

מיתוס הניטרליות של המגשר: מאי-משוא-פנים לנשיאת-פנים שווה*

רונית זמיר**

המאמר בוחן אם הניטרליות של המגשר מקדמת השתתפות מעצימה של קבוצות מוחלשות בגישור.

תחילה המאמר בוחן את יחסי-הגומלין בין תפיסת הניטרליות של הצד השלישי בהליך המשפטי האדוורסרי ובהליך הגישור לבין עקרונות של צדק פרוצדורלי. ההנחה המוטמעת באידיאלוגיה של הגישור היא כי הענקת רמה גבוהה של "שליטה" בתהליך לצדדים מגבירה את הסיכוי שהתהליך יתאפיין במידה גבוהה של צדק פרוצדורלי ושהצדדים המשתתפים בו יעברו העצמה.

לאחר-מכן מוצגות המשמעויות שניתנו למושג הניטרליות של המגשר בשני המודלים הרווחים של הגישור: מודל פתרון הבעיות והמודל הטרונספורמטיבי. בהמשך המאמר עומד על הזיקה בין משמעויות אלה לבין הרעיון של אי-משוא-פנים שיפוטי. הטענה המועלית במאמר היא כי זיקה זו מכוננת את הניטרליות בשני המודלים של הגישור כמורכבת משתי צורות מוסר שונות, שביניהן מתקיימים יחסים של "זוגיות מבנית": אתיקה של אי-משוא-פנים מזה ואתיקה של אכפתיות מזה. יחסים אלה מכוננים לטענתי את הגישור כאתר של רגולציה, ומפחיתים את סיכוייהן של קבוצות מוחלשות לעבור העצמה בגישור.

לבסוף אטען כי כדי להגביר את האפשרות לעבור העצמה בגישור, יש לאמץ אתיקה חלופית לניטרליות המבוססת על נשיאת-פנים שווה. בפרק

* גרסה קודמת של מאמר זה פורסמה באנגלית: Ronit Zamir, *The Disempowering Relationship Between Mediator Neutrality and Judicial Impartiality: Toward a New Mediation Ethic*, 11 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 467 (2011).

** הכותבת היא בעלת תואר שלישי במשפטים מאוניברסיטת תל-אביב, והייתה היועצת המשפטית של המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים במשרד המשפטים. בעשר השנים האחרונות היא משמשת ממונה בכירה בנציבות תלונות הציבור על שופטים. ברצוני להודות למני מאוטנר, לרוןן שמיר ולמירי רוזמרין על הערותיהם לגרסת קודמת של המאמר. כן ברצוני להודות לחברי מערכת **משפט ועסקים** קובי יוסף, אלעד ארדן ועמית אלעזרי על הערותיהם המצוינות.

האחרון מוצג מודל הגישור הנרטיבי, ונבחנת המידה שבה הוא מבוסס על אתיקה של נשיאת-פנים שווה.

מבוא

פרק א: יחסי-הגומלין בין הניטרליות של הצד השלישי לבין התפיסה של צדק פרוצדורלי

1. מבוא – האופוזיציה בין הגישור למשפט
 2. בין צדק פרוצדורלי להעצמה
 3. אי-משוא-פנים שיפוטי
 4. הניטרליות של המגשר
- (א) מבוא – אופייה ההיברידי של ההשתתפות בגישור
- (ב) ניטרליות לפי מודל פתרון הבעיות
- (ג) ניטרליות לפי המודל הטרנספורמטיבי
- (ד) הניטרליות כמנגנון רגולציה
- (1) המתח בין שתי צורות מוסר: אתיקה של אי-משוא-פנים ואתיקה של אכפתיות
- (2) מיסוך הכוח המופעל בגישור באמצעות כללים של צדק פרוצדורלי "רזה"

(3) הזוגיות המבנית בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות

(ה) מאי-משוא-פנים לנשיאת-פנים שווה

פרק ב: מודל הגישור הנרטיבי

1. מבוא – האידיאולוגיה של המודל הנרטיבי
 2. תכליותיו של המודל הנרטיבי: דקונסטרוקציה ורקונסטרוקציה
 3. ביקורת על המודל הנרטיבי
- (א) תפיסת צרכים חד-ממדית
- (ב) העדר חלופה מספקת לאתיקה של הניטרליות
4. סיפור להמחשת הביקורת

סיכום

מבוא

באיזו מידה הגישור מאפשר לקבוצות מוחלשות להשתתף בו באופן אפקטיבי? המונח "השתתפות אפקטיבית" מקושר פעמים רבות למושג אחר – "העצמה" (empowerment). ההנחה היא כי תהליך שמגביר השתתפות אפקטיבית מעצים את המשתתפים בו. המושג "העצמה" אינו נהיר תמיד: פעמים נעשה בו שימוש במשמעות

של צמיחה אישית, ופעמים – במשמעות של כוח פוליטי. לעיתים קרובות הוא משמש מטבע-לשון בידי תנועות החותרות לשינוי חברתי.

המושג "העצמה" מילא מאז ומתמיד תפקיד מכריע בכינון הגישור כהליך המספק צדק חלופי לזה של משפט המדינה. למן הופעתו באמצע שנות השבעים במדינות אמריקה הצפונית, תואר הגישור על-ידי מצדדיו כחלופה הוגנת יותר למשפט הנוהג בכלל ולבית-המשפט בפרט. החלופה שביקש הגישור להעמיד היא צדק מסוג חדש, השונה מן הצדק המסורתי של המשפט. הצדק החלופי מבטא אכזבה מרפורמות משפטיות, אשר לא הגשימו את הבטחתן לתקן את אי-השוויון החברתי והכלכלי, ושואף להביא לידי כך שפרטים ייטלו את גורלם בידם ויוכלו להשפיע במישרין על חייהם. ההנחה היא כי בידי פרטים מן הקהילה, שאינם "מומחים", מצוי הכוח לפתור בעצמם את סכסוכיהם מבלי להיזקק למדינה ולמנגנוני המסורתיים – בתי-המשפט.

הצדק החלופי הוא צדק "לא-פורמלי", המתאפיין במחויבות לסולידריות קהילתית ולהרמוניה, ובחשדנות כלפי עורכי-דין וכלפי מוסדות משפט מדינתיים.¹ 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".² יחסיו של הצדק הלא-פורמלי עם משפט המדינה הם יחסים של מתח מתמשך. אף שבמתח זה ידו של משפט המדינה על העליונה, עשויים להיות לצדק הלא-פורמלי גם היבטים אוטונומיים, שיש בהם כדי לאפשר לו לאתגר את המשפט הפורמלי.³ חשיבותם של היבטים אלה בכך שהם מחדירים למשפט נקודות-מבט חדשות שיש בהן כדי להרחיב את משמעותו.⁴ ראיית המשפט כמכיל נקודות-מבט מגוונות במקום כבעל משמעות אוניוורסלית אחת

1 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).

2 Boaventura De Sousa Santos, *Law and Revolution in Portugal: The Experiences of Popular Justice in Portugal after the 25th of April, 1974*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE – VOL. 2: Comparative Studies 235 (Richard Abel ed., 1982); Richard Abel, *Introduction*, in THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE – VOL. 1: THE AMERICAN EXPERIENCE 1, 2 (Richard Abel ed., 1982); RONEN SHAMIR, THE COLONIES OF LAW: COLONIALISM, ZIONISM AND LAW IN EARLY MANDATE PALESTINE 72–73 (2000). לגישור כצורת צדק חלופית למשפט המדינה ראו רונית זמיר "שני הפרויקטים של הגישור: הגישור בין הגמוניה להעצמה" **עלי משפט** י 125, 141–150 (2012). יש כמובן להבחין בין הצדק החלופי במובן זה לבין התפיסה של צדק פרוצדורלי, שאלה אתייחס בהרחבה בסעיפים הבאים.

3 Sally Engle Merry, *Law and Colonialism*, 25 LAW & SOC'Y REV. 889, 906 (1991).

4 רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"צ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" **עינוי משפט** כ 683 (1997); רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** 589, 628 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998).

ויחידה, כך נטען, יכולה לזרות אור על היחסים בין קבוצות דומיננטיות לבין קבוצות מיעוט, ובכלל זה קבוצות אתניות, דתיות ותרבותיות, קבוצות מהגרים וכיוצא בהן.⁵ קבוצות אלה מייצרות תכנים משפטיים משלהן, שמתוכם יכול שתצמח תודעה של התנגדות למשפט המדינה.⁶ לכאורה, אפוא, הצדק החלופי הגלום בגישור טומן בחובו הבטחה בעבור קבוצות מוחלשות, אשר פעמים רבות אין בידן הכוח לממש את זכויותיהן.

רעיון מכונן באידיאולוגיה של הגישור הוא הניטרליות של המגשר. זו נחשבת תנאי הכרחי לא רק לקיומו של גישור ראוי, אלא גם לעצם קיומו של ההליך הקרוי "גישור": העדר ניטרליות שומט את הקרקע מתחת לאושיות הגישור, כך שאין מדובר עוד בגישור, אלא בהליך אחר כלשהו. "מגשר לא-ניטרלי" הוא אפוא אוקסימורון.⁷

הביטוי Neutral מופיע בהוראות חוק שונות,⁸ בקודים אתיים של מגשרים⁹ ובספרות העוסקת בגישור¹⁰ ככותרת-גג לכינויו של הצד השלישי המסייע ביישוב הסכסוך. הדבר עשוי להצביע על כך שהניטרליות של המגשר לא רק מבטאת שאיפה לפרקטיקה מקצועית ראויה, אלא גם מכוננת את כלל העוסקים בגישור כבעלי "תכונה" של ניטרליות.¹¹ כתוצאה מכך, במהלך שני העשורים האחרונים התפרסמו רק מחקרים מעטים העוסקים בתפיסת הניטרליות: מעמדה הטבעי וה"מובן מאליו" מסווה בדרך-כלל את הצורך בדיון ובניתוח.¹² נראה כי זו הסיבה לכך שגם מחקרים אמפיריים על הגישור אינם מתעדים על-פירוב את הניטרליות כפרקטיקה, ואינם רואים בה מושג

5 Sally Engle Merry, *Legal Pluralism*, 22 LAW & SOC'Y REV. 869, 872 (1988).

6 Merry, לעיל ה"ש 3, בעמ' 923.

7 Christine B. Harrington & Sally Engle Merry, *Ideological Production: The Making of Community Mediation*, 22 LAW & SOC'Y REV. 709, 729 (1988); MICHAEL PALMER & SIMON ROBERTS, DISPUTE PROCESSES: ADR AND THE PRIMARY FORMS OF DECISION MAKING 107–108 (1998); Linda Mulcahy, *The Possibilities and Desirability of Mediator Neutrality – Towards an Ethic of Partiality?*, 10 SOC. & LEG. S. 505, 505–506, 517 (2001).

8 ראו, למשל: 28 U.S.C. § 653 (1998); 5 U.S.C. § 573 (1996). בארץ גישור על-פי הפניית בית-המשפט מוסדר בסעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי-המשפט); ובתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993, ק"ת 1042 (להלן: תקנות הגישור). אף שהחקיקה הישראלית אינה משתמשת ב"ניטרליות" ככותרת-גג לכלל העוסקים בגישור, היא רואה בה חלק מרכזי מחובות המגשר. ראו לעניין זה תק' 5 לתקנות הגישור.

9 ראו, לדוגמה, את הקוד האתי המשולב של שלושת הארגונים הגדולים בארצות-הברית בתחום הסדרת הגישור: MODEL STANDARDS OF CONDUCT FOR MEDIATORS (2005), available at www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf (להלן: הקוד האתי האמריקאי המשולב).

10 ראו, למשל: STEPHEN GOLDBERG ET AL., DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES 3 (1992).

11 Janet Rifkin, Jonathan Millen & Sara Cobb, *Toward a New Discourse for Mediation: A Critique of Neutrality*, 9 MEDIATION Q. 151, 151–152 (1991).

12 שם.

הטעון פירוק וליבון, אלא מתייחסים אליה כאל עובדה אמפירית הטעונה מדידה ותו לא. אבחון מידת הניטרליות של המגשר נעשה בדרך-כלל על-פי השיפוט הסובייקטיבי של הצדדים.¹³

מאמר זה בוחן אם תפיסת הניטרליות של המגשר מקדמת השתתפות מעצימה ואפקטיבית של צדדים הנמנים עם קבוצות מוחלשות.

בפרק א אציג את התפיסה של צדק פרוצדורלי, הרואה את ה"שליטה" בהיבטים תהליכיים של יישוב הסכסוך כפרוצדורה הוגנת הסוללת את הדרך לתוצאה צודקת. כן אעמוד על הביקורת שנמתחה על תפיסה זו. לאחר-מכן אבחן באיזו מידה תפיסת הניטרליות של המגשר בשני המודלים הרזוחים של הגישור – מודל פתרון הבעיות והמודל הטרנספורמטיבי – מקדמת השתתפות המבוססת על עקרונות של צדק פרוצדורלי. כפי שאטען, המעמד המובן מאליו שבו זכתה הניטרליות של המגשר, כתולדה של הקרבה בינה לבין אי-משוא-פנים שיפוטי, מייצר מיתוס של ניטרליות בעל שני ממדים – אי-משוא-פנים מזה ויחסי אמון מזה – שביניהם מתקיים מתח מתמשך. שני המודלים מנסים למצוא פתרונות שונים למתח האמור, אולם לטענתי הפתרונות שהם מציעים בעייתיים.

אציע את הטענה כי המתח האמור בין שני היבטי ה"ניטרליות" מגלם למעשה מתח בין שתי תפיסות מוסר שונות – מוסר של אי-משוא-פנים מזה ומוסר של אכפתיות מזה – המקיימות ביניהן יחסי-גומלין של "זוגיות מבנית". יחסים אלה באים לידי ביטוי בכך שכל צורת מוסר מעניקה לגיטימציה לאחרת ובו-בזמן גם קוראת עליה תיגר. יחסים אלה מכוננים את הגישור כזירה דמוקרטית שמשתתפים בה פרטים אחרים, חופשיים ואוטונומיים, וכך בכך גם כתהליך תחרותי המנוהל ב"צל" המשפט. שניות זו ממסכת את הכוח המופעל בגישור על-ידי הפעלת פרקטיקות שגרתיות המייצרות חסמים שונים להשתתפות אפקטיבית. החסם העיקרי הוא מתן עדיפות לסיפורים בעלי אוריינטציה של כללים על סיפורים בעלי אוריינטציה של יחסים. גישור הכולל חסמים כאלה יהיה מבוסס על-פירוב על תפיסה של צדק פרוצדורלי "רזה".

בהמשך אציע את הטענה כי אף שהזוגיות המבנית בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות פועלת על-פירוב כדי לכונן את הניטרליות כמיתוס, בכוחה של האכפתיות גם לאתגר את האתיקה של אי-משוא-פנים ולייצר תפיסת מוסר חדשה: נשיאת-פנים שווה. מגשר שינהג לפי אתיקה של נשיאת-פנים שווה ישאף לראות את פניהם הייחודיים של כל המשתתפים, להקשיב לסיפורם האישי ולעודד תהליך סיפורי רפלקטיבי המגשים עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה".

בפרק ב אציג את מודל הגישור הנרטיבי – מודל גישור חדש יחסית השואף להחליף את מודל פתרון הבעיות. מודל זה חותר לקיים תהליך של פירוק סיפורים דומיננטיים ובניית סיפורים חלופיים, ובדרך זו לכונן את הגישור כאתר של שינוי חברתי. עם זאת,

Sara Cobb & Janet Rifkin, *Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation*, 13
16 LAW & SOC. INQ. 35, 37 (1991).

לטענתי, הבסיס התיאורטי שלו לוקה בחסר, בעיקר מאחר שהוא אינו מציע אתיקה חלופית לניטרליות.

פרק א: יחסי-הגומלין בין הניטרליות של הצד השלישי לבין התפיסה של צדק פרוצדורלי

1. מבוא – האופוזיציה בין הגישור למשפט

בדרך-כלל הגישור מוצג בספרות המקצועית כניצב באופוזיציה להליך המשפטי בשלושה היבטים עיקריים:

1. **שליטה של הצדדים בתהליך** – להבדיל מן ההליך המשפטי, שבו הצדדים מיוצגים על-ידי עורכי-דין, "מומחים" לשפה המשפטית,¹⁴ בגישור הצדדים הם ששולטים הן בתהליך והן בתוצאה. שליטת הצדדים בתהליך באה לידי ביטוי בדרך ההשתתפות שלהם, אשר אינה כבולה לכללים ולפרוצדורות נוקשות, ומאפשרת להם "לספר את הסיפור" בלשונם, בלשון היומיום.¹⁵ השליטה בתהליך מובילה גם לשליטה בתוצאה: הצדדים הם משתתפים פעילים בעיצוב הפתרון לסכסוך שלהם, ולא רק צופים פסיביים בעורכי-דינם, אשר תופסים את קדמת הבמה.¹⁶ הפתרון הוא מוסכם ומותיר את סמכות ההחלטה בידי הצדדים, במקום להפקידה בידי צד שלישי. ההליך הוא וולונטרי, וכל צד יכול לפרוש ממנו בכל עת, ללא מתן הסבר או הנמקה, מבלי שתוטל עליו סנקציה.¹⁷ זאת, להבדיל מאופיו המחייב של ההליך המשפטי, אשר אינו מאפשר פרישה חד-צדדית.
2. **מגשר ניטרלי ונעדר סמכות הכרעה** – האוטונומיה של הצדדים מחייבת שכוחו של המגשר יהיה מוגבל ושלא תהיה לו הסמכות להכריע בסכסוך.¹⁸ המגשר הוא צד

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, 482 (1989)

Christine B. Harrington, *The Politics of Participation and Nonparticipation in Dispute Processes*, 6 L. & POL'Y 203, 209 (1984); JOHN M. CONLEY & WILLIAM M. O'BARR, JUST WORDS: LAW, LANGUAGE, AND POWER 39, 42 (1998)

JEROLD S. AUERBACH, JUSTICE WITHOUT LAW? 10 (1983)

Edward Kruk, *Mediation and Conflict Resolution in Social Work and the Human Services: Issues, Debates and Trends*, in *MEDIATION AND CONFLICT RESOLUTION IN SOCIAL WORK AND THE HUMAN SERVICES* (Edward Kruk ed., 1997)

CHRISTOPHER W. MOORE, THE MEDIATION PROCESS: PRACTICAL STRATEGIES FOR RESOLVING CONFLICT 50–53 (1996); Isabelle R. Gunning, *Diversity Issues in Mediation: Controlling Negative Cultural Myths*, 1995 J. DISP. RESOL. 55, 56 (1995)

שלישי ניטרלי שתפקידו מתמצה במתן סיוע לצדדים לנהל ביניהם משא-ומתן. מומחיותו ביישוב סכסוכים מתבטאת בעיקר ביכולת לנהל את ההליך "בגובה העיניים", ליצור תקשורת פתוחה והוגנת עם הצדדים ובינם לבין עצמם, לרכוש את אמונם ולסייע להם לזהות את הצרכים והאינטרסים שלהם. זאת, להבדיל מן ההליך המשפטי, שבו השופט, אשר מעמדו רם משל הצדדים, מכריע בסכסוך על-סמך כללים משפטיים.

3. פתרון הנותן מענה לצרכים של הצדדים – להבדיל מהמשפט הפורמלי, שבו פתרון הסכסוך הוא תוצר של סיווג הבעיה לקטגוריות משפטיות בעלות תוקף אובייקטיבי ואוניוורסלי, הגישור נועד לפתור את הסכסוך המסוים שבין הצדדים המסוימים. פתרון הסכסוך אינו נעשה בדרך של החלת נורמה כללית, אלא הצדדים עצמם הם שיוצרים את הנורמות הרלוונטיות להם ו"תופרים לעצמם את החליפה"¹⁹, בסיועו של המגשר. הנורמות הפרטיקולריות נותנות מענה יצירתי לצרכים הייחודיים של הצדדים,²⁰ ואינן מתבססות בהכרח על זכויות משפטיות.²¹ יישוב הסכסוך בדרך של הידברות ומתן מענה לצרכים הייחודיים של הצדדים מאפשר המשך של היחסים והקשר ביניהם, במקום הניתוק וההפרדה הנובעים על-פירוב מהכרעה הייררכית כופה.²² צרכים ייחודיים עשויים לכלול גם צרכים רגשיים,²³ אשר אינם מוכרים במשפט כראויים למענה.

2. בין צדק פרוצדורלי להעצמה

רעיון ה"שליטה" בתהליך, שהוא כאמור עקרון-יסוד של הליך הגישור, מבטא תפיסה של צדק פרוצדורלי. תפיסה זו משמעה שהשליטה בהיבטים תהליכיים של יישוב הסכסוך מהווה פרוצדורה הוגנת הסוללת את הדרך לתוצאה צודקת.²⁴ מחקרים

19 Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 327–328 (1971); Richard Delgado, *ADR and the Dispossessed: Recent Books About the Deformalization Movement*, 13 LAW & SOC. INQ. 145, 146 (1988); Carrie Menkel-Meadow, *Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR*, 16 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1, 16–17 (2000).

20 Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 U.C.L.A. L. REV. 754 (1984).

21 .MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 25–26 (1986)

22 CONLEY & O'BARR, לעיל ה"ש 15, בעמ' 41, 48.

23 MOORE, לעיל ה"ש 18, בעמ' 232–237.

24 E. ALLAN LIND & TOM R. TYLER, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE (1988); TOM R. TYLER ET AL., SOCIAL JUSTICE IN A DIVERSE SOCIETY (1997). המושג "הוגנות" (fairness) מתייחס בדרך-כלל לפרוצדורה של קבלת ההחלטות, בעוד המושג "צדק" (justice) מתייחס בדרך-כלל לתוצאת ההליך. עם זאת, מאחר שרוב המחקרים משתמשים במונח "צדק" ביחס לתהליך ולתוצאה גם-יחד, ומאחר שלתפיסתי

אמפיריים שערכו תיבאוט ווקר (Thibaut & Walker) באמצע שנות השבעים מצאו קשר ישיר בין מידת השליטה של הצדדים בתהליך לבין תחושת ההגינות שלהם ביחס לתהליך ולתוצאה גם-יחד.²⁵ לפי מחקרים אלה, ככל שבעל-דין חווים תחושת שליטה רבה יותר בהיבטים תהליכיים הקשורים לפתרון הסכסוך, כגון הצגת טיעונים וראיות בהליך המשפטי שנערך בעניינם, כן הם מעריכים גם את התוצאה כהוגנת יותר, גם אם אין זו התוצאה אשר לה קיוו. תיבאוט ווקר מסבירים ממצאים אלה בכך ששליטה בתהליך נחוות על-ידי המשתתפים כשליטה עקיפה בתוצאה.²⁶

מחקרים מאוחרים יותר שנערכו בשנות השמונים והתשעים על-ידי טיילר, לינד ואחרים מצאו כי לשליטה בתהליך יש חשיבות בפני עצמה, אף ללא זיקה ישירה לשליטה בתוצאה.²⁷ כך, למשל, נמצא כי צדדים שקיבלו הזדמנות לעצב את כללי הפרוצדורה דיווחו על תחושת הגינות גבוהה ביחס לתהליך ולתוצאה גם-יחד.²⁸ מחקר נוסף, שבדק תפיסות סובייקטיביות בנוגע לסיבות לציית לחוק, מצא כי הלגיטימציה של המשפט להכתיב התנהגות נובעת לא רק מיסוד ההרעה שלו, אלא גם מן החשיבות שאנשים מייחסים לתוצאה צודקת שהתקבלה בהליך הוגן.²⁹ נמצא כי ככל שתהליך קבלת ההחלטות נחוות כהוגן יותר, גם התוצאה נתפסת כצודקת יותר, ותחושת המחויבות לקיימה גוברת, גם אצל צדדים שההחלטה לא הייתה לטובתם. עוד נמצא כי קבלת הזדמנות לדבר נתפסת כבעלת חשיבות בפני עצמה, ללא קשר לשאלה אם הטיעון אכן השפיע בפועל על התוצאה.³⁰ טיילר מסביר ממצאים אלה בכך שעצם קבלת ההזדמנות לדבר ולהציג את הטיעונים לפני גורם בעל סמכות, דוגמת שופט, מגבירה את תחושת הערך העצמי של הדובר.³¹ תימוכין לסברה זו נמצאו במחקר מאוחר יותר, שמצא כי יחס של נימוס וכבוד מצד בעל הסמכות יוצר תחושה שההליך היה הוגן, בלי קשר לתחושת השליטה בתהליך ובתוצאה.³²

תהליך והתוצאה בגישור אינם ניתנים להפרדה, בחרתי במאמר זה להשתמש במונח "צדק פרוצדורלי", ולא במונח "הוגנות פרוצדורלית".

JOHN THIBAUT & LAWRENCE WALKER, PROCEDURAL JUSTICE: A PSYCHOLOGICAL ANALYSIS (1975) 25

.John Thibaut & Lawrence Walker, *A Theory of Procedure*, 66 CAL. L. REV. 541 (1978) 26

.TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW 116-117 (1990) 27

Tom R. Tyler, *Justice and Power in Civil Dispute Processing*, in JUSTICE AND POWER IN SOCIOLEGAL STUDIES 309, 323 (Bryant G. Garth & Austin Sarat eds., 1997) 28

TYLER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 117, 150. 29

שם, בעמ' 104. 30

שם, בעמ' 147. 31

Kevin Burke & Steve Leben, *Procedural Fairness: A Key Ingredient in Public Satisfaction*, 44 CT. REV. 4 (2007), available at aja.nscs.dni.us/courtrv/cr44-1/CR44-1-2BurkeLeben.pdf; Tom R. Tyler, *Procedural Justice and the Courts*, 44 CT. REV. 26 (2007), available at aja.nscs.dni.us/courtrv/cr44-1/CR44-1-2Tyler.pdf 32

ממצאים אלה עשויים ללמד לכאורה כי גישור הוא הליך המגשים עקרונות של צדק פרוצדורלי, שכן מידת ה"שליטה" שהוא מעניק לצדדים עולה על זו שההליך האדוורסרי מעניק, ומשתרעת על כל היבטי ההליך. אכן, מחקרים שונים מצאו כי דרך ההשתתפות הגמישה והלא-פורמלית – אשר מתבטאת, בין היתר, בעיצוב כללי הפרוצדורה, בקביעת הנושאים שיעלו לסדר-היום ובהפקדת האחריות לסכסוך וליישובו בידי הצדדים עצמם – מגבירה את תחושת ההגינות של הצדדים ביחס להליך ולתוצאתו.³³ לטענתם של הוגים שונים, רמת שליטה גבוהה בתהליך ובתוצאה מאפשרת צדק פרוצדורלי³⁴ ומגבירה את סיכויי הצדדים לעבור העצמה.³⁵

לפי תפיסה זו, העצמת הצדדים היא תוצר אינהרנטי של השתתפותם בתהליך המגלם עקרונות של צדק פרוצדורלי. הפוטנציאל המעצים של שליטה בתהליך מתבטא בפיתוח מיומנויות של יישוב סכסוכים, בכינון יחסים של כבוד הדדי, אמון והבנה, ובשיפור תחושת הערך העצמי.³⁶ תפיסת העצמה זו מבוססת על ההנחה כי הפעלת בחירה חופשית ומודעת על-ידי פרטים אוטונומיים, המסוגלים לזהות את צורכיהם ולהסכים לפתרון שיענה על צרכים אלה, מגבירה את יכולתם לפעול כ"סוכנים" (agents). מגשר המבקש לקדם העצמה בגישור מחויב אפוא להותיר בידי הצדדים רמה גבוהה ככל האפשר של "שליטה", ולעודדם להפעיל אוטונומיה, בחירה והגדרה עצמית.³⁷

על תפיסה זו של צדק פרוצדורלי נמתחה ביקורת. נטען כי היא מגלמת צדק פרוצדורלי "רזה", המעניק דגש מוגזם לאוטונומיה ולחופש הבחירה של הפרט מבלי להתייחס לחסמים לא-פורמליים להשתתפות שמקורם בעוני פוליטי ובמבנה חברתי לא-שוויוני.³⁸ תהליך המבוסס על עקרונות של צדק פרוצדורלי "רזה" יסתפק בדרך-כלל בהעצמה במובנה הצר בלבד, קרי, כזו המתבטאת בהתחזקות אישית – למשל, על-ידי שיפור הערך העצמי ורכישת מיומנויות חדשות. העצמה במובנה הצר עלולה לפעול

33 Harrington, לעיל ה"ש 15, בעמ' 212–211; Craig A. McEwen & Richard J. Maiman, *Small Claims Mediation in Maine: An Empirical Assessment*, 33 ME. L. REV. 237 (1981).

34 TYLER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 117–116; Tyler, לעיל ה"ש 28; LIND & TYLER, לעיל ה"ש 24, בעמ' 122–121.

35 Robert A. Baruch Bush, *Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition? The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation*, 41 FLA. L. REV. 253, 267 (1989).

36 שם, בעמ' 267–268; Fuller, לעיל ה"ש 19, בעמ' 327–325; Robert A. Bush & Joseph P. Folger, *Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities*, 27 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1, 39 (2012).

37 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 19, בעמ' 3; Bush & Folger, לעיל ה"ש 36, בעמ' 39; CARRIE MENKEL-MEADOW, DISPUTE PROCESSING AND CONFLICT RESOLUTION: THEORY, PRACTICE AND POLICY xvii (2003); Lea Wing, *Mediation and Inequality reconsidered: Bringing the Discussion to the Table*, 26 CONFLICT RESOL. Q. 383, 387 (2009).

38 JAMES BOHMAN, PUBLIC DELIBERATION: PLURALISM, COMPLEXITY AND DEMOCRACY 113–114, 126 (1996); Austin Sarat, *Authority, Anxiety and Procedural Justice: Moving from Scientific Detachment to Critical Engagement*, 27 LAW & SOC'Y REV. 647, 655 (1993).

דווקא לשעתוק ההסדרים הקיימים, וליצור אצל צדדים מקבוצות מוחלשות לא יותר מאשר תודעה כוזבת של העצמה, שכן תחושת ערך עצמי מוגבר יוצרת אשליה של הישג ושביעות-רצון גם מקום שיחסי הכוח הקיימים והבעיות המבניות נותרים בעינם.³⁹ על-פי מבקרים אלה, כדי שצדדים הנמנים עם קבוצות מוחלשות יוכלו לעבור העצמה "פוליטית", כזו המתבטאת בפיתוח תודעה ביקורתית ביחס למצב החברתי של הקבוצה שהם משתייכים אליה,⁴⁰ התהליך צריך לאפשר להם לקשר בין הפרטי לכללי, בין הסכסוך המסוים לבין המבנה החברתי ויחסי הכוח, ולרכוש הבנה הולכת וגוברת בדבר המציאות החברתית-התרבותית המעצבת את חייהם ובדבר מידת יכולתם לשנותה.⁴¹ תהליך כזה מגלם עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה".

בסעיפים הבאים תיבחן השאלה באיזו מידה תפיסת הניטרליות של המגשר מקדמת עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה".

3. אי-משוא-פנים שיפוטי

תפיסת הניטרליות של המגשר מושפעת במידה רבה מן התפיסה המסורתית של אי-משוא-פנים שיפוטי. לפיכך, בטרם ארחיב על תפיסת הניטרליות של המגשר, אציג בקצרה את התפיסה של אי-משוא-פנים שיפוטי.

התפיסה של אי-משוא-פנים שיפוטי (impartiality) נחשבת נשמת-אפה של השפיטה,⁴² תנאי בלעדיו אין לניהול הליך הוגן ולהשגת תוצאה צודקת. אי-משוא-פנים לא רק מבטא שאיפה לפרקטיקה שיפוטית ראויה, אלא גם נחשב תכונה שיפוטית אינהרנטית – "מידה טובה שיפוטית עילאית" (supreme judicial virtue)⁴³ – אשר חיונית לא רק להבטחת הגינותו של ההליך המסוים, אלא גם להבטחת אמון הציבור בשפיטה בכלל.⁴⁴ בהליך המשפטי האדוורסרי הרעיון של אי-משוא-פנים שיפוטי נועד להבטיח

PATRICIA EWICK & SUSAN S. SILBEY, THE COMMON PLACE OF LAW: STORIES FROM EVERYDAY LIFE 38–40 (1998); Naomi Mezey, *Out of the Ordinary: Law, Power, Culture and the Commonplace*, 26 LAW & SOC'Y REV. 145, 151 (2001); Lucie White, *Ordering Voice: Rhetoric and Democracy in Project Head Start*, in THE RHETORIC OF LAW 185 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1994).

EDWARD W. SCHWERIN, MEDIATION, CITIZEN ; 40–38 'בעמ' ,EWICK & SILBEY 40 EMPOWERMENT, AND TRANSFORMATIONAL POLITICS 61–63 (1995).

אלישבע סדן העצמה ותכנון קהילתי – תיאוריה ופרקטיקה של פתרונות חברתיים אנושיים 55 (1997).

Lord Devlin, *Judges and Lawmakers*, 39 MODERN L. REV. 1 (1976) 42

שם, בעמ' 4 43

MIRJAN R. DAMAŠKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS 135 (1986); Jeffrey M. Shaman, *The Impartial Judge: Detachment or Passion?*, 45 DEPAUL L. REV. 605 (1996); Murray Gleeson, *Public Confidence in the Judiciary*, 76 AUSTL. L.J. 558 (2002) 44

את מילוי של המאפיין המרכזי של השיטה האדוורסרית – הפקדת השליטה בניהול ההליך המשפטי בידי בעלי-הדין ועורכי-דינם. למעשה, ניתן לומר כי אי-משוא-פנים שיפוטי ושליטת הצדדים בתהליך הם שני צידיו של אותו מטבע: אי-משוא-פנים שיפוטי נועד להבטיח כי השליטה בתהליך לא תופקע מידי בעלי-הדין ותעבור לידי השופט; ואילו שליטת בעלי-הדין בתהליך מקדמת את האידיאל של אי-משוא-פנים שיפוטי ונתפסת כערוכה להגשמתו,⁴⁵ שכן העובדה שבעלי-הדין הם ה"שחקנים" הראשיים מאפשרת לשופט להישאר בעמדה פסיבית יחסית, שבה תפקידו העיקרי הוא ניהול הליך משפטי המאפשר תחרות שווה בין בעלי-הדין.

העיקרון של אי-משוא-פנים בשלב הדיוני של ההליך המשפטי מורכב משני היבטים עיקריים: שמירה על מרחק שווה מן הצדדים והעדר עניין של השופט במי מן הצדדים או בתוצאת הסכסוך. השמירה על מרחק שווה באה לידי ביטוי במבנה של משולש שווה-שוקיים (triad).⁴⁶ מבנה זה ממחיש את המרחק השווה בין השופט, היושב בקודקוד המשולש, לבין כל אחד מן הצדדים. לכאורה, ניתן לשמור על מרחק שווה הן בהתנהגות פסיבית והן בהתנהגות אקטיבית ומתערבת. אולם המשמעות המקובלת של החובה היא מעורבות שיפוטית נמוכה ואי-נקיטת עמדה בסכסוך.⁴⁷ ההנחה היא כי בדרך זו ניתן להבטיח כי השליטה במשחק התחרותי תיוותר בידי הצדדים עצמם.⁴⁸ בשלב המהותי של ההליך המשפטי האדוורסרי – שלב ההכרעה השיפוטית – העיקרון של אי-משוא-פנים מקבל משמעות אחרת: אובייקטיביות. הכרעה אובייקטיבית היא הכרעה המתבססת על כללים משפטיים, להבדיל מתפיסות ודעות סובייקטיביות.⁴⁹ דימוי המתקשר לתהליך ההכרעה האובייקטיבי הוא זה של אלת הצדק שענינה כוסו, לבל תושפע ממראה פניהם של בעלי-הדין ותישא אליהם פנים. דימוי זה ממחיש את התפיסה של "מסך בערות" במשמעותה אצל רולס: על השופט – בדומה לאלת הצדק – להתייצב מאחורי מסך בערות, כדי שיוכל להתעלם מן ההבדלים בין בעלי-הדין ולפסוק את הדין בצורה אובייקטיבית. לשם כך, "בני האדם מופשטים מתכונותיהם הייחודיות כך שאי-אפשר להבחין ביניהם".⁵⁰ ההתייצבות מאחורי מסך בערות נועדה לגרום לכך שזהותם של בעלי-הדין ואף זהותו של השופט עצמו יהיו לא-רלוונטיות להכרעה.⁵¹

45 DAMAŠKA, שם, בעמ' 136.

46 MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS 1–2 (1986).

47 Mulcahy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 509.

48 SHAPIRO, לעיל ה"ש 46, בעמ' 22–26; Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 383 (1978).

49 Shaman, לעיל ה"ש 44, בעמ' 606–607; Devlin, לעיל ה"ש 42, בעמ' 4.

50 יותם בנוזימן *עד שתגיע למקומו – אתיקה, אי-משוא פנים ויחסים אישיים* 62 (התשס"ה). ראו גם: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 136–138 (1972).

51 בנוזימן, שם, בעמ' 87. רולס סבור כי מאחר שבמציאות אין אפשרות לשוויון מוחלט בין המשתתפים, יש לפעול לנטרול הידע בדבר הנתונים המקריים של אי-השוויון. הנטרול נעשה באמצעות התייצבות מאחורי "מסך בערות" (veil of ignorance), RAWLS, שם, בעמ' 18–19, 138.

בעשורים האחרונים השתנה במידה ניכרת תפקידו המסורתי של השופט, בעקבות חדירתה של הפשרה השיפוטית אל לב-ליבה של העשייה השיפוטית.⁵² הפשרה השיפוטית חותרת לכאורה תחת יסודותיו של ההליך האדוורסרי, ומצמצמת את הפער בין ההליך המשפטי לבין הגישור.⁵³ למרות זאת ממשיכים השופטים לצדד בדרך-כלל בתפיסה המסורתית של אי-משוא-פנים.⁵⁴ כאמור, תפיסת הניטרליות של המגשר מושפעת במידה רבה מן התפיסה המסורתית של אי-משוא-פנים שיפוטי על שני היבטיה. על כך ארחיב בסעיף הבא.

4. הניטרליות של המגשר

(א) מבוא – אופייה ההיברידי של ההשתתפות בגישור

על-אף הקרבה הרעיונית בין תפיסת הניטרליות של המגשר לבין הרעיון של אי-משוא-פנים שיפוטי, שתי התפיסות נבדלות זו מזו בשני היבטים מרכזיים. ראשית, שופט (גם שופט המנהל הליך של פשרה בין הצדדים) אינו רשאי להיפגש בנפרד עם אחד הצדדים בלא נוכחותו של הצד האחר, מאחר שהדבר עלול ליצור חשש ממשי למשוא-פנים או לפחות מראית-עין של משוא-פנים.⁵⁵ לעומת זאת, מגשר לא זו בלבד רשאי להיפגש עם כל צד בנפרד לפי שיקול-דעתו, אלא שהפגישה ביחידות (caucus) היא לב-ליבו של

52 יורם אלרואי "הפישור השיפוטי והגישור" *הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל* 68 (1999); נציבות תלונות הציבור על שופטים "חוות דעת מס' 8 – הסדרת סכסוכים בפשרה או בפסק דין בדרך של פשרה" *דין וחשבון שנתי לשנת 2004* 118 (2005) (חוות-הדעת ניתנה בתאריך 6.7.2004); קרני פרלמן "תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הקאליזם המשפטי" *מחקרי משפט* כו 415 (2010).

53 פרלמן עומדת גם על תפקידו של "בית-המשפט פותר הבעיות" או "בית-המשפט התרפויטי" – תפקיד הסוטה מניהול הליך אדוורסרי מסורתי. בית-משפט זה פועל מכוח תפיסה של "תורת משפט טיפולי", דהיינו, לנגד עיניו עומדת לא רק המטרה של הענשת הפרט על העברה שעבר, אלא גם הרצון לפעול לשיקומו ולחינוכו ולסייע לו להתמודד עם הבעיות שבעטיין ביצע את העברה. ההליך השיפוטי התרפויטי הוא פורמלי פחות ומשתף, ותכליתו לקדם תקשורת ישירה בין הגורמים המעורבים בסכסוך. שם, בעמ' 434–438.

54 לעניין זה ראו את פסיקתו של בית-המשפט העליון בדבר פסלותו של שופט מלשבת בדין. בית-המשפט העליון פסק כי הבעת דעה של השופט על התיק בעת ניהול הליכי פשרה אין בה כדי לשמש עילה לפסלות שופט על-פי המבחן של "חשש ממשי" למשוא-פנים. ראו, למשל, ע"א 131/00 סורפין נ' אמבר אגודה שיתופית חקלאית מרכזית בע"מ (פורסם בנבו, 16.8.2000); ע"א 2501/00 אבו כף נ' אבו כף (פורסם בנבו, 11.5.2000); ע"א 8025/03 גבעון נ' שרם (פורסם בנבו, 3.12.2003).

55 Leslie W. Abramson, ; *Rose v. State*, 601 So. 2d. 1181, 1183 (Fla. 1992) (להלן: עניין *Rose*); *The Judicial Ethics of Ex Parte and Other Communications*, 37 Hous. L. Rev. 1343, 1355–1356 (2000); חוות דעת 09/07 של נציבות תלונות הציבור על שופטים "האם בית המשפט רשאי לקיים פגישה נפרדת עם בעלי הדין במסגרת ניסיון ליישוב הסכסוך בהסכמה?" *דין וחשבון שנתי לשנת 2007* 229 (2008) (חוות-הדעת ניתנה בתאריך 30.7.2007).

תהליך זיהוי הצרכים והאינטרסים בגישור,⁵⁶ ומרכיב חיוני ביצירת יחסי אמון בין המגשר לבין הצדדים. שנית, המגשר, לא כשופט, אינו מוסמך להכריע בסכסוך: השאיפה בגישור היא להגביר את מידת השליטה הנתונה בידי הצדדים, ובכלל זה להותיר בידם שליטה בלעדית בתוצאה.⁵⁷

הבדלים אלה בין הניטרליות של המגשר לבין אי-משוא-פנים שיפוטי נובעים לדעתי מאופייה ההיברידי של ההשתתפות בגישור, המשלבת עקרונות דמוקרטיים עם עקרונות של תחרות: ייבוא העיקרון של אי-משוא-פנים מן ההליך האדוורסרי מאפשר למגשר להימצא במרחק שווה מן הצדדים הניצים ולשמור על הוגנות התהליך, ואילו יחסי האמון שהוא קושר עם הצדדים, בעיקר במהלך הפגישה ביחידות, מאפשרים לו לסייע להם לשתף פעולה ולהביאם לידי הסכמה על תוצאה שתיתן מענה לצרכים ולאינטרסים שלהם. השילוב של אי-משוא-פנים ויחסי אמון נועד לאפשר למגשר לנהל תהליך מעין-דמוקרטי המותיר בידי הצדדים ריבונות על התהליך והתוצאה, וזאת תוך שמירה על מבנה של משולש, אשר מתחייב מהיותם נתונים במצב של סכסוך ותחרות.

הספרות בתחום הגישור עוסקת בדרך-כלל בשני מודלים של גישור: מודל פתרון הבעיות, השכיח יותר, והמודל הטראנספורמטיבי. שני המודלים נבדלים זה מזה, בראש ובראשונה, במטרת הגישור. לפי מודל פתרון הבעיות, תכליתו של הגישור היא "לפתור את הבעיה" וליישב את הסכסוך בדרך של הסכם שייתן מענה לצרכים ולאינטרסים של הצדדים.⁵⁸ תכליתו של המודל הטראנספורמטיבי, לעומת זאת, אינה ליישב את הסכסוך, אלא לחולל אצל הצדדים טראנספורמציה בעלת שני ממדים – העצמה והכרה. העצמה באה לידי ביטוי בחיזוק ה"עצמי", על-ידי התמודדות עם הקונפליקט ועם הקשיים שהוא מציב בדרך של התבוננות פנימית ובחירה מודעת. "הכרה" באה לידי ביטוי בשינוי היחס של האני אל האחר ובחיזוק היכולת להתנסות בדאגה לזולת ולבטאה. שני היסודות משלימים זה את זה: אינטגרציה בין האוטונומיה האישית לבין הדאגה והאחריות לזולת מבטאת התפתחות מוסרית שלמה.⁵⁹ לטענתם של בוש ופולגר, לקונפליקט יש פוטנציאל ייחודי להוביל להתרחשותה של הסינתזה האמורה: בהיותו כרוך במפגש הכרחי עם אחר, הוא מציב בפני הצדדים לסכסוך אתגר כפול: להבהיר לעצמם את

56 אלה פני הדברים במודל פתרון הבעיות, שהוא מודל הגישור הרווח. במודל הגישור הטראנספורמטיבי, לעומת זאת, הפגישה ביחידות מעוררת ביקורת. ראו: ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT 247 (rev. ed., 2005) (להלן: BUSH & FOLGER, TRANSFORMATIVE APPROACH).

57 MOORE, לעיל ה"ש 18, בעמ' 52.

58 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 20; MOORE, לעיל ה"ש 18; ROGER FISHER & WILLIAM URY, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN (1983).

59 ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION 81–82 (1994) (להלן: BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT).

הצרכים שלהם ובה-בעת להכיר בנקודת-המבט השונה של האחר.⁶⁰ גישור שהשיג יעדים אלה הוא לדעתם גישור מוצלח, בין אם הוא הסתיים בהסכם ובין אם לאו.⁶¹ תפיסת הניטרליות של המגשר ממלאת תפקיד חיוני בשני המודלים, כפי שאראה בשני הסעיפים הבאים.

(ב) ניטרליות לפי מודל פתרון הבעיות

המשמעות המקובלת של ניטרליות לפי מודל פתרון הבעיות מוגדרת אצל מור (Moore). מור סבור כי לניטרליות של המגשר יש למעשה שני ממדים: "ניטרליות" ו-"אי-משוא-פנים".⁶² "ניטרליות" קשורה ליחסים בין המגשר לבין הצדדים, ומשמעה בדרך-כלל העדר קשר קודם ביניהם. אם קיים קשר כזה, אל לו לייצר העדפה כלשהי כלפי מי מן הצדדים. "אי-משוא-פנים" קשור לעמדה שהמגשר נוקט בסכסוך.⁶³ על המגשר להיות נטול עניין אישי או מקצועי במי מן הצדדים, באינטרסים שלהם או בתוצאה מסוימת.⁶⁴ לעניין היקף הניטרליות מור מבחין בין פרוצדורה לתוכן. לדעתו, תפקיד המגשר הוא לנהל תהליך הוגן, ולא לקדם תוצאה מסוימת. לכן עליו להפגין ניטרליות מוחלטת ולהימנע מהבעת עמדה ביחס לתוצאת הסכסוך. אולם ניטרליות בהיקף זה אינה אפשרית ביחס לניהול התהליך. לכן, בעוד ביחס לתוצאה עליו להקפיד להישאר ניטרלי, כדי להותיר את השליטה בה בידי הצדדים, בכל הנוגע בתהליך הניטרליות שלו אמורה לבוא לידי ביטוי בשמירה על סטנדרטים פרוצדורליים הוגנים. השמירה על הגינות ההליך עשויה לחייבו לחרוג מן העמדה הניטרלית הפורמליסטית, ולנקוט עמדה אקטיבית ומתערבת.⁶⁵

60 שם ; BUSH & FOLGER, TRANSFORMATIVE APPROACH, לעיל ה"ש 56, בעמ' 253.
61 BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT, לעיל ה"ש 59, בעמ' 81-82 ;
TRANSFORMATIVE APPROACH, לעיל ה"ש 56, בעמ' 74.

62 MOORE, לעיל ה"ש 18, בעמ' 50-51.

63 שם. ראו גם תק' 5 (ב) לתקנות הגישור, אשר מאמצת את שני המובנים שמור עומד עליהם.

64 ראו, למשל, כלל II לקוד האתי האמריקאי המשולב, לעיל ה"ש 9. כן ראו חוק הגישור האחיד האמריקאי: www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm (2003) § 9 (2003). הגדרת "חשש ממשי למשוא פנים" בסעיף 77 לחוק בתי-המשפט כוללת את שני המובנים שמור מצביע עליהם, כלומר, הן את היחס החיצוני לצדדים והן את העמדה בנוגע לסכסוך. עומר שפירא סבור כי בגישור, להבדיל מן ההליך המשפטי, יש לאמץ מבחן סובייקטיבי של "חשש סביר" או "מראית-עין" של משוא-פנים. הסיבה לכך, לדעתו, היא שבגישור יש להעניק לתחושת הצדדים משקל רב יותר, שכן האמון שלהם במגשר נחוץ כדי שזה יוכל למלא את תפקידו. ראו עומר שפירא **הפעלת כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית** 261-262 (התשס"ז).

65 שם. להבחנה בין תהליך לבין תוכן ראו גם רינה בוגוש ורות הלפרין-קדרי "הקול קול הגישור, אך הידיים ידי המשפט: על גישור ועל ניהול גירושין בישראל" **הפרקליט** מט 293, 327 (2008). ממחקר שערכו המחברות עולה כי מגשרים תופסים את עצמם כמי שתפקידם לסייע בתקשורת בין הצדדים, מבלי להתערב בתוכן הסכסוך. למגשר אקטיבי ומתערב לפי מודל פתרון הבעיות ראו דפנה לביא **המגשר – התפקיד והמפתח להצלחת הגישור** 85-88 (2003). שרה בן-ארצי, בספרה **אחריות המגשר**

ריפקין, מילן וקוב (Rifkin, Millen & Cobb) מגדירים את פרקטיקת הניטרליות בצורה שונה מעט. לטענתם, לניטרליות יש שני היבטים: אי-משוא-פנים ושמירה על מרחק שווה (equidistance).⁶⁶ אי-משוא-פנים משמעו העדר עניין אישי בצדדים או בתוצאת הסכסוך. על המגשר להשעות דעות והשקפות אישיות, רגשות ואג'נדות פרטיות. הפרקטיקה של אי-משוא-פנים מתבטאת בעמדה פורמליסטית ופסיבית, בשמירה על ריחוק ובאי-מעורבות רגשית.⁶⁷ שמירה על מרחק שווה באה לידי ביטוי במתן סיוע זהה לכל צד לבטא את "הצד שלו" בסכסוך, כדי שיוכל לזהות את האינטרסים שלו. חובה זו מבוססת על ההנחה כי הגעה להסכם צודק מחייבת הנכחה של כל האינטרסים הסמויים המייצרים את הסכסוך ופועלים עליו.⁶⁸ הגשמת תכלית זו מחייבת את המגשר לנהל תהליך אקטיבי של יצירת סימטרייה בין הצדדים. הדבר נעשה על-ידי חבירה זמנית של המגשר לכל צד (partiality), כדי לעודד כל צד "לספר את סיפורו", ובלבד שבסיכומו של ההליך נשמר מרחק שווה בינו לבין כל אחד מן הצדדים.⁶⁹ בדרך-כלל תהליך זה מתרחש במהלך הפגישה ביחידות.

ריפקין ועמיתיה סבורים כי שני היבטים האמורים של הניטרליות סותרים לכאורה זה את זה: בעוד אי-משוא-פנים כרוך בהפגנת יחס זהה כלפי שני הצדדים ללא קשר לאישיותם ולהעדפותיהם, השמירה על מרחק שווה – המתרחשת בשלב הפגישה ביחידות – כרוכה ביצירת יחס אישי בין המגשר לבין הצדדים. בעוד אי-משוא-פנים כרוך באימוץ נקודת-מבט של מתבונן ניטרלי, שאינו רגיש להבדלים בין הצדדים, יחס אישי מחייב את המגשר להתמקד בזולת קונקרטי – זולת בעל פנים ייחודיים וצרכים ייחודיים – ולקשור עימו יחסי אמון וקרבה.⁷⁰ מטעמים אלה, טוענים ריפקין ועמיתיה, מתקיים בין שני היבטי הניטרליות יחס פרדוקסלי: קשה לנקוט עמדה של ריחוק ופסיביות, אובייקטיביות והעדר קשר רגשי, המאפיינים עמדה של אי-משוא-פנים, ובר-בזמן גם לרכוש את אמון הצדדים, לקשור עימם יחסי אמון ולהפגין כלפיהם אמפתיה

– ייעוץ וחיווי דעה על-ידי המגשר והגישור המותאם (2012), סוקרת את הטיועונים המצדדים בפרקטיקה של מתן ייעוץ וחוויות-דעת על-ידי מגשר ואת הטיועונים המתנגדים לפרקטיקה זו, ומציעה מודל של "גישור מותאם" שבו יוכלו הצדדים לבחור את מודל הגישור המתאים ביותר לצורכיהם. מודל זה מכבד לדעתה את חופש הבחירה של הצדדים ואת עקרון ההכרעה העצמית שלהם (שם, בעמ' 505–547). עם זאת, לדבריה, "ראוי כי הבוחרים בכך [במודל הגישור המותאם – ר' ז'] יקחו בחשבון, מראש, שהבעת דעתו של המגשר היא נקיטת עמדה מצידו, שלא דווקא מתיישרת עם נייטרליות או עם מלוא המשמעויות הנובעות והמתחייבות מנייטרליות טוטלית" (שם, בעמ' 551). יש להעיר כי תפיסת הניטרליות המוצגת על-ידי בן-ארצי היא ככל הנראה התפיסה המסורתית של אי-משוא-פנים (ראו שם, בעמ' 543–544). לפרקטיקה של איזון יחסי הכוח ראו גם אורנה דויטש פישור – הענק המתעורר 155–158 (1998).

66 Rifkin, Millen & Cobb, לעיל ה"ש 11, בעמ' 151–153.

67 שם.

68 Cobb & Rifkin, לעיל ה"ש 13, בעמ' 46–47.

69 שם, בעמ' 43–46.

70 למתח בין אי-משוא-פנים לבין יחס אישי ראו בנוזמן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 87.

ותמיכה.⁷¹ הפגישה ביחידות עלולה לדעתם לערער את מבנה המשולש, וליצור אצל הצד שהמגשר נפגש איתו בנפרד את התחושה כי המגשר יצר עימו קואליציה. כאשר הדבר מתחוויר למגשר, מופעל עליו לחץ פנימי לחזור לעמדה הפורמליסטית של אי-משוא-פנים. המעבר בין שתי העמדות, טוענים ריפקין ועמיתיה, משגר לצדדים מסר כפול ומקשה גם על המגשר עצמו.⁷²

קוב וריפקין טוענות כי המבנה הפרדוקסלי האמור הוא תוצר של המתח בין שתי הנחות-יסוד של תפיסת הניטרליות: ההנחה הראשונה היא כי חובת הניטרליות ביחס לתוכן רחבה מזו החלה ביחס לפרוצדורה. הנחה זו היא תולדת התפיסה שלפיה השליטה הבלעדית בתוצאה נתונה בידי הצדדים, ומתבקשת ממנה המסקנה כי תפקידו של המגשר הוא לקדם צדק שהוא פרוצדורלי בעיקרו: מאחר שהצדדים הם האחראים להסכם, נשמט לכאורה הבסיס לאחריותו של המגשר לצדק מהותי.⁷³ ההנחה השנייה היא כי תפקיד המגשר הוא לסייע לצדדים לחשוף את האינטרסים שלהם, כדי שיהיה אפשר להגיע להסכם המגלם צדק פרטיקולרי. לפי הנחה זו, המגשר מנהל לא רק פרוצדורה, אלא גם תוכן: אם ההסכם שהצדדים עומדים להגיע אליו אינו הוגן לדעתו, אל לו לעמוד מנגד; עליו להתערב ולפעול לקידומו של הסכם צודק. מגשר שממלא תפקיד זה נוטל על עצמו אחריות לצדק מהותי.⁷⁴

בוש ופולג'ר (Bush & Folger) טוענים כי למגשר הפועל לפי מודל פתרון הבעיות יש אינטרס סמוי לפתור את הסכסוך, וכי הדבר מניע אותו להפעיל פרקטיקות תהליכיות המשפיעות על התוצאה. פרקטיקות אלה באות לידי ביטוי בהפעלת לחץ גלוי או סמוי על הצדדים להגיע להסכם, במקום להותיר בידם את קבלת ההחלטות.⁷⁵ בהסתמך על מחקרן של סילבי ומרי,⁷⁶ מזהים בוש ופולג'ר שלושה סוגים של פרקטיקות תהליכיות המשפיעות על התוצאה:⁷⁷

1. **עריכת דיאגנוזה לסכסוך** – תהליך זה מבוסס בדרך-כלל על ניסיון קודם של המגשר. אבחון הסכסוך נעשה על-ידי מיפוי הנושאים שבסכסוך, הערכת היקפו של המכנה המשותף בין הצדדים והערכת הסיכויים להשגת הסכם. תהליך זה מהווה עדשה

Lisa Parola Gaynier, *In Search of a Theory of Practice: What Does Gestalt Have to Offer the Field of Mediation?*, 7 GESTALT REV. 180, 192 (2003)

Rifkin, Millen & Cobb, לעיל ה"ש 11, בעמ' 153-155.

Mulcahy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 508.

Cobb & Rifkin, לעיל ה"ש 13, בעמ' 46-47. המחוקק הישראלי אימץ גישה זו, ובתק' 8 (ב) לתקנות הגישור הסמיך את המגשר להפסיק את הגישור אם הוא סבור, בין היתר, כי הסדר הגישור שבעלי-הדין עומדים להגיע אליו הוא "בלתי חוקי, בלתי מוסרי או סותר את תקנת הציבור", "בלתי הוגן בעליל", "אינו מתחשב בענייניו של קטין או פסול דין הקשור לסכסוך" או שכתוצאה ממנו "עלול להיגרם נזק של ממש לצד שלישי".

Mulcahy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 511-512.

Susan S. Silbey & Sally E. Merry, *Mediator Settlement Strategies*, 8 LAW & POL'Y 7 (1986).

BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT, לעיל ה"ש 59, בעמ' 64-70.

- שהמגשר מתכוון דרכה על הצדדים ועל הסכסוך כבר מראשית התהליך, מה שמגביל, לטענתם של בוש ופולגר, את יכולתו להבחין בפרטים הייחודיים לסכסוך הפרטיקולרי ובהתייחסויות-הגומלין הספציפיות בין הצדדים.
2. הפעלת אסטרטגיות תהליכיות המשפיעות על תנאי ההסכם – האסטרטגיה המובהקת ביותר היא התמקדות בפתרון אחד שלדעת המגשר הוא הפתרון הרצוי, מבלי לבחון אפשרויות אחרות.⁷⁸ בדרך-כלל הצדדים אינם מודעים למהלך זה, ועל-כן אינם מביעים התנגדות לו.
3. השמטת נושאים בעייתיים מסדר-היום – הכוח הסמוי הנתון למגשר להשפיע על הנושאים שיידונו משפיע על תוכן הגישור. הנושאים המושמטים יהיו בדרך-כלל אלה המקטינים את הסיכוי להשגת הסכם. לעיתים יהיו אלה נושאים רגשיים שקשה למצוא להם פתרון מוחשי מוגדר.

לטענתם של בוש ופולגר, פרקטיקות תהליכיות אלה מצמצמות באופן סמוי את שליטת הצדדים בתוצאה.⁷⁹ כתוצאה מכך ההסכם אינו עונה על צורכי הצדדים כפי שהם עצמם רואים אותם, אלא על הצרכים שלהם כפי שהם נתפסים בעיני המגשר.⁸⁰ נראה כי הסיבה העיקרית לבעייתיות שבוש ופולגר עומדים עליה נעוצה באופיו ההיברידי של הגישור, המשלב כאמור עקרונות של השתתפות דמוקרטית עם עקרונות של השתתפות תחרותית: ההשתתפות הדמוקרטית אמורה להתגשם באמצעות עקרונות של צדק פרוצדורלי, ובראשם ריבונות הצדדים על התהליך והתוצאה, ואילו ההשתתפות התחרותית היא תולדת הסכסוך בין הצדדים, ובדרך-כלל מחייבת מעורבות של צד שלישי, הגורעת מריבונותם.

המתח בין הזיקה הישירה בין תהליך ותוכן בגישור לבין הניסיון להשתית את תפיסת הניטרליות של המגשר על ההבחנה בין תהליך לתוכן הינו בעייתי במיוחד במצבים של פערי כוח בין הצדדים.⁸¹ מצבים אלה מציבים את המגשר בפני אתגר מיוחד: מצד אחד, הותרת הריבונות המלאה על התוצאה בידי הצדדים עלולה לפגוע בהוגנות התהליך

78 לעניין זה ראו, למשל, CONLEY & O'BARR, לעיל ה"ש 15, בעמ' 54–55.

79 BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT, לעיל ה"ש 59, בעמ' 72–73.

80 שם, בעמ' 74–76, 104. עומר שפירא מזהה אף הוא פרקטיקות תהליכיות המשפיעות על התוצאה, ביניהן הפעלת לחץ באמצעות איום (איום להפסיק את הגישור, דחיקת הצדדים לקבלת פתרון שנראה מוצלח בעיני המגשר, איום להאשים צד בכשלון המשא-ומתן בפומבי – למשל, כאשר מדובר בסכסוך קיבוצי), יצירת לחץ זמן (הצבת מועד סופי לסיום המשא-ומתן, הצגת ההסדר המוצע כ"סיכוי אחרון" לפתרון, יצירת תנאים המקשים על הצדדים להתנגד להסדר, כגון פגישה בשעת לילה מאוחרת, סירוב המגשר לאפשר לצדדים לעזוב את הגישור), הערכה של סיכויי ההצלחה בבית-המשפט, עיצוב פתרון על-ידי המגשר, קביעת סדר-היום והנושאים לדיון, קיום פגישות נפרדות ועוד. שפירא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 67–98. לדעת שפירא, פרקטיקות אלה מסכנות את עקרון הניטרליות של המגשר – שם, בעמ' 278–284.

81 להבחנה בין ניטרליות ביחס לתהליך לבין ניטרליות ביחס לתוכן ולתוצאה ראו גם שפירא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 266–268.

ולהסתיים בהסכם המקפח את הצד החלש; ומצד אחר, התערבות של המגשר ביחסי הכוח – למשל, על-ידי נקיטת פרקטיקות להעצמת הצד החלש באמצעות ניסיון לערוך "איזון" של יחסי הכוח⁸² – עלולה להיתפס בעיני הצד החזק כפוגעת במרחק השווה בינו לבין כל אחד מן הצדדים.⁸³ הספרות הדנה במודל פתרון הבעיות אינה מנתחת דילמה זו בצורה מספקת, ובדרך-כלל מייחסת משמעות עליונה לעקרון ההכרעה העצמית של הצדדים,⁸⁴ מבלי להתייחס לזיקה שבין הצדדים המסוימים לבין המבנה החברתי והפוליטי.

לסיכום תת-פרק זה, מודל פתרון הבעיות שואף לייחד את תפקידו של המגשר ל"תהליך", ולהותיר בידי הצדדים את האחריות המלאה לתוצאה או לתוכן. ההבחנה בין תהליך לבין תוכן גורמת לכך שהניטרליות של המגשר שואפת, מצד אחד, לקדם תהליך דמוקרטי המותיר בידי הצדדים ריבונות על התוצאה, ומצד אחר, להתקרב ככל האפשר למודל של אי-משוא-פנים שיפוטי, הגורע מריבונותם. בעייתיותה של ההבחנה בין תהליך לבין תוכן באה לידי ביטוי גם בכך שהניטרליות כוללת בחובה שני היבטים הסותרים זה את זה: אי-משוא-פנים ושמירה על מרחק שווה. אי-משוא-פנים בא לידי ביטוי בשמירה על פרוצדורה הוגנת, ואילו שמירה על מרחק שווה באה לידי ביטוי בחתירה לתוצאה צודקת המושתתת על צדק פרויקטורי.

(ג) ניטרליות לפי המודל הטרנספורמטיבי

המודל הטרנספורמטיבי, מיסודם של בוש ופולגר, מבוסס על הכרה בבעייתיותה של ההבחנה בין תהליך לבין תוכן ועל מודעות להשפעתו של המגשר על התהליך ועל התוכן גם-יחד. עם זאת, בוש ופולגר טוענים כי השפעה זו מקורה באידיאולוגיה של מודל פתרון הבעיות, וכי ניתן להתגבר עליה באמצעות תפיסת ניטרליות חלופית. לפי התפיסה המוצעת על-ידיהם, ניתן לרתום את כוחו של המגשר לצורך הגברת הניטרליות דווקא: המגשר יעשה אומנם שימוש בכוחו, אך זאת לא לצורך הכוונת הצדדים לתוצאה מסוימת, אלא למען השגת מטרה הפוכה: הפקדת השליטה הבלעדית בתוצאה בידי הצדדים. תפיסת ניטרליות זו מבטאת מחויבות של המגשר להשתמש בכוחו כדי להבטיח את שליטתם הבלעדית של הצדדים בתוצאה.

משמעות זו של ניטרליות מגדילה, לטענתם של בוש ופולגר, את הסיכויים שההסכם – אם יושג – ישקף את האינטרסים של הצדדים, ולא את אלה של המגשר.⁸⁵ לכן הניטרליות במשמעות זו מקדמת לטענתם את תכליתיו של המודל הטרנספורמטיבי:

82 Bush & Folger, לעיל ה"ש 36, בעמ' 15–17, Mulcahy; לעיל ה"ש 7, בעמ' 510.
83 MOORE, לעיל ה"ש 18, בעמ' 68–69; Susan Nauss Exon, *How Can a Mediator Be Both Impartial and Fair: Why Ethical Standards of Conduct Create Chaos for Mediators?*, BEPRESS LEGAL SERIES 5, 7, 20–27, 46 (2006), law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=7078&context=expresso.

84 לעקרון ההכרעה העצמית ראו גם שפירא, לעיל ה"ש 64, בעמ' 169–177.
85 BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT, לעיל ה"ש 59, בעמ' 105–106.

העצמה והכרה. העצמה לפי מודל זה מבוססת על ההנחה כי מומחיותם של הצדדים בבעיות ובצרכים שלהם גדולה מזו של המגשר.⁸⁶ תפיסה זו מחייבת את המגשר – גם אם הצדדים מצפים שהוא יפעיל את כוחו ואת מיומנותיו כדי להשפיע על תהליך קבלת ההחלטות – לנקוט באופן מודע עמדה פסיבית ולמזער את מידת התערבותו בתהליך קבלת ההחלטות. תפקידו צריך להסתכם בשיקוף דברי הצדדים, בסיכומי ביניים, בהארת חילוקי הדעות וההבנות ההדדיות וכיוצא באלה, ואל לו להביע דעה או לנסות לקדם את התקשורת בדרך אחרת.⁸⁷ לפי גישה זו, במקום להוביל את הצדדים לפתרון הראוי בעיניו, המגשר צריך ללכת בעקבותיהם.⁸⁸ מכאן שעליו להימנע מלהפעיל עליהם לחץ⁸⁹ או מלתת להם ייעוץ מקצועי או אחר.⁹⁰ כמו-כן עליו להימנע מהפעלת פרקטיקות לאיזון יחסי הכוח, מאחר שהפעלה כזו מושגת על הנחות מוקדמות בדבר יחסי הכוח, שאינן מבוססות בהכרח על תחושות הצדדים.⁹¹ התערבות ביחסי הכוח בנסיבות אלה עלולה אפוא להחליש את הצדדים, ולא להעצימם. לכן יש להגבילה רק לנסיבות שבהן קיימים סימנים מפורשים לכך שאחד הצדדים מוטרד מחוסר האיזון.⁹² זאת ועוד, משהגיעו הצדדים להסכם, גם אם הוא נראה למגשר לא-הוגן, עליו להימנע מלגלות כלפיו יחס שיפוטי כל עוד הוא משקף לדעתו את רצונם החופשי של הצדדים.⁹³ ההנחה היא אפוא

- BUSH & FOLGER, TRANSFORMATIVE APPROACH 86 לעיל ה"ש 56, בעמ' 249–251.
- Ran Kuttner, *Striving to Fulfill the Promise: The Purple House Conversations and the Practice of Transformative Mediation*, NEGOTIATION J. 331, 339–340 (2006) 87
- BUSH & FOLGER, TRANSFORMATIVE APPROACH 88 לעיל ה"ש 56, בעמ' 248, Bush & Folger ; לעיל ה"ש 36, בעמ' 40.
- Bush 89 לעיל ה"ש 35, בעמ' 282–283.
- BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT 90 לעיל ה"ש 59, בעמ' 85–96. ראו לעניין זה גם תק' (ז) לתקנות הגישור. לדיון בתק' (ז)5 ראו בן-ארצי, לעיל ה"ש 65. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 4912/07 ה.א. נ' ה.א., פס' 6 לפסק-הדין (פורסם בנוב, 31.1.2012), שם אמר בית-המשפט לענייני משפחה, בין היתר: "מעצם מהותו של הליך הגישור, המבוסס על רצונם והגינותם של הצדדים המשתתפים בו, אין להרחיק לכת ולחצות את הקו הדק בין אותה אחריות של המגשר לבין אחריות הצדדים עצמם, עליהם מוטלת החובה לבדוק את הטעון בדיקה ולהחליט החלטות על בסיס שיקוליהם הם וסדרי העדיפויות שלהם." מדברים אלה משתמעת תפיסה המייחסת משקל חשוב לעקרון ההכרעה העצמית של הצדדים ולחופש הבחירה שלהם.
- 91 במהדורה השנייה לספרם נמנעים בוש ופולג'ר מלדון בתפיסת הניטרליות של המגשר. הדבר עשוי להצביע על כך שהם חזרו בהם מתפיסת הניטרליות המקורית שלהם אולם אין באמתחתם תפיסה אתית חלופית. עם זאת, הרושם המתקבל מהליכי הגישור המודגמים בספר – ובמיוחד מזה של "הבית הסגול" ("The Purple House"), המנוהל על-ידי בוש עצמו – הוא שפרקטיקת הניטרליות הרדיקלית, אשר באה לידי ביטוי בעמדה פסיבית של המגשר, מוסיפה למלא תפקיד נכבד במודל הטרנספורמטיבי. ראו BUSH & FOLGER, TRANSFORMATIVE APPROACH לעיל ה"ש 56.
- 92 Joseph P. Folger & Robert A. Baruch Bush, *Transformative Mediation and Third Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice*, 13 MEDIATION Q. 263, 268–269 (1996).
- 93 שם, בעמ' 268, Bush & Folger ; לעיל ה"ש 36, בעמ' 43.

כי נקיטת עמדה פסיבית הן ביחס לתהליך והן ביחס לתוכן מגבירה את סיכויי הצדדים לעבור העצמה.

דוגמה לאופן שבו המגשר צריך להפעיל את עקרון הניטרליות, לדעתם של בוש ופולגר, מופיעה במהדורה הראשונה לספרם. במקרה המתואר הסכימו בני-זוג המצויים בהליכי גירושים כי המשמורת על הילדים תהיה אצל האב. לא נקבעו הסדרי ראייה, והוסכם כי הילדים יבואו לבקר את אמם כל אימת שיחפצו בכך. האישה ויתרה על חלקה בדירת המגורים המשותפת, והוסכם כי היא תקבל סכום חד-פעמי צנוע, שתמורתו היא תותר על כל זכויותיה ברכוש המשותף. לשאלת המגשר אם היא חשה בנוח להותיר את הדירה לבעלה, ואם התייעצה על כך עם עורך-דין, השיבה האישה בחיוב. לדבריה, היא זו שיזמה את הגירושים, והדבר החשוב לה ביותר הוא לסיים את הקשר בהקדם האפשרי ולהמשיך בחייה. לשאלת המגשר מדוע החליטה להשאיר את הסדרי הראייה פתוחים לשיקול-דעתם של הילדים, השיבה כי הם קרובים יותר לאביהם, וכי היא אינה מעוניינת לפגוע ביחסים ביניהם, ודי במתח שכבר גרמה בהחלטתה לעזוב את הבית. הבעל נשאל לדעתו על ההסכם, והוא השיב כי שוחח על כך עם אשתו, ושניהם הסכימו כי כך ייטב לכולם. בסיום ישיבת הגישור שאל המגשר שוב את בני-הזוג אם הם חשים בנוח עם ההסכם, ושניהם השיבו בחיוב.

בעוד מגשר הפועל לפי מודל פתרון הבעיות מחויב לשמור על הגינותם של ההליך והתוצאה, ולכן יבקש בדרך-כלל לבחון עם הצדדים את הגינות ההסכם ואת מידת ישימותו, בוש ופולגר סבורים כי במקרה האמור המגשר אינו ניצב בפני כל דילמה, שכן גם אם ההסכם נראה לו לא-הוגן, אין מקום להתערבותו שכן ההסכם משקף את רצונם החופשי של הצדדים.⁹⁴

על תפיסתם זו של בוש ופולגר בדבר עמדה "נקייה" של אי-משוא-פנים נמתחה ביקורת חריפה. מילנר (Milner), למשל, סבור כי המודל הטרנספורמטיבי נטוע בתרבות הליברלית, המעלה על נס את עקרון ההגדרה העצמית והאוטונומיה של הפרט.⁹⁵ לדעתו, אף שהמודל חותר לשינוי חברתי בקנה-מידה רחב, בפועל הוא מוגבל להיבטים פסיכולוגיים-רגשיים של צמיחה אישית, ואינו יוצר זיקה בין האישי לפוליטי, או בין סיטואציות קונפליקטואליות קונקרטיות לבין הבעיות החברתיות והמבניות שהשפיעו על היווצרותן של הסכסוך מלכתחילה.⁹⁶ במילים אחרות, תפיסת ההעצמה של המודל היא צרה, ומניחה אוטונומיה רדיקלית של הצדדים, מבלי להכיר בהשפעתן של מגבלות מבניות על יכולתם להשתתף בגישור באופן אפקטיבי.⁹⁷ לכן היא מייצרת תפיסה "רזה"

94 BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT, לעיל ה"ש 59, בעמ' 34-40.

95 Neal Milner, *Mediation and Political Theory: A Critique of Bush and Folger*, 21 LAW & SOC. INQ. 737, 744-745 (1996). ראו גם Kuttner, לעיל ה"ש 87, בעמ' 342; Lisa P. Gaynier, *Transformative Mediation: In Search of a Theory of Practice*, 22 CONFLICT RESOL. Q. 397, 404 (2005).

96 Milner, שם, בעמ' 746; SCHWERIN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 78-80.

97 Peter Adler, *The Ideologies of Mediation: The Movement's Own Story*, 10 LAW & POL'Y 319, 333 (1988).

של צדק פרוצדורלי. כך, למשל, נטען כי ברכישת מימנויות, כגון יכולת לנהל משא-ומתן, אין כדי לאפשר לצדדים מקבוצות מוחלשות להשתתף בגישור כ"סוכנים"⁹⁸ כל עוד אין בצידה פיתוח תודעה ביקורתית כלפי הסדר החברתי ההגמוני. בהעדר תודעה כזאת, לא יוכלו צדדים כאלה להכיר בלגיטימיות של עמדתם ולהפעיל את המיומנויות שרכשו.⁹⁹

המגבלות המבניות עשויות לחייב את המגשר לתת לצדדים כאלה סיוע פעיל,¹⁰⁰ שכן מגשר הבוחר להתייבב מאחורי "מסך בערות", ולהפגין עיוורון מכוון כלפי פערי כוח שמקורם במגבלות מבניות, מסכל את הגשמת תכליותיו של המודל הטורנספורמטיבי – העצמה והכרה. תכליות אלה אינן מתיישבות עם עמדה של אי-משוא-פנים. בהקשר זה טוען בנוימן כי דיון המביא לידי ביטוי את הבדלי הדעות בין בני-האדם אינו יכול להתרחש מאחורי מסך בערות, שכן עצם האפשרות להשתכנע מבוססת על נכונות לנסות לראות את הסיטואציה גם מנקודת-מבטו של אדם אחר ולהבין את עמדתו.¹⁰¹ לדעתו של בנוימן, מסך הבערות שולל את כל המרכיבים המאפשרים דיון כזה מלכתחילה: עמדות, פסיכולוגיה אישית, תפיסות שונות של הטוב וכיוצא בהן.¹⁰² בוהמן (Bohman) טוען אף הוא כי דיון המתבסס על "מסך בערות" מונע את המשתתפים מלראות את פניהם ואת ייחודם של משתתפים אחרים, ומגביל את תהליך ההשתתפות לטיעוני-"אמת"

98 לפעולה כ"סוכן" (agent) ראו לעיל ליד ה"ש 37 וכן Harrington & Merry, לעיל ה"ש 7, בעמ' 713; Adler, לעיל ה"ש 97, בעמ' 337; MICHEL FOUCAULT, POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS, 1972-1977, 122 (Colin Gorgon ed., 1981); Alan Hunt, *Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 11 (1992); Stuart Henry, *Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: The Dialectics of Collective Law in the Cooperative*, 19 LAW & SOC'Y REV. 303, 304, 316 (1985).

99 Wing, לעיל ה"ש 37, בעמ' 391; Erica L. Fox, *Alone in the Hallway: Challenges to Effective Self-Representation in Negotiation*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 85, 102-103 (1996). במאמר חדש שפורסם לאחרונה מתייחסים בוש ופולג'ר לביקורת האמורה, אולם חוזרים על טענתם כי על המגשר לפעול על-פי עקרונות ההכרעה העצמית של הצדדים, שכן שיפור במיומנויות כגון הקשבה והבנת האחר יש בו כדי לסלול את הדרך ל"טובת הציבור" במובן הרחב. Bush & Folger, לעיל ה"ש 36, בעמ' 41-43.

100 Gaynier, לעיל ה"ש 71, בעמ' 192, 194; Mulcahy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 518-519.

101 בנוימן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 67.

102 שם, בעמ' 69; Young, לעיל ה"ש 1, בעמ' 101. ביקורתו של בנוימן ממשכה במידה רבה את הביקורת של סנדל (Sandel). לפי ביקורת זו, כל ניסיון לדמיין אדם "חופשי ורציונלי באופן אידיאלי" בתוך המצב המקורי פירושו לדמיין אדם שאינו מסוגל ליצור קשרי ידידות וחובה. אדם כזה הוא נעדר אופי, נטול עומק מוסרי ונטול יכולת להתעצב, להתפתח ולהשתנות: האני הנוכחי והאני העתידי שלו זהים. ראו: MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE 129-132, 179 (1998).

אוניורסליים.¹⁰³ התוצאה היא החמצת ההזדמנות לערער מסגרות כוח קיימות ולתקן את אי-השוויון.¹⁰⁴

זאת ועוד, אימוץ תפיסה נוקשה של אי-משוא-פנים מגלם פרדוקס: אף שהמודל הטרנספורמטיבי מבקש לקדם העצמה והכרה, ולסלול את הדרך לחברה של מערכות יחסים, תפיסת הניטרליות שלו חותרת תחת תכליות אלה, מכיוון שהיא אינה מקדמת מערכת יחסים בין המגשר לבין הצדדים. כפי שטוען רן קוטנר, המודל מתעניין ביחסי אני-אחר בין הצדדים עצמם, אולם המגשר נעדר ממערכת יחסים זו. תפיסת הניטרליות במשמעות של אי-משוא-פנים מבוססת על הנחה מוטעית שלפיה ככל שהמגשר יגלה מידה רבה יותר של פסיביות וירחק מן התקשורת בין הצדדים, תתחזק האוטונומיה שלהם ויגברו סיכוייהם לעבור העצמה. אולם עמדה של חוסר מעורבות, כפי שמעיר קוטנר, אינה מקדמת בהכרח העצמה: כשם שבתורה הפסיכואנליטית, למשל, היחסים בין מטפל למטופל הכרחיים לתהליך ריפוי של המטופל, כך העצמת הצדדים עשויה להיות מותנית בקשירת יחס אישי עם המגשר.¹⁰⁵

גישה המאמצת תפיסה נוקשה של אי-משוא-פנים כדי להגביר העצמה יוצרת פרדוקס: היא מבוססת על ההנחה כי ניתן להגביר את המאפיינים הדמוקרטיים-המעצימים של הגישור על-ידי אימוץ עמדה אתית שנועדה במקורה לתהליך תחרותי המפקיע מידי הצדדים את קבלת ההחלטה: בדומה לשופט, המגשר הטרנספורמטיבי אמור לעמוד מאחורי מסך בערות תוך נקיטת עמדה פסיבית ומרוחקת, ולהימנע מסיטואציה אינטימית של קשירת יחסי אמן, אלא שהפעם הדבר מיועד לעודד השתתפות דמוקרטית המגשימה עקרונות של "העצמה והכרה", במקום הכרעה אובייקטיבית של צד שלישי.

לטענתי, תפיסת הניטרליות של המודל הטרנספורמטיבי מייצרת סיפור הגמוני מסוג חדש: סיפור הגמוני של ניטרליות "מוחלטת", אשר הופכת את הגישור לאתר דמוקרטי נקי מכוח ומאפשרת לצדדים לעבור העצמה; סיפור של אוטונומיה רדיקלית, נקייה מהשפעותיו של המבנה החברתי והפוליטי.¹⁰⁶ הסיפור ההגמוני החדש מעלים את השפעתן של פרקטיקות כוח סמויות המופעלות גם בגישור המנוהל על-ידי מגשר שאינו חדר הַגְיֵעָה להגיע להסכם. כפי שמציינת Gaynier, לעיתים עצם נוכחותו של מגשר בחדר די בה להשפיע על התוכן, אף אם לא הוציא הגה מפיו.¹⁰⁷ הסיפור ההגמוני של ניטרליות מוחלטת כמנגנון העצמה מתכחש לדעתי גם לכוח הסמוי המופעל בין הצדדים לבין עצמם – כוח שאינו מתבטא בהכרח בכפייה ובאלימות גלויים. כך, למשל, צד השולט בשפת המומחים עשוי להפעיל כוח על צד לא-רהוט המתבטא בשפה של יחסים. במצב דברים זה, נקיטת עמדה פסיבית ובלתי-מתערבת מצד המגשר תיתן תוקף

103 BOHMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 45–47.

104 שם, בעמ' 90–91.

105 Kuttner, לעיל ה"ש 87, בעמ' 340–342.

106 SCHWERIN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 66–70.

107 Gaynier, לעיל ה"ש 71, בעמ' 192.

לעדיפות הסמויה הקיימת בשיח לשפת הכללים, ותאפשר להדיר מן הגישור סיפורים של יחסים.

לסיכום, מודל פתרון הבעיות מכיר באפשרות של התקיימות יחסי כוח בין הצדדים עצמם, אולם בדרך-כלל אינו עוסק ביחסי הכוח שבין המגשר לבין הצדדים. לעומת זאת, המודל הטרנספורמטיבי מכיר בכך שהמגשר מפעיל כוח ביחס לצדדים, אולם מתעלם מקיומם של יחסי כוח בין הצדדים עצמם ומן האפשרות שמגשר הפועל לפי המודל הטרנספורמטיבי יפעיל כוח שיגביל השתתפות אפקטיבית של הצדדים. המודל הטרנספורמטיבי מבקש לאמץ תפיסה של ניטרליות שתגביר את סיכויי הצדדים לעבור בגישור תהליכים של העצמה והכרה. אולם בנסותו למנוע השפעה של המגשר על התוצאה, הוא מאמץ תפיסה נוקשה ובעייתית של אי-משוא-פנים, שבבסיסה הנחה בדבר אוטונומיה רדיקלית של הצדדים. תפיסה כזאת מייצרת, לטענתי, תפיסה "רוזה" של צדק פרוצדורלי, שאינה מכירה במגבלות המבניות המקשות על צדדים מקבוצות מוחלשות להשתתף בגישור באופן אפקטיבי ולעבור העצמה.

(ד) הניטרליות כמנגנון רגולציה

(1) המתח בין שתי צורות מוסר: אתיקה של אי-משוא-פנים ואתיקה של אכפתיות ריפקין ועמיתיה טוענים, כאמור, כי תפיסת הניטרליות לפי מודל פתרון הבעיות מורכבת משני היבטים: אי-משוא-פנים, המתבטא בעמדה פורמליסטית ופסיבית, בשמירה על ריחוק ובחוסר מעורבות רגשית; ושמירה על מרחק שווה, אשר באה לידי ביטוי במתן סיוע זהה לכל צד לבטא את "הצד שלו" בסכסוך, וכרוכה ביצירת יחס אישי ויחסי אמון בין המגשר לבין הצדדים.¹⁰⁸ בין שני היבטים אלה מתקיים מתח מתמשך. ברצוני להתבונן מקרוב על מתח זה. החובה לנהוג באי-משוא-פנים נחשבת תנאי הכרחי, מובן מאליו, להגינותו של כל הליך ליישוב סכסוכים שמעורב בו צד שלישי. בדרך-כלל היא מוזהה עם תפקיד השופט בהליך האדוורסרי, שבו קיימים כללים פורמליים שתכליתם למנוע אינטימיות וקרבת-יתר בין השופט לבין בעלי-הדין: השופט יושב במרחק פיזי מבעלי-הדין, בדרך-כלל על דוכן מוגבה; פונה לעורכי-הדין, ולא לבעלי-הדין; ונאסר עליו לקיים עימם פגישה ביחידות, בלא נוכחותו של הצד האחר, מאחר שהדבר נחשב כפוגע בתחרות השווה,¹⁰⁹ ועלול ליצור חשש ממשי למשוא-פנים או למראית-עין של משוא-פנים.¹¹⁰

108 מודל פתרון הבעיות מבוסס באופן מפורש על שני ההיבטים האמורים, אשר מבטאים לטענתי שתי צורות מוסר שונות. לעומתו, המודל הטרנספורמטיבי מניח, כאמור, כי יש לבסס את הניטרליות של המגשר על תפיסה רדיקלית של אי-משוא-פנים. לכן, לכאורה, לא מתקיים בו המתח האמור. לעניין זה ראו גם את ביקורתו של Kuttner, לעיל ה"ש 87.

Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in 109 Alternative Dispute Resolution*, 1985 Wis. L. Rev. 1359, 1383-1389 (1985).

110 עניין *Rose*, לעיל ה"ש 55; *Abramson*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 1356-1355.

בעוד החובה לנהוג באי-משוא-פנים נועדה ליצור ריחוק ויחסים פורמליים, השמירה על מרחק שווה נועדה להשיג מטרה הפוכה: יצירת יחסי אמון. מגשר לא זו בלבד שרשאי להיפגש עם כל צד בנפרד לפי שיקול-דעתו, אלא שהפגישה ביחידות (caucus) היא לב-ליבו של תהליך זיהוי הצרכים והאינטרסים בגישור,¹¹¹ ומרכיב חיוני ביצירת יחסי אמון בין המגשר לבין הצדדים. המגשר יושב סמוך לצדדים, פונה אליהם במישרין בשפת היומיום, ורשאי להיפגש עימם ביחידות. במהלך הפגישה ביחידות הוא רוכש את אמונם, ומקבל מהם מידע שיכול לסייע בפתרון הסכסוך.¹¹² על-פירוב אי-אפשר להשיג תכליות אלה בפגישה משותפת, באשר זו מתקיימת – לפחות בראשית התהליך – באווירה של מתח, חשדנות ועוינות. יחסי האמון הנוצרים בין המגשר לבין הצדדים קיימים גם בין לקוח לבין בעלי-מקצוע אחרים, כגון עורך-דין או פסיכולוג. עם זאת, בגישור יש להם שני מאפיינים ייחודיים: ראשית, הם חלים כלפי צדדים ניצים המצויים משני עברי המתרס; שנית, הם שלובים בחובת אי-משוא-פנים. כפי שאמרתי במקום אחר:

“חובת הניטרליות היא ייחודית למגשר ואינה חלה על בעלי מקצוע אחרים. עורך דין, פסיכולוג, עובד סוציאלי או רופא נושאים בחובת אמון כלפי אדם אחד או כלפי כמה אנשים הנמצאים באותו צד של המתרס. לעומת זאת חובת האמון של המגשר משתרעת על צדדים הנמצאים משני עברי המתרס, ובסכסוכים רב צדדיים – כלפי צדדים רבים שהאינטרסים שלהם עשויים להיות שונים ומנוגדים. בעוד שעל עורך דין חל איסור מוחלט לייצג צדדים מנוגדים באותו עניין, הרי שתפקיד המגשר הוא, מעצם טיבו, לסייע לצדדים המצויים בסכסוך לנהל ביניהם משא ומתן.

ואכן, אין עיסוק מקצועי נוסף, פרט לגישור, שבו נושא בעל המקצוע בחובת ניטרליות: זו חלה, ככלל, רק על נושא משרה שיפוטית. כך, מצד אחד, נוצרים בין הצדדים לבין המגשר יחסי אמון מיוחדים שאינם נוצרים ביחסים עם שופט, יחסים הדומים יותר במהותם ליחסים שנוצרים עם בעלי מקצוע. מצד אחר, על המגשר מוטלת חובת ניטרליות המזכירה – לפחות בהיבט של אי-משוא-פנים – את הניטרליות השיפוטית, אשר אינה חלה על בעלי מקצוע אחרים.”¹¹³

השילוב של אי-משוא-פנים ויחסי אמון מייצר אפוא מתח ייחודי לגישור. מתח זה אינו קיים בהליך האדוורסרי, שבו השופט נושא בחובת אי-משוא-פנים בלבד. הוא אף

111 הכוונה, כאמור, לגישור הנערך לפי מודל פתרון הבעיות.

112 עומר שפירא “פרדוקס הכוח בגישור: עוצמה וחולשה ביחסי מגשר וצדדים לגישור” קריית המשפט ו 427, 371 (2006).

113 רונית זמיר “החיסיון בין מגשר לבין צדדים לגישור” ספר אורי קיטאי – אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט 45, 62 (בועז סנג'רו עורך, 2007) (ההדגשה במקור).

אינו מופיע ביחסי עורך-דין-לקוח, למשל, שבהם נוצרים יחסי אמון עם הלקוח בלבד, והם אינם משתרעים על יריבו.

בחינה מקרוב של מתח זה מגלה, לדעתי, כי הוא אינו משקף שני היבטים של "ניטרליות", אלא שתי תפיסות מוסר שונות:¹¹⁴ אתיקה של אי-משוא-פנים מזה ואתיקה של אכפתיות (care) מזה. אתיקה של אי-משוא-פנים משקפת צדק והגינות אובייקטיביים, והיא באה לידי ביטוי בעמדה פסיבית ומרוחקת ובעמידה מאחורי מסך בערות, כלומר, בניסיון להתבונן על הסכסוך ועל הצדדים ממעוף הציפור או מ"שום מקום". אתיקה זו היא שמייצרת את ההבחנה הבעייתית בין תהליך לתוכן, שלפיה המגשר אינו רשאי להתערב בתוכן הסכסוך. לעומתה, אתיקה של אכפתיות (care) משמעה נטילת אחריות כלפי הזולת ודאגה לצרכיו. היא באה לידי ביטוי ביצירת יחס אישי עם כל צד ובגילוי אמפתיה, מעורבות, הבנה ותמיכה, והיא עשויה לחייב את המגשר להתערב בתוכן הסכסוך. בעוד מוסר של אי-משוא-פנים מתאפיין בעיוורון כלפי ההבדלים בין הצדדים, מוסר של אכפתיות בא לידי ביטוי בראיית פניהם הייחודיים של הצדדים ובגילוי רגישות למצוקתם ולנסיבות חייהם.¹¹⁵

הזיקה הנוצרת בין הגישור לבין המשפט דרך האתיקה של אי-משוא-פנים נועדה, לדעתי, לבסס את הגישור כשדה מקצועי המאפשר לעוסקים בו להשיג סגירות ומובחנות על בסיס טענה למומחיות ביישוב סכסוכים, הדומה לזו של שופטים.¹¹⁶ זיקה זו נועדה אף להגביר את האטרקטיביות של הגישור בעיני צדדים פוטנציאליים, ולשווקו לגורמים מוסדיים, דוגמת בית-המשפט, כהליך יעיל והוגן.¹¹⁷ הפרקטיקות שזיקה זו מייצרת הן, למשל, הדגשת מומחיותו של המגשר בתחום הסכסוך וזיקתו לבית-המשפט,¹¹⁸ הערכת התוצאה הצפויה בבית-המשפט¹¹⁹ ועוד. הדבר בולט במיוחד בתוכניות גישור המופעלות ב"צל" בית-המשפט, שאז זיקה זו משמשת להדגשת הדמיון בין תפקיד המגשר לבין תפקיד השופט. כפי שמציינות דגלס ופילד (Douglas & Field):

114 לשתי צורות המוסר ראו בנוימן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 87.

115 לאתיקה של אכפתיות ראו קרול גיליגן בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה 53 (1995). גיליגן טוענת כי הקול הנשי מבוסס על אתיקה של אכפתיות, ונבדל מן הקול הגברי, המתבסס על זכויות אוניוורסליות: הקול הנשי מתמקד במערכות יחסים ובאחריות כלפי הזולת, ומדגיש שיתוף-פעולה במערכת היחסים, ואילו הקול הגברי מבטא נפרדות מן האחר, תוקפנות ומאבק. שם, בעמ' 43–44.

116 SHAMIR, לעיל ה"ש 2, בעמ' 116; יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 76–73 (2005); Mulcahy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 509.

117 שפירא, לעיל ה"ש 112, בעמ' 462–464, 490.

118 Deborah M. Kolb, *To Be a Mediator: Expressive Tactics in Mediation*, 41 J. SOC. ISSUES 118 (1985), 11, 15; שפירא, לעיל ה"ש 112, בעמ' 403.

119 שפירא, שם, בעמ' 413.

"תפיסת הניטרליות של המגשר... מעניקה אמינות לגישור הנערך לפי מודל פתרון הבעיות, בשל הקשר הישיר שקיים בינה לבין השפה והאידיאולוגיה של אי-משוא-פנים שיפוטי... הניטרליות מבטיחה הגינות ומציעה הגנה מפני פרקטיקה מוטה או לא-הוגנת. הגנות אלה יוצרות קשר בין הגישור [לפי המודל] של פתרון בעיות לבין הסמכות והלגיטימציה של הליכי משפט ושיפוט פורמליים."¹²⁰

בעוד אתיקה של אי-משוא-פנים מכוננת את הגישור כמצוי בזיקה ישירה למשפט, אתיקה של אכפתיות לא רק מכחישה קשר בין הגישור למשפט, אלא פועלת לכונן את הגישור כאנטיתזה למשפט – כהליך דמוקרטי ומעצים שבו פרטים יכולים להפעיל אוטונומיה ובחירה מודעת ולהגיע באופן חופשי לתוצאה התפורה למידתם. המגשר אמור לסייע להם להגשים מטרות אלה על-ידי חיזוק האוטונומיה שלהם ושיפור היחסים ביניהם: עליו להקשיב לסיפורם האישי ולהפגין כלפיהם אמפתיה ודאגה. המגשר הקשוב, הרגיש למצוקת הצדדים, מצטייר כאדם נטול כוח, כאנטיתזה לשופט. המגשר האכפתי אינו ניצב מאחורי מסך בערות, אלא מגלה רגישות להבדלים בין הצדדים, לפנייהם הייחודיים ולקולם האישי.

(2) *מיסוך הכוח המופעל בגישור באמצעות כללים של צדק פרוצדורלי "רזה"*

לטענתי, השניות של אי-משוא-פנים מזה ואכפתיות מזה פועלת פעמים רבות כדי למסך את הכוח המופעל בגישור באמצעות הפעלת פרקטיקות שגרתיות הנתפסות כחלק "טבעי" מתהליך הגישור, ואשר הצדדים – ולעיתים אף המגשרים עצמם – אינם מודעים לכוח הגלום בהן. פרקטיקות גישור אלה מגלמות לטענתי צורות של כוח דיסציפלינרי במשמעותו אצל פוקו.¹²¹ צורות כוח אלה פועלות "לא באמצעות המשפט אלא באמצעות הטכניקה, לא באמצעות החוק אלא באמצעות הנרמול, לא באמצעות העונש אלא באמצעות הפיקוח".¹²² אלה צורות פיקוח קטנות המוטמעות בחיי היומיום¹²³ ונותרות סמויות מן העין, אשר פועלות דרך השיח למשמועם ולנרמולם של פרטים באמצעות קביעת סטנדרטים לנורמליות ומדידת הסטייה מהם. הן קובעות, למשל, מה השפה ש"מותר" לדבר בה, מהו שיח לגיטימי ואילו סנקציות יושות על הסוטים משיח זה.¹²⁴

Kathy Douglas & Rachel Field, *Therapeutic Jurisprudence: Providing Some Answers to the Neutrality Dilemma in Court-Connected Mediation*, in 3RD INTERNATIONAL CONFERENCE ON THERAPEUTIC JURISPRUDENCE: TRANSFORMING LEGAL PROCESSES IN COURT AND BEYOND 67, 72 (Greg Reinhardt & Anrew Cannon eds., 2007) (תרגום שלי – ר' ז').

121 מישל פוקו *תולדות המיניות I: הרצון לדעת* 39–40 (1996).

122 שם, בעמ' 62.

123 שם, בעמ' 65.

124 שם, בעמ' 39–40.

פרקטיקות גישור המגלמות כוח דיסציפלינרי יוצרות לטענתי עדיפות מובנית לסיפורים הגמוניים, כלומר, לסיפורים אשר מסווים את הקשר בין המספר לבין המבנה החברתי ומשמרים את יחסי הכוח הקיימים.¹²⁵ הסיפור ההגמוני מקטלג את אלה הנמנים עם קבוצות של "אחרים" לקטגוריות המייצרות אופוזיציה בינרית בינם לבין ה"נורמלי": גבר-אישה, הטרוסקסואל-הומוסקסואל, נורמלי-חולה-נפש, בריא-נכה, סביר-בלתי-סביר – קטגוריות טבעיות כביכול שבהן צד אחד של הציר תמיד נעלה מבחינה הייררכית על צידו האחר.¹²⁶ כפי שטוענות יואיק וסילבי, החזרה על הסיפור ה"טבעי" והמובן מאליו כביכול מסווה את טיבו הכוחני והופכת אותו לסיפור הגמוני. התהליך שבו מנותק הקשר בין הסיפור המסוים לבין יחסי הכוח המכוננים אותו נותר סמוי מן העין: מאחר שהסיפור מתאר בדרך-כלל אנשים מסוימים בהקשר מסוים, קשה להכיר בכך שהוא עושה שימוש בהבנות כלליות ובתפיסות חברתיות ואידיאולוגיות שאינן קשורות למקרה הקונקרטי. בדרך זו הסיפור משעתק את הקשר שבין המקרה המסוים, האנשים המסוימים וההקשר הקונקרטי לבין היחסים החברתיים והמוסדות ה"מובנים מאליהם" וה"טבעיים" שאפשרו אותו מלכתחילה.¹²⁷

בענייננו, הכוח המופעל על-ידי המגשר ה"ניטרלי" יבוא לידי ביטוי, בדרך-כלל, בהפעלת פרקטיקות גישור שגרתיות המקבלות את הסיפור ההגמוני כמובן מאליו. פרקטיקות אלה פוגעות לדעתי בהשתתפותן האפקטיבית של קבוצות מוחלשות בגישור, מאחר שהן מייצרות תפיסה "רזה" של צדק פרוצדורלי, כזו המתעלמת מחסמים לא-פורמליים שמקורם בעוני פוליטי ובמבנה חברתי לא-שוויוני. בוהמן טוען כי חסמים אלה פוגעים, בראש ובראשונה, ביכולת להשתתף בקביעת סדר-היום וליזום דיון על אינטרסים, להבדיל מהצטרפות לדיון שסדר-היום שלו נקבע מראש.¹²⁸ החסמים הסמויים להשתתפות אפקטיבית יכולים ללבוש כמה צורות. החסם העיקרי הוא העדפת הטיעון הרציונלי על צורות תקשורת אחרות. לטענתו של בוהמן, מתן עדיפות סמויה לשפת המומחים, ובכלל זה לשפת המשפט, פוגעת בהשתתפותם האפקטיבית של משתתפים שאינם שולטים ברזיה – בדרך-כלל משתתפים עם רקע אתני, מגדרי או חברתי מסוים.¹²⁹ אי-השוויון התקשורתי מגביל את האפשרות לקיים דיון רפלקטיבי, ומקבע את הדיון על פרשנות אחת – זו של המומחים. צמצום סדר-היום מקטין, לדעת בוהמן, את הסיכוי לחולל טרנספורמציה בנקודת-המבט הדומיננטית.¹³⁰

Patricia Ewick & Susan S. Silbey, *Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a* 125
Sociology of Narrative, 29 LAW & SOC'Y REV. 197, 214–215, 221 (1995)

ANTHONY G. AMSTERDAM & JEROME BRUNER, MINDING THE LAW 44 (2000); Martha 126
Minow, *Foreword: Justice Engendered*, 101 HARV. L. REV. 10, 38 (1987)

Ewick & Silbey, לעיל ה"ש 125, בעמ' 213–214.

BOHMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 13, 113–114, 126.

129 שם, בעמ' 41–42; מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק "העצמה במשפט" 9, 34–35
(מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

BOHMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 115–117.

יאנג טוענת גם היא כי העדיפות הסמויה הניתנת לטיעון הרציונלי מעניקה יתרון למשתתפים משכילים ורהוטים במסווה של שוויון ואי-משוא-פנים.¹³¹ אחת הדוגמות העיקריות לפרקטיקות אשר מייצרות חסמים סמויים להשתתפות ומבטאות תפיסה "רזה" של צדק פרוצדורלי בגישור היא מתן עדיפות לסיפורים בעלי אוריינטציה של כללים על סיפורים בעלי אוריינטציה של יחסים. קונלי ואובר (Conley & O'Barr) ניתחו את הנרטיבים של מתדיינים בבתי-משפט לתביעות קטנות בארצות-הברית, בין היתר בניסיון לאתר ולאפיין נרטיבים בעלי כוח לעומת נרטיבים חסרי כוח. במחקרם זה הם מצאו כי סיפורים בעלי אוריינטציה של כללים קיבלו בבתי-משפט אלה עדיפות מובהקת. סיפורים אלה מתבססים על הפרת כללים וחובות, מאורגנים בצורה ליניארית, ומתארים את עובדות המקרה לפי רצף כרונולוגי. בדרך-כלל הם מציגים ראיות להפרתם של כללים, ומשמיטים פרטים חיצוניים לסכסוך, במיוחד כאלה הקשורים ליחסים בין הצדדים.¹³² לעומת זאת, סיפורים בעלי אוריינטציה של יחסים נתפסו כלא-קוהרנטיים וכבלתי-משכנעים: בית-המשפט התייחס אליהם כאל עמוסים בפרטים לא-רלוונטיים, וראה את מִסְפְּרֵיהֶם כסוטים מן העיקר וכמבולבלים. סיפורים אלה מתבססים על נורמות חברתיות כלליות: התזה שלהם היא שאנשים הגונים הממלאים את חובותיהם לחברה זכאים לקבל יחס הוגן. בדרך-כלל הם מייחסים חשיבות לפרטים כגון מצב אישי, מעמד חברתי ויחסים בין-אישיים.¹³³

מאחר שהאידיאולוגיה של הגישור מייחסת חשיבות רבה ליחסים בין הצדדים, היה אפשר לצפות שסיפורים בעלי אוריינטציה של יחסים יקבלו בגישור מעמד שווה לפחות לסיפורים בעלי אוריינטציה של כללים.¹³⁴ למרות זאת, מחקריהן של קופ וריפקין מראים כי סיפורים של יחסים מקבלים מעמד נחות לא רק במשפט, אלא גם בגישור.¹³⁵ ההסבר שהן נותנות לממצא מפתיע זה הוא שלסיפורים של יחסים יש מבנה פנימי פתוח ובלתי-יציב, המתאפיין בקו עלילתי מעגלי וברצף זמנים משובש. בגלל מבנה זה הם נתפסים כבלתי-משכנעים וכלא-רלוונטיים להשגת הסכם. אי-יציבותם חושפת אותם

131 YOUNG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38–39.

132 CONLEY & O'BARR, לעיל ה"ש 15, בעמ' 67–68.

133 JOHN M. CONLEY & WILLIAM M. O'BARR, RULES VERSUS RELATIONSHIPS: THE ETHNOGRAPHY OF LEGAL DISCOURSE 58 (1990).

134 BUSH & FOLGER, TRANSFORMATIVE APPROACH, לעיל ה"ש 56, בעמ' 77, 252–253; BUSH & FOLGER, RESPONDING TO CONFLICT, לעיל ה"ש 59, בעמ' 81; Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 20, בעמ' 760.

135 Sara Cobb, *Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective*, 9 NEGOTIATION J. 245, 252–253 (1993). ראו גם CONLEY & O'BARR, לעיל ה"ש 15, בעמ' 58. עוד ראו רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ויעל רונן "מגדר וגישור בהליכי גירושין" המשפט ז 335 (2002). המחברות טוענות כי השתתפותן של נשים בגישור עשויה להיות אפקטיבית פחות, בין היתר משום שהיא נעשית פעמים רבות באוריינטציה של יחסים, לעומת השתתפותם של גברים, שהיא בדרך-כלל באוריינטציה של כללים. שם, בעמ' 340–341.

לערעור ולטרנספורמציה נמשכים¹³⁶ – למשל, על-ידי תרגומם לשפת הכללים. סיפורים של כללים, לעומת זאת, מתאפיינים במבנה פנימי קוהרנטי, ליניארי וסגור, מושתתים על טיעונים רציונליים, יוצרים זיקה לתרבות הדומיננטית, ומבטאים "אמת" הגמונית כלשהי.¹³⁷ בזכות מאפיינים אלה הם נתפסים כבעלי כוח שכנוע פנימי, אשר הופך אותם ליציבים יחסית ומקטין את סיכוייהם לעבור טרנספורמציה ולקבל פרשנות מחדשת.¹³⁸ מחקריהן של קוב וריפקין מראים עוד כי לא זו בלבד שההשתתפות בגישור אינה מקדמת סיפורים של יחסים, היא מקדמת דפוס יחסים אדוורסרי: רוב הליכי הגישור שנבחנו התאפיינו בדפוס לעומתי של האשמה והאשמה שכנגד, תגובה ותגובה שכנגד, בדומה להתדיינות משפטית. הסיפור שסופר ראשון נהפך בדרך-כלל לסיפור הדומיננטי. מאחר שהסיפור הראשון ממקם את הצד האחר כאחראי לקונפליקט, הוא מייצר דפוס יחסים לעומתי, שבו סיפורו של הצד האחר אינו בעל תוכן משל עצמו, אלא קיים רק באופן יחסי לסיפור הראשון.¹³⁹ בחלק מן המקרים מתברר כי הצד האחר אינו מצליח כלל לספר את סיפורו, אלא עסוק רק בהכחשת סיפורו של האחר. הדפוס האדוורסרי, המעניק עדיפות לסיפור הראשון, מצמצם, לדעתן של קוב וריפקין, את האפשרות לטרנספורמציה בסיפורי הצדדים, שכן הסיפור החלופי הפוטנציאלי נותר לא-לגיטימי ובלתי-מסופר.¹⁴⁰

וינג (Wing) טוענת כי כללי השתתפות של שוויון פורמלי מייצרים בפועל חוסר שוויון בין משתתפים מקבוצות דומיננטיות לבין משתתפים מקבוצות מוחלשות. כך, למשל, הכלל שלפיו יש להקצות זמן שווה לשני הצדדים לספר את סיפורם מעניק עדיפות למשתתפים שחוזרים על הנרטיב השליט (master narrative), לעומת משתתפים שמספרים נרטיב נגדי (counter narrative). לטענתה של וינג, מאחר שהנרטיב השליט הוא הסיפור המוכר והדומיננטי, הזמן הנדרש כדי לספרו קצר מן הזמן הדרוש כדי לספר את הנרטיב הנגדי, המאתגר אותו. הנרטיב הנגדי מחייב אפוא את המגשר להפגין סבלנות וקשב מיוחדים, כדי שיוכל להעריך את המשמעויות והסמלים שלו, במיוחד אם הוא מתנגש עם תפיסת-העולם של המגשר עצמו ועם הנרטיב הנרכש שלו. כך, למשל, מחקרים מצאו כי כאשר משתתפים סיפרו סיפור של הפליה על בסיס גזע, דבריהם הופרעו שוב ושוב על-ידי המגשר, שביקש לקיים דיון על הכללים של הליך הגישור ועל כללי ההתנהגות בחברה בכללותה. כך, בסופו של דבר, סיפור ההפליה הגזעית – סיפור אשר סוטה מן הנורמה וטעון הוכחה – נותר בלתי-מסופר.¹⁴¹

Scott Beattie, *Is Mediation a Real Alternative to Law? Pitfalls for Aboriginal Participants*, 136 AUSTL. DISP. RESOL. J. 57, 66–67 (1997).

Cobb 137, לעיל ה"ש 135, בעמ' 253–252; Cobb & Rifkin, לעיל ה"ש 13, בעמ' 52–57; Dale Bagshaw, *Language, Power and Mediation*, 14 AUSTL. DISP. RESOL. J. 130 (2003).

Cobb & Rifkin 138, לעיל ה"ש 13, בעמ' 54–51; Cobb, לעיל ה"ש 135, בעמ' 252.

Cobb & Rifkin 139, לעיל ה"ש 13, בעמ' 58.

140 שם, בעמ' 53.

Wing 141, לעיל ה"ש 37, בעמ' 398–399; Lea Wing, *Wither Neutrality? Mediation in the twenty-first Century*, in RE-CENTERING CULTURE AND KNOWLEDGE IN CONFLICT RESOLUTION

ממחקרים אלה עולה אפוא כי העדיפות ה"טבעית" הניתנת בגישור לסיפורים בעלי אוריינטציה של כללים גורמת לכך שמשותפים משכילים ורהוטים הבקאים בשפת הכללים מקבלים עדיפות בגישור. במילים אחרות, רמת השליטה שלהם בתהליך גדולה מזו של משותפים מקבוצות מוחלשות, שאינם יכולים לספר את סיפורם בצורה קוהרנטית ולוגית. השתתפותם של אלה תהיה מוגבלת, בין משום ששפת הכללים אינה נגישה להם ובין משום שהאינטרסים שלהם אינם ניתנים לביטוי במסגרתה.¹⁴² משותפים אלה יקבלו הזדמנות "שווה" מבחינה פורמלית להשתתף בתהליך, אולם למעשה הם יתקשו למצוא בתוך השפה השלטת את הקול והמילים לבטא את האינטרסים שלהם.¹⁴³ השתתפות אשר מוגבלת לשפת הכללים לא רק מצמצמת את מידת השליטה בתהליך, אלא גם מתקשה לחולל טרנספורמציה בסיפור הדומיננטי: מאחר שסיפורים של יחסים מייצגים פעמים רבות נקודות-מבט מן השוליים, בכוחם לאתגר את הסיפור ההגמוני ולסלול את הדרך להכללת נקודות-מבט חדשות בשיח הגישורי.¹⁴⁴ הדרתם של סיפורים אלה גורמת לכך שהסכסוך עובר תהליך של צמצום, והדבר מפחית את סיכויי להרחיב את נקודת-המבט השלטת ולפתוח אותה לאפשרויות חדשות.¹⁴⁵ במילים אחרות, יש בה כדי לתת עדיפות לסיפורים הגמוניים ולהשתק סיפורים חתרניים המערערים את ההיגיון ההגמוני.¹⁴⁶

נשים הן אחת הקבוצות העיקריות שעלולות להיפגע מן התפיסה הרזה של "שליטה". כפי שטוענת גרילו (Grillo), האידיאולוגיה של הגישור – אשר החשיבות שהיא מייחסת לקשר וליחסים טומנת בחובה הבטחה לשיפור השתתפותן האפקטיבית של נשים לעומת המשפט – מתפוגגת למעשה בתוך נורמות "מיקרו-משפטיות" בלתי-כתובות, המדירות את הקול הנשי ומרעות את מצבן של נשים לעומת התהליך המשפטי.¹⁴⁷ מה שמבחין, לטענתה, את הסביבה המיקרו-חברתית של הגישור מנורמות התנהגות יומיומיות רגילות הוא קיומה של סנקציה. רבות מן הסנקציות עשויות להיראות טריוויאליות במבט ראשון: חיוך הפוטר כלאחר-יד את דבריו של אחד הצדדים, ביקורת על מי שאינו מציב את צורכי ילדיו בראש סדר העדיפויות, הנחיה לא לדבר על נושא מסוים, התעלמות מדברי צד ועוד.¹⁴⁸

אחת הדוגמות שגרילו מביאה לנורמה דיסציפלינרית המופעלת תדיר בגישור היא "האישה הטובה" ו"האישה הרעה". "האישה הטובה" מגיעה לגישור בכוונה לשתף

PRACTICE 93 (Mary Adams Trujillo ed., 2008), available at www.prasi.org/uploads/12_PRASI_Wing.doc.

142 YOUNG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37–39.

143 שם, בעמ' 119.

144 Cobb, לעיל ה"ש 135, בעמ' 252.

145 למושגים "צמצום הסכסוך" ו"הרחבת הסכסוך" ראו זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 170–172.

146 YOUNG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 41–43.

147 Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 147 (1991), 1545, 1555–1557, 1605–1607.

148 שם, בעמ' 1556.

פעולה. היא אינה מכחישה את רגשותיה. היא מכירה באחריותה לסכסוך, מבינה כי אל לה לעשות שימוש בילדיה, ומכירה בכך שהקשר בינם לבין אביהם חשוב להתפתחותם התקינה. היא אינה נוהגת כקורבן, אלא יודעת היטב את זכויותיה ועומדת עליהן בשלווה ובהיגיון. היא אינה מפגינה מרירות או נקמנות, ואינה מעוניינת לפגוע בבעלה. "האישה הרעה", לעומתה, היא מרירה ונקמנית. היא מנהלת מאבק על כל נושא טריוויאלי וקטנוני. היא חמדנית ומוכנה להשתמש בילדיה כמכשיר למאבק בבעלה. היא אינה נוהגת בהיגיון ואינה מוכנה להתפשר. כאשר היא מתבקשת לתת תגובה ספציפית וממוקדת, היא משיבה באופן לא-ענייני. במקום לנהל משא-ומתן קונסטרוקטיבי, היא נותנת ביטוי מתמיד לכעסה.¹⁴⁹ גרילו טוענת כי התנהגותה של "האישה הרעה" מובילה על-פירוב לסנקציה בגישור. הסנקציה עשויה להיות פעוטה: ביקורת על אי-העמדת צורכי הילדים במקום הראשון, הגבלת האפשרות לבטא כעס וכיוצא בהן. אולם לטענתה של גרילו, אף שסנקציות אלה טריוויאליות לכאורה, הן עלולות לפגוע באפקטיביות של ההשתתפות לא פחות מאשר סנקציות שנראות במבט ראשון חמורות יותר, כגון לחץ גלוי להתפשר.¹⁵⁰

מן האמור לעיל עולה אפוא כי התפיסה של צדק פרוצדורלי "רזה" מייצרת פרקטיקות של כוח דיסציפלינרי המעניקות עדיפות סמויה לסיפורים של כללים. כך, פרקטיקות דיסקורסיביות "מובנות מאליהן" הגלומות בכללי השתתפות שוויוניים וגמישים לכאורה יוצרות אי-שוויון בין הצדדים, ומחדירות לגישור באופן סמוי מאפיינים מעין-אדוורסריים.¹⁵¹ באמצעות קביעת הסטנדרטים ל"סיפור נורמלי", הן פועלות למשמעו ולנרמולו של הסיפור, וקובעות מה השפה ש"מותר" לדבר בה ומה ייחשב סיפור לגיטימי.¹⁵² התוצאה היא מתן עדיפות לסיפור ההגמוני – סיפור של כללים המבוסס על טיעוני-"אמת" אוניוורסליים. סיפורים של יחסים, ובכלל זה ביטויי כעס שאינם ממלאים אחר הסטנדרטים של "הסיפור הנורמלי", מודרים מן הדיון. השתתפות מצמצמת את האפשרות לאתגר את ההגמוניה ולהחדיר לשיח הגישורי נקודות-מבט מן השוליים.

התפיסה של צדק פרוצדורלי "רזה" היא לדעתי במידה רבה תוצר של אימוץ מיתוס של ניטרליות, אשר מעמדו כמיתוס נותר סמוי מן העין. הסיבה לכך היא שמיקומה של הניטרליות בתווך בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות מאפשר לה לפעול כחיץ הבולם את הניגודים ביניהם. פניה הכפולים מאפשרים לה לחשוף בכל פעם צד אחר בהתאם לנסיבות: אם ייחשד המגשר בהפעלת כוח, הוא יוכל להציג פנים של אכפתיות; ואם

149 שם, בעמ' 1555–1556. ראו גם בוגוש, הלפרין-קדרי ורונון, לעיל ה"ש 135, בעמ' 340–341. המחברות מציינות את הביקורת על תפיסת הניטרליות של המגשר. על-פי ביקורת זו, הניטרליות משקפת את הנורמות והערכים הרווחים בחברה, שהם נורמות וערכים פטריארכליים. שם, בעמ' 344.

150 Grillo, לעיל ה"ש 147, בעמ' 1556.

151 פוקר, לעיל ה"ש 121, בעמ' 39–40; Peter Fitzpatrick, *The Impossibility of Popular Justice*, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES 453, 458 (Sally Engle Merry & Neal Milner eds., 1993).

152 Fitzpatrick, שם.

ייחשד בחובבנות ובחוסר מקצועיות, הוא יוכל להציג פנים של מומחיות ושל אי-משוא-פנים. במילים אחרות: ירצה – יראה את פניו הכופים של המשפט; ירצה – יראה פנים של דאגה ואכפתיות.

(3) הזוגיות המבנית בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות

המאפיינים האמורים של הניטרליות של המגשר הופכים לטענתי את הגישור לאתר של רגולציה. הרגולציה, כפי שטוען האנט (Hunt), נמצאת בתווך בין משפט לבין דיסציפלינה, דבר המאפשר לה להיות צורת כוח אוטונומית המפרקת את האופוזיציה ביניהם וברך אתר שבו משפט ודיסציפלינה חוברים יחדיו לכלל "זוגיות מבנית" (Structural Coupling).¹⁵³ הרגולציה מאפשרת, לדעת האנט, לסייע הן בהבנת התהליכים שבהם הגמוניה נוצרת ומשועתקת והן בהבנת התהליכים שבאמצעותם ניתן לחתור תחת ההגמוניה ולהתנגד לה. זאת, משום שהזוגיות המבנית מגלמת תלות הדדית בעלת שני היבטים: בהיבט הפוזיטיבי, כל אחת ממערכות הכוח החברות ב"זוג" תומכת באחרת ומספקת לה לגיטימציה, דבר המשמר את ההגמוניה של שתיהן; ובהיבט הנגטיבי, תלות זו, שהיא בלתי-יציבה מעצם הגדרתה, חושפת כל אחת מן המערכות לערעור ולחתרנות מצד המערכת האחרת, דבר המאיים על היציבות של שתיהן ופותח פתח לפריצתה של ההגמוניה.¹⁵⁴

לטענתי, בין שתי צורות המוסר המרכיבות את הניטרליות של המגשר מתקיימים יחסים של "זוגיות מבנית". יחסים אלה באים לידי ביטוי בכך שכל צורת מוסר מעניקה לגיטימציה לאחרת ובר-בזמן קוראת עליה תיגר: האתיקה של אי-משוא-פנים מאצילה על המגשר מן ההילה והיוקרה של השופט, ומעניקה לו מעמד של "מומחה" ליישוב סכסוכים; ואילו האתיקה של אכפתיות מאפשרת לגישור להציב את עצמו באופוזיציה למשפט, כ"לא כוח", כזירה של אכפתיות, דאגה וקשר שבה פרטים חופשיים להגיע לפתרונות שיתנו מענה לצרכים שלהם. שניות זו של זיקה למשפט ואופוזיציה למשפט מכוננת את הגישור כאתר של רגולציה, שבו מופעלים בעת ובעונה אחת כוח משפטי-נגטיבי וכוח דיסציפלינרי-פוזיטיבי.¹⁵⁵ מצד אחד, הגישור מכונן באופוזיציה למשפט, כזירה דמוקרטית שבה פרטים אחראים, חופשיים ואוטונומיים משתתפים בעצמם ומסוגלים לקבל את החלטות המשרתות בצורה הטובה ביותר את האינטרסים שלהם.¹⁵⁶ מצד אחר, הגישור מכונן ב"צל" המשפט, כדי להעניק לו לגיטימציה ולהבנות את כלל העוסקים בגישור כבעלי "תכונה" של ניטרליות.

אולם אף-על-פי שהזוגיות המבנית בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות מכוננת בדרך-כלל את הניטרליות כמיתוס ומגבילה כאמור השתתפות של קבוצות מוחלשות, אני סבורה כי בכוחה לפעול גם בצורה הפוכה. בכך אדון בסעיף הבא.

153 המושג "זוגיות מבנית" נטבע על-ידי Hunt במאמרו לעיל ה"ש 98, בעמ' 33–38.

154 שם, בעמ' 34–36.

155 פוקר, לעיל ה"ש 121, בעמ' 39–40.

156 Peter Fitzpatrick, *The Rise and Rise of Informalism, in* INFORMAL JUSTICE? 178, 190–192 (Roger Matthews ed., 1988).

(ה) מאי־משוא־פנים לנשיאת־פנים שווה

הזיווג בין אי־משוא־פנים לבין אכפתיות מייצר לא רק מיתוס של ניטרליות המסווה פרקטיקות של כוח דיסציפלינרי, אלא בכוחו גם לייצר, לטענתי, תפיסה אתית חדשה, שתקדם עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה" אשר יגבירו את ההשתתפות האפקטיבית של צדדים הנמנים עם קבוצות מוחלשות. לשם כך יש לזהות אילו ממדים של יחסי הזוגיות המבנית יכולים להתאפיין באִתגור הדדי, וליתר דיוק – כיצד האתיקה של אכפתיות יכולה לאתגר את האתיקה של אי־משוא־פנים.

רמז לאפשרות כזאת ניתן לשאוב ממושג האובייקטיביות של יאנג. כפי שטוענת יאנג:

"[O]bjectivity is an achievement of democratic communication that includes all differentiated social positions. Objectivity in political judgment... does not consist in discovering some truth about politics or institutions independent of the awareness and actions of social members. But it is also not simply some kind of sum of their differentiated viewpoints."¹⁵⁷

לטענתה של יאנג, כדי שספֶרה ציבורית תוכל להיות מכילה, עליה להתאפיין ברמה גבוהה של "אובייקטיביות". אולם המשמעות של אובייקטיביות בהקשר זה אינה אי־משוא־פנים או מבט מ"שום מקום", אלא הרחבת נקודת־המבט הצרה כך שתכיל נקודות־מבט מגוונות.¹⁵⁸ מובן זה של אובייקטיביות שונה מן המובן המסורתי שלו, המזוהה עם הרעיון של אי־משוא־פנים במובן של התייצבות מאחורי "מסך בערות". יאנג משתמשת אפוא במושג מקובל כדי לחולל בו טרנספורמציה ולהעניק לו משמעות חדשה: לא עוד פרספקטיבה אחידה, אלא מגוון של נקודות־מבט.

טרנספורמציה זו מתאפשרת בזכות ההסתכלות על מושג האובייקטיביות מבעד לפריזמה של אכפתיות. פריזמה זו מערערת את המשמעות הקיימת של אי־משוא־פנים על־ידי מיתוציה של מיתוס האובייקטיביות, המאפשרת למלא את הכלי הישן במשמעות חדשה.¹⁵⁹ המשמעות החדשה היא multipartiality¹⁶⁰ או

157 YOUNG, לעיל ה"ש 1, בעמ' 114.

158 שם, בעמ' 113–114.

159 ROLAND BARTHES, MYTHOLOGIES 134 (Annette Lavers trans., 1972); Alicia Ostriker, *The Thieves of Language: Women Poets and Revisionist Mythmaking*, in THE NEW FEMINIST CRITICISM, ESSAYS ON WOMEN, LITERATURE AND THEORY 314, 317 (Elaine Showalter ed., 1985).

160 למושג "multipartiality" בהקשר של הטיפול הפסיכותרפי ראו: Mark H. Butler, Andrew S. Brimhall & James M. Harper, *A Primer on the Evolution of Therapeutic Engagement in MFT: Understanding and Resolving the Dialectic Tension of Alliance and Neutrality. Part 2—Recommendations: Dynamic Neutrality Through Multipartiality and Enactments*, 39 AM. J. FAM. THERAPY 193, 203–205 (2011). המחברים סבורים כי מטפל הנוקט אתיקה של

omnipartiality¹⁶¹, המפרקת את הדיכוטומיה בין partiality לבין impartiality, בין "סובייקטיביות" לבין "אובייקטיביות", בין אכפתיות לבין אי-משוא-פנים. משמעות זו אינה מבטאת עמדה חד-צדדית, אולם גם אינה משקפת אי-משוא-פנים במובן של מבט מ"שום מקום". היא מבוססת על מוסר נושא-פנים, אך עם זאת אין היא מבטאת מתן עדיפות למי מן המשתתפים: משמעותה היא נשיאת-פנים במידה שווה.¹⁶² האתיקה של נשיאת-פנים שווה מגלמת לטענתי יחסים של אתגור הדדי, שבהם האכפתיות מערערת את התפיסה המקובלת של אי-משוא-פנים ומשנה אותה¹⁶³ כך שתחדל למלא פונקציה של הסתרת כוח: במקום התבוננות מ"שום מקום", הצד השלישי מחויב עתה להכיר בכך שיש לו נקודות-מבט, לעשות מאמץ מודע לזהות את נקודות-העיוורון שלו, ולגלות פתיחות כלפי נקודות-מבט חדשות השונות משלו.¹⁶⁴ מגשר המחויב לאתיקה של נשיאת-פנים שווה שואף לראות את פניהם הייחודיים של כל המשתתפים, על ההבדלים ביניהם, להקשיב לסיפוריהם, לעשות מאמץ להיכנס לנעליהם ולראות את האירועים מנקודת-מבטם. מגשר כזה אינו מכונן את עצמו

161 multipartiality צריך להימנע ממתן ייעוץ או הוות-דעת, ותחת זאת לקדם את ביטוין של נקודות-המבט הייחודיות של כל מטופל ולתת להן משקל שווה.

162 המונח omnipartiality נטבע על-ידי המגשר Cloke בספרו: KENNETH CLOKE, *MEDIATING DANGEROUSLY: THE FRONTIERS OF CONFLICT RESOLUTION* 13 (2001).

163 השוו בניזמן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 123-124; רשף וגם-סגל "בין אי משוא פנים ליחסים אישיים – מתח בין עקרונות ומתח בין אנשים" עיון נד 223, 232 (2005).

164 תפיסת אתיקה דומה לזו מופיעה לעיתים במודלים קהילתיים וילדיים של יישוב סכסוכים, אשר אינם מבוססים על המוסר הליברלי של אי-משוא-פנים. ראו, למשל: Madeleine Sauvé, *Mediation: Towards an Aboriginal Conceptualisation*, 3 ABORIGINAL L. BULL. 10 (1996), available at www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/journals/AboriginalLawB/1996/26.html?stem=0&synonyms=0&query=Mediation:%20Toward%20an%20Aboriginal אי-משוא-פנים בהקשרים קולוניאליים ראו: Sally Falk Moore, *Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans about Running "Their Own" Native Courts*, 26 LAW & SOC'Y REV. 11, 35-37 (1992).

164 הרעיון של multipartiality אינו תיאורטי גרידא, וקיבל ביטוי, למשל, בכללי האתיקה השיפוטית הקנדיים. בפרשת R. v. R.D.S., [1997] 3 S.C.R. 484 (Can.), חיוו שופטי המיעוט את דעתם כי לא זו בלבד שכללים אלה אינם אוסרים על שופט להתחשב בקיומה של מציאות חברתית מפלה, הם מחייבים אותו לעשות כן, אף אם לא הובאו ראיות קונקרטיות לקיומה של הפליה במקרה המסוים. לדעתם של שופטי המיעוט, דווקא הכרה מפורשת בקיומו של הקשר חברתי – אשר בא לידי ביטוי, למשל, בהפליה חברתית מערכתית על רקע אתני – מבטאת העדר הטיה (bias) במשמעות העמוקה ביותר: זוהי המשמעות של ריבוי נקודות-מבט, במקום המשמעות הבלתי-אפשרית של העדר פרספקטיבה או של מבט מ"שום מקום". ראו גם: Keith Mason, *Unconscious Judicial Prejudice*, 75 AUSTL. L.J. 676 (2001).

כ"מומחה",¹⁶⁵ אלא פועל כ-story-taker,¹⁶⁶ כמי ש"מיילד" את הסיפור החדש מן הצדדים, ואינו "יולד" אותו בעצמו.¹⁶⁷ התפקיד של יילוד סיפורים מחייב את המגשר להתעלות מעל המגבלות של תפיסותיו ועמדותיו, ולהאמין כי סיפורו שלו זקוק להרחבה באמצעות נקודות-המבט החדשות שיביאו עימם הצדדים לגישור.¹⁶⁸ נקיטת הגישה האמורה מסייעת למגשר ליילד מכל צד את המשמעות החבויה בסיפורו, שיש לה ערך משחרר ומרפא.¹⁶⁹ עם זאת, תפקיד היילוד אינו מסתכם בהאזנה לסיפור הסכסוך המקורי – סיפור המטמיע לא פעם תפיסות דכאניות הגמוניות – אלא על המגשר להיות שותף פעיל בחיבורו של הסיפור החדש: אל לו לצפות שצד לגישור יהיה המחבר היחיד של סיפור-חייו, שכן המשמעויות המרפאות של הסיפור נגלות לרוב בדרך דיאלוגית.¹⁷⁰

דיאלוג מאפשר לאדם לראות לראשונה את ייחודו של האחר, להקשיב לקולו הייחודי ולהבין את נקודת-מבטו.¹⁷¹ במובן זה, הדיאלוג מבטא יחסי אני-את/ה במשמעותם הבובריאנית – יחסים שבהם האחר נתפס כסובייקט, להבדיל מיחסי אני-לו, שבהם האחר נתפס כאובייקט. המפגש עם האחר כאת/ה, כסובייקט עם ייחוד, מאפשר לאני לפגוש את עצמו: על-ידי הכרת עולמו של האחר, האני לומד על עולמו וזהותו

JOHN WINSLADE & GERALD MONK, NARRATIVE MEDIATION: A NEW APPROACH TO CONFLICT RESOLUTION 119 (2000). ראו גם Butler, Brimhall & Harper, לעיל ה"ש 160, בעמ' 203.

ADRIANA CAVARERO, RELATING NARRATIVES: STORYTELLING AND SELFHOOD 64 (2000).

Sally Engle Merry, *Albie M. Davis: Community Mediation as Community Organizing*, in DEBORAH M. KOLB & ASSOCIATES, WHEN TALK WORKS: PROFILES OF MEDIATORS 245, 263 (1997).

השוו חיים עומר ונחי אלון **מעשה הסיפור הטיפולי** 171 (1997); Wing, לעיל ה"ש 37, בעמ' 394.

Mark S. Umbreit, ; בעמ' 125, WINSLADE & MONK; לעיל ה"ש 165, בעמ' 134; ; בעמ' 14 *Humanistic Mediation: A Transformative Journey of Peacemaking*, CONFLICT RESOL. Q. 201, 202 (1997); Lois Gold, *Mediation and the Culture of Healing*, in BRINGING PEACE INTO THE ROOM: HOW THE PERSONAL QUALITIES OF THE MEDIATOR IMPACT THE PROCESS OF CONFLICT RESOLUTION 183, 193 (Daniel Bowling & David A. Hoffman eds., 2003); Mark S. Umbreit & Heather Burns, *Humanistic Mediation: Peacemaking Grounded in Core Social Work Values* (2002), available at www.cehd.umn.edu/ssw/tjp/resources/rj_dialogue_resources/humanistic_approach/Humanistic_Mediation_Peacemaking_Ground.ed_%20in_Core_SW_Values.pdf

JUDITH BUTLER, GIVING AN ACCOUNT OF ; בעמ' 63–62, 40–39, CAVARERO; לעיל ה"ש 166, בעמ' 84 (2005). ONESELF

CAVARERO, שם, בעמ' 57–55, 74–76.

של. 172 מפגש כזה מחייב את האני לאמץ גישה של פתיחות, חוסר שיפוטיים ויתור על ידיעה מוקדמת. 173 כפי שמציין שגיא:

"השותף בדיאלוג רוצה לשמוע את קולו של הזולת, רוצה הוא לקלוט את תווי פניו המלאים של האחר שבו הוא פוגש. הדיאלוג הוא מאמץ להשיב לבני אדם את פניהם, את עולמם וערכם הייחודי... ההתנסות בדיאלוג מבוססת על ההכרה בערך העצמי של האחר. כל אחד מהשותפים לדיאלוג הוא יצור הראוי לכבוד, שכן הוא נושא בתוכו מלאות, אינדיווידואליות ועולם בעל ערך. משמע, דיאלוג אמיתי מבוסס על ההנחה שלבני אדם שונים יש עולמות וערכים שונים. במילים אחרות, דיאלוג אמיתי מניח גרסה כזו או אחרת של פלורליזם ולא מוניזם." 174

מאוטנר מציין, בהתייחס לתפיסת הדיאלוג של גדמר, כי הדיאלוג מתאפיין בכך –

"שהמשתתפים עוסקים בנושא משותף המעסיק את שניהם, נסחפים אחר מהלך ההתפתחות הבלתי-מתוכנן של הדיאלוג ויוצרים יחדיו משהו משותף שלא היה קודם לכן ושלא היה יכול להיווצר בלא שיתוף הפעולה ביניהם. המשתתפים אינם מבקשים 'לנצח' זה את זה, אלא כל אחד מהם פותח את עצמו לקראת האחר, מתאמץ להבין את נקודת הראות של האחר, בוחן בכנות את הערך של דברי האחר, ומוכן לאמץ את נקודת הראות של האחר ולהשתנות על-ידיה." 175

אחד הכלים הדיסקורסיביים החיוניים להתרחשותו של דיאלוג כזה הוא סיפורי-חיים. 176 סיפורי-חיים מאפשרים למספר לבטא את זהותו באופן היוצר קשר בין התנסות אישית לבין היסטוריה קיבוצית, בין ביוגרפיה להיסטוריה. 177 כפי שמציינת לומסקי-פדר:

"סיפור החיים אינו סיפור אישי, אידיויסינקרטי, אלא משקף הקשר חברתי-היסטורי, מושפע ממנו ובו-בזמן גם מבנה אותו. סיפור החיים הוא טקסט תרבותי הכורך במשותף משמעויות אישיות וחברתיות. כאשר אדם מספר את חייו הוא

172 אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" **מחקרי משפט** טז 37, 51–52 (2000).

173 מרדכי מרטין בובר **בסוד שיח: על האדם ועמידתו נוכח ההווה** 4–5 (1959).

174 שגיא, לעיל ה"ש 172, בעמ' 51.

175 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** פרק שלישי – גדמר והמשפט 83, 109 (2008).

176 לחשיבותם של סיפורי-חיים ראו: Martha Minow & Elizabeth V. Spelman, *In Context*, 63 S. CAL. L. REV. 1597, 1625, 1628 (1990).

177 ULRICH BECK, *RISK SOCIETY: TOWARDS A NEW MODERNITY* 135–137 (Mark Ritter trans., 1992).

מארגן ומסדר את זיכרונותיו האישיים, אך באלה משוקעים תמיד יסודות תרבותיים וזיכרונות קיבוציים.¹⁷⁸

הזיקה בין האישי לקיבוצי – בין ממדים אישיים לבין ממדים חברתיים, היסטוריים ופוליטיים – מעשירה את סיפור-החיים בממדים פרשניים רבי רבדים, ומוסיפה על ייחודו כסיפור אישי.¹⁷⁹ על-ידי כך היא הופכת אותו לכלי חתרני רב עוצמה: סיפור כזה יכול לחשוף – לעיתים לראשונה – את מי שנמנה עם הקבוצה השלטת לנקודות-מבט חדשות שיאירו את חלקיותה של נקודת-המבט ה"טבעית" שבה הוא מחזיק.¹⁸⁰ בכך יש כדי לסלול את הדרך לתהליך של ריפוי שיאפשר ל"אחר" לשכתב את סיפור-חיו ולהמיר את הזהות השלילית, הדכאנית, שיסודה בהפנמה של נקודת-המבט ההגמונית, בזהות חיובית המגלמת סיפור-חיים חדש.¹⁸¹ סיפורי-חיים עשויים אפוא למלא תפקיד רב חשיבות מקום שטיעונים רציונליים "אינם פועלים", ולקדם תהליך טרנספורמטיבי הן אצל משתתפים מקבוצות מוחלשות והן אצל משתתפים מן הקבוצה השלטת.¹⁸² השיפת נקודת-המבט הפרטיקולרית העומדת מאחורי אמיתות ותפיסות חברתיות אוניוורסליות כביכול עשויה לחולל תהליך טרנספורמטיבי של גילוי ו"נפילת אסימון".¹⁸³

הדיאלוג כמקדם תהליך של פיתוח תודעה ביקורתית ממלא תפקיד מרכזי גם ברעיון התידוע (conscientization) של פריירה (Freire). פריירה פיתח תפיסה חינוכית שלפיה תפקידו של המורה הוא קידום דיאלוג בינו לבין תלמידיו: "החינוך המשחרר מתבסס על פעולות של הכרה, לא על העברת מידע."¹⁸⁴ לצורך זה חשוב הדיאלוג בין המשתתפים. הדיאלוג נועד לייצר הבנה חדשה של העולם ובד בבד לקדם פעולה ביקורתית: "יש לקיים דו-שיח ביקורתי ומשחרר עם המדוכאים, בכל שלב משלבי מאבקם לשחרור, וזהו תנאי קודם לכל פעולה."¹⁸⁵

178 עדנה לומסקי-פדר "סיפורי חיים של חיילים משהחרים: יחסי הגומלין בין זיכרון אישי לזיכרון חברתי של מלחמה" *תיאוריה וביקורת* 11, 59 (1997).

179 מיכל אלברשטין *תורת הגישור* 338 (2007).

180 Kathryn Abrams, *Hearing the Call of Stories*, 79 CAL. L. REV. 971, 1022–1023 (1991).

181 K. Anthony Appiah, *Identity, Authenticity, Survival: Multicultural Societies and Social Reproduction*, in CHARLES TAYLOR ET AL., *MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION* 161 (Amy Gutmann ed., 1994).

182 Norman Dale, *Cross-Cultural Community-Based Planning: Negotiating the Future of Haida Gwaii (British Columbia)*, in THE CONSENSUS BUILDING HANDBOOK: A COMPREHENSIVE GUIDE TO REACHING AGREEMENT 923, 941–942 (Lawrence Susskind, Sarah McKearnan & Jennifer Thomas-Larmer eds., 1999). חשיבותו של הסיפור לגבי קבוצות מוחלשות וקבוצות מיעוט עמדה גם לנגד עיניו של בית-המשפט העליון בקנדה, אשר קבע כי יש לתת להיסטוריה שבעל-פה של first nations משקל שווה-ערך לזה של ראיות קונוונציונליות ושל עדות מומחים. שם, בעמ' 944.

183 BOHMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 207–211.

184 פאולו פריירה *פדגוגיה של מדוכאים* 68 (כרמית גיא מתרגמת, 1981).

185 שם, בעמ' 53.

כדי לקדם דיאלוג "משחרר" בין המשתתפים בגישור, על המגשר-המייילד לשאוף לעורר אצלם תהליכים רפלקטיביים שיאפשרו להם לזהות את השפעתן של נורמות הגמוניות על סיפור הסכסוך שלהם ולערער את תמונת-העולם הדיכוטומית והטוטלית שבה הם מחזיקים.¹⁸⁶ בתמונת-עולם כזאת הצדדים "רואים את עצמם או את זולתם כטובים בשלמות או כרעים בשלמות, בראותם את העבר או את העתיד כאפל לחלוטין או כבהיר לחלוטין, בראותם התנהגות כלשהי כראויה לתשואות בלבד או לגינוי בלבד".¹⁸⁷ תפקיד המגשר הוא להוביל לראייה כפולה מקום שקודם לכן שררה ראייה חד-צדדית.¹⁸⁸ הדבר ניתן להיעשות, למשל, על-ידי הצגת שאלות שייצרו אצל הצדדים בלבול קונסטרוקטיבי.¹⁸⁹ הבלבול עשוי לפתוח את המספר לאפשרויות מחשבה חדשות ולנקודות-מבט חדשות, שיעשירו את נקודת-המבט המקורית שלו בשדות חדשים של משמעות וייצרו מרחב לסיפור מורכב יותר, עשיר ורב קולות.¹⁹⁰

תהליך דיאלוגי שבו המגשר נוקט אתיקה של נשיאת-פנים שווה עשוי אפוא לקדם את ביטוי סיפוריהם החתרניים של צדדים מקבוצות מוחלשות, אשר יאתגרו את הסיפור ההגמוני הדומיננטי ויערערו אותו: בעוד אתיקה של ניטרליות מייצרת חסמים סמויים להשתתפות המקשים על סיפורים כאלה לפלס את דרכם אל שולחן הדיונים, אתיקה של נשיאת-פנים שווה עשויה לסייע להם לזכות בקשב, מאחר שהיא מונעת מן המגשר את האפשרות להסתתר מאחורי הבחנה כוזבת בין "תהליך" לבין "תוכן", ומאלצת אותו להיות שותף לתהליך הדיאלוגי ולנקוט בתוך כך עמדה ברורה בסוגיות של צדק חברתי.¹⁹¹ כפי שטוענים וינסלייד, מונק וקוטר (Winslade, Monk & Cotter):

"...מגשר יכול להצהיר בגלוי על התנגדותו לאלימות, לגזענות, לסקסיזם ולהפליה מעמדית. מגשר כזה יבקש לבטא באמצעות מלאכת הגישור שלו משואת-פנים גלוי לטובת קידום צדק חברתי. כאשר סוגיות אלה מצויות בקדמת

186 שם, בעמ' 156–157, Gunning; לעיל ה"ש 18, בעמ' 80.

187 עומר ואלון, לעיל ה"ש 168, בעמ' 19.

188 שם, בעמ' 19–20.

189 Robert D. Benjamin, *Managing the Natural Energy of Conflict: Mediators, Tricksters, and the Constructive Uses of Deception*, in BRINGING PEACE INTO THE ROOM: HOW THE PERSONAL QUALITIES OF THE MEDIATOR IMPACT THE PROCESS OF CONFLICT RESOLUTION 79, 96 (Daniel Bowling & David A. Hoffman eds., 2003).

190 שם, בעמ' 85; מירי רוזמרין "אחרית דבר: מהיות גבר להתהוות כאישה – תיאוריית ההבדל הבין-מיני של לוס איריגארי" לוס איריגארי **מין זה שאינו אחד** [מבחר] 81, 85 (דניאלה ליבר מתרגמת, 2003).

191 Sara Cobb, *Dialogue and the Practice of Law and Spiritual Values: Creating Sacred Space: Toward a Second-Generation Dispute Resolution Practice*, 28 FORDHAM URB. L.J. (2001) 1017, 1029, 1032–1033; אלברשטיין, לעיל ה"ש 179, בעמ' 353.

התודעה, הדבר מאפשר, לפרקים, מתן עדיפות מכוונת לקולות שאינם זוכים בדרך-כלל בקשב.¹⁹²

ההעדפה המכוונת לקולות ולסיפורים מושתקים משמעה "העדפה מתקנת", ולא מתן עדיפות: הקולות המושתקים נזקקים לסיועו הפעיל של המגשר כדי שיוכלו להישמע ולזכות בקשב.¹⁹³ לעומתם, סיפורים המשקפים את נקודת-המבט השלטת נחשבים בדרך-כלל מובנים מאליהם, ועל-כן אינם זקוקים לסיוע דומה. נשיאת-פנים שווה נועדה אפוא להגשים עיקרון של שוויון מהותי, ולאפשר לכל הקולות, לרבות הקולות המושתקים, לקבל הזדמנות שווה להתבטא ולזכות בקשב:

"המגשר, כמספר רב-אומן, צריך להיות מסוגל לערוך מחדש את התסריטים של סיפורי הקונפליקט של כל הצדדים, ולרקוח מהם תסריט אחר שבו כל הצדדים ממלאים תפקיד בדומה."¹⁹⁴

"ההעדפה מתקנת" כלפי הקולות המושתקים אין משמעה בהכרח נקיטת עמדה מוסרית ולטיביסטית, שכן הקולות המושתקים מסוגלים לחשוף שהעמדה השלטת היא פעמים רבות בלתי-מוסרית בדיוק מאחר שהיא אינה ממלאת אחר עקרונות מוסר כלליים, אף אם היא מתיימרת לעשות כן.

אימוץ עמדה אתית של נשיאת-פנים שווה יכול אפוא להגביר את השתתפותם האפקטיבית של צדדים הנמנים עם קבוצות מוחלשות, על-ידי קידום מודל גישור דיאלוגי המבוסס על עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה".¹⁹⁵

John Winslade, Gerald Monk & Alison Cotter, *A Narrative Approach to the Practice of* 192 *Mediation*, 14 NEGOTIATION J. 21, 25 (1998) (התרגום שלי – ר' ז'). דוגמה לגישור שבו נקט המגשר עמדה גלויה בסוגיות של צדק חברתי מופיעה אצל Mulcahy, הטוענת כי יש לנטוש את השאיפה לניטרליות, המשקפת חרדה מפני עריכת בחירה מוסרית מפורשת, ולהמיר את האתיקה של ניטרליות באתיקה של partiality, המאפשרת למגשר להאיר את ההקשר החברתי והמבני של סכסוכים בין פרטים ולקרוא תיגר על הסדר החברתי הקיים. ראו Mulcahy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 513–519, 514.

Wing, לעיל ה"ש 37, בעמ' 399.

Benjamin, לעיל ה"ש 189, בעמ' 102 (התרגום שלי – ר' ז').

195 מודל הדמוקרטיה הדיאלוגית של Bohman, למשל, כולל עקרונות כאלה, ביניהם חשיפת האופן שבו מסורות וקטגוריות חברתיות הנחשבות "טבעיות" או "מובנות מאליהן" משפיעות על סיפוריהם של המשתתפים; פירוק נורמות מופשטות המשקפות קטגוריות הגמוניות וסלילת הדרך להרחבתן כך שיוכלו להכיל קולות מן השוליים; יצירת מסגרת פרשנית חדשה, שתגלם מסגרת מוסרית פלורליסטית המכילה מגוון של נקודות-מבט; וייחוס חשיבות ל"סיפורי-חיים" היוצרים קשר בין התנסות אישית לבין היסטוריה קולקטיבית. BOHMAN, לעיל ה"ש 38, בעמ' 59–63, 92–93. ראו גם Abrams, לעיל ה"ש 180, בעמ' 1022–1023.

בסעיף הבא אציג את מודל הגישור הנרטיבי. אבחן אם וכיצד הוא מקדם דיאלוג המכיל עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה", ועל איזו תפיסה אתית מושתת תפקידו של המגשר.

פרק ב: מודל הגישור הנרטיבי

1. מבוא – האידיאולוגיה של המודל הנרטיבי

מודל הגישור הנרטיבי פותח על-ידי וינסלייד ומונק בספרם NARRATIVE MEDIATION משנת 2000.¹⁹⁶ וינסלייד ומונק הושפעו עמוקות מן השיטה הטיפולית הנרטיבית שפותחה בתחילת שנות התשעים על-ידי מייקל וייט (Michael White) האוסטרלי ועמיתו הניו-זילנדי דייוויד אפסטון (David Epston).¹⁹⁷ וייט ואפסטון, ובעקבותיהם גם וינסלייד, מונק ואחרים, ביקשו לפתח פרקטיקה טיפולית שתביא בחשבון את יחסי הכוח בחברה, ובמיוחד יחסי כוח מגדריים ויחסי כוח הקשורים לילידים.¹⁹⁸

הנחת-המוצא של מודל הגישור הנרטיבי היא כי סכסוכים המתרחשים בספירה הפרטית מושפעים מנורמות חברתיות ותרבותיות הנחשבות "מובנות מאליהן". נורמות אלה מכוננות נקודות-מבט המייצרות אצל כל אחד מן הצדדים "סיפור" שונה בנוגע לסכסוך. לפיכך תנאי לבניית סיפור חדש של יחסים בין הצדדים הוא זיהוי נקודות-מבט אלה וערעורן.

מפתחי המודל מבקרים את מודל פתרון הבעיות, הרואה את תכליתו של הגישור ביישוב הסכסוך בהתבסס על צורכיהם של הצדדים. לדעתם, תפיסת הצרכים מעמידה במרכז את הפרט האוטונומי, על צרכיו הבלתי-מסופקים, ומסיטה את תשומת-הלב מכך ש"צרכים" הם למעשה תוצר של הבניה חברתית ותרבותית.¹⁹⁹ כדי שמודל הגישור יוכל להביא בחשבון את יחסי הכוח, עליו לצאת לדעתם מנקודת-ההנחה שהשפה היא פרפורמטיבית (ביצועית), כלומר, מכוננת מציאות: מילים אינן רק כלי לייצוג המציאות,

196 WINSLADE & MONK, לעיל ה"ש 165. האפשרות של מודל גישור נרטיבי הוזכרה בכמה מאמרים משנות התשעים, אך לא פותחה שם דייה. ראו, למשל, Rifkin, Millen & Cobb, לעיל ה"ש 11.

197 MICHAEL WHITE & DAVID EPSTON, NARRATIVE MEANS TO THERAPEUTIC ENDS (1990)

198 GERALD MONK ET AL., NARRATIVE THERAPY IN PRACTICE: THE ARCHEOLOGY OF HOPE (1997); John Winslade, *Storying Professional Identity: From an Interview with John Winslade*, 4 INT'L J. NARRATIVE THERAPY & CMTY. WORK 33 (2002), available at www.dulwichcentre.com.au/johnwinsladearticle.htm

David M. Engel, *Origin Myths: Narratives of Authority, Resistance, Disability, and Law*, 199 27 LAW & SOC'Y REV. 785, 789 (1993); David M. Engel, *Law in the Domains of Everyday Life: The Construction of Community and Difference*, in LAW IN EVERYDAY LIFE 123 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1995).

אלא הן גם מבנות אותה ומעניקות לה משמעות.²⁰⁰ הסיפור לא רק משקף את המשמעויות התרבותיות הדומיננטיות, אלא גם מכונן אותן.²⁰¹ משמעויות אלה הן פעמים רבות תוצר של הצגת נקודות-המבט המשותפות אינטרסים דומיננטיים כ"עובדה" אובייקטיבית. מרעיון הפרפורמטיביות של השפה נובע שתכליתו של הגישור אינה לזהות את הצרכים והאינטרסים של הצדדים, אלא לחשוף את נקודות-המבט הסמויות שכווננו "צרכים" אלה ולערערן. איתור הסיפורים השונים המייצרים את הסכסוך הוא צעד ראשון בדרך לבניית פרשנות חדשה להיסטוריה של הסכסוך – פרשנות שתבסס על נקודות-מבט חלופיות שחלקן היו מושגות עד כה.²⁰² גישור המקדם תהליכים של פירוק סיפורים דומיננטיים ובניית סיפורים חלופיים מהווה אתר של שינוי חברתי.²⁰³

2. תכליותיו של המודל הנרטיבי: דקונסטרוקציה ורקונסטרוקציה

יעדיו של הגישור הנרטיבי הם דקונסטרוקציה ורקונסטרוקציה – פירוק סיפור הקונפליקט ובניית סיפור חלופי. תהליך הפירוק נועד לערער את ההיגיון של סיפורי הסכסוך השונים ולחשוף את נקודות-המבט שכווננו אותם. הערעור סולל את הדרך להחלפת הנרטיב הצר והחלקי של סיפור הסכסוך המקורי בסיפור חדש. הסיפור החדש מכיל תמות חלופיות של יחסים, אשר נבלעו או נעלמו בתוך סיפורי הקונפליקט השונים מכיוון שלא התיישבו עם התמה הדומיננטית שלהם. תפקיד המגשר הנרטיבי הוא לאתר את החוויות הבלתי-מסופרות שלא מצאו את דרכן לסיפור הקונפליקט, ולהצילן על-ידי שילובן לתוך סיפור חדש. הסיפור החדש מגלם אפוא הרחבה של סיפורי הקונפליקט: זהו סיפור המכיל תמות חדשות בצד תמות שנותרו מסיפורי הקונפליקט המקוריים.²⁰⁴ תהליכי הפירוק והבנייה אינם ליניאריים, אלא שלובים זה בזה ונוצרים זה מתוך זה. כדי לקדם תהליכים של פירוק ובנייה, וינסלייד ומונק מציעים למגשר לעשות שימוש במה שהם מכנים "פרקטיקות דיאלוגיות". פרקטיקות אלה מתאפיינות באימוץ עמדה סקרנית מצד המגשר:²⁰⁵ המגשר, לדעתם, אינו צריך לשכנע את הצדדים מה נכון בעבורם, אלא עליו להציג להם שאלות שיזמינו אותם לספק בעצמם פרשנות ומשמעות. תכליתן של שאלות אלה לעורר אצלם תהליך רפלקטיבי שיסייע להם להבין כיצד המיקום או העמדה שהם נוקטים משפיעים על האופן שבו הם תופסים את הסכסוך ואת הצד האחר, ומה הקשר בין מיקום או עמדה אלה לבין התפיסות החברתיות המקובלות.

200 WINSLADE & MONK, לעיל ה"ש 165, בעמ' 3.

201 שם, בעמ' 40–41.

202 שם, בעמ' 38–39. אלברשטין סבורה כי מטעם זה יש במודל הנרטיבי כדי "לצמצם את הפער בין משפט ונורמות מתקדמות לבין קהילות שלמות ויחידים רבים אשר לא הפנימו אותם". אלברשטין, לעיל ה"ש 179, בעמ' 302.

203 WINSLADE & MONK, לעיל ה"ש 165, בעמ' 40–41.

204 שם, בעמ' 53.

205 שם, בעמ' 125–126.

התהליך הרפלקטיבי עשוי לסייע לצדדים לזהות את המשמעות המרפאת החבויה בסיפורם.²⁰⁶

פרקטיקה מרכזית של המודל הנרטיבי היא החצנת הבעיה (externalizing the problem). פרקטיקה זו נועדה לסייע בפירוק קטגוריות דומיננטיות ובזיהוי האופן שבו תפיסות מקובלות ואמיתות אוניוורסליות כביכול משפיעות על הסכסוך ומכוננות אותו:

"החצנת הבעיה מסייעת בזיהוי צורות ידע אוניטריות ובהפרדתן מדפוסי שיח של 'אמת' המשועבדים לתוכן. מיפוי האופן שבו הבעיה משפיעה על חייו של האדם המסוים ועל יחסיו עם אחרים, ועידודו לזהות את האמונות שלו על עצמו, על אחרים ועל יחסיו עם אחרים, מאפשרים לחשוף את צורות הידע האוניטריות המשועתקות שוב ושוב באמצעות נוכחותה המתמדת של הבעיה."²⁰⁷

עידוד המספר לחשוף את ההיבטים המושקפים בסיפורו יכול, לטענתם של וייט ואפסטון, לפתוח לפניו משמעויות חדשות שיאפשרו לו להיחלץ מן המיקום המגביל שכפה עליו הסיפור הדומיננטי.²⁰⁸

הפרקטיקות הדיאלוגיות של המודל הנרטיבי מודגמות בספרם של וינסלייד ומונק.²⁰⁹ בפרק הראשון לספרם מתואר גישור בסכסוך משמורת בין פיונה וגרג, בני-זוג המצויים בהליכי גירושים. בבית-המשפט תבע כל אחד מבני-הזוג משמורת בלעדית על הילדים. בתחילת הגישור הציגו שני בני-הזוג עמדות המתאפיינות בנרטיב נוקשה וטוטלי: כל אחד מהם ייחס לאחר את מלוא האשמה והאחריות לסכסוך. המגשר ביקש לחשוף את נקודות-המבט המכוננות את הנרטיב הטוטלי, ולשם כך הציג לכל צד, במסגרת הפגישה ביחידות, שאלות שנועדו למפות את הנורמות החברתיות והתרבותיות שהשפיעו על סיפור הסכסוך שלו.

תחילה ביקש המגשר מפיונה לפרט את דעותיה על נישואים בכלל ואת ציפיותיה מן הנישואים עם גרג בפרט. פיונה סיפרה כי בתקופה הראשונה לנישואיהם שררה בינה לבין גרג מעין הסכמה שבשתיקה כי גרג ידאג לפרנסת המשפחה והיא תישא באחריות למשק-הבית ולגידול הילדים. חלוקת תפקידים זו הושפעה, לדבריה, מדפוס ההתנהלות של הוריהם. בשלב הבא בחן המגשר עם פיונה את עמדתה כלפי הנורמות החברתיות והתרבותיות שהשפיעו על חלוקת התפקידים המגדרית-המסורתית. פיונה הביעה חרטה עמוקה על כך שלא ביטאה אסרטיביות רבה יותר בנוגע לצרכיה ולשאיפותיה, וביטאה את תחושתה כי הקריבה את עצמה למען הטיפול במשפחה תוך ויתור על קריירה משלה ועל פיתוח יכולת כלכלית עצמאית.

206 שם; עומר ואלון, לעיל ה"ש 168, בעמ' 133–134.

207 WHITE & EPSTON, לעיל ה"ש 197, בעמ' 30 (התרגום שלי – ר' ז').

208 שם, בעמ' 15.

209 WINSLADE & MONK, לעיל ה"ש 165.

לפי ניתוחם של וינסלייד ומונק, סיפורה של פיונה חושף כמה נורמות תרבותיות דומיננטיות ששימשו מצע לצמיחת הקונפליקט, ביניהן שתפקיד האישה הוא לספק בהכנעה את הצרכים של בעלה; שהישגיו של בעלה הם מקור הסיפוק וההנאה העיקריים שלה; שאישה צריכה להיות אחראית לצרכים החברתיים והרגשיים של בעלה וילדיה; ושאשה צריכה לוותר על שאיפה לקריירה משלה.

סיפורו של גרג התאפיין בנרטיב טוטלי שייחס לפיונה את האחריות המלאה לסבלו. המגשר ביקש לפרק סיפור זה, ובמקום למסגרו באמצעות התיאור "פיונה היא הבעיה", למצוא תיאור ממסגר חלופי הקשור ליחסים בין בני-הזוג ולהשפעותיו של הסכסוך על גרג ועל הילדים. לשם כך הוא עשה שימוש בטכניקה של externalizing the problem – טכניקה שנועדה לאפשר פירוק של התמה הטוטלית והנוקשה והמרתה בתמות חלופיות, שיהפכו את הבעיה למעין "צד שלישי", חיצוני לצדדים עצמם. התמות החלופיות שחולצו מסיפורו של גרג היו "הזנחה", "בגידה", "חוסר אמון" ו"כאב" – תמות המבטאות את השפעות הסכסוך ותוצאותיו על שני הצדדים, מבלי לייחס אשמה למי מהם.

בשלב הבא ביקש המגשר למפות את השפעות הקונפליקט על גרג. גרג נשאל, בין היתר, כיצד הקונפליקט משפיע על בריאותו, וכיצד חוסר האמון הגובר בינו לבין פיונה משפיע על הילדים. משאלות אלה התבררו התמות הדיסקורסיביות הדומיננטיות שהשפיעו על גרג, ובראשן התמה של הגבר כ"ראש המשפחה" ומקבל החלטות הבלעדי. מתמה זו נגזרו תמות נוספות, כגון: הנשיאה בעול הפרנסה היא תרומתו המרכזית של גבר למשפחתו; בעל טוב הוא גבר שמשתכר היטב; אישה אשר עוזבת את בעלה בוגדת במשפחתה ומאבדת כל זכות לקבל החלטות בנוגע לגידול הילדים. כדי לנסות לפרק את הקטגוריה הדיסקורסיבית של "ראש המשפחה", שאל המגשר את גרג כיצד משפיעה עליו הנורמה שלפיה "מפרנס טוב הוא גבר שמשתכר היטב". גרג ביטא תחושתו כי נורמה זו מטילה עליו נטל פיזי ונפשי כבד, וציין כי כבר עתה החל להפחית את שעות העבודה שלו כדי להקדיש זמן רב יותר לבילוי עם הילדים.

על-ידי פירוק התמות הדיסקורסיביות שכוננו את נקודות-המבט של בני-הזוג ביחס לסכסוך, ניסה המגשר לקדם תהליך של בניית סיפור חדש שיחליף את הנרטיב הטוטלי המקורי. הדרך לבניית הסיפור החדש נסללה על-ידי שילוב קולותיהם של הילדים בתהליך. לפי ניתוחם של וינסלייד ומונק, השתתפותם של הילדים בגישור הביאה לידי כך שהם חדלו לשמש אובייקט בשיח של הוריהם ונהפכו לסובייקט בעל קול משל עצמם. מתן משקל לקולותיהם של הילדים הביא לידי שינוי בעמדתם של פיונה וגרג הן כלפי הילדים והן זה כלפי זה: גרג הבין לראשונה כי לילדים יש דעות ורצונות ברורים המנוגדים לאלה שלו, דבר שיצר פתח לבניית יחסים חדשים עם פיונה. הוא נוכח כי מאבקו לקבל משמורת על הילדים נבע במידה רבה מרצונו להענישה על החלטתה לסיים את הנישואים. עם גילוי הסימנים הראשונים לנטישת העמדה הפטריארכלית הסמכותנית, השתנתה גם עמדתה של פיונה ביחס לגרג, והיא החלה לגלות כלפיו אמפתיה רבה יותר.

3. ביקורת על המודל הנרטיבי

התיאוריה והפרקטיקה של מודל הגישור הנרטיבי הופכות אותו, לדעתי, למודל הגישור בעל הפוטנציאל המשמעותי ביותר לקדם השתתפות המבוססת על עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה". עם זאת, ועל-אף חדשנותו, המודל לוקה לדעתי בשתי בעיות קונספטואליות עיקריות: תפיסת צרכים חד-ממדית והעדר חלופה לאתיקה של הניטרליות.

(א) תפיסת צרכים חד-ממדית

המודל הנרטיבי מבקר כאמור בחריפות את תפיסת הצרכים, שהיא לב-ליבו של מודל פתרון הבעיות. ביקורת זו מבוססת, לדעתי, על הצגה לא-מדויקת וחד-ממדית של רעיון הצרכים, אשר תכליתה ככל הנראה לחדד את הניגודים בין שני המודלים ולהבליט את חדשנותו של המודל הנרטיבי. כך, למשל, וינסלייד ומונק טוענים כי ה"צורך" של גברים בקריירה, אשר מובע תדיר בסכסוכי גירושים, אינו אלא צורך מובנה חברתית שמושפע מתחושת זכאות פטריארכלית של "ראש המשפחה"²¹⁰. "צורך" זה הוא לדעתי דוגמה למושג אשר במודל פתרון הבעיות היה עשוי להתפרש דווקא כ"עמדה", ולא כצורך. מגשר הפועל לפי מודל פתרון הבעיות היה עשוי לנסות לחשוף את הצרכים המסתתרים מאחורי עמדה זו על-ידי הצגת שאלות פתוחות, כגון מדוע הקריירה של המספר חשובה לו, כיצד ניתן לדעתו לאזן בין קריירה לבין בילוי זמן עם הילדים וכיוצא בזה. שאלות כאלה חותרות לחשוף את נקודות-המבט השונות אשר מכוננות את ה"עמדה" של המספר בנושא הקריירה, לרבות נקודות-מבט המיוצרות על-ידי השיח הדומיננטי. בגישור של פיונה וגרג, למשל, מיפוי התמות הדיסקורסיביות שהשפיעו על פיונה חושף גם את צרכיה, שהם פיתוח עצמאות כלכלית, שותפות שווה בקבלת ההחלטות במשפחה, חלוקה שוויונית של האחריות למשק-הבית ולגידול הילדים וכיוצא בהם. מיפוי הנורמות הדומיננטיות חושף גם את צרכיו של גרג: צמצום שעות העבודה, בילוי זמן רב יותר עם הילדים ועוד. הצרכים של גרג ופיונה חופפים אפוא אלה את אלה באופן חלקי, דבר שעשוי לסלול את הדרך להסכם שייתן מענה לצרכים המשולבים שלהם. הבנת צרכים כתולדה של פירוק "עמדות", ולא כמהות קבועה ונתונה מראש, מקרבת אפוא את מודל פתרון הבעיות למודל הנרטיבי.

עם זאת, ועל-אף הסתייגותי מן הביקורת של המודל הנרטיבי על תפיסת הצרכים, אני סבורה כי תפיסת הצרכים של מודל פתרון הבעיות אכן עלולה להתקשות בקידום השתתפות אפקטיבית של צדדים מקבוצות מוחלשות. אלא שהסיבה לכך, לדעתי, היא שלא פעם קשה לתרגם את הסיפור האישי של צד לרשימה של "צרכים", והניסיון

John Winslade, *Mediation with a* ; 96–95, 37, 33 בעמ' 165, לעיל ה"ש 165, WINSLADE & MONK 210 *Focus on Discursive Positioning*, 23 CONFLICT RESOL. Q. 501 (2006); John Winslade, *Narrative Mediation: Assisting in the Renegotiation of Discursive Positions*, 4 INT'L J. NARRATIVE THERAPY & CMTY. WORK 64 (2003).

לעשות כן גורם לאובדן ייחודו של הסיפור. סיפורי-חיים, למשל, הם כאמור כלי חיוני להתרחשותו של מפגש דיאלוגי בין הצדדים, מאחר שהם מאפשרים למספר לבטא את זהותו באופן היוצר קשר בין התנסות אישית לבין היסטוריה קיבוצית.²¹¹ תרגום סיפורי-חיים לרשימה של צרכים מצמצם לדעתי את הסיכוי להתרחשותו של דיאלוג במובן העמוק, מפני שפעמים רבות ערכים סימבוליים שאינם ניתנים לביטוי רציונלי או למדידה אמפירית – כגון זהותו של המספר, ההיסטוריה הייחודית שלו, רגשותיו, מאווייו, המוסריות שלו וכיוצא בהם – ייתפסו ככאלה שאינם מכילים צרכים רלוונטיים ליישוב הסכסוך, ולכן יסוננו מסדר-היום.²¹²

(ב) העדר חלופה מספקת לאתיקה של הניטרליות

להבדיל מתפיסת הניטרליות של מודל פתרון הבעיות ושל המודל הטרנספורמטיבי, השואפת למזער את השפעתו של המגשר על התוכן, המודל הנרטיבי רואה השפעה זו כרצויה:²¹³ תהליכי הפירוק והבנייה מתרחשים על-ידי שילובה של נקודת-המבט של המגשר בנקודות-המבט של הצדדים. המגשר הוא אפוא שותף פעיל בחיבורו של הסיפור החדש. שותפות זו באה לידי ביטוי בתהליך של "יילוד", שנועד לעודד את הצדדים לזהות את השפעתן של הנורמות הדומיננטיות על סיפורי הסכסוך שלהם ולייצר סיפור חלופי המאתגר נורמות אלה. המגשר הנרטיבי הוא אפוא מגשר עם תודעה פוליטית וחברתית.

תפיסה זו של תפקיד המגשר מבטאת פילוסופיה פוסט-מודרניסטית אשר שוללת את הרעיון של אי-משואפנים המבוסס על פרספקטיבה אחידה של מבט "שום מקום". פרספקטיבה אשר מתעלמת מן ההבדלים בין הצדדים ומהשפעתם של יחסי הכוח על סיפוריהם אינה מתיישבת עם תהליכי פירוק ובנייה המקשרים בין "סוכן" לבין "מבנה" – בין הנרטיב הקטן של המספר לבין נרטיבים גדולים של מבנה חברתי.²¹⁴ אף-על-פי-כן, ובניגוד לצפוי, וינסלייד ומונק מגלים בספרם יחס דו-ערכי כלפי רעיון הניטרליות, ולמרות הסתייגותם ממנו, הם אינם מתנערים ממנו באופן מפורש ואינם מציעים לו חלופה.²¹⁵ מצב זה מותיר את המגשר הנרטיבי ללא הנחיה אתית באשר

211 BECK, לעיל ה"ש 177, בעמ' 135–137.

212 Cobb, לעיל ה"ש 191, בעמ' 1019–1020; Wendy Espeland, *Legally Mediated Identity: The National Environmental Policy Act and the Bureaucratic Construction of Interests*, 28 LAW & SOC'Y REV. 1149, 1164–1166 (1994).

213 Cobb, לעיל ה"ש 191, בעמ' 1028–1029.

214 Boaventura De Sousa Santos, *The Postmodern Transition: Law and Politics*, in THE FATE OF LAW 79, 105, 114–117 (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1991); Nancy Fraser & Linda Nicholson, *Social Criticism without Philosophy: An Encounter between Feminism and Postmodernism*, in UNIVERSAL ABANDON? THE POLITICS OF POSTMODERNISM 83, 88–89, 100–102 (Andrew Ross ed., 1989).

215 WINSLADE & MONK, לעיל ה"ש 165, בעמ' 50.

לאופן שבו עליו להתמודד עם פערי כוח בגישור: מצד אחד, בהכירו בקיומן של תפיסות-עולם דומיננטיות המובנות על-ידי השיח, מחובתו להתחשב ביחסי הכוח; מצד אחר, בהעדר אתיקה חלופית לניטרליות, הוא עלול להתקשות להפעיל פרקטיקות שיתמודדו עם פערי הכוח. פרקטיקות כאלה אמורות להיגזר מתפיסה תיאורטית, וזו אינה בנמצא.

הקושי לפתח תפיסה אתית חלופית לתפיסת הניטרליות מאלץ את וינסלייד ומונק לבסס את התיאוריה של המודל הנרטיבי על תפיסת כוח בעייתית שאינה מתיישבת עם תכליתו של המודל. בהסתמך על תורת הכוח של פוקן, הם מאמצים תפיסת כוח חתרנית שנמנעת מלקשר "נרטיבים קטנים" עם "נרטיבים גדולים". לטענתם, מאחר שיחסי הכוח נוצרים ומאותגרים באופן מתמשך על-ידי השיח במהלך הגישור, כל אדם – לרבות מי שממוקם בשולי החברה – יכול להתנגד ליחסי הכוח, וכל משתתף יכול ליהפך לסוכן.²¹⁶ מכאן הם מגיעים למסקנה כי אין זה מתפקידו של המגשר לאזן פערי כוח או לקדם תהליכי העצמה, שכן רעיון ההעצמה אינו מתיישב עם תפיסה של כוח חתרני שמקורו בשיח. במקום "העצמה" נכון יותר, לטענתם, לבחון את האופן שבו אנשים מנצלים הזדמנויות להתנגד לכוח.²¹⁷

אימוץ תפיסת הכוח המוקדמת של פוקן מבלי להביא בחשבון את הביקורת שנמתחה עליה יוצר נתק בין חתרנות מקומית לבין הגמוניה, בין סוכן לבין מבנה.²¹⁸ תפיסה זו של כוח והעצמה אינה עולה לדעתי בקנה אחד עם תכליתו של המודל לקדם תהליכים של פירוק סיפורים הגמוניים ובניית מסגרת פרשנית חדשה: סיפור חתרני מקומי עשוי אולי לערער לרגע את סיפור הקונפליקט המקורי, אולם הפירוק יהיה טקטי, ולא אסטרטגי, מאחר שהוא לא יצליח לקשר בין חתרנותם המקומית של יחידים לבין המצב החברתי והפוליטי.

זאת ועוד, תיאוריית הכוח של המודל אינה עולה בקנה אחד עם פרקטיקות הפירוק והבנייה של המודל שהודגמו קודם: בעוד התיאוריה של המודל שוללת כל סוג של מהותנות הכרוכה ב"נרטיבים גדולים", מדוגמת הגישור של פיונה וגרג עולה דווקא כי המגשר הנרטיבי מסייע לשני הצדדים לפרק נרטיבים הגמוניים גדולים ולזהות את האופן שבו הם משפיעים על נקודות-המבט שלהם ביחס לסכסוך. זאת, על יסוד ההנחה המשתמעת כי לגורמות אלה עשויה להיות השפעה דכאנית על שניהם.

במילים אחרות, קיים פער בין האידיאולוגיה של המודל לבין הפרקטיקה שלו: האידיאולוגיה מבוססת על תפיסה פוסט-מודרנית רדיקלית שאינה מכירה בקיומם של מבנים חברתיים; ואילו מפרקטיקות הגישור מצטייר דווקא מגשר עם תודעה חברתית ופוליטית, אשר מכיר במבני כוח גדולים וחותר לחשוף את השפעתם על הסכסוך

216 שם, בעמ' 40–41.

217 שם, בעמ' 49–51.

218 ראו, למשל, Henry, לעיל, ה"ש 98; Hunt, לעיל ה"ש 98, בעמ' 32; Peter Fitzpatrick, *Law and Societies*, 22 OSGOODE HALL L.J. 115, 122 (1984); Susan S. Silbey, *Making a Place for Cultural Analysis of Law*, 17 LAW & SOC. INQ. 39, 46–48 (1992).

באמצעות אתיקה של נשיאת-פנים שווה. פער זה יש בו כדי לצמצם את הפוטנציאל המעצים של המודל בהקשר של צדדים מקבוצות מוחלשות. כדי להגביר את הפוטנציאל המעצים של המודל, התיאוריה שלו צריכה להתבסס לדעתי על אתיקה של נשיאת-פנים שווה ועל תפיסת כוח המכירה בקשר בין נרטיבים קטנים לבין נרטיבים גדולים. פיתוח תיאורטי כזה עשוי להיות קריטי בסכסוכים בין קבוצה דומיננטית לבין קבוצה חברתית או תרבותית מוחלשת: אף שהפרקטיקות של הגישור הנרטיבי מצליחות להתמודד בהצלחה יחסית עם נרטיבים גדולים של מגדר המופיעים בסכסוכי משפחה בתוך אותה קבוצה תרבותית, בהעדר פיתוח תיאורטי כאמור הן עלולות להתקשות להתמודד בצורה אפקטיבית עם נרטיבים גדולים המופיעים בסכסוכים רב-מוקדיים (פוליצינטריים) בין קבוצות חברתיות ותרבותיות שונות. הנרטיבים שיופיעו בסכסוכים מסוג זה שונים מנרטיבים של מגדר: בעוד האישה, כפי שטוענת סימון דה-בובואר, נתפסת כ"אחר" קרוב,²¹⁹ הקבוצה החברתית, התרבותית או האתנית האחרת נחשבת ל"אחר" רחוק, במיוחד אם הקבוצה השלטת מעצבת את זהותה על-סמך שלילת הקבוצה האחרת.²²⁰ בסכסוכים כאלה, ללא תפיסה אתית ברורה של נשיאת-פנים שווה יהיה קשה לקדם דיאלוג שיצליח לעודד את ביטויים של סיפורים חתרניים שיקראו תיגר על הסיפור ההגמוני, ובד בבד גם לסלול את הדרך לבניית סיפור חדש של יחסים בין הצדדים.²²¹

4. סיפור להמחשת הביקורת

גישור שנערך בשנים 2001–2004 בין המדינה לבין תושבים ערבים בגליל ממחיש היטב את הביקורת על הניטרליות לפי מודל פתרון הבעיות. אותו גישור נסב על סכסוך שעניינו הכרזה על אזור נחל צלמון כגן לאומי.²²² נציגי התושבים הערבים, בעלי הקרקעות בנחל, סיפרו סיפור-חיים שהכיל שתי תמות מרכזיות. התמה הראשונה הייתה הקשר העמוק של התושבים לאדמה – קשר שהוא ב-בזמן רגשי, כלכלי, היסטורי ומשפטי (זכויותיהם בקרקע רשומות ב"טאבו"). התמה השנייה, המשלימה, ביטאה תחושת עוול וקיפוח עקב סירובה של המדינה להכיר בזכויותיהם בקרקע ונסיונותיה המתמשכים לנשלם מאדמתם על-ידי צווי הריסה ועל-ידי אי-חיבור בתי המגורים שלהם לתשתיות

219 SIMONE DE BEAUVOIR, THE SECOND SEX Ch. 1 (H.M. Parshley trans., 1949).

220 מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוני שמיר "הרהורים על רב-תרבותיות בישראל" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 67 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוני שמיר עורכים, 1998).

221 אלברשטין מציעה מטעם זה את המודל הבין-תרבותי. ראו אלברשטין, לעיל ה"ש 179, בעמ' 310–341. למיטב הבנתי, מודל מוצע זה אינו כולל הצעה לאתיקה חלופית לניטרליות.

222 Ronit Zamir, *Can Mediation Enable the Empowerment of Disadvantaged Groups? A Narrative Analysis of Consensus-Building in Israel*, 16 HARV. NEGOT. L. REV. 193 (2011).

בסיסיות. סיפור זה ביקש להביא לדיון נקודת-מבט חדשה: נקודת-מבט של צדק חלופי, המושתת על מוסר ועל הגינות בסיסית, ולא על כללי משפט. אולם על-ידי הפעלת פרקטיקות גישור שגרתיות הנגזרות מן האידיאולוגיה של "פתרון בעיות", מילאו המגשרים תפקיד פעיל בהעלמת סיפורי-החיים של התושבים מסדר-היום. הטכניקה הגישורית השכיחה ביותר הייתה מסגור מחדש של הסיפורים בנושאים וכאינטרסים. הטכניקה של "מסגור מחדש" (reframing) היא טכניקת גישור שכיחה שתכליתה בדרך-כלל לתת לדברי הדובר מסגרת חדשה, ניטרלית, שתנטרל אותם מן המטען הערכי הגלום בהם, וכך תקל איתור מכנה משותף בין הצדדים. דוגמה שכיחה לכך היא מסגור האשמות הדדיות כאחריות משותפת.²²³ בגישור בעניין נחל צלמון שימשה טכניקת המסגור להמרת התוכן המוסרי של סיפורי-החיים במסגרת פרגמטית של "נושאים" ו"אינטרסים" נטולי תוכן מוסרי. הדבר נעשה, בין היתר, בשלב של הכנת רשימת נושאים מוסכמת לדיון. התכלית של הכנת רשימת נושאים מוסכמת היא לאפשר לכל משתתף לקבל הזדמנות שווה להשתתף בקביעת סדר-היום. התהליך מנוהל על-ידי מגשר ניטרלי, אשר עושה שימוש בטכניקה של מסגור מחדש של הנושאים שהוצעו כדי לנטרלם מניסוחים פוגעניים או מתפיסות ערכיות. הנה שתי דוגמות לשני סיפורי-חיים ולנושאים שאליהם הם תורגמו:

תושב א: "כיום חשמל אין. אני עוד מעט הבת שלי מתחתנת, היא עדיין גרה איתנו. והבנים – איפה יגורו? אסור היום לבנות, לא מעץ, לא מכלום, אז מה מותר? אני עוד ההורים שלי באותו חדר, אי-אפשר לסבול את זה."

סיפורו של תושב א תורגם לנושא "פתרונות דיור לתושבי הגן".

תושב ב: "אני נולדתי שמה, אח שלי יותר מבוגר ממני נולד שמה, אנחנו שמה מאה וחמישים שנה. העצים שמה מעידים שאנחנו קיימים שמה מאה וחמישים שנה. והיום? לא שאלו אף אחד מאיתנו. אנחנו מבקשים הרחבה של הבנייה, איפה שאנחנו גרים. לי אישית יש דירה משנת 83', קיימת על עמודים. הילדים שלי – חלק עברו לגור בעילבון, חלק איתי בבית. ארבעה ילדים גרים איתי. אמרו: 'אנחנו ניתן לכם מגרשים'. ישבתי עם ראש מועצת משגב. זה היה לפני שלוש שנים. עד היום לא סגרנו את הבית שלנו, ראס אלעין כן סגרו בתים, כן קומה שנייה, אנחנו לא. קומה אחת אנחנו גרים, רוצה קומה שנייה על הבתים, ורוצים שיתוף בפארק. בתכנון הפארק עצמו. שלא יבוא אחד ממקום אחר לנהל את העסק שמה, על האדמה שלנו."

סיפור זה תורגם על-ידי המגשר לנושאים הבאים: "פתרונות דיור", "הרחבת הבתים הקיימים" ו"שיתוף התושבים בתכנון הגן".

.WILLIAM URY, GETTING PAST NO: NEGOTIATING WITH DIFFICULT PEOPLE 76 (1991) 223

דוגמות אלה ממחישות כי פרקטיקת הגישור השגרתית של מסגור מחדש פועלת להעלמת סיפורי־חיים מן השיח כאשר היא נגזרת מאידיאולוגיה של "פתרון בעיות" – אידיאולוגיה הרואה את הרלוונטיות של הסיפור האישי כמוגבלת לנושאים החבויים בו. מסגור מחדש שהוא תולדה של "פתרון בעיות" מבוסס על שתי הנחות: האחת, סיפורים אישיים נוטים לחדד הבדלים בהשקפות ובנקודות־מבט, דבר שעלול לסרבל השגת הסכם, אם לא לסכלה לחלוטין; והאחרת, סיפורים אישיים מסכלים דיון יעיל, ממוקד וענייני, המתקדם בעילות לקראת הסכם. כך, תושבים א ו־ב ניסו להביא לדיון סיפור של צדק חלופי הרואה בבנייה ללא היתר את הפתרון המוסרי היחיד בנסיבות הקיימות, כורח של הישרדות ושל לית בררה. הסיפור הכיל תמות כגון צפיפות מגורים בלתי־נסבלת, הפליה של תושבי הגן לעומת תושבי הכפר הסמוך והבטחות שלטוניות שאינן מקוימות. אלא שתמות אלה הושקו כליל על־ידי הנושא הסטרילי "פתרונות דיור".

סיפורו של תושב ב ביטא את הפער בין השורשים ההיסטוריים העמוקים של היישוב הערבי בנחל צלמון – עמוקים כשורשי העצים הנטועים במקום מאה וחמישים שנה – לבין יחסה האדיש של המדינה כלפי מצוקת התושבים. תמה סיפורית זו נתקלה אף היא בהתעלמות: התרגום לנושאים "פתרונות דיור" ו"שיתוף התושבים בתכנון הגן" פיצל בין ההיבטים האישיים לבין ההיבטים הקולקטיביים של הסיפור, והפריט אותו לרכיבים מופשטים, חסרי ייחוד, שאין ביניהם זיקה. דוגמות אלה מלמדות כי לסיפורי־חיים של התושבים לא היה סיכוי של ממש לקדם תהליך דיאלוגי: הפרקטיקה של מסגור מחדש בנושאים פוגגה אותם ברגע שבו סופרו. את מקומן של נקודות־המבט האישיות תפסו נושאים פרגמטיים, אוניוורסליים וחסרי ייחוד, שהיו משותפים לנושאים שהועלו על־ידי משתתפים אחרים, ביניהם נציגי המדינה. פירוק הסיפור האישי לרשימה של נושאים פרגמטיים סינן מסדר־היום ערכים סימבוליים – כגון היסטוריה, תרבות, מוסר וזהות קולקטיבית – אשר אי־אפשר להמירם בנושאים פרגמטיים.²²⁴ נושאים אלה נחשבו לא־יעילים ולא־רלוונטיים להשגת הסכם. תמות סיפוריות חתרניות דוגמת צדק חלופי או קשר זהותי קולקטיבי היסטורי־תרבותי לאדמה, אשר אינן ניתנות למסגור מחדש בצורה "ניטרלית" או לתרגום לנושא מוחשי מוגדר או לערך רציונלי, עברו תהליך של סינון מסדר־היום. כתוצאה מכך נמנעה האפשרות לקיים דיאלוג על נקודות־המבט המייצרות את הסיפורים השונים, ולבנות נרטיב חדש המבטא מסגרת פרשנית חדשה.

חוסר האפשרות לקיים דיאלוג מוסרי על נקודות־המבט השונות הוא תולדה של ניהול הגישור על־פי מודל של "פתרון בעיות" – מודל קבלת החלטות רציונלי המבוסס על היגיון פרגמטי של עלות–תועלת. כפי שטוענת אספלנד (Espeland), מודל כזה אינו מסוגל לייחס חשיבות לערכים סימבוליים שאינם ניתנים למדידה אמפירית או להמרה בערך כלכלי. ערכים אלה ייתפסו בדרך־כלל כצורת היגיון נחותה ולא־רלוונטית,²²⁵ ויודרו מן הדיון על־ידי פרקטיקות הנתפסות כפרוצדורות יעילות, הוגנות ושוויוניות לניהול דיון, לאיסוף מידע ולהשגת הסכם, ביניהן הגדרה של מה שייחשב "נושא" או

224 Espeland, לעיל ה"ש 212, בעמ' 1163.

225 שם.

"אינטרס" רלוונטי; השמטת ערכים סימבוליים מסדר-היום או לחלופין תרגומם לערך רציונלי, הנותן להם ייצוג מעוות; הפעלת נורמות המגדירות את דרך ההשתתפות ה"סבירה" וה"נכונה" ועוד. פרקטיקות אלה מצמצמות את סדר-היום וגורמות להענקת עדיפות סמויה לאינטרסים המבוססים על ההיגיון ההגמוני, המובן מאליו, של הקבוצה השלטת, ואשר נתפסים כבעלי פוטנציאל לקדם ביעילות השגת הסכם. לעומתם, סיפורים חתרניים שאינם מצייתים להיגיון הדומיננטי נתפסים בפרדיגמת היעילות כלא-יעילים וכלא-רלוונטיים, ועל-כן יעברו תהליך של סינון סמוי מסדר-היום. הסינון מתרחש באמצעות השמטתם מן השיח או תרגומם לשיח הרציונלי של עלות-תועלת.

הסוואת תהליך הסינון בגישור בעניין נחל צלמון נעשתה בחסות מיתוס הניטרליות של המגשר: פרקטיקת המסגור חיזקה למראית-עין את הניטרליות של המגשרים, ובזכותה הם נתפסו בעיני התושבים כמי שפועלים לסייע להם.²²⁶ חיזוק הניטרליות נעשה על-ידי זוגיות מבנית בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות: אי-משוא-פנים בא לידי ביטוי בלבישת גלימת ה"מומחה" ובהפעלת פרקטיקות גישור שוויוניות ודמוקרטיות המקנות הזדמנות שווה להשתתף; והאכפתיות באה לידי ביטוי בשיתופם של המשתתפים בתהליך תרגום הסיפורים לנושאים. כך, מצד אחד, הצליחו המגשרים לשמר את הדימוי של אי-שקצוע נטול משוא-פנים השומר על מרחק שווה מכל הצדדים, ומן הצד האחר, האכפתיות שלהם הסוואת את התהליך של צמצום סדר-היום. הזוגיות המבנית יצרה אפוא סיפור הגמוני חדש של אכפתיות – סיפור שאפשר למגשר לצמצם את סדר-היום ובו-בזמן להיחשב "אכפתי".

הקושי הוא שכאשר רשימת הנושאים לדיון לוקה בחסר ואינה כוללת נושאים טעונים, הצרכים שיאותרו בהמשך הגישור יהיו חלקיים אף הם, ולא ישקפו את מגוון הצרכים הטעונים התייחסות. הסיבה לכך היא שתהליך איתור צרכים המשקף את הסטוס-קו ההגמוני יביא בחשבון, על-פי-רוב, רק את צרכיו המוכנים חברתית של הפרט האוטונומי, וישמיט צרכים קולקטיביים חשובים, שניתן לאתרם רק מתוך ערעור קטגוריות הגמוניות. הסדר הגישור שיושג בסיומו של תהליך כזה יתבסס קרוב לוודאי על מכנה משותף מצומצם המבוסס על מידע חלקי, שאינו מביא בחשבון את כל הצרכים והאינטרסים הרלוונטיים. במילים אחרות, פרדיגמת היעילות, בשילוב עם הזוגיות המבנית בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות, פועלת לצמצום הפלורליזם החברתי, ומקדמת תפיסה של צדק פרוצדורלי "רזה" הפוגעת בהשתתפות האפקטיבית של קבוצות מוחלשות.

אימוץ תפיסה אתית של נשיאת-פנים שווה, המעודדת דיאלוג המייחס חשיבות לסיפורים חתרניים, היה עשוי לחולל טרנספורמציה ביחסי המשתתפים בתהליך הגישור בעניין נחל צלמון, ולהעשיר את הסיפורים הדומיננטיים בנקודות-מבט חדשות שאינן נשקפות מן האופק החלקי, הצר, של המספר ההגמוני. בכך היה אולי כדי לסלול את

Hephzibah Levine, *Mediating the War of Olives and Pines: Consensus-Based Land-Use Planning in a Multicultural Setting*, 21 NEGOTIATION J. 29, 61 (2005)

הדרך לסיפור חדש, המבטא התמודדות עם סיפוריהם החתרניים של תושבי נחל צלמון והכרה באי-הצדק החברתי, הסביבתי וההיסטורי שנגרם להם.

סיכום

מאמר זה בחן אם תפיסת הניטרליות של המגשר מקדמת השתתפות אפקטיבית של צדדים הנמנים עם קבוצות מוחלשות. טענתי כי המעמד המובן מאליו שבו זכתה הניטרליות של המגשר, כתולדה של הקרבה בינה לבין אי-משוא-פנים שיפוטי, מייצר מיתוס של ניטרליות בעל שני ממדים: אי-משוא-פנים מזה ויחסי אמון מזה. בין שני ממדי הניטרליות מתקיים מתח מתמשך: בעוד אי-משוא-פנים כרוך בשמירה על מרחק שווה ובהפגנת יחס זהה כלפי שני הצדדים ללא קשר לאישיותם ולהעדפותיהם, יחסי האמון כרוכים ביצירת יחס אישי בין המגשר לבין הצדדים, במיוחד במהלך הפגישה ביחידות.

שני המודלים של הגישור מנסים ליישב בצורה שונה את המתח בין שני היבטים אלה. מודל פתרון הבעיות שואף לייחד את תפקידו של המגשר ל"תהליך" בלבד, ולהותיר בידי הצדדים את האחריות המלאה לתוצאה או לתוכן. ההבחנה בין תהליך לתוכן – תולדת השילוב של עקרונות של השתתפות דמוקרטית עם עקרונות של השתתפות תחרותית – גורמת לכך שהניטרליות של המגשר שואפת, מצד אחד, לקדם תהליך דמוקרטי המותיר בידי הצדדים ריבונות על התוצאה, ומצד אחר, להתקרב ככל האפשר למודל של אי-משוא-פנים שיפוטי, הגורע מריבונותם. מודל הגישור הטרנספורמטיבי מבקש להתנער מן ההבחנה בין תהליך לתוכן, אך תחת זאת הוא מאמץ תפיסה בעייתית לא פחות של ניטרליות רדיקלית, המושתתת בעיקרה על הרעיון של אי-משוא-פנים – רעיון אשר אינו עולה לדעתי בקנה אחד עם התכלית של העצמה והכרה.

לטענתי, המתח בין שני היבטי הניטרליות מגלם יחסים של "זוגיות מבנית" בין שתי תפיסות מוסר שונות: מוסר של אי-משוא-פנים ומוסר של אכפתיות. האתיקה של אי-משוא-פנים משקפת צדק והגינות אובייקטיביים, והיא באה לידי ביטוי בעמדה פסיבית ומרוחקת ובניסיון להתבונן על הסכסוך ועל הצדדים לסכסוך מאחורי "מסך בערות" או מעמדה של "שום מקום". לעומתה, האתיקה של אכפתיות משמעה אחריות כלפי הצדדים ודאגה לצורכיהם, והיא מתבטאת ביחסים של אמפתיה, מעורבות, הבנה ותמיכה. אי-משוא-פנים מחייב הבחנה בין תהליך יישוב הסכסוך לבין תוכן הסכסוך, ואילו אכפתיות עשויה לחייב התערבות של הצד השלישי, המגשר, בתוכן הסכסוך.

השניות של זיקה למשפט ושל אופוזיציה למשפט מכוננת את הגישור כאתר של רגולציה, שבו הגישור מכוון כזירה דמוקרטית שמשותפים בה פרטים אחראים, חופשיים ואוטונומיים, ובד בבד גם כתהליך תחרותי המנוהל ב"צל" המשפט. שניות זו מכוננת את הניטרליות כמיתוס וממסכת את הכוח המופעל בגישור, דבר הפוגע בהשתתפותם האפקטיבית של הצדדים, במיוחד אם הם נמנים עם קבוצות מוחלשות.

מיסוך הכוח נעשה על-ידי הפעלת פרקטיקות שגרתיות, הנתפסות כחלק "טבעי" מתהליך הגישור ומייצרות תפיסה "רזה" של צדק פרוצדורלי, המתעלמת מחסמים להשתתפות אפקטיבית שמקורם בעוני פוליטי ובמבנה חברתי לא-שוויוני. פרקטיקות אלה מגלמות כוח דיסציפלינרי במשמעותו אצל פוקו, והחסם העיקרי להשתתפות שהן מייצרות הוא מתן עדיפות לסיפורים בעלי אוריינטציה של כללים על סיפורים בעלי אוריינטציה של יחסים. אף שהזוגיות המבנית בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות פועלת על-פירוב לכינון הגישור כאתר של כוח דיסציפלינרי, טענתי כי בכוחה לפעול גם בצורה הפוכה. הדבר מתאפשר על-ידי התבוננות על המושג "אי-משוא-פנים" מבעד לפריזמה של אכפתיות. פריזמה זו מערערת את המשמעות של מבט מ"שום מקום" על-ידי כך שהיא יוצקת אל תוך הכלי הישן משמעות חדשה: multipartiality או omnipartiality. משמעות זו מפרקת את הדיכוטומיה בין אכפתיות לבין אי-משוא-פנים, ומייצרת תפיסת מוסר חדשה: נשיאת-פנים שווה.

האתיקה של נשיאת-פנים שווה מגלמת לטענתי יחסים של אֶתגור הדדי בין אי-משוא-פנים לבין אכפתיות: המגשר אינו עוד "מומחה" המתבונן על הסכסוך מ"שום מקום", אלא מחובתו להכיר בנקודת-המבט האישית שלו ולגלות פתיחות כלפי נקודת-מבט חדשות השונות משלו. מגשר כזה שואף לראות את פניהם הייחודיים של כל המשתתפים, להקשיב לסיפורם האישי ולעודד תהליך סיפורי רפלקטיבי שיעשיר את הסיפור המקורי של כל צד במשמעויות חדשות. תהליך זה עשוי לקדם דיאלוג המגשים עקרונות של צדק פרוצדורלי "עבה", מאחר שבכוחו לאפשר לסיפוריהם של צדדים מקבוצות מוחלשות, אשר עד כה לא זכו בקשב, לפלס את דרכם, אולי לראשונה, אל שולחן הדיונים.

לבסוף, הצגתי את מודל הגישור הנרטיבי, ובחנתי אם יש בו כדי לקדם השתתפות דיאלוגית המגשימה עקרונות של צדק פרוצדורלי עבה. טענתי כי המודל הנרטיבי הוא מודל הגישור היחיד הרואה בסיפורי-חיים ובצורות אחרות של סיפורים חתרניים את לב-ליבו של התהליך. עם זאת, שתי בעיות קונספטואליות עלולות לעמוד בדרכו: האחת, הביקורת המגמתית שלו על תפיסת הצרכים, אשר אינה מביאה בחשבון את האפשרות שפתרון המבוסס על צרכים ימלא בכל-זאת פונקציה מעצימה; והאחרת, העדר חלופה לאתיקה של הניטרליות. הצעתי להדק את הקשר בין התיאוריה לפרקטיקה על-ידי אימוץ תפיסה אתית של נשיאת-פנים שווה וביסוס המודל על תיאוריה רחבה יותר של כוח, המכירה בקשר בין כוח מקומי לבין המבנה החברתי והפוליטי. תיקון תיאורטי כזה עשוי להיות קריטי בסכסוכים פוליצינטריים שמעורבים בהם צדדים מקבוצות חברתיות, אתניות ותרבותיות שונות.

למרות פגמיו, מודל הגישור הנרטיבי ממחיש כי האפשרות של דיאלוג מעצים המנוהל על-ידי מגשר עם תודעה חברתית אינה חלום באספמיה. מגשר כזה אינו צריך להיות בעל יכולות תיאורטיות יוצאות-דופן, הגם שעליו לעבור הכשרה שונה מזו של מגשר הפועל לפי מודל פתרון הבעיות או המודל הטרנספורמטיבי. הכשרה בגישור מסוג זה צריכה לכלול לימוד בסיסי של מושג ההגמוניה, הבנת המשמעות של נשיאת-פנים

משפט ועסקים טז, תשע"ד

מיתוס הניטרליות של המגשר

שווה ותרגול פרקטיקות של פירוק ובנייה.²²⁷ פיתוחן של תוכניות להכשרת מגשרים ברוח זו טומן בחובו פוטנציאל העצמה משמעותי בעבור צדדים מקבוצות מוחלשות.

227 להמלצה על הכשרה ברוח זו ראו Gunning, לעיל ה"ש 18, בעמ' 86-87; Wing, לעיל ה"ש 37, בעמ' 400.

