

על החיפזון והצדק הפרוצדורלי בבית הדין לעבודה: תצפיות בגישור ושפיטה

מיכל אלברשטיין *

- א. מבוא
- ב. מסגרת המחקר בבית הדין לעבודה
- ג. שלב ראשון: חיפוש מודל הגישור על פי הספרות הקיימת
- ד. השלב השני: תצפית פתוחה בלא שימוש במודל גישור
- ה. השלב השלישי: אבחון ההתנהלות בשטח כבעלת פרמטרים מיוחדים
- ו. מסקנות ביניים של ההערכה בבית הדין
- ז. מחקר אחר בנושא שפיטה טיפולית: תצפיות באולמות בית הדין לעבודה
- ח. צדק פרוצדורלי בבית הדין והערות סיכום

א. מבוא

השאיפה ליעילות בבתי המשפט כוללת חיפוש מענה מידי וצודק לצדדים בסכסוך הדורשים פתרון מהיר.¹ עם זאת, לעתים השאיפה לסגור תיקים ולנהלם ביעילות

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. המאמר הוצג תחילה במתכונת מקוצרת ביום עיון במסגרת הסדרה "עולמות חדשים בגישור": גישור ובתי המשפט – על הסדרה והסדרים חדשים, שנערך באוניברסיטת בר-אילן כחלק מהתכנית לניהול ויישוב סכסוכים בינואר 2010. אני מודה לשוקי שגב על הערותיו בנוגע למאמר וכן לקרן אור בית אריה על העזרה בהכנתו. אני מודה לכב' השופטת פוגל נשיאת בית הדין לעבודה ולעו"ד סולי דרויש על תמיכתן המתמשכת במחקר זה.

1 לעיון במושג הצדק לביטוייו המגוונים ראו: אריסטו אתיקה ספר ה' פרקים ז', י' (מהדורת ניקומאכוס) 16 (מקראה בתורת המשפט בעריכת יאיר לוברבוים, 1992); Morton Deutsch; "Justice and Conflict" *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* (Morton Deutsch, Peter T. Colman & Eric C. Marcus eds., San Francisco, 2000) 213–235.

ובמהירות מביאה לידי ניהול בלתי הולם של הליכים משפטיים, המסב תסכול וחוסר שביעות רצון לפונים למערכת המשפט.² בחיבור זה אציג תצפיות בגישור ובשפיטה אשר נערכו בבית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב. בהסתמך עליהן אנסה להצביע על צל המוטל על הליכי גישור ושפיטה בחסות מערכת המשפט, והוא החיפזון. אף שהממצאים שקיבלנו בקשר לניהול גישור בחסות המשפט תואמים מחקרים מקבילים בעולם, וניתן למצוא להם הסבר מעשי,³ חשוב לשים לב כי החיפזון מביא תכופות לידי היעדר הקפדה של שופטים ומגשרים על הפרוצדורה ועל הערכים שבבסיס ההליכים שהם מנהלים. מכאן עולות תחושות של חוסר שביעות רצון אצל מתדיינים ובאי כוחם ומושגות תוצאות נמהרות אשר אינן נוגעות בעומקם של סכסוכים. ניהול יעיל ומהיר, שאינו מבוקר באמצעות עמידה על עקרונות פרוצדורליים ופיקוח על שמירתם, אינו תורם לקידום המערכת המשפטית גם אם הוא מצמצם את העומס המוטל עליה. מאמר זה יראה כי דינו של גישור מהיר כדין שפיטה מהירה, על אף השוני הרב בין ההליכים.

ב. מסגרת המחקר בבית הדין לעבודה

הטיעון המובא במאמר זה מבוסס על מחקרי שטח בתחום הגישור והשפיטה, שבוצעו בבית הדין לעבודה ובמקומות אחרים בשנים האחרונות. במהלך מחקרים אלה צפו סטודנטים מהקליניקה לגישור ויישוב סכסוכים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, המתנהלת בפיקוחי, בגישורים רבים בבית הדין לעבודה ותיעדו אותם לפי פרמטרים שעוצבו על יסוד התיאוריות החדשניות הקיימות בתחום הגישור⁴ ותורת המשפט הטיפולי.⁵ הקליניקות בפקולטה למשפטים מתנהלות כמסגרות מעשיות של עבודה משפטית וגישורית⁶ ומשלבות תרומה לקהילה והתנסות מקצועית. אני מוצאת

2 על הסכנות שבהעדפת יעילות על פני צדק ראו: Owen M. Fiss "Against Settlement" 93 *Yale L. J.* (1984) 1073; Nancy A. Welsh "The Thinning Version of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization" 6 *Harv. Negot. L. Rev.* (2001) 1.

3 ראו Nancy A. Welsh "Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to do With It?" 79 *Wash. U. L. Q.* (2001) 787.

4 לסקירה של תיאוריות בתחום הגישור ראו מיכל אלברשטין תורת הגישור (2007).
5 להצגה תמציתית של תחום תורת המשפט הטיפולי ראו: www.law.arizona.edu/depts/upr-intj (נבדק ב-26.4.10).

6 מלבד הקליניקה לגישור ישנן עוד שש קליניקות הפועלות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן: הקליניקה לסיוע משפטי אזרחי, הקליניקה לזכויות אדם לאנשים עם מוגבלויות, הקליניקה לזכויות נשים במשפחה, הקליניקה לפרקטיקה ומדיניות סביבתית, הקליניקה למשפט פלילי והקליניקה למשפט עברי. ההשתתפות בקליניקות היא חובה לכל תלמידי שנה ג' לתואר הראשון והיא כוללת הכשרה, עבודה מעשית, פיקוח ושיעורים עיוניים. לתיאור הקליניקות ראו <http://law.biu.ac.il/klinikot.shtml> (נבדק ב-2.5.2010).

את הקליניקה לגישור ויישוב סכסוכים גם כמעבדת מחקר המאפשרת הערכה מושכלת של הנעשה כיום בתחום הגישור בארץ, ולהציע דרכים לשיפורו.⁷ אחד ממוקדי הצפייה בגישורים שאליהם הסטודנטים מופנים, לצד מרכז גישור בקמפוס, מרכזי גישור בקהילה וקו לעובד, הוא בית הדין לעבודה בתל-אביב. השופטת הראשית של בית הדין, כב' השופטת פוגל, אפשרה לסטודנטים בקליניקה לצפות בהליכי גישור פנימיים בתיקים בינוניים המתנהלים בבית הדין ואף עודדה את פעילות המחקר שלנו ועזרה לנו בגיבוש כלי ההערכה. לאחר שנים מספר של תצפיות, המסקנות מן התצפיות הן מעניינות ומפתיעות, ויש מקום להביאן בחשבון כאשר עוסקים בסוגיית ההסדרה של הגישור, ולמעשה בכל פרויקט חדשני המכוון להקלת העומס באמצעות הכנסת פרוצדורות חדשניות למערכת המשפט.

פעילות הגישור בבית הדין נעשית על פי מערכת ניהול תיקים המבחינה בין שלושה נתיבי טיפול בתיקים המתאימים לניהול בדרך חלופית:⁸ דיון מהיר, גישור פנימי וגישור חיצוני. בבית הדין פועל מרכז לניתוח תיקים (מנ"ת) הבורר את התיקים: התיקים בשווי הנמוך ביותר מופנים לדיון מהיר אצל נציגי ציבור, דיון שמטרתו הגעה לפשרה. הליך מהיר זה נקרא אף "ישיבה ליישוב סכסוך".⁹ רוב התיקים הבינוניים מופנים לגישור פנימי (הממומן מכספי ציבור) והם אלה הנצפים על ידי הסטודנטים. התיקים שסכומי התביעה בהם גבוהים (יותר מ-60,000 ש"ח) מופנים לגישור חיצוני אצל מגשרים פרטיים שהצדדים נושאים בעלותו. הצדדים מקבלים הזמנה לקדם משפט מלווה בהצעה לפנות להליך גישור, ולכן הכותרת של ההזמנה היא "החלטה".¹⁰ בהזמנה יש הסבר מפורט על מהותו של הליך הגישור. מדובר בהליך וולונטרי, כלומר הצדדים רשאים שלא להיענות להצעה. המגשרים בבית הדין הם נציגי ציבור שעברו הכשרה בדיני עבודה, ויש פעמים שבהן מדובר גם ברשמים של בית הדין ובעובדי לשכת הממונה על יחסי עבודה.¹¹ המגשרים מקבלים הכשרה שוטפת (הרצאות, השתלמויות וכו'). עד לאחרונה המגשרים עבדו בהתנדבות, בשל קיצוצים תקציביים בשכרם שהיה משולם על ידי בית הדין, אולם מאז נובמבר 2009 החלו לקבל שוב שכר בעד עבודתם. בעלי הדין אינם משלמים בעד הגישור והשירות ניתן באולמות בית הדין.¹²

7 לתיאור מדגמי של מגוון הפעילויות בקליניקה לגישור ראו: www.law.biu.ac.il/content/clinics/gishuron.pdf (נבדק ב-25.4.10), וכן ספרי השנה של הקליניקה לגישור היוצאים מדי שנה ונמצאים בספריית הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן.

8 לתיאור מפורט של מערך הגישורים המתבצעים בבית הדין לעבודה ראו: דו"ח ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה (2001) - www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/8558D40C-C76A-4DA1-B39D-463DEC018A86/0/MicrosoftWordhiguypdf (נבדק ב-25.4.10) (להלן: דו"ח ועדת ההיגוי לעניין הגישור).

9 שם, בע' 10-11.

10 נראה כי בעניין זה לא אומצה הדעה שהובעה בדו"ח ועדת ההיגוי לעניין הגישור ולפיה הכותרת "החלטה" אינה עולה בקנה אחד עם רוח הוולונטריות המתחייבת מן ההליך.

11 שם, בע' 18.

12 מתוך דו"ח מחקר בית הדין לעבודה (רועי שפריר ורחלי וייס אהרון ערכו, תשס"ט) (להלן:

דרך ניהול התיקים המתוארת לעיל היא ביטוי מובהק להתמסדות הגישור, שמהווה שלב בהתפתחות הגישור. אין הוא עוד הליך חדש ולא מוכר, המוצע באקראי ליחידים, אלא הליך המוסדר "מלמעלה" על ידי החוק או על ידי מערכת בתי המשפט.¹³ זהו מצב שבו המערכת המשפטית בוחרת להשתמש בהליכים חלופיים כחלק ממערך כללי לניהול תיקים. במערכת המשפט עצמה, בתוך בית הדין ובאולמותיו, מוצעים לצדדים שירותי גישור לפני פתיחת ההליך המשפטי. אין מדובר בגישורים במגזר הפרטי, המתנהלים לפני פנייה להליך משפטי. אמנם בבית הדין לעבודה הגישור אינו בגדר חובה והצדדים אף אינם מחויבים להגיע למפגש היכרות ותיאום, כנהוג כיום בבתי משפט השלום בפרויקט המהו"ת (מפגש היכרות ותיאום).¹⁴ מכאן שאין מדובר בהתמסדות מלאה, אך עדיין מדובר בניהול גישור בתוך המערכת המשפטית ולמעשה בתוך בית המשפט. מכאן שהפיקוח הציבורי על הנעשה במסגרתו צריך להיות הדוק יחסית.¹⁵ דו"חות ההערכה והמחקר הנשלחים לשופטת מדי שנה הם עבי כרס יחסית והם כוללים דיון רחב בתופעת הגישור בבית הדין לעבודה. ההיבט שברצוני לסקור כאן, הכרוך בטיעון המרכזי של המאמר, קשור בהתלבטות שלנו, אנשי האקדמיה, בבחירת הדרכים להערכת יישום הגישור בבתי משפט בכלל ובבית הדין לעבודה בפרט. השלד העקרוני של מודל ההערכה, אשר בסופו של דבר אציג כרלוונטי, יתאים לא רק להליכי גישור אלא גם להליכי שפיטה. הצגה זו תהווה דוגמה לפער בין תיאוריה למציאות, כמו גם להתלבטות בעניין הכלים להערכת מציאות בעולם המשפט והגישור.

דו"ח תשס"ט). העתק נמצא בארכיון הקליניקה לגישור ויישוב סכסוכים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

13 פרנק סנדר, הנחשב למנהיג תנועת ה-ADR, מחלק את התפתחות התנועה לשלוש תקופות: הראשונה (1975–1982) היא תקופת הצמיחה הראשונית, "תנו לאלף פרחים לפרוח"; השנייה (1982–1990) היא תקופת הביקורת והערות האזהרה; והשלישית היא תקופת "ההתמסדות" (1990 ואילך). Frank E. A. Sander "The Future of ADR: The Earl F. Nelson Memorial Lecture" *J. Disp. Resol.* (2000) 3, 4.

להצגה ביקורתית של תופעת ההתמסדות ראו Christine B. Harrington *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court* (1985); Peter B. Edelman "Institutionalizing Dispute Resolution Alternatives" 9(2) *Just. Sys. J.* (1984) 134; Douglas Yam "The Death of ADR: A Cautionary Tale of Isomorphism Through Institutionalization" 108 *Penn St. L. Rev.* (2004) 929. ראו: Welsh, לעיל הערה 2.

14 הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, דו"ח הוועדה (יולי 2006).

15 Richard C. Reuben "Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice" 47 *U.C.L.A. L. Rev.* (2000) 949; Richard C. Reuben "Public Justice: Toward a State Action Theory of ADR" 85 *Cal. L. Rev.* (1997) 577; Shahar Lifshitz & Elad Finkelstein "Bargaining in the Shadow of the Mediator: Toward a Communitarian theory of Post-Mediation Contracts" *Ohio State Journal of Conflict Resolution* (forthcoming).

ג. שלב ראשון: חיפוש מודל הגישור על פי הספרות הקיימת

המגמה הראשונית שלנו בפיתוח כלי ההערכה¹⁶ הייתה לבחון את המתרחש בשטח לאור תפיסות הגישור הקיימות. בדקנו אפוא אם מתנהל בבית הדין גישור פרגמטי המתמקד בפתרון בעיות וניהול אינטרסים.¹⁷ זהו דגם של גישור מעשי הנפוץ ביותר בארץ ובעולם, וייחודו בהדגשת ניהול מובנה המנסה לפרק את הקונפליקט לנושאים ולאינטרסים, לטפל בו בשלבים, ולהכיל היבטים של רגש ושל כשלים משלל סוגים. בשאלון הצפייה וההערכה הכנסנו גם פרמטרים של גישור טרנספורמטיבי הפונה לרגשות ומנסה לטפל במערכת היחסים שבין הצדדים. זהו מודל שהתפתח לאחר המודל הפרגמטי, והוא מדגיש את התהליך ולא את פתרון הבעיה. הוא מציב קונפליקטים כהזדמנות לחוות גדילה מוסרית המתבטאת בהעצמה ובהכרה.¹⁸ הכנסנו שאלות הקשורות באבחון המקרים מבחינת הכשלים המונעים הגעה להסכם,¹⁹ ושילבנו מעקב אחרי התיקים כדי לבחון כיצד תרם הגישור להמשך ניהולם.²⁰

בשנה הראשונה לניהול המחקר הגענו אל השופטת ובידנו המסקנה כי אין הגישורים המתקיימים בבית הדין תואמים את המודל הפרגמטי (פתרון בעיות) או את המודל הטרנספורמטיבי. כפי שצינו עורכות הדו"ח: "רוב הסטודנטים ציינו כי הגישור התנהל בשונה מהטכניקה האידיאלית שהוצגה לנו בכיתה".²¹ להלן ממצאים מהמחקר הראשון באשר לגישור הטרנספורמטיבי:²²

"המגשרים רובם ככולם לא מבצעים שיקוף מילולי של רגשות הצדדים, זאת על אף שהסטודנטים הצופים ציינו בפירוש כי ניכר בצדדים שהם טעונים

16 המחקר נערך בפקוח ועם צוותים מתחלפים של סטודנטים בקליניקה ושל מנחים ובהם עו"ד אורה ברגיל, ד"ר פנינה בכר, ובשנה האחרונה עו"ד הדס לבני המנהלת את הקליניקה. צוותי הסטודנטים היו בתשס"ז: דקלה וגנר, שימריה זיטניצקי, אילנית הרשקוביץ; בתשס"ח: צחי ולדמן ורפאל בראון; בתשס"ט: רועי שפריר ורחלי וייס אהרון.

17 להרחבת תיאור המודל הפרגמטי של הגישור ולפירוט מאפייניו ראו אלברשטין, לעיל הערה 4, בע' 238–261.

18 מודל זה מניח שמטרת הגישור לפתח "אתיקה של דאגה" (ethics of care) בקרב הצדדים, ושההבטחה שבגישור טמונה ביכולתו ליצור טרנספורמציה אצל הצדדים לסכסוך ולא בפתרון בעיות ובסיפוק צרכים. לפירוט עיקרי המודל הטרנספורמטיבי, הרקע התיאורטי להתהוותו והביקורות עליו ראו אלברשטין, שם, בע' 262–291.

19 Kenneth Arrow, Robert H. Mnookin, Lee Ross, Amos Tversky & Robert Wilson *Barriers to Conflict Resolution* (1999) 3–24.

20 העתק של השאלון הראשוני נמצא בארכיון הקליניקה לגישור ויישוב סכסוכים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן וכן בספר השנה של הקליניקה תשס"ז.

21 מתוך דו"ח מחקר בית הדין לעבודה (תשס"ז) 7 (להלן: דו"ח תשס"ז).

22 שם, שם.

רגשית (בין שהתפרצו כלפי הצד השני, בין בהרמת הטון, הבעת פנים, אמירה וכיו"ב).

הסטודנטים מדווחים כי המגשרים אינם משקפים את הרגשות המועלים במהלך הגישור, כאמור, בין באמירה ובין באינדיקציות פיסיות הניכרות על הצדדים כלפי חוץ (מבע פנים, צבע עור, זיעה וכו').

להלן ממצאים מהמחקר הראשון באשר לגישור הפרגמטי:

"ניכר ממרבית השאלונים כי המגשרים נוטלים חלק דומיננטי בהתנהלות הגישור, באופן שמנתכים את הגישור לשלב הפתרוניות, מיד לאחר הצגת הסיפורים... ניכר שהמגשרים מסבירים לצדדים מה האינטרסים שלהם תוך הפעלת לחץ."

באשר לעמידה על ניהול מובנה של ההליך, המאפיין את המודל הפרגמטי וכולל הפרדה ברורה בין שלב הצגת העמדות, שלב זיהוי האינטרסים והצרכים ושלב המצאת האופציות,²³ הסטודנטים דיווחו כי:

"לאחר הצגת עמדותיהם ניגשו הצדדים ישר לפתרונות אפשריים, המגשרת הבינה את הטענות הכספיות של כל צד וניסתה לגשר בפשרה באמצע... הצדדים הגיעו מוכנים לדיון וידעו מה חשוב להם..."²⁴

"המגשר סייע והסביר לצדדים מה חשוב להם, הוא ניסה לזהות את האינטרסים של כל צד ומה הם רוצים בשורה התחתונה וכמה הם מוכנים ללכת בעבור זה..."²⁵

"המגשר לא סייע לצדדים להבין מה חשוב להם, אלא הסביר להם מה חשוב להם. הצדדים התבצרו בעמדותיהם..."²⁶

בעניין המצאת אופציות והבחירה ביניהן אומרים הסטודנטים:

"עולה כי הצדדים הגיעו מוכנים מראש עם פתרונות, אותם העלו בסוף הגישור. ועל המגשר היה לשמש כמפשר ולמצוא את האיזון המתאים לצדדים, ולהביאם לידי הסכמה בדבר ויתור על חלק מהתביעה המקורית."²⁷

"המגשר הציג את הגישור כהליך קצר, נוח וזול יותר מביה"ד, ואמר לאחד הצדדים שכדאי לו להתפשר כי יפסיד בביה"ד... הציג את ביה"ד כפתרון גרוע והעריך את התוצאות הצפויות בביה"מ"ש... חוסר סבלנותה של המגשרת העלה

23 ראו אלברשטין, לעיל הערה 4, בע' 247-257.

24 דו"ח תשס"ז, לעיל הערה 21, בע' 28.

25 שם, בע' 29.

26 שם, שם.

27 שם, בע' 6.

את האפשרות של ביה"ד מפעם לפעם... המגשר אמר שגישור חוסך זמן וכסף, ושביה"ד לא הולך לטובת המעביד (התערב מדי, לדעת הצופה).²⁸

מסקנה זו חזרה גם בשלב השלישי שבו חזרנו, כפי שאסביר בהמשך, לשאלון מובנה:

"אחת המסקנות שעולות מהנתונים שנמצאים בדו"חות הצפייה בבית הדין (שאלה 9א, שאלה 7ד, 7ה, שאלה 24), וגם ממידע שאין מקורו בדו"חות הצפייה (זיהוי צרכים ע"י המגשר, העצמת הצדדים, הכרה אחד בשני וכו') היא שהמגשרים לרוב בוחרים שלא לנסות להגיע לפן הרגשי של הסכסוך (הרובד הסמוי בסכסוך) על מנת להגדיר מחדש את הסכסוך בין הצדדים. עם זאת, הם שואלים שאלות שונות (מנחות, סגורות ופתוחות) על מנת להבין טוב יותר את הרובד הגלוי של הסכסוך, ולתת מקום לצדדים, שבדרך כלל באים טעונים מאוד, לשטוח את סיפורם מול המגשר ומול הצד השני, כדי שיוכלו להתקרב אחד לשני מבחינת דרישותיהם.²⁹

לרוב המגשר עצמו מציע פתרונות (שאינם עונים בהכרח על הצרכים הרגשיים של הצדדים – אם לא זוהו), ומעריך בכמחצית מהגישורים את התוצאות הצפויות בבית המשפט (לרוב גם מציג את בית המשפט כפתרון גרוע).³⁰

לאחר סיום שלב זה של המחקר קיימנו מפגש משותף עם השופטת פוגל וצוות המנ"ת (המחלקה לניתוב תיקים) בבית הדין לעבודה, כדי לבחון יחד את התוצאות ולהעריך מחדש את כלי המחקר שבחרנו. השופטת העירה לנו, ואנו קיבלנו את טענתה, כי אולי אין מקום לבדוק התאמה למודל פרגמטי או טרנספורמטיבי ולהעריך לאורם את פרקטיקת הגישור המתקיימת בפועל. השופטת גרסה כי ייתכן שבבית הדין ננקט מודל מיוחד המתאים לתנאים המיוחדים שלו, שאינו משתכח בדיכטומיה התיאורטית שבחנו. דבריה נקשרו בעינינו לדיון המתקיים בין חוקרים העוסקים בשיטות מחקר במדעי החברה ובעיקר לביקורתם של החוקרים האיכותניים על שיטות החקר הפוזיטיביסטיות.³¹ חוקרים איכותניים מבקרים את הניסיון להחיל מודלים נוקשים

28 שם, בע' 31.

29 ראו דו"ח תשס"ט, לעיל הערה 12.

30 שם.

31 על המחקר האיכותני ומאפייניו ראו אשר שקדי מילים המנסות לגעת: מחקר איכותני תאוריה ויישום (תשס"ג); נעמה צבר בן-יהושע המחקר האיכותני בהוראה ובלמידה (1990); שמחה שלסקי וברכה אלפרט דרכים בכתיבת מחקר איכותני: מפירוק המציאות להבנייתה כטקסט (תשס"ז); Norman K. Denzin & Yvonna S. Lincoln *Handbook of Qualitative Research* (2nd ed., 2000). באשר להגדרת הפוזיטיביזם בעניין שיטות מחקר במדעי החברה ראו שלסקי ואלפרט, שם, בע' 41: "הפוזיטיביזם כפי שנוסח על ידי אוגוסט קונט (Comte) באמצע המאה התשע עשרה, הוא יישום של התפיסות האמפיריציסטיות בפילוסופיה של המדע והוא מבטא את רוח הנאורות המודרנית... באשר למתודולוגיה, לפי גישה זו על החוקר לנהוג באובייקטיביות כדי להגיע להבנות אלה של המציאות, לנטרל כל עמדה ערכית או אינטרסנטית ביחס למושא המחקר

על שדה המחקר, ובמקום זאת מעדיפים לדבר על "פרספקטיבה תיאורטית" שעמה יגיע החוקר, ושתהיה נתונה כדיאלוג עם הממצאים העולים מהשטח. אחד המאפיינים הבסיסיים של המחקר האיכותני הוא אופיו הקונסטרוקטיביסטי³² ולפיו "המבנה המושגי ניתן לשינוי לאור ממצאים שנאספו ותובנות שנתקבלו במהלך המחקר"³³. מדובר בגישה אינדוקטיבית שלפיה החוקרים מנסים להבין את המצב מתוך קשב לנתונים ובלי לכפות מראש הבנות קיימות על תנאי המחקר.³⁴

ד. השלב השני: תצפית פתוחה בלא שימוש במודל גישור

בסיום שלב המחקר הראשון ולאחר הפגישה עם צוות בית הדין ודיון פנימי בנוגע לשיטת המחקר, הגענו לכלל מסקנה כי אל לנו כחוקרים לכפות את המודלים התיאורטיים שלנו על המתנהל בבית הדין ואז להתפלא שאין הנעשה שם תואם את ציפיותינו. לאחר שקיבלנו את הצעת השופטת, ואימצנו פילוסופיית מחקר איכותנית, החלטנו לשנות את כלי המחקר וסגנונו. בשנה וחצי שלאחר מכן ניהלנו תצפיות פתוחות בסגנון איכותני כדי למפות את המתרחש בבית הדין בלא עמדה שיפוטית מוקדמת. תצפית איכותנית פתוחה היא דרך לאיסוף נתונים, במסגרתה החוקרים יכולים להתרשם ממגוון המאפיינים בסיטואציה נתונה, במקרה זה הגישור, ולנסות למפותה ולהבינה בלי להיכבל בהנחות מוקדמות ובהיפותוזות.³⁵ זהו "רישום שיטתי של אירועים, התנהגויות וחפצים בסביבה החברתית שנבחרה למחקר"³⁶. אמנם ברור שתצפית אינה יכולה להיות נקייה מתיאוריות, ואל חדר הגישור הגיעו הסטודנטים

ולשמור בקפדנות על כללים פורמאליים של מהימנות ותוקף בניהול המחקר. דרך ההוכחה המחקרית היא היפותטית-דדוקטיבית: ניסוח השערות תחילה, על בסיס הידע התיאורטי הקיים, וניסיון לאששן או להפריכן לאחר מכן באופן אמפירי, באמצעות תצפיות וניסויים."

³² "הקונסטרוקטיביזם נשען על תפיסות פילוסופיות פנומנולוגיות הרמנויטיות, שהתפתחו בעיקר למן סוף המאה התשע עשרה וראשית המאה העשרים. הפילוסופיה הפנומנולוגית שפותחה על ידי הוסרל, רואה בתודעה שלנו את התופעה (פנומן) היחידה שאנו יכולים לבטוח בקיומה... ההרמנויטיקה, שמשמעה פרשנות וראשיתה בפרשנות כתבי הקודש, הדגישה את רכיב ההבנה ומתן המשמעות לתופעות ולטקסטים, שהוא סובייקטיבי ביסודו. זאת לעומת הפוזיטיביזם שהתמקד בהסברים סיבתיים לוגיים של התופעות". שם, בע' 41-42.

³³ שקדי, לעיל הערה 31, בע' 40.

³⁴ שם, בע' 30.

³⁵ לתיאור תצפית איכותנית ראו שקדי, שם, בע' 80-85, וכן צבר, לעיל הערה 31, בע' 51-62; ראו לדוגמה צבר, שם, בע' 51: "תצפיות הן הדרך העיקרית לאיסוף נתונים במחקר איכותני. אלה יכולות להיות תצפיות פתוחות, שבהן החוקר מנסה להתרשם מרוב הגורמים המרכיבים את הסביבה הנחקרת ולרשום אותם. יכולות להיערך גם תצפיות ממוקדות הבאות לתאר רק, או בעיקר, עניינים שהוחלט עליהם מראש. חוקר איכותני מתחיל לרוב את מחקרו בתצפיות פתוחות ובשלב מאוחר יותר כאשר החליט על העניין המרכזי במחקרו הוא עובר לתצפיות ממוקדות".

³⁶ שקדי, שם, בע' 80.

כשהם ניחנים בפרספקטיבה תיאורטית שרכשו בהכשרתם ובלימודיהם, אך הניסיון היה להנחות אותם לקלוט רשמים ככל האפשר, ושלא להיות כבולים לשאלון סגור וממוקד. על הממצאים מתצפיות פתוחות אלה, בכל הנוגע לניסיון לאבחן את מודל הגישור הנצפה, כתבו הסטודנטים:³⁷

"בביה"ד לא זיהינו מודל קלאסי של גישור. המגשר לרוב מציג את החסרונות בהליך המשפטי הרגיל כטיעון המרכזי בו הוא מנסה לשכנע את הצדדים להמשיך בגישור ('יודעים איך נכנסים, אך לא איך יוצאים...'). זיהינו במקרים רבים חתירה מאומצת של המגשר לקראת ניסוח הסכם, תוך הכתבה והפעלת לחץ מילולי כבד על הצדדים. מגשרים רבים הציעו סכומים מדויקים, נוכח פערים בין רצונות כל צד. ('טוב, את רוצה 25,000, אתם מוכנים לתת רק 5,000, בואו נפגש באמצע, אני אומר 15,000 זה סכום טוב...'). מגשרים רבים דיברו באופן לקוני וחפז, על גבול הטכני. היו שהציגו עצמם כמכירים היטב את החוק ואת הפסיקות הרלוונטיות, ולכן גם הרבו להחזיר את הצדדים לתוצאות הדיון במשפט – כלומר, לא היה שיקוף מעמיק של רצונות הצדדים, אלא השוואה מתמדת בין הביטוי הכלכלי של שאיפותיהם והמציאות בביהמ"ש."

מהגישורים שבהם צפו עולות הדוגמאות האלה:

"המגשר מציג את עצמו ומסביר לצדדים על מהותו של הליך הגישור: גישור הוא ניסיון לסיים את הסכסוך בפשרה, ופשרה לא יכולה להיות מושגת אלא בדרך של ויתור – פונה אל הצדדים ואומר להם שאם אחד מהם מסרב להתפשר ולוותר מעט – עליו להודיע זאת כבר בתחילת הליך על מנת למנוע בזבוז זמן מיותר."³⁸

"המגשר מספר לנתבע ולעורך דינו את כל מה שנאמר בפגישה האישית בין התובע ובא כוחו למגשר, וזאת ללא שביקש רשות מהתובע או מעורך דינו לחשוף את מה שנאמר בפגישה האישית ביניהם."³⁹ [ההדגשות במקור]

"לאחר תום השיחות האישיות, מחזיר המגשר את התובע ובא כוחו אל החדר לשיחה משותפת ואומר כי קיים פער גדול בין עמדות הצדדים וכי הוא כלל לא בטוח שיצליחו בכלל לגשר עליו, אבל אולי יצליחו, כתלות ברצונם, בעזרתו."⁴⁰ [ההדגשות במקור]

"המגשר נותן לצדדים לדבר ביניהם בלי להתערב ובמשך רוב הזמן, אף מבלי

37 דר"ח תשס"ט, לעיל הערה 12, בע' 4.

38 שם, בע' 7.

39 שם, בע' 9.

40 שם, שם.

שירים אליהם את עיניו מדפיו. הנתבע מנסה להגיד משהו ועוה"ד שלו משתיק אותו ומתעקש 'תן לי לדבר, אתה שב בשקט'.⁴¹

"המגשר פונה לתובע ומסביר לו את חולשת תיקו ואת הסיכוי הקלוש שיקבל סכום גבוה מזה בביה"ד (עושה זאת בנוכחות הנתבע) – אומר לו שטיפס על עץ גבוה מאוד וכדאי לו לרדת ממנו כל עוד נותנים לו את האפשרות."⁴²

באותו גישור פנה המגשר אל הסטודנטית שצפתה בגישור ואמר לה:

"אני מצטער, גישור זה קצת שוק, סליחה. נדיר שזה עובד אבל עושים את זה כי חייבים ע"מ להיראות טוב יותר לפני השופט בביה"ד וחוז' מזה, זה בחינם. אבל תדעי לך, להגיע לפשרה בלי מגשר זה פי 10 יותר טוב מלהגיע לפשרה עם מגשר."⁴³

בסיכום כתבה הסטודנטית:

"לא כך קיוויתי ולא כך האמנתי שמתנהל גישור. הדהים אותי לראות את ההבדל המהותי בין גישור זה לבין הגישור בו צפיתי בקמפוס, שהתנהל בצורה שונה בתכלית ותוך התערבות רבה מצד המגשרים, שלקחו חלק אינטגרלי בהליך ובהגעה להסכמה."⁴⁴

ה. השלב השלישי: אבחון ההתנהלות בשטח כבעלת פרמטרים מיוחדים

לא כל הגישורים באותה תקופה התנהלו כמו הגישור שתואר למעלה, וחלק מהסטודנטים דיווחו על תהליכים בונים ואווירה מגשרת. בכל זאת לא הצלחנו לגבש, מכל התצפיות הפתוחות, כלים מספיקים כדי להגדיר את מודל הגישור המשמש בבית הדין ולכנות כלים להערכתו. לפיכך פנינו למודל חדש המשלב פישור, שהוא הבאה לידי פשרה בדרך של מיצוע והערכה, וגישור, שהוא הבאה לידי הסכמה תוך חיפוש אינטרסים כקשת אפשרית בעבודתו של מגשר. הסטודנטים בחנו בשלב השלישי למחקר את "הטבלה של ריסקין" כמודל מתאים לתיאור המתרחש בגישור.⁴⁵ ריסקין, תיאורטיקן של יישוב סכסוכים, מתאר "מרחב גישור" שבצדו האחד נמצא הליך

41 ש.ס.

42 ש.ס, בע' 10.

43 ש.ס, בע' 9.

44 ש.ס, בע' 11.

45 להצגת המתווה התיאורטי שאימצו הסטודנטים ולדין במידת התאמתו לתחום הגישור ראו: Leonard L. Riskin "Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Guide for the Perplexed" 1 *Harv. Negot. L. Rev.* (1996) 7; Leonard L. Riskin "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System" 79

"מעריך" (evaluative) – הליך שבו שני הצדדים פונים לצד שלישי הנותן הערכה בעניין הפתרון לסכסוך שביניהם. שני הצדדים מקבלים עליהם את הפתרון, בדומה לנעשה בהליך הבוררות. מדובר בפתרון "מלמעלה", שאינו נוצר על ידי הצדדים, אלא על ידי הצד השלישי. בצדו האחר של המרחב נמצא הליך "מאפשר" (facilitative), הליך שבו הצד השלישי אינו מתערב ביצירת הפתרון על ידי הצדדים. בהליך כזה ניתן חופש פעולה כמעט מוחלט לצדדים לעצב את הדרך שבה יבחרו לפתור את הסכסוך שביניהם. שני סוגי ההתערבות עשויים להיות ממוקדים בשאלות צרות או רחבות המהוות את הציר האחר של המרחב. ככל שמגשרים מתמקדים בחתירה לפשרה תוך בחינת פתרונות משפטיים, הם ייחשבו לבעלי סגנון "מעריך-צר". כאשר הם מעשירים את מגוון ההערכות וכוללים אינטרסים ואפשרויות שאינן משפטיות, הם יחשבו לבעלי סגנון "מעריך-רחב". סגנון פסיבי יותר המאפשר לצדדים לבחון ולהעריך בעצמם את התוצאות המשפטיות יהיה "מאפשר-צר" ואילו גישור פרגמטי "כהלכתו" בדרך כלל יאפשר לצדדים לבחון מגוון רחב של פתרונות תוך חתירה ליצירתיות וייחשב ל"מאפשר-רחב". המודל הטרנספורמטיבי גם הוא קרוב יותר לצד ה"מאפשר-רחב" (התערבות מועטת ביותר של הצד השלישי, הדגשת ההעצמה וההכרה של הצדדים וכו').

על פי טבלתו של ריסקין הגיעו הסטודנטים לכלל מסקנה שהדגם ה"מעריך-צר" של גישור, המציג את עבודת המגשר כקשורה בהערכת התוצאה הצפויה בבית המשפט ובהתמקדות בדיון צר בעמדות, הוא המתאים יותר לתיאור המתרחש בבית הדין:

"הליך הגישור בבית הדין נראה לנו קרוב מאוד לצד ה'מעריך' של המרחב הגישורי. זאת משום שישנה התערבות רבה יחסית של הצד השלישי (המגשר), אופי הסכסוך הוא לרוב חד נושאי ונוגע לתחום הכספי – כך לפחות נראים פני הדברים (שהרי פעמים רבות ישנם רבדים נסתרים עמוקים יותר והכסף הנתבע מייצג אינטרסים, רגשות וכו'), ולכן הפתרונות אינם נוגעים לצרכים אחרים של הצדדים. הדגש העיקרי הוא על מתן פיתרון לתביעה עצמה."⁴⁶

מעניין הדמיון בין ממצא זה לבין הביקורת שמעורר הליך הפישור המהיר המתקיים בבית הדין במסלול מקביל לזה המתנהל בבית המשפט לתביעות קטנות. בשנת 2001 בחן דו"ח ועדת ההיגוי לעניין הגישור במערכת בתי הדין לעבודה את הליך הפישור הזה. ההליך תואר כחתירה להסכם על בסיס צר והוצע לקרוא לו "הליך הבאה להסכם"

Notre Dame L. Rev. (2003) 1; Leonard L. Riskin "Who Decides What? Rethinking The Grid of Mediator Orientations" 9(2) *Disp. Resol. Mag.* (2003) 22

46 דו"ח תשס"ט, לעיל הערה 12, בע' 23. נתונים סטטיסטיים ראו גם בע' 13: המגשר הביע בפני הצדדים את הערכת התוצאות הצפויות לדעתו במשפט ב-57% מהגישורים (ב-43% מהגישורים הוא לא העריך). במדגם נדגמו 70 גישורים.

כדי למנוע בלבול בינו ובין הליך הגישור.⁴⁷ למעשה מחקרנו מגלה כי גם הגישור הפנימי הוא במהותו הליך הבאה להסכם. חשוב לציין כי בספרות שנויה במחלוקת עזה השאלה אם בכלל נכון לקרוא להליך בעל אופי מעריך המתמקד בשאלות צרות בשם "גישור".⁴⁸ המתנגדים לטבלה של ריסקין טוענים כי יש לייחד את השם "גישור" להליך של פתרון בעיות מאפשר ולקרוא לחתירה אחרת לפשרה בשם "פישור". מתנגדים אלה יתנגדו לכינוי ההליך המתקיים בבית הדין בשם "גישור" וידרשו לכנותו, למשל, "הערכה מוקדמת של מומחה ניטרלי" (early neutral evaluation) מלווה בהבאה לפשרה.⁴⁹ מלבד סיווג ההליך בבית הדין כמעריך וצר, הסטודנטים אבחנו שלושה מאפיינים נוספים המייחדים אותו:

מגבלת הזמן. פרק הזמן הסטנדרטי שהקצו המגשרים לגישור היה של שעה וחצי. פרק זמן זה קצר יחסית לפרק הזמן הממוצע של תהליך גישור (3–5 שעות) ואינו מאפשר דיון מעמיק.⁵⁰ מטבע הדברים הוא מביא לידי קיצור תהליכים והימנעות מכל מהלך גישור העלול "לבזבז" זמן. לעתים גרם הזמן הקצר שהוקצה הוביל למבנה קבוע של גישור, שבו לאחר הצגת הסיפורים של הצדדים, עברו המשתתפים באופן כמעט מיידי לחיפוש פתרונות.⁵¹

הדגש המשפטי הקשור בנוכחותם של עורכי הדין בגישור.⁵² הצדדים לוו בדרך כלל על ידי עורכי דינם בתהליך הגישור. מורכבות דיני העבודה וקיום ההליך לאחר שכבר הוגשה תביעה משפטית לבית הדין לעבודה מביאות בדרך כלל לידי כך שהצדדים מגיעים מיוצגים. נוכחותם של עורכי הדין לכל אורך ההליך מדגישה את ההיבט המשפטי

47 דו"ח ועדת ההיגוי לעניין הגישור, לעיל הערה 8, בע' 9–10.
 48 Kimberlee Kovatch & Lela P. Love "Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid" 71 *Harv. Negot. L. Rev.* (1998) 3.
 49 עדות לחשיבה מסוג זה, המקפידה להבחין בין גישור להליכים אחרים של הבאה לפשרה, ניתן למצוא בתיקון מס' 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד–1984; וכן בתיקון המקביל בתקנות הגישור אשר כונו תחילה "תקנות הפישור".
 50 דו"ח תשס"ט, לעיל הערה 12, בע' 25.
 51 לתיאור תופעה זו כמאפיינת באופן כללי גישורים מוסדרים המתנהלים בבתי משפט ראו Welsh, לעיל הערה 3, בע' 809–812. בחינת נתונים סטטיסטיים במחקר הנוכחי מעלה כי פגישות נפרדות היו ב-90.3% מהגישורים (ב-9.7% מהגישורים לא היו פגישות נפרדות). פגישות נפרדות היו בשלב שלאחר הצגת הסכסוך ב-88.6% מהגישורים, לאחר ההסבר על הליך הגישור ב-3% מהגישורים, לאחר הצגת החלופות להליך ב-1.5%, כאשר אחד הצדדים עזב בכעס את הגישור ב-1.5%, לאחר סיפור התובע ב-1.5%, ולאורך כל הגישור ב-3% מהמקרים. המדגם הוא של 62 מקרים. ראו דו"ח תשס"ט, בע' 10. באשר לדילוג על שלבי הגישור והמעבר להצגת אופציות מיד לאחר שמיעת סיפורי הצדדים: הצדדים ניגשו להצעת פתרונות מיד בתום הצגת הסיפורים ב-59% מהמקרים (ב-41% מהמקרים לא ניגשו מיד בתום הצגת הסיפורים לבחינת פתרונות). גודל המדגם הוא 68 מקרים. שם, בע' 11.
 52 Welsh, שם, בע' 805–808.

הצר של הסכסוך ומונעת דיון רציני בצרכים נוספים, בייחוד בהיבט מערכת היחסים ביניהם שהוא מרכזי כשמדובר ביחסי עובד ומעביד.⁵³

החתימה להסכם והגדרתו כהצלחה. הגדרת הצלחה בבית הדין היא סיום הסכסוך בהסדר מוסכם. נראה שהמגשרים מנסים להביא את הצדדים לידי הסכמה, לעתים בכל מחיר, ומפעילים לחץ רב כדי להשיגה.⁵⁴ מגמה זו מנוגדת להדגשת התהליך בכל המודלים של הגישור, והיא סותרת את ההנחה שתהליך בלא הסכם עשוי לתרום לחיזוק הבנת הצדדים את הסכסוך ואף להעצמתם. העיקרון של הסכמה מדעת, העומד בבסיס הגישור, דורש מנגנוני ריסון המגשרים אשר אינם אמורים ללחוץ על הצדדים,⁵⁵ אך בבית הדין נראה שעיקרון זה אינו נשמר. הוכחה לכך שניתן לנהל תכנית גישור ממוסדת תוך הקפדה על אוטונומיה ועקרונות להבטחת תקינות התהליך אפשר למצוא בעקרונות המקובלים להערכת מגשרים בתכנית המהורה"ת בבתי משפט השלום.⁵⁶ בתכנית זו שיעורי הצלחה גבוהים של מגשרים, החורגים במידה ניכרת מאלה של עמיתיהם, יהיו אינדיקציה לכך שהם לוחצים יתר על המידה על הצדדים ויעוררו בחינה של דרך התנהלותם.⁵⁷

ו. מסקנות ביניים של ההערכה בבית הדין

במהלך ההערכה של הגישורים בבית הדין הורדנו כאמור בהדרגה את אמות המידה לבחינת ההליכים המתנהלים: תחילה בחנו יסודות טרנספורמטיביים וחיפשנו תהליכים כגון העצמה והכרה, וטיפוח ערכי דאגה ויחסים; לצד זאת בחנו אם נעשה איזון אינטרסים ופתרון בעיות באמצעות ניהול מובנה ומאפשר לפי המודל הקלאסי, הפרגמטי, של הגישור. לאחר מכן הסתפקנו בתיאור הגישור בבית הדין כהבאה הוגנת לפשרה, שהיא מעין פישור שספק אם הוא בכלל נכנס לגדר המושג "גישור".⁵⁸ בשלב זה של המחקר חזרנו לשאלון המובנה⁵⁹ ושכללנו בעקבות השערותינו החדשות את כלי המחקר שבו השתמשנו בשנה הראשונה. הבעיה המרכזית, שצצה ועלתה שוב ושוב

53 דו"ח תשס"ט, לעיל הערה 12, בע' 24.

54 שם, שם.

55 להצגה מפורטת של נושא ההסכמה מדעת בגישור ראו: Jacqueline M. Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decision Making" 74 *Notre Dame L. Rev.* (1999) 775.

56 ראו לעיל הערה 14.

57 קריטריון זה נלמד מדברים שנאמרו בכנס באוניברסיטת בר-אילן בנושא הסדרת הגישור בינואר 2010: עו"ד נטלי לוי, מנהלת התכנית להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט, משרד המשפטים, "התכנית להגברת השימוש בגישור – יישום, ממצאים עיקריים ומגמות".

58 ראו Kovatch & Love, לעיל הערה 48.

59 העתק נמצא בארכיון הקליניקה לגישור ויישוב סכסוכים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

במחקר, היא שכל מודל שבחרנו לבחון לפיו את ההליכים העלה כי הבעיות הבסיסיות שהתעוררו אינן קשורות כלל לסיווגו של ההליך לאחד מהמודלים של התחום.⁶⁰ אפרט כמה דוגמאות מהתצפיות האחרונות:

"שיקוף. לאחר הפתיחה, אין כלל שיקוף ברבים מהגישורים. גם כאשר הוא מצוי, לרוב אין שיקוף מילולי של רגשות הצדדים. לדעתנו יש לכך מספר גורמים: ראשית, אורך זמן הגישור בבית הדין הוא שעה וחצי (זמן קצר יחסית). השערתנו היא כי מגבלת הזמן משפיעה על ההחלטה של המגשר לשקף/לא לשקף את דברי הצדדים."⁶¹

"בנוסף, הטיפול של המגשרים הוא בעיקר בפן המשפטי של הסכסוך (בד"כ פיצויי פיטורין), ופחות בפן הרגשי (לא מצוין בדו"ח). ולכן המגשרים אינם משקפים, בכמחצית מהגישורים, את דברי ורגשות הצדדים. דבר המייתר את אותם גישורים מכוון שהטענות המשפטיות נמצאות כבר בכתבי הטענות."⁶²

60 השוו לדברי Welsh, לעיל הערה 3, הטענת כי מודל הפישור הממוקד בהסכם והמצמצם בדיאלוג, המתפתח בדרך כלל בתכניות גישור, איננו מקדם לפי הגדרתו את העקרונות של צדק פרוצדורלי. הנחתי במאמר זה כי ניהול נכון ומכבד אפשרי בכל הליך חלופי או מסייע, והגישור אינו ההליך היחיד המסוגל להגשים עקרונות אלה.

61 דו"ח תשס"ט, לעיל הערה 12, בע' 19. הדו"ח מביא את הנתונים האלה: שיקוף באופן כללי: 41.5% מהגישורים המגשר ביצע שיקוף (ב-58.5% מהגישורים לא היה שיקוף). המדגם כלל 70 מקרים. תיקון המגשר במהלך השיקוף על ידי הצדדים: בגישורים שבהם נעשה שיקוף, הצדדים תיקנו את המגשר בתהליך השיקוף במידה מועטה ב-72% מהמקרים, במידה בינונית ב-21% מהגישורים, ובמידה רבה ב-7%. המדגם הוא של 43 מקרים. יש לציין כי המדגם בשאלה זו הוא נמוך מאחר שמדובר רק בגישורים שבהם היה שיקוף. שיקוף רגשות הצדדים: בגישורים שבהם נעשה שיקוף, המגשר שיקף את רגשות הצדדים ב-27% מהגישורים בלבד (ב-63% מהגישורים הוא לא שיקף את רגשותיהם). המדגם הוא של 66 מקרים. מידת ההקשבה וקטיעת דברי הצדדים: המגשר קטע את דברי הצדדים ב-57% מהגישורים (ב-43% מהמקרים המגשר לא קטע את דברי הצדדים). המדגם הוא של 51 מקרים. ראו דו"ח תשס"ט, שם, בע' 11. נתונים אלו חוזרים על הממצאים מדו"ח תשס"ז, לעיל הערה 21, כפי שהם מסוכמים בע' 9: "בקטגוריה השנייה של שיקוף מילולי של רגשות מצאנו, כי המגשרים רובם ככולם לא מבצעים שיקוף מילולי של רגשות הצדדים, זאת על אף שהסטודנטים הצופים ציינו בפירוש כי ניכר בצדדים, שהם טעונים רגשית (בין שהתפרצו כלפי הצד השני, בין בהרמת הטון, הבעת פנים, אמירה וכיו"ב). לדעתנו, שימת דגש ולמצער התייחסות לפאן הרגשי של הסכסוך הינה נקודת מפתח המהווה אלמנט מהותי וייחודי להליך הגישור המבדילו ממוסד הבוררות וערכאות שיפוטיות ב-2 רבדים: האחד, תחושת הצדדים שהמגשר מבין ומקשיב והשני, פתיחת ערוץ חשוב למגשר להבין את שורשי הסכסוך וזיהוי האינטרסים העומדים בבסיס הרבדים החיצוניים שלו. נבקש לציין, כי דיווח הסטודנטים בעניין זה בלט באחידותו, שכן למעט מס' שאלונים בודד, הסטודנטים מדווחים כי המגשרים אינם משקפים את הרגשות המועלים במהלך הגישור, כאמור, בין באמירה ובין באינדקציות פיסיות הניכרות על הצדדים כלפי חוץ (מבע פנים, צבע עור, זיעה וכו'), אם הסטודנטים שמו לב לאלמנטים אלו, חזקה על המגשר שאף הוא הבחין בהם, אולם, משום מה, לא מצא לנכון להתייחס לכך".

62 דו"ח תשס"ט, שם, בע' 19.

"פגישות נפרדות. לאחר הצגת הסכסוך, לרוב נערכות פגישות נפרדות של המגשר עם הצדדים. המגשר בוחר לשמוע בנפרד כל אחד מהצדדים, ולהגיע כבר בפגישה נפרדת זו להצעת הפתרונות ליישוב הסכסוך. גם עניין זה נובע לרוב מאורכו המוגבל של הליך הגישור בבית הדין ומאופי הסכסוך."⁶³

"לרוב המגשר מציע פתרונות, הנוגעים בעיקר לאינטרס הכספי, ושואל את הצדדים אם הם מסכימים/מתנגדים. בפגישות הנפרדות המגשר גם מסייע לצדדים להבין מה חשוב להם כדי לסייע להם לגשר על הפערים ביניהם לבין הצד השני. ראינו כי האווירה במהלך הגישור היא לרוב מתוחה/תוקפנית."⁶⁴

"מתוך הממצאים עולה כי המגשר קטע בכמחצית מהגישורים את דברי הצדדים."⁶⁵

"המגשר מציג את האלטרנטיבה של פנייה לבית הדין ומסביר את השלכותיה, ברם, במחצית מהגישורים, המגשר מציג את בית הדין כפתרון גרוע. מובן כי יש להציג את החסרונות בפנייה לביה"ד (למשל הוצאות רבות ומשך התדיינות ארוך), אולם, לעיתים הפתרון המשפטי הוא המתאים ביותר עבור הצדדים, ואין זה ראוי לנסות להניא את הצדדים מפנייה לקבלת סעד משפטי."⁶⁶

הציטוטים לעיל מצביעים על כמה תופעות מוכרות ונפוצות החוזרות ונשנות בגישורים הנערכים בבתי המשפט והן: היעדר הקפדה על כללי התנהלות מכבדים, התמקדות יתר בפשרה ובפתרונות צרים והיעדר התייחסות להיבטים הרגשיים של ההליך למרות הנתונים המעידים על כך שמרבית הסכסוכים בבית הדין נושאים מטען רגשי ניכר.⁶⁷ בשלב זה הגענו לכלל מסקנה שאולי מה שנדרש לנו לצורך ההערכה אינו דווקא מודל גישור. אנחנו רגילים לתפוס את הליך הגישור כמציע יתרונות מופלגים לעומת המתרחש

63 ראו גם נתונים לעיל בהערה 51.

64 דו"ח תשס"ט, שם, בע' 19. נתונים סטטיסטיים ראו שם, בע' 10: תחילת הגישור: שיעור הגישורים שהייתה בהם אווירה משתפת הוא 11.3%, אווירה מתוחה 29.5%, אווירה נעימה 52%, אווירה תוקפנית 7%. המדגם הוא של 71 מקרים. מהלך הגישור: שיעור הגישורים שהייתה בהם אווירה משתפת הוא 8.7%, אווירה מתוחה 48%, אווירה נעימה 20%, ואווירה תוקפנית 23%. המדגם הוא של 69 מקרים. סוף הגישור: שיעור הגישורים שהייתה בהם אווירה משתפת הוא 15.6%, אווירה מתוחה 44%, אווירה נעימה 31%, ואווירה תוקפנית 9%. המדגם הוא של 64 מקרים. ראו גם סיכום שם, בע' 16: "רוב הגישורים מתחילים באווירה משתפת/נעימה (63%), הופכים להיות מתוחים/תוקפניים במהלכם (71%), ומסתיימים בצורה נעימה/משתפת (47%) או מתוחה/תוקפנית (53%)."

65 שם, בע' 19.

66 שם, בע' 20. המגשר הציע לצדדים את האפשרות להעדיף הליך שיפוטי ב-66% מהגישורים (ב-34% הוא לא הציע זאת). גודל המדגם הוא של 66 מקרים. המגשר הציג את בית הדין כפתרון גרוע ב-62.5% מהגישורים (ב-5.37 הוא לא הציגו כגרוע). גודל המדגם הוא של 64 מקרים. המגשר הסביר לצדדים מה תהיינה ההשלכות אם יפסיקו את הגישור ויפנו לבית הדין ב-78% מהגישורים (ב-13% הוא לא הסביר זאת). גודל המדגם הוא של 70 מקרים. שם, בע' 13.

67 התובע היה טעון רגשית ב-85.5% (ב-14.5% מהמקרים לא היה טעון רגשית). המדגם הוא של 69 מקרים. הנתבע היה טעון רגשית ב-56% מהגישורים (ב-44% מהמקרים הנתבע לא היה טעון רגשית). המדגם הוא של 70 מקרים. ראו דו"ח תשס"ט, בע' 11.

בבית המשפט, ומציגים את החדשנות שבתחום זה כקשורה במענה לכשלים ולבעיות האופייניות למערכת השפיטה הרגילה. חלק מטעמי הקמתה של תנועת ה-ADR קשור בביקורת זו על מערכת המשפט,⁶⁸ ובמשך שנים מוצגת ההבטחה שבגישה כטמונה ביכולתו להציע דרך אחרת, המבוססת על חתירה לפשרה באמצעות דיון בעמדות המשפטיות:

“באופן בסיסי מתאפיין הגישור בפעילות המתמקדת בהליך במקום במהות הסוגיות העומדות על הפרק, כאשר ההנחה היא כי במהלך השיחה המשותפת, החלפת הנרטיבים וההתקדמות על פי שלבים שונים תוך ניסוח מחדש של סוגיות שנויות במחלוקת, ישתנו עמדות הצדדים כך שיוכלו להגיע לכלל הסכמות ולפתח אפיקים של שיתוף פעולה אשר לא היה להם בזמן תחילת ההליך.”⁶⁹

ככל שהעמקנו בעניין התברר כי מה שהפריע לנו בבית הדין לעבודה לא היה בעיקרו קשור למטרות נעלות ומהותיות כאלה של הגישור. לעומת הביקורת שהביעה כלפינו השופטת פוגל, ביקורת שאותה ניסינו להפנים באמצעות שינוי כלי ההערכה, שינוי כלי המחקר לא הפיג את הביקורת אשר חזרה ועלתה מהתצפיות, ולפתע הדהדה והזכירה לנו מחקר שונה לגמרי אשר ביצענו בבית הדין בתקופה מוקדמת יותר במשך כשנה בלבד.

ז. מחקר אחר בנושא שפיטה טיפולית: תצפיות באולמות בית הדין לעבודה

המחקר הנוסף, אשר נערך בקליניקה בשנת תשס"ח, כלל רק תצפיות ספורות בבית הדין ולא הגיע לשלבים מתקדמים. הוא עסק בבחינת הנהגתם של עקרונות תורת המשפט הטיפולי באולמות השפיטה בבית הדין לעבודה.⁷⁰ תורת המשפט הטיפולי היא גישה בין-תחומית המבוססת על ההנחה שהמשפט הוא כוח חברתי שיש לו השפעה בלתי נמנעת על הבריאות הנפשית והתפקוד הפסיכולוגי של מי שעליהם הוא משפיע. תורת המשפט הטיפולי מציעה שהשפעות שליליות וחיוביות אלה יילמדו בכלים של מדעי ההתנהגות, יותאמו לשיקולים של צדק

68 ראו אלברשטין, לעיל הערה 4, בע' 31–32, 74–88.

69 שם, בע' 182.

70 דו"ח מחקר צוות תורת משפט טיפולית בקליניקה לגישור תשס"ח (צינרון, אוהד רבפוגל וגלעד שגיב עורכים, 2007–2008) שמור בארכיון הקליניקה לגישור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן (להלן: דו"ח מחקר צוות תורת משפט טיפולית). ממצאי מחקר זה טרם הובאו לידיעת השופטת פוגל וצוות בית הדין משום שהמחקר והפיתוח שלהם טרם הושלמו. בשנתיים האחרונות הורחב המחקר ונעשו תצפיות גם בבתי משפט רגילים בעיקר בהליכים פליליים.

וערכים נורמטיביים רלוונטיים אחרים. בהתאם, המשפט יעבור רפורמות שיצמצמו תוצאות אנטי-טיפוליות ויקדמו תוצאות טיפוליות.⁷¹ בתצפיות באולמות השפיטה בבית הדין לעבודה, שלא כמחקר בעניין הגישור, השתמשנו במודל תיאורטי חלופי אשר אינו מוכר לבית הדין ואשר לא היה ניסיון מעשי ליישמו בארץ. לעומת הגישור, אשר ההבטחה שבו וייחודו המהותי מוכרים למערכת המשפט בארץ או לפחות הוצגו בהרחבה עם עלייתו של העניין הממסדי בגישור,⁷² תורת המשפט הטיפולית לא חללה כלל למודעות השופטים, ולא היה ניסיון להסדרתה, ועל כן אפשר לתאר את פעולתנו בבית הדין, ומאוחר יותר בבתי משפט אחרים,⁷³ כמחפשת הפנמה אינטואיטיבית של עקרונות אלה. בנינו עם הסטודנטים כלים להערכת מידת הטיפוליות בהליכים שבבתי משפט. לצורך כך השתמשנו בעקרונות תורת המשפט הטיפולית כפרמטרים לדרך תצפית שמילאו הסטודנטים במהלך המחקר.⁷⁴

הממצאים על מידת תחולת עקרונות תורת המשפט הטיפולית בבית הדין אכן הצביעו על אי-הכרתם:

"קיים עוד מרחק רב בין המודל הטיפולית האידיאלי למצב המתקיים בפועל בבתי המשפט. השופטים מגבילים בד"כ את השתתפותם הפעילה של הצדדים בהליך, נמנעים ככלל מלהתייחס למצבם הרגשי, לא מנסים להגיע לפיתרון של פשרה מתוך דיון, ומשתמשים באופן כללי בסמכותם האינקוויזטורית הגוברת במשפט המודרני דווקא על מנת לכפות את המסגרת האדוורסרית על הדיון. בנוסף בולטת השפעתו השלילית של העומס הקיים בבתי המשפט על האפשרות לקיים דיון ממצה."⁷⁵

מלבד ההתאמה למודל התיאורטי החלופי שלנו, חזרה גם כאן אי-הנוחות מכך שפעמים רבות, בגלל מודל התנהלות לא טיפולי בקרב השופטים, אירעו חריגות וצרימות שחלקן משתקפות בתיאורים הבאים של הסטודנטים:⁷⁶

"מרבית האינטראקציה בין השופטים לצדדים הייתה בצורת גערות ובקטיעת דברי הצדדים. השופטת לא ניסתה להפגין יחס אוהד לצדדים וזרזה אותם

71 *Practicing Therapeutic Jurisprudence: Law as a Helping Profession* (Dennis P. Stolle, David B. Wexler & Bruce J. Winick eds., 2000) 7. לאתר התנועה ראו: www.therapeutic.jurisprudence.com

72 ראו, למשל, את ההכרזה על מהפכת הגישור: אהרן ברק "על הגישור" שערי משפט ג (תשס"ב) 11–9. www.mishpat.ac.il/objects/ktav7-1.pdf (נבדק ב-28.4.10).

73 דו"ח צוות תורת משפט טיפולית תשס"ט ונייר עמדה בנושא תורת המשפט הטיפולית (נעמה הוד, רון מוסיוב, שירי עובדיה, אייל רויטגרונד ערכו בהנחיית עו"ד הדס ליבני). נמצא בארכיון הקליניקה לגישור ויישוב סכסוכים באוניברסיטת בר-אילן.

74 שם.

75 שם, בע' 6.

76 שם, שם.

לעיתים קרובות. דבר זה הורגש בעיקר כלפי התובע, שאליו לא רק שלא הראתה אהדה, אלא אף לאחר שהחל לסתור את דבריו, אודות פרט טכני שהיה נשוא המחלוקת, החלה להתייחס אליו בזלזול תוך הפגנת חוסר אמון ואף אמרה לו שזה 'לא יראה טוב בפרוטוקול'.

היה שלב בן מספר דקות שבו הוחלפו הטחות הדדיות בין באי כח הצדדים, וזאת ללא הקשבה והתייחסות מטעם השופטת למרות שהטונים עלו אף הם. באותו הזמן נתנה השופטת לצדדים לעשות כרצונם ולא היה נראה שהשיתה ליבה לחילופי הדברים.

'תענה לשאלה ואל תשאל שאלות, בקושי אתה עונה תשובות'.

'אל תספר לי עוד פעם על זה, זה לא מעניין אותי'.

אחרי שגערה בתובע מספר פעמים אמרה לו 'תירגע!'.

כשהעיד על אירוע רגיש מבחינתו, בו המעסיק קילל אותו, לא התייחסה לרגשותיו והמשיכה לגעור בו ('ו... ו... תגיע כבר לעניין!').

'לא רוצה הסברים, תענה על השאלות כפי שהן נשמעות'.

אמרה לתובע: 'תענה למה ששואלים אותך, אל תנאם לי', כשניסה להסביר נקודה מסוימת לגבי הפיטורין.

כשניסה לשאול משהו אמרה 'אתה לא שואל כאן, בקושי מעיד, וגם זה צריך להיות לעניין' התעסקה כל הזמן בפרוטוקול, לא הסתכלה על העדים.

אמנם נצפו גם התנהלויות רגילות ומכבדות בבית הדין לעבודה. לא בכולן קיבלו הסטודנטים רושם כללי מהסוג העולה מהציטוטים לעיל. בכל זאת מפתיע להיווכח שבלי קשר למודל החלופי המתקדם שעמו בחנו את ההתנהלות – בין שזה גישור לגווניו או תורת המשפט הטיפולי – גילינו שבסופו של דבר ובפרפרזה על השיר הידוע, "מה שבסך הכול צריך צד לסכסוך" בשביל לצלוח אותו לשביעות רצונו בבית הדין הוא לא בהכרח מודל מתקדם של שפיטה או גישור. נראה כי הפרמטרים הבסיסיים העולים מכל המחקרים שביצענו בשלבים ובהקשרים למיניהם, והם אשר צריכים להיות בסיס להערכה, הם אותם עקרונות של צדק פרוצדורלי המאפיינים תקשורת בין שהיא בגישור או בשפיטה.⁷⁷

77 לסקירה ראשונית של נושא זה ראו: E. Allan Lind & Tom R. Tyler *The Social Psychology of Procedural Justice* (1988); Tom R. Tyler "Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law" 30 *Crime & Just.* (2003) 283; ליישום עקרונות הצדק הפרוצדורלי במשא ומתן ראו: Rebecca Hollander-Blumoff & Tom R. Tyler "Procedural Justice in Negotiation: Procedural Fairness, Outcome Acceptance, and Integrative Potential" 33 *Law & Soc. Inquiry* (2004) 473

ח. צדק פרוצדורלי בבית הדין והערות סיכום

צדק פרוצדורלי עוסק בפן הדיוני של ניהול ההליך ופירושו הקפדה על עקרונות ההליך ההוגן. על פי מחקרים יש קשר הדוק בין יישום עקרונות הצדק הפרוצדורלי לבין מידת ההגינות בהליך המשפט או הגישור, כפי שהיא נתפסת על ידי המשתתפים בו. כבואם להעריך את הגינות התוצאה, לעתים אנשים מחשיבים את הליך ההכרעה ודרך ההגעה אל הצדק יותר מאשר את תוצאת ההליך. ייחודו של הצדק הפרוצדורלי הוא בכך שניתן ליישמו בכל הליך המתקיים בבית המשפט, מסורתי או חלופי, והוא מתמקד באינטראקציה בין נותן שירות יישוב הסכסוכים ובין הצדדים לו.⁷⁸ ארבעת העקרונות המרכזיים של הצדק הפרוצדורלי הם: השמעת קולם של המתדיינים, כבוד, ניטרליות ואמינות מערכת המשפט. ניתן להבחין בהיעדרם או בקיומם החלקי בתצפיות אשר התבצעו בגישורים ובהתדיינויות שיפוטיות כאחד:

השמעת הקול. למשתתפים בהליך חשובה ההזדמנות לדבר ולהישמע בהליך המשפטי.⁷⁹ ההזדמנות לטעון ולהישמע לפני קבלת ההכרעה היא מרכזית בתפיסתם. בתצפיות בגישור ובשפיטה גילינו כי קול זה פעמים רבות אינו נשמע, בלא קשר למודל התיאורטי שבחרנו. המגשרים מהסים את הצדדים ברבים מהגישורים, נמנעים מלהשתמש בכלים של הקשבה אקטיבית ולוחצים על הצדדים לקבל פתרונות מסוימים באופן אשר אינו מאושש את בחירותיהם. אותה בעיה עולה בבית הדין בשעת עדות הצדדים באולם בית הדין.

ניטרליות. גישה אובייקטיבית והיעדר משוא פנים מצד מקבלי ההחלטה חשובה לקידום צדק פרוצדורלי.⁸⁰ תפיסת השופטים או המגשרים כמיישמי חוקים, בלא עירוב שיקולים אישיים, חשובה בגישור ובשפיטה ולכן נחוצה הדגשת מקור החוק והסבר הסיבות להכרעה כשמדובר בשפיטה והימנעות מהערכה קונקרטיית של התוצאה הצפויה בבית הדין כשמדובר בגישור. בשתי החזיתות בבית הדין חלק מהמקרים הבעייתיים היו קשורים לחזות לא ניטרלית של הצד השלישי המתערב. כאן הביטויים הבעייתיים ביותר לתופעה היו בתחום הגישור, אשר בו, ככל הנראה, המחויבות המקצועית היא מלכתחילה חלשה יותר.

כבוד. התייחסות מכובדת למתדיינים חשובה לתפיסת ההגינות של ההליך.⁸¹ המערכת המשפטית מייצגת את המדינה והמשתתפים בדיון מצפים ליחס מכבד

78 ראו: Tom R. Tyler *Why People Obey the Law* (2006) 22; Tom R. Tyler "Procedural Justice and the Courts" 44 *Court Review* (2008) 26

Welsh, *Justice and the Courts*, לעיל הערה 3.

79 Kevin Burke & Steve Leben *Procedural Fairness: A Key Ingredient in Public Satisfaction* (2008) 4, 6

Welsh, *Justice and the Courts*, לעיל הערה 3, בע' 820.

80 שם, בע' 821.

81 שם, שם.

מהמערכת. ביטויים מזלזלים של שופטים או מגשרים יצרו תחושת חוסר נחת בלא קשר למודל שלאורו נבחנה התנהלות ההליך. הפעלת לחץ, הרמת קול, קטיעת צד בשעת דיבורו ושימוש בסרקזם היו תופעות ששבו וחזרו בגישורים ובהליכי שפיטה גם יחד.

אמינות מערכת המשפט. הלגיטימיות של נותן ההחלטה חשובה לשיתוף הפעולה בהליך ולציות להחלטות בית המשפט.⁸² כשכית המשפט פועל על פי עקרונות ההליך ההוגן ונתפס כלגיטימי, אמון הציבור במערכת גדל. הסברים להחלטות שנותנים שופטים ולמהלכים שהם ומגשרים נוקטים תורמים לאמינותם של מקבלי ההחלטות ומהווים יישום של צדק פרוצדורלי. גם מהיבט זה גילינו שהיעדרו של מודל גישור אחיד אינו הבעיה המהותית של הליכי הגישור ומגשרים אכן עשויים לאמץ מודלים מגוונים לטיפול באמצעות גישור בבית הדין. הבעיה היא שכאשר אין למגשרים מודל ניהול מובנה כלשהו ואף לא עקרונות מנחים וניסוח מגובש של יושרה מקצועית, נוצר הליך בסגנון "שוק" המסב פגיעה לדימוי מערכת המשפט. אשר להליכי שפיטה, רוב התצפיות התקיימו בהליכי קדם משפט שבהם אין הקפדה על כללי פרוצדורה. המטרה המוצהרת של הבאה לידי פשרה בהליכים אלה יוצרת לעתים חלל שבו הכרת מקרים דומים ורצון להתיעל ולסגור את התיק בכל מחיר מביאים לידי התנהלות מהירה ולא מכבדת. תחושת הצדדים המשתתפים בהליך זה היא כי לא ניתן להם יומם בבית משפט וכי אין המערכת מבקשת לטפל בעניינם האינדיווידואלי בהגינות כלל וכלל.⁸³

82 ש.ם.

83 בהקשר זה יש לציין כי במחקר תורת המשפט הטיפולי ביצענו תצפיות בלבד ולא בחנו את שביעות רצון הצדדים מדרך ניהול הדין. מסקנתנו שהצדדים אינם שבעי רצון נלמדה מהמחקרים הרבים בתחום הצדק הפרוצדורלי אשר אישנו הנחה כללית זו. בעניין שביעות הרצון מהליך הגישור בבית הדין בחנו בעיקר שביעות רצון מההסכם ומצאנו כי "ברוב המקרים, נראה שהצדדים היו מרוצים מההסכם שנוצר, לחצו את ידי המגשר ודיברו ביניהם. לא ידוע (לפי דו"ח הצפייה) האם ההסכם ענה על כל הצרכים של הצדדים (בהנחה וזוהו כל האינטרסים והצרכים של הצדדים)". ראו דו"ח תשס"ט, לעיל הערה 12, בע' 20. נתונים הסטטיסטיים מלמדים שהצדדים הביעו את שביעות רצונם מהמגשרים בתחילת הגישור: במידה מעטה 8%, במידה בינונית 18.7%, במידה רבה 31%, במידה רבה מאוד 18.7%, לא הביעו עמדה 23%. גודל המדגם היה של 64 מקרים. במהלך הגישור: במידה מועטה 7.7%, במידה בינונית 25%, במידה רבה 27%, במידה רבה מאוד 15.4%, לא הביעו עמדה 25%. גודל המדגם היה של 65 מקרים. בסוף הגישור: במידה מועטה 18.3%, במידה בינונית 20%, במידה רבה 35%, במידה רבה מאוד 16.6%, לא הביעו עמדה 10%. גודל המדגם היה של 60 מקרים. התובע קיבל את הפתרון ב-100% מהגישורים. גודל המדגם – 31. הנתבע קיבל את הפתרון ב-94% מהגישורים (ב-6% לא קיבל אותו). גודל המדגם – 32. לפי שפת גופם, נראה שהצדדים יצאו מרוצים ב-71% מהגישורים (ב-29% לא יצאו מרוצים). גודל המדגם – 24. ראו שם, בע' 14-15. הממצאים של שביעות רצון כללית מהליך הגישור סותרים לכאורה את מסקנתנו שפגיעה בעקרונות הצדק הפרוצדורלי פוגעת בשביעות רצון הצדדים, אך למעשה נשאלו הצדדים בעיקר על עמדתם בנוגע לתוצאה ולא בנוגע להליך. גם בהנחה שיש שביעות רצון, מדובר בשיעור שאינו גבוה מאוד. ראו סיכום הדברים שם, בע' 17: "ברוב הגישורים הצדדים מביעים שביעות רצון בינונית או רבה מהמגשר בתחילת הגישור (ב-23% מהגישורים הם לא מביעים דעה כלל). בסוף הגישור ישנה יותר התייחסות מצד

ניתן בשלב זה להציע כמה מסקנות מקדמיות באשר להסדרת הגישור ולהערכתו ובעניין רגישות טיפולית בבית הדין לעבודה בתל-אביב (וייתכן שגם במערכת המשפט בכלל):

ראשית, יש חשיבות עליונה ליושרה הפנימית – integrity – בהליכים המתנהלים בבית משפט,⁸⁴ ועל כן בין שמדובר בגישור, פישור, ישיבת קדם משפט במטרה להגיע לפשרה, שפיטה רגילה או שפיטה טיפולית, הדגש המרכזי צריך להיות בחיזוק הממדים של צדק פרוצדורלי ובהערכת תכניות רפורמה לפיהם. חיזוק זה חשוב מבית ומחוץ בהתנהלות הרגילה ובזו האלטרנטיבית.

שנית, בלא הדגשה מעמיקה יותר של הכשרה, ליווי, הערכה ושמירה על עקרונות ניהול והתערבות, בין שמדובר בגישור ובין שמדובר בגישה שיפוטית שיתופית ורגישה יותר, ישנה סכנה שכל רפורמה חדשה, מוצלחת ככל שתהיה, תעבור קאופטציה במערכת המשפט וההליכים החדשים ימשיכו לבטא את הכשלים הישנים. בעניין זה השתלבותו הממוסדת של הגישור, שכבר קיים במערכת, מדגימה בעיות העשויות

הצדדים לגבי שביעות רצונם מהמגשר (רק ב-10% מהגישורים הצדדים בחרו לא להביע דעה בנושא), כאשר ניתן לראות כי ישנה מידת שביעות הרצון פוחתת בהרבה מהמקרים (18.7% מביעים שביעות רצון מועטה בסופו). בהשוואה לשביעות הרצון שדווחה בדו"ח תשס"ז, לעיל הערה 21, נראה שיש ירידה בשביעות הרצון של הצדדים. הסטודנטים כתבו ש"רוב הצדדים דיווחו כי התרשמו לטובה מהמגשר, הם דיווחו על כך שתפסו את המגשר כאדם כן ואמיתי... התרשמנו מהשיחות הטלפוניות, כי הצדדים בסך הכל כן היו מרוצים מאופי ההליך, ימליצו לאחרים, ויש שישבו לגישור נוסף. תחושת שביעות הרצון שניכרה בדברי הנשאלים רק חידדה בליבנו את ההתלבטות, האם יש צורך בשינוי בהליך המתנהל כיום בבית הדין", שם, בע' 8. עם זאת יש לציין כי בדו"ח תשס"ז מסתמן פער ניכר בין דיווחי סטודנטים על היבטים הנוגעים לתהליך ובין התרשמות הצדדים ממנו ובאופן כללי הסטודנטים נוטים להעריך באופן חיובי יותר את המתרחש בחדר הגישור. כך, למשל, דיווחו הצדדים על פחות שיקוף, פחות שיתוף ופחות שביעות רצון מאשר הסטודנטים ומאחר שהשוואה זו לא נעשתה במחקר המאוחר, יכול להיות שממצאי שביעות הרצון החדשים הם גרועים עוד יותר. ראו שם, בע' 8-10.

84 השימוש במושג integrity מתקשר לתורתו של רונלד דבורקין, הידוע בתורת המשפט שפיתח: "Law as integrity". דבורקין מתכוון בדבריו להכרעה השיפוטית האידאלית כמכוונת להציג את המשפט באור הטוב ביותר האפשרי, וכמורכב מעקרונות ובהם עקיבות והרמוניה. ראו Ronald Dworkin *Law's Empire* (1986) 225: "Law as integrity denies that statements of law are either the background-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward-and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative. So law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand .legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither" שלא כגישתו של דבורקין, המדגישה את שיקול הדעת ביצירת תוכני ההכרעות במקרים קשים, ולמעשה מתרכזת ביצירה השיפוטית המתבצעת על ידי שופטים בפסקי הדין והתקדימים שהם כותבים, גישתו מתמקדת בפרוצדורה של ניהול הסכסוך בתוך בית המשפט בשלבים קודמים למתן פסק הדין. גם לפרוצדורה המשפטית בזמן ניהול קדם המשפט או ההוכחות יש יושרה ועקרונות משלה ואותם ניסינו לחלץ באמצעות התצפיות שביצענו.

להתעורר אם ישולב, כפי שראוי לטעמי שיקרה, דגם השפיטה החדש, פותר הבעיות והאמפתי, להכשרה הרשמית של שופטים.

שלישית, הבסיס שלא הודגש עד כה לכל התופעות שצפינו בהן אינו ככל הנראה חוסר העניין או חוסר היכולת של מגשרים ושופטים לבצע את תפקידם נאמנה. בהינתן הזמן המתאים, תשומת הלב וההכשרה המתאימות, אין ספק שאפשר לשפר במידה ניכרת את העמידה בדרישות הבסיסיות שמציב הצדק הפרוצדורלי. הצל הכבד המרחף על ההליכים בבית הדין לעבודה קשור בשיקול אחר, חיצוני יותר, המחפש יעילות והמודד אותה. החיפזון שולט בהתנהלות הגישור והשפיטה בבית הדין, וכשהמגשרת נחפזת והתיק צריך להיסגר בזמן קצוב מראש, ומה שיימדד הוא "הזמן השיפוטי-גישורי" שבזבז, התינוק החלופי נשפך עם מי האמבט ונותר הליך שאין בו טקס, שלד או איכות פנימית. זהו הליך גישור או שיפוט שכולו שורות תחתונות.

בסיום דברים אלו ברצוני לקרוא למערכת המשפט, המאמצת רפורמות, להילחם בחיפזון ולא משום שיעילות אינה חשובה. הצדק צריך להיעשות מיד, וחלק משאיפת המשפט צריכה להיות הגשת פתרון יעיל ואפקטיבי בזמן סביר. עם זאת, למנגנונים הפרוצדורליים שהתפתחו במשך מאות שנים בתחום השפיטה יש תפקיד טיפולי וחשוב בעיבוד הסכסוך; למנגנונים שהתפתחו בתחום הגישור, המסדירים את ניהולו לפי עקרונות מנחים, יש תפקיד מרכזי גם כן. האמון בבית המשפט והלגיטימיות הציבורית שלו תלויים בפרוצדורות אלה כפי שהן נתפסות בעיני הנזקק למערכת המשפט לא פחות משהן תלויות בהכרעות המהותיות של השופטים לפי שורת הדין.⁸⁵ שימוש בעקרונות פשוטים של הקשבה אקטיבית, שיקוף, כבוד וניטרליות היה פעם חלק טבעי מפעילותו של שופט או של מיישב הסכסוכים המסורתי. לפעמים דווקא התעכבות לצורך הקפדה על עקרונות אלה תפשו ותקצר את הדיון ומכל מקום תעניק לו משמעות החורגת מממדיו הכלכליים. בעולמנו הנמהר והנחפז עלינו לחזור ולאמץ עקרונות פרוצדורליים אלה כסדרם, בתוך אולם המשפט ובהליך הגישור, ולהשיב

85 ראו Tyler "Procedural Justice and the Courts", לעיל הערה 78, בע' 26: "In dealing with these problems and disputes, one core goal of the judicial system is to provide people with a forum in which they can obtain justice as it is defined by the framework of the law. This is the traditional concern of judges, and the goal emphasized in legal education — the correct application of the law to particular legal disputes. A second goal of the courts is to handle people's problems in ways that lead them to accept and be willing to abide by the decisions made by the courts. The effectiveness of the courts in managing social conflicts depends upon their ability to issue decisions that are authoritative, i.e., that to continue over time, with people adhering to court judgments shape the conduct of the parties that come before them. Courts want that deference long after their case, so that the parties are not continually bringing the issues back into the courts for re-litigation. Finally, the courts want to retain and even enhance public trust and confidence in the courts, judges, and the law. Such public trust is the key to maintaining the legitimacy of the legal system"

את האמון בבית המשפט באמצעות הפרקטיקות היומיומיות המתנהלות בו. המתונות בגישור ובשפיטה והכבוד לכללי הניהול של הליכים אלה אינם דורשים מודל חלופי כדי להתקיים אלא התנהלות שיפוטית גישורית מודעת המניחה שההשתהות היא רכיב חשוב בקצב ניהול ההליך.

