

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

טל רוטמן

תקציר ♦ מבוא ♦ א. הליך הבוררות מול הליך הגישור ♦ ב. הגשת תביעה משפטית מול פשרה ♦ ג. כשל השוק של הליטיגציה המסחרית 1. פערי מידע בין בעלי הדין 2. הטיות קוגניטיביות של בעלי הדין 3. "בעיית הנציג" של עורכי הדין 4. "קללת המנצחים" 5. כשל השוק והשלכותיו החברתיות ♦ ד. גישור כפתרון לכשל השוק של הליטיגציה המסחרית ♦ ה. תקנות סדר הדין החדשות, עדיפות הגישור על בוררות והדין הרצוי ♦ ו. סיכום והמלצות

תקציר

צדדים למערכת יחסים מסחרית, גם כשהם מתוחכמים, רציונליים ומיוצגים באמצעות עורכי דין, נוטים להביא סכסוכים המתגלעים ביניהם להכרעה שיפוטית שעה שטובתם ההדדית היא להתפשר ולהימנע ממשפט. כשל השוק, אשר מעודד ליטיגציה מסחרית עודפת ובלתי יעילה, הוא בעל השלכות חברתיות שליליות ומטיל נטל כבד על הצדדים ועל מערכת המשפט. הוא נובע בעיקרו מפערי מידע בין הצדדים שלא ניתן לגשר עליהם ללא סיוע של צד שלישי, מהטיות קוגניטיביות המובילות את שני הצדדים לגבש מסקנות הפוכות על בסיס מידע זהה וכן מ"בעיות נציג" הכרוכות בייצוג הצדדים בידי עורכי הדין, מנגנוני התגמול של עורכי הדין והאופן שבו הם נבחרים וממונים על ידי לקוחותיהם. כל הגורמים האמורים מניעים את הערכות הצדדים בדבר תוצאתו הצפויה של המשפט לכיוונים מנוגדים ומגדילים את פער הציפיות ביניהם, ועל כן

* שותף וראש מחלקת גישור, בוררות ויישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות במשרד פרל כהן צדק לצר ברץ; משמש כמגשר וכבורר בסכסוכים מסחריים; דוקטור לפילוסופיה (אוניברסיטת תל אביב); מוסמך בפסיכולוגיה (אוניברסיטת תל אביב, בהצטיינות יתרה); מוסמך בדיני חברות (אוניברסיטת ניו-יורק, מלגת האוזר); מוסמך במשפט מסחרי (אוניברסיטת תל אביב, בהצטיינות יתרה, מלגת קרן וולף). בוגר משפטים (אוניברסיטת תל אביב, בהצטיינות) ובוגר בחשבונאות (אוניברסיטת תל אביב, בהצטיינות), שלושתם במסגרת התוכנית החד-תחומית לתלמידים מצטיינים ע"ש עדי לאוטמן. מאמר זה מוקדש לאבי, מורי ורבי, ושותפי במשך 20 שנים, עו"ד רן רוטמן ז"ל, אשר הודות לחוכמתו ולנדיבותו שבתי ונשאבתי לעולם המשפט.

אבקש להודות לקוראים של גרסאות קודמות של מאמר זה על הקדשת זמנם ועל הערותיהם המועילות: אהוד ארצי, אילן ורדניקוב, אלכס שפירא, אלקס הרטמן, אסא קלינג, גדעון פישר, גיל עטר, גיל עשת, זאב פרל, זיו שרון, חוה רוטמן, חיים רביה, יוני מבורך, מאיה לקשטיין, מני נאמן, משה עבאדי, נועם זמיר, עדי ציטרון, ראובן בכר, רונן בנדק, רן שפרינצק, צחי בן דוד, שרון חנס ותמיר אגמון. תודה גם לחברי מערכת מחקרי משפט על עבודתם היסודית והמסורה. מכל מלמדי השכלתי.

טל רוטמן

מקשים על הצדדים גיבוש פשרה המיטיבה עימם בהשוואה לחלופה של ניהול משפט. הליך גישור וולונטרי – כזה המתנהל באמצעות מגשר שאין בסמכותו להכריע בסכסוך, אך רשאי להיפגש עם כל צד בנפרד ולשמור על חסיון המידע הנמסר לו מכל אחד מהצדדים – מציע פתרון אפקטיבי לכשל השוק האמור, ועל כן ראוי לאימוץ נרחב. ביכולתו של הליך הגישור להביא את הצדדים לכדי הסכמה, גם כשלא הצליחו להתפשר באמצעות משא ומתן ישיר ביניהם או בסיוע באי כוחם. להליך הבוררות יש מאפיינים שונים בתכלית, אין בכוחו להציע תועלת דומה לזו של הגישור הוולונטרי, ועל כן ככלל, יש להעדיף קיום הליך גישור על פני הליך בוררות.

מבוא

תקנות סדר הדין האזרחי החדשות,¹ שנכנסו לתוקף בתחילת שנת 2021,² מחייבות את בעלי הדין בהליך אזרחי לבחון באופן אקטיבי את האפשרות לסיים את המחלוקת ביניהם באמצעות מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך, קרי באמצעות בוררות או גישור.³ לאחר שהוחלפו כתבי הטענות, התקנות מחייבות את הצדדים המיוצגים בהליך⁴ לקיים ביניהם דיון מקדמי, בין היתר, כדי לבחון את האפשרות לפתור את המחלוקת ביניהם מחוץ לכותלי בית המשפט.⁵ נוסף על כך, בכל תביעה מעל סכום מסוים⁶ מחויבים בעלי הדין להתייצב לפגישת מהו"ת⁷ אצל מגשר, כדי שיסביר להם את היתרונות הגלומים ביישוב הסכסוך ביניהם במנגנון חלופי ליישוב סכסוך ויבחן עימם את הנושאים העיקריים שבמחלוקת ואת האפשרות ליישב את הסכסוך באמצעותו.⁸ נוכחות עורכי הדין של הצדדים איננה חובה,⁹ אך אם בעל הדין הוא תאגיד, נדרש להתייצב לפגישה בעל תפקיד מטעמו הבקי בפרטי הסכסוך והינו בעל עמדה מוסמכת בעניין העברת התובענה לגישור

- 1 תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018 (להלן: תקנות סדר הדין החדשות).
- 2 שם, בתק' 180(ג).
- 3 תק' 35(א)(2) לתקנות סדר הדין החדשות.
- 4 החרגת בעלי דין שאינם מיוצגים מהשתתפות בדיון המקדמי נעוצה בחשש שמא ניהול הדיון המקדמי ללא נוכחות שופט, וללא נוכחות עורך דין מטעמם, יגרום להשלכות שליליות על זכויותיהם הדיוניות והמהותיות. ראו דברי ההסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018, ק"ת 422, בעמ' 16 (להלן: דברי ההסבר לתקנות סדר הדין האזרחי).
- 5 תק' 35(א)(2) לתקנות סדר הדין החדשות.
- 6 תובענה שסכומה או שווי נושאה עולה על 40,000 שקלים חדשים, למעט תובענה לפיצויים בשל נזק גוף ותובענה שעילתה בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. ראו שם, בתק' 37(ב).
- 7 ראשי תיבות של מידע הכרות ותיאום.
- 8 תק' 37(ה) לתקנות סדר הדין החדשות; תוכנית המהו"ת נקבעה לראשונה בתקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה), התשס"ח–2007, כפיילוט בתשעה בתי משפט שלום בלבד ורק בתובענות שסכומן או שוויון עולה על 75,000 ₪. בעקבות הצלחתה, תקנות סדר הדין החדשות הפכו את תוכנית המהו"ת להסדר של קבע והרחיבו את תחולתה לכל בתי משפט השלום ולכל תובענה שסכומה או שווי נושאה עולה על 40,000 ₪, כאמור, למעט בתביעות נזיקין מסוימות. ראו דברי הסבר לתקנות, בעמ' 4, 17.
- 9 תק' 37(ט) לתקנות סדר הדין החדשות.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

או לבוררות.¹⁰ לא התייצב או לא מילא בעל דין את המוטל עליו ללא סיבה מוצדקת, הוסמך בית המשפט להטיל עליו הוצאות לאלתר.¹¹ עוד הוסמך בית המשפט להתלות את ההליך המשפטי עד למילוי הדרישות האמורות, ומטעמים מיוחדים אף למחוק את התובענה.¹²

לכאורה מדובר בהגבלת זכות הגישה לערכאות, שהיא זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי.¹³ בעל דין אינו יכול להיכנס בשערי בית המשפט עד ששקל, פעם ואף פעמיים, את האפשרות להעביר את התובענה לבוררות או לגישור וסירב לעשות כן.

במאמר זה אעמוד על ההצדקה להגבלת זכות הגישה לערכאות באמצעות ההוראות האמורות ואבחן את מידת התועלת והיעילות הגלומה בהן בהקשר של יישוב סכסוכים מסחריים. סכסוכים אלה, ככלל, מתאפיינים במערכת יחסים קודמת בין הצדדים אשר לצדדים יש אינטרס בהמשך קיומה, ובבסיסם עומדים, לכאורה, שיקולים כלכליים ועסקיים רציונליים.¹⁴

בחלק א' של המאמר אעמוד על מאפייניו המיוחדים של הליך הגישור¹⁵ ועל השוני המהותי בינו לבין הליך הבוררות. בחלק ב' אבחן, לפי גישת הניתוח הכלכלי של המשפט, את השיקולים המנחים את בעל הדין, במקרה של סכסוך, בהחלטתו אם להתפשר או להגיש תביעה משפטית. בחלק ג' אציג תובנות מתחום הכלכלה ההתנהגותית והפסיכולוגיה הקוגניטיבית ואראה כי לא רק פערי מידע ותמריצים כלכליים פועלים על הצדדים ועל באי כוחם אלא גם הטיות קוגניטיביות, ואלה גורמות לצדדים לנהל תביעות בבית המשפט גם כשטובתם היא להתפשר. במילים אחרות, אטען שלעיתים קרובות

10 תק' 37(ט) (2) לתקנות סדר הדין החדשות.

11 תק' 38(ב) לתקנות סדר הדין החדשות.

12 תק' 38(א) לתקנות סדר הדין החדשות.

13 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1977); יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ" המשפט ה 217 (התשס"א).

14 הכוונה לסכסוכים בין צדדים המנהלים עסקים זה עם זה, דוגמת סכסוכים הנובעים מהסכמים עסקיים או בעלות משותפת בתאגידים, מקרקעין וכיוצא באלו. הצדדים לסכסוך עסקי מכירים זה את זה ויש ביניהם יחסים קודמים. אין הכוונה לתביעות נזיקין, שלרוב מתנהלות בין צדדים זרים שאין ביניהם מערכת יחסים קודמת. גם אין הכוונה לסכסוכים בדיני משפחה או ביחסי עבודה שלהם יש מאפיינים מיוחדים. כך לדוגמה, הצדדים לסכסוך בענייני משפחה עלולים לפעול באופן רציונלי פחות מצדדים לסכסוך מסחרי ולתת משקל רב יותר לשיקולים אישיים ורגשיים, ואילו בסכסוכים ביחסי עבודה, המעביד צפוי לקחת בחשבון שיקולי רוחב החורגים ממערכת היחסים שבינו לבין העובד. לדוגמה, האופן שבו ההכרעה בסכסוך תשפיע על התנהגות עובדים אחרים. חרף ההתמקדות בסכסוכים מסחריים, חלקים מהניתוח במאמר זה יהיו רלוונטיים גם לסכסוכים מסוגים אחרים (ראו לדוגמה בעניין "בעיית הנציג" של עורכי הדין). במונח "ליטיגציה מסחרית" אשתמש לתיאור הליך המתנהל בין צדדים לסכסוך מסחרי בבית המשפט.

15 גם דיון זה יערך באספקלריה של סכסוך מסחרי, שכן לגישור בדיני עבודה, בדיני נזיקין או בדיני משפחה עשויים להיות מאפיינים מיוחדים, וכך גם לגישור בהליך הפלילי. ראו עמי קובו "הגישור הפלילי" המשפט כד 301 315–318 (2018).

סכסוכים עסקיים מוכרעים בתביעות בבתי המשפט בעטיו של כשל שוק. בחלק ד' אראה שלאחר הגשת התביעה, גישור וולונטרי באמצעות מגשר עשוי להביא את הצדדים לכדי פשרה יעילה גם באותם מקרים שבהם נכשלו מלהשיגה בכוחות עצמם. אטען כי תוצאה זו לא תושג אם הסכסוך יועבר להכרעת בורר, ועל כן, ככלל, גישור עדיף מבוררות. בחלק ה' אטען שבכל האמור בהעברת סכסוכים מסחריים לגישור, ההסדר בתקנות סדר הדין החדשות מגלם את הדין הרצוי. חלק ו' יכלול סיכום והמלצות.

א. הליך הבוררות מול הליך הגישור

בוררות וגישור נכנסים שניהם תחת הכותרת "מנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים". שניהם מתקיימים מחוץ לאולם בית המשפט וחלופיים להכרעה השיפוטית. בכך, פחות או יותר, מסתכם הדמיון ביניהם.

בוררות היא הליך משפטי פרטי המתקיים בעקבות הסכם בין הצדדים להעביר סכסוך שהתגלע ביניהם, או עלול להתגלע ביניהם בעתיד, להכרעת בורר.¹⁶ הסכם בוררות עשוי להתגבש בין הצדדים לפני פרוץ הסכסוך (ex ante) או לאחריו (ex post).¹⁷ בוררות, כמו משפט, היא הליך אדוורסרי, המתנהל בגבולות הגזרה שנקבעו בכתבי הטענות, ומטרתו הכרעה בין עמדותיהם הסותרות של הצדדים בקשר לסעדים הקונקרטיים שנתבעו במסגרתם. בוררות גם מתנהלת באופן דומה למשפט. כך, למשל, הסמכות להזמין עדים הנתונה לבורר בבוררות זהה לזו הנתונה לבית משפט בתובענה שהוגשה לפניו.¹⁸ ככלל, פסק בוררות מחייב את בעלי הדין וחליפיהם כמעשה בית דין.¹⁹ בית המשפט רשאי, על פי בקשת בעל דין, לאשר פסק בוררות, ואם אושר – דינו לכל דבר, פרט לערעור, כדין פסק דין של בית המשפט.²⁰ הצדדים להסכם בוררות רשאים לקבוע שפסק הבוררות ניתן

16 ס' 1 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968.

17 שם; ראו מאמרו רב ההשפעה של סטיבן שאבל Steven Shavell, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, 24 UNIV. CHI. PRESS 1, 1–28 (1995) (להלן: שאבל), אשר הראה, בין היתר, כי הסכמי בוררות ex-ante ו-ex-post שונים במאפייניהם ובערכם החברתי. כך לדוגמה, הסכמי בוררות ex-ante עשויים להשפיע על אופן קיומו של ההסכם בין הצדדים, בעוד הסכמי בוררות ex-post אינם יכולים להכווין התנהגות הצדדים על פי ההסכם. במאמר זה אעסוק בהסכמים ליישוב הסכסוך הנכרתים ex-post בלבד. הואיל וגישור הוא הליך וולונטרי, אין תועלת בהסכמת הצדדים ex-ante לגישור, שכן לא ניתן לאכוף אותה באופן אפקטיבי לאחר פרוץ הסכסוך: גם אם יחויבו הצדדים לכבד את ההסכם ולהתייצב לגישור לא תהיה בכך תועלת רבה, שכן צד שמתנגד לגישור ממילא יוכל להכשיל אותו והצדדים יחזרו לבית המשפט. הדבר שונה מהסכמה ex-ante לבוררות, שמבטיחה כי סכסוך בין הצדדים, אם יתעורר, אכן יוכרע בבוררות ולא בבית המשפט.

18 ס' 13(א) לחוק הבוררות.

19 ס' 21 לחוק הבוררות.

20 ס' 23(א) לחוק הבוררות.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

יהיה לערעור בפני בורר נוסף,²¹ ובכל מקרה רשאי בית המשפט, על פי בקשת בעל דין, לבטל פסק בוררות בהתקיים אחת מעילות הביטול הקבועות בחוק.²² על הבורר לנהוג כלפי הצדדים להליך בהתאם לכללי הצדק הטבעי.²³ בין היתר, נקבע בחוק הבוררות כי על הבורר לפעול בנאמנות,²⁴ ללא משוא פנים²⁵ ותוך מתן הזדמנות נאותה לבעלי הדין לטעון את טענותיהם ולהביא ראיות.²⁶ הכלל שנקבע בפסיקה הוא שעל הבורר לקיים את כל ישיבות הבוררות בנוכחות כל בעלי הדין ואין הוא רשאי לקיים ישיבות במעמד צד אחד, אלא אם כן קיבל הסמכה לכך מהצדדים.²⁷ עוד נקבע כי גם כאשר הצדדים מסכימים לחרוג מהכלל האמור, מדובר במצב בלתי ראוי אשר מוטב להימנע ממנו.²⁸ גם ברירת המחלל בחוק היא שהבורר לא יקיים ישיבות בוררות ללא נוכחות הצד שכנגד, למעט במקרים מיוחדים שפורטו בחוק.²⁹

היתרון המוקנה לצדדים בבוררות הוא, בראש ובראשונה, שליטה טובה יותר בהליך ההכרעה בסכסוך. הבורר מחויב לפעול בגדר הסמכויות שהוקנו לו ולפי ההוראות שניתנו לו בהסכם הבוררות.³⁰ לרוב הצדדים חופשיים לבחור את זהות הבורר או את דרך מינויו³¹ ואף לקבוע שבסכסוך ידונו כמה בוררים,³² בשונה מתביעות בבית המשפט המנותבות לשופטים לפי שיקולים מערכתיים.³³ בבוררות עשויים הצדדים לבחור בורר שהוא מומחה בתחום הסכסוך, כדי להקטין את עלויות הלימוד של הבורר ולהגדיל את מידת הוודאות בכך שהכרעת הבורר תהיה נכונה.³⁴ הצדדים זכאים לקבוע את לוחות הזמנים למתן פסק הבורר והם אינם כפופים לאילוצי יומנו של בית המשפט.³⁵ עקב כך, בוררות היא לעיתים קרובות הליך קצר יותר מאשר משפט.³⁶ הצדדים חופשיים לקבוע

- 21 ס' 21 לחוק הבוררות.
22 ס' 24 לחוק הבוררות.
23 רע"א 9808/02 כץ נ' מילמן, פ"ד נח(2) 901, פס" 10 (2004).
24 ס' 30 לחוק הבוררות.
25 רע"א 296/08 ארט"בי חברה בערבות מוגבלת (כפירוק) נ' עזבון ליברמן (נבו) 5.12.2010.
26 ס' 4(2) לחוק הבוררות.
27 רע"א 1531/14 אבו דעוף נ' אבו דעוף, פס" 12 (נבו) 14.7.2014; רע"א 4974/01 קלנסקי נ' גולדסיל בע"מ, פ"ד נו(3) 859, 862-863 (2002).
28 רע"א 8389/07 פגורי נ' טאיב, פס" 10 (נבו) 25.2.2008.
29 ס' י' לתוספת הראשונה לחוק הבוררות; ס' 15 לחוק הבוררות.
30 ס' 24(3) לחוק הבוררות.
31 כך לדוגמה, בבוררות זבל"א – "זה בורר לו אחד" – התובע והנתבע ממנים, כל אחד, בורר מטעמם, ושני הבוררים שמונו בוחרים בהסכמה את הבורר השלישי.
32 ס' א' לתוספת הראשונה לחוק הבוררות.
33 ס' 1 לחוק הבוררות.
34 R. H. Mnookin, *Alternative Dispute Resolution*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 56, 3 (Peter Newman eds., 1998).
35 ס' 24(8) לחוק הבוררות.
36 פסק הבוררות תוך שלושה חודשים מהיום שהתחיל לדון בסכסוך, או שנדרש להתחיל לדון בו על ידי

אם הבורר יהיה כפוף להוראות הדין,³⁷ אם יהיה כפוף לכללי הפרוצדורה ודיני הראיות,³⁸ אם יהיה עליו לנמק את פסקו³⁹ ואם תהיה עליו זכות ערעור⁴⁰ – עניינים שאינם נתונים לשיקול דעתם של צדדים בהליכים הנדונים בבית המשפט. יתרון נוסף עבור הצדדים בקיום בוררות טמון באפשרות לשמור על סודיות הדיונים ופסק הבורר, בשונה מסכסוך בבית המשפט, אשר ככלל נדון בפומבי ופסק הדין הניתן בו מפורסם לציבור.⁴¹ מאחר שבתביעות לסכום קצוב אגרת בית המשפט נקבעת כאחוז מסוים מסכום התביעה או שווייה,⁴² כשמדובר בסכומים גבוהים במיוחד, ניהול ההליך בבוררות עשוי להיות זול יותר מניהול ההליך בבית המשפט.⁴³

הליך הגישור שונה לחלוטין מבוררות באופיו, בצורתו ובהשקפת העולם העומדת בבסיסו. בשונה ממשפט או מבוררות, זהו הליך וולונטרי לחלוטין שאין בו הכרעה מחייבת,⁴⁴ והוא איננו מוגבל לדיון בטענות שנפרסו בכתבי הטענות של הצדדים או לסעדים שנתבעו בהם. בגישור נועד המגשר עם בעלי הדין בדרך של משא ומתן חופשי במטרה להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שנתונה לו סמכות להכריע בו.⁴⁵ הסכמתם של בעלי הדין נדרשת לא רק כדי להעביר סכסוך לגישור,⁴⁶ אלא גם כדי לגבש בין הצדדים "הסדר גישור", קרי הסכם ביניהם על יישוב הסכסוך.⁴⁷ כל צד יכול לפרוש מהליך הגישור בכל עת וללא נימוק. אם הגיעו הצדדים, בסיוע המגשר, להסדר גישור, רשאי בית המשפט ליתן להסדר תוקף של פסק דין, וזאת בין אם הוגשה בעניין תובענה לבית המשפט⁴⁸ ובין אם כלל לא הוגשה.⁴⁹ בשונה ממשפט או מבוררות, גישור איננו

- הודעה בכתב של בעל-דין, הכל לפי המוקדם יותר, אולם רשאי הבורר להאריך את התקופה עד לשלושה חדשים נוספים."
- 37 ס' 72(7) לחוק הבוררות; ברירת המחל היא שלא. ס' י"ד לתוספת הראשונה לחוק הבוררות קובע: "הבורר יפעל בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה של הסכסוך ויפסוק לפי מיטב שפיטתו על פי החומר שבפניו; הבורר לא יהיה קשור בדין המהותי [...]".
- 38 ברירת המחל היא שלא, שם.
- 39 ס' 24(6) לחוק הבוררות.
- 40 ס' 21 לחוק הבוררות.
- 41 ס' 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.
- 42 תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.
- 43 עם זאת, בשונה משופט, בורר מחייב את הצדדים בשכר טרחתו, בדרך כלל על בסיס שעתי, עובדה המייקרת את הליך הבוררות.
- 44 בשל כך, הלכה למעשה, לא ניתן לאכוף באופן אפקטיבי הסכמה מראש לגישור. גישור יצליח רק כששני הצדדים מעוניינים בו ex-post, לאחר פרוץ הסכסוך בין הצדדים.
- 45 ס' 79(א) לחוק בתי המשפט; שאבל מניח שמנגנון חלופי לפתרון סכסוכים מסתיים בניצחון של התובע או בניצחון של הנתבע. הנחה זו מתאימה לבוררות, אך לא להליכי גישור, ולכן הניתוח של שאבל אינו מתאים לענייננו.
- 46 ס' 79(ב) לחוק בתי המשפט.
- 47 שם, ס' 79(א).
- 48 שם, ס' 79(ז).
- 49 שם, ס' 79(ח).

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

הליך אדוורסרי המכוון להכרעה בין עמדות סותרות, אלא הליך המכוון ליצירת קונצנזוס ולבניית גשר של הסכמה בין הצדדים. בהליך הגישור רשאי מגשר להיוועד עם בעלי הדין יחדיו, אך בשונה מהליך הבוררות – גם עם כל אחד מהם בנפרד.⁵⁰ המגשר רשאי להיפגש עם כל מי שקשור לסכסוך, וכן רשאי הוא להיפגש עם בעל דין, בהסכמתו, בלי עורך דינו.⁵¹ הליך הגישור חסוי: דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור לא יישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי,⁵² ואין הצדדים רשאים להעיד את המגשר על דברים ששמע או ראה במסגרתו.⁵³

להליך הגישור יתרונות רבים.⁵⁴ ראשית, אין בו סיכון להכרעה שאינה נוחה למי מבעלי הדין או נכפית עליו, כיוון שלכל אחד מהצדדים זכות וטו על הסדר הגישור. בהשוואה לניהול משפט או בוררות, אשר במסגרתם מוגשים כתבי טענות, ראיות, בקשות מהותיות או טכניות, ומאוחר יותר מתנהל הליך הוכחות וסיכומים, הגישור הוא הליך קצר במידה ניכרת, ועל כן, לרוב, זול לאין שיעור.⁵⁵ הסדר הגישור אינו מוגבל ליישוב התביעה הספציפית שהוגשה. בשונה משופט או בורר, שמוגבלים לפסיקת סעדים שנבצעו בכתב התביעה, המגשר מנסה להבין את תמונת האינטרסים הכוללת של בעלי הדין במטרה לסייע להם לגבש פתרון המתאים למידותיהם ולנסיבותיו המיוחדות של המקרה. הסדר גישור עשוי לכלול הסכמות והסדרים בין הצדדים בנושאים שאינם קשורים לתביעה, כחלק מיישוב הסכסוך.⁵⁶ הליך גישור אינו לעומתי כמו משפט או בוררות. הוא אינו מחייב יריבות, אינו יוצר "דם רע" בין הצדדים ומאפשר להם לשתף פעולה ביישוב הסכסוך אגב שימור מערכת היחסים הקיימת ביניהם. בכך יש תועלת רבה עבור הצדדים, בפרט בסכסוכים בין צדדים למערכת יחסים מסחרית או עסקית. הליך הגישור משחרר את הצדדים מהתלות בהחלטה לא־ודאית של שופט או בורר ומקנה להם שליטה בעיצוב ובגיבוש של תוצאות ההליך.⁵⁷

50 שם, ס' 79ג(ג).

51 שם.

52 שם, ס' 79ג(ד).

53 צד עלול לנסות לעשות בבית המשפט שימוש לטובתו בדברים שנאמרו בגישור, בין אם על ידי הצד האחר ובין אם על ידי המגשר. בתי המשפט מצווים שלא לאפשר זאת ולא לייחס לכך כל משקל ראיתי, שאם לא כן יירתעו צדדים מפני הליכי גישור, בניגוד לכוונת המחוקק.

54 Talia Fisher, *Law and Economics of Alternative Dispute Resolution*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECON., Vol. 3: PUB. LAW and LEGAL INST. 280, 283–84 (F. Parisi ed., 2017).

55 Jeanne M. Brett, Zoe I. Barsness, Stephen B. Goldberg, *The Effectiveness of Mediation: An Independent Analysis of Cases Handled by Four Major Service Providers*, 12 NEGOT. J. 259, 259–269 (1996).

56 לדוגמה בתביעה על חוב עבר, הסכמות לעשיית עסקאות נוספות בעתיד עשויות להיות חלק מהסדר הגישור.

57 מגשרים נוהגים להדגיש בפני הצדדים כי הליך גישור מאפשר להם "לכתוב בעצמם" את פסק הדין או את פסק הבורר.

הוולונטריות של הליך הגישור היא גם חסרונו העיקרי. גישור אינו מבטיח פתרון לסכסוך. אם לא יצליחו הצדדים, בסיוע המגשר, לגבש הסדר גישור מוסכם, הגישור ייכשל וניהול ההליך יחזור לבית המשפט (או אם יבחרו בכך הצדדים – לבוררות).⁵⁸ במקרה כזה ייתוספו עלויות הליך הגישור לעלויות ניהול המשפט (או הבוררות) ויועמסו על כתפי הצדדים מבלי שהניבו לצדדים תועלת, או למצער, את התועלת שציפו לה. מחד גיסא, גישור שלא צלח עלול לחדד את טענותיהם ההדדיות של הצדדים, ובכך להחריף את הסכסוך ולהקשות עליהם את הפשרה בהמשך הדרך; מאידך גיסא, גם הליך גישור שלא הסתיים בהסדר עשוי להניב לצדדים תועלת רבה, כגון מיקוד הסכסוך או התקדמות בנכונות הצדדים להתפשר, שתבשיל לפשרה בהמשך המשפט.

ב. הגשת תביעה משפטית מול פשרה

גישת הניתוח הכלכלי של המשפט מניחה כי כל אחד מנתיני המשפט פועל באופן רציונלי כדי להשיא את תועלתו האישית.⁵⁹ לפי גישה זו, עבור תובע רציונלי ואדיש לסיכון⁶⁰ ההחלטה אם להגיש תביעה משפטית או להתפשר היא פונקציה של ציפיותיו בשלושה עניינים:⁶¹ ההסתברות לזכייתו בתביעה; סכום פסק הדין שיפסק לטובתו במקרה של

58 "גישבור" הוא הליך המתחיל כגישור, ואם אינו צולח, נמשך כבוררות, באופן שהמגשר הופך לבורר ומכריע בסכסוך. הכוונה הייתה לשלב את היתרונות של שני ההליכים: מחד גיסא, ליהנות מיתרונות הגישור, אך מאידך גיסא, להבטיח שתהיה הכרעה בסכסוך, ולו בדרך של פסק בורר. עם זאת, למגשר ולבורר תפקידים שונים וממכויים שונות. העובדה שהמגשר עלול להפוך בשלב מסוים לבורר משפיעה לרעה על תמריצי הצדדים לגלות לו מידע והיא בעייתית, בין היתר, בכך שהבורר עלול לפסוק בהסתמך על מידע שנמסר לו על ידי צד אחד שלא בנוכחותו ואף ללא ידיעתו של הצד האחר.

59 שאבל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 21–23. לכאורה, זוהי גישה הולמת בסכסוכים עסקיים, שבהם הצדדים נתפסים כרציונליים ומונעים משיקולים כלליים, יותר מאשר בסכסוכים שיש בהם רכיב רגשי דומיננטי, כגון סכסוכים במשפחה או בקשר לנזקי גוף.

60 ניתן לצפות לאדישות לסיכון אצל שחקנים חוזרים המנהלים שורה ארוכה של סכסוכים, שאף לא אחד מהם בפני עצמו הוא בעל חשיבות מהותית עבורם, כגון מלווים וחברות ביטוח.

61 Amy Farmer & Paul Pecorino, *Legal Expenditure as a Rent-*; 10 בעמ' 17, *Seeking Game*, 100 PUB. CHOICE, 271 (1999). המחברים, חוקרים מתחום תורת המשחקים, הציגו מודל אחר להבנת הדינמיקה של הליך המשפטי והשפעת הכללים לפסיקת הוצאות משפט על התנהגות הצדדים. המחברים מתייחסים למשפט כאל משחק בין התובע לנתבע, שבו ההסתברות לזכיית צד היא פונקציה של שלושת אלה: החוזק האובייקטיבי של טענותיו למול חוזק טענות הצד האחר (case merit); סכום ההוצאות המשפטיות שהשקיע כל אחד מהצדדים בהליך; מאפייני "טכנולוגיית הייצור" של הטיעון המשפטי שבה כל אחד מהצדדים עושה שימוש (לדוגמה, אם התשובה על השקעת ההוצאה המשפטית השולית פוחתת או גדלה). המשחק נערך באופן הבא: תובע אדיש לסיכון מחליט אם להגיש תביעה משפטית ללא עלות. אם אינו מגיש תביעה – המשחק מסתיים. אם מוגשת תביעה, הנתבע, גם הוא אדיש לסיכון, מחליט אם לשלם לתובע את סכום התביעה, שאז יסתיים המשחק, או לנהל משפט. במשפט, גם התובע וגם הנתבע מחליטים כמה להשקיע בעלויות משפטיות, כל אחד במטרה להשיא את תועלתו האישית מניהול ההליך. כאמור,

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

זכייה;⁶² העלויות של ניהול ההליך.⁶³ לדוגמה, תובע הצופה שההסתברות לזכות בפסק דין לטובתו עומדת על 60% ושבמקרה של זכייה ייפסקו לטובתו 5,000 ₪, לא יהיה מוכן להוציא יותר מ-3,000 ₪ על ניהול המשפט, שאם לא כן בתוחלת⁶⁴ יצא שזכו בהפסדו.⁶⁵

ההסתברות לזכייה בתיק תלויה בהשקעה של שני הצדדים בעלויות משפטיות וכן בחוזק האובייקטיבי של טענות כל צד וב"טכנולוגיית הייצור" של הטיעון המשפטי שבה נעשה שימוש, שם, בעמ' 272-273. כפי שמציינים המחברים במפורש, מודל זה אינו מתייחס לאפשרות להתפשר במקום לנהל משפט, ואף לא לאי-סימטריות המידע בין הצדדים, ועל כן אין בו כדי לסייע בעניינו; שם, בעמ' 286.

62 ההנחה היא שמספר זה מביא בחשבון גם את ההסתברות הגבייה של הסכום שנפסק.
63 עלויות ניהול ההליך כוללות לא רק עלויות כספיות, אלא כל עלות כלכלית או הפסד המפחיתים את התועלת של בעל הדין מניהול ההליך, כגון השחתת זמן, פגיעה במוניטין, אובדן הזדמנויות וכיוצא באלו. ראו Bruce L. Hay & Kathryn E. Spier, *Settlement of Litigation, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW* 442 (Peter Newman ed., 1998).
64 תוחלת היא הממוצע המשוקלל בהתאם להסתברויות של מצבי העולם השונים. בנתוני הדוגמה הנ"ל, ב-60% מהמקרים יזכה התובע ב-5,000 ₪, וב-40% מהמקרים יפסיד ולא יקבל דבר. תוחלת פסק הדין הצפוי היא אפוא 60% מ-5,000 ₪, דהיינו 3,000 ₪.
65 בספרות מקובלת ההבחנה בין ה"כלל האמריקאי", שלפיו כל צד נושא בהוצאותיו, לבין ה"כלל האנגלי", שלפיו הצד המפסיד נושא בעלויות המשפטיות של שני הצדדים, ראו עניין Farmer & Pecorino, לעיל ה"ש 61, בעמ' 271; וכן עניין Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 24. לשם הפשטות, הנחתי שחל על הצדדים הכלל האמריקאי וכל צד נושא בהוצאותיו המשפטיות. אומנם בתי המשפט בישראל מוסמכים לפסוק הוצאות משפט לטובת הצד הזוכה, אך בפועל, עד לכניסתן לתוקף של תקנות סדר הדין החדשות, במרבית התיקים לא נפסקו הוצאות, וגם בתיקים שבהם נפסקו הוצאות הן לא כיסו את הוצאות הצד הזוכה, ועל כן ההנחה האמורה נכונה בקירוב. כך, במחקר אמפירי שנערך בישראל בשנת 2017 נמצא כי בתיקים שהתנהלו עד תומם והסתיימו בהכרעה שיפוטית מנומקת נפסקו הוצאות רק בשני שלישים מהמקרים. ברוב המקרים האמורים הוחל לכאורה הכלל האנגלי וההוצאות הושטו על הצד שהפסיד לטובת הצד הזוכה, אך הסכומים שנפסקו לא היו ריאליים ולא כיסו את הוצאות המשפט של המנצח. עוד נמצא שתיקים המתנהלים עד תומם ומסתיימים בהכרעה שיפוטית מנומקת הם מיעוט קטן של כ-18% מכלל התיקים האזרחיים. ב-90% מיתרת התיקים, כלומר באלה שנסגרו ללא הכרעה שיפוטית מנומקת, לא נפסקו הוצאות כלל, והלכה למעשה הוחל הכלל האמריקאי. בסך הכול נמצא כי נפסקו הוצאות (בסכומים שאינם ריאליים) בפחות משליש מהתיקים האזרחיים שנסגרו; ראו קרן וינשל מרגל ויפעת טרבלוס "פסיקת הוצאות משפט בהליכים אזרחיים" **משפטים** מו 763 (2017).

נוכח התובנה שפסיקת הוצאות בבית המשפט משפיעה על מערך התמריצים ועל התנהגות בעלי הדין לפני הגשת התביעה ואחריה, ביקשו תקנות סדר הדין החדשות לערוך רפורמה בהטלת הוצאות המשפט. בבסיס הרפורמה – קביעת ברירת מחדל של תשלום הוצאות לטובת הצד הזוכה, תוך הבניית שיקול הדעת השיפוטי בהטלת הוצאות המשפט, ועריכת איזון בין אינטרסים המתנגשים; אלה כוללים, בין היתר, הימנעות מהרתעת יתר מפני הגשת הליכים משפטיים ומפני צמצום זכות הגישה לבית המשפט, התחשבות באופן ניהול ההליך בידי בעל הדין, שוויון בין הצדדים, השפעה של פסיקת הוצאות על בעל הדין כפועל יוצא של מעמדו הסוציו-אקונומי והגנה על זכות הקניין (ראו דברי ההסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, בעמ' 47-49). כיום עדיין מוקדם להעריך את השפעתה של הרפורמה על אופן פסיקתן של הוצאות בפועל.

טל רוטמן

נוסיף ונניח שהתובע מעריך שהעלויות של ניהול תביעה יעמדו על 4,000 ₪ ושהערכות הנתבע בכל הפרמטרים הנזכרים לעיל, לרבות העלויות של ניהול ההגנה, זהות להערכות התובע. במקרה כזה לתובע לא כדאי להגיש תביעה, שכן בתוחלת, הגשת תביעה מסבה לו הפסד של 1,000 ₪ (60% כפול 5,000 ₪ פחות 4,000 ₪). הנתבע, שרואה את מצב הדברים נכוחה ומבין את מצבו של התובע, לא יסכים לשלם לתובע סכום כלשהו בפשרה בהיעדר איום אמין מצד התובע להגשת תביעה נגדו.⁶⁶

נניח עתה שהתובע סבור שסיכויי ההצלחה של התביעה הם 80%; אם יזכה בה ייפסקו לטובתו 10,000 ₪, ועלויות ניהול ההליך יעמדו על 3,000 ₪ בלבד. במקרה כזה התובע רואה לנגד עיניו תוחלת של 5,000 ₪ בהגשת התביעה (80% כפול 10,000 ₪ פחות 3,000 ₪). במצב כזה כדאי לתובע להגיש תביעה לבית המשפט, אלא אם כן יסכים הנתבע לשלם לו סכום גבוה יותר בפשרה.⁶⁷ הנתבע מצידו עורך חשבון דומה אך מהכיוון ההפוך:⁶⁸ הנתבע מגבש הערכה בנוגע לסיכויי ההצלחה של התביעה נגדו, גובה פסק הדין שבו יחויב במקרה של הפסד והעלויות שבהן ייאלץ לשאת לניהול הגנתו. הערכותיו של הנתבע אינן זהות בהכרח להערכות התובע. נניח שהנתבע מעריך שסיכויי התובע להצליח הם 60%, שפסק הדין, אם ייפסק נגדו, יעמוד על 8,000 ₪, ושעלויות ניהול ההגנה יעמדו על 2,000 ₪. במקרה כזה הנתבע רואה לנגד עיניו הפסד של 6,800 ₪ בתוחלת (60% כפול 8,000 ₪ בתוספת 2,000 ₪). הצדדים צפויים אפוא להתפשר בסכום הנע בין 5,000 ₪, שהוא הסכום המינימלי שתובע אדיש לסיכון מוכן לקבל בפשרה (כיוון שאותו ירוויח ממילא בתוחלת אם יתנהל משפט), לבין 6,800 ₪, שהוא הסכום המקסימלי שהנתבע מוכן לשלם בפשרה (שכן אותו יפסיד ממילא בתוחלת אם יתנהל משפט).

אילו נותרו הערכות הנתבע ללא שינוי מהאמור לעיל, והתובע היה מעריך שהוא צפוי לזכות ב-12,000 ₪ בהסתברות של 90% ושהוצאות המשפט יעמדו על 3,000 ₪, היה התובע רואה לנגד עיניו תוחלת של 7,800 ₪ (90% כפול 12,000 ₪ פחות 3,000 ₪). סכום זה גבוה מהסכום המקסימלי שהנתבע יהיה מוכן לשלם בפשרה (6,800 ₪), ועל כן, במקרה כזה, הצדדים אינם צפויים להתפשר אלא לנהל משפט.

באופן כללי, נסמן:

P_p ההסתברות (probability) לזכיית התובע (plaintiff) במשפט להערכת התובע.

P_d ההסתברות לזכיית התובע במשפט להערכת הנתבע (defendant).

66 שאבל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 3, 10; Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 16. בפועל התמונה מורכבת יותר ותלויה לא רק בגובה ההוצאות המשפטיות הכולל, אלא גם בקצב שבו הצדדים נושאים בהן לאורך זמן.

67 שאבל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 11. תובע שונא סיכון עשוי להסתפק בפשרה בסכום נמוך מתוחלת התביעה בתמורה לקניית הודאות הגלומה בפשרה.

68 שם.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

A_p פסק הדין (award) הצפוי לטובת התובע במשפט במקרה של זכייה להערכת התובע.

A_d פסק הדין הצפוי לטובת התובע במשפט במקרה של זכייה להערכת הנתבע.

TC_p עלויות המשפט (trial cost) של התובע להערכת התובע.

TC_d עלויות המשפט של הנתבע להערכת הנתבע.

פשרה בין הצדדים תתאפשר, אם ורק אם:⁶⁹

$$P_p \times A_p - TC_p < P_d \times A_d + TC_d$$

במילים אחרות, הצדדים יתפשרו אם ורק אם במקרה של ניהול משפט, תוחלת ההפסד שרואה לנגד עיניו הנתבע (צד ימין של אי-השוויון) גדולה מתוחלת הרווח שרואה לנגד עיניו התובע (צד שמאל של אי-השוויון).

בהעברת אגפים, אפשר להציג את אותו אי-השוויון גם באופן הבא:

$$P_p \times A_p - P_d \times A_d < TC_p + TC_d$$

במילים אחרות, הצדדים יתפשרו אם ורק אם ההפרש (החיובי) בין הערכת התובע בדבר תוחלת פסק הדין לטובתו (קרי ההסתברות לזכיית התובע כפול הסכום שבו הוא צפוי לזכות להערכתו) לבין הערכת הנתבע בדבר תוחלת פסק הדין נגדו (קרי ההסתברות לזכיית התובע כפול הסכום שבו צפוי הוא לזכות להערכת הנתבע) קטן מסך ההוצאות הצפוי של ניהול ההליך לשני הצדדים יחדיו.⁷⁰

עולה מכך שללא שינוי בשאר הפרמטרים, ככל שסכום הוצאות המשפט הצפויות לשני הצדדים יחדיו (הצד הימני של אי-השוויון) יהיה גדול יותר, כך יגדל הסיכוי לפשרה ויקטן הסיכוי לניהול משפט. נוסף על כך, ככל שהפער (החיובי) בין תוחלת פסק הדין שהתובע רואה לנגד עיניו לבין תוחלת פסק הדין שהנתבע רואה לנגד עיניו (הצד השמאלי של אי-השוויון לעיל) יהיה גדול יותר, כך יקטנו סיכויי הפשרה, ללא שינוי בשאר הפרמטרים, ויגדל הסיכוי לניהול משפט.

לדוגמה, נשוב ונניח כי התובע מעריך שסיכויי ההצלחה של התביעה הם 80%, במקרה של זכייה ייפסקו לטובתו 10,000 ₪ ועלויות ניהול ההליך יהיו 2,000 ₪. הנתבע עודנו מעריך שסיכויי התובע להצליח בתביעה הם 60%, שפסק הדין, אם ייפסק נגדו, יעמוד על 8,000 ₪ ושהעלויות של ניהול הגנתו יעמדו על 2,000 ₪. כאמור, במקרה כזה התובע רואה לנגד עיניו תוחלת פסק דין של 8,000 ₪ (80% כפול 10,000 ₪) והנתבע

69 שאבל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 11; Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 4-5.

70 שאבל, שם; Hay & Spier, שם.

טל רוטמן

רואה סיכון לפסק דין נגדו בתוחלת של 4,800 ₪ (60% כפול 8,000 ₪). הפער החיובי בין הערכות התובע לאלה של הנתבע עומד על 3,200 ₪ (8,000 ₪ פחות 4,800 ₪), והוא קטן מהעלות המצרפית של ניהול המשפט, שעומדת על 4,000 ₪ (2,000 ₪ ועוד 2,000 ₪), ועל כן הצדדים צפויים להתפשר.

קל לראות שאם תקטן הערכת התובע בנוגע לעלות ניהול התביעה, לדוגמה ל-1,000 ₪ במקום 2,000 ₪, כששאר הפרמטרים ייוותרו ללא שינוי, יגרום הדבר לכך שהצדדים לא יתפשרו אלא ינהלו משפט, שכן כעת הפער בהערכות הצדדים (3,200 ₪) גדול מהעלות המצרפית של ניהול ההליכים (3,000 ₪).

באופן דומה, אם תשתנה הערכת סיכויי ההצלחה של התובע ל-90% ללא שינוי בשאר הפרמטרים, יראה התובע לנגד עיניו פסק דין בתוחלת של 9,000 ₪ (90% כפול 10,000 ₪) והפער בין הערכות הצדדים יגדל ל-4,200 ₪ (9,000 ₪ פחות 4,800 ₪). פער זה גדול מסך הוצאות המשפט המצרפיות הצפויות (כאמור, 4,000 ₪), ולכן גם הפעם לא צפויים הצדדים להתפשר, אלא לנהל משפט.

לעומת זאת, ככל שהערכות התובע והערכות הנתבע בנוגע לתוחלת פסק הדין יתקרבו זו לזו, כך יגדלו סיכויי הפשרה.⁷¹ במקרה הקיצוני, שבו הערכות הצדדים זהות (וכן בכל המקרים שבהם תוחלת פסק הדין להערכת הנתבע גדולה מתוחלת פסק הדין להערכת התובע), צפויים הצדדים להתפשר, שהרי הוצאות ניהול ההליך תמיד גדולות מאפס.⁷² אפשר להציג זאת גם כך: אילו היה לשני הצדדים מידע מלא וודאות באשר לתוצאות המשפט, הם היו תמיד מתפשרים כדי לחסוך את העלויות המשפטיות. אין טעם להוציא את הוצאות המשפט אם תוצאת המשפט ידועה מראש בוודאות,⁷³ מוטב להימנע מההוצאות ולחלק את החיסכון בין הצדדים.⁷⁴ במילים אחרות, הסיבה לכך שבסכסוכים מסוימים הצדדים מנהלים משפט ואינם מתפשרים היא שבאותם מקרים הערכת התובע בנוגע לתוחלת פסק הדין שייפסק לטובתו גדולה מהערכת הנתבע באשר לתוחלת פסק הדין שיינתן נגדו, והפער שבין הערכות הצדדים גדול מן העלות המצרפית שהם צופים בניהול המשפט.⁷⁵

71 Mnookin, לעיל ה"ש 34, בעמ' 5; Hay & Spier, שם, בעמ' 5, 10.

72 Bruno Deffains, Dominique Demougine & Claudine Destrieux, *Choosing ADR or Litigation*, INT'L REV. OF L. & ECON. 33, 4 (2017).

73 ברור שאף פעם אין ודאות מלאה בנוגע לפסק דין של שופט בשר ודם. גם אם הצדדים מסכימים על תוצאתו המסתברת של המשפט, עליהם להביא בחשבון את האפשרות שהשופט עלול לטעות.

74 Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 3, 10.

75 משקלן של הוצאות המשפט המצרפיות הצפויות בקבלת ההחלטה אם להתפשר יקטן ככל שיגדל שווי העניין השנוי במחלוקת בין הצדדים. כשמדובר בסכסוך על סכומים גדולים, גם פער קטן בהערכות הצדדים בנוגע לפסק הדין הצפוי עשוי להצדיק ניהול משפט. בפועל, כמובן, הצדדים אינם אדישים לסיכון ותוצאת המשפט איננה ודאית. אם אין בין הצדדים פערי מידע, והם רואים עין בעין את סיכויי ההצלחה של ההליך ואת הסכום שייפסק במסגרתו (כלומר מסכימים ביניהם על תוחלת פסק הדין הצפוי), הרי ששנאת סיכון תגדיל את האטרקטיביות של פשרה עבור התובע: תובע שונא

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

ג. כשל השוק של הליטיגציה המסחרית

לאור האמור אפשר לבחון את דרך קבלת ההחלטות של הצדדים ולהעריך את מידת יעילותה ללא התערבות חיצונית. כדי לדייק בניתוח הכלכלי איעזר בממצאים מתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית והכלכלה ההתנהגותית שיושמו זה מכבר בשדה המשפט.⁷⁶ בספרות המחקרית נמצא שהרציונליות של נתיני המשפט מוגבלת. לעיתים הם טועים וסוטים מבחירה רציונלית. יתרה מזאת, טעויות וסטיות אלה מבחירה רציונלית אינן אקראיות, כפי שניתן היה אולי לחשוב, אלא שיטתיות וחוזרות על עצמן. הן נובעות מהטיות קוגניטיביות שמקורן בשימוש ב"כללי אצבע" (היוריסטיקות), שהם בדרך כלל אדפטיביים ויעילים, אך במקרים מסוימים מובילים לטעות. טעויות וסטיות אלה אינן מקוזות אפוא זו את זו בחשבון הכולל, אלא משפיעות על התנהגות בעלי הדין בכיוון שניתן לצפותו מראש ולא ניתן להתעלם מהן. כפי שנראה להלן, מערך התמריצים הכלכליים, כמו גם ההטיות הקוגניטיביות שמשפיעות על התנהגותם של התובע והנתבע, יוצרים כשל שוק: במקרים מסוימים יחמיצו הצדדים פשרות יעילות ורצויות וימצאו את עצמם מנהלים משפט בניגוד לטובתם ובניגוד לטובת החברה כולה.

1. פערי מידע בין בעלי הדין

ראינו שככל שתוחלת פסק הדין הצפוי להערכת התובע גדולה מתוחלת פסק הדין הצפוי להערכת הנתבע, תקטן ההסתברות לפשרה ותגדל ההסתברות לניהול ההליך בבית משפט. ההפרש בין הערכות התובע והנתבע ביחס לתוחלת פסק הדין עלול לנבוע מפערי מידע

סיכון יסכים לקבל בפשרה סכום נמוך יותר מאשר תוחלת פסק הדין פחות הוצאותיו המשפטיות, כיוון שתשלום סכום הפשרה הוא ודאי, וקבלת פסק הדין לטובתו אומנם מסתברת, אך איננה ודאית. תובע שונא סיכון יעדיף לקבל סכום קטן יותר בוודאות על פני סכום שתוחלתו גדולה יותר, אך איננו ודאי. ראו Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 17. ראוי להדגיש שהחישוב שעושה נתבע שונא סיכון שונה מהחישוב שעושה תובע שונא סיכון, וזאת בשל חוסר הסימטריה הקיים באהבת הסיכון ביחס לרווחים ולהפסדים. כפי שגילו כהנמן וטברסקי (Kahnman Daniel & Tversky Amos, *Intuitive prediction: Biases and Corrective Procedures, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES* 414 (1974)), אנשים נוטים להיות שונאי סיכון ביחס לרווחים אך אוהבי סיכון ביחס להפסדים: נתבע שונא סיכון שמעריך שההסתברות לזכייתו במשפט נמוכה עדיין עלול להמר על ניהול משפט ולסרב לפשרה, בתקווה שתתממש ההסתברות הנמוכה לזכייתו במשפט, וכך יצליח לחסוך מעצמו את ההפסד הכואב והוודאי הכרוך בתשלום של סכום הפשרה. ההפסד הכרוך בתשלום של סכום הפשרה עשוי להיות קטן מתוחלת פסק הדין שעלול להיפסק נגד התובע, אך בשונה ממנו הינו ודאי. ראו גם Amos Tversky & Daniel Kahnman, *Rational Choice and the Framing of Decisions, in CHOICES AND FRAMING OF DECISIONS* 167 (1988).

76 Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STANFORD L. REV. 1471, 1503 (1998).

אשר קיימים ביניהם.⁷⁷ מטבע הדברים, כל אחד מהצדדים מחזיק במידע פרטי עודף על אודות הראיות וחווות דעת המומחה שמצויות ברשותו, או ביכולתו להשיג במקרה של ניהול הליך משפטי, ואשר יתמכו בעמדתו או יפריכו את עמדת הצד האחר.⁷⁸ מדובר לא רק במסמכים המצויים ברשותו של אחד הצדדים בלבד, אלא גם בעדותם של אלה המוכנים להעיד לטובתו של כל אחד מהצדדים ובחווות הדעת שהוא יכול לקבל ממומחים. במקרה האופייני, לתובע יש מידע רב יותר מאשר לנתבע בנוגע להיקף הנזק שנגרם לו, ואילו לנתבע מידע טוב יותר מאשר לתובע באשר לשאלה אם התרשל או הפר התחייבות שקיבל על עצמו בחוזה.⁷⁹

לכאורה, לצד החזק מבחינה ראייתית יש אינטרס להביא לידיעת הצד האחר את המידע על עוצמת הראיות שבידיו במטרה לגרום לו "להתקפל" ולקבל את עמדתו.⁸⁰ נניח, לדוגמה, שכל אחד מהצדדים מעריך שעלות ניהול המשפט עבורו תהיה 2,000 ₪. התובע מעריך שבידיו ראיות מוצקות הן להוכחת אחריותו של הנתבע לנזק שנגרם לו והן להוכחה של גובה הנזק,⁸¹ ויודע כי ראיות אלה אינן מצויות ברשות הנתבע. התובע מעריך את הסיכויים להצלחת התביעה ב-80% ואת גובה הנזק שיצליח להוכיח במשפט ויפסק לטובתו ב-10,000 ₪, ואילו הנתבע, בשל חוסר הסימטריות במידע, מעריך את סיכויי ההצלחה של התובע ב-40% ואת פסק דין הצפוי ב-5,000 ₪ בלבד. הפער החיובי בין תוחלת פסק הדין להערכת התובע (80% כפול 10,000 ₪ שהם 8,000 ₪) ולהערכת הנתבע (40% כפול 5,000 ₪ שהם 2,000 ₪) עומד על 6,000 ₪, והוא גדול מסך הוצאות המשפט הצפויות (4,000 ₪). בשל פער זה לא צפויה פשרה, והתובע יאלץ לנהל משפט. במקרה כזה יש לתובע תמריץ לחשוף את ראיותיו בפני הנתבע, במטרה לגרום לו לשנות את הערכותיו ולהקטין את הפער בינו לבין הערכות התובע. נניח שלאחר שנחשף הנתבע לראיות התובע הוא שינה את הערכותיו, וכעת הוא מעריך שקיימת הסתברות של 70% לפסק דין של 8,000 ₪ לטובת התובע. כעת רואה הנתבע לנגד עיניו תוחלת פסק דין של 5,600 ₪, והפער בין הערכות הצדדים קטן ל-2,400 ₪ (8,000 ₪ פחות 5,600 ₪), כלומר לסכום נמוך מסך הוצאות המשפט הצפויות (שנותר 4,000 ₪). אם כך יקרה, יגיע הנתבע למסקנה שטובתו היא להתפשר והתובע יקבל בפשרה סכום גבוה יותר מזה שהיה

Lucian Arye Bebchuk, *Litigation and Settlement Under Imperfect Information*, 15 THE RAND J. OF ECON. 404 (1984) 77

ש.ם. 78

Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 6. 79

Steven Shavell, *The Sharing of Information prior to Settlement or Litigation*, 20 THE RAND J. OF ECON. 183 (1989) 80

81 בפועל, התמונה מורכבת יותר, שכן את חוזק הראיות יש לבחון ביחס לכל סוגיה בנפרד. לדוגמה, התובע עשוי להיות בעל יתרון ראייתי בסוגיית הנזק שנגרם לו, אך לנתבע עשוי להיות יתרון בסוגיית האחריות. העובדה שכל צד עשוי להיות חזק ראייתי ביחס לסוגיה אחת אך חלש ראייתי ביחס לאחרת מסבכת את האפשרות של השגת הפשרה.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

מקבל במשפט (שכן הצדדים יחסכו כעת את העלויות של ניהול המשפט ויחלקו את החיסכון ביניהם). באופן דומה, אם לנתבע יש ראיות המקימות לו הגנה מוצקה ואינן בידיעת התובע, יש לו תמריץ לחשוף אותן בפני התובע במטרה לשנות את הערכות התובע בנוגע לתוחלת פסק הדין הצפוי ולהבהיר לו שמלכתחילה אין הצדקה להגשת תביעה. לעומת זאת, צד שברשותו ראיות מזיקות המפריכות את טענותיו בכתבי הטענות עלול להעדיף הליך של גישור על פני משפט במטרה להסתיר אותן מהצד האחר. צד החושד שיריבו מסתיר ממנו ראיות שיזיקו ליריב עשוי אפוא להשהות את הסכמתו לגישור עד לאחר סיום השלב של גילוי המסמכים במשפט.

לצד התמריץ שיש לכל אחד מהצדדים לגלות לצד האחר מידע המצביע על עוצמת הראיות שברשותו, קיימים כמה חסמים ומכשולים המקשים את צמצום פערי המידע בין הצדדים לסכסוך. ראשית, איסוף הראיות והכנת חוות דעת מומחים כרוכים בעלויות.⁸² מדובר בעלויות שהן חלק מההוצאות של ניהול ההליך המשפטי שאותן קיווה אותו צד לחסוך באמצעות הפשרה. שנית, חשיפת הראיות לצד האחר בטרם הוגשו לבית המשפט מקימה חשש לשיבוש הראיות או לניסיון לכרסם בהן בידי הצד האחר. לדוגמה, אם יגלה התובע לנתבע שאדם מסוים הסכים להעיד לטובתו, הוא עלול להזמין מסע לחצים מצד הנתבע על אותו עד פוטנציאלי במטרה למנוע את מתן העדות או להקטין את התועלת הגלומה בה לתובע. גילוי הראיות מראש גם יסכל את אלמנט ההפתעה הכרוך בשימוש בהן במהלך החקירה הנגדית של העדים, ויאפשר לצד האחר להכין את העדים טוב יותר לקראת חקירתם הנגדית.⁸³ המסקנה היא שהצד החזק ראייתית יתקשה לשלוח לצד האחר איתות אמין באשר לעוצמת הראיות שברשותו מבלי לגרום לעצמו נזק או לאבד יתרון המוקנה לו. כאמור, אם צד מסוים יאסוף את ראיותיו ויגלה אותן לצד האחר טרם הגשתן לבית המשפט, הוא גם יישא בחלק מהעלויות שקיווה לחסוך בפשרה וגם ייתן לצד האחר הזדמנות ותמריץ לחבל ביתרון הראייתי שהשיג. מכיוון שהצד החזק ראייתית אינו יכול לשלוח לצד האחר איתות אמין על עוצמת הראיות שברשותו מבלי לגרום לעצמו נזק, והצד האחר מודע לכך, לא יוכל הצד האחר להבחין בין מצבים שבהם ביטחוננו המופגן של יריבו מוצדק ומושתת על תשתית ראייתית מוצקה, לבין מצבים שבהם יריבו "מבלף",

82 Deffanis, Demougin & Destrieux, לעיל ה"ש 72, בעמ' 3.

83 כללי סדר דין הקובעים עיקרון של ניהול ההליך בקלפים פתוחים ומחייבים את הצדדים לגלות זה לזה את הראיות טרם ניהול המשפט, מקטינים את יכולתם של הצדדים להפתיע זה את זה, מצמצמים את פערי המידע ביניהם ובכך מגדילים את ההסתברות לפשרה. ראו Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *An Economic Model of Legal Discovery*, 23 J. OF LEGAL STUD. 435 (1994). לא בכדי קבעו תקנות סדר הדין החדשות עיקרון של ניהול ההליך בשקיפות מלאה. ראו דברי ההסבר לתקנות האמורות, בעמ' 4. עם זאת, סיכויו של כל צד להצליח במשפט תלויים לא רק בראיות שברשותו אלא גם בסך המשאבים שבכוונתו להשקיע בהכנת המשפט ובניהולו. מדובר בפרט מידע שאותו אין חובה לגלות לצד האחר, ודי בכך כדי למנוע פשרות יעילות בין הצדדים בחלק מהמקרים, ראו Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 9.

ועל כן לא יאמין לתובע ולא ישנה את הערכותיו בנוגע לתוחלת פסק הדין, אף אם יפגין התובע בפניו ביטחון רב בניצחונו הצפוי.⁸⁴ סיכומה של נקודה זו: בין הצדדים קיימים פערי מידע אינהרנטיים אשר מגדילים את פערי התפיסה ביניהם בכל הקשור לתוחלת פסק הדין. בהיעדר התערבות חיצונית, פערי מידע אלה אינם צפויים להיעלם. ככל שפערי המידע בין הצדדים יהיו גדולים יותר, כך יגדל הפער בהערכות הצדדים בנוגע לתוחלת פסק הדין הצפוי במשפט, והצדדים יחמיצו פשרות יעילות רבות יותר שאותן היו מעדיפים על פני ניהול ההליך בבית המשפט אילו הייתה ביניהם סימטריה במידע הרלוונטי.⁸⁵

2. הטיות קוגניטיביות של בעלי הדין

פער בהערכה של תוחלת פסק הדין עשוי להיווצר בין הצדדים לסכסוך גם כשהם מחזיקים במידע סימטרי ואין ביניהם פערי מידע, זאת בשל השפעתן של יוריסטיקות והטיות קוגניטיביות על התנהגות הצדדים.⁸⁶ כך לדוגמה, הטיית אופטימיות-היתר גורמת לאנשים להעריך ביתר את ההסתברות שיקרו להם בעתיד אירועים חיוביים, ולהעריך בחסר את ההסתברות שיקרו להם אירועים שליליים, גם כשהם מודעים להסתברות האמיתית להתרחשות אירועים משני הסוגים.⁸⁷ בענייננו, גם התובע וגם הנתבע ייטו להאמין, כל אחד בנפרד ובנוגע לעצמו, שיפלו בצד הנכון של הסטטיסטיקה בכל הקשור לתוצאת ההליך המשפטי. בעוד שהתובע ייטה לראות את סיכויי ההצלחה שלו בהליך כטובים מהממוצע בהליכים דומים, יאמין גם הנתבע שהסיכוי שהשופט יקבל את טענות ההגנה שלו טוב יותר מהממוצע בהליכים דומים.⁸⁸

הטיית האשרור (confirmation bias) גורמת לאנשים לתת משקל רב יותר בקבלת החלטות לראיות אשר תומכות בעמדה שבה החזיקו מראש ומאשררות אותה.⁸⁹ הטיית האשרור מובילה את הצדדים לסכסוך לפרש באופן שונה ואף הפוך את התמונה

84 Hay & Spier, שם, בעמ' 8–9.

85 שם.

86 Daniel B. Klaff, *Debiasing and Bidirectional Bias: Cognitive Failure in Mandatory* 86 Hay & Spier; *Employment Arbitration*, 15 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2010), לעיל ה"ש 63, בעמ' 13–14.

87 Sean Hannon Williams, *Sticky Expectations: Responses to* גם Klaff, שם, בעמ' 12; ראו גם 87 *Persistent Over-Optimism in Marriage, Employment Contracts, and Credit Card Use*, 84 NORTE DAME L. REC. 733 (2009).

88 Lowenstein, G. et al, *Self-serving assessments of fairness and pretrial bargaining*, 22 88 JOURNAL OF LEGAL STUD. 135 (1993).

89 Barbara O'Brien, *Prime Suspect: An* שם; בהקשר של משפט פלילי והרשעות שווא ראו 89 *Examination of Factors that Aggravate and Counteract Confirmation bias in Criminal Investigations*, 15 PSYCHOLOGY, PUB. POL'Y, AND L. 315 (2009).

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

העובדתית והראייתית, גם כשאינן עליה מחלוקת של ממש. במילים אחרות, אותן עובדות, עדויות ומסמכים ינותחו באופן שונה בידי התובע ובידי הנתבע. כל אחד מהם ישים את הדגש באותן ראיות התומכות בעמדתו ויגיע למסקנות שונות.

במסגרת ההטיה לטובת העצמי (self-serving bias) נוטים צדדים לפרש מידע עמום ולא ודאי באופן המשרת את עמדתם. ספק ואי-ודאות הם חלק בלתי נפרד מההליך המשפטי, והעובדה שכל אחד מהצדדים נוטה לפרש אותם לטובתו יוצרת פער בהערכות הצדדים, גם כשמונחות בפניהם אותן העובדות ממש.⁹⁰ בניסוי ידוע, סטודנטים, בכללם סטודנטים למשפטים, חולקו באופן אקראי לזוגות של תובעים ונתבעים. כל אחד מהסטודנטים התבקש לקרוא חומרים ראייתיים שעמדו בפני שופט שהכריע בתביעת נזיקין אמיתית. התובעים והנתבעים התבקשו לנהל ביניהם משא ומתן בנוגע לפשרה בתיק, אך לפני כן התבקש כל אחד מהסטודנטים להעריך מהו הסכום שפסק השופט באותו הליך, וכן מהו, לדעתו, פסק הדין ההוגן והראוי שיש לפסוק באותו מקרה על יסוד החומרים שקרא. אף שקראו את אותם חומרים והיו ערים לכך שחלוקתם לתפקידי תובע ונתבע נעשתה באופן שרירותי, אימצו הצדדים את נקודת המבט המאפיינת את התפקיד שהוטל עליהם. נמצא כי אלה שמונו בניסוי לתפקיד תובעים העריכו הן את הסכום שפסק השופט בפועל והן את הסכום שראוי היה לפסוק בסכום גבוה יותר באופן ניכר מכפי שהעריכו אלה שמונו לנתבעים. עוד נמצא שככל שהפערים בין הערכות התובע והנתבע בקשר לפסק הדין הצפוי היו גדולים יותר, כך קטן הסיכוי להשגת פשרה ביניהם.⁹¹ אם אלה הם פני הדברים בסימולציה, ניתן רק לשער מה רבה השפעתה של ההטיה לטובת העצמי בחיי המעשה.

הטיות קוגניטיביות שתוארו ודומות להן⁹² מגבילות את קבלת ההחלטות הרציונלית של התובע והנתבע. הן משפיעות על התנהגותו של כל אחד מהצדדים בכיוון מנוגד, ועל כן מגדילות את הפער שבין הערכות הצדדים בדבר התוחלת הצפויה של פסק הדין במשפט וגורמות להם להחמיץ פשרות יעילות שהיו מתגבשות ביניהם אלמלא אותן הטיות.

90 Lowenstein, לעיל ה"ש 88, בעמ' 150; Ward Farnsworth, *The Legal Regulation of Self-Serving Bias*, 37 U. C. DAVIS L. REV. 567, 569–570 (2003).

91 Sunstein, לעיל ה"ש 76; Linda Babcock et. al., *Biased Judgments of Fairness in Bargaining*, 85 AM. ECON. REV. 1337 (1995); Linda Babcock & George Loewenstein, *Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases*, 11 J. OF ECON. PERSPECTIVES 109, 111–116 (1997).

92 לסקירה מקיפה של הכשלים הקוגניטיביים הרלוונטיים ראו אלרואי "לא" הוא פתיחה טובה: על מכשולים ומלכודות במשא ומתן ובגישור וכיצד להתגבר עליהם 171–299 (2015), וכן מיכל אלברשטיין תורת הגישור 213–224 (2007).

3. "בעיית הנציג" של עורכי הדין

עד כה עסקנו בבעלי הדין, בפערי המידע ביניהם ובהטיות הקוגניטיביות המאפיינות את התנהגותם. ואולם, בעלי הדין אינם מנהלים את הסכסוך לבדם. עם פרוץ הסכסוך נאלץ כל אחד מהם לשכור את שירותיו של עורך דין המתמחה בליטיגציה מסחרית. עורך הדין נשכר כדי לקדם את האינטרסים של הלקוח, אך יש לו כמובן גם אינטרסים משלו. אינטרסים אלה אינם חופפים במלואם את האינטרסים של הלקוח, ולעיתים ממש מנוגדים להם.⁹³ נוצרת אפוא "בעיית נציג",⁹⁴ הדומה לזו המתעוררת בין המנהלים לבין בעלי המניות בחברה: מנהלי החברה אמורים לנהל אותה לטובת בעלי המניות, אך עלולים להעדיף את טובתם האישית כשזו מתנגשת עם טובת בעלי המניות.⁹⁵ ניגודי האינטרסים בין בעלי המניות לבין מנהלים באים לידי ביטוי בסוגיות של תגמול המנהלים, שכן למנהלים אינטרס מובהק להגדיל את שכרם גם כשהדבר אינו אופטימלי עבור בעלי המניות.⁹⁶ באופן דומה, האינטרס הכלכלי האישי של עורך הדין מתמרץ אותו בדרך כלל להעדיף ניהול משפט על פני פשרה.⁹⁷ אחרי הכול, ההוצאות המשפטיות שאותן מבקשים הצדדים לחסוך הן מקור פרנסתם של עורכי הדין, ולעיתים קרובות שכר טרחתם של עורכי הדין עומד ביחס ישר להתמשכות ההליכים ולכמות העבודה שהושקעה בהם.⁹⁸ עורכי הדין מעוניינים למקסם לא רק את הכנסתם, אלא גם את המוניטין שלהם,

- 93 בבקשות לאישור תובענות ייצוגיות, בא כוח התובע הייצוגי הוא לעיתים קרובות בעל האינטרס האמיתי בתביעה וזה שגייס את הלקוח. בשל החשש הכבד שבא כוחו של התובע הייצוגי יתפטר באופן אשר פוגע בקבוצה קבעו ס' 18–19 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, מגבלות מיוחדות בנוגע לאישור פשרה בתובענה ייצוגית. בין היתר, בית המשפט נדרש לבחון "ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה" ונקבעו הוראות שונות בדבר פרסום והגשה של התנגדויות בידי צדדים מעוניינים, קבלת החייחסות היועץ המשפטי לממשלה ומינוי מומחה שיבדוק את הסדר הפשרה המוצע ויחווה את דעתו.
- 94 אלברשטיין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 226; Wagner G., *The Dispute Resolution Market*, 62 BUFF. L. REV. 1085, 1148 (2014).
- 95 Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 J. OF FIN. ECON. 305 (1976).
- 96 Lucian Arye Bebchuk & Jesse M. Fried, *Executive Compensation as an Agency Problem*, 17 J. OF ECON. PERSPECTIVES 71, 71–92 (2003).
- 97 Mnookin, לעיל ה"ש 34, בעמ' 6, מצייין כי גם "בעיית הנציג" הקלסית של דיני חברות עלולה למנוע פשרות יעילות, לדוגמה, מנהל שמעדיף לנהל משפט מטעמי נקמנות אישית כשטובת החברה היא להתפשר או מנהל שאינו מוכן להתפשר כדי למנוע פגיעה בתוצאות החברה בדוחות הכספיים, שבהן תלוי הבונוס שלו. מאידך, לעיתים "בעיית הנציג" של המנהל עשויה דווקא לעודד פשרות – לדוגמה, כאשר המנכ"ל צפוי להיחקר במשפט בחקירה נגדית ומעוניין לחסוך מעצמו את המחיר והסיכון האישי הכרוכים בכך, גם במחיר של פשרה בלתי כראית לחברה, שבעלתה יישאו בעלי המניות; ראו גם Hay & Spier, לעיל ה"ש 63.
- 98 לעומת זאת, עורך דין המתוגמל בשכר טרחה קבוע עבור הטיפול בתיק, עורך דין המתוגמל על בסיס הצלחה ועורך דין המתוגמל לפי שעות עבודה אך כבר הגיע לתקרת שכר הטרחה עלולים להעדיף פשרה גם כשטובת הלקוח היא לנהל את המשפט. הדבר נובע מכך שבמצבים אלה עורך הדין נושא

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

שעל בסיסו הם מצפים לגייס את לקוחותיהם הבאים. ואולם, מוניטין חיובי כליטיגטור נבנה בעיקר מהצלחות מתוקשרות היטב בניהול הליכים בבית המשפט ופחות מעריכת פשרות בחדרי חדרים, ולו רק בשל כך שהתהודה התקשורתית והציבורית של הכרעה במשפט גדולה מזו של הכרעה בפשרה.⁹⁹ אם כן, כשיש לתובע תיק טוב שסיכויי הצלחתו בבית המשפט גבוהים, עורך דינו עלול להתקשות לוותר על הכרעה שיפוטית גם כשטובת הלקוח היא לחתור לפשרה.¹⁰⁰ האינטרס האישי של עורך הדין עלול לגרום לו, בין במודע ובין באופן בלתי מודע, לשדר לתובע אופטימיות יתרה הן ביחס להסתברות שיזכה במשפט והן ביחס לגובה פסק הדין. באופן דומה, לעורך הדין של הנתבע יש תמריץ לשדר לנתבע אופטימיות מופרזת באשר לסיכויי ההגנה. האינטרסים האישיים של עורכי הדין עלולים אפוא להגדיל את הפער בהערכות הצדדים בדבר תוחלת פסק הדין הצפויה ולגרום לצדדים להחמיץ פשרות יעילות.¹⁰¹

מסיבות דומות יש לעורכי הדין של שני הצדדים אינטרס אישי להמעיט בהערכת עלויותיו הצפויות של ניהול ההליך המשפטי. ואולם, אם עורכי הדין מטים את הצדדים לחשוב שהעלויות של ניהול ההליכים המשפטיים נמוכות מכפי שיהיו באמת, אזי הצדדים צפויים לקבל החלטה בלתי יעילה לנהל הליכים משפטיים בבית המשפט גם במקרים שבהם כדאי ומוטב להם להתפשר.

4. "קללת המנצחים"

העובדה שעורכי דין הם שחקנים הפועלים בשוק תחרותי מחריפה את הבעיה ומגדילה את הסיכון שהצדדים ינהלו משפט גם כאשר טובתם היא להתפשר. מקובל ושכיח שטרם בחירת עורך הדין המייצג, בעל הדין עורך מעין מכרז זוטא ומבקש לקבל הצעות מכמה משרדי עורכי דין. במצב האופייני, כל משרד מתבקש לתת חוות דעת ראשונית על סיכויי

במלוא העלות השולית של ניהול המשפט, אך איננו נהנה כלל מהערך השולי שניב ניהול המשפט עבור הלקוח (במקרה של שכר טרחה בסכום קבוע או לאחר שהגיע לתקרת שכר הטרחה), או לחלופין נהנה ממנו באופן חלקי בלבד (במקרה של שכר טרחה על בסיס הצלחה). ראו Hay & Spier, שם, בעמ' 13, 19.

99 שם.

100 לעומת זאת, בשל העובדה שהפסד במשפט עלול לפגוע במוניטין של עורך הדין שהפסיד, כשעורך הדין חושש שסיכויי ההפסד אינם מבוטלים, הוא עלול לדחוף את הלקוח לפשרה גם במקרים שבהם מוטב היה ללקוח להמשיך בניהול המשפט.

101 פתרון אפשרי לכך הוא קבלת חוות דעת נוספת מעורך דין שיובהר לו מראש שנשכר על ידי הלקוח לא כדי לטפל בתיק אלא כדי להעריך את סיכויי הצלחתו. מובן כי הדבר כרוך בעלויות נוספות. בישראל, חברות ביטוח אשר במסגרת ביטוח לאחריות נושאי משרה נושאות בעלויות הייצוג המשפטי של חברות ונושאי משרה שנתבעו, ובפרט בתובענות ייצוגיות, נוהגות למנות משרד עורכי דין מטעמן, כדי שיפקח על משרד עורכי הדין המטפל בהגנה מפני התביעה. עולה מכך כי שחקנים חוזרים ורציונליים סבורים שהעלויות הנוספות הכרוכות במינוי עורך הדין המפקח מוצדקות ומניבות חיסכון גדול יותר בעלויות המשפטיות של המבוטח בהן נושא המבטח.

התביעה או ההגנה, לפי העניין, ולהגיש ללקוח המיועד הצעה כספית. התהליך התחרותי יוצר לחץ על עורך הדין להציג ללקוח המיועד תמונה אופטימית מדי בנוגע להסתברות שעמדתו תתקבל בבית המשפט. קל להבין מדוע תובע פוטנציאלי יעדיף לשכור עורך דין שמבטיח לו, ex ante, להביס את הצד האחר בבית המשפט, על פניו של עורך דין אחר, שמצביע על הבעיות והקשיים בתיק וממליץ לו להתפשר. באופן דומה, עורך דין המשדר ללקוחותיו שעלות ניהול ההליכים תהיה נמוכה מכפי שהיא צפויה להיות באמת זוכה ליתרון על פני מתחריו בקבלת הייצוג.

במכרזים תחרותיים ידועה תופעה זו כ"קללת המנצחים" (winners' curse):¹⁰² הזוכה במכרז הוא זה שהערכתו בנוגע לערך הגלום במכרז היו גבוהות מאלה של כל יריביו, לעיתים באופן מוטעה. נניח שחברות נדל"ן מתחרות על רכישת מגרש להקמת בית דירות. חמש חברות מציעות סכומים הנעים בין 60 ל-80 מיליון ₪, והחברה השישית מציעה 90 מיליון ₪ וזוכה במכרז. אומנם ייתכן שהחברה השישית ניתחה את מצב השוק טוב יותר מכל מתחריה, אך גם אפשר שהיא טועה ומעריכה ביתר את שווי של המגרש. בדוגמת הנדל"ן, החברה הזוכה תפגוש בסופו של דבר את המציאות, ואם טעתה, תשלם על כך ביוקר והפרויקט שבו זכתה יסתיים בהפסד. אם כן, ex ante יש לה תמריץ טוב לבחון היטב את הצעתה ולוודא שהיא מבוססת. לעומת זאת, בענייננו, זה שישא בתוצאות של "קללת המנצחים" בשכירת שירותים משפטיים אינו עורך הדין שהפריז בהערכת התוחלת של פסק הדין, אלא הלקוח. כאמור, לרוב שכרו של עורך הדין אינו נקבע לפי תוצאות ההליך אלא לפי כמות העבודה שהושקעה בו, ועל כן עורך הדין אינו צפוי להינזק אם הלקוח יפסיד במשפט או אם יזכה בפסק הדין בסכום נמוך מהמצופה. הדברים נכונים גם ביחס לעורך הדין שהמעיט בהערכת העלויות המשפטיות הצפויות: הוא לא ייפגע כלכלית ואף ירוויח אם ההליכים יתמשכו ויתייקרו מעל ומעבר לצפוי (אלא אם כן הסכים מראש לקבוע תקרה לשכר טרחתו).¹⁰³

לכאורה ניתן היה לסבור שמנגנוני השוק יענישו עורכי דין המעריכים ביתר את סיכויי ההצלחה של לקוחותיהם, ועל כן ייצרו הרחעה מספקת וימנעו מראש את התופעה. ואולם, למעשה יש יסוד להאמין שמנגנוני השוק אינם מרסנים בעילות את אופטימיות היתר שעורכי הדין נאלצים לשרד ללקוחותיהם כדי שיבחרו בהם לייצגם. הליך משפטי הוא אירוע מורכב, המתמשך במקרה האופייני על פני שנים מספר, מעורבים בו צדדים שלישיים (שופט, עדים ומומחים) ותוצאתו הסופית מושפעת מגורמים רבים. ex post, כאשר הליך משפטי הסתיים בתוצאה טובה פחות מהצפוי, יכולות להיות לכך סיבות רבות

102 Richard H. Thaler, *The Winner's Curse*, 2 J. OF ECON. PERSPECTIVES 191, 191–202 (1988)

103 גם כששכר הטרחה של עורך הדין של התובע נקבע בהתאם לתוצאות ההליך ולא פי שעות עבודה, התמשכות ההליכים תגדיל במקרים רבים את שכר טרחתו של עורך הדין, שכן הוא ידרוש אחוז גבוה יותר מסך הפשרה כשכר טרחתו במקרה שבו הפשרה הושגה רק לאחר הגשת התביעה וניהול הליכים משפטיים ממושכים.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

ומגוונות ("השופט היה נגדנו", "העדים קרסו בחקירה הנגדית", "ההלכות המשפטיות השתנו", "התבררו עובדות אחרות מכפי שנמסר לי" וכיוצא באלו). לא ניתן אפוא לייחס את התוצאה המאכזבת דווקא לאופטימיות-היתר שהפגין עורך הדין המייצג כשקיבל לידיו את התיק לראשונה. כשהלקוח יוצא מבית המשפט וידיו על ראשו, לאחר שהמשפט עלה לו הרבה יותר מכפי שהעריך תחילה ולא הניב עבורו את התוצאות שלהן פילל, הוא אינו רואה ואינו מבין את הקשר בין תוצאות עגומות אלה לבין העובדה שבחר לשכור כבא כוחו את זה שהבטיח לו גדולות ונצורות. עורך הדין מצידו נהנה משכר הטרחה שהרוויח גם כשלקוחו הפסיד במשפט.¹⁰⁴

5. כשל השוק והשלכותיו החברתיות

כעת, ניתן לראות את כשל השוק של הליטיגציה המסחרית במלואו. פערי מידע בין הצדדים שהצדדים אינם יכולים לגשר עליהם מבלי לגרום לעצמם נזק, הטיות קוגניטיביות של בעלי הדין, "בעיית הנציג" הטמונה בייצוג המשפטי והשלכותיה של "קללת המנצחים" בבחירת עורך הדין המייצג – כל אלה פועלים בצוותא חדא על התובע ועל הנתבע, משפיעים עליהם בכיוונים הפוכים ומובילים לשתי תוצאות: מחד גיסא, לגידול בפער בין הערכות הצדדים בנוגע לתוחלת פסק הדין הצפוי, ומאידך גיסא, להערכת חסר של ההוצאות המצרפיות הצפויות בניהול ההליך. תוצאות אלה מחזקות זו את זו: כל אחת מהן בנפרד, וכל שכן שתיהן ביחד, גורמות לצדדים לקבל החלטה שגויה ובלתי יעילה להעדיף ניהול הליכים בבית המשפט גם במקרים שבהם טובתם המשותפת היא להתפשר.

עד כה עסקתי ברמת המיקרו. כאמור, טובתם של הצדדים להליך היא, ככלל, לנהל תביעות מעטות יותר בבית המשפט ולהתפשר במקרים רבים יותר. ברמת המאקרו, אפשר להעריך בזהירות שהדינמיקה שתוארה לעיל גם איננה אופטימלית עבור החברה הישראלית בכללותה. נראה כי בתי המשפט בישראל מוצפים בתביעות מסחריות שמוטב היה לצדדים להתפשר בהן וכי משאבים רבים מדי מושקעים בפתרון סכסוכים מסחריים בהתדיינות בבתי המשפט.¹⁰⁵ מדובר בהשקעת משאבים שיוצאת מכיסם של בעלי הדין

104 בהנחה שלא עבר על בסיס הצלחה. מכאן ההלצה הידועה בקרב עורכי הדין שלפיה "עורכי הדין של הצדדים תמיד מנצחים במשפט".

105 לדיון ברמה האופטימלית של ליטיגציה ברמה הכלל-חברתית, ראו Steven Shavell, *The level of litigation: private versus social optimality of suit and of settlement*, 19 INT'L REV. L. & ECON 99 (1996). שאבל מצביע על כך שלליטיגציה יש החצנות (externalities) שליליות וגם חיוביות; שם, בעמ' 99. מחד גיסא, בהגשת התביעה גורם התובע לעלויות שהוא אינו נושא בהם (ועל כן אינו מביא אותן בחשבון) עבור צדדים שלישיים, כגון הצד הנתבע ומערכת המשפט; מאידך גיסא, פסק הדין שניתן בתביעה מקדם את אכיפת הנורמות המשפטיות ומרתיע מפני הפרתן, ומכך נהנים גם צדדים שלישיים שלא נשאו בעלות ההליך. במילים אחרות, מעבר לסכום התביעה שנפסק לטובת התובע, הכרעה שיפוטית יוצרת גם הרתעה מפני הפרת הדין שמשרתת את טובת החברה

טל רוטמן

ומשלמי המיסים, מגולגלת על אזרחי המדינה במחירי השירותים והמוצרים וכן באגרות ובמיסים ומנותבת בסופו של דבר לפרנסתם של עורכי הדין ולמימון של מערכת בתי המשפט ועובדיה. זה שנים רבות ישראל היא מובילה עולמית במספר עורכי הדין לנפש, ונכון ל-2019, אחד מכל כ-120 ישראלים הוא עורך דין.¹⁰⁶ בגרמניה היחס הוא 1 מתוך 600. באנגליה 1 מתוך 400. אפילו ארצות הברית של אמריקה, חובכת בתי המשפט, משתרכת הרחק מאחור, עם 1 מתוך 250 "בלבד". בה בעת יפן, אחת הכלכלות הגדולות והמפותחות בעולם, מצליחה להתנהל עם עורך דין אחד לכל 6,000 תושבים.¹⁰⁷ נכון לשנת 2019, כ-24.5 מיליון שעות עבודה, שהן כשליש משעות העבודה של עורכי דין בישראל, הושקעו בליטיגציה אזרחית.¹⁰⁸ בשנים 2020 ו-2021, בהתאמה, נפתחו בבתי משפט השלום בישראל כ-341 אלף וכ-306 אלף תיקים אזרחיים,¹⁰⁹ ובבתי המשפט המחוזיים – כ-21 אלף וכ-18 אלף תיקים אזרחיים נוספים.¹¹⁰ ריבוי התיקים מטיל עומס כבד על השופטים, ובישראל, מטפל כל אחד מהם בכמות כפולה של תיקים בהשוואה לעמיתיו במדינות אירופה.¹¹¹ לאור הנתונים האמורים, קשה מאוד להניח שרמת ההשקעה המצרפית בליטיגציה אזרחית בישראל היא אופטימלית ומוצדקת מנקודת מבט כלל-חברתית. יש טעמים טובים להניח שמדובר בהשקעת-יתר, וכי החברה הישראלית הייתה יוצאת נשכרת אילו הופנו המשאבים העצומים המושקעים בניהול סכסוכים אזרחיים בבתי המשפט לאפיקים קונסטרוקטיביים ופרודוקטיביים יותר.¹¹²

- בכללותה. כדי שרמת הליטיגציה בחברה תהיה אופטימלית, יש להביא אפוא בחשבון לא רק את התועלות והעלויות הפרטיות של התביעה, אלא גם את תועלותיה ועלויותיה הציבוריות.
- 106 המכללה למנהל "צילום מצב, מגמות ושינויים בסקטור המשפטי בארץ ובעולם" GLawBal (1.1.2020).
- 107 ש.ם.
- 108 ש.ם.
- 109 "דו"ח שנתי 2020 הנהלת בתי המשפט 24 (2020); "דו"ח שנתי 2021 הנהלת בתי המשפט 24 (2021).
- 110 ש.ם, דו"ח שנתי 2020, בעמ' 36; ש.ם, דו"ח שנתי 2021, בעמ' 36.
- 111 גלי אביב ודליה ארנטל "עומס העבודה השיפוטית במערכת בתי המשפט בישראל" מחלקת המחקר של הרשות השופטת (27.7.2021) <https://did.li/KiT5q>. עומס העבודה על שופטים מוביל להתמשכות ההליכים ונותן תמריץ לבריונות משפטית: החייב אינו משלם, ומאלץ את הנושה להגיש תביעה משפטית או להתפשר עם החייב כדי להיפטר. במקרים כאלה אין בגישור כדי לסייע במישורין לנושה, שכן החייב עלול לסרב לגישור, ופגישת המהו"ת רק תגדיל את הוצאות הנושה. עם זאת, עשויה להיות לכך השפעה עקיפה: הפניית הליכים רבים לגישור תקטין את העומס על מערכת בתי המשפט, תקצר את לוחות הזמנים למתן פסק דין ובכך תקטין את התמריץ לבריונות משפטית.
- 112 התופעה של גידול במספר ההליכים המוגשים לבתי המשפט, וכתוצאה מכך התארכותם, אינה ייחודית לישראל. ראו Deffanis, Demougin & Destrieux, לעיל ה"ש 72, בעמ' 17-18.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

ד. גישור כפתרון לכשל השוק של הליטיגציה המסחרית

כאמור, ההחלטה להגיש תביעה ולנהלה בבית המשפט עלולה להיות בלתי יעילה: פערי מידע בין הצדדים, הטיות קוגניטיביות ותמריצים של עורכי הדין עלולים לגרום לצדדים לנהל משפט, גם כשטובתם היא להתפשר. האם ניתן לפתור את כשל השוק של הליטיגציה המסחרית? ואם כן, כיצד?

ראשית, יש להדגיש שהעברת ההכרעה בסכסוך לבוררות לא תסייע במאום לפתרון של כשל השוק שתואר. כפי שנאמר בחלק א', בוררות דומה למשפט, הן באופן שבו מוכרע הסכסוך והן בעלויות הכרוכות בה עבור הצדדים. הלכה למעשה, מדובר בהפרטה של שירות ציבורי והעברתו מהמדינה לידיים פרטיות. בבוררות, כמו בשירותים רפואיים פרטיים, המתדיינים יכולים לבחור בעצמם את ה"רופא" שיטפל בהם, לקצר את התור ולקבל שירות טוב יותר, תחת מעטה סודיות. ואולם, מבחינה כלל-חברתית, אין זה ברור שראוי לעודד בוררות פרטיות על חשבון ניהול הליכים בבית המשפט. השקעת המשאבים הכבדה בניסיון להכריע בסכסוך נותרת בעינה, ולא ברור מדוע מנקודת מבט כלל-חברתית, הכרעת הסכסוך בבוררות עדיפה מהכרעתו בבית המשפט.¹¹³ אדרבא, יש הרואים עדיפות בכך שהכרעה בסכסוכים, פיתוח נורמות משפטיות ופסיקת תקדימים ימשיכו להיות מוצר ציבורי "מיוצר" על ידי בתי המשפט בסבסוד המדינה, ואשר מסופק לציבור כולו, ללא הבחנה בין עשיר לעני.¹¹⁴ הפרטת תפקידים של בתי המשפט והעברת חלקים ממנו לבוררים פרטיים עלולה לפגוע באיכות המוצר הציבורי באותו האופן שבו, לפי הנטען, הפרטת שירותי רפואה עלולה לפגוע במערכת הבריאות הציבורית ובאיכות תוצריה. גם מבחינת כמות המידע המסופקת לכלל הציבור בעקבות הסכסוך, משפט שמתנהל בפומבי ופסק הדין הניתן בו מתפרסם נראה כאפשרות עדיפה, מנקודת מבט כלל-חברתית, על פני בוררות, שהיא כאמור הליך סודי המשרת אך ורק את הצדדים עצמם, ושפסק הבורר הניתן בו אינו נחשף בפני הציבור.¹¹⁵

113 במקרים רבים אגרת בית המשפט אינה מכסה את מלוא העלות האמיתית של ניהול ההליך במערכת בתי המשפט, והמדינה מסבסדת, למעשה, עבור הצדדים את ניהול המשפט על פני עריכת בוררות. החצנת חלק מהעלויות של יישוב הסכסוך על כלל משלמי המיסים גורמת לצדדים שלא להתפשר גם במקרים שבהם יעיל היה לעשות כן. במקרים כאלה, העברת הסכסוך להכרעת בורר בהחלט עשויה הייתה להגדיל את הרווחה הכלל-חברתית, שכן הפנמה של מלוא עלויות ההליך בידי הצדדים הייתה גורמת להם לקבל החלטה יעילה בנוגע לעריכת פשרה. ואולם, אין לצפות שכפגישת המהור"ת יתנו הצדדים את הסכמתם להעביר סכסוך לבוררות אם ניהול הבוררות יהיה יקר עבורם יותר מאשר המשך ניהול הליך בבית המשפט. על כן, יתרון זה אינו מתממש בפועל ex post, ועשוי להיות רלוונטי רק אם הסכימו הצדדים על בוררות ex ante, וזאת משיקולים התלויים בצדדים והעדפותיהם. השוו לעניין Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 20.

114 Fisher, לעיל ה"ש 54, בעמ' 286–288.

115 ש.ם.

בשונה מבוררות, יישוב סכסוך מסחרי בהליך של גישור עשוי להניב תועלת חברתית ניכרת, ובמקרים המתאימים אף לפתור את כשל השוק של הליטיגציה המסחרית.¹¹⁶ ראשית, הליך הגישור מהיר וזול לאין ערוך מניהול משפט או בוררות. כשגישור מסתיים בהצלחה נחסכים אפוא משאבים רבים שאלמלא כן היו מושקעים בפתרון הסכסוך, וכעת ניתן לעשות בהם שימוש טוב ומושכל יותר. שנית, ולא פחות חשוב מכך, הליך הגישור מתנהל באופן שעשוי לצמצם ולפתור את רוב הבעיות שמלכתחילה מנעו מהצדדים לגבש פשרה יעילה ביניהם. אעמוד על כך ביתר פירוט להלן. כאמור, ההחלטה להתפשר, ולא להגיש תביעה, מתקבלת בהתקיים אי-השוויון הבא:

$$P_p \times A_p - P_d \times A_d < TC_p + TC_d$$

דהיינו הצדדים יתפשרו אם ורק אם ההפרש (החיובי) בין הערכת התובע בדבר תוחלת פסק הדין לטובתו (קרי ההסתברות לזכיית התובע כפול סכום הזכייה הצפוי להערכתו) לבין הערכת הנתבע בדבר תוחלת פסק הדין נגדו (קרי ההסתברות לזכיית התובע כפול סכום הזכייה להערכת הנתבע) קטן מסך ההוצאות של ניהול ההליך הצפויים לשני הצדדים יחדיו.

בשונה מבורר, שתפקידו להכריע כמו שופט בין עמדותיהם המנוגדות של הצדדים, אחד מתפקידיו העיקריים של המגשר הוא לגשר על הפער שבין ההערכות השונות של הצדדים באשר לתוחלת הצפויה של פסק הדין. כאמור, ללא שינוי ביתר הפרמטרים, ככל שילך ויצטמצם הפער בין הערכות התובע והנתבע ביחס לתוחלת הצפויה של פסק הדין, כך תגדל נטיית הצדדים להתפשר.

נקודת המפתח היא שבשונה מבורר ומשופט, מגשר רשאי, ואף מצופה ונדרש, להיפגש עם כל אחד מהצדדים בנפרד.¹¹⁷ עולה מכך שכל צד יכול למסור למגשר בסודיות ובפרטיות מידע שאינו ידוע לצד האחר ושאותו צד אינו מעוניין להביא לידיעתו. לצדדים יש תמריץ לחשוף בפני המגשר מידע רב יותר מכפי שהיו חושפים זה בפני זה במשא ומתן ישיר.¹¹⁸ על כן, אף על פי שהמגשר אינו יודע דבר מידיעתו האישית על הסכסוך והוא ניזון אך ורק ממידע שמספקים לו הצדדים, הוא יכול לזהות את פערי המידע הקיימים בין הצדדים טוב יותר מאשר הצדדים עצמם.¹¹⁹ הפגישה הנפרדת

116 השוו לשאבל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 20–21, שאבל טוען שאין הצדקה להערפה כללית למנגנונים חלופיים לפתרון סכסוכים ex post, אך אינו נותן את דעתו להבחנה בין בוררות לגישור, ולדבריו גם אינו מתייחס לרציונליות המוגבלת של בעלי הדין; ראו Mnookin, לעיל ה"ש 34, בעמ' 5.

117 לניתוח מפורט כיצד קיום ישיבות בנפרד עם הצדדים מאפשר למגשר לשלוט בזרימת המידע בין הצדדים ולהגיע לתוצאות יעילות, ראו Jennifer Gerarda Brown & Ian Ayres, *Economic Rationales for Mediation*, 80 VA. L. REV. 323 325–329 (1994).

118 Maxim Ivanov, *Communication via a strategic mediator*, 145 ECON. THEORY 869 (2010).

119 שם.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

מסייעת למגשר להבין את האינטרסים של כל צד המסתתרים מאחורי העמדות שהציג.¹²⁰ המידע שמוסר כל אחד מהצדדים למגשר בסודיות ובנפרד מאפשר לו לזהות ולקבוע אם קיים מרחב של פשרה אפשרית בין הצדדים,¹²¹ והוא גם יכול לסייע לצדדים לחלק את החיסכון שתניב הפשרה באופן הוגן ביניהם.

זאת ועוד, באמצעות שליטה בזרימת המידע בין הצדדים המגשר יכול לשפר את תוצאת המשא ומתן,¹²² ואף לסייע לצדדים לצמצם את פערי המידע ביניהם מבלי שייגרם נזק למי מהם, וכל זאת בתנאי שהצדדים נתנו למגשר את הסכמתם המפורשת לעשות שימוש במידע שמסרו לו בסודיות ובמעמד צד אחד; במקרה כזה ביכולתו להוסיף "רעש" למידע שהצד המגלה התיר לו להעביר לצד האחר, באופן אשר ימנע מהצד האחר לעשות במידע האמור שימוש לרעה. באמצעות "ערכול" המידע שהמגשר מעביר לצד האחר, הוא נותן לצדדים תמריץ לגלות לו מידע רב יותר ולהשתמש במגשר כדי להעבירו לצד האחר באופן מבוקר ומועיל.¹²³ כך, בין היתר, בכפוף להסכמת הצד שגילה לו את המידע, המגשר יכול לתת לצד האחר אינדיקציה על חוזק ראיותיו של הצד המגלה שנחשפו בפני המגשר, וזאת, מבלי לגלות לצד האחר את הראיות עצמן.¹²⁴ מכיוון שהראיות אינן נחשפות בפני הצד האחר, נמנע גם הנזק שעלול היה להיגרם לצד המגלה, והצד האחר יתקשה לעשות שימוש לרעה במידע שנמסר לו כדי לשבש את יתרונו הראייתי של הצד המגלה.¹²⁵ האינדיקציה שנתן המגשר לצד האחר נתפסת בעיניו כאיתות אמין אף מבלי שקיבל לידיו ובחן את הראיות עצמן, שכן, בשונה מבעלי הדין, למגשר אין אינטרס אישי בתוצאות של ההליך ואין לו אינטרס לשקר. האינטרס האישי של המגשר, להצליח בגישור ולצבור מוניטין שיגדיל את הביקוש לשירותיו כמגשר ואת הכנסותיו, עולה בקנה אחד עם האינטרסים של הצדדים, שכן הצלחתו של המגשר בגישור היא הצלחת הצדדים, והסדר

120 על ההבחנה בין עמדות לבין אינטרסים, ועל גישור כניהול משא ומתן מבוסס אינטרסים, ראו ROGER FISHER, WILLIAM URY & BRUCE PATTON, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN 42–57 (Bruce Patton eds., 3rd ed. 2011).

121 Brown & Ayres, לעיל ה"ש 117, בעמ' 327. בראון ואירס טוענים שיכולתם של הצדדים לסכסוך להסתיר מידע זה מזה גורמת לחוסר יעילות משני סוגים: בעיית סיכון מוסרי (Moral Hazard) שנגרמת בשל יכולתו של הצד המפר להסתיר פעולות שנקט לאחר כריתת החוזה, ובעיית ברירה שלילית (Adverse Selection) שנגרמת בשל הסתרת מידע לפני כריתת החוזה.

122 Maria Goltsman, Johannes Horner, Gregory Pavlov & Francesco Squintani, *Mediation*; שם; *Arbitration and Negotiations*, 144 J. OF ECON. THEORY 1397, 1407 (2009).

123 Brown & Ayres, לעיל ה"ש 117, בעמ' 329–328.

124 Katherine Doornik, *A Rationale for Mediation and its Optimal Use*, 38 INT'L REV. L. & ECON. 1–10 (2014).

125 לדיון במצבים שבהם גיבוש פשרה בין הצדדים מחייב שיחליפו באמצעות המגשר רק מידע מסדר ראשון, אך לא מסדר גבוה יותר (לדוגמה מי יודע את המידע מסדר ראשון), ראו, Ian Ayres & Barry J. Nalebuff, *Common Knowledge as a Barrier to Negotiation*, 44 UCLA L. REV. 1631 (1997).

הגישור כפוף להסכמתם.¹²⁶ למגשר אין אינטרס להוליך שולל את מי מהצדדים. אדרבה, אמינותו של המגשר היא כלי עבודתו העיקרי, ואם יתברר כי במהלך הגישור לא אמר לצדדים אמת, ייפגע המוניטין המקצועי שלו והביקוש לשירותיו ייפגע.¹²⁷ במהלך הפגישות הנפרדות עם בעלי הדין ניתנת למגשר גם ההזדמנות להציג לכל אחד מהם בנפרד את הערכתו בנוגע לסיכויים שבית המשפט יקבל את טענותיו ולעמוד על החוזקות והחולשות שמצא בהן. במילים אחרות, המגשר עורך עבור כל אחד מהצדדים "בוחרן מציאות" של טענותיו ומשקף בפניו את המציאות העובדתית והמשפטית כפי שעשוי להבין אותה צד שלישי, אובייקטיבי ובלתי תלוי, דוגמת השופט.¹²⁸ לאמיתו של דבר, המגשר פועל כדי לאזן ולתקן (debias) את ההטיות הקוגניטיביות הרלוונטיות של הצדדים על אודות הסתברות הזכייה בהליך וגובה פסק הדין הצפוי ומציג בפני כל אחד מהם תמונה ריאלית יותר מכפי שזה גיבש לעצמו. בכך מסייע המגשר לצדדים להקטין את הפער בין הערכותיהם בנוגע לתוחלת פסק הדין ומגדיל את ההסתברות לפשרה ביניהם.¹²⁹

לבסוף, המגשר עשוי לסייע לבעל הדין לזהות את "בעיית הנציג" שקיימת בינו לבין בא כוחו¹³⁰ ולאזן את אופטימיות-היתר של עורך הדין המייצג. לא בכדי הוסמך המגשר, בשונה משופט או בורר, להיפגש עם צד גם ללא נוכחות בא כוחו. בשונה מעורך הדין

126 בגישור בתובענה ייצוגית יש בעיית נציג נוספת: אין חפיפה בין האינטרסים של התובע הייצוגי ובא כוחו לבין האינטרסים של הקבוצה שהם מבקשים לייצג, וככלל, יש לתובע הייצוגי ובא כוחו אינטרס להתפשר על חשבון האינטרסים של הקבוצה המיוצגת. במקרים כאלה יש לכל הצדדים בגישור אינטרס להתפשר, והסדר שהושג בסיוע מגשר אינו חייב לעלות בקנה אחד עם האינטרסים של הקבוצה המיוצגת. עם זאת, הסדרים כאלה כפופים לאישור בית המשפט, וזה בוחרן באופן יסודי ומעמיק את ההסדר שגובש, תוך מודעות לניגודי העניינים; ראו ת"צ (כלכלית) 48536-12-17 **חורבני פועלים אי.בי.אי.** – **ניהול וחיתום בע"מ**, פסק דינה של השופטת רונן (נבו) 19.5.2021.

127 עם זאת, המגשר מקבל את עבודתו מעורכי הדין של הצדדים, המפנים אליו את הסכסוך לגישור, או למצער אינם מתנגדים למינויו אם הוצע על ידי הצד האחר או על ידי בית המשפט. עלול אפוא להתעורר החשש שהמגשר ייטה לטובת עמדתם של צדדים המיוצגים בידי משרדים עו"ד גדולים, שהם שחקנים חוזרים המספקים למגשר עבודה רבה. העובדה שאין למגשר סמכות הכרעה מסייעת להפיג את החשש האמור, שכן לצד המיוצג בידי עורך הדין שאינו ממשרד גדול יש זכות וטו על הסדר הגישור, ולא ניתן לגבשו ללא הסכמתו המפורשת.

128 Brown & Ayres, לעיל ה"ש 117, בעמ' 325. מסיבה זו יש לעורכי דין ושופטים יתרון מובהק כמגשרים: הם מבינים טוב הרבה יותר ממגשרים שאינם עורכי דין או שופטים את החלופה העומדת בפני כל אחד מבעלי הדין אם יבחר לנהל משפט, ולמידע זה יש חשיבות רבה בהחלטתו של בעל הדין אם להתפשר או להמשיך במשפט.

129 מאידך, הטיה קוגניטיבית שעלולה לגרום לתובע להתפשר יתר על המידה היא "Hyperbolic Discounting": בני אדם מעדיפים תגמול קטן ומיידי מתגמול גדול יותר ורחוק יותר בזמן, מעל ומעבר למצופה משיקולים של מחיר הכסף. ראו Richard Thaler, *Some empirical evidence on dynamic inconsistency*, 8 ECON. LETT. 201, 207 (1981); David Laibson, *Golden Eggs and Hyperbolic Discounting*, 112 Q.J.Econ. 443, 477 (1981).

130 Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 33.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

המייצג, שכבול להערכות האופטימיות שנתן ללקוח כדי לקבל את הייצוג, המגשר חופשי לשקף לבעל הדין את המציאות כהווייתה וכפי שהוא מבין אותה, ללא כחל ושרק. העובדה שצד שלישי מנוסה ואמין בדמות המגשר רואה את הדברים אחרת מכפי שהציג לו אותם בא כוחו מאותתת לבעל הדין על האופן שבו השופט עלול לראות את הדברים, ועל כן עשויה לגרום לו לשקול את הדברים מחדש, לזהות קונספציות שבהן היה שבווי ולשנות את הערכתו בנוגע לתוחלת פסק הדין באופן שיצמצם את הפער בין הערכות הצדדים ויקל על גיבושה של פשרה יעילה ביניהם.

עד כה עסקתי בצד השמאלי של אי-השוויון הנ"ל והראיתי כיצד פעולת המגשר עשויה לסייע בצמצום הפער הקיים בין הצדדים בהערכת התוחלת של פסק הדין הצפוי, באופן שיגדיל את הסיכוי לגיבוש פשרות יעילות ביניהם.¹³¹ נוסף על כך, המגשר עשוי לקדם פשרות יעילות בין הצדדים גם דרך הצד הימני של אי-השוויון, באמצעות הדגשת העלות המצרפית האמיתית של ניהול משפט בפני בעלי הדין. המגשר ינסה להביא למודעותם של הצדדים את העלויות הכספיות האמיתיות שהם צפויים לשאת בהן עד סיום הסכסוך ("האם הבאת בחשבון את עלויות הערעור? ומה באשר לעלויות של הליך הגבייה?"). המגשר גם יבקש להנכיח את העלויות הלא-כספיות של ההליך, אשר אפשר שהצדדים נתנו להן משקל חסר בקבלת החלטתם לנהל משפט ולא להתפשר: השחתת הזמן הרב הצפוי, ביזור תשומת הלב הניהולית, הפגיעה ביחסים המסחריים בין הצדדים הניצים, ההשפעה הרגשית השלילית עליהם, המתח והחרדה מפני התממשות הסיכונים הכרוכים בהליך, התסכול הצפוי עקב התמשכות ההליכים והפגיעה הקשה והנמשכת באיכות החיים של בעלי הדין, כל עוד חרב הסכסוך מתהפכת מעל ראשם. כאמור, ללא שינוי בשאר הפרמטרים, ככל שהצדדים תופסים את העלות המצרפית של ניהול המשפט כגבוהה יותר, כך תגדל גם נטייתם להתפשר.

ואולם, אם הליך הגישור אכן מועיל לזיהוי פשרות יעילות בין הצדדים, כיצד ניתן להסביר את העובדה שהצדדים לא פנו מלכתחילה להליך כזה? הרי בשונה מצדדים לתביעות נזיקין, צדדים לסכסוכים מסחריים מכירים זה את זה ויש ביניהם יחסים קודמים. מדוע התחמש כל אחד מהם בעורך דין, במקום לפנות יחדיו למגשר? אכן, בשלבים הראשונים של הסכסוך עומדת בפני הצדדים הדילמה אם לפנות למגשר מקצועי, או שמא לנסות ולפתור את הסכסוך במשא ומתן ישיר ביניהם. ידוע לצדדים ששכירת מגשר כרוכה בעלויות ודאיות, ואף ברור להם שהצלחת הגישור אינה מובטחת. נוסף על כך, מדובר באנשי עסקים הרגילים לשאת ולתת ואינם נרתעים מקיום מקח וממכר ביניהם ללא ליווי של מגשר. סביר אפוא להניח שבטרם יפנו הצדדים לעזרת מגשר, הם ינסו תחילה לפתור את הסכסוך המסחרי שהתעורר ביניהם באמצעות משא ומתן ישיר.

131 ראו Mnookin, לעיל ה"ש 34, בעמ' 5.

במקרים רבים משא ומתן ישיר בין הצדדים שמתקיים לאחר פרוץ הסכסוך אכן מניב פשרה ראויה המקובלת על כל הצדדים.¹³² במקרים שבהם עוצמת הקונפליקט בין הצדדים אינה גבוהה, פשרה זו תהיה זולה ויעילה לא פחות מזו שהייתה מושגת באמצעות מגשר.¹³³ אך באותם המקרים שבהם הצדדים ניסו ולא הצליחו לגבש פשרה במשא ומתן ישיר ביניהם,¹³⁴ הם נאלצים לפנות לעורכי דין המתמחים בליטיגציה כדי שייצגו אותם. בשלב זה, לאחר שכשל המשא ומתן הישיר ביניהם, נוטים הצדדים להאמין שאין סיכוי סביר לסיים את הסכסוך בפשרה – ולראיה, הם עצמם ניסו ולא הצליחו. האפשרות שמגשר, צד שלישי, זר לצדדים שאינו מכיר את מערכת היחסים ביניהם ואינו מצוי בפרטי הסכסוך, יוכל להצליח במקום שבו הם עצמם נכשלו, עלולה להראות לצדדים מרוחקת, קלושה וחסרת סיכוי. כאמור, גם לעורכי הדין של הצדדים אין אינטרס להמליץ להם לפנות לגישור בטרם הוגשה התביעה המשפטית. כדור השלג של הסכסוך ממשיך אפוא להתגלגל ולצבור תנופה במורד המדרון.

ה. תקנות סדר הדין החדשות, עדיפות הגישור על בורות והדין הרצוי

כעת ניתן להבין את ההיגיון העומד בבסיס ההסדר שבתקנות סדר הדין החדשות. כפי שציינתי בראשית הדברים, כבר בדיון המקדמי, שנערך בין הצדדים ללא נוכחות שופט לאחר שהסתיימה החלפת כתבי הטענות, הצדדים וכאי כוחם נדרשים לבחון את האפשרות להעביר את הסכסוך ל"מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך",¹³⁵ אשר מוגדר כ"דרך לפתרון הסכסוך בהסכמה מחוץ לכותלי בית המשפט שהיא, בין השאר, גישור, בורות וכיוצא באלה".¹³⁶ אך כאמור, ההסתברות שבשלב זה, בסמוך לאחר הגשת כתב הטענות, ימליצו עורכי הדין המייצגים לצדדים לפנות לגישור אינה גבוהה.¹³⁷ שאחרת, מדוע עורכי הדין לא המליצו על גישור מלכתחילה, ומדוע לא חסכו ללקוחותיהם את עלות

132 בארצות הברית למעלה מ-95% מהתיקים הצדדים מגבשים פשרה לפני ניהול המשפט, וכמובן, יש מקרים רבים בהם הצדדים מתפשרים ללא צורך בהגשת תביעה לבית המשפט. ראו Hay & Spier, לעיל ה"ש 63.

133 Goltsman, Horner, Pavlov & Squintani, לעיל ה"ש 122, בעמ' 1410.

134 הצדדים עלולים להיכשל בהשגת פשרה יעילה גם בשל כך שלא הצליחו להסכים על האופן שבו יחולק ביניהם החיסכון שיושג בפשרה, בגלל פערי מידע ביניהם או הערכות שגויות לגבי עמדת הצד האחר. ראו Hay & Spier, לעיל ה"ש 63, בעמ' 11-12.

135 תק' 35(א)(2) לתקנות סדר הדין החדשות.

136 תק' 6 לתקנות סדר הדין החדשות.

137 בספרות הכלכלית נמצא כי התמריץ להתפשר בשלב מוקדם של ההליך הוא נמוך יותר, כיוון שנכוונות של צד להתפשר עלולה להתפרש כחולשה בידי הצד האחר, וכך לפגוע בסכום הפשרה שביכולתו להשיג. עורכי דין רבים חשים כך באופן אינטואיטיבי. ראו Hay & Spier, לעיל ה"ש 63.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

הכנת כתבי הטענות, וככל שמדובר בתובע – גם את תשלום חלקה הראשון של אגרת בית המשפט¹³⁸ ואת המבוכה הכרוכה בכיבוס הכביסה המלוכלכת לעיני כל? כאמור בראשית הדברים, התקנות מחייבות את הצדדים לערוך פגישת מהו"ת עם מגשר מהו"ת בטרם יוכלו להכנס בשערי בית המשפט. פגישת מהו"ת היא "פגישת מידע, היכרות ותיאום לבחינת האפשרות ליישב את הסכסוך באמצעות מנגנון חלופי ליישוב סכסוך"¹³⁹ ומגשר מהו"ת הוא מי שעמד בהכשרה ותנאי הכשירות שנקבעו בתקנות, נכלל ברשימות המגשרים ומונה עבור הצדדים. מאחר ואחד מתפקידיו של המגשר הוא להתגבר על "בעיית הנציג" בייצוג המשפטי של הצדדים, מקפידות התקנות לקבוע כי הצדדים יתייצבו לפגישה בעצמם, ונוכחות עורכי הדין היא בגדר רשות ולא חובה.¹⁴⁰ מטרת הפגישה היא לאפשר למגשר לדבר ישירות לצדדים, ללא תיווך עורכי הדין: "בפגישת המהו"ת יסביר מגשר המהו"ת לבעלי הדין את עקרונות פגישת המהו"ת ואת היתרונות הגלומים ביישוב הסכסוך במנגנון חלופי ליישוב סכסוך, ויבחן עמם את הנושאים העיקריים שבמחלוקת ואת האפשרות ליישב את הסכסוך".¹⁴¹ בכדי לעודד את בעלי הדין להתייצב לפגישת המהו"ת, התקנות משתמשות בשיטת המקל והגזר. מחד גיסא, התקנות מורות לבית המשפט הסבור שבעל דין לא התייצב לפגישת המהו"ת במועדה ללא סיבה מוצדקת, להטיל עליו הוצאות אלתר, אף אם לאחר מכן הגיע בעל הדין לפגישת המהו"ת, זולת אם מצא בית המשפט טעמים מיוחדים שלא לעשות כן.¹⁴² עוד הוסמך בית המשפט להתלות את ההליך עד למילוי חובת הפגישה, וככל שמדובר בהיעדרות מצד התובע, גם למחוק את התובענה מטעמים מיוחדים.¹⁴³ אך בנוסף לאיום בהטלת סנקציות על בעל הדין אם לא יתייצב לפגישת המהו"ת, נותנות התקנות גם תמריצים להתייצבות: פגישת המהו"ת מתקיימת חנם אין כסף, ללא עלות לצדדים.¹⁴⁴ בנוסף, התקנות פוטרות את עורכי הדין של הצדדים מהתייצבות לפגישת המהו"ת, כך שצד המיוצג בעורך דין המחייב אותו על בסיס שעות עבודה, יוכל, אם יבחר בכך, להגיע לפגישה לבדו, וכך לחסוך את שכר הטרחה של בא כוחו. ניכר כי התקנות ביקשו למנוע מהצדדים עלויות שאינן הכרחיות ושעלולות היו להפוך את פגישת המהו"ת לבלתי יעילה עבורם, קרי, לכזו שבתוחלת עלותה גבוהה מתועלתה. כשהעלות של פגישה

138 על מנת לעודד פשרות, במקרה של סיום הסכסוך בהסדר גישור עשוי התובע לקבל בחזרה את האגרה ששולמה או את חלקה. ראו תקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007.

139 תק' 37(א) לתקנות סדר הדין החדשות.

140 שם, בתק' 37(ט).

141 שם, בתק' 37(ה).

142 שם, בתק' 38(ב).

143 שם, בתק' 38(א).

144 שם, בתק' 37(ד). מגשר המהו"ת מקיים את פגישת המהו"ת ללא עלות במטרה לקבל לטיפולו את הליך הגישור בתשלום, כך שגם עבורו מדובר בעסקה משתלמת.

המהו"ת עבורו היא מינימלית, אין לבעל הדין הרבה מה להפסיד, ואין סיבה שלא יתייצב בפני המגשר.

אכן, העובדה שהדיון בתביעה בבית המשפט לא יוכל להתחיל עד שתתקיים פגישת המהו"ת, והצדדים ישקלו, בסיוע המגשר, את האפשרות להעביר את הסכסוך לגישור, מהווה הגבלה מסויימת על זכות הגישה לערכאות. אך מדובר בהגבלה מידתית ומוצדקת, אשר נעשית לתכלית ראויה. כפי שראינו, כשל שוק גורם לניהול-יתר של תביעות בבית המשפט, גם כשטובת הצדדים לסכסוך וטובת החברה כולה היא שהסכסוך יוכרע בדרך של פשרה. כאמור, הסיכוי שהצדדים יפנו לגישור מיוזמתם בסמוך לאחר הגשת התביעה אינו גדול, בפרט אם לפני הגשת התביעה, הם כבר ניסו לגבש פשרה במשא ומתן ישיר ביניהם ונכשלו. עם זאת, כפי שראינו, אם בפגישת המהו"ת יסכימו הצדדים להעביר את הסכסוך לגישור, התערבות המגשר עשויה להתברר כאפקטיבית, ולהגדיל את הסיכוי לגיבוש פשרה שתהיה מועדפת בעיני הצדדים למול האלטרנטיבה של ניהול משפט.¹⁴⁵ על כן, מוצדק וראוי לקיים את פגישת המהו"ת בטרם יחל הסכסוך להתברר בבית המשפט.

התקנות יצרו איפוא הסדר חוקי שמטרתו לאזן ולתקן את ההשפעה השלילית של ההטיות הקוגניטיביות ושל פערי המידע על קבלת ההחלטות היעילה של הצדדים,¹⁴⁶ ונראה כי התועלת הגלומה בהסדר האמור לבעלי הדין עולה על עלויותיו עבורם. אם לאחר שקיבל הסבר מקיף על יתרונות הגישור בפגישת המהו"ת, יעמוד מי מהצדדים על סירובו להעביר את הסכסוך לגישור, יוכל התובע לממש את זכות הגישה לערכאות והדיון בתביעה יתנהל בבית המשפט. נציין כי גם זה איננו סוף פסוק, שכן במקרים המתאימים, יוכל השופט הדין בתביעה לשוב ולהציע לצדדים להעביר את התיק לגישור גם בהמשך הדרך.¹⁴⁷

על פני הדברים, תקנות סדר הדין אדישות להבחנה שבין גישור לבין בוררות: הן מאגדות את שני ההליכים תחת המונח "מנגנון חלופי ליישוב הסכסוך" ומחילות עליהם

145 להסכמה לגישור המושגת בפגישת מהו"ת יתרון נוסף עבור הנתבע: נתבע אשר מציע לצד האחר לפנות לגישור מאותת על נכונותו לשלם לתובע לפחות חלק מהסכום הנתבע על ידו, ולכך עלולה להיות השלכה על חובתו של התובע לערוך הפרשה חשבונאית בדוחותיו הכספיים בגין התביעה. ביצוע הפרשה חשבונאית כאמור פוגע ברווח של החברה, ועלול להשפיע לרעה על הבונוס המשולם למנהליה. הסכמה לגישור המושגת בפגישת מהו"ת מונעת את האיתות האמור, ומקלה על הנתבע לשכנע את רואה החשבון המבקר שאין עדיין סיבה לבצע הפרשה בדוחות הכספיים בגין התביעה.

146 השור ל- Christine Jolls & Cass R. Sunstein, *Debiasing Through Law*, 35 J. LEGAL STUD. (2006) 199, 200-201, שם עומדים המחברים על ההבחנה שבין הסדרים חוקיים המיועדים למנוע כליל בחירה שאינה רציונלית (insulation solutions), לבין הסדרים חוקיים שמטרתם רק לאזן הטיות לא רציונליות (קרי debiasing). בענייננו, הכללים המשפטיים אינם כופים גישור, אלא מנסים לתקן את ההטיה הלא רציונלית של בעלי הדין להעדיף ניהול משפט על פני פשרה.

147 ס' 379 לחוק בתי המשפט; על שיקולים רלוונטיים, ראו מיכל אלברשטיין "יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת המשפט מעבר למחלוקת" **דין ודברים** יא 17 (התשע"ח).

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

הוראות דומות. הדבר מתמיה, שכן, כפי שראינו, ההליכים שונים מאוד זה מזה, ומנקודת מבט כלל-חברתית יש להליכי גישור יתרון מובהק על פני בוררות. כפי שראינו, הליכי גישור נותנים מענה לכשל השוק של עודף ליטיגציה מסחרית ופספוס פשרות יעילות בין הצדדים, בעוד שהעברת הסכסוך לבוררות איננה יכולה לסייע בכך. ברם, נראה כי אדישות התקנות להבחנה שבין גישור לבוררות היא למראית עין בלבד. על פי התקנות, מגשר המהו"ת חייב להיות מגשר בהכשרתו, בעל ניסיון משמעותי בהליכי גישור.¹⁴⁸ הלכה למעשה, מגשרי מהו"ת מציעים לצדדים לקיים בפניהם הליך של גישור והמקרים בהם לאחר פגישת מהו"ת מסכימים הצדדים להעביר את התביעה לבוררות הם נדירים.

לפי נתונים של יחידת הגישור בהנהלת בתי המשפט, שהוצגו לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת,¹⁴⁹ בשנת 2016, במסגרת פיילוט שנערך בבתי משפט השלום טרם חקיקת תקנות סדר הדין החדשות, מתוך התיקים בהם התייצבו הצדדים לפגישת מהו"ת, כ-46% מהתיקים הסכימו הצדדים להעביר את התיק לגישור, ומתוכם כשני שלישים הסתיימו בפשרה שהושגה בגישור. הגישורים ארכו בממוצע שלוש שעות בלבד. זאת ועוד, שביעות הרצון של המתדיינים מפגישת המהו"ת הייתה גבוהה. נכון לשנת 2014, 70% מהמשתתפים בפגישת מהו"ת ראו בה שיפור בשירות הניתן להם במערכת בתי המשפט, ו-75% מהם דיווחו כי יבחרו בעצמם או ימליצו למכריהם לפנות להליך גישור בסכסוך עתידי.

על פי נתונים עדכניים של יחידת הגישור,¹⁵⁰ בשנים 2018–2019 שיעור ההתייצבות לפגישת מהו"ת עמד על כ-70% מהתיקים, מתוכם כ-40% מהתיקים הוסכם על העברת התיק לגישור, וכ-60% מהתיקים שהועברו לגישור הסתיימו בפשרה. בשנת 2020, בשל מגפת הקורונה ששיבשה, בין היתר, את פעילותם של בתי המשפט, התייצבו הצדדים לפגישות מהו"ת רק כ-40% מהתיקים, אך כ-50% מתוכם הוסכם על גישור, ושיעור התיקים שהסתיימו בפשרה מוסכמת בגישור עלה ל-75%. באותן שנים, מספר התיקים שהועברו לאחר פגישת מהו"ת להכרעת בורר היה זניח.

תוצאות מרשימות אלה הושגו חרף העובדה שכיום, רמתם המקצועית של מגשרי המהו"ת אינה אחידה והפיקוח על עבודתם אינו הדוק. נסיון אנקדוטלי מלמד שחלק ממגשרי המהו"ת אינו מוסר לצדדים כראוי את מלוא המידע על יתרונות הגישור, ויתכן כי נוכחותם של עורכי הדין מקשה על המגשרים בהעברת חלק מהמסרים לאוזני הצדדים. למרות זאת, התמונה המצטיירת בסיכומו של דבר מבטיחה למדי. נראה כי רוב מגשרי המהו"ת עושים עבודתם נאמנה ומשכנעים את הצדדים להעביר את הסכסוך להליך של גישור, ולא לבוררות. ברוב המקרים שמגיעים לגישור לאחר פגישת מהו"ת, המגשרים

148 תקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים), התשע"ח-2017.

149 פרוטוקול ישיבה 388 של ועדת החוקה, חוק ומשפט הכנסת ה-20 (9.5.2017).

150 הנתונים התקבלו מיחידת הגישור ומצויים ברשות המחבר. תודתי לעו"ד נטלי לוי, ראש יחידת הגישור בהנהלת בתי המשפט על העברת הנתונים.

מצליחים ליישב את הסכסוך בהסכמת הצדדים, ומסייעים לצדדים להסכים על פשרה שאותה לא השכילו לגבש במשא ומתן הישיר ביניהם, ואשר עדיפה בעיניהם על פני ניהול המשפט.

ו. סיכום והמלצות

עמדנו על מאפייניו המיוחדים של הליך הגישור, ועל השוני המהותי הקיים בינו לבין הליך הבוררות, אף ששני ההליכים נחשבים דרכים אלטרנטיביות ליישוב הסכסוך. ניתוח כלכלי של המשפט לימד כי ככל שגדול הפער בין הערכות הצדדים לגבי תוחלת פסק הדין במשפט, וכן ככל שהעלויות המצרפיות של ניהול המשפט נתפשות בעיני הצדדים כנמוכות, כך תגדל נטיית הצדדים לניהול ההליך בבית המשפט ותקטן נטייתם לפשרות. ראינו שפערי מידע בין הצדדים, הטיות קוגניטיביות שמשפיעות על התובע ועל הנתבע בכיוונים מנוגדים ומערך התמריצים הפועל על עורכי הדין המייצגים, מחד גיסא, מגדילים את הפער שבין הערכות בעלי הדין בדבר תוחלת פסק הדין הצפוי, ומאידך גיסא, מקטינים את הערכתם המצרפית של בעלי הדין לגבי עלות ניהול המשפט. כתוצאה מכך נוצר כשל שוק המתבטא בהתדיינות יתר בבתי המשפט ובהחמצת פשרות יעילות. עוד נוכחנו כי בוררות בין הצדדים לא תפתור את כשל השוק, אך הליך גישור ביניהם עשוי להביאם לכדי פשרה יעילה, גם אם בעבר ניסו להשיגה בכוחות עצמם ללא הצלחה. עמדנו על הגבלת זכות הגישה לערכאות הגלומה בתקנות סדר הדין החדשות, אך הערכנו, כי חיוב הצדדים להתייצב לפגישת מהו"ת בנוכחות מגשר, בטרם יפתחו בפניהם שערי בית המשפט, מבטא דין רצוי, שמשפר את היעילות והרווחה מנקודת מבטם של הצדדים לסכסוך, כמו גם מפרספקטיבה כלל-חברתית.

ניתוח הדברים הדגיש את חשיבותה המיוחדת של פגישת המהו"ת כצומת קריטי בקבלת ההחלטות של הצדדים ובחיי התיק. הנתונים מלמדים שכאשר בעלי הדין ועורכי דינם מסכימים להצעת מגשר המהו"ת לנסות הליך של גישור, גדולים הסיכויים שהתיק יסגר בהסדר גישור, והצדדים, המגשר, מערכת בתי המשפט והחברה הישראלית כולה יצאו נשכרים.¹⁵¹ נראה כי הנהלת בתי המשפט יכולה לעשות יותר על מנת לסייע למגשרי המהו"ת "לשווק" באפקטיביות רבה יותר את הליך הגישור לבעלי הדין. כך לדוגמה, ניתן להכין דף מידע מרוכז ואינפורמטיבי בדבר יתרונות הליך הגישור, ולחייב את מגשרי המהו"ת להקריא אותו לבעלי הדין המגיעים לפגישת המהו"ת, ולמסור להם העתק ממנו.¹⁵² אפשרות אחרת, מתאימה אולי יותר לתקופתנו, היא הפקת סרט הדרכה קצר

151 למעט עורכי הדין העוסקים בתחום הליטיגציה, שכבוצה יפגעו מהירידה בביקוש המצרפי לשירותיהם.

152 דף מידע כזה עשוי לכלול גם את הנתונים על הצלחת הליכי הגישור בשנים הקודמות, אינפורגרפיקה מאירת עיניים שתקל על הפנמת המסרים וכיוצא באלו.

גשר צר מאוד? גישור כפתרון לכשל השוק של ליטיגציה מסחרית בבית המשפט

שיוקן למשתתפי פגישת המהו"ת. באמצעות תקשורת אודיו-ויזואלית מעניינת ואפקטיבית¹⁵³ תוכל הנהלת בתי המשפט להגדיל את ההסתברות לכך שנתוני האמת על הצלחת הליכי הגישור יופנמו בידי הצדדים, ואף תוכל לדייק ולשלוט טוב יותר במסר שמעבירים מגשרי מהו"ת לבעלי הדין בפגישת המהו"ת.¹⁵⁴ בסופו של יום, הגשר בין בעלי הדין הניצים בסכסוכים מסחריים איננו צר כפי שנדמה ממבט ראשון ומן הראוי לפעול על מנת להרחיבו. הרחבת השימוש בהליכי הגישור בסכסוכים מסחריים תשחרר מתדיינים רבים מעולו הכבד של הסכסוך במהירות רבה יותר; תקטין את חוסר היעילות הכרוך בהתדיינות המשפטית; ותאפשר למערכת בתי המשפט העמוסה לעייפה לרכז את משאביה במיעוט התיקים שאינם מתאימים לגישור. נראה כי הן ציבור המתדיינים והן מערכת בתי המשפט בשלים לשינוי תפישתי. "והעיקר והעיקר, לא לפחד, לא לפחד כלל".¹⁵⁵

- 153 לא בכדי חברות תעופה מובילות בוחרות להעביר לקהל הטסים את התכנים הקשורים לבטיחות הטיסה באמצעות הקרנת סרט הדרכה ולא על ידי הסבר של צוות הדיילים.
- 154 מובן שככל שהמגשר הוא מקצועי ומנוסה יותר, הצורך בעזרים טכניים הולך ופוחת, ומתן הסבר מקיף וממצה על "כללי המשחק" הופך להזדמנות פז עבור המגשר לרכוש את אמונם של הצדדים להליך ובאי כוחם.
- 155 רבי נחמן מברסלב.