

## שני הפרויקטים של הגישור: הגישור בין הגמוניה להעצמה

מאת

### רונית זמיר\*

מבוא. חלק א: שני הפרויקטים; 1. פרויקט הרפורמה בבית המשפט; 2. תנועת ההעצמה הקהילתית: גישור בקהילה כצורת צדק חלופית למשפט; 3. סיכום. חלק ב: ביקורת חברתית ופוליטית על שני הפרויקטים; 1. מבוא; 2. הצדק הלא-פורמלי האותנטי כמקדם פלורליזם משפטי; 3. האומנם הצדק הלא-פורמלי של ימינו הוא אנטיטזה לפלורליזם משפטי? חלק ג: מדיכוטומיה לפלורליזם משפטי; 1. מבוא; 2. ניתוח הגישור בפעולה: מהגמוניה לטרנספורמציה חברתית; 3. סיכום.

### מבוא

הופעתו וצמיחתו של הגישור בשלושת העשורים האחרונים במדינות צפון אמריקה, אוסטרליה, אנגליה וישראל מתאפיינת בזיקה מתמדת למשפט. זיקה זו מתבטאת בדרך כלל בהבניה של הגישור כחלופה למשפט ולבית המשפט, כפי שמלמד השם – Alternative Dispute Resolution (ADR) – המשמש כותרת-על לכל המנגנונים ליישוב סכסוכים שהם "חלופיים" למשפט.

בין הגישור לבין המשפט שוררים יחסי אהבה-שנאה מורכבים, הן מבחינה רעיונית והן מבחינה מעשית: מצד אחד הגישור צמח מתוך ביקורת על המשפט, שנסבה הן על הפרוצדורה המשפטית והן על הפתרון המשפטי. חלוצי תנועת הגישור ביקרו במיוחד את ההליך המשפטי האדוורסרי, הנגיש רק למומחים, גורע מהשתתפותם הישירה של הצדדים

\* הכותבת היא בעלת תואר דוקטור במשפטים מאוניברסיטת תל אביב. בעבר הייתה היועצת המשפטית של המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים במשרד המשפטים וכיום משמשת ממונה בכירה בנציבות תלונות הציבור על שופטים. ברצוני להודות לפרופ' מני מאוטנר, לפרופ' גד ברזילי ולד"ר מירי רוזמרין על הערותיהם לגרסאות קודמות של המאמר.

לסכסוך, מגביר את התלות בעורכי דין, כרוך בסחבת ובעלויות גבוהות, מחרף את היחסים בין הצדדים ומוביל לתוצאה שבה יש מנצחים ומפסידים. הביקורת על המשפט נמתחה גם על הפתרון המשפטי, המבוסס על נורמות וכללים משפטיים אוניברסליים, ופעמים רבות אינו מביא בחשבון את הצרכים הפרקטיקולריים של הצדדים המסוימים.

מצד אחר הגישור זקוק למשפט ולבית המשפט. רוב המגשרים וההוגים בתחום הגישור מכירים ביחסי התלות העמוקים בין הגישור לבין בית המשפט ועורכי הדין: מבחינה מעשית בית המשפט הוא "ספק התיקים" העיקרי של מרבית המגשרים ומרכזי הגישור, ואילו עורכי הדין מתפקדים כ"שומרי השערים" של המשפט, ונתון בידם הכוח להחליט לאיזה מסלול יופנו הסכסוכים שבטיפולם<sup>1</sup>. הדבר גורם שפעמים רבות הפתרון הגישורי – שאמור להיות מבוסס על הצרכים והאינטרסים של הצדדים – מושפע מ"צלו של בית המשפט" ומן הפתרון המשפטי המשווער. גם מבחינה רעיונית מושפע הגישור מן המשפט. השפעה זו ניכרת למשל בתפיסת הניטרליות של הצד השלישי – המגשר, רעיון שנגזר במידה רבה מן התפיסה של אי-משוא פנים שיפוטי. רעיון זה נועד להבנות את כלל העוסקים בגישור כמזומחים ליישוב סכסוכים ולהאציל עליהם מן היוקרה והסמכות של בית המשפט<sup>2</sup>.

היחסים האמביוולנטיים שבין הגישור לבין המשפט גרמו לכך, שהמהלך של שילוב הגישור במסגרת ההליך המשפטי – אשר הגביר במידה ניכרת את שיעור הסכסוכים המגיעים לגישור – זכה לביקורת חריפה מחזיתות שונות. מגשרים והוגים משדה הגישור טוענים כי שילוב הגישור בתוך תרבות משפטית קיימת פוגע בטיבו הייחודי הואיל והתרבות המשפטית – הנטועה עמוק בחברה ונסמכת על מסורת רבת שנים – מנוגדת באופן אינהרנטי לתרבות הגישור החדשה יחסית. מטעמים אלה נטען כי כל ניסיון לחבר בין השתיים יסתיים במפלה מוחצת של הגישור: זה יהפוך להיות דומה להליך המשפטי ויאבד את האיכויות הייחודיות לו<sup>3</sup>. הוגים הנמנים עם אסכולת הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) ומשפטנים מן הזרם המרכזי מבקרים את המהלך מן הטעם שהוא פוגע בסיכוייהן של קבוצות חלשות לעבור העצמה ולקבל מבית המשפט זכויות. לפי ביקורת זו, יישוב מוסכם של סכסוכים בעלי אופי עקרוני שולל מקבוצות אלה את האפשרות

1 Austin Sarat & William Felstinger, *Lawyers and Legal Consciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer's Office*, 98 YALE L. J. 1663 (1989); RONEN SHAMIR, THE COLONIES OF LAW: COLONIALISM, ZIONISM AND LAW IN EARLY MANDATE PALESTINE 61–62 (2000)

2 Kathy Douglas & Rachel Field, *Looking for Answers to Mediation's Neutrality Dilemma in Therapeutic Jurisprudence*, 13 eLAW JOURNAL 177, 187 (2006) available at [http://eprints.qut.edu.au/archive/00006288/01/6288\\_1.pdf](http://eprints.qut.edu.au/archive/00006288/01/6288_1.pdf)

3 Carrie Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR"?*, 19 FLA ST. L. REV. 1, 1–3 (1991)

להתנסות בקונפליקטים בעלי פוטנציאל משחרר וחותר תחת תפקידו המהותי של בית המשפט – קביעת תקדימים שיתקנו את אי־השוויון החברתי<sup>4</sup>. במאמר זה אתמקד ביחסי הגומלין המורכבים שבין הגישור למשפט כפי שהם באים לידי ביטוי בשני הפרויקטים המרכזיים של הגישור: פרויקט הרפורמה בבית המשפט ופרויקט ההעצמה הקהילתית. בחלקו הראשון של המאמר אציג את שני הפרויקטים ואעמוד על התלות הכפויה של פרויקט ההעצמה בפרויקט הרפורמה. בחלקו השני של המאמר אציג את הביקורת שנמתחה על שני הפרויקטים, שעיקרה בטענה כי הגישור, כצורה של "צדק לא־פורמלי", פועל להחלשת קבוצות שהן מוחלשות ממילא ומקטין את סיכוייהן לעבור העצמה. בחלקו השלישי של המאמר אטען כי ניתוח יחסי הגומלין בין הגישור למשפט מנקודת מבט של פלורליזם משפטי עשוי לחשוף כי לגישור פוטנציאל מעצים שבכוחו לקרוא תיגר על ההגמוניה של המשפט.

## חלק א: שני הפרויקטים

### 1. פרויקט הרפורמה בבית המשפט

Dissatisfaction with the administration of justice is as old as law. Not to go outside our own legal system, discontent has an ancient and unbroken pedigree<sup>5</sup>.

א. מבוא: הרקע ההיסטורי של פרויקט הרפורמה

שורשיו ההיסטוריים של פרויקט הרפורמה נטועים בראשית המאה הקודמת. כבר בשנת 1906 מתח רוסקו פאונד (Pound) – לימים דיקן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת הרוורד – ביקורת נוקבת על תפקודה של מערכת בתי המשפט הלוקה בסחבת, בעלויות גבוהות ובחוסר נגישות, וטען כי תופעות אלה יוצרות פער בין עניים לעשירים ומציבות סכנה של ממש ליציבות החברתית<sup>6</sup>.

ההליך המשפטי האדוורסרי נתפס כאחד הגורמים המרכזיים לתפקודה הבעייתי של המערכת המשפטית: הפרוצדורות הפורמליות שלו מחייבות את הצדדים לסכסוך לשכור את

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

5 Roscoe Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 46 J. AM. JUD. SOC. 55 (1962–1963)

6 ש.ם

שירותיהם של עורכי דין. התלות המוגזמת בעורכי הדין יוצרת ריבוי התדייניות שלא לצורך ומטילה על בעלי הדין הוצאות כבדות שעה שבמקרים רבים היה אפשר ליישב את הסכסוך בפרוצדורות פשוטות יחסית, ללא תיווכם של עורכי דין.<sup>7</sup>

בשנות השבעים של המאה העשרים עלה בארצות הברית גל נוסף של ביקורת על בתי המשפט. הפעם לוותה הביקורת בביטויים חריפים, כמו "זיהום משפטי", "אימפריאליזם משפטי" ו"פלישה" של המשפט לחיי היום-יום.<sup>8</sup> במאמר שפרסם נשיא בית המשפט העליון האמריקאי לשעבר השופט ברגר (Burger) בעיתון ה"טיים" ביטא ברגר חרדה מפני הפיכת החברה האמריקאית ל"חברה המנוהלת בידי המוני עורכי דין רעבים כארבה ובידי גדודים של שופטים במספרים שעליהם מעולם לא חלמו".<sup>9</sup> סגן התובע הכללי לשעבר ציין כי קצב הגידול בפנייה לבתי המשפט משולל לגידול סרטני.<sup>10</sup>

בשנת 1976 קיימה לשכת עורכי הדין האמריקאית ועידה לזכרו של רוסקו פאונד, בנושא "הגורמים לאי-שביעות הרצון הציבורית מן האדמיניסטרציה של הצדק".<sup>11</sup> בוועידה נדונו הסיבות למשבר שבו נתונים בתי המשפט, ובראשן עומס התיקים, העלויות הגבוהות וניהול התיקים הבלתי יעיל.<sup>12</sup> במסגרת הוועידה הועלו רעיונות שונים להגברת היעילות השיפוטית. השופט ברגר קרא לייעל את ההליכים בתיקי משפחה ובתיקי נזיקין, בין היתר באמצעות בורות. פרופ' פרנק סנדר (Sander) מאוניברסיטת הרוורד קרא להנהיג "בית משפט רב-מבואות" (Multi-Door Courthouse), מרכז ציבורי ליישוב סכסוכים אשר יחליף את בית המשפט המסורתי ויכלול מגוון הליכים ליישוב סכסוכים.<sup>13</sup> בכניסה הראשית לבית המשפט יעמוד שומר השער, שימייץ כל תביעה ל"דלת" המתאימה לה, כלומר למסלול

JEROLD AUERBACH, JUSTICE WITHOUT LAW? 8–9 (1983) 7  
 שם, בעמ' 121; Mark Galanter, *The Day after the Litigation Explosion*, 46 MD. L. REV. 3, 4 (1986) 8  
 Warren E. Burger, *Those #\*!!! Lawyers*, TIME 56 (April 10, 1978), available at [www.time.com/time/magazine/article/0,9171,948072,00.html](http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,948072,00.html) 9  
 Susan Silbey & Austin Sarat, *Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Judicial Subject*, 66 DENV. U. L. REV. 437, 441 (1989) 10  
 NATIONAL CONFERENCE ON THE CAUSES OF POPULAR DISSATISFACTION WITH THE ADMINISTRATION OF JUSTICE, THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE (Leo Levin & Russell R. Wheeler eds., 1976) 11  
 OSCAR G. CHASE, LAW, CULTURE AND RITUAL: 124–123 'בעמ' 7, לעיל ה"ש 7, בעמ' 124–123; OSCAR G. CHASE, LAW, CULTURE AND RITUAL: 103 (2005) 12  
 שם, בעמ' 107–108. 13

המתאים ביותר ליישוב הסכסוך<sup>14</sup>. ביסוד חזון בית המשפט רב-המבואות עומדת התפיסה כי ניתוב הבעיה למסלול המתאים לה ייעל את הטיפול בה, יסייע להקצאה רציונלית של משאבי בית המשפט וישחרר את בתי המשפט מן העומס שבו הם נתונים<sup>15</sup>. השגת יעדים אלה תשפר את שירותי הצדק שמספק בית המשפט<sup>16</sup> ואף תרחיב את הגישה לצדק (Access to Justice), הואיל ובפני המתדיין יהיו פתוחים כמה מבואות ליישוב הסכסוך ולא רק דלת הכניסה להתדיינות המשפטית<sup>17</sup>.

ועידת פאונד הייתה רגע מכונן בהיסטוריה של הגישור. היא שימשה הכוח המניע מאחורי כמה וכמה רפורמות. בעקבותיה הקימה לשכת עורכי הדין האמריקאית ועדה ליישוב סכסוכים שפעלה לקדם שלושה מודלים של בית משפט רב-מבואות<sup>18</sup>. משרד המשפטים האמריקאי הקים מחלקה לשיפור הניהול השיפוטי (Office for Improvement in the Administration of Justice – OIAJ), שאחד מתפקידיה היה פיתוח תכניות ליישוב סכסוכים. אחד הפרויקטים הראשונים שקידמה המחלקה החדשה היה הקמתם של מרכזי צדק שכונתיים (Neighborhood Justice Centers) ניסיוניים, בשיתוף פעולה עם יזמים מקומיים ועם גופים מדינתיים נוספים<sup>19</sup>. מרכזי הצדק השכונתיים נועדו להגביר את הגישה לצדק על ידי צמצום הצורך בייצוג משפטי וחיסכון בעלויות יישוב הסכסוך<sup>20</sup>.

הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים עוגנו בהדרגה גם בחקיקה פדרלית. התנופה החקיקתית החלה בשנת 1983, עם תיקונו של כלל 16 ל-Federal Rules of Civil Procedure. התיקון קבע כי בית המשפט יקיים ישיבה מקדמית שבה יבחן עם בעלי הדין את האפשרות ליישב את הסכסוך בפשרה או להפנותם לדרכים חלופיות ליישוב סכסוכים מחוץ לבית המשפט. בסעיף זה עוגנה גם ישיבת הפשרה המנוהלת על ידי שופט (Settlement)

- 14 המסלולים המרכזיים ליישוב סכסוכים הם גישור, בוררות, הערכה מקדמית (Early Neutral Evaluation, או בקיצור – ENE), ישיבת פשרה המנוהלת על ידי שופט (Settlement Conference) והתדיינות משפטית. לעניין זה ראו אלישבע הכהן מנגנונים ליישוב סכסוכים בהסכמה: סקירה השוואתית של ההסדרים הנהוגים בארה"ב (משרד המשפטים, 2002).
- 15 Christine Harrington & Sally E. Merry, *Ideological Production: The Making of Community Mediation*, 22 L. & SOCI. REV. 709, 715 (1988).
- 16 ראו למשל Wayne. D. Brazil, *Court ADR 25 Years after Pound: Have We Found a Better Way?* 18 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 693 (2002).
- 17 Silbey & Frank Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D 111, 131 (1976); Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 450.
- 18 STEPHEN GOLDBERG, FRANK SANDER & NANCY N. ROGERS, *DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES* 7 (2<sup>nd</sup> ed. 1992).
- 19 Silbey & Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 447.
- 20 שם, בעמ' 451.

Conference)<sup>21</sup>. כלל זה הפך את הפשרה השיפוטית לחלק אינטגרלי מתפקיד השופט<sup>22</sup>. תיקון נוסף לכלל משנת 1993 קבע כי הליכים ליישוב סכסוכים בהסכמה אינם עוד בבחינת הליכים חיצוניים לבית המשפט אלא הם "הליכים מיוחדים ליישוב הסכסוך", שאותם רשאי בית המשפט להפעיל אם הוסמך לכך בחוק<sup>23</sup>.

בשנת 1990 התקבלה חקיקה פדרלית המחייבת את רשויות המדינה לאמץ מדיניות של שימוש בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים בהקשרים שונים של העשייה השלטונית (Administrative Dispute Resolution Act, 1990). כמו כן התקבלה בשנה זו ה־ Civil Justice Reform Act (CJRA), שהסמיכה את בתי המשפט הפדרליים להפעיל באופן ניסיוני תכניות ADR. בשנת 1998 התרחשה ההתפתחות החקיקתית החשובה ביותר, עם קבלת ה־ Alternative Dispute Resolution Act (ADRA). חוק זה חייב את בתי המשפט הפדרליים בכל המדינות בארצות הברית לגבש כללים לפיתוח תכניות ליישוב סכסוכים ולהפעלתן וכן כללים המחייבים בעלי דין ליישב את הסכסוך באחת השיטות החלופיות כדי להאיץ את ההליכים המשפטיים, לייעלם ולהביא לחיסכון בהוצאות. חקיקה זו מעגנת לראשונה את האפשרות של הפניה מנדטורית לגישור ולהליכים נוספים ליישוב סכסוכים. בעקבותיה הנהיגו למעלה ממחצית בתי המשפט המדינתיים וכל בתי המשפט הפדרליים תכניות ADR<sup>24</sup>.

הנתונים מראים כי מבין הליכי ה־ADR השונים הגישור הוא ההליך הפופולרי ביותר. בבתי משפט המציעים כמה הליכים, כמו למשל בית המשפט הפדרלי ב־ Northern District of California, מרבית בעלי הדין העדיפו לפנות לגישור<sup>25</sup>. בארץ עוגן הגישור לראשונה בחקיקה בשנת 1992, במסגרת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון מס' 15), התשנ"ב–1992<sup>26</sup>. התיקון קובע כי בית משפט הדין בעניין אזרחי

21 הכהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 9–20.  
 22 מטעם זה קבע בית המשפט העליון כי שלב הקדם-משפט הוא בעל אופי אינקוויזיטורי, להבדיל משלב הגשת כתבי הטענות ומשלב שמיעת הראיות, שהם בעלי אופי אדוורסרי. ראו למשל פס' 7 לפסק דינו של השופט גרוניס ברע"א 3312/04 אשורנס גנרל דה פרנס נ' הכונס הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה בע"מ, פ"ד ס (3) 245 (2005).  
 23 Judith Resnik, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, 10 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 211 (1995).  
 24 CHASE, לעיל ה"ש 12, בעמ' 96.  
 25 הנתונים התקבלו מן הגב' Mimi Arfin, מנהלת תכנית ה־ADR ב־ Northern District of California. לפי נתונים אלה, כ־33% מבעלי הדין פונים לגישור, 28% – להערכה מקדמית, 15%–20% – להיוועדות ליישוב סכסוך, 1%–2% – לבוררות, וכ־20% מקבלים מבית המשפט פטור מן ההשתתפות ב־ADR.  
 26 ס"ח 68, ס' 79א–79ד.

רשאי להעבירו, בהסכמת בעלי הדין, לבוררות או לגישור או לפסוק בו בדרך של פשרה. החידוש המרכזי בחוק היה הגישור. בעקבות התיקון בחוק הותקנו תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993. החקיקה החדשה לא הצליחה להגדיל משמעותי באופן משמעותי את השימוש בגישור, ועד שנת 1998 הוא נותר עלי ספר החוקים בלבד. החל מן השנים 1998-1999 התרחשו כמה מהלכים מוסדיים שהביאו אותו לתודעה הציבורית והמשפטית: בשנת 1998 הוקם במשרד המשפטים – בעידודו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט אהרן ברק – המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, שאחת מתכליותיו המרכזיות הייתה ייזום ופיתוח של תכניות גישור בבתי המשפט ושילוב הגישור במסודות המדינה<sup>27</sup>. שנה לאחר מכן פורסמו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור. ההנחיות קבעו לראשונה כי הגישור הוא הליך שראוי כי המדינה תשתמש בו במקרים המתאימים לכך, וזאת "הן משיקולים של מדיניות ציבורית וחברתית – ובהם העומס על המערכת השיפוטית ועל הפרקליטות, סדרי עדיפויות ואיכות הפתרונות של הסכסוך, לרבות שמירה על מערכות יחסים ושיתוף פעולה בעתיד בין בעלי הדין – והן משיקולי תקציב"<sup>28</sup>. החל מן השנים 2000-2001 הוקמו ברוב בתי המשפט בארץ מחלקות לניתוב תיקים (מנ"ת)<sup>29</sup>. מהלך זה עוגן גם בחקיקה<sup>30</sup>. המנ"ת נועד לייצל את עבודת בית המשפט על ידי טיפול מוקדם בתיקים בשלב שעד שמיעתם על ידי שופט. חלק ניכר מעבודתו הקדיש המנ"ת לגישור ולהפניית תיקים לגישור. מרכיב נוסף של שיטת הניהול השיפוטי הוא "שופט מוקד". תפקידו של שופט המוקד הוא לנהל ישיבה מקדמית, שאחת ממטרותיה היא לבחון אם אפשר ליישב את הסכסוך בהסכמה ואם הגישור הוא דרך מתאימה לכך<sup>31</sup>. בחודש יולי 2006 המליצה הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש

- 27 בסוף חודש אוגוסט 2009 נסגר המרכז הארצי לגישור על פי החלטת שר המשפטים, פרופ' יעקב נאמן.
- 28 "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 60.125 (1999) [www.justice.gov.il](http://www.justice.gov.il).
- 29 מהלך זה הוא פרי המלצות הוועדה לבחינת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי בראשות מנהל בתי המשפט לשעבר, השופט יצחק רביבי: הנהלת בתי המשפט דין וחשבון הוועדה לבחינת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי (1999).
- 30 ס' 82 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; תקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה), התשס"ב-2002. בחלק מבתי המשפט עוסקים עורכי הדין במנ"ת גם בגישור. לגישור ביחידות הסיוע שליד בית המשפט לענייני משפחה ראו דורית אלדר-אבידן "בין רווחה למשפט: המקרה של יחידות הסיוע שליד בתי המשפט לענייני משפחה" העצמה במשפט 371, 398-401 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008).
- 31 ת' 4 (ב) לתקנות בתי המשפט (מחלקה לניתוב תיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה), התשס"ב-2002.

בגישור בבית המשפט בראשות השופטת מיכל רובינשטיין לחייב מתדיינים בתובענות שסכומן או שווי נושאן עולה על 50 אלף ש"ח להשתתף בישיבת מידע, היכרות ותיאום (מהו"ת), שתכליתה לבחון את האפשרות ליישב את התובענה בגישור<sup>32</sup>. המלצות הוועדה אומצו בתקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה), התשס"ח-2007<sup>33</sup>.  
בהמלצות הוועדה נכתב, בין היתר:

"ישיבת המהו"ת מגלמת אם כן יתרונות המצויים הן במישור הציבורי והן במישור הפרטי. עם יתרונות אלה נמנים, בראש ובראשונה, הרחבת ההזדמנות להידבר וליישב סכסוכים בהסכמה, ייעול תהליך יישוב הסכסוך, הקטנת הוצאות יישוב הסכסוך הן עבור מערכת בתי המשפט והן עבור בעלי הדין, השגת פתרונות יצירתיים העונים על הצרכים הייחודיים של הצדדים, ועוד. יתרונות אלה יכולים לבוא לידי ביטוי בזכות מעורבותו הפעילה של בית המשפט, המפנה את הצדדים לישיבת מהו"ת כבר בתחילת ההליכים המשפטיים, ובכך פותח בפניהם את הפתח לאפשרויות חדשות ליישוב הסכסוך"<sup>34</sup>.

רתימת הגישור למטרה של רפורמה בבתי המשפט, בארצות הברית ובארץ, נעשתה בעידודם ובהשתתפותם הפעילה של ראשי מערכת המשפט<sup>35</sup>. בעקבותיה הגיחו תוך עשורים ספורים מודלים "אלטרנטיביים" ליישוב סכסוכים מספו של בית המשפט וחלחלו לתוך הזרם המרכזי של ההליך המשפטי<sup>36</sup>.

32 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (2006).

33 ק"ת התשס"ח 86.

34 לעיל ה"ש 32, בעמ' 44.

35 CHASE, לעיל ה"ש 12, בעמ' 97. בשנת 2002 כתב הנשיא דאז ברק את הדברים האלה: "עד לפני מספר שנים עסקו אך מעטים בגישור. לאחרונה הפך הדבר למעין תנועה חברתית. הוקמו מרכזי גישור. במשרד המשפטים הוקם המרכז הארצי לגישור. מספרם של המגשרים בעלי הכשרה ראויה הולך וגדל. לפנינו תנועה חברתית רחבה. מן הראוי הוא ששינוי חברתי זה – 'מהפכת הגישור' – ימצה את מלוא הפוטנציאל שלו... ימים אלו הם ימי מעבר. אם מהפכת הגישור תצליח, תבוא פריחה חדשה. תרבות הגישור תיהפך לחלק מתרבותנו הכללית, ומרכיב מרכזי בשיח הציבורי...". אהרן ברק "על הגישור" שער משפט ג 9, 11 (2002).

36 ADR, the Judiciary, and Justice: Coming to Terms with the Alternatives, 113 HARV. L. REV. 1851, 1851, 1860 (1999–2000); Mark Galanter, *Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, 46 STAN. L. REV. 1339 (1994); Mark Galanter, *The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases*, 69 JUDICATURE 257 (1985–1986).



מקורותיו התאורטיים והאידיאולוגיים של פרויקט הרפורמה משויכים לשנות השישים והשבעים של המאה הקודמת.

### ב. שורשיו הרעיוניים של חזון בית המשפט רב-המבואות

אי אפשר לדבר על בית המשפט רב-המבואות מבלי להזכיר את פרופ' לון פולר (Lon Fuller), המתואר בספרות העוסקת בגישור כאחד האבות המייסדים של הגישור<sup>37</sup>. מאמרו על הגישור שנכתב בשנת 1971 עשוי היום להיראות טריוויאלי, אולם בעת שנכתב היו הדברים חדשניים והקדימו את זמנם<sup>38</sup>. פולר, פרופסור באוניברסיטת הרוורד שהתמחה בפילוסופיה של המשפט, היה מן הראשונים לפתח תורה של יישוב סכסוכים, תחום שהכתיבה המשפטית מן הזרם המרכזי – שלרוב התמקדה בניתוח פסקי דין של בית המשפט העליון – כמעט שלא עסקה בו עד אז מעולם<sup>39</sup>.

בסדרת מאמרים שנכתבו בסוף שנות החמישים ותחילת שנות השישים של המאה הקודמת<sup>40</sup> פיתח פולר את התזה שלפיה קיימת התאמה טבעית בין סוגים שונים של בעיות לבין סוגי הליכים משפטיים. בהסתמך על תזה זו ניסה פולר, לראשונה, לאפיין את השפיטה כתהליך<sup>41</sup>. במקום לאפיין את השפיטה על פי תפקיד השופט, כפי שהיה מקובל עד אז, טען פולר כי תהליך ההשתתפות של הצדדים, הנעשה בדרך של הצגת ראיות וטיעונים מנומקים, הוא המעניק לשפיטה את ייחודה<sup>42</sup>. מסקנתו מן האפיון החדש היא כי חלק ניכר מן הסכסוכים המגיעים לבתי המשפט הם בעלי מבנה פנימי שאינו מתאים לתהליך המשפטי, כלומר להשתתפות בדרך של הצגת טיעונים מנומקים<sup>43</sup>. בסכסוכים מסוג זה יש לדעתו לטפל במסגרת הליכים אחרים, מתאימים יותר, כמו הסכם או הנחיה מנהלית<sup>44</sup>. הליך הגישור ניחן לדעתו במאפיינים שונים לחלוטין מאלה של השפיטה<sup>45</sup>. לדבריו, הגישור הוא תהליך של משא ומתן בין הצדדים לסכסוך ולא של הצגת טיעונים מנומקים

- Carrie Menkel-Meadow, *Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1, 13 (2000) 37  
 מיכל אלברשטין תורת הגישור 41 (2007). 38  
 שם, בעמ' 40. 39  
 חלקם פורסמו רק בשנות השבעים. 40  
 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1978) 41  
 שם, בעמ' 365–367. 42  
 הסכסוך הרב-מוקדי (פוליצנטרי) הוא לדעתו של פולר דוגמה מובהקת לסכסוך מסוג זה; שם, בעמ' 395, 400–401. 43  
 שם, בעמ' 398. 44  
 Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 328 45  
 (1971).

וראיות. תכליתו לקרב את הצדדים זה לזה וליצור ביניהם יחסים הרמוניים<sup>46</sup>. תוצאתו היא הסכם המבוסס על האינטרסים של הצדדים ולא הכרעה שיפוטית. תפקידו של הצד השלישי – המגשר – לסייע לצדדים לנהל ביניהם משא ומתן, בלי שיש בידיו סמכות להכריע בסכסוך.

ההבדלים בין מאפייני הגישור והשפיטה מביאים את פולר למסקנה כי לעולם אין לערב ביניהם: מטרתיהם השונות גוזרות פרוצדורות שונות, ועל כן שופטים צריכים להימנע לחלוטין מעיסוק בגישור ובפשרה<sup>47</sup>.

הטוהר ההגדרתי של פולר אינו מקובל כיום: פרויקט הרפורמה יצר הליכים היברידיים המשלבים גישור והערכה<sup>48</sup>, ואילו הפשרה הפכה לפרקטיקה שיפוטית שכחה המופעלת במסגרת ההליך האדוורסרי עצמו<sup>49</sup>. אף על פי כן התמה המרכזית של פולר, שלפיה אפשר לנתב כל בעיה לפרוצדורה המתאימה לה, עומדת בבסיס חזון "בית משפט רב-מבואות", כפי שהוצע על ידי פרופ' פרנק סנדר שנים רבות לאחר מכן<sup>50</sup>.

### ג. בית המשפט רב-המבואות הלכה למעשה: מודל "התאמת הפורום לבעיה"

למעלה משלושים שנה חלפו מאז הציג פרופ' פרנק סנדר את חזונו בדבר "בית משפט רב-מבואות" כפתרון לתחלואי מערכת המשפט. החזון הוצע דרך חדשה להתמודד עם עומס התיקים, המושפעת במידה רבה מעבודתו של פולר: ניתוב כל תיק לפרוצדורה המתאימה לו. ביסודו עומדת ההנחה כי התדיינות משפטית אינה נחוצה ואינה מתאימה לכל סוגי התיקים, וכי קיימות פרוצדורות מגוונות ליישוב סכסוכים שאפשר להחילן על כל תיק לפי מאפייניו.

בית המשפט רב-המבואות הוא מרכז ציבורי ליישוב סכסוכים, הכולל מגוון הליכים ליישוב סכסוכים, מלבד השפיטה המסורתית. בכניסה הראשית לבית המשפט עומד שומר

46 שם, בעמ' 325–326, Menkel-Meadow; לעיל ה"ש 37, בעמ' 16–17.  
 47 Fuller, לעיל ה"ש 45, בעמ' 328, Fuller; לעיל ה"ש 41, בעמ' 396, 404–405.  
 48 על שילוב זה נמתחה ביקורת נוקבת של הוגים משדה הגישור. ראו למשל Lela Porter Love & Kimberlee K. Kovach, *ADR: an Eclectic Array of Processes, Rather than one Eclectic Process*, J. DISP. RESOL. 295 (2000); Kimberlee K. Kovach & Lela Porter Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, 3 HARV. NEG. L. REV. 71 (1998).  
 49 Resnik; Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 376 (1982). לעיל ה"ש 23.  
 50 Austin Sarat, *The "New Formalism" in Disputing and Dispute Processing*, 21 L. & SOCI. REV. 695, 705–706 (1988).

השער, הממייך כל תביעה ל"דלת" המתאימה לה, כלומר למסלול המתאים לה ביותר<sup>51</sup>. ביסוד חזון בית המשפט רב-המבואות עומדת התפיסה שאפשר לפתח שיטה להתאמת הפרוצדורה לבעיה לפי המאפיינים הייחודיים של כל אחת מהן. דן ארבל, מנהל בתי המשפט לשעבר, נהג בהזדמנויות שונות להשוות את הפונקצייה של "שומר השער" לזו של חדר מיון בבית חולים<sup>52</sup>. לפי מטפורה זו, כשם שבחדר מיון בבית החולים מנותב כל חולה למחלקה המתאימה לו לפי מהות המחלה, חומרתה ומאפיינים נוספים, כך "חדר המיון" של בית המשפט צריך לנתב כל סכסוך ל"מחלקה" – הפרוצדורה – המתאימה לו לפי מאפייניו. הפונקצייה של "שומר השער" מתבצעת על ידי מחלקה מיוחדת – "מחלקה לניתוב תיקים".

סנדר וגולדברג (Sander and Goldberg), שניהם פרופסורים למשפטים, מנסים במאמרם "Fitting the Forum to the Fuss"<sup>53</sup>, שפורסם קרוב לשני עשורים לאחר הצגת חזון בית המשפט רב-המבואות בוועידת פאונד, לשרטט מודל רעיוני שיסייע ל"שומר השער" – בעל התפקיד הרשמי בבית המשפט או עורך הדין<sup>54</sup> – לזהות את הפרוצדורה המתאימה ביותר ליישוב הסכסוך. בבסיס המודל מובלעת ההנחה כי לכל פרוצדורה תכונות אינהרנטיות משלה. המודל קשור בטבורו לתאוריה התהליכית של פולר<sup>55</sup>.

ההבחנה בין הפרוצדורות השונות נעשית לפי שלושה משתנים עיקריים: מאפייני התהליך, מאפייני התוצאה ותפקידו של הצד השלישי. הפרוצדורות ממוקמות על פני רצף, שבקצהו האחד המשא ומתן ובקצהו הנגדי – השפיטה<sup>56</sup>:

- 51 המסלולים המרכזיים ליישוב סכסוכים הם גישור, בוררות, הערכה מקדמית ( Early Neutral Evaluation או בקיצור – ENE), ישיבת פשרה המנוהלת על ידי שופט ( Settlement Conference) והתדיינות משפטית. להרחבה ראו הכהן, לעיל ה"ש 14.
- 52 השוואה זו נערכה בכמה הרצאות שנתן ארבל. ארבל יזם ניסוי להקמת מחלקה לניתוב תיקים בבית משפט השלום בתל-אביב. בעקבות המלצות ועדת רביבי (לעיל ה"ש 29) הורחב הניסוי, ובסופו עוגנה המחלקה לניתוב תיקים בחוק ובתקנות. כיום רוב המחלקות לניתוב תיקים כבר אינן קיימות, אולם החקיקה בעניין לא בוטלה.
- 53 Frank Sander & Stephen Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, NEGOTIATION JOURNAL 49 (1994).
- 54 לתפקידו של עורך הדין כ"שומר השער" של המשפט ראו למשל: William Felstinger et al., *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc. REV. 631, 645 (1980–1981); רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 589, 618 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998).
- 55 GOLDBERG, SANDER & ROGERS, לעיל ה"ש 18, בעמ' 5, טבלה מס' 2; Silbey & Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 448–449.
- 56 GOLDBERG, SANDER & ROGERS, לעיל ה"ש 18, בעמ' 4, טבלה מס' 1.

מ"מ	גישור	בוררות	שפיטה
-----	-------	--------	-------

המאפיין המרכזי המבחין בין הפרוצדורות השונות הוא רמת השליטה בתהליך ובתוצאה: במשא ומתן נתונה לצדדים שליטה מלאה בתהליך ובתוצאה. ככל שמתקדמים לקצה השמאלי של הרצף, פוחתת רמת השליטה שבידי הצדדים וגוברת רמת השליטה של הצד השלישי<sup>57</sup>. במשא ומתן הצדדים שולטים הן בתהליך והן בתוצאה: הם מנהלים את התהליך בעצמם ומסכימים על התוצאה. ההליך אינו פורמלי ואינו כפוף לכללים פרוצדורליים. בגישור – אף הוא תהליך של משא ומתן – מידת השליטה שבידי הצדדים פחותה בשל מעורבותו של צד שלישי. עם זאת עדיין יש להם שליטה ניכרת בתהליך, הואיל והגישור הוא הליך בלתי פורמלי שאינו כפוף לכללי פרוצדורה נוקשים. כמו כן נשמרת שליטתם בתוצאה, שצריכה להיות מוסכמת.

בבוררות ובשפיטה שליטת הצדדים בתהליך פוחתת ומוגבלת להצגת טיעונים וראיות לפי כללי סדר הדין והראיות. השליטה בתוצאה עוברת לידי הצד השלישי, שתפקידו להכריע בסכסוך<sup>58</sup>.

השתתפותם הישירה של הצדדים בתהליך היא בעלת חשיבות החורגת מן הסכסוך המסוים: מאחר שהיא מגבירה את שביעות הרצון שלהם הן מן התהליך והן מן התוצאה, טוענים סנדר וגולדברג כי יש בה כדי לחזק את אמונם במערכת המשפט<sup>59</sup>. נקודת המוצא האידאולוגית של מודל "התאמת הפורום לבעיה" היא אפוא כי הגישור הוא כלי מרכזי לרפורמה במערכת המשפט ולהשגת לגיטימציה מחודשת לבתי המשפט, אשר איבדו חלק מן האמון הציבורי בהם בעקבות משבר עומס התיקים וחוסר היעילות. לפי השקפה זו, הגישור וההליכים הנוספים אינם משמשים אלטרנטיבה מהותית למשפט ואף לא פרוצדורה חלופית לפרוצדורה המשפטית, אלא תכליתם לספק פרוצדורה משלימה להתדיינות המשפטית, שתעמוד לצדה ותקלוט לתוכה את המקרים המתאימים<sup>60</sup>. ואכן, חזון בית המשפט רב-המבואות, אשר מודל התאמת הפורום לבעיה נועד להגשימו מבחינה מעשית, מקבץ הליכים שונים ליישוב סכסוכים תחת קורת הגג של בית המשפט: זו נתפסת כאכסניה הציבורית הראויה ביותר לסכסוכים.

מודל "התאמת הפורום לבעיה" מבוסס על "רצף השליטה" האמור ונועד להשיג שתי מטרות: האחת, אבחון מהותו של הסכסוך וזיהוי הפרוצדורה המתאימה לו ביותר; השנייה,

57 שם, בעמ' 3.

58 שם, בעמ' 3–6.

59 שם, בעמ' 6; Silbey & Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 450.

60 שם, בעמ' 439, 450.

זיהוי הפרוצדורה שיש לה הפוטנציאל הרב ביותר להתגבר על חסמים ליישוב הסכסוך בהסכמה.

גולדברג וסנדר טוענים כי לגישור הפוטנציאל הגדול ביותר להתגבר על רוב סוגי החסמים ליישוב הסכסוך בהסכמה<sup>61</sup>. על כן לדעתם בהיעדר אינדיקציות סותרות, קיימת "חזקת התאמה לגישור" כמעט בכל סכסוך<sup>62</sup>.

מודל "התאמת הפורום לבעיה" אומץ גם בארץ, במסגרת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. הנחיות אלה מסווגות את הסכסוכים שהמדינה צד להם לשתי קטגוריות: האחת, כאלה שבדרך כלל מתאימים באופן מובהק לגישור; השנייה, כאלה שאינם מתאימים לגישור או שלא רצוי כי המדינה תסכים להעבירם לגישור<sup>63</sup>. על הפרקליט המטפל בתיק להחליט, בכל מקרה, לאיזו קטגוריה נופל הסכסוך שלפניו.

#### ד. מיסוד מנגנונים ליישוב סכסוכים: המתח הנמשך בין ADR לבין המשפט

בד בבד עם מיסוד מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים בחקיקה החלה להישמע ביקורת של משפטנים ושופטים על פרויקט הרפורמה. הגיוון והגמישות של המנגנונים החדשים, הנעדרים כללי אתיקה אחידים וסטנדרטים לכישוריו של הצד השלישי (מגשר, בורר וכיו"ב)<sup>64</sup>, נתפסו כבעייתיים במיוחד. החלה להישמע הטענה כי ראוי לעשות סדר בכאוס היצירתי שהזין את תנועת ה-ADR בראשיתה, אך עתה הוא מעמיד בספק את יכולתן של הפרוצדורות ה"חלופיות" להניב תוצאות הוגנות וניתנות לצפייה<sup>65</sup>.

למשל, במאמר מערכת שפורסם בכתב העת Harvard Law Review בשנת 2000 נטען כי הליכים ליישוב סכסוכים חייבים להכיל הגנות פרוצדורליות כמו הליך הוגן (due process), חובת אחריות (public accountability) ועוד<sup>66</sup>. כתבי המאמר הטעימו כי ככל שה-ADR הופך מחייב יותר – למשל במסגרת תכניות המטילות חובת השתתפות על בעלי הדין – כך חשוב יותר להבטיח את הגינותו<sup>67</sup>.

61 Goldberg, Sander & Rogers, לעיל ה"ש 18, בעמ' 55.

62 שם, בעמ' 59.

63 לעיל ה"ש 28.

64 ADR, the Judiciary, and Justice, לעיל ה"ש 36, בעמ' 1862.

65 שם, בעמ' 1874.

66 שם, בעמ' 1872.

67 שם, בעמ' 1868.

השיקולים של הגנה על צרכן שירותי הגישור ועל התהליך עצמו העסיקו גם את הוועדה המייעצת לעניין גישור בבית המשפט בישראל<sup>68</sup>, אשר המליצה על קריטריונים למגשרים שייכללו ברשימת המגשרים של בתי המשפט, ובהם הכשרה בגישור, תואר אקדמי וניסיון מקצועי מינימלי<sup>69</sup>.

הסדרת הגישור וכישורי המגשרים בכללים פורמליים מבטאת אמביוולנטיות באשר לגישור ולהליכים הנוספים ליישוב סכסוכים: מצד אחד הליכים אלה נתפסים כבעלי פוטנציאל לייעל את ההליך השיפוטי; מצד אחר, שונותם מן ההליך המשפטי – אשר הביאה את בתי המשפט להיזקק להם מלכתחילה – נתפסת עתה כמאיימת וכאוטית וכמטילה צל על הגינותו של ההליך המשפטי עצמו. הפתרון לדילמה הוא לנסות להפוך את החלופות לדומות ככל האפשר להליך המשפטי באמצעות הסדרתן בכללים<sup>70</sup>.

התלבטויות אלה חושפות כי רתימת הגישור לפרויקט הרפורמה בבית המשפט הופכת אותו לזירה של מאבק: מצד אחד הוא מגלם אידאולוגיה ופרקטיקה מנוגדות לזו של ההתדיינות האדוורסרית, ומצד אחר מרגע ששולב בבית המשפט, עושים הכוחות הפורמליסטיים של בית המשפט מאמץ בלתי נלאה לעצבו מחדש<sup>71</sup>. מטעמים אלה נטען כי אין בכוחו של הגישור לשמש חלופה למשפט וכי למעשה אין הוא אלא שלוחה של

68 הנהלת בתי המשפט דין וחשבון הוועדה המייעצת לענין פישור בבתי המשפט (1998). בדין וחשבון המליצה הוועדה על הכישורים של מגשרים שייכללו ברשימת המגשרים של בית המשפט. נאמר בו כך: "שעה שהשופט הוא הממליץ על הפנייה לגישור ועל זהות המגשר, מוטלת עליו אחריות להיות בעל ידע בנושא הגישור ויכולת להבחין בין מקרים המתאימים לגישור ובין אלה שאינם מתאימים. בכך לא סגי. עליו להיות גם מצויד ברשימה של מגשרים מיומנים, כך שהמלצתו תהיה בעלת ערך והוא יוכל להיות סמוך ובטוח שהוא אינו מפנה את הצדדים למגשר בלתי מיומן" (שם, בעמ' 7).

69 המלצות הוועדה עוגנו בתקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים), התשנ"ו-1996. ביום 1.4.2008 בוטלו התקנות על ידי שר המשפטים במסגרת תקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים) (ביטול), התשס"ח-2008, ס"ח 838. הסיבה לביטולן הייתה כישלונן להסדיר את "שוק" הגישור: ברשימת המגשרים שהוכנה לפי התקנות נכללו למעלה מ-3,000 מגשרים, ולכן נאלצו בתי המשפט לפתח רשימות מגשרים מצומצמות ובלתי רשמיות. כפי שמציינות בוגוש והלפרין-קדרי, "לנוכח מספר כה גדול של מגשרים, אין לבתי המשפט כל בסיס להערכת המגשרים ולהחלטה שעל פיה יפנו אליהם את הצדדים המתדיינים". לעניין זה ראו רינה בוגוש ורות הלפרין-קדרי "הקול קול הגישור, אך הידיים ידי המשפט: על גישור ועל ניהול גירושין בישראל" הפרקליט מט 293, 304 (2007).

70 Sally E. Merry, *Sorting Out Popular Justice, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES* 31, 41 (Sally Engle Merry & Neal Milner eds., 1993); בוגוש והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 303.

71 השו Shamir, לעיל ה"ש 1, בעמ' 110.

המשפט, ידו הארוכה, אשר מתפקד כדי להגביר את הלגיטימציה של המשפט ובתי המשפט.<sup>72</sup>

#### ה. רפורמה חברתית?

מיצובו של הגישור בתוך הזרם המרכזי של ההליך המשפטי עורר ביקורת בקרב מגשרים והוגים מתחום הגישור, אשר הביעו חשש לטיבו ולאיכותו של הגישור כאשר הוא נטמע במערכת המשפט.

אף כי המטרה העיקרית של שילוב מנגנוני ADR בבית המשפט הייתה עריכת רפורמה בבית המשפט עצמו באמצעות ייעול הטיפול בסכסוכים, ביקשו הוגים משדה הגישור לגייס את הרפורמה בבית המשפט כדי לקדם באמצעותה רפורמה חברתית רחבה יותר, החורגת מכותלי בית המשפט.

קרי מנקל-מדו (Carrie Menkel-Meadow), אחת ההוגות המרכזיות בתחום הגישור, הביעה בתחילת שנות השמונים את התקווה כי הגישור ישנה את דפוס המאבק התחרותי המתנהל בין כותלי בית המשפט ויחולל טרנספורמציה במערכת המשפטית באופן שתוכל לקדם תקשורת יצירתית, בונה ומעצימה<sup>73</sup>. סוכני השינוי המרכזיים הם לדעתה עורכי הדין, הממלאים תפקיד חיוני במשא ומתן המשפטי<sup>74</sup>. ציודם של עורכי הדין בכלים משופרים לניהול משא ומתן יכול לדעתה להביא לשינוי דפוס החשיבה התחרותי שלהם בבית המשפט ומחוצה לו.

רוברט ברוך בוש (Robert Baruch Bush) טען כי בתי המשפט יכולים לקדם טרנספורמציה חברתית רחבה באמצעות הפניית תיקים רבים ככל האפשר לגישור בלי להתחשב בסיווג המשפטי של התיק<sup>75</sup>. לפי תפיסתו, בית המשפט יכול וצריך למלא תפקיד של חלוץ ההולך בראש המחנה: הפניית בעלי הדין לגישור, כעניין שבחובה, תגרום להם להיווכח כי נתון בידם הכוח ליישב את סכסוכיהם בעצמם בלי להיזקק לבית המשפט. במילים אחרות, חיוב ההשתתפות בגישור עשוי למלא פונקצייה חינוכית של העצמה, שכן הגישור – אף אם לא היה מלכתחילה המסלול המועדף על הצדדים – יכול להפוך בטווח הארוך למקור הראשון ליישוב סכסוכים ולא רק לשמש "אלטרנטיבה" להתדיינות<sup>76</sup>. כל עוד

72 Silbey & Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 439. ביקורת זו תוצג בחלקו השני של המאמר.

73 Carrie Menkel-Meadow, *Toward another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. REV. 754, 763 (1984).

74 שם, שם.

75 Robert A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation*, 3 J. OF CONTEMP. LEG. ISSUES 1, 17, 20 (1989).

76 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 37, בעמ' 2, ה"ש 6.

בית המשפט משמש בררת המחדל, אין בררה אלא להסתייע בו כדי לחולל רפורמה הדרגתית, שבסיומה יינתנו ויידרשו שירותיו רק כמוצא אחרון<sup>77</sup>. התקוות שתלו הוגים אלה בבית המשפט לא התגשמו. מנקל-מדו מלינה על שלא זו בלבד שהחידושים והאתגר הביקורתי הגלומים בגישור לא הצליחו לחולל שינוי מהותי במערכת המשפט, אלא שהתרחש תהליך הפוך: מערכת המשפט ניכסה לתוכה את הגישור ושיבשה את איכותו הייחודית<sup>78</sup>. הסיבה לכך היא שהתפקיד שיועד לגישור הוא ייעול בתי המשפט והפחתת עומס במקום שיפור הצדק. בוש ופולגר מביעים אכזבה דומה<sup>79</sup>. סיבה נוספת לכשלון הרפורמה האידאולוגית נעוצה באי-עמידתם של עורכי הדין בציפיות שתלו בהם ובאי הצלחתם להפוך לסוכני שינוי: במקום שהגישור ישנה את דפוס החשיבה התחרותי שלהם הוא הפך לכלי נשק נוסף בארסנל האדוורסרי שלהם ומשמש לא פעם למטרות טקטיות ומניפולטיביות<sup>80</sup>. הניסיון לסגל את הגישור לתרבות משפטית יצא אפוא בהפסדו<sup>81</sup>. נטען כי בית המשפט לא רק מטיל את צלו על ההליכים שנועדו לשמש לו חלופה אלא מעוות אותם ועושה בהם שימוש לרעה. במקום שהגישור ישמש המסלול הראשוני ליישוב סכסוכים, בטרם הפנייה לבית המשפט<sup>82</sup>, גבר כוחה של המערכת האדוורסרית, אשר ניכסה לתוכה את החידושים שנועדו לטפל בתחלואיה. המפגש עם חולייה של המערכת האדוורסרית התיש את כוחות היצירה והריפוי הטמונים בגישור והשתיק את ההיבטים הטרונספורמטיביים שלו<sup>83</sup>. דברים אלה ממחישים את מורכבותו של הקשר בין הגישור לבין בית המשפט: האכזבה מן הדרך שבה התפתח המפגש ביניהם נובעת מן התלות העמוקה שפיתח הגישור בבית המשפט. תלות זו מתקיימת לא רק במישור הפרגמטי (קבלת תיקים)<sup>84</sup> אלא גם במישור

Bush, לעיל ה"ש 75, בעמ' 19. 77  
 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 3, שם; ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT 87 (rev. ed., 2005). 78  
 שם, בעמ' 247. 79  
 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3. 80  
 שם, שם. 81  
 שם, בעמ' 2, ה"ש 6, ובעמ' 3. מנקל-מדו מביעה הסתייגות מהביטוי Alternative Dispute Resolution ומעדיפה על פניו את הביטוי Appropriate Dispute Resolution, שממנו משתמע כי הגישור הוא בררת המחדל וההתדיינות המשפטית – מוצא אחרון. 82  
 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3. 83  
 Dorothy J Della Noce, Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy*, 3 PEPP DISP. RESOL. L.J. 39, 62 (2002–2003). 84



האידאולוגי: בבסיס הזיקה של הגישור לבית המשפט עומד הצורך בקבלת לגיטימציה<sup>85</sup>: המשפט ובית המשפט זוכים למעמד ציבורי ולאמון הציבור שעדיין אינם נחלתו של הגישור. הסתופפות הגישור בצלו של המשפט מעניקה לו את הלגיטימציה והמעמד הציבורי הדרושים לו כדי שיוכל להתפתח ולזכות באמון הציבור<sup>86</sup>.

בד בבד עם הצורך בקבלת לגיטימציה מבית המשפט הפך הגישור לתנועה בעלת יעדים ומטרות משל עצמה, אשר החלה לפתח סדר יום פוליטי הכולל ערכים, תהליכים ואנשי מקצוע חלופיים למשפט ולבתי המשפט. השאיפה להעמיד חלופה למשפט ולבתי המשפט תוך קבלת לגיטימציה מאותם מוסדות גורמת שתנועת הגישור מבטאת מסר כפול: מצד אחד היא מביעה אכזבה מכישלוננו של הגישור במילוי ייעודו ובניכוסו על ידי כוחות חזקים ממנו, המעוותים את איכותו הייחודית. מצד אחר היא נזהרת מלמתוח ביקורת גלויה על המערכת המשפטית, הממלאת פונקצייה חיובית של מתן לגיטימציה לגישור.

בצד פרויקט הרפורמה בבית המשפט צמח פרויקט ההעצמה הקהילתית, שמציע חזון חלופי של גישור ומנסה למצב עצמו כאנטייתזה לפרויקט הרפורמה מבחינה אידאולוגית ומעשית.

## 2. תנועת ההעצמה הקהילתית: גישור בקהילה כצורת צדק חלופית למשפט

In some cultures, the patterns of interaction suggest that those who participate in litigation may be psychologically deviant. Among Scandinavian fisherman and the Zapotec of Mexico, in Bavarian Villages and certain African tribes, among the Sinai Bedouin and in Israeli *Kibbuzim*...the importance of enduring relations has made peace, harmony, and mediation preferable to conflict, victory and litigation. But in the United States, a nation of competitive individuals and strangers, litigation is encouraged; here, the burden of psychological deviance falls upon those who find adversary relations to be a destructive form of human behavior<sup>87</sup>.

85 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 73, בעמ' 2.

86 Kathy Douglas & Rachel Field, *Therapeutic Jurisprudence: Providing Some Answers to Neutrality Dilemma in Court-Connected Mediation*, in 3RD INTERNATIONAL CONFERENCE ON THERAPEUTIC JURISPRUDENCE: TRANSFORMING LEGAL PROCESSES IN COURT AND BEYOND 67 (Greg Reinhardt & Anrew Cannon eds., 2007).

87 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8.

**א. מבוא**

התפתחות הגישור בקהילה מתאפיינת בשני תהליכים מרכזיים: הראשון – הקמתם של מרכזי צדק שכונתיים ומרכזי גישור בקהילה על ידי המדינה כדי לקלוט תיקים מבתי המשפט. השני – הקמתם של מרכזי גישור בקהילה "מלמטה" כדי להעמיד חלופה לבתי המשפט.

התהליך הראשון הוא למעשה תת-פרויקט של פרויקט הרפורמה בבתי המשפט. החל משנות החמישים והשישים הוקמו ברחבי ארצות הברית מרכזי צדק שכונתיים (Neighborhood Justice Centers), בדרך כלל בשכונות עוני<sup>88</sup>. המרכזים טיפלו בסכסוכי שכנים ובתביעות קטנות שהופנו אליהם על ידי בתי המשפט בדרך של "פישור" (conciliation)<sup>89</sup>, הליך שנתפס כדרך יעילה וזולה ליישוב סכסוכים, המגבירה את הגישה לצדק לאלה שהממון אינו מצוי בכיסם<sup>90</sup>. בעקבות ועידת פאונד זכו מרכזי הצדק השכונתיים לעניין מחודש. מובילי גישת הרפורמה במשרד המשפטים קיוו כי יהיה אפשר להסתייע בהם להפחתת עומס התיקים ה"קטנים" של בתי המשפט ולייעול הטיפול בהם<sup>91</sup>. בצד התהליך האמור התפתח הגישור בקהילה במסלול נוסף: ייזום מרכזי גישור בקהילה מלמטה, מתוך הקהילה עצמה<sup>92</sup>. האידאולוגיה של מסלול זה, שיכונה להלן "תנועת ההעצמה הקהילתית", רואה בתהליכים של יישוב סכסוכים במסגרת הקהילה כלי לחיזוק הקהילה וחבריה<sup>93</sup>. ההנחה היא כי בידי פרטים מן הקהילה, שאינם "מומחים", מצוי הכוח לפתור בעצמם את הסכסוכים שלהם, וכי אין להם צורך להיעזר לשם כך במדינה ובמנגנוניה

Richard Abel, *The Contradictions of Informal Justice*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE vol. 1 267, 274 (Richard Abel ed., 1982) 88

Timothy Heden & Patrick G. Coy, *Community Mediation and the Court System: The Ties That Bind*, 17 MEDIATION Q. 351, 352–353 (2000) 89

AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 97. 90

CHASE, לעיל ה"ש 12, בעמ' 99. כך, למשל, דין וחשבון משנת 1983 התווה חמש מטרות לתכנית להפעלת גישור קהילתי בתיקי תביעות קטנות בארצות הברית: הגברת יעילות ניהול התיקים, הפחתת הוצאות ההתדיינות, הגדלת משך הזמן שיוכל השופט להקצות לתיקים אורחיים רגילים, שיפור איכות הצדק וקיצור משך הזמן למתן פסקי דין. לעיל ה"ש 89, שם. 91

Raymond Shonholtz, *Justice from another Perspective: The Ideology and Development History of the Community Boards Program*, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES 201, 205, 219 (Sally Engle Merry & Neal Milner eds., 1993) 92

Silbey & Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 455. 93

המסורתיים – בתי המשפט<sup>94</sup>. פרויקט ההעצמה משמעו אפוא העתקת מוקד קבלת ההחלטות מן המדינה לבעלי העניין עצמם – הקהילה וחבריה<sup>95</sup>.

האדם המזוהה אולי יותר מכול עם תנועת ההעצמה הקהילתית הוא ריימונד שונהולץ (Raymond Shonholtz), הידוע כאבי התנועה, כהוגה הרעיון וכמי שהוציא אותו לפועל. שונהולץ לא הסתפק בעריכת רפורמה בבית המשפט אלא ביקש למצב את הגישור כאוטונומי כדי להפכו לחלופה למשפט ולבית המשפט. האידאל שעמד לנגד עיניו הוא צדק קהילתי "אותנטי", לא-פורמלי, דוגמת זה ששרר בתקופות מוקדמות יותר של ההיסטוריה האמריקאית ופס מן העולם עקב שחיקה מתמשכת בכוחה של הקהילה, בד בבד עם חיזוקם של מבנים ריכוזיים ופורמליים<sup>96</sup>. שונהולץ ביקש לשחזר את מעמדו ההיסטורי של הצדק הלא-פורמלי ולהקימו לתחייה בקהילה ובשכונה.

הצדק הלא-פורמלי האותנטי מתאפיין בדרך כלל במחויבות לסולידריות קהילתית ולהרמוניה ובחשדנות כלפי עורכי דין וכלפי מוסדות משפט מדינתיים<sup>97</sup>. מוסדותיו צומחים "מלמטה", מתוך הקהילה. יישוב הסכסוך אינו נעשה על ידי אנשי מקצוע ומומחים אלא על ידי אנשים בעלי מעמד בקהילה, והוא אינו כפוף לכללים משפטיים אלא לנורמות חברתיות קהילתיות. נורמות אלה הן בדרך כלל עמומות, בלתי כתובות, גמישות, אד-הוקיות ופלורליסטיות, ומתבססות על "שכל ישר"<sup>98</sup>.

טרובק (Trubek) טוען כי על פי רוב צורות משפט קהילתיות מאתגרות את משפט המדינה מאחר שאינן מתיישבות עם עקרונות של "שלטון החוק": במקום נורמות משפטיות אוניברסליות וידועות מראש הן מבוססות על נורמות פרטיקולריות עמומות, ואילו מיישבי הסכסוך אינם מומחים למשפט אלא הדיוטות. כמו כן הן אינן כוללות ערובה כלשהי

94 השוו שמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 595.

95 Raymond Shonholtz, *Community Mediation Centers: Renewing the Civic Mission for* Harrington & Merry; *the Twenty-First Century*, 17 MEDIATION Q. 331, 334 (2000) לעיל ה"ש 15, בעמ' 715.

96 Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 205; AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6; Heden & Coy, לעיל ה"ש 89, בעמ' 353; SHAMIR, לעיל ה"ש 1, בעמ' 62.

97 IRIS MARION YOUNG, INCLUSION AND DEMOCRACY 181–182 (2000); Austin Sarat, *Exploring the Hidden Domains of Civil Justice: "Naming, Blaming and Claming" in* Popular Culture, 50 DEPAUL L. REV. 425 (2000).

98 Boaventura De Sousa Santos, *Law and Revolution in Portugal: The Experiences of Popular Justice in Portugal after the 25<sup>th</sup> of April, 1974*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE vol. 2, 231, 235 (Richard Abel ed., 1982), לעיל ה"ש 1, בעמ' 72–73.

לשמירה על הליך הוגן (due process)<sup>99</sup>. לפיכך קיים מתח מתמשך בינן לבין משפט המדינה<sup>100</sup>.

**ב. הביקורת על משפט המדינה ועל בית המשפט**

תנועת ההעצמה הקהילתית יוצאת בביקורת חריפה על משפט המדינה. נטען כי האידאולוגיה הליברלית של המשפט מכוננת תרבות אינדיווידואליסטית, תחרותית ומנכרת, שהופכת את המוסדות המשפטיים הפורמליים למרוחקים ולבלתי רלוונטיים לבעיות היום-יום של חלקים ניכרים בציבור<sup>101</sup>. התרבות האינדיווידואליסטית, כך נטען, היא במידה רבה תולדה של תפיסת עולם פוזיטיביסטית המקבעת את המדינה הליברלית כיצרנית המשפט הבלעדית תוך הדרת מסורות, מנהגים ופרקטיקות מקומיות ליישוב סכסוכים<sup>102</sup>. אורבך טוען כי הפוזיטיביזם המשפטי הכה שורשים כה עמוקים בחברה האמריקאית, עד כי קשה אפילו לדמיין מצב דברים אחר<sup>103</sup>. לדעתו, מעמדו הטבעי והמובן מאליו של משפט המדינה מסווה את העובדה שהנורמות שלו – נורמות אוניברסליות כביכול – מדירות מתוכן את ערכיהן של קבוצות מסוימות בחברה<sup>104</sup>.

האידאולוגיה של תנועת ההעצמה הקהילתית מבקרת במיוחד את שיח הזכויות המבוסס על תפיסה של שוויון פורמלי<sup>105</sup>. שונה הולץ טוען כי הכרעה משפטית המבוססת על זכויות מסכלת את האפשרות לתת מענה הולם לצרכים ולאינטרסים העמוקים שביסודם של קונפליקטים חברתיים הנובעים משונות תרבותית, אתנית או גזעית. כמו כן שיח הזכויות אינו מכיר בתרומתם של רגשות להיווצרות הסכסוך ולפתרונו, וכי צד המבקש הכרה בפגיעה שנגרמה לו אינו יכול למצוא בבית המשפט את מבוקשו<sup>106</sup>.

הביקורת על משפט המדינה נמתחה גם על הפרוצדורה האדוורסרית שלו. לטענתו של שונה הולץ, ההליך האדוורסרי פוגע ביחסים בין בני האדם ומגביר את הפיצול החברתי<sup>107</sup>. הכללים הפרוצדורליים הנוקשים שלו מאלצים אנשים בוגרים לפתח תלות מוגזמת

99 David Trubek, *Turning Away from Law?*, 82 MICH. L. REV. 824, 825–826 (1983–1984)  
 100 SHAMIR, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57–58, 109–111.  
 101 Silbey & Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 455; ANTHONY GIDDENS, *BEYOND LEFT AND RIGHT* (1994) 109.  
 102 רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי הדין הרבניים" עיוני משפט כ 683 (1997); שמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 605.  
 103 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, עמ' 5.  
 104 שם, בעמ' 11.  
 105 Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 202–203.  
 106 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 203.  
 107 שם, בעמ' 10.

במומחים – עורכי דין ושופטים – כדי לפתור את הסכסוכים שלהם. תלות זו גוזלת מידם את הסכסוך ומונעת מהם לקבל על עצמם אחריות לפתרון<sup>108</sup>. במקום להיות שותפים פעילים בתהליך יישוב הסכסוך, הם הופכים לצופים פסיביים: השתתפותם נחסמת על ידי השפה המשפטית, המפרידה בינם לבין השופטים המורמים מעם<sup>109</sup>. עורכי הדין הפועלים בשמם אינם מייצגים את הצרכים האמתיים שלהם אלא פועלים מכוח פרוצדורה משפטית זרה ומנכרת. זאת ועוד, מערכת המשפט מבוססת על תגובה שלאחר מעשה להפרת זכויות, ואין לה כל מנגנון להתערבות מוקדמת בסכסוכים<sup>110</sup>. סכסוכים נפיצים שעלולים להתלקח בכל רגע נותרים בלתי מטופלים. כל עוד לא הופר חוק או נגרמה פגיעת גוף או רכוש, נחשפים פרטים וקהילות לסיכונים מתמשכים<sup>111</sup>.

### ג. האידאולוגיה של תנועת ההעצמה הקהילתית

תנועת ההעצמה הקהילתית דוגלת באידאולוגיה קהילתנית (communitarian), המושתתת על ערכים של אכפתיות, סולידריות ועזרה הדדית<sup>112</sup>. שונה ולחץ טוען כי גם בחברה האמריקאית המודרנית, הנעדרת סממנים של לכידות קהילתית, נודעת לערכים אלה חשיבות רבה<sup>113</sup>. לדעתו אפשר להגשים את החזון הקהילתי גם בימינו על ידי הקמת מערכת צדק קהילתית שתשחק את מעמד המובן מאליו של בתי המשפט<sup>114</sup>. יתרונו של מוסדות הצדק הקהילתי על פני בתי המשפט הוא בפוטנציאל שלהם לתת טיפול אפקטיבי לסכסוכים מסוגים שונים תוך התחשבות בהבדלי דת, תרבות ומוצא אתני<sup>115</sup>, בלי להיזקק למנגנוני המדינה או למנגנוני תיווך אחרים<sup>116</sup>. הפקדת האחריות לסכסוכים בידי חברי הקהילה עצמם תיצור אצלם מודעות לכוח וליכולת הנתונים בידם ותסלול את הדרך להעצמתם.

- Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 203. 108  
 Silbey & Sarat, לעיל ה"ש 10, בעמ' 483. 109  
 Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 202. 110  
 שם, שם. 111  
 Young, לעיל ה"ש 97, בעמ' 181–182. 112  
 שמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 596–595; AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 140. 113  
 Frederic L. DuBow & Craig McEwen, *Community Boards: An Analytic Profile, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE* 114  
*UNITED STATES* 125 (Sally Engle Merry & Neal Milner eds., 1993), Shonholtz, לעיל  
 ה"ש 92, בעמ' 205; AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6; Heden & Coy, לעיל ה"ש 89, בעמ'  
 353. 115  
 Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 206. 116  
 שם, בעמ' 207.

תנועת ההעצמה הקהילתית מציעה פרויקט נגדי לפרויקט הרפורמה: במקום רפורמה במבנה הקיים של בתי המשפט חותרת התנועה להחליף את בתי המשפט במוסדות צדק קהילתיים דמוקרטיים, המופעלים על ידי הקהילה ומותאמים לצרכים ולמאפיינים התרבותיים הייחודיים שלה. הגשמת תכלית זו מחייבת לבסס את הגישור בתוך הקהילה עצמה, ללא תיווך של בית המשפט<sup>117</sup>.

שונה הולך מבקר את מרכזי הצדק השכונתיים שהוקמו על ידי המדינה וטוען כי תלותם בבית המשפט גרמה שהם אינם מתפקדים עוד כמקור ראשון ליישוב סכסוכים אלא נותנים מענה לסכסוך רק בדיעבד, בדומה לבית המשפט<sup>118</sup>. הפיכת הגישור לכלי להגשמת התכליות המוסדיות של בתי המשפט מסכלת לדעתו כל אפשרות להגשמת ייעודו האמתי: העברת האחריות לחברי הקהילה והעצמתם<sup>119</sup>.

הגישור בקהילה מבטא תפיסה של פלורליזם משפטי, המפרקת את הזיהוי הכמו־טבעי בין "משפט" לבין "משפט המדינה". מטרתו ליצור צדק חלופי למשפט המדינה, צדק המושתת על המנהג והמסורת, על נורמות של הקהילה ועל הצרכים הפרטיקולריים של הצדדים<sup>120</sup>.

ההכרה בכך שצורות צדק חלופיות למשפט יכולות לצמוח "מלמטה", באמצעות פעולתם של מוסדות גישור בקהילה, קשורה לתפיסה שלפיה קיים קשר בין העצמת יחידים בקהילה לבין שינוי חברתי רחב היקף<sup>121</sup>. לפי תפיסה זו, שינויים המתרחשים ברמת הפרט סוללים את הדרך לדמוקרטיזציה של הקהילה בכללה<sup>122</sup>. כפי שטוען בק (Beck), תהליכים דיאלוגיים מקומיים שבהם משתתפים יחידים ותנועות חברתיות הם כיום האתר המרכזי של הפוליטיקה. תהליכים אלה הם לדבריו צורה של "פוליטיקה חדשה", המחליפה את קבלת

117 שם, בעמ' 234–235.

118 שם, שם, וכן בעמ' 332.

119 שם, בעמ' 234.

120 שמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 592; Fuller, לעיל ה"ש 45, בעמ' 307; Lon L. Fuller, *Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction*, 1975 *BYU L. REV.* 89 (1975). הזיקה בין צדק לא-פורמלי לבין פלורליזם משפטי תידון בחלקו השני של המאמר.

121 מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק "העצמה במשפט" העצמה במשפט 9, 28 (מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

122 GIDDENS, לעיל ה"ש 101, בעמ' 118–119, 191–192; CHASE, לעיל ה"ש 12, בעמ' 109; Merry Leonard Susskind & Leora Zion, *Can America's Democracy Be Improved?*, Draft Working Paper of the Consensus Building Institute and MIT-Harvard Public Disputes Program, (August 2002) [www.lawrencesusskind.com/content/contributions/democracy.pdf](http://www.lawrencesusskind.com/content/contributions/democracy.pdf)

ההחלטות ההייררכית של מוסדות המדינה<sup>123</sup>. לפי גישה זו, תנועת ההעצמה הקהילתית, שהאידאולוגיה שלה מבוססת על ערכים של דה־צנטרליזציה, דה־פרופסיונליזציה ודה־גליזציה, היא צורה של פוליטיקה חדשה<sup>124</sup>.

#### ד. תכנית הגישור הקהילתי בסן פרנסיסקו

תכנית הגישור הקהילתי בסן פרנסיסקו נוסדה בשנת 1976 כדי להגשים את המטרות האידאולוגיות והפוליטיות של תנועת ההעצמה הקהילתית. התכנית שואפת להביא לידי כך שמרכזי גישור בקהילה ישמשו המקור הראשון ליישוב סכסוכים טרם הפנייה לבית המשפט. הגשמת תכלית זו מחייבת יצירת ביקוש לגישור בתוך הקהילה<sup>125</sup>.

התכנית מבקשת להגשים שלוש מטרות: האחת, לגרום שיישוב הסכסוך בקהילה ייעשה בידי תושבי הקהילה עצמם; השנייה, לפתח תהליכי יישוב סכסוכים שיהיה אפשר להחילם החלה גרית על מרבית הסכסוכים השכונתיים; השלישית, לגרום ששכנים המצויים בסכסוך יעדיפו לפנות למרכז הגישור בקהילה במקום לבית המשפט<sup>126</sup>.

כדי להגשים מטרות אלה כוללת התכנית כמה מרכיבים ייחודיים:

– מעורבות של הקהילה בגישור: המגשרים שגויסו לתכנית הם חברי הקהילה עצמם, שעושים מלאכתם בהתנדבות. ככל גישור יושב צוות של שלושה עד חמישה מגשרים שזהותם משקפת את הרכב הקהילה מבחינה תרבותית, אתנית, מגדרית וכיו"ב. הצדדים רשאים להזמין לגישור בני משפחה, ידידים וחברי קהילה שעשויים לתמוך בהם ולסייע ביישוב הסכסוך. מאפיינים אלה משקפים את היותה של הקהילה בעלת עניין בגישור<sup>127</sup>: הסכסוך שהתגלע בקרבה נתפס כפגיעה במרקם הקהילתי, הטעונה תיקון ואיחוי<sup>128</sup>.

Ulrich Beck, *The Reinvention of Politics: Towards a Theory of Reflexive Modernization*, 123  
in REFLEXIVE MODERNIZATION 17 (Ulrich Beck, Anthony Giddens & Scott Lash eds.,  
1994).

Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 336, CHASE; לעיל ה"ש 12, בעמ' 109–110; נטע זיו ורונון  
שמיר "בנה ביתך: פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד אפליה בקרקעות" תיאוריה  
וביקורת 16, 45, 48–49 (2000).

125 מנתונים שנאספו על התכנית במסגרת מחקר אמפירי בשנים 1977–1983 עולה כי בפועל רובם  
המכריע של הסכסוכים שבהם טיפלה התכנית (בין שמונים לתשעים אחוזים) אכן הגיעו אליה  
בעקבות פנייה יזומה של צדדים לסכסוך ולא דרך הפניה מוסדית של רשויות המדינה: DuBow  
& McEwen, לעיל ה"ש 114, בעמ' 134.

Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 202.

DuBow & McEwen, לעיל ה"ש 114, בעמ' 149–150.

128 השוו ענת פרקש צדק מאחה בתחום המשפט הפלילי 15–16, 28–29, 36, 132–134 (משרד  
המשפטים, המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, 2002).

מעורבות הקהילה בגישור מבטאת קבלת אחריות מצדה להשכנת שלום בקרב חבריה. היא מאפשרת לצדדים לסכסוך להיחשף למודל חדש של יישוב סכסוכים: מודל של קבלת אחריות ושל תקשורת ישירה. השתתפותם בגישור עשויה לסייע להם לפתח מיומנויות חדשות ליישוב סכסוכים ולסלול את הדרך ליצירתן של נורמות מוסריות קהילתיות ששייכו את השלום לקהילה ויפחיתו את האלימות בעתיד<sup>129</sup>.

— מבנה הגישור: הגישור נערך בפגישה שמתפתים בה כל הצדדים לסכסוך<sup>130</sup>: זו נחשבת דרך אפקטיבית יותר לשיפור התקשורת בין הצדדים מאשר הפגישה ביחידות<sup>131</sup>. בידי הצדדים מופקדת האחריות הבלעדית ליישוב הסכסוך: המגשר נעדר סמכות להכריע בסכסוך ועליו להימנע מלנקוט בו עמדה. ניהול הגישור בידי צוות מגשרים מדגים לצדדים שיתוף פעולה ועבודת צוות. גישור בעל מאפיינים אלה משמש מודל להשתתפות דמוקרטית ולמחויבות אזרחית<sup>132</sup>.

— הכשרה בגישור ככלי לשינוי חברתי: ההכשרה בגישור אינה מיועדת רק למי שישמשו מגשרים ברשימת המגשרים של מרכז הגישור. משמעותה מרחיקת לכת הרבה יותר: בכוחה לשמש כלי לשינוי חברתי. משמעות זו התגלתה שנים אחדות לאחר תחילת הפעלת התכנית: מחקר אמפירי שנערך על התכנית מצא כי חלק ניכר מן האנשים (60% ומעלה) שעברו הכשרה בגישור – בין שנבחרו למגשרים בתכנית ובין שלא – הפכו ל"סוכני שינוי" בקהילה, וכי המיומנויות שרכשו שימשו אותם במשפחה, בבית הספר, בעבודה וביחסים עם חברים<sup>133</sup>.

— מבנה דמוקרטי: יישום התכנית נעשה בפריסה כלל-ארצית. בה בעת כל מרכז מונהל באופן עצמאי על ידי פורום קהילתי מקומי. מבנה זה מאפשר לכל קהילה לפתח תכניות ייחודיות המותאמות לאופייה תוך ראיית המרכז המקומי כחלק מתנועה רחבה לשינוי חברתי. בראש המבנה עומד ועד מנהל שתפקידו להטמיע את האידאולוגיה הדמוקרטית של התכנית בפריסה רחבה תוך חיזוק הסמכות והאחריות של חברי הקהילה<sup>134</sup>. מימון התכנית נעשה תחילה על ידי קרנות פרטיות ובשלב מאוחר יותר גם על ידי המדינה<sup>135</sup>.

129 Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 211; שם, בעמ' 36.

130 DuBow & McEwen, לעיל ה"ש 114, בעמ' 149.

131 המחקר האמפירי מעלה כי התכלית של שיפור התקשורת יוצרת בלבול בקרב מגשרי התכנית: אף כי אלה הוכשרו לייחס לה חשיבות מרבית, בפועל הם מביעים אכזבה כאשר אינם מצליחים להביא את הצדדים להסכם. DuBow & McEwen, שם, בעמ' 150.

132 Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 211–212.

133 DuBow & McEwen, לעיל ה"ש 114, בעמ' 163.

134 Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 220–225.

135 שם, בעמ' 228.



מודל תכנית הגישור בסן פרנסיסקו אומץ בעיקרו על ידי משרד המשפטים בישראל<sup>136</sup>. לפי המודל שהוצע על ידי המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים במשרד המשפטים, תכנית גישור וליישוב סכסוכים בקהילה שיוקמו בישראל יתמקדו בתחומים האלה: מתן שירותי גישור וליישוב סכסוכים, חינוך בקהילה, פיתוח קהילתי, גישור בתוך קהילות מיוחדות, גישור במערכת החינוך המקומית, הכשרה מקצועית בגישור והתערבות מונעת במוקדי מחלוקת. הצוות המקצועי של התכנית יתבסס על מגשרים מקצועיים שעברו הכשרה מתאימה. "המגשרים יבחרו מתוך הקהילה וייצגו אותה, אך יעשה גם שימוש במגשרים מחוץ לקהילה, לפי הצורך"<sup>137</sup>. אשר למבנה התכנית, "התכנית תוקם כגוף אוטונומי, מקצועי ובעל זהות ייחודית, ופעילותה תהיה מבוססת על עקרונות של נטרול לחצים (המופעלים מכוח סמכות, הענקת משאבים וכו') וזהות אפוליטית של חברי הצוות"<sup>138</sup>.

#### ה. פרויקט ההעצמה הקהילתית הלכה למעשה: התלות בבתי המשפט

השאיפה לבנות מרכזי גישור בקהילה שיהיו אוטונומיים מבתי המשפט היה קשה להגשימה הלכה למעשה: מרכזי גישור רבים לא הצליחו לבסס את מעמדם המקצועי ולצבור ביקוש לשירותיהם בתוך הקהילה בנפרד מבית המשפט. רוב מרכזי הגישור הצליחו לקבל את הלגיטימציה המקצועית הדרושה להם ולהגדיל את היקף פעילותם רק על ידי תקצובם על ידי בית המשפט, בין במישרין ובין בעקיפין – באמצעות הפניית תיקים. מנתונים שנאספו עולה כי נפח הפעילות של רוב מרכזי הגישור בארצות הברית מורכב בעיקר מתיקים המופנים אליהם מבית המשפט<sup>139</sup>. תכנית הגישור בסן פרנסיסקו, ספינת הדגל של תנועת ההעצמה הקהילתית, יוצאת דופן מבחינה זו, אולם שיעור הסכסוכים המטופל בה

136 משרד המשפטים – המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים גישור וליישוב סכסוכים בקהילה – תיאוריה ומעשה 26–29 (2000).

137 שם, בעמ' 27, 29.

138 שם, בעמ' 27.

139 Heden & Coy, לעיל ה"ש 89, בעמ' 354–355; Shonholtz, לעיל ה"ש 92, בעמ' 332; Abel, לעיל ה"ש 88, בעמ' 273; Christine Harrington, *Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE vol. 1: The American Experience 35 (Richard Abel ed., 1982). Heden & Coy מציינים כי מנתונים של ה-National Association for Community Mediation משנת 1998 עולה כי 86% ממרכזי הגישור בקהילה קיבלו 50% לפחות מן התיקים דרך הפניה מבית המשפט. ממחקר נוסף שנערך בשנת 1996 עולה כי כ-30% ממרכזי הגישור בקהילה הגדירו עצמם "מרכזי גישור הפועלים בצד בית המשפט" (court-annexed mediation), וכי למעלה מ-75% מן המרכזים קיבלו הפניות תיקים מבתי המשפט. במדינת ניו יורק, שבה פועלים מרכזי גישור בקהילה ב-62 מחוזות, 41% מכלל התיקים מופנים אליהם מבתי המשפט.

נמוך לאין שיעור מזה של מרכזי גישור הפועלים בצד בית המשפט<sup>140</sup>. כדי להגדיל את היקף פעילותה החלה התכנית לקבל הפניות מבתי המשפט, ובלבד שאין מוטלת על הצדדים חובת התייצבות<sup>141</sup>.

גם מרכזי הגישור בקהילה בארץ מקיימים ברובם זיקה הדוקה לבית המשפט, שבאה לידי ביטוי בקבלת תיקים מבתי המשפט, בעיקר בית המשפט לתביעות קטנות, ובהקפדה שרשימת המגשרים של מרכז הגישור תכלול עורכי דין. זה למשל המצב במרכזי הגישור ברמלה, מעלה אדומים, נס-ציונה ורחובות<sup>142</sup>. במבוא לדוח הערכה שהכין המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים במשרד המשפטים על תכנית להתנסות מודרכת ביישוב סכסוכים בקהילה, שהתקיימה בחודשים יוני-דצמבר 2007 במרכזי הגישור בקהילה ברמלה ובמעלה אדומים, נאמר כי תיקים המופנים מבית המשפט לתביעות קטנות "מתאימים להתנסות מודרכת בגישור בקהילה מאחר שהם מייצגים מגוון רחב של סכסוכים, הם פשוטים מבחינה עובדתית ומשפטית, ויחד עם זאת, הם מייצגים מאפיינים של סכסוכים בקהילה"<sup>143</sup>.

תלות זו במנגנוני המדינה מקשה על מרכזי הגישור להפוך לארגונים בעלי מבנה קהילתי "אותנטי". הכפפתם לאינטרסים ביוקורטיים של פקידים יוצרת סדרה של פרדוקסים<sup>144</sup>: מצד אחד תכליתם לחולל שינוי חברתי "מלמטה", מתוך הקהילה, ומצד אחר מרביתם הוקמו "מלמעלה" – ביזמת המדינה או בעידודה<sup>145</sup>; מצד אחד המדינה מבקשת לקדם באמצעותם חלופה להתדיינות המשפטית, ומצד אחר היא אינה מקצה להם משאבים מספיקים, ולכן מספר התכניות המופעלות בהם קטן, והם נאלצים לפעול ללא לאות לשיווק<sup>146</sup>; מצד אחד מרכזי הגישור נועדו להעצים פרטים וקהילות, ומצד אחר זיקתם לבית המשפט מכפיפה אותם לקריטריון היעילות, האומד הצלחה לפי שיעור ההסכמים המושג בהם. קריטריון היעילות מייצר פרקטיקות המושפעות מ"צל המשפט" וגורם להמרת התכלית של העצמה קהילתית בתכלית של הפחתת עומס התיקים של בית המשפט<sup>147</sup>.

Heden & Coy, לעיל ה"ש 89, בעמ' 354–355.

Harrington & Merry, לעיל ה"ש 15, בעמ' 718.

142 המידע נמסר בשיחה עם ד"ר לי לי-און, אשר שימשה ראש תחום גישור ויישוב סכסוכים בקהילה במרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים עד סוף שנת 2009.

143 אתי ליברמן ולי לי-און התכנית להתנסות מודרכת בגישור בקהילה – דוח הערכה (המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, משרד המשפטים, 2008).

144 Richard Hofrichter, *Neighborhood Justice and the Social Control Problems of American Capitalism: A Perspective*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE vol. 1, 207, 236 (Richard Abel ed., 1982).

145 שם, שם.

146 Abel, לעיל ה"ש 88, בעמ' 304; Trubek, לעיל ה"ש 99, בעמ' 834.

147 Hofrichter, לעיל ה"ש 144, בעמ' 213, 234.

### 3. סיכום

בחלק זה של המאמר הוצגו שני הפרויקטים של הגישור: פרויקט הרפורמה ופרויקט ההעצמה הקהילתית.

פרויקט הרפורמה נועד לייעל את עבודתם של בתי המשפט ולהקל את עומס התיקים. החזון המרכזי שלו הוא "בית משפט רב-מבואות", מרכז ציבורי ליישוב סכסוכים שהכניסה אליו עוברת דרך "חדר מיון" לתיקים. "חדר המיון" מבוסס על מודל "התאמת הפורום לבעיה". הגישור והפרוצדורות הנוספות ליישוב סכסוכים מקובצים יחד תחת קורת הגג של בית המשפט, בהנחה כי הרחבת הפונקציות של בית המשפט תגביר את אמון הציבור בו. לעומת זאת הנחת המוצא של תנועת ההעצמה הקהילתית היא חוסר אמון בבית המשפט ושאיפה להחליפו. התנועה מותחת ביקורת הן על המשפט הליברלי המהותי, הן על הפרוצדורות המשפטיות והן על בית המשפט כמוסד לפתרון סכסוכים ומבקשת לקדם פרויקט המתבסס על ערכים של סולידריות, דה-צנטרליזציה, דה-פרופסיונליזציה ודה-גליזציה. הגשמת ערכים אלה נעשית באמצעות מרכזי גישור קהילתיים המיישבים סכסוכים בין חברי הקהילה ופועלים להעצמתם. בפועל נמצא כי חזון ההעצמה הקהילתית מתקשה להתממש בנפרד מבתי המשפט.

שני הפרויקטים החלו את דרכם באמצע שנות השבעים ותחילת שנות השמונים והולדתם נעוצה באותה מציאות חברתית, תרבותית ופוליטית. "האבות והאימהות" של שניהם הם משפטנים:

בשל מאפיינים אלה בשני הפרויקטים ניכרת השפעתו של המשפט הליברלי. השפעה זו באה לידי ביטוי בחדירתם של מושגים הלקוחים מעולם המשפט: אוטונומיה של הצדדים – תפיסה המושתתת על העיקרון של שוויון פורמלי; חופש בחירה – שממנו נובע כי תוצאה מוסכמת עדיפה, ככלל, על הכרעה של צד שלישי; ניטרליות של המגשר – תפיסה המושפעת מן העיקרון של אי-משוא-פנים שיפוטי<sup>148</sup>.

פרויקט הרפורמה אינו מתעניין בהעצמה. לעומתו, פרויקט ההעצמה הקהילתית רואה בהעצמה את ייעודו העיקרי של הגישור. לפי האידאולוגיה שלו, הגישור נבחן באיכויות מיוחדות אשר עושות אותו – ככלל – צורת צדק נעלה על המשפט ברוב סוגי הסכסוכים. "סיפור ההעצמה" שלו נוטה בדרך כלל להציג את מאפייניו המעצימים של הגישור באופן תיאורי, בלי לנתח אותם באופן ביקורתי. רעיון ההעצמה שהוא מתאר קשור בטבורו לעקרון האוטונומיה של הפרט. תפיסת העצמה זו משמעה בדרך כלל שיפור הערך העצמי של הפרט

148 לזיקה בין הניטרליות של המגשר לבין אי-משוא-פנים שיפוטי ראו Ronit Zamir, *The Disempowering Relationship between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic*, 11 PEPP. DIS. RESOL. L.J. 467 (2011).

ויכולתו לפעול ולטפל בבעיותיו<sup>149</sup>, והיא מתמקדת בהיבטים אישיים-פסיכולוגיים בלי להתעניין בהשפעה שיש לשורשיו המבניים של הסכסוך (למשל: אי-שוויון חברתי שמקורו בגזע, אתניות, מגדר, העדפה מינית, נכות או מעמד חברתי) על עצם האפשרות להשתתף בגישור השתתפות אפקטיבית. ביקורת זו רלוונטית במיוחד לסכסוכים בין צדדים הנמנים עם קבוצות של "אחרים" לבין צדדים הנמנים עם קבוצות דומיננטיות<sup>150</sup>, והיא תידון בחלק הבא.

## חלק ב: ביקורת חברתית ופוליטית על שני הפרויקטים

### 1. מבוא

הביקורת שתוצג בחלק זה ראשיתה בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת. הביקורת הופנתה כלפי "הצדק הלא-פורמלי", מונח שנתפס כמאגד תחתיו את כל הפרויקטים וההליכים ליישוב סכסוכים שאינם משפטיים פורמליים: גישור, בוררות, מרכזי צדק שכונתיים (Community Justice Centers) ואפילו בתי משפט לתביעות קטנות<sup>151</sup>. לטענתם של המבקרים, הגדרת הצדק הלא-פורמלי על דרך השלילה – לפי מה שהוא "לא" במקום לפי מה שהוא "כן" – מלמדת כי הצדק הלא-פורמלי של ימינו, על מגוון הפרויקטים שלו, שואב את תוכנו מן ההתנגדות למוסדות המשפטיים הפורמליים ואינו מבטא מטרה ערכית פוזיטיבית כלשהי<sup>152</sup>. לפי טענה זו, הצדק הלא-פורמלי במופעו המחודש אינו אותנטי ואינו צומח "מלמטה", מתוך הקהילה ולמענה, אלא כל מהותו רפורמה פרוצדורלית בבתי המשפט. אמנם אנשי תנועת הרפורמה טוענים כי תכליתה של הרפורמה לא רק לייעל את עבודתם של בתי המשפט אלא גם להגשים מטרה חברתית – הגברת הגישה לצדק – אולם, טוענים המבקרים, בפועל המטרה של התייעלות היא הראשונה בחשיבותה, ואילו המטרה של הגברת הגישה לצדק היא לא יותר ממס שפתיים,

EDWARD SCHWERIN, MEDIATION, CITIZEN EMPOWERMENT AND TRANSFORMATIONAL 149  
 Peter Adler, *The* ; 95–85 בעמ' 78, לעיל ה"ש , BUSH & FOLGER ; POLITICS 55 (1995)  
*Ideologies of Mediation: The Movement's Own Story*, 10 L. & POLICY 319, 333 (1988)  
 Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in*  
*Alternative Dispute Resolution*, 1985 Wis. L. REV. 1359, 1402 (1985). 150  
 Richard Abel, *Introduction*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE vol. 1: The American 151  
 .1363 בעמ' , Delgado ; Experience 1, 2 (Richard Abel ed., 1982)  
 .14–13 בעמ' , AUERBACH ; שם, שם, Abel 152

רטוריקה ריקה שנועדה לתת לרפורמה תוכן ערכי לכאורה ולהצדיקה מבחינה חברתית ופוליטית.

## 2. הצדק הלא-פורמלי האותנטי כמקדם פלורליזם משפטי

### א. מבוא

בשנת 1983 הופיע ספרו של אורבך (Auerbach) – "Justice without Law?"<sup>153</sup>. השאלה שבוחן אורבך בספרו היא אם האידאל של צדק לא-פורמלי במובנו האותנטי יכול להתגשם בארצות הברית של ימינו. לשאלה זו ניתנה כזכור תשובה חיובית על ידי שונהולץ, שיזם והקים את תנועת ההעצמה הקהילתית. תשובתו של אורבך שונה. אורבך, היסטוריון במקצועו, אמנם רוחש אהדה לרעיון של צדק לא-פורמלי ולחזון הקומוניטרי שלו וסולד מתרבות האינדיווידואליזם והתחרות וממעמדו המובן מאליו של המשפט הליברלי. עם זאת הוא מאמין כי האידאל של "צדק ללא משפט", כפי ששרר בתקופות קודמות של ההיסטוריה האמריקאית, אינו יכול להתגשם בחברה האמריקאית של ימינו<sup>154</sup>.

בדומה להוגים אחרים העוסקים ברעיון של צדק לא-פורמלי, מצדד אורבך בתפיסה של פלורליזם משפטי. הפרדיגמה הפלורליסטית מתנגדת לתפיסה הפוזיטיביסטית, הרואה במדינה את יצרנית המשפט הבלעדית ושואפת לצנטרליזם ולאחידות נורמטיבית<sup>155</sup>. נקודת המוצא של הפרדיגמה הפלורליסטית היא כי השדה המשפטי הוא הטרוגני, וכי בכל חברה באשר היא אפשר לאתר ריבוי של מערכות משפט, הכוללות הן את משפט המדינה והן צורות משפט אחרות שאינן נובעות מן המדינה, כמו מנהג או מסורת<sup>156</sup>. צורות משפט אלה עשויות להיות "סמויות או גלויות, מסורתיות או ספונטניות, חתרניות או לגיטימיות"<sup>157</sup>. אף כי משפט המדינה עושה מאמצים נמשכים לשחוק אותן, הצלחתו לעולם אינה מלאה<sup>158</sup>:

153 ש.ם.

154 Trubek, לעיל ה"ש 99, בעמ' 827–828.

155 נשיא בית המשפט העליון לשעבר השופט ברק מצדד במובהק בגישה זו: אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197, 214 (1992); ראו גם הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 718; ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES 138–140 (1994).

156 Merry, לעיל ה"ש 873, 870, 869, 22 L. & SOCI. REV. 869, 870, 873 (1988); Trubek; Sally E. Merry, *Legal Pluralism*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 872–873; שמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 592.

157 ש.ם, ש.ם.

158 Merry, לעיל ה"ש 156, ש.ם; Alan Hunt, *Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval*, 17 L. & SOCI. INQ. 1, 5 (1992).

חלקן אמנם פועלות בחסותו באופן מלא או חלקי, אולם אחרות מוסיפות להתקיים בצדו כשדה אוטונומי-למחצה<sup>159</sup>. התוצאה היא פלורליזם משפטי מתמשך<sup>160</sup>. לפי התפיסה הפלורליסטית, הצדק הלא-פורמלי האוטנטי, המבוסס על ערכים של סולידריות, אמון והרמוניה קהילתית, הוא צורת משפט המקיימת יחסים של מתח מתמשך עם משפט המדינה. אף כי במתח זה ידו של משפט המדינה על העליונה, עשויים להיות לצדק הלא-פורמלי גם היבטים אוטונומיים, שיש בהם כדי לאפשר לו לאתגר את המשפט הפורמלי<sup>161</sup>. חשיבותם של היבטים אלה בכך שהם מחדירים למשפט נקודות מבט חדשות שיש בהן כדי להרחיב את משמעותו<sup>162</sup>. כפי שטוענת מרי (Merry), ראיית המשפט כמכיל נקודות מבט מגוונות במקום כבעל משמעות אוניברסלית אחת ויחידה יכולה לשפוך אור על היחסים בין קבוצות דומיננטיות לבין קבוצות מיעוט, ובכללן קבוצות אתניות, דתיות ותרבותיות, קבוצות מהגרים וכיו"ב<sup>163</sup>. קבוצות אלה מייצרות תכנים משפטיים משלהן, אשר מתוכם יכול שתצמח תודעה של התנגדות למשפט המדינה<sup>164</sup>.

#### ב. יחסי הגומלין בין הצדק הלא-פורמלי של ימינו לבין המשפט

לעומת הצדק הלא-פורמלי ההיסטורי, שהתאפיין בניסיון מתמשך לאתגר את משפט המדינה המבוסס על פרדיגמה פוזיטיביסטית<sup>165</sup>, התנועה לצדק הלא-פורמלי של ימינו מתאפיינת דווקא בשיתוף פעולה ובעידוד פעיל של עורכי הדין ושל המערכת המשפטית<sup>166</sup>. לכאורה היה אפשר להניח כי מטעם זה יצליח הצדק הלא-פורמלי בן זמננו יותר מקודמו ההיסטורי: מאחר שמערכת המשפט אינה רואה בו איום אלא דווקא פועלת לקידומו, היה אפשר לשער כי תאפשר לו לחיות בצדה. למעשה, טוענים המבקרים, דווקא שיתוף הפעולה של האליטה המשפטית שולל מן הצדק הלא-פורמלי כל סיכוי לאתגר את משפט המדינה ומסכל את התרחשותו של שינוי חברתי מהותי, שיחדיר לחברה האמריקאית

Sally Falk Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, 7 LAW AND SOCIETY REVIEW 719 (1973); Sally E. Merry, *Law and Colonialism*, 22 L. & SOCI. REV. 889, 906 (1991).

Merry, לעיל ה"ש 156, בעמ' 921.

שם, בעמ' 906.

הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 102; שמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 728.

Merry, לעיל ה"ש 156, בעמ' 872.

Merry, לעיל ה"ש 159, בעמ' 23.

ראו למשל שמיר, לעיל ה"ש 54, על התהליכים ההיסטוריים שהביאו לשחיקתו של משפט השלום העברי בפלשתינה המנדטורית, שאחד המרכזיים שבהם היה התנגדותם החריפה של המומחים למשפט.

בוגוש והלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 297–308.

האינדיווידואליסטית היבטים של סולידריות חברתית וקהילתנות. כפי שטוען אורבך, התגייסותם הזריזה של עורכי הדין להוביל את המהלך של "צדק ללא משפט" הביאה לידי כך שרק קולם הוא שנשמע<sup>167</sup>. בעקבות זאת הפך הצדק הלא-פורמלי להיות שלוחה של המשפט הפורמלי במסווה של צדק קהילתי אותנטי, ואין בכוחו לחולל רפורמה חברתית של ממש. כל שהוא מבטא הוא סדרה של רפורמות פרוצדורליות נטולות כל תוכן מהותי; רפורמות שלא נועדו לקדם משפט קהילתי אותנטי, אוטונומי מן המשפט הפורמלי, אלא להגביר את הלגיטימציה של המשפט ושל בתי המשפט<sup>168</sup>.

### 3. הפרת ההבטחה לשפר את הגישה לצדק

#### א. מבוא

עיקר תרעומתם של מבקרי הצדק הלא-פורמלי נסבה על הבטחתו הכוזבת לשפר את הגישה לצדק. כפי שצוין בחלק הקודם, מצדדי תנועת הרפורמה טוענים כי מנגנונים בלתי פורמליים ליישוב סכסוכים המוקמים בצד בית המשפט מגבירים את הגישה לצדק, מאחר שהם מרחיבים את המסלולים ליישוב סכסוכים העומדים לרשות בעלי הדין ומגדילים את מידת השליטה שלהם בתהליך ובתוצאה גם יחד. השליטה המוגברת היא תולדה של הפרוצדורה הגמישה, המייתרת את שירותיהם של עורכי הדין ושל הפתרון הלא-פורמלי הנובע מהסכמת הצדדים.

לעומתם, מבקרי הרפורמה, הדוגלים ברובם בגישה הביקורתית למשפט, טוענים כי הצדק הלא-פורמלי אינו אלא מהלך פוליטי נוסף של האליטה המשפטית המבקשת לחזק את כוחם ההגמוני של בתי המשפט<sup>169</sup>, והפעם היא עושה זאת באמצעות רטוריקה של "משבר" בבתי המשפט, אשר מאז ומתמיד שימשה אותה כדי לחפות על הפער בין ההבטחה של המשפט לחירות, שוויון וצדק לכול לבין מציאות של אי-שוויון ושל חוסר צדק. רטוריקה זו נועדה עתה להגדיר מחדש את הביקורת המהותית על המשפט כמונחים של פרוצדורה<sup>170</sup>. הגדרה זו סוללת את הדרך לשלב הבא: הצגת הצדק הלא-פורמלי כ"תרופת הפלא" למשבר הפרוצדורלי<sup>171</sup> כתהליך המגביר את הגישה לצדק.

167 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15.

168 שם, שם.

169 David Trubek, *Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, 36 STAN. L. REV. 575, 591–592 (1984); Sally E. Merry, *Concepts of Law and Justice among Working-Class Americans: Ideology as Culture*, 4 LEGAL STUDIES FORUM 59, 63 (1985).

170 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 96; Trubek, שם, שם.

171 AUERBACH, שם, בעמ' 142.

המבקרים טוענים כי רטוריקת הגישה לצדק כוזבת משלושה היבטים עיקריים: ראשית, בית המשפט רב-המבואות מעמיד בראש מעייניו סכסוכים שכבר הגיעו לבית המשפט והתגבשו לכלל "תיק". לכן לא נעשה ניסיון להתמודד עם הבעיה הקריטית ביותר של היעדר גישה לצדק, בעיה המתחילה בשלבים מוקדמים הרבה יותר של הסכסוך<sup>172</sup>. שנית, תפקידו העיקרי של בית המשפט הוא לקבוע תקדימים ולא לקדם פשרות בין בעלי הדין. לפי ביקורת זו, הניסיון לקדם פשרה פוגע בצדק, שכן בעלי דין מקבוצות חלשות שהצליחו – במאמצים רבים – להביא את עניינם לבית המשפט נתקלים עתה במחסום חדש: במקום להכריע בזכויותיהם, מצפה מהם בית המשפט "להסכים" לפשרה. שלישית, הפניית סכסוכיהם של בעלי דין מקבוצות חלשות למרכזי גישור בקהילה פוגעת בגישתם לבית המשפט ומונעת מהם להיאבק על קבלת זכויות המגיעות להם.

#### ב. אי-מתן מענה לבעיית הגישה לצדק בשלבים המוקדמים של הסכסוך

חזון בית המשפט רב-המבואות מעניק לבעלי הדין מגוון מסלולים ליישוב הסכסוך ביניהם. מצדדיו טוענים כי בכך יש כדי להגביר את הגישה לצדק, שכן עתה ביכולתם של בעלי הדין לבחור את המסלול המתאים ביותר לסכסוך שלהם ולא להסתפק בבררת המחדל של התדיינות משפטית.

תפיסה זו זכתה לביקורת. נטען כי חזון בית המשפט רב-המבואות מקבל כעובדה מוגמרת את הסדר הקיים ואת הסטטוס קוו הפוליטי<sup>173</sup>, וכי ההליכים הפורמליים והבלתי פורמליים, המאוגדים כולם תחת קורת גג אחת – זו של בית המשפט – אינם אלא "פריטים שונים בתפריט של אותה קפטריה"<sup>174</sup>, שתכליתם לתת פתרונות קצרי מועד לבעיית עומס התיקים.

אוסטין סאראט (Sarat) טוען כי בית המשפט רב-המבואות אינו אלא גרסה חדשה של פורמליזם משפטי<sup>175</sup>: הפורמליזם הישן נועד לקטלג את הבעיה לתוך קטגוריה משפטית, ואילו הפורמליזם החדש מנסה להתאים בעיות לפרוצדורות<sup>176</sup>. סאראט מבקר את הנחה המהותנית שלפיה אפשר לסווג כל סכסוך לפרוצדורה המתאימה לו לפי המאפיינים של הסכסוך ושל הפרוצדורה. בבסיס הנחה זו עומדת טענתו התפיסה השגויה כי לסכסוך

172 Sarat, לעיל ה"ש 50, בעמ' 703.

173 שם, בעמ' 711.

174 Adler, לעיל ה"ש 149, בעמ' 336.

175 Sarat, לעיל ה"ש 50, שם.

176 שם, בעמ' 704–705.



ולפרוצדורה מאפיינים קבועים ויציבים. בפועל, טוען סאראט, הן הסכסוך והן הפרוצדורה הם תהליכים דינמיים שעוברים טרנספורמציות נמשכות<sup>177</sup>. כדי שיהיה אפשר לפעול לתיקון בעיית הגישה לצדק, טוען סאראט, יש לאמץ תפיסה הרואה בסכסוך תהליך ולא תוצר מוגמר. תפיסה כזו עומדת בניגוד גמור לתכלית המרכזית של חזון בית המשפט רב-המבואות: הסרת חסמים ליישוב הסכסוך בהסכמה. מתכלית זו נגזרת תפיסה שונה לחלוטין של סכסוכים, תפיסה לפיה בתי המשפט מוצפים בסכסוכים המטילים עליהם עומס כבד מנשוא. הסכסוך, תוצר בלתי רצוי של התרבות האינדיווידואליסטית המתדיינת, נתפס כמצב פתולוגי הטעון טיפול מיד<sup>178</sup>. לעומת זאת חקר השלבים המוקדמים בטרנספורמציה של הסכסוך יכול לטענתו של סאראט להפריך את הטענה הרווחת בדבר התדיינות-יתר ולהצביע דווקא על מגמה של התדיינות-חסר, שמשמעה כי סכסוכים בעלי פוטנציאל משחרר דוכאו או הושתקו באחד השלבים המוקדמים שלהם<sup>179</sup>. הבנת התהליכים שעובר הסכסוך לפני הגיעו לבית המשפט עשויה אפוא לחשוף כי רפורמות שנועדו לשפר את הגישה לצדק – ובית המשפט רב-המבואות בכללן – פועלות באופן פרדוקסלי דווקא כדי לצמצם את הגישה לצדק, משום שהן מטפלות באי-השוויון בשלבים מאוחרים מדי: בעת שהסכסוך הגיע לבית המשפט<sup>180</sup>. מכיוון שבעיות מבניות של עוני פוליטי משפיעות על הסכסוך כבר בשלביו המוקדמים, עוד לפני שהתגבש לכלל סכסוך משפטי, מחריפות הרפורמות את אי-השוויון ואת פערי הכוח בשלבים המוקדמים יותר, הבלתי נראים, שבהם קשה יותר לאבחנם ולתקנם<sup>181</sup>. לכן, טוען סאראט, מה שיש להסיר אינו חסמים ליישוב סכסוכים אלא דווקא חסמים לסכסוכים<sup>182</sup>.

### ג. הפשרה כפוגעת בתפקידו של בית המשפט לעשות צדק

בתחילת שנות השמונים פרסם אוון פיס (Fiss), פרופסור למשפטים באוניברסיטת ייל, את מאמרו "נגד פשרה" (Against Settlement)<sup>183</sup>. המאמר, המותח ביקורת חריגה בחריפותה על שילובם של הליכים ליישוב סכסוכים בהסכמה במסגרת ההליך המשפטי, הכה גלים בעולם הגישור ועורר תגובות ותגובות שכנגד גם לשנים שיבואו.

177 שם, בעמ' 708–711.

178 ראו גם אלברשטין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 663.

179 שם, בעמ' 651–652.

180 Felstinger, לעיל ה"ש 54, בעמ' 633.

181 שם, בעמ' 637.

182 שם, בעמ' 708.

183 Fiss, לעיל ה"ש 4.

עיקר תרעומתו של פיס מופנית כלפי הפשרה השיפוטית<sup>184</sup> המעמידה בבסיסה שיקולים של יעילות פרוצדורלית<sup>185</sup>. שיקולים אלה, טוען פיס, חותרים תחת תפקידו המהותי של בית המשפט: עשיית צדק<sup>186</sup>. הפשרה פוגעת בעיקר בקבוצות חלשות, הן משום שפערי כוחות בין הצדדים מסכלים את האפשרות של הסכמה חופשית<sup>187</sup> והן משום שהפשרה שוללת מבית המשפט את ההזדמנות לקדם אינטרסים ציבוריים ארוכי טווח<sup>188</sup>.

לטענתו של פיס, במקרים רבים ההנחה בדבר שוויון יחסי בין הצדדים, שעליה מושתת רעיון הפשרה, היא נטולת יסוד<sup>189</sup>: בחלק ניכר מן הסכסוכים קיימים בין הצדדים פערי כוחות גדולים במשאבים, בכוח פוליטי, במעמד חברתי וכיו"ב. פערים אלה משפיעים על תהליך המשא ומתן בשני מישורים עיקריים: ראשית, יכולתו של הצד החלש להעריך את תוצאות ההתדיינות נופלת מזו של הצד החזק; שנית, הצד החלש זקוק לפיצויים באופן מידי ובדרך כלל מתקשה לממן את ההתדיינות בבית המשפט או לשכור שירותי עורך דין. לכן במובנים רבים ההסכמה לפשרה היא תוצר של כפייה ולא של בחירה חופשית ומדעת<sup>190</sup>.

טענתו העיקרית של פיס היא כי הפשרה אינה מסוגלת לקדם מטרות ציבוריות ארוכות טווח, כמו מגיעת אפליה על רקע גזעי, כפי שנעשה למשל בפרשת *Brown v. Board of Education*<sup>191</sup>. הפשרה מסתפקת במתן מענה לאינטרסים המידיים של הצדדים, ועל כן לדעתו היא מותירה את האינטרסים הקולקטיביים של קבוצות מוחלשות ללא מענה מספק וגורמת לבית המשפט למעול בתפקידו האמתי – יישום ערכים המגולמים בחוקה<sup>192</sup>. הדבר נובע מהיותם של בתי המשפט מערכת מגיבה (ראקטיבית): הם אינם יוצאים לתור אחר הזדמנות לפרשנות אלא מילוי תפקידם תלוי בכך שבעלי הדין יביאו לפתחם בעיות, יציגו טיעונים וראיות ויניחו בפניהם את התשתית העובדתית והמשפטית. הפשרה גורעת ממסת התיקים שבהם נדרש בית המשפט לקבוע תקדימים ולהעניק זכויות שיצמצמו את אי-השוויון ושוללת ממנו את היכולת לפעול לעשיית צדק<sup>193</sup>.

פיס מבהיר כי התנגדותו לפשרה אין משמעה כפיית התדיינות על הצדדים: אלה יכולים להגיע לפשרה בינם לבין עצמם כל אימת שיחפצו בכך. עם זאת, לטענתו, מרגע שדרכה

184 שם, בעמ' 1073–1074.  
 185 שם, שם.  
 186 שם, בעמ' 1085.  
 187 שם, בעמ' 1076.  
 188 שם, בעמ' 1085.  
 189 שם, בעמ' 1076.  
 190 שם, שם.  
 191 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955)  
 192 Fiss, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1085.  
 193 שם, שם.

רגלם בבית המשפט – במיוחד אם מדובר במתדיינים הנמנים עם קבוצה מקופחת – ההנחה צריכה להיות כי עשו כן פשוט מפני שאין להם בררה אחרת. במצבים אלה תמרוצם להתפשר על ידי מערכת המשפט עצמה – אותה מערכת שנועדה לסייע להם במאבקם לשוויון – הוא אבסורד<sup>194</sup>.

#### ד. מרכזי הגישור בקהילה כ"נקודת יציאה" מבית המשפט

פרקטיקה שלישית שלטענת המבקרים פוגעת בגישה לצדק היא הפניית סכסוכיהם של החלשים למרכזי "פישור" או "גישור" מחוץ לבית המשפט. פרקטיקה זו הופעלה בארצות הברית החל משנות החמישים והשישים וחודשה לקראת סוף שנות השבעים עם התנופה שקיבלה תנועת הרפורמה בבית המשפט.

הקמת מרכזי הצדק השכונתיים מחוץ לכותלי בית המשפט הוצגה כזכור כמהלך שנועד להגביר את הגישה לצדק ולאפשר לבעלי הדין ליישב את הסכסוך ביניהם בפרוצדורות גמישות שאינן מחייבות ייצוג של עורך דין.

בפועל, טוענים המבקרים, הליכי "פישור" (conciliation) שנועדו לשמש חלופה להתדיינות המשפטית ולהגביר את הגישה לצדק של קבוצות מקופחות<sup>195</sup> לא מימשו את הבטחתם. למעשה, כך נטען, הפישור לא החליף את ההתדיינות המשפטית הפורמלית אלא השלים אותה ושימש הליך מקדמי ליישוב מחלוקות טרם הכניסה אליה<sup>196</sup>, בדרך כלל בסכסוכים שנתפסו טריוויאליים מדי בשביל בתי המשפט<sup>197</sup>. סיווג סכסוכיהן של קבוצות חלשות כ"טריוויאליים" או כ"בלתי ראויים" לטיפול משפטי סלל את הדרך לסילוקם מבתי המשפט<sup>198</sup>. הצגתם של סכסוכים אלה כגורם העיקרי לעומס בבתי המשפט אף יצרה את המצג הכוזב כאילו בתי המשפט היו עד כה טרודים לעייפה באותם תיקים והקדישו להם ממיטב מרצם<sup>199</sup>.

- 194 לעניין זה ראו גם Sally E. Merry & Susan Silbey, *What Do Plaintiffs Want? Reexamining the Concept of Dispute*, 9 THE JUSTICE SYSTEM JOURNAL 151 (1984).
- 195 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 97.
- 196 שם, בעמ' 88–89 ובעמ' 120; Abel, לעיל ה"ש 88, בעמ' 273.
- 197 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 100; Abel, לעיל ה"ש 88, בעמ' 302.
- 198 Bryant Garth, *The Movement toward Procedural Informalism in North America and Western Europe: A Critical Survey*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE vol. 2: Comparative Studies 183, 203 (Richard Abel ed., 1982).
- 199 Roger Matthews, *Reassessing Informal Justice*, in INFORMAL JUSTICE? 1, 13 (Roger Matthews ed., 1988).

התוצאה של מהלכים אלה היא מערכת צדק דו-מסלולית: פישור לחסרי היכולת ובתי משפט לבעלי היכולת<sup>200</sup>. בדרך זו, טוען אורבך, הפכו החלופות כביכול למשפט את הגישה לבתי המשפט לקשה יותר ומילאו למעשה תפקיד של "נקודת יציאה" מבתי המשפט<sup>201</sup>. מהלכים אלה התרחשו בחסות הרטוריקה של "משבר" בבתי המשפט, רטוריקה אשר לטענת המבקרים מעולם לא נתמכה במחקרים אמפיריים<sup>202</sup>. כפי שטוען אורבך, החלופות הבלתי פורמליות לא הוצעו בעקבות לימוד הסיבות למשבר וניתוח נתונים על שיעורי ההתדיינות הקיימים, אלא הדיאגנוזה והתרופה הופיעו ב-זמנית<sup>203</sup>. היעדר דיון אמתי בסיבות למשבר מעיד לדעתו שהמשבר כביכול נולד כתירוץ לספק את התרופה של צדק לא-פורמלי, ולא להפך<sup>204</sup>.

השאלה הנשאלת היא מדוע הופיע הצדק הלא-פורמלי דווקא בעיתוי הנוכחי. התשובה לשאלה זו נעוצה לטענתו של אורבך במישור הפוליטי: בעיתוי זה בדיוק החלו החלשים בחברה, לראשונה, לנחול הצלחות משפטיות חשובות ולקבל מבתי המשפט זכויות חסרות תקדים<sup>205</sup>. האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט איים על השמרנים, שכן הוא חשף את תוכנו הפוליטי הלטנטי של המשפט והביאו אל פני השטח. התפיסה השמרנית, הדוגלת בשימור הסטטוס קוו, מפעילה על בתי המשפט לחצים פוליטיים מתמשכים לצמצם את

200 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 100.

201 שם, בעמ' 135.

202 שם, בעמ' 123. ראו גם Hofrichter, לעיל ה"ש 144, בעמ' 213.

203 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 124–123; Trubek, לעיל ה"ש 99, בעמ' 826–827.

204 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 95; Trubek, לעיל ה"ש 99, בעמ' 827–826; Matthews, לעיל ה"ש 199, בעמ' 13. חיזוק לטענות אלה אפשר למצוא בסדרת מחקרים שערך גלנטר. גלנטר טוען כי התחזית של קטסטרופה בבתי המשפט, כמו גם הטיעונים שלפיהם החברה האמריקאית היא מן החברות המתדיינות ביותר בעולם המערבי, מבוססים על ראיות דלות ביותר. גם הטיעונים שלפיהם שיעור ההתדיינות הגיע לממדים חסרי תקדים מבוססים לדעתו על נתונים סלקטיביים ועל מגמות קצרות טווח. למעשה, טוען גלנטר, הנתונים מראים כי החברה האמריקאית אינה סובלת מעודף התדיינות, וכי שיעור ההתדיינות הממוצע בה אינו עולה על זה השורר ביתר המדינות המפותחות ואינו גבוה במידה ניכרת משיעור ההתדיינות בתקופות שונות בעבר. עוד הוא טוען כי התחזית הקטסטרופלית מתעלמת ממחקרים המלמדים דווקא על מגמה הפוכה, שלפיה כי רק שיעור קטן מן הסכסוכים הופכים לתביעות, רוב התביעות מיושבות בהסכמה, ורוב התיקים צנועים בהיקפם: Marc Galanter, *The Day after the Litigation Explosion*, 46 Md. L. Rev. 3 (1986); Mark Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About the Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. Rev. 4 (1983–1984). ראו גם Trubek, לעיל ה"ש 99, בעמ' 826–827; אלברשטין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 121–123.

205 כמו למשל בפרשת *Brown*, לעיל ה"ש 191.

סמכותם ולהימנע מלעסוק בבעיות חברתיות<sup>206</sup>. הצדק הלא-פורמלי שירת תפיסה זו: הפניית התיקים שיש בהם כדי לאיים על הסטטוס קוו אל מחוץ לכותלי בית המשפט אפשרה להגביל את האקטיביזם השיפוטי ולצמצמו.

אורבך טוען כי מה שעורר את ההתלהבות הרבה ביותר מן הצדק הלא-פורמלי הן התביעות המועטות שבהן זכו הקבוצות החלשות. למשל, בחלוף זמן קצר מאז זכו שבטים אינדיאניים בכמה תביעות והצליחו להשיב לעצמם אדמות שבט שנגזלו מהם, החל המשרד לענייני אינדיאנים לטעון לערכם החשוב של ההליכים הלא-פורמליים בסכסוכים ה"מתאימים" לתרבות האינדיאנית המסורתית. אולם, לטענתו, ההליכים הלא-פורמליים שהונהגו כדי לטפל בתביעות האינדיאנים לא היו ההליכים המסורתיים אשר נהגו מאות בשנים, אלא בית משפט שבטי, המכיל "משהו מן השורשים האינדיאניים", ולמעשה לא היה אלא בית משפט רגיל במסווה של הליכים מסורתיים<sup>207</sup>. חיזוק לטענתו מוצא אורבך בכך שבתי המשפט המיוחדים שימשו רק לתביעות של אינדיאנים נגד המדינה. לעומת זאת, הליכים פלייליים שפתחה המדינה נגד אינדיאנים התנהלו בבתי המשפט המדינתיים הרגילים<sup>208</sup>.

מסקנתו של אורבך היא כי הצדק הלא-פורמלי נועד לתת לגיטימציה למשפט על ידי הכלת חוסר שביעות הרצון מבתי המשפט, מניעת שימוש בבתי המשפט לצורך חלוקה מחדש של משאבים, מתן תשובות מכניות לבעיות פוליטיות<sup>209</sup>, פגיעה באנרגייה של התארגנויות פוליטיות להשגת זכויות בשביל הקבוצות החלשות ויצירת מערכת דו-מסלולית – לעניים ולעשירים<sup>210</sup>.

הניסיון העקר ליצור "צדק ללא-משפט" באמצעות המשפט חושף לדעתו את קרביה החלולים של "תרופת הפלא" החדשה: במקום צדק חלופי מהותי קיבלנו תנועה למען רפורמה פרוצדורלית בבתי המשפט, ואילו הליכים מסורתיים ליישוב סכסוכים הופקעו מן הקהילה ונתרו בגדר פרוצדורה בלבד, מעוקרת מתוכן מהותית<sup>211</sup>.

206 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 122; GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE – CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991).

207 לביקורת על הקמתם של בתי משפט המשלבים משפט מקומי עם משפט מערבי בהקשר הקולוניאלי ראו Sally Falk Moore, *Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans about Running "Their Own" Native Courts*, 26 L. & SOCI. REV. 11 (1992).

208 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 128–129.

209 שם, בעמ' 136.

210 שם, בעמ' 144.

211 שם, בעמ' 15 ובעמ' 136.

ביקורת זו מתאפיינת בפסימיות ובחוסר תקווה. אמנם אורבך רוחש אהדה לרעיון של משפט קהילתי המתאפיין בחוסר פורמליות ובלכידות קהילתית, אולם הוא סבור כי בארצות הברית של ימינו אין סיכוי ריאלי להגשמתו, הואיל והממסד המשפטי – בתי המשפט ועורכי הדין – השתלטו עליו ודנו אותו לכליה. ניכוס החזון של צדק ללא משפט בידי עורכי הדין גרם לדעתו שבמקום צדק קהילתי אותנטי, אוטונומי מבית המשפט, קיבלנו רפורמה פרוצדורלית של בית המשפט עצמו. בנסיבות אלה מסקנתו עגומה במיוחד: המשפט הפורמלי, על כל תחלואיו, עדיף על החלופות לו כביכול.

##### 5. האומנם הצדק הלא-פורמלי של ימינו הוא אנטייתזה לפלורליזם משפטי?

לטענתי, הביקורת על הצדק הלא-פורמלי אינה מצליחה לתת הסבר משכנע מדוע בארצות הברית של ימינו אין לצדק לא-פורמלי סיכוי לאתגר את משפט המדינה. מדבריו של אורבך משתמע כי עצם העובדה שהאליטה המשפטית נטלה לעצמה מונופול על הצדק הלא-פורמלי שוללת ממנו כל אפשרות לפתח זהות עצמאית ממשפט המדינה, שתיצור את המתח הדרוש כדי לאתגרו. לפי תפיסה זו, הצדק הלא-פורמלי של ימינו, בהנהגת האליטה המשפטית, מבטא מהלך קונספירטיבי מתוכנן בקפידה שנועד להשיג שתי מטרות: האחת, הגברת הלגיטימציה של המשפט על ידי תרגום הבעיה המהותית של המשפט לבעיה של עומס תיקים וחוסר יעילות; השנייה, סילוקן של הקבוצות החלשות, שתביעותיהן מאיימות על הסטטוס קוו השמרני, מבית המשפט במסווה של הצגת הצדק הלא-פורמלי כ"תרופת פלא" בשבילן. מהלך זה מאפשר לאליטה המשפטית להציג את הרפורמות הפרוצדורליות כמגבירות את הגישה לבית המשפט, שעה שלמעשה הן מצמצמות אותה ומחזקות את ההגמוניה של המוסדות המשפטיים.

ביקורת זו מבטאת "סיפור דיכוי" של פסימיות וחוסר תקווה: היא איננה מאמינה ב"צדק ללא משפט" אך גם אינה תולה תקווה ב"צדק באמצעות המשפט"<sup>212</sup>. אורבך מגנה בחריפות את המשפט הליברלי ואת האליטה המשפטית כמו גם את החברה והתרבות האינדיבידואליסטית אשר הפכו את המשפט הפורמלי לכורח שאין בלתו. אולם לדעתו בחברה ובתרבות הקיימת כל חזון של צדק חלופי הוא אשליה. על כן יש לדבוק בפורמליזם המשפטי, חלול ככל שיהיה<sup>213</sup>.

ביקורתו של אורבך נותרת בלתי מבוססת מאחר שאינה מצליחה להסביר מהם התהליכים שבהם הביאה השתלטות עורכי הדין על הצדק הלא-פורמלי לתוצאה של מתן לגיטימציה למשפט. כמו כן הביקורת מוצגת באשר לכל הפרויקטים המאוגדים תחת

212 Trubek, לעיל ה"ש 99, בעמ' 834.

213 AUERBACH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 145; Trubek, לעיל ה"ש 99, בעמ' 834.

הכותרת "צדק לא-פורמלי" בלי לעמוד על ההבדלים ביניהם. כולם נחשבים מרכיבים שונים באותו פרויקט – פרויקט של מתן לגיטימציה למשפט. תפיסה זו מתעלמת מאי-היותו של הצדק הלא-פורמלי תנועה מוסדית ואידאולוגית קוהרנטית אלא קורת גג לאידאולוגיות ולפרויקטים שונים ואף מנוגדים<sup>214</sup>. לכן כמו כל ביקורת גורפת היא לוקה בהכללת-יתר ובחוסר רגישות להקשר, במיוחד שעה שאינה מתבססת על מחקרים אמפיריים<sup>215</sup>.

זאת ועוד, המונח "צדק לא-פורמלי" משמש אצל המבקרים כותרת-על לצורות מגוונות של יישוב סכסוכים, שאין עמה כל ניסיון לאבחן את האידאולוגיות והפרקטיקות הספציפיות של אותן צורות<sup>216</sup>. כל הצורות ה"בלתי פורמליות" ליישוב סכסוכים – גישור, פשרה, בורות, ואפילו בית המשפט לתביעות קטנות – כולן נתפסות כמקשה אחת: כולן צורות בלתי אותנטיות, חיקוי כושל של משפט המדינה. טיעון זה נותר בלתי מוכח: לא ברור באיזה אופן באה לידי ביטוי הקרבה הרעיונית והמעשית בין הצורות הלא-פורמליות לבין המשפט הפורמלי, ומהן האידאולוגיות והפרקטיקות המשותפות למשפט הפורמלי ולגרסאות הבלתי פורמליות שלו. הביקורת המכלילה יוצרת זיהוי בין הגישור לבין הצורות הלא-פורמליות. ניתוח רגיש יותר לניואנסים של הפרויקטים השונים ושל האידאולוגיות והפרקטיקות של הצורות השונות היה עשוי להוביל למסקנה שונה ולאפשר לזהות אידאולוגיות ופרקטיקות המהוות שדה אוטונומי למחצה של התנגדות למשפט.

כשם שהביקורת אינה מבחינה בין פרויקטים שונים ובין צורות שונות של יישוב סכסוכים, כך היא אינה מבחינה בין סוגים שונים של סכסוכים. הביקורת התאורטית, הנעדרת דוגמאות מחיי המעשה<sup>217</sup>, מתייחסת רק לסכסוך המשחרר ואיננה מביאה בחשבון את הספקטרום הרחב של סכסוכים הקיימים במציאות. היעדר הבחנה בין סוגי סכסוכים ומאפייניהם עושה את הביקורת לבלתי משכנעת: לא ברור מדוע הפנייתן של קבוצות חלשות לתהליכים של "צדק לא-פורמלי" מקטינה את הסיכוי להעצמתן: ראשית, סביר להניח כי רוב הסכסוכים המופנים מבית המשפט למרכזי גישור בקהילה לא יהיו מן הסוג של פרשת *Brown* אלא סכסוכים פשוטים יחסית, שהצדדים להם שכנים, בעל בית ודייר, צרכן-לקוח וכיו"ב. סכסוכים אלה על פי רוב אינם מגלמים בתוכם פוטנציאל לשינוי חברתי

214 Garth, לעיל ה"ש 198, בעמ' 185. ראו גם Tony F. Marshal, *Out of Court: More or Less Justice?*, in *INFORMAL JUSTICE?* 25, 28 (Roger Matthews ed., 1988).

215 Marshal, שם, בעמ' 29; Carrie Menkel-Meadow, *The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms and Practices*, *NEGOTIATION JOURNAL* 217, 232 (1995); Steven Spitzer, *The Dialectics of Formal and Informal Control*, in *THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE* vol. 1: The American Experience 167, 187–188 (Richard Abel ed., 1982).

216 Merry, לעיל ה"ש 156, בעמ' 891.

217 חלק מן המבקרים מודעים לצורך במחקר אמפירי. ראו Abel, לעיל ה"ש 88, בעמ' 308.

שיניע את בית המשפט להפעיל אקטיביזם שיפוטי<sup>218</sup>. כמו כן רובם נדונים בערכאות הנמוכות – בעיקר בית המשפט לתביעות קטנות – שאין להן סמכות לקבוע תקדימים. לכן הטענה כי הצדק הלא-פורמלי מחבל בסיכוי לטרנספורמציה חברתית נראית מרחיקת לכת. בנוסף, גישור אינו בהכרח מדיר מתוכו סכסוכים בעלי שורש מבני: סכסוכי משפחה מורכבים וסכסוכים בעלי היקף נרחב המערבים קבוצות רבות של בעלי עניין<sup>219</sup> הם דוגמאות חלקיות לסכסוכים מבניים המנוהלים בגישור.

"סיפור הדיכוי" שמספרים מבקרי הצדק הלא-פורמלי עומד באופוזיציה ל"סיפור ההעצמה" של תנועת ההעצמה הקהילתית בשני היבטים עיקריים: ראשית, לעומת "סיפור ההעצמה", המייחס בדרך כלל לגישור העצמה כתכונה אינהרנטית, "סיפור הדיכוי" רואה בצדק הלא-פורמלי – ובגישור בכלל – נטוע במבנה החברתי של יחסי הכוחות ואינו מייחס לצדדים יכולת לשמש סוכנים ולעבור העצמה. שנית, "סיפור ההעצמה" מתאפיין בהגדרות תיאוריות אשר בדרך כלל אינן מתבססות על תאוריה חברתית, ואילו "סיפור הדיכוי" מבוסס על תאוריה נטולת תיאור שעוסקת ב"צדק לא-פורמלי" באופן מכליל, בלי להבחין בין ההליכים השונים שקובצו יחדיו תחת כותרת זו ובלי להסביר כיצד הפרקטיקות שלו פועלות הלכה למעשה כדי לייצר ולשמר הגמוניה.

"סיפור ההעצמה" ו"סיפור הדיכוי" מבוססים שניהם על תפיסת משפט פוזיטיביסטית, המזהה "משפט" עם "משפט המדינה". זיהוי זה יוצר שני סיפורים ביניים: "סיפור ההעצמה" מכונן את הגישור באופוזיציה למשפט וכאנטיטזה שלו, ואילו "סיפור הדיכוי" מכונן את הצדק הלא-פורמלי כחלק אינטגרלי ממשפט המדינה וכביטוי שלו.

Sally Falk Moore, *Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology*, 218 *J. of Legal Anthropology*, 7 (2001).  
 Amy Cohen, *Negotiation, Meet New Governance: Interests, Skills, and Selves*, 33 *L. & Soc. INQ.* 503, 521, 532 (2008).  
 המוצגים במאמר להתמודד עם טענותיו של פיס מוצגת הטענה כי פערים בעמדות מיקוח בין צדדים לגישור עשויים לעבור טרנספורמציה תוך כדי תהליך המשא ומתן, ואילו במצבים שבהם קיימים ביניהם פערים ניכרים, או אשר האינטרסים שלהם נתפסים על ידיהם כקבועים וכבלתי ניתנים למשא ומתן, הגישור אכן אינו דרך מתאימה ליישוב הסכסוך, ויש להעדיף על פניו את תהליך המשפט.

LAWRENCE SUSSKIND & JOHN CRUIKSHANK, *BREAKING THE IMPASS: CONSENSUAL APPROACHES TO RESOLVING PUBLIC DISPUTES* (1987); LAWRENCE SUSSKIND & PATRICK FIELD, *DEALING WITH AN ANGRY PUBLIC: THE MUTUAL GAINS APPROACH TO RESOLVING DISPUTES* (1996).



## חלק שלישי: מדיכוטומיה לפלורליזם משפטי

### 1. מבוא

החל מסוף שנות השמונים החלו להיכנס לזירת הדיון על הצדק הלא-פורמלי קולות חדשים. קולות אלה הביעו אי-נחת מן הביקורת הגורפת על הצדק הלא-פורמלי. הובע החשש כי "מקהלת הייאוש"<sup>220</sup> והתפיסה של "impossibilism"<sup>221</sup> יגרמו לאפתיה פוליטית ולחוסר מוטיבציה להשתתף בתהליכי קבלת החלטות בחברה האזרחית ויובילו למבוי סתום. ההוגים שהשמיעו קולות אלה ניסו לפתח גישה מורכבת יותר לפוטנציאל המעצים של הצדק הלא-פורמלי. במקום לזהות את המשפט עם כוחה הדכאני של המדינה הוצע לנתח את יחסי הגומלין בין משפט לבין צדק לא-פורמלי מנקודת מבט של פלורליזם משפטי. תפיסת משפט פלורליסטית, כך נטען, עשויה לסלול את הדרך לניתוח מורכב יותר, שיחשוף את היחסים הדיאלקטיים בין שני הסיפורים ויביא בחשבון צורות משפט מתחרות, אוטונומיות למחצה, הפועלות בצד משפט המדינה ומאתגרות אותן<sup>222</sup>. תפיסה זו יוצאת מן ההנחה כי ההגמוניה של משפט המדינה אינה מוחלטת, מאחר שתמיד יפעלו בצדו צורות משפט אוטונומיות-למחצה שאינן כפופות לו לחלוטין, המקיימות עמו יחסי גומלין מורכבים.

למשל, על סמך תורת הכוח של פוקו טוען פיצפטריק (Fitzpatrick) כי המשפט הוא כוח-על המאחד כוחות אחרים לכלל שלמות. באמצעות תהליכי ניכוס הוא שואף לפגוע באוטונומיה של צורות משפט אחרות המתחרות בו. אף על פי כן שליטתו בהן רופפת ומוגבלת ולעולם אין הוא מצליח להכפיף למרותו לחלוטין. אלה נותרות בעלות ממד אוטונומי-למחצה, דבר המאפשר להן למלא פונקצייה כפולה, של תמיכה ושל התנגדות כאחד<sup>223</sup>. לפי ניתוח זה, הצדק הלא-פורמלי מכונן על ידי המשפט כ"לא-כוח", כזירה של

Maureen Cain, *Beyond Informal Justice*, in *INFORMAL JUSTICE?* 51 (Roger Matthews ed., 1988).

Roger Matthews, *Reassessing Informal Justice*, in *INFORMAL JUSTICE?* 1, 17 (Roger Matthews ed., 1988).

Stuart Henry, *Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: The Dialectics of Collective Law in the Cooperative*, 19 *L. & SOCI. REV.* 303, 304, 307 (1985); Boaventura De Sousa Santos, *The Postmodern Transition: Law and Politics*, in *THE FATE OF LAW* 79, 114–115 (Austin Sarat a& Thomas R. Kearns eds., 1991).

Peter Fitzpatrick, *The Rise and Rise of Informalism*, in *INFORMAL JUSTICE?* 178, 179. 223 (Roger Matthews ed., 1988). פיצפטריק טוען כי אין לרדד את הצדק הלא-פורמלי לכדי צורת כוח המוכלת לחלוטין בתוך צורת כוח אחרת גדולה ממנה – משפט המדינה, שכן יחסי הגומלין בין משפט המדינה לבין הצדק הלא-פורמלי מתאפיינים הן בכינון הדדי והן באתגור

חופש, הגשמה עצמית והסכמה וולונטרית. הדבר ממסך את הכוח הדיסציפלינרי המופעל ב"צדו האפל" ומאפשר לו לתת לגיטימציה למשפט<sup>224</sup>. עם זאת לצדק הלא-פורמלי יש גם ממדים מעין-אוטונומיים: אלה הם אותם הממדים שהמשפט הדיר מתוכו והותירם חיצוניים לו. מתוך ממדים אלה יכול לצמוח כוח-נגד למשפט. בפועל, טוען פיצפטריק, הפוטנציאל המאתגר של הצדק הלא-פורמלי אינו בא לכלל מימוש במציאות של ימינו<sup>225</sup>.

לטענתי, מסקנה זו, בדומה לחיבורים של "סיפור הדיכוי", היא תולדה של ניתוח חלקי של יחסי הגומלין בין משפט המדינה לבין צדק לא-פורמלי, אשר בוחן רק כיצד מעניק המשפט לגיטימציה לצדק הלא-פורמלי בלי לבחון אם וכיצד יכול הצדק הלא-פורמלי לערער את המשפט ולחתור תחתיו באופן שיאפשר למשתתפים מקבוצות מוחלשות לעבור העצמה.

פיתוח הסבר תאורטי מורכב יותר של יחסי הגומלין בין הגישור – כצורה של צדק לא-פורמלי – לבין המשפט מחייב, לטענתי, ניתוח אידאולוגיות ופרקטיקות גישוריות ספציפיות.

בסעיף הבא אציג מקרה בוחן של הליך גישור מסוים שהתקיים במסגרת תכנית הגישור בסן פרנציסקו, ובאמצעותו אנסה לאפשר הצצה לעבר הפוטנציאל הטרנספורמטיבי-החתרני של הגישור.

## 2. ניתוח הגישור בפעולה: מהגמוניה לטרנספורמציה חברתית

תכנית הגישור בקהילה בסן פרנציסקו, שעל עיקריה עמדתי בחלק הראשון, נועדה להגשים תכלית כפולה: יישוב סכסוכים בין פרטים ו"חיזוק שכונות, פיתוח ממשל-עצמי מקומי והעצמת תושבים"<sup>226</sup>. השינוי החברתי נועד להתרחש "מלמטה", באמצעות פיתוח מנגנוני צדק עממי בשכונות ובקהילות.

הרדי: מצד אחד משפט המדינה שואב חלק מזהותו מצורות לא-פורמליות של משפט התומכות בו. מצד אחר אותן צורות גם מתנגדות לו וקוראות עליו תיגר. ביחסים אלה הצדק הלא-פורמלי הוא שדה אוטונומי-למחצה וכולל היבטים שאינם מוכלים לחלוטין בתוך משפט המדינה. להיבטים אלה חשיבות מכרעת, מאחר שבכוחם לספק את התנאים לצמיחת כוחות-נגד להגמוניה. ר' גם GEORGE PAVLICH, JUSTICE FRAGMENTED: MEDIATING COMMUNITY DISPUTES UNDER POSTMODERN CONDITIONS 79–80 (1996).

224 לכוח דיסציפלינרי ראו מישל פוקו תולדות המיניות חלק 1: הרצון לדעת 62 (גבריא אל אש מתרגם, 1996); MICHEL FOUCAULT, POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS, 1972–1977 122 (Colin Gorgon ed., 1981).

225 Fitzpatrick, לעיל ה"ש 223, בעמ' 197.

226 Merry, לעיל ה"ש 70, בעמ' 57; Frederic L. DuBow & Craig McEwen, *Community Boards: An Analytic Profile*, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF

כפי שצינתי, מחקרים אמפיריים על התכנית מצאו כי היא לא הגבירה באופן משמעותי את ההשתתפות האזרחית בתהליכי קבלת ההחלטות ולא הצליחה ליצור סולידריות קהילתית בשכונות שבהן הופעלה. כמו כן לא התגלו ממצאים שלפיהם השתתפות הצדדים בגישור העצימה אותם, בין באמצעות שיפור היחסים ביניהם ובין באמצעות שיפור מיומנויות של משא ומתן<sup>227</sup>. המסקנה האחרונה כמעט שלא התבססה על ניתוח הליכי גישור: רוב המחקרים האמפיריים נערכו בדרך של ראיונות וסקרים בקרב תושבי השכונה<sup>228</sup>, ועל כן הם מתקשים להסביר מדוע הגישור לא הצליח להעצים את המשתתפים בו, ולו ברמת הצמיחה האישית.

מבין המבקרים השונים ג'ודי רוטשילד (Rothchild) היא היחידה שמסקנתה מתבססת על ניתוח הליך גישור<sup>229</sup>, אשר לטענתה משקף את הפרקטיקות הרווחות במרבית הליכי הגישור לפי התכנית<sup>230</sup>. בדומה לממצאי המחקרים האחרים, גם מסקנתה של רוטשילד היא כי חזון ההעצמה אינו מתגשם בגישור. הסיבה לכך, לטענתה, היא כי פרקטיקות הגישור המופעלות במסגרת התכנית מקדמות אידאולוגיה גישורית המגדירה "סכסוך" במונחים של תקשורת בין-אישית גרידא. הגדרה זו מתמקדת בהיבטים הרגשיים של הסכסוך וביחסים בין הצדדים. ממדים אחרים של הסכסוך – חברתיים, משפטיים וכלכליים – אינם נכללים בגדר ההגדרה וזוכים להתעלמות<sup>231</sup>. במרבית הסכסוכים נותרות מגבלותיה של "פרדיגמת התקשורת" סמויות מן העין. אולם בסכסוכים בעלי ממדים מבניים עמוקים – כמו בגישור שהיא מנתחת – הן נחשפות במלוא חולשתן, מאחר שקשה לדחוק סכסוכים מסוג זה לתוך המסגרת המאולצת של "בעיית תקשורת". מטעם זה, טוענת רוטשילד, הגישור בסכסוכים אלה יסתיים בדרך כלל בלא הסכם ואף בלא שיפור של ממש ביחסים בין הצדדים.

COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES 125, 126 (Sally E. Merry & Neal Milner eds., 1993)

Sally Engle Merry & Neal Milner, *Introduction*, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES 3, 15 (Sally Engle Merry & Neal Milner eds., 1993)

DuBow & McEwen, לעיל ה"ש 226, בעמ' 16–19. החוקרים קיימו ראיונות עם צדדים לגישור, עם מנהיגים מקומיים ועם מגשרים מתנדבים.

Judy H. Rothschild, *Dispute Transformation, the Influence of a Communication Paradigm of Disputing, and the San Francisco Community Boards Program*, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES 265 (Sally Engle Merry & Neal Milner eds., 1993)

שם, בעמ' 268.

שם, בעמ' 265–266.

לטענתה של רוטשילד, קיים פער בין תפקידו של חזון ההעצמה בבניית המוניטין של תכנית הגישור בסן פרנציסקו לבין תפקידו בהליכי הגישור המתנהלים בה בפועל: לנגד עיניהם של מקימי התכנית עמד חזון העצמה המתייחס לא רק לפרטים אלא גם לקהילות ולשכונות. בהיותה אוטונומית מבית המשפט נטען כי לתכנית יש פוטנציאל לטפל בסכסוכים בהקשרם הרחב, במיוחד כאשר מדובר בסכסוכים המשפיעים לא רק על הצדדים הישירים לסכסוך אלא גם על קבוצות רחבות יותר של בעלי עניין. למרות זאת בפועל רובם המכריע של הליכי הגישור מתנהל בין שני צדדים בלבד. רוטשילד מייחסת זאת לכמה גורמים: האחד, קשה לצפות ממגשרים מתנדבים לשאת על כתפיהם מעמסה כבדה כמו גישור בסכסוכים מורכבים ורבי-צדדים; שנית, קל ופשוט יותר להגיע להסכמות כאשר הגישור מתנהל בין שני צדדים בלבד; שלישית, למרות הביקורת על מערכת המשפט והשאיפה לאוטונומיה מבתי המשפט, בפועל מתנהלת התכנית ב"צל המשפט", בהיותה מושפעת מן המסורת האדוורסרית המבוססת על דגם של עימות בין שני צדדים<sup>232</sup>. הסבר נוסף הניתן על ידי שוק ומילנר (Shook & Milner) הוא כי התכנית להכשרת מגשרים מתמקדת כמעט באופן בלעדי בפיתוח מיומנויות תקשורת ואינה מדריכה מגשרים בפרקטיקות שתכליתן לקדם טרנספורמציה חברתית<sup>233</sup>.

במקרה שרוטשילד מנתחת היו הצדדים לסכסוך שכנים שהתגוררו באותו רחוב. עד לא מכבר התגוררו בשכונה תושבים ממוצא אפריקאי-אמריקאי. בשנים האחרונות השתנה אופייה של השכונה לאחר שעברו להתגורר בה תושבים לבנים ואסייתים מן המעמד הבינוני שלא הצליחו לעמוד במחירי הנדל"ן המאמירים בשכונות האחרות. המתלוננים, בני זוג ממוצא אפריקאי-אמריקאי בשנות השישים לחייהם, התגוררו בשכונה זה ארבעים שנה ועמלו שנים רבות עד שרכשו בה את ביתם, שאותו כינו "הארץ המובטחת". החל מראשיתו של הגישור הביעו את חששם מפני השינויים באופייה הדמוגרפי והתרבותי של השכונה. תרעומתם יצאה על שהנילונים – בני זוג לבנים בשנות השלושים לחייהם שהתגוררו בשכונה בשכירות – הפעילו מבייתם עסק ואחסנו במוסך ציוד של העסק. המתלוננים טענו כי הפעלת עסקים בשכונה – יהיה טיבם אשר יהיה – היא בלתי חוקית ופוגעת באופי השכונה ובערך הנדל"ן. לנילונים, שעברו להתגורר בשכונה זה עתה, לא היה מושג על

232 שם, בעמ' 289–290.

233 Vicky Shook & Neal Milner, *What Mediation Training Says – or Doesn't Say – about the Ideology and Culture of North American Community-Justice Programs*, in *THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES* 239, 258 (Sally Engle Merry & Neal Milner eds., 1993); Craig McEwen et al, *Lawyers, Mediation, and the Management of Divorce Practice*, 28 L. & SOCI. REV. 149, 159 (1994).

קיומה של המחלוקת, והם שמעו עליה לראשונה מפי מגשר נציג התכנית שפנה אליהם כדי לבדוק עמם את האפשרות ליישבה בגישור. משנודע להם על הטענות נגדם ניסו למצוא דרך להמשיך ולהפעיל את העסק. המתלוננים, לעומתם, התעקשו על סגירת העסק. רוטשילד מתארת כיצד המגשרים נמנעו במודע – החל משלב הקדם-גישור (intake) ובהמשך בהליך הגישור עצמו – מלהתייחס לדיני התכנון והבנייה החלים על השכונה ולהיבטים המבניים הכלכליים והחברתיים של הבעיה, לרבות כאלה הקשורים לגזע. כבר בשלב המקדמי, בעת שמגשר נציג התכנית נפגש בנפרד עם כל צד, היה אפשר לדעתה לבחור להגדיר את הסכסוך כסכסוך רב-נושאי ורב-צדדי, שכן הסכסוך, אף כי במבט ראשון עסק בשאלת הפעלת עסק מבית מגורים ותו לא, עירב למעשה שאלות רחבות יותר הקשורות לתנאים הדמוגרפיים המשתנים של השכונה ולפערים התרבותיים בין תושביה הוותיקים לתושביה החדשים<sup>234</sup>. למרות זאת בחרו המגשרים להתמקד בסכסוך הבין-אישי בלבד ולא להרחיב את יריעת הסכסוך. בהליך הגישור עצמו הופתעו המגשרים מסירובם של המתלוננים להגדיר מחדש את הסכסוך כמונחים של תקשורת בין-אישית, רגשות ויחסים, ולא הצליחו לרכך את עמדתם העיקשת בנושא סגירת העסק. גם הניסיונות המאולצים של המגשרים למצוא מכנה משותף בין הצדדים באשר למשמעות של "קהילה" ו"שכונה" נחלו מפלה: הדייר החדש לא גילה עניין בערכים אלה ולא ייחס להם חשיבות<sup>235</sup>. בסופו של דבר, לא זו בלבד שהצדדים לא הגיעו להסכם, אלא שהגישור אף הגביר את הניכור וחוסר האמון ביניהם וחיידר פערים אישיים וחברתיים<sup>236</sup>. המבוי הסתום נבע, לדעתה של רוטשילד, מחוסר האפשרות לכפות על הסכסוך את ההגדרה של "בעיית תקשורת": המתלוננים סירבו לקבלה והתנגדו לראות בה בעיה "אישית". כפיית פרדיגמת התקשורת גרמה לדעתה לפרסונליזציה ולאינדיווידואליזציה של הסכסוך וניתקה אותו מן הממדים החברתיים, המשפטיים, הפוליטיים והתכנוניים שלו<sup>237</sup>, שהיו רלוונטיים לקבוצות רחבות יותר של בעלי עניין. הימנעותם המכוונת של המגשרים מלהרחיב את יריעת הסכסוך באופן שתכלול נושאים חברתיים רחבים יותר סתמה את הגולל על הסיכוי לפתח אצל הצדדים תודעה מעמדית קיבוצית, שהיא תנאי מקדמי הכרחי להתארגנות הפוליטית הנחוצה להעצמת קהילות<sup>238</sup>. במילים אחרות, השימוש בפרדיגמת התקשורת צמצם את יריעת הסכסוך לממדים בין-אישיים והדיר ממנה ממדים חברתיים רחבים יותר. כדי שתתרחש טרנספורמציה חברתית ופוליטית יש, לדעתה של רוטשילד, לנקוט פעולה הפוכה: הרחבת

234 Rothschild, לעיל ה"ש 229, בעמ' 288.

235 שם, בעמ' 315–316.

236 שם, בעמ' 316.

237 שם, בעמ' 275.

238 שם, בעמ' 320.

יריעת הסכסוך ויצירת זיקה בין הסכסוך המסוים לבין ההקשר החברתי, הפוליטי והתרבותי הרחב.

אף על פי שהביקורת מתארת את הגישור כהליך בלתי מעצים, מיקומה תלוי-ההקשר מאפשר לה לרמוז, לראשונה, על האפשרות של מודל גישור מעצים, המאתגר את משפט המדינה: מודל שיאמץ אידאולוגיה ופרקטיקה של הרחבת יריעת הסכסוך. גישור שיופעל לפי מודל זה יוכל, על פני הדברים, לא רק להעצים את הצדדים הישירים לסכסוך אלא גם ליצור זיקה בין האישי לפוליטי, בין פרט לקהילה, ולאפשר העצמה במובנה הפוליטי.

הבנת רעיון זה מחייבת בירור קצר באשר לטרנספורמציה שעוברים סכסוכים בעת שהם מובאים בפני צד שלישי. Mather & Yngvesson טוענות כי משמגיע סכסוך לפתחו של צד שלישי המתערב בו ומנהל אותו, הוא עובר טרנספורמציה מתמשכת<sup>239</sup>. הטרנספורמציה מתרחשת באמצעות תהליך של ניסוח מחדש (rephrasing) משני סוגים: צמצום (narrowing) והרחבה (expansion). הסכסוך עובר תהליך של צמצום כאשר נכפות עליו קטגוריות פרשניות נתונות מראש. הצמצום אינו מתבטא בהכרח בהקטנת מספר הנושאים שבמחלוקת. בדרך כלל הוא מתרחש כאשר מומחים למיניהם – שופטים, אנשי מינהל וכיו"ב – מקטלגים אירועים ואנשים, לעתים באורח לא מודע, לתוך קטגוריות פרשניות המשקפות את האינטרסים שלהם<sup>240</sup>. טכניקת צמצום נפוצה היא שימוש בשפת המשפט<sup>241</sup>: שפת המשפט, מטה-שפה הנגישה רק לאלה השולטים ברזיה, מגבילה את הגישה לפורום המשפטי, קובעת את סוגי הסכסוכים שייגעו אליו ואת סוגי הסכסוכים שינופו ממנו, ומגדירה את הצדדים לסכסוך (למשל: מיהו "צד רלוונטי") ואת תפקידיהם.

לעומת זאת תהליך ההרחבה מתבטא בניסוח מסגרת פרשנית חדשה לסכסוך המשקפת שינוי בנקודת הראות של הצד השלישי. ההרחבה מתרחשת באמצעות ערעור הקטגוריות הפרשניות הקיימות ויצירת קשר בין נושאים וסוגיות אשר בדרך כלל נתפסים כמנותקים זה מזה, או במילים אחרות – באמצעות "מתיחה" של המסגרת המקובלת לארגון המציאות. ההרחבה אינה מתבטאת בהכרח בהגדלת מספר הנושאים שבסכסוך. הקשר שהיא יוצרת בין שינוי משפטי לבין שינוי חברתי מגלם חתרנות שעלולה להיתקל בהתנגדות<sup>242</sup>, ועל כן הצלחתו של תהליך ההרחבה תלויה פעמים רבות במיסוך החתרנות ובערפולה<sup>243</sup>.

Lyn Mather & Barbara Yngvesson, *Language, Audience and the Transformation of Disputes*, 15 LAW AND SOCIETY REV. 775, 776–777 (1980–1981)

שם, בעמ' 778.

שם, בעמ' 781, 792–793.

שם, בעמ' 779.

שם, בעמ' 797–800.

כיצד פועלות טכניקות צמצום והרחבה בהליך הגישור? סילבי ומרי (Silbey & Merry) מזהות שני סגנונות גישור מרכזיים: מיקוח (bargaining) וטיפול (therapy). ברוב הליכי הגישור משמשים שני הסגנונות זה בצד זה<sup>244</sup>. סגנון המיקוח מתאפיין בתהליך מובנה ובאוריינטציה של השגת הסכם. מגשרים הפועלים לפי סגנון זה מציגים עצמם בדרך כלל כמומחים למשפט ומתפקדים כ"סוכני מציאות" המעמידים את הצדדים על הסיכונים והסיכויים שבניהול התדיינות משפטית. בדרך כלל הם מרבים לקיים פגישות ביחידות עם כל צד (caucus), שכן הפגישות מאפשרות להם להגביר את שליטתם על חילופי המידע ועל ההצעות לפתרון. מעורבותם בתהליך פעילה ועל פי רוב הם אינם מעודדים את הצדדים להידבר במישרין או לעצב בעצמם את ההסדר<sup>245</sup>. בדרך כלל הם המנסחים את ההסכם בין הצדדים בסיומו של התהליך.

לעומת זאת בסגנון הטיפולי ממלאים הנושאים הרגשיים תפקיד רב חשיבות מתוך הנחה כי התייחסות לרגשות היא תנאי הכרחי לפתרון הסכסוך<sup>246</sup>. במקום לצמצם למינימום ההכרחי כפי שנעשה בסגנון המיקוח, שואף המגשר לפתחם ולהרחיב באמצעותם את מסגרת הדיון<sup>247</sup>. בסגנון זה מדגיש המגשר מומחיות בניהול יחסים בין-אישיים. ניסוח ההסכם הוא פעולה משותפת הנערכת עם הצדדים. הדיון בנורמות משפטיות שכיח פחות: ההנחה היא כי הסיבה לסכסוך היא כשל בתקשורת או אי-הבנה, שעליהם אפשר להתגבר באמצעות ביטוי רגשות וגילוי אמפתיה לנקודת הראות של הצד השני<sup>248</sup>.

המחברות מצאו כי סגנון המיקוח גורם בדרך כלל לצמצום יריעת הסכסוך, ואילו הסגנון הטיפולי מאפשר הרחבה של יריעת הסכסוך. צמצום הסכסוך מתרחש באמצעות סיווג סיפורי הצדדים לתוך קטגוריות של מקח-חליפין, החלת כללים ברורים על חילופי המידע בין הצדדים והתבססות על התרבות המשפטית ועל שפת המשפט, למשל על ידי שיח של שוויון המוחק הבדלים בין הצדדים, הגבלת הרלוונטיות של הצהרות הצדדים, תרגום הפגיעה שנגרמה לצד לדרישה רכושית והגדרת מעמדו של המגשר כאיש מקצוע ניטרלי בעל סמכות ומומחיות מקצועית<sup>249</sup>. כל אלה גורמים שגישור הנערך לפי סגנון המיקוח משכפל בזעיר אנפין את השיח המשפטי<sup>250</sup>.

.Susan Silbey & Sally E. Merry, *Mediator Settlement Strategies*, 8 L. & POLICY 7 (1986) 244  
 שם, בעמ' 23. 245  
 שם, בעמ' 25. 246  
 שם, שם. 247  
 שם, בעמ' 20–22. 248  
 שם, בעמ' 15, 17, 27. 249  
 שם, בעמ' 27. 250

לעומת זאת הסגנון הטיפולי אינו מנתב את התקשורת בין הצדדים לתוך מתחם ברור וניתן לשליטה אלא פועל להרחבת אפשרויות התקשורת באמצעות יצירת שפה חדשה – שפה של הכרה הדדית בחשיבות היחסים ובקיומם של אינטרסים וערכים משותפים<sup>251</sup>. השפה החדשה, לטענתן של סילבי ומרי, ממוקמת במסגרת רחבה מזו של הסכסוך הספציפי, מאחר שהיא יוצרת קשר בין הצדדים המסוימים לבין ההקשר החברתי הרחב. מאפייניו של הסגנון הטיפולי – גמישותו, היותו בלתי מובנה ונטייתו להרחיב את הסכסוך ולהכיל בתוכו גם יחסים חברתיים החורגים מגדר הסכסוך המסוים – הופכים אותו, לטענתן, לבעל פוטנציאל חתרני. פוטנציאל זה מגולם בביקורת המשתמעת שלו על הנסיבות החברתיות הרחבות אשר הובילו לסכסוך<sup>252</sup>. חתרנותו חושפת אותו לסכנה מתמדת של ניכוס מצד סגנון המיקוח, השואף לסגירות<sup>253</sup>.

מסקנתן של סילבי ומרי מנוגדת לכאורה לזו של רוטשילד: רוטשילד סבורה כי שפה של יחסים ותקשורת מגבילה דווקא את הפוטנציאל החתרני של הסכסוך ומסכלת את האפשרות לפתח אצל הצדדים לסכסוך תודעה מעמדית. אפשר להסביר סתירה זו בכך שרוטשילד אינה מנסה לאפיין את מודל הגישור שהופעל באותו מקרה ואינה בוחנת אם צמצום הסכסוך והמבוי הסתום שאליו נקלע הגישור יכולים לנבוע למשל מפרקטיקות של מיקוח ומאוריינטציה של השגת הסכם. למשל, לפי טענתו של בוש, אף על פי שבגישור האמור השתמשו המגשרים ברטוריקה של שיפור התקשורת, למעשה הם לא ניסו לסייע לצדדים להקשיב זה לזה או להבין זה את נקודת הראות של זה<sup>254</sup>. במקום זאת הם עשו ניסיון מאולץ לאתר "מכנה משותף" בין הצדדים: מגשר אחד ציין כי לאמתו של דבר לשני הצדדים מטרה זהה: "שכונה שקטה", ואילו המגשר השני ציין כי שני הצדדים חולקים חוויה של מאבק תוך שהוא משווה בין "מאבקר" של הצעיר הלבן בן המעמד הבינוני לפרנס את משפחתו ולנהל את העסק לבין מאבקם של בני הזוג השחורים לרכוש את ביתם ולהחזיק בו במציאות של אפליה גזעית<sup>255</sup>. ניסיונות אלה נועדו, לטענתו של בוש, לקדם פתרון מוסכם ולא להעשיר את התקשורת בין הצדדים, ומטעם זה הולידו דווקא כעס ודחייה. יתרה מכך: בנסותם לאתר מכנה משותף בכל מחיר, החמיצו המגשרים את האפשרות לסייע לצדדים להבין את השונות בנקודות המבט שלהם ואת ההבדלים ביניהם. התוצאה היא היעדר תהליך תקשורתי של ממש. לכן, לדעתו של בוש, באותו גישור לא זו בלבד שלא

251 שם, בשם.

252 שם, בעמ' 28–29.

253 שם, בעמ' 30.

Robert A. Baruch Bush, *The Unexplored Possibilities of Community Mediation*: 254*Comment on Merry and Milner*, 12 L. & SOC. INQ. 715 (1996).

255 שם, בעמ' 727.



הושגה העצמה במובן החתרני של יצירת זיקה בין המקרה המסוים לבין המבנה החברתי, אלא גם העצמה אישית לא התרחשה. תוצאה זו היא לדעתו תולדה של אוריינטציה של "פתרון הבעיה" והשגת הסכם. דיון מסוג אחר, המייחס חשיבות לטרנספורמציה בנקודת המבט של הצדדים, היה עשוי לדעתו להביא לתוצאה אחרת<sup>256</sup>.

טענותיו של בוש מתמקדות בהעצמה אישית, ואין בהן כדי לסתור את טענותיה של רוטשילד באשר להעצמה במישור הפוליטי. עם זאת הנקודה החשובה היא כי בוש, כמו סילבי ומרי, חושפים את האפשרויות הטמונות בביקורתה של רוטשילד באשר לפוטנציאל הטרנספורמטיבי של הגישור. בוש עומד על האפשרות של גישור מעצים ברמת הפרט, ואילו מחקרן של סילבי ומרי מצביע על האפשרות של גישור מעצים במובן הפוליטי: זהו גישור שהפרקטיקות שלו מאפשרות הרחבה של יריעת הסכסוך ויצירת זיקה בין הסכסוך הבין-אישי של הצדדים המסוימים לבין ההקשר החברתי, הפוליטי והתרבותי הרחב. אפשרות זו מתגלה רק שעה שבוחנים את האידאולוגיות והפרקטיקות הגישוריות בהקשר מסוים, וקשה לאתרה בדיון תאורטי מופשט, מסוגם של פיצפטרק ופבליץ'. הניתוח תלוי-ההקשר מאפשר גם להיחלץ מן ההדגשה המוגזמת של המבנה החברתי ולזהות את הדרכים שבהן יכול הפרט לפעול כסוכן שינוי. הסוכן האנושי, לעניין זה, אינו רק צד לגישור אלא גם המגשר, שבכוחו לנקוט פרקטיקות מרחיבות או מצמצמות.

### 3. סיכום

במאמר זה הצגתי את שני הפרויקטים של הגישור: פרויקט הרפורמה בבית המשפט ופרויקט ההעצמה הקהילתית. טענתי כי מסיבות מעשיות, בעיקר כלכליות, נשאב פרויקט ההעצמה לתוך פרויקט הרפורמה ומתקשה לעמוד בחזון ההעצמה שהציב לעצמו, במיוחד בהיבט של העצמה פוליטית של משתתפים מקבוצות מוחלשות.

עמדתי על כך שלעומת הפרויקטים, הרואים בהעצמה כאינהרנטית להשתתפות בהליך גישור, מבקרי הצדק הלא-פורמלי טוענים כי הוא דווקא מחליש צדדים מקבוצות מוחלשות ומקטין את סיכוייהם לעבור העצמה במובן הפוליטי. הסיבה העיקרית לכך היא השתלטות עורכי הדין והאליטה המשפטית על המהלך של כינון הצדק הלא-פורמלי בן זמננו כדי לחזק את כוחם ההגמוני של בתי המשפט. מהלך זה גרם לצמצום נגישותו של הצדק, בין בדרך של התעלמות מקיומה של בעיית נגישותו של הצדק בשלבי המוקדמים של הסכסוך, בין באמצעות הפעלת לחץ על מתדיינים מקבוצות מוחלשות להגיע לפשרה בין כותלי בית המשפט, ובין בדרך של הקמת מרכזי צדק קהילתיים שתכליתם לסלק מתדיינים אלה מבית המשפט בדיוק בעיתוי שבו החלו לקבל זכויות תקדימיות.

256 שם, בעמ' 725–726, 728, 732.

הביקורת על הצדק הלא-פורמלי מייצרת אפוא סיפור מנוגד ל"סיפור ההעצמה" של שני הפרויקטים: "סיפור דיכוי", הרואה בצדק הלא-פורמלי – והגישור בכללו – נטוע במבנה החברתי של יחסי הכוח בלי לאפשר לצדדים לתפקד כסוכנים ולעבור העצמה. אולם כפי שטענתי, הן "סיפור ההעצמה" והן "סיפור הדיכוי" מבוססים על הנחת מוצא של תפיסת משפט פוזיטיביסטית, המזהה בין "משפט" לבין "משפט המדינה".

כדי להיחלץ משני הסיפורים החד-ממדיים הצעתי לנתח את יחסי הגומלין בין המשפט לבין הגישור מנקודת מבט של פלורליזם משפטי. ניתוח כזה עשוי לטענתי לחשוף את הפוטנציאל החתרני של הגישור, אשר עשוי – בתנאים מסוימים – לשמש צורת משפט חלופית המאתגרת את משפט המדינה ומאפשרת העצמה פוליטית. חשיפת הפוטנציאל המאתגר של הגישור מחייבת לטענתי ניתוח אידאולוגיות ופרקטיקות גישוריות ספציפיות – להבדיל מניתוח תאורטי גרידא – שכן האידאולוגיה של הגישור, כפי שציינו הוגים אחדים, היא "אידאולוגיה של הפרקטיקה"<sup>257</sup>: אידאולוגיה הצומחת מתוך הפרקטיקה ובעקבותיה<sup>258</sup>. ניתוח כזה כרוך בזיהוי אידאולוגיות, שאותן שואב הגישור מן המשפט הפורמלי, וניתוח האופן שבו הן משפיעות על הפרקטיקות המופעלות בגישור<sup>259</sup> ובזיהוי אידאולוגיות ופרקטיקות גישוריות שעשויות להיות אוטונומיות ממשפט המדינה ולאתגר אותו<sup>260</sup>.

Lisa P. Gaynier, *Transformative Mediation: In Search of a Theory of Practice*, 22 CONFLICT RESOLUTION QUARTERLY 39 (2005); Lisa P. Gaynier, *In Search of a Theory of Practice: What Does Gestalt Have to Offer to the Field of Mediation?*, 7 GESTALT REV. 180 (2003).

Dorothy J. Della Noce, Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Matthews, לעיל ה"ש 199; 258 Folger, *Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy*, 3 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 39, 42 (2002–2003).

Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for* לניתוח מסוג זה ראו למשל 259 *Women*, 100 YALE L.J. 1545, 1555–1557, 1565–1566 (1991). גרילו טוענת כי האידאולוגיה של הגישור – אשר החשיבות שהיא מייחסת לקשר וליחסים טומנת בחובה לכאורה הבטחה לשפר את השתתפותן האפקטיבית של נשים לעומת המשפט – מתפוגגת למעשה בתוך נורמות "מיקרו-משפטיות" בלתי כתובות, המדירות את הקול הנשי ומרעות את מצבן של נשים לעומת ההליך המשפטי. למשל, הגבלת כעס בגישור לכדי "שחרור קיטור" בלבד מונעת לטענתה מנשים לעבור טרנספורמציה שתביא להעצמתן. הסיבה לכך היא שהאידאולוגיה הגישורית של "פתרון בעיות" מסתייגת בדרך כלל מבטיויי כעס "בלתי נשלטים" ו"בלתי סבירים" שאינם עולים בקנה אחד עם האוריינטציה הצופה פני עתיד של הגישור, המדגישה את היחסים העתידיים בין הצדדים: מאחר שהכעס שורשו בעבר, קיים חשש כי ביטויו יסכל את השאיפה להתקדם להסכם.

ניתוח כזה כרוך בבחינת שלושת המודלים הרווחים של הגישור: מודל פתרון הבעיות, המודל 260 הטרנספורמטיבי והמודל הנרטיבי, והוא חורג מגדר המאמר הנוכחי. לניתוח מודל פתרון

הדגמתי את הטענה האמורה באמצעות ניתוח הליך גישור שנעשה במסגרת תכנית הגישור הקהילתי בסן פרנציסקו. ניתוח זה המחיש לטענתי כי פרקטיקות גישוריות של הרחבת יריעת הסכסוך יכולות לייצר מסגרת פרשנית חדשה ולסלול את הדרך להעצמה פוליטית.

הבעיות והמודל הטרונספורמטיבי ראו רונית זמיר "הגישור בין מיתוס לחתרנות: האם הגישור מאפשר העצמה של קבוצות מוחלשות?" 135–116 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, התשס"ט). לניתוח המודל הנרטיבי ראו לעיל, ה"ש 148, בעמ' 505–514; לניתוח נרטיבי של הליך גישור הבוחן את היחס בין פרקטיקות גישוריות של "פתרון בעיות" לבין משפט המדינה ראו Ronit Zamir, *Can Mediation Enable the Empowerment of Disadvantaged Groups? A Narrative Analysis of Consensus-Building in Israel*, 16 HARV. NEG. L. REV (2011).