום תחולת ההגדרה - לא "גישור" באופן כללי, אלא אך ורק "גישור" לצורך סעיף 279, דהיינו, גישור שהצדדים מופנים אליו לאחר שהוגשו כתבי בידן על ידי ידם. לכן גם התקנות שהותקנו במסגרת סעיף זה מצומצמות להליך זה בלבד.

שנית, בהגדרה עצמה - יש בה צמצום לסוג אחד בלבד של מגשר, הלא הוא המגשר הפעיל, שנועד עם הצדדים כדי להביאם לידי הסכמה. ברם הלא ישנם, כידוע, גם סוגי מגשרים אחרים, כמו ה-facilitator, הרואה את תפקידו ביצירת אוירה נעימה, בהפנת מתחים ובמתן הזדמנות לצדדים למצוא בעצמם את הדרכים השונות ליישוב הסכסוך שביניהם, ועוד. סוגים נוספים אלה של מגשרים אינם נכללים בהגדרה.¹⁰

7 התיקון בתקנות שהמיר את המונח "מפשר" ב"מגשר" הקדים את התיקון שבחוק: תקנות בתי המשפט (פישור) (תיקון), תשס"ב-2001 - כמו גם תקנות בתי המשפט (מינוי מפשר, תשס"ב-2001 - נכנסו לתוקפן כבר ביום 14.10.01, שעה שהתיקון בחוק בתי המשפט, (תיקון מס' 29 (הוראות לעניין גישור), תשס"ב-2001, נכנס לתוקפו רק 11 יום לאחר מכן, ב-25.10.2001.

8 מן הראוי להעיר, כי טרם נעשה תיקון מקביל בתקנות בית הדין לעבודה (פישור), תשנ"ג-1993, שהותקנו יחד עם תקנות בתי המשפט (פישור) באותו קובץ תקנות. מן הראוי להביא להאחדת המונחים, פן מישוה עוד ייחס משמעות לשוני בין "מגשר" בתביעה המוגשת בבית משפט לבין "מפשר" בתביעה המוגשת בבית הדין.

9 ס' 279ג (א) לחוק בתי המשפט, כפי שהוסף בשנת 1992.

10 התייחסות שונה אל המגשר נעשתה בתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג-1993. כאן ההגדרה היא "מגשר" - מי שתפקידו לסייע בידי בעלי הדין להגיע להסדר גישור מתוך ניהול משא ומתן חופשי, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו". גם הגדרה זו אינה נקייה מספקות, שכן לא נאמר בה בין מי למי ייערך המו"מ החופשי - בין המגשר לצדדים; בין הצדדים לבין עצמם? (אם החלופה הראשונה היא הנכונה, כי אז מדובר במגשר פעיל ביותר; ואם החלופה השנייה היא הנכונה, כי אז מדובר במגשר הסביל). אם מישוה סבור, שלא מתוך היסח הדעת נשארה ההגדרה בניסוח מעורפל, אלא מתוך כוונת מכוון - כך יוכלו שני סוגי המגשרים להיכלל בהגדרה - באה תק' 2 ותופחת על פני פרשנות מיטיבה זו, בהזכירה את תפקידו הפעיל ביותר של המגשר בהליך הגישור: "פישור הוא הליך שבו נועד מפשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה על יישוב הסכסוך, בין היתר על ידי בירור הנושאים שבמחלוקת, גילוי מידע הדרוש בקשר לסכסוך והצעת אפשרויות לפתרונו". המסקנה היא, שבכל זאת מדובר בניסוח בלתי מדויק בהגדרה, דבר שלא היינו מצפים לו בדבר חקיקה חדש.

שלישית, בייחוד של הוראות הסעיף רק לגישור שבית המשפט מפנה אליו את הצדדים (בהסכמתם, כמובן). אכן, הכנסת הגישור נעשתה דרך הדלת הצדדית, תוך שימוש בחוק בתי המשפט, ולא בחקיקת חוק נפרד, עצמאי. התוצאה היא, שהגישור החופשי, שהצדדים פונים אליו מרצונם, בהסכמה הדדית, במגמה לחסוך מעצמם את כל הטרחה, הטרדה, אי הנעימות, הפומביות וההוצאות הכרוכות בפנייה להליך משפטי – נשאר בלתי מוסדר מבחינת החקיקה. כך, למשל, בעוד שבהליך לפי חוק בתי המשפט אין אדם יכול להתמנות על ידי בית המשפט כמגשר אלא אם כן עבר הכשרה מיוחדת לכך, הרי שבגישור שנערך בלא שקדמה לו הגשת תביעה – כל אדם יכול לכהן כמגשר; בעוד שהוקדשה תשומת לב להכנת טיוטת הסכם בין המגשר לצדדים, המצורף כתוספת לתקנות והחל במקרה שלא הכינו הסכם אחר – אין כל הצעה להסכם אשר כזה בגישור "חופשי". גם אין שום הוראות לגבי כללי האתיקה שיחולו על אותו מגשר, שום הגבלות על פעילותו, שום הנחיות בנוגע לסמכויותיו, לתשלום שכרו, להפסקת פעולתו, וכד'. מתוך שהתיקון הוכנס לחוק בתי המשפט כפי שהוכנס, התקנות המוצאות על ידי השר במסגרת סמכותו מוגבלות לגישור כזה בלבד; וחבל. משום שאם כבר הוקדשו זמן ומחשבה להתקנת תקנות הקשורות בגישור – מן הראוי היה להחילן על כל גישור שהוא. במצב הנוכחי, שאלות רבות עדיין נותרות ללא מענה מחייב כמו, אילו כללי אתיקה יחולו על מגשר בגישור שהחל ביוזמת הצדדים, בלא הגשה מוקדמת של תובענה לבית המשפט? באיזו מידה יוכל הוא לסייע להם בייעוץ מקצועי מתחום עיסוקו? מהי חובת הסודיות בהליך הגישור הזה? האם ניתן יהיה להציג אחר כך בבית המשפט דברים שהועלו במהלכו? אכן, מתעוררות שאלות רבות, ומענה להן – אין. אולי ניתן לומר, שאם המחוקק קבע כללים לגבי גישור שהצדדים מופנים אליו על ידי בית המשפט, משמע שכללים אלה נראים בעיניו כנכונים ביותר; ולכן צריך לקיים אותם גם בגישור שהצדדים החליטו עליו בעצמם, בלא קשר להגשת תביעה משפטית. דעה זו כבר הובעה אף על ידי בית המשפט באחד מפסקי דינו: "לא נראה כי יש בסיס הגיוני להחלת החסיון רק על הליכי פישור המתקיימים לאחר פתיחת תיק. אני רואה בזה לקונה בחוק, שיש לתקנה באמצעות יצירת עילת חסיון נוספת, כהמשך והשלמה לחסיון המוענק בחוק בתי המשפט, ועל פיה – יש להעניק חסיון לשיחות המתקיימות במסגרת של הליך פישור גם כשמתקיימות לפני פתיחת הליך שיפוט¹¹."

אכן, נוכח הניסוח הנוכחי בחוק בתי המשפט נותר הגישור-מרצון "מיותם", בלא הוראה חקיקתית שתחול לגביו.

מאחר שמדובר בדבר חקיקה חדש, הוסמך השר להתקין תקנות בנושאים אחדים.¹² בשנת 2001 הוסמך השר להוסיף תקנות בעניינים נוספים.¹³ מכל הנושאים האלה, רק בנושא התעריף המקסימלי הוכפפו התקנות לאישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.¹⁴ התיקון משנת

11 תמ"ש (י"ם) 3341/99 א' ש' נ' א' ש' (טרם פורסם), מפי השופט גרינברגר.
 12 בסדרי מינוי בורר או מפשר; בסדרים וכללים בהליך פישור וניהולו; בתעריף המקסימלי לשכר טרחה שישולם לבורר או למפשר על ידי בעלי הדין; ובהטלת הוצאות בהליכי בוררות ופישור, והערכתן, כמפורט בס' 79(א1) - (4).
 13 לגבי הכשירות, הכישרון והניסיון הנדרשים ממגשר המבקש להיכלל ברשימת המגשרים כאמור בפסקה (ב2), לרבות השכלה והכשרה בגישור.
 14 ס' 79(ב), המתייחס לס' 79(א3) בלבד. בתיקון משנת 1999 לתקנות הגישור הוסף לעניין שכר הטרחה, שלא זו בלבד שהוא לא יהיה מותנה בתוצאה של הפישור, אלא גם שהוא "לא יחושב לפי ערכו של נושא הסכום" (תקנות בתי המשפט (גישור)תיקון), תשנ"ט-1999).

2001, שיש בו משום הגבלה ברורה על חופש העיסוק, לא הוכפף לצורך בקבלת אישור זה. מדוע? הערה נוספת לתיקון קשורה בכריכת הבוררות והפישור יחד – מדוע הוכנסו שני הליכים אלה, השונים זה מזה לאותה סירה? מה הרבותא בהתקנת תקנות חדשות בנושאים הנזכרים לעניין בוררות? הרי בחוק הבוררות לא חסרות הוראות בנוגע למינוי בורר¹⁵ ולהוצאות הבוררות.¹⁶ אמנם אין בחוק הבוררות הוראה לגבי תעריף מקסימלי של בורר – וגם לא נראה לי שניתן להתקין תקנה בנושא זה – אך ישנן הוראות בחוק הבוררות הנוגעות לדרישת שכר מופרז על ידי הבורר עצמו.¹⁷ הסמכת השר להוציא תקנות אלו במסגרת ס' 79 מצביעה, למצער, על חוסר דיוק מחשבתי.

התקנות הראשונות שנחקקו היו תקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג-1993, אשר מקבילות להן הותקנו גם עבור בית הדין לעבודה. לא אגע כאן בכל הבעיות המשפטיות שעולות תוך קריאת התקנות, ואזכיר כאן רק שלש, כהדגמה בלבד:

א. התקנות מנסחות את תפקיד המגשר באורח שונה מהחוק; החוק מזכיר את האפשרות ש"בהליך הגישור רשאי מגשר להיוועד עם בעלי הדין, יחד או לחוד, ועם כל מי שקשור לסכסוך; ורשאי הוא להיפגש עם בעל דין, בהסכמתו, בלי עורך דינו".¹⁸ התקנות, לעומת זאת, מדברות על "הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה על יישוב הסכסוך, בין היתר על ידי בירור הנושאים שבמחלוקת, גילוי מידע הדרוש בקשר לסכסוך והצעת אפשרויות לפתרון".¹⁹ אילו מדובר היה רק בניסוח תפקידו של המגשר – ניחא; אבל שתי ההגדרות השונות מופיעות כהגדרה של "גישור". לא יתכן שתהא סתירה פנימית בתוך דבר חקיקה, בפרט שהגדרת "גישור" בס' 1 בתקנות מציינת במפורש כי "גישור" – כמשמעו בסעיף 79 לחוק.

ב. החוק מורה כי "הוראות סעיף 79(ב) יחולו על גישור שהועבר מבית משפט בשינויים המחוייבים".²⁰ הסעיף 79 אליו מופנה הגישור עוסק בבוררות, שהצדדים מופנים אליה על ידי בית המשפט. והנה, למרות שס"ק (ג) מורה שהוראות חוק הבוררות תחולנה על בוררות לפי אותו סעיף, ולמרות שחוק הבוררות מתייחס למינוי בורר, בכל זאת החליט המחוקק להוסיף הוראה מיוחדת לעניין בוררות לפי ס' 79, בקובעו כי "בעלי הדין, באישור בית המשפט, ימנו את הבורר; לא באו בעלי הדין לידי הסכמה על הבורר, רשאי בית המשפט למנותו מתוך רשימה שהגישו לו בעלי הדין, או לפי בחירתו – באין רשימה כזו".²¹ כשלעצמי, נראית לי הוראה זו מיותרת, אם לא מזיקה. מיותרת, בהטילה מעמסה נוספת על בית המשפט, שצריך לאשר את מינוי הבורר על ידי הצדדים. אם אין דרישה כזו בחוק הבוררות – מדוע הוחלט להכניס דרישה כזו כאן? ועל סמך אילו קריטריונים יחליט בית המשפט אם לאשר את המינוי אם לא? הוראה זו גם מזיקה, בהגבילה את בית המשפט למינוי הבורר מתוך הרשימה שיגישו לו בעלי הדין. אם אף אחד מאלה המצויים ברשימה אינו נראה לו ראוי – אין בית המשפט יכול למנות מישהו אחר. בית המשפט חופשי בבחירה עצמאית רק אם לא תוגש לו רשימה כזו על ידי הצדדים.

15 לבית המשפט יש שיקול דעת בבחירת הבורר שימונה על ידי לפי ס' 8 לחוק הבוררות, כמו גם במינוי בורר חליף לפי ס' 12.

61 ס' 31 לחוק ופיסקה י"ח לתוספת.

17 ס' 32.

18 ס' 79(ג).

19 תק' 2.

20 ס' 79(ב).

21 ס' 79(ב).

ג. זאת ועוד: למרות ההוראה בחוק המפנה לעניין מינוי מגשר – להוראות החוק לגבי מינוי בורר, החליט השר לסטות מהוראה זו, ובא וקבע בתקנות הסדר שונה לעניין מינוי מגשר: "הסכימו בעלי הדין להעביר את העניין לגישור ולמנות מגשר, יודיעו לבית המשפט מיהו המגשר וימסרו לבית המשפט כתב הסכמה ממנו".²² במלים אחרות, המינוי אינו זקוק לאישור בית המשפט, כנדרש לגבי בוררות.²³

בתקנות בתי המשפט (מינוי מגשר), תשנ"ו-1996 נקבע כי מנהל בתי המשפט יעמיד לרשות בתי המשפט רשימה של מגשרים, לפי הנושאים שבהם הם מתמחים.²⁴ לא צויינה כל דרישה לגבי כשירותם של המגשרים שיוכלו ברשימה. הדרישות היחידות היו התחייבות "להתחיל בגישור בתוך תקופה שלא תעלה על 21 ימים משעה שיידרשו לכך, או בתוך תקופה קצרה יותר שיקבע בית המשפט"²⁵ והסכמה כי "שכר הטרחה שלהם יהיה לפי תעריף שיקבע שר המשפטים, או בסכום נמוך יותר, במקרים שבית המשפט יראה זאת לנכון".²⁶ לשם הכנת הרשימה נאמר באותן תקנות ש"המנהל ימנה ועדה מייעצת לעניין גישור בבתי המשפט, שתייעץ לו בקביעת אמות מידה לעניין הכישורים והנסיון המקצועי הנדרשים ממגשר ואת הדרישות להוכחתם; אמות המידה והדרישות יפורסמו ברשומות".²⁷

בשנת 1999 תוקנו התקנות, כאשר נקבעו דרישות כשירות ונסיון ממגשר אשר יכלול ברשימה. בין היתר, המגשר צריך להיות בעל תואר בוגר של מוסד מוכר, בעל לפחות 5 שנות נסיון בתחום עיסוקו המקצועי,²⁸ וכן לעבור קורס הכשרה, עיוני ומעשי, של הליך הפישור, בן עשרות שעות.²⁹ תוך זמן קצר הוצפה הארץ, כפטריות אחר הגשם, בקורסים לגישור ובאנשים ונשים שעברו את הקורסים, ואשר כולם מצפים לעבודה כמגשרים. דווקא נוכח מספרם הגדול (שנמדד באלפים אחדים), לא ברור מדוע הוסרה מגבלת השכר שנקבעה בתקנות המקוריות, והשר מסתפק מעתה בהודעת המגשר על שכר טרחתו המרבי לשעה.³⁰ מצד אחד, ישנם מגשרים הגובים שכר עבודה הנמדד בעשרות ומאות דולרים לשעת גישור; ומצד שני, ישנם מגשרים המוכנים לעבוד תמורת סכום כה פועט, עד שהצדדים עלולים להסיק, שנוטלו אינו בוטח בכישוריו. מן הראוי לציין כי עד לפני זמן לא רב נהג בית הדין לעבודה – כמו גם המחלקות לניתוב תיקים של אזורי שיפוט אחדים ושל בית המשפט העליון – לקבוע את שכר המגשרים בכתב העברת התיקים לגישור.³¹

22 תק' 3 (ג) לתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ב-1993.

23 עם זאת, המשך ההוראה במקרה שאין הסכמה בין בעלי הדין למינויו זהה להסדר שנקבע לגבי בוררות – ר' תק' 3 (ד).

24 תק' 2 (א) לתקנות בתי המשפט (מינוי מגשר), תשנ"ו-1996.

25 איך יכול אדם להתחייב מראש לגבי תקופה שתיקבע לאחר הסכמתו, תקופה שאינו יכול לדעת דבר אודותיה באותו מועד?

26 תק' 4 (ב).

27 תק' 3.

28 תק' 3 (א)2.

29 תק' 3 (א)1.

30 תיקון תק' 4 (ב).

31 דרך זו נראית לי נאותה יותר – קיים שוויון מבהינת הצדדים ויכולת התשלום שלהם, ולא קיימת תחרות פרועה תוך הורדה במחיר.

תיקון זה משנת 1999 הכניס שינוי נוסף: הוא חייב את מנהל בתי המשפט לקבל את אישור שר המשפטים למינוי הוועדה המייעצת, והשמיט את הדרישה לפרסם ברשומות את אמות המידה ודרישות הכישורים. אכן, מרגע שהוכנסו במפורש לתקנות עצמן, הרי הדרישות כבר מפורסמות ברשומות. ברם אם הן מפורטות בתקנות, צריך היה להשמיט עניין זה מסמכות הוועדה המייעצת. מאחר שנושא זה הושאר בסמכותה, היה צריך להשאיר גם את חובת פרסום הדבר ברשומות. אין צורך לומר, שכל העניין כולו צריך להיבחן לאור הוראות חוק יסוד: חופש העיסוק.³² הגישור אמור היה לשחרר בתי משפט מטיפול בתיקים, שניתן לסיים אותם בהסכמת הצדדים. לשם כך נוצרו בבתי המשפט מנגנונים חדשים: המנ"תים – מחלקות לניתוב תיקים, שאמורות לבחור את התיקים המתאימים לגישור ולהפנותם לדרך זו. במקביל למגשרים פרטיים ומוסדות גישור, היו מופנות תביעות גם לרשם בית המשפט, אשר ניסה להביא את הצדדים לידי יישוב הסכסוך בהסכם ביניהם. אם לא הצליח בנסיונותיו – היה התיק מובא בפני שופט. אינני צריכה להכביר מלים כדי להצביע על הפגמים הכרוכים בהופעת הצדדים בפני מוסד שיפוטי, כאשר כל אחד מהם מצפה שיעשה עמו צדק – שעה שבית המשפט מציע לו לוותר על הצדק ולהסכים על פתרון בפשרה. בית המשפט – ובעיני המתדיינים אין הבדל בין רשם לשופט מבחינה זו – מאבד את מעמדו בעיני הציבור: הן להתפשר יכולים הצדדים גם בעצמם; מבית המשפט מבקשים הם שיפסוק לפי הדין.

לא זו בלבד, אלא שההליך הזה של "גישור" בין כתלי בית המשפט כלל אינו יכול להיחשב כגישור. הוא גם הרבה פחות טוב הימנו: הצעות שמגשר פרטי יכול להעלות, תוך הפניית הצדדים לבדיקת הפתרון מכל היבטיו השונים, אינן יכולות להיות מועלות על ידי בית המשפט. הבה נקח, כדוגמא, הצעת השופט לקבלן, התובע את אחד מקוני הדירות, בלשון זו: "במקום שיתן לך 250,000 דולר, שאתה טוען שהוא עדיין חייב לך, אני מציע שתקח ממנו את דירתו, ששווה הרבה יותר מזה, ותתן לו לגור בשכירות באחת הדירות שברשותך, למשך שנה שלמה בלא תשלום". אכן, זה יכול להיראות לבית המשפט פתרון יצירתי ביותר. אבל האם בדק בית המשפט את ההיבט המיסוי של פתרון זה? אם עורכי הדין של הצדדים היו מבחינים שיש כאן בעיות מבחינת דיני המס, יש להניח שהיו מבקשים פסק זמן כדי לברר נקודה זו; ברם אלה המופיעים בבתי המשפט יודעים לספר, שלעיתים קרובות מדי הפתרון ניתן על ידי בית המשפט בחזקת "כזה ראה וקדש" בלי יכולת הסתייגות מינימלית. אם אחד מעורכי הדין, הבקי בדיני מסים, היה מעיר לבית המשפט שהדרך המוצעת על ידיו היא בהחלט פתרון ראוי, אך היא רק תגרום לתשלומי מס מרובים, ולעומת זאת אם העיסקה תנוסח באופן שונה במקצת, ניתן יהיה לחסוך בהם – היה בית המשפט מוצא את עצמו במצב לא נוח, בו הוא כביכול שותף, אפילו אם רק בעצימת עיניים, לעיסקה שנוסחה רק כדי לעקוף את החבות במס.

הגישור שנעשה בערכאת הערעור עלול להביא לתוצאות קשות מכיוון אחר. הבה נקח אותו מקרה, בו הוגשה נגד עורך דין תביעה על ידי לקוחו בגין התרשלות במילוי תפקידו. התביעה התקבלה, ועורך הדין חוייב לשלם לתובע סכום כסף נכבד, כשבית המשפט לא הסתפק בפירוט העובדות אשר היוו את ההתרשלות, אלא הוסיף דברים בלתי נעימים אודות התנהגות עורך הדין, תוך המלצה להפנות תלונה ללשכת עורכי הדין. עורך הדין הגיש כמובן ערעור, ברצותו למחוק

32 בנושא זה אני נמנעת מלגעת, בהיותו נתון כעת בדיון משפטי.

את הסיפא של פסק הדין. בערכאת הערעור נוהל על ידי השופט הליך "גישור", בו הראה השופט כי הבין את האינטרסים האמיתיים המסתתרים מאחורי הערעור: "אם יימחקו הביטויים הפוגעים, המאשימים אותך ברשלנות - האם תהיה מוכן לשלם למשיב מיד את סכום הכסף, כשהוא צמוד, בצרוף ריבית, בנוסף לשכר טרחת עורך דינו בערכאה זו?" משהתקבלה התגובה החיובית, פנה בית המשפט למשיב ושאל: "אם עורך הדין ישלם לך עכשיו, מיד, את כל הסכום שנפסק לכותך, בצירוף שכר טרחת עורך דינך בערכאה זו - האם תהא מוכן שזה בלבד מה שייאמר בפסק, בלי פירוט כל העובדות?" משהתקבלה התשובה החיובית אף להצעה זו, סיכם השופט לעצמו בחיך את הצלחתו בהליך הגישור, שחסך ממנו זמן שיפוטי יקר. הוא רק לא העלה על דעתו שאותו עורך דין יגיש מועמדותו לשפיטה, מאחר ש"זוכה" בערעור מכל עניין התרשלותו המקצועית... אין ספק, הליך של "גישור" כזה אינו מוצדק כאשר מתבקשת הכרעה שיפוטית עקרונית, או תקדימית; ולא כאשר לתוצאות יש השלכה רחבת טווח, החורגת מתחומי הצדדים להליך בלבד. סיום התיק בהסכמה בין הצדדים אמנם מועיל לצרכי הסטטיסטיקה של סיום תיקים מזוהז, אך הוא עלול לעשות עוול וחוסר צדק בהקשרים אחרים.

"הלחצים" של בית המשפט להגיע לפשרה, הגם אם מתונים הם, אינם מועילים לדימוי של בית המשפט. הרי לא ניתן לקרוא להליך זה בשם "גישור": ראשית, ממלא התפקיד השיפוטי, שעבר לכהן כמגשר-לרגע, אינו רשאי להיפגש עם כל אחד מהצדדים בנפרד כדי להבין את מהות הסכסוך מנקודת מבטו; גם אינו יכול לברר עם כל צד בנפרד את הדרך האפשרית מצדו לפתרון. שנית, לא ניתן לראות כ"גישור" הצעה המועלת על ידי ממלא תפקיד שיפוטי, המלווה בהסבר מצידו, שאם הצעתו לא תתקבל והתיק בכל זאת יגיע לשיפוט, הרי שכלל לא בטוח שהצד המסרב להצעתו זו יזכה בסופו של דבר במשפט³³. נוסף על כך, מרחב התימרון של "מגשר" כזה מוגבל בהיבטים רבים: הן בצמצומו לכתבי-בית-דין שבפניו, תוך מניעת האפשרות להרחיב את הטיפול בסכסוך במלואו; הן במגבלתו בהצעות לפתרון הסכסוך, שאינן יכולות להגיע למיגוון האפשרויות עליהן אמון מגשר מנוסה; והן בעצם מעמדו, שאינו מאפשר לו להגיש לצדדים טיוטות של הסכם, הלך וחוזר, עד שיימצא זה שיהא מוסכם על שניהם. מעמדו השיפוטי אינו מכשיר אותו לקבל סירוב מאנשים המופיעים בפניו, דבר הקורה מדי יום ביומו אצל מגשרים. הוא הוכשר לתת החלטות, לא לנהל מיקוח עם המתדיינים. אין ספק, המגבלות של ניהול גישור על ידי בית המשפט מרובות - ולכן גם מרובים הנזקים הנגרמים לא רק למעמד נושא המשרה השיפוטי העוסק בכך, אלא גם למוסד הגישור עצמו, שנתפס בצורה שלילית על ידי הציבור.

כתוצאה מפניות המנ"ת, בנוסח זה או אחר, הבינו עורכי הדין במרוצת הזמן, שכאשר הם מגישים תביעה לבית המשפט הם צריכים לעבור דרך פרוזדור "גישור", בטרם יגיעו אל השופט. השתמשתי במודע בביטוי "לעבור דרך פרוזדור", משום שהגישור איבד הרבה מהתועלת שהיתה בו קודם לכן. בשעתו, היה עורך דין פונה לחברו בהצעה לנסות לפתור בינם לבין עצמם את הסכסוך בין לקוחותיהם, וזאת עוד טרם הגשת התביעה לבית המשפט. משנכנסה הרתיעה, פן עורך הדין הניצע יבין מעצם ההצעה שמעמדו של המציע חלש מבחינה משפטית, החל הגישור להחליף את ניהול המשא ומתן הדו-צדדי. הדבר נעשה בעיקר מתוך ההכרה ביתרון של המעורבות

33 לפי תק' 3(ב) לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993, "בית המשפט יסביר לבעלי הדין כי ... אי הסכמתם להעברת העניין לפישור או הפסקת הפישור לא ישיפיעו על תוצאות הדיון בבית המשפט". מתדיינים ועורכי דיניהם טוענים שבפועל, לפעמים הניסוח קצת שונה.

של צד ג' בהליך, בין אם כחלק מהשמירה על הכבוד העצמי של הצדדים ועורכי דינם - כדי שההצעה לא תיחשב להם לחולשה - ובין אם כהכרה ביתרונות הסיוע מצד אדם בעל ידע וכישורים מתאימים. לכל זאת נלוותה תמיד המגמה לחסוך את הזמן - וההוצאות המרובות - הכרוכים בניהול תביעה משפטית. הפניית המנ"ת את הצדדים לגישור הביאה אותם לידי המסקנה, שחבל לפנות להליך מייקדמי של גישור, שכן גם אם ינסו הליך גישור וזה ייכשל בסופו של דבר - בכל זאת יופנו הצדדים ועורכי דיניהם מחדש לגישור על ידי בית המשפט.

המסקנה האופרטיבית של עורכי הדין לא אחרה לבוא - במקום לנסות הליך של גישור בטרם יפנו לבית המשפט, מוגשות התביעות לבית המשפט במישרין, מתוך ידיעה, שבמילא יתכן והתביעה לא תנוהל בסופו של דבר, שכן הם יופנו על ידי בית המשפט לגישור.³⁴ ברם לדבר יש גם פן נוסף, הפן של בעלי הדין עצמם: הצדדים, אשר כבר נושאים בעלויות התביעה וההגנה, מכינים את עצמם נפשית להופיע בבית המשפט, והם כבר פחות מוכנים לנסות עתה את דרך הגישור. לכן, במוצאם את עצמם בפני המגשר בלחץ בית המשפט, הם מודיעים לו מפורשות שאין הם מוכנים לשתף פעולה עמו. הם רק מבקשים ממנו אישור שהתייצבו בפניו, לשם הצגתו בפני בית המשפט. אם יצליח המגשר בשכנוע הצדדים לקיים לפחות ישיבת גישור אחת או שתיים, ואלה יהיו נעולים בדעתם, התוצאה הנלווית תהיה, כמובן, רק עלות נוספת, אשר מבחינת הצדדים היתה לשווא. הפניית בית המשפט את הצדדים לדרך הגישור הופכת בכך לרועץ: היא תרחיק את בעלי הדין מהגישור גם באותם מקרים, בהם דרך זו היתה יכולה להתאים להם.

לאחרונה התבררנו על שינוי נוסף שהוכנס במחצית 2001 בחקיקת הגישור - "הגיעו צדדים לסכסוך להסכמה על יישוב הסכסוך שביניהם בגישור שנערך לפי חוק זה, רשאי בית המשפט המוסמך לדון בתובענה נושא הסכסוך לתת להסדר הגישור שהושג ביניהם תוקף של פסק דין, אף אם לא הוגשה תובענה באותו סכסוך". במלים אחרות, צדדים יוכלו להגיש לאישור בית המשפט את ההסכם אליו הגיעו בסופו של הליך גישור, ובית המשפט יתן לו תוקף של פסק דין, גם בלי שקדמה לכך הגשת תביעה לבית המשפט.³⁵ קשה להימנע מלהצביע על הניסוח הקלוקל של הסעיף: ברישא, מדבר הסעיף "בגישור שנערך לפי חוק זה", שמשמעו גישור שבית המשפט הפנה אליו צדדים לאחר שהוגשה אליו תובענה, לפי ההגדרה בחוק; ובסיפא נאמר "אף אם לא הוגשה תובענה באותו סכסוך". אם כך, באיזה גישור מדובר? אין ספק שהרישא, היא שאינה מדוייקת, וכי הכוונה היא לאפשר לצדדים להגיש לאישור בית המשפט הסדר גישור שנערך בין צדדים גם בלא שהגישו אליו תובענה קודם לכן.

מה האינטרס של המחוקק להוסיף אפשרות זו של פנייה לבית המשפט, המהווה לגביו רק מטלה נוספת? בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק נאמר לגבי סעיף זה כי "היום אין לבית משפט, למעט בית המשפט לענייני משפחה, סמכות לתת תוקף של פסק דין להסדר גישור, אם אין בפני בית המשפט תובענה תלויה ועומדת באותו עניין. לפיכך, בעלי דין שהגיעו להסדר גישור ואשר

34 בדרך זו, כפי שאף נאמר גלויות, גם מבטיחים עורכי הדין לעצמם לפחות את השכר עבור הכנת התיק והגשת התביעה. ברם מתוך שזו נקודת המוצא, הרי שלפעמים נמצא, שהתביעה אף מוגשת כשאינה מושלמת, מתוך ידיעה שהצדדים לא ייזקקו להליך משפטי בסופו של הליך הגישור. הבעיה תתעורר, כמובן, כשהליך הגישור לא יסתיים בהסדר, והתיק יחזור לדיון בבית המשפט. עכשיו ייגרם הנזק הנוסף, הכרוך באי הכנת המסמכים כדבעי בשלב הראשון.

35 ס' 79(ג), כפי שהוכנס בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 30), תשס"א-2001, שהתקבל ביום 25.7.01.

ברצונם לתת להסדר תוקף של פסק דין, נאלצים להגיש תובענה זה כנגד זה, דבר שיש בו כדי להעכיר את היחסים ביניהם ולהוסיף על עומס התיקים בבתי המשפט.³⁶ על כך ניתן לומר, שצדדים המגיעים לכלל הסכמה ביניהם, במרבית המקרים כלל אינם זקוקים לגושפנקא של בית המשפט: ההנחה היא, שההסכם יבוצע על ידם בדרך שנקבעה ביניהם. נקודת המוצא של התיקון היא הפוכה: מרבית ההסכמים אינם מבוצעים על ידי הצדדים, ולכן הם זקוקים להפעלת רשויות המדינה לשם כך. אישור בית המשפט לאותו הסכם גישור יאפשר לצדדים להשתמש ברשויות המדינה (הוצאה לפועל, עיכוב יציאה מהארץ, רישום על ידי רשם המקרקעין, וכד') לשם ביצוע הסכמם זה.

אם צודק המחוקק בהשערותו, שצדדים אינם נוטים לבצע את שהסכימו עליו, הרי שהיתה ודאי מוגשת לבית המשפט תביעה; ובהליך המשפטי היה מתברר לבית המשפט אם אמנם היתה הסכמה מלאה בין הצדדים לפרטי ההסדר, אם ההסכם אינו נוגד את הוראות חוק החוזים, אינו נוגד את תקנת הציבור, אינו מתנה על הסדר קונסטיטוציוני, וכד'. במקום בירור שכזה, מציע החוק שהצדדים יגישו את הסכמם לאישור בית המשפט, אך זאת, בלי לתת לו כלים לבחון את מהות הסכמתם. הכנסת בית המשפט כחותמת גומי להסכמות שמושגות מחוץ לבית המשפט נראית לי מסוכנת ביותר, שלא לדבר על הגדלת העומס על בתי המשפט. (האם נשכח הדבר, שכל הכנסת נושא הגישור נועדה להפחית את הנטל מעל מערכת השיפוט?)

נכון הדבר, שהמחוקק משתמש בביטוי "רשאי" – "רשאי בית המשפט לתת להסדר הגישור שהושג ביניהם תוקף של פסק דין"; רשאי ולא חייב. ברם אילו כלים יש בידי בית המשפט לבדוק את ההסכם? האם יזמן את הצדדים מיוזמתו ויקיים שימוע, בטרם יאשר את ההסכם? האם בית המשפט עצמו יחקור את הצדדים לגבי טיב ההסכמה ביניהם? מן הראוי להזכיר כאן את המקרה המסופר על ידי Lindley בספרו על שותפות, על אדם שהגיש תביעה לבית המשפט נגד שותפו למתן דין וחשבון על כל הכנסותיו מן השותפות, על הכספים שנטל לידיו במלואם במקום להעביר את מחציתם לשותפו, וכד'. רק כאשר החל השופט לשאול מה היה טיבה של השותפות ביניהם, במה עסקו, ומאילו פעילויות הגיעו אותם רווחים שיש לתת לגביהם דין וחשבון, קפץ האחד מהחלון והאחר נתפש: העסקים המשותפים היו שוד...³⁷ התיקון הזה לחוק בתי המשפט רק מזמין עריכת "הסכם פישור" בין שודד לנשדד, בין נותן שוחד למקבלו, ובין צדדים לעסקאות מפוקפקות אחרות, אשר אף יוגש ללשכת ההוצאה לפועל, לאחר אישורו על ידי בית המשפט. האם לא ניתן יהיה להליבש על כל עיסקה בלתי כשרה למהדרין את הכותרת "הסכם גישור" וכך לקבל את הגושפנקא של בית המשפט בדמות אישור ההסכם כפסק דין? באותם מקרים בהם אין אפשרות להסתייע ברשויות ההוצאה לפועל הרשמיות – משום שלא ניתן יהיה לאכוף באמצעותן את ההסכם – תוגש תביעה על בזיון בית המשפט... האם אין בתיקון אחרון זה משום הגדלת העומס על בתי המשפט, במקום הפחתתו?

הוא אשר אמרתי בפתח דברי: מטוטלת הגישור נמצאת בתנועה מתמדת – מהתנכרות מושלמת כלפיה מהצד הממסדי עד להיותה המלה האחרונה והתנאי-בלעדיו-אין לניהול תביעה משפטית. חוששתי, שמהירות התנועה של המטוטלת גדולה מדי. "הזריזות – מן השטן", אומר הפתגם.

36 ה"ח 2992 מיום 27.3.01.

37 ראו Lindley on the Law of Partnership, 16th ed. (1990), 110, המתייחס לעניין *Everet v. Williams*.

זריזות היתר בחקיקה אינה מצביעה על חשיבה מדוייקת,³⁸ אינה מאפשרת שימוש נכון באמצעי בקרה על הליך חדש זה, ופוגעת בהתפתחות הראויה שלו, אשר צריכה להיות הדרגתית ומבפנים. השינויים התכופים בחקיקת הגישור רק מצביעים על חוסר עמדה ברורה של המחוקק ועל שינויי עמדותיו כלפי הגישור חדשות לבקרים.

להליך הגישור ישנם יתרונות מרובים, המוכחים מהצלחתו בתחומים רבים בחיינו, לאו דווקא בתחום המשפט; חבל שיפסיד את מעמדו בתחומים אלה, כתוצאה מהתדמית השלילית המתפתחת כלפיו בקרב עורכי הדין ולקוחותיהם, בעקבות הפיכתו לשלב מיקדמי, כמעט אינטגרלי, המחוייב להקדים כל דיון בבית המשפט. לדעתי, יש להשאיר את הליך הגישור כהליך רצוני, לא משפטי. יש להביא לידי כך, שהצדדים ועורכי הדין יבקשו להיעזר בו, לא רק כדרך להימנע מהגשת תביעה לבית המשפט, אלא בהכירם את יתרונותיו ואת יכולתו לפתור סכסוכים בצורה הטובה ביותר. אכן, פתרון סכסוכים על ידי צד ג', שאינו שופט, יכול להביא לתוצאות מבורכות (שלא לדבר על הקטנת העומס מעל בתי המשפט); הפניית בתי המשפט את הצדדים להליך זה, תוך נסיונות אקטיביים מצידם לגשר בין הצדדים, רק עלולה לחבל בתוצאות אלה (שלא לדבר על הפיחות במעמדם בעיני הציבור כתוצאה מכך). גם אין להפוך את בתי המשפט ל"חותמת גומי" על כל מסמך שיוגש אליהם לחתימה. יש לשמור על כבודו של בית המשפט, ולא לערבו בצורה מלאכותית בהליך הגישור.

38 כפי שהדגמתי מהניסוחים הלקויים, משינויי הדרישות התכופים, מחוסר האחידות בתחולה, וכד'.