

הסדרת שיקול הדעת בפשרה לפי סעיף 79א: בין ישוב סכסוכים ומשפט

מאת

יובל סיני* ומיכל אלברשטיין**

מאמר זה עוסק ביצור משפטי מיוחד – “פסק דין על דרך הפשרה” לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ”ד-1984. המונח טומן בחובו מתן סמכות הכרעה לשופט הכוללת שליטה בתוכן ההסדר המשפטי ועיצוב תכניו. יחד עם זאת, מבוסס הסעיף על הסכמתם של הצדדים לקבל עליהם מראש כל החלטה שתתקבל גם אם אינה מבוססת על קריטריון משפטי. המתחים המיוחדים שמייצג הסעיף בין פשרה, שיפוט והסכמה, ישוב סכסוכים ושפיטה מעלים שאלות חשובות אשר המאמר בוחן תוך שימוש בנתונים אמפיריים וחקר תיאורטי מושגי. המאמר מציג נתונים על שימוש בסעיף 79א ובוחן עמדות שופטים לגבי, כולל פסיקה קיימת ותקדימים, אשר מדגישים את השימוש הנפוץ בסעיף כקירוב של החלטה משפטית רגילה. מוצגות המגבלות של גישה זו והקשיים שהיא מציבה. בהמשך לנתונים מהשטח והפסיקה הנוהגת, הכרעה בדרך הפשרה נבחנת מזווית תורת משפטית ותיאוריה של הדיון האזרחי, וכן מוצגת מהזווית של עולם ישוב סכסוכים ולנוכח מסגרת חדשה להבנת שיקול דעת שיפוטי מורחב בהליכים מקדמיים. בהתאם למורכבות התיאורטית הנפרשת מוצעות במאמר צורות שונות של הסדרת שיקול הדעת השיפוטי בהכרעה על דרך הפשרה, אשר צדדים יוכלו לבחור ביניהן בהתאם לצרכים ולהעדפות שלהם, תוך איזון בין שיקולי משפט וישוב סכסוכים. כן מובאת הצעת תקנות חדשות להסדרה של סעיף 79א. הסדרה מתאימה של הכרעה בדרך הפשרה תקדם פלורליזם משפטי ותעודד בחירה ושיקופות עבור הבאים בשערי המשפט.

מבוא. א. “פסק דין על דרך הפשרה” – החידוש של המשפט הישראלי וקשייו. 1. סעיף 79א: מאפיינים מרכזיים. 2. התכנים המהותיים של “פסק דין על דרך הפשרה” והזיקה למשפט המהותי. **ב. נתונים אמפיריים על השימוש בסעיף 79א בבתי המשפט בישראל.** 1. נתונים. 2. ממצאים כמותיים. 3. ממצאים איכותניים. **ג. עיון תיאורטי והצגת המתחים: פסק דין על דרך**

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים המכללה האקדמית נתניה, נשיא המכללה האקדמית אורון ישראל (לשעבר), פרופ' אורח באוניברסיטת ייל (2013-2015), פרופ' אורח באוניברסיטת McGill, קנדה (-2008) (2007).

** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר אילן, ראש צוות מחקר ERC בנושא (JCR) ישוב סכסוכים שיפוטי ומנהלת אקדמית של מערך הקליניקות והקליניקה לישוב סכסוכים וגיבור באוניברסיטת בר אילן. מחקר זה נתמך בחלקו על ידי המועצה האירופית למחקר ERC במענק מספר 647943/14 “Judicial Conflict Resolution (JCR): Examining Hybrids of Non-Adversarial Justice” (2016-2020) הכותבים מודים לד”ר דנה רוזן מנהלת פרויקט JCR בשנים 2018-2020 על הפקה וניתוח הנתונים של מדגם תיקים אזרחיים בבית משפט השלום אשר נעשה בו שימוש במאמר זה; וכן לשאר חברי הפרויקט אשר עזרו באיסוף הנתונים וקיום הראיונות והתצפיות: ד”ר הדס כהן, ד”ר נורית צימרמן, ד”ר איילת סלע ועו”ד שרי לוז-קנר. תודה לשופטים בן-ציון גרינברגר ומרדכי בורשטיין על הערותיהם הטובות. תודה מיוחדת לחברי מערכת “משפטים” ולסוקרים של המאמר על הערותיהם המחכימות והמלומדות ועל עבודת עריכה מקצועית ומעמיקה.

הפשרה – פסק דין או פשרה? 1. שילוב בין שפיטה לפשרה. 2. דיון השוואתי בהליכים מקדמיים. 3. קשיים הנובעים מקיומו של הליך פשרה בידי שופט. 4. פסק דין של פשרה כאלטרנטיבה לתפיסה הדיכוטומית של הכל או לא כלום. 5. פשרה בדין העברי. 6. מודל תיאורטי: ערכי הפשרה והבניית שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה. 7. **הסדרה של סעיף 79א – המודל המוצע**. 1. פשרה המבוססת על שיקולים משפטיים וחוץ-משפטיים. 2. צורות שונות של פשרה כישוב סכסוכים. 3. פיתוח ואסדרה של המודל המוצע. 4. השתלבותה של ההצעה במגמות הרפורמה בתקנות סד"א. 5. הצעת תקנות חדשות להסדרה של סעיף 79א. ה. **סיכום**.

מבוא

מאמר זה עוסק ביצור משפטי מיוחד – קשה לסיווג אנליטי ונדיר מבחינת עמימותו, אך בסיס להבנת חלק משמעותי מ"המשפט בפועל" המתקיים בהקשר האזרחי בישראל, ומקור השראה לפתרונות יצירתיים ומגוונים לסכסוכים משפטיים. סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: סעיף 79א) מציע דרך מיוחדת של קבלת החלטות במשפט שהיא מתן "פסק דין על דרך הפשרה", בו הצדדים מסמיכים את בית המשפט לפסוק בעניינם על דרך פשרה. המונח "פסק דין על דרך הפשרה" טומן בחובו מתן סמכות הכרעה לשופט הכוללת שליטה בתוכן ההסדר המשפטי ועיצוב תכניו. יחד עם זאת, מבוסס הסעיף על הסכמתם של הצדדים לקבל עליהם מראש כל החלטה שתתקבל גם אם אינה מבוססת על קריטריון משפטי. הכרעה בדרך הפשרה משלבת אפוא סמכות משפטית עם הסמכה חוזית להפעילה ובכך יוצרת מלכתחילה עמימות וקושי באשר ליכולת לסווגה במסגרת החשיבה התורת משפטית, התיאוריה של הפרוצדורה המשפטית, וההמשגה מעולם התוכן של לימודי ישוב סכסוכים בדרכים חלופיות – Alternative Dispute Resolution (להלן: ADR). וכאן אנו מגיעים לקושי המרכזי בו עוסק מאמר זה. הגם שרבים הם המקרים המוכרעים בבתי המשפט בישראל באמצעות פסק דין לפי סעיף 79א, נראה כי בעלי הדין למעשה מפקידים עניינם בידי השופט הפוסק על דרך פשרה בלי שהם יודעים בהכרח מהם השיקולים המנחים אותו בפסיקתו, ואילו השופט זוכה לחופש פעולה רחב ביותר (ויש שיגידו רחב מיד). אך גם השופט שקיבל הסכמתם של הצדדים לפסוק על דרך הפשרה לא תמיד יודע מהם השיקולים שעליו לשקול, מה הזיקה של הכרעתו לדין המהותי ומהו ארגז הכלים השיפוטי העומד לרשותו בבואו לפסוק על דרך הפשרה. סעיף 79א אינו מפרט כל זאת והדבר גם לא נקבע בפסיקה. כך נוצר מצב בעייתי ביותר לפיו השופט מקבל סמכות לפסוק על דרך הפשרה, אך מתברר שלא השופט ולא הצדדים יודעים ברורות מה תהיה הכרעתו ועל מה תבוסס. עמימות זו ביחס ליעדים, לשיקולים ולערכים המנחים בפסק דין על דרך פשרה גורמים לקשיים רבים, משפטיים, חברתיים וערכיים, שמתעצמים דווקא בשל העובדה שהשימוש בפסק דין על פי סעיף 79א נפוץ מאוד בהתדיינות המשפטיות בישראל. נראה לנו כי נדרשת הסדרה ברורה של שיקול הדעת הנתון לשופט בהכרעה על דרך הפשרה, שאם לא כן בעלי הדין לא ידעו בבירור לקראת מה הם הולכים בהסכימם לפסיקה על דרך הפשרה, שהרי במידה רבה הם צפויים לפסיקה לא מנומקת ולא בהכרח רציונלית של השופט. דבר זה מפחית במידה רבה הן מאלמנט ההסכמה ואוטונומיית הרצון של הצדדים שנפגעת בכך שאין להם כלים לשלוט על – או לצפות – כיצד יפסוק השופט והן מהאטרקטיביות של סעיף 79א

כדרך ראויה ויעילה. קשיים אלו מתחזקים עוד יותר לנוכח מגמת בתי המשפט הדנים בערעור על פסק דין שניתן על פי סעיף 79א להימנע בדרך כלל מהתערבות בהכרעת הדין שניתנה בדרך פשרה, ולמרות שהכרעה זו לא תמיד רציונלית ומנומקת סיכויי בעלי הדין לשנותה נמוכים מאוד. מטרת מאמר זה להשלים חסר זה ולראשונה להציע הסדרה מלאה של סעיף 79א באמצעות הצגת השיקולים והערכים השונים שניתן לשקול בפסק דין על דרך הפשרה. במאמר זה נבקש לעמוד על העקרונות שעל פיהם השופט צריך לפעול בבואו לגבש את פסק הדין על דרך הפשרה ולמלא את סעיף 79א בתוכן באופן שיתגבר במעט על עמימותו. מאמר זה מציג צורות שונות של הכרעה על דרך הפשרה הפועלות על פי כללים ברורים, ומשקללות באופן שונה (בכל צורת הכרעה) בין הערכים והשיקולים השונים, מידת זיקתם למשפט המהותי ולעולם יישוב הסכסוכים בדרכים חלופיות, ובכך מאפשרים לצדדים ולשופטים לבחור מבין צורות ההכרעה השונות את צורת הכרעה בפשרה שמתאימה לצרכיהם. האינטרסים והמתחים העיקריים העומדים על הפרק: אינטרס ההסכמה ואוטונומיית הרצון של הצדדים לצד אינטרס השפיטה הרציונלית וקביעת הנורמות בידי בית המשפט; אינטרס היעילות לצד אינטרס עשיית הצדק; פשרה כדרך ליישוב סכסוכים בהתבסס על אינטרסים ובהתגברות על כשלים בדרך להסכם לצד פסק דין על דרך פשרה כהכרעה שיפוטית בידי בית משפט שיש לו זיקה כזו או אחרת למה שהיה נפסק בהליך שיפוטי רגיל ועוד. נבקש להצביע על האיזונים השונים שיש לעשות בין האינטרסים השונים בצורות ההכרעה בדרך הפשרה השונות. בכך, אנחנו מקווים, הפעלת סעיף 79א בידי השופטים תהיה מוסדרת ומדויקת ותעמוד בציפיות בעלי הדין ובערכים העומדים ביסוד הפשרה, ומערכת המשפט תוכל לנצל את מלוא הפוטנציאל של פסק דין על דרך פשרה כדרך גמישה וייחודית ליישוב סכסוכים. בנוסף יורחבו גבולות המשפט ויחברו עם עולם יישוב הסכסוכים ויקודם הפלורליזם המשפטי.

הפרק הראשון של המאמר עוסק בבחינה ביקורתית של האפשרות ליתן פסק דין על דרך הפשרה. נעמוד על המאפיינים המרכזיים של ההסדר הקבוע בסעיף 79א כפי שעוצב בידי הפסיקה, בדגש על בחינת התכנים המהותיים של פסק דין על דרך הפשרה, השיקולים העומדים ביסוד הכרעתו של בית המשפט ושאלת זיקתם של שיקולים אלו למשפט המהותי. במוקד הדיון יעמוד ניתוח ביקורתי של פסק הדין המנחה בעניין **אגיאפוליס**, אשר קבע מסגרת רחבה מאוד של שיקול דעת של השופט בבואו לפסוק על דרך הפשרה, כאשר ביכולתו לפסוק הן לפי המשפט המהותי הן לפי שיקולי פשרה אחרים באיזה מידה שירצה ולפי התמהיל שהוא יקבע בין השיקולים השונים ללא כל מגבלות. אנו נטען כי הלכת **אגיאפוליס** בעייתית ביותר משלוש סיבות. האחת, משום פגיעתה בציפיות בעלי הדין ובזכויותיהם המהותיות והדיוניות. השנייה, משום העדר תיחום מדויק בין הדין המהותי לבין אותם שיקולים מיוחדים שבפשרה. השלישית, משום שהתבססות בית המשפט העליון ב**אגיאפוליס** על דיני הפשרה שבמשפט העברי הינה סלקטיבית ואינה משקפת נאמנה את ההסדרים המפורטים והמתוחכמים המצויים במקורות המשפט העברי.

הפרק השני מציג נתונים אמפיריים של תיקים בבתי המשפט בישראל המסתיימים בפסק דין על דרך הפשרה ועומד על המקום הנרחב שיש להליך זה בפרקטיקה השיפוטית בערכאה הדיונית, עובדה שמדגישה עוד יותר את הצורך להסדיר כראוי הליך זה. הוא מקשר את הדיון במשמעותו הרעיונית משפטית של הסעיף ביחד עם מבחן אמפירי של ביטוי בפועל כפי

שהשתקפו במחקר נרחב שעסק בבחינת תפקידיהם של שופטים בעידן המשפט הנמוג. באופן מרתק, מצביעים הנתונים האמפיריים על דמיון מפתיע בין תוצאות פסקי דין לפי סעיף 79א ובין סיומי תיק בפסק דין רגיל. יחד עם זאת, מחלץ המחקר האיכותני תפיסות שונות של שופטים של שימוש בסעיף 79א כפי שהן משתקפות בתצפיות ובראיונות.

פרק שלישי עוסק בניתוח תיאורטי של המתחים המובנים הקיימים בפסק דין על דרך הפשרה. בפרק זה נעמוד על הקשיים המושגיים הכרוכים בשילוב בין שפיטה לפשרה ומעצם קיומו של הליך פשרה בידי שופט, נעסוק בשאלה מה תכליתה של הפשרה הנעשית בידי שופט – יעילות או יישוב סכסוך בדרך אלטרנטיבית ("צדק אחר")? נציג את עמדות התיאורטיקנים של המשפט הרואים בפסק דין של פשרה "צדק מדויק" ואלטרנטיבה ראויה וצודקת לתפיסה הדיכוטומית של "הכל או לא כלום" ונערוך דיון השוואתי בהליכים מקדמיים ומקומה של הפשרה לפי ספרות ה-ADR. בפרק זה נציג את "ארגז הכלים" של השופט בהכרעה על דרך הפשרה, ערכי הפשרה והשיקולים המנחים אותה, והתשתית התיאורטית לצורך הסדרה מפורטת של סעיף 79א והבניית שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה.

הפרק הרביעי של המאמר מציג מודל להסדרה של סעיף 79א, במרכזו צורות שונות של הכרעה בדרך הפשרה המוצעים לצדדים ולאחר שהם הסכימו לבחור באחת מצורות ההכרעה – או בשילוב של כמה מהם – יגבש השופט את פסק דינו על דרך הפשרה על בסיס היעדים, השיקולים, מידת הזיקה לדין המהותי ו/או לדרכים חילופיות ליישוב סכסוכים וטכניקות הביצוע של צורת ההכרעה שנבחרה בידי הצדדים. במקור הפרק הבחנה בין שני סוגים של פשרה: "פשרה כמשפט" ו"פשרה כיישוב סכסוכים". הסוג הראשון של פשרה כמשפט כולל צורות הכרעה על דרך הפשרה שיש להן זיקה – במידה כזו או אחרת – לדין המהותי. עוד כולל הסוג הראשון של פשרה כמשפט צורות הכרעה שונות הנבדלות זו מזו בהדגישם ערכי פשרה שונים שמעבר לדין המהותי, ובכלל זה: פשרה המבוססת על שיקולי יושר, פשרה כמקדמת צדק חברתי, פשרה כמקדמת שלום, פשרה כ"צדק מדויק" במקרי עמימות ראייתית או משפטית. הסוג השני של פשרה רואה בה דרך ליישוב סכסוכים וכולל שני מסלולים עיקריים, מסלול ראשון כולל צורות שונות "פשרה כבוררות" וכולל כמה וריאציות של בוררות: מתוחמת בגבולות, על פי הצעות סופיות, med-arb; ומסלול שני כולל צורות שונות של פשרה כיישוב סכסוכים במובן מעמיק יותר המתבסס על אינטרסים ומתוך נסיון להתגברות על כשלים.

לדעתנו השופט יצטרך להציג בפני הצדדים את מגוון צורות ההכרעה הללו – כולל אפשרויות המשנה ואפשרויות השילוב בין הצורות השונות – ולבחון עמם מה מתאים יותר להם בנסיבות הסכסוך הקונקרטי. בדרך זו ייהפך סעיף 79א לא רק להליך נפוץ, אלא גם להליך רצינוני, מוסדר ומבוקר, העומד בציפיות בעלי הדין ומותאם אישית לצרכיהם ומוצדק מבחינת תורת המשפט והערכים המשפטיים המקובלים בישראל. אנו אף מציגים היבטים שונים בהם ניתן לדעתנו לפתח המודל המוצע, ובוחנים דרכי אסדרתו של המודל, בין השאר, באמצעות הצעת תקנות חדשות להפעלת סעיף 79א.

א. "פסק דין על דרך הפשרה" – החידוש של המשפט הישראלי וקשייו

1. סעיף 79א: מאפיינים מרכזיים

סעיף 79א קובע ש"בית משפט הדין בעניין אזורי רשאי בהסכמת בעלי הדין, לפסוק בעניין שלפניו כולו או מקצתו, בדרך של פשרה". החידוש הגדול של סעיף 79א הוא היכולת לפסוק פסק דין על דרך פשרה, שהוא הליך השונה באופן מהותי משאר סוגי הפשרות הנזכרים בסעיף האמור, בהם בית משפט מציע הסדר פשרה לצדדים או מאשר הסדר פשרה קיים בין הצדדים ונותן לו תוקף של פסק דין. בהבדל משני סוגי הפשרה האחרונים, שבהם הצדדים הם שמסכמים ביניהם את תנאי חיסול ההתדיינות כולל פסק הדין הסופי, הרי שבפשרה על פי סעיף 79א מסכימים הצדדים להסמיך את בית המשפט לפשר ביניהם בפסק דין על פי שיקול דעתו.¹ במילים אחרות: פסק דין על דרך הפשרה מושתת על הסכמתם של בעלי הדין כי, בית המשפט הוא שיכריע בסכסוך שביניהם שלא על יסוד ראיות מלאות או ראיות בכלל, אלא לפי שיקול דעתו על יסוד הערכת השופט בדבר סיכויי התיק, שבעלי הדין מוכנים לסמוך עליה מראש.² לאור ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 79א וזיקתו לסעיף 4(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975,³ נראה כי במקורו, נועד פסק דין על דרך הפשרה, למקרים בהם עניין נשוא המחלוקת הוא עניין שבהערכה או בשומה וכן למקרים בהם קיימת מחלוקת יסודית בין הצדדים בשאלה של עובדה או חוק וסיכויי ההכרעה בסכסוך אינם ברורים.⁴ במקרים אלו יש יסוד להנחה שבעלי הדין אינם מעוניינים לקחת עליהם את הסיכון שהתביעה תידחה במלואה או שתקבל במלואה ועל כן הם מעבירים לבית המשפט את ההכרעה בעניינם על דרך הפשרה, על בסיס שיקולים שונים (לא רק שיקולים פורמאליים). בדומה לגישור ולבוררות אף בפסק דין על דרך הפשרה נדרשת הסכמה של הצדדים להליך. אולם, כפי שהדגישו בן נון וגבריאלי, "מדובר בהסכמה מיוחדת במינה", "עסקינן בהסכמה משולשת שלבד מן הצדדים, גם בית-המשפט הוא צד לה ובמסגרתה הנו מחוייב לגבולותיה ולהגדרותיה".⁵ למיטב ידיעתנו, הליך דומה של פסק דין על דרך הפשרה אינו קיים במשפט האנגלו-אמריקאי, ובצדק כתב השופט יעקב טירקל "ככל הידוע לי אין הסדר חוקי כזה במדינות אחרות, אולם במשפט העברי הוא קיים: "בין לדין בין לפשרה",⁶ ואף אחרים ציינו

¹ ראו אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזורי** 882 (2020); יעקב טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה" – על פשרה ועל פסק דין על דרך הפשרה "שערי משפט" ג(1) 13, 15 (2012).

² שלמה לוי **תורת הפרוצדורה האזורית – מבוא ועקרונות יסוד** 155 (1999).

³ בדברי ההסבר להצעת החוק של סעיף 79א (ה"ח 2070) הודגשה הזיקה בין סעיף 4(ג) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 לבין סעיף 79א לחוק בתי המשפט, שמאפשר, בדומה לסעיף 4(ג) האמור, בהסכמת בעלי הדין, סמכות לידן פסק דין על דרך הפשרה.

⁴ ש' לוי, לעיל ה"ש 2.

⁵ ח' בן-נון וע' גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי-המשפט, התשמ"ד-1984" **הפרקליט** מו' 257, 258 (2004).

⁶ טירקל, לעיל ה"ש 1, עמ' 20.

לזיקתו של פסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א לדיני הפשרה של המשפט העברי דווקא.⁷ אמנם יש במשפט האנגלו-אמריקאי הליכי בוררות שיש להם דמיון מסוים להליך של מתן פסק דין על דרך פשרה הישראלי, ועל כן יש הטוענים כי פסק דין על דרך הפשרה הוא הליך דמוי בוררות בו הופך השופט למעין בורר,⁸ שמפעיל שיקול דעתו, בוחן סיכויים וסיכונים בתיק ומגיע לתוצאה. ואולם, בעוד שהליכי בוררות בדרך כלל אינם נעשים בבית המשפט עצמו ובידי השופט, אלא בידי בורר מקצועי ומחוץ לכותלי בית המשפט, והדרכים בהם פועל הבורר והשיקולים שהוא רשאי לשקול בפסק הדין מסוכמים בידי הצדדים ובדרך כלל מפורטים בהסכם הבוררות; פסק דין על דרך פשרה הישראלי הוא כלי מרכזי של שופט היושב בבית משפט, והוא זה ששולט (ולא הצדדים) במידה רבה בתוצאה הסופית, שהרי אין הוא עורך בדרך כלל הסכם פשרה מפורט עם הצדדים כפי שעורך הבורר בהסכם הבוררות. וכאן המקום להדגיש, שהגם שהחתימה לסיים הסכום בפשרה היא מהיעדים הנזכרים בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות,⁹ אין הוראות מפורטות לא בחקיקה ולא בתקנות המגדירות את אופיו של פסק דין על דרך הפשרה, תנאיו וגבולותיו.¹⁰ זאת, בשונה מהליכים אחרים ליישוב סכסוכים - בוררות¹¹ וגישור¹² - שיש להם הסדר מפורט. בבוררות ידוע לבעלי הדין בדיוק "מהם כללי המשחק" על פיהם יפסוק הבורר. לא כן הדבר בפסיקה על דרך הפשרה.¹³ עם זאת, כפי שנראה להלן בפרק ב' המוקדש לניתוח האמפירי, בישראל תיקים

⁷ ראו דברי השופט מ' אילן בע"א 1639/97 **אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטודיה אינטרנציונלה**, פ"ד נג(1) 337 (1999) שהתבסס בפרשנותו לסעיף 79א לחוק בתי המשפט על המשפט העברי, ראו עמ' 346-347 לפסק דינו. וראו גם יעקב בזק "יישוב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי" סיני עא 64 (1972).

⁸ Yuval Sinai & Michal Alberstein, *Court Arbitration by Compromise: Rethinking Delaware's State Sponsored Arbitration Case*, 13 CARDOZO PUBLIC LAW, POLICY & ETHICS JOURNAL 739 (2015).

⁹ בהן נקבע כי על הצדדים מוטלת החובה לקיים דיון מקדמי, שמטרתו, בין השאר, "לבחון את האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי ליישוב סכסוך", ראו תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, תקנה 34. ועל השופט מוטלת החובה בישיבת קדם משפט, בין השאר, "להציע לבעלי הדין הצעת פשרה או להציע להם לפסוק על דרך הפשרה או מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך" (תקנה 63(ב)(17)). אם כי, האפשרות לפסוק על פי ס' 79א אינה מוגבלת רק לקדם משפט וניתן להסכים על פסק דין על דרך הפשרה בכל שלב של ההליך המשפטי ואף לצורך הכרעה בעניין מסוים בלבד (כגון עצם אחריותו של פלוני לנזק או גובה הנזק שנגרם).

¹⁰ אמנם בפסיקה הציגו רשימה של המלצות לגבי דרך התנהלות הרצויה במסגרת הסכמה לדין על דרך הפשרה (ע"א 3330/11 **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' לוי** (פורסם בנבו, 17.11.2011)). ואולם מדובר ברשימה שאינה מחייבת אלא היא בגדר "לקחים והמלצות" (כלשונו של גורן, לעיל ה"ש 1, עמ' 882) והיא גם מאוד כללית ואינה נכנסת לפרטים כפי שמקובל בהסכם בוררות.

¹¹ בסעיף 79ב לחוק בתי המשפט נאמר ש"בית המשפט הדין בענין אזרחי רשאי, בהסכמת בעלי הדין, להעביר עניין שלפניו, כולו או מקצתו, לבוררות, וכן רשאי הוא בהסכמתם, להגדיר את תנאי הבוררות", וגדרי הבוררות והסכם הבוררות מפורטים ומוגדרים בחוק הבוררות, תשכ"ח-1968.

¹² בסעיף 79ג לחוק בתי המשפט נקבע שבית המשפט רשאי להעביר תובענה לגישור, ואילו גדרי הגישור מפורטים הן בתקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג-1993 הן בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות בהקשר לפגישת מהור"ת (תקנה 37).

¹³ אכן במקרה אחד נפסק כי אין דופי בהליך של פסק דין על דרך הפשרה, למרות טענת המבקש כי לא ידע מהי עמדתו של השופט במקרים מעין אלו, שכן לא נפל פגם פורמלי בהסכמת הצדדים. ראו רע"א 8101/04 **חוסין נ' אלון טבעון בע"מ**, פד נט(3) 646 (2004).

רבים מסתיימים בפסק דין על דרך פשרה. היתרון העיקרי של הסכמה על סיום סכסוך בפסק דין על דרך הפשרה הוא היעילות והמהירות.¹⁴ עוד יתרון הוא בכך שפסק הדין ניתן בידי שופט, גורם שלכל הצדדים אמון רב בו, בשיקוליו ובאובייקטיביות שלו. פסק דין על דרך הפשרה גם מאפשר לכל אחד מהצדדים לשקול את מידת הסיכון הכרוך, מבחינתו, בבירור שיפוטי מלא המלווה בבעיות של נטלי הוכחה¹⁵ וכן בעלויות ניהול ההליך.

יתרונות הפשרה אינם מתמצים רק ביעילות ובחסכון בעלויות. יש שצינו ליתרונות אחרים. בסכמו את מעלותיה של הפשרה, מציין השופט יעקב טירקל,¹⁶ שיש לפשרה גם משמעות חינוכית-חברתית של הסתגלות ליישוב סכסוכים בדרך של פשרה והימנעות מווכחנות, התנצחות והתדיינות מיותרות רבות. הפשרה מיישבת את הסכסוך, לא רק מן הבחינה המשפטית, בדרך הוגנת, היא כרוכה בויתורים הדדיים, תוך מודעות לאי וודאות משפטית או עובדתית, מאפשרת לבעלי הדין לחזור לשגרת חייהם ואף חוסכת, פעמים רבות, את ההוצאות הכרוכות בהתדיינות ממושכות.

וכאן המקום להדגיש שהיתרונות האלה של פשרה (הנזכרים בידי טירקל), הגם שיש בהן פוטנציאל ועושר תיאורטי, לא כל כך באים לידי ביטוי בעולם המעשה בשימוש בסעיף 79א בבתי המשפט בישראל, שאולי תוצאתו פשרה, אך דרכו דומה להליך הבוררות. ההסכמה של הצדדים היא בדרך כלל על ההליך בלבד, וכפי שהמחקר האמפירי מוכיח (להלן פרק ב') בסופו של דבר התוצאה שפסק דין על דרך פשרה מוביל אליה אינה בהכרח מיצוע, אלא דומה יותר למה שהיה מתקבל בהתדיינות משפטית רגילה. פעמים רבות הצדדים ב79א לא מצליחים להגיע להסכמה ביחס לתוכן הפשרה ושיקוליה, ובוודאי שהם אינם ממצים את מלוא הפוטנציאל של הפשרה מבחינה חינוכית-חברתית וכהליך ליישוב סכסוכים (ולא רק הכרעה בסכסוך), אלא רק מסכימים שהשופט יכריע בדרך זו כדי לחסוך בזמן ובעלויות.

חסרונו העיקרי של פסק דין לפי 79א היא בכך שקשה לצפות את אופן הכרעתו של השופט.¹⁷ זה מה שגורם לו, במתכונתו הנוכחית, להיות בעייתי כל כך. הבעייתיות נובעת בראש ובראשונה מכך שמדובר בהליך היברידי המשלב בין פשרה לבין פסק דין, בין משפט מהותי לבין שיקולים נוספים מחוץ למשפט המהותי. וביתר הרחבה: פסק דין על דרך פשרה הוא הליך המשלב פשרה, שבבסיסה היא הליך אלטרנטיבי ליישוב סכסוכים בו לצדדים יש שליטה על ההליך ובקרה על התוצאה הסופית, עם פסק דין, שמטבעו הוא בעל אופי כופה ומי שכותב אותו הוא השופט ללא בקרה של הצדדים ויכולת השפעה על תוצאתו. פסק דין על דרך הפשרה אף עשוי לשלב – הגם שכפי שנראה בפרק הבא בפועל ולרוב הוא אינו משלב – שיקולים מן המשפט המהותי ביחד עם "שיקולים אחרים" שאינם כל כך ברורים ומוגדרים והם לקוחים מעולמות שמחוץ למשפט המהותי, מעולמות של יישוב סכסוכים בדרכים

¹⁴ טירקל, לעיל ה"ש 1, עמ' 21.

¹⁵ ככלל, ההכרעה השיפוטית בפסק דין של פשרה מכוח סעיף 79א לחוק בתי המשפט ניתנת ללא הצגת מלוא מסכת הראיות. ראו רע"א 11579/05 נידות חב"ד להפצת יהדות ארה"ק נ' חנניה (פורסם בנבו, 28.11.2006). בהקשר זה נציין שני יתרונות לפסיקה על פי סעיף 79א. ראשית, אין הכרעה עובדתית מנומקת ואין הכרעה במהימנות (לבעלי דין ולעדים יש העדפה ששם לא יתפרסם כמי שלא דיברו אמת או ששם יצוץ במאגרים המשפטיים). שנית, ייתכן שבפסיקה לפי סעיף 79א ייפסקו הוצאות בסכום נמוך ממה שהיו פוסקים בהליך אחר.

¹⁶ טירקל, לעיל ה"ש 1, עמ' 13.

¹⁷ טירקל, שם, עמ' 21; ע"א 3495/98 עידו נידרמן נ' לילך נידרמן ואח' (לא פורסם).

אלטרנטיביות, מעולמות של צדק ומוסר ושלוש. הבעייתיות האמורה מתעצמת לאור העובדה שקשה מאוד לתקוף פסק דין על דרך פשרה בדרך של ערעור לערכאה גבוהה יותר נוכח המדיניות המקובלת בפסיקה לפיה פסק דין על דרך פשרה אינו צריך להיות מנומק.¹⁸ בפסיקה נקבע שאין בסעיף 79א לחוק בתי המשפט חובת הנמקה שבדין וכי הרעיון הוא הסמכת בית המשפט המכריע בסכסוך שלא על יסוד ראיות מלאות או ראיות בכלל, אלא על יסוד הערכת השופט בדבר סיכויי התיק, שבעלי הדין מוכנים לסמוך עליה מראש. הצדדים, לפי תפיסה זו, כמובן יכולים להסכים שההכרעה תכלול הנמקה. ואולם, עצם ההנמקה היא חריג לא רצוי, כעמדתם של כמה שופטים ומלומדים.¹⁹ זאת ועוד, נקבע בפסיקה, שהגם שבעל דין אינו מנוע מלהגיש ערעור על פסק דין מכוח סעיף 79א, עילות ההתערבות בפסק דין שניתן על דרך הפשרה מצומצמות יותר מאשר במקרה של ערעור רגיל.²⁰ אכן, רק במקרים חריגים ביותר ערכאת הערעור מתערבת בפסק דין על דרך פשרה.²¹

2. התכנים המהותיים של "פסק דין על דרך הפשרה" והזיקה למשפט המהותי

מה באשר לדין המהותי שעל פיו פוסק בית המשפט בפסק דין על דרך הפשרה? הפסיקה קבעה שגם התדיינות שאינה מצריכה ניהול הליכים מלאים של הוכחות והבאת ראיות, ואפילו כל כולה נטועה בדין המהותי, היא בגדר הפסיקה בדרך של פשרה.²² הפסיקה הניחה שבעלי הדין המפקידים את ענייניהם בידי בית המשפט על מנת שיפסוק להם על דרך הפשרה, מבקשים לקצר את משך ההתדיינות ביניהם.²³ זו גם הסיבה לכך שלא נקבעו סדרי דין ודיני ראיות להליך הפשרה (בניגוד להליכי הבוררות והגישור). אמנם נקבע שבעלי הדין יכולים למקד את העניינים שבהם מבקשים הם את הכרעתו של בית המשפט על דרך הפשרה, על ידי אמירה מפורשת בהסכם הפשרה,²⁴ ובכך למנוע פסיקה שעל פי הדין המהותי; ואולם כל עוד לא עשו זאת ומסרו את העניין בשלמותו להכרעתו של בית המשפט, רשאי בית המשפט לפסוק על פי שיקול דעתו בין לדין בין לפשרה.²⁵ הסמכתו של בית המשפט לפסוק על דרך של פשרה כרוכה בהרחבת שיקול דעתו, לנוכח העובדה שבפסיקה על פי סעיף 79א רשאי בית המשפט אף לחרוג מהדין המהותי וכן אינו מחויב לפסוק על דרך האמצע אלא רשאי

¹⁸ ע"א 6780/19 מדינת ישראל נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (פורסם בנבו).

¹⁹ בע"מ 419/17 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.2.2017).

²⁰ ראו גורן, לעיל ה"ש 1, עמ' 884-885; רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה תל מונד, פ"ד נט(4) 529 (2005).

²¹ ראו גורן, לעיל ה"ש 1, עמ' 884; ע"א 516/17 חברה קדישא גחש"א נ' קל בנין בע"מ (פורסם בנבו, 23.7.2017); עניין אגיאפוליס, לעיל ה"ש 7; רע"א 11579/05 ניידות חב"ד להפצת יהדות ארה"ק נ' חנניה (פורסם בנבו, 28.11.2006); בג"ץ 1625/19 תמיר כהן נ' פעילים ניהול תיקי השקעות בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 16.4.2019).

²² אגיאפוליס, לעיל ה"ש 7.

²³ גורן, לעיל ה"ש 1, עמ' 883.

²⁴ לדוגמא: הצדדים יכולים להסכים מראש על תשלום פיצויים לצד אחד מן הצדדים ולהשאיר את שאלת גובה הפיצוי לפסיקתו של בית המשפט על דרך הפשרה.

²⁵ עניין אגיאפוליס, לעיל ה"ש 7.

לפסוק את מלוא הסכום הנתבע או לדחות את התביעה במלואה, ככל שבית המשפט מוצא לנכון לפי הנסיבות.²⁶

(א) פסק הדין בעניין אגיאפוליס

פסק הדין בעניין אגיאפוליס עוסק בגדרי התכנים המהותיים של פסק דין על דרך הפשרה, וממנו נלמדות הלכות הנוגעות להיבטים שונים של פסיקה לפי סעיף 79א: האם רשאי בית-המשפט לפסוק על-פי הדין המהותי – גם מקום שבו משמעות הדבר קבלת התביעה כולה או דחייתה – להבדיל מפשרה כלשהי בין עמדות בעלי-הדין? היכולים הצדדים למנוע פסיקה על-פי הדין המהותי באמצעות אמירה מפורשת בהסכם הפשרה? ראשית נציג את עיקרי פסק הדין ולאחר מכן נציג את קשייו.

העובדות: במסגרת הדיון בבית המשפט המחוזי הגיעו הצדדים להסדר, שלפיו נמסרו להכרעת בית-המשפט "על דרך הפשרה" לפי סעיף 79א שתיים מהמחלוקות שעל הפרק. בית-המשפט הכריע במחלוקות אלה על-פי הדין המהותי, ומצא כי המשיבה אינה חבה פיצוי כלשהו למי מהמערערים. מכאן הערעור, שבמרכזו השאלה אם בית-משפט המכריע במחלוקת "על דרך הפשרה" רשאי לפסוק על-פי הדין, גם אם משמעות הדבר היא קבלת התביעה כולה או דחייתה, או שמא הפסק צריך להיות פשרה כלשהי בין עמדות בעלי-הדין? טענתן המרכזית של המערערות היתה כי בפסק-דינו חרג בית-משפט המחוזי מן המסגרת שהותוותה על-ידי בעלי-הדין בהסכם הפשרה. בית-המשפט פעל באופן דומה לזה שהוא היה פועל בבואו לפסוק פסק דין רגיל – לא על דרך הפשרה – הוא ניתח ניתוח פורמאלי ומהותי את טענות הצדדים, דן בהתנהגותם ובמסכת-היחסים רבת-השנים ביניהם, והכריע בסופו של דבר על-פי הדין המהותי. פסיקה שכזו, כך טוענות המערערות, אינה עולה בקנה אחד עם פירוש המונח "פשרה", ולמעשה שוללת את ההיגיון הפנימי הטמון בהליך של הסדר פשרה. עוד טוענות המערערות, שלו בחרו הצדדים לאמץ את הדין המהותי לא היו נדרשים כלל להליך של פשרה, אלא היו ממצים את ההליך השיפוטי תוך הצגת מלוא ראיותיהם וטיעוניהם המשפטיים.

בית המשפט העליון דחה את הערעור. פסק הדין העיקרי נכתב בידי השופט מנחם אילן, בקובעו שיש שפסיקה על דרך הפשרה מבוססת כל כולה על "כללי צדק טבעי" (הנשקלים במאזני המשפט), כגון פשרה המביאה בחשבון שיקולים מוסריים טהורים כמו גם עקרונות של צדק, יושר, חירות ושלוש ויש שפשרה חופפת במלואה את הדין המהותי הנוהג. פסיקה בדרך של פשרה, מדגיש אילן, אינה מתייחסת אך לפן המהותי והיא יכולה להתייחס כל כולה למישור הפרוצדורלי ולדיני הראיות. לפי תפיסה זו עולה שבעלי דין המפקידים את ענייניהם בידי בית-המשפט על-מנת שיפסוק בהם על דרך הפשרה, מבקשים לקצר את משך ההתדיינות ביניהם, זו צפייתם המרכזית. לפיכך, גם הליך שאינו מצריך ניהול מסכת שלמה של הוכחות, ואפילו כל כולו על-פי הדין המהותי, הוא בגדר פסיקה בדרך של פשרה.

המקור המרכזי עליו מבוסס פסק דין אגיאפוליס הוא המשפט העברי, שאת העולה ממקורותיו תרגם השופט אילן ללשון זמננו, באומרו: "הרעיון הוא, שבמקום שהדרך של "יקוב הדין את ההר" נראית נוקשה מדי בנסיבותיו של המקרה הנדון יש לפסוק על דרך

²⁶ רע"א 2101/14 מדאר נ' משעול (פורסם בנבו, 8.4.2014).

הפשרה, אך בשום אופן אין לפסול פתרון צודק רק משום שהוא חופף את הדין המהותי". הוא אף סבור שברוח הדין העברי יש לפרש את המונח "על דרך הפשרה" שבסעיף 79א: פירושו של דבר הוא כי בית-משפט אשר בעלי-הדין מסרו לו הכרעה בסכסוך "על דרך הפשרה", אינו חייב לפסול את הפסיקה הנראית לו צודקת בנסיבות העניין רק משום שהיא "נגועה" בחיסרון שהיא חופפת את הדין המהותי. עם זאת, מוסיף השופט אילן ומבהיר:

גם אם הפירוש הנכון הוא רחב מספיק כדי לכלול פסיקה החופפת לדין, ברור כי בעלי-הדין יכולים למקד את העניינים שבהם מבקשים הם את הכרעתו של בית-המשפט על דרך הפשרה, על-ידי אמירה מפורשת בהסכם הפשרה ובכך למנוע פסיקה שעל-פי הדין המהותי; כך, למשל, יכולים הם להסכים מראש על תשלומם של פיצויים לצד אחד מן הצדדים ולהשאיר את שאלת גובה הפיצוי לפסיקתו של בית-המשפט על דרך הפשרה. אולם משלא עשו כן ומסרו את כל העניין להכרעתו של בית-המשפט, יכול בית-המשפט לדעתי לפסוק על-פי שיקול-דעתו בין לדין ובין לפשרה.

במקרה דנן, מטעם השופט אילן, הסכם הפשרה מסר לבית-המשפט סמכות רחבה ובכללה האפשרות לדחות את התביעה כולה, לכן הערעור נדחה.

השופט טירקל הסכים לפסקו של השופט אילן, והוא כתב ששיקול-דעתו של בית-משפט הפוסק על דרך הפשרה מבוסס הן על הדין והן על "שיקולים ראויים אחרים, שהם, בעיקר, שיקולים אנושיים ומוסריים העולים מתוך הנסיבות המיוחדות של העניין ושל המתדיינים", אולם אין עדיפות לשיקולים אלו על פני אלו.

פסקי דין אחדים של בית המשפט העליון אימצו את גישת **אגינאפוליס**, לפיה סעיף 79א אינו מונע מבית המשפט להחליט בנסיבות מתאימות – לקבל עמדת צד אחד במלואה.²⁷ עתה נעבור לניתוח ביקורתי-פרטני של **אגינאפוליס**.²⁸

(ב) הפגיעה בציפיות בעלי הדין ובזכויותיהם המהותיות והדיניות

ביקורת ראשונה על הלכת **אגינאפוליס** היא שתוצאת פסק הדין פוגעת בציפיות בעלי הדין ובזכויותיהם המהותיות והדיניות. עד לפסיקה זו היתה מקובלת פרשנות מסוימת ל"פשרה", דהיינו "הסכם על ידי ויתורים מסוימים בין רבים, מיצוע הדין".²⁹ המערערים בפרשת **אגינאפוליס** סברו אף הם כי הפירוש הנכון למילה "פשרה" אינו מתיישב עם "פסיקה על פי הדין המהותי", שכן פסיקה כזו "[...] שוללת את ההיגיון הפנימי הטמון בהליך של פשרה. לו בחרו הצדדים לאמץ את הדין המהותי לא היו נדרשים כלל להליך פשרה, אלא היו ממצים את ההליך השיפוטי תוך הצגת מלוא ראיותיהם וטיעוניהם המשפטיים",³⁰ תוך שמירת מלוא זכויותיהם לערעור. ואולם שופטי בית המשפט העליון בעניין **אגינאפוליס** לא קיבלו פרשנות

²⁷ שמעון נ' עובון המנוח אלפרד שמעון, שם; רע"א 5569/97 עובדיה נ' בן שמחון (לא פורסם, 16.12.1997);

רע"א 1206/11 ישעיהו חכשורי נ' יורם אבידן (פורסם בנבו, 28.2.2011).

²⁸ ביקורת על פסק דין **אגינאפוליס** הוצגה בידי בן נון וגבריאל, לעיל ה"ש 5, עמ' 260-265. להלן נציין לעיקרי ביקורתם אך גם נוסיף כהנה וכהנה.

²⁹ א' אבן שושן המילון החדש 2181. כפי שהראו בן נון וגבריאל, שם, עמ' 260-262 תפיסה דומה ליותר את בתי המשפט בפרשם סעיף 79א בשנים שלפי **אגינאפוליס**.

³⁰ **אגינאפוליס**, לעיל ה"ש 7, עמ' 344.

זו, אלא קבעו מובן אחר לחלוטין של פשרה, לפיה סעיף 79א אינו מונע את בית המשפט מלהחליט כי בגדר סמכותו לקבל את התביעה במלואה או לדחותה במלואה. על פרשנות זו של למונח "פשרה" העירו בן נון וגבריאל, "שאיילו ידעו הצדדים כי זהו הפירוש ה"נכון" ל"פשרה", היו בוודאי ממקדים את העניינים בהם התבקשה הפשרה".³¹ בית המשפט קבע שהסדר הקבוע בסעיף 79א נועד, כלשון דברי ההסבר בהצעת חוק בתי המשפט "להחיש את פתרון הסכסוך מחד, ולהקל מעומס ההתדיינות שבבתי המשפט מאידך". ואולם קשה לקבל נימוק זה, הגם שהסדרים רבים נועדו להקל על העומס בבתי המשפט, אין בכך כדי למנוע מהצדדים זכות מהותית.³² לאחר פרשת **אגיאפוליס** נוצר למעשה, כך טוענים בן-נון וגבריאל, מובן חדש למילה "פשרה" על פי סעיף 79א, אותו הם מגדירים "פשרה משפטית מיוחדת", שהוא "הסדר ספציפי הדומה להליך הבוררות ובו ניתנה לבתי-המשפט היכולת ליתן פסקי-דין לא מנומקים שבהם יוכלו לקבל או לדחות גרסה שלמה ולהכריע על ידי כך בסכסוכים (לא בהכרח ליישבם)".³³ בעידן שלאחר פרשת **אגיאפוליס** צריכים צדדים לפסק דין בדרך של פשרה להניח שבגדר הסכמתם להליך זה כל צד צריך לקחת בחשבון גם אפשרות שעמדתו תישלל לחלוטין, היינו, אפשרות שהתביעה תידחה כולה או תתקבל כולה.³⁴ ואם כך הם פני הדברים בעידן שאחר פסק דין **אגיאפוליס**, בצדק רב כתבו בן נון וגבריאל, שבתי המשפט אימצו את סעיף 79א "אל חיקם כמוצאי שלל רב; נקרתה על דרכם הזדמנות בלתי חוזרת לכתוב פסקי-דין קצרים, לרוב לא מנומקים, העשויים לחרוץ את הדין לא רק במיתחם שבין עמדות הצדדים אלא אף לקבל עמדה של צד בשלמותה ולדחות את העמדה של הצד האחר".³⁵ ולכך מצטרף קושי נוסף העולה מתוצאת **אגיאפוליס**: סיכויי הערעור על פסק דין שניתן על דרך הפשרה הם קלושים וכמעט ואינם קיימים בפועל.

שימת לב לרובד החוזי-הסכמתי המצוי בבסיסה של הסכמת בעלי הדין לסעיף 79א מעוררת דיון בשאלת אופי ההסכמה הנדרש לדעתנו להפעלת הסעיף בכלל, ובפרט בהינתן שלאחר פסק דין **אגיאפוליס** ניתן היה לכאורה לטעון כי הצדדים יודעים בדיוק על מה הם מסכימים. ואולם, טענה זו אין בה ממש, לדעתנו, שכן ההסכמה להצעות פשרה המוצעות באולם המשפט נושאת אופי מאוד כללי ולא מספק לדעתנו משלוש סיבות.³⁶ ראשית, כבר עמדו שופטים ומלומדים אחדים על הבעיות הכרוכות בהסכמות הצדדים לסעיף 79א לפי הדין הקיים. הבעיה הגדולה ביותר היא שהשופטים ינצלו את כוחם לנהל הליך לפי סעיף 79א על מנת ללחוץ על בעלי הדין לסיים את התיק שלא בפסק דין מנומק. הלחץ של ראשי מערכת בתי המשפט המופעל על השופטים לסגור תיקים במהירות, יוצר תמריץ לשופטים לעשות שימוש בסמכויות שניתנו להם לצורך השגת מטרה זו, וכתוצאה מכך גבר הלחץ שמפעילים שופטים על הצדדים לסיים תיקים בפשרה.³⁷ עדות לכך אפשר למצוא בתלונות הרבות

³¹ בן נון וגבריאל, לעיל ה"ש 5, עמ' 264.

³² שם, עמ' 263.

³³ שם, עמ' 264-265.

³⁴ שם, עמ' 9.

³⁵ שם, עמ' 265.

³⁶ מהסיבות שיוצגו להלן אין לדעתנו לקבל הטענה לפיה בעל דין שנתן הסכמתו להפעלת סעיף 79א ביצע בכך הכרעה רצונית ומושכלת – אשר רווח פוטנציאלי בצידה – הנוגעת לדרך שבה פסק הדין יתקבל ולתכנון (גם אם לא לתוצאתו הסופית).

³⁷ יששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** 39 (2021).

שהוגשו לנציבות תלונות הציבור של השופטים בדבר לחצים גדולים ששופטים מפעילים על בעלי הדין לסיים את התיק בפשרה, שגרמו להם להסכים לכך בשל תחושת "אין ברירה". המספר הרב של תלונות גרם לנציבה דאז השופטת (בדימוס) שטרסברג-כהן לפרסם חוות דעת שבה היא מבקשת מהשופטים לוודא כי הסכמת הצדדים להתפשר אכן נובעת מרצונם החופשי ולא מלחץ שמפעיל בית המשפט.³⁸ ברור, לעומת זאת, כי הסכמתם של הצדדים לפסק דין של פשרה לפי הצעתנו שלהלן, הינה הסכמה מדעת ומרצון, כפי שנסביר בהרחבה להלן בפרק רביעי, ואין בה הבעייתיות האמורה.

שנית, שיתוף מירבי של הצדדים בהליכי יישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות הוא אחד מהעקרונות המרכזיים המנחים במנגנונים אלו,³⁹ וכדי לעמוד בעקרון האמור לא די בקבלת הסכמה כללית של הצדדים שמעניקים סמכות כללית לשופט לפסוק בעניינם על דרך הפשרה. הצדדים צריכים להיות הרבה יותר מעורבים בעיצוב האופן שבו ינתן פסק דין על דרך הפשרה בעניינם. הם צריכים להבין היטב למה הם מסכימים, והסכמתם צריכה להיות ספציפית ומפורטת, ובכלל זה עליהם לדעת בבהירות מהם גדרי צורת ההכרעה על דרך הפשרה שתופעל בעניינם, מה השיקולים שמנחים את השופט, ומה האפשרויות הפתוחות בפניהם להכריע בצורות שונות על דרך הפשרה.

שלישית, עיקר טענתנו היא שהצדדים בדרך כלל לא מודעים לפוטנציאל ולדרכים השונות להכריע על דרך הפשרה, אותן נציג בפרק האחרון של מאמר זה, וזאת בין השאר בשל הלכת **אגיאפוליס** שהציגה בעיקר מודל של פסיקה על פי הדין המהותי. אנו סבורים כי סעיף 79א – במתכונת הפעלתו הנוכחית לאור הלכת **אגיאפוליס** – עשוי למנוע מבעלי הדין קשת שלמה של אפשרויות שבהן הללו עשויים לרצות. טענה זו לכשעצמה די בה כדי לבקר את הלכת **אגיאפוליס** ואת הדין הקיים, אולם מן הראוי להתייחס גם לטענות נוספות שיש להעלות כנגד **אגיאפוליס**.

קשה לקבל גם את הטענה הנוספת שהועלתה בפסק הדין **אגיאפוליס** לפיה ציפייתם המרכזית של הצדדים פונים לפשרה היא לקבל הליך יעיל ומהיר ללא ראיות ופרוצדורות.⁴⁰ לא אחת הם גם מעוניינים בתוצאה שתהיה שונה מהותית ("צדק אחר") ממה שהיו מקבלים בהליך הרגיל. פשרה בינרית היא בעייתית גם מבחינת הפגיעה בזכויות הדיוניות של הצדדים שכן היא פוסקת באופן זהה לדין המהותי ללא שנתנו לצדדים לנהל דיון ראוי (הצגת ראיות, חקירה נגדית) וללא שיש אפשרות אמיתית לערער על פסק הדין (בתי המשפט אינם מקבלים כמעט ערעורים עליו). יש גם בעיה מבחינת ציפיות הצדדים להיכנס להליך פשרה, שכן בעל דין אמנם מוכן לוותר על הסיכוי שאילו היה בוחר במסלול רגיל היה פסק דין מוכרע לטובתו

³⁸ ראו נציבות תלונות הציבור על שופטים "הסדרת סכסוכים בפשרה או בפסק דין בדרך של פשרה" **דין וחשבון שנתי לשנת 2004** 118 (2004) (להלן: נציבות תלונות הציבור "הסדרת סכסוכים"), וראו דברי רוזן-צבי, שם, ה"ש 37, שמציין כי "למרות חוות הדעת של הנציבה שטרסברג-כהן, תלונות על לחצים מצג שופטים על בעלי דין להסכים לסיים את התיק בפשרה או בפסק דין על דרך של פשרה ממשיות להגיע חדשות לבקרים לפתחו של נציב תלונות הציבור על שופטים". וראו ההפניות שהביא שם.

³⁹ ראו למשל סמדר אוטולנגי "פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות" **ספר השנה של המשפט בישראל התשנ"ב-התשנ"ג** 535 (1994).

⁴⁰ אם כך היה הדבר, לא היה בית המשפט העליון מאפשר הכרעות על דרך הפשרה במסגרת הליך בו מוצגים טיעונים, מובאים ראיות, מוגשים סיכומים וכיוצא באלו שאינם בהכרח מקצרים את משך ההתדיינות. ראו בן נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 35, שם.

בשל הסיכון הקיים באפשרות שפסק הדין יהיה נגדו, ולכן הוא נאות ללכת לפשרה בהנחה שהוא יקבל לפחות חלק מהעוגה. אך אילו בעל דין היה יודע שגם תחת אפשרות הפשרה הוא עשוי שלא לקבל דבר (כלומר, שהבחירה באפשרות הפשרה עדיין איננה מנטרלת את הסיכון להפסד מלא, כאשר במסגרתה הוא אפילו לא יכול לפעול למניעת התממשותה של אפשרות זו) הוא היה מעדיף בוודאי ללכת למסלול השיפוטי הרגיל שם היה יכול לפעול באופן יותר נרחב על מנת לנסות לשכנע את בית המשפט בצדקתו מחד גיסא, ומאידך גיסא גם אם היה נפסק בסופו של דבר לרעתו הדבר היה נעשה לאחר זמן רב יותר מאשר בפשרה (וחיובו לשלם היה נדחה).⁴¹ זאת ועוד, בפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט, כפי שנראה בפרק הבא, נעשה שימוש בסעיף 79א לכל אורך ההליך השיפוטי וגם בשלב ההוכחות ככל שמתבררות עובדות חשובות. כך שבמידה מסוימת משקף השימוש הגובר בסעיף 79א מעבר לגישה אינקוויזיטורית יותר של הכרעה אשר נותנת סמכות גדולה יותר לשופט.⁴² נראה אפוא שמגמה זו מחלישה עוד יותר את שליטתם של הצדדים ואת הממד ההסכמי שבהליך הפשרה.

ביקורת מסוימת על הלכת **אגיאפוליס** עולה ממספר פסקי דין של בית המשפט העליון, אם כי השופטים לא הגיעו עד כדי ביטול הלכת **אגיאפוליס**. בפסק הדין בעניין **בוקרה** התייחס השופט רובינשטיין לביקורת כנגד הלכת **אגיאפוליס**, שלחלקה הוא מסכים, הוא אף מודה שאכן החלטת פשרה בראייתן של הבריות היא במיצוע כזה או אחר, וזו גם משמעותה הלשונית הבסיסית של ה"פשרה".⁴³ מדברי רובינשטיין עולה מידה של הסתייגות מתחולה רחבה של הלכת **אגיאפוליס**, אם כי הוא מוכן להותיר הלכה זו המאפשרת קבלת תביעה או דחייתה במקרים "נדירים וחריגים".⁴⁴ זאת ועוד, קובע השופט רובינשטיין, כהליך ראוי מומלץ למקד מראש העניינים שיידונו בהליך של פסק דין לפי סעיף 79א, וכדי למנוע חילוקי דעות אפשריים יש לעשות מאמץ להבהיר מראש את המסגרת הדיונית באופן מפורט.⁴⁵ אופן ההתנהלות הרצוי במסגרת הסכמה לדיון על דרך הפשרה בעידן שלאחר הלכת **אגיאפוליס** נקבע בידי השופט עמית, בהדגישו "משהגדירו הצדדים את המוסכמות, רצוי לעיתים להגדיר גם את אי ההסכמות מושא הפסיקה על דרך הפשרה".⁴⁶ ביקורת נוספת על הלכת **אגיאפוליס** עולה מדברי השופט גרוניס בעניין **עזן מלול**.⁴⁷

⁴¹ שיקול זה מתאים כמובן רק לצד שחשוב לו לדהות תשלום, אך אולי יש נתבעים שדווקא לחוצים לשלם (נגיד בשנת מס מסוימת).

⁴² לביסוס אמפירי של הטענה בדבר סיומי תיקים לפי סעיף 79א ראו דיון בפרק הבא וכן מאגר המידע: Alberstein, Michal, & Rosen, Dana. (2011). Civil Cases Tel Aviv Magistrate Court 2010-2011 Public [Data set]. Zenodo. <http://doi.org/10.5281/zenodo.4449537>.
79א והמרחב הנוצר בין המימד האינקוויזיטורי והאדוורסרי בפעילות שופטים ראו עמוס גבריאלי ומיכל אלברשטיין "תהליכי יישוב סכסוכים באולם המשפט האזרחי: בין האינקוויזיטורי לאדוורסרי" **מחקרי משפט** לג 1 (2021).

⁴³ רע"א 4044/04 **יצחק ועמוס בוקרה קבלנים בע"מ נ' סגל**, פ"ד נח(6) 894, פסקה י' (2004).

⁴⁴ ש.ם.

⁴⁵ ש.ם.

⁴⁶ ע"א 3330/11 **אגד נ' לוי** (פורסם בנבו, 17.11.2011), בפסקה 10(א).

⁴⁷ דנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל-חיפה נ' עזן מלול**, סד(1) 533, פסקה 15 (2010). השופט גרוניס דן באפשרויות להטלת אחריות יחסית ופסיקת פיצויים נזיקיים חלקיים במקרים של סיבתיות עמומה, ובין שאר דבריו הוא כותב שאין לקבל מצב בו תתקבלנה תוצאות זהות בפסק דין על דרך הפשרה ופסק דין רגיל: "לטעמי, אין לקבל שהכרעה בדרך ההגילה, בנסיבות המקרה שבפנינו, תהא זהה להכרעה על דרך הפשרה. כאשר שני בעלי דין

(ג) העדר תיחום מדויק בין הדין המהותי לבין אותם שיקולים מיוחדים שבפשרה

אנו סבורים שהבעיה המרכזית של הלכת **אגיאפוליס** נעוצה בכך שאין היא כוללת הנחיה ברורה על הבניית שיקול הדעת השיפוטי והשיקולים המנחים את השופט בפסק דין על דרך הפשרה. נעיין בדברי השופט טירקל בעניין **אגיאפוליס**: "ראה בית-המשפט לטוב לפניו, ישקול רק – או בעיקר – שיקולים שבדין; ראה לטוב לפניו, ישקול רק – או בעיקר – אותם שיקולים נוספים. בתהליך ההכרעה רשאי הוא לאחוז באלה כמו באלה, במידה היפה בעיניו". אף אם נקבל את ההנחה שצריכים לקחת בחשבון את הדין המהותי, הרי שאין בפסק הדין קביעה ברורה באיזו מידה יש להתחשב בדין המהותי.⁴⁸ באיזה אופן ומתי משתלבים שיקולי הדין המהותי בפסק דין על דרך הפשרה? מה משקלם של שיקולים אלו לעומת אותם שיקולים נוספים הייחודיים לפשרה? – העדר קביעת עקרונות מנחים בשאלות אלו פוגם באופן משמעותי בוודאות ובציפיות של הצדדים מהליך הפשרה וממילא הוא אף פוגע באטרקטיביות של הליך זה (ובכך פגיעה בתכלית התועלתנית).

זאת ועוד: היעדר תיחום מדויק בין הדין המהותי לבין השיקולים המיוחדים שבפשרה מביא לתופעה, שעל היבטיה האמפיריים נעמוד בפרק הבא, שברוב פסקי הדין על דרך הפשרה השופט למעשה פוסק בדיוק באותה צורה ומגיע לאותה הכרעה שהיתה מתקבלת בפסק דין רגיל של בית משפט הפוסק על פי הדין המהותי, ובכך לא מנוצל הפוטנציאל הרב הטמון בפסיקה המשקללת גם שיקולים אחרים הייחודיים לפשרה, ביניהם שיקולים הלקוחים מתורת יישוב הסכסוכים. הזוהר שנוצרה בין רוב פסקי הדין על דרך הפשרה לבין פסקי דין רגילים לעניין דרכי הכרעה פוגעת כמובן בתפקיד המסורתי של הפשרה ככלי ליישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות. בצדק רב כתבו בן נון וגבריאל, "לאחר ההכרעה בפרשת **אגיאפוליס** ניתן לומר כי הפשרה שהייתה בעיני רבים אחד המכשירים המצוינים ליישוב סכסוכים הפכה גם למכריעה בסכסוכים עצמם".⁴⁹

לדידנו טשטוש הגבולות בין פסק דין רגיל לבין פסק דין על דרך הפשרה גורם לכך שאין מיצוי מלא של הפוטנציאל המגוון של הכרעה בדרך פשרה כאפשרות מורכבת ומשוכללת ליישוב סכסוכים המובחנת מההתדיינות הרגילה.

הניצבים משני צידי המתרחס עומדים בפני סיכון משמעותי, דוגמת בעלי הדין שבפנינו, קיים היגיון רב מבחינת שניהם להקטין את הסיכון מולו הם עומדים. התנהגות רציונלית עשויה להוביל אותם להתפשר או להסכים שפסק הדין יינתן על דרך הפשרה, שהרי בדרך זו, כך יש לצפות, התוצאה לא תהיה בגדר "הכל או לא כלום". ומה רע בכך שהתוצאות תהיינה זהות? מסביר השופט גרוניס: "מה שמטריד אותי הוא כיצד ייתכן שהתוצאה הסופית של ההליך הינה זהה, בין אם פסק הדין ניתן על פי הדין ובין אם כפסק דין על דרך הפשרה (אולם ראו ע"א 1639/97 אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה, פ"ד נג (1) 337 (1999)). האם אין ללמוד מכך, כי מה שבית המשפט עושה בפועל, עת שהוא מכיר באחריות יחסית, הוא ליתן פסק דין על דרך הפשרה? ! והרי יש לזכור, כי הדין משמיע לנו שפסיקה על דרך הפשרה יכולה להינתן אך ורק אם הצדדים הסכימו להליכה בדרך זו (סעיף 79א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984". ביקורתו של השופט גרוניס על כך שישנה זהות בתוצאות בין פשרה לפי 79א לבין התוצאה בפסק דין רגיל מקבלת חיזוק מהאמור בפרק הבא, שמבחינה אמפירית התצפיות בשטח מאששות את הזהות האמורה.

⁴⁸ הנשיא (דאז) ברק הסכים לפסקי הדין של חבריו והוסיף כי "פשיטא בעיני כי בגדרי הפשרה ההתחשבות בדין היא אפשרית", **אגיאפוליס**, לעיל ה"ש 7, עמ' 350. ברק לא נימק דבריו, ואדרבה אולי מה שכתב שונה במקצת מדברי טירקל, שכן "התחשבות בדין" אינה יותר מאשר הוספת שיקול שיש להתחשב בו לצד שאר השיקולים, אך לא מדובר בהכרח בהכרעה על יסוד שיקול זה בלבד.

⁴⁹ לעיל ה"ש 5.

(ד) פסק דין על דרך הפשרה במשפט העברי וסעיף 79א

פסק דין אגיאפוליס נסמך על גדרי פסק דין על דרך הפשרה במשפט העברי, כדברי השופט אילן:

רעיון דומה לזה מצאתי במכמני המשפט העברי בתשובתו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק (1865-1935), מייסד הרבנות הראשית ורבה הראשי האשכנזי הראשון של ארץ-ישראל. נקדים ונסביר כי על-פי הדין אין הדיינים יכולים לפסוק על דרך הפשרה אלא אם בעלי-הדין הסמיכו אותם לכך במפורש [...] כדי להתגבר על מצב זה וכדי שהדיינים יוכלו לפסוק גם פשרה במקום שהדבר נראה צודק נהגו למסור את הסכסוך לדיינים "בין לדין ובין לפשרה". כך נמנעה האפשרות לטעון נגד בית-הדין שעשה פשרה במקום לפסוק על-פי הדין. פעם התעוררה שאלה הפוכה, הסכסוך נמסר "בין לדין ובין לפשרה" והדיינים פסקו על-פי הדין. בתשובתו מתייחס הרב לטענתו של אחד "הפשרנים", הקובל על כך שהדיינים אשר שימשו כבוררים בסכסוך שהובא בפניהם פסקו על-פי דין תורה ולא "נטו אל דרך הפשרה". טענתו הייתה שהכוונה הייתה למעשה לפשרה. הרב השיב שהנוסחה "בין לדין ובין לפשרה" מסמיכה מפורשות לפסוק על-פי הדין, אך אפילו אם תאמר שבעלי-הדין ציפו לפשרה הרי:

"[...]מ"מ"מ [מכל מקום – מ' א'] י"ל דכוונת בין לדין בין לפשרה היא שידונו הדיינים על שני האופנים, דהיינו שיבררו להם דרך הדין, ויראו אם הדין אינו רחוק מדרך היושר של מצב העניין, אז ישאירו הדין, ואם יראה להם שלערך הפשרה הדין הוא כבד יותר מדאי, לצד אחד או לשניהם, אז יעשו פשרה[...]" (שו"ת אורח משפט, חו"מ, סימן א, ד"ה והנה בעניין).

המשפט העברי מאפשר לשופט לפסוק "בין לדין בין לפשרה", ולפי פרשנות הרב קוק, כפי שהוסברה בידי בית המשפט, הכוונה שפוסק בדרך כלל לפי הדין המהותי אלא אם כן נראה כי בנסיבות העניין "הדין נוקשה מידי" ואז פוסקים על דרך הפשרה. באופן דומה מציע בית המשפט לפרש גם את סעיף 79א לחוק בתי המשפט.

אכן, היזקקותו של בית המשפט למקורות המשפט העברי ראויה ומתבקשת לנוכח העובדה שפסק דין על דרך הפשרה, הליך שכאמור קשה למצוא לו מקבילות בשיטות משפט אחרות, הוא מוסד משפטי ידוע ומפותח מאוד במשפט העברי, במקורות אלו ניתן למצוא דיונים מעמיקים באשר לגדרי פסק דין על דרך הפשרה והשיקולים הנלקחים בחשבון.⁵⁰ עם זאת, יש לעמוד על מספר קשיים הנוגעים למסקנות שהסיק בית המשפט ממקורות המשפט העברי ולאופן יישומן ותרגומן בהקשר לפרשנות סעיף 79א.

בעיה ראשונה נוגעת לעצם ההשוואה שעושה פסק הדין בין תשובתו הנזכרת של הרב קוק לבין סעיף 79א. יושם אל לב שתשובת הרב קוק נגעה למקרה בו הצדדים הסמיכו את בית המשפט לפסוק בעניינים "בין לדין בין לפשרה" ואילו סעיף 79א לחוק בתי המשפט עוסק במקרה בו הצדדים הסמיכו את בית המשפט ליתן "פסק דין על דרך הפשרה". הסכמה לפסוק "בין לדין בין לפשרה" כמוכנה במקורות המשפט העברי ובתשובת הרב קוק אינה זהה

⁵⁰ להרחבה ראו אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני 638-587 (2011).

לפסק דין "על דרך הפשרה". יש הבדל משמעותי ביניהם: "בין לדין בין לפשרה" הוא אחד ממסלולי פסק דין על דרך הפשרה של המשפט העברי (ויש מסלולים נוספים כאמור להלן פרק ג'), וכשמו כן הוא, הוא אינו מבוסס בלעדית על שיקולי פשרה, אלא ממדובר בהסכמה לפסוק על פי שיקולי הדין המהותי ורק במקרים המתאימים על פי שיקולי פשרה. במסלול של "בין לדין בין לפשרה" האופציה של "בין לדין" נזכרת לפני "בין לפשרה", ולא בכדי, שכן זו האופציה המרכזית במסלול זה. הסכמה של "בין לדין בין לפשרה" כפי שמסביר זאת הרב קוק בתשובתו הנזכרת היא הסכמה להבניית שיקול הדעת השיפוטי בצורה ברורה ומוסדרת, הנותנת מעמד מרכזי ומכריע לדין המהותי ורואה בו ברירת המחדל שעל פיו מבוסס פסק הדין בדרך כלל, אלא אם כן התקיימו נסיבות מיוחדות (הנזכרות במפורט בתשובת הרב קוק) המצדיקות סטייה משיקולי הדין המהותי ואימוץ הכרעה המבוססת על שיקולי פשרה ייחודיים. לפיכך תוצאת פסק דין במסלול של "בין לדין בין לפשרה" היא בדרך כלל פסיקה מלאה לטובת צד אחד ("הכל או לא כלום") ורק במקרים חריגים הפסיקה היא פשרה (במובן של מיצוע וחלוקה בין הצדדים). "בין לדין בין לפשרה" במובנו על פי המשפט העברי אינו זהה אפוא ל"פסק דין על דרך הפשרה" הישראלי, שלפחות לפי מובנו הלשוני, כפי שטענו בצדק אלו המבקרים את הלכת אגיאפוליס, אמור להיות מבוסס בעיקר על שיקולים של פשרה (ותוצאתו מיצוע כלשהו בין הצדדים) במובחן משיקולי הדין המהותי. ומניין לנו שמי שהסכים ל"פסק דין על דרך הפשרה" הסכים דווקא למסלול הייחודי של "בין לדין בין לפשרה"?

בעיה שניה הכרוכה בהשוואה שעושה בית המשפט באגיאפוליס בין המשפט העברי לבין גרדי "פסק דין על דרך הפשרה" על פי סעיף 79א נוגעת בשאלת הזיקה של פסיקה לפי סעיף 79א לדין המהותי. כזכור, בית המשפט הסיק ממקורות המשפט העברי שקיימת זיקה משמעותית בין פשרה לבין הדין המהותי, והפסיקה בפשרה יכולה להיות זהה למה שהיתה לפי הדין המהותי. ואולם, קשה לומר שבמקורות המשפט העברי יש תמימות דעים לעניין מידת הזיקה בין פשרה לבין הדין המהותי. מהמקורות התלמודיים מצטיירת תמונה מורכבת, אותה נציג בהרחבה בפרק ג'. כפי שנראה שם, רבים מהפוסקים סברו, שההכרעה במסגרת הפשרה לעולם לא תהיה חופפת את הדין המהותי, אם כי היא צריכה לפי חלק מהדעות לשיקול במסגרת שיקולי הפשרה גם מה היתה צריכה להיות ההכרעה לפי הדין המהותי.

הבעיה השלישית בהשוואה שנעשתה בפרשת אגיאפוליס בין הדין העברי לבין סעיף 79א נוגעת לתכליות הפשרה. בעוד שהפשרה בדין עברי, כפי שנראה בפרק ג', מכוונת בעיקר לעשיית שלום במובן החברתי (ובמסגרת זו יש ביטוי גם לצדק חלוקתי) והיא דומה לדרכים ליישוב סכסוכים (ולא בכדי היא מכונה בתלמוד "משפט שלום"), פסק דין על דרך הפשרה הישראלית, לכל הפחות במתכונתה הרווחת בבתי המשפט האזרחיים, מכוונת יותר ליעילות (למעט בתי המשפט לענייני משפחה בהם הפשרה מיועדת פעמים רבות ליישוב הסכסוך ולהשגת שלום). במילים אחרות: הגם שהשופט אילן מבקש ללמוד מהמשפט העברי, בפועל נוצר מצב בו תכליות ההסדרים במשפט העברי ובמשפט הישראלי שונות לגמרי – יישוב סכסוכים ושלום (משפט עברי) למול יעילות (משפט ישראלי). הנה כי כן, בית המשפט בעניין אגיאפוליס לא פיתח מספיק את אשר ניתן ללמוד מהמשפט העברי, בו מצויים דיונים מעמיקים ומגוונים בנוגע לשיקולים המנחים בפסק דין של פשרה והסדרה של מסלולים שונים של פשרה, שממצים את הפוטנציאל הרב של הליך זה. אנו נשלים המלאכה בפרק ג'.

עתה נברר האם יש אחיזה בשטח לתפיסה להלכת אגיאפוליס וכיצד מיושם סעיף 79א בפועל בבתי המשפט בישראל.

ב. נתונים אמפיריים על השימוש בסעיף 79א בבתי המשפט בישראל

הדיון סביב משמעותו של סעיף 79א והדרך הראויה להשתמש בו מתקיים בדרך כלל בין משפטנים, ומתבסס על ניתוח מושגי ומעשי של חקיקה, פסיקה וספרות עיונית. מעטים הם המקרים שבהם ניתן לתמוך באופן אמפירי את הדיון האקדמי ולעמוד על אופן ודרך השימוש בסעיף חוק והיקפו. אפשרות זו נפלה לידנו במסגרת מחקר רחב יריעה בנושא תפקידים משתנים של שופטים בעידן המשפט הנמוג,⁵¹ אשר נערך במשך חמש שנים בחסות המועצה האירופית למחקר (ERC).⁵² הפרויקט הוא בין לאומי, ושותפים בו צוותי מחקר אקדמיים מאנגליה, וויילס ואיטליה. במסגרת הפרויקט נבחנו, בין שאר פעילויות המחקר, אשר חתרו להבנת תופעת המשפט הנמוג והשאלה מה היחס בין השלב של התקדמות תיקים ומעורבות שופטים, נבחנו גם הליכים אזרחיים ופוליטיים המתנהלים בדלתיים פתוחות בבית משפט השלום בתל-אביב במחקר מעורב שיטות (mixed methods research). הבחירה בבית משפט השלום בתל אביב היתה בשל היותו בית משפט מרכזי שבו מתנהלת כמות ניכרת של התיקים מכלל התיקים במדינה, והוא מייצג שימוש מקיף ומגוון בדרכי קידום פשרה אשר ניתן ללמוד מהן על מגמות מובילות. בהיבט הכמותי, ביקשנו במחקר הנוגע למאמר זה לבחון את היקף השימוש בסעיף 79א בכלל ואת שלבי המעורבות השיפוטית בהם התיקים הללו מסתיימים. בנוסף, על מנת להבין את טיב השימוש בסעיף, השווינו את שיעור הסכום שהתקבל מהסכום שנתבע בין תיקים שהסתיימו בפסק דין מנומק, בפסק דין על פי סעיף 79א ובהסדרים בין הצדדים. בהיבט האיכותני, ביקשנו לעמוד על פרקטיקות של שופטים באולמות הדיונים כמו גם על עמדותיהם ביחס לשימוש בסעיף 79א.⁵³

⁵¹ תופעת המשפט הנמוג תוארה לראשונה על ידי Galanter תוך התייחסות למגמה גוברת במדינות common law של הפחתת כמות התיקים אשר מגיעים לשלב המשפט ומסתיימים בפסק דין מלא, עד כדי היעלמות משפטים בשנים האחרונות בחלק מהמדינות. Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004); Marc Galanter, *The Hundred-Year Decline of Trials and the Thirty Years War*, 57 STAN. L. REV. 1255 (2004); Nora Freeman Engstrom, *The Diminished Trial*, 86 FORDHAM L. REV. 2131 (2018).

⁵² לאתר המחקר ראו <http://jcrlab.com> / ולפרסומים שיצאו במסגרתו ראו <https://zenodo.org/search?page=1&size=20&q=owners:46555>

⁵³ פרסום ראשון בפרויקט בתחום האזרחי נעשה בהסתמך על קידוד תיקים אזרחיים שנעשה על ידי מחלקת המחקר של בית המשפט העליון בשנים 2008-2011 ובו נבחנו מחדש משתנים הקשורים לשאלות המחקר במסגרת המחקר ישוב סכסוכים שיפוטי ונקבעה מסגרת מושגית להבנת מעורבות שיפוטית ביחס להתקדמות תיקים ולסיומם. Sela, Ayelet, and Limor Gabay-Egozi. *Judicial Procedural Involvement (JPI): A Metric for Judges' Role in Civil Litigation, Settlement, and Access to (JPJ): A Metric for Judges' Role in Civil Litigation, Settlement, and Access to* 47.3 JOURNAL OF LAW AND SOCIETY 468-498 (2020) ממציאים איכותניים מתצפיות הוצגו לראשונה במאמר Sela, Ayelet, Nourit Zimmerman, and Michal Alberstein. *Judges as Gatekeepers and the Dismaying Shadow of the Law: Courtroom Observations of Judicial Settlement Practices*. 24 HARV. NEGOT. L. REV. 83 (2018).

1. נתונים

נתונים כמותיים: הממצאים המתוארים להלן מבוססים על מדגם של 443⁵⁴ תיקים אזרחיים שנדגמו אקראית ממסגרת דגימה שכללה 84,788 תיקים אזרחיים בסדר דין רגיל (ת"א), מהיר (תא"מ) ומקוצר (תא"ק). שנפתחו בבית משפט השלום בתל-אביב בין ה-1 בינואר 2010 ל-30 בדצמבר 2011. באמצעות היתר העיון הכללי שניתן לצוות המחקר ליישוב סכסוכים שיפוטי על ידי הנהלת בתי המשפט, הנתונים של כל אחד מהתיקים במדגם קודדו באופן ידני על פי המידע שמצוי בנט המשפט.⁵⁵ הצורך בקידוד ידני נבע משני טעמים. הראשון הוא הקושי להסתמך על הנתונים המדווחים על ידי מערכת נט המשפט, אשר במקרים רבים אינם אמין⁵⁶, והשני הוא שהמידע המסופק על ידי מערכת נט המשפט הינו חלקי בלבד. מידע רלוונטי נוסף כגון סוגי בקשות, סכומים שהתקבלו, פסקי דין, הסכמי פשרה וגישור, הצעות פשרה של בית המשפט, או תחשיבי נזק, אינו מקודד על ידי מערכת נט המשפט ומחייב חילוץ פרטני מתוך מסמכים סרוקים בתיקים.

נתונים איכותניים: נאספו בשני אופנים - תצפיות בדיונים וראיונות עומק עם שופטים בדימוס משלוש הערכאות ובעיקר מהשלום. כאלף תצפיות התקיימו במהלך כשמונים ימי דיון של קדם משפט בין החודשים אוקטובר 2016 ליוני 2019, בדיונים שנערכו במאות תיקים אזרחיים בבית משפט השלום בתל אביב. התצפיות נערכו על ידי סטודנטים למשפטים מהקליניקה ליישוב סכסוכים שיפוטי וגישור, ועל ידי סטודנטים בסמינרים וקורסים העוסקים ביישוב סכסוכים שיפוטי שצפו באולמות הדיונים של כחמישים שופטים. הכשרת הסטודנטים לתצפיות נעשתה בארבעה שלבים: בשלב הראשון התצפיתנים השתתפו בסדור אשר במהלכו קיבלו הדרכה על בית המשפט - מבנה בית המשפט, בעלי התפקידים השונים והיכרות עם היבטים אדמיניסטרטיביים. בשלב השני בוצעו תצפיות ראשוניות לאחר היכרות עם פורמט דיווח התצפיות שגובש על ידי צוות המחקר. בשלב השלישי פורמט דיווח התצפיות עודכן על בסיס הממצאים הראשוניים שהתקבלו מהתצפיות ומשובים שנתנו התצפיתנים בתום ביצוע התצפיות. השלב הרביעי היה ביצוע התצפיות בהן התצפיתנים התבקשו למקד את תשומת ליבם להיבטים שונים של מעורבות שיפוטיות ולתארן באופן המפורט ביותר. בין היתר, הם התבקשו לתעד את ההתרחשות בדיון באופן כרונולוגי תוך שימת דגש על דברי השופטים, בין היתר בפנייתם אל בעלי הדין ואל באי הכוח, האינטראקציה בין השחקנים השונים בזירה, התייחסות לאופן סיום הדיון, משכו, לתאר מחוות גופניות ותיאור כללי של האווירה וההתנהלות באולם הדיונים. נתונים אלה הועשרו בעבודות סמינר של סטודנטים לתואר שני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן העוסקים במקצוע עריכת הדין, אשר חלקם עורכי דין פעילים. סטודנטים אלה סיפקו נתונים עשירים נוספים על זירת המעורבות

⁵⁴ במקור נדגמו 460 תיקים. 17 תיקים הורדו מהמדגם בשל מגוון בעיות בהן היעדר הרשאה לצפייה בתיק, תיק שנפתח בטעות בכפילות לתיק אחר, מסמכים דוגמת כתב תביעה ו/או פרוטוקולי דיון שלא נסרקו או היות התיק אחד מתוך מאות תיקים שנדונו במקובץ.

⁵⁵ הדגימה ההפקה והניתוח של הנתונים הכמותיים לצורך מאמר זה נעשו ע"י ד"ר דנה רוזן, מנהלת פרויקט יישוב סכסוכים שיפוטי בשנים 2018-2020.

⁵⁶ ראו קרן וינשל-מרגל, טליה יהודה ואביב שירץ, מהימנות נתוני פתיחת וסגירת תיקים המערכת נט-המשפט, מחלקת המחקר של הרשות השופטת (2011). בהקשר לסיומי תיקים, הנתון המדווח הוא 50% טעות. מכאן שבמחצית מהמקרים, בתקופת המדגם שלנו, המזכירות לא דווחה באופן אמין על אופן סיום התיק.

השיפוטית בהליך המקדמי כולל תצפיות נוספות, שיחות עם שופטים ומיקוד בפרקטיקות ספיציפיות לקידום סיומי תיקים בהסכמה כולל שימוש בסעיף 79א. כעשרים ראינות עומק מובנים (או חצי מובנים) נערכו עם 15 שופטים בדימוס.

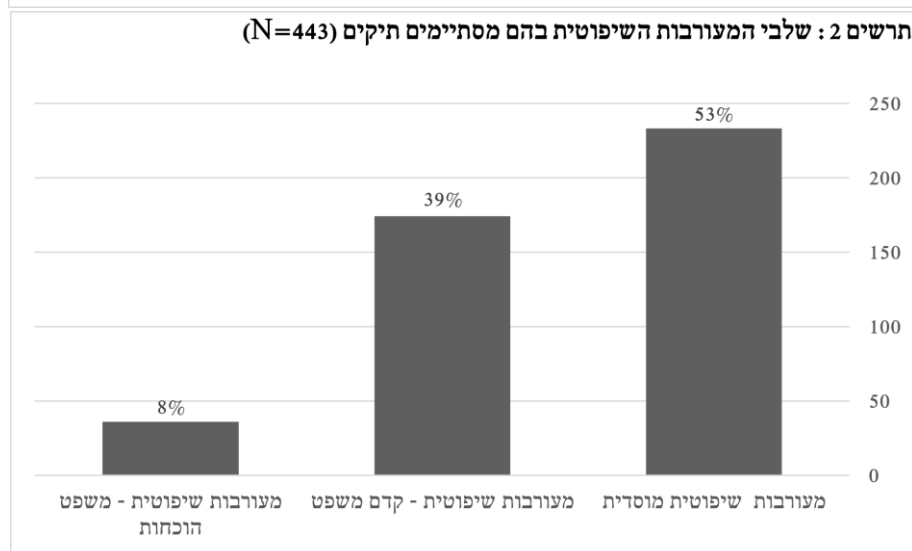
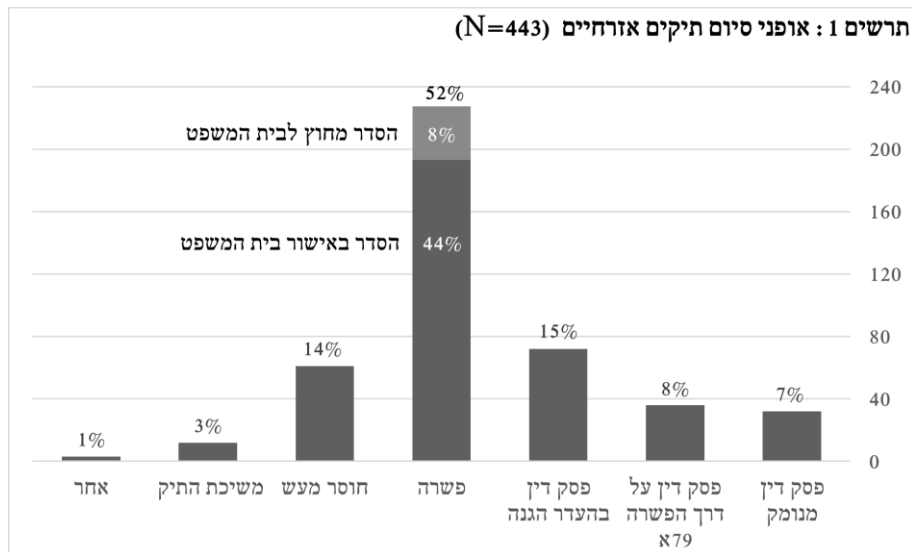
2. ממצאים כמותיים

בשלב הראשון בחנו אופני הסיום של כלל התיקים הנכנסים לבית המשפט (תרשים 1). 7% מהתיקים הסתיימו בפסק דין מנומק⁵⁷ ו-8% מהתיקים הסתיימו בפסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א (להלן: סעיף 79א). ב-15% מהתיקים ניתן פסק דין בהעדר הגנה לטובת התובע. 52% מהתיקים הסתיימו בפשרה בתוך (44%) או מחוץ (8%) לבית המשפט; 14% מהם הסתיימו בחוסר מעש עקב היעדר פעילות תובע; 3% נמשכו באופן וולנטרי על ידי תובעים; 1% מהתיקים נסגרו אם בין בשל חוסר סמכות עניינית או מקומית או עקב צירוף לתיק אחר. בתרשים 1 מוצגים אופני הסיום של כלל התיקים שנכנסו לבית המשפט, אך למעשה התיקים מסתיימים בשלבים שונים של מעורבות שיפוטית⁵⁸ (תרשים 2). למעלה ממחצית התיקים (53%) מסתיימים בשלב המעורבות השיפוטית המוסדית. בשלב זה לא נערכים כלל דיונים ולעתים אף לא מוקצה שופט לתיק. המעורבות השיפוטית בשלב זה היא ניהולית בעיקרה ובאה לידי ביטוי בתגובות לבקשות הצדדים.⁵⁹ רק 47% מכלל התיקים האזרחיים שהוגשו לבית המשפט, נדונים במעמד הצדדים בפני שופט. 39% מסתיימים בשלב המעורבות השיפוטית בקדם משפט ו-8% בשלב המעורבות השיפוטית בשלב ההוכחות.

⁵⁷ שיעור נמוך העשוי ללמד על היקפה של תופעת המשפט הנמוג בישראל. ראו Galanter וכן Engstorm לעיל, ה"ש 51 אשר מתייחסים לאחוזים בודדים של תיקים אשר מגיעים לסיום אחרי הליך מלא של שפיטה בארה"ב. הנתון שמביאה Engstorm מ-2016 בארה"ב הוא פחות מאחוז אחד ובמדינות מסוימות העלמות כמעט מוחלטת של הליך השפיטה באזרחי, בפיליפינים ובאזרחי כאחד.

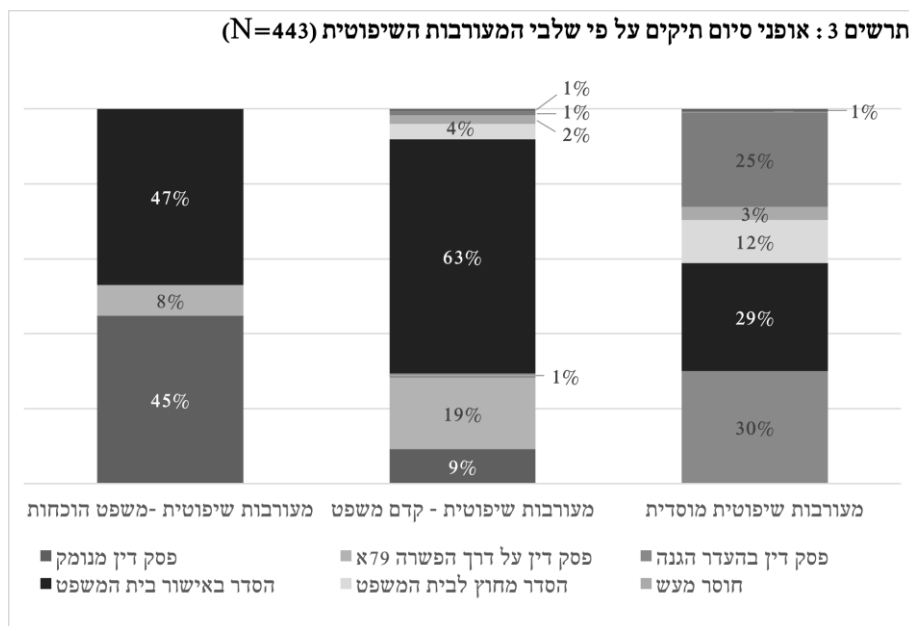
⁵⁸ להצגה ראשונית של המשגה של מעורבות שיפוטית (JPI – Judicial Procedural Involvement) ולדיון במשמעות המושג ראו Sela & Gabay-Egozi, לעיל ה"ש 53, בעמ' 473. הסיווג של מעורבות שיפוטית במחקרנו שונה במקצת מזה שעשו סלע וגבאי-אגוזי. בעוד סלע וגבאי-אגוזי הבחינו בין מעורבות שיפוטית מוסדית הכוללת 0-1 בקשות למעורבות שיפוטית מוסדית הכוללת 2 בקשות ומעלה, במחקרנו שתי הקטגוריות אוחדו. האפשרות לבחון לעומק כל תיק בזכות ההרשאה שקיבלנו העלתה כי אין הבדל מהותי בין מעורבות שיפוטית כאשר הוגשו בין 0-1 בקשות ובין כאשר הוגש מספר גדול יותר של בקשות.

⁵⁹ סך הכל הוגשו 252 בקשות ב-142 מתוך 233 (60.9%) תיקים שהסתיימו בשלב זה. בין הבקשות שהוגשו: 34.1% בקשות למתן פס"ד בהעדר הגנה; 19.4% בקשות לעיכוב סגירת התיק מחוסר מעש בשל ניהול משא ומתן בין הצדדים; 19% בקשות להשלמת מסמכים; 9.1% בקשות לשינוי מועד דיון; 5.6% בקשות להארכת מועד הדעה על הסדר.



בתרשים 3 מוצגים אופני הסיום של תיקים על פי שלב המעורבות השיפוטית בו הסתיימו. ניתן להסיק על פי סיומי התיקים בשלב המעורבות המוסדית, כי בתיקים רבים, הגשת כתב התביעה משרדת רצינות לנתבע ומובילה לקידום המשא ומתן וסיום התיק ללא צורך במעורבות שיפוטית אקטיבית. 41% מהתיקים שהסתיימו בשלב זה, הסתיימו בפשרה בין אם באישור או מחוץ לבית המשפט ו-25% מהתיקים נמשכו על ידי התובעים. 30% מהתיקים הסתיימו בפסק דין בהיעדר הגנה ושיעור קטן של תיקים (3%) הסתיימו בשל חוסר מעש של התובע. שלב קדם המשפט בו עולה המעורבות השיפוטית מהווה את הזירה המרכזית לקידום סיום תיק לפי סעיף א79. 19% מהתיקים המסתיימים בשלב זה מסתיימים בפסק דין לפי סעיף א79. בשלב ההוכחות בו המעורבות השיפוטית היא מרבית, 8% מהתיקים מסתיימים לפי

סעיף 79א. עם זאת, ראוי לציין את שיעורם הגדול של תיקים המסתיימים בפשרה – 67% מהתיקים המסתיימים בשלב קדם המשפט ו-47% מהתיקים המסתיימים בשלב ההוכחות. פסקי דין מנומקים ניתנים ב-9% מהתיקים המסתיימים בקדם משפט וב-44% מהתיקים (סך הכל 16 תיקים) המסתיימים בשלב ההוכחות. מבחינת תיעוד השימוש בסעיף בפרוטוקול בית המשפט תועדו הצעות לשימוש בסעיף זה ב-19% מהתיקים בשלב קדם המשפט וב-0.6% בשלב ההוכחות.



בשלב הבא השוינו את שיעור הסכום הממוצע שנפסק לטובת התובעים או שהוסכם עליו בהסדר בין הצדדים, מתוך סכום התביעה, על פני סיומי התיקים. בהשוואה כללנו 247 תיקים שהסתיימו בפסק דין מנומק ובפסק דין לפי סעיף 79א בשלבי המעורבות השיפוטית של קדם משפט ושל שלב ההוכחות ותיקים שהסתיימו בהסדרים בין הצדדים בכל שלבי המעורבות השיפוטית.⁶⁰ שיעור הסכום שנפסק או שהוסכם עליו, חושב כחס בין סכום הנטו שהתקבל וסכום הנטו שנתבע. הבחירה להתייחס לסכומי נטו נבעה מכך שסכומי התביעה נטו מצוינים במפורש בכל כתבי התביעה או בתחשיבי הנזק. לעומת זאת, ההוצאות המשפטיות וסכומים נוספים מאוזכרים בתיקים רבים באופן מילולי ללא פירוט מספרי. בניגוד לכך, ברבים⁶¹ מפסקי הדין בין אם מנומקים או לפי סעיף 79א, כמו גם ברבים מהסדרי הפשרה המוגשים לבית המשפט (לאישור או ליידוע), מצוינים סכומי הברוטו שיקבלו התובעים, ללא פירוט.

⁶⁰ סך הכל הסתיימו 261 תיקים באחד משלושת האופנים לעיל, אך ב-14 תיקים לא היה מידע באשר לסכומים שנפסקו או התקבלו או שהתביעה וההוצאה היו אודות פינוי מושכר ולכן לא נכללו בניתוח. סיומי התיקים שלא נכללו בהשוואה: פסק דין בהיעדר הגנה בו הסכום שנפסק שווה תמיד לסכום שנתבע (100%); משיכת התיק על ידי התובע וסגירת התיק מחוסר מעש, סיומי תיקים בהם לא מתקבלים סכומים כלשהם (0).

⁶¹ מתוך 247 תיקים שנכללו בהשוואה, ב-19 תיקים התביעה נדחתה ולכן הסכום שקיבל התובע היה 0. מתוך 228 התיקים הנותרים, ב-79 (35%) תיקים צוין סכום הנטו שיקבלו התובעים וביתרה צוין סכום הברוטו.

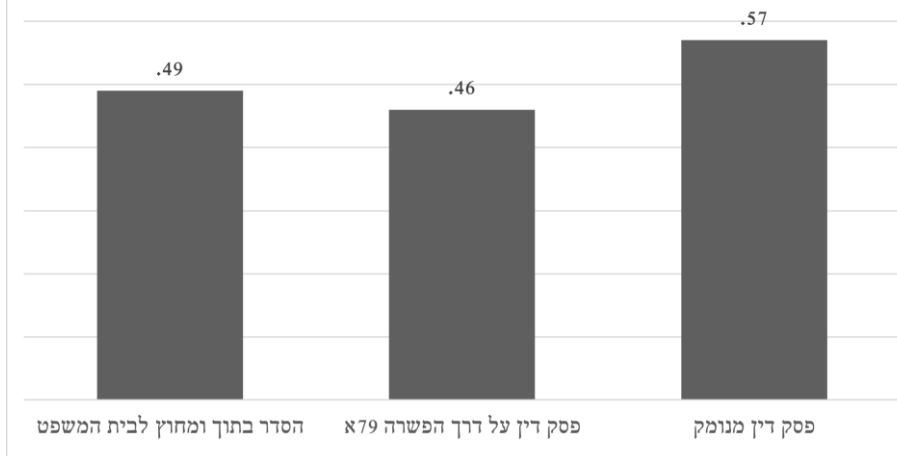
כלומר, העובדה שבכתבי התביעה מצוינים סכומי נטו ואילו בפסקי דין ובהסכמי פשרה רבים מצוינים סכומי ברוטו, אינה מאפשרת להשוות את שיעור הסכום שהתקבל מהסכום שנתבע משום כך, על בסיס התיקים בהם פורטו הסכומים שיקבלו התובעים (הסכום נטו, שכר טרחת עורך דין, שכר מומחים, אגרות בית משפט ושיעורי הצמדה וריבית) חישבנו אומדן (78).⁶² באמצעותו חילצנו את סכום הנטו שהתקבל מתוך סכום הברוטו שהתקבל. שיעורי הסכומים שנפסקים לטובת התובעים או שהוסכם עליהם בהסדרים בין הצדדים נעים בין 0 כאשר התביעה נדחתה במלואה⁶³ ל-1 כאשר התביעה התקבלה במלואה. חישבנו את ממוצעי שיעורי הסכומים שנפסקו לטובת התובעים מתוך סכומי התביעה (תרשים 4) בתיקים שהסתיימו בפסק דין מנומק (ממוצע=0.57, ס"ת 0.42) ובתיקים שהסתיימו ב-79 א (ממוצע=0.47, ס"ת 0.47). כמו כן חישבנו את ממוצע שיעור הסכומים שיקבלו התובעים מתוך סכום התביעה בתיקים שהסתיימו בהסדרי פשרה (ממוצע=0.49, ס"ת 0.36). בנייתו שונת חד-כיווני (Welch's ANOVA)⁶⁴, לא נמצא הבדל בין ממוצעי שיעורי הסכומים שנפסקו או התקבלו בסיומי התיקים השונים ($F(2, 54.455)=.404, p>.05$). מכאן שניתן להסיק כי בממוצע, תובעים שתיקיהם יסתיימו בפסק דין מנומק, לפי סעיף 79 א או בהסדר, יקבלו כמחצית (ממוצע=0.51, ס"ת 0.38) מסכום הנטו שתבעו.

⁶² בכל אחד מ-79 התיקים בהם הופיע פירוט התקבולים, לעתים באופן חלקי, השלמנו את כל הרכיבים שאוזכרו בפסקי הדין או בהסכמי הפשרה. הרכיבים כללו: סכום הנטו שנפסק או שסוכם עליו; שכר טרחת עו"ד; שכר עדים מומחים; אגרות בית משפט. עבור הסכומים שביחס אליהם נפסק או הוסכם שיכללו ריבית והצמדה, הן חושבו באמצעות מחשבון ריבית והצמדה (http://www.michale.co.il/Ta_RibPsKe.Htm) עבור התקופה שצוינה בפסק הדין או בהסכם (בדרך כלל מיום הגשת התביעה ועד למועד מתן פסק הדין או אישור הסכם הפשרה). עבור כל אחד מ-79 התיקים סכמנו את כל הרכיבים, פרט לסכום הנטו שנפסק או שסוכם עליו, וחישבנו את חלקם היחסי מתוך כל הסכום שנפסק או שהוסכם. החישוב העלה שהרכיבים הללו מהווים בממוצע 22% מהסכום שהתקבל. כך, בשאר התיקים בהם היה ידוע רק סכום הברוטו שנפסק או שסוכם עליו, כפלנו סכום זה ב-78. על מנת לחלץ את סכום הנטו.

⁶³ בקרב התיקים בהם הסכום שנפסק או שהוסכם עליו היה 0, נכללים 5 תיקים בהם התביעות העיקריות נדחו במלואן או חלקית ואילו התביעות שכנגד שהוגשו התקבלו במלואן או חלקית. שיעור הסכום שהתקבל מתוך הסכום שנתבע היה לפיכך שלילי, קרי התובעים שילמו יותר מאשר קיבלו. בשל מיעוט התיקים, בחרנו להתייחס אליהם כאילו לא התקבלו כלל סכומים ולכן שיעור הסכום שהתקבל עמד על 0.

⁶⁴ הסיבה לשימוש במבחן Welch's ANOVA ולא במבחן הקלאסי היא שהנחת שוויון השונויות בין הקבוצות של סיומי התיקים השונים הופרה ($Leven's\ test(2,244)=12.672, p<.001$).

תרשים 4: ממוצעי שיעורי הסכומים שנפסקו או התקבלו מתוך סכומי התביעה, בשלושה אופני סיום תיקים (N=247)

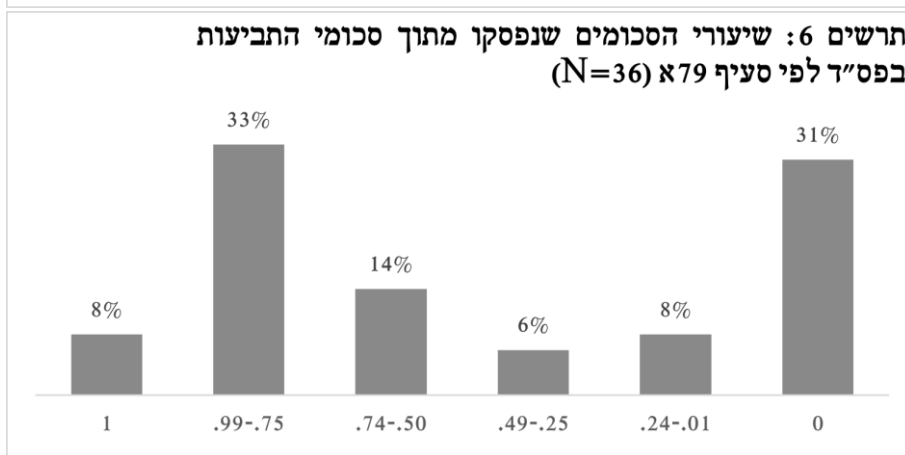
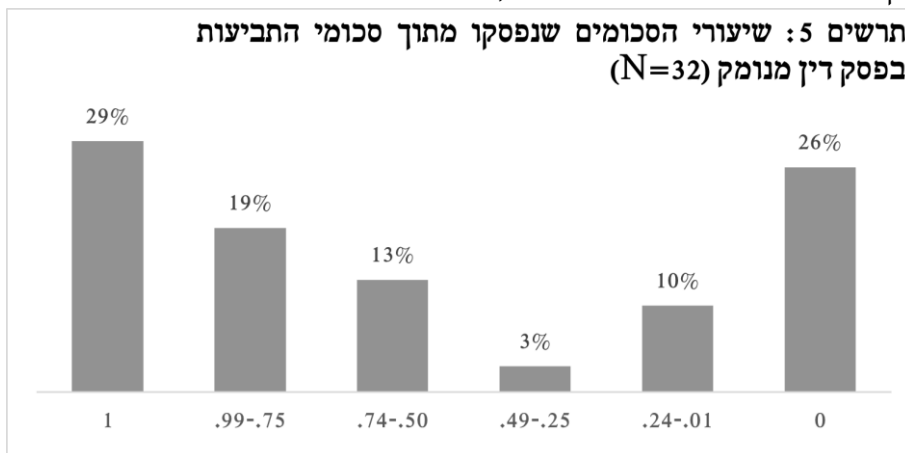


למרות הממוצע הדומה בשיעור הסכום שהתקבל מתוך הסכום שנתבע בין שלושת סיומי התיקים, אך בשל אי-שוויון השונויות בין סיומי התיקים, בחנו את אופני הפיזור של שיעורי הסכומים שהתקבלו מתוך כל אחד מסיומי התיקים בתוך שש קטגוריות (0 - דחיה מלאה של התביעה עד 1 - קבלה של התביעה במלואה). מצאנו כי הם מובחנים, $\chi^2(10)=53.446$, $(p<.001)$.

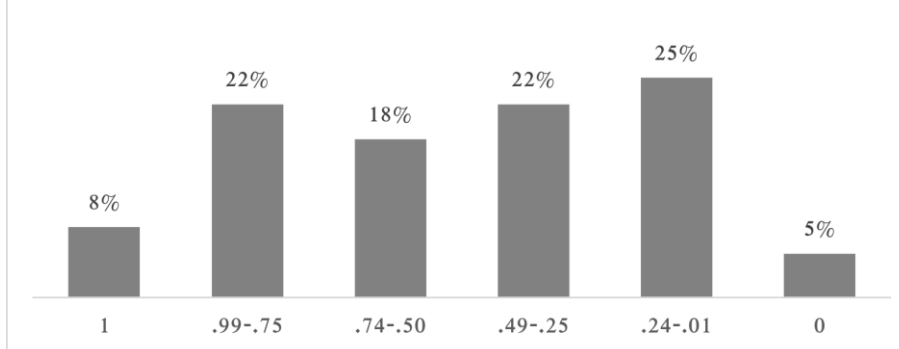
בקרב תיקים שהסתיימו בפסק דין מנומק (תרשים 5) למעלה ממחצית התיקים הסתיימו באחד הקצוות: ב-26% מהתיקים התביעה נדחתה במלואה וב-29% התביעה התקבלה במלואה. בטווח הביניים רבעוני (0.25-0.75) של שיעורי הסכומים שנפסקו מתוך סכומי התביעות נמצאים 18% בלבד מהתיקים. בדומה לכך, שיעור גבוה של תיקים (31%) המסתיימים בפסק דין א79, נדחים במלואם (תרשים 6). בסוג הסיום הזה ב-8% בלבד מתקבלות התביעות במלואן אך ב-33% מהתיקים יקבלו התובעים סכומים הנעים בין 0.75-0.99. משיעור התביעה. גם בסוג סיום זה, רק 20% מהתיקים נמצאים בטווח הביניים רבעוני. בתיקים שהסתיימו בהסדרים (תרשים 7) לעומת זאת, דפוס הפיזור שונה. בקצוות נמצאים 13% מהתיקים (ב-5% התביעה נדחתה לחלוטין וב-8% התקבלה לחלוטין) ובטווח הביניים רבעוני נמצאים 40% מהתיקים. ההבדל בדפוסי הפיזור של שיעורי הסכומים המתקבלים מסכומי התביעה בין תיקים שמסתיימים בפסק דין (מנומק או א79) ובין תיקים המסתיימים בהסדרים עשוי להצביע על סיכון נמוך יותר של צדדים המסיימים את ענייניהם בפשרה בהשוואה לאלה שתיקיהם מסתיימים בפסק דין.

כאמור, ב-31% מהתיקים המסתיימים בפסק דין לפי סעיף א79 התביעות נדחות במלואן (תרשים 6). מכאן ניתן לראות כי פסקי דין דוגמת **אגיאפוליס** בהם התוצאה איננה פשרה (במובן של מיצוע) אלא דחיה מלאה של התביעה הם שכיחים יחסית וכי שופטים אינם נמנעים מפסיקה בסגנון "המנצח לוקח הכל" כאשר הם משתמשים ב-א79. הקטגוריה השנייה בה יש שכיחות גבוהה יחסית לפסק דין לפי סעיף א79 היא הרבע העליון של סכום התביעה

– בין 0.75 ל-0.99. מכאן ששופטים מרבים יחסית להשתמש בסעיף 79 דווקא לתוצאות יחסית קיצוניות, מסוג הכל או לא כלום, ופחות לתוצאות ממוצעות. זאת על אף שכפי שמראה תרשים 4, ממוצע התוצאות של שלושת הסיומים המרכזיים של תיקים אינן שונות באופן מובהק. בהקשר של קבלת התביעה במלואה, אכן יש שכיחות גבוהה יותר לפסקי דין, ובקטגוריה זאת 29% מהתיקים מסתיימים בפסק דין רגיל, בעוד שרק 8% בפסק דין לפי סעיף 79. האחוז המועט ביותר של תיקים המסתיימים בפסק דין לפי סעיף 79 מצוי באופן מעניין בקטגוריות המסמנות מיצוע – 0.25-0.49, 0.50-0.74.



תרשים 7: שיעורי הסכומים שהתקבלו מתוך סכומי התביעות בהסדרים (N=179)



מעבר לנתונים על שכירות סיומי תיקים בפסק דין לפי סעיף 79א, כחלק מהמחקר הכמותי שקיימנו אשר במסגרתו קודדו כל הפעולות במדגם מייצג של תיקי בית משפט השלום בתל אביב, התברר כי ב-19% מהתיקים שהגיעו לקדם משפט תועדו הצעות של שופטים לצדדים לסיים את הסכסוך לפי סעיף 79א. בשלב ההוכחות תועד השימוש של הצעת הסעיף ב-0.6% מהמקרים. במאות תצפיות אשר קיימנו בבית המשפט השלום בתל אביב ובבתי משפט נוספים נוכחנו לדעת כי פעולות רבות לקידום פשרה על סוגיה השונים וביניהם השימוש בסעיף 79א מתקיימות מחוץ לפרוטוקול ופעמים רבות לא מתועדות בתיק האלקטרוני.⁶⁵ מהנתונים בשטח עולה כי מבחינה כמותית ובמרבית התיקים השימוש שנעשה בסעיף 79א הוא כהכרעה דומה לזו הנעשית בפסק דין רגיל, ושופטים משתמשים בחיזוי התוצאה המשפטית ואף בהליך מקוצר של משפט והצגת ראיות על מנת לסיים תיקים בדרך זו. ממצאים מועטים בלבד מצביעים על כוונה יצירתית ומונחית פשרה במובן של יישוב סכסוכים ביישום הסעיף, ואכן אין הם עולים מתפיסותיהם של רוב שופטי שלום. מרבית הממצאים מתצפיות וראיונות מהשטח מצביעים על פסק דין לפי סעיף 79א ככלי של הכרעה מהירה הדומה לפסק דין.⁶⁶ עינינו הרואות כי קו החשיבה של **אגיאפוליס** המתואר למעלה אומץ בידי רוב השופטים והוא מבטא גם את המצב בשטח. מבחינת מגבלות המחקר, ההסתמכות על תיקים מלפני כעשור, מעלה את הצורך לבחון את הנתונים העכשוויים כיום. בנוסף נדרשת הרחבת המחקר למחוזות נוספים מעבר לתל אביב, לבתי משפט מחוזיים ולבית המשפט העליון, וכן השוואה בין מרכז לפריפריה.

3. ממצאים איכותניים

בתצפיות אותן קיימנו מצאנו כי שופטים מציעים לצדדים לפסוק לפי סעיף 79א לעתים לאחר שנתנו לצדדים הצעת פשרה קונקרטית ואלה לא קבלו אותה. לעתים הם אפילו מציינים בפני

⁶⁵ לניתוח הפעולות המגוונות ששופטים מבצעים לקידום פשרות כולל שימוש בסעיף 79א ושיח מחוץ לפרוטוקול ראו Sela, Zimerman and Alberstein, לעיל ה"ש 53.

⁶⁶ כל הממצאים המופיעים בחלק זה נאספו במסגרת תצפיות וראיונות שהתקיימו במסגרת מחקר ה-ERC. עותקים של התצפיות ותמלילי הראיונות מצויים אצל המחברת.

הצדדים שהם יודעים לפי הצעתם מה תהיה הכרעתם כשישתמשו בסעיף זה. באחד התיקים שופט מבקש מהצדדים להגיש סיכומים בכתב לפני הכרעתו לפי הסעיף. נראה כי גם שימושים אלה בסעיף תואמים את תפיסת אגיאפוליס אשר תיארונו לעיל אשר מציבה את הפסיקה לפי סעיף 79א כהכרעה הדומה במידה רבה לפסק דין רגיל. יחד עם זאת, היו תיקים שבהם שופטים הציעו שימוש בסעיף להתמודד עם מורכבות של תיק, למשל ביחס לצד שלישי.

בתיק שבו צפינו שבו שלח השופט את הצדדים לסיכומים בכתב בנוגע לנושא שעליו לא הסכימו, ושלל בהסכמה את האפשרות לחקור עדים, על מנת שיכריע לפי סעיף 79א, ציין השופט בפנינו כי הוא מאמין בגישה שאם הצדדים רואים שיש מולם שופט סבלני "אז הם מורחים את הזמן", אבל אם השופט "תופס את ההליך בזמן" הצדדים מרגישים שיש להם זמן קצוב. לכן, כאשר הציע לצדדים לפסוק על פי סעיף 79א הראה להם כי כבר גיבש עמדה בתיק ולכן חבל על הזמן שלו ושלחם וכדאי לכל הצדדים לקצר את ההליך ע"י הכרעה על פי סעיף זה.

שופט אחר (בדימוס) התייחס בראיון בתשובה לשאלה אם הכרעה לפי סעיף 79א מבטאת פשרה (במובנה המקובל כמיצוע) באמירה:
לא, 79א זה לא פשרה, אלא דרך מהירה, זה שהצדדים מסכמים ואני מכתוב במקום.

אותו שופט התייחס לשימוש בסעיף ואמר:

אני מאוד אהבתי.. למרות שזה משהו איום ונורא.. אם אני הייתי המחוקק, לא הייתי מחוקק אותו. זה עוזר לי בפשרות, במלחמת ההישרדות זה כלי שעוזר לצוף.. מאוד מאוד לא טוב לדעתי, אין ברירה.

הוא התייחס בעיקר לאפשרות לא לנמק:

האפשרות לא לנמק, לדעתי בעייתית מכל הכיוונים. אני כשופט הרגשתי מאוד לא נוח לתת תוצאה בלי להסביר למה הגעתי[...] בטח אם התוצאה היא לא קונבציונלית. אבל אם אתה מנמק, זה לא הוגן לצדדים, כי אתה מנמק, כיצד עשית את הפשרה. זה גם לא הוגן לערכאת ערעור, הם לא יכולים לטעון לפשרה, זה נימוקים לפשרה, זה לא נימוקים של דיון. אז נוצר מצב שהוא לא נכון מבחינת הדין. אני חושב שזה [...] סעיף חוק שמזרים את כולם לאיזורי נוחות: לעורכי הדין נוח להגיד ללקוח, בסדר, לא אני הסכמתי, השופט החליט. זה מה שהשופט החליט, השופט נוח לו. אגב אני סיימתי ב – 79א תיקי ענק אם הייתי צריך לדון בהם לא הייתי יודע מה הייתי עושה, אז זה נוח.

מדברי שופט זה השתמע שהנמקה נדרשת מצד אחד, לצורך לגיטימציה של ההכרעה כמו בהכרעה משפטית, אך מצד אחר היא מעוררת בעיות כי הרי מדובר בהנמקה לפשרה שאינה הכרעה מלאה. היעדר הנמקה הופך את ההכרעה בדרך זו למעין קיצור דרך יוריסטי, או בלשון הכלכלה ההתנהגותית חשיבה אינטואיטיבית מהירה (חשיבה מס' 1) אשר חשופה לטעויות

ושונה מחשיבה אשר מלבנת באופן מנומק ודליברטיבי את הסוגיה המשפטית (חשיבה מס' 67).⁶⁷ בעיתיות זו מודגשת באמירה אחרת של שופט זה:

העניין של הנמקה, בעיני הדבר הכי חשוב בה, להבחין בזה למה [...] כי אנחנו הרבה פעמים [...] בהכרעה לפי תחושת בטן. ואחד האויבים הכי גדולים [...] לאורך השנים זה תחושות הבטן. הרבה דברים שאנחנו עושים לפי תחושת בטן, הם פשוט לא נכונים. כמה פעמים לי קרה שהייתי בטוח שהתוצאה היא א', וכשהלכתי לכתוב את פסק הדין, לא הצלחתי לכתוב אותו. כותב, כותב, כותב, לא מתקדם. כותב כותב כותב, עשרה עמודים לא מתקדם לשום מקום. עד שהופך את התוצאה יומיים אתה גומר. לפעמים אנחנו טועים. אנחנו מנציחים פה טעויות, הכל על מזבח היעילות. עכשיו אני לא חשוב כמי שלא דוגל ביעילות, אבל בשום אופן לא על חשבון הצדק [...] ולטעמי 79א [...] בסופו של דבר, זה הקרבה על מזבח [...] חוץ מזה אני מאוד אהבתי את 79 ותמיד סיפרתי לצדדים כמה זה חשוב וטוב.

בנוסף ציין את הציפיה של הצדדים למיצוע מול השימוש בסעיף ככלי הכרעה משפטי: והיה לי אפילו מקרה שהצדדים הסכימו ל-79א ואני לא הסכמתי. היה מקרה נדיר כי חשבתי שזה יהיה לא נכון. התוצאה כמו שחשבתי [ש]צריכה להיות היא מאוד קיצונית לאחד הצדדים, וב-79א הם לא יודעים את זה [...] אני לא יכול להגיד להם את זה עכשיו [...] וב-79א זה הייתי צריך להתפשר, כי חשבתי שזה לא נכון.

שופטת אחרת ציינה כי הנמקה של כמחצית העמוד כאשר היא משתמשת בסעיף 79א דווקא מחזקת את הלגיטימיות של השימוש בו ואת אמון הצדדים, אך הוסיפה כי זכתה לביקורת משופטים על גישתה זו –

ברגע שאתה מנמק, אתה [...] לא צריך הרבה, אפילו חצי עמוד, הצדדים יודעים למה הגעת לתוצאה, הם נותנים לך סמכויות על פי 79א הרבה יותר בקלות [...] זה משהו פסיכולוגי, בדיוק. זה היה יותר באלמנט הפסיכולוגי, אתם יודעים בדיוק למה הגעתי לתוצאה הזאת בחצי עמוד, באמת זה לא לקח לי יותר מחצי עמוד.

מספר שופטים הצביעו על הסכנות שבשימוש בסעיף 79א להכרעות חותכות מסוג ניצחון או הפסד מלא, כמו למשל שופטת שציינה כי מדובר בכלי עדין אשר יש לדאוג לשימוש בו באופן שאינו חורג ממה ששוקף לצדדים במהלך הדיון באולם:

אתה לא יכול להתפרע. אתה יכול להגיד "תשמע, התביעה שלך היא מאוד בעייתית, בוא נעשה 79א", ואז אולי נגיד מתוך ה-3 מיליון לתת לו 2 וחצי. הנתבע שחשב שהוא הולך הביתה עם גרוש וחצי, בעצם [...] חוטף את כמעט מלוא סכום התביעה. זה לא הגון [...] מה שאני אומרת, מנסה להסביר הוא שה-79א צריך להתכתב עם מה שהיה, מה ששיקפת לצדדים. זאת אומרת את לא יכולה להוציא צד הביתה בתחושה שיש לו בכיס כמעט את מלוא סכום התביעה, ולגמור אתו ב-10%, והפוך. וזה בעיניי לא הגון. אז הוא לא יודע

Rachlinski, Jeffrey J. *Processing pleadings and the psychology of prejudgments* 60 ⁶⁷ DEPAUL L. REV. 413 (2010).

מאיפה זה בא לו, וזה לא מנומק [...] ולא יכול לעשות עם זה שום דבר. חוץ מזה שהוא יותר לא יסכים ל-79א בחיים.

שופטת אחרת ציינה שנמנעת מלהציע סעיף זה כאשר צדדים לא מיוצגים. שופט אחר התייחס לנושא זה באופן הבא:

נניח שהצדדים, בינם לבין עצמם, אמרו שהסכסוך, או השווי, שהם מדברים, והם חיים את הנושא, זה בין עשר לעשרים [...] הם לא אומרים לשופט בכמה. הם לא אומרים לו, מקסימום מינימום. והוא בא, ופוסק שלושים, או פוסק שתיים [...] הצדדים הייתה להם, היה להם לוח מטרה, ואני יריתי מחוץ למטרה.

שופט נוסף, שהיה חריג מבין המרואיינים קרא לשימוש בסעיף אך ורק במצבים של אי וודאות משפטית:

לעיתים בית משפט מתלבט, ולמה ההתלבטות שלו? בגלל שהוא רואה שצד אחד באמת אחראי אבל גם הצד האחר תרם למה שקרה. זה יכול להיות מבחינה עובדתית, אבל יכול להיות שגם הדין הוא לא ברור. אז השופט אומר לעצמו, הדין לא ברור, אז אני אדחוף את הצדדים לפשרה. [...] השופט מתקשה להכריע, ואז אם הוא מתקשה להכריע, בגלל שמצב הדין לא ברור אז הוא אומר עדיף לי [לפסוק על דרך פשרה] ועדיף לצדדים. לצדדים מדוע בגלל התנהלות רציונלית. יש סיכויים וסיכונים. יש סיכון גדול, אם בית המשפט יכריע למעט באותן סיטואציות כמו אשם תורם, שהדין עצמו הוא מעין פשרה אז בית המשפט יכריע, ההכרעה שלו תהיה בינארית. הכל או לא כלום. עדיף לבעלי הדין, זו גם צריכה להיות המחשבה שלהם מבחינת התנהלות רציונלית, להגיע לסוג של פשרה, בין אם 79א או פשרה בעצמה או דרך גישור.

מאוסף הראיונות לעיל ניתן ללמוד כי שופטים בעיקרו של דבר רואים בפסק דין לפי 79א כלי יעיל אשר טומן בחובו סכנות אך בעל חשיבות מעשית. הנטיה הרווחת יותר (הדומה לתפיסת אגיאפוליס) היא התייחסות אליו ככלי משפטי אשר שואף לתוצאה דומה לפסק דין ולא דווקא ככלי מיצוע. חלק מהדעות בראיונות מטילות ספק בהלימה של הליך זה לעקרונות של צדק ולחיפוש האמת המשפטית. בניגוד לממצאים הכמותיים המצביעים על דמיון בתוצאות סיומי תיקים לפי 79א ובפסקי דין, שופטים בראיונות תופסים את ההליכים המובילים לסיומים אלה כשונים באופן מהותי זה מזה. הפרק הבא מציע שימושים נוספים לפסק דין לפי 79א, מעבר לכלי לחיזוי הדין, באמצעות עיון תיאורטי שיעיג את המתחים, השיקולים והבניית שיקול הדעת בהכרעה על דרך פשרה.

ג. עיון תיאורטי והצגת המתחים: פסק דין על דרך הפשרה – פסק דין או פשרה?

פרק זה מוקדש לניתוח תיאורטי של הליך פסק דין על דרך הפשרה. נעמוד על הייחוד שבהליך זה בהשוואה לשאר ההליכים המקדמיים והדרכים ליישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות, ונציע מודל תיאורטי של הבניית שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה בהשראת, בין השאר, הדין העברי שעיצב הפשרה כהליך היברידי מובנה וייחודי של "משפט שלום". נציג את המתחים המרכזיים שיש בהליך זה: שפיטה לעומת יישוב סכסוכים בדרכים

אלטרנטיביות, הכרעה של שופט בעל סמכות בפסק דין לעומת שיתוף והסכמה של בעלי הדין הנדרש בהליכי יישוב סכסוכים, הכרעה דיכוטומית ("הכל או לא כלום") לעומת פשרה ("חלוקת העוגה").

1. שילוב בין שפיטה לפשרה

מהזווית של עולם המשפט, הליך השפיטה הוא בעיקרו דרך קבלת החלטות המתבססת על הצגת טיעון מנומק בידי צדדים העומדים בפני צד שלישי.⁶⁸ שפיטה אינה מתקיימת כאשר מדובר בשיפוט אסתטי, בהגרלה או בהטלת מטבע,⁶⁹ והיא מבוססת על הכרעה רציונלית, ובאופן כללי יוצרת אינטגרציה בין טיעוני הצדדים ונימוקיהם ומספקת סיבה עצמאית וסמכותית לפעולה.⁷⁰ שפיטה, אם כן, היא אמצעי הנותן ביטוי פורמלי ומוסדי להשפעה של הרציונליות בעניינים אנושיים.⁷¹ כאשר השפיטה מתבצעת בתוך המשפחה או במסגרת פרטית כמו בוררות היא מבטאת הכרעה רציונלית מבוססת על עקרונות מוסכמים. כאשר היא נעשית בבתי המשפט היא מיישמת את "שלטון החוק" ומבטאת את אותם כללים ואינטרסים ציבוריים אשר נקבעו על ידי המחוקק.⁷² בשיטת משפט מודרנית מפותחת, על פי וובר (Weber), מנגנון קבלת ההחלטות המשוכלל ביותר מבטא "רציונליות פורמלית", אשר במסגרתה לכל סיטואציה משפטית מוכן כלל מתאים אשר ניתן להחלה עליה.⁷³ תפקיד השופט הוא למיין את הסכסוכים המשפטיים ולהתאימם לכללים המשפטיים ההולמים אותם. הפשרה המשפטית אין לה מקום בהקשר זה שכן אין היא שייכת לעולם של הכרעות רציונליות חותכות. יחד עם זאת היא עשויה להתאים לתפיסות משפט המאתגרות את הפורמליזם של וובר, כפי שיפורט בסעיף 4 בהמשך.

מהזווית של עולם משא ומתן ויישוב סכסוכים, הליך הפשרה משקף ברוב המצבים הסכמה בין שני צדדים בעלי רצונות מנוגדים, אשר בהעדר אפשרות למלא את כל תאוותם, מגיעים לפתרון שרירותי המבטא את יחסי הכוחות ביניהם, ואשר בוחר בנקודה אחת במרווח המכונה תחום הפשרה (Zone of Possible Agreement – ZOPA).⁷⁴ מתחם זה מייצג את הפער בין שני "המחירים האחרונים" אשר כל צד מהם מוכן לשלם.⁷⁵ החתירה לפשרה איננה מבטאת בדרך כלל אסטרטגיה קוהרנטית או עקרון על, והיא תוצר של משא ומתן תחרותי שבו כל צד מציע הצעות קיצוניות ומתקיים תהליך המכונה בספרות "ריקוד המשא ומתן" עד להתכנסות לנקודה מוסכמת. בתחום המשא ומתן נהוג להבחין בין סגנונות משא

⁶⁸ Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. (1978) 353.

⁶⁹ Fuller, שם, בעמ' 356.

⁷⁰ RAZ, JOSEPH., THE AUTHORITY OF LAW: הסמכות בהגדרת המשפט ראו: ESSAYS ON LAW AND MORALITY (Oxford University Press, 2009).

⁷¹ ראו Fuller, לעיל ה"ש 68, בעמ' 366.

⁷² ראו דיון במשמעות מוסד השפיטה וביחס בינו לבין הגישור אצל מיכל אלברשטין *תורת הגישור* (הוצאת מאגנס ואוניברסיטת חיפה, 2007), פרק שני. (להלן: "תורת הגישור")

⁷³ Max Rheinstein, *Introduction to Max Weber, LAW IN ECONOMY AND SOCIETY* (1954)

⁷⁴ לתיאור של עקרונות המשא ומתן התחרותי והנחות היסוד שלו ראו ROY J. LEWICKI, BRUCE BARRY AND DAVID SAUNDERS, *NEGOTIATION*, 6th edition, 32-70 (McGraw-Hill, 2010).

⁷⁵ Lewicki, שם, בעמ' 35-36.

ומתן שונים וביחס בין האני והאחר מבחינים בין ויתור, הימנעות, תחרות ופתרון בעיות. בתוך מסגרת זו לפשרנים אין אסטרטגיה סדורה. במרחב המפגש בין האני והאחר במשא ומתן, הפשרה איננה תחרות מלאה שכן אין היחיד שואף למקסם את האינטרסים שלו בלבד בלי לראות את האחר, ואף אינה ויתור מלא שכן מחשיב הוא את האינטרסים שלו; אין היא הימנעות שבה הצדדים לסכסוך אינם בעלי מוטיבציה להתמודד עמו כלל, אבל גם רחוקה היא מאוד מהגישור ופתרון הבעיות שהן אסטרטגיות שיתופיות במסגרתן הצדדים פועלים ביחד תוך שאיפה למקסום היחס בין האני לאחר. הפשרה היא אסטרטגיית משא ומתן לא מגובשת, כפי שבמשפט היא דרך הכרעה לא קונבנציונאלית, ובכל זאת במציאות, רבות הפשרות על הגישורים, ובמידה רבה, כפי שראינו בפרק הקודם, הן אלה שמשקפות את המציאות המשפטית והחברתית גם יחד.

דברים אלו נכונים ביחס להליכי הפשרה בכללותם, אך ככל שהדברים נוגעים בהליך הפשרה המסוים שבו עוסק מאמרנו זה – מקום בו הצדדים מסמיכים שופט לפסוק "על דרך הפשרה" – הרי שמחריף המתח המובנה בין "הפשרה" ובין "פסק דין". "פשרה" ביסודה היא דרך (לא סדורה) ליישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות. ואולם ההליך השיפוטי של הכרעה בדרך פשרה המסתיים ב"פסק דין", שהוא הביטוי המובהק ביותר של מעשה השפיטה, מדובר בהכרעה חד צדדית בידי שופט בבית המשפט מבלי שהצדדים מסכימים לתוצאתה הסופית, אשר במידה רבה דומה לפסק דין הניתן בהליך בוררות. בהתבסס על הדין לעיל והנתונים האמפיריים שהובאו בו ניתן לומר כי הכרעה על פי סעיף 79א אינה פשרה במובן התהליכי של אסטרטגיה לא מגובשת מהזווית של ישוב סכסוכים, אלא הסכמה על הליך דמוי בוררות שתוצאתו אף אינה פשרה במובן תוצאת ביניים של מיצוע בין טענות הצדדים. קידום דרך הכרעה זו מעלה בעיקרון אותם קשיי מסגור מזווית של שפיטה וישוב סכסוכים אשר הועלו לעיל, אך מתווספת אליהם פרקטיקה שגורה שעיקרה שיקוף ההכרעה המשפטית הצפויה בין הצדדים ולא דווקא מיצוע ביניהם. בשולי עמדות השופטים בראיונות נשמעת הסתייגות מפרקטיקה זו, מהזווית המשפטית, בקריאה להשתמש בסעיף רק במצבים של אי וודאות משפטית, ומהזווית של אמון הצדדים ומצב הסכסוך, בקריאה לשמור על הלימה בין המסר הניתן לצדדים באולם על ידי השופטים ובין ההכרעה. שימוש בסעיף לעודד ישוב סכסוכים במובנו הרחב יותר אינו רווח בשטח.

השילוב בין שפיטה ופשרה יוצר, אם כן, באופן מושגי עירוב קשה להכלה בין ציבורי ופרטי, סדר ושרירותיות, הכרעה ומיצוע, רציונליות וכוח. באופן מעשי הוא נסחף להידמות להכרעה כפסק דין ולשמש לסיום מהיר של תיקים. אין פלא שכסעיף המאחד את שתי דרכי ההכרעה לכדי פעולת הכרעה אחת זוכה הוא לעניין רב, ודווקא בשל היותו יצור כלאיים עמום, מושך הוא אליו רבות מההכרעות השיפוטיות.

2. דיון השוואתי בהליכים מקדמיים

חקר דרכים שונות ליישוב סכסוכים והתמקדות בהם כמושא עניין אקדמי אפיינ את תנועת ADR מראשית הקמתה.⁷⁶ אחד מהדגשים של תנועת ה-ADR היה מתן תשומת לב להליך, וההכרה בכך שבחירת הפורום המתאים לטיפול בסכסוך המשפטי היא משמעותית ביותר

⁷⁶ ראו תורת הגישור, לעיל ה"ש 72, פרק שלישי.

לצורך מתן מענה מהותי לבעיות שונות מהן סובלת מערכת המשפט, ביניהן בעיית העומס.⁷⁷ להתאמת הפרוצדורה לסכסוך יש חשיבות רבה גם בתחום ניהול סכסוכים משפטיים במסגרת בתי משפט ציבוריים. אנשי ADR הציעו פרוצדורות חלופיות ממוסדות לשפיטה כדרך לייעל מתן שירותים משפטיים על ידי מערכת המשפט הציבורית ולמעשה קראו להפיכת בית המשפט למרכז ליישוב סכסוכים שבו מוצעים הליכי יישוב סכסוכים מותאמים לאופיו של הסכסוך. במסגרת חלופות אלה המתקיימות בבית המשפט החדש, מצוי הגישור, המבוסס על הבאת הצדדים להסכמה בידי צד שלישי. מתקיימת גם הבוררות, כהליך שפיטה פרטי אשר במסגרתו צד שלישי הנבחר על ידי הצדדים מכריע ביניהם בהתאם להסכם הבוררות הנחתם ביניהם. כמו כן מתקיימים הליכים נוספים כמו הערכה מוקדמת של מומחה נייטרלי (Early Neutral Evaluation – ENE), משפט מדמה מושבעים (Summary jury trial), גישור-בוררות (med-arb), בוררות-גישור (arb-med), ועוד תרכובות ופרוצדורות שונות המתאימות את ההליכים הבסיסיים – גישור ובוררות – להקשרים המשפטיים הספציפיים שבהם מדובר.⁷⁸

מגמתה של תנועת ה-ADR להסדיר את הנעשה במסדרונות בתי המשפט, ולהכשיר מקצוענים שתפקידם לנהל סכסוכים בדרך מובנית השונה מדרך ההכרעה המשפטית באה לידי ביטוי בכניסתם של הגישור, הפשרה הבוררות והליכי ה-ADR השונים למערכת המשפט הישראלית (בסעיפים 79א-ד לחוק בתי המשפט). כניסה זו זכתה לתהודה רבה בתרבות הפופולארית ובכתבי המשפטית,⁷⁹ אך כפי שמראים הנתונים שהובאו בפרק הקודם, במציאות המשפטית בפועל, נראה שדווקא החתירה הלא מובנית לפשרה, ובמסגרתה סעיף 79א, בגרסתו המגושמת והבלתי ברורה מבחינת ההליך שהוא מציע, הפכה להיות לכלי מרכזי לקידום סיומם של תיקים. התערבויות בסכסוכים משפטיים בדרך מובנית של ADR כאשר הגישור החלופי המרכזי, כפי שהם באים לידי ביטוי בפרוייקט המהור"ת ובהפניות לגישור, הפכו לאפיק צדדי ושולי. אחוז ההצלחה של התערבויות אלה לסיום תיקים בגישור לא בא לידי ביטוי באופן משמעותי מאוד בהתייחס לנתונים על כלל התיקים כפי שציינו לעיל ביחס לתקופה אותה בחנו.⁸⁰ אחד הטעונונים המרכזיים שלנו במאמר הוא כי ראוי לשקול

⁷⁷ Frank E.A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 111 (1976)

⁷⁸ לסקירת ריבוי ההליכים בהם משתמשים שופטים ליישוב סכסוכים גם בתוך אולם המשפט ראו מיכל אלברשטיין "יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת משפט מעבר למחלוקת" **דין ודברים** יא 17 (2018).

⁷⁹ ראו המגמה להרחבת היקף ההפניה לפגישות מהור"ת ולפגישות מקדמיות בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות. תקנות סדר הדין האזרחי התשע"ט 2018. אהרון ברק, "על הגישור", **בהסכמה** 1 (2001) 4; אלרואי, יורם and Alroy. 1992. יישוב סכסוכים - אפשר גם אחרת **המשפט: כתב-עת לענייני משפט** -50: 40-47, 1, 1992. 51, בקנשטיין, עדנה. 1998 בדרך אחרת (בית משפט השלום בתל-אביב הגדול בארץ). **הגלימה: בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין**. 1998. 5-7, 19.

שילה, אילן ש. 1998 על יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות וייעול הדין הרשות השופטת: **עלון השופטים בישראל**. 1998. 27: 54-64, מירוני, מרדכי. 1999 גישור ו-ADR - שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט הרשות השופטת: **עלון השופטים בישראל**. 1999. 29: 32-42, ; מזרחי, אמיר. 2000 גישור ופישור כתפיסת חשיבה נכונה בעידן החדש **דין ואומר: בטאון לשכת עורכי הדין, חיפה והצפון**. 2000. 11: 8-10,

⁸⁰ בתקופה אותה בחנו שנים 2010–2011 היו נתונים על מעט תיקים שהסתיימו בגישור, והנתונים הנוספים שיש בידינו הם מדיווחים של הנהלת בתי המשפט על התיקים המופנים לתכנית המהור"ת. ייתכן שלנוכח הרחבת הפרוייקט לתיקים שמעל 40000 נע לפי התקנות החדשות תהיה השפעה יותר משמעותית להליך זה.

הסדרה מחדש של הפעלת סעיף 79א, תוך שילוב עקרונות ADR ועקרונות של הליך שיפוטי בבית משפט, והבנייתו בהתאם למסגרות חלופיות אשר הצדדים יוכלו לבחור ביניהן. זאת, נוכח הפופולריות הגבוהה יחסית של סעיף 79א; נוכח עמימותו והשימוש התכוף בו, ללא שקיימים חוקים ספציפיים ו/או תקנות משנה המסדירות באופן מפורט את הליכי הפשרה (כפי שיש למשל לגבי בוררות ולגבי גישור); וכן נוכח הקושי לערער על פסק דין שניתן במסגרת סעיף זה. ללא הבנייה שכזאת נוצר פער בין "מהפכת הגישור" וסיסמאות התמיכה בדרכים חלופיות למציאות בפועל של קידום יעיל של סגירת תיקים. השימוש בסעיף 79א עשוי להיתפס על ידי הצדדים במידה רבה כשרירותי ולכך יש משמעות מבחינת אמון הציבור. ההתמודדות עם תפיסה זו היא צעד חשוב על מנת לקדם אפקטיביות והסדרה מיטבית של סכסוכים משפטיים. בעוד שהליכי הבוררות והגישור מוסדרים בחקיקה, גם אם חלקית,⁸¹ הרי שדווקא הפשרה אינה מוסדרת ועל כן יש חשיבות גבוהה למילוי חלל זה. טענתנו תהיה, והיא תפורט בהרחבה להלן בפרק ד', כי ניתן לשלב עקרונות הסדרה השאובים מהליכי ADR וכן מתפיסות צדק מורכבות במסגרת חלופות שונות אשר יוצבו בפני הצדדים המצויים ובפני השופט המכוון לפשרה.

3. קשיים הנובעים מקיומו של הליך פשרה בידי שופט

המתנגדים הראשונים לתנועת ה-ADR לא הבחינו בין פשרה בתוך אולם בית המשפט, ובין גישור או בוררות. במאמרו המפורסם של אוון פיס "נגד פשרה" יוצא הוא למעשה נגד עידוד פשרות בכלל ותנועת ה-ADR בפרט ומציג אותה כמסוכנת בהיותה מפריטה את הצדק, ובכך שהיא הופכת סכסוכים ערכיים שיש ביכולתם להבהיר ערכים חוקתיים לסכסוכי שכנים.⁸² אכן, כפי שהראתה רזניק, קיימים קשיים ניכרים בהפעלה של דרכים אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים בידי שופטים בתוך מערכת המשפט,⁸³ שכן יש פער בין המתודות המקובלות ביישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות מחוץ לכותלי בית המשפט (דגש על הסכמת הצדדים, מתודה טיפולית, שיפור הקומוניקציה, שיח אינטרסים ולא עמדות וזכויות, ניהול הסכסוך ולא הכרעה בו וכו') לעומת השיח המשפטי הרגיל הנעשה בידי בית המשפט (שיח של זכויות משפטיות, צדק ומשפט מהותי, פסיקה המכריעה בסכסוך).

ואולם פיס ורזניק התעלמו מכך שגם אם טמונות סכנות בהליכים כמו גישור או בוררות, אלה דווקא מסוגלים, בהיותם סדורים ומובנים, להתמודד עם בעיות כמו פערי כוח וערכים ציבוריים. דווקא ההליכים הלא מדוברים, אשר אין הוראות כיצד לנהלם, אלה המתבצעים על ידי השופטים באולם או בלשכה, או הבאים לידי ביטוי בלחץ המופעל על הצדדים, הם המבטאים ביתר שאת את הסכנות שבפשרה. הפשרה במובנים של פיס היא ההיעדר המוחלט של הצדק, אשר במקומו פועלים הכוח והשרירותיות. מסירת "כוח הפשרה" בידי השופט מגשימה בהקשר זה את החרדה הגדולה ביותר של אנשי משפט ציבורי כמו פיס ורזניק. היא

⁸¹ ראו לעיל ה"ש 11, 12.

⁸² Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L. J. 1073 (1984)

⁸³ כפי שעמדה בהרחבה Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211 (1995).

המקום שבו המשפט חדל להיראות כחיפוש אחר הטוב הציבורי וליבון הערכים המשותפים לחברה.⁸⁴

המתח המובנה הכרוך בהפעלת הפשרה כהליך ליישוב סכסוכים בדרך אלטרנטיבית בידי שופט הפועל בזירת בית המשפט⁸⁵ אינו חריף כאשר מדובר בפשרה שהצדדים הגיעו אליה מחוץ לכותלי בית המשפט והשופט רק מאשר (דרך א), שהרי כאן תכלית פעולתו של השופט הוא טכני בעיקרו – מתן תוקף של פסק דין להסדר שאליו הגיעו הצדדים. כאשר מדובר בשופט המתווך-מגשר בין הצדדים ומציע להם פשרה שהם צריכים להסכים אליה (דרך ב), ובסופו של דבר היא מוכתבת לפרוטוקול בית המשפט, הפער הנ"ל אמנם קיים, שהרי יש חשש שהוא ילחץ עליהם להגיע לפשרה ו/או הם יחששו לסרב להצעתו ותהיה פגיעה ביסוד ההסכמיות. אך גם בדרך ב המתח אינו חריף יתר על המידה, שכן סוף כל סוף הצדדים צריכים להסכים לפרטי הצעת הפשרה של השופט.

ואולם הבעיה הולכת ומחריפה כאשר לצדדים לא ניתנת אפילו אפשרות השליטה בתוכן ההכרעה, והם מעבירים לשופט גם את הסמכות לקבוע את תוכן הסכמתם, כפי שהדבר נעשה כאשר הם מסמיכים השופט לפסוק בדרך של פשרה (דרך ג). כאן השופט פוסק ומכריע בסכסוך, אך לא אחת אין מדובר בשפיטה של ממש, שאמורה להיות מבוססת על טיעונים והכרעה רציונלית בהכרח, ומצד שני גם אין מדובר בהסכמה, מאחר שהצדדים מסכימים להכרעה ללא שהם יודעים את תוכנה, שהרי אין הם צריכים שוב להביע את הסכמתם לפרטי פסק הדין הסופי. לא מתקיים כאן יסוד חשוב בכינון הסמכות המשפטית שהוא המומחיות.⁸⁶ זאת ועוד: אף במקום, שבו השופט מבסס הכרעתו – במידה כזו או אחרת – על אותם ערכים של צדק, משפט מהותי, קביעת נורמות והכוונת התנהגות שעומדים לרגל עיני המערכת המשפטית, הרי פסק הדין מבוסס גם על שיקולים אחרים היפים לפשרה. אך מהם אותם שיקולים אחרים? מה הזיקה שלהם לדין המהותי? מהם הקריטריונים על פיהם מגיע השופט להכרעה ובאיזה מידה עליו לשלב בפסק דינו השיקולים השונים? על שאלות אלו אין תשובה ברורה לסעיף 79א ולפסיקה. פסק דין **אגיאפוליס** והפרקטיקה העולה מהמצאיים אמפיריים מראים כי הבחירה בפועל היא בהכרעה על פי דין בהתבסס על חיזוי המצב המשפטי ואין שוני משמעותי סטטיסטי מתוצאה של פסק דין כאשר נעשה שימוש בסעיף 79א. במצב זה מתקיים תהליך הכרעה אשר אינו שקוף עבור הצדדים, הקריטריונים שלפיהם מתבצעת ההכרעה אינם ברורים, והעדר ההנמקה בנוסף לשלילת אפשרות הערעור יוצרים חוויה של הליך שאינו הולם את הגדרתו. אכן, האופן בו מתנהל כיום ההליך של פסק דין על דרך הפשרה מצדיק במידה לא מועטה את הביקורת שנמתחה על הליך זה ועל מודל פתרון הסכסוכים בפרט.⁸⁷ כך, למשל, יש מי שמאייין מודל זה בכך שלתוכנם של הכללים

David Luban, *Settlements and The Erosion of The Public Realm* 83 GEO. L.J. 2619 ⁸⁴ (1995).

⁸⁵ וכבר הצביע יששכר רוזן-צבי "ביזור מערכת השפיטה בישראל: התפקיד הנסתר של סדרי הדין" **משפטים** 717, 741-736 (תשע"ח), על המעבר משיפוט לניהול תיקים (בדגש על פשרה לפי סעיף 79א) כתמורה האידיאולוגית המרכזית שעברה על מערכת השפיטה הישראלית במפנה המאה העשרים ואחת. ⁸⁶ להצגת המומחיות כבסיס לכינון הסמכות המשפטית ראו Raz, לעיל ה"ש 70.

⁸⁷ לתיאור מודל זה ראו Kenneth E. Scott, *Two Models of the Civil Process*, 27 STAN. L. REV. 937 (1975) 117-115 **ההליך האזרחי** (2015).

שבאמצעותם מיושבים סכסוכים אין חשיבות מיוחדת.⁸⁸ ואמנם בעייתיות זו בוודאי קיימת במתכונת הנוכחית של פסק דין על דרך הפשרה, שבה כאמור לא מוסדרים הכללים והשיקולים לפיהם פוסק השופט על דרך הפשרה.

על אף הבעייתיות המתוארת כאן, עמדתנו היא כי בשלב בו הצדדים נכשלו במשא ומתן מחוץ לבית המשפט, ייתכן שהופנו לגישור ולא הגיעו להסכמה, הגיעו לבית משפט ולא קבלו הצעת פשרה של השופט, ניתן שוב להציב בפניהם מחדש דרכי הכרעה אלטרנטיביות שינוהלו על ידי השופט, אם יבחרו בנתיב של סעיף 79א, ובלבד שהדבר ייעשה באופן מוסדר ומובנה לפי צורות ההכרעה השונות שיוצעו להלן בפרק ד'. כך תתבצע ההבאה לפשרה באופן מבוקר ומוסדר יותר מהדרך בה מתקיים הליך זה כיום. ההסכמה של הצדדים לצורה ספציפית של הכרעה בדרך הפשרה תפטור את הביקורות על התערבות יתר או פגיעה באוטונומיה, והצדדים יוכלו לקבל בבית המשפט שירותים מתקדמים יותר של פתרון סכסוכים.

4. פסק דין של פשרה כאלטרנטיבה לתפיסה הדיכוטומית של הכל או לא כלום

פסק דין על דרך פשרה מעורר עניין רב לא רק בקרב אנשי תנועת ה-ADR אלא אף בקרב אלו שביקשו לראות בדרך הכרעה זו,⁸⁹ כדרך הכרעה שיפוטית ראויה וצודקת יותר, מבחינה נורמטיבית, מאשר דרך ההכרעה הדיכוטומית הנוהגת – שיטת "הכל או לא כלום" או "המנצח לוקח הכל". טיעונים אלה מקשרים את הפשרה לקבלת החלטות מותאמת ומדויקת יותר בעולם שבו הכרעות חד משמעיות דיכוטומיות אינן אפשריות תמיד, בין השאר בשל העמימות של הכללים המשפטיים, הקושי בגיבוש אובייקטיבי של ממצאים עובדתיים ועוד טענות ביקורתיות שונות.⁹⁰

יש הרואים בפסק דין על דרך פשרה כמבטא Solomonic Justice,⁹¹ ויש שדיברו על Compromise as Precise Justice, כטענתו של ג'ון קונס.⁹² לפי גישה זו, ישנם מקרים

⁸⁸ Scott, שם; רוזן-צבי, שם, עמ' 116 מוסיף ומבהיר "יש כמובן חשיבות לכך שהצדדים יתפסו את ההליך כהוגן, על מנת שיסכימו להתדיין במסגרת בתי המשפט הציבוריים ויקבלו על עצמם את תוצאו ההליך. ואולם, פרוט לדרישה מצומצמת זו של "הוגנות", שיכולה להתפרש בדרכים רבות ומגוונות, לתכנס הקונקרטי של הכללים יש חשיבות מועטה". לביקורת על מודל פתרון הסכסוכים ראו רוזן-צבי, שם, עמ' 122-123.

⁸⁹ על פי מודל זה ההתדיינות נעשית בידי שופט-בורר החותר ליישב הסכסוך באמצעות גיבוש החלטה שיפוטית המבוססים על "compromise considerations". ראו

Martin P. Golding, *The Nature of Compromise: A Preliminary Inquiry*, in *Ethics, LAW, AND POLITICS - NOMOS XXI* 4, 20-22 (J Roland Pennock & John W Chapman eds., 1979).

⁹⁰ בהקשר זה יש לציין לטענתם של אנשי הריאליזם המשפטי ובעלי גישה ביקורתית לפיה קשה להגדיר בצורה אובייקטיבית מהבחינה המשפטית עובדות, וששופטים סובלים מהטיות שונות הגורמות לכך שהם קובעים את התשתית העובדתית בצורה חלקית וסובייקטיבית. ראו Jerome Frank, *Say it with Music*, 61 HARV. L. REV. 921, 923-24 (1948). Cf. Hanoach Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 U. TORONTO L.J. 607, 612-19 (2007)

⁹¹ J. Jaconelli, *Solomonic Justice and Common Law*, 12 Oxf. J. Leg Stud. 480 (1992).
⁹² J.E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise – The uses of Doubt and Reason*, 58 Nw. U. L. Rev. 750 (1964); J. E. Coons, *Compromise as Precise Justice*, 68 Calif. L. Rev. 250 (1980).

בהם פסיקה על פי הדין המהותי תביא לתוצאה שאינה ראויה ותהא זו *חובתו* של השופט לפסוק על דרך פשרה.⁹³ יש מקרים, בעיקר כאשר יש ספק ועמימות ביחס ליישום החוק והעובדות במקרה הנידון, שבהם משיקולי צדק ומדיניות מן הראוי לנקוט בתוצאה של פשרה המחלקת העוגה בין הצדדים.⁹⁴ במקרים אלו ניתן לומר שלבעל הדין עצמו זכות שיפסקו בעניינו על דרך פשרה, שהרי זהו הפיתרון המשפטי הראוי, כדברי ג'קונלי שמדובר ב – "not with compromise of one's legal right, but rather with compromise as being one's legal right"⁹⁵.

חסידי ההכרעה הדיכוטומית הנוהגת אותגרו בידי דרך ההכרעה האלטרנטיבית – דרך הפשרה, אך הם שללו אותה מסיבות שונות, חלקן משכנועות למדי.⁹⁶ למעשה, גם מבין אלו המצדדים בדרך הפשרה יש כאלו שאינם רואים בה כדרך הראויה בכל מצב, אלא מציעים את אופציית פסיקת הפשרה בצד הפסיקה הדיכוטומית. כמענה לביקורת שהועלתה כנגד דרך ההכרעה של פשרה, הציע אברמוביץ' שיטה מעניינת ומתונה יחסית של "system of mixed verdicts המבקשת ליהנות מהיתרונות היחסיים של כל אחת משתי שיטות ההכרעה במצבים שונים.⁹⁷ לפי הצעתו יש לבחור בשיטה הדיכוטומית כאשר אין ספק ביחס לסיכויי התובע לזכות בתביעה או להפסידה, דהיינו שרף ההסתברות גבוה (כשגירסת צד אחד עדיפה על גירסת השני באופן משמעותי), ואילו כאשר סיכויי הזכיה של התובע אינם ברורים או קרובים להיות שקולים אז יש לבחור דווקא בשיטת הפשרה. אף כותבים אחרים שדגלו בשיטת פשרה הציעו אותה במצבים של שקילות ראייתית או דגלו במשטר של אחריות פרופורציונלית בתביעות נזיקין בהתבסס על הסתברות סיבתית,⁹⁸ וכן באחריות על פי הסתברות במצבים של סיבתיות עמומה.⁹⁹

אחת הבעיות המרכזיות בהצעתם של קונס ואחרים היא שמדובר בפשרה שבית המשפט *קופה* על הצדדים. עצם פסיקת הפשרה בידי בית המשפט במתכונת שהוצעה בידי קונס קשה להצדקה, כפי שהראו מתנגדי הצעתו, ועל אחת כמה וכמה כאשר הדבר נעשה בעל כרחם של הצדדים. שופט הכופה על צדדים פשרה פוגע בהכרח בזכויותיו של אחד מבעלי הדין שטענתו צודקת על פי הדין, והוא נאלץ לוותר על חלק ממה שמגיע לו במצוות השופט הכופה על הפשרה. אכן ייתכן מצב שבו השופט יכריז בפסק הדין על מורכבות גבוהה יותר של הדין הנדרשת במקרים מסויימים, כמו למשל במקרה של סיבתיות עמומה, ויקרא לשינוי חקיקתי מבלי להחיל במקרה שלפניו את הדין החדש.¹⁰⁰ לפי תפיסה זו ניתן, אם בכלל, להצדיק פסיקה כפשרה רק במקום בו כפות המאזניים הראייתיות ו/או ההסתברותיות מאוזנות ואין הפסיקה

⁹³ Coons, Precise Justice, שם

⁹⁴ גולדינג, לעיל ה"ש 89, 21.

⁹⁵ Jaconelli, לעיל ה"ש 91, 485.

⁹⁶ Francis A. Allen et al., *Comments, Approaches to Court Imposed Compromise—The Uses of Doubt and Reason*, 58 NW U L. Rev. 795 (1963-1964).

⁹⁷ M. Abramowicz, *A Compromise Approach to Compromise Verdicts*, 89 Calif. L. Rev. 231 (2001).

⁹⁸ J. Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages based on Probability*, 67 N.C.L. Rev. 231 (1989).

⁹⁹ קונס, *Approaches*, לעיל ה"ש 92, 754-753.

¹⁰⁰ ברוח דבריו של השופט גרוניס בפרשת *עדן מלול* לעיל ה"ש 47.

לצד אחד עדיפה על פני פסיקה לצד האחר. אך קשה הרבה יותר להצדיק פסיקת פשרה במקרים אחרים.

במקום אחר הצענו כי קל הרבה יותר להצדיק פסקי דין של פשרה כאשר הללו ניתנים בידי השופט מכח הסכמתם הראשונית של הצדדים שמסמיכים את השופט לשמש כבורר וליתן פסק דין על דרך פשרה.¹⁰¹ במקרים כאלו מודעים הצדדים לכך שהם יכולים היו לקבל פסק דין על דרך ההכרעה הדיכוטומית הנהוגה ואף על פי כן הם בוחרים ליתן לשופט-בורר לפסוק על דרך הפשרה. בכך הם בוחרים מרצונם ליהנות מהיתרונות הרבים של הפשרה כדרך הכרעה נורמטיבית העדיפה לא אחת על דרך ההכרעה הדיכוטומית לא רק במקרים של שקילות ראייתית, אלא מסיבות מגוונות נוספות. נסיון להתגבר על הקשיים הכרוכים בהכרעות דיכוטומיות המבוססות על כללים קשיחים של הדין המהותי אינו יכול להיעשות, לטעמנו, באמצעות פסק דין של פשרה בידי השופטים מבלי שקיבלו הסכמת הצדדים לכך. במקרים אלו הצדדים חשים שההליך שנעשה נעדר צדק דינוני, שהרי הם אינם באמת מודעים לשיקולים שמנחים את השופטים בפסקם על דרך הפשרה. מצד שני, אנו טוענים, אם הצדדים מודעים לחסרונות שבפסיקה על פי הדין המהותי, האפשרות שהשופט-בורר יפסוק בהסכמת הצדדים על דרך הפשרה היא הרבה יותר מוצדקת. הצדדים במקרים אלו מודעים לזכויותיהם המשפטיות ולסיכויים שלהם לזכות בבית המשפט, ולמרות זאת הם בוחרים להסמיך את השופט לפסוק על דרך הפשרה. הצדדים יכולים לבחור ליהנות מהיתרונות של פסקי דין של פשרה, והם גם יכולים לקבוע איזה סוג של פסק דין על דרך פשרה הם מסמיכים את השופט-בורר לפסוק בעניינם.

טענתנו היא שהוספת רכיב ההסכמה לפסק דין על דרך הפשרה, פותרת הרבה מהבעיות הכרוכות בהצעתו של קונס, שדיבר על כך שבית המשפט מכריע על דרך פשרה (אפילו הוא לא קיבל הסכמת הצדדים לכך) רק במקרים ספציפיים המכונים בידי קונס בשם "doubt-compromise"¹⁰² ושעור החלוקה בהם יהיה לעולם 50-50. הצעתו של קונס עוררה ביקורת מוצדקת.¹⁰³ ואולם ביקורת זו אינה רלוונטית, לדעתנו, במקרים בהם הצדדים מסכימים להסמיך השופט-בורר להכריע בעניינם בדרך של פשרה אשר לוקחת בחשבון, בין השאר, את זכויותיהם של הצדדים והראיות המצויות בידם, ומעניקה לבית המשפט סמכות לשיקול דעת רחב ביותר המאפשר חלוקת שונות של העוגה (לא רק 50-50) ובמגוון רחב של מקרים. כאשר הצדדים מסכימים שההכרעה בעניינם תהיה מבוססת על דרך הפשרה הם עשויים להעדיף הכרעה בעניינם המביאה בחשבון טענות ביקורתיות על הליך קבלת ההחלטות המשפטי הסטנדרטי. הכרעה שכזו, המתמודדת עם המורכבות הראייתית או השיפוטית בדרך הנותנת ביטוי לניואנסים שונים, ולא מכריעה בצורה חדה ובינרית באופן של "המנצח זוכה בכל", בצדק תחשב precise justice שכן היא רגישה יותר מדרך ההכרעה הדיכוטומית הרגילה לקיומם של ספקות, כשלים ופערים, ודרך ההתמודדות שלה עם פרגמטיות וקונסטרוקטיביות.

¹⁰¹ לעיל ה"ש 8, 756.

¹⁰² קונס, Approaches, לעיל ה"ש 92, 753-754.

¹⁰³ לעיל ה"ש 96.

5. פשרה בדין העברי

הפשרה זכתה לעיונים מעמיקים ביותר במשפט העברי, ובצדק נשען בית המשפט באגיאפוליס, כפי שראינו לעיל, על המקורות העבריים בפרשנות סעיף 79א. ואולם, בית המשפט הציג תמונה חלקית ביותר של הדין העברי, תמונה אשר אינה משקפת נאמנה את ההסדרים המפורטים והמתוחכמים המצויים במקורות המשפט העברי, אשר כוללים מודלים שונים של פסק דין על דרך הפשרה. לפי המודלים השונים הקיימים במשפט עברי, בניגוד לעולה מהלכת אגיאפוליס, השיקולים שבית המשפט שוקל בבואו לפסוק על דרך הפשרה וטכניקות ההכרעה לפי כל אחד מהמסלולים, מוגדרים וידועים לצדדים ולשופט היטב, כמו גם מידת הזיקה למשפט המהותי והתיחום בין שיקולי המשפט המהותי לשיקולי הפשרה האחרים.

אין כאן המקום להאריך בניתוח המקורות בתקופת חז"ל והראשונים. בסעיף זה נסתפק בעיון בכללי הפשרה שפורסמו בידי דיין בן דורנו, ואשר מבוססים על מקורות קלאסיים של המשפט העברי, ובהם נקבעו קווים מנחים בעניין מידת הקירבה של הפשרה אל הדין בהתאם לסוג הפשרה אליו הסכימו בעלי הדין.¹⁰⁴ עיון בכללים אלו יש בהם ללמד על מודל אפשרי המכיל עקרונות ברורים המופעלים בשלושה מסלולי פשרה בהם בחרו הצדדים:

א. "פשרה הקרובה לדין" – פסיקה על דרך פשרה הלוקחת בחשבון מה היה קורה על פי הדין המהותי באמצעות הענקת חלק גדול יותר בעוגה לבעל הדין שהיה זוכה בדין (בדרך כלל הוא מקבל שני שלישים ובעל הדין השני מקבל שלישי). במילים אחרות: בית הדין אינו יכול לחלק הסכום 50-50 בין הצדדים, ללא הבחנה וללא בדיקה למי מהם מגיע סכום גבוה יותר. בפשרה קרובה לדין יכול בית הדין בפסק דינו להפחית עד שלישי, מהחיוב על פי עיקר הדין.

ב. "בין לדין בין לפשרה" – פרקטיקה לפיה בעלי הדין מסמיכים את הדיינים לבחור האם להכריע בסכסוך בדרך של דין או בדרך של פשרה. פרקטיקה זו תורמת לחידוד הגבולות בין ההכרעה בהתאם לדין המהותי להכרעה מכוחה של פשרה, ומאפשרת לדיין להכריע בהתאם לדין המהותי, מקום בו לדעתו, הכרעה שכזו היא הצודקת ביותר.

ג. "פשרה רגילה" – הכלל הבסיסי הוא שבית הדין שהצדדים הסמיכו לפשר (ולא התנו שהפשרה תהיה קרובה לדין), מפשר לא מעל חצי (דהיינו שהוא מחלק סכום התביעה בין בעלי הדין לחלקים שאינם גדולים יותר ממחצית). עם זאת, במצבים מסוימים בית הדין רשאי לחרוג מהכלל ולהטות את הפשרה יותר ממחצית, אם יש אומדנות או נימוקים כבדי משקל המסייעים לאחד מהצדדים. בית הדין יכול לקבוע את שיעור הפשרה בהתאם למשקלה של הראיה, או למידת ההסתברות שארע דבר מסוים, ולפשר אף ביותר ממחצית לטובת הצד שהראיות וההסתברויות נוטות אליו. בפרט הדברים אמורים במצב בו בית הדין התקבל על ידי הצדדים לפסוק על פי ראות עיניו.

אנו סבורים שיש הגיון רב בכללים האלו ויש בהם כדי להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בפשרה, ויתרונו המרכזי הוא בכך שהם מאפשרים לצדדים לבחור בין שני מסלולים של

¹⁰⁴ הרב יעזר אריאל דיני בורות 253-249, 259 (2005).

פשרה בהתאם לצרכיהם, ובכך להציב לבית המשפט גבולות ברורים של שיקול הדעת בפסק הפשרה מבחינת מידת הזיקה של התוצאה למה שהיה צריך להיפסק לפי הדין הרגיל. עוד ניתן ללמוד ממקורות המשפט העברי על האפשרות להשתמש בהליך הפשרה לא רק בהתבסס על שיקולים משפטיים מובהקים ובזיקה לדין המהותי, אלא גם כהליך המבוסס על שיקולים של יישוב סכסוכים במובן הרחב. לפי המשפט העברי אחת ממטרות הפשרה היא להשכין שלום בין הצדדים, כדברי אחד מהפוסקים שכתב "שעיקר הפשרה" הוא "רק לעשות שלום בין בעלי הדין".¹⁰⁵ הפשרה מוגדרת בתלמוד כ"משפט שיש בו שלום".¹⁰⁶ בצדק טען איתי ליפשיץ שמשפט-שלום הוא מפגש בין שני ממדים זרים זה לזה; שיח זכויות, שהמשפט כה מורגל בו מחד, ושיח של ערכי שלום הזר לשפת המשפט. השלום, כך נטען, אינו מתווכח עם צדקת טיעונו של הדין, אלא הוא מציג מטרה אחרת וסולל את הדרך אליה. המשפט, לעומת זאת, אדיש לשאלה אם בסיומו של יום ישורור השלום בין בעלי הדין שמחלו על מה שמגיע להם על פי הדין בהליך רגיל בבית משפט. במובן זה, השלום מצוי בתוך אוטונומיה המנותקת מן המשפט.¹⁰⁷ זאת ועוד, השכנת השלום תלויה במבחן הסובייקטיבי של הצדדים לסכסוך ולכן נדרשת השתתפותם הישירה בכינון הפשרה. אוריה של פיוס והשלמה תצמח בעיקר מתוך מפגש והידברות. האפשרות להציף ולהעלות אל פני הסכסוך את המשקעים כמו גם את האינטרסים הסמויים העומדים בצילו של המאבק המשפטי הגלוי, כל אלה מקומם במסגרת של השכנת שלום. האוטונומיה היא של הפרט להחליט אם הוא מבקש להשכין שלום בינו לבין בעל דינו או שמא מסתפק הוא בהכרעת הסכסוך על פי דין צודק. ככלל, אין הדין הרגיל עוסק בהשכנת השלום בין בעלי הדין שלפניו כמטרה בפני עצמה. השלום המרכיב את הפשרה שהיא משפט שלום, לקוח כאמור משיח אשר זר הוא לשיח של המשפט והדין. במובן מסוים, מציע ליפשיץ, ניתן לראות בו פיצוי על חסרון מובנה בדין. מבקש הוא להציע בפני האדם את האפשרות לוותר על זכויותיו או לזקוף לעצמו חובות לא לו, לא לשם השגת סדר ציבורי בלבד, אף לא בשם הסדרת עיוות שמוצא הוא בגופו של הדין. השלום מבקש להעמיד לבחירה והעדפה את ההתחשבות בערכים כמו רעות, חברות ואחווה על פני הדבקות בדין.¹⁰⁸ ניתן אמנם לומר שבדרך כלל כאשר עיקר המאווים הוא השכנת שלום, תיווך לפשרה – conference settlement או גישור הם ההליכים הראויים, ואולם נראה כי גם כאשר מדובר בהליך של פסק דין של פשרה, שמבוסס בעיקר על שיקול דעת שיפוטי של השופט, שילוב ערך השלום יכול להיעשות כאשר השופט שם לו כמטרה ברורה לקדם גם את השכנת השלום בין היריבים.

הרב יוסף דב סולוביצ'יק, מגדולי הדור הקודם בארצות הברית ומראשי Yeshiva University הידועה בניו יורק, היטיב לתאר את ההבדל בין הדיין העברי הפועל לפי הנחיית התלמוד וחותר לפשרה ולהשכנת שלום לבין חברו השופט החילוני. נעיין בדבריו המאלפים:

Where there is strict adherence to *din*, there is justice but no *shalom*, because one of the parties is humiliated and antagonized. The immediate issue is resolved but the

¹⁰⁵ שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן רמה.

¹⁰⁶ סנהדרין ו ע"ב.

¹⁰⁷ איתי ליפשיץ **הפשרה במשפט העברי** 137 (עבודת דוקטור. אוניברסיטת בר אילן 2004).

¹⁰⁸ ליפשיץ, שם, עמ' 133.

conflict persists, with ensuing social discord. The secular judge is seemingly indifferent to this failure since justice, not harmony, was his objective. *Shalom* is for social workers and psychologists to attain; it is beyond his jurisdiction. The Torah, however, wants the *dayyan* [judge – Y.S., M.A.] to be not a magistrate but a teacher and a healer. He should seek to persuade both parties to retreat from their presumed points of advantage, and he should preach to them about the corrosive personal and social effects of sustained rancor. His responsibility is primarily to enlighten, rather than to render decisions on points of law... *Pesharah*, is socially and morally preferred, even if the strict *din* is neutralized. In its highest sense, justice obtains when people are reconciled.¹⁰⁹

עתה נביא כמה דוגמאות לאופן שבו מתבצעת הפשרה כהשכנת שלום הלכה למעשה. הרב קוק כתב שכעניין של מדיניות משפטית בית הדין רשאי לפשר לצורך השכנת שלום על פי שיקול דעתו, אם נראה לו מתוך היכרות והתנהגות הצדדים, שהפסיקה על פי עיקר הדין בלבד לא תשקיט את המריבה, אלא פסק הדין עלול להשאיר איבה ומשקעי מרירות בין הצדדים, והשלום ישכון רק על ידי הפשרה.¹¹⁰ תפיסה מעניינת הציג רבו של הרב קוק ואחד מגדולי ההלכה במזרח אירופה, הרב נפתלי צבי יהודה ברלין (ליטא, המאה ה-19), שבפניו עמדה שאלה הנוגעת למחלוקת ציבורית בין שני קהלים שהיו מסוכסכים בנושא עדתי. לרב ברלין היה ברור שפסק דין המיוסד על כללי המשפט הרגילים, צודק ונכון ככל שיהיה, לא ישקיט את המחלוקת, ועל כן הוא פסק ש"אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום, ההכרח לעשותו פשרה".¹¹¹

כיוצא בזה נפסק כי בית הדין רשאי לפשר בדין תורה של יתומים קטנים, והטעם לכך נזכר בפוסקים, בכך שהפשרה נעשית לטובתם של היתומים, "כדי להשקיטם מריבות",¹¹² כי אם בית הדין לא יפשר במקום שיש חשש איבה, תימשך המריבה בין היתומים, אשר בהיותם בני משפחה אחת מערכת היחסים שלהם נמשכת בדרך כלל שנים רבות, ועל כן גובר הצורך בהסדרת היחסים שלהם בדרכי שלום. וכל שכן, כתב אחד מדייני דורנו, שבית הדין רשאי לפשר בסכסוך של מבוגרים בני דעת, אם בית הדין נוכח לדעת שהפשרה דרושה לצורך השכנת שלום ומניעת מריבה, אם הם נתנו מרצונם לבית הדין סמכות לפשר.¹¹³ ואולם, סייג חשוב – גבול מהותי של הפשרה – הציב אותו דיין, בכותבו שמובן מאליו, שאין להשתמש

¹⁰⁹ RABBI JOSEPH B. SOLOVEITCHIK & RABBI ABRAHAM R. BESDIN REFLECTIONS OF THE RAV, VOL. I. THE TORAH WAY OF JUSTICE 55-57 (1993).

¹¹⁰ הרב קוק, אורח משפט, סימן א.

¹¹¹ שו"ת משיב דבר (ירושלים, תשכ"ח) חלק ג, סימן י.

¹¹² שולחן ערוך, חושן משפט יב, ג.

¹¹³ הרב אריאל, לעיל ה"ש 104, עמ' 170.

בנימוק של פשרה לצורך השכנת שלום, אם התביעה או טענת הנתבע אינה מוצדקת מכל וכל.¹¹⁴

הנה כי כן, הדין העברי יכול בהחלט לשמש מקור השראה להרחבת שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה ולהסדרה ראויה של סעיף 79א.¹¹⁵ להלן נציע מודל תיאורטי המתאר את ערכי הפשרה והבניית שיקול הדעת בפסק דין על דרך הפשרה המבוסס לא רק על הדין העברי אלא גם על ספרות יישוב הסכסוכים.

6. מודל תיאורטי: ערכי הפשרה והבניית שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה

השילוב המושגי בין עולם המשפט הנמוג והמציאות המשפטית שבה מרבית התיקים מקודמים לסיומים בהסכמה, ביחד עם הכרה במורכבות המשפט ובקושי הפילוסופי לקבל הכרעות משפטיות מדויקות ונכונות מבחינה עובדתית ומשפטית, מציב בפני שופטים עכשוויים זירה מורכבת של שיקול דעת שיפוטי אשר לא הוכרה בעבר בספרות המשפטית. בזירה זו, השימוש בסעיף 79א עשוי לשמש להכללת המורכבות הכרוכה בעולמות המשפט ויישוב הסכסוכים אשר בהם מצויים השופטים בשלב המקדמי של הדיון, בו החתירה לסיום תיק בהסכמה היא תמריץ מרכזי. אפשר לקרוא לצדדים לבחור בין תפיסות של משפט וישוב סכסוכים בהקשר זה ולמסגר את ההכרעה של השופט על פי סעיף 79א באמצעות הרחבה אפשרית של שיקולי משפט ושיקולי ישוב סכסוכים, כפי שהצענו במקום אחר.¹¹⁶

באופן הרגיל אנו תופסים את היחס בין משא ומתן להכרעה משפטית כמצוי בראשית הצירים של המשפט ועולם ישוב הסכסוכים: מהצד של עולם ישוב סכסוכים צדדים מקיימים מיקוח בצילה של הכרעה משפטית פורמלית צפויה – “Bargaining in the shadow of the law”¹¹⁷. מהצד המשפטי ההכרעה המשפטית מתקיימת בצילו של משא ומתן תחרותי בין הצדדים אשר במסגרתו הצדדים בוחנים סיכויים וסיכונים בהתאם להכרעה הדיכוטומית הצפויה על ידי בית המשפט. במציאות המשפטית בפועל, צדדים ושופטים מחזיקים בתפיסות

¹¹⁴ שם.

¹¹⁵ האמור בסעיף זה מייצג את התפיסה המקובלת של פשרה במשפט העברי. עם זאת, ולשם שלמות התמונה, נזכיר שיש גם תפיסות אחרות, ביניהן כאלו הרואות בפשרה הליך הנועד למנוע החשש של אי-הצלחה לכוון לדין תורה. ראו למשל שולחן ערוך, חושן משפט, יב, כ (“צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה”). להצגה נרחבת של תפיסה זו ראו ברכיהו ליפשיץ “פשרה” משפטי ארץ א 137 (תשס”ב).

¹¹⁶ להרחבה ראו Yuval Sinai and Michal Alberstein, *Expanding Judicial Discretion: Between Legal and Conflict Considerations* 21 HARV. NEGOT. L. REV. 221 (2015-2016).

¹¹⁷ המאמר המפורסם שטבע מונח זה התייחס לתחום הגירושין אך הפך לתפיסה מרכזית של יחסי משפט והליכי מ”מ שונים.

Mnookin, Robert H., and Lewis Kornhauser. *Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce* 88 YALE LAW JOURNAL 950 (1979).

מפותחות יותר של משפט וישוב סכסוכים כפי שהטבלה להלן יכולה להראות:

מרחב שיקול הדעת השיפוטי בין שיקולי משפט לשיקולי יישוב סכסוכים

איחוי משבר זהות					
איחוי משבר במערכות יחסים					
התגברות על כשלים בדרך לישוב סכסוך					
התגברות על כשלים בדרך להסכם					
שיקולי סכסוך	הכרעה לפי כללים	צדק מדויק, אקוויטי	הכרעה בהתאם לעיקרי מדיניות באופן אינסטרומנטלי	קידום יעילות	קידום צדק חברתי
שיקולי משפט					

בציר המשפטי, ניתן לראות את השופטים כמקיימים הכרעה מיכנית על פי כללים ברורים, אך דורות של ביקורת פורמליזם לימדו אותנו כי שופטים עשויים להכריע על פי חוש צדק ודיני יושר, אינטואיציה של צדק מדויק (precise justice), איזון אינטרסים ועקרונות משפטיים המצויים בבסיס הכלל ואף קידום יעילות וצדק חברתי. בציר של יישוב סכסוכים משא ומתן עשוי להתמקד בכשלים נוספים בדרך להגעה לפשרה שהם רחבים מהתנהגות אסטרטגית ומיקוח וקשורים באינטרסים וצרכים מגוונים; יישוב סכסוך עשוי לשקם מערכות יחסים ולא להסתפק ברובד האינטרסים; הוא אף עשוי לעסוק במשברי זהות קבוצתיים ואף בנרטיבים מתנגשים. מרחב שיקול הדעת השיפוטי של שופטים בעת שימוש בסעיף 79א, עשוי לנוע באופן מובלע או מפורש בין כל נקודות המפגש במרחב החדש. למשל, קידום הסכמות בתחום המשפחה עשוי להישען על תפיסה של מערכות יחסים ולהניח שיישום כללים משפטיים נעשה בהתאם לאיזון אינטרסים ותכליות חברתיות. בתחום העסקי במשבצת המשלבת הכרעה לפי כללים והתגברות על כשלים בדרך להסכם עשויה להיות מקודמת הצעה שתשיא רווחים לשני הצדדים ותתחשב באינטרסים רחבים ארוכי טווח. גם בפסקי דין שיינתנו במקרים המתאימים, תודגש תפיסת הסכסוך והדרך החיובית להתערב בו, כפי שלמשל מציין השופט ברק בפסק דין חורב.¹¹⁸ בכל מקרה ראשית הצירים של מפגש עולם יישוב הסכסוכים והמשפט אינה מתאימה עוד לתיאור של פעילות משפטית עכשווית.¹¹⁹ מורכבות זו של שיקול הדעת השיפוטי החדש, יוצרת אפשרויות מגוונות לחיבורים בין עולם יישוב סכסוכים והמשפט ומרחיבות את מנעד שיקול הדעת השיפוטי במסגרתו יכול השופט לפעול. כהשלמה לתפיסה הרווחת לפיה לשופט שיקול דעת שיפוטי ביישום הכללים,

¹¹⁸ ראו הדין בפסק דין זה וביחס בין שיח זכויות ושיח זהות אצל אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" **מחקרי משפט** טז 37 (2000).

¹¹⁹ Michal Alberstein, "Complexity and Reconstruction as Contemporary Legal Thought: Searching for 'Thought: Law', Conflict Interactions and Judicial Work CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT, 465 (Justin Desautels-Stein & Christopher Tomlins eds., 2017) (Cambridge University Press, 2017).

בעולם הפשרות ובחיבור למודלים מתקדמים של יישוב סכסוכים, מרחב שיקול הדעת של השופט בין מורכבות המשפט ומורכבות התחום של יישוב סכסוכים, נהיה מעניין עוד יותר. סעיף 79א עשוי לשמש להכרה במרחב זה תוך מתן אפשרות לצדדים לבחור בתוכו את סוג הבניית שיקול הדעת שתתקיים במקרה מסוים.

מאחר שמסגור זה שעון על חשיבה תיאורטית וקשה לחבר אותו לבחירות אמיתיות של צדדים מותאמות לפרקטיקות ברורות של שופטים, בחרנו במאמר זה להתמקד בהסדרה של סעיף 79א והצעת צורות הכרעה שונות על דרך הפשרה תוך בחירה בשיקולים נבחרים של משפט ויישוב סכסוכים כמעשירים את הכלים הקיימים כיום בידי בית המשפט.

ד. הסדרה של סעיף 79א – המודל המוצע

כפי שצינו בפרקים הקודמים, ההנחה שלנו הינה כי כשצדדים פונים אל בית המשפט מתוך הסכמה לקבל הכרעה בדרך הפשרה צריך לחזור ולהציע להם אפשרויות מובנות ושונות לקבלת הכרעה שכזאת. אחת מהטענות הנשמעות לעתים, אשר שמענו משופטים ועורכי דין בראיונות,¹²⁰ היא כי כישלון של הליך המהוו"ת לעתים מביא את הצדדים לבית המשפט במצב פחות נכון לפשרה, מתוך תפיסה שאם נכשלו בהליך הגישור מיצו כבר אפשרות זו, אך טענתנו היא כי השאיפה לפתרון בדרך פשרה צריכה להמשיך ולהופיע גם בשלב ההתדיינות וזאת דווקא על מנת לקדם באופן קוהרנטי יותר תרבות של יישוב סכסוכים ופתרון בעיות. מכאן שגם כאשר בעלי דין שהגיעו לבית המשפט אחרי שמיצו אפשרויות משא ומתן ביניהם ואפילו גישור, ניתן לעודד אותם להסכים להכרעה בדרך הפשרה, וזאת תוך הצעת קטגוריות מובנות אשר יוכלו הם לקבל או לדחות באופן מלא. מודל ההסדרה של סעיף 79א שאנו מציגים כאן לראשונה מהווה "ארגז כלים" של שופט פותר בעיות ומיישב סכסוכים בדרך הפשרה. מדובר ביישום פרקטי וממוקד של מודל הרחבת שיקול הדעת השיפוטי שהוצג בפרק הקודם, ובעקבותיו נציע צורות שונות של הכרעה בדרך הפשרה המיוסדות על מגוון רחב של שיקולים משפטיים וחוקי משפטיים נבחרים (כגון: "צדק מדויק", יושר, ערכים חברתיים) ושיקולים של יישוב סכסוכים (כגון: "משפט שלום", גישור, התמקדות באינטרסים). נקודת המוצא של המודל המוצע היא קידום תפקידים חדשים של שופטים והכנסתם של הליכים אשר היו אמורים לכאורה להיות חלופות נפרדות מהליך השפיטה ואף חיצוניות לבית המשפט, אל תוך אולם המשפט. השופט הופך להיות מומחה ביישוב סכסוכים, ואפיקים והליכים שונים מקודמים על ידו במסגרת החתירה לפשרות. עם זאת, יודגש, כי במסלולים המוצעים מצוי חידוש בעיקר בכל הנוגע למה שיכולים בעלי הדין לקבל כיום בבית המשפט, אך לא בהכרח בהשוואה לכלל האפשרויות הפרושות בפניהם מחוץ לכותלי בית המשפט. נזכיר שאף לפי המצב המשפטי הנוכחי יכולים הצדדים לפנות להליכי גישור, בוורות וכדומה, ובאמצעותם גם לעצב שלל מסלולים הדומים במידה רבה לאלה שאותם מציע המאמר. החידוש המרכזי הוא אפוא בהבאתם לתוך בית המשפט של הליכי יישוב סכסוכים המתאפשרים כיום מחוצה לו, והתאמתם לפעילותו של השופט במסגרת הליך של

¹²⁰ ראו גם דן ישעיהו, *בחירת תפיסת פגישת המהוו"ת בקרב השחקנים השונים המשתתפים בה בהתייחס להחלטה אם להמשיך ממנה להליך הגישור עצמו*, עבודת תיזה בהנחיית מיכל אלברשטין, אוניברסיטת בר-אילן, 2019.

הכרעה, כך שסמכותו מוסדרת כחלק מפעילות המערכת השיפוטית, השונה באופן יסודי מפעולתו של המגשר או הבורר.

חשוב אפוא שבעלי הדין ובית המשפט יסכימו על אופיה של הפשרה ויבחרו באחת מצורות הפשרה שיוצגו להלן. בעשותם כן עליהם לשים לנגד עיניהם את ההבחנה המרכזית שהוצגה בסוף הפרק הקודם, ההבחנה בין *הצייד המשפטי* (והחוץ משפטי) הכולל צורות הכרעה בדרך הפשרה שיש להם זיקה כזו או אחרת לדין המהותי ו/או מבוססת של שיקולים משפטיים וחוף משפטיים ("פשרה כמשפט"), לבין *הצייד של יישוב סכסוכים* ("פשרה כיישוב סכסוכים").

1. פשרה המבוססת על שיקולים משפטיים וחוף-משפטיים

(א) צורות שונות של הכרעה בדרך הפשרה בזיקה לדין המהותי

בסוג זה של "פשרה כמשפט" נבדלות הצורות השונות של ההכרעה בדרך הפשרה במידת זיקתם לדין המהותי הפורמאלי, ובמידה שיש לחרוג ממנו לנוכח נסיבות המקרה.

פשרה כמשפט א': פשרה כחיזוי הדין – מסגרת הכרעה זו הינה האינטואיטיבית ביותר כשמדובר במו"מ לפשרה משום שבמסגרתה השופט חותר לחיזוי של ההכרעה המשפטית תוך הערכת מידת הסיכון שכל צד לוקח ושקלול הסתברות זכייתו.¹²¹ צורה זו של הכרעה על דרך הפשרה (עם כל הבעייתיות שבשימוש במילה "פשרה" בהקשר להכרעה הזוהה להכרעה משפטית רגילה) היא גם הנפוצה ביותר בבתי המשפט בישראל, כפי שראינו בפרק ב', והיא גם זו שעמדה ביסוד הלכת *אגיאפוליס*. כלומר, מדובר בהכרעה דיכוטומית לטובת צד אחד בהתאם לדין המהותי בדומה למה שהיה מתקבל בהליך משפטי רגיל, כשהצדדים מרוויחים בעיקר "קיצור דרך" באמצעות הכרעה מהירה וחסכון בזמן ובעלויות וויתור על הפרוצדורות הרגילות הכרוכות בהליך המשפטי הרגיל. צורת הכרעה זו נמצאת למעשה בראשית הציירים במודל הרחבת שיקול הדעת השיפוטי בפשרה שהוצג בפרק הקודם, בהיותה זוהה להכרעה המתקבלת בשפיטה רגילה על פי הדין המהותי הפורמאלי, ואין היא לוקחת בחשבון שיקולים משפטיים וחוף משפטיים אחרים.

פשרה כמשפט ב': "פשרה קרובה לדין" – בדומה לצורה א' גם כאן גיבוש ההכרעה מצריך חיזוי של התוצאה שהיתה מתקבלת בהליך משפטי רגיל, אך בניגוד לצורה א', ב"פשרה קרובה לדין", שהוא מודל הכרעה שמקורו בדין העברי, לא מתקבלת תוצאה דיכוטומית לפיה צד אחד זוכה בכל העוגה. במקום זאת, מתקבלת תוצאה שהולמת יותר את המונח "פשרה" בהיותה מחלקת העוגה בין שני הצדדים בדרך מיוחדת – מי שהיה צריך לזכות לפי הדין המהותי זוכה בחלק הארי של העוגה, בשיעור שני שליש מגובה התביעה, ואילו הצד שהיה אמור להפסיד לפי הדין המהותי יזכה רק בשליש הנותר. היתרון בצורה זו מבחינת הצדדים היא שאין היא מותירה שיקול דעת רחב מידי לשופט (ובכך היא מצמצמת סיכונים ומתאימה לשונאי סיכון), שהרי הוא חייב להתחשב בתוצאה שהיתה מתקבלת על פי הדין המהותי, ולתת לה משקל משמעותי בהכרעתו. עם זאת, ולצד היותה של הפשרה *קרובה* לדין (ואף זהה לו בשני שלישים מהתביעה), הצדדים מאפשרים לשופט מרחב שיקול דעת מסוים לאזן בין השיקולים המשפטיים הפורמאליים לבין שיקולי הפשרה בהגיעו להכרעה

¹²¹ הליך זה שנעשה בידי שופט דומה ל-ENE – הערכה מוקדמת של מומחה נייטרלי, אך בהנחה שהצדדים לא הסכימו לחיזוי כזה בשלב הצעת הפשרה של השופט, כעת הוא צריך להכריע באמצעותו את הסכסוך.

שאמנם נותנת עדיפות לזה שהיה צריך לזכות על פי הדין המהותי, אך בכל זאת נותנת חלק מסוים (בשיעור שלישי) גם לצד השני (שאינו זכאי לחלק זה על פי הדין המהותי) בהתבסס על שיקולים נוספים של פשרה, כגון שיקולים של שלום, יושר וצדק חברתי.

פשרה כמשפט ג': "בין לדין בין לפשרה" – בדומה לצורה ב' גם צורה זו מבוססת על הדין העברי ונזכרת בפסק דין אגיאפוליס בו הובאה תשובתו של הרב קוק המבאר איך פוסקים במודל של "בין לדין בין לפשרה".¹²² אולם בניגוד לאמור בפסק דין אגיאפוליס, בדין העברי לא מדובר על צורת הכרעה שנותנת שיקול דעת בלתי מוגבל לשופט לפסוק כראות עיניו, אלא מדובר אמנם בשיקול דעת רחב יחסית של השופטים אך הוא מובנה ומוסדר. לפי הרב קוק "בין לדין בין לפשרה" הוא למעשה מודל הכרעה דו-שלבי: א. בודקים מה צריכה להיות ההכרעה לפי הדין המהותי, וזו ברירת המחדל ונקודת המוצא הראשונית של פסיקתו, ובדרך כלל מגיעים לאותה תוצאה שהיו מגיעים אליה בשפיטה רגילה. ב. במקרים בהם נראה לשופט כי בנסיבות העניין "הדין נוקשה מדי" אז הוא עובר להכרעה המבוססת על שיקולים מיוחדים של הפשרה. מתי צריך בית המשפט לפסוק על פי השיקולים המיוחדים של הפשרה ולחרוג מפסיקה לפי הדין המהותי? הרב קוק מונה שלושה מקרים: [א] כשיש ספק לשופט – עובדתי או משפטי, שאז עדיף לחלוק את העוגה בין הצדדים במקום לפסוק "הכל או לא כלום". [ב] כשלא די בהכרעה אלא יש ליישב את לב הסכסוך על מנת שהצדדים יוכלו לקבל ההכרעה בשלום ללא שיפרצו סכסוכים חדשים ביניהם. [ג] כשהשופט רואה שפסיקה על פי הדין המהותי היא "נגד היושר השכלי לפי מצב העניין", דהיינו שהתוצאה לא עולה בקנה אחד עם היושר ועם ההגיון הפשוט, שאז יש לפסוק על פי הפשרה.

מודל הכרעה זה עיקרו בהרחבת שיקולי המשפט והוא נותן כוח רב לשופט. יתרונו הוא בגמישות שבו ובכך שהוא מאפשר לשופט שיקול דעת רחב יחסית שעשוי להביא לתוצאה הצודקת והראויה ביותר בנסיבות העניין. חסרונו בשליטה המוגבלת של הצדדים ובחוסר הוודאות היחסית, אם כי עדיין יש מגבלות לשיקול הדעת, כפי שראינו, והשופט צריך להסביר ולנמק מדוע הוא סטה מהדין המהותי אל הפשרה ולהראות שהמקרה עומד בגדר אחת משלוש העילות הנזכרות. בכל אופן אם הצדדים מיודעים מראש בידי השופט על עקרונות בהם הוא פועל בצורת הכרעה של "בין לדין בין לפשרה", אז לא תהיה בעיה מבחינת הציפייה שלהם, והם לא יפתעו מהתוצאה הסופית.

(ב) פשרה המבוססת על שיקולי "צדק מדויק", יושר וצדק חברתי

להלן נציע צורות הכרעה על דרך הפשרה המבוססות על שיקולים רחבים יותר מאשר הדין הפורמאלי, שיקולים שמעבר לראשית הצירים במודל שיקול הדעת השיפוטי שהוצג בפרק הקודם.

פשרה כמשפט ד': פשרה כמענה לקשיים ביישום הדין במקרה הקונקרטי. הפער בין הכלל המשפטי למקרה המיוחד יכול לבוא לידי ביטוי ראשית בצורך ב"צדק מדויק". בצורת הכרעה זו תחולק העוגה בין הצדדים במקומות בהם הפתרון של "הכל או לא כלום" אינו מתאים, או משום שלשופט יש ספק עובדתי או משפטי כדברי הרב קוק למעלה, או כמענה לחתירה ל"צדק מדויק", וכן ביחס לשיקולי משפט אחרים.¹²³ הכרעה משפטית באופן של

¹²² הרב קוק, לעיל ה"ש 110.

¹²³ להרחבה בתיאור שיקולים אלה ראו Sinai and Alberstein, לעיל ה"ש 116.

“צדק מדויק” עשויה להיות ביטוי לאי היכולת לדבוק תמיד באופציה שלפיה “המנצח לוקח הכל” והיא משקפת ספק המובנה לתוך התוצאה המשפטית באופן סטטיסטי או בדרכים אחרות. בהקשר זה השופט יכול להציע לצדדים לבחור במודל של אברמוביץ. כזכור, לפי הצעתו יש לבחור בשיטה הדיכוטומית כאשר אין ספק ביחס לסיכויי התובע לזכות בתביעה או להפסידה, דהיינו שרף ההסתברות גבוה (גירסת צד אחד עדיפה על גירסת השני באופן משמעותי), ואילו כאשר סיכויי הזכיה של התובע אינם ברורים או קרובים להיות שקולים אז יש לבחור דווקא בשיטת הפשרה ולחלק העוגה בין הצדדים. בנוסף יכול השופט להציע להם איזון תכליות, קידום יעילות או צדק חברתי. שנית, לעתים, לנוכח ייחודו של המקרה, נדרשת פשרה המבוססת של שיקולי יושר. המתח בין הכללים הפורמאליים של הדין המהותי לבין שיקולי יושר (equity) מתרחש בעיקר משום שהדין הפורמלי לא מתאים לכל המקרים. אם הצדדים בוחרים בצורת הכרעה של פשרה המבוססת על שיקולי יושר, הרי שהם מעוניינים שהכללים המשפטיים יתאימו למאפיינים הייחודיים של הסכסוך שלהם. צורת הכרעה כזו מספקת מתן פתרון צודק במקרה הקונקרטי העומד לדיון, ואף יכולה לתת מענה פילוסופי לסיטואציות שבהן צדק על פי דין אינו בנמצא.¹²⁴ לפי תפיסה זו, על הפשרה להכיר היטב את הדין ולבחון, האם בנסיבותיו של המקרה הספציפי, היושר מחייב לסטות מן הדין.

פשרה כמשפט ה' : פשרה כאיזון הכרעות משפטיות בשיקולים של צדק חברתי. בעיתיות עקרונית ביישום החוק עשויה להתקיים גם כשהוא נראה ודאי וברור אך יישומו נראה בלתי צודק. הכרעה משפטית עשויה לעתים לפגוע בצד חלש, בשחקן חד פעמי אל מול שחקן חוזר, ושימוש בהכרעה בדרך פשרה עשוי לתקן חוסר צדק חברתי באמצעות הכרעה המשלבת שיקולים אלה.¹²⁵ צורת הכרעה זו וכן זו שלפניה הן למעשה הכרעה בדרך של הפנמת ריבוי המשמעויות. צורת הכרעה אלו עדיין לא נוסו בשיטות משפט קיימות, והן מצויות בספרות, אך ניתן לחשוב עליהן כביטויים אפשריים של פשרה.¹²⁶

¹²⁴ כפי שהראינו בהרחבה, לעיל ה"ש 116, 234-235. 259-257. להצגה כללית של דיני היושר ראו Michael Akehurst, *Equity and general principles of law*, 25 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 801 (1976).

¹²⁵ לתיאור תפקידו של המשפט כמוביל לשינוי חברתי דרך פעולת השפיטה ולקושי שבתפיסה זו ראו Owen GERALD FISS, *Objectivity and interpretation*, 34 STANFORD LAW REVIEW 739 (1982); N.ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (University of Chicago Press, 2008).

¹²⁶ ראו דיון בקידום גישה מרובת שלבים לצדק בעידן המשפט הנמוג ובאמצעות פשרות כאן: Cohen, Hadas, and Michal Alberstein. "Multilevel Access to Justice in a World of Vanishing Trials: A Conflict Resolution Perspective." *Fordham Urb. LJ* 47 (2019): 1. הצעה לקידום צדק מבוסס תהליך הסכמות בסכסוך בין שחורים ומשטרה בנושא שיטור יתר בסינטי : Jay Rothman & Randi Land, *The Cincinnati Police-Community Relations Collaborative*, 18 CRIM. JUSTICE 35-42 (2004), and Jay Rothman, *Applying Action Evaluation on a Large Scale: Cincinnati Police-Community Relations Collaborative – Successes, Failures and Lessons Learned* in FROM IDENTITY-BASED CONFLICT TO IDENTITY-BASED COOPERATION: THE ARIA APPROACH IN THEORY AND PRACTICE (Jay Rothman, ed., 2012) and Jay Rothman, *Identity and Conflict: Collaboratively Addressing Police-Community Conflict in Cincinnati, Ohio*, 22 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 105 (2006).

2. צורות שונות של פשרה כיישוב סכסוכים

אפשרות ייחודית של שימוש בסעיף 79א עשויה לקשר אותו לציור ישוב הסכסוכים במרחב שיקול הדעת השיפוטי ולאפשר לצדדים לבחור מודלים של הכרעה אשר יכלבו שיקולים מתחום זה. בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגים:

סוג ראשון של צורות הכרעה של פשרה כיישוב סכסוכים עשוי להציע לצדדים בחירה מתוך מודלים מיוחדים של בוררות, אשר מצויים כיום בעיקר מחוץ לכותלי בית המשפט במסגרת בוררות רגילה. השימוש בסעיף 79א כבוררות מסוג מסוים מסייע לקדם הסכמות בין הצדדים על ההליך, לעודד שיתוף פעולה, להרחיב את גבולות הבוררות, לעודד פלורליזם משפטי ולקדם צפיות וצמצום סיכונים על ידי הצדדים להליך המשפטי, ובמסגרתה ניתן לעצב הליך התפור למידות ומאפייני הסכסוך אשר סופו בהכרעה וודאית של השופט-בורר המסיימת אותו.

סוג שני של צורות הכרעה יחרוג מעולם הבוררות אל עבר ישוב סכסוכים מהותי יותר ובמסגרתם יסמיכו הצדדים את השופט להכריע ביניהם כמומחה לישוב סכסוכים בהתבסס על רבדים עמוקים של הסכסוך ומתוך נסיון להתגברות על מכשולים בדרך להסכם. במסגרת זו, גם כאשר צדדים לא הצליחו להגיע להסכמה בגישור או לפשרה במהלך המשפט, הם עדיין יכולים להסמיך את השופט להכריע עבורם את המקרה כמומחה של ישוב סכסוכים. בספרות ה-ADR נהוג לנתח סכסוכים המגיעים לבית המשפט מזווית של פתרון בעיות, החותרת להבנה של צרכי הצדדים, האינטרסים שלהם, הכשלים המונעים מהם להגיע להסכם ומאפייני הסכסוך באופן כללי. ההנחה הנה כי מתחת למצג השטחי של "העמדות", אותן טענות משפטיות המופיעות בכתב התביעה, מתקיימים עבור כל צד אינטרסים שונים – צרכים, משאלות, העדפות, רגשות – ואלה המניעים השקטים של הסכסוך שבהם יש לטפל.¹²⁷ האינטרסים, שהם גם מטרות חבויות של הצדדים, יכולים לכלול מהירות, שמירה על סודיות, הוכחת זכותם בציבור (vindication), קבלת חוות דעת ניטרלית, חסכון בהוצאות, שמירה על יחסים עם צד שני או שיפור שלהם, הגנה על צד שלישי או סכסוך נוסף, יצירת תקדים, מקסימום או מינימום פיצוי, ועוד אינטרסים שונים. לכל מטרה יש דרך והליך מתאים להשיגה. רובן דווקא אינן יכולות להתגשם באופן אופטימלי במסגרת הליך של משפט רגיל. הליך של פסק דין על דרך פשרה לפי סעיף 79א עשוי לקדם הגשמת מטרות יישוב הסכסוכים במובן הרחב במידה כזו או אחרת.

בנוסף למטרות הנזכרות ולריבוי האינטרסים והנושאים, כאשר השופט מנתח את הסכסוך המובא בפניו, הוא תמיד יכול לאבחן את הכשלים במשא ומתן המונעים מהצדדים להגיע להסכמה ביניהם או בהתאם לאפשרויות הפשרה האחרות של סעיף 79א. הכשלים עשויים להיות: תקשורת גרועה, צורך להבעת רגשות, תפיסות שונות של עובדות, תפיסות שונות של המצב המשפטי, שמירה על עקרון חשוב, לחץ מצדדים חיצוניים, קשר לסכסוכים אחרים, ריבוי צדדים, פער בין אינטרסים של עורך דין ולקוח, תסמונת ההימור, דילמת הנושא ונותן, כשלים פסיכולוגיים, חוסר אפשרות לשאת ולתת ביעילות, ציפיות לא מציאותיות ופערי

¹²⁷ ראו תורת הגישור, לעיל ה"ש 72, פרק ח'.

כוח.¹²⁸ לכל אחד מכשלים אלה הליך המתאים להתגבר עליהם וברוב המקרים לא הליך השפיטה הרגיל הוא זה המסוגל לענות לקושי המסביר העדר הסכמה. על כשלים אלו יתכן וניתן להתגבר במסגרת פסיקה בדרך פשרה לפי סעיף 79א.

בהתאם לאמור לעיל נפרוש את שני הסוגים של צורות ישוב הסכסוכים עליהם יכולים הצדדים להסכים בהסמכת השופט לפעול על פי סעיף 79א: מודלים מתקדמים של בוררות ומודלים של יישוב סכסוכים מעמיק יותר.

(א) מודלים מתקדמים של בוררות

פשרה כיישוב סכסוכים א': בוררות על פי חוזה מתחם High-low arbitration, שבו הצדדים מתחמים את הבורר במגבלות מוקדמות. באפשרות זו, הצדדים מציבים לבורר תנאים מראש, מה שמצמצם את מרחב ההכרעה של הבורר. דוגמא לבוררות מסוג זה היא כאשר בתביעה כספית הצדדים, למשל, מגבילים את השופט לפסוק פיצויים בטווח שבין 200,000 ₪ ל-300,000 ₪. יש המציעים שימוש בנוסחה משוכללת, הכוללת בין השאר מרכיבים של סכום מקסימלי ומינימלי של פסק הדין, לחישוב פיצויים בפסיקה על פי סעיף 79א.¹²⁹

פשרה כיישוב סכסוכים ב': בוררות מוגבלת להצעות סופיות של הצדדים Final offer arbitration (או Baseball Arbitration). במסגרת זו הצדדים מגישים לשופט הצעות סופיות והוא יכול לבחור באחת מהן אשר תכריע את המקרה. כך מתומצמים הצדדים להציע הצעות מאוזנות ולעתים ההליך כשלעצמו מקדם את המשא ומתן ביניהם.¹³⁰ הליך זה מצמצם סיכונים עבור הצדדים.

פשרה כיישוב סכסוכים ג': גישור-בוררות med-arb. זו צורת הכרעה מיוחדת שבה הצדדים מתחילים בגישור על בסיס אינטרסים ואם הוא לא מצליח מתבצעת בוררות על בסיס זכויות. כך הצדדים יודעים כי אם לא יצליחו לפתור את המקרה בעצמם הפתרון שיינתן להם יחזור לשפת הזכויות שעמה פתחו את ההליך. הליך זה דומה במידת מה לקיום קדם משפט בו יש נסיון של השופט להוביל להסכמה, וכאשר אינו מצליח מוצע שיתנו לו להכריע לפי סעיף 79א, אך כאן ההצעה היא שהמעבר יהיה מובנה יותר, מחולק מבחינת השלבים באופן ברור, וידוע מראש. חסרון של צורת הכרעה זו הוא בכך שפעמים רבות הצדדים יתייחסו לשלב הגישור בחשדנות ויהססו לחשוף הקלפים מתוך מחשבה שהם עשויים לקבל הכרעה על בסיס זכויות משפט מהותי. מצד שני, מאחר שההקשר הכללי הוא קדם המשפט שבו הצדדים רואים את השופט כדמות סמכותית, אינם חושבים על אינטרסים רחבים בדרך כלל

¹²⁸ ראו תורת הגישור, שם, פרק ז'.

¹²⁹ ראו מאמרו של השופט מנחם קליין "הצעה לשימוש בנוסחה מדעית לצורך חישוב אריתמטי של פסק דין לפי סעיף 79א (א) לחוק בתי המשפט", פורסם בעלון השופטים המקוון מס' 50 ספטמבר 2007. השופט קליין מציע נוסחה לפסיקה על דרך הפשרה, לתוכה יוכנסו נתונים ספציפיים של התיק, ואשר תניב תוצאה כספית אשר תהווה את פסק הדין. בנוסחה אשר מציע השופט קליין, קיימים הרכיבים הבאים: $P =$ סכום כספי של פסק הדין, $MAX =$ סכום מקסימאלי לפסק הדין, $MIN =$ סכום מינימאלי לפסק הדין, $X =$ סיכויי התביעה, $Y =$ מידת שנאת הסיכון של מי שיש לו פחות סיכויים, $Z =$ מידת אי התחשבות בשיקולי צדק חלוקתי בהתייחס לנתבע, $N =$ מכפיל ח"י, אותו מסביר השופט קליין כדרך לעגל סכומים שאינם מעוגלים.

¹³⁰ להרחבה ראו מרדכי (מוטי) מירוני "בוררות מזן אחר: בוררות מוגבלת להצעות האחרונות של הצדדים – היסטוריה, רעיון והבטחה" ספר שטרסברג כהן 649 (2017).

ואין לקיים פגישות נפרדות, הבחירה בגישור-בוררות יכולה דווקא לעודד שיח פתוח ורחב יותר.¹³¹

פשרה כישוב סכסוכים ד': בורות-גישור arb-med. זהו הליך שבו בית המשפט מכריע על פי זכויות אך שומר את החלטתו מוצנעת ומנהל בשלב זה משא ומתן משלב שבו הוא מנסה להביא אותם להסכמה. הצדדים יודעים כי יש להם פתרון אם לא יגיעו להסכמה, אך בניגוד לצורת ההכרעה הקודמת (גישור-בוררות) אין הם חוששים לשתף פעולה, משום שגם אם יחשפו אינטרסים חבויים – ההחלטה בעניין זכויותיהם כבר ניתנה ולא תושפע ממידע זה. בבית המשפט יבוא היישום לידי ביטוי בכתיבת הכרעה לפי סעיף 79א בפתק חתום הניתן בידי הצדדים. כך יוכלו לחשוף יותר אינטרסים ומידע באופן חופשי בהליך פישור מאוחר יותר אשר אם לא יצלח, תפתח מעטפת ההכרעה.¹³²

(ב) מודלים של ישוב סכסוכים מעמיק יותר

פשרה כישוב סכסוכים ה': הכרעה על בסיס אינטרסים והתגברות על כשלים. שופט המכריע בהתבסס על האינטרסים של הצדדים אמור לנהל מעין גישור באולם מתוך ניסיון להבין מה חשוב לכל צד, ובמקום להתייחס לזכויות של הצדדים ולטענותיהם בכתב התביעה, לנסות להבין את ההקשר הרחב יותר של הסכסוך כולל רגשות, הוצאות, צדדים שלישיים שאינם כלולים בכתב התביעה ועוד אינטרסים שונים. במסגרת זו יעשה השופט שימוש ביכולתו כמיישב סכסוכים וינתח את הכשלים המונעים מהצדדים להגיע להסכם ויגבש את הדרכים המתאימות להתגבר עליהם. בניגוד לגישור רגיל, הואיל וכאן מדובר בהליך שיפוטי נראה כי לא ניתן יהיה לקיים פגישות נפרדות במסגרת הליך זה, אם כי ייתכן ויש מקום לשקול לאפשר זאת, הואיל ופגישות נפרדות (לא פומביות) מסייעות מאוד להגיע להסכמות.¹³³ הצעתנו היא שהליך זה בכללותו (אך לא הפגישות הנפרדות) לא יהיה חסוי, ובכך יבטא את האופי הציבורי והמרכזי שמערכת המשפט מייחסת להליכי גישור וישוב סכסוכים. הכרעה בדרך אינטרסים וכהתגברות על כשלים שהצדדים הסכימו לה מציעה למעשה פתרון בעיות כפוי על ידי בית המשפט, וזאת בהתבסס על הסכמת הצדדים מראש. הכרעה בדרך זו, כמו גם שימוש בשאר מסלולי ההסדרה, תדרוש הכשרה מעמיקה של שופטים בגישור ובזיהוי אינטרסים על מנת שיוכלו להכריע באופן מקצועי.

פשרה כישוב סכסוכים ו': הכרעה על בסיס המגמה לתקן מערכות יחסים. התפיסה של התמקדות ההכרעה השיפוטית בחיזוק הקשר בין הצדדים מתוך הכרה בחשיבותן של מערכות יחסים ובניסיון לאחות קרעים נראית אוטופית ולא שייכת לביורר משפטי. יחד עם זאת,

¹³¹ לדיון מקיף ביתרונותיו של הגישור ראו דפנה לביא "לא על הבוררות לבדה ולא על הגישור לבדו: הצעה לאימוצו של הגישור כמענה המתגבר על חולשותיו של מוסד הבוררות בישראל" **משפטים** 589 (2012).

¹³² לתיאור הליך זה ראו בספר Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, **DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION, AND OTHER PROCESSES** 288 (2003).

¹³³ מן הראוי לשקול לאמץ ההסדר המוצע בנוהל הצעת הפשרה בבתי הדין הרבניים בישראל – תקנה 13 (א) **לכללי אתיקה לדיינים, התשס"ח-2008**: "כדי להביא לפשרה, רשאי דיון בהסכמת בעלי הדין ובהסכמת מורשיהם, להיוועד בבית הדין עם כל בעלי דין בנפרד, ובלבד שבעל הדין שכנגד נמצא ככל האפשר בסמיכות מקום לאולם הדיונים והתוועדות דומה תיערך גם עמו, וכן שבעת התוועדות לא יישמעו טענות שדין להתברר במעמד שני בעלי הדין".

בבניית מודל אידיאלי של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי ואפשרו לצדדים לקיים בחירות במסגרתו, ניתן לדמיין סיטואציה שבה בוחרים מיוזמתם להסמיך את השופט להכריע באופן שיתרום לתיקון היחסים ביניהם. סוגיות הקשורות לסכסוכים במשפחה כמו "בן ממשיך" נבחלה במושג עשויות לדרוש סוג הכרעה כזה, וכן מצבים נוספים של שותפות ושל קשר עמוק שנפגע. הצעתנו היא כי שופט אשר יוסמך להכריע בדרך זו יוכל לכפות הסדרים יצירתיים ושיתופיים ולקיים איזון חדש בין זכויות משפטיות אינדוידואליות מול חזוק יחסים בארגון או בקבוצה.

פשרה כישוב סכסוכים ז': קידום הסכמות בסכסוכים מבוססי זהות בין קבוצות תרבותיות שונות. המודל המפותח ביותר של הכרעה המבוססת על יישוב הסכסוך יכול להתקיים במקרים בהם מדובר בטענה להפליה שיטתית, בדומה למקרה מעצרי שחורים בסינטי בו התמנה מגשר על ידי בית המשפט בעקבות תביעה ייצוגית על הפליה על ידי המשטרה, ונבנו הסכמות בסדר גודל לאומי בין קבוצות זהות שונות על עקרונות לרפורמה של המשטרה.¹³⁴ המודל נדרש אף בהתמודדות עם טראומות קולקטיביות כמו סוגיית ילדי תימן או בסכסוכים הנוגעים לאופיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית היכולים לעזור בסוגיות שונות כמו שבת, כשרות, מיהו יהודי, גיוס חובה ושאלות נוספות. סכסוכים אלה מטיבם לא מתאימים לשיח זכויות,¹³⁵ אך פעמים רבות הם מגיעים לפתחו של בית המשפט בהעדר אפשרות להגעה להסכמות בגישור. לצדדים ברור שפתרון משפטי לא ירד לעומקה של מחלוקת, וייתכן שמרצונם יסמיכו את בית המשפט לקדם פתרון מאחה מבוסס על נוסחה מאזנת בין עמדותיהם. מודל זה אמנם נראה במבט ראשון פחות מתאים לסכסוך אזרחי רגיל שבו בדרך כלל השיח הוא של זכויות משפטיות אינדוידואליות ולא שיח של זהויות, אך בהחלט ייתכן שיתאים לסוגיות פרטיות הכרוכות שאלות דת ומדינה, יהודית ודמוקרטית כמו מעלית שבת בשכונה מעורבת, תביעת רעש המגיע ממסגד, תפילה במרחב הציבורי בתקופת הקורונה, או תביעות שכר של מהגרי עבודה.

3. פיתוח ואסדרה של המודל המוצע

בהינתן קווי המתאר הכלליים של המודל המוצע וצורות ההכרעה האפשרויות בפשרה לפי סעיף 79 א כמפורט בסעיף הקודם נשאלת השאלה מהי הדרך המיטבית לאסדרה של סעיף זה בהתאם לעקרונות אלה.

קריאתנו לאסדרתו של סעיף 79 א אינה מבטאת עמדה נורמטיבית באשר לקיומם של הליכים לקידום הסכמות בידי שופטים. טענתנו אינה כי יש להגדיל את השימוש בסעיף 79 א או להרחיב את מעורבותם של שופטים בקידום הסכמות. טענתנו היא אחרת: בהינתן המגמה של משפט נמוג ותמריצי היעילות אשר מקדמים אותו, שופטים מוצאים את עצמם מקדמים הסכמות באופן אינטנסיבי וכן משתמשים רבות בסעיף 79 א. לנוכח ריבוי השימוש בסעיף והאופן הלא עקיב שבו נעשה בו שימוש, אנו ממליצים על שימוש מיטבי וקוהרנטי יותר הכולל אסדרה שלו ושימוש בו להבניית שיקול הדעת השיפוטי בתחום הפשרה. ייתכן שבעולם אידיאלי ובמערכת משפט אופטימלית שמטרתה ליישוב ומניעת סכסוכים, מרבית התיקים יופנו לגישור אצל מגשרים מקצועיים או יפתרו בדרכים חלופיות לפני שיגיעו

¹³⁴ ראו Rothman; Rothman and Land, לעיל ה"ש 126.

¹³⁵ ראו אבי שגיא, לעיל ה"ש 118.

לשופטים.¹³⁶ יש מדינות, כמו באנגליה, שבהן שופטים כבר הרבה פחות אחראיים לסיומם של תיקים משום שרובם מסתיימים בשלב הגשת המסמכים ואף לפני שמגיעים לבית המשפט במשרדי עורכי הדין.¹³⁷ במצב כזה לא יהיה צריך לקדם אסדרה של סעיף מקביל ל-79א אם כי מבחינה תיאורטית עדיין העיסוק בהליך היברידי זה הוא מעניין וטומן בחובו אפשרויות רבות להשגת צדק, פלורליזם משפטי ויישוב הסכסוך במובן רחב ומגוון יותר ממה שנעשה עד היום.

בסעיף זה נבחן הדרכים לאסדרה ראויה של המודל המוצע ואף נמשיך ונפתח המודל ונבחן את יישומו בסוגיות שונות כדלהלן:

הכשרת השופטים לפסוק על דרך הפשרה. צורות ההכרעה בפשרה כישוב סכסוכים המתוארות בסעיף הקודם מעלות כולן שאלות באשר לגבולות שיקול הדעת השיפוטי ולשאלת הלגיטימיות של הרחבת תפקידיהם של שופטים בהתייחסות לעולם ישוב הסכסוכים. האם אכן מיומן שופט שעיסוקו ומיומנותו בעולם המשפט בהבנת אינטרסים ורגשות? כיצד ידע לתקן ולאחות מערכות יחסים? האם יוכל למצוא נוסחאות מאזנות לסכסוכי זהות? מהו בסיס הלגיטימציה של שופט אשר אינו מכריע בהתבסס על החוק אלא בהתאם להסכמת הצדדים להשתמש בעקרונות של ישוב סכסוכים? האם ניתן לערער על הכרעות כאלה? מה מידת השקיפות שצריכה להיות להן? נראה כי יישומו של המודל שאנו מציעים מצריך הכשרה חדשה וייעודית לשופטים להכרעה לפי סעיף 79א. הכשרה כזאת עשויה להשתלב בהשתלמויות בנושא פשרה אשר מועברות לשופטים באופן מרוכז ומשלבות כבר היום תפיסות מתקדמות של שיקול דעת שיפוטי בתחום הפשרה.¹³⁸ מבחינה מושגית ורעיונית נראה לנו חשוב להבין את המרחב היצירתי שמאפשר השימוש בסעיף 79א אשר מניע אותנו מראשית הצירים של תפיסות משפט וישוב סכסוכים אל מרחבים מעניינים ויצירתיים יותר.

הסכמת הצדדים לפרטי צורת ההכרעה על דרך הפשרה. מן הראוי להדגיש שוב, שבכל יישוב סכסוך על דרך הפשרה, אם בהסדר פשרה ואם בפסק דין בדרך של פשרה, יש לקבל את הסכמת הצדדים. ההסכמה להכרעה בדרך של פשרה מגלמת, כפי שהדגישה השופטת שטרסברג-כהן, "שני היבטים המשלימים זה את זה: הסכמה מרצון חופשי והסכמה מדעת. שני היבטים אלה, נובעים מן האוטונומיה של הרצון הפרטי, שהינו חלק מכבוד האדם".¹³⁹ "ההיבט הראשון של ההסכמה, הרצון החופשי, משמעו הסכמה שניתנה ללא לחץ וכפייה

¹³⁶ ראו Nofit Amir and Michal Alberstein, "Designing Responsive Legal Systems: A Comparative Study" forthcoming in Pepperdine Journal on Conflict Resolution 2021.
<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3919883>

(הצעת מתווה לעיצוב מערכות משפטיות בהתאם לעקרונות ישוב סכסוכים תוך קידום של שקיפות ובחירה של בעלי הדין).

¹³⁷ שם בעמ' 12.

¹³⁸ השתלמויות כאלה לקידום הסכמות באולם המשפט הועברו על ידי צוות המחקר ישוב סכסוכים שיפוטי JCR בראשות פרופ' מיכל אלברשטין ביחד עם המכון להשתלמות שופטים במלון יערים במעלה החמישה ליותר מ-150 שופטי אזרחיים בנובמבר 2019, אוקטובר 2021 ודצמבר 2021.

¹³⁹ ראו נציבות תלונות הציבור "הסדרת סכסוכים", לעיל ה"ש 38, סעיף 5.

מצד בית המשפט וללא תחושת "אין ברירה".¹⁴⁰ ההיבט השני של ההסכמה הוא המודעות. "על הסכמה להיות מדעת, משמע שהצדדים יבינו את טיבו ומהותו של ההליך המוצע להם".¹⁴¹ ההסכמה מרצון חופשי ומדעת מהווה אפוא מרכיב יסודי בכל פשרה, על אחת כמה וכמה כאשר לפי המודל שאנו מציעים על השופט להציג לצדדים צורות שונות של הכרעה על דרך הפשרה, הנבדלות ביניהם באלמנטים שונים ומבטאים מודלים היברידיים המשכללים בצורות שונות בין שפיטה ובין יישוב סכסוכים, כמוסבר למעלה. לפיכך אנו סבורים שתנאי מוקדם והכרחי להפעלת המודל המוצע הוא שהדיון בשאלה איזו צורת הכרעה בדרך הפשרה מהצורות הנזכרות למעלה תחול בסכסוך הספציפי צריכה להיות נידונה בבהירות ובפירוט בין השופט ובין הצדדים לפני שהוא מקבל הסכמתם לפסוק על פי סעיף 79א.

אופי הדיון בין השופט לצדדים. לתפיסתנו לא די בכך שהצדדים יסכימו באופן כללי לתת לשופט להכריע בדרך הפשרה, אלא השופט חייב לוודא שהצדדים ידעו בדיוק כיצד פועלת צורת ההכרעה הספציפית בה בחרו, מה השיקולים העומדים בבסיסה ומה גבולות שיקול הדעת הניתן לשופט. כל זאת צריך השופט להסביר לצדדים ולוודא שהם מבינים היטב את הפרטים, הסיכונים והסיכויים ושהסכמתם היא מרצון ומדעת. בייחוד יש להקפיד על כך כשהצדדים לא מיוצגים, שאז יש חשש שהשופט ילחץ על הצדדים לתת לו לפסוק על דרך פשרה,¹⁴² כפי שנעשה לא אחת בידי שופטים בתביעות קטנות.¹⁴³ כשהצדדים לא מיוצגים ויש חשש שהם לא מודעים לזכויותיהם ולטיב ההכרעה בעניינם, השופט צריך לשתף הצדדים וליידע אותם בזכויותיהם המהותיות והדיוניות, בצורות ההכרעה השונות ולשמוע מהם מה הדרך הרצויה בעיניהם ליישב הסכסוך, ולוודא שהסכמתם לצורה כזו או אחרת של הכרעה בדרך הפשרה תהיה מרצון ומדעת.

אמנם הצדדים יכולים בעצמם לייצר את ההסדרים המוצעים בסעיף הקודם, ואף לייצר שלל מסגרות חוזיות נוספות באמצעות הסכמות חוזיות דינויות שמהן יכולים הצדדים לבחור, כמפורט להלן. ואולם לא תמיד הצדדים מודעים למגוון האפשרויות הטמונות בהליך פסק דין על דרך הפשרה ועל מידת התאמתם האפשרויות לסכסוך ביניהם. זו הסיבה לכך שאנו מציעים שהשופט ינהל עם הצדדים דיון הדומה לזה שעושה המגשר עמם בפגישת מהו"ת, דהיינו שהשופט יסביר לבעלי הדין את עקרונות הפסיקה על דרך הפשרה, את צורות ההכרעה ההיברידיים השונות, ויבחן עמם את הנושאים העיקריים שבמחלוקת ואת האפשרות ליישב את הסכסוך באחת מצורות ההכרעה האמורות. מומלץ לכתוב בפירוט גדרי צורת ההכרעה שנבחרה בידי הצדדים בתחילת פסק הדין על פי סעיף 79א על מנת שאפשר יהיה לעקוב אחר תהליך גיבוש ההכרעה שנעשתה בידי השופט ולבחון את ההנמקות בהן השתמש. התנהלות כזו של השופט בשקיפות ובשיתוף מירבי של הצדדים תגביר האמון בהליכי הכרעה על דרך הפשרה.

¹⁴⁰ שם, סעיף 6.

¹⁴¹ שם, סעיף 8.

¹⁴² יש תלונות רבות על כך ששופטים מפעילים לחץ פסול על הצדדים להסכים לפשרה. ראו למשל נציבות תלונות הצבור "הסדרת סכסוכים", לעיל ה"ש 38 ("בלשכתנו התקבלו תלונות בדבר מתן הסכמות להצעות פשרה של בית המשפט או לפסק דין בדרך של פשרה, שלא מדעת ולא מרצון חופשי אלא עקב לחץ של בית המשפט ותחושת "אין ברירה"").

¹⁴³ לצדדים קשה לא אחת להתמודד עם הלחץ האמור, שהרי בדרך כלל בתביעות קטנות הם לא מיוצגים, ראו סעיף 63 לחוק בתי המשפט, תשמ"ד-1984.

הנמקה של פסק הדין. בתי המשפט קבעו כי פסק דין שניתן על פי סעיף 79 אינו צריך להיות מנומק,¹⁴⁴ הגם שהדבר לא נקבע מפורשות בחקיקה. הרציונל שנזכר הוא שהואיל וצדדים הנותנים הסכמתם לדיון במסלול זה מוותרים מראש על ניהול הליך על פי הכללים הרגילים ומוסרים לבית המשפט שיקול דעת רחב להחליט אלו עדים לשמוע ואלו ראיות לקבל ולפסוק בתובענה על יסוד התרשמותו ועל פי שיקולי צדק והוגנות.¹⁴⁵ אכן, רציונל זה מתאים לאופן המסורתי בו נעשית פסיקה על דרך הפשרה אך הוא אינו עולה בקנה אחד עם המודל המוצע במאמר זה המבקש להסדיר הפסיקה על פי סעיף 79, להבנות שיקול הדעת השיפוטי ולשתף הצדדים בבחירת צורת ההכרעה, ובשיקולים השיפוטיים והלבר-שיפוטיים (שיקולי יישוב סכסוכים) העומדים ביסוד הבחירה. לפיכך אנו סבורים שיש להפסיק הנוהג לפיו רוב פסקי דין על דרך הפשרה אינם מנומקים¹⁴⁶ ובמקום זאת יש לקבוע, ככלל, שפסק הדין ינומק, אלא אם כן הצדדים בחרו מפורשות שלא לנמק את פסק הדין. ההנמקה נצרכת לא רק כדי למנוע פסיקה שרירותית ולא רציונלית המבוסס על תחושות בטן, אלא גם כדי שהצדדים יהיו שותפים משמעותיים להליך ויבינו כיצד ועל יסוד אלו שיקולים הגיע השופט להכרעה, כהמלצת שופטים אחדים.¹⁴⁷ הנמקת פסק דין על דרך הפשרה נצרכת גם כדי לקיים חובת הנמקה, שהינה עקרון דיוני חשוב הנועד להשיג מטרות שונות.¹⁴⁸ ההנמקה אף נכללה לאחרונה בעקרונות היסוד של תקנות סדר הדין האזרחי, במסגרתם נקבע כי הליך שיפוטי ראוי והוגן כולל, בין השאר, חובה על המערכת השיפוטית לנמק החלטותיה,¹⁴⁹ והיא מאפשרת לצדדים לערער על פסק הדין במידת הצורך. הנמקה רלוונטית במקרים רבים גם במנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים, ובמקרים רבים הצדדים מסכימים מראש שההכרעה בסכסוך ביניהם, בין אם היא נעשית בידי בורר או שופט, תהיה מנומקת. כך למשל עולה מיכולתם של בעלי דין המפקידים את גורם עניינים בידי בורר ודורשים ממנו הנמקה, שכן הם מעוניינים לדעת שאין הוא עושה את מלאכתו בקלות דעת.

¹⁴⁴ ראו בן נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 5, עמ' 259, 272, 279; ע"א 10838/05 זקס נ' קלינגר, פס' 7 לפסק דינה של השופט ארבל (2008); רע"א 3876/01 שי פלסט בע"מ נ' שטרית, פס' 3 (2001); רע"א 9311/04 רונן נ' סמואל, פס' 10 (2005).

¹⁴⁵ בן נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 5, עמ' 257.

¹⁴⁶ ואכן ברע"א 11579/05 ניידות חב"ד להפצת יהדות ארה"ק נ' חנניה (2006), בפסקה ט, הביע השופט א' רובינשטיין את דעתו כי יש מקום להנמקה גם בפסקי דין שניתנים על דרך הפשרה, הגם שרווח שיקול הדעת של בית המשפט בהם הוא רחב ותלוי נסיבות.

¹⁴⁷ לעיל פרק ב(3).

¹⁴⁸ ראו יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 85-89 (2015). רוזן-צבי מציין שחובת ההנמקה נועדה להשיג מטרות שונות, ביניהן נציין כאן אלו שרלוונטיות גם בפסק דין של פשרה. ראשית, היא מצמצמת שרירות לב מצד השופט ושרירותיות בשיקול הדעת השיפוטי. שנית, היא מאפשרת להעביר את ההחלטות השיפוטיות תחת שבט הביקורת הציבורית. שלישית, החובה לנמק החלטות שיפוטיות מאפשרת לערכאה גבוהה יותר לבחון, במסגרת ערעור, את הבסיס להחלטה. רביעית, חובת ההנמקה מביאה לכך שהשופט חייב לפסוק ברציונליות ולא על פי תחושות בטן. חמישית, פסקי דין המבהירים את הבסיס המשפטי להכרעה הופכים לחלק מן הקורפוס המשפטי שעליו ניתן להסתמך בעתיד. שישית, הנמקה של החלטות שיפוטיות מגבירה את אמון הציבור במערכת השיפוטית. בהעדר הנמקה עלול בעל הדין שהפסיד לצאת בהרגשה שנהגו בו שלא כדין.

¹⁴⁹ תקנה 2 לתקנות החדשות.

הם רוצים להיות משוכנעים שהבורר שבו נתנו את אמונם, אמנם זכאי לאמון זה. אין לבעלי הדין דרך אחרת לכפות על הבורר התייחסות רצינית לתפקידו, אלא על ידי חיובו בהנמקה.¹⁵⁰ ואמנם לחובת ההנמקה, על אף חשיבותה הרבה, יש גם חסרונות. חסרונה הגדול ביותר הוא הזמן שנדרש לשם כתיבת החלטות מנומקות, זמן שלעתים פוגע ביעילות.¹⁵¹ ואולם, בית המשפט יכול לאזן את היתרונות הטמונים בחובת ההנמקה עם חסרונותיה באופן שיביא לניצול מיטבי של הזמן השיפוטי.¹⁵² איזון זה בא לידי ביטוי בהיקף חובת ההנמקה ביחס לסוגים שונים של החלטות שיפוטיות. בשני מסלולים דיוניים מיוחדים – תביעות קטנות ודיון מהיר¹⁵³ – הצר מחוקק המשנה את היקפה של חובת ההנמקה וקבע שעל בית המשפט לנמק את פסק הדין בתמציתיות. צמצום היקפה של חובת ההנמקה במסלולים דיוניים אלו ראוי, כדברי רוזן-צבי, ואין בו פגישה בזכותו של בעל דין להליך הוגן או מתן משקל יתר לשיקולי יעילות על חשבון הצדק.¹⁵⁴

אנו מציעים שגם פסק דין על דרך הפשרה יהיה מנומק בדרך כלל בתמציתיות ובאופן התואם את צורת ההכרעה שבחרו הצדדים. כשמדובר בפסק דין של פשרה כחיווי שהוא השימוש השכיח בסעיף צריך לבסס באופן כללי בפסק הדין את השיקולים המשפטיים המנחים תוך הדגשה של היישום המקוצר שנעשה בהם.¹⁵⁵ כשמדובר בשיקולים של יישוב סכסוכים תפיסת השופט את הסכסוך והכשלים והאינטרסים המאפיינים אותו תיפרש בקצרה. הצדדים רשאים כמובן להסכים שפסק הדין לא יהיה מנומק.

היקף הערעור על פסק הדין על דרך הפשרה. אנו סבורים שבדרך כלל אין לקבל ערעור על פסק פשרה אלא במקרים חריגים בלבד, כעמדת הפסיקה. גישה זו עולה בקנה אחד עם אחד מגורמי המשיכה של סעיף 79א – קבלת פסק דין מהיר וסופי. זאת ועוד: ברוב צורות ההכרעה שהוצגו במודל המוצע עצם הערעור הוא מסובך ובעייתי. על מה יערערו למשל בפשרה המבוססת על שיקולי יישוב סכסוכים במובן העמוק? עם זאת, אנו סבורים, שבמידה והצדדים בכל זאת הסכימו מראש לאפשר להם לערער על פסק הפשרה יש לאפשר להם לעשות כן.¹⁵⁶

עמדה עקרונית זו נובעת בראש ובראשונה מהתפיסה התיאורטית המקובלת על כמה מלומדים שסבורים שבאופן עקרוני יש לאפשר היקף רחב במיוחד של האוטונומיה של הצדדים שחופשיים (מלבד מגבלות מועטות) לקבוע הכללים הדיוניים שיחולו בסכסוך

¹⁵⁰ ה"פ (מחוזי ת"א) 744/91 דיפלומט אופנועים (1983) בע"מ נ' קולקר, פ"מ התשנ"ב (1) 206 (1991).

¹⁵¹ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 148, עמ' 86.

¹⁵² שם, עמ' 87.

¹⁵³ תקנה 15 (ב) לתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), התשל"ו-1976; תקנה 82 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

¹⁵⁴ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 148, עמ' 88.

¹⁵⁵ Jeffrey J. Rachlinski, *Processing Pleadings and The Psychology of Prejudgment*, 60 DEPAUL L. REV. 413, 428 (2011). ניתן לראות את ההכרעה לפי סעיף 79א, בדומה לכל חיווי פשרה בשלב קדם המשפט, כפי שטוען רכלינסקי, כהכרעה מבוססת אינטואיציה המבטאת חשיבה מהירה ומקוצרת המבוססת מבחינה פסיכולוגית על קיצורי דרך (יוריסטיקות) ופחות על חשיבה שיטתית ומבוססת. גם הכרעה מסוג כזה ניתנת לנמק אך בדרך התואמת את רמת ההעמקה שנעשתה עד שלב זה בהבנת הסכסוך.

¹⁵⁶ בניגוד לתפיסה המקובלת בפסיקה לפיה אמנם אין מניעה להגיש ערעור על פסקי דין שניתנו לפי סעיף 79א, אך מבחינה פרקטית מעטים המקרים שבהם התערבה ערכאת הערעור בפסק דין שניתן לפי סעיף זה.

ביניהם באמצעות הסכמים דיוניים.¹⁵⁷ האפשרות של הצדדים להסכים ביניהם על אפשרות ערעור על ההכרעה שניתנה בעניינם מתאים מאוד למנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים, להבדיל מהליכים שיפוטיים רגילים בהם מוקנית על פי חוק זכות ערעור על פסק דין של ערכאה ראשונה.

זהו אחד החידושים שתוקנו בחוק הבוררות בשנת התשס"ט, בו הוסיפו גם אפשרויות ערעור על פסק בורר.¹⁵⁸ אפשרויות אלה ניתנות ליישום רק אם הצדדים הסכימו לכך במפורש בהסכם הבוררות. חוק הבוררות מקנה לצדדים להליך הבוררות את הזכות להסכים להחיל על הסכסוך בעניינם מנגנון ערעור. החוק מכיר בשני מסלולי ערעור, ערעור לפני בורר נוסף וערעור ברשות לבית המשפט.¹⁵⁹ במידה והצדדים הסכימו על אפשרות ערעור ברשות לבית המשפט יתועדו ישיבות הבוררות בפרוטוקול והבורר ינמק את פסק הבוררות.¹⁶⁰ הטעם לכך הוא ברור, שהרי ביקורת שיפוטית ראויה של ערכאת ערעור על פסק הבורר מצריכה שפסקו יהיה בעל מאפיינים דומים ככל האפשר לפסק דין הניתן בבית המשפט, דהיינו שפסק דין מנומק ודיונים מתועדים בפרוטוקול. הסכמת הצדדים על מנגנון הערעור לפי חוק הבוררות נדרשת להיות הסכמה אפריונית, דהיינו המתווה הדיוני הקשור להליכי ההשגה והערעור בבוררות מתגבש במסגרת הסכם הבוררות או בפתחו של הליך הבוררות ולא במהלכו או בסופו.¹⁶¹ יודגש כי גם אם הצדדים הסכימו שפסק הבוררות יהיה ניתן לערעור בפני שופט, החוק מאפשר זאת רק במקרה והם התנו שהבורר יפסוק בהתאם לדין, וגם אז האפשרות לערעור מוגבלת למקרים בהם נפלה בו טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין.¹⁶²

אנו סבורים שיש להחיל מודל דומה גם לגבי סעיף 79א, דהיינו שהצדדים יוכלו לקבוע מראש שפסק הדין על דרך הפשרה שיינתן בעניינם יהיה כפוף לאפשרות לערעור ממשי בבית משפט של ערעור, ואז הוא כמובן יצטרך להיות מבוסס על הדין או בזיקה לו ומנומק בתמציתיות, ובלבד שנפלה בו טעות יסודית ביישום הדין שיש בה כדי לגרום לעיוות דין. אם לא קבעו הצדדים כאמור, אז יחולו עליו הכללים הרגילים של ערעור על פסק דין של פשרה, דהיינו שההתערבות של ערכאת הערעור תעשה במקרים חריגים ביותר. אפשר להניח, למשל, שנכונותם של הצדדים להסכים מראש על אפשרות ערעור תהיה רבה יותר במקרים בהם פסק הדין על דרך הפשרה יהיה מבוסס על שיקולים משפטיים, ובין השאר בזיקה כזו או אחרת לדין המהותי ("פשרה כמשפט") מאשר במקרים בהם ההכרעה תהיה מבוססת על שיקולים רחבים של יישוב סכסוכים. אם כן, כמובן, הם יכולים להחליט אחרת. במקרה הצורך, אנו סבורים, שניתן יהיה לערעור על פסק דין כזה אף בטענה שחרג מגדרי צורת ההכרעה. אם כי היקף הביקורת השיפוטית על פסק דין בדרך הפשרה צריכים להיות נדונים באופן נפרד.¹⁶³

¹⁵⁷ ראו אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" *עיוני משפט* לג 187 (2010); Ronen Avraham & William Hubbard *The Spectrum of Procedural Flexibility* 87 Chicago L. Rev. 883 (2020)

¹⁵⁸ חוק הבוררות (תיקון מס' 2), התשס"ט-2008, ס"ח 22.

¹⁵⁹ ראו סעיף 21א וסעיף 29 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

¹⁶⁰ סעיף 29(ב) לחוק הבוררות.

¹⁶¹ רע"א 9651/16 מור נ' רובינשטיין (2017).

¹⁶² סעיף 29(א) לחוק הבוררות.

¹⁶³ לדיון נרחב בגבולותיה של הפשרה בכלל ולאמות המידה הרצויות של הערעור על פסק דין של פשרה ראו יובל סיני "עצור גבול לפניך – על גבולות הפשרה והביקורת השיפוטית עליה" (טרם פורסם). לסיכום אמות

יצירת צורות הכרעה חדשות. צורות ההכרעה שהוצגו בסעיף הקודם אינן ממצות את כל האופציות המגוונות של הכרעה בדרך של פשרה. ניתן בהחלט – ואף רצוי במקרים רבים – לשלב בין צורות שונות בהתאם לצרכים. כך לדוגמא אפשר לבחור בצורת הכרעה מסוג פשרה כמשפט ב' ("פשרה קרובה לדין") או ג' ("בין לדין בין לפשרה") שתהיה מבוססת על שיקולי צדק חברתי (פשרה כמשפט ו') או שתשאף ליישב סכסוכים על בסיס אינטרסים (פשרה כישוב סכסוכים ה'). כיוצא בזה ניתן אף לבחור בצורת הכרעה של בוררות-גישור (יישוב סכסוכים ד'), כאשר הצדדים והשופט מסכמים שהבוררות תהיה מבוססת על שיקולי יושר (פשרה כמשפט ה') והגישור יהיה מכוון לשפר יחסים (ישוב סכסוכים ו'). צירופים אלו יתנו גמישות מירבית להליך הפשרה, מצד אחד, אך מצד שני הם יהיו מוסדרים ומובנים לצדדים.

סוגי ההליכים שעשויים להתאים אל מסלולי הפשרה השונים. בתחומי משפט מסוימים תהיה עדיפות לצורת הכרעה מסוימת המתאימה לתחום זה, והשופט ינסה לשכנע הצדדים לבחור בצורה זו, אך בכל מקרה הוא צריך לשתף הצדדים ולקבל הסכמתם המלאה. כך לדוגמא בתחומים של חוזי יחס כמו במשפחה ודיני עבודה תהיה עדיפות לצורות הכרעה בדרך של פשרה כישוב סכסוכים, בעיקר לאלו שמדגישים השיתופיות בין הצדדים כגון סוגים ג-ד (גישור-בוררות ובוררות-גישור), ולעתים גם מודלים של יישוב סכסוכים מעמיק יותר מסוגים ה-ז (הכרעה על בסיס אינטרסים והתגברות על כשלים, הכרעה על בסיס המגמה לתקן מערכות יחסים). בסכסוכים הנוגעים לדיני הנזיקין, לעומת זאת, ניתן להמליץ על צורות הכרעות שונות בהתאם לאופי התביעה: לתביעות בעניין פיצויים נזיקיים בכלל מתאימים בייחוד צורת הכרעה של פשרה כמשפט מסוג א-ג, ובתביעות נזיקיות שיש בהן סיבתיות עמומה מתאימה צורת הכרעה של פשרה כמשפט מסוג ד (פשרה מסוג "צדק מדויק" כמענה לקשיים ביישום הדין במקרה הקונקרטי). לעומת זאת, במקרים בהם ידוע שיש חבות בנזיקין והשאלה שבמחלוקת היא רק גובה הפיצויים מתאימה במיוחד צורת הכרעה של פשרה כיישוב סכסוכים מסוג א' (בוררות על פי חוזה מתחם – High-low arbitration) או מסוג ב' (בוררות מוגבלת להצעות סופיות של הצדדים – "בוררות בייסבול"). דוגמאות נוספות: במקום בו יש פערי כוחות בין הצדדים, כגון סכסוך בין יחידים לבין בנקים ו/או חברות בעלות כיס עמוק מתאימה במיוחד צורת הכרעה של פשרה כמשפט מסוג ה' (פשרה כאיזון הכרעות משפטיות בשיקולים של צדק חברתי כביטוי לאחריות תאגידית). במקומות בהם שני הצדדים אינם יחידים אלא חברות מסחריות וכדומה מתאימה יותר צורות של פשרה כמשפט מאשר פשרה כיישוב סכסוכים.

השלכות על תפיסת יישוב הסכסוך בהליכים שונים. בהתייחס למרחב יישוב הסכסוכים שמתקיים כיום עבור תיקים אזרחיים על פי תקנות סדר הדין החדשות, כמפורט בסעיף הבא, הכולל פגישה מקדמית של הצדדים, פגישת מהו"ת עם מגשר או מגשרת, הליכי קדם משפט

המידה להתערבות בפסק דין על פי סעיף 79 א על פי הפסיקה המקובלת ראו חמי בן נון *הערעור האזרחי* -515/2013) 513. וראו במיוחד עמדתה של השופטת ארבל ע"א 10838/05 זקס נ' קלינגר (2008), כי נוכח מטרת הליך הפשרה לפי סעיף 79 א – הכרעה מהירה וסיום הסכסוך בדרך של פשרה שאינה בהכרח מבוססת על הוראות הדין, כמו גם הקלת העומס בבתי המשפט – יש להחיל את אותן אמות-מידה מצומצמות שחלות על פסק דין שאינו מנומק לפי סעיף 79 א גם ביחס לפסק דין מנומק. אנו איננו מסכימים לעמדה זו וסבורים כי יש לאפשר היקף נרחב יותר של ביקורת שיפוטית על פסק דין על דרך הפשרה במידה והצדדים מסכימים מראש לכך.

ואף גישורים המתקיימים לפני הגעה לבית משפט, למפה המוצעת של הכרעה שיפוטית המתוארת במאמר זה יש השלכה על "צילו של החוק" ועל תפיסת ישוב הסכסוך בכל ההליכים הללו. גם מיקומם ותפקידם של הליכים אלו, ובייחוד הליכי הפשרה (והצעות פשרה ופסק דין על דרך הפשרה) במסגרת מסלול התיק האזרחי בזירת המסלולים המקוצרים והחלופיים הקיימת מצריך עיון מחדש ומחקר עתידי נוסף.

חשש להגדלת העומס בבתי המשפט. כאן המקום להתייחס בקצרה לחשש שהצעתנו תביא להגדלת העומס על בתי המשפט. כאמור, סעיף 79א משרת במידה רבה תכליות של יעילות ושל הפחתת העומס בבתי המשפט. ואולם, ניתן לטעון כי להצעתנו תיתכן השפעה שתהיה מהופכת לתכליות אלו, וזאת משתי סיבות מרכזיות. הראשונה, היא שנוכח הצעתנו יתנהלו בבתי המשפט הליכים שבעבר היו מתנהלים מחוץ להם. בכך תביא הצעת המאמר לגידול במספר התיקים אשר יימצא תחת טיפולם של בתי המשפט. השנייה, עניינה בכך שהצעתנו עשויה להאריך את משך ניהול התיקים, כמו גם לייצר מורכבויות חדשות במהלך הדיונים. זאת, הן בשל הזמן שצפוי להצריך ההליך במסגרתו יציע השופט בפני הצדדים מגוון מסלולים, תוך מתן הסברים ביחס אליהם, והן מפני שהליך ההחלטה וההכרעה לפי סעיף 79א יהיה מורכב וארוך מכפי שהוא כיום. קושי פרקטי נוסף שעשוי לעלות בהקשר זה הוא החשש מהיצף מידע (Information overload) שיקשה על בעלי הדין.¹⁶⁴

תשובתנו לחששות אלו מורכבת מארבע טענות. ראשית, גם בהינתן השימוש המורכב ביישום הסעיף, הוא עדיין יהיה זול יותר מדרך ההכרעה הרגילה המלאה אחרי הוכחות ותוך מתן פסק דין מנומק בפירוט וזכות ערעור רחבה הניתנת על פסק דין רגיל. בנוסף לכך יש להניח כי הצדדים יוסיפו לבחור במסלול החיזוי ("פשרה כחיזוי דין") כפי שבפועל נעשה בהליך המהיר היום או במסלולים מהירים אחרים, כגון: פשרה כיישוב סכסוכים מסוג א' ("בוררות על פי חוזה מתחם") או מסוג ב' ("בוררות בייסבול") וכך תישמר היעילות שהשגתה תהיה ברורה יותר ועל כן אטרקטיבית. שנית, עצם הסדרת המסלולים השונים, הגיוון והגמישות הרבה שלהם, יכולתם להתמודד עם סוגים שונים של סכסוכים, והגברת שיתוף הפעולה של הצדדים בעיצוב צורת ההכרעה הנבחרת עשויים, לדעתנו, להגביר את האטרקטיביות של השימוש בפסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א אף בעיני בעלי דין שהיו חוששים להפקיד ביד השופט חופש כמעט בלתי מוגבל בהפעלת הסעיף ללא יכולת ממשית לערער על פסק הדין. אם כך יהיה אז יש להניח שאחוז המסכימים לפסק דין על דרך הפשרה יהיה גבוה משמעותית מזה שקיים כיום, כמפורט לעיל פרק 2, ושוב הרווח מבחינת עלויות יהיה החיסכון המשמעותי שבקיום הליך זה לעומת הליך מלא המסתיים בפסק דין רגיל. שלישית, הגברת השימוש בסעיף 79א לא תייתר בהכרח את ההליכים הנעשים מחוץ לכותלי בית המשפט, שהרי לא זו בלבד שאנו סבורים שלא כל סכסוך ראוי ליישב בפסק דין על דרך הפשרה,¹⁶⁵ אלא שיש סכסוכים רבים שבאופן טבעי יותר ייושבו מחוץ לכותלי בית המשפט, ואף הליכים אלה יש לעצב באופנים יותר מפורטים, בהתאם להצעתנו למעלה. זאת

¹⁶⁴ אין זה המקום להאריך בנושא זה. וראו למשל דיון, בהקשר שונה, בתופעה שריבוי של אפשרויות לא זו בלבד שלא בהכרח משפר החלטות, אלא שהוא אף עשוי להקשות על קבלתן ולהזיק להן Eyal Zamir & Doron Teichman, Behavioral Law and Economics 285 (2018), והמקורות שם בהע"ש 20.

¹⁶⁵ ואין כאן המקום להאריך בשאלת גבולותיה של הפשרה. וראו לעניין זה מאמרו של יובל סיני הנזכר לעיל ה"ש 163.

ועוד, כפי שנראה בסעיף הבא יש תפקיד שונה לכל אחד מההליכים השונים המכוונים להגברת השימוש במנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים הנזכרים בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות (דיון מקדמי בין בעלי הדין, פגישת מהו"ת והצעת פשרה בידי שופט בקדם משפט), ויש להניח כי השימוש בכלים הללו, חלקם חדשים, תגביר בסופו של דבר את אחוז התיקים שיסתיימו בהסדר פשרה או בפניה לגישור או לבוררות עוד לפני שהצדדים יראו שופט. רביעית, מעבר לכך, השימוש המורכב יותר בסעיף מקדם תכליות של פלורליזם משפטי וישוב סכסוכים אשר הולכות אל מעבר השאיפה ליעילות אשר איננה חזות הכל. לכך יש להוסיף את האמור בסעיף הבא לעניין הדגשת תפקידו של השופט כמיישב סכסוכים בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

ייתכן שחלק מאפיקי האסדרה המוצעים למעלה לא ימצאו ביטוי בהצעות חוק מעשיות, הגם שלהלן בסעיף 5 נציע הצעה להתקנת תקנות חדשות המבוססות על כמה מאפיקי האסדרה המוצעים. עם זאת נראה לנו שחלקם עשויים להשתלב בתקנות סדר הדין החדשות ואף לתאום את מטרתן המוצהרת לקדם הכרעה המיישבת את הסכסוך באופן יעיל, כמפורט בסעיף הבא.

4. השתלבותה של ההצעה במגמות הרפורמה בתקנות סדר

הצעתנו להסדיר שיקול הדעת בפסק דין על דרך פשרה עולה בקנה אחד עם אחת המגמות של הרפורמה בתקנות סדר האזרחי התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות), להגביר ולהעמיק השימוש במנגנונים אלטרנטיביים ליישוב סכסוכים במסגרת הדיון בבתי המשפט ולא רק מחוצה לו. אחד החידושים של תקנות סדר דין האזרחי, הוא בכך שלראשונה הוצגו בתקנות עקרונות יסוד, עקרונות אשר לפי תקנה 5 "ישמשו את בית המשפט בהפעילו את שיקול דעתו לפי תקנות אלו או לפי כל חיקוק אחר המפנה אליהן". תקנה 1 קובעת: "מטרת תקנות סדר הדין האזרחי הן לקבוע סדר דין לניהול ההליכים האזרחיים בבית המשפט, ליצור ודאות דיונית, למנוע שרירותיות ולהגשים את העקרונות החוקתיים העומדים ביסודו של הליך שיפוטי ראוי והוגן, כדי להגיע לחקר האמת, ולהשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך". אין כאן המקום לפרש את היחס בין המטרות השונות הנזכרות כאן,¹⁶⁶ אך יושם אל לב לסיפא הקובעת שאחת מהמטרות המרכזיות של ההליך האזרחי הוא "להשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך". פרשנותה הראויה של המטרה הנזכרת, כך אנו סבורים, היא שהתקנות החדשות קובעות שתפקיד השופט אינו מתמצה רק בהכרעה שיפוטית בסכסוך, כתפיסה המסורתית המקובלת בעידן שלפני מהפכת ה-ADR, אלא תפקידו הוא רחב יותר והוא אמור לפתור סכסוכים. זאת, בהתבסס בין היתר על שיקולי צדק רחבים (בכלל זה שיקולי "צדק אחר" שהוצגו במאמר זה, שהם מעבר לשיקולים הפורמליסטיים של הליך רגיל), תפקיד המתאים לבית משפט פותר בעיות לפי התפיסות המודרניות של יישוב סכסוכים שיפוטי

¹⁶⁶ ראו על כך דיון נרחב ומרתק בפרק א בספרו של יששכר רוזן-צבי, לעיל ה"ש 37.

(Judicial Conflict Resolution),¹⁶⁷ השמה דגש בין השאר על ההליך.¹⁶⁸ החלתו של דגש זה על הסכסוך הקונקרטי תאמר כי השופט הוא פותר בעיות, המניח כי לכללים המשפטיים ולאיוון ביניהם תפקיד מוגבל בהתמודדות עם סכסוכים. לפי תפיסה זו, על שופטים להשתמש בהליכים שונים שיתאימו למורכבות של הסכסוך הקונקרטי. שלא לפי התפיסה המסורתית-פורמליסטית, לפיה תפקיד השופט למיין הסכסוך ולהתאימו לכללים המשפטיים, לפי התפיסה של השופט פותר הבעיות, ההנחה היא שהשופט מתאים הליך חדש לכל סכסוך, והכללים הם רק כלי עזר בהתמודדות עם הסכסוך החדש.¹⁶⁹

ואכן, התקנות החדשות העמיקו במידה רבה את השפעתם של מנגנונים חילופיים ליישוב סכסוכים על ההליך האזרחי. בהקשר זה יש לציין בראש ובראשונה את הליך הדיון המקדמי בין בעלי הדין, הליך חדש שנוסף בתקנות החדשות, ומטרתו, בין השאר, "לבחון את האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך",¹⁷⁰ ולא די בעצם הבחינה, אלא יש חובת דיווח לבית המשפט באשר לדיון המקדמי שביצעו, ובכלל זה "פירוט המנגנון החלופי ליישוב סכסוך שהוצע לצורך פתרון המחלוקת".¹⁷¹ נוסף לכך נקבע הצורך בפגישת מהו"ת ("פגישת מידע, היכרות ותיאום לבחינת האפשרות ליישב את הסכסוך באמצעות מנגנון חלופי ליישוב סכסוך")¹⁷² בכל התביעות שמעל 40,000 ₪.¹⁷³

יודגש שהידקקות למנגנון חילופי ליישוב סכסוך אינו רק חובת בעלי הדין בדיון המקדמי, או תפקיד מגשר המהו"ת, אלא כפי שהסברנו זה גם חלק מתפקידו של השופט "להשיג תוצאה נכונה ופתרון צודק של הסכסוך" כנאמר במטרות התקנות. תפקיד זה של השופט אינו מוגבל לשלב מסוים של ההליך, והוא יכול למשל לחתור לפשרה מוסכמת גם בשלבים מאוחרים כל עוד לא נתן פסק דין. ואולם בתקנות החדשות הודגש תפקידו של השופט כמיישב סכסוכים ספציפית בין שאר סמכויותיו בקדם המשפט, שבו עליו "להציע לבעלי הדין

¹⁶⁷ לפי גישה זו, מוצע לכוון את פעילותם של שופטים אל עבר עיבוד חיובי של סכסוכים, ומוצעת תורת משפט ממוקדת סכסוך אשר ממשיגה מחדש את פעילותם כנעה על הרצף של ההליכים השונים של יישוב סכסוכים. ראו מיכל אלברשטיין "יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת המשפט מעבר למחלוקת" **דין ודברים** יא 17 (תשע"ח), וכן ראו <http://jcrlab.com> /ראו גם Amir, Nofit and Alberstein, Michal, Designing Resposive Legal Systems: A Comparative Study (September 8, 2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3919883> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3919883> forthcoming at Pepperdine Journal of Dispute Resolution.

¹⁶⁸ שם, עמ' 32.

¹⁶⁹ שם.

¹⁷⁰ תקנה 34 לתקנות החדשות.

¹⁷¹ תקנה 36 המפנה לטופס 4 שבתוספת הראשונה לתקנות החדשות.

¹⁷² תקנה 37(א) לתקנות החדשות. ראו גם תקנה 37(ה): בפגישת המהו"ת יסביר מגשר המהו"ת לבעלי הדין את עקרונות פגישת המהו"ת ואת היתרונות הגלומים ביישוב הסכסוך במנגנון חלופי ליישוב סכסוך, ויבחן עמם את הנושאים העיקריים שבמחלוקת ואת האפשרות ליישב את הסכסוך.

¹⁷³ תקנה 37(ב). יוער כי אמנם פגישת מהו"ת נקבעה בפילוט עוד בתקנות סד"א הישנות אך רק במספר בתי משפט מצומצם לפי שיקול דעת מנהל בתי המשפט (ראו שם תקנות 199-199). בתקנות החדשות נקבע שבכל בתי המשפט השלום יש לקיים פגישת מהו"ת (תקנה 38 (יא) והתוספת השנייה).

הצעת פשרה או להציע להם לפסוק על דרך הפשרה או מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך.¹⁷⁴ ויושם אל לב לניסוח הרחב של התקנה החדשה, שבגדרה לא זו בלבד שהשופט יכול להציע להם הצעת פשרה או להציע להם לפסוק על דרך הפשרה, אלא שהוא יכול להציע להם "מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך".¹⁷⁵ מן הראוי לפרש תקנה זו, לדעתנו, כמאפשרת לשופט לא רק להציע לצדדים לפנות למנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט, אלא שהיא מסמיכה את השופט עצמו להשתמש במגוון רחב של מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוך, ולא רק פשרה במובנה המסורתי, אלא גם מודלים היברידיים שונים של יישוב סכסוכים שיפוטי, דוגמת אלו המוצגים במאמר זה, המשלבים אלמנטים של פשרה קלאסית יחד עם טכניקות הקיימות בבוררות ובגישור.

האם לא ניתן לומר שלאחר הרפורמה בתקנות החדשות פחתו משמעותית הסיכויים שהצדדים יסכימו להצעת השופט בקדם המשפט לצדדים לפסוק על דרך הפשרה או ליישב הסכסוך ביניהם במנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים? זאת, הואיל ולפי התקנות החדשות הצעת השופט באה לאחר שהצדדים כבר מכירים היטב את המנגנונים החלופיים ליישוב סכסוכים – הם בחנו האפשרות ליישב הסכסוך ביניהם באחד מהמנגנונים הללו לראשונה בינם ובין עצמם בשלב הדיון המקדמי, וכן בדקו אפשרות זו פעם שניה מאוחר יותר עם המגשר בפגישת המהו"ת. ובאמת יש לשאול: אם הצדדים עצמם ומגשר המהו"ת לא הצליחו ליישב הסכסוך ביניהם בשתי הזדמנויות אלו מדוע שיצליח השופט לשכנעם לעשות זאת בקדם המשפט? התשובה לדעתנו היא שאדרבה סיכויי של השופט להביא הצדדים לידי יישוב הסכסוך בפשרה או במנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים גבוהים יותר דווקא לאור העובדה שלפי התקנות החדשות הצעה זו של השופט מגיעה בשלב שלישי לאחר שהצדדים ניסו לבחון אפשרות זו בעצמם ובעזרת המגשר. זאת משלושה טעמים.

ראשית, משיחות שניהלנו עם שופטים אחדים עולה כי השינוי בתקנות החדשות מקל עליהם לשכנע הצדדים בקדם המשפט להתפשר או ליישב הסכסוך במנגנון חלופי ליישוב סכסוכים יותר מבעבר. זאת, הואיל והצדדים מגיעים אליהם כאשר הם הרבה יותר בשלים וקשובים לכך, לאחר שהם כבר למדו על האפשרות ליישב הסכסוך ביניהם בדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים בדיון המקדמי ובפגישת המהו"ת. בשלב זה הם נצבים לראשונה בפני השופט, בפרט כשמדובר בשלב קדם המשפט בעל האופי האינקוויזיטורי, שבו על פי התקנות החדשות מפעיל השופט את סמכויותיו מיוזמתו,¹⁷⁶ וכן מקבל השופט את הדיווח של הצדדים על שאירע בדיון המקדמי והוא יכול לברר האם הם עשו כל שנדרש מהם על מנת לסיים את התיק באמצעות מנגנון חלופי לפתרון הסכסוך.¹⁷⁷ כאשר השופט בקדם המשפט מציג בפני הצדדים אפשרויות שונות ליישב הסכסוך בפשרה או במנגנון חלופי ליישוב סכסוכים, והם

¹⁷⁴ תקנה 63(17). לתקנות החדשות.

¹⁷⁵ תוספת זו לעניין סמכותו של השופט בקדם משפט היא חידוש של התקנות החדשות. בתקנה 140 של התקנות הישנות (תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד--1984) נוסח תפקידו של השופט בצורה מצומצמת יותר, "לברר אם יש מקום לפשרה בין בעלי הדין", ולא נזכר שם מנגנונים אחרים של יישוב סכסוכים.

¹⁷⁶ תקנה 63(ב) לתקנות החדשות.

¹⁷⁷ תקנה 36 לתקנות החדשות. ואמנם, כפי שכותב בצדק איסי רוזן צבי, לעיל ה"ש 37, עמ' 340, תכליתו המרכזית של קדם המשפט לפי הרפורמה החדשה אינו רק יישוב הסכסוך, אלא גם הכנת התיק לשלב ההוכחות. אך לפי הסברנו למעלה תפקידו של השופט ליישב הסכסוך הוא אחת ממטרות העל של תקנות סד"א, כפי שנאמר בתק' 1, וממילא אין להגביל זאת רק לקדם משפט כבעבר.

דנים באפשרויות אלו בפעם השלישית בהליך, אז הם הרבה יותר קשובים ונכונים לבחון אפשרות זאת ברצינות.

שנית, יש הבדל מהותי בין הדיונים השונים שנעשים בבחינת האפשרות ליישוב הסכסוך בדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים. בעוד שהדיון המקדמי נעשה בין בעלי הדין והם – ולא צד שלישי – אלו שבוחנים בין השאר האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך,¹⁷⁸ בשלב השני בפגישת המהו"ת מי שבוחן זאת איתם הוא אמנם צד ג', מגשר המהו"ת, אך המגשר נעדר סמכות הכרעה וסמכותו בפגישת המהו"ת מוגבלת ל"פגישת מידע, היכרות ותיאום לבחינת האפשרות ליישב את הסכסוך באמצעות מנגנון חלופי ליישוב סכסוך".¹⁷⁹ רק בשלב קדם המשפט פוגשים הצדדים לראשונה את השופט, בעל סמכות ההכרעה בעניינם. ובצדק כתב רוזן-צבי: "יש יתרון בכך שהגורם בעל סמכות ההכרעה בתיק, המכיר אותו היטב, משקף בפני הצדדים את החוזקות של עמדתם וחולשותיה ומציע להם לסיים את התיק בפשרה. בנוסף, השופט הוא הגורם היחיד המוסמך להציע לצדדים לסיים את התיק בדרך של פשרה לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט".¹⁸⁰ מסיבה זו, מסכם רוזן-צבי, "הדיון המקדמי ופגישת המהו"ת אינם מיייתרים את הצורך להסמיך את השופט בקדם משפט להציע לצדדים לסיים את התיק באמצעות מנגנון חלופי לפתרון הסכסוך, בפשרה או בדרך של פשרה".¹⁸¹

שלישית, הצעתנו להסדיר השימוש בסעיף 79א באמצעות צורות היברידיות מובנות של הכרעה בדרך של פשרה ויישוב סכסוכים שיפטי המשלבות באופנים שונים שיקולים של משפט ויישוב סכסוכים, שעל השופט להציג בפני הצדדים והם צריכים לבחור ביניהם את הצורה שמתאימה ביותר ליישוב הסכסוך שביניהם, מתאימה במיוחד לשלב קדם המשפט, שבו הן לשופט והן לצדדים מידע מספיק על טיבם וחוזקם של הטענות והראיות (ובכלל זה: בקשות,¹⁸² שאלונים וגילוי מסמכים,¹⁸³ רשימת עדים¹⁸⁴), ולפיכך השופט יכול "להציב בפניהם מראה" והצדדים בשלים לשקול באופן רציני את הסיכויים והסיכונים הכרוכים בהחלטה אם להמשיך לדון בתיק בדרך הרגילה או לבחור אחת מהצורות המוצעות. בשלבים מוקדמים יותר, בוודאי בדיון המקדמי בין בעלי הדין אך גם בפגישת המהו"ת, אין בידם כל הנתונים הללו.

¹⁷⁸ תקנה 34 לתקנות החדשות. אכן יש המבקרים הדיון המקדמי החדש. ראו ארנה רבינוביץ-עיני "הליכים מקדמיים, גישור וגישה לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים" משפטים על אתר ט 33, 44–45 (תשע"ו) (הסבורה כי התקווה שיצמח ממנו שיח אלטרנטיבי, מבוסס אינטרסים וצרכים, שיוכל לשמר מערכות יחסים, לייצר שביעות רצון אצל הצדדים לסכסוך ולהצמיח פתרונות יצירתיים היא תקוות שווא). ובצדק כתב איסי רוזן-צבי, לעיל ה"ש 37, עמ' 194, ש"ההיערכות לקראת הדיון המשפטי היא התכלית העיקרית של הדיון המקדמי ואילו הסכמה על יישוב המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי לפתרון הסכסוך מהווה מטרה משנית" בלבד.

¹⁷⁹ תקנה 37(א) לתקנות החדשות. על תפקידו של המגשר ראו גם שם תקנה 37(ה).

¹⁸⁰ רוזן-צבי, לעיל ה"ש 37, עמ' 374–375.

¹⁸¹ שם, עמ' 375.

¹⁸² תקנה 49 לתקנות החדשות.

¹⁸³ פרק ט' לתקנות החדשות.

¹⁸⁴ תקנה 62 לתקנות החדשות.

הנה כי כן, הצעתנו להסדרת השימוש בסעיף 79א באמצעות הבניה של צורות שונות של פשרה המשלבות בין שפיטה ובין יישוב סכסוכים שאותם צריך השופט, לדעתנו, להציג בפני בעלי הדין אשר צריכים לבחון האם הם מעוניינים בהכרעה שיפוטית רגילה בעניינים או שהם מעוניינים ליישב הסכסוך ביניהם באחת מהצורות הללו, או צורות אחרות לפי בחירתם. הצעתנו משתלבת היטב עם הגברת ההיזקקות להליכים של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות לפי תקנות סדר הדין האזרחי החדשות ולאופן שבו רואות תקנות אלו את תפקידו של השופט לא רק כמכריע אלא כפותר ומיישב סכסוכים.

5. הצעת תקנות חדשות להסדרה של סעיף 79א

נוכח חשיבות הסדרת הפעילות לפי סעיף 79א אנו סבורים שלא די רק בקריאה לשינויה של ההלכה הקיימת בעניין שיקול דעת בפסק דין על דרך פשרה, אלא לדעתנו יש מקום גם בהתקנת תקנות חדשות שתעסוקנה בכך, בדומה לאלה שישנן ביחס להליכי בוררות וגישור.¹⁸⁵ וכאן המקום להזכיר הצעת השופטת שטרסברג-כהן (לשעבר נציבת תלונות הציבור על שופטים בחוות דעת מ-2004 שעסקה בדרך יישומו של סעיף 79א),¹⁸⁶ ש"מאחר ואין בחוק, בכללי האתיקה השיפוטית או בפסיקה, הוראות או הנחיות באשר לסדרי דין וראיות בהליך שלפי ס' 79א(א)[...] מבקשת אני להציע מספר כללים שיכול ויהא בהם כדי לסייע בניהול ההליך בצורה ראויה, העשויה ליתר בקשות לביטול פסק הדין, ערעורים על פסק הדיו ותלונות על השופט היושב בדין".¹⁸⁷ עוד היא ממליצה לשר "להתקין תקנות בדבר סדרי הדין שיחולו על הפעלת סעיף 79א(א). תקנות אלה תכלולנה הנחיות בדבר היקף ותוכן ההסבר שיינתן לבעלי הדין".¹⁸⁸ שטרסברג-כהן אף פרטה מספר עניינים שראוי להעמיד את הצדדים במסגרת הצעה להסכים למתן פסק דין בדרך של פשרה לפי סעיף 79א:

- א. בעלי הדין רשאים שלא להסכים להליך זה.
- ב. אי הסכמת מי מבעלי הדין אינה משליכה ואינה משפיעה על תוצאות המשפט.
- ג. פסק דין בדרך של פשרה אין משמעותו "פשרה" במובן של חיתוך הפער בין עמדות הצדדים בנקודה כלשהי, ויתכן גם פסק דין לפיו אחד הצדדים מפסיד הכל או זוכה בכל.
- ד. לבעלי הדין עומדת הזכות לטעון טענות במסגרת ההליך למתן פסק דין בדרך של פשרה.
- ה. בית המשפט אינו כבול להצעות פשרה או לאמירות שעלו בדין שקדם להליך.
- ו. בדרך כלל, פסק הדין שניתן בדרך של פשרה הוא פסק דין קצר ואינו כולל נימוקים.
- ז. העילות לערעור על פסק דין בדרך של פשרה, הן מצומצמות ביותר.

¹⁸⁵ תקנות סדרי הדין בענייני בוררות, תשכ"ו-1968; תקנות בתי המשפט (גישור), תשנ"ג-1993.

¹⁸⁶ ראו נציבות תלונות הציבור "הסדרת סכסוכים", לעיל ה"ש 38, בעמ' 118.

¹⁸⁷ שם, בעמ' 121.

¹⁸⁸ שם, סעיף 12.

ראוי הוא שההסבר האמור [בדבר שבעת הרכיבים שלמעלה – י.ס. ומ.א.]

ימצא ביטוי בפרוטוקול הדיון.¹⁸⁹

אנו תומכים בהצעת השופט שטרסברג כהן להסדרת פרטי הפעלת סעיף 79א בתקנות. יתירה מזו: לאור האמור במאמר זה אנו קוראים להסדרת שיקול הדעת השיפוטי בשימוש בסעיף 79א במסגרתן של תקנות סדרי דין. אנו מציעים שבתקנות האמורות יכללו (בנוסף להצעות שטרסברג-כהן למעלה) גם התקנות הבאות:

בהליך של פסק דין על דרך פשרה על פי סעיף 79א לחוק בתי המשפט יחולו הכללים הבאים:

- א. לפני שהשופט יקבל הסכמת בעלי הדין להכרעה בפסק דין על דרך הפשרה יסביר השופט לבעלי הדין את העקרונות שינחו אותו בגיבוש פסק דין על דרך פשרה, את היתרונות הגלומים בהליך זה, ויבחן עמם את הנושאים שבמחלוקת ואת האפשרויות השונות ליישב הסכסוך באמצעות פסק דין על דרך פשרה.
- ב. השופט יציע לבעלי הדין צורות שונות של הכרעה על דרך הפשרה הפועלות על פי כללים ברורים, ומשקללות באופן שונה (בכל צורת הכרעה) בין הערכים והשיקולים השונים, מידת זיקתם למשפט המהותי ולעולם יישוב הסכסוכים בדרכים חלופיות. הצדדים יוכלו לבחון בין צורות הכרעה שונות המפורטות להלן בתוספת הראשונה לתקנות, אך הם יוכלו גם להסכים על צורת הכרעה אחרת שאינה נזכרת שם.
- ג. השופט יאפשר לבעלי הדין לבחור מבין צורות ההכרעה השונות את צורת הכרעה על דרך הפשרה שמתאימה לצרכיהם ולאופי הסכסוך.
- ד. בכל יישוב סכסוך באמצעות פסק דין על דרך הפשרה יש לקבל הסמכת בעלי הדין. על השופט לוודא שההסכמה היא מרצון חופשי ומדעת, ושהצדדים מודעים ומסכימים לא רק לעצם הפסיקה על דרך הפשרה, אלא גם לצורת ההכרעה על דרך הפשרה, ובכלל זה לאופי הדיוני של ההליך, לתכנים המהותיים שעל בסיסה בנוי פסק הדין, לערכים ולשיקולים המשפטיים והחוק-משפטיים שיעמדו ביסוד ההכרעה על דרך הפשרה, מידת הזיקה שלה למשפט המהותי ולעקרונות יישוב הסכסוכים בדרכים חלופיות.
- ה. ככלל, פסק דין על דרך פשרה יהיה מנומק באופן תמציתי אלא אם כן הסכימו הצדדים אחרת.
- ו. ככלל, פסק דין של פשרה אינו ניתן לערעור אלא במקרים חריגים בלבד. אולם אם הצדדים הסכימו כי פסק הפשרה יהיה בהתאם לדין המהותי או בזיקה אליו, ופסק הדין מנומק, הם רשאים להסכים כי ניתן לערער עליו, ברשות בית המשפט, אם נפלה בו טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין.
- ז. פירוט מלא של ההסכמה של בעלי הדין לפי הרכיבים המנויים בתקנות ג-ו ובחירתם בצורת הכרעה על דרך פשרה מסוימת כאמור בתקנה ב יכתבו בפרוטוקול הדיון וכן בפסק הדין.

תוספת ראשונה (תקנה ב)

השופט יציע לצדדים צורות שונות של הכרעה בדרך הפשרה ובכלל זה:

¹⁸⁹ שם, סעיף 10.

(א) צורות הכרעה בדרך של פשרה על בסיס שיקולים משפטיים וחוק-משפטיים, בזיקה לדין המהותי, כגון: פשרה כחזוי, פשרה קרובה לדין, בין לדין בין לפשרה; פשרה המבוססת על שיקולי "צדק מדויק", יושר וצדק חברתי, כגון: פשרה כמענה לקשיים ביישום הדין במקרה הקונקרטי ופשרה כאיזון הכרעות משפטיות בשיקולים של צדק חברתי.

(ב) צורות הכרעה בדרך של פשרה כיישוב סכסוכים, כגון: בוררות על פי חוזה מתחם, בוררות מוגבלות להצעות אחרונות של הצדדים, גישור-בוררות, בוררות-גישור, הכרעה על בסיס אינטרסים והתגברות על כשלים, הכרעה על בסיס המגמה לתקן מערכות יחסים וקידום הסכמות בסכסוכים מבוססי זהות בין קבוצות תרבותיות שונות.

ה. סיכום

במאמר זה בחנו את סעיף 79א הישראלי מבחינה תיאורטית, אמפירית ואסדרתית. הצגנו את הקושי שעלה מהאופן שבו נדון במשפט הישראלי, את היקף ואופן השימוש בו, והעלינו קשיים העולים מאופיו המיוחד ומדרך השימוש בו. המתחים המיוחדים שמייצג הסעיף בין פשרה ובוררות, הכרעה והסכמה, ישוב סכסוכים ושפיטה מעלים שאלות מעניינות אשר מוצע לפתור אותן במאמר זה דרך אסדרה מתאימה אשר תקדם פלורליזם משפטי ותעודד בחירה ושיקפות עבור הבאים בשערי המשפט.