

הסדרת שיקול הדעת בפשרה לפי סעיף 79א: בין יישוב 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. עם זאת הסעיף מבוסס 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 ליישוב סכסוכים ולשפיטה מעלים שאלות חשובות אשר המאמר בוחן אותן אגב שימוש בנתונים אמפיריים וחקר תאורטי מושגי. המאמר מציג נתונים על שימוש בסעיף 79א ובוחן עמדות שופטים כלפיו, 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 ולפסיקה הנוהגת, הכרעה בדרך הפשרה נבחנת מזווית תורת-משפטית ותאוריה של הדיון האזרחי, וכן מוצגת מהזווית של עולם יישוב הסכסוכים ולנוכח מסגרת חדשה להבנת שיקול דעת שיפוטי מורחב בהליכים מקדמיים. בשל המורכבות התאורטית הנפרסת מוצעות במאמר צורות שונות של הסדרת שיקול הדעת השיפוטי בהכרעה על דרך הפשרה, אשר צדדים יוכלו לבחור ביניהן לפי צורכיהם והעדפותיהם אגב איוון בין שיקולי משפט ויישוב סכסוכים. כן מובאת הצעת תקנות חדשות להסדרה של סעיף 79א. הסדרה מתאימה של הכרעה בדרך הפשרה תקדם פלורליזם משפטי ותעודד בחירה ושיקפות למען הבאים בשערי המשפט.

* פרופסור מן המניין למשפטים וראש רשות המחקר, המכללה האקדמית נתניה, מרצה לדיון אזרחי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, לשעבר נשיא המכללה האקדמית אורות ישראל, פרופ' אורח באוניברסיטת ייל (2013–2015), פרופ' אורח באוניברסיטת McGill, קנדה (2007–2008).

** פרופסור מן המניין ודיקנית הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, ראש צוות מחקר ERC בנושא יישוב סכסוכים שיפוטי (JCR) ומנהלת אקדמית של מערך הקליניקות והקליניקה ליישוב סכסוכים וגישור 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 של 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 למשתתפי הסמינר הפקולטטיבי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב על הערות והארות מאירות עיניים. תודה מיוחדת לחברי מערכת **משפטים** ולסוקרים של המאמר על הערותיהם המחכימות והמלומדות ועל עבודת עריכה מקצועית ומעמיקה.

מבוא. א. "פסק דין על דרך הפשרה" – החידוש של המשפט הישראלי וקשייו. 1. סעיף 79א – מאפיינים עיקריים. 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 תאורטי והצגת המתחים – פסק דין על דרך 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 כחלופה לתפיסה הדיכוטומית של הכול או לא כלום. 5. פשרה בדין העברי. 6. מודל תאורטי – ערכי הפשרה והבניית שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה. **ד. הסדרה של סעיף 79א – המודל המוצע.** 1. פשרה המבוססת על שיקולים משפטיים וחוקי-משפטיים. 2. צורות שונות של פשרה כיישוב סכסוכים. 3. פיתוח ואסדרה של המודל המוצע. 4. השתלבותה של ההצעה במגמות הרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי. 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 ניכר 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", שבו הצדדים מסכימים 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. עם זאת הסעיף מבוסס 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, התאוריה של הפרוצדורה המשפטית וההמשגה מעולם התוכן של לימודי יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות – Alternative Dispute Resolution (להלן: ADR).

וכאן אנו מגיעים לקושי המרכזי שבו 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 מדי). 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 שלפיו השופט מקבל סמכות לפסוק על דרך הפשרה, אך מתברר שלא השופט ולא הצדדים יודעים ברורות מה תהיה הכרעתו ועל מה תבוסס. עמימות זו בנוגע ליעדים, לשיקולים ולערכים המנחים בפסק דין על דרך פשרה גורמת לקשיים רבים, משפטיים, חברתיים וערכיים, שמתעצמים דווקא בשל העובדה שהשימוש בפסק דין על פי סעיף 79א נפוץ מאוד בהתדיינויות המשפטיות

בישראל. נראה לנו כי נדרשת הסדרה ברורה של שיקול הדעת הנתון לשופט בהכריעו 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 משום 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, ואף 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 לשיקול 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) את הערכים והשיקולים השונים ואת מידת זיקתם למשפט המהותי ולעולם יישוב הסכסוכים בדרכים חלופיות, ובכך מאפשרים לצדדים ולשופטים לבחור מתוך צורות ההכרעה השונות את צורת ההכרעה בפשרה שמתאימה לצורכיהם. האינטרסים והמתחים העיקריים העומדים על הפרק: אינטרס ההסכמה ואוטונומיית הרצון של הצדדים לצד אינטרס השפיטה הרציונלית וקביעת הנורמות בבית 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 בבית 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. נוסף על זה יורחבו גבולות המשפט ויחברו עם עולם יישוב הסכסוכים ויקודם הפלורליזם המשפטי.

פרק א של המאמר עוסק בבחינה ביקורתית של האפשרות ליתן פסק דין על דרך הפשרה. נעמוד על המאפיינים העיקריים של ההסדר הקבוע בסעיף 79א כפי שעוצב בפסיקה, בדגש על בחינת התכנים המהותיים של פסק דין על דרך הפשרה, על השיקולים שביסוד הכרעתו של בית המשפט ועל שאלת זיקתם של שיקולים אלו למשפט המהותי. במוקד הדיון יעמוד ניתוח ביקורתי של פסק הדין המנחה בעניין **אגיאפוליס**¹, 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 באיזו מידה שירצה ולפי התמהיל שהוא יקבע בין השיקולים השונים ללא כל מגבלות. אנו נטען כי הלכת

1 ע"א 1639/97 **אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה**, פ"ד נג(1) 337 (1999).

אגיאפוליס בעייתית ביותר, משלוש סיבות: האחת, משום פגיעתה בצפיפות בעלי הדין ובזכויותיהם המהותיות והדיניות; השנייה, משום היעדר תיחום מדויק בין הדין המהותי לבין אותם שיקולים מיוחדים שבפשרה; השלישית, משום שהתבססות בית המשפט העליון באגיאפוליס על דיני הפשרה שבמשפט העברי היא סלקטיבית ואינה משקפת נאמנה את ההסדרים המפורטים והמתוחכמים המצויים במקורות המשפט העברי.

פרק ב מציג נתונים אמפיריים של תיקים בבתי המשפט בישראל המסתיימים בפסק דין על דרך הפשרה ועומד על המקום הנרחב שיש להליך זה בפרקטיקה השיפוטית בערכאה הדינית, עובדה שמדגישה עוד יותר את הצורך להסדיר כראוי הליך זה. הוא מקשר את הדיון במשמעותו הרעיונית-משפטית של הסעיף עם מבחן אמפירי של ביטוי בפועל כפי שהשתקפו במחקר נרחב שעסק בבחינת תפקידיהם של שופטים בעידן המשפט הנמוג. מרתק לראות כיצד הנתונים האמפיריים מצביעים על דמיון מפתיע בין תוצאות פסקי דין לפי סעיף 79א ובין סיומי תיק בפסק דין רגיל. עם זאת מחלץ המחקר האיכותני תפיסות שונות של שופטים את השימוש בסעיף 79א כפי שהן משתקפות בתצפיות ובראיונות.

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

פרק ד של המאמר מציג מודל להסדרה של סעיף 79א, ובמרכזו צורות שונות של הכרעה בדרך הפשרה המוצעות לצדדים, ולאחר שהם הסכימו לבחור באחת מצורות ההכרעה – או בשילוב של כמה מהן – יגבש השופט את פסק דינו על דרך הפשרה על בסיס היעדים, השיקולים, מידת הזיקה לדין המהותי או לדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים וטכניקות הביצוע של צורת ההכרעה שנבחרה בידי הצדדים. במקד הפשרה 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 בהדגישן ערכי פשרה שונים שמעבר לדין המהותי, ובכלל זה: פשרה המבוססת על שיקולי יושר, פשרה כמקדמת צדק חברתי, פשרה כמקדמת שלום ופשרה 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 של "פשרה כבוררות" וכולל כמה וריאציות של בוררות: מתוחמת בגבולות, על פי הצעות סופיות, med-arb; מסלול שני כולל צורות שונות של פשרה כיישוב סכסוכים במובן מעמיק יותר המתבסס על אינטרסים ומתוך ניסיון להתגברות על כשלים.

לדעתנו השופט יצטרך להציג בפני הצדדים את מגוון צורות ההכרעה הללו – כולל אפשרויות המשנה ואפשרויות השילוב בין הצורות השונות – ולבחון עימם מה מתאים להם יותר בנסיבות הסכסוך הקונקרטי. בדרך זו ייהפך סעיף 79א לא רק להליך נפוץ אלא גם להליך רציונלי, מוסדר ומבוקר, העומד בציפיות בעלי הדין ומותאם אישית לצורכיהם ומוצדק מבחינת תורת המשפט והערכים המשפטיים המקובלים בישראל. אנו מציגים אף היבטים שונים שבהם ניתן לדעתנו לפתח את המודל המוצע ובוחנים את 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 עיקריים

סעיף 79א קובע ש"בית משפט הדין בעניין אזרחי 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 מהותית משאר סוגי הפשרות הנזכרים בסעיף האמור, שבהם בית משפט מציע הסדר פשרה לצדדים או מאשר הסדר פשרה קיים בין הצדדים ונותן לו תוקף של פסק דין. בשונה 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.² 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.³ לפי ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 79א וזיקתו לסעיף 4(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975,⁴ נראה כי פסק דין על דרך הפשרה נועד במקורו למקרים שבהם עניין מושא המחלוקת הוא עניין שבהערכה או בשומה, וכן במקרים שבהם קיימת מחלוקת יסודית בין הצדדים בשאלה של עובדה או חוק וסיכויי ההכרעה בסכסוך אינם ברורים.⁵ במקרים אלו יש יסוד להנחה שבעלי הדין אינם מעוניינים לקבל עליהם את הסיכון שהתביעה תידחה במלואה או תתקבל במלואה, ועל כן הם מעבירים לבית המשפט את ההכרעה בעניינם על דרך הפשרה, על בסיס שיקולים שונים (לא רק שיקולים פורמליים). בדומה לגישור ולבוררות, אף בפסק דין על דרך הפשרה נדרשת

- 2 ראו אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** כרך א 882 (מהדורה שלוש עשרה 2020); יעקב טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה" – על פשרה ועל פסק דין על דרך הפשרה "שערי משפט" ג 13, 16 (2012).
- 3 שלמה לוין **תורת הפרוצדורה האזרחית** 184 (מהדורה שנייה 2008).
- 4 בדברי ההסבר להצעת החוק של סעיף 79א (דברי ההסבר להצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), התשנ"א–1991, ה"ח 322), 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 ליתן פסק דין על דרך הפשרה.
- 5 לוין, לעיל ה"ש 3.

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".⁶ 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'".⁷ ואף אחרים ציינו את זיקתו של פסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א לדיני הפשרה של המשפט העברי דווקא.⁸ אומנם יש במשפט האנגלו-אמריקאי הליכי בוררות בעלי 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 שבו הופך השופט למעין בורר שמפעיל את שיקול דעתו,⁹ בוחן סיכויים וסיכונים בתיק ומגיע לתוצאה. ואולם, שלא כהליכי בוררות אשר בדרך כלל אינם נעשים בבית המשפט עצמו ובידי השופט, אלא בידי בורר מקצועי ומחוץ לכותלי בית המשפט, והדרכים שבהן 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 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 הסכסוך בפשרה היא מהיעדים הנזכרים בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות,¹⁰ אין הוראות מפורטות לא בחקיקה ולא בתקנות המגדירות את אופיו של פסק דין על דרך הפשרה, את תנאיו ואת גבולותיו,¹¹ בשונה

6 חמי בן-נון ועמוס גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי-המשפט, התשמ"ד–1984 "הפרקליט" 258, 257 מו (2002).

7 טירקל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 20.

8 ראו דברי השופט מ' אילן בעניין **אגיאפוליס**, לעיל, ה"ש 1, בעמ' 346–347 (שהתבסס בפרשנותו לסעיף 79א לחוק בתי המשפט על המשפט העברי). ראו גם יעקב בזק "יישוב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי" **סיני** עא 64 (1972); עדי עזר **קדם משפט** 80 (1999) (המציין כי סעיף 79א מיוסד על "הכלל הנקוט במשפט העברי [...] תוך דחיית הביקורת האמריקאית בנדון").

9 Yuval Sinai & Michal Alberstein, *Court Arbitration by Compromise: Rethinking Delaware's State Sponsored Arbitration Case*, 13 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 739, 739–743 (2015).

10 בהן נקבע כי על הצדדים מוטלת החובה לקיים דיון מקדמי, שמטרתו בין השאר "לבחון את האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך" (ראו תק' 34 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018), 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" (שם, בתק' 63(ב)(17)). אם כי האפשרות לפסוק על פי סעיף 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 גודל הנזק שנגרם).

11 אומנם בפסיקה הציגו רשימה של המלצות בדבר דרך התנהלות הרצויה במסגרת הסכמה לדיון על דרך הפשרה (ראו ע"א 3330/11 **אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' לוי** (נבו 17.11.2011)), ואולם מדובר ברשימה שאינה מחייבת אלא היא בגדר "לקחים והמלצות" (כלשונו של גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 882), והיא גם כללית מאוד ואינה נכנסת לפרטים כפי שמקובל בהסכם בוררות.

מהליכים אחרים ליישוב סכסוכים – בוררות¹² וגישור¹³ – שיש להם הסדר מפורט. בבוררות ידוע לבעלי הדין בדיוק "מהם כללי המשחק" שעל פיהם יפסוק הבורר. לא כן הדבר בפסיקה על דרך הפשרה.¹⁴ עם זאת כפי שנראה להלן בפרק ב, המוקדש לניתוח האמפירי, בישראל תיקים רבים מסתיימים בפסק דין על דרך פשרה. היתרון העיקרי של הסכמה על סיום סכסוך בפסק דין על דרך הפשרה הוא היעילות והמהירות.¹⁵ 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 הוכחה וכן בעלויות ניהול ההליך.¹⁶

יתרונות הפשרה אינם מתמצים רק ביעילות ובחיסכון בעלויות. יש שצינו יתרונות אחרים. בסכמו את מעלותיה של הפשרה ציין השופט יעקב טירקל שיש לפשרה גם משמעות חינוכית-חברתית של הסתגלות ליישוב סכסוכים בדרך של פשרה והימנעות מווכחות, מהתנצחות ומההתייגות מיותרות רבות.¹⁷ הפשרה מיישבת את הסכסוך לא רק מן הבחינה המשפטית אלא גם כשהיא נעשית בדרך הוגנת, היא כרוכה בויתורים הדדיים, אגב מודעות לאי-ודאות 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 (הנוכחים בידי טירקל), הגם שיש בהם פוטנציאל ועושר תאורטי, לא ממש באים לידי ביטוי בעולם המעשה בשימוש בסעיף 79א בבתי המשפט בישראל, שאולי תוצאתו פשרה, אך דרכו דומה להליך הבוררות. הסכמת 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 ב-79א לא

12 בסעיף 79ב לחוק בתי המשפט נאמר ש"בית המשפט הדין בענין אורחי ראשי, בהסכמת בעלי הדין, להעביר עניין שלפניו, כולו או מקצתו, לבוררות, וכן ראשי הוא, בהסכמתם, להגדיר תנאי הבוררות" (ההדגשה הוספה), וגדרי הבוררות והסכם הבוררות מפורטים ומוגדרים בחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

13 בסעיף 79ג לחוק בתי המשפט נקבע שבהסכמת הצדדים בית המשפט ראשי להעביר תובענה לגישור, ואילו גדרי הגישור מפורטים הן בתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993 הן בתקנות סדר הדין האזרחי בהקשר של פגישת מהר"ת (תק' 37 לתקנות סדר הדין האזרחי).

14 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 חוסיין נ' אלון טבעון בע"מ, פ"ד נט(3) 646 (2004).

15 טירקל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21.

16 ככלל, ההכרעה השיפוטית בפסק דין של פשרה מכוח סעיף 79א לחוק בתי המשפט ניתנת ללא הצגת מלוא מסכת הראיות. ראו רע"א 11579/05 ניידות חב"ד להפצת יהדות ארה"ק נ' חנניה (נבו) 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 קטן ממה שהיו פוסקים בהליך אחר.

17 טירקל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24.

מצליחים להגיע להסכמה בנוגע לתוכן הפשרה ושיקוליה, וודאי 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 79 הוא בכך שקשה לצפות את אופן הכרעתו של השופט.¹⁸ חיסרון זה הוא שגורם לו, במתכונתו הנוכחית, להיות בעייתי כל כך. הבעייתיות נובעת בראש ובראשונה מכך שמדובר בהליך היברידי המשלב פשרה עם פסק דין ומשפט מהותי עם שיקולים נוספים מחוץ למשפט המהותי. וביתר הרחבה: פסק דין על דרך פשרה הוא הליך המשלב פשרה שבבסיסה היא הליך חלופי ליישוב סכסוכים, שבו 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 וללא יכולת השפעה על תוצאתו. פסק דין על דרך הפשרה אף עשוי לשלב – הגם שכפי שנראה בפרק הבא בפועל, לרוב הוא אינו משלב – שיקולים מן המשפט המהותי עם "שיקולים אחרים" שאינם כל כך ברורים ומוגדרים והם לקוחים מעולמות שמחוץ למשפט המהותי, מעולמות של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, מעולמות של צדק ומוסר ושלוש. הבעייתיות האמורה מתעצמת בשל העובדה שקשה מאוד לתקוף פסק דין על דרך פשרה בדרך של ערעור לערכאה גבוהה יותר בשל המדיניות המקובלת בפסיקה שלפיה פסק דין על דרך פשרה אינו צריך להיות מנומק.¹⁹ בפסיקה נקבע שאין בסעיף 79 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. לפי תפיסה זו, הצדדים כמובן יכולים להסכים שההכרעה תכלול הנמקה, ואולם עצם ההנמקה היא חריג לא רצוי, כעמדתם של כמה שופטים ומלומדים.²⁰ 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 מאלה שבערעור רגיל.²¹ אכן, רק במקרים חריגים ביותר ערכאת הערעור מתערבת בפסק דין על דרך פשרה.²²

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.²³ הפסיקה הניחה

18 שם, בעמ' 21.

19 ע"א 6780/19 מדינת ישראל נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (נבו 16.8.2020).

20 בע"מ 419/17 פלוני נ' פלוני (נבו 28.2.2017).

21 ראו גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 884–885; רע"א 2237/03 אפרים שועלי בנין והשקעות בע"מ נ' המועצה המקומית תל מונד, פ"ד נט(4) 529 (2005).

22 ראו גורן, לעיל ה"ש 2 בעמ' 884; ע"א 516/17 חברה קדישא גחש"א נ' קל בנין בע"מ (נבו 23.7.2017); עניין נידות חב"ד, לעיל ה"ש 16. ראו גם בג"ץ 1625/19 כהן נ' פעילים ניהול תיקי השקעות בע"מ (נבו 16.4.2019); עניין אגיאפוליס, לעיל ה"ש 1.

23 שם.

שבעלי הדין המפקידים את ענייניהם בידי בית המשפט על מנת שיפסוק להם על דרך הפשרה, מבקשים לקצר את משך ההתדיינות ביניהם.²⁴ זו גם הסיבה שלא נקבעו סדרי דין ודיני ראיות להליך הפשרה (בניגוד להליכי הבוררות והגישור). אומנם נקבע שבעלי הדין יכולים למקד את העניינים שבהם הם מבקשים את הכרעתו של בית המשפט על דרך הפשרה באמירה מפורשת בהסכם הפשרה,²⁵ 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.²⁶ הסמכתו של בית המשפט לפסוק על דרך של פשרה כרוכה בהרחבת שיקול דעתו היות שבפסיקה על פי סעיף 79א רשאי בית המשפט אף לחרוג מהדין המהותי, וכן הוא אינו מחויב לפסוק על דרך האמצע אלא רשאי לפסוק את מלוא הסכום הנתבע או לדחות את התביעה במלואה, כשהוא מוצא זאת לנכון לפי הנסיבות.²⁷

(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 אם משמעות הדבר קבלת התביעה כולה או דחייתה – בשונה 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: בדיון 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.

טענת המרכזית של המערערות הייתה כי בפסק דינו חרג בית משפט המחוזי מן המסגרת שהותוותה בידי בעלי הדין בהסכם הפשרה. בית המשפט פעל כפי שהיה פועל בבואו לפסוק פסק דין רגיל – לא על דרך הפשרה – הוא ניתח ניתוח פורמלי 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

24 גורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 883.

25 לדוגמה: הצדדים יכולים להסכים מראש על תשלום פיצויים לאחד מן הצדדים ולהשאיר את שאלת סכום הפיצוי לפסיקתו של בית המשפט על דרך הפשרה.

26 עניין אגיאפוליס, לעיל ה"ש 1.

27 רע"א 2101/14 מדאר נ' משעול (נבו 8.4.2014).

של פשרה אלא היו ממצים את ההליך השיפוטי בהצגת 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 ציפייתם 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 שעליו 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 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 לדעתו לפסוק על-פי שיקול-דעתו בין לדין ובין לפשרה.

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

השופט טירקל הסכים לפסקו של השופט אילן, והוא כתב (בפסקה 2 לפסק דינו) 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 **אגיאפוליס**, שלפיה סעיף 79א אינו מונע מבית המשפט להחליט בנסיבות מתאימות – לקבל עמדת צד אחד במלואה.²⁸ עתה נעבור לניתוח ביקורתי-פרטני של **אגיאפוליס**.²⁹

(ב) הפגיעה בציפיות בעלי הדין ובזכויותיהם המהותיות והדיניות

ביקורת ראשונה על הלכת **אגיאפוליס** היא שתוצאת פסק הדין פוגעת בציפיות בעלי הדין ובזכויותיהם המהותיות והדיניות. עד לפסיקה זו הייתה מקובלת פרשנות מסוימת ל"פשרה", דהיינו "הסכם על ידי ויתורים מסוימים בין רבים, מיצוע הדין".³⁰ המערערים בפרשת **אגיאפוליס** 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 הסדר פשרה. לו 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" אגב שמירת מלוא זכויותיהם לערעור.³¹ ואולם בעניין **אגיאפוליס** לא קיבלו שופטי בית המשפט העליון פרשנות זו אלא קבעו מובן אחר לחלוטין של פשרה, ולפיה סעיף 79א אינו מונע את בית המשפט מלהחליט כי בגדר סמכותו לקבל את התביעה במלואה או לדחותה במלואה. על פרשנות זו של המונח "פשרה" העירו בן-נון וגבריאלי "שאילו ידעו הצדדים כי זהו הפירוש הנכון ל'פשרה', היו בוודאי ממקדים את העניינים בהם התבקשה הפשרה".³² בית המשפט קבע שההסדר 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 את העומס בבתי המשפט, אין בכך כדי למנוע מהצדדים זכות מהותית.³³ לאחר פרשת **אגיאפוליס** נוצר למעשה, כך טוענים בן-נון וגבריאלי, מובן חדש למילה "פשרה" על פי סעיף 79א, שאותו 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)".³⁴ בעידן שלאחר פרשת **אגיאפוליס** צריכים צדדים לפסק דין בדרך של פשרה להניח שבגדר הסכמתם להליך זה על כל צד להביא בחשבון גם אפשרות שעמדתו תישלל לחלוטין, היינו אפשרות שהתביעה

28 ע"א 3958/95 **שמעון נ' עזבון שמעון** (נבו 14.2.1996); רע"א 5569/97 **עובדיה נ' בן שמחון** (נבו 16.12.1997); רע"א 1206/11 **חכשורי נ' אבידן** (נבו 28.2.2011).

29 ביקורת על פסק דין בעניין **אגיאפוליס** (לעיל ה"ש 1) הוצגה בידי בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 260–266. נציין את עיקרי ביקורתם להלן, אך גם נוסיף כהנה וכהנה.

30 אברהם אבן שושן **המילון החדש** 2181 (1985). "דין" אברהם אבן-שושן **מלון אבן-שושן המרכז: מחדש ומעודכן לשנות האלפים** 182 (משה אור עורך ראשי 2004). כפי שהראו בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 260–262. תפיסה דומה ליוותה את בתי המשפט בפרשם את סעיף 79א בשנים שלפני עניין **אגיאפוליס**, לעיל ה"ש 1.

31 שם, בעמ' 344.

32 בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 264.

33 שם, בעמ' 263.

34 שם, בעמ' 264–265.

תידחה כולה או תתקבל כולה.³⁵ ואם כך הם פני הדברים בעידן שלאחר פסק דין **אגיאפוליס**, בצדק רב כתבו כן-נון וגבריאל, שבתי המשפט אימצו את סעיף 79 א "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".³⁶ ולכך מצטרף קושי נוסף העולה מתוצאת **אגיאפוליס**: סיכויי הערעור על פסק דין שניתן על דרך הפשרה הם קלושים וכמעט אינם קיימים בפועל.

שימת לב לרובד החוזי-הסכמתי המצוי בבסיסה של הסכמת בעלי הדין לסעיף 79 מעוררת דיון בשאלת אופי ההסכמה הנדרש לדעתנו להפעלת הסעיף בכלל ובהתחשב בכך שלאחר פסק דין **אגיאפוליס** היה אפשר לכאורה לטעון כי הצדדים יודעים בדיוק על מה הם מסכימים בפרט. ואולם, טענה זו אין בה ממש, לדעתנו, שכן ההסכמה להצעות פשרה המוצעות באולם המשפט נושאת אופי כללי מאוד ולא מספק לדעתנו, משלוש סיבות:³⁷ ראשית, כבר עמדו שופטים ומלומדים אחדים על הבעיות הכרוכות בהסכמות הצדדים לסעיף 79 א לפי הדין הקיים. הבעיה הגדולה ביותר היא שהשופטים ינצלו את כוחם לנהל הליך לפי סעיף 79 א 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 להשתמש בסמכויות שניתנו להם לצורך השגת מטרה זו, ובעקבות זאת גבר הלחץ שמפעילים שופטים על הצדדים לסיים תיקים בפשרה.³⁸ עדות לכך אפשר למצוא בתלונות הרבות 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.³⁹ לעומת זאת ברור כי הסכמתם של הצדדים לפסק דין של פשרה לפי הצעתנו שלהלן היא הסכמה מדעת ומרצון, כפי שנסביר בהרחבה להלן בפרק ד, ואין בה הבעייתיות האמורה.

35 שם, בעמ' 265.

36 שם, בעמ' 259.

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

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

39 חוות דעת 8/04 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "הסדרת סכסוכים בפשרה או בפסק דין בדרך של פשרה" **דין וחשבון שנתי לשנת 2004** 118 (6.7.2004) (להלן: נציבות תלונות הציבור "הסדרת סכסוכים"). כן ראו דברי רוזן-צבי **הרפורמה**, לעיל ה"ש 38, בה"ש 61 (שמציין כי "למרות חוות הדעת של הנציבה שטרסברג-כהן, תלונות על לחצים מצד שופטים על בעלי דין להסכים לסיים את התיק בפשרה או בפסק דין על דרך של פשרה ממשיכות להגיע חדשות לבקרים לפתחו של נציב תלונות הציבור על שופטים"), וכן ההפניות המופיעות שם.

שנית, שיתוף מרבי של הצדדים ובניית הסכמות בהליכי יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות הוא אחד מהעקרונות העיקריים המנחים במנגנונים אלו,⁴⁰ וכדי לעמוד בעיקרון האמור לא די בקבלת הסכמה כללית של הצדדים שמעניקים סמכות כללית לשופט לפסוק בעניינם על דרך הפשרה, אלא על הצדדים להיות הרבה יותר מעורבים בעיצוב האופן שבו יינתן פסק דין על דרך הפשרה בעניינם. עליהם להבין היטב למה הם מסכימים, והסכמתם צריכה להיות ספציפית ומפורטת, ובכלל זה עליהם לדעת בבחירות מהם גודל 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 אינם מודעים לפוטנציאל ולדרכים השונות להכריע על דרך הפשרה, שאותן נציג בפרק ד של מאמר זה, בין השאר בשל הלכת **אגיאפוליס** שהציגה בעיקר מודל של פסיקה על פי הדין המהותי. אנו סבורים כי סעיף 79א – במתכונת הפעלתו הנוכחית בשל הלכת **אגיאפוליס** – עשוי למנוע מבעלי הדין קשת שלמה של אפשרויות שבהן הללו עשויים לרצות. טענה זו כשלעצמה די בה כדי לבקר את הלכת **אגיאפוליס** ואת הדין הקיים, אולם ראוי להתייחס גם לטענות נוספות שיש להעלות נגד **אגיאפוליס**.

קשה לקבל גם את הטענה הנוספת שהועלתה בפסק הדין **אגיאפוליס** ולפיה ציפייתם המרכזית של הצדדים הפונים לפשרה היא לקבל הליך יעיל ומהיר ללא ראיות ופרוצדורות.⁴¹ לא אחת הם גם מעוניינים בתוצאה שתהיה שונה מהותית ("צדק אחר") ממה שהיו מקבלים בהליך הרגיל. פשרה בינארית היא בעייתית גם מבחינת הפגיעה בזכויות הדיניות של הצדדים, שכן פסיקתה היא כפסיקת הדין המהותי ללא שניתן לצדדים לנהל דיון ראוי (הצגת ראיות וחקירה נגדית), וללא אפשרות אמיתית לערער על פסק הדין (בתי המשפט כמעט אינם מקבלים ערעורים עליו). יש בעיה גם מבחינת ציפיות הצדדים להיכנס להליך פשרה, שכן אומנם בעל דין מוכן לוותר על הסיכוי שאילו היה בוחר במסלול רגיל היה פסק דין מוכרע לטובתו בשל הסיכון הקיים באפשרות שפסק הדין יהיה נגדו, ולכן הוא ניאות ללכת לפשרה בהנחה שהוא יקבל לפחות חלק מהעוגה, אך אילו היה בעל דין יודע שגם לפי אפשרות הפשרה הוא עשוי שלא לקבל דבר (כלומר שהבחירה באפשרות הפשרה לא בהכרח מנטרלת את הסיכון להפסד מלא, כאשר במסגרתה הוא אפילו אינו יכול לפעול למניעת התממשותה של אפשרות זו), הוא היה מעדיף בוודאי ללכת למסלול השיפוט הרגיל, שם היה יכול לפעול פעולה נרחבת יותר על מנת לנסות לשכנע את בית המשפט בצדקתו מחד גיסא, וגם אם היה נפסק בסופו של דבר לרעתו, היה הדבר נעשה לאחר זמן רב

40 על דרכי "בניית הסכמות" ראו LAWRENCE SUSSKIND ET AL., THE CONSENSUS BUILDING HANDBOOK: A COMPREHENSIVE GUIDE TO REACHING AGREEMENT (1999). לתיאור השלבים השונים של בניית הסכמות ראו STEPHEN B. GOLDBERG ET AL., DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES 507 (1999).

41 אם כך היה הדבר, לא היה בית המשפט העליון מאפשר הכרעות על דרך הפשרה במסגרת הליך שמוצגים בו טיעונים, מובאים ראיות, מוגשים סיכומים וכיוצא באלו שאינם בהכרח מקצרים את משך ההתדיינות. ראו בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 6 בעמ' 263.

מזה שבפשרה (וחיובו לשלם היה נדחה) מאידך גיסא.⁴² זאת ועוד, בפרקטיקה הנוהגת בבתי המשפט, כפי שנראה בפרק הבא, נעשה שימוש בסעיף 79א לכל אורך ההליך השיפוטי וגם בשלב ההוכחות כשמתבררות עובדות חשובות. לכן במידה מסוימת משקף השימוש הגובר בסעיף 79א מעבר לגישה אינקוויזיטורית יותר של הכרעה אשר נותנת סמכות גדולה יותר לשופט.⁴³ נראה אפוא שמגמה זו מחלישה עוד יותר את שליטתם של הצדדים ואת הממד ההסכמי שבהליך הפשרה.

ביקורת מסוימת על הלכת אגיאפוליס עולה מכמה פסקי דין של בית המשפט העליון, אם כי השופטים לא הגיעו עד כדי ביטול הלכת אגיאפוליס. בפסק הדין בעניין בוקרה התייחס השופט רובינשטיין לביקורת נגד הלכת אגיאפוליס, שלחלקה הוא מסכים, והוא אף מודה שאכן החלטת פשרה בראייתן של הבריות היא במיצוע כזה או אחר, וזו גם משמעותה הלשונית הבסיסית של ה"פשרה".⁴⁴ 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".⁴⁵ זאת ועוד, קובע השופט רובינשטיין, כהליך ראוי מומלץ למקד מראש את העניינים שיידונו בהליך של פסק דין לפי סעיף 79א, וכדי למנוע חילוקי דעות אפשריים, יש לעשות מאמץ להבהיר מראש את המסגרת הדיונית במפורט.⁴⁶ 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".⁴⁷ ביקורת נוספת על הלכת אגיאפוליס עולה מדברי השופט גרוניס בעניין מלול.⁴⁸

42 שיקול זה מתאים כמובן רק לצד שחשוב לו לדחות תשלום, אך אולי יש נתבעים שדווקא מעוניינים מאוד לשלם (נגיד בשנת מס מסוימת).

43 לביסוס אמפירי של הטענה בדבר סיומי תיקים לפי סעיף 79א ראו דיון בפרק הבא וכן מאגר המידע Michal Alberstein & Dana Rosen, *Civil Cases Tel Aviv Magistrate Court 2010–2011 Public*, ZENODO (Jan. 19, 2021), <http://doi.org/10.5281/zenodo.4449537>. לדיון ביחס שבין סעיף 79א למרחב הנוצר בין הממד האינקוויזיטורי לאדוורסרי בפעילות שופטים ראו עמוס גבריאל ומיכל אלברשטין "תהליכי יישוב סכסוכים באולם המשפט האזרחי: בין האינקוויזיטורי לאדוורסרי" **מחקרי משפט** לג 1 (2021).

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

45 שם.

46 שם.

47 ע"א 3330/11 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' לוי, פס"י 10(א) (נבו 17.11.2011).

48 דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533, פס"י 15 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2010). השופט גרוניס דן באפשרויות להטלת אחריות יחסית ופסיקת פיצויים נזיקיים חלקיים במקרים של סיבתיות עמומה, ובין שאר דבריו הוא כותב שאין לקבל מצב שבו תתקבלנה תוצאות זהות בפסק דין על דרך הפשרה ובפסק דין רגיל: "לטעמי, אין לקבל שהכרעה בדרך הרגילה, בנסיבות המקרה שבפנינו, תהא זהה להכרעה על דרך הפשרה. כאשר שני בעלי דין הניצבים משני צידי המתנס 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

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

אנו סבורים שהבעיה המרכזית של הלכת **אגיאפוליס** נעוצה בכך שאין היא כוללת הנחיה ברורה להבניית שיקול הדעת השיפוטי והשיקולים המנחים את השופט בפסק דין על דרך הפשרה. נעניין בדברי השופט טירקל בעניין **אגיאפוליס** (פסקה 2 לפסק דינו): "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 שיש להביא בחשבון את הדין המהותי, הרי שאין בפסק הדין קביעה ברורה באיזו מידה יש להתחשב בדין המהותי.⁴⁹ באיזה אופן ומתי משתלבים שיקולי הדין המהותי בפסק דין על דרך הפשרה? מה משקלם של שיקולים אלו לעומת אותם שיקולים נוספים הייחודיים לפשרה? היעדר קביעת עקרונות מנחים בשאלות אלו פוגע לא מעט בוודאות ובציפיות של הצדדים מהליך הפשרה, וממילא הוא פוגע אף 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, שלפיה ברוב פסקי הדין על דרך הפשרה השופט למעשה פוסק בדיוק באותה צורה ומגיע לאותה הכרעה שהייתה מתקבלת בפסק דין רגיל של בית משפט הפוסק על פי הדין המהותי, ובכך אין מנוצל הפוטנציאל הרב הטמון בפסיקה המשקללת גם שיקולים אחרים הייחודיים לפשרה, ובהם שיקולים הלקוחים מתורת יישוב הסכסוכים. הזהות 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 חלופיות. בצדק רב כתבו בן-נון וגבריאלי: "לאחר ההכרעה בפרשת **אגיאפוליס** ניתן לומר כי הפשרה שהייתה בעיני רבים אחד המכשירים המצוינים ליישוב סכסוכים הפכה גם למכריעה בסכסוכים עצמם".⁵⁰

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

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(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984). ביקורתו של השופט גרוניס על קיומה של זהות בתוצאות בין פשרה לפי 79א לבין התוצאה בפסק דין רגיל מקבלת חיזוק מהאמור בפרק הבא, שמבחינה אמפירית התצפיות בשטח מאששות את הזהות האמורה.

49 הנשיא (דאז) ברק הסכים לפסקי הדין של חבריו והוסיף כי "פשיטא בעיניי כי בגדרי הפשרה ההתחשבות בדין היא אפשרית" (עניין **אגיאפוליס**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 350). ברק לא נימק דבריו, ואדרבה, אולי מה שכתב שונה במקצת מדברי טירקל, שכן "התחשבות בדין" אינה יותר מהוספת שיקול שיש להתחשב בו לצד שאר השיקולים, אך אין מדובר בהכרח בהכרעה על יסוד שיקול זה בלבד.

50 בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 281.

(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 [מכל מקום] י"ל [יש לומר] 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 שהסבירה בית המשפט, הכוונה שפוסק בדרך כלל לפי הדין המהותי אלא אם נראה כי בנסיבות העניין "הדין נוקשה מידי" ואז פוסקים על דרך הפשרה. בדומה לזה מציע בית המשפט לפרש גם את סעיף 79א לחוק בתי המשפט.

אכן, היזקקותו של בית המשפט למקורות המשפט העברי ראויה ומתבקשת בשל העובדה שפסק דין על דרך הפשרה, הליך שכאמור קשה למצוא לו מקבילות בשיטות משפט אחרות, הוא מוסד משפטי ידוע ומפותח מאוד במשפט העברי, ובמקורות אלו ניתן למצוא דיונים מעמיקים על גדרי פסק דין על דרך הפשרה והשיקולים המובאים בחשבון.⁵¹ עם זאת יש לעמוד על כמה קשיים הנוגעים למסקנות שהסיק בית המשפט ממקורות המשפט העברי ולאופן יישומן ותרגומן בהקשר של פרשנות 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 שבו הצדדים הסמיכו את

51 להרחבה ראו אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני כרך ב 587–638 (2011).

בית המשפט לפסוק בעניינם "בין לדין בין לפשרה", ואילו סעיף 79א לחוק בתי המשפט עוסק במקרה שבו הצדדים הסמיכו את בית המשפט ליתן "פסק דין על דרך הפשרה". הסכמה לפסוק "בין לדין בין לפשרה" כמובנה במקורות המשפט העברי ובתשובת הרב קוק אינה זהה לפסק דין "על דרך הפשרה". יש הבדל ניכר ביניהם: "בין לדין בין לפשרה" הוא אחד ממסלולי פסק דין על דרך הפשרה של המשפט העברי (ויש מסלולים נוספים כאמור להלן בפרק ג), וכשמו כן הוא: הוא אינו מבוסס בלעדית על שיקולי פשרה, אלא מדובר 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 פיה מבוסס פסק הדין בדרך כלל, אלא אם 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 ("הכול 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 שנייה הכרוכה בהשוואה שעושה בית המשפט באגיאפוליס בין המשפט העברי לבין גדר "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 חזקה בין פשרה לבין הדין המהותי, והפסיקה בפשרה יכולה להיות זהה למה שהייתה 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, שאותה נציג בהרחבה בפרק ג. כפי שנראה שם, רבים מהפוסקים סברו שההכרעה במסגרת הפשרה לעולם לא תחפוף את הדין המהותי, אם כי היא צריכה, לפי חלק מהדעות, לשקול במסגרת שיקולי הפשרה גם מה הייתה צריכה להיות ההכרעה לפי הדין המהותי.

הבעיה השלישית בהשוואה שנעשתה בפרשת אגיאפוליס בין הדין העברי לבין סעיף 79א נוגעת לתכליות הפשרה. הפשרה בדין העברי, 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"), ואילו פסק דין על דרך הפשרה הישראלית, לכל הפחות במתכונתה הרווחת בבתי המשפט האזרחיים, מכוונת יותר ליעילות (למעט בתי המשפט לענייני משפחה שבהם הפשרה מיועדת פעמים רבות ליישוב הסכסוך ולהשגת שלום). במילים אחרות, הגם שהשופט אילן מבקש ללמוד מהמשפט העברי, בפועל נוצר מצב שבו תכליות ההסדרים במשפט העברי ובמשפט הישראלי שונות

לגמרי אלה מאלה – יישוב סכסוכים ושלוש (משפט עברי) למול יעילות (משפט ישראלי). הינה כי כן, בית המשפט לא פיתח מספיק בעניין אגיאפוליס את אשר ניתן ללמוד מהמשפט העברי, המכיל דיונים מעמיקים ומגוונים בנוגע לשיקולים המנחים בפסק דין של פשרה והסדרה של מסלולים שונים של פשרה, שממציים את הפוטנציאל הרב של הליך זה. אנו נשלים המלאכה בפרק ג. עתה נברר אם יש אחיזה בשטח לתפיסה להלכת אגיאפוליס וכיצד מיושם סעיף 79א בפועל בבתי המשפט בישראל. הדבר ייעשה באמצעות ניתוח נתונים אמפיריים בפרק הבא.

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

הדיון סביב משמעותו של סעיף 79א והדרך הראויה להשתמש בו מתקיים בדרך כלל בין משפטים, ומתבסס על ניתוח מושגי ומעשי של חקיקה, פסיקה וספרות עיונית. מעטים הם המקרים שבהם ניתן לתמוך אמפירית בדיון האקדמי ולעמוד על דרך השימוש בסעיף חוק ועל היקפו. אפשרות זו נפלה לידנו במסגרת מחקר רחב יריעה בנושא תפקידים משתנים של שופטים בעידן המשפט הנמוג,⁵² אשר נערך במשך חמש שנים בחסות המועצה האירופית למחקר (ERC).⁵³ המחקר הוא בין-לאומי, ושותפים בו צוותי מחקר אקדמיים מאנגליה, מוויילס ומאיטליה. במסגרת הפרויקט נבחנו, בין שאר פעילויות המחקר, אשר חתרו להבנת תופעת המשפט הנמוג והשאלה מה היחס בין השלב של התקדמות תיקים למעורבות שופטים, גם הליכים אזוריים ופלייליים המתנהלים בדלתיים פתוחות בבית משפט השלום בתל אביב במחקר מעורב-שיטות (mixed methods research). הבחירה בבית משפט השלום בתל אביב הייתה 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 הכמותני ביקשנו לבחון במחקר הנוגע למאמר זה את היקף השימוש בסעיף 79א בכלל ואת שלבי המעורבות השיפוטית שבהם התיקים הללו מסתיימים. נוסף על זה, על מנת להבין את טיב השימוש בסעיף השוונו את שיעור הסכום שהתקבל מהסכום שנתבע בין תיקים שהסתיימו בפסק דין מנומק, בפסק דין על פי סעיף

52 תופעת המשפט הנמוג תוארה לראשונה בידי Galanter אגב 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. ראו 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 (2005); Nora Freeman Engstrom, *The Diminished Trial*, 86 FORDHAM L. REV. 2131 (2018).

53 לאתר המחקר ראו JCR COLLABORATORY, <http://jcrlab.com/> (last visited May 19, 2022). לפרסומים שיצאו במסגרתו, ראו ZENODO, <https://doi.org/10.5281/zenodo.6484848> (last visited May 19, 2022).

79א ובהסדרים בין הצדדים. בהיבט האיכותני ביקשנו לעמוד על פרקטיקות של שופטים באולמות הדיונים כמו גם על עמדותיהם כלפי שימוש בסעיף 79א.⁵⁴

1. נתונים

נתונים כמותניים: הממצאים המתוארים להלן מבוססים על מדגם של 443 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 התאריכים 1 בינואר 2010 ו-30 בדצמבר 2011.⁵⁵ באמצעות היתר העיון הכללי שניתן לצוות המחקר ליישוב סכסוכים שיפוטי מאת הנהלת בתי המשפט, קודדו הנתונים של כל אחד מהתיקים במדגם באופן ידני על פי המידע שמצוי בנט המשפט.⁵⁶ הצורך בקידוד ידני נבע משני טעמים: הראשון הוא הקושי להסתמך על הנתונים המדווחים במערכת נט המשפט, אשר במקרים רבים אינם אמינים,⁵⁷ והשני הוא שהמידע המסופק במערכת נט המשפט הוא 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 במערכת 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 ויוני 2019, בדיונים שנערכו במאות תיקים אזרחיים בבית משפט השלום בתל אביב. התצפיות נערכו בידי סטודנטים למשפטים מהקליניקה ליישוב סכסוכים שיפוטי וגישור, ובידי סטודנטים בסמינרים ובקורסים העוסקים ביישוב סכסוכים שיפוטי שצפו באולמות הדיונים של כחמישים שופטים. הכשרת הסטודנטים לתצפיות נעשתה בארבעה שלבים: בשלב הראשון השתתפו התצפיתנים בסיוור

54 פרסום ראשון בפרויקט בתחום האזרחי נעשה בהסתמך על קידוד תיקים אזרחיים שנעשה במחלקת המחקר של בית המשפט העליון בשנים 2008–2011, ובו נבחנו מחדש משתנים הקשורים לשאלות המחקר במסגרת המחקר ליישוב סכסוכים שיפוטי, ונקבעה מסגרת מושגית להבנת מעורבות שיפוטית בנוגע להתקדמות תיקים ולסיומם. ראו Ayelet Sela & Limor Gabay-Egozi, *Judicial Procedural Involvement (JPI): A Metric for Judges' Role in Civil Litigation, Settlement, and Access to Justice*, 47 J. L. & Soc'y 468 (2020). ממצאים איכותניים מתצפיות הוצגו לראשונה במאמר Ayelet Sela, Nourit Zimmerman & 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).

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

56 דגימתם של הנתונים הכמותניים, הפקתם וניתוחם לצורך מאמר זה נעשו בידי ד"ר דנה רוזן, מנהלת פרויקט יישוב סכסוכים שיפוטי בשנים 2018–2020.

57 ראו קרן וינשל-מרגל, טליה יהודה ואביב שירץ "מחקר – מהימנות נתוני פתיחת וסגירת תיקים במערכת 'נט-המשפט' הרשות השופטת" (1.6.2011). <https://bit.ly/3LBL9Xk>. אשר לסיומי תיקים, הנתון המדווח הוא 50% טעות. מכאן שבמחצית מהמקרים, בתקופת המדגם שלנו, דיווחה של המזכירות על אופן סיום התיק לא היה אמין.

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 שגיבש צוות המחקר; בשלב השלישי עודכן פורמט דיווח התצפיות על בסיס הממצאים הראשוניים שהתקבלו מהתצפיות וממשובים שנתנו התצפיתנים בתום ביצוע התצפיות; השלב הרביעי היה ביצוע התצפיות שבהן התצפיתנים התבקשו למקד את תשומת ליבם בהיבטים שונים של מעורבות שיפוטיות ולתארן בפירוט רב ככל האפשר. בין היתר הם התבקשו לתעד את ההתרחשויות בדיון לפי סדר כרונולוגי בשימת דגש על דברי השופטים, בין היתר בפנייתם אל בעלי הדין ואל באי הכוח, על האינטראקציה שבין השחקנים השונים בזירה, על ההתייחסות לאופן סיום הדיון ועל משכו. כן התבקשו לתאר מחוות גופניות ותיאור כללי של האווירה ושל ההתנהלות 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 השיפוטית בהליך המקדמי כולל תצפיות נוספות, שיחות עם שופטים ומיקוד בפרקטיקות ספיציפיות לקידום סיומי תיקים בהסכמה, כולל שימוש בסעיף 79א. כעשרים ראיונות עומק מובנים (או חצי מובנים) נערכו עם 15 שופטים בדימוס.

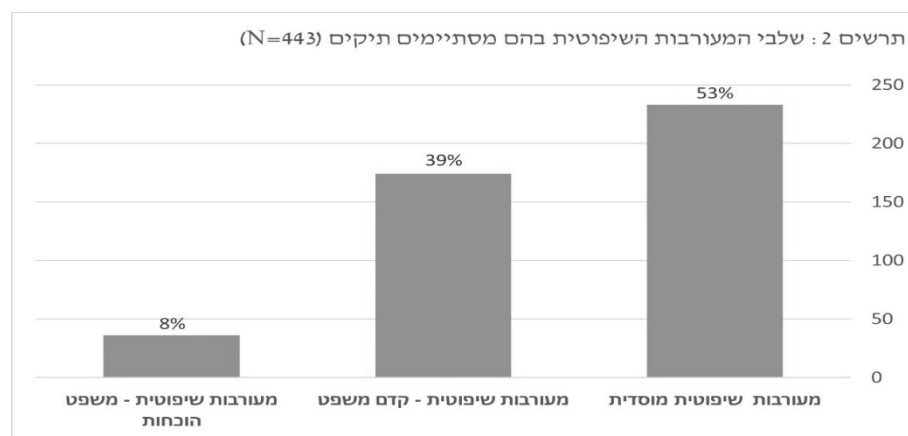
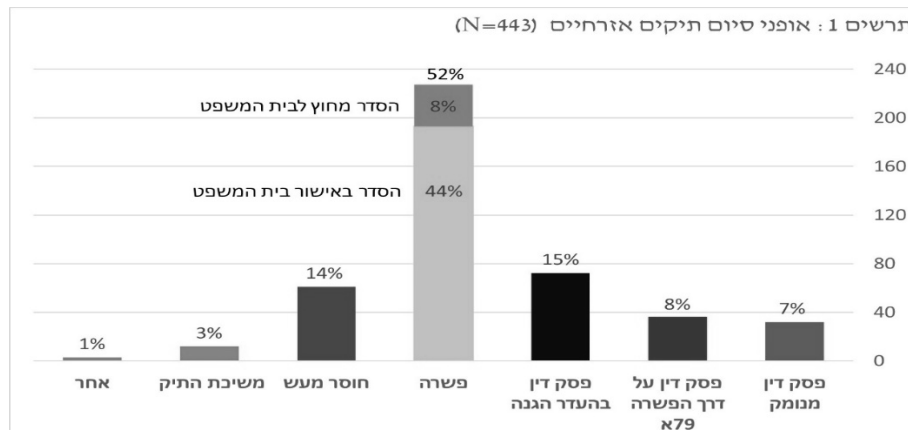
2. ממצאים כמותניים

בשלב הראשון בחנו את אופני הסיום של כלל התיקים הנכנסים לבית המשפט (תרשים 1). 7% מהתיקים הסתיימו בפסק דין מנומק,⁵⁸ ו-8% מהתיקים הסתיימו בפסק דין על דרך הפשרה לפי סעיף 79א. ב-15% מהתיקים ניתן פסק דין בהיעדר הגנה לטובת התובע. 52% מהתיקים הסתיימו בפשרה בתוך בית המשפט (44%) או מחוצה לו (8%); 14% מהם הסתיימו בחוסר מעש בשל היעדר פעילות תובע; 3% נמשכו וולנטרית בידי תובעים; 1% מהתיקים נסגרו אם בשל חוסר סמכות עניינית או מקומית ואם בשל צירופם לתיק אחר. בתרשים 1 מוצגים אופני הסיום של כלל התיקים שנכנסו לבית המשפט, אך למעשה התיקים מסתיימים בשלבים שונים של מעורבות שיפוטית (תרשים 2).⁵⁹ יותר ממחצית התיקים (53%) מסתיימים **בשלב המעורבות השיפוטית המוסדית**. בשלב זה אין נערכים כלל דיונים ולעיתים אף אין מוקצה שופט לתיק. המעורבות השיפוטית בשלב זה היא ניהולית בעיקרה

58 שיעור נמוך העשוי ללמד על היקפה של תופעת המשפט הנמוג בישראל. ראו Galanter וכן Engstrom, לעיל ה"ש 52, אשר מתייחסים לאחוזים מעטים של תיקים אשר מגיעים לסיום אחרי הליך מלא של שפיטה בארצות הברית. הנתון שמביאה Engstrom מ-2016 בארצות הברית הוא פחות מאחוז אחד, ובמדינות מסוימות היעלמות כמעט מוחלטת של הליך השפיטה בפלילי ובאזרחי כאחד.

59 להצגה ראשונית של ההמשגה של **מעורבות שיפוטית** (JPI – Judicial Procedural Involvement) ולדיון במשמעות המושג ראו Sela & Gabay-Egozi, לעיל ה"ש 54, בעמ' 473. הסיווג של מעורבות שיפוטית במחקרנו שונה במקצת מזה שעשו סלע וגבאי-אגוזי. אלה הבחינו בין מעורבות שיפוטית מוסדית הכוללת 1–0 בקשות למעורבות שיפוטית מוסדית הכוללת שתי בקשות ומעלה, ואילו במחקרנו שתי הקטגוריות אוחדו. האפשרות לבחון לעומק כל תיק בזכות ההרשאה שקיבלנו העלתה כי אין הבדל מהותי במעורבות שיפוטית בין מקרים שבהם הוגשו 1–0 בקשות למקרים שבהם הוגש מספר גדול יותר של בקשות.

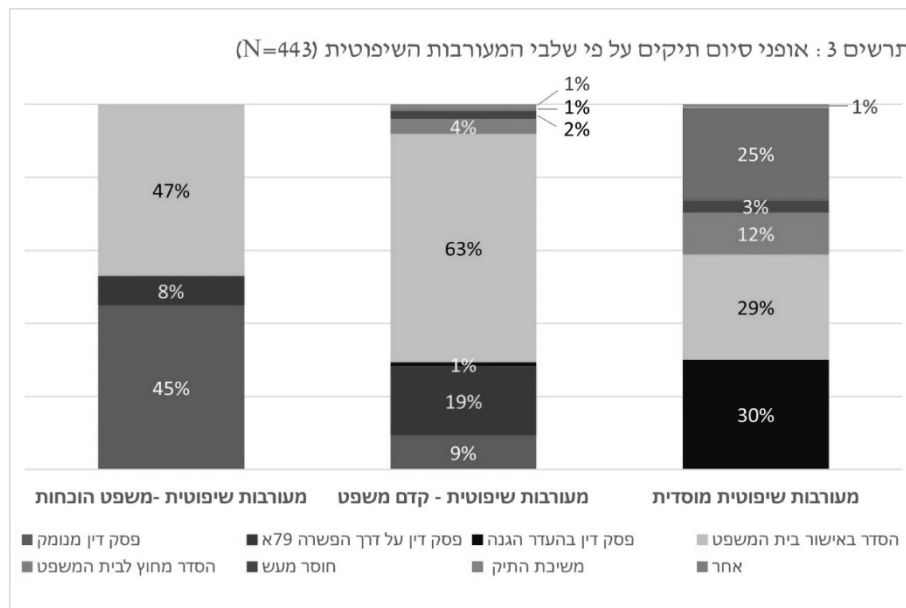
ובאה לידי ביטוי בתגובות לבקשות הצדדים.⁶⁰ רק 47% מכלל התיקים האזרחיים שהוגשו לבית המשפט נדונים במעמד הצדדים בפני שופט. 39% מסתיימים בשלב המעורבות השיפוטית בקדם משפט, ו-8% בשלב המעורבות השיפוטית בשלב ההוכחות.



בתרשים 3 מוצגים אופני הסיום של תיקים על פי שלב המעורבות השיפוטית שבו הסתיימו. ניתן להסיק על פי סיומי התיקים בשלב המעורבות המוסדית כי בתיקים רבים הגשת כתב התביעה משדרת רצינות לנתבע ומובילה לקידום המשא ומתן וסיום התיק ללא צורך במעורבות שיפוטית אקטיבית. 41% מהתיקים שהסתיימו בשלב זה הסתיימו בפשרה בין באישור בית המשפט ובין מחוץ לבית המשפט, ו-25% מהתיקים נמשכו בידי התובעים.

60 סך הכול הוגשו 252 בקשות ב-142 מתוך 233 (60.9%) תיקים שהסתיימו בשלב הזה. בבקשות שהוגשו: 34.1% בקשות למתן פסק דין בהיעדר 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 הודעה על הסדר.

30% מהתיקים הסתיימו בפסק דין בהיעדר הגנה, ושיעור קטן של תיקים (3%) הסתיימו בשל חוסר מעש של התובע. שלב קדם-המשפט שבו עולה המעורבות השיפוטית הוא הזירה המרכזית לקידום סיום תיק לפי סעיף 79א. 19% מהתיקים המסתיימים בשלב זה מסתיימים בפסק דין לפי סעיף 79א. בשלב ההוכחות, שבו 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 הכול 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 השווינו את שיעור הסכום הממוצע שנפסק לטובת התובעים או שהוסכם עליו בהסדר בין הצדדים, מתוך סכום התביעה, בין 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.⁶¹ שיעור הסכום שנפסק, או שהוסכם עליו, חושב כיחס בין סכום

61 סך הכול הסתיימו 261 תיקים באחד משלושת האופנים לעיל, אך ב-14 תיקים לא היה מידע באשר לסכומים שנפסקו או התקבלו או שהתביעה והתוצאה היו בעניין פנימי מושכר ולכן לא נכללו בניתוח. סיומי התיקים שלא נכללו בהשוואה: פסק דין בהיעדר הגנה, שבו הסכום שנפסק תמיד שווה לסכום

הנטו שהתקבל לסכום 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 מילולית ללא פירוט מספרי. בניגוד לכך, ברבים מפסקי הדין,⁶² אם אלה המנומקים ואם אלה שהם לפי סעיף 79א, כמו גם ברבים מהסדרי הפשרה המוגשים לבית המשפט (לאישור או ליידוע), מצוינים סכומי הברוטו שיקבלו התובעים, ללא פירוט. 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 שבהם פורטו הסכומים שיקבלו התובעים (הסכום נטו, שכר טרחת עורך דין, שכר מומחים, אגרות בית משפט ושיעורי הצמדה וריבית) חישבנו אומד (78). שבאמצעותו חילצנו את סכום הנטו שהתקבל מתוך סכום הברוטו שהתקבל.⁶³

שיעורי הסכומים שנפסקים לטובת התובעים או שהוסכם עליהם בהסדרים בין הצדדים נעים בין 0, כאשר התביעה נדחתה במלואה,⁶⁴ 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=57, ס"ת 42). ובתיקים שהסתיימו לפי סעיף 79א (ממוצע=46, ס"ת 47). כמו כן חישבנו את ממוצע שיעור הסכומים שקיבלו התובעים מתוך סכום התביעה בתיקים שהסתיימו בהסדרי פשרה (ממוצע=49, (ס"ת 36)). בניתוח שונות חד-כיווני (Welch's ANOVA)⁶⁵ לא נמצא הבדל בין ממוצעי שיעורי הסכומים שנפסקו או התקבלו בסיומי התיקים השונים (F(2, 54.455)=404,)

שנתבע (100%); משיכת התיק בידי התובע וסגירת התיק מחוסר מעש, סיומי תיקים שאין מתקבלים בהם סכומים כלשהם (0).

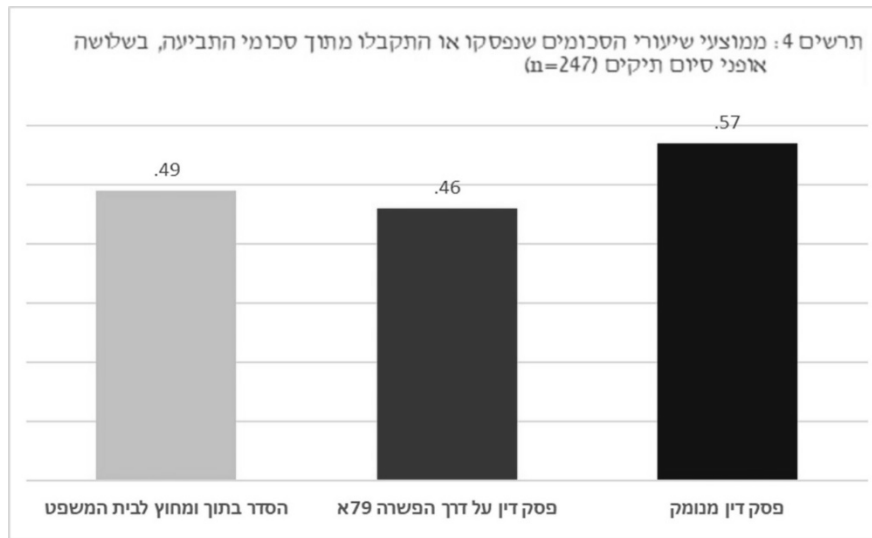
62 מתוך 247 תיקים שנכללו בהשוואה, ב-19 תיקים התביעה נדחתה, ולכן הסכום שקיבל התובע היה 0. מתוך 228 התיקים הנותרים, ב-79 (35%) תיקים צוין סכום הנטו שיקבלו התובעים וביתרה צוין סכום הברוטו.

63 בכל אחד מ-79 התיקים שבהם הופיע פירוט התקבולים, לעיתים באופן חלקי, השלמנו את כל הרכיבים שאוזכרו בפסקי הדין או בהסכמי הפשרה. הרכיבים כללו: סכום הנטו שנפסק או שסוכם עליו, שכר טרחת עורך דין, שכר עדים מומחים, אגרות בית משפט. אשר לסכומים שבעניינם נפסק או הוסכם שיכללו ריבית והצמדה, הם חושבו באמצעות מחשבון ריבית והצמדה (חישובי – פסיקת ריבית והצמדה www.michale.co.il/Ta_RibPsKe.Html) עבור התקופה שצוינה בפסק הדין או בהסכם (בדרך כלל מיום הגשת התביעה ועד למועד מתן פסק הדין או אישור הסכם הפשרה). לכל אחד מ-79 התיקים סיכמנו את כל הרכיבים, לבד מסכום 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 שבהם היה ידוע רק סכום הברוטו שנפסק או שסוכם עליו, כפלנו סכום זה ב-78. על מנת לחלץ את סכום הנטו.

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

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

$p > .05$). מכאן שניתן להסיק כי בממוצע, תובעים שתיקיהם יסתיימו בפסק דין מנומק, לפי סעיף 79א או בהסדר, יקבלו כמחצית (ממוצע = .51. ס"ת .38) מסכום הנטו שתבעו.

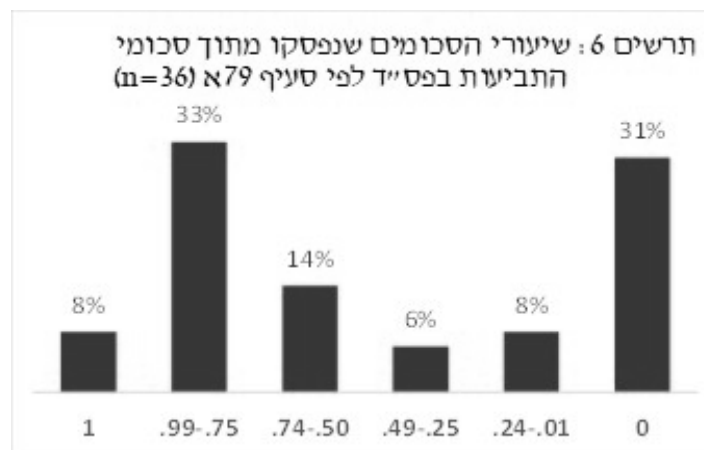
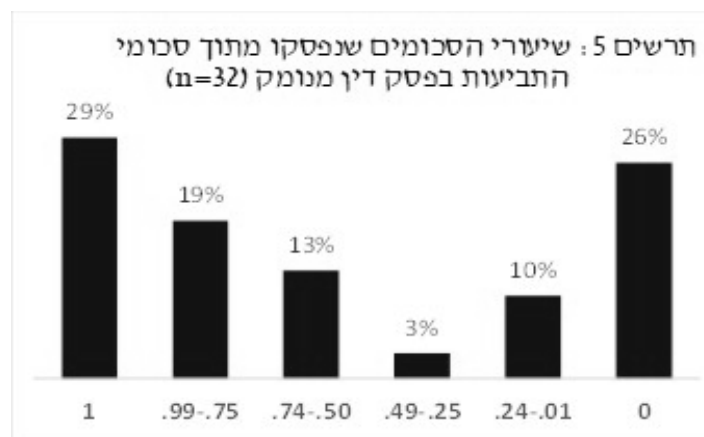


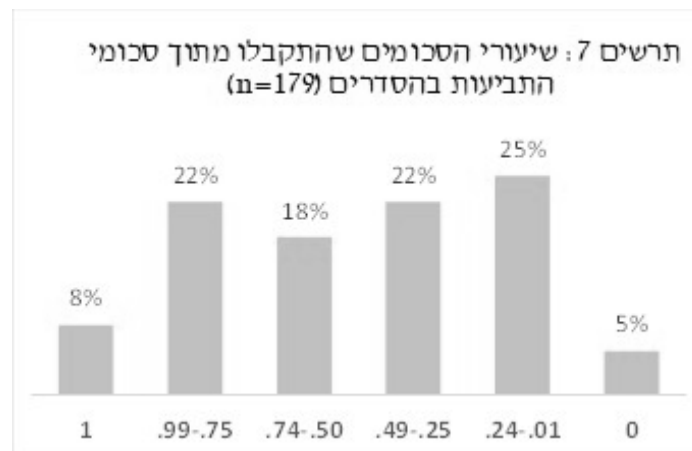
למרות הממוצע הדומה בשיעור הסכום שהתקבל מתוך הסכום שנתבע בין שלושת סיומי התיקים, אך בשל אי-שוויון השונויות בין סיומי התיקים, בחנו את אופני הפיזור של שיעורי הסכומים שהתקבלו בתוך כל אחד מסיומי התיקים בתוך שש קטגוריות (0 – דחייה מלאה של התביעה עד 1 – קבלה של התביעה במלואה). מצאנו כי הם מובחנים $\chi^2(10)=53.446$,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

מתוך תיקים שהסתיימו בפסק דין מנומק (תרשים 5) יותר ממחציתם הסתיימו באחד הקצוות: ב-26% מהתיקים התביעה נדחתה במלואה, וב-29% התביעה התקבלה במלואה. בטווח הבין-רבעוני (.25–.75) של שיעורי הסכומים שהתקבלו מתוך סכומי התביעות מצויים 18% בלבד מהתיקים. בדומה לזה, שיעור גבוה של תיקים (31%) המסתיימים בפסק דין לפי סעיף 79א נדחים במלואם (תרשים 6). בסוג הסיום הזה ב-8% בלבד מתקבלות התביעות במלואן, אך ב-33% מהתיקים יקבלו התובעים סכומים הנעים בין .75 ל-1.99. משיעור התביעה. גם בסוג סיום זה רק 20% מהתיקים מצויים בטווח הבין-רבעוני. לעומת זאת בתיקים שהסתיימו בהסדרים (תרשים 7) דפוס הפיזור שונה. בקצוות מצויים 13% מהתיקים (ב-5% התביעה נדחתה לחלוטין, וב-8% התקבלה לחלוטין), ובטווח הבין-רבעוני מצויים 40% מהתיקים. ההבדל בדפוס הפיזור של שיעורי הסכומים המתקבלים מסכומי התביעה בין תיקים שמסתיימים בפסק דין (מנומק או לפי 79א) ובין תיקים המסתיימים בהסדרים עשוי להעיד שהסיכון של צדדים המסיימים את ענייניהם בפשרה קטן מזה של אלה שתיקיהם מסתיימים בפסק דין.

כאמור, ב-31% מהתיקים המסתיימים בפסק דין לפי סעיף 79א התביעות נדחות במלואן (תרשים 6). מכאן ניתן לראות כי פסקי דין דוגמת **אגיאפוליס**, שבהם התוצאה איננה פשרה (במובן של מיצוע) אלא דחייה מלאה של התביעה, הם שכיחים יחסית, וכי שופטים אינם

נמנעים מפסיקה בסגנון "המנצח זוכה בכול" כאשר הם משתמשים בסעיף 79א. הקטגוריה השנייה שבה פסק דין לפי סעיף 79א שכיח במידה רבה יחסית היא הרבע העליון של סכום התביעה – בין 0.75 ל-0.99. מכאן ששופטים מרבים יחסית להשתמש בסעיף 79א דווקא לתוצאות יחסית קיצוניות, מסוג הכול או לא כלום, ופחות לתוצאות ממוצעות אף שכפי שמראה תרשים 4, ממוצע התוצאות של שלושת הסיומים העיקריים של תיקים אינן שונות זו מזו במובהק. בהקשר של קבלת התביעה במלואה, אכן יש שכיחות גבוהה יותר לפסקי דין, ובקטגוריה זאת 29% מהתיקים מסתיימים בפסק דין רגיל, ורק 8% בפסק דין לפי סעיף 79א. מעניין שהשיעור הנמוך ביותר של תיקים המסתיימים בפסק דין לפי סעיף 79א מצוי בקטגוריות המסמנות מיצוע – 0.25–0.49, 0.50–0.74.





מלבד הנתונים על שכיחות סיומי תיקים בפסק דין לפי סעיף 79א, כחלק מהמחקר הכמותני שעשינו, שבו 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 משפט השלום בתל אביב ובבתי משפט אחרים נוכחנו לדעת כי פעולות רבות לקידום פשרה על סוגיה השונים, ובהם השימוש בסעיף 79א, נעשות מחוץ לפרוטוקול, ופעמים רבות הן אינן מתועדות בתיק האלקטרוני.⁶⁶ מהנתונים בשטח עולה כי מבחינה כמותנית 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 ומראיונות מהשטח מצביעים על פסק דין לפי סעיף 79א ככלי של הכרעה מהירה הדומה לפסק דין.⁶⁷ 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. כמו כן נדרשת הרחבת המחקר למחוזות נוספים על תל אביב, לבתי משפט מחוזיים ולבית המשפט העליון, וכן נדרשת השוואה בין מרכז לפריפריה.

66 לניתוח הפעולות המגוונות ששופטים מבצעים לקידום פשרות, כולל שימוש בסעיף 79א ושיח מחוץ לפרוטוקול, ראו Sela, Zimmerman & Alberstein, לעיל ה"ש 54.

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

3. ממצאים איכותניים

בתצפיות שקיימנו מצאנו כי שופטים מציעים לצדדים לפסוק לפי סעיף 79א לעיתים לאחר שנתנו לצדדים הצעת פשרה קונקרטית ואלה לא קיבלו אותה. לעיתים הם אפילו מציינים לפני 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. עם זאת היו תיקים שבהם שופטים הציעו שימוש בסעיף כדי להתמודד עם מורכבות של תיק, למשל בנוגע 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 לפנינו 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 ושללהם, וכדאי לכל הצדדים לקצר את ההליך באמצעות הכרעה על פי סעיף זה.

שופט אחר (בדימוס) השיב בריאיון לשאלה אם הכרעה לפי סעיף 79א מבטאת פשרה (במובנה המקובל כמיצוע):

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 עזר 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 קונבנציונלית. 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 שמזורים 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 מצד אחד נדרשת לגיטימציה של ההכרעה כמו בהכרעה משפטית, ומצד 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' 2).⁶⁸ בעייתיות 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 79א ותמיד סיפרתי לצדדים כמה זה חשוב וטוב.

עוד ציין את הציפייה של הצדדים למיצוע לעומת 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 [א] 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.

Jeffrey J. Rachlinski, *Processing Pleadings and the Psychology of Prejudgments*, 60 DEPAUL L. REV. 413, 415–421 (2011) 68

כמה 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 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 שהיא נמנעת מלהציע סעיף זה כאשר צדדים אינם מיוצגים. שופט אחר התייחס לנושא זה כך:

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 במרואיינים קרא לשימוש בסעיף אך ורק במצבים של אי-ודאות 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 רואים בפסק דין לפי 79א בעיקרו של דבר כלי יעיל אשר טומן בחובו סכנות אך בעל חשיבות מעשית. הנטייה 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 הכמותניים המצביעים על דמיון בתוצאות סיומי תיקים לפי סעיף 79א ובפסקי דין, שופטים בראיונות תופסים את ההליכים המובילים לסיומים אלה כשונים מהותית זה מזה. הפרק הבא מציג עוד שימושים לפסק דין לפי סעיף 79א, נוסף על שימוש ככלי לחיזוי הדין, באמצעות עיון תאורטי שיציג את המתחים, את השיקולים ואת הבניית שיקול הדעת בהכרעה על דרך פשרה.

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

פרק זה מוקדש לניתוח תאורטי של הליך פסק דין על דרך הפשרה. נעמוד על הייחוד שבהליך זה לעומת שאר ההליכים המקדמיים והדרכים ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, ונציע מודל תאורטי של הבניית שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה, בין השאר בהשראת הדין העברי שעיצב את הפשרה כהליך היברידי מובנה וייחודי של "משפט שלום". נציג את המתחים העיקריים שיש בהליך זה: שפיטה לעומת יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, הכרעה של שופט בעל סמכות בפסק דין לעומת שיתוף והסכמה של בעלי הדין הנדרש בהליכי יישוב סכסוכים, הכרעה דיכוטומית ("הכול 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.⁶⁹ שפיטה אינה מתקיימת כאשר מדובר בשיפוט אסתטי, בהגדרה או בהטלת מטבע,⁷⁰ והיא מבוססת על הכרעה רציונלית, וככלל היא יוצרת אינטגרציה בין טיעוני הצדדים ונימוקיהם ומספקת סיבה עצמאית וסמכותית לפעולה.⁷¹ אם כן, שפיטה היא אמצעי הנותן ביטוי פורמלי ומוסדי להשפעה של הרציונליות בעניינים אנושיים.⁷² כאשר השפיטה מתבצעת בתוך המשפחה או במסגרת פרטית, כמו בורות, היא מבטאת הכרעה רציונלית המבוססת על עקרונות מוסכמים. כאשר היא נעשית בבתי המשפט, היא מיישמת את "שלטון החוק" ומבטאת את אותם כללים ואינטרסים ציבוריים שקבע המחוקק.⁷³ בשיטת משפט מודרנית מפותחת, על פי וובר (Weber), מנגנון קבלת ההחלטות המשוכלל ביותר מבטא "רציונליות פורמלית" אשר

69 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 365 (1978).

70 שם.

71 LEON RAZ, *THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY* (2009).

72 Fuller, לעיל ה"ש 69, בעמ' 366.

73 ראו דיון במשמעות מוסד השפיטה וביחס שבינו לבין הגישור אצל מיכל אלברשטין **תורת הגישור** פרק שני (2007).

במסגרתה לכל סיטואציה משפטית מוכן כלל מתאים שאפשר להחילו עליה.⁷⁴ תפקיד השופט הוא למיין את הסכסוכים המשפטיים ולהתאימם לכללים המשפטיים ההולמים אותם. לפשרה המשפטית אין מקום בהקשר זה, שכן אין היא שייכת לעולם של הכרעות רציונליות חותכות. עם זאת היא עשויה להתאים לתפיסות משפט המאגרות את הפורמליזם של ובר, כפי שיפורט להלן בסעיף 4.

מהזווית של עולם משא ומתן ויישוב סכסוכים, הליך הפשרה משקף ברוב המצבים הסכמה בין שני צדדים בעלי רצונות מנוגדים, אשר בהיעדר 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).⁷⁵ מתחם זה מייצג את הפער בין שני "המחירים האחרונים" אשר כל צד מהם מוכן לשלם.⁷⁶ החתירה לפשרה איננה מבטאת בדרך כלל אסטרטגיה קוהרנטית או עקרון-על, והיא תוצר של משא ומתן תחרותי שבו כל צד מציע הצעות קיצוניות, וחל תהליך המכונה בספרות "ריקוד המשא ומתן" עד להתכנסות לנקודה מוסכמת. בתחום המשא ומתן נהוג להבחין בין סגנונות משא ומתן שונים וביחס שבין האני לאחר מבחינים בין ויתור להימנעות לתחרות ולפתרון בעיות. בתוך מסגרת זו לפשרנים אין אסטרטגיה סדורה. במרחב המפגש בין האני לאחר במשא ומתן הפשרה איננה תחרות מלאה, שכן אין היחיד שואף למקסם את האינטרסים שלו בלבד בלי לראות את האחר, ואף אינה ויתור מלא, שכן הוא מחשיב את האינטרסים שלו; אין היא הימנעות שבה הצדדים לסכסוך אינם בעלי מוטיבציה להתמודד עימו כלל, אבל גם רחוקה היא מאוד מהגישור ומפתרון הבעיות שהן אסטרטגיות שיתופיות שבמסגרתן הצדדים פועלים יחד בשאיפה למקסום היחס שבין האני לאחר. הפשרה היא אסטרטגיית משא ומתן לא מגובשת, כפי שבמשפט היא דרך הכרעה לא קונבנציונלית, ובכל זאת במציאות רבות הפשרות על הגישורים, ובמידה רבה, כפי שראינו בפרק הקודם, הן שמשקפות את המציאות המשפטית והחברתית גם יחד.

דברים אלו נכונים להליכי הפשרה בכללותם, אך כשהדברים נוגעים בהליך הפשרה המסוים שבו עוסק מאמרנו זה – מקום שבו הצדדים מסמיכים שופט לפסוק "על דרך הפשרה" – הרי שמחריף המתח המובנה בין ה"פשרה" ובין "פסק דין". "פשרה" ביסודה היא דרך (לא סדורה) ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, ואולם אשר להליך השיפוטי של הכרעה בדרך פשרה המסתיים ב"פסק דין", שהוא הביטוי המובהק ביותר של מעשה השפיטה, מדובר בהכרעה חד-צדדית בידי שופט בבית המשפט בלי שהצדדים מסכימים לתוצאתה הסופית שבמידה רבה דומה לפסק דין הניתן בהליך בוררות. בהתבסס על הדיון לעיל ועל הנתונים האמפיריים שהובאו בו ניתן לומר כי הכרעה על פי סעיף 79א אינה פשרה במובן התהליכי של אסטרטגיה לא מגובשת מהזווית של יישוב סכסוכים, אלא הסכמה על הליך דמוי בוררות שתוצאתו אף אינה פשרה במובן תוצאת ביניים של מיצוע בין טענות

74 Max Rheinstein, *Introduction to Max Weber*, MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY xxv (1954).

75 לתיאור של עקרונות המשא ומתן התחרותי והנחות היסוד שלו, ראו ROY J. LEWICKI, BRUCE BARRY & DAVID M. SAUNDERS, *ESSENTIALS OF NEGOTIATION* 32–70 (6th ed. 2010).

76 שם, בעמ' 35–36.

הצדדים. קידום דרך הכרעה זו מעלה בעיקרון אותם קשיי מסגור מזווית של שפיטה ויישוב 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־ודאות משפטית, ומהזווית של אמון הצדדים ומצב הסכסוך, בקריאה לשמור על הלימה בין המסר הניתן לצדדים באולם מאת השופטים ובין ההכרעה. שימוש בסעיף לעודד יישוב סכסוכים במובנו הרחב יותר אינו רווח בשטח.

השילוב בין שפיטה לפשרה יוצר אפוא מבחינה מושגית עירוב קשה להכלה בין ציבורי לפרטי, בין סדר לשרירותיות, בין הכרעה למיצוע ובין רציונליות לכוח. מעשית הוא נסחף להידמות להכרעה כפסק דין ולשמש לסיום מהיר של תיקים. אין פלא שכסעיף המאחד את שתי דרכי ההכרעה לכדי פעולת הכרעה אחת הוא זוכה לעניין רב, ודווקא בשל היותו יצור כלאיים עמום, הוא מושך אליו רבות מההכרעות השיפוטיות.

2. דיון השוואתי בהליכים מקדמיים

חקר דרכים שונות ליישוב סכסוכים והתמקדות בהן כמושא עניין אקדמי אפיינו את תנועת ADR מראשית הקמתה.⁷⁷ אחד מהדגשים של תנועת ה-ADR היה מתן תשומת לב להליך וההכרה בכך שבחירת הפורום המתאים לטיפול בסכסוך המשפטי היא חשובה ביותר לצורך מתן מענה מהותי לבעיות שונות שמהן סובלת מערכת המשפט, ובהן בעיית העומס.⁷⁸ להתאמת הפרוצדורה לסכסוך יש חשיבות רבה גם בתחום ניהול סכסוכים משפטיים במסגרת בתי משפט ציבוריים. אנשי ADR הציעו פרוצדורות חלופיות לשפיטה כדרך לייעל מתן שירותים משפטיים על ידי מערכת המשפט הציבורית, ולמעשה קראו למיסוד הטמעת החלופות ולהפיכת בית המשפט למרכז ליישוב סכסוכים שבו מוצעים הליכי יישוב סכסוכים מותאמים לאופיו של הסכסוך. בחלופות אלה המתקיימות בבית המשפט החדש מצוי הגישור, המבוסס על הבאת הצדדים להסכמה בידי צד שלישי. מצויה גם הבוררות, כהליך שפיטה פרטי אשר במסגרתו צד שלישי הנבחר בידי הצדדים מכריע ביניהם לפי הסכם הבוררות הנחתם ביניהם. כמו כן מתקיימים הליכים נוספים כמו הערכה מוקדמת של מומחה ניטרלי (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.⁷⁹

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

77 ראו אלברשטין **תורת הגישור**, לעיל ה"ש 73, בפרק שלישי.

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

79 לסקירת ריבוי ההליכים שבהם משתמשים שופטים ליישוב סכסוכים גם בתוך אולם המשפט ראו מיכל אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת המשפט מעבר למחלוקת" **דין ודברים** יא 17 (2018) (להלן: אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטי").

המשפט הישראלי (בסעיפים 79א–ד לחוק בתי המשפט). כניסה זו זכתה לתהודה רבה בתרבות הפופולרית ובכתיבה המשפטית,⁸⁰ אך כפי שמראים הנתונים שהובאו בפרק הקודם, במציאות המשפטית בפועל נראה שדווקא החתירה הלא מובנית לפשרה, ובמסגרתה סעיף 79א, בגרסתו המגושמת והלא ברורה מבחינת ההליך שהוא מציע, הפכה להיות לכלי מרכזי לקידום סיומם של תיקים. התערבויות בסכסוכים משפטיים בדרך מובנית של ADR כאשר הגישור הוא החלופה המרכזית, כפי שהם באים לידי ביטוי בפרויקט המהות ("פגישת מידע, היכרות ותיאום לבחינת האפשרות ליישב את הסכסוך באמצעות מנגנון חלופי ליישוב סכסוך") ובהפניות לגישור, הפכו לאפיק צדדי ושולי. שיעור ההצלחה של התערבויות אלה לסיום תיקים בגישור לא בא לידי ביטוי רב יחסית לנתונים על כלל התיקים כפי שצינו לעיל בנוגע לתקופה שבחנו.⁸¹ אחד הטיעונים העיקריים שלנו במאמר הוא כי ראוי לשקול הסדרה מחדש של הפעלת סעיף 79א, בשילוב עקרונות ADR ועקרונות של הליך שיפוטי בבית משפט והבנייתו לפי מסגרות חלופיות אשר הצדדים יוכלו לבחור ביניהן, בשל הפופולריות הרבה יחסית של סעיף זה; בשל עמימותו והשימוש התכוף בו, ללא שקיימים חוקים ספציפיים או תקנות משנה המסדירות באופן מפורט את הליכי הפשרה (כפי שיש למשל בעניין בורות ובעניין גישור); בשל הקושי לערער על פסק דין שניתן במסגרת סעיף זה. ללא הבניה שכזאת נוצר פער בין "מהפכת הגישור" וסיסמאות התמיכה בדרכים חלופיות למציאות בפועל של קידום יעיל של סגירת תיקים. השימוש בסעיף 79א עשוי להתפס בעיני הצדדים במידה רבה כשרירותי, ולכן יש חשיבות מבחינת אמון הציבור. ההתמודדות עם תפיסה זו היא צעד חשוב לקידום אפקטיביות והסדרה מיטבית של סכסוכים משפטיים. הליכי הבוררות והגישור מוסדרים בחקיקה, גם אם חלקית,⁸² ודווקא 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 לפני המתדיינים בפני השופט המכוון לפשרה.

80 למגמה של הרחבת היקף ההפניה לפגישות מהות ולפגישות מקדמיות בתקנות סדר הדין האזרחי ראו אהרן ברק "על הגישור" בהסכמה 1, 4 (2001) (המאמר פורסם בשנית, ראו אהרן ברק "על הגישור" **שערי משפט** ג 9 (2002)); יורם אלרואי "יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת" **המשפט** א 311 (התשנ"ג); אברהם פכטר "ראיון עם כב' השופטת עדנה בקנשטיין נשיא בתי משפט השלום במחוז תל-אביב" **הגלימה: בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין** 16, 6 (1998). כן ראו אילן שילה "על יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות ויעול הדין" **הרשות השופטת: עלון השופטים בישראל** 27, 54 (1998); מרדכי מירוני "גישור ו-ADR: שמונים שנות היסטוריה כבסיס לשינוי בהגדרת תפקידם של בית המשפט והשופט" **הרשות השופטת: עלון השופטים בישראל** 29, 32 (1999); אמיר מזרחי "גישור ופישור כתפיסת חשיבה נכונה בעידן החדש" **דין ואומר** 11, 8 (2000).

81 בתקופה שבחנו, השנים 2010–2011, היו נתונים על מעט תיקים שהסתיימו בגישור, והנתונים הנוספים שיש בידינו הם מדיווחים של הנהלת בתי המשפט על התיקים המופנים לתוכנית המהות. ייתכן שבשל הרחבת הפרויקט לתיקים שמעל 40,000 ₪ לפי התקנות החדשות תהיה השפעה רבה יותר להליך זה.

82 ראו לעיל ה"ש 12–13.

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" הוא יוצא למעשה נגד עידוד פשרות בכלל ותנועת ה-ADR בפרט ומציג אותה כמסוכנת בהיותה מפריטה את הצדק ובהפיכתה סכסוכים ערכיים שיש ביכולתם להבהיר ערכים חוקתיים לסכסוכי שכנים.⁸³ אכן, כפי שהראתה רזניק, קיימים קשיים ניכרים בהפעלת דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים בידי שופטים בתוך מערכת המשפט,⁸⁴ שכן יש פער בין המתודות המקובלות ביישוב סכסוכים בדרכים חלופיות 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 בבית המשפט (שיח של זכויות משפטיות, צדק ומשפט מהותי ופסיקה 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 כוחות וערכים ציבוריים. דווקא ההליכים הלא מדוברים, אשר אין הוראות כיצד לנהלם, אלה המתבצעים בידי 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 המקום שבו המשפט חדל להיראות כחיפוש אחר הטוב הציבורי וליבון הערכים המשותפים לחברה.⁸⁵

המתח המובנה הכרוך בהפעלת הפשרה כהליך ליישוב סכסוכים בדרך חלופית בידי שופט הפועל בזירת בית המשפט אינו חריף כאשר מדובר בפשרה שהצדדים הגיעו אליה מחוץ לכותלי בית המשפט והשופט רק מאשר (דרך א), שהרי כאן תכלית פעולתו של השופט היא טכנית בעיקרה – מתן תוקף של פסק דין להסדר שאליו הגיעו הצדדים.⁸⁶ אומנם כאשר מדובר בשופט המתווך-מגשר בין הצדדים ומציע להם פשרה שהם צריכים להסכים לה (דרך ב), ובסופו של דבר היא מוכתבת לפרוטוקול בית המשפט, הפער הזה קיים, שהרי יש חשש שהוא ילחץ עליהם להגיע לפשרה או הם יחששו לסרב להצעתו ותהיה פגיעה ביסוד ההסכמיות, אך גם בדרך ב המתח אינו חריף יתר על המידה, שכן בסופו של דבר הצדדים צריכים להסכים לפרטי הצעת הפשרה של השופט.

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

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

85 David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO L.J. 2619, 2621–2640 (1995).

86 על המעבר משיפוט לניהול תיקים (בדגש על פשרה לפי סעיף 79א) כתמורה האידאולוגית המרכזית שעברה על מערכת השפיטה הישראלית במפנה המאה העשרים ואחת, כבר הצביע יששכר רוזן-צבי "ביזור מערכת השפיטה בישראל: התפקיד הנסתר של סדרי הדין" **משפטים** 717, 732; 741–736 (התשע"ח).

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 את 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, ומנגד 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. אין מתקיים כאן יסוד חשוב בכינון הסמכות המשפטית שהוא המומחיות.⁸⁷ זאת ועוד, אף כשהשופט מבסס הכרעתו – במידה כזו או אחרת – על אותם ערכים של צדק, משפט מהותי, קביעת נורמות והכוונת התנהגות שעומדים לנגד 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 שעל פיהם מגיע השופט להכרעה ובאיזו מידה עליו לשלב בפסק דינו את השיקולים השונים? על שאלות אלו אין תשובה ברורה לא לסעיף 79א ולא לפסיקה. פסק דין **אגיאפוליס** והפרקטיקה העולה מהממצאים האמפיריים מראים כי הבחירה בפועל היא בהכרעה על פי דין על סמך חיזוי המצב המשפטי, ואין שוני ניכר סטטיסטית מתוצאה של פסק דין כאשר משתמשים בסעיף 79א. במצב זה מתקיים תהליך הכרעה אשר אינו שקוף לצדדים, הקריטריונים שלפיהם מתבצעת ההכרעה אינם ברורים, והיעדר ההנמקה נוסף על שלילת אפשרות הערעור יוצרים חוויה של הליך שאינו הולם את הגדרתו. אכן, האופן שבו מתנהל כיום ההליך של פסק דין על דרך הפשרה מצדיק במידה לא מועטה את הביקורת שנמתחה על הליך זה ובייחוד על מודל פתרון הסכסוכים.⁸⁸ למשל, יש מי שמאפיין מודל זה בכך שאין חשיבות מיוחדת לתוכנם של הכללים שבאמצעותם מיושבים סכסוכים.⁸⁹ ואומנם בעייתיות זו בוודאי קיימת במתכונת הנוכחית של פסק דין על דרך הפשרה, שבה כאמור אין הכללים והשיקולים שלפיהם פוסק השופט מוסדרים.

על אף הבעייתיות המתוארת כאן עמדתנו היא כי בשלב שבו הצדדים נכשלו במשא ומתן מחוץ לבית המשפט, וייתכן שהופנו לגישור ולא הגיעו להסכמה, הגיעו לבית משפט ולא קיבלו הצעת פשרה של השופט, ניתן להציב לפנייהם מחדש דרכי הכרעה חלופיות שינוהלו בידי 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 מזה שמתקיים 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.

87 להצגת המומחיות כבסיס לכינון הסמכות המשפטית ראו RAZ, לעיל ה"ש 71.

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

89 שם. כן ראו רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 88, בעמ' 116, המוסיף ומבהיר: "יש כמובן חשיבות לכך שהצדדים יתפסו את ההליך כהוגן, על מנת שיסכימו להתדיין במסגרת בתי המשפט הציבוריים ויקבלו על עצמם את תוצאת ההליך. ואולם, פרט לדרישה מצומצמת זו של 'הוגנות', שיכולה להתפרש בדרכים רבות ומגוונות, לתוכנם הקונקרטי של הכללים יש חשיבות מועטה". לביקורת על מודל פתרון הסכסוכים ראו שם, בעמ' 122–123.

4. פסק דין של פשרה כחלופה לתפיסה הדיכוטומית של הכול 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 זו⁹⁰ דרך הכרעה שיפוטית ראויה וצודקת, מבחינה נורמטיבית, מדרך ההכרעה הדיכוטומית הנוהגת – שיטת "הכול או לא כלום" או "המנצח זוכה בכול". טיעונים אלה מקשרים את הפשרה לקבלת החלטות מותאמת ומדויקת יותר בעולם שבו הכרעות חד-משמעיות דיכוטומיות לא תמיד אפשריות, בין השאר בשל עמימותם של הכללים המשפטיים, בשל הקושי בגיבוש אובייקטיבי של ממצאים עובדתיים ועוד טענות ביקורתיות שונות.⁹¹

יש הרואים בפסק דין על דרך פשרה כמבטא *solomonic justice*⁹², ויש שדיברו על פשרה כ"צדק מדויק" (*compromise as precise justice*), כטענתו של ג'ון קונס.⁹³ לפי גישה זו, יש מקרים שבהם פסיקה על פי הדין המהותי תביא לתוצאה שאינה ראויה ותהא זו חובתו של השופט לפסוק על דרך פשרה.⁹⁴ יש מקרים, בעיקר כאשר יש ספק ועמימות בנוגע ליישום החוק והעובדות במקרה הנידון, שבהם משיקולי צדק ומדיניות ראוי לנקוט את התוצאה של פשרה המחלקת את העוגה בין הצדדים.⁹⁵ במקרים אלו ניתן לומר שלבעל הדין עצמו זכות שיפסקו בעניינו על דרך פשרה, שהרי זהו הפתרון 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*"⁹⁶.

חסידי ההכרעה הדיכוטומית הנוהגת אותגרו מדרך ההכרעה החלופית – דרך הפשרה – אך הם שללו אותה מסיבות שונות, חלקן משכנועות למדי.⁹⁷ למעשה, גם מתוך אלו המצדדים בדרך הפשרה יש מי שאינם רואים בה את הדרך הראויה בכל מצב, אלא מציעים את אופציית פסיקת הפשרה בצד הפסיקה הדיכוטומית. כמענה לביקורת שהועלתה על דרך

90 על פי מודל זה ההתדיינות נעשית בידי שופט-בורר החותר ליישב את הסכסוך באמצעות גיבוש החלטה שיפוטית המבוססים המבוססת על "compromise considerations". ראו Martin P. Golding, *The Nature of Compromise: A Preliminary Inquiry*, 21 NOMOS: AM. SOC'Y POL. LEGAL PHIL. 3, 20–22 (1979).

91 בהקשר זה יש לציין את טענתם של אנשי הריאליזם המשפטי ובעלי גישה ביקורתית שלפיה קשה להגדיר הגדרה אובייקטיבית מהבחינה המשפטית עובדות, וששופטים סובלים מהטיות שונות שבעטיין הם קובעים את התשתית העובדתית בצורה חלקית וסובייקטיבית. ראו Jerome Frank, *Say it with Music*, 61 HARV. L. REV. 921, 923–924 (1948); Hanoach Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 U. TORONTO L.J. 607, 612–619 (2007).

92 Joseph Jaconelli, *Solomonic Justice and the Common Law*, 12 OXFORD J. LEGAL STUD. 480 (1992).

93 John E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason*, 58 NW. U. L. REV. 750 (1963–1964). ראו גם John E. Coons, *Compromise as Precise Justice*, 68 CALIF. L. REV. 250 (1980).

94 שם.

95 Golding, לעיל ה"ש 90, בעמ' 21.

96 Jaconelli, לעיל ה"ש 92, בעמ' 485.

97 John E. Coons et al., *Comments on Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason*, 58 NW U. L. REV. 795, 798 (1963–1964).

ההכרעה של פשרה הציע אברמוביץ' שיטה מעניינת ומתונה יחסית של מערכת הכרעה מעורבת – (system of mixed verdicts) – המבקשת ליהנות מהיתרונות היחסיים של כל אחת משתי שיטות ההכרעה במצבים שונים.⁹⁸ לפי הצעתו יש לבחור בשיטה הדיכוטומית כאשר אין ספק באשר לסיכויי התובע לזכות בתביעה או להפסידה, דהיינו שרף ההסתברות גבוה (כשגרסת צד אחד עדיפה מגרסת האחר במידה ניכרת), ואילו כאשר סיכויי הזכייה 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,⁹⁹ וכן באחריות על פי הסתברות במצבים של סיבתיות עמומה.¹⁰⁰

אחת הבעיות העיקריות בהצעתם של קונס ואחרים היא שמדובר בפשרה שבית המשפט כופה על הצדדים. עצם פסיקת הפשרה בבית המשפט במתכונת שהציע 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 מסוימים, כמו למשל במקרה של סיבתיות עמומה, ויקרא לשינוי חקיקתי בלי להחיל במקרה שלפניו את הדין החדש.¹⁰¹ לפי תפיסה זו ניתן, אם בכלל, להצדיק פסיקה כפשרה רק כשכפופת המאזניים הראייתיות או ההסתברותיות מאוזנות, ואין הפסיקה לצד אחד עדיפה מפסיקה לצד האחר. אך במקרים אחרים קשה הרבה יותר להצדיק פסיקה פשרה.

במקום אחר הצענו כי קל הרבה יותר להצדיק פסקי דין של פשרה כאשר הללו ניתנים בידי השופט מכוח הסכמתם הראשונית של הצדדים שמסמיכים את השופט לשמש בורר וליתן פסק דין על דרך פשרה.¹⁰² במקרים כאלו הצדדים מודעים לכך שהם היו יכולים 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 גם מסיבות מגוונות אחרות. ניסיון להתגבר על הקשיים הכרוכים בהכרעות דיכוטומיות המבוססות על כללים קשיחים של הדין המהותי אינו יכול להיעשות, לטעמנו, באמצעות פסק דין של פשרה בידי השופטים בלי שקיבלו את הסכמת הצדדים לכך. במקרים אלו הצדדים חשים שההליך שנעשה נעדר צדק דיוני, שהרי הם אינם באמת מודעים לשיקולים שמנחים את השופטים בפסקם על דרך הפשרה. מנגד, אנו טוענים שאם הצדדים מודעים לחסרונות שבפסיקה על פי הדין המהותי, האפשרות שהשופט-בורר

Michael Abramowicz, *A Compromise Approach to Compromise Verdicts*, 89 CAL. L. REV. 98 .231 (2001).

John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N.C. L. REV. 1063 (1989).

Coons, *Approaches*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 753–754.

101 ברוח דבריו של השופט גרוניס בפרשת **מלול**, לעיל ה"ש 48.

102 Sinai & Alberstein, לעיל ה"ש 9, בעמ' 756.

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, שאמר שבית המשפט מכריע על דרך פשרה (אפילו הוא לא קיבל הסכמת הצדדים לכך) רק במקרים ספציפיים המכונים בפיו קונס בשם "doubt compromise"¹⁰³ ושיעור החלוקה בהם יהיה לעולם 50–50. הצעתו של קונס עוררה ביקורת מוצדקת.¹⁰⁴ ואולם ביקורת זו אינה רלוונטית, לדעתנו, במקרים שבהם הצדדים מסכימים להסמיך שופט-בורר להכריע בעניינם בדרך של פשרה אשר מביאה בחשבון, בין השאר, את זכויותיהם של הצדדים ואת הראיות המצויות בידם, ומעניקה לבית המשפט סמכות לשיקול דעת רחב ביותר המאפשר חלוקות 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, ואינה מכריעה בצורה חדה ובינארית באופן של "המנצח זוכה ככול", בצדק תיחשב "צדק מדויק" (precise justice), שכן היא רגישה מדרך ההכרעה הדיכוטומית הרגילה לקיומם של ספקות, כשלים ופערים, ודרך ההתמודדות שלה עימם פרגמטית וקונסטרוקטיבית.

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 העברי, 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 והתייחוס בין שיקולי המשפט המהותי לשיקולי הפשרה האחרים.

אין זה המקום להאריך בניתוח המקורות בתקופת חז"ל והראשונים. בסעיף זה נסתפק בעיון בכללי הפשרה שפורסמו בידי דייני בן דורנו, ואשר מבוססים על מקורות קלאסיים של המשפט העברי, ובהם נקבעו קווים מנחים בעניין מידת הקרבה של הפשרה אל הדין לפי סוג

103 Coons, *Approaches*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 753–754.

104 ראו לעיל ה"ש 97.

הפשרה שעליו הסכימו בעלי הדין.¹⁰⁵ בעיון בכללים אלו יש כדי ללמד על מודל אפשרי המכיל עקרונות ברורים המופעלים בשלושה מסלולי פשרה שבהם בחרו הצדדים:

א. **"פשרה קרובה לדין"** – פסיקה על דרך פשרה המביאה בחשבון את השאלה 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 שליש). במילים אחרות, בית הדין אינו יכול לחלק את הסכום 50–50 בין הצדדים, ללא הבחנה וללא בדיקה למי מהם מגיע סכום גדול יותר. בפשרה קרובה לדין בית הדין יכול להפחית בפסק דינו עד שליש מהחייב על פי עיקר הדין.

ב. **"בין לדין בין לפשרה"** – פרקטיקה שלפיה בעלי הדין מסמיכים את הדיינים לבחור אם להכריע בסכסוך בדרך של דין או בדרך של פשרה. פרקטיקה זו תורמת לחידוד הגבולות בין ההכרעה לפי הדין המהותי להכרעה מכוחה של פשרה, ומאפשרת לדיין להכריע לפי הדין המהותי, כשלדעתו הכרעה כזאת היא הצודקת ביותר.

ג. **"פשרה רגילה"** – הכלל הבסיסי הוא שבית הדין שאותו הסמיכו הצדדים לפשר (ולא התנו שהפשרה תהיה קרובה לדין) מפשר לא יותר מחצי (דהיינו שהוא מחלק סכום התביעה בין בעלי הדין לחלקים שאינם גדולים ממחצית הסכום). עם זאת במצבים מסוימים בית הדין רשאי לחרוג מהכלל ולהטות את הפשרה ליותר ממחצית אם יש אומדנות או נימוקים כבדי משקל המסייעים לאחד מהצדדים. בית הדין יכול לקבוע את שיעור הפשרה לפי משקלה של הראיה או לפי מידת ההסתברות שאירע דבר מסוים, ולפשר אף ביותר ממחצית לטובת הצד שהראיות וההסתברויות נוטות כלפיו. הדברים אמורים בעיקר במצב שבו בית הדין התקבל בידי הצדדים לפסוק על פי ראות עיניו.

אנו סבורים שיש היגיון רב בכללים האלו, ויש בהם כדי להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בפשרה, ויתרונם המרכזי הוא בכך שהם מאפשרים לצדדים לבחור בין שלושה מסלולים של פשרה לפי צורכיהם, 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 על סמך 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 ש"עיקר הפשרה" הוא "רק לעשות שלום בין בעלי הדין".¹⁰⁶ הפשרה מוגדרת בתלמוד: "משפט שיש בו שלום".¹⁰⁷ 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 טיעוניו של הדין אלא הוא מציג מטרה אחרת וסולל את הדרך אליה. לעומת זאת המשפט אדיש לשאלה אם בסיומו של יום ישרור השלום בין בעלי הדין שמחלו על מה שמגיע להם על פי הדין בהליך רגיל בבית משפט. במובן זה השלום מצוי

105 יעוזר אריאל דיני בורות 249–253, 259 (2005).

106 שו"ת שבות יעקב, חלק ב, סימן רמה.

107 בבלי, סנהדרין ו, ע"ב.

בתוך אוטונומיה המנותקת מן המשפט.¹⁰⁸ זאת ועוד, השכנת שלום תלויה במבחן הסובייקטיבי של הצדדים לסכסוך, ולכן נדרשת השתתפותם הישירה בכינון הפשרה. אווירה של פיוס והשלמה תצמח בעיקר מתוך מפגש והידברות. האפשרות להציף ולהעלות אל פני הסכסוך את המשקעים וכן את האינטרסים הסמויים העומדים בצילו של המאבק המשפטי הגלוי – מקומה 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 שלום בין בעלי הדין שלפניו כמטרה בפני עצמה. השלום המרכיב את הפשרה, שהיא משפט שלום, לקוח כאמור משיח זר לשיח של המשפט והדין. במובן מסוים, מציע ליפשיץ, ניתן לראות בו פיצוי על חיסרון מובנה בדין. הוא מבקש להציע לאדם את האפשרות לוותר על זכויותיו או לזקוף לעצמו חובות לא לו, לא לשם השגת סדר ציבורי בלבד, אף לא בשם הסדרת עיוות שהוא מוצא בגופו של הדין. השלום מבקש להעמיד לבחירה ולהעדיף את ההתחשבות בערכים כמו רעות, חברות ואחרות על פני הדבקות בדין.¹⁰⁹ אומנם ניתן לומר שבדרך כלל כאשר עיקר המאויים הוא השכנת שלום, תיווך לפשרה – settlement conference – 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 למטרה 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 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] 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

108 איתי ליפשיץ **הפשרה במשפט העברי** 137 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן 2004).

109 שם, בעמ' 133.

socially and morally preferred, even if the strict *din* is neutralized. In its highest sense, justice obtains when people are reconciled.¹¹⁰

עתה נביא כמה דוגמאות לביצוע 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 הצדדים והתנהגותם שהפסיקה על פי עיקר הדין בלבד לא תשקיט את המריבה אלא עלולה היא להשאיר איבה ומשקעי מרירות בין הצדדים, והשלום ישכון רק באמצעות הפשרה.¹¹¹ תפיסה מעניינת הציג רבו של הרב קוק ואחד מגדולי ההלכה במזרח אירופה, הרב נפתלי צבי יהודה ברלין (ליטא, המאה התשע-עשרה), 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".¹¹²

כיוצא בזה נפסק כי בית הדין רשאי לפשר בדין תורה בין יתומים קטנים, והטעם לכך נזכר בפוסקים – הפשרה נעשית לטובתם של היתומים "כדי להשקיטם ממריבות",¹¹³ כי אם בית הדין לא יפשר במקום שיש חשש לאיבה, תימשך המריבה בין היתומים, ובהיותם בני משפחה אחת סביר שמערכת היחסים שלהם תימשך 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.¹¹⁴ ואולם, סייג חשוב – גבול מהותי של הפשרה – הציב אותו דין בכותבו שמוכן מאליו שאין להשתמש בנימוק של פשרה לצורך השכנת שלום אם התביעה או טענת הנתבע אינה מוצדקת מכול וכול.¹¹⁵

הינה כי כן, הדין העברי יכול בהחלט לשמש מקור השראה להרחבת שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה ולהסדרה ראויה של סעיף 79א.¹¹⁶ להלן נציע מודל תאורטי המתאר את ערכי הפשרה והבניית שיקול הדעת בפסק דין על דרך הפשרה המבוסס לא רק על הדין העברי אלא גם על ספרות יישוב הסכסוכים.

ABRAHAM R. BESDIN, REFLECTIONS OF THE RAV: LESSONS IN JEWISH THOUGHT ADAPTED FROM THE LECTURES OF RABBI JOSEPH B. SOLOVEITCHIK 55–57 (1993)

111 שו"ת אורח משפט, חושן משפט, סימן א.

112 שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן י.

113 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ג.

114 אריאל, לעיל ה"ש 105, בעמ' 170.

115 שם.

116 האמור בסעיף זה מייצג את התפיסה המקובלת של פשרה במשפט העברי. עם זאת, ולשם שלמות התמונה, נזכיר שיש גם תפיסות אחרות, ובהן כאלו הרואות בפשרה הליך שנועד למנוע את החשש של אי-הצלחה לכוון לדין תורה. ראו למשל שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף כ ("צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה"). להצגה נרחבת של תפיסה זו, ראו ברכיהו ליפשיץ "פשרה" משפטי ארץ – דין דין ודין א 137 (ירון אונגר עורך התשס"ב).

6. מודל תאורטי – ערכי הפשרה והבניית שיקול הדעת השיפוטי בפסק דין על דרך הפשרה

השילוב המושגי בין עולם המשפט הנמוג למציאות המשפטית שבה מרבית התיקים מקודמים לסיומים בהסכמה, ועימו הכרה במורכבות המשפט ובקושי הפילוסופי לקבל הכרעות משפטיות מדויקות ונכונות מבחינה עובדתית ומשפטית, מציבים בפני שופטים עכשוויים זירה מורכבת של שיקול דעת שיפוטי אשר לא הוכרה בעבר בספרות המשפטית. בזירה זו השימוש בסעיף 79א עשוי לשמש להכלת המורכבות הכרוכה בעולמות המשפט ויישוב הסכסוכים אשר בהם מצויים השופטים בשלב המקדמי של הדיון, שבו החתירה לסיום תיק בהסכמה היא תמריץ מרכזי. אפשר לקרוא לצדדים לבחור בין תפיסות של משפט ויישוב סכסוכים בהקשר זה ולמסגר את ההכרעה של השופט על פי סעיף 79א באמצעות הרחבה אפשרית של שיקולי משפט ושיקולי יישוב סכסוכים, כפי שהצענו במקום אחר.¹¹⁷ ברגיל אנו תופסים את היחס שבין משא ומתן להכרעה משפטית כמצוי בראשית הצירים של המשפט ועולם יישוב הסכסוכים: מהצד של עולם יישוב הסכסוכים צדדים מקיימים מיקוח בצילה של הכרעה משפטית פורמלית צפויה – “bargaining in the shadow of the law”.¹¹⁸ מהצד המשפטי ההכרעה המשפטית מתקיימת בצילו של משא ומתן תחרותי בין הצדדים אשר במסגרתו הצדדים בוחנים סיכויים וסיכונים לפי ההכרעה הדיכטומית הצפויה בבית המשפט. במציאות המשפטית בפועל צדדים ושופטים מחזיקים בתפיסות מפותחות יותר של משפט ויישוב 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 ליישוב סכסוך					
התגברות על כשלים בדרך להסכם					
שיקולי סכסוך	הכרעה לפי כללים	צדק מדויק, אקוויטי	הכרעה לפי עיקרי מדיניות באופן אינסטרומנטלי	קידום יעילות	קידום צדק חברתי
שיקולי משפט					

בציר המשפטי ניתן לראות שהשופטים מקיימים הכרעה מכנית על פי כללים ברורים, אך דורות של ביקורת על פורמליזם לימדו אותנו כי שופטים עשויים להכריע על פי חוש צדק ודיני יושר, לפי אינטואיציה של צדק מדויק (precise justice), איזון אינטרסים ועקרונות משפטיים המצויים בבסיס הכלל ואף לפי קידום יעילות וצדק חברתי. בציר של יישוב סכסוכים משא ומתן עשוי להתמקד בכשלים נוספים בדרך להגעה לפשרה שהם רחבים

¹¹⁷ להרחבה ראו Yuval Sinai & Michal Alberstein, *Expanding Judicial Discretion: Between Legal and Conflict Considerations*, 21 HARV. NEGOT. L. REV. 221 (2016).

¹¹⁸ המאמר המפורסם שטבע מונח זה התייחס לתחום הגירושין אך הפך לתפיסה מרכזית של יחסי משפט והליכי משא ומתן שונים. ראו Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

מהתנהגות אסטרטגית ומיקוח וקשורים באינטרסים ובצרכים 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 במובלע או במפורש בין כל נקודות המפגש במרחב החדש. למשל, קידום הסכמות בתחום המשפחה עשוי להישען על תפיסה של מערכות יחסים ולהניח שיישום כללים משפטיים נעשה לפי איזון אינטרסים ותכליות חברתיות. בתחום העסקי במשבצת המשלבת הכרעה לפי כללים והתגברות על כשלים בדרך להסכם עשויה להיות מקודמת הצעה שתשיא רווחים לשני הצדדים ושתתחשב באינטרסים רחבים ארוכי טווח. גם בפסקי דין שיינתנו במקרים המתאימים יודגשו תפיסת הסכסוך והדרך החיובית להתערב בו, כפי שלמשל מציין השופט ברק בפסק דין חורב.¹¹⁹ מכל מקום, ראשית הצירים של מפגש עולם יישוב הסכסוכים והמשפט אינה מתאימה עוד לתיאור של פעילות משפטית עכשווית.¹²⁰

מורכבות זו של שיקול הדעת השיפוטי החדש יוצרת אפשרויות מגוונות לחיבורים בין עולם יישוב הסכסוכים למשפט ומרחיבות את מנעד שיקול הדעת השיפוטי שבמסגרתו יכול השופט לפעול. כהשלמה לתפיסה הרווחת שלפיה לשופט שיקול דעת שיפוטי ביישום הכללים, בעולם הפשרות ובחיבור למודלים מתקדמים של יישוב סכסוכים מרחב שיקול הדעת של השופט בין מורכבות המשפט למורכבות התחום של יישוב סכסוכים נהיה מעניין עוד יותר. סעיף 79א עשוי לשמש להכרה במרחב זה אגב מתן אפשרות לצדדים לבחור בתוכו את סוג הבניית שיקול הדעת שתתקיים במקרה מסוים.

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

ד. הסדרה של סעיף 79א – המודל המוצע

כפי שצינו בפרקים הקודמים, ההנחה שלנו היא 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 לעיתים, ששמענו אותה משופטים ומעורכי דין בראיונות,¹²¹ היא כי כישלון של הליך המהור"ת לעיתים מביא את הצדדים לבית

119 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997). ראו את הדיון בפסק דין זה וביחס שבין שיח זכויות לשיח זהות, אצל אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז 37 (2000).

120 Michal Alberstein, *Complexity and Reconstruction as Contemporary Legal Thought: Law-Conflict Interactions and Judicial Work*, in SEARCHING FOR CONTEMPORARY LEGAL THOUGHT 465 (Justin Desautels-Stein & Christopher Tomlins eds., 2017).

121 ראו גם דן ישעיהו בחינת תפיסת פגישת המהור"ת בקרב השחקנים השונים המשתתפים בה בהתייחס להחלטה אם להמשיך ממנה להליך הגישור עצמו (עבודת גמר לקבלת תואר "מוסמך ביחידה ללימודים בינתחומיים", התכנית ללימודי ניהול ויישוב סכסוכים ומשא ומתן, אוניברסיטת בר-אילן 2019).

המשפט במצב פחות נכון לפשרה, מתוך תפיסה שאם נכשלו בהליך הגישור, הם כבר מיצו אפשרות זו, אך טענתנו היא כי השאיפה לפתרון בדרך פשרה צריכה להוסיף ולהופיע גם בשלב ההתדיינות, דווקא כדי לקדם באופן קוהרנטי יותר תרבות של יישוב סכסוכים ופתרון בעיות. מכאן שגם כאשר בעלי דין הגיעו לבית המשפט אחרי שמיצו אפשרויות משא ומתן ביניהם ואפילו גישור, ניתן לעודד אותם להסכים להכרעה בדרך הפשרה ולפרוס לפנייהם קטגוריות מובנות שהם יוכלו לקבלן או לדחותן במלואן. מודל ההסדרה של סעיף 79א שאנו מציגים כאן לראשונה הוא "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 וחץ-משפטיים נבחרים (כגון "צדק מדויק", יושר וערכים חברתיים) ושיקולים של יישוב סכסוכים (כגון "משפט שלום", גישור והתמקדות באינטרסים). נקודת המוצא של המודל המוצע היא קידום תפקידים חדשים של שופטים והכנסת הליכים אשר היו אמורים לכאורה להיות חלופות נפרדות מהליך השפיטה ואף חיצוניות לבית המשפט, אל תוך אולם המשפט. השופט הופך להיות מומחה ביישוב סכסוכים, והוא מקדם אפיקים והליכים שונים 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 לעומת כלל האפשרויות הפרוסות לפנייהם מחוץ לכותלי בית המשפט. נזכיר שאף לפי המצב המשפטי הנוכחי יכולים הצדדים לפנות להליכי גישור, בוררות וכדומה, ובאמצעותם גם לעצב שלל מסלולים הדומים במידה רבה לאלה שאותם מציג המאמר. החידוש המרכזי הוא אפוא בהבאתם לתוך בית המשפט של הליכי יישוב סכסוכים המתאפשרים כיום מחוצה לו, והתאמתם לפעילותו של השופט במסגרת הליך של הכרעה, ובכך סמכותו מוסדרת כחלק מפעילות המערכת השיפוטית, השונה שינוי יסודי מפעולתו של המגשר או הבורר.

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

1. פשרה המבוססת על שיקולים משפטיים וחץ-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 הפורמלי ובמידה שיש לחרוג ממנו בשל נסיבות המקרה.

פשרה כמשפט א: פשרה כחיוזי הדין – מסגרת הכרעה זו היא האינטואיטיבית ביותר כשמדובר במשא ומתן לפשרה משום שבמסגרתה השופט חותר לחיוזי ההכרעה המשפטית

אגב הערכת מידת הסיכון שכל צד לוקח ושקלול הסתברות זכייתו.¹²² צורה זו של הכרעה על דרך הפשרה (עם כל הבעייתיות שבשימוש במילה "פשרה" בהקשר של הכרעה הזוהה להכרעה משפטית רגילה) היא גם הנפוצה ביותר בבתי המשפט בישראל, כפי שראינו בפרק ב, והיא גם שהייתה ביסוד הלכת אגיאפוליס. כלומר, מדובר בהכרעה דיכוטומית לטובת צד אחד לפי הדין המהותי בדומה למה שהיה מתקבל בהליך משפטי רגיל, כשהצדדים מרוויחים בעיקר "קיצור דרך" באמצעות הכרעה מהירה וחסכון בזמן ובעלויות וכן ויתור על הפרוצדורות הרגילות הכרוכות בהליך המשפטי הרגיל. צורת הכרעה זו מצויה למעשה בראשית הצירים במודל הרחבת שיקול הדעת השיפוטי בפשרה שהוצג בפרק הקודם, בהיותה זהה להכרעה המתקבלת בשפיטה רגילה על פי הדין המהותי הפורמלי, ואין היא מביאה בחשבון שיקולים משפטיים וחוקי-משפטיים אחרים.

פשרה כמשפט ב: "פשרה קרובה לדין" – בדומה לצורה א, גם כאן גיבוש ההכרעה מצריך חיזוי של התוצאה שהייתה מתקבלת בהליך משפטי רגיל, אך שלא כצורה א, ב"פשרה קרובה לדין", שהוא מודל הכרעה שמקורו בדין העברי, אין מתקבלת תוצאה דיכוטומית שלפיה 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 של שני שליש מסכום התביעה, ואילו הצד שהיה אמור להפסיד לפי הדין המהותי יזכה רק בשליש הנותר. היתרון בצורה זו מבחינת הצדדים הוא שאין היא מותירה שיקול דעת רחב מדי לשופט (ובכך היא מצמצמת סיכונים ומתאימה לשונאי סיכון), שהרי הוא חייב להתחשב בתוצאה שהייתה מתקבלת על פי הדין המהותי ולתת לה משקל גדול 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 הפורמליים לבין שיקולי הפשרה בהגיעו להכרעה שאומנם נותנת עדיפות לזה שהיה צריך לזכות על פי הדין המהותי, אך בכל זאת נותנת חלק מסוים (בשיעור שליש) 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 שבו הובאה תשובתו של הרב קוק המבאר איך פוסקים במודל של "בין לדין בין לפשרה".¹²³ אולם בניגוד לאמור בפסק דין אגיאפוליס, בדין העברי אין מדובר על צורת הכרעה שנותנת שיקול דעת לא מוגבל לשופט לפסוק כראות עיניו, אלא מדובר בשיקול דעת של השופטים שאומנם הוא רחב יחסית 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 שבהם נראה לשופט כי בנסיבות העניין "הדין נוקשה מדי", הוא עובר

¹²² הליך זה שנעשה בידי שופט דומה ל-ENE – הערכה מוקדמת של מומחה ניטרלי, אך בהנחה שהצדדים לא הסכימו לחיזוי כזה בשלב הצעת הפשרה של השופט, כעת הוא צריך להכריע באמצעותו את הסכסוך.

¹²³ שו"ת אורח משפט, לעיל ה"ש 111.

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 "הכול 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 כלשון הרב קוק "נגד היושר השכלי לפי מצב העניין", דהיינו שהתוצאה אינה עולה בקנה אחד עם היושר ועם ההיגיון 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 נופל בגדר אחת משלוש העילות הנזכרות. בכל אופן אם הצדדים מיועדים מראש בידי השופט על עקרונות שלפיהם 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 נציג צורות הכרעה על דרך הפשרה המבוססות על שיקולים רחבים מאלה של הדין הפורמלי, 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 שבהם הפתרון של "הכול או לא כלום" אינו מתאים, או כשלשופט יש ספק עובדתי או משפטי כדברי הרב קוק למעלה, או כמענה לחתירה ל"צדק מדויק", וכן ביחס לשיקולי משפט אחרים.¹²⁴ הכרעה משפטית באופן של "צדק מדויק" עשויה להיות ביטוי לאי-היכולת לדבוק תמיד באופציה שלפיה "המנצח זוכה בכול" 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 בנוגע לסיכויי התובע לזכות בתביעה או להפסידה, דהיינו שרף ההסתברות גבוה (גרסת צד אחד עדיפה מגרסת האחר במידה ניכרת), ואילו כאשר סיכויי הזכייה של התובע אינם ברורים או קרובים להיות שקולים, אז יש לבחור דווקא בשיטת הפשרה ולחלק את העוגה בין הצדדים. נוסף על זה יכול השופט להציע להם איזון תכליות, קידום יעילות או צדק חברתי. שנית, לעיתים, בשל ייחודו של המקרה, נדרשת פשרה המבוססת על שיקולי יושר. המתח בין הכללים הפורמליים של הדין המהותי לבין שיקולי יושר (equity) מתהווה בעיקר משום שהדין הפורמלי אינו מתאים לכל המקרים. אם הצדדים בוחרים בצורת הכרעה של פשרה המבוססת על שיקולי יושר, הרי

124 להרחבה בתיאור שיקולים אלה ראו Sinai & Alberstein, לעיל ה"ש 117.

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.¹²⁵ לפי תפיסה זו, על המפשר להכיר היטב את הדין ולבחון אם 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 לא צודק. הכרעה משפטית עשויה לעיתים לפגוע בצד חלש, בשחקן חד-פעמי לעומת שחקן חוזר, ושימוש בהכרעה בדרך פשרה עשוי לתקן חוסר צדק חברתי באמצעות הכרעה המשלבת שיקולים אלה.¹²⁶ צורת הכרעה זו וכן זו שלפניה הן למעשה הכרעה בדרך של הפנמת ריבוי המשמעויות. צורות הכרעה אלו עדיין לא נוסו בשיטות משפט קיימות, והן מצויות בספרות, אך ניתן לחשוב עליהן כביטויים אפשריים של פשרה.¹²⁷

2. צורות שונות של פשרה כיישוב סכסוכים

אפשרות ייחודית של שימוש בסעיף 79א עשויה לקשר אותו לישוב הסכסוכים במרחב שיקול הדעת השיפוטי ולאפשר לצדדים לבחור מודלים של הכרעה אשר ייכללו 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 בורות אשר מצויים כיום בעיקר מחוץ לכותלי בית המשפט במסגרת בורות 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 ציפיות וצמצום סיכונים אצל הצדדים להליך המשפטי, ובמסגרתה

125 כפי שהראינו בהרחבה שם, בעמ' 234–235, 257–259. להצגה כללית של דיני היושר ראו Michael Akehurst, *Equity and General Principles of Law*, 25 INT'L & COMPAR. L.Q. 801 (1976).

126 לתיאור תפקידו של המשפט כמוביל לשינוי חברתי דרך פעולת השפיטה ולקושי שבתפיסה זו ראו Gerald Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 STAN. L. REV. 739 (1982). ראו גם N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (2nd ed. 2008).

127 לדיון בקידום גישה מרובת שלבים לצדק בעידן המשפט הנמוג ובאמצעות פשרות ראו Hadas Cohen & Michal Alberstein, *Multilevel Access to Justice in a World of Vanishing Trials: A Conflict Resolution Perspective*, 47 FORDHAM URB. L.J. 1 (2019). להצעה לקידום צדק מבוסס תהליך הסכמות בסכסוך בין שחורים למשטרה בנושא שיטור יתר בסינטי ראו Jay Rothman & Randi Land, *The Cincinnati Police-Community Relations Collaborative*, 18 CRIM. JUST. 35, 35–42 (2004); 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 (2012); Jay Rothman, *Identity and Conflict: Collaboratively Addressing Police-Community Conflict in Cincinnati, Ohio*, 22 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 105 (2006).

ניתן לעצב הליך התפור למידותיו ולמאפייניו של הסכסוך אשר סופו בהכרעה ודאית של השופט-בורר המסיימת אותו.

סוג שני של צורות הכרעה יחרוג מעולם הבוררות אל עבר יישוב סכסוכים מהותי יותר, ובמסגרתן יסמיכו הצדדים את השופט להכריע ביניהם כמומחה ליישוב סכסוכים בהתבסס על רבדים עמוקים של הסכסוך ומתוך ניסיון 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 יישוב סכסוכים.

בספרות ה-ADR נהוג לנתח סכסוכים המגיעים לבית המשפט מזווית של פתרון בעיות, החותרת להבנה של צורכי הצדדים, של האינטרסים שלהם, של הכשלים המונעים מהם להגיע להסכם ושל מאפייני הסכסוך ככלל. ההנחה היא כי מתחת למצג השטחי של "העמדות", אותן טענות משפטיות המופיעות בכתב התביעה, יש לכל צד אינטרסים שונים – צרכים, משאלות, העדפות ורגשות – ואלה המניעים השקטים של הסכסוך שבהם יש לטפל.¹²⁸ האינטרסים, שהם גם מטרות חבויות של הצדדים, יכולים לכלול מהירות, שמירה על סודיות, הוכחת זכותם בציבור (vindication), קבלת חוות דעת ניטרלית, חיסכון בהוצאות, שמירה על יחסים עם צד שני או שיפור שלהם, הגנה על צד שלישי או סכסוך נוסף, יצירת תקדים, מקסימום או מינימום של פיצוי, ועוד אינטרסים שונים. לכל מטרה יש דרך והליך מתאים להשיגה. רובן דווקא אינן יכולות להתגשם במידה אופטימלית במסגרת הליך של משפט רגיל. הליך של פסק דין על דרך פשרה לפי סעיף 79א עשוי לקדם את הגשמת מטרותיו של יישוב הסכסוכים במובן הרחב במידה כזו או אחרת.

נוסף על המטרות הנזכרות ועל ריבוי האינטרסים והנושאים, כאשר השופט מנתח את הסכסוך המובא לפניו, הוא תמיד יכול לאבחן את הכשלים במשא ומתן המונעים מהצדדים להגיע להסכמה ביניהם או לפי אפשרויות הפשרה האחרות של סעיף 79א. הכשלים עשויים להיות תקשורת גרועה, צורך להבעת רגשות, תפיסות שונות של עובדות, תפיסות שונות של המצב המשפטי, שמירה על עיקרון 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 כוחות.¹²⁹ לכל אחד מכשלים אלה הליך המתאים להתגבר עליו, וברוב המקרים לא הליך השפיטה הרגיל הוא המסוגל ליישב את הקושי המסביר היעדר הסכמה. ייתכן שניתן להתגבר על כשלים במסגרת פסיקה בדרך פשרה לפי סעיף 79א.

לפי האמור לעיל נפרס את שני הסוגים של צורות יישוב הסכסוכים שעליהם 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 – במתחם זה הצדדים מתחמים את הבורר במגבלות מוקדמות. באפשרות זו הצדדים מציבים לבורר

¹²⁸ ראו תורת הגישור, לעיל ה"ש 73, בפרק שמיני.

¹²⁹ שם, בפרק שביעי.

תנאים מראש, מה שמצמצם את מרחב ההכרעה שלו. דוגמה 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.¹³⁰

פשרה כישוב סכסוכים ב: בורות מוגבלת להצעות סופיות של הצדדים final offer arbitration (או baseball arbitration) – במסגרת זו הצדדים מגישים לשופט הצעות סופיות והוא יכול לבחור באחת מהן שהיא תכריע את המקרה. כך מתומצמים הצדדים להציע הצעות מאוזנות, ולעיתים ההליך כשלעצמו מקדם את המשא ומתן ביניהם.¹³¹ הליך זה מצמצם סיכונים עבור הצדדים.

פשרה כישוב סכסוכים ג: גישור-בוררות med-arb – זו צורת הכרעה מיוחדת שבה הצדדים מתחילים בגישור על בסיס אינטרסים, ואם הוא אינו מצליח, מתבצעת בורות על בסיס זכויות. כך הצדדים יודעים כי אם לא יצליחו לפתור את המקרה בעצמם, הפתרון שיינתן להם יחזור לשפת הזכויות שבה פתחו את ההליך. הליך זה דומה במידת מה לקיום קדם-משפט, שבו השופט מנסה להוביל להסכמה, וכאשר אינו מצליח, מוצע שייתנו לו להכריע לפי סעיף 79א, אך כאן ההצעה היא שהמעבר יהיה מובנה יותר, מחולק מבחינת השלבים באופן ברור וידוע מראש. חסרונה של צורת הכרעה זו הוא בכך שפעמים רבות הצדדים יתייחסו לשלב הגישור בחשדנות ויהססו "לחשוף את הקלפים" מתוך מחשבה שהם עשויים לקבל הכרעה על בסיס זכויות משפט מהותי. מנגד, מאחר שההקשר הכללי הוא קדם-המשפט שבו הצדדים רואים בשופט דמות סמכותית, אינם חושבים על אינטרסים רחבים בדרך כלל, ואין לקיים פגישות נפרדות, הבחירה בגישור-בוררות יכולה דווקא לעודד שיח פתוח ורחב יותר.¹³²

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

130 ראו מאמרו של השופט מנחם (מריו) קליין "הצעה לשימוש בנוסחה מדעית לצורך חישוב אריתמטי של פסק דין לפי סעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט" **עלון השופטים המקוון** 50 (2007) (פורסם גם ב**פסק דין: אתר המשפט הישראלי** <https://did.li/VHfaa> (27.10.2008)). השופט קליין מציע נוסחה לפסיקה על דרך הפשרה שלתוכה יוכנסו נתונים ספציפיים של התיק, ואשר תניב תוצאה כספית אשר תהווה את פסק הדין. בנוסחה אשר מציע השופט קליין קיימים הרכיבים האלה: $P =$ סכום כספי של פסק הדין, $MAX =$ סכום מקסימלי לפסק הדין, $MIN =$ סכום מינימלי 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", שאותו מסביר השופט קליין כדרך לעגל סכומים שאינם מעוגלים.

131 להרחבה ראו מרדכי (מוטי) מירוני "בוררות מזן אחר: בורות מוגבלת להצעות האחרונות של הצדדים – היסטוריה, רעיון והבטחה" **ספר שטרסברג כהן** 649 (אהרן ברק ואח' עורכים 2017).

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

חתום הניתן בידי הצדדים. כך יוכלו לחשוף אינטרסים ומידע רבים יותר בחופשיות בהליך פישור מאוחר יותר, אשר אם לא יצלח, תיפתח מעטפת ההכרעה.¹³³

(ב) מודלים של יישוב סכסוכים מעמיק יותר

פשרה כיישוב סכסוכים ה: הכרעה על בסיס אינטרסים והתגברות על כשלים – שופט המכריע על סמך 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 ישתמש השופט 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 יהיה אפשר לקיים פגישות נפרדות במסגרת הליך זה, אם כי ייתכן שיש מקום לשקול לאפשר זאת, הואיל ופגישות נפרדות (לא פומביות) מסייעות מאוד להגיע להסכמות.¹³⁴ הצעתנו היא שהליך זה בכללותו (אך לא הפגישות הנפרדות) לא יהיה חסוי, ובכך יבטא את האופי הציבורי והמרכזי שמערכת המשפט מייחסת להליכי גישור ויישוב סכסוכים. הכרעה בדרך אינטרסים וכהתגברות על כשלים שהצדדים הסכימו לה מציעה למעשה פתרון בעיות כפוי על ידי בית המשפט, 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 במקצועיות.

פשרה כיישוב 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 לבירור משפטי. עם זאת בבניית מודל אידיאלי של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי ואפשרויות לצדדים לקיים בחירות במסגרתו, ניתן לדמיין סיטואציה שבה בוחרים מיוזמתם להסמיך את השופט להכריע באופן שיתרום לתיקון היחסים ביניהם. סוגיות הקשורות לסכסוכים במשפחה, כמו למשל "בן ממשיך" בנחלה במושב, עשויות לדרוש סוג הכרעה כזה, וכך גם 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 אינדיווידואליות מול חיזוק יחסים בארגון או בקבוצה.

פשרה כיישוב סכסוכים ז: קידום הסכמות בסכסוכים מבוססי זהות בין קבוצות תרבותיות שונות – המודל המפותח ביותר של הכרעה המבוססת על יישוב הסכסוך יכול להתקיים במקרים שבהם מדובר בטענה להפליה שיטתית, בדומה למקרה של מעצרי שחורים

133 לתיאור הליך זה ראו, STEPHEN B. GOLDBERG ET AL., DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION, AND OTHER PROCESSES 288 (2003).

134 ראוי לשקול לאמץ את ההסדר המוצע בנוהל הצעת הפשרה בבתי הדין הרבניים בישראל. ראו תק' 13(ג) לכללי אתיקה לדיינים, התשס"ח–2008: "כדי להביא לפשרה, רשאי דין 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 ההתוועדות לא יישמעו טענות שדין להתברר במעמד שני בעלי הדין".

בסינסינטי, שבו התמנה מגשר על ידי בית המשפט בעקבות תביעה ייצוגית על הפליה שנקטה המשטרה, ונבנו הסכמות בסדר גודל לאומי בין קבוצות זהות שונות על עקרונות לרפורמה של המשטרה.¹³⁵ המודל נדרש אף בהתמודדות עם טראומות קולקטיביות כמו סוגיית ילדי תימן או בסכסוכים הנוגעים לאופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית היכולים לעזור בסוגיות שונות כמו שבת, כשרות, מיהו יהודי, גיוס חובה ושאלות נוספות. סכסוכים אלה מטיבם אינם מתאימים לשיח זכויות,¹³⁶ אך פעמים רבות הם מגיעים לפתחו של בית המשפט בהיעדר אפשרות להגעה להסכמות בגישור. לצדדים ברור שפתרון משפטי לא ירד לעומקה של מחלוקת, וייתכן שמרצונם יסמיכו את בית המשפט לקדם פתרון מאחז המבוסס על נוסחה מאזנת בין עמדותיהם. אומנם מודל זה נראה במבט ראשון מתאים פחות לסכסוך אזרחי רגיל שבו בדרך כלל השיח הוא של זכויות משפטיות אינדיווידואליות ולא של זהויות, אך ייתכן שיתאים לסוגיות פרטיות הכרוכות בשאלות 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 ושל צורות ההכרעה האפשרויות בפשרה לפי סעיף 79א כמפורט בסעיף הקודם נשאלת השאלה מהי הדרך המיטבית לאסדרה (רגולציה) של סעיף זה לפי עקרונות אלה.

קריאתנו לאסדרתו של סעיף 79א אינה מבטאת עמדה נורמטיבית באשר לקיומם של הליכים לקידום הסכמות בידי שופטים. אין אנו טוענים כי יש להגדיל את השימוש בסעיף 79א או להרחיב את מעורבותם של שופטים בקידום הסכמות. טענתנו היא אחרת: בהתחשב במגמה של משפט נמוג ותמריצי היעילות אשר מקדמים אותו, שופטים מוצאים את עצמם מקדמים הסכמות באופן אינטנסיבי וכן משתמשים רבות בסעיף 79א. בשל 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 יישוב סכסוכים ומניעתם, מרבית התיקים יופנו לגישור אצל מגשרים מקצועיים או יפתרו בדרכים חלופיות לפני שיגיעו לשופטים.¹³⁷ יש מדינות, כמו למשל אנגליה, שבהן שופטים כבר הרבה פחות אחראים לסיומם של תיקים, משום שרובם מסתיימים בשלב הגשת המסמכים ואף לפני שמגיעים לבית המשפט, במשרדי עורכי הדין.¹³⁸ במצב כזה לא יהיה צריך לקדם אסדרה של סעיף דומה ל-79א אם כי מבחינה תאורטית עדיין העיסוק בהליך היברידי זה הוא מעניין וטומן

¹³⁵ ראו Rothman & Land, לעיל ה"ש 127. ראו גם מאמריו של Rothman, לעיל ה"ש 127.

¹³⁶ שגיא, לעיל ה"ש 119.

¹³⁷ Nofit Amir & Michal Alberstein, *Designing Responsive Legal Systems: A Comparative Study*, 22 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 263 (2022), <https://bit.ly/3NvyIOi> (הצעת מתווה לעיצוב מערכות משפטיות לפי העקרונות של יישוב סכסוכים אגב קידום של שקיפות ובחירה של בעלי הדין).

¹³⁸ שם, בעמ' 275.

בחובו אפשרויות רבות להשגת צדק, פלורליזם משפטי ויישוב הסכסוך במובן רחב ומגוון יותר ממה שנעשה עד היום.

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

הכשרת השופטים לפסוק על דרך הפשרה – צורות ההכרעה בפשרה כיישוב סכסוכים המתוארות בסעיף הקודם מעלות כולן שאלות באשר לגבולות שיקול הדעת השיפוטי ולשאלת הלגיטימיות של הרחבת תפקידיהם של שופטים בהתייחסות לעולם יישוב הסכסוכים. האם אכן שופט שעיסוקו ומיומנותו בעולם המשפט מיומן 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 לפי הסכמת הצדדים להשתמש בעקרונות של יישוב 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 במרוכז ומשלכות כבר היום תפיסות מתקדמות של שיקול דעת שיפוטי בתחום הפשרה.¹³⁹ מבחינה מושגית ורעיונית נראה לנו חשוב להבין את המרחב היצירתי שמאפשר השימוש בסעיף 79א אשר מניע אותנו מראשית הצירים של תפיסות משפט ויישוב סכסוכים אל מרחבים מעניינים ויצירתיים יותר.

הסכמת הצדדים לפרטי צורת ההכרעה על דרך הפשרה – ראוי 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".¹⁴⁰ "ההיבט הראשון של ההסכמה, **הרצון החופשי**, משמעו הסכמה שניתנה ללא לחץ וכפייה מצד בית המשפט וללא תחושת 'אין ברירה'".¹⁴¹ ההיבט השני של ההסכמה הוא המודעות. "על ההסכמה להיות **מדעת**, משמע שהצדדים יבינו את טיבו ומהותו של ההליך המוצע להם".¹⁴² ההסכמה מרצון חופשי ומדעת היא 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 זו מזו באלמנטים שונים ומבטאות מודלים היברידיים המשקללים צורות 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 צריך להיות נתון לבהירה

139 השתלמויות כאלה לקידום הסכמות באולם המשפט העביר צוות המחקר ליישוב סכסוכים שיפוטי JCR בראשות פרופ' מיכל אלברשטין במשותף עם המכון להשתלמות שופטים במלון יערים שבמעלה החמישה ליותר מ-150 שופטי אזרחיים בנובמבר 2019, אוקטובר 2021 ודצמבר 2021.

140 נציבות תלונות הציבור "הסדרת סכסוכים", לעיל ה"ש 39, בס' 5.

141 שם, בס' 6.

142 שם, בס' 8.

ומפורט ולהידרן בין השופט ובין הצדדים לפני שהוא מקבל הסכמתם לפסוק על פי סעיף 79א.

אופי הדיון בין השופט לצדדים – לתפיסתנו לא די בכך שהצדדים יסכימו ככלל לתת לשופט להכריע בדרך הפשרה, אלא השופט חייב לוודא שהצדדים ידעו בדיוק כיצד פועלת צורת ההכרעה הספציפית שבה בחרו, מה השיקולים שבבסיסה ומה גבולות שיקול הדעת הניתן לשופט. כל זאת צריך השופט להסביר לצדדים ולוודא שהם מבינים היטב את הפרטים, את הסיכונים ואת הסיכויים, ושהסכמתם היא מרצון ומדעת. בייחוד יש להקפיד על כך כשהצדדים אינם מיוצגים, שאז יש חשש שהשופט ילחץ על הצדדים לתת לו לפסוק על דרך פשרה,¹⁴³ כפי שנעשה לא אחת בידי שופטים בתביעות קטנות.¹⁴⁴ כשהצדדים אינם מיוצגים ויש חשש שהם אינם מודעים לזכויותיהם ולטיב ההכרעה בעניינם, השופט צריך לשתף אותם וליידע אותם על זכויותיהם המהותיות והדיוניות ועל צורות ההכרעה השונות ולשמוע מהם מה הדרך הרצויה בעיניהם ליישב הסכסוך, ולוודא שהסכמתם לצורה כזו או אחרת של הכרעה בדרך הפשרה תהיה מרצון ומדעת.

אומנם הצדדים יכולים לייצר בעצמם את ההסדרים המוצעים בסעיף הקודם, ואף לייצר שלל מסגרות חוזיות נוספות באמצעות הסכמות חוזיות דיוניות שמהן הם יכולים לבחור, כמפורט להלן. ואולם, לא תמיד הצדדים מודעים למגוון האפשרויות הטמונות בהליך פסק דין על דרך הפשרה ועל מידת התאמתן של האפשרויות לסכסוך ביניהם. זו הסיבה שאנו מציעים שהשופט יקיים עם הצדדים דיון מעין settlement conference הדומה לזה שמקיים עימם המגשר בפגישת מהו"ת, דהיינו שהשופט יסביר לבעלי הדין את עקרונות הפסיקה על דרך הפשרה ואת צורות ההכרעה ההיברידיות השונות, ויבחן עימם את הנושאים העיקריים שבמחלוקת ואת האפשרות ליישב את הסכסוך באחת מצורות ההכרעה האמורות. מומלץ לכתוב בפירוט את גורי צורת ההכרעה שבחרו הצדדים בתחילת פסק הדין על פי סעיף 79א על מנת שיהיה אפשר לעקוב אחר תהליך גיבוש ההכרעה שנעשתה בידי השופט ולבחון את ההנמקות שבהן השתמש. התנהלות כזו של השופט בשקיפות ובשיתוף מרבי של הצדדים תגביר האמון בהליכי הכרעה על דרך הפשרה.

הנמקה של פסק הדין – בתי המשפט קבעו כי פסק דין שניתן על פי סעיף 79א אינו צריך להיות מנומק¹⁴⁵ 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 אילו עדים לשמוע ואילו ראיות

¹⁴³ יש תלונות רבות על כך ששופטים מפעילים לחץ פסול על הצדדים להסכים לפשרה. ראו למשל שם ("בלשכתנו התקבלו תלונות בדבר מתן הסכמה 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'").

¹⁴⁴ לצדדים קשה לא אחת להתמודד עם הלחץ האמור, שהרי בדרך כלל בתביעות קטנות הם אינם מיוצגים, ראו ס' 63 לחוק בתי המשפט.

¹⁴⁵ ראו בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 259, 269, 272, 279; ע"א 10838/05 זקס נ' קלינגר, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ארבל (2008); רע"א 3876/01 שי פלסט בע"מ נ' שטרית, פס' 3 לפסק דינו של השופט טירקל (2001); רע"א 9311/04 רונן נ' סמואל, פס' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (2005).

לקבל ולפסוק בתובענה על יסוד התרשמותו ועל פי שיקולי צדק והוגנות.¹⁴⁶ אכן, רציונל זה מתאים לדרך הפסיקה המסורתית על דרך הפשרה, אך הוא אינו עולה בקנה אחד עם המודל המוצע במאמר זה, המבקש להסדיר את הפסיקה על פי סעיף 79א, להבנות את שיקול הדעת השיפוטי ולשתף את הצדדים בבחירת צורת ההכרעה ובשיקולים השיפוטניים והלבר-שיפוטניים (שיקולי יישוב סכסוכים) שביסוד הבחירה. לפיכך אנו סבורים שיש להפסיק את הנוהג שלפיו רוב פסקי הדין על דרך הפשרה אינם מנומקים,¹⁴⁷ ובמקום זאת יש לקבוע, ככלל, שפסק הדין ינומק אלא אם הצדדים בחרו מפורשות שלא לנמק את פסק הדין (כגון: במקרים בהם הם מעוניינים בדיסקרטיות). ההנמקה נצרכת לא רק כדי למנוע פסיקה שרירותית ולא רציונלית המבוססת על תחושות בטן, אלא גם כדי שהצדדים יהיו שותפים של ממש להליך ויבינו כיצד ועל יסוד אילו שיקולים הגיע השופט להכרעה, כהמלצת שופטים אחדים.¹⁴⁸ הנמקת פסק דין על דרך הפשרה נצרכת גם כדי לקיים חובת הנמקה, שהיא עיקרון דיוני חשוב שנועד להשיג מטרות שונות.¹⁴⁹ ההנמקה אף נכללה לאחרונה בעקרונות היסוד של תקנות סדר הדין האזרחי, שבמסגרתם נקבע כי הליך שיפוטי ראוי והוגן כולל בין השאר חובה על המערכת השיפוטית לנמק החלטותיה,¹⁵⁰ 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 שהיא נעשית בידי בורר ובין בידי שופט, תהיה מנומקת. כך למשל עולה מיכולתם של בעלי דין המפקידים את גורל עניינם בידי בורר ודורשים ממנו הנמקה, שכן הם מעוניינים לדעת שאין הוא עושה את מלאכתו בקלות דעת. הם רוצים להיות משוכנעים שהבורר שבו נתנו את אמונם אומנם זכאי לאמון זה. אין לבעלי הדין דרך אחרת לכפות על הבורר התייחסות רצינית לתפקידו, אלא בחיובו בהנמקה.¹⁵¹

146 בן-נון וגבריאלי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 260.

147 ואכן, בעניין **ניידות חב"ד** (לעיל ה"ש 16, בפס' ט), הביע השופט א' רובינשטיין את דעתו כי יש מקום להנמקה גם בפסקי דין שניתנים על דרך הפשרה, הגם שמרווח שיקול הדעת של בית המשפט בהם הוא רחב ותלוי נסיבות.

148 ראו בתת-פרק ב(3) לעיל.

149 ראו רוזן-צבי **ההליך האזרחי**, לעיל ה"ש 88, בעמ' 85–89. רוזן-צבי מציין שחובת ההנמקה נועדה להשיג מטרות שונות, ומהן נציין כאן את הרלוונטיות 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 את השופט לידי חובה 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 השפיטה. בהיעדר הנמקה עלול בעל הדין שהפסיד לצאת בהרגשה שנהגו בו שלא כדין.

150 תק' 2 לתקנות סדר הדין האזרחי.

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

עם זאת לחובת ההנמקה, על אף חשיבותה הרבה, יש גם חסרונות. חסרונה הגדול ביותר הוא הזמן שנדרש לשם כתיבת החלטות מנומקות, זמן שלעיתים פוגע ביעילות.¹⁵² ואולם, בית המשפט יכול לאזן את היתרונות הטמונים בחובת ההנמקה עם חסרונותיה באופן שיביא לניצול מיטבי של הזמן השיפוטי.¹⁵³ איזון זה בא לידי ביטוי בהיקף חובת ההנמקה בסוגים שונים של החלטות שיפוטיות. בשני מסלולים דיוניים מיוחדים – תביעות קטנות ודין מהיר¹⁵⁴ – 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 פגיעה בזכותו של בעל דין להליך הוגן או מתן משקל יתר לשיקולי יעילות על חשבון הצדק.¹⁵⁵

אנו מציעים שגם פסק דין על דרך הפשרה יהיה מנומק בדרך כלל בתמציתיות ובאופן התואם את צורת ההכרעה שבה בחרו הצדדים. כשמדובר בפסק דין של פשרה כחיוזי, שהוא השימוש השכיח בסעיף, צריך לבסס בפסק הדין בכלליות את השיקולים המשפטיים המנחים, בהדגשת היישום המקוצר שנעשה בהם.¹⁵⁶ כשמדובר בשיקולים של יישוב סכסוכים, תפיסת השופט את הסכסוך ואת הכשלים וכן את האינטרסים המאפיינים אותו תיפרס בקצרה. הצדדים רשאים כמובן להסכים שפסק הדין לא יהיה מנומק.

היקף הערעור על פסק הדין על דרך הפשרה – אנו סבורים שאין 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 שאם הצדדים בכל זאת הסכימו מראש לאפשר להם לערער על פסק הפשרה, יש לאפשר להם לעשות כן.¹⁵⁷

עמדה עקרונית זו נובעת בראש ובראשונה מהתפיסה התאורטית המקובלת על כמה מלומדים שסבורים שעקרונית יש לאפשר היקף רחב במיוחד של האוטונומיה של הצדדים שחופשיים (לבד ממגבלות מועטות) לקבוע את הכללים הדיוניים שיחולו בסכסוך ביניהם

152 רוזן-צבי **ההליך האזורי**, לעיל ה"ש 88, בעמ' 86.

153 שם, בעמ' 87.

154 ראו תק' 15(ב) לתקנות שיפוט בתביעות קטנות (סדרי דין), התשל"ז–1976; ת' 82(ב) לתקנות סדר הדין האזורי.

155 רוזן-צבי **ההליך האזורי**, לעיל ה"ש 88, בעמ' 88.

156 Rachlinski, לעיל ה"ש 68, בעמ' 428. ניתן לראות את ההכרעה לפי סעיף 79א, בדומה לכל חיוזי פשרה בשלב קדם-המשפט, כפי שטוען רכלינסקי, כהכרעה מבוססת אינטואיציה המבטאת חשיבה מהירה ומקוצרת המבוססת מבחינה פסיכולוגית על קיצורי דרך (יוריסטיקת) ופחות על חשיבה שיטתית ומבוססת. גם הכרעה מסוג כזה ניתן לנמק אך בדרך התואמת את רמת ההעמקה שנעשתה עד שלב זה בהבנת הסכסוך.

157 בניגוד לתפיסה המקובלת בפסיקה שלפיה אומנם 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.

באמצעות הסכמים דיוניים.¹⁵⁸ האפשרות של הצדדים להסכים ביניהם על אפשרות ערעור על ההכרעה שניתנה בעניינם מתאים מאוד למנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים, בשונה מהליכים שיפוטיים רגילים שבהם מוקנית על פי חוק זכות ערעור על פסק דין של ערכאה ראשונה.

זהו אחד החידושים שתוקנו בחוק הבוררות בשנת התשס"ט, שבו הוסיפו גם אפשרויות ערעור על פסק בורר.¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰ אם הצדדים הסכימו על אפשרות ערעור ברשות לבית המשפט, יתועדו ישיבות הבוררות בפרוטוקול והבורר ינמק את פסק הבוררות.¹⁶¹ 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 פסק דין מנומק ודיונים מתועדים בפרוטוקול. הסכמת הצדדים על מנגנון הערעור לפי חוק הבוררות נדרשת להיות הסכמה אפריורית, דהיינו המתווה הדיוני הקשור להליכי ההשגה והערעור בבוררות מתגבש במסגרת הסכם הבוררות או בפתחו של הליך הבוררות ולא במהלכו או בסופו.¹⁶² יודגש כי גם אם הצדדים הסכימו שיהיה אפשר לערער על פסק הבוררות בפני שופט, החוק מאפשר זאת רק אם הם התנו שהבורר יפסוק לפי הדין, וגם אז האפשרות לערעור מוגבלת למקרים שבהם נפלה בו טעות יסודית ביישום הדין אשר יש בה כדי לגרום לעיוות דין.¹⁶³

אנו סבורים שיש להחיל מודל דומה גם על סעיף 79א, דהיינו שהצדדים יוכלו לקבוע מראש שפסק הדין על דרך הפשרה שיינתן בעניינם יהיה כפוף לאפשרות לערעור ממשי בבית משפט של ערעור, ואז כמובן יהיה עליו 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 תיעשה במקרים חריגים ביותר. אפשר להניח למשל שנכונותם של הצדדים להסכים מראש על אפשרות ערעור תהיה רבה במקרים שבהם יהיה פסק הדין על דרך הפשרה מבוסס על שיקולים משפטיים, ובין השאר בזיקה כזו או אחרת לדין המהותי ("פשרה כמשפט"), יותר מבמקרים שבהם ההכרעה תהיה מבוססת על שיקולים רחבים של יישוב סכסוכים, אם כי כמובן הם יכולים להחליט אחרת. אנו

158 אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" עיוני משפט לג 187 (2010). כן ראו Ronen Avraham & William H. J. Hubbard, *The Spectrum of Procedural Flexibility*, 87 U. CHI. L. REV. 883 (2020).

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

160 ס' 21א, 29ב לחוק הבוררות, התשכ"ח–1968.

161 שם, בס' 29ב(ב).

162 רע"א 9651/16 מור נ' רובינשטיין, פס" 10 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 24.1.2017).

163 ס' 29ב(א) לחוק הבוררות.

סבורים שבמקרה הצורך יהיה אפשר לערער על פסק דין כזה אף בטענה שחרג מגדרי צורת ההכרעה, אם כי על היקף הביקורת השיפוטית על פסק דין בדרך הפשרה יש לדון בנפרד.¹⁶⁴

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 לפי הצרכים. לדוגמה, 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 ה) או שתשאף ליישב סכסוכים על בסיס אינטרסים (פשרה כיישוב סכסוכים ה). כיוצא בזה ניתן אף לבחור בצורת הכרעה של בוררות-גישור (יישוב סכסוכים ד), כאשר הצדדים והשופט מסכימים שהבוררות תהיה מבוססת על שיקולי יושר (פשרה כמשפט ד), והגישור יהיה מכוון לשפר יחסים (יישוב סכסוכים ו). צירופים אלו ייתנו גמישות מרבית להליך הפשרה מצד אחד, והם יהיו מוסדרים ומובנים לצדדים מצד אחר.

סוגי ההליכים שעשויים להתאים אל מסלולי הפשרה השונים – בתחומי משפט מסוימים תהיה עדיפות לצורת הכרעה מסוימת המתאימה לתחום זה, והשופט ינסה לשכנע את הצדדים לבחור בצורה זו, אך בכל מקרה הוא צריך לשתף את הצדדים ולקבל הסכמתם המלאה. כך לדוגמה בתחומים של חוזי יחס כמו במשפחה ודיני עבודה תהיה עדיפות לצורות הכרעה בדרך של פשרה כיישוב סכסוכים, בעיקר לאלו שמדגישים את השיתופיות בין הצדדים כגון סוגים ג-ד (גישור-בוררות ובוררות-גישור), ולעיתים גם מודלים של יישוב סכסוכים מעמיק יותר, מסוגים ה-ז (הכרעה על בסיס אינטרסים והתגברות על כשלים והכרעה על בסיס המגמה לתקן מערכות יחסים). לעומת זאת בסכסוכים הנוגעים לדיני הנזיקין ניתן להמליץ על צורות הכרעות שונות לפי אופי התביעה: לתביעות בעניין פיצויים נזיקיים בכלל מתאימה 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 שידוע שיש בהם חבות בנזיקין והשאלה שבמחלוקת היא רק סכום 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: כשיש פערי כוחות בין הצדדים, כגון סכסוך בין יחידים לבנקים או לחברות בעלות כיס עמוק מתאימה במיוחד צורת הכרעה של פשרה כמשפט מסוג ה (פשרה כאיזון הכרעות משפטיות בשיקולים של צדק חברתי כביטוי

164 לדיון נרחב בגבולותיה של הפשרה בכלל ובאמות המידה הרצויות של הערעור על פסק דין של פשרה, ראו יובל סיני "עצור גבול לפניך – על גבולות הפשרה והביקורת השיפוטית עליה" (לא פורסם). לסיכום אמות המידה להתערבות בפסק דין על פי סעיף 79א לפי הפסיקה המקובלת, ראו חמי בן-נח וטל חבקין **הערעור האזרחי** 513–515 (מהדורה שלישית 2012). וראו במיוחד עמדתה של השופטת ארבל בעניין **זקס**, לעיל ה"ש 145, כי בשל מטרות הליך הפשרה לפי סעיף 79א – 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 79א גם על פסק דין מנומק. אנו איננו מסכימים לעמדה זו וסבורים כי יש לאפשר היקף נרחב יותר של ביקורת שיפוטית על פסק דין על דרך הפשרה אם הצדדים מסכימים מראש לכך.

לאחריות תאגידית). כששני הצדדים אינם יחידים אלא חברות מסחריות וכדומה, מתאימות צורות של פשרה כמשפט יותר מפשרה כיישוב סכסוכים.

השלכות על תפיסת יישוב הסכסוך בהליכים שונים – בהתייחס למרחב יישוב הסכסוכים שמתקיים כיום בתיקים 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 ואף גישורים המתקיימים לפני הגעה לבית משפט, למפה המוצעת של הכרעה שיפוטית המתוארת במאמר זה יש השלכה על "צילו של החוק" ועל תפיסת יישוב 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, משתי סיבות עיקריות: הראשונה היא שבשל הצעתנו יתנהלו בבתי המשפט הליכים שבעבר היו מתנהלים מחוץ להם. בכך תביא הצעת המאמר לגידול במספר התיקים שיהיו בטיפולם של בתי המשפט; השנייה עניינה בכך שהצעתנו עשויה להאריך את משך ניהול התיקים, כמו גם לייצר מורכבויות חדשות במהלך הדיונים, הן בשל הזמן שההליך שבמסגרתו יציע השופט לצדדים מגוון מסלולים צפוי להצריך, אגב מתן הסברים עליהם, 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.¹⁶⁵

תשובתנו לחששות אלו מורכבת מארבע טענות: ראשית, גם בהתחשב בהיות השימוש ביישום הסעיף מורכב, הוא עדיין יהיה זול מדרך ההכרעה הרגילה המלאה אחרי הוכחות ומתן פסק דין מנומק בפירוט וזכות ערעור רחבה הניתנת על פסק דין רגיל. נוסף על זה, 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), ובכך 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 לא מוגבל בהפעלת הסעיף ללא יכולת ממשית לערער על פסק הדין. אם כך יהיה, יש להניח ששיעור המסכימים לפסק דין על דרך הפשרה יהיה גבוה במידה ניכרת מזה שקיים כיום, כמפורט לעיל בפרק 2, ושוב הרווח

165 אין זה המקום להאריך בנושא זה. וראו למשל דיון, בהקשר שונה, בתופעה שריכוז של אפשרויות לא זו בלבד שלא בהכרח משפר החלטות, אלא שהוא אף עשוי להקשות את קבלתן ולהזיק להן EYAL ZAMIR, BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 285 (2018), & DORON TEICHMAN, והמקורות שם בה"ש

מבחינת עלויות יהיה החיסכון הרב 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 ליישוב בפסק דין על דרך הפשרה,¹⁶⁶ אלא שיש סכסוכים רבים שטבעי יותר שייושבו מחוץ לכותלי בית המשפט, ואף הליכים אלה יש לעצב באופנים מפורטים יותר, לפי הצעתנו למעלה. זאת 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, יגביר בסופו של דבר את שיעור התיקים שיסתיימו בהסדר פשרה או בפנייה לגישור או לבוררות עוד לפני שהצדדים יראו שופט; **רביעית**, מלבד זאת, השימוש המורכב יותר בסעיף מקדם תכליות של פלורליזם משפטי ויישוב סכסוכים אשר הולכות אל מעבר השאיפה לייעילות אשר איננה חזות הכול. על כך 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 שנציע להלן בסעיף 5 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 בייעילות, כמפורט בסעיף הבא.

4. השתלבותה של ההצעה במגמות הרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי

הצעתנו להסדיר את 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 חלופיים 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 5א "ישמשו את בית המשפט בהפעילו את שיקול דעתו לפי תקנות אלה או לפי כל חיקוק אחר המפנה אליהן". תקנה 1 קובעת: "מטרות 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 זה המקום לפרש את היחס שבין המטרות השונות הנזכרות כאן,¹⁶⁷ אך יושם אל לב לסיפה הקובעת שאחת מהמטרות העיקריות של ההליך האזרחי היא "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

¹⁶⁶ ואין כאן המקום להאריך בשאלת גבולותיה של הפשרה. ראו לעניין זה מאמרו של יובל סיני, לעיל ה"ש ¹⁶⁴.

¹⁶⁷ ראו על כך דיון נרחב ומרתק בפרק א לספרו של יששכר רוזן-צבי **הרפורמה**, לעיל ה"ש ³⁸.

ה-ADR, אלא תפקידו הוא רחב יותר והוא אמור לפתור סכסוכים, בהתבסס בין היתר על שיקולי צדק רחבים (בכלל זה שיקולי "צדק אחר" שהוצגו במאמר זה, שהם נוספים על השיקולים הפורמליסטיים של הליך רגיל). תפקיד זה המתאים לבית משפט פותר בעיות לפי התפיסות המודרניות של יישוב סכסוכים שיפוטיות (judicial conflict resolution),¹⁶⁸ השמות דגש בין השאר על ההליך.¹⁶⁹ החלתו של דגש זה על הסכסוך הקונקרטי תאמר כי השופט הוא פותר בעיות, המניח כי לכללים המשפטיים ולאזון ביניהם תפקיד מוגבל בהתמודדות עם סכסוכים. לפי תפיסה זו, על שופטים להשתמש בהליכים שונים שיתאימו למורכבות הסכסוך הקונקרטי. שלא לפי התפיסה המסורתית-פורמליסטית, שלפיה תפקיד השופט לסווג את הסכסוך ולהתאימו לכללים המשפטיים לפי התפיסה של השופט פותר בעיות, ההנחה היא שהשופט מתאים הליך חדש לכל סכסוך, והכללים הם רק כלי עזר בהתמודדות עם הסכסוך החדש.¹⁷⁰

ואכן, התקנות החדשות העמיקו במידה רבה את השפעתם של מנגנונים חלופיים 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",¹⁷¹ 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".¹⁷² נוסף על זה נקבע הצורך בפגישת מהו"ת¹⁷³ בכל התביעות שסכומן גדול מ-40,000 ש"ח.¹⁷⁴ יודגש שהזקקות למנגנון חלופי ליישוב סכסוך אינה רק חובת בעלי הדין בדיון המקדמי, או תפקיד מגשר המהו"ת, אלא כפי שהסברנו, היא 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 הצעת פשרה או להציע להם לפסוק על דרך הפשרה או מנגנון חלופי ליישוב

168 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 אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטיות", לעיל ה"ש 79; JCR COLLABORATOR, לעיל ה"ש 53. ראו גם Amir & Alberstein, לעיל ה"ש 137.

169 אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטיות", לעיל ה"ש 79, בעמ' 32.

170 שם.

171 תק' 34 לתקנות סדר הדין האזרחי.

172 טופס 4 שבתוספת הראשונה לתקנות סדר הדין האזרחי (אליו מפנה תק' 36).

173 תק' 37(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. ראו גם שם, בתק' 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".

174 שם, בתק' 37(ב). יוער כי אומנם פגישת מהו"ת נקבעה בפיילוט עוד בתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: התקנות הישנות) אך רק במספר קטן של בתי משפט לפי שיקול דעת מנהל בתי המשפט (שם, בתק' 99–199). בתקנות סדר הדין האזרחי נקבע שבכל בתי משפט השלום יש לקיים פגישת מהו"ת (שם, בתק' 37(יא) והתוספת השנייה).

הסכסוך".¹⁷⁵ ויושם אל לב שהניסוח 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".¹⁷⁶ ראוי לפרש תקנה זו, לדעתנו, לא רק כמאפשרת לשופט להציע לצדדים לפנות למנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט, אלא גם כמסמיכה 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 עם טכניקות הקיימות בבוררות ובגישור.

האם לא ניתן לומר שלאחר הרפורמה בתקנות החדשות פחתו במידה ניכרת הסיכויים שהצדדים יסכימו להצעת השופט בקדם-המשפט לפסוק על דרך הפשרה או ליישב הסכסוך ביניהם במנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים? הרי הואיל ולפי התקנות החדשות הצעת השופט באה לאחר שהצדדים כבר מכירים היטב את המנגנונים החלופיים ליישוב סכסוכים – הם בחנו את האפשרות ליישב הסכסוך ביניהם באחד מהמנגנונים הללו לראשונה בינם ובין עצמם בשלב הדיון המקדמי, וכן בדקו אפשרות זו פעם שנייה 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 את הצדדים לידי יישוב הסכסוך בפשרה או במנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים גבוהים יותר דווקא בשל העובדה שלפי התקנות החדשות הצעה זו של השופט מגיעה בשלב שלישי, לאחר שהצדדים ניסו לבחון אפשרות זו בעצמם ובעזרת המגשר, 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, הואיל והצדדים מגיעים אליהם כאשר הם הרבה יותר בשלים וקשובים לכך, לאחר שכבר למדו על האפשרות ליישב הסכסוך ביניהם בדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים בדיון המקדמי ובפגישת המהו"ת. בשלב זה הם ניצבים לראשונה לפני השופט, בייחוד כשמדובר בשלב קדם-המשפט בעל האופי האינקוויזיטורי, שבו על פי התקנות החדשות מפעיל השופט את סמכויותיו מיוזמתו,¹⁷⁷ וכן מקבל השופט את הדיווח של הצדדים על שאירע בדיון המקדמי והוא יכול לברר אם הם עשו כל שנדרש מהם על מנת לסיים את התיק באמצעות מנגנון חלופי לפתרון הסכסוך.¹⁷⁸ כאשר השופט מציג

¹⁷⁵ שם, בתק' 63(17).

¹⁷⁶ תוספת זו לעניין סמכותו של השופט בקדם-משפט היא חידוש של התקנות החדשות. בתקנה 140 לתקנות הישנות, נוסח תפקידו של השופט ניסוח צר יותר, "לברר אם יש מקום לפשרה בין בעלי הדין", ולא נזכרים שם מנגנונים אחרים של יישוב סכסוכים.

¹⁷⁷ תק' 63(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

¹⁷⁸ שם, בתק' 36. ואומנם, כפי שכותב בצדק רוזן-צבי **הרפורמה**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 340, תכליתו המרכזית של קדם-המשפט לפי הרפורמה החדשה אינה רק יישוב הסכסוך, אלא גם הכנת התיק לשלב ההוכחות. אך לפי הסברנו למעלה, תפקידו של השופט ליישב את הסכסוך הוא אחת ממטרות העל של תקנות סדר הדין האזרחי, כפי שנאמר בתקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי, וממילא אין להגביל זאת רק לקדם-משפט כבעבר.

בקדם-המשפט לפני הצדדים אפשרויות שונות ליישב הסכסוך בפשרה או במנגנון חלופי ליישוב סכסוכים, והם 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. הדיון המקדמי נעשה בין בעלי הדין, והם – ולא צד שלישי – שבוחרים בין השאר את האפשרות לפתור את המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך.¹⁷⁹ ואילו בשלב השני בפגישת המהו"ת, אומנם מי שבוחר זאת איתם הוא 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".¹⁸⁰ 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".¹⁸¹ "מסיבה זו", מסכם רוזן-צבי, "הדיון המקדמי ופגישת המהו"ת אינם מיתרים את הצורך להסמיק את השופט בקדם משפט להציע לצדדים לסיים את התיק באמצעות מנגנון חלופי לפתרון הסכסוך, בפשרה או בדרך של פשרה".¹⁸²

שלישית, הצעתנו – להסדיר את השימוש בסעיף 79א באמצעות צורות היברידיות מובנות של הכרעה בדרך של פשרה ויישוב סכסוכים שיפוטי המשלבות באופנים שונים שיקולים של משפט ויישוב סכסוכים שעל השופט להציג לפני הצדדים ועליהם לבחור מתוכם את הצורה שמתאימה ביותר ליישוב הסכסוך שביניהם – מתאימה במיוחד לשלב קדם-המשפט. בשלב זה הן לשופט והן לצדדים מידע מספיק על טיבן ועל חוזקן של הטענות והראיות (ובכלל אלה בקשות),¹⁸³ שאלונים וגילוי מסמכים¹⁸⁴ ורשימת עדים¹⁸⁵, ולפיכך השופט יכול "להציב בפניהם מראה", והצדדים בשלים לשקול ברצינות את הסיכויים ואת הסיכונים 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.

179 שם, בתק' 34. אכן יש המבקרים את הדיון המקדמי החדש. ראו ארנה רבינוביץ'-עני "הליכים מקדמיים, גישור וגישור לצדק בראי הרפורמה בסדרי הדין האזרחיים" **משפטים על אתר** ט 33, 44–45 (התשע"ו) (הסבורה כי התקווה שיצמח ממנו שיח חלופי מבוסס אינטרסים וצרכים, שיוכל לשמר מערכות יחסים, לייצר שביעות רצון אצל הצדדים לסכסוך ולהצמיח פתרונות יצירתיים היא תקוות שווא). ובצדק כתב רוזן-צבי **הרפורמה**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 194, כי "ההיערכות לקראת הדיון המשפטי היא התכלית העיקרית של הדיון המקדמי ואילו הסכמה על יישוב המחלוקת באמצעות מנגנון חלופי לפתרון הסכסוך מהווה מטרה משנית" בלבד.

180 תק' 37(א) לתקנות סדר הדין האזרחי. על תפקידו של המגשר ראו שם, בתק' 37(ה).

181 רוזן-צבי **הרפורמה**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 374–375.

182 שם, בעמ' 375.

183 תק' 49 לתקנות סדר הדין האזרחי.

184 שם, בפרק ט'.

185 שם, בתק' 62.

הינה כי כן, הצעתנו היא להסדיר את השימוש בסעיף 79א באמצעות הבניה של צורות שונות של פשרה המשלבות שפיטה עם יישוב סכסוכים; השופט יציג צורות אלה לפני בעלי הדין, ובעלי הדין יבחנו אם הם מעוניינים בהכרעה שיפוטית רגילה בעניינם או באחת מהצורות הללו או בצורות אחרות לפי בחירתם. הצעתנו משתלבת היטב עם הגברת ההיזקקות להליכים של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות לפי תקנות סדר הדין האזרחי החדשות ולתפיסתן של תקנות אלו את תפקידו של השופט לא רק כמכריע אלא גם כפותר סכסוכים ומיישבם.

5. הצעת תקנות חדשות להסדרה של סעיף 79א

בשל 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 בנוגע להליכי בוררות וגישור.¹⁸⁶ וכאן המקום להזכיר את הצעת השופט שטרסברג-כהן (לשעבר נציבת תלונות הציבור על שופטים בחוות דעת מ-2004 שעסקה בדרך יישומו של סעיף 79א),¹⁸⁷ 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 הדין ותלונות על השופט היושב בדין".¹⁸⁸ 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".¹⁸⁹ שטרסברג-כהן אף פירטה כמה 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 בדיון שקדם להליך.
- ו. בדרך כלל, פסק הדין שניתן בדרך של פשרה הוא פסק דין קצר ואינו כולל נימוקים.

¹⁸⁶ ראו תקנות סדרי הדין בענייני בוררות, התשכ"ט-1968; תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993.

¹⁸⁷ נציבות תלונות הציבור "הסדרת סכסוכים", לעיל ה"ש 39.

¹⁸⁸ שם, בס' 9.

¹⁸⁹ שם, בס' 12.

ז. העילות לערעור על פסק דין בדרך של פשרה, הן מצומצמות ביותר.

ראוי הוא שההסבר האמור [בדבר שבעת הרכיבים שלמעלה] ימצא ביטוי בפרוטוקול הדין.¹⁹⁰

אנו תומכים בהצעת השופטת שטרסברג-כהן להסדרת פרטי הפעלתו של סעיף 79א בתקנות. יתרה מזו, לאור האמור במאמר זה אנו קוראים להסדרת שיקול הדעת השיפוטי בשימוש בסעיף 79א במסגרתן של תקנות סדרי דין. אנו מציעים שבתקנות האמורות ייכללו (נוסף על הצעותיה של שטרסברג-כהן למעלה) גם התקנות האלה:

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

א. לפני שהשופט יקבל את הסכמת בעלי הדין להכרעה בפסק דין על דרך הפשרה, יסביר השופט לבעלי הדין את העקרונות שינחו אותו בגיבוש פסק דין על דרך פשרה ואת היתרונות הגלומים בהליך זה, ויבחן עימם את הנושאים שבמחלוקת ואת האפשרויות השונות ליישב את הסכסוך באמצעות פסק דין על דרך פשרה.

ב. השופט יציע לבעלי הדין צורות שונות של הכרעה על דרך הפשרה הפועלות על פי כללים ברורים והמשקללות באופן שונה (בכל צורת הכרעה) את הערכים והשיקולים השונים ואת מידת זיקתם למשפט המהותי ולעולם יישוב הסכסוכים בדרכים חלופיות. הצדדים יוכלו לבחור מתוך 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 מתוך צורות ההכרעה השונות את צורת הכרעה על דרך הפשרה שמתאימה לצורכיהם ולאופי הסכסוך.

ד. בכל יישוב סכסוך באמצעות פסק דין על דרך הפשרה יש לקבל את הסכמת 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 בסיסם בנוי פסק הדין, לערכים ולשיקולים המשפטיים והחוצי-משפטיים שיהיו ביסוד ההכרעה על דרך הפשרה ולמידת הזיקה שלה למשפט המהותי ולעקרונות יישוב הסכסוכים בדרכים חלופיות.

ה. ככלל, פסק דין על דרך פשרה יהיה מנומק בתמציתיות אלא אם הסכימו הצדדים אחרת.

ו. ככלל, פסק דין של פשרה אינו ניתן לערעור אלא במקרים חריגים בלבד. אולם אם הצדדים הסכימו כי פסק הפשרה יהיה לפי הדין המהותי או בזיקה אליו, ופסק הדין מנומק, הם רשאים להסכים כי יהיה אפשר 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 יופיע בפרוטוקול הדיון וכן בפסק הדין.

190 שם, בס' 10.

תוספת ראשונה (תקנה ב)

השופט יציע לצדדים צורות שונות של הכרעה בדרך הפשרה, ובכללן:

- (א) צורות הכרעה בדרך של פשרה על בסיס שיקולים משפטיים וחוק-משפטיים בזיקה לדין המהותי, כגון פשרה כחיוזי, 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 מוגבלת 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 תאורטית, אמפירית ואסדרתית. הצגנו את הקושי שעלה מהאופן שבו הוא נדון במשפט הישראלי, את אופן השימוש בו ואת היקף השימוש, וכן קשיים העולים מאופיו המיוחד ומדרך השימוש בו. המתחים המיוחדים שמייצג הסעיף בין פשרה ובוררות, הכרעה והסכמה, יישוב סכסוכים ושפיטה מעלים שאלות מעניינות אשר מוצע לפתור אותן במאמר זה דרך אסדרה מתאימה אשר תקדם פלורליזם משפטי ותעודד בחירה ושיקפות למען הבאים בשערי המשפט.