

## בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה

משה בר-ניב,\* רן לחמן\*\*

מטרת עבודה זו היא לבחון באופן אמפירי אם חלו שינויים על-פני עשור שנים בנטייתם של בעלי-דין בישראל לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס). זאת, לנוכח ההסדרה שהתפתחה בתקופה זו בתחום החי"ס. התקופה שנבחנה היא העשור של שנות התשעים, שבמהלכו חלו בישראל שינויים מהותיים בחקיקה, שמיסדו הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים. נוסף על כך, בתקופה זו הופעלה מדיניות ונוצרו תהליכים שתכליתם לעודד את השימוש בהליכים חלופיים. לפיכך השערת המחקר היא כי לאחר ההסדרה והמיסוד, הנטייה לפנות לחי"ס שתימצא בקרב בעלי-הדין בסוף העשור תהיה חזקה באופן משמעותי מנטייתם לפנות לחי"ס בפרוש העשור.

הממצאים העיקריים בעבודה זו מראים כי בסוף העשור הנטייה של מתדיינים להסדיר מחלוקות במתכונות חי"ס הינה חלשה ביותר. יתרה מזו, התמונה המצטיירת היא של רתיעת המתדיינים מפנייה להליכי חי"ס. חמורה מכך היא העלייה הניכרת בנטייתם ליישוב המחלוקות בבתי-המשפט. אף שהנטייה לחי"ס ככלל הייתה חזקה יחסית בראשית העשור, היא ירדה באופן משמעותי ביותר בסופו.

המסקנה הנובעת מן הנתונים היא שהמדיניות להחדרת החי"ס לישראל לא צלחה ולא השיגה את תכליותיה. ניתוח הממצאים והדיון בהם מצביעים על כך שהחלת ההסדרה של התחום ויישומה לא הגבירו את הנטייה לשימוש בחי"ס; להפך, נראה כי הייתה להם השלכה שלילית על הנטייה של צרכני החי"ס הפוטנציאליים. למרות הקושי לבודד את השפעתה הישירה של ההסדרה מתוך

\* בית-הספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה, ובית-הספר למנהל עסקים, אוניברסיטת בר-אילן.

\*\* פרופסור לארגון וניהול אסטרטגי, בית-הספר למנהל עסקים, המסלול האקדמי, המכללה למנהל. עבודה זאת נעשתה בתמיכת יחידת המחקר של בית-הספר למנהל עסקים, המסלול האקדמי, המכללה למנהל.

מכלול הגורמים המשפיעים, בכוה, על הנטייה לחי"ס, קיימת בממצאים אינדיקציה משמעותית לכך שהסדרה היה משקל נכבד בתהליך זה. המאמר דן בהשלכות של היבטים אלה ובשאלות העולות מן הממצאים, כגון: האם כדאי לריבון לכפות על הצדדים הליכי חי"ס? שאלה זו מורכבת ביותר שכן כרוכים בה שיקולים של עלות חברתית כוללת, הנובעת מהחזקת מערכת הכרעות הממומנת על-ידי המדינה, בצד שיקולים משפטיים וערכיים הנוגעים בזכויות-יסוד, כגון חופש הבחירה והגישה החופשית למערכת בתי-המשפט. בצד אלה קיימים כמובן גם שיקולים של יעילות ותועלת: האם יביא ההליך הכפוי לבזבוז של זמן ומשאבים ותו לא, או שישא בחובו ברכה ותועלת לבעלי-הדין? האם מתכונת "הבחירה המאולצת" פוגעת בחופש הבחירה של הצדדים ומובילה לירידה ביכולתם להשיא את רווחתם? שאלות אלה ואחרות נידונות כאן בהרחבה, תוך התייחסות לממצאים האמפיריים שנמצאו, ולא כדיון אקדמי גרידא.

מבוא

פרק א: מגמות במדיניות כלפי חי"ס

1. מגמות כלליות כלפי חי"ס

2. מגמות בחי"ס בישראל

3. הסדרת החי"ס במערכת בתי-המשפט בישראל

פרק ב: מתכונת ההסדרה של החי"ס וחופש הרצון

פרק ג: הבחינה האמפירית של הנטייה לפנות לחי"ס וחשיבותה

פרק ד: הנטייה לפנות לחי"ס בדיעבד

1. הנטייה לפנות לבית-המשפט

2. הנטייה לפנות לבוררות

פרק ה: שימוש בחי"ס כמנגנון עתידי

1. הבוררות כמנגנון ליישוב סכסוך עתידי

2. הגישור כמנגנון ליישוב סכסוך עתידי

3. מסקנות-ביניים לעניין הסכמות לחי"ס בטרם התגלע סכסוך

פרק ו: הסדרה כופה לחי"ס

1. בתי-המשפט יוכלו לחייב בוררות

2. בתי-המשפט יהיו מוסמכים מיוזמתם לתת פסק-דין על-דרך הפרשה

פרק ז: סיכום

## מבוא

מטרת עבודה זו היא לבחון באופן אמפירי את נטייתם של בעלי־דין בישראל לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (Alternative Dispute Resolution - ADR; להלן: חי"ס), על־פני עשור שנים (1989–1999), לנוכח ההסדרה (רגולציה) בתחום. במהלך התקופה שנבחנה חלו בישראל שינויים מהותיים בחקיקה, שמיסדו הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים. במקביל להם הופעלה מדיניות והתקיימו תהליכים לא־חקיקתיים שתכליתם הייתה לעודד את השימוש בהליכים חלופיים. לנוכח זה, השערת המחקר היא כי הנטייה לחי"ס בסוף העשור (1999), לאחר הסדרתן ומיסודן, תהיה חזקה באופן משמעותי מהנטייה לחי"ס בראשית העשור.

עבודה זו בוחנת לראשונה את הנטייה לחי"ס על־פני זמן, תוך השוואת סקר שנעשה בנושא קודם להחלת ההסדרה לסקר מקביל שנערך אחרי החלטה. תכלית ההשוואה היא להצביע על כיוונים ומגמות בהתייחסות של ציבור המתידינים (ובכלל זה מתידינים פוטנציאליים) להליכים חלופיים. על־פי התוצאות שיתקבלו יהיה ניתן להשיב על השאלה אם מתכונת ההסדרה שקידמה את נושאי החי"ס אכן יעילה, ואם אכן הושגו המטרות שהציבו לעצמם קובעי המדיניות והגורמים המבקשים לקדם את החי"ס.

מבחינה מתודולוגית, מערך המחקר הוא מערך "דמוי־ניסוי", שבו נמדדת הנטייה לחי"ס לפני החלת ההסדרה ואחריה. יש לציין כי מדידת השינויים על־פני עשור השנים אינה מתבססת על "מחקר־מעקב" המודד אותם אנשים עצמם על־פני זמן, אלא על שתי מדידות זהות של שני מדגמים דומים מאותה אוכלוסייה בשתי נקודות־זמן. עם זאת, מאחר ששני המדגמים מייצגים היטב את האוכלוסייה הנחקרת ודומים בהרכבם ובאופיים, ניתן לייחס הבדלים בממצאים ביניהם לשינויים אמיתיים שחלו באוכלוסייה שאותה הם מייצגים, ולא להבדלים הנובעים מהמדגמים עצמם. ההנחה המתודולוגית היא שהשינויים בנטייה לחי"ס בקרב האוכלוסייה הינם תוצאה של הפעלת ההסדרה במשך התקופה. עם זאת, אין ספק כי במשך העשור התרחשו תהליכים חברתיים, תרבותיים, כלכליים, משפטיים ואחרים שהיו עשויים להשפיע אף הם על הנטייה לחי"ס. על־מנת לנסות לבודד השפעות אפשריות אלה, נערכה כאן גם השוואה בין ההתפתחות של חלופת הבוררות ליישוב סכסוכים לבין זו של הגישור, בהינתן שלגבי הראשונה לא חלו שינויים בהסדרה בתקופת הזמן הנידונה בעוד שלגבי השנייה הוחלה הסדרה. מאחר שהשינויים החברתיים החיצוניים, אם היו, פעלו את פעולתם על שתי חלופות אלה ועל כלל החברה, ניתן לייחס הבדלים שיימצאו בין השינויים בנטייה לבוררות לבין השינויים בנטייה לגישור – אם אכן יימצאו הבדלים כאלה – לשינוי בהסדרה. פירוט של שיטת המחקר מופיע בהמשך המאמר.

בתחילת המאמר נסקור בקצרה את המגמות בגישה לחי"ס, המתבטאות הן במהפך בגישה לכיוון עידוד השימוש בחי"ס והן בפיתוח מתכונות ושיטות חדשות של חי"ס. בישראל הוכלל החי"ס בדרך של חקיקה במסגרת כמה מערכות שיפוטיות. המאמר יתמקד

בבחינת ההסדרה בתחום מערכת בתי-המשפט. בהקשר זה יתאר פרק ב של העבודה את התפתחות החי"ס בישראל ואת החקיקה הרלוונטית להחלת החי"ס במערכת בתי-המשפט. במקביל יסקרו גם פעולות ועמדות של גופים אחרים המעורבים בהחדרת הליכי החי"ס בישראל, בין במגזר הפרטי ובין במגזר הציבורי. ככלל, נראה כי קיימת פעילות מקבילה ולעיתים מתואמת של הגורמים השונים במגמה לקדם את החדרת החי"ס הן כמנגנון חלופי למערכת בתי-המשפט, הכורעת תחת העומס, והן כמנגנון הראוי לעידוד כשלעצמו בשל תכונותיו.

בפרק ב של המאמר נבקש להראות כי מבנה ההסדרה של החי"ס במערכת בתי-המשפט בישראל ומתכונת היישום הנובעת ממנו יוצרים מערכת של כלים ותמריצים שתכליתם לקדם את החי"ס. בפרק זה נטען כי מבנה החקיקה משפיע על חופש הרצון של הצדדים לנהל את יישוב מחלוקותיהם במסגרת החי"ס, ונציג מודל של השפעה זו.

בפרק ג אנו נציג את חשיבותה של הבחינה האמפירית של הנושא ואת המתודולוגיה שבה השתמשנו במחקר הנוכחי. בפרקים ד ו-ה של העבודה אנו נציג את תוצאות המחקר. פרק ד נבחן את הנטייה לחי"ס בדיעבד, לאחר שנפתחו הליכים משפטיים. המחקר בוחן את הנטייה לחי"ס בחיתוכים של זמן, נושא ומגמה. חיתוך הזמן מתייחס לתקופת הזמן של כעשר השנים שבין שני הסקרים. החיתוך הנושאי מתמקד בבחינת הנטייה לחי"ס מול הנטייה לפנייה למערכת בתי-המשפט. כ"משתנה-בקה" נבחנת גם הנטייה לבוררות – צורת חי"ס שנותרה ללא שינוי על-פני ציר הזמן של המחקר, והמגמה המסתמנת ביחס לנטייה זו מושווית למגמה הכוללת בגישה לחי"ס. בפרק ה אנו נבחן את שאלת הנטייה לחי"ס מראש – לפני התגלעות סכסוך. בהקשר זה המחקר מציג תמונה של נטייה נקייה מהתערבות הסדרתית המשפיעה על חופש הרצון של הצדדים לפנות למתכונות החי"ס גישור ובוררות.

ככלל, תוצאות המחקר אינן מאששות את השערת המחקר, והתמונה המתקבלת היא של ירידה בנטייה לחי"ס בתקופה שלאחר הסדרתו. תוצאות אלה של המחקר מחדדות את הצורך בבחינה מחקרית של העמדות הנוגעות בהסדרה כופה של החי"ס. שאלה זו מקבלת משנה חשיבות לנוכח העמדות כלפי החי"ס העולות מממצאי המחקר הנוכחי. בפרק ו נבחנים היבטים אחדים של העמדות כלפי הסדרה כופה של החי"ס.

## פרק א: מגמות במדיניות כלפי חי"ס

### 1. מגמות כלליות כלפי חי"ס

מתכונות ליישוב סכסוכים אזרחיים לא באמצעות מערכת בתי-המשפט סביר כי יתקיימו בין אם הן יוסדרו, ייתמכו ויקודמו על-ידי הסדרה שלטונית ובין אם לאו. צדדים לסכסוך יכולים לפתח מנגנונים חלופיים לאלה המוצעים על-ידי המערכת הפורמלית, או להסתייע בגורמים חיצוניים שיעמידו לרשותם כלים שונים שתכליתם מציאת הסדר למחלוקת. מתכונות כאלה התקיימו זה דורות רבים בצד מערכת ההכרעה הממוסדת. המדיניות השלטונית כלפי מתכונות הכרעה חלופיות נעה, בתרבויות שונות לאורך הדורות, במתחם שבין התעלמות או אדישות ביחס להפעלת מתכונות חלופיות על-ידי פרטים לבין התנגדות לקיומן ואיון תוקפן. בעקבות ההתפתחות הגדולה בחברה ובמורכבותה, חל שינוי מהותי בגישתם של הגופים הפרטיים והשלטוניים לחלופות חוץ-שיפוטיות. השיטות החלופיות ליישוב סכסוכים התפתחו והשתכללו. בעקבות כך, ועקב הלחץ ההולך וגובר על מערכות ההכרעה השיפוטיות, השתנה יחסן של רשויות השלטון לחי"ס לכיוון של תמיכה גוברת בהעברת יישוב מחלוקות ממנגנוני שיפוט פורמליים-שלטוניים אל מנגנונים חוץ-שיפוטיים.

התהליך האמור מודגם יפה בשיטת המשפט המקובל, שגישתו הבסיסית למנגנונים ליישוב סכסוכים מחוץ למערכת בתי-המשפט השתנתה מן הקצה אל הקצה. בעבר התייחס המשפט המקובל להכרעות בסכסוכים שהתקבלו בבוררות או על-ידי גופי הכרעה שמחוץ לתחום השיפוט הריבוני כאל הכרעות לא-תקפות<sup>1</sup> בשל דחיקת סמכות הריבון (*ouster jurisdiction*). העברת ההכרעה אל גורמים חוץ-שיפוטיים נתפסה כפגיעה של הפרט בריבון משום שהיא גורעת מסמכויות בתי-המשפט, שהינם זרוע מרכזית של הריבון. השינוי במדיניות המשפטית כלפי חי"ס תחילתו בהכרה משפטית<sup>2</sup> – בפסיקה ובחקיקה –

1 ראו: Douglas Yarn "Foreword: An Introduction to Ethics in a World of Mandatory Arbitration" 18 *Ga. St. U. L. Rev.* (2002) 903: "In the United States there was long-standing common law hostility. Courts would not enforce those agreements for some time"

2 שינוי המדיניות בתחומים אלה לא היה אחיד בכל מדינות המשפט המקובל. בארצות-הברית, לדוגמה, הוכרה תקפותם של חוזים המוסרים סכסוך להכרעת פורום זר לפני שלושים שנה – ראו: *Bremen EL AL v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972). בישראל, לעומת זה, קבעו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה כי ככלל לא יופנה הליך משפטי שהמדינה צד לו לבוררות בלא אישור היועץ המשפטי. מדיניות זו השתנתה רק לאחרונה – ראו, לדוגמה, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (הנחיה מס' 60.125), "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להם בדרך של גישור" (להלן: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה).

בהליכי הכרעה חוץ-שיפוטיים, כגון בוררות או טריבונל זר, כמתכונות לגיטימיות על-פי הדין הנוהג. בשלב מאוחר יותר נתפסו אפשרויות אלה אף כחלופות רצויות שיש לעודדן. במסגרת זו יועד לבתי-המשפט תפקיד-מפתח בעידוד הצדדים לפנות לחי"ס. ההכרה בחופש של הצדדים לבחור להם את מנגנון ההכרעה מחוץ למערכת השיפוטית יציר הריבון הייתה שלב ראשון וחשוב בהתפתחות שיטות החי"ס ובגיבוש המדיניות המשפטית לגביהן. תולדת השלב האמור התבטאה בעיקר במדיניות שלטונית-שיפוטית שאינה פוסלת הסכמות כאלה. ההכרה בחי"ס התפתחה כאמור בצורה הדרגתית: בכל שלב הוכר תחילה מתחם מוגדר, כגון בוררות, ובהמשך נעשתה הסדרה מקיפה או חלקית של התחום. ההסדרה באה לידי ביטוי בשני אופנים: (א) ביצירת מתכונות לאכיפת תוצאותיו של ההליך החוץ-שיפוטי שזכה בהכרה; (ב) בגיבוש כללי בקרה לגבי איכותו של ההליך החוץ-שיפוטי, המאפשרים ביטול או אי-אכיפה של תוצאותיו.

מלבד ההכרה בחופש הרצון של הצדדים הצטברו סיבות נוספות שהביאו לידי שינוי המדיניות כלפי הליכי החי"ס. ההתפתחות הניכרת בהיקף הפעילות החברתית-הכלכלית ובמורכבותה הולידה ביקוש מתגבר ליישוב סכסוכים, אך לא התלוותה אליה במקביל עלייה בהיצע של פתרונות הולמים של שירותי שפיטה מטעם המדינה, במיוחד לא באמצעות מערכת בתי-המשפט. כתוצאה מכך קצרה ידם של בתי-המשפט מלספק באופן נאות את הביקושים. העומס על מערכת בתי-המשפט גדל מאוד, ונוצר משבר במערכת השפיטה.<sup>3</sup> אחת הדרכים שהוצעו לפתרון המשבר, או לפחות להפחתת עוצמתו, הייתה להסיט חלק מתורים התיקים המתעצם מבתי-המשפט אל מנגנונים חלופיים של הכרעה ויישוב סכסוכים (off-load). התפיסה של קובעי המדיניות הייתה כי ככל שהצדדים יפנו מחלוקת רבות יותר לטיפולן של מערכות שמחוץ למערכת בתי-המשפט כן ירד העומס

ראוי לציין כי דווקא המשפט העברי ראה מלכתחילה את הליכי ההכרעה החוץ-שיפוטיים כראויים. כך, למשל, קובע הרמב"ם: "מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה בדין אתם רוצים או בפשרה; אם רצו בפשרה עושין ביניהן פשרה. וכל בית דין שעושין פשרה תמיד הרי זה משובח, ועליו נאמר 'משפט שלום שפטו בשעריכם' (זכריה ח, טז): אי זהו משפט שיש עמו שלום, הוי אומר זה ביצוע. וכן בדוד הוא אומר 'ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו' (שמואל ב ח, טז): איזהו משפט שיש עמו צדקה, הוי אומר זהו ביצוע והיא הפשרה." הרמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק כב, הלכה ד.

3 על המשבר במערכת בתי-המשפט הרגילים, האדוורסריים, ראו, לדוגמה: Richard A. Posner, *The Federal Courts: Challenge and Reform* (Cambridge, 1985) וכן את דו"חות הוועדות שבחנו פתרונות למשבר, כגון: דין-חשבון ועדת וולף באנגליה - Lord Woolf "Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales 14" (1996) available at <http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> (17.4.2005); הוועדה לבדיקת מבנה בתי-המשפט הרגילים בישראל (יושב-ראש - שופט בית-המשפט העליון תאודור אור, תשנ"ז-1997); דין-חשבון הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי-המשפט (יושב-ראש - נשיא בית-המשפט העליון משה לנדוי, תשמ"א-1980).

הרב המוטל על מערכות בתי-המשפט.<sup>4</sup> בכך יחליפו מנגנונים פרטיים את המדינה כספק שירותי הכרעה בסכסוכים, באופן חלקי לפחות, ותיפתר - או תצטמצם לפחות - בעיית העומס. תפיסה זו יושמה על-ידי המדינה באמצעות מדיניות של הסדרה של מתכונות חי"ס ועידוד חלופות חוץ-שיפוטיות אשר יגדילו את היצע המנגנונים ליישוב הסכסוכים, יקלו על בתי-המשפט ויפחיתו את העומס המוטל עליהם.<sup>5</sup> נוצרה זהות אינטרסים בין רשויות המדינה לבין הפרטים המעוניינים בחי"ס,<sup>6</sup> היוצרת סיכוי טוב להחדרה של הליכי חי"ס ולקבלה מרצון של הסדרה חקיקתית נאותה של התחום.

## 2. מגמות בחי"ס בישראל

בישראל התקבלה התפתחות החי"ס בורעות פתוחות, גם כגישה בעלת יתרונות כשלעצמה וגם - ואולי במיוחד - כדרך להתגבר על העומס והסחבת הרבים והבלתי-סבירים הכרוכים ביישוב סכסוכים במערכת בתי-המשפט. הסחבת ביישוב סכסוכים הינה מהרעות החולות הקשות ביותר של המערכת השיפוטית בישראל. העומס, ובעקבותיו הסחבת, היוו גורם מרכזי להצעות הרבות לרפורמה במערכת בתי-המשפט שהועלו בעשרות השנים האחרונות. הסחבת נתפסת, הן על-ידי השופטים והן על-ידי עורכי-הדין, כמכשול הרציני ביותר לתפקודם של בתי-המשפט בישראל.<sup>7</sup> מובן, לכן, כי בהפניית יישוב סכסוך לאפיקים אפקטיביים ויעילים מחוץ למערכת בתי-המשפט יש משום ברכה כפולה:

4 יוער כאן כי כלל לא ברור שהפניית מחלוקות לחי"ס תוביל בהכרח לירידה בעומס. תוצאת יישומה של מדיניות חי"ס על זרם התיקים לבתי-המשפט תלויה בראש ובראשונה במבנה של עקומת הביקוש לשירותי בתי-המשפט ובמחיר שירותיהם. מתדיין רציונלי רואה בגדר המחיר לא רק את עלותה הישירה של ההתדיינות (אגרות שכר-טרה וכולי), אלא גם עלויות עקיפות, כגון עלות הזמן בהליכים ממושכים. ירידה בעומס כתוצאה מהחי"ס עלולה על-כן "להתאזן" מיידית על-ידי ביקוש נוסף עקב הירידה בעלויות העקיפות של ההליך השיפוטי.

5 ראו, לדוגמה, ה"פ (י"ם) 271/97 ליפשיץ נ' ר.א.מ מהנדסים, פ"מ לב(2) 890: "מובן הדבר, כי מטרה חשובה של ההליכים האמורים הנה להשיג הקלה מוחשית על העומס הרובץ על בתי-המשפט ובתי-הדין, שסמכותם כופה; זאת כמובן בנוסף לתועלת הרבה הצומחת לצדדים לאור מתכונת הבירור ומהירות השלמת ההליך."

6 לנכונותם של הפרטים להיזקק לחי"ס יש כמובן גם סיבות נוספות - חלקן קשורות ליתרונות הגלומים בהליכי חי"ס לגבי סוגים מסוימים של מחלוקות, וחלקן נעוצות בבעיות נוספות הקיימות בהליכים המתקיימים בבתי-המשפט, כגון הוצאות התדיינות גבוהות.

7 ראו משה בר-ניב (בורנובסקי) ורן לחמן "יישומות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי המשפט בישראל" הפרקליט מ (תשנ"ב) 269 וההפניות שם.

הח"ס יכול לזרז את התהליך של יישוב הסכסוך, להזיל ולעיתים אף לשפר את התוצאה, ובמקביל גם להקל את העומס המוטל על בתי-המשפט.<sup>8</sup>

התהליכים שנועדו לקדם את השימוש בחי"ס בישראל התבטאו במישורים שונים, כגון: חקיקה; מדיניות שיפוטית מעודדת ותומכת;<sup>9</sup> הקצאת משאבים שלטוניים לחי"ס; שינוי במדיניות המדינה כצד לסכסוכים, המתבטא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה המעודדות את פרקליטות המדינה לפנות לחי"ס;<sup>10</sup> קידום התמיכה והשימוש של הציבור בחלופות הכרעה; תוכניות הכשרה למגשרים; קידום פרויקטים מעודדי גישור ברמות שונות בקהילה, כולל הקמת מרכז ארצי לגישור, ועוד.<sup>11</sup>

במקביל חלה תפנית בהתייחסותו של המגזר האזרחי-העסקי לחי"ס, שנבעה, בין היתר, מהעלויות הגבוהות הכרוכות בסחבת בבתי-המשפט ומהמחיר הגבוה הכרוך בהליכים הנלווים לניהול ההתדיינות. כך, החלה התארגנות פרטית וענפית שנועדה להגביר את השימוש בחי"ס ואת המודעות לפוטנציאל הטמון בחלופה זו. להתפתחויות אלה נלוותה גם הגדלת ההיצע של שירותי חי"ס, אם על בסיס עסקי, אם על-ידי יחידים המתמחים בכך, ואם על-ידי הקמת מוסדות המספקים שירותי חי"ס ופיתוח מגוון של שיטות חי"ס חדשות.

התהליכים האמורים הביאו לידי הגדלת ההיצע של שירותי החי"ס<sup>12</sup> והזולה פוטנציאלית בעלויותיהם. ההסדרה והמיסוד של הליכי החי"ס הופכים אותם לזמינים לציבור רחב יותר של מתדיינים, ויש בהם כדי לתרום גם להרחבת ההיצע של מתכונות חי"ס "פרטיות". משקיימת מסגרת חוקית גמישה יותר להליך, נוצר פוטנציאל רחב ליצירת הסדרים פרטיים ליישוב סכסוך.

החקיקה בעניין הגישור מאפשרת לצדדים גם לחזק את תוקף ההסדר המושג בדרך של גישור. ניתן להביא הסכמה שהושגה בגישור לאישורו של בית-משפט, וזה מוסמך ליתן לה תוקף של פסק-דין. לעניין זה, אין זה משנה אם הגישור הינו פרי הסכמה של הצדדים, שבחרו מלכתחילה במתכונת זו מבלי לפתוח בהליכים בבית-משפט, או שהוא בא לאחר פתיחת הליכים. המדינה מעמידה לרשות הצדדים לגישור את מנגנון ההכרה השלטוני (מתן תוקף של פסק-דין להסכמות שהושגו בגישור), ובכך מזוילה לצדדים את עלויות

8 שם.

9 ראו, לדוגמה: מחוזי – בר"ע (י"ם) 3257/97 קשת נ' אליעם, פ"מ לב(1) 143: "יש לעשות לעידוד פתרון סכסוכים משפטיים בתחום המשפט האזרחי בדרך פשרה, פישור ובוררות, ולהרבות בהסדרים כאלה כדי להביא לסיום סכסוכים משפטיים בדרך מהירה ויעילה." מדיניות זו מתבטאת הן בעידוד הצדדים להגיע לכלל פתרון חלופי לחלוקת והן בפתרונות הדין המהותי, כגון בגישה מקילה ומעודדת בנוגע לתניות להעברת מחלוקת לחי"ס בחוזים אחידים.

10 ראו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 2.

11 ראו את אתר המרכז הארצי לגישור: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor/> (5.4.2005).



האכיפה (ובכלל זה את העלויות הכרוכות בסיכון שהסכמה רגילה לא תקוים). משנקבע מבנה הסדרה כזה, ממילא הורחבה הדרך לפיתוח מתכונות חי"ס נוספות על-ידי המגזר הפרטי.

מיצוב הליכי החי"ס בחקיקה מבטא גם מטרה הסדרתית שכחה - הורדת עלויות העסקה הקשורות להסכמה למבנה של הליכי החי"ס. עצם הקביעה של מתכונת לניהול הליכי גישור ופישור חוסכת, לרוב המבקשים לפנות להליכים אלה, את עיקר העלויות הכרוכות ברכישת המידע באשר למתכונת של ניהול החי"ס. באופן דומה, מיסוד המבנה של גישור ופישור מביא לידי חיסכון ניכר בעלויות המשפטיות (עלויות של משא-ומתן וייעוץ משפטי) שהיו נדרשות אלמלא מיסוד זה.

הגדלת היצע של מתכונות החי"ס מתבטאת בראש ובראשונה בהגדרת הליכי חי"ס נוספים במסגרת חקיקה, דוגמת החקיקה בעניין הפישור או הגישור בישראל. כמו-כן מוספות ומוחדרות שיטות חי"ס חדשות, כגון ה-ENE.<sup>13</sup> בהגדלת היצע החלופות להכרעה שיפוטית טמונים שני יתרונות: האחד גלום בעצם הגדלת היצע בענפים שבהם הביקוש אינו קשיח; והאחר נעוץ בגיוון מתכונות החי"ס העומדות לרשות המתדיינים. הוספת מתכונות החי"ס וגיוון מאפשרים את התאמת החי"ס לאוכלוסיות מתדיינים נוספות על-פי מגוון העדפותיהן. כך, ביקושים פוטנציאליים שלא היה להם מענה בצד היצע מתגבשים בעקבות הגדלתו וגיוונו לכלל ביקושים ממשיים לשירותי חי"ס.

המדיניות המשפטית/השלטונית האמורה משפיעה אם כן גם על צד הביקוש. למעשה, יש בהכרה בהליכי החי"ס בחקיקה הן כדי ליתן להליכים אלה מעמד "מכובד" יותר בעיני המתדיינים הפוטנציאליים והן כדי למצבם כהליך "רגיל" ולגיטימי בגדר המבנה המשפטי של הליטיגציה על-פי חוק. כלומר, בעצם ההכרה בשיטות חי"ס והכללתן במסגרת החוק יש תרומה משמעותית לחיזוק אמון הציבור בשיטות החי"ס, וסביר כי כתוצאה מכך יעלה הביקוש להן. נוסף על כך, המדיניות השלטונית לקידום החי"ס מלווה בדרך-כלל גם

12 במקביל הייתה אמורה להיות להם גם השפעה חיובית על נכונותם של בעלי-הריב לפנות לחי"ס, דהיינו, על צד הביקוש לחי"ס.

13 לדוגמה, במדינת מינסוטה בארצות-הברית הוכרו בחקיקה ארבע משפחות של מתכונות חי"ס: "Minnesota Rule of General Practice 114 divides the ADR processes into four distinct categories: adjudicative processes (including arbitration, consensual special magistrate, moderated settlement conference, and summary jury trial); evaluative processes (including early neutral evaluation (ENE) and neutral fact-finding); facilitative processes (mediation); and hybrid processes (including mini-trials, mediation-arbitration (med-arb) and other processes as contracted by the parties). See Minn. Gen. R. Prac. 114.02 (a)." See: Adam Furlan Gislason, "NOTE: Demystifying ADR Neutral Regulation in Minnesota: The Need for Uniformity and Public Trust in the Twenty-First Century ADR System" 83 *Minn. L. Rev.* (1999) .1839, footnote 2

הליכים שתכליתם ליידע את הציבור באשר לחי"ס וליתרונותיו, וגם בכך יש כדי לעודד את הביקוש לחי"ס.

במקביל לפעולות השלטוניות ניתן להבחין, כאמור, גם בפעילות מצד המגזר הפרטי שתכליתה הרחבת ההיצע והביקוש לחי"ס. מוקמים מוסדות בוררות פרטיים, מוסדות גישור ועסקי גישור, נעשית פעילות הסברה נרחבת של ארגונים וענפים מקצועיים, שבמסגרתם הושגו הסכמות ענפיות להפנות סכסוכים לגישור.<sup>14</sup> גם המגזר האקדמי, באמצעות כלי ההוראה והכתיבה העומדים לרשותו, מגדיל את המודעות לחי"ס ואת הבנתו. למעשה, שלושת המגזרים הללו – השלטוני, העסקי והאקדמי – תורם, כל אחד בדרכו, להגדלת ההיצע והביקוש בתחום החי"ס.

### 3. הסדרת החי"ס במערכת בתי-המשפט בישראל<sup>15</sup>

משנות השמונים אנו מבחינים בישראל בהתפתחות ובהחדרה של שיטות חי"ס, כגון גישור ופישור. התפתחות זו התרחשה במידה רבה בהשפעת ההתפתחות של ADR בחוץ-לארץ, במיוחד בארצות-הברית,<sup>16</sup> ובמקביל לחקיקה שהסדירה מנגנוני חי"ס בארצות-הברית.<sup>17</sup>

14 ראו, לדוגמה, את אמנת הגישור בעסקים, נגיש ב-<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor/Subjects/Iski/Peilut.htm> (5.4.2005). האמנה, שנחתמה ביום 14.1.2003, מאגדת במסגרתה ארגונים עסקיים ואחרים מן המרכזיים והחשובים במשק, ובכלל זה: "התאחדות התעשיינים בישראל, איגוד לשכות המסחר, איגוד חברות הביטוח, לשכת ארגוני העצמאיים בישראל (לה"ב), התאחדות המלאכה והתעשייה בישראל, איגוד התעשייה הקיבוצית, איגוד תעשיות האלקטרוניקה והמידע, לשכת סוכני הביטוח בישראל, הרשות לעסקים קטנים ובינוניים בישראל, פורום מנהלות בתעשייה ואיגוד המהנדסים לבניה ותשתיות בישראל. בנוסף חתמו על האמנה לשכת עורכי הדין בישראל, המוסד הארצי לגישור של לשכת עו"ד ע"ש דוד רוטלוי, המועצה הישראלית לצרכנות, עמותת מגשרי ישראל, המרכז הישראלי לניהול (המי"ל), המוסד הישראלי לבוררות עיסקית ולגישור, המוסד לבוררות ולגישור של התנועה הקיבוצית ו'גשרים' – המרכז לגישור ולבוררות ליד איגוד המהנדסים לבניה ותשתיות בישראל".

15 עבודה זו בוחנת את החי"ס במערכת בתי-המשפט ללא בתי-הדין לעבודה ולמשפחה. לפיכך לא יתואר כאן מבנה ההסדרה בתחום דיני העבודה והמשפחה, וממצאי המחקר ומסקנותיו אינם נוגעים בהכרח בתחומים אלה.

16 ראו: Irving R. Kaufman "Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts" 59 *Fordham L. Rev.* (1990) 1; Posner, *supra* note 3, *ibid*.

17 כך, לדוגמה, החוק בארצות-הברית (1990) 581 U.S.C. § 5, Dispute Resolution Act. שתכליתו לקדם שימוש בשיטות חלופיות ליישוב סכסוכים על-ידי הרשויות השלטוניות. במקביל הוצא בשנת 1991 צו נשיאותי המנחה את היועצים המשפטיים של רשויות הממשל

בשנת תשנ"ב תוקן חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984,<sup>18</sup> על-ידי הוספת סעיפים 279 ו-279ג, המתווים מתכונת להפניית עניינים תלויים ועומדים לחלופות הבוררות והפישור. בעקבות זה הותקנו תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993,<sup>19</sup> המסדירות את דרכי ההפניה לפישור<sup>20</sup> ואת הכללים לניהולו. בהמשך שונו הכללים, ובמסגרת בתי המשפט הוחלף הפישור במוסד הגישור. החקיקה הסדירה כמה תחומים בחי"ס. ראשית, הוכרו שתי שיטות חי"ס שלא היו מוגדרות בדין קודם לכן – גישור ופישור. במסגרת זו נקבעו דרכים להכרה בהסכמות הנובעות מגישור כבפסקי-דין, וממילא לאכיפה של הסדרי הגישור והפישור, נקבעו כללי הכשירות לתפקיד המגשר, ונקבעו כללים ל"סדרי דין" בהליך.

אולם הרגולטור לא הסתפק בקביעת כללים ומבנה לחי"ס, אלא יצר גם מבנים משפטיים שנועדו לתמרץ את המתדיינים לפנות לחי"ס. בהקשר זה נקטה למעשה שיטת "המקל והגזר". מן הכיוון של יצירת תמריץ חיובי ("הגזר"), החקיקה קובעת כי אם יסכימו בעלי-הדין להפסיק את ההתדיינות בבית המשפט ויעבירו את העניין לגישור, בית המשפט יכול להורות כי תוחזר להם אגרת בתי המשפט.<sup>21</sup> מתכונת חקיקה זו הופכת הוצאה אבודה (sunk cost) לגדר הוצאה משתנה (variable cost). משמעות הדבר היא שהוצאה שלא נכללה עד כה בין משתני ההחלטה של המתדיינים נהפכת עתה, בעקבות החקיקה, למשתנה החלטה המשפיע על התנהגות הצדדים – והשלכתו חד-משמעית! המדינה הפכה את הגישור לזול יותר לצדדים, וכתוצאה מכך יוצרת אצלם הניעה (מוטיווציה) לפנות לגישור. הצדדים מתייחסים עתה אל עלות האגרות כאילו היו הוצאה משתנה בהחלטה לפנות לגישור, שכן את החזר האגרה הם יכולים לנכות מהוצאות הגישור. במקרים של תובענות בסכום גבוה ייתכן מאוד שסך החזר יעלה על הוצאות הגישור. לעומת זה, חיוב מתדיינים שלא הסכימו להפניה לחי"ס בהוצאות משפט גבוהות יותר, או "לחץ" שיפוטי על

להציע שימוש במתכונת הכרעה חלופית תחת התדיינות בבתי המשפט – Exec. Order - 12,778, 56 FR 55195.

18 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי המשפט).  
19 תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993, ק"ת 1042 (להלן: תקנות בתי המשפט (גישור)).

20 כך הוחקו הסדרי פישור בתחום בתי-הדין לעבודה ובית המשפט לענייני משפחה. החקיקה בתחומים אלה מרוכזת בדברי החקיקה הבאים: סעיף 26(4) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393; תקנה 8 לתקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), התשנ"ו-1995, ק"ת 8; צו בית המשפט לענייני משפחה (הקמת יחידות סיוע ודרכי עבודתן), התשנ"ו-1996, ק"ת 326; תקנות בית הדין לעבודה (אגרות), התשכ"ט-1969, ק"ת 2114; תקנות בית הדין לעבודה (פישור), התשנ"ג-1993, ק"ת 1045. בשנת תשס"ב הותקנו תקנות בתי המשפט (מחלקה לנייתוב תיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה), התשס"ב-2002, ק"ת 1198, העוסקות אף הן בחי"ס. בתחום דיני העבודה ובתי המשפט למשפחה, הושאר הפישור כמתכונת חי"ס מרכזית (לצד הבוררות).

21 תקנה 15 לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשמ"ח-1987, ק"ת 221.

מתדיינים לפנות לחי"ס, יוצרים תמריץ שלילי ("מקל") למתדיין שאינו מוכן לפנות לחי"ס.

בהינתן השינויים במדיניות והתפתחויות שחלו בשנים האחרונות, כמתואר לעיל, סביר להניח כי החי"ס יתפס עתה כמנגנון מועדף במידה רבה יותר מכפי שנתפס קודם לכן, בטרם חלו והתעצמו השינויים הנ"ל. לפיכך סביר לצפות כי הנטייה לפנות לחי"ס תגדל משמעותית ביחס לתקופה שקדמה להסדרה.

על פניהם, לרוב הגורמים שצוינו אמורה להיות השלכה חיובית וממריצה על הנטייה לחי"ס. הרחבת המידע החיובי על החי"ס חושפת אפשרות זו לציבור רחב יותר של מתדיינים, ובכך יש לה השפעה הדומה להשפעתם של פרסום ושיווק, אשר מעלים את הביקוש למוצר – במקרה זה לחי"ס. פיתוח שיטות חי"ס חדשות והוספת ספקים של שירותי חי"ס (מוסדות גישור, מגשרים רבים) מרחיבים את צד ההיצע, ובהינתן שהביקוש אינו גמיש לחלוטין, יש להניח כי תחול ירידה בעלויות החי"ס. די בכך לצפות להצטרפות מתדיינים נוספים לשירותי חי"ס. באופן דומה ניתן להראות השפעה חיובית לרוב השינויים האחרים בתחום החי"ס.

## פרק ב: מתכונת ההסדרה של החי"ס וחופש הרצון

כאמור, ממתכונת ההסדרה הישראלית נגזר גם מעין מנגנון "מקל וגזר". היבט חשוב בהקשר זה הוא מידת חופש הבחירה של הצדדים בהפניית הסכסוך לחי"ס. האם ההסדרה מוציאה את ההחלטה לפנות לגישור מתחום שיקולם הבלעדי של המתדיינים? תקנות בתי המשפט (גישור) מייעדות לבית המשפט תפקיד פעיל בהפניית הצדדים להליך גישור. למעשה, בית המשפט הוא שמציע לצדדים לפנות לגישור; יתרה מזו, סמכותו לזיום פנייה לגישור אינה מתוחמת אך לשלב הראשוני של הדיון, אלא "...הצעת בית משפט הדן, לבעלי הדין, להעביר ענין שלפניו, כולו או מקצתו, לגישור, יכול שתיעשה בכל שלב של הדיון".<sup>22</sup>

בתי המשפט הישראליים, על בסיס מבנה המשפט המקובל, פועלים במתכונת אדוורסרית. במסגרת זאת, היקף היוזמה והמעורבות הפעילה של בית המשפט בניהול האינטרסים של הצדדים במסגרת הליכי ההתדיינות אינו גדול. והנה, דווקא בתחום החי"ס הטיל המחוקק על בתי המשפט תפקיד פעיל. להלכה ולמעשה מוטל על בית המשפט תפקיד הזיום: להניע מהלך שיעביר את ההליך למסגרת חי"ס. בהינתן המדיניות המשפטית והתמיכה המובהקת של הנהלת מערכת בתי המשפט בהליכי חי"ס, יש בייזום הפניה

22 תקנה 3(א) לתקנות בתי המשפט (גישור), לעיל הערה 19.

לגישור משום יישום מדיניות כללית של מערכת בתי המשפט. כלומר, לא רק עניינם וטובתם של הצדדים להליך מניעים את מערכת בתי המשפט לזיום העברת הליכים לגישור, אלא גם אינטרסים מערכתיים ופרטיים. הפניית העניין לגישור משמעה לעיתים גם סגירת תיק, על היתרונות הפרטיים הנובעים מכך לשופט המצוי בעומס תיקים כבד ותחת בקרה לגבי קצב סיום התיקים המתנהלים באחריותו. בנסיבות כאלה אפשר להתייחס אל יוזמת בתי המשפט להעביר את הסכסוך לגישור כיוצרת רמה כלשהי של לחץ על הצדדים, אשר עלולים לחשוש כי סירוב להצעת בית המשפט לפנות לגישור יהיה להם לרועץ בהמשך ההתדיינות בבית המשפט. עוצמת הלחץ תשתנה כמובן ממקרה למקרה, אולם יוזמה כזו עלולה לשנות את מערך השיקולים של כל צד.

בהיבט זה של חופש הבחירה ניתן להבחין בין שלושה מצבים עיקריים של העברת עניין לחי"ס:

- א. רצון חופשי/בחירה חופשית - מצב שבו הצדדים עצמם, ללא מעורבות כלשהי של בית המשפט, מעוניינים בהליך חי"ס.
  - ב. בחירה מאולצת - מצב שבו שני הצדדים או אחד מהם לא היו פונים לחי"ס מרצונם החופשי, אך בשל המלצת בית המשפט לפנות לחי"ס, או בשל החשש מ"תגובת" בית המשפט על סירוב להצעתו זו, הצדדים נאותים לפנות לחי"ס.
  - ג. כפייה - מצב שבו בית המשפט יכול להורות לצדדים לפנות לחי"ס. מצב זה מתקיים, למשל, במבנה מוסדר של חובת הפניה לגישור.
- להלכה, וביתר שאת - למעשה, מקום שבית המשפט פונה לצדדים ומציע או ממליץ להם להפנות עניין לחי"ס, יש בפנייה כזו משום לחץ על הצדדים לקבלה.<sup>23</sup> הרי אילו נטו הצדדים מרצונם לפנות לחי"ס, היה מתייטר כמעט כליל הצורך ביוזמת בית המשפט. במקרה כזו הרי היו הצדדים יכולים להסכים לחי"ס עוד בשלב ראשוני, כגון בשלב של הכנת התיק על ידי המחלקה לנייתוב תיקים (להלן: המנ"ת).<sup>24</sup> אם לא הסכימו, אות הוא כי אין הם רוצים בכך.
- אפשר לכאורה לטעון כי תפקיד בית המשפט בהקשר זה הינו אינפורמטיבי גרידא - הבאת המידע על קיום חלופת הגישור לידיעת הצדדים. אולם הסבר זה אינו מקובל עלינו. עורכי הדין מודעים לקיום הגישור, ומכיוון שכך, סביר שגם לקוחותיהם מודעים לכך. גם באותם מקרים שבהם אין הדבר כן, הרי התפקיד של מתן המידע על קיום החי"ס מוטל על המנ"ת עוד בשלב ראשוני יותר של הטיפול בתיק. על המנ"ת לפנות אל הצדדים, בתיקים הראויים לחי"ס, ולהציע להם ליישב את המחלוקת שביניהם בהליכים חלופיים. המנ"ת

23 בתי המשפט אינם מציגים לצדדים את קיום האפשרות של חי"ס רק כעניין של מידע על קיום ההליכים הללו, אלא נוקטים עמדה. ראו, לדוגמה, רע"א 7294/00 פז נ' דנבאר (לא פורסם, ניתן ביום 23.05.2001): "בית המשפט המחוזי המליץ כי סוגיית היקף החבות של המבקשת כלפי המשיבה 1 תתברר בדרך של פישור."

24 תקנה 3(4) לתקנות בתי המשפט (מחלקה לנייתוב תיקים בבתי המשפט ובבתי הדין לעבודה), התשס"ב-2002, ק"ת 1198.

מטפלת בתיקים בשלב מקדמי ביותר, הרבה לפני שהם מגיעים לפני השופט, ומכאן שגם במקרים החריגים שבהם אין הצדדים או עורכי־דינם חשופים לאפשרות החי"ס, חוסר מידע זה בא על תיקונו באמצעות המנ"ת.

יוזמת בית־המשפט, כמנוף יוצר לחץ לפנייה לחי"ס, מעוררת בעייתיות נוספת בנסיבות שבהן צד אינו חפץ בחי"ס אך מעריך כי הצד האחר ייעתר להצעת בית־המשפט, ולו מטעמים טקטיים. הצד המתנגד מצוי עתה במצב שבו לסירוב להצעת בית־המשפט יש "תו מחיר", שעלול להתבטא ביחסו של בית־המשפט לעמדותיו בהמשך הדיון או בפסיקתו בנוגע להוצאות בתיק.<sup>25</sup> חשש כזה קיים גם אם על־פי לשון החוק אין בית־המשפט אמור לנהוג באופן כזה. מכאן שהסדרה המטילה על בית־המשפט תפקיד פעיל בייזום הליכי חי"ס מעמידה למעשה לפחות חלק מהמתדיינים במצב של "בחירה מאולצת". לכך עלולות להיות השלכות שליליות על השאת רווחתם של המתדיינים ואף על יעילותו של הליך החי"ס ועל האופן שבו הוא נתפס על־ידי המתדיינים. השלכות אלה עלולות להתעצם אם נביא בחשבון את ההתנהגות הטקטית של הצדדים זה כלפי זה וכלפי בית־המשפט בכל הקשור להסכמה או לאי־ההסכמה לפניית השופט להעביר את המחלוקת לחי"ס.

למעט המבנה הכופה של מערכת שיפוט שלטונית, בחירת הדרך ליישוב סכסוך הינה בראש ובראשונה בתחום חופש הרצון של הצדדים. לפיכך, לכאורה, אין כל צורך בהתערבות חקיקתית בחופש הבחירה של הצדדים, ולהתערבות כזו אף עלולות להיות השלכות שליליות על רווחתם של שני הצדדים או של אחד מהם. בעלי־הריב הרי יכולים להסכים בעצמם על דרכים ליישוב מחלוקת ככל שיחפצו, ובכך להשיא את רווחתם המשותפת (וממילא, בדרך־כלל, גם את הרווחה החברתית). לפיכך יש להבחין בין הסדרה שמקנה תוקף לרצון הצדדים באשר למתכונת החי"ס, ואשר מייצלת את ההליך החלופי, לבין הסדרה שמתערבת גם בבסיס ההסכמה. בהעדר כשל שוק, הסדרה מיטבית של נושא החי"ס היא זו המותירה את הבחירה בו לרצונם החופשי של הצדדים (כפוף להגבלות חוקיות ולטובת הציבור). בתחומים שאין בהם עיוות במבנה הענפי או התערבות הסדרתית המשבשת הקצאות שוק מיטביות, ההשלכות של התערבות בחופש הרצון עלולות להיות שליליות הן מבחינת רווחת הצדדים והן מבחינת הרווחה החברתית הכוללת. גם מקום שחל עיוות במבנה הענפי, אין התערבות חקיקתית בחופש הרצון מבטיחה שיפור ברווחה. כל מתכונת הסדרה המתערבת בחופש הרצון מחייבת בחינה לגופה, שכן השלכותיה עשויות להיות חיוביות או שליליות בהתאם לתוכן ההסדרה ולמבנה הענף.

25 תקנה 512 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220, מאפשרת לבית־המשפט לשקול, בעת קביעת גובה ההוצאות, את "הדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדיון". גם תקנה 514, הכוללת את היארכות הדיון כקנה־מידה לקביעת ההוצאות, עשויה לשמש בסיס לשינוי בסכום ההוצאות שייפסק כפונקציה של הנכונות לפנות לחי"ס ודרך ניהולו.

## פרק ג: הבחינה האמפירית של הנטייה לפנות לחי"ס וחשיבותה

כאמור לעיל, המדיניות השלטונית והתארגנות הפרטים ליישוב סכסוכים מצביעות לכאורה לכיוון של העמקת השימוש בחי"ס על-פני העשור של שנות התשעים. לפיכך השערת המחקר היא כי הנטייה לחי"ס בסוף העשור, לאחר הסדרתו ומיסודו, תהיה חזקה באופן משמעותי מהנטייה לחי"ס בראשית העשור.

בחינה אמפירית של השתנות הנטייה לחי"ס על-פני זמן כתוצאה מההסדרה אינה פשוטה. גורמים רבים ושונים עשויים להשפיע על הנטייה לאורך זמן, וקשה לבודד את השפעת ההסדרה מכל אלה. ברור כי אי-אפשר ליצור "תנאי מעבדה" שיבודדו את ההשפעות האפשריות השונות. ככלל, בכל הקשור להשפעות ולהשלכות בפועל, במיוחד בהקשר של תופעות חברתיות או התנהגות של פרטים, לא קל לבודד את השפעותיהם של כל המשתנים הרלוונטיים. כך הדבר לגבי ההשלכות בפועל של שינויים בהסדרה על התנהגותם של בעלי-הדין. מכלול רחב למדי של גורמים משפיעים על התנהגותם של הפרטים, והחקיקה היא אך מרכיב אחד ביניהם. למרות הבעייתיות האמורה, אנו מנסים בעבודה זו לאמץ מתכונת מחקרית שתאפשר לבחון את השפעת ההסדרה של תחום החי"ס על נטייתם של הצדדים לפנות להליכים חלופיים.

הבחינה מסתמכת על ממצאיהם של שני סקרים סטטיסטיים שנערכו בנושא במרווח של כעשר שנים זה מזה. הראשון נערך קודם להחלת ההסדרה בתחום החי"ס (בשנים 1988-1989), והשני נערך כעשר שנים לאחר-מכן (בשנת 1999), כאשר החקיקה שהחדירה למערכת המשפט את הגישור והפישור כבר הופעלה. מערך המחקר הבסיסי כאן הוא "דמוי-ניסוי", שבו נעשית השוואה על-פני זמן בין משתנה-מחקר שלגביו חלו בתקופה זו שינויים בהסדרה לבין משתנה-ביקורת שלגביו לא חלו שינויים בהסדרה. דהיינו, אנו מבחינים בין שינויים בנטייה לפנות לשיטת חי"ס של גישור/פישור, כמשתנה-מחקר, לבין השינויים בנטייה לפנות לבוררות כשיטת חי"ס, כמשתנה-ביקורת. בתחילת העשור שנבחנו כבר התקיימה הסדרה בתחום החי"ס של בוררות, והיא נותרה קבועה לכל אורכו. לעומת זה, בתחומי החי"ס של גישור/פישור לא הייתה כל הסדרה בעת עריכת המחקר הראשון, אך במהלך אותו עשור נוצרה והופעלה לגביהם הסדרה כזו, כך שבסופו, בעת עריכת הסקר השני, היא כבר התקיימה. מכאן שאפשר להשוות: (א) בין הנטייה עם פרוש העשור לפנות לחלופה החוץ-שיפוטית שלגביה חלו שינויים בהסדרה לבין אותה נטייה בסופו; (ב) בין הנטייה בראשית העשור לפנות לחלופה החוץ-שיפוטית שלגביה לא חלו שינויי הסדרה לבין אותה נטייה בסופו; (ג) בין השינויים שחלו בנטייה לחלופה האחת לבין השינויים המקבילים שחלו בנטייה לחברתה. מאחר שבאותו פרק-זמן עסקינן ובהיחשפות לאותם תנאים חיצוניים (חברתיים, משפטיים, כלכליים וכו'), אם ימצאו הבדלים, יהיה ניתן לייחסם לכניסתה של ההסדרה.

כאמור, ההנחה הבסיסית כאן היא כי אם היו משתנים נוספים מלבד ההסדרה שפעלו

על הנטייה לחי"ס במשך העשור, השפעתם הייתה דומה לגבי כל תחומי החי"ס, בין אם הייתה בהם הסדרה במשך התקופה ובין אם לאו. במתכונת מחקרית זו קשה אומנם לקבוע באופן נחרץ את משקלה המדויק של השפעת ההסדרה על הנטייה לחי"ס, אולם ניתן להסיק אם להסדרה הייתה השפעה על הנטייה לחי"ס. ברצוננו לשוב ולהדגיש כי עבודתנו אינה מתיימרת למדוד במדויק את עוצמת השפעתה של ההסדרה על הנטייה לפנות לחי"ס, אלא בעיקר להצביע על כיוונה. על-פי התוצאות שיתקבלו יהיה ניתן להשיב על השאלה אם מתכונת ההסדרה שבה קודמו נושאי החי"ס אכן תכליתית, ואם אכן הושגו המטרות שהציבו לעצמם קובעי המדיניות והגורמים המבקשים לקדם את החי"ס.

בדומה לתחומים רבים אחרים שבהם המחוקק הישראלי מתערב בהחלטות הפרטים, אף כאן לא נערך כמעט שום מחקר אמפירי בנושא, לא מראש ולא בדיעבד. המדיניות והחקיקה נקבעים לא-אחת על-סמך השערות שלא נבדקו, כאשר לרגולטור חסר מידע בסיסי לגבי התועלת שבהחלטותיו. במצב המשברי שמערכת בתי-המשפט מצויה בו היה ראוי כי בחינה אמפירית תהווה מרכיב חשוב שינחה את ההסדרה, במיוחד כאשר החי"ס נתפס כאחד הכלים החשובים שעשויים לסייע בפתרון המשבר.<sup>26</sup>

מחקר אמפירי דוגמת עבודה זו יכול לתרום לגיבוש מענה או כיוונים של מענה בנושאים חשובים שרלוונטיים לקביעת המדיניות בנושא ההליכים החלופיים וליישומה, כגון:

- א. העמקת השימוש בחי"ס והרחבת יישומו למערכות שיפוטיות נוספות שלגביהן טרם הוחלו ההסדרים החקיקתיים החדשים הנוגעים בחי"ס;
- ב. השלכות לגבי תכנון לטווח ארוך של מבנה מערכת בתי-המשפט, גיוס שופטים ותקצוב;
- ג. השלכות לגבי המדיניות השיפוטית ודרכי ההשפעה של שופטים על הצדדים בנוגע להפניית ההתדיינות לחי"ס;
- ד. קביעת מדיניות והתנהגות טקטית של המתדיינים. לדוגמה, גופים החשופים לליטיגציה רבה (כגון חברות מסחריות או חברות ביטוח) עשויים לאמץ מדיניות שונה ביחס לנכונותם לפנות לחי"ס בהתאם למידת הנטייה של הציבור להשתתף

26 "ועדת ההיגוי לעניין המדינה כצד לגישור" המליצה אומנם על עריכת מעקב אמפירי אחר יישום הגישור על-ידי המדינה, אולם לא ידוע לנו על כל פרסום המלמד על תוצאות של מחקר כזה. באתר של משרד המשפטים מצוין כי פותחו שאלונים לבדיקת הנושא, אך כאמור, לא ידוע על יישומם. האתר מצוין גם כי קיימת תוכנית לערוך מחקר-חלוץ (פיילוט) לצורך הערכת הגישור בבית-משפט השלום בחיפה וכן תוכנית להערכת כישורי המגשרים. ראו אתר המרכז הארצי לגישור: "פיילוט להערכת תכניות גישור בבימ"ש השלום בחיפה" נגיש ב- <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor/Subjects/> BateiMishpat/HaarachatTochniotGishurHaifa.htm (5.4.2005); "הערכת כישורי המגשרים" נגיש ב- <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor/Subjects/BateiMishpat/HaarachatKishureiMegashrim.htm> (5.4.2005).



בתהליכים אלה. באופן דומה, צדדים להתדיינות פוטנציאלית (צדדים לחוזה) ינקטו מדיניות שונה ביחס לכלילה מראש של תניות המפנות לחי"ס בחוזה.

הסוגיות האמורות אינן תיאורטיות גרידא או בגדר בחינה ex-post בלבד, אף שגם לבחינה בדיעבד (אמפירית או משפטית) של מאפיינים ומגמות במערכת בתי-המשפט יש חשיבות רבה. חקירה אמפירית של סוגיות אלה טומנת בחובה תועלות כגון בחינה מחדש של ההסדרה, תיקונה והתאמתה, ויש בכך כדי לסייע בקביעת מדיניות עתידית. מן הכלל אל הפרט, בתחום החי"ס יש לבחינה האמפירית חשיבות רבה גם בנוגע לנושאים חשובים המצויים בשעה זו בתהליך של בחינה או יישום. כך, צוות בראשות שופטת בית-המשפט המחוזי, מיכל רובינשטיין, בוחן בימים אלה אם יש להמליץ על הנהגת גישור-חובה בבתי-המשפט, ואת הדרכים להגברת השימוש בגישור בבתי-משפט.<sup>27</sup> נראה כי תשתית אמפירית נאותה הינה בגדר הכרח בגיבוש המדיניות.

ראוי להעיר בשלב זה הערות אחדות לגבי המתודולוגיה שננקטה כאן. ראשית, לגבי מערך המחקר – מדידת השינויים (אם חלו) על-פני עשור השנים אינה מתבססת על "מחקר-מעקב" המודד אותם אנשים עצמם על-פני זמן, אלא על שתי מדידות זהות של שני מדגמים דומים מאותה אוכלוסייה בשתי נקודות-זמן. עם זאת, מאחר שנמצא כי המדגמים מייצגים את האוכלוסייה הנחקרת ודומים בהרכבם ובאופיים, אפשר לייחס את ההבדל בממצאים ביניהם (אם יש כזה) לשינויים אמיתיים שחלו באוכלוסייה, ולא להבדלים בין המדגמים שנחקרו. עם זאת, במערך מחקרי "דמוי-ניסוי", דוגמת זה שלפנינו, קשה כאמור לקבוע באופן נחרץ מה גרם להבדלים על-פני זמן בנטייה לפנות לחי"ס ומה עוצמת ההשפעה, שכן אין אפשרות לפקח על כל ההשפעות השונות האפשריות שהתחוללו במשך העשור ו/או לבודד אותן לחלוטין.

במחקר זה נעשה ניסיון להתגבר על המגבלה ו"לבודד" במידת האפשר את ההשפעות הזרות האפשריות הללו על-ידי השוואה ל"משתנה-ביקורת". הדבר נעשה על-ידי השוואה של תהליכי חי"ס שהתרחשו במקביל ואשר היו חשופים לאותן השפעות חיצוניות עצמן, להוציא את הפעלתה והגברתה של ההסדרה, שהשפיעו על אחד מהם בלבד. כלומר, המתודולוגיה כאן היא של השוואת חלק מתחומי החי"ס שלגביהם השתנתה ההסדרה לתחומי חי"ס אחרים שבהם לא השתנתה ההסדרה, כאשר כל התחומים חשופים לאותם משתנים ותנאים חיצוניים. אם נמצא כי חלו שינויים על-פני העשור בנכונות לאמץ חי"ס בתחומים שבהם השתנתה ההסדרה אך לא חלו שינויים באותו פרק-זמן בנכונות לאמץ חי"ס בתחומים שבהם נותרה ההסדרה כמות שהיא, אזי נוכל לשער כי ההבדל ניתן לשיוך לשינוי בהסדרה, שכן כל ההשפעות האחרות במשך העשור פעלו על כל התחומים באופן דומה. באופן ספציפי יותר, ברור כי אילו מקור ההשפעה על הנטייה לפנות לחי"ס היה אך ורק אותם משתנים ותנאים חיצוניים, ולא השינויים בהסדרה, היה אפשר לצפות כי תחומי החי"ס השונים (בוררות, מחד גיסא, וגישור/פישור, מאידך גיסא) יושפעו באותה מידה,

27 ראו: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor/News/Gishur+Hova.htm> (5.4.2005).

ולא ייצאו הבדלים משמעותיים בנטייה לאמצם. מכאן שאת ההבדלים (אם קיימים) אפשר לייחס ל"תוספת" ההשפעה הנובעת מהוספת (החלת) הסדרה במקום שבו לא הייתה. ההערה המתודולוגית השנייה עוסקת במיקוד המחקר בנטייה לפנות לחי"ס בקרב ציבור התובעים והנתבעים, שיש להם נגיעה ישירה בדבר, ולא בנטייה בקרב כלל הציבור בישראל. שני המחקרים שאנו מתבססים עליהם כאן נעשו על-ידי פנייה לעורכי-דין בבקשה להעריך את נטייתם של בעלי-דין לפנות לחי"ס. יש להדגיש כי הכוונה הייתה להתמקד בציבור ספציפי של בעלי סכסוך שפונים לעורכי-דין ואשר יש להם נגיעה ישירה בעניין החי"ס. חשוב להבדיל בין חקר אוכלוסייה זו לבין עריכת סקר בקרב הציבור הרחב בישראל. לגבי הציבור הרחב, שאלת החי"ס הינה שאלה היפותטית בעיקרה, שכן חלק ניכר של הציבור לא נחשף בפועל לבעיה ולא ניצב מעולם במצב שבו היה חייב להחליט לגבי הדרך הרצויה לו ליישוב סכסוך קיים – פנייה לערכאות או חי"ס. יתרה מזו, סביר להניח כי לרובו הגדול של הציבור הרחב אין עמדה ברורה לגבי העדפותיו בעניין זה, מאחר שרובו אינו מכיר כלל את הדרכים השונות ליישוב סכסוך ואינו מבין את ההבדלים ביניהן. לעומת זה, תובעים ונתבעים בסכסוך, שיש להם נגיעה ישירה בדבר, צריכים לשקול את העדפותיהם בנוגע ליישוב הסכסוך באופן קונקרטי, ולכן יש משמעות להעדפותיהם ולנטייתם.

מאחר שבאמצעים סבירים אין דרך סטטיסטית ישימה ומעשית לדגום אוכלוסייה ייחודית זו, פנה המחקר אל עורכי-דין בבקשה שיעריכו את הנטייה להשתמש בחי"ס בקרב בעלי-הדין. הפנייה לעורכי-הדין נעשתה מאחר שהם הרי המייצעים לצדדים באשר לצעדים שכדאי לנקוט, והם המייצגים אותם כאשר הסכסוך מגיע לאפיקים משפטיים. לפיכך יש לעורכי-הדין מידע מלא (או כמעט מלא) ומייצג לגבי עמדותיהם והעדפותיהם של המתדיינים.

שני הסקרים שמאמר זה מתבסס עליהם נערכו באותה שיטת מחקר, ועל מדגמים מאותה אוכלוסייה, בהפרש של עשור. הסקרים פנו למדגמים סטטיסטיים מייצגים של עורכי-דין. המדגם במחקר הראשון (1989) כלל תשובות של 328 עורכי-דין, והמדגם השני (1999) כלל תשובות של 340 עורכי-דין. בסקר השני, שנערך בסוף העשור, אומצו במידת האפשר אותן שיטות שבהן נעשה שימוש בסקר הראשון לגבי החי"ס בתחילת העשור.<sup>28</sup> גישה זו ננקטה על-מנת לאפשר השוואה, תואמת ככל האפשר, של הממצאים. בשני הסקרים נבחר מדגם סטטיסטי של עורכי-דין המייצג את אוכלוסיית עורכי-הדין בישראל. כבסיס לדגימה בשני הסקרים שימש פנקס עורכי-הדין: בראשון שימש הפנקס משנת תשמ"ז (1986–1987), שהכיל כ-9,000 שמות; ובשני שימש הפנקס משנת תשנ"ח (1997–1998), שהכיל כ-20,000 שמות. בכל אחד מהמחקרים נדגמו, מתוך

28 לפירוט השיטה במחקר הראשון ראו משה בר-ניב (בורנובסקי) ורן לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי המשפט בישראל" הפרקליט מ (תשנ"ב) 269. לפירוט שיטת המחקר בסקר השני ראו משה בר-ניב ורן לחמן "הרפורמה בבתי המשפט בפרספקטיבה של זמן" הפרקליט מ (תשס"ב), 44.

רשימת עורכי־הדין המתאימה, 1,500 שמות באופן סטטיסטי אקראי. על־מנת להבטיח ייצוג הולם של עורכי־דין מהמחוזות השיפוטיים השונים בישראל, נערכה בכל אחד משני הסקרים דגימת שכבות פרופורציונית לגודל. בהתאם לשיטת דגימה זו, מתוך רשימת עורכי־הדין בכל מחוז (כפי שמופיעה בפנקס עורכי־הדין) נדגמו עורכי־דין במספר יחסי למספרם במחוז. כך הובטח כי לכל עורך־דין המופיע בפנקס תהיה הסתברות שווה להופיע במדגם. אכן, בשני הסקרים לא נמצאו הבדלים משמעותיים (סטטיסטי) בין שיעורי המשיבים בפועל<sup>29</sup> על השאלון מכל מחוז לבין שיעור עורכי־הדין במחוז מתוך כלל עורכי־הדין.<sup>30</sup> כלומר, מדגם המשיבים הסופי כולל עורכי־דין מכל מחוז בהתאמה לשיעורם הכולל באוכלוסיית עורכי־הדין. מבחינה זו אפשר לראות במשיבים מדגם מייצג של אוכלוסיית עורכי־הדין בישראל, ואפשר לראות את התוצאות המתקבלות על בסיס מדגם זה כמייצגות את עמדותיהם של כלל עורכי־הדין בארץ.

הסקרים נערכו באמצעות שאלונים למילוי עצמי שנשלחו בדואר לעורכי־הדין שעלו במדגם. בשאלונים התבקשו עורכי־הדין להעריך את העמדות של לקוחותיהם כלפי פנייה לחי"ס ופנייה לבית־משפט לשם יישוב סכסוכיהם. השאלות בנושאי החי"ס היו זהות בשני הסקרים, על־מנת לאפשר השוואה של הממצאים. מכיוון ששני המדגמים היו מדגמים מייצגים של אוכלוסיית עורכי־הדין באותה עת, ומכיוון שהשאלות שנשאלו היו דומות, ניתן להשוות את התוצאות ולבחון את השינויים שחלו באוכלוסייה על־פני עשור זה.

## פרק ד: הנטייה לפנות לחי"ס בדיעבד

ראשית, נבחנה עמדתם של בעלי־הדין ונטייתם לפנות לחי"ס כאשר כבר התגלע הסכסוך והגיע לשלב שבו נפתחו הליכים משפטיים. בשלב זה נבחנה השאלה: מה הצדדים נוטים לעשות משנפתחו תהליכים? עורכי־הדין התבקשו להעריך את מידת נטייתם הן של התובעים והן של הנתבעים לפנות לחלופות חוץ־משפטיות. הממצאים יוצגו משני היבטים אלה.

השאלה הראשונה היא אם כן: האם יש לצדדים עניין בהעברת הסכסוך לחלופות ליישוב סכסוכים או שהם מעדיפים לפנות לבתי־המשפט? להבנת עמדותיהם של הצדדים

29 שיעור ההיענות בשני הסקרים היה דומה - כ-22%. שיעור זה שכיח בסקרי דואר מסוג זה.

30 לדוגמה, בסקר האחרון 61% מעורכי־הדין שהופיעו במדגם היו ממחוז תל־אביב, 18% מחיפה, 18% מירושלים ו-3% מבאר־שבע. שיעוריהם של עורכי־דין הרשומים בפנקס בשלושת המחוזות, מתוך אוכלוסיית עורכי־הדין בארץ, היו 66%, 16%, 15% ו-3%, בהתאמה. הממצא בסקר הראשון היה דומה.

בשלב זה יש חשיבות רבה ביותר. החקיקה הישראלית מתמקדת בעיקר בהחדרת החי"ס משנתפחו כבר הליכים משפטיים. עם זאת, החקיקה מאפשרת גם לאכוף הסכם תולדת גישור שנערך ביוזמת הצדדים שבאותו סכסוך. לפיכך להבנת נטייתם של הצדדים לחי"ס לאחר שנפתחו הליכים משפטיים יש חשיבות מכרעת בכל הנוגע להצלחתה של מדיניות חקיקה והסדרה בנושא. ככל שנטיית הצדדים לחי"ס בשלב זה של הסכסוך חזקה יותר כן הסיכוי להצלחת ההסדרה גבוה יותר, ולהפך. עצם אופייה של ההסדרה, קשור אף הוא לנטיית הצדדים לפנות לחי"ס. לדוגמה, אם קיימת נטייה חזקה לחי"ס, אין טעם בחקיקה בעלת אופי כופה כלשהו. לעומת זה, אם קיימת נטייה חלשה לחי"ס, והרגולטור מבקש להגביר את השימוש בחי"ס מטעמים של טובת הציבור, כגון הפחתת הסכמת, יהיה אופייה של ההסדרה שונה בתכלית.

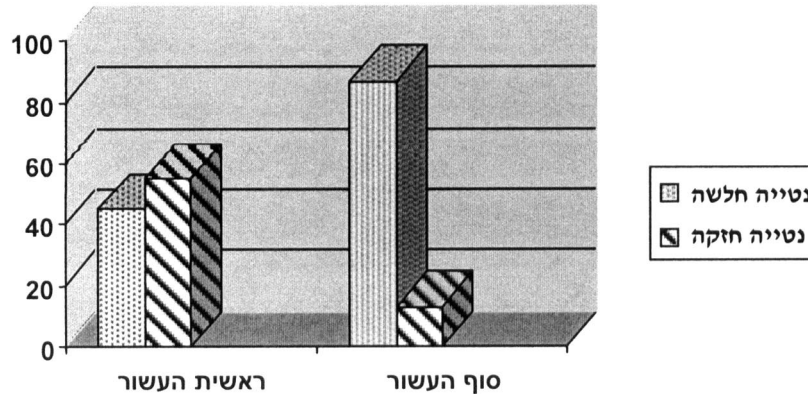
ממצאי המחקר הראשון, שנערך בשנים 1988-1989, מראים כי הנטייה לפנות לחי"ס (לבוררות ולדרכי פשרה) בקרב צדדים לסכסוך הייתה בזמנו גבוהה למדי: כמחצית (55%) מעורכי-הדין ציינו כי הפנייה לחי"ס נשקלה במידה ניכרת, וקצת פחות ממחצית (45%) אמרו כי הנטייה לפנות לחי"ס נמוכה או אינה קיימת כלל. אף-על-פי-כן נמצא כי הפנייה לערכאות לצורך יישוב הסכסוך, ולא לחי"ס, הייתה מועדפת ושכיחה יותר. יתרה מזו, מסתבר כי גם כאשר הביעו בעלי-הדין רגיעה מפני פנייה לבית-המשפט, בשל הסכמת הרבה הכרוכה בפנייה כזו ובשל אי-שביעות-רצון ניכרת מתפקודו ומהתהליכים המתרחשים בו,<sup>31</sup> לא גברה פנייתם לחי"ס.

השוואת הממצאים בסקר הראשון לממצאים בסקר השני מלמדת כי בסוף העשור התהפכה הנטייה: הנתונים מתחילת העשור של שנות התשעים מראים, כאמור, כי קצת יותר ממחצית עורכי-הדין (55%) טענו בשעתו כי בעת הגשת תביעה נגד צד אחר, התובעים שוקלים - במידה ניכרת או אפילו במידה רבה - פנייה לחי"ס; השאר (45%) העריכו כי הנטייה בקרב התובעים לעשות כן חלשה או אינה קיימת כלל. כלומר, בקרב חלק משמעותי של בעלי-הדין הייתה בראשית העשור נטייה לפנות לחי"ס. בסוף העשור התמונה המתקבלת שונה: הממצאים מראים כי רק מיעוט קטן מאוד מעורכי-הדין (13%) טוענים כי כאשר תובעים שוקלים הגשת תביעה, הם נוטים במידה רבה (או לפחות במידה ניכרת) לפנות למנגנון חוץ-שיפוטי. רובם המכריע ציינו כי התובעים נוטים לשקול את הדבר רק במידה חלקית, מעטה או כלל לא (ראו תרשים 1).

במילים אחרות, במשך העשור לא רק שלא התחזקה הנטייה לפנות לחי"ס, אלא חלה ירידה משמעותית ביותר בנכונותם של הצדדים לפנות לחי"ס: אם לפני עשור כמחצית עורכי-הדין העריכו כי הצדדים שוקלים בצורה משמעותית לפנות לחי"ס, כיום מעריכים כך רק כשישית מעורכי-הדין.

31 ראו בר-ניב ולחמן, לעיל הערה 7, שם.

תרשים 1: הנטייה לפנות לחי"ס בראשית העשור ובסוף



### 1. הנטייה לפנות לבית המשפט

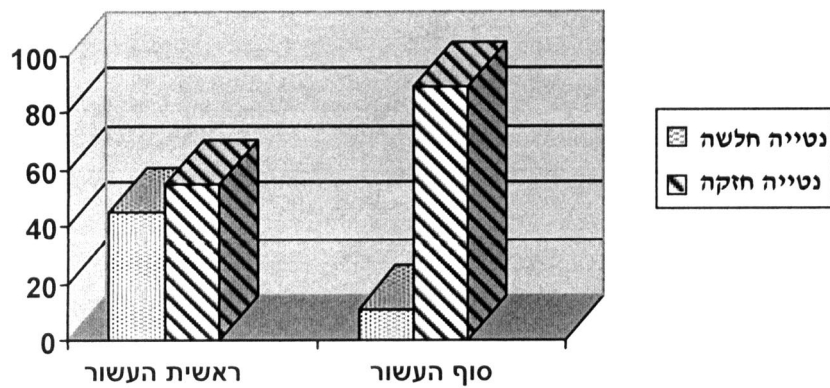
בהינתן התוצאות האלה, המשקפות נטייה חלשה לפנות לחי"ס, נשאלת השאלה כיצד בעלי-סכסוך מיישבים את מחלוקותיהם. האם נטייתם העיקרית היא להסדיר את המחלוקת בבית-המשפט או שמא גם חלופה זו אינה בגדר נטייתם? שאלה זו הוצגה הן במחקר הראשון והן בשני. בסקר הראשון דיווחו מחצית (55%) עורכי-הדין כי התובעים נוטים בצורה ניכרת לפנות לערכאות לצורך יישוב תביעתם, וכמחצית (45%) אמרו שהנטייה לכך חלשה או אינה קיימת כמעט. שיעורים אלה תואמים את השיעורים שהתקבלו לגבי החי"ס; כלומר, יש התאמה בין שיעור עורכי-הדין שדיווחו כי הצדדים נוטים לחי"ס לבין שיעור עורכי-הדין שדיווחו כי הצדדים אינם נוטים לפנות לבית-המשפט. ככל שהצדדים נוטים יותר להסתמך על בית-המשפט כמנגנון הראוי ליישוב סכסוכים כן תפחת נכונותם לפנות למתכונות אחרות, ולהפך.

מה המצב כעשר שנים מאוחר יותר? ובכן, מסתבר כי המצב "החמיר" מאוד מבחינת הנטייה לפנות לערכאות. בעוד שבתחילת העשור (להערכת עורכי-הדין) גילו כמחצית התובעים הפוטנציאליים נטייה ניכרת או חזקה לפנות לבית-המשפט, בסוף העשור רוב מכריע נוטה לעשות כך: 89% מעורכי-הדין ציינו כי נטייתם של התובעים הפוטנציאליים לפנות לערכאות הינה חזקה או לפחות ניכרת, ורק מעטים מאוד (11%) אמרו כי הנטייה ליישב סכסוכים בבית-המשפט הינה חלשה או אינה קיימת כלל (ראו תרשים 2).

משמעותו של ממצא זה היא בראש ובראשונה שהנטייה לפנות לבית-המשפט לשם יישוב סכסוכים עלתה באופן ניכר ביותר, על-אף כל הבעיות הכרוכות בכך, ולמעשה כמעט הכפילה את עצמה: מ-55% לכ-90% ממצא זה גם תומך בעקיפין במסקנה שעלתה לעיל כי חלה ירידה חדה בנטייה לפנות לחי"ס על-פני העשור האחרון.

יש לציין כי השינויים המהותיים בנטייה לחי"ס על-פני העשור עשויים להיות מושפעים מגורמים שונים, ביניהם גורמים חיצוניים למחקר, כגון שינויים חברתיים, תרבותיים ואחרים, וגורמים הקשורים לשיטת המחקר. לכן בשלב זה יש לבחון אם שינויים סביבתיים או שינויים הקשורים למחקר השפיעו על התוצאות. כפי שכבר הסברנו, שני הסקרים מבוססים על אותה שיטת דגימה, ונמצאו דומים בהרכבם. לפיכך השינויים בנטייה לחי"ס אינם יכולים לנבוע ממבנה הסקרים. עתה יש לבחון אם השינויים המבניים בענף עורכי-הדין השפיעו על התפלגות התשובות בסקר הנוכחי לעומת הסקר הקודם. בתקופה שבין הסקרים עבר מקצוע עריכת-הדין שינויים מבניים המתבטאים הן במבנה הענפי והן בגודלה ובהרכבה של אוכלוסייתו. ניכרת בענף תופעה של מיזוגים ויצירת משרדים גדולים יותר; הרכבה של אוכלוסיית עורכי-הדין השתנה עם כניסת מספר רב של עורכי-דין נוספים לענף, כך שתמהיל הוותק של עורכי-הדין השתנה. לפיכך נדרשה בדיקה של ממצא זה על-מנת לבחון אם השינויים הללו בהערכת הנטייה לחי"ס תלויים בגורמים אלה, דהיינו, במאפיינים השונים של אוכלוסיית עורכי-הדין. לשם כך ערכנו סדרה של מבחנים סטטיסטיים,<sup>32</sup> ותוצאתם מלמדת כי בשני הסקרים לא היו הבדלים מובהקים סטטיסטית בהערכת הנטייה לחי"ס כפונקציה של הגורמים הללו. מתברר כי גם מאפיינים אחרים של אוכלוסיית עורכי-הדין אינם משפיעים על התוצאות שהתקבלו. כך, הערכתם של עורכי-הדין לגבי נטייתם של צדדים לפנות לבית-המשפט לא נמצאה קשורה לוותק שלהם כעורכי-דין, לתחום ההתמחות שלהם, לגודל המשרד שבו הם עובדים ולתדירות הופעתם בבית-המשפט. בסקר הראשון נמצאו הבדלים בין עורכי-דין בהערכת הנטייה לפי המחוז השיפוטי (במרכז נמצאה נטייה גבוהה יותר לחי"ס מאשר בפריפריה),

תרשים 2: הנטייה לפנות לערכאות בראשית העשור ובסופו



32 בהתאמה לצורת המדידה של המשתנים נערכו מתאמי פירסון ו/או מבחני מובהקות ( $\chi^2$ ) וטיב התאמה.

אך בסקר השני לא נמצא הבדל כזה. ממצאים אלה מבליטים את אחדות ההערכה ומוצקותה בקרב אוכלוסיית עורכי-הדין. ממצא שבולט במיוחד בסקר השני הוא שבכל ההקבצות השונות שנבדקו נמצא כי שיעור נמוך מאוד – בין שמינית לעשירית מעורכי-הדין – העריכו שהצדדים מעדיפים פנייה לחי"ס, ולא לבית-המשפט. משמעות הדבר היא שבקרב צדדים לסכסוך קיימת נטייה חלשה מאוד לחי"ס:

## 2. הנטייה לפנות לבוררות

השאלה הבאה שביקשנו לבחון היא אם היחלשות הנטייה לחי"ס משקפת מגמה כללית ביחס לחי"ס או שיש הבדל בין מתכונות החי"ס השונות מבחינת השינוי בנטייה. ההשוואה בין השינויים שחלו בנטיית לפנות לחלופות השונות תאפשר לבחון אם קיימות השפעות חברתיות חיצוניות, וכן תיתן בידינו כלים טובים יותר להתוויית מדיניות ראויה ביחס לכל אחת ממתכונות החי"ס.

ראשית, נבחנה על-פני זמן הנטייה לפנות לחלופת הבוררות. מתכונת הבוררות הוסדרה זה כבר בחקיקה, והיא מוכרת וידועה למתדיינים ולעורכי-דינם תקופה ארוכה. כלומר, להבדיל מחלופת הגישור למשל, לגבי מנגנון הבוררות לא חלו במשך העשור שינויים בחקיקה ובהסדרה. הניתוח כאן מבדיל בין נטיית התובע לפנות לבוררות לצורך יישוב הסכסוך, משננקטו כבר הליכים משפטיים, לבין נטיית הנתבע לעשות כן. התוצאות מלמדות כי לא חל שינוי בנטייה לפנות לבוררות במשך העשור!

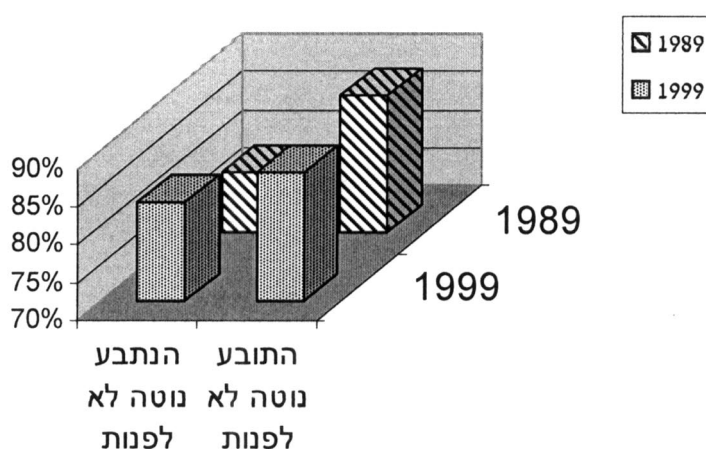
שנית, לגבי התובעים, אפשר לראות כי הנטייה לפנות לבוררות הייתה חלשה מאוד בתחילת העשור, ולא השתנתה כלל בסקר הנוכחי – רוב מכריע (כ-90%) של עורכי-הדין אמרו שהתובעים אינם נוטים לפנות לבוררות (ראו תרשים 3).

גם בהקשר זה ערכנו בדיקות סטטיסטיות על-מנת לבדוק את האפשרות שהשינויים במבנה הענפי של מקצוע עריכת-הדין השפיעו על התשובות. לבדיקה זו יש גם חשיבות כשלעצמה, שכן אם ימצא כי מאפייניהם של עורכי-הדין משפיעים באופן מהותי (וברמת מובהקות סטטיסטית), אזי יהיה ניתן להתאים את מדיניות החי"ס למאפיינים הרלוונטיים. ברם, בבדיקות לא נמצאו הבדלים בהערכות שלעיל (נטייה חלשה לפנות לבוררות) בין עורכי-דין צעירים לוותיקים במקצוע, בין אלה המופיעים בבית-המשפט לעיתים קרובות לבין אלה המופיעים בו לעיתים רחוקות, בין תחומי ההתמחות של עורכי-הדין, בין עצמאים לבין שכירים, או בין עורכי-דין העובדים במשרד גדול, במשרד בינוני או במשרד קטן. כמו-כן לא נמצא הבדל בהערכת הנטייה לבוררות בין עורכי-דין המעריכים כי בעלי-דין נרתעים מלפנות לבית-המשפט לבין אלה המעריכים כי הם אינם נרתעים.<sup>33</sup> שוב

33 ההבדל היחיד המובהק סטטיסטית ( $p < 0.05$ ) במבחן ( $\chi^2$ ) נמצא בסקר השני, בין עורכי-דין ממחוז תל-אביב לבין עורכי-דין משאר המחוזות (ירושלים, חיפה, באר-שבע): הנטייה לפנות לבוררות הייתה חזקה במעט בתל-אביב (17% דיווחו על נטייה לפנות) מאשר בשאר

מצטיירת תמונה אחידה למדי של נטייה חלשה מאוד לחי"ס – במקרה הנוכחי לחי"ס מסוג בוררות. ניתן לומר כי ככלל, וללא תלות במאפייני המשיבים, רובם המכריע מעריכים כי הנטייה של הצדדים לפנות לבוררות לאחר שהסכסוך כבר התגלע הינה חלשה במידה קיצונית.

תרשים 3: נטיית התובעים והנתבעים לא לפנות לבוררות בראשית העשור ובסופו



מהממצאים נראה כי מרגע שגמלה ההחלטה לפנות להליכים משפטיים, ובוודאי מרגע שהוגשה התביעה, אין התובעים נוטים לפנות לבוררות. ניתן להסביר את שיעורם הגבוה של תובעים שאינם מעוניינים בהליכי בוררות בכך שהם כבר החליטו להפנות את הסכסוך לבית המשפט. החלטה זו משקפת מן הסתם את הערכתם כי זו הדרך המיטבית העומדת בשלב זה לפנייהם. התובע הוא בעל הכוח המשפטי לכפות הליך בבית המשפט. לפחות בחלק מהמקרים, סביר להניח כי התובע בחר במתכונת של תביעה משפטית משום שזו מקנה לו יתרונות טקטיים. במקרים כאלה קשה לצפות שהתובע יוותר על היתרונות הללו ויפנה את ההליך לבוררות (או למתכונת חי"ס אחרת).

באשר לנתבעים, ההליך בבית המשפט אינו בגדר החלטה הנתונה בידיהם, אלא הליך שנכפה עליידי התובע. בנסיבות אלה הליך התובענה מעניק לכאורה עדיפות לתובע, ואין

המחוזות (6%-9% בלבד). אולם יש לזכור כי גם נטייה "חזקה יותר" זו משמעה עדיין כי 83% מעורכי-הדין דיווחו כי הצדדים "לא נוטים" או "בהחלט לא נוטים" לפנות לבוררות. הסברים אפשריים לכך הם העומס הרב בבתי-המשפט בתל-אביב ואולי אף ריכוז ליטיגציה מסחרית באיזור זה. אולם אף שהבדלים מובהקים, עוצמת ההבדל קטנה ביותר, כך שאין לייחס לממצא זה משמעות רבה.



אינדיקציה כי לנתבע צומח יתרון מהליך התביעה. לפיכך יש לבחון את עמדת הנתבעים ביחס להפניית הליך לחי"ס משנכפתה עליהם תביעה. מעניין לראות כי הממצאים חוזרים על עצמם גם כאשר מדובר בנתבעים - נטיית הנתבעים לפנות לבוררות הייתה חלשה למדי בתחילת העשור ונותרה כך גם בסופו: כ-22% ו-17%, בהתאמה, נוטים לבוררות (ראו תרשים 3). אז כעתה, שיעור הנוטים לפנות לבוררות מבין הנתבעים גבוה במעט מזה שנמצא בקרב התובעים, אך עדיין רובם המכריע נוטים לא לפנות לבוררות. באופן כללי, הממצאים מראים כי מנגנון הבוררות אינו זוכה באמון רב בין בעלי-דין, בוודאי לא כאשר נפתחו כבר הליכים. גם בהקשר זה בחנו את הקשר בין מאפייניה של אוכלוסיית המדגם לבין שיעור המדווחים על נטייה לבוררות בקרב נתבעים. שיעור נמוך זה לא נמצא קשור לרתיעתם של בעלי-הדין מפנייה לערכאות, ואף לא למאפייניהם של עורכי-הדין (הפרשים לא-מובהקים סטטיסטית). ממצא זה עקבי וחד-משמעי גם על-פני הקבוצות שונות של עורכי-דין וגם על-פני זמן.

לפיכך אפשר לומר כי הנטייה העקבית החלשה לפנות לחלופת הבוררות, בקרב תובעים ונתבעים כאחד, מעידה כי כאשר סכסוך מגיע לשלב הגשת תובענה, יש הימנעות ברורה מחלופת הבוררות, והחלק המכריע של התובעים והנתבעים אינו מעוניין בשלב זה בהפניית המחלוקת לבוררות. מכיוון שלצורך בוררות דרושה הסכמה הדדית, ההסתברות להצליח בהפניה לבוררות משהחלו הליכים משפטיים הינה נמוכה משמעותית מההסתברות המוצגת על-ידי נטיית התובע ונטיית הנתבע בנפרד. איחוד המאורעות מביא לכלל הסתברות זניחה של נטייה לבוררות בשלב הליטיגציה.

הממצאים לגבי החי"ס בכללותו מראים, כזכור, כי יותר ממחצית עורכי-הדין (55%) ציינו בשנת 1989 כי קיימת נטייה לפנות לחי"ס, אך שיעור זה "הצטמק" במשך העשור לכדי כעשירית מהם. כאשר בוחנים את הממצאים לגבי החלופה של בוררות, אשר נכללת מטבעה במסגרת החי"ס, רואים שהנטייה לחלופת הבוררות הייתה חלשה מאוד כבר בתחילת העשור, ולפיכך היוותה אז רק חלק קטן מהנטייה הכללית לחי"ס. משמעות הדבר היא כי הנטייה לחי"ס בעת שקילת פנייה לערכאות, כפי שדווחה ב-1989, מורכבת ברובה מנטייה לחלופות אחרות שאינן בוררות, כגון גישור ופישור. אם במבט על-פני העשור לא השתנתה הנטייה לבוררות, אזי הירידה החזקה בנטייה לפנות לחי"ס משקפת ירידה בנטייה לפנות לגישור ולפישור.<sup>34</sup> הדבר בולט עוד יותר לנוכח העובדה שהקשר שנמצא בראשית העשור בין ההימנעות מפנייה לבית-המשפט לבין הנטייה לפנות לחי"ס נעלם לגמרי בתום העשור. כלומר, בתום העשור גם הסולדים והנרתעים מבית-המשפט אינם נוטים לפנות לחי"ס, והנטייה לפנות לערכאות הינה חזקה על-אף רתיעתם של בעלי-הדין מן ההזדקקות להן.

ממצא זה מפתיע למדי לנוכח המאמצים הרבים שהושקעו בעשור זה בקידום חלופות, ובמיוחד בקידום הגישור, הן בהקצאת משאבים והן בהתקנת הסדרה. למרבה ההפתעה,

34 אין באפשרותנו להראות השוואה ישירה בנושא הגישור מאחר שבסקר הראשון לא נשאלה שאלה ספציפית בעניין זה.

קידום הגישור והסדרתו לא זו בלבד שלא הניבו (בינתיים) את התוצאה הרצויה, אלא נראית ירידה חדה בנטייה לפנות אליו בסוף העשור.

שילוב הממצאים בדבר הירידה החדה בנטייה לחי"ס, מחד גיסא, ובדבר היציבות המוחלטת בנטייה לבוררות על-פני התקופה שבין שני הסקרים, מאידך גיסא, מאפשר הסקה של כמה מסקנות לגבי השלכותיה של ההסדרה בתחום החי"ס על ציבור המשתמשים הפוטנציאלי בשירותי החי"ס.

המסקנה העולה מכך היא כי מתכונת ההסדרה, כפי שחוקקה ויושמה, לא רק לא עודדה את הנטייה לחי"ס, אלא ככל הנראה הייתה לה השלכה שלילית עליה. קיימים כמה גורמים שיכולים להסביר את הירידה (או לפחות חלק מהירידה) בנטייה להליכים חלופיים. אם אנו צודקים בהערכתנו כי מתכונת ההסדרה בישראל הינה בגדר "בחירה מאולצת", אזי מרכיב הכפייה וההתערבות בחופש הרצון של הפרטים יכול לספק הסבר, ולו חלקי, לירידה ברמת הנטייה לחי"ס. מה שנראָה כרצוי ללא התערבות בחופש הצדדים נתפס עתה כלא-רצוי. הסבר אפשרי אחר נעוץ בתוכנה המהותי של ההסדרה. ייתכן כי הכללים שנקבעו בעניין מהות הגישור, מיהות המגשרים, דרך ניהול הגישור וכולי אינם מיטביים. ברם, בחינת כללים אלה אינה מצביעה על כשלים מובנים מהותיים שיש בהם כדי להשפיע במידה כה שלילית על הנטייה לחי"ס. הסבר אפשרי אחר הוא שיישומם של כללי החי"ס לא היה יעיל, וגרר בעקבותיו הסתייגות מהחי"ס. ההכשרה ה"סיטונת" של אלפים רבים של מגשרים, בקורסים מהירים, הביאה לידי הצפה של השוק במגשרים. דרישות-הקדם לכשרות המגשר אינן מבטיחות את כשרות המגשר לתפקידו. ייתכן על-כן שנסינום של הצדדים שהופנו לגישור הינו שלילי, ומכאן הירידה בנטייתם לחי"ס. אולם החוק הרי אינו כופה על המתדיינים מגשר מסוים, ויש ביכולתם לבחור מבין אלפי המגשרים את המגשר המתאים להם. לפיכך, אילו הייתה נטייתם לגישור חזקה, הם היו מאתרים את האדם המתאים ביותר לגשר בעניינם. אם אין הם נוהגים כך ומקבלים על עצמם מגשר המתמנה מתוך רשימה, אות הוא כי לגישור אין בעיניהם פוטנציאל של ממש. כלומר, נטייתם החלשה לגישור התגבשה בשל סיבה אחרת.

מכלל הדברים שנאמרו עד כה עולה כי אפשר אומנם שלכל אחד מההסברים האפשריים האלה יש משקל בירידת הנטייה לגישור. אולם לנו נראה כי יש לייחס משקל מיוחד להשלכותיה של "הבחירה המאולצת". בתוכן החקיקה בכל הקשור לסדרי הדין ולמתכונת של קביעת המגשר אין כל התערבות בהעדפות הצדדים, ולכן קשה לצפות כי תהיה להם השלכה שלילית ניכרת. לגבי היישום בשטח של הוראות הגישור, כמתואר לעיל, כבר הוסבר שהצדדים יכולים לבטל בנקל את ההשלכה השלילית של הגישור על-ידי בחירת מגשר ראוי. לעומת זה, "הבחירה המאולצת" מהווה התערבות ישירה בהעדפותיהם של הצדדים, ויש בה כדי להוביל לירידה ברווחתם ובמקביל להתנהגות טקטית, שהשלכותיה על הצדדים ועל הגישור שליליות.

## פרק ה: שימוש בחי"ס כמנגנון עתידי

התמונה המסתמנת על-פני העשור הינה עגומה מבחינת הנכונות לפנות לחלופות חוץ-שיפוטיות. האם היא תישאר כזו או שמא ייתכן שתהיה לחי"ס ישועה? כדי לבהון נקודה זו, התבקשו עורכי-הדין, במחקר שנערך בסוף העשור, להעריך אם בעת כריתת חוזים הצדדים נוטים לכלול חי"ס כמנגנון ליישוב סכסוכים עתידיים, היה אם יתגלעו ביניהם. לממצאים בדבר היקף כלילתו של החי"ס בחוזים יש חשיבות באשר לגיבוש מדיניות לעידוד חי"ס. אולם מעבר לכך יש בממצאים אלה גם כדי לסייע בהבנת מערכת ההעדפות של צדדים באשר לשימוש בחי"ס בשלבים מאוחרים יותר, כאשר מתגלע סכסוך. כך, אפשר להניח כי אם אנשים מרבים לכלול מנגנוני חי"ס בחוזים בעת כריתתם, הם ייטו לנסות ליישב סכסוך שיתעורר ביניהם בעתיד על-פי המנגנון הבנוי בחוזה שכרתו. מאידך גיסא, אם אין נטייה לכלול חי"ס בחוזים בעת כריתתם, יש בכך משום עדות כי החי"ס אינו מניח את דעתם של הצדדים, לפחות בשלב זה של החדרתו לישראל, ומכאן נגזר ספק לגבי התרחבות השימוש בו בעתיד תחת המדיניות הנוהגת.

מאחר שהבחנה בין מנגנוני החי"ס בוררות, גישור ופישור נעשתה לאחרונה ברורה יותר, התבקשו עורכי-הדין להשיב בהתייחס לכל אחד ממנגנוני חי"ס אלה בנפרד. הממצאים לגבי כל אחד מהם מפורטים להלן.

### 1. הבוררות כמנגנון ליישוב סכסוך עתידי

בחינת הנטייה לכלול בוררות בעת כריתת חוזים כמנגנון ליישוב סכסוך עתידי, אם יתגלע (ראו תרשים 4 להלן), מעלה כי בסוף העשור הנטייה לכלול בוררות כמנגנון מובנה בחוזה הינה ניכרת ביותר, וחזקה בהרבה מזו שמסתמנת משנפתחו כבר הליכים משפטיים. מעט יותר ממחצית עורכי-הדין (55%) ציינו כי יש נטייה לקבוע בוררות כמנגנון בעת כריתת חוזים, וכמחצית (45%) העריכו כי אין נטייה להכניס בוררות לחוזים. מכך נראה כי כאשר אין מעורבות הסדרתית כופה או "מאלצת", קיימת נטייה ניכרת וממשית לפנות למנגנון הבוררות כדרך ליישוב סכסוך עתידי אפשרי.

כלומר, כמנגנון המשולב בחוזים בעת כריתתם (ex-ante) הבוררות מקובלת בהרבה מאשר בדיעבד, במצב שבו מוגשת תביעה לערכאות כדרך ליישוב סכסוך (ex-post). כפי שתואר לעיל, לא יותר משישית מעורכי-הדין ציינו כי יש נטייה לפנות לבוררות לאחר שנפתחו כבר הליכים (ראו תרשים 2 לעיל).

הממצא בדבר הנטייה המשמעותית לכלול בוררות בחוזים מלמדת כי כמחצית בעלי החוזים מעדיפים בוררות על התדיינות עתידית במערכת בתי-המשפט. מדוע, אם כן, אין צדדים לסוגים אחרים של תובענות מוכנים להפנות את ענייניהם לבוררות? כלום הבוררות יפה רק לתחום החוזים? נראה כי אין הדבר כן. תביעות נזיקין, עשיית עושר

וכיוצא בהן מתאימות להכרעה בבוררות לא פחות מתביעות חוזיות. נראה כי ההבדל מתמקד בשלב שבו הצדדים מקבלים את ההחלטה בדבר ההפניה לבוררות. כל עוד מדובר בבחינה מראש, הצדדים להתדיינות עתידית מצויים במעמד דומה יחסית. תוחלת התועלת הצפויה לצד מיתרונות טקטיים ואופורטוניסטיים של ניהול ההליך בבתי-משפט הינה נמוכה ביחס למצב בדיעבד, משפרץ סכסוך. הצדדים אינם יודעים מראש עובדות מהותיות לגבי הסכסוך העתידי, ובכלל זה עניינים כגון מה תהיה עילת הסכסוך, מה יהיה היקפו ומי יהיה הצד הנפגע-התובע. בנסיבות כאלה, כל צד צופה כי בה-במידה שהוא יוכל לנהוג באורח אופורטוניסטי, כך הוא גם חשוף להתנהגות דומה של הצד האחר. במצב כזה, תוחלת התועלת שבבחירה בהליך המגביר את ההסתברות להתנהגות טקטית-אופורטוניסטית (מערכת בתי-המשפט) הינה נמוכה מאשר בדיעבד, משהתעורר סכסוך. לפיכך בנסיבות כאלה יהיו צדדים רבים יותר שיבקשו להפחית את ההסתברות לניצול לרעה של ההליכים במסגרת בתי-המשפט, ואשר יעדיפו הליך המפחית הסתברות זו – הבוררות.<sup>35</sup> מכאן שבבחינה מראש תהיה נטייה חזקה יותר לבוררות מאשר בדיעבד. נראה כי בכך יש הסבר, ולו חלקי, להבדל הגדול בנטייה לבוררות בין סוגי ההתדיינות.

המסקנה המתבקשת מההסבר המוצע על-ידינו הוא כי מתכונת ההליכים המשפטיים בישראל מאפשרת לצדדים לנהוג באורח שיש בו ניצול לרעה של הליכי בית-המשפט. מובן שבתנאים כאלה תקטן הנטייה לפנות לחי"ס, שכן במסגרתו האפשרות להפיק יתרונות פרטיים כאלה קטנה.<sup>36</sup> במערכת שבה העלות המוטלת על הנהוג באורח אופורטוניסטי נמוכה מהתועלת המופקת מהתנהגות כזו, תקטן הנטייה להפנות מחלוקות למנגנונים אחרים המקטינים את האפשרות לנהוג בצורה אופורטוניסטית.

גם בהקשר של הנטייה לכלול מנגנוני בוררות בחוזים בעת כריתתם, נבחנו הממצאים לפי מאפייניהם של עורכי-הדין, על-מנת לראות אם קיימים הבדלים בהערכה בין עורכי-דין בעלי מאפיינים שונים. גם כאן לא נמצאו הבדלים לפי תחום ההתמחות של עורכי-הדין, ואף לא לפי מידת רתיעתם של בעלי-הדין מלפנות לבית-המשפט. אולם בניגוד לממצאים הקודמים, כאן נמצאו כמה הבדלים (מובהקים סטטיסטית) בהערכת הנכונות לכלול הסכמות לבוררות בחוזה בעת כריתתו. בדומה לנטייה החזקה יותר לבוררות שנמצאה במחוז תל-אביב לגבי נקודת-הזמן של הגשת התביעה, כך אף לגבי כלילת הבוררות בחוזים נמצא במחוז זה שיעור גבוה יותר של משיבים שהעריכו כי קיימת

35 קביעה זו תקפה במיוחד כאשר תוחלת התועלת לצד שינהג באורח אופורטוניסטי פחותה מתוחלת העלות של ההתנהגות האופורטוניסטית לצד שכנגד.

36 אם ההסבר המוצע נכון, אזי הנטייה לחי"ס אינה רק פונקציה של יעילותם של הליכי החי"ס, אלא מושפעת גם מטיבו ומאיכותו של ההליך המשפטי בדרך שבה הוא מנוהל בבתי-המשפט. יצוין כאן כי ממצאים משאלות אחרות בסקרים שערכנו מצביעים על מידה רבה של הסכמה בקרב עורכי-הדין כי יש ניצול לרעה של הליכי בית-המשפט.

נכונות רבה לבוררות. ייתכן שהעומס הרב בבתי-המשפט בתל-אביב הוא שגורם לנטייה חזקה יותר זו.<sup>37</sup>

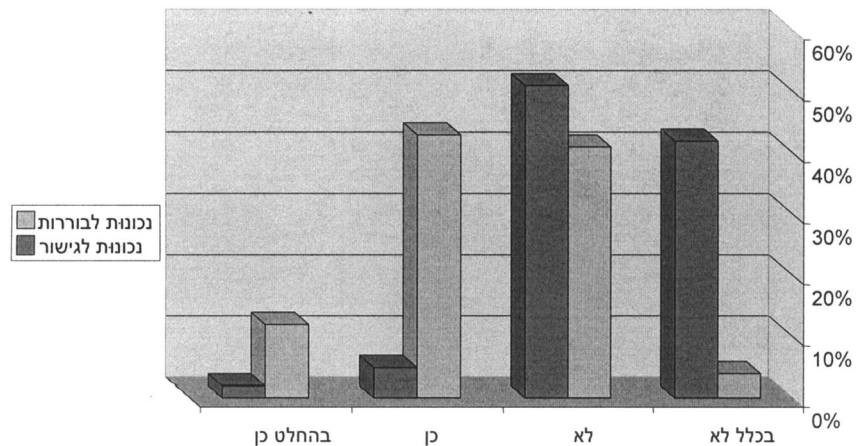
מאפיין אחר שנמצא כי השפיע הוא הוותק המקצועי. ככל שהוותק של עורכי-הדין עולה, שיעור קטן יותר מקרבם מעריך כי קיימת נכונות לכלול סעיפי בוררות בחוזה.<sup>38</sup> גם גודל המשרד ומעמדו של עורכי-הדין (שכירים, עצמאים וכולי) נמצאו קשורים להערכת הנטייה לבוררות. נושא זה מחייב העמקה ובחינה נוספות, כי ייתכן שהבדלים אלה משקפים "אינטרס עצמי" של עורכי-הדין (מה שבמונחיה של תיאוריית הנציג Agency - Theory - מכונה "בעיית הנציג").<sup>39</sup> כך, אפשר לטעון כי שותפים במשרדים מציינים נטייה חלשה יותר באופן משמעותי (ומובהק סטטיסטית) מאשר שכירים במשרדים, שכן השותפים מושפעים במישרין מתזרים ההכנסות הצפוי מהלקוח בעתיד, מה שאין כן לגבי השכירים, ששכרם קבוע.

37 איננו יכולים להשיב במדויק על שאלה זו, והיא מחייבת בחינה אמפירית נוספת. השיעורים שנרשמו במחוזות השונים הם כדלקמן: במחוז תל-אביב ובמחוז ירושלים דיווחו רוב עורכי-הדין כי קיימת נכונות להכניס בוררות לחוזים (58% ו-61%, בהתאמה), ואילו במחוזות ה"פריפריה" המצב הפוך - מיעוטם (42%) אמרו שקיימת נכונות, ורובם (58%) אמרו כי אין נכונות כזו. בית-המשפט בירושלים אינו בית-המשפט העמוס ביותר, אך הנה גם בירושלים נמצא כי קיימת נטייה חזקה לכלילת בוררות בחוזה בעת כריתתו. הסבר אפשרי אחר הוא שבערים אלה מתקיימת פעילות עסקית ושלטונית רחבה, ובהקשרים אלה קיימת כנראה נטייה חזקה יותר לבוררות.

38 מבין עורכי-הדין ה"צעירים" (ותק של עד 5 שנים) דיווחו 63% כי קיימת נכונות להכניס בוררות לחוזים, ואילו מבין ה"ותיקים" (מעל 12 שנים במקצוע) דיווחו כך 46% בלבד.

39 לדוגמה, נמצא הבדל בין עורכי-דין עצמאים או שותפים במשרד לבין עורכי-דין שכירים. שני שלישים (62%) מבין עורכי-הדין השכירים דיווחו כי קיימת נכונות להכניס בוררות מראש לחוזים, לעומת מחצית (49%) העצמאים שדיווחו כך. לא מפתיע שנמצא הבדל בהערכה בין עורכי-הדין העובדים במשרדי עורכי-דין לבין אלה העובדים בפרקליטות או כשכירים בארגונים שונים: שיעור המדווחים על נכונות להכניס בוררות לחוזים בקרב הראשונים (49%) נמוך משיעורם הגבוה יחסית בקרב האחרונים (63%).

**תרשים 4: הנכונות להסכים לבוררות ולגישור כמנגנון עתידי בעת כריתת החוזה (על-פי המחקר משנת 1999)**



## 2. הגישור כמנגנון ליישוב סכסוך עתידי

כפי שצוין בראשית הדברים, מנגנון הגישור זכה בשנים האחרונות בתנופה ובפרסום ניכרים. משרד המשפטים הכיר רשמית בלימודי הכשרה לתפקיד מגשר, ואף הציב אמות-מידה לתוכנית הכשרה שתעניק תעודה מוכרת כמגשר. צעדים אלה ואחרים נועדו לעודד את השימוש בתהליכי גישור כחלופה חוץ-שיפוטית. לכן היה אפשר לצפות כי הגישור ייכלל באופן שכיח כמנגנון ליישוב סכסוך עתידי בעת כריתת חוזים. ברם, הממצאים מראים תמונה שונה לחלוטין (ראו תרשים 4). שיעור מבוטל בלבד (7%) מבין עורכי-הדין ציינו כי בעת כריתת חוזים יש נטייה לכלול גישור כמנגנון ליישוב סכסוך עתידי. הרוב המוחלט (93%) ציינו כי הנטייה להכניס גישור לחוזים הינה חלשה או אינה קיימת כלל.<sup>40</sup>

תשובות אלה, בדבר חוסר הנכונות לכלול מראש גישור בחוזים, נמצאו עקביות באופן גורף. הן לא נמצאו קשורות כלל למאפייני עורכי-הדין שנבחנו במחקר – ותק, התמחות, גודל משרד, עצמאי או שכיר, מחוז שיפוט וכדומה – ואף לא למידת רתיעתם של אנשים

40 הממצאים לגבי הפישור זהים כמעט לממצאים לגבי הגישור, ולכן לא פורטו כאן.

(להערכת עורכי־הדין) מפנייה לבית־המשפט. תוצאות זהות כמעט נמצאו ביחס לנכונות להכניס פישור לחוזים כמנגנון ליישוב סכסוכים עתידיים.

### 3. מסקנות־ביניים לעניין הסכמות לחי"ס בטרם התגלע סכסוך

לנוכח ממצאים אלה ניתן לומר כי אין למעשה נכונות לכלול את חלופת הגישור כמתכונת ליישוב סכסוך עתידי. נראה שמנגנון הבוררות עדיף בהרבה בעיני הציבור על המנגנונים של גישור ופישור. ממצא זה מפתיע לנוכח כל האמצעים שנקטו לעידוד החי"ס, ובכלל זה הפרסום הרב שקיבל מנגנון הגישור בשנים האחרונות וריבוי הקורסים המכשירים אנשים כמגשרים. ייתכן כי על רקע העדר הרצון החופשי לכלול את הגישור במסגרות הסכמות פרטיות, נכרתה בשנת 2003 אמנת הגישור בעסקים, המבטאת הסכמה בין־ענפית להפניית סכסוכים לגישור.<sup>41</sup> אמנת הגישור האמורה יוצרת מנגנון תחליפי להסכמות הפרטיות, שאינן מושגות בין צדדים לחוזה. לכאורה יש באמנה כדי ליצור לחץ על חברי הארגונים הענפיים שהינם צד לאמנת הגישור להפנות מחלוקות לגישור. מוקדם עדיין לקבוע עד כמה תשפיע האמנה על הנטייה בפועל לגישור. לנוכח רמתה הנמוכה מאוד של הנטייה החופשית לגישור, ספק אם אמנה זו כשלעצמה תחולל שינוי מהותי במצב. עם זאת, שינוי מסוים בהיקף הפנייה לחי"ס אכן צפוי עקב האמנה. הסכמת צד לגישור יכולה לשדר מידע לצד שכנגד לגבי הערכתו הפרטית של הצד המסכים לגישור לגבי סיכויי בהליך ולגבי סכום הפשרה האפשרי. לפיכך, מטעמים טקטיים, צדדים עלולים להימנע מהסכמה לגישור על־מנת למנוע חשיפת מידע זה לצד האחר.<sup>42</sup> קיומה של אמנת גישור ענפית (או בין־ענפית) מפחית במידה ממשית את ערך המידע הגלום בהסכמה של צד לגישור. כתוצאה מכך מתאפשרת הסכמה לגישור במקרים שבהם ללא האמנה לא הייתה הסכמה כזו ניתנת מטעמים טקטיים. גם לחקיקה כופה או לחקיקה היוצרת "בחירה מאולצת" יש השלכות דומות.

לסיכום, התמונה המסתמנת מממצאים אלה, לגבי הנכונות לכלול חלופות חוץ־שיפוטיות שונות בחוזים בעת כריתתם, אינה מצביעה על פופולריות רבה של החי"ס. מסתבר כי בעת כריתת חוזים, בסוף העשור של שנות התשעים, הבוררות הינה ההליך החלופי היחיד שקיימת נטייה לכלול אותו בחוזים. מנגנוני גישור ופישור אינם מוצאים את דרכם לחוזים.

במבט על־פני העשור, הנטייה לפנות לחי"ס בראשית העשור נותרה דומה בסוף העשור רק לגבי בוררות. הגישור והפישור טרם תפסו את מקומם בתודעת הציבור הרלוונטי, לפחות לא בהיבט של הנכונות להכניסם כמנגנוני חי"ס לתוך חוזים בעת כריתתם. יש להעיר כי אפשר בהחלט שההתייחסות לחי"ס בראשית העשור צופנת בתוכה

41 לעיל הערה 14, שם.

42 נושא זה עלה בשיחה עם ד"ר אלון קלמנט, ותודתנו לו על כך.

בעיקר התייחסות לבוררות, שהייתה בזמנו מנגנון מוכר וידוע בהרבה מן הגישור, למשל. אולם גם אם כך הדבר, אין בזה כדי לשנות את הממצא שהפישור והגישור טרם תדרו למודעותו של הציבור הרלוונטי. ייתכן אף שהציבור אינו תופס את הגישור, במתכונת ההסדרה הנוכחית, כמנגנון ראוי ויעיל ולכן נמנע מלהשתמש בו.

הנטייה הזניחה לפנות לחלופת הגישור בעת כריתת החוזה עשויה להיות מוסברת גם בחוסר התכלית שבהסכמה מראש לגישור. הבוררות הינה מתכונת סופית ומחייבת להכרעה ולסיום של הסכסוך, ומרגע שנכרתה הסכמה לבוררות, אין חשיבות למידת שיתוף-הפעולה של הצד. הבוררות תתנהל והכרעתה תהיה מחייבת אף אם מי מהצדדים לא ישתף פעולה בניהול הבוררות. לעומת זה, להסכמה לגישור יש משמעות פחותה בלא שיתוף-פעולה אמיתי ומלא של הצדדים כאשר יתנהל הגישור. כך, צד המסכים מלכתחילה לגישור יכול בדיעבד להכשיל את ההליך אם יגיע למסקנה שמתכונת בירור אחרת עדיפה מבחינתו. יתר על כן, אם ינהג בזהירות ובתבונה, יהיה קשה ביותר לזהות שהוא ביקש להכשיל את הגישור, וכך, מבחינה מעשית, ההסתברות לתבוע אותו בגין הפרת ההסכמה בכך שהתנהל באורח לא נאות בגישור הינה קלושה. מכאן שלהבדיל מבוררות, ההסכמה מראש לגישור אינה מבטיחה לצדדים יתרון ממשי, ואינה מהווה מחסום מפני התנהגות אופורטוניסטית לאחר מעשה (ex-post).

מכל מקום, שיעורם הנמוך מאוד של הנוטים לגישור, הן בשלב החוזה והן בשלב שבו נשקלת השאלה אם להגיש תביעה, מעיד בבירור כי הסיכוי לקדם את הגישור תחת המדיניות הנוכחית ומבנה ההסדרה העכשווית הינו נמוך.

## פרק ו: הסדרה כופה לחי"ס

כפי שהוצג לעיל, ייתכנו רמות שונות של התערבות בחופש הרצון של הצדדים באשר לנכונותם לפנות להליכים חלופיים. בעבודתנו ביקשנו לבחון גם את העמדות ביחס לאפשרות של כפייה בחקיקה של שתי מתכונות חי"ס.<sup>43</sup> הנחתנו היא כי הממצאים לגבי עמדות אלה יאפשרו להסיק גם על עמדתם של הצדדים, או לפחות על מגמת ההעדפה שלהם, באשר לכפייה של הליכי חי"ס אחרים. יודגש כי בהקשר זה לא התבקשו עורכי-הדין שהשתתפו בסקר לתאר את עמדות הצדדים, אלא את עמדותיהם שלהם. ייתכן אומנם כי עמדותיהם של עורכי-הדין שונות מעמדות הצדדים, אך מכיוון שבשאלות

43 לכך יש חשיבות מעשית רבה, במיוחד לנוכח העובדה שבימים אלה יושב על המדוכה הצוות בראשות השופטת רובינשטיין הדין בשאלה זו ממש. ראו לעיל הערה 27 והדברים הנלווים אליה.



הקשורות לאופן ניהול ההליך יש לעורכי־הדין השפעה רבה על עמדות הצדדים, ניתן להניח כי עמדותיהם של עורכי־הדין ינתבו את עמדות הצדדים לכיוון העדפותיהם. במחקרנו בחנו את עמדתם של עורכי־דין ושופטים לגבי הסדרה כופה של שתי חלופות חי"ס:

1. ההצעה כי בתי־המשפט יוכלו לחייב בוררות בעניינים שבהם אין שאלות משפטיות מורכבות;
2. ההצעה כי בתי־המשפט יהיו מוסמכים מיוזמתם לתת פסק־דין על־דרך הפרשה.

### 1. בתי־המשפט יוכלו לחייב בוררות

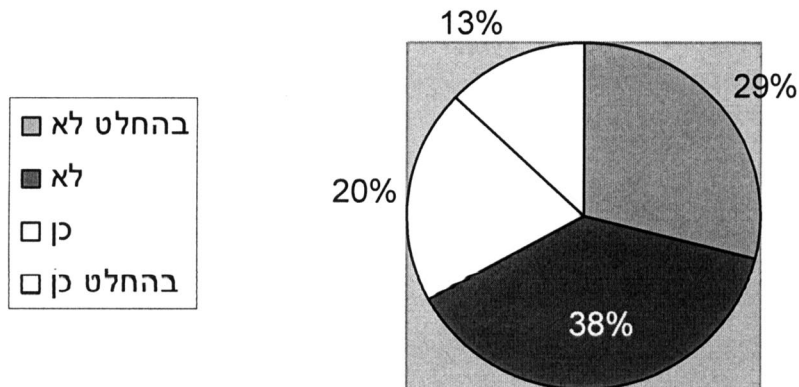
חוק בתי־המשפט<sup>44</sup> מסמיך גם כיום את בתי־המשפט להעביר עניין לבוררות אולם כפוף להסכמת הצדדים. כפי שכבר ראינו, מרגע שהסכסוך מגיע לשלב ההתדיינות, הנטייה לבוררות חלשה ביותר. לכן המנגנון המצוי עתה במסגרת חוק בתי־המשפט אינו צפוי להניב הפניות רבות לבוררות. לפיכך מתעוררת ביתר שאת השאלה אם יש לכפות על הצדדים את הליך הבוררות במקרים מתאימים. כפי שאפשר לראות בתרשים 5, שני שלישים מעורכי־הדין דוחים את הרעיון, ושליש מחייבים אותו. ככלל, העמדה הברורה של עורכי־הדין היא כי אין לכפות הליכי בוררות על הצדדים. עם זאת, השיעור של שליש מכלל עורכי־הדין המחייבים את כפיית הבוררות על הצדדים הינו גבוה יחסית לנטייתם של הצדדים עצמם לבוררות. כזכור, שיעור עורכי־הדין המדווחים על נטייה של הצדדים לבוררות, כאשר ננקטים כבר הליכים, הינו קבוע על־פני זמן ועומד על כ־10%. לעומת זה, כ־33% מעורכי־הדין מעדיפים כי תתקיים הפניית־חובה לבוררות.

עמדה שוללת זו הינה הומוגנית למדי מבהינת הרקע של עורכי־הדין המביעים אותה. אולם בשלושה גורמים נמצאו הבדלים בין השוללים בוררות כפויה לבין המחייבים אותה: גודל המשרד, המחוז ותחום ההתמחות.<sup>45</sup> בשאר המאפיינים – כגון ותק, תדירות הופעה בבית־המשפט, שכיר או עצמאי וכולי – לא נמצאו הבדלים, ושיעור המתנגדים הוא כשני שלישים באופן עקבי.

44 סעיף 79 לחוק בתי־המשפט, לעיל הערה 18.

45 בקרב עורכי־הדין העובדים במשרדים גדולים (10 עורכי־דין ויותר) שיעור השוללים מתן זכות לבתי־משפט לחייב בוררות – 84% – גבוה בהרבה משיעורי השוללים בקרב עורכי־דין העובדים במשרדים קטנים (3 עורכי־דין) ובינוניים (4-9) – 60% ו־66%, בהתאמה. באופן דומה, 77% מעורכי־הדין שהתמחותם בתחום האזרחי מתנגדים לאפשרות זו, לעומת 55% מקרב שאר ההתמחויות. הבדל מובהק במידת ההתנגדות להצעה (או לחלופין – התמיכה בה) נמצא גם לפי המחוז שיעור עורכי־הדין משתייכים אליו. במחוזות שאפשר לראותם כפריפריה (חיפה ובאר־שב) כמחצית עורכי־הדין (48%) תומכים בהצעה לחייב בוררות, ואילו בקרב עורכי־הדין במחוזות תל־אביב וירושלים השיעורים נמוכים יותר באופן משמעותי (28% ו־30%, בהתאמה).

תרשים 5: העמדות כלפי חיוב בבוררות על-ידי בתי-משפט (על-פי המחקר משנת 1999)



בנקודה זו מעניין להביא ממצאים מסקר מקביל שערכנו בנושא בין שופטים בבתי-משפט השלום ובבתי-המשפט המחוזיים.<sup>46</sup> בין השופטים נמצאה עמדה הפוכה מזו של עורכי-הדין: שני שלישים מהשופטים חייבו את ההצעה ושליש שללו אותה. לא נמצאו הבדלים בין שופטי המחוז לבין שופטי השלום, בין השופטים במחוזות השונים או בין שופטים עם רמות ותק שונות. נראה כי ההבדל המהותי בין עורכי-הדין לבין השופטים באשר להחלת בוררות-חובה נובע מההעדפות הפרטיות בכל אחת מהקבוצות. השופטים מעוניינים בהעברת סכסוכים לבוררות משום שהדבר יקל את הנטל האישי הרובץ עליהם, וכנראה גם עקב ראייה מערכתית התומכת בסילוק סכסוכים פשוטים יחסית אל מחוץ למערכת בתי-המשפט.<sup>47</sup> דומה כי נטייה כה חזקה בקרב השופטים לחייב צדדים להפנות עניין לבוררות אינה פשוט. מדובר בנושא שהינו בגדר זכות-יסוד של הפרט – פנייה

46 הממצאים מסכמים את תשובותיהם של 66 שופטים שענו על השאלון, מתוך שלוש מאות שופטים שהיו במערכת באותה עת (לא כולל שופטים עליונים ושופטים בבתי-המשפט לעבודה או לענייני משפחה). שיעור ההיענות בקרב השופטים (22%) זהה לשיעור ההיענות שהתקבל בקרב עורכי-הדין.

47 הנטייה החזקה בקרב השופטים לחייב בוררות מלמדת כי למדיניות המערכתית של העברת עניינים לחי"ס לצורותיו יש עוצמה חזקה בקרב השופטים. ייתכן על-כן כי עוצמת הלחץ שבתיה-המשפט מפעילים על הצדדים לפנות לחי"ס הינה רבה יחסית. ככל שעוצמת הלחץ רבה יותר כן הבחירה המאולצת בחי"ס נעשית משמעותית יותר. עצם העובדה שהשופטים תומכים במתכונת של בוררות-חובה מלמדת כי מידת התמיכה בהפניה לחי"ס גבוהה ביותר.

לערכאות הפועלות על-פי חוק, לא אחת פסקו בתי-המשפט כי אין לחסום את זכותו של פרט להביא את עניינו לפני בית-המשפט.<sup>48</sup> והנה השופטים עצמם מוכנים כי בידיהם תופקד הסמכות לחסום בפני הפרט את הדרך לביית-המשפט ובכך למנוע ממנו את מימוש זכות-היסוד. אין אלא להניח כי העומס במערכת בתי-המשפט רב עד כדי כך שהשופטים מוכנים כי תהיה פגיעה במה שנתפס בעיניהם כעניין יסודי, ובלבד שיופחת העומס הרובץ על השופטים אישית ועל מערכת בתי-המשפט בכללותה.

## 2. בתי-המשפט יהיו מוסמכים מיוזמתם לתת פסק-דין על-דרך הפשרה

ההצעה השנייה להסדרה כופה שנבחנה כאן היא שבתי-המשפט יהיו מוסמכים לתת מיוזמתם פסק-דין על-דרך הפשרה. הצעה זו זוכה באופן כללי בתגובות דומות. שוב, כשני שלישים (69%) מעורכי-הדין שוללים הצעה זו,<sup>49</sup> ואילו בין השופטים העמדה הפוכה – שני שלישים מהם מחייבים את ההצעה ושליש שוללים אותה. לא נמצאו הבדלים בין שופטי המחוזי לשופטי השלום, בין השופטים במחוזות השונים או בין שופטים עם רמות ותק שונות.

לכאורה היה ניתן לצפות לנטייה חזקה יותר של עורכי-הדין לכפיית פסק-דין בדרך של פשרה. מתכונת זו מובנית בחוק בתי-המשפט,<sup>50</sup> ופסק-דין בדרך של פשרה הינו פסק-דין לכל דבר ועניין. במתכונת זו בית-המשפט פוסק לפי החומר שלפניו מבלי שהתקיימו כל הליכי הבירור המקובלים בניהול משפט, כגון חקירות עדים. מתכונת בירור זו זולה לכאורה מהעברת העניין לבוררות, המחייבת הוצאות נוספות (כגון שכר בורר). מי שפוסק בעניין הוא שופט שאמון בהכרעות בסכסוכים ואשר נתפס על-ידי הצדדים כאובייקטיבי. עם זאת, מתברר שעורכי-הדין שוללים הכרעה בדרך של פסק-דין פשרה לא פחות מכפי שהם שוללים הפניית-חובה לבוררות. אחד ההסברים לכך הוא רתיעתם של עורכי-הדין מכפיית הליך על הצדדים. אפשר שרתיעה זו משקפת כמה שיקולים: ראשית,

48 ראו את דברי השופט זמיר בע"א 3833/93 לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, כפי שאוזכרו בע"א 6234/00 ש.א.פ. נ' בנק לאומי, פ"ד נו(6) 796, 789: "תנאי החוסם את דרכו של מתקשר לערכאות עשוי להיפסל מחמת היותו מנוגד לתקנת הציבור. הלוא 'תקנת הציבור דורשת שהדרך אל בית המשפט תהיה פתוחה, כדי שבית המשפט יוכל לדון ולהכריע בסכסוכים משפטיים למיניהם... (ו)אין זה מתיישב עם תקנת הציבור שחווה יעניק זכות ובו בזמן ימנע את מימוש הזכות'."

49 ביחס לעמדה זו נמצאה השפעה מסוימת רק לוותק כעורך-דין: שיעור התמיכה בהצעה זו (41%) בקרב הוותיקים (13 שנים לפחות בתחום) גבוה משיעור התמיכה בה (23%) בקרב הוותיקים פחות (ותק של 6-12 שנים או 1-5 שנים). לבד ממאפיין זה לא נמצאו הבדלים במידת התמיכה בהצעה זו לפי שאר המאפיינים (כגון: מחוז, גודל משרד, תדירות הופעה בבית-המשפט וכולי). העמדה הייתה הומוגנית בעיקרה.

50 סעיף 79א לחוק בתי-המשפט, לעיל הערה 18.

ייתכן שכפיית הצדדים כשלעצמה נתפסת כמדיניות משפטית פסולה; שנית, ייתכן שהפקעת המתכונת של בירור הסכסוך מידי הצדדים נראית כמפחיתה את רווחת הצדדים ותועלתם, וייתכן שהיא נתפסת גם כפגיעה בעורכי-הדין עצמם; לבסוף, פסק-דין בדרך של פשרה מקצר את ההליכים המשפטיים וכתוצאה מכך מקטין את שכרם של עורכי-הדין (לפחות אלה המתוגמלים על-פי שעות או הופעות).

בהקשר זה יש לבחון אם העמדה נגד כפיית פסק-דין בדרך של פשרה מוטית בשל נימוקים הקשורים לרווחתם של עורכי-הדין. הממצאים במחקר אינם תומכים בהסבר זה. בבחינה סטטיסטית לא נמצא כל הבדל בשיעורי התמיכה בכפיית פסק-דין של פשרה לפי מאפיינים של עורכי-דין שעשויים להעיד על אינטרס פרטי, כגון שותפות במשרד, גודל המשרד וכולי.<sup>51</sup> גם ההשוואה לעמדתם של עורכי-הדין ביחס לכפיית בוררות, שם נרשם שיעור התנגדות דומה, תומכת במסקנה כי ההתנגדות לכפיית פסק-דין של פשרה אינה נובעת משיקולים פרטיים של עורכי-הדין. בהעברת עניין לבוררות אין שכרו של עורך-הדין אמור להיפגע בצורה משמעותית, ולמרות זאת עורכי-הדין מתנגדים לכפיית מתכונת זו. תהא הסיבה אשר תהא, הממצאים מראים כי קיימת התנגדות ממשית למתן אפשרות לבית-המשפט לכפות על הצדדים פסק-דין בדרך של פשרה.

## פרק ז: סיכום

מדיניות כוללת לעידוד השימוש בחלופות ליישוב סכסוכים ראוי כי תתמקד בשני פרקי-זמן שרלוונטיים במיוחד לשימוש בהליכים חלופיים: האחד, והחשוב מבין השניים, הוא כאשר הסכסוך בין הצדדים פורץ ועולה שאלת המנגנון שישמש ליישובו; והאחר הוא עוד לפני פרוץ הסכסוך, כאשר עולה השאלה אם לתכנן ולקבוע מראש מנגנון ליישוב סכסוך עתידי.

מחקרנו מתייחס לשני פרקי-זמן אלה. הממצאים העיקריים בעבודה זו מלמדים כי בכל הקשור לפרק-הזמן מעת פריצת הסכסוך, הנטייה של מתדיינים להסדיר את המחלוקת במתכונות חיי"ס הינה חלשה ביותר. המסקנה הנובעת מהנתונים ומניתוחם היא שהמדיניות להחדרת החיי"ס לישראל לא צלחה, וזאת בלשון המעטה. ניתוח הממצאים מצביע על כך שהמבנה המשפטי של ההסדרה ואופן יישומה לא הגבירו באופן ממשי את הנטייה לשימוש בחיי"ס, וככל הנראה הייתה להם אף השלכה שלילית על נטייתם של צרכני החיי"ס הפוטנציאליים. התמונה המצטיירת היא של רתיעה מהליכים חלופיים והתגברות הנטייה ליישוב מחלוקות בבתי-המשפט. למרות הקושי לבודד את השפעתה הישירה של ההסדרה

51 לעיל. הערה 49.

מתוך מכלול הגורמים המשפיעים על הנטייה לחי"ס, ולאמוד את משקלותיהם היחסיים בגרימת היחלשותה, קיימת אינדיקציה משמעותית לכך שלהסדרה היה משקל נכבד בתהליך זה.

הנטייה לפנות לחי"ס קודם להסדרה המשפטית של התחום הייתה חזקה באופן משמעותי מן הנטייה המתגלה לאחר ההסדרה ויישומה. החקיקה של הסדרי החי"ס החדשים הייתה השינוי העיקרי שחל בתקופה שבין שני הסקרים שעליהם התבסס המחקר. גם לגבי גורמים אחרים המשפיעים על הנכונות לפנות להליכים חלופיים חלו שינויים, אך כפי שהוסבר, לרוב השינויים הללו הייתה אמורה להיות השפעה בכיוון של חיזוק הנטייה לפנות לחי"ס. מדובר בשינויים שעניינם הרחבת המודעות לחי"ס, הקצאת משאבים, לגיטימציה ויצירת תדמית חיובית להליכים חלופיים, גיוס מגזרים ענפיים לתמיכה בחי"ס וכולי. כל אלה הרי חושפים את החי"ס לצרכנים נוספים, ופעולתם דומה לשיטות של החדרה וקידום מכירות של שירותים אחרים במשק. השינויים הללו גם הגדילו את ההיצע והגיוון של הספקים של שירותי החי"ס. פותחו חלופות שבחלקן היו אף עדיפות על חלופת הפנייה לבתי המשפט מבחינת המחיר, המהירות והתכליתיות. אולם למרבה ההפתעה, על-אף כל אלה, לא הושגה התוצאה המצופה. גם אם נניח כי שינויים אלה לא הביאו לידי חיזוק הנטייה לפנות לחי"ס, קשה מאוד לשער כי הייתה להם השפעה שלילית עליה, בוודאי לא בעוצמה המסבירה את הירידה החריפה בנטייה לחי"ס. מכאן נותר להסיק כי המשתנה העיקרי שהשפיע בכיוון שלילי על הנטייה להליכים חלופיים הוא ההסדרה עצמה ויישומה.<sup>52</sup> כפי שהצענו במאמר זה, מבנה ההסדרה אינו נראה מיטבי, ויש בו יסודות המשפיעים בכיוון הפוך מן המתוכנן, דהיינו, בכיוון של החלשת הנטייה. לדוגמה, מתכונת "הבחירה המאולצת" פוגעת בחופש הבחירה של הצדדים ומובילה על-כך לירידה ביכולתם להשיא את רווחתם.

המסקנה כי ההסדרה הינה גורם משמעותי בירידה החדה בנטייה לחי"ס מתחזקת גם כאשר בוחנים את "משתנה הביקורת" של המחקר: הנטייה לבוררות. מכיוון שהבוררות הינה שיטת חי"ס, היא מתאימה לשמש "משתנה ביקורת" ונקודת השוואה ביחס לשיטות חי"ס אחרות. להבדיל מההליכים החלופיים גישור או פישור, אשר במהלך העשור חל שינוי

52 יש לזכור כי עורכי-הדין הם אלה ששיקפו במחקרים את עמדות הצדדים, ובהקשר שלהם חל שינוי מהותי מאוד – מספרם הוכפל בתקופה שבין הסקרים. אולם כפי שהראינו בניתוח הממצאים, לא היה בכך כדי להשפיע על תוצאות המחקרים: למאפייניהם של עורכי-הדין, ובמיוחד לוותק במקצוע, לא הייתה בדרך-כלל השפעה על הממצאים. מקום שנמצאה השפעה כזו, דווקא עורכי-הדין הצעירים נטו יותר לחי"ס, ואם הצעירים נוטים לחי"ס ומשקלם באוכלוסיית עורכי-הדין עלה לאין שיעור בתקופה הנידונה, אזי היה מקום לצפות שהנטייה תגבר – לא תפחת. מכל מקום, גם ההבדלים הללו אינם משמעותיים, וההבדל בממצאים על-פי מאפיינים, מקום שיש כזה, הינו אומנם מובהק סטטיסטית אך אינו מתבטא בהפרש מספרי גדול, והשפעתו מועטה. התוצאה הסופית היא שהתמונה הכוללת של הממצאים נשארת זהה: נטייה חלשה לחי"ס.

מהותי בהסדרתם עם החדרתן בדרך החקיקה, לא חל כל שינוי של ממש בהסדרה של מנגנון הבוררות במשך אותו עשור. שאר המשתנים החיצוניים שהייתה להם השפעה על החי"ס בפרק-זמן זה הפעילו את השפעתם באופן דומה על כל החלופות, ביניהן הבוררות והגישור. כזכור, העידו הממצאים על יציבות בנטייה לבוררות: היא הייתה חלשה בסקר הראשון ונותרה ללא שינוי בסקר השני. עקביות ברמת הנטייה לבוררות על-פני העשור וירידה חדה בנטייה לחלופות אחרות (כגון גישור ופישור) מצביעים על-כן לכיוון התהליך ההסדרתי ויישומו. ההליך נחקק ויושם בתקופת העשור שבין הסקרים, ויש לראות בו על-כן גורם אשר השפיע לכיוון של ירידה בנטייה.

אפשר לסכם ולומר כי לאחר שהתגלע סכסוך, הנטייה להשתמש בהליכים חלופיים הינה חלשה. תהליך ההסדרה ויישומו כשלו בהשגת המטרה של עידוד הצדדים להשתמש בהליכים חלופיים. חמור מכך, נראה שהסדרתם ומיסודם של ההליכים, הכרוכים בהתערבות הריבון, הפחיתו את הנטייה לפנות לחי"ס.

באשר לנטייה לפנות לחי"ס לפני התעוררות הסכסוך – כאן התוצאות שונות, לפחות לגבי הבוררות. כמעט מחצית המשיבים מדווחים כי בעת כריתת חוזים בין צדדים קיימת נטייה להשתמש בחלופת הבוררות כמנגנון עתידי מוסכם למקרה של סכסוך. בשלב זה של הקשר בין הצדדים, תוחלת התועלת הצפויה לכל צד בחוזה עקב התנהגות אופורטוניסטית הינה נמוכה ביחס למצב בדיעבד, ולכן קיימת נכונות להכניס לחוזים את הבוררות כמנגנון ליישוב סכסוכים עתידיים.

אף-על-פי ששיקולים אלה ישימים גם לגבי שיטות חי"ס אחרות, כגישור או פישור, אין נכונות בשלב המקדמי של כריתת חוזים לפנות לגישור אלה, ומתגלה נטייה חלשה ביותר לכלול אותן בהתקשרויות חוזיות. ההבדל בין הנכונות להשתמש בבוררות לבין חוסר הנכונות הבולט להשתמש בגישור או בפישור בעת כריתת חוזה נובע ככל הנראה מערכן הנמוך של חלופות אלה לצדדים. אולי יש בכך אף כדי להסביר את הנטייה החלשה לחי"ס משמתגלע הסכסוך. במילים אחרות, אף שהתמריץ לשימוש בחי"ס בשלב המקדמי – לפני שהתגלע סכסוך – הוא אותו תמריץ, מסתמנת העדפה של חלופת הבוררות ודחייה של חלופות הגישור והפישור. שני הסברים אפשריים לכך, שאינם מוציאים זה את זה, הם: חוסר אמון של הציבור בתהליך הגישור כשלעצמו; וחוסר אמון של הציבור בהסדרת ההליך, כפי שנעשתה על-ידי המחוקק.

בהינתן הנטייה החלשה מאוד לחי"ס (ובמיוחד לגישור) לפני שהתעורר סכסוך, ולנוכח הנטייה החלשה להשתמש בחי"ס לאחר שהתגלע סכסוך, נבחנה כאן השאלה אם כדאי לכפות על הצדדים הליכי חי"ס. שאלה זו מורכבת ביותר שכן כרוכים בה שיקולים של עלות חברתית כוללת, הנובעת מהחזקת מערכת הכרעות הממומנת על-ידי המדינה, בצד שיקולים משפטיים וערכיים הנוגעים בזכויות-יסוד, כגון חופש הבחירה והגישה החופשית למערכת בתי-המשפט. בצד אלה קיימים כמובן גם שיקולים של יעילות ותועלת. הממצאים מלמדים כי בקרב עורכי-הדין קיימת הסתייגות ניכרת מכפיית ההליכים החלופיים שהוצגו לפנייהם בהקשר זה. לנוכח זה, כפיית הפנייה לחי"ס עלולה להביא לידי קיום הליכי-סרק. למשל, כאשר צד מעורב בהליכי גישור כפויים, הוא עלול לא לשתף פעולה כראוי, וממילא

יהיה הליך הגישור עקר וללא תוצאות אפקטיביות. בכך יביא ההליך הכפוי לידי בזבוז זמן ומשאבים, ותו לא.

מאידך גיסא, אי־אפשר להתעלם מהתועלת האפשרית שבכפיית הליכי חי"ס כגון גישור: הכפייה תחשוף הליכי חי"ס לפני בעלי־דין, אשר עשויים להתרשם מהם לטובה ובעקבות זה לרצות להשתתף בהם גם בעתיד; כפייה עשויה גם לעודד פתיחות להליכי גישור, אשר אלמלא הכפייה לא היו מתקיימים בשל שיקולים טקטיים. מאידך גיסא, אם החשיפה לתהליכים תיצור רושם לא־טוב בקרב בעלי־הדין, ברור ששכרה יצא בהפסדה, ורתיעת הציבור תגבר.

כל אלה שאלות נכבדות הצריכות מחקר ועיון נוספים. העמדה המתבטאת בסקר – והפעם עמדתם של עורכי־הדין עצמם – היא כי כפייה של בוררות או של פסק־דין על־דרך הפשרה אינה רצויה (יותר משני שלישים). עם זאת, כשליש מעורכי־הדין מוכנים למתכונת כפייה כאלה. אם לגבי מתכונת חי"ס המסיימת סכסוך באורח מכריע וסופי (דוגמת בוררות) קיימת נכונות אצל שלישי מעורכי־הדין לקיימה בכפייה, ייתכן כי לגבי מתכונת דוגמת גישור כפוי תהיה נכונות דומה או אפילו רבה יותר. אולם שאלה זו לא נבדקה ישירות במחקר, ואנו משאירים אותה למחקר עתידי.

סוף־דבר, לנוכח הנטייה החלשה מאוד לחי"ס, בהינתן מתכונת ההסדרה ודרכי יישומה כיום, יש לבחון מתכונות אחרות או שינויי מדיניות אשר יסייעו בהרחבת השימוש בהליכים חלופיים.