

עורך הדין פותר הבעיות: שינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית

לימור זר-גוטמן וקרני פרלמן*

- א. מבוא
- ב. תמורות בשיטת המשפט
- (1) המעבר מהשיטה האדוורסרית לשיטה השיתופית
- (2) הליכים שיתופיים במשפט הישראלי
- א2. הליך הגישור (Mediation)
- ב2. הליך ישיבת המהו"ת (מידע, היכרות ותיאום) (Mandatory pre-mediation)
- ג2. הליך של "גירושין בשיתוף פעולה" (collaborative divorce)
- ד2. הליכי שפיטה הסדריים במשפט האזרחי בישראל
- ה2. סיכום קצר ועל הנעשה בלשכת עורכי הדין
- ג. תמורות אצל עורכי הדין
- (1) המעבר מעורך הדין האדוורסרי לעורך הדין פותר הבעיות
- (2) תפקיד עורך הדין בהליכים שיתופיים הנהוגים בישראל
- א2. תפקיד עורך הדין בעת ייצוג לקוח בהליך הגישור
- ב2. תפקיד עורך הדין בעת ייצוג לקוח בהליך המהו"ת
- ג2. תפקיד עורך הדין בניהול הליך של "משפט בשיתוף פעולה" (collaborative law)
- ד2. תפקיד עורך הדין בהליכי שפיטה הסדריים במשפט האזרחי בישראל
- ד. היתרונות הנובעים מפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה
- ה. השינוי הנדרש בהתנהגות ובכללי ההתנהגות של עורכי הדין
- ו. סיכום

* ד"ר לימור זר-גוטמן, מרצה בכירה, בית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; ראש המרכז לאתיקה ואחריות מקצועית של עורכי דין ע"ש דיויד וינר ז"ל. ד"ר קרני פרלמן, מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ובבית הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל; עו"ד ומגשרת; מכהנת זה שנים מספר כראש משלחת של סטודנטים מישראל לתחרות בין-לאומית העוסקת בייצוג משפטי בהליכי גישור בסכסוכים מסחריים.

א. מבוא

בשלהי המאה העשרים השתנה המשפט הנוהג בארצות שיטת המשפט האנגלו-אמריקנית והתמורות בו השפיעו על עיצוב הפרקטיקה המשפטית ועל תפקידו של עורך הדין בימינו. עיקר התמורות הנטענות הוא המעבר מתפיסה אדוורסרית שלטת, שבה הליך השפיטה האדוורסרי הוא ההליך העיקרי המוצע בשיטת המשפט לניהול ויישוב סכסוכים, לקידום שיטתי של תפיסה שיתופית לבירור סכסוכים, ולפריסת היצע של מגוון הליכים לניהול סכסוכים וליישובם.¹ בארצות-הברית מדובר בתופעה מרכזית והשינוי בשיטה ניכר וברור. בישראל מדובר בתופעה מהותית המתפתחת בצעדים מהירים. מאמרנו, הודן בתפקיד עורך הדין בשיטה המשתנה, מספק הזדמנות מיוחדת לבחון את השינוי בשלבי התהוותו, להבדיל מתיאור בדיעבד, ולראשונה ממקד את הדיון הישראלי בתופעה.

מהלך השינוי שהמאמר עוסק בו החל בתמורות בשיטת המשפט, ואלה הביאו לשינוי בפרקטיקה המשפטית של עורכי הדין, שהביאה בתורה לשינוי בתפקיד עורך הדין ובהתנהלותו המקצועית. בשלב האחרון של השינוי, משמע השינוי בתפקידו של עורך הדין ובהתנהלותו, מדובר בשינוי כה מהותי שהוא מגיע לתפיסתנו לכדי שינוי פרדיגמה לפי הגדרתו של תומאס קון.² נציין שבישראל השינוי בהתנהלות עורכי הדין עדיין מתהווה, אך מתוך התבוננות בנעשה במדינות אחרות שעברו את השינוי אין לנו ספק שהפרדיגמה החדשה של התנהלות עורכי הדין תקנה לה אחיזה מרכזית בעשור הקרוב גם בישראל.

בתרבות המערבית הדימוי השכיח של עורך הדין הוא של מי שמייצג את לקוחו לפי גישה אדוורסרית ומרב מאמציו בייצוגו מתרכזים בהופעה באולם בית המשפט. המציאות המשפטית של תחילת המאה העשרים ואחת מראה כי דימוי זה (אף כי מעולם לא היה מדויק) אינו משקף נכונה את המצב הנוהג. רבים מעורכי הדין

¹ על התפיסה השיתופית המכונה גם גישת הצדק שאינו אדוורסרי ועל תנועות רעיוניות-מעשיות המיישמות את עיקריה, ראו: MICHAEL KING, ARIE FREIBERG, BECKY BATAGOL & ROSS, HYAMS, NON-ADVERSARIAL JUSTICE (The Federation Press, 2009).

² תומאס ס. קון **המבנה של מהפכות מדעיות** (יהודה מלצר מתרגם, 1962). קון מתאר את האופן שבו מהפכות מדעיות ושינוי פרדיגמה נוצרים, לא כתהליך מהיר וחד אלא בדרך של עלייה והתפתחות הדרגתית של תיאוריה חדשה. התיאוריה החדשה מעוררת תחילה התנגדות חזקה ומסווגת כחריגה, אך מחוללת מאבק בפרדיגמה הקודמת. המאבק מביא למשבר שמסתיים בעליית הפרדיגמה החדשה עד שעולה פרדיגמה חדשה וחוזר חלילה. באחרית הדבר לספר, שהוספה שבע שנים לאחר פרסומו הראשון, קון מגדיר "פרדיגמה" כאחד משני מובנים: הראשון, מכלול שלם של דעות, ערכים, טכניקות וכולי שחברי קהילה ידועה שותפים להם. השני, הכללים המפורשים המשמשים לפתרון חידה מדעית. ראו שם, בעמ' 139. מאמר זה משתמש במונח "פרדיגמה" במובנו הראשון, הסוציולוגי.

חושבים שעדיף ללקוחותיהם ליישב מחלוקות מחוץ לכותלי בית המשפט.³ יתר על כן, הנתונים המספריים מראים שלפחות 95% מכלל התובענות המוגשות לבתי המשפט בארצות-הברית ובישראל אינן מסתיימות במתן פסק דין מפורט ומנומק בעקבות ניהול הליך שפיטה אדוורסרי רב-שלבי.⁴ משמע, הרוב המוחלט של הסכסוכים המובאים כיום לטיפול של מערכת בתי המשפט מתברר ומיושב בדרך אחרת, חלופית להליך השפיטה האדוורסרי הקלסי. דרך חלופית זו כוללת מגוון מנגנונים לניהול סכסוכים, הפועלים בין כותלי בית המשפט ומחוץ לו, ובבסיסם מונחת גישה אחרת ליישוב סכסוכים. גישה זו היא גישה שיתופית המתמקדת בשיח של אינטרסים ופתרון בעיות פרגמטי.

שינוי זה בשיטת המשפט בארצות המשפט האנגלו-אמריקני, לרבות ישראל, הוגדר לא אחת בשם "מהפכה"⁵ או בתור "השינוי העמוק ביותר בתורת המשפט בהיסטוריה של ארצות-הברית".⁶ התעצמותה של הגישה השיתופית לניהול סכסוכים ויישובם, ויישומה המקיף במערכת בתי המשפט, הביאו למהפך של ממש בפרדיגמת ההתנהלות המקצועית של עורכי הדין. כשם שתיאר תומאס קון, המהפך לא התרחש בן לילה אלא מתפתח בהדרגה.⁷ השלב הנוכחי הוא של שתי פרדיגמות המתקיימות יחדיו בד בבד, ולפיכך כיום עורך הדין פועל במערכת משפט ששתי גישות נבדלות לניהול סכסוכים ויישובם ננקטות בה. האחת היא הגישה האדוורסרית, שהליך השפיטה האדוורסרי הקלסי הוא מייצגה המובהק. השנייה היא הגישה השיתופית, המתבטאת בהליכי שפיטה שיתופיים מגוונים או בהליכים שיתופיים חלופיים לשפיטה כגון הליך הגישור.

מאמר זה מבקש להתמקד באחת מנגזרותיו החשובות של המעבר הנטען והוא השינוי המהותי שחל בתוכני תפקידו של עורך הדין בשיטת המשפט. בשל הרצון

³ John Lande, *Developing Better Lawyers and Lawyering Practices: Introduction to the Symposium on Innovative Models of Lawyering*, J. DISP. RESOL. 1 (2008)

⁴ על הנתונים בארצות-הברית, ראו: Frank A. Sander and Lukasz Rozdeiczer, *Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2006); Peggy F. Hora and Theodore Stalcup, *Drug Treatment Courts in the Twenty-first Century: The Evolution of the Revolution in Problem-Solving Courts*, 42 GA. L. REV. 717 (2008). על הנתונים בישראל, ראו: הוועדה לבדיקת מבנה מחלקת ניהול שיפוטי **דוח הוועדה** 6 נספח ב' (1999) (להלן: "דוח ועדת רביבי").

⁵ "מן הראוי הוא ששינוי חברתי זה – "מהפכת הגישור" – ימצה את מלוא הפוטנציאל שלו", אהרן ברק "על הגישור" **שערי משפט** ג(1), 9, 11 (תשס"ב) (להלן: "ברק" על הגישור").

⁶ William G. Young, *An Open Letter to U.S. District Judges*, THE FEDERAL LAWYER 1 (2003); Nathan L. Hecht, *Judge and Jury Symposium: The Vanishing Civil Jury Trial: Trends in Texas Courts and an Uncertain Future*, 47 S. TEX. L. REV. 163 (2005).

⁷ קון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 50.

לשלב בין ידע תיאורטי לכלים מעשיים, יתמקד המאמר בשינוי תפקידו של עורך הדין בשיטת המשפט הישראלית.⁸ המאמר יתאר את השינוי שהחל בפרדיגמה המקצועית של עורכי הדין בישראל ויבקש לבחון את השינוי המתבקש בעקבות זאת בכללי האתיקה המקצועית בארץ.

הפרק השני יתמקד בתמורות בשיטת המשפט. חלקו הראשון יציג את המעבר מהשיטה האדוורסרית לשיטת המשפט השיתופית. חלקו השני של הפרק יתמקד במשפט הישראלי ויציג בפירוט ארבעה הליכים שיתופיים הנהוגים במשפט זה כיום – הליך הגישור, הליך המהו"ת (מידע, היכרות ותיאום), הליך של משפט בשיתוף פעולה והליכי שפיטה מכווני יצירת הסדרים במשפט האזרחי. הפרק השלישי יתמקד בתמורות שחלו אצל עורכי הדין. חלקו הראשון של הפרק יציג את המעבר מעורך הדין האדוורסרי לעורך הדין השיתופי. חלקו השני של הפרק יציג בפירוט את תפקידי עורך הדין בכל אחד מארבעת ההליכים השיתופיים האמורים. הפרק הרביעי יעסוק ביתרונות השינוי בפרדיגמת ההתנהלות המקצועית. מדובר ביתרונות לחברה, לפרופסיה, לעורך הדין וללקוחות. הפרק החמישי ינתח את השינויים המהותיים הנדרשים בהתנהגות עורכי הדין ובהסדרה של התנהגותם בחוק, כמתבקש מהפרדיגמה החדשה של עורך הדין השיתופי. המאמר מתמקד בשני שינויים רוחביים ומהותיים הנוגעים לחובות כלפי הלקוח ולחובות כלפי הצד שכנגד. סיכום הסוגיה ייעשה בפרק השישי.

ב. תמורות בשיטת המשפט

(1) המעבר מהשיטה האדוורסרית לשיטה השיתופית

בשלהי המאה העשרים חלו תמורות מהותיות בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית. עיקרן של התמורות הנוטעות הוא המעבר מתפיסה אדוורסרית שלטת לקידום תפיסה שיתופית לבירור סכסוכים. הדבר בא לידי ביטוי מובהק במעבר משיטה שבה הליך השפיטה האדוורסרי הוא ההליך העיקרי (וכמעט הבלבדי) המוצע במערכת בתי המשפט לניהול סכסוכים בתובענות שהוגשו וליישובם, לשיטה המציעה מגוון הליכים. רבים מהליכים אלה מבוססים על גישה המצמצמת את רמת האדוורסריות

⁸ על השינוי הנגזר בתפקידו של השופט בשיטת המשפט, ראו: קרני פרלמן **השופט/ת החדש/ה?** – תמורות ואתגרים בתפקיד השיפוטי בראשית המאה ה-21, לאור תנועת ה-ADR (Alternative Dispute Resolution) – יישוב סכסוכים חלופי ותנועת ה-Therapeutic Jurisprudence – תורת המשפט הטיפולי (עבודת מחקר לקראת תואר "דוקטור במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2009) (להלן: "קרני פרלמן השופט/ת החדש/ה? – תמורות ואתגרים").

ומעצימה גישה שיתופית לניהול הסכסוך ואיתור פתרוננו. הגישה השיתופית גורסת שלכל סכסוך יש כמה רבדים הראויים לבחינה ולהתייחסות. העמדות, הנטענות בסכסוך משפטי בשפה של זכויות וחובות ומפורטות בכתבי הטענות, נמצאות ברובד הגלוי. ברובד העמוק יותר מצויים האינטרסים של הצדדים, הצרכים שלהם, רגשותיהם ורצונותיהם. הרובד העמוק מהווה את הבסיס לרובד העליון. יישוב סכסוך איכותי ויעיל מצריך בירור של הרובד העמוק יותר, וגיבוש פתרון ההולם את מרב הצרכים והאינטרסים של שני הצדדים. נקודת המוצא של גישה זו היא שצרכים ואינטרסים של צדדים למחלוקת הם לא בהכרח מנוגדים אלא עשויים להיות משלימים או משותפים.

משנות השמונים של המאה העשרים ואילך החלה להתפתח בארצות-הברית מגמה הקוראת לניהול סכסוכים ויישובם בגישה שיתופית, הממוקדת בפתרון בעיות.⁹ כמה גורמים הביאו למגמה זו.

גורם אחד הוא התפתחותה של תורה רב-תחומית לניהול ויישוב סכסוכים. תורת יישוב סכסוכים זו עמדה על יתרונותיהם של התנהלות משתפת ויישוב סכסוכים בהסכמה, והעלתה תימוכין לכך מכמה דיסציפלינות.¹⁰ הגורם השני הוא חוסר שביעות רצון מהמצב אשר נהג במערכת בתי המשפט בארצות-הברית. מערכת בתי המשפט האמריקנית ספגה ביקורת על התנהלותה ותוארו בעיות המאפיינות אותה. על בעיות אילו נמנו עומס רב, נטל הוצאות גבוה במיוחד המוטל על ציבור המתדיינים, פגיעה בנגישות למערכת המשפט, אי-קבלת מענה יעיל בזמן סביר ועוד.¹¹ ניתן היה לקשור בין הכשלים של המערכת לבין התנהלותה בדרך אדוורסרית. הגורם השלישי הוא התגבשות תנועת ה-ADR – Alternative/Adequate Dispute Resolution, תנועת יישוב סכסוכים הולם/חלופי (להלן: תנועת יישוב סכסוכים הולם). תנועת יישוב סכסוכים הולם דוגלת בהיצע של מגוון הליכים לניהול סכסוכים ויישובם לצד ההליך האדוורסרי. התנועה פיתחה והרחיבה את השיח הביקורתי על הגישה האדוורסרית וגיבשה כלים מעשיים לכדי חלופה ישימה של גישה שיתופית במשפט. כל זאת באמצעות פיתוח הליכים מגוונים מעשיים לכירור סכסוכים בגישה

זו,¹²

⁹ ראו לדוגמה: Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA LAW REV. 754 (1984); ROGER FISHER, WILLIAM URY & BRUCE PATTON, *GETTING TO YES: HOW TO NEGOTIATE AGREEMENTS WITHOUT GIVING IN* (2nd ed. 1991).

¹⁰ Carrie Menkel-Meadow, *Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR*, 16. OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1 (2000).

¹¹ A. LEO LEVIN & RUSSELL R. WHEELER, *THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE* (1979).

¹² CARRIE J. MENKEL-MEADOW, LELA PORTER LOVE, ANDREA KUPFER SCHNEIDER &

עם פיתוחן של תורות משפט רעיוניות-מעשיות נוספות, התרחבה המגמה הקוראת לניהול סכסוכים ויישובם בגישה שיתופית הממוקדת בפתרון בעיות פרגמטי.¹³ הרחבה זו הביאה לפיתוחו של משפט שיתופי מקיף הנוהג כיום בכל ארצות המשפט האנגלו-אמריקניות, לרבות בישראל.¹⁴ כפי שיפורט להלן, המשפט השיתופי בא לידי ביטוי מובהק בהליכים אשר המחלוקת המתבררת בהם אינה מטופלת בשיטה האדוורסרית, אלא באמצעות חתירה לגיבוש הסכמות, להבדיל מקבלת הכרעה כפויה לשם יישוב הסכסוך.

ביסוד הציוד בהליכים אלה טמונה הטענה שפעמים רבות ההתנהלות האדוורסרית אינה יעילה והיא אף מזיקה. התנהלות זו מטפחת התנצחות שלא לצורך, מקצינה עמדות ומעוררת תופעות שליליות נוספות אשר אינן מקדמות פתרון איכותי ויעיל לסכסוך.¹⁵ התנהלות אדוורסרית נחשבת לעוסקת ברובד צר של הסכסוך, כאמור הרובד הגלוי של כתבי הטענות, ואינה עוסקת ברובדי הסכסוך העמוקים העומדים בורשו. לפיכך הפתרון המושג בהתנהלות האדוורסרית הוא פתרון כפוי, היוצר מראית עין של צד "מנצח" וצד "מפסיד" ולעתים קרובות זהו פתרון נקודתי בלבד, שטחי ולא יציב.¹⁶ פתרון זה אינו נותן מענה הולם לצרכים ולאינטרסים של המתדיין, גם אם הוא נחזה לצד המנצח. לעומת זאת, התנהלות

JEAN R. STERNLIGHT, DISPUTE RESOLUTION BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL (2005); STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK E.A. SANDER & NANCY H. ROGERS, DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION AND OTHER PROCESSES (2nd ed. 1992); TANYA SOURDIN, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN AUSTRALIA (2002); מיכל אלברשטין **תורת הגישור** 74-106 (2007).

¹³ כגון תורת משפט טיפולי – Therapeutic Jurisprudence, משפט מניעתי – Preventing Law ונוספות; Susan Swaim Daicoff, *Law as a Healing Profession: The Comprehensive Law Movement*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 1 (2005).

¹⁴ KING, לעיל ה"ש 1.

¹⁵ David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Culture of Critique*, 10 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 263 (1999); Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WM. & MARY L. REV. 5 (1996).

¹⁶ תימוכין מעניינים במיוחד לענייננו יש לדוגמה בתזכיר הצעת חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של הסכסוך), התשס"ו-2006. הצעת החוק מבקשת לקבוע הליך מחייב של הגשת בקשה ליישוב סכסוך והפנייתו לבירור בדרך שיתופית לפני הגשת כתב טענות אדוורסרי בתובענה בענייני משפחה. דברי ההסבר למוצע, בעמ' 2, מבהירים כי "[...] הניסיון מלמד כי גם לאחר ההכרעה השיפוטית, חוזרים צדדים שניהלו ביניהם מאבקים משפטיים אל הערכאות השיפוטיות השונות, בשל הפרת הסדרים שנקבעו על ידי השופט, הקאדי או הדיין בניגוד לרצון אחד הצדדים". זמין ב- www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/51D2B374-F75A-46B9-98D7-D7B4FC97D819/0/%20sichsocey_mishpacha.pdf (נבדק לאחרונה ב- 21.7.2013).

שיתופית מאפשרת לעסוק בבעיה עצמה, לאתר אינטרסים משותפים לצדדים ולסייע במציאת פתרון העשוי להיטיב עם שניהם. פתרון פרי הסכם, שיש בו מענה למרב הצרכים והאינטרסים של הצדדים, הוא פתרון יציב המאפשר שיתוף פעולה בעתיד ותורם לרווחת הפרט.¹⁷ התנהלות שיתופית מאפשרת לצדדים לקבל אחריות לסכסוך ולפתורנו, מקדמת שיח מוסרי של פיתוח נורמות חברתיות וקשרים אנושיים, מביאה לידי מיצוי ערכים של דמוקרטיה והיא איכותית ויעילה.¹⁸

(2) הליכים שיתופיים במשפט הישראלי

הטמעתה של הגישה השיתופית לניהול ויישוב סכסוכים בולטת בשיטת המשפט בישראל בכמה תחומים, ובהם הצעתם של הליכים שיתופיים בשיטה. ההליך השיתופי המרכזי הרווח בארץ הוא הליך הגישור. בשנת 2006 פרסמה ועדת רובינשטיין את מסקנותיה בדבר הצעת דרכים להגברת השימוש בהליך הגישור במערכת בתי המשפט. הוועדה המליצה לקיים ישיבת קדם-גישור חובה בתיקים אזרחיים בבתי משפט שלום בתנאים מסוימים שפורטו שם.¹⁹ ההמלצה הביאה ליצירת הליך ייחודי ישראלי של קיום ישיבת המהו"ת (מידע, היכרות ותיאום). הליך זה עוגן בדין ומתקיים זו השנה החמישית.²⁰ בשל חשיבות ההליך והשיקולים הייחודיים הנדרשים לייצוג לקוח במסגרתו, נייחד במאמרנו דיון נפרד לישיבת המהו"ת. הליך נוסף שיתואר להלן הוא הליך ה"גירושין בשיתוף פעולה", אשר השימוש בו בסכסוכי משפחה הולך ומתרחב. כן נציין בקצרה התנהלות שיפוטית המכוונת ליצירת הסכמות והסדרים בבתי המשפט בארץ ונכנה אותה בשם כולל "שפיטה הסדרית". כדי שלא להרחיב את היריעה יתר על המידה נצמצם את דיוננו לשפיטה הסדרית רווחת בדין האזרחי בלבד.

¹⁷ קרני פרלמן "פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה" המשפט 529, 525 (2011) (להלן: "פרלמן, פרספקטיבה מגדרית").

¹⁸ Nancy A. Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation in a Democratic Justice System*, 5 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 117 (2004); Carrie Menkel-Meadow, *When Winning isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver*, 28 HOFSTRA L. REV. 905 (2000).

¹⁹ **דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט**, 28 (2006) (להלן: דוח ועדת רובינשטיין). לדוח הוועדה, ראו: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/A51934AE- C5C0-4D3E-A677-DEF7BB57C865/5624/dinveheshbon.pdf (נבדק לאחרונה ב- 21.7.2013).

²⁰ "פגישת מהו"ת לבחינת האפשרות ליישוב התובענה בגישור", תק' 99א-יא לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 1373 (להלן: "תקנות הגישור").

א2. הליך הגישור (Mediation)

הליך הגישור הוצע בשלהי המאה העשרים לניהול ויישוב סכסוכים, הוא עשוי להתנהל בכמה מודלים החולקים מאפייני יסוד אחדים. לפי מאפיינים אלה, צד שלישי, שאינו בעל סמכות הכרעה, מנהל בהסכמת הצדדים הליך שיתופי של בירור הסכסוך שביניהם.²¹ ישנם כיום שלושה מודלים עיקריים של הליך גישור והרווח ביותר הוא מודל הגישור הפרגמטי.²²

מודל הגישור הפרגמטי, אשר הוצע בארה"ב בראשית שנות השמונים על ידי פישר ווירי,²³ מבקש לשנות את הגישה לניהול סכסוך ויישובו. השינוי המתבקש הוא המרת כללי ההתנהלות המאפיינים הליך אדוורסרי בכללי התנהלות שיתופיים הממוקדים בפתרון בעיות מעשי. הקריאה היא שלא להתמקד עוד בשיח של זכויות ובהשמעת עמדות מתנצחות, המיועדים לשכנע צד שלישי בעל יכולת הכרעה בסכסוך לבטל ולדחות את גרסת היריב, אלא להתמקד בחשיפת צורכי הצדדים והאינטרסים שלהם ובאיתור פתרון הולם המוסכם על הצדדים. פתרון זה יענה על מרב הצרכים והאינטרסים של שני הצדדים לסכסוך במציאות הנתונה.

למודל הפרגמטי ארבעה עקרונות המסייעים לשינוי דרך החשיבה וההתנהלות בכיוון הרצוי. העיקרון הראשון קובע שיש להתמקד בבעיה המונחת בלב הסכסוך ולא בהטלת דופי באנשים המעורבים בו ("הפרד את האנשים מן הבעיה"). העיקרון השני קובע שיש להתמקד בבחינת הרצונות, האינטרסים והצרכים של הצדדים הרלוונטיים לסכסוך ולא בהשמעה חוזרת של טיעונים משפטיים שעניינם זכויות וחובות ושכבר פורטו בכתבי הטענות ("התמקד באינטרסים ולא בעמדות"). העיקרון השלישי קובע שיש לבחון פתרונות אפשריים שיש בהם כדי להביא תועלת ורווח לשני הצדדים ("המצא אופציות לרווח הדדי"). העיקרון הרביעי קובע שיש להסתייע בקריטריונים אובייקטיביים לבחינת ישימותו של הפתרון, כגון הישענות על מחירונים מקובלים ("תבע קריטריונים אובייקטיביים").²⁴

המודל הפרגמטי מבקש למעשה להפוך את הצדדים היריבים לצוות משא ומתן משותף המתכנס לשם טיפול ענייני, ממוקד ויעיל בסכסוך עד לפתרונו. בהשוואה, להליך השפיטה הקלסי, הליך הגישור הפרגמטי מתאפיין בפורמליות פחותה,

²¹ פרלמן, פרספקטיבה מגדרית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 534; Michal Alberstein, *Forms of*; 22 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. *Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution*, 22 (2007) 321.

²² שלושת המודלים הם המודל הפרגמטי, המודל הטרנספורמטיבי והמודל הנרטיבי. על המודלים, ראו: KIMBERLEE K. KOVACH, *MEDIATION: PRINCIPLES AND PRACTICE* (1st ed. 1994); אלברשטין **תורת הגישור**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 238-303.

²³ FISHER et al, *GETTING TO YES*, לעיל ה"ש 9.

²⁴ שם.

באפשרות לקיים ישיבות נפרדות של כל צד עם המגשר, בהשתתפות פעילה של הלקוח (ולא רק של בא כוחו) וביכולת לשתף אנשים הרלוונטיים ליישוב הסכסוך גם אם אינם צדדים לו לפי כתבי הטענות (למשל בני משפחה).

הליך הגישור הפרגמטי נהנה מיתרונות רבים וביניהם: הוא חסוי;²⁵ אפשר לנהלו בזמן קצר ובעלות נמוכה בהשוואה לניהול סכסוך בדרך של התדיינות בבית המשפט; הוא נותן שליטה לצדדים בגיבוש התוצאה;²⁶ הוא מאפשר גיבוש פתרון יצירתי ונרחב מהסעדים שניתן לקבל בהליך שפיטה;²⁷ הוא נותן הזדמנות לביטוי עצמי,²⁸ לשיח של רגשות ולהשגת תוצאה המאפשרת המשך שיתוף פעולה הדדי²⁹ ועוד.³⁰

יתרונותיו של הליך הגישור הביאו לשילובו בשיטת המשפט ככל ארצות המשפט האנגלו-אמריקני ולהטמעתו במערכות בתי המשפט שם. יתר על כן, רבות מארצות אלה קבעו חובת השתתפות בהליך גישור במקרים מסוימים כתנאי מקדמי להליך שפיטה בתיק.³¹

הליך הגישור שולב בדין הישראלי לפני עשרים שנה ומאז הפך לכלי מקובל לניהול סכסוכים ויישובם.³² כיום סכסוכים מועברים לבירור בדרך של גישור בכמה

²⁵ החיסיון נותן יתרון למתדיינים בנושאים רבים. בגישורים מסחריים החיסיון מאפשר שמירה על מידע עסקי רלוונטי כגון רשימת ספקים ומצבה הפיננסי של חברה. בגישורי משפחה נשמרים פרטים אינטימיים של בני זוג, מצבם הרגשי של ילדים ועוד. על החיסיון בהליך הגישור במשפט הישראלי, ראו: תקנה 5 לתקנות הגישור, לעיל ה"ש 20; לימור זר-גוטמן "הבטחת סודיות במסגרת הליך גישור" **שערי משפט** ג 165 (תשס"ב); רונית זמיר, החיסיון בין מגשר לבין צדדים לגישור, ספר אורי קיטאי, 58 תשס"ח; קרני פרלמן "החיסיון בגישור", **עט לבוררות וגישור** 5 (2006).

²⁶ לדוגמה, באפשרות לקבוע לא רק את הסכום לתשלום אלא גם סדרי פריסת תשלומים.
²⁷ לדוגמה, מתן המלצה, מסירת התנצלות וניסוחה המדויק, ועזרה במציאת מקום עבודה חלופי.
²⁸ "מתן קול", שמיעת סיפור הסכסוך מפי המתדיין ובשפתו, שלא דרך כלי שני, בא כוחו. עניין זה חשוב מאוד לעיצוב תפיסת הוגנות ההליך בעיני המתדיין. ראו: קרני פרלמן "תפקיד השופט התרפויטי והתייחסותו לרעיונות מאסכולת הנאליזם המשפטי" **מחקרי משפט** כו(2) 415 (2010) (להלן: "**פרלמן, השופט התרפויטי**").

²⁹ תוצאת הגישור אינה מקבעת יחסים נחזים של "מנצח" ו"מפסיד" ומאפשרת אפוא, גם רגשית וגם מעשית, המשך ניהול מערכת יחסים תקינה בין המתדיינים, לעתים תוך קביעה פרטנית של דרך המשך.

³⁰ להליך יש כמובן גם חסרונות כגון אי-יכולת להוציא צווים במקרה הצורך, ואי-יכולת לקבוע תקדים מחייב.

³¹ Robert K. Wise, *Mediation in Texas: Can the Judge Really Make Me Do That?* 47 S. TEX. L. REV. 849 (2006); Wayne D. Brazil, *Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns*, 14 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 715 (1998); Judy Gutman, *Litigation as a Measure of Last Resort: Opportunities and Challenges for Legal Practitioners with the Rise of ADR*, 14 LEGAL ETHICS I (2011).

³² סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; תקנות הגישור; על הטמעת הליך

נתיבים. דרך אחת היא פנייה להליך גישור בעקבות המלצה של שופטים לצדדים לנסות לברר את התיק שלפניהם בדרך של גישור. הפניה כזאת מוצעת בכל הערכאות המשפטיות (שלום, מחוזי, עליון) ובכל מערכת בתי המשפט בישראל, לרבות בתי הדין לעבודה ובבתי דין נוספים. דרך שנייה המביאה להליך גישור היא בחירה ישירה של הצדדים או באי כוחם לנהל את הסכסוך שהם נתונים בו בדרך זו. חשוב לציין שבחירה זו נעשית לעתים לאחר פתיחת תובענה בבית המשפט, ולעתים – לפני פתיחתה.

דרך נוספת המביאה להליך גישור היא קבלת המלצות הניתנות לצדדים למחלוקת על ידי נושאי תפקידים במערכות ציבוריות לרבות מערכות חוץ משפטיות כגון משטרת ישראל ורשם המקרקעין. ולבסוף, דרך מרכזית להפניית סכסוכים לביור בדרך של גישור מקובלת בארץ זה כחמש שנים בעקבות ניהול הליכי המהו"ת אשר יתוארו להלן.³³

ב2. הליך ישיבת המהו"ת – מידע, היכרות ותיאום (Mandatory Pre-Mediation)

מסקנות ועדת רובינשטיין, שהוזכרה לעיל, הפכו לדבר חקיקה בהוספת פרק ז' לתקנות סדר הדין האזרחי, "פגישת מהו"ת לבחינת האפשרות ליישוב התובענה בגישור".³⁴ זה כחמש שנים תכנית המהו"ת מיושמת בארץ ותיקים אזרחיים, ששווי התביעה בהם עולה על סך מינימלי שנקבע בכללי התוכנית, נשלחים לישיבת מהו"ת המתנהלת לפני מגשרים שנבחרו לתפקידם בכמה מרכזים שערך משרד המשפטים.

הגישור והתמסדותו בשיטת המשפט הישראלית, ראו גם: אלברשטיין **תורת הגישור**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 99-100.

³³ נתונים מדויקים על מספר הסכסוכים המתבררים כל שנה בהליך גישור אינם ניתנים לאיתור מכמה סיבות. ראשית, אין מנגנון העוקב אחר כלל הסכסוכים או התובענות המועברים להליך גישור במערכת בתי המשפט או מחוץ להם. בארץ יש כיום מרכזי גישור קהילתיים רבים, מרכזי גישור פרטיים ומרכזי גישור בחסות תכניות אקדמיות להוראת ניהול סכסוכים ויישובם ואין מעקב מסודר על מספר הסכסוכים המתבררים במסגרתם. שנית, כלי הערכה המתבסס על מספר ההסדרים שקיבלו תוקף של פסק דין בבית המשפט גם הוא בעייתי ואינו ממצה. ישנם תיקים רבים שבהם הצדדים מגיעים להסדר אך בוחרים משלל סיבות שלא להגישו לקבלת תוקף של פסק דין (לעתים ניתן ללמוד על קיומו של הליך גישור בתיק ועל גיבוש הסדר במסגרתו היות שהם מאוזכרים בבקשה לדחייה מוסכמת של התובענה). ישנם תיקים המתבררים בהליך גישור גם בלא שנפתחה בעניינם תובענה. הסדר בתיקים אלה יכול לקבל תוקף של פסק דין מכוח הדין (סעיף 79ג(ח) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). אך לעתים מתגבשת הסכמה ונחתם הסדר גישור אשר אינו מוגש כלל לבית המשפט. גם על תיקים שבהם התנהל הליך גישור אשר הסתיים בהסדר גישור שקיבל תוקף של פסק דין אין נתונים ברורים. מערכת בתי המשפט אינה מציינת נתונים אלו בבירור ונתוני תכנית המהו"ת (המציינים אלפי תיקים אשר התבררו בהליך גישור) משקפים תמונה חלקית בלבד של הנעשה.

³⁴ תק' 99א-יא לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 1373.

ישיבת המהו"ת מתקיימת מחוץ לכותלי בית המשפט, במשרדו של המגשר שאליו הופנה התיק. הישיבה מוקדשת למסירת מידע על הליך הגישור, עריכת היכרות בין הצדדים ובניסן לבין המגשר, ותיאום ציפיות או תיאום מועד לניהול הליך גישור. ההליך מיועד לבחינה משותפת עם המתדיינים של התאמה אפשרית לבירור הסכסוך בדרך של גישור. הבחירה לנהל הליך גישור בתיק נותרת בידי הצדדים. בעלי הדין, להבדיל מבאי כוחם, חייבים להתייצב לישיבת המהו"ת.³⁵ עם זאת, רובן המוחלט של ישיבות המהו"ת מתקיימות בפועל בהשתתפותם של עורכי הדין המייצגים את לקוחותיהם בתיק. נוכחותם של עורכי הדין בישיבת המהו"ת, המהווה ישיבת קדם-גישור חובה (Mandatory Pre-Mediation), היא חלק חשוב מהליווי המקצועי בתיק. כאשר ההשתתפות בהליך הגישור אינה בגדר חובה, תפקידו של עורך הדין מתחיל למעשה כבר בשאלת הבחירה וההמלצה ללקוח אם לנסות לברר את הסכסוך בדרך של גישור.

תכנית המהו"ת יושמה תחילה בבתי משפט השלום בתל-אביב-יפו, ראשון-לציון וירושלים. במרוצת השנים הורחב יישומה וכיום לדוגמה גם כל בתי משפט השלום במחוז המרכז פועלים על פיה. תכנית המהו"ת מלווה בתכנית מחקר והערכה מטעם הנהלת בתי המשפט וזו בוחנת את הצלחתה מהיבט כמותי (מספר התיקים המתבררים בהליך גישור, מספר ההסדרים המושגים וכדומה) ומהיבט איכותי של שביעות רצון המתדיינים, עורכי הדין והמגשרים.³⁶

ג2. הליך של "גירושין בשיתוף פעולה" (Collaborative Divorce)

הליך ניהול סכסוכים שיתופי נוסף הנוהג כיום בכל ארצות המשפט האנגלו-אמריקני הינו הליך המכונה "משפט בשיתוף פעולה" (Collaborative Law). הליך זה התפתח בתחום סכסוכי הגירושין ומכונה לפיכך בהתאמה הליך של גירושין בשיתוף פעולה (Collaborative Divorce). ההליך מיושם בעיקר בסכסוכי גירושין אך דפוסיו מיושמים גם בסכסוכים אזרחיים מסוגים נוספים, לרבות עבודה, רשלנות רפואית

³⁵ תק' 1999 (א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 1373: "לפגישת מהו"ת יתייצבו בעלי הדין עצמם, ורשאים הם להתייצב עם עורכי דינם".

³⁶ נתוני תכנית המחקר וההערכה המלווים את תכנית המהו"ת מצביעים על ניהול של כמה אלפי תיקים עד כה בהליך זה. מתוך כלל התיקים שבהם התקיים הליך המהו"ת, בכ- 50% התקבלה הסכמת הצדדים לניהול הליך גישור בתובענה, ומתוך תיקים אלו אשר התבררו בהליך גישור הושגו הסדרי גישור במחציתם. משמע, רבע מכלל התיקים המופנים בארץ להליך גישור בעקבות ישיבת המהו"ת מסתיימים בהסדר. כמו כן, יותר מ-75% מהמשתתפים בהליכים (עורכי הדין, הצדדים והמגשרים) הביעו שביעות רצון גבוהה מאוד מקיום ההליך. הנתונים הוצגו על ידי עורכת הדין נטלי לוי, הממונה על התכנית להתנסות מודרכת בגישור במשרד המשפטים, בכנס **גישור ובתי המשפט – על הסדרה והסדרים חדשים**, אוניברסיטת בר-אילן, 11.1.2010.

וסכסוכי ירושה.³⁷

הליך של גירושין בשיתוף פעולה מתאפיין בניהול משא ומתן שיתופי המתקיים במבנה ובכללים שיתוארו להלן. כל אחד מבני הזוג בוחר עורך דין האמון על ביצוע הליך זה. נדרשת הכשרה מיוחדת של עורכי הדין כדי לקיימו בצורה מקצועית ראויה.³⁸ עורכי הדין מסייעים לבני הזוג לבחור כמה יועצים רלוונטיים הנדרשים לפי מהות הסכסוך לקידום דיון ענייני ואיכותי ביישובו. עם יועצים אלה עשויים להימנות פסיכולוג ילדים, יועץ פיננסי, יועץ לניהול משברים ועוד. היועצים יכולים לתת שירות פרטני רק לאחד מן הצדדים, שירות פרטני לכל אחד מהם, או שירות משותף לשניהם. היועצים הנבחרים משתתפים בהליך ובגיבוש הצעות לפתרון מוסכם. בין עורכי הדין, בני הזוג וצוות היועצים הנזכר נחתם הסכם לקיום ההליך. ההסכם מצהיר על התחייבות הדדית למצות הליך של משא ומתן שיתופי במטרה לגבש הסדר לסיום המחלוקת. להבטחת התנהלות שיתופית יעילה כלול בהסכם סעיף של "הימנעות מייצוג". סעיף זה קובע שבמקרה של הפסקת ההליך על ידי אחד הצדדים, או במקרה שבו לא הושג הסדר מוסכם, עורכי הדין והצוות המייעץ מתפטרים מתפקידם כמייצגי הלקוחות והם אינם רשאים לייצג את לקוחם (או את הצד האחר) בהליך משפטי. כמו כן נקבעת מראש בהסכם "תקופת צינון" החלה בתום הניסיונות לגבש הסדר בתיק. במהלך תקופה זו אין הצדדים רשאים לפתוח בהליך משפטי אדוורסרי בסכסוך.³⁹ כמו כן נכלל בהסכם סעיף של "ויתור על סודיות" הדדי אשר מכוחו נמסר מידע ומועבר בין כלל עורכי הדין והצוות המטפל בסכסוך. הליך הגירושין בשיתוף פעולה חולק עם הליך הגישור (במודל הפרגמטי) כמה

Jeanne Fahey, *Adapting Collaborative Law from Family to Civil Matters: A View from the frontlines*, J. DISP. RESOL. (4th ed. 2008) ³⁷

הכשרות מומלצות נעשות בהמלצת הארגון העולמי של ה-IACP, Collaborative Professionals, המפורטות באתר, www.collaborativepractice.com (נבדק לאחרונה ב-21.7.2013). ההכשרה כוללת הכשרה כללית בגישור וכן הכשרה פרטנית להשתתפות בהליך זה. הדרישה למילוי ההכשרה אינה קבועה (עדיין) בחקיקה אלא עולה מצורך פרופסיונלי. ³⁸

קביעת תקופת הצינון נעשית מכמה טעמים. בין השאר היא מאפשרת לכל צד שהות להכין את עניינו ולהתמודד עם כל ההשלכות הנובעות מאי-השגת ההסדר המיוחל. היא גם מבקשת לחזק סבירות של אי-הכנה מוקדמת של היערכות אדוורסרית העלולה להשפיע על ניהול ההליך השיתופי. על הליך הגירושין בשיתוף פעולה, ראו: Pauline H. Tesler, *Collaborative Family Law, the New Lawyer, and Deep Resolution of Divorce-Related Conflicts*, J. DISP. RESOL. 83 (2008); FORREST S. MOSTON, *COLLABORATIVE DIVORCE: HELPING FAMILIES WITHOUT GOING TO COURT* (2010); Susan Daicoff, *Collaborative Law: A New Tool for The Lawyer's Toolkit*, 20 U. FLA. J. L. & PUB. POL'Y 113 (2009); Robert F. Cochran, *Collaborative practice's radical possibilities for the legal profession: "[Two lawyers and two clients] for the situation"*, 11 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 229 (2011). ³⁹

מאפיינים אך נבדל ממנו באחרים. קווים משותפים להליכים אלה הם שיח של צרכים ואינטרסים (נוסף על בירור זכויות וחובות), התנהלות בגישה משתפת שאינה אדוורסרית וחתירה לסיום הסכסוך בהסכמה המגובשת בהסדר כתוב. קווים משותפים נוספים הם התחשבות במערכות היחסים של הצדדים לסכסוך, בדגש הניתן לטובת אלו המושפעים מניהול הסכסוך ובמרכזם ילדים משותפים, התחשבות במצבם הרגשי של הצדדים, הדגשת תקשורת בונה והנחת תשתית למערכת יחסים עתידית בין הצדדים.

הליך הגישור והליך הגירושין בשיתוף פעולה נבדלים זה מזה בכמה היבטים חשובים. האחד, בהשוואה להליך הגישור, הליך הגירושין בשיתוף פעולה מתנהל במישור בין עורכי הדין של הצדדים בלא תיווך של צד שלישי שניהל את ההליך. השני, הליך הגירושין בשיתוף פעולה נשען על שילוב צוות של יועצים מוסכמים הלוקחים חלק פעיל ונמשך בפרוצדורת ניהול ההליך עד לגיבוש פתרון לסכסוך. השלישי, רק בהליך הגירושין בשיתוף פעולה נחתם הסכם כולל בין עורכי הדין, המתדיינים והיועצים. הרביעי, רק בהליך זה נכלל בהסכם האמור כלל המטיל על עורכי הדין המייצגים את הלוקחות חובה להימנע מלייצגם בעתיד בבית משפט. וההיבט החמישי, רק בהליך זה נכלל בהסכם סעיף של תקופת צינון הקובע שהות מסוכמת לפני פנייה אפשרית לבירור הסכסוך בהליך שפיטה.

השימוש בהליך גירושין בשיתוף פעולה הולך וגובר בארצות המשפט האנגלו-אמריקני. ההליך מעניק לצדדים יתרונות של התנהלות בגישה שיתופית, העולים בקנה אחד עם יתרונות ניהול הליך גישור (כפי שציינו לעיל). נוסף על כך הוא מעניק תמיכה רגשית וסיוע מקצועי פרטני לצדדים. על כן הליך זה יעיל במיוחד במקרים שבהם הצדדים למהלך הגירושין שונים זה מזה מבחינת הרצון והמסוגלות לבצעו (למשל כאשר צד אחד הוא יוזם הליך הפרידה ומעוניין להביא לסיום מערכת היחסים במתכונתה המשפחתית ואילו הצד האחר מסכים למהלך הפרידה ולקיום הליך לקדמה אך עוד מצר על עצם מהלך הגירושין או חושש מהשלכותיו). עם חסרונותיו של ההליך נמנית עלותו הגבוהה ביחס לניהול הליך גישור, הן בשל שכירת שירותי הצוות המייעץ, והן בשל הצורך לשכור באי כוח חדשים לטיפול בתיק אם לא מושג הסדר.⁴⁰

מגמת השימוש הגובר בהליך באה לידי ביטוי גם בישראל. משרד המשפטים ולשכת עורכי הדין מציעים קורסי הכשרה בתחום, ימי עיון והשתלמויות המכשירים עורכי דין לייצג לקוחות בהליך של גירושין בשיתוף פעולה (ההכשרות פתוחות גם לבעלי מקצוע אחרים המשתתפים בהליך). משרד המשפטים פרסם דוח בעניין זה כבר

⁴⁰ העלות הנזכרת מושווית לניהול הליך גישור, מקובל להניח שעלות ניהול ההליך עדיין נמוכה מזו הנדרשת בסופו של דבר לניהול הליך שפיטה אדוורסרי בסכסוכי משפחה בתוספת שימוש במומחים חיצוניים כגון פסיכולוג ילדים.

בשנת 2009 ומאז התקיימו קורסי הכשרה וסדנאות השתלמות נוספים רבים.⁴¹ זאת ועוד, כמה עמותות עוסקות בנושא. הן פועלות במגוון דרכים לקידום השימוש בהליך, לרבות חשיפתו לציבור בדרכי פרסום מגוונות ומתן השתלמויות.⁴²

ד. הליכי שפיטה הסדריים במשפט האזרחי בישראל

התנהלות שיפוטית המכוונת ליצירת הסדר בין צדדים ומבכרת אותו על פני מתן הכרעה שיפוטית רווחת בדין ובפרקטיקה הנוהגת במערכת בתי המשפט הישראלית.⁴³ במאמר זה נדון רק בנעשה בהליכי שפיטה במשפט האזרחי, להבדיל מהמשפט הפלילי.⁴⁴

כפי שצינו, הרוב המוחלט של הסכסוכים המובאים כיום למערכת בתי המשפט מתברר ומיושב בדרך אחרת, חלופית להליך השפיטה האדוורסרי הקלסי. רובן של התובענות המוגשות בארץ מתברר ומסתיים באחת משתי דרכים: הליך חלופי ליישוב סכסוכים מחוץ לכותלי בית המשפט והליך שפיטה בין כותלי בית המשפט המכוון לגיבוש הסדר פשרה. הליכים חלופיים לניהול סכסוכים ויישובם מחוץ לכותלי בית המשפט עשויים להיות ההליכים השיתופיים שהוזכרו (הליך הגישור, הליך הגירושין בשיתוף פעולה) או הליכים חלופיים אחרים כגון הליך ההערכה המקדמית הניטרלית הרווח בתביעות נזיקין,⁴⁵ והליך של משא ומתן ישיר בין עורכי הדין. משא ומתן ישיר

⁴¹ גירושין בשיתוף פעולה, הטמעה והכשרה, דוח הערכה, המרכז הארצי לגישור וליישוב סכסוכים, משרד המשפטים, 2009. לדוח ההערכה ראו: www.sulcha.co.il/content/maamar_print.asp?maamar_id=338 (נבדק לאחרונה ב-21.7.2013). לדוגמה נציין את יום העיון לבעלי הכשרה בסיסית שנערך ב-6 בספטמבר 2012 בלשכת עורכי הדין ואשר כותרתו הייתה "מיומנויות עורך הדין המייצג בהליך – אתגרים ודילמות".

⁴² דוגמה: עמותת "להתגרש בשלום", ראו: www.israeldivorce.co.il (נבדק לאחרונה ב-21.7.2013).

⁴³ על נושא השפיטה ההסדרית בהרחבה, ראו: קרני פרלמן "שופט מגשר? על שפיטה הסדרית בישראל והצעה לעדכון הדין" (טרם פורסם) (להלן: "קרני פרלמן, שופט מגשר?"); וכן: פרלמן, פרספקטיבה מגדרית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 538-541; פרלמן, השופט/ת החדש/ה? – תמורות ואתגרים, לעיל ה"ש 8, בפרק ג'.

⁴⁴ שפיטה הסדרית רווחת כמובן גם בדין הפלילי בישיבות שבהן ניתן תוקף להסדרי טיעון או בישיבות שבהן השופט מנסה לגבש הסדרים למיניהם בתביעות פליליות. בארצות המשפט האנגלו-אמריקני ישנם גם הליכי שפיטה בדין הפלילי המבוססים על גישה שיתופית והמתנהלים בבתי משפט מיוחדים המכונים בתי משפט פותרי בעיות. על בתי המשפט פותרי הבעיות והשפיטה הייחודית המתבצעת בהם ראו: פרלמן, השופט התרפויטי, לעיל ה"ש 28.

⁴⁵ בהליך ההערכה המקדמית הניטרלית (ENE – Early Neutral Evaluation) הצדדים ממנים בהסכמה צד שלישי, מומחה לנושא הסכסוך. המומחה מעיין בטענות עובדתיות ומשפטיות, ולאחר מכן מעניק לצדדים חוות דעת על הסכסוך, הערכה במגוון נושאים, לרבות אחוזי פגיעה ואומדנים כספיים לפיצוי. חוות הדעת של המעריך חסויה ומשמשת כלי לניהול משא ומתן בין

בין עורכי הדין עשוי להתבצע בטווח שבין משא ומתן בגישה אדוורסרית למשא ומתן בגישה שיתופית. משא ומתן בגישה אדוורסרית נעזר ב"טקטיקות קשות" המכוונות, בדומה להליך השיפוטי האדוורסרי, להכשיל את היריב ולזכות על חשבוננו בחלק גדול יותר מן העוגה העומדת לחלוקה. משא ומתן בגישה שיתופית, המכונה גם "משא ומתן משלב", מיועד להשיג את התוצאה הטובה ביותר האפשרית לשני הצדדים בנסיבות העניין, בדומה להליך הגישור.⁴⁶

הדרך הנפוצה השנייה לביורור תובענות וסיומן היא כאמור בהליכי שפיטה המתנהלים במגמה להגיע לפסיקה בפשרה או לגיבוש הסדר בין הצדדים (ומתן תוקף של פסק דין להסדר), להבדיל ממתן הכרעה מנומקת.

האפשרות לסייע לצדדים לגבש ביניהם הסדר מעוגנת כיום בהרחבה בחקיקה הישראלית. סעיף 79 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 מאפשר לשופט להציע לצדדים הסדר בסכסוך, לפסוק בהסכמה בדרך של פשרה, או לתת תוקף להסדר שהצדדים גיבשו ביניהם.⁴⁷ עידוד בחינת האפשרות לקיים ישיבה לגיבוש הסדר בין הצדדים ניתן בדברי חקיקה נוספים כגון אלו העוסקים בסכסוכי משפחה,⁴⁸ או סכסוכים המתבררים בסדר דין מהיר.⁴⁹

הליך בולט של שפיטה הסדרית בארץ הוא הליך הקדם-משפט. תקנה 140 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת אפשרות "לברר אם יש מקום לפשרה בין בעלי הדין".⁵⁰ הליך הקדם-משפט משמש בפועל פורום רווח לבחינת גיבוש הסדר בין

הצדדים, במטרה לגבש הסדר לסיום הסכסוך. ההליך נמצא בשימוש במשפט הישראלי וזוכה לתמיכה מצד שופטים רבים. לדוגמה: אבי זמיר "הערכה מקדמית ניטרלית", הרצאה ביום עיון בלשכת עורכי הדין במחוז ת"א והמרכז, 14.11.2006. השופט זמיר אף פירט בהרצאה אחרת כי הגיש הצעה לשר המשפטים לשילוב ההליך בדין הישראלי. הרצאת השופט זמיר בכנס "הסדרת מערכות ליישוב סכסוכים בישראל", אוניברסיטת בר-אילן 29.1.2012. על ההליך, ראו: Wayne D. Brazil, Michael A. Kahn, Jeffrey P. Newman & Judith Z. Gold, *Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution*, 69 JUDICATURE (1985) 279 (להלן: "Early Neutral Evaluation").

⁴⁶ על ניהול משא ומתן בגישת פתרון בעיות, ראו: ROBERT H. MNOOKIN, SCOTT R. PEPPET & ANDREW S. TULUMELLO, BEYOND WINNING: NEGOTIATING TO CREATE VALUE IN DEALS AND DISPUTES (2000); DAVID A. LAX & JAMES K. SEBENIUS, 3 D NEGOTIATION: POWERFUL TOOLS TO CHANGE THE GAME IN YOUR MOST IMPORTANT DEALS (2006). על טקטיקות קשות, ראו: אמירה גלין דינמיקה של משא ומתן מתיאוריה ליישום 185-205 (1996); מיכל אלברשטין "על כשלים, רציונליות מוגבלת וקולות נגדיים: תרבויות של משא ומתן ושל משפט" משפטים על אהבה 657 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

⁴⁷ חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח תשמ"ד 198.

⁴⁸ תק' 258 כז לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 1373.

⁴⁹ תק' 214 לתקנות סדר הדין האזרחי.

⁵⁰ תק' 140 לתקנות סדר הדין האזרחי.

צדדים או למתן פסיקה בהסכמת הצדדים בדרך של פשרה.⁵¹ הליך שפיטה הסדרית נבדל מהליך של שפיטה אדוורסרית בכמה היבטים. ראשית, היבט הזמן: הליך הסדרי הוא בדרך כלל קצר יחסית ואינו דורש יותר משיבה אחת. שנית, בהיבט הפרוצדורה: ההליך ההסדרי אינו כולל שמיעת עדויות נרחבת, אין בו הגשת סיכומים ועוד. שלישית, ההליך ההסדרי נבדל מן ההליך האדוורסרי גם בשיח שבבסיסו. השיח הרלוונטי אינו מתמקד עוד רק בזכויות ובחובות נטענות כי אם כולל גם שיח של בירור צרכים ואינטרסים, לרבות דיון בסיכונים ובסיכויים אפשריים של כל צד בתיק. רביעית, ההליך אינו מסתיים בפסק דין מפורט ומנומק כי אם בפסק דין קצר שמעשית אינו נתון לערעור.⁵² הדין הישראלי עדיין אינו מסדיר סוגיה עקרונית של קביעת כלים והליכים לגיבוש הסדר או כללים מנחים לביסוס פסיקה בדרך של פשרה.⁵³ עם זאת, ברי שייצוג לקוחות בהליך של שפיטה הסדרית צריך להתאים לטיב התהליך המבוצע בהליך זה, הנבדל כאמור מהליך של שפיטה אדוורסרית במתכונתה הקלאסית.

ה. סיכום קצר ועל הנעשה בלשכת עורכי הדין

המעבר משיטת משפט הנוקטת גישה אדוורסרית, לשיטת משפט שבה קנתה הגישה השיתופית אחיזה בולטת, רחבת היקף ומהותית, ניכר מאוד בשיטת המשפט הישראלית, אך ניתן להצביע על פער, שמאמרנו זה מבקש לצמצם במידת מה, בין המצב האמור בפועל לבין מידת ההכרה בו במרכז השיח האקדמי. הליכי שפיטה שבבסיסם שיח המכוון ליצירת הסדר הם ההליכים המרכזיים והעיקריים במערכת בתי המשפט.⁵⁴ ההשתתפות בישיבות המהו"ת היא בגדר חובה

⁵¹ בתי משפט שלום רבים כוללים כיום בזימון הצדדים לישיבת קדם-משפט סעיף ראשון הקובע במפורש כי "בדיון ייעשה ניסיון ליישוב הסכסוך", ובסעיף השני "על בעלי הדין להתייצב אישית לדיון ולכל דיון אחר", ובסעיף השלישי מובהרת הסיבה ההסדרית לדרישה להתייצב אישית: "במקרה שאחד הצדדים הוא תאגיד, יתייצב מנהל מטעמו המוסמך לסיים את התיק". סעיפים אלה מצוטטים מטופס זימון לישיבת קדם-משפט בבית משפט השלום בפתח תקווה, נובמבר 2012.

⁵² על הנושא בהרחבה, ראו: קרני פרלמן, שופט מגשר?, לעיל ה"ש 43.

⁵³ שם.

⁵⁴ כאמור, נתוני מערכת בתי המשפט הם שפחות מ-5% מהתובענות מועברות להליך שפיטה אדוורסרי, ראו: דוח ועדת רביבי, לעיל ה"ש 4. ראו גם את דברי יו"ר הוועדה ליישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות לצד ראש לשכת עורכי הדין, עו"ד רונן סטי, שלפיהם שנת 2012 הייתה שנה שבה הליכי הגישור והמהו"ת "הלכו והיכו שורש בקהילת המשפט בישראל". עוד הוא מציין שבמהלך השנה יושבו עוד אלפי סכסוכים אזרחיים בגישור. **חדשות הלשכה** דצמבר 2012, בעמ' 21. זמין ב-1138 www.israelbar.org.il/article_inner.asp?pgId=140376&catId= (נבדק לאחרונה ב-21.7.2013).

המוטלת על המתדיינים ורובן המוחלט של ישיבות אלה מתנהל זה חמש שנים בבתי משפט השלום הגדולים בארץ בייצוג פעיל של עורכי הדין של הצדדים.⁵⁵ מספר התובענות המתבררות בהליכי גישור ובהליכי גירושין בשיתוף פעולה הולך וגדל.⁵⁶ בשנת 1999 ייסדה לשכת עורכי הדין מוסד ארצי לגישור מטעמה.⁵⁷ המרכז מציע דרך קבע קורסי הכשרה בסיסית בגישור, המקנים תעודת מגשר, וקורסי השתלמות מתקדמת בגישור בסכסוכי משפחה. המרכז גם מקיים ימי עיון והשתלמויות ומפנה תיקים לגישור לעורכי דין המכהנים כמגשרים ורשומים במרכז. זאת ועוד, הלשכה פועלת זה יותר מעשור לקידום תחום המשפט השיתופי גם בפעילותן של ועדות שונות כגון "ועדה ארצית ליישוב סכסוכים בדרכים אלטרנטיביות" והוועדה המחוזית במחוז תל-אביב והמרכז לבוררות וגישור. כך, לדוגמה, פרסמה הוועדה המחוזית בשנת 2006 את "מגילת הפרקליט ליישוב סכסוכים בהליכי גישור" הכוללת הנחיות קצרות להכנה ולהשתתפות בייצוג בהליכי גישור. כמו כן פרסמה הוועדה סעיף יישוב סכסוכים מומלץ, המפנה להליך גישור, לשם הכללתו בחוזים מסחריים.⁵⁸ חידושים ועדכונים בתחום מתפרסמים גם בעלון הלשכה המכונה "עט לבוררות וגישור".⁵⁹

החדירה הרחבה של המשפט השיתופי לתוך המשפט הישראלי (לצד המשפט האדוורסרי שמוסיף להתקיים בו) הביאה לשינויים גם בקרב סוכני המשפט המרכזיים שהם עורכי הדין. אנו מכנות זאת במאמר "המעבר מעורך הדין האדוורסרי לעורך הדין פותר הבעיות". חשוב לציין שעורך הדין האדוורסרי לא נעלם, אלא שלצדו צמח מודל חדש ואחר של עורך דין, זה שמתאים לייצוג לפי שיטה שיתופית. בפרק הבא נעמוד על טיבו של השינוי – תחילה נסביר במה נבדל עורך הדין השיתופי, הוא עורך הדין

⁵⁵ נתוני תכנית ההערכה הנלווית לתכנית המהו"ת, שבה עורכי הדין מתבקשים למלא שאלון מדגמי באשר להליך המהו"ת ובאשר להליך הגישור, ככל שהתקיים בתיק, מעידים על מספרם הרב של עורכי הדין המשתתפים בהליכים אלה. עם זאת, לא פורסמו נתונים מדויקים על מספר התובענות שבהן נכחו או לא נכחו באי כוח הצדדים.

⁵⁶ כאמור, אין בידינו נתונים מדויקים. אשר למגמת השימוש בהליכי גישור, ניתן ללמוד מנתוני תכנית ההערכה הנלווית להליך המהו"ת שיש עלייה מתמדת בשיעור ההסכמה להעברת הסכסוכים לביור בהליך של גישור, ועלייה מתמדת במספר התיקים המתבררים בהליך גישור. הנתונים נמסרו מטעם עורכת הדין נטלי לוי, הממונה על תכנית המהו"ת, בהשתלמות שנתית של מגשרי המהו"ת מ-13 בספטמבר 2012. אשר למגמת השימוש בהליך הגירושין בשיתוף פעולה, נמסר מידע כללי בהרצאות שניתנו בכנס "קידום פרקטיות חלופיות וטיפוליות במשפט הישראלי" שנערך באוניברסיטת בר-אילן ב-18 בדצמבר 2012. המידע כלל נתונים על תכנית ניסויית ליישום ההליך ביחידות הסיוע בבתי המשפט למשפחה בירושלים ופרויקט המבוצע במרכז הגישור הקהילתי של עיריית רמת-גן.

⁵⁷ לאתר המוסד הארצי לגישור ע"ש דוד רוטליי ראו: www.israelbar.org.il/article.asp?catid=178&menu=2 (נבדק לאחרונה ב-21.7.2013).

⁵⁸ "מגילת הפרקליט ליישוב סכסוכים בהליכי גישור" עורך הדין – ביטאון לשכת עורכי הדין בישראל 59 (2006).

⁵⁹ לדוגמה ראו: קרני פרלמן "חסיון בגישור", לעיל ה"ש 25.

פותר הבעיות, מעורך הדין האדוורסרי. בחלקו השני של הפרק נפרט את תפקיד עורך הדין בכל אחד מההליכים השיתופיים שהוצגו לעיל.

ג. תמורות אצל עורכי הדין

(1) המעבר מעורך הדין האדוורסרי לעורך הדין פותר הבעיות

השיטה האדוורסרית הביאה לעריכת דין אדוורסרית והצדיקה אותה.⁶⁰ המאפיין העיקרי של עריכת דין אדוורסרית, המכונה בספרות גם "הגישה הדומיננטית לעריכת דין",⁶¹ הוא ייצוג המתמקד רק באינטרס של הלקוח ופעילות המיועדת לקדם אינטרס זה בגבולות החוק. האינטרס של הלקוח נחשב לאינטרס הנוגד בהכרח את האינטרס של הצד האחר למחלוקת.

הגישה המתמקדת בייצוג ממוקד לקוח (Zealous Advocacy) הניחה שעורך הדין צריך לפעול ללא חת למען הלקוח ולקידום מטרותיו בלי להתחשב באינטרסים אחרים אלא אם כן קיבלו ביטוי בכלל משפטי. לפי גישה זו, מעשי עורך הדין צריכים למלא שני תנאים כדי שייחשבו להתנהגות אתית ראויה: לשרת אינטרס של הלקוח ולהיות במסגרת החוק. כל השאר, גם מעשה בלתי מוסרי, שאותו לא היה עושה עורך הדין אפילו למען עצמו, הוא ראוי ומותר.⁶² כל אינטרס אחר, של צד שלישי או הציבור, אם אינו חלק מהחוק, לא יובא בחשבון. עורך הדין עוזר ללקוח להשיג את מטרותיו בלא קשר לתוכנן ותוך שימוש בכל אמצעי חוקי שיידרש.⁶³ במעשיו של

⁶⁰ David Luban, *The Adversary System Excuse*, in *THE GOOD LAWYER: LAWYERS' ROLE AND LAWYERS' ETHICS*, 83, 103 (David Luban ed., 1983).

⁶¹ JULIE MACFARLANE, *THE NEW LAWYER: HOW SETTLEMENT IS TRANSFORMING THE PRACTICE OF LAW* 98 (2008) (להלן: "THE NEW LAWYER").

⁶² כמוכן, הניסוח בכללים החוקיים, בפסיקה ובחוות הדעת אינו מציין את חובת הנאמנות ללקוח כחובה היחידה. הניסוח מקפיד לציין גם חובות אחרות כגון החובה כלפי בית המשפט וחובה כלפי צד שלישי. אך תפיסת היסוד ו"סרגל המדידה" שלפיהם תיבחן התנהגות עורך הדין הם של חובת נאמנות ללקוח המתוחמת רק על ידי החוק. אחד הדוברים הידועים של הגישה הדומיננטית הוא פרופ' מונרו פרידמן, ראו: Monroe H. Freedman, *Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 MICH. L. REV. 1469 (1966); MONROE H. FREEDMAN, *LAWYERS' ETHICS IN AN ADVERSARY SYSTEM* (1975) William H. Simon, לביקורת על פרופ' פרידמן, ראו: "Thinking Like a Lawyer" *About Ethical Questions*, 27 HOFSTAR L. REV. 1 (1998); DAVID LUBAN, *LAWYERS AND JUSTICE: AN ETHICAL STUDY* 52-66 (1988).

⁶³ Gerald J. Postema, *Moral Responsibility in Professional Ethics*, 55 N. Y. U. L. REV. 63, 80 (1980); Richard Wasserstrom, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, 5 H.UM. RTS. 1, 5-6 (1975).

עורך הדין לא דבק רבב משפטי ומוסרי כל עוד הוא פועל לטובת הלקוח ובמסגרת החוק, כיוון שאינו אחראי למטרות הלקוח ואינו צריך לתת דין וחשבון על תוצאות מעשי הלקוח.⁶⁴ היבט זה ידוע כעיקרון של "אי-נשיאה באחריות" (Non-Accountability)⁶⁵ ויש בו כדי להסביר מדוע הגישה הדומיננטית קוסמת מאוד לעורכי דין.⁶⁶ מטרת השיטה האדוורסרית, לדעת עורכי הדין, היא לא בהכרח להביא לחשיפת האמת אלא למקסם את הזכייה של הלקוח שלהם.⁶⁷ השאיפה למקסם את הזכייה של הלקוח מניחה "משחק סכום אפס", ומבוססת על התפיסה שיש מקור מוגבל, עוגה אחת מוגדרת לחלוקה, ועל כן מה שמקבל צד אחד נגרע מחלקו של הצד האחר. ההכרעה השיפוטית בהליך השפיטה האדוורסרי מביאה לתוצאה של "מנצח" ו"מפסיד". ההכרעה בהליך אדוורסרי היא בחירה בגרסה עובדתית ומשפטית אחת ודחיית עמדת הצד האחר לסכסוך. התוצאה עשויה להיות אפוא "הכול או לא כלום", אף שהמציאות שההתקשרויות האנושיות מתנהלות בה, היא מורכבת ואינה חד-ממדית. הגישה האדוורסרית הפכה אפוא את הייצוג המשפטי לתחרותי ומלחמתי באופיו.⁶⁸ מטרת הייצוג אינה השגת "אמת" או "צדק" אלא השגת ניצחון ללקוח. הניצחון נחשב לחזות הכול בלי קשר לתוצאות שליליות כגון פגיעה מעבר לנדרש בצד שכנגד, הפחדת עדים ונזק לחברה עקב סרבול והתמשכות של הליכים משפטיים. יתר על כן, לעתים הניצחון לכאורה בהכרעה שיפוטית מסוימת פוגע גם באינטרס של הלקוח, שכן לא תמיד האינטרס האמיתי שלו הוא להביס את הצד האחר. גישה זו הביאה לשורה של התנהגויות המאפיינות את עורך הדין האדוורסרי: לחץ והפחדה, טיעונים אגרסיביים, הסתרת מידע ומניעתו מהצד שכנגד ואף אדישות לרגשות ולצרכים של הצד שכנגד. התנהגויות אלה של עורכי הדין הגיעו עד כדי מה שמכונה "המודל הגלדיאטורי", שמשמעו השגת ניצחון על ידי הרס הצד האחר.⁶⁹

Murray L. Schwartz, *The Professionalism and Accountability of Lawyers*, 66 CAL. L. REV. 669, 673 (1978); Murray L. Schwartz, *The Zeal of the Civil Advocate*, in THE GOOD LAWYER: LAWYERS' ROLES AND LAWYERS' ETHICS, 150, 161-163 (David Luban ed., 1983); CHARLES W. WOLFARM, MODERN LEGAL ETHICS, 569-570 (1986)

DAVID LUBAN, LAWYERS AND JUSTICE, לעיל ה"ש 62, בעמ' 52.

נטע זיו "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית", תגובה על מאמרה של לימור זר-גוטמן "ייצוג מול הצד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך הדין" דין ודברים א 153 (התשס"ה) (להלן: "זיו, אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג"); W. BRADLEY WENDEL, LAWYERS AND FIDELITY TO LAW, 78 (2010) (להלן: "LAWYERS AND FIDELITY").

Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver and Third-Party Neutral: Creativity and Non-Partisanship in Lawyering*, 72 TEMP. L. REV. 785 (1999)

Elizabeth G. Thornburg, *Metaphors Matter: How Images of Battle, Sports, and Sex Shape the Adversary System*, 10 WIS. WOMEN'S L. J. 225 (1995)

Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver*, לעיל ה"ש 67.

חשוב להבין שעריכת דין אדוורסרית ננקטה גם כאשר לא היה מדובר בהליך משפטי אדוורסרי, למשל, בייעוץ שניתן ללקוח בעניין החזרי מס. זה הפך למודל המכליל של עריכת הדין.⁷⁰

כפי שהראינו בעניין הליכי שפיטה הסדריים, שיטת הדיון האזרחי בבתי המשפט השתנתה ואיננה נוהגת עוד לפי מודל אדוורסרי חד-משמעי (יש הטוענים שההתנהלות הדיונית השיפוטית כוללת כיום גם רכיבים ההולמים את השיטה האינקוויזיטורית).⁷¹ למרות זאת, רבים מעורכי הדין עדיין מתנהלים לפי מודל אדוורסרי חד. רבינוביץ'-עיני ודורפמן מציגים במחקרם פער בין מודל הייצוג האדוורסרי של עורכי הדין לבין המודל הדיוני הנוהג בבתי המשפט והם מכנים אותו במחקרם "מודל פוסט-אדוורסרי". לדעתם, פער זה מסביר במידה רבה מדוע בתי המשפט לא הצליחו לשנות את התנהגותם הדיונית של עורכי הדין למרות פסיקתם הרחבה, המתרה בעורכי הדין בכל הנוגע לשימוש לרעה בהליכי משפט וחוסר תום לב דיוני. פסיקה זו מבקשת להסדיר את התנהגות עורכי דין אך בגלל תפיסה אדוורסרית שעורכי הדין נוקטים היא לא הצליחה להביא לשינוי אפקטיבי.⁷² לדעת המחברים, התגברו הביטויים להתנהגות אדוורסרית אצל עורכי הדין בארץ עקב העלייה הדרמטית במספרם של עורכי הדין בישראל.⁷³

הפסיקה בישראל עשירה בדוגמאות לעריכת דין אדוורסרית אשר חצי הביקורת של בית המשפט הופנו כלפיה.⁷⁴ אחת הדוגמאות הבולטות היא פסק הדין בפרשת

⁷⁰ LAWYERS AND FIDELITY, לעיל ה"ש 66, בעמ' 80-81.

⁷¹ דודי שוורץ סבור שהתפתחות זו לא הושפעה מהמשפט הקונטיננטלי אלא משיקולי יעילות ושינויים רעיוניים הנובעים מה"מהפכה החוקתית", אשר בעטיה הדיון האזרחי אינו נחשב עוד לענף טכני בלבד של המשפט אלא מגלם זכויות מהותיות. שוורץ קושר בין הנוהג בהליך הקדם-משפט לתפיסה ניהולית מערכתית רחבה. ראו: דודי שוורץ **סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות** (2006). רבינוביץ'-עיני ודורפמן סבורים שהמצב הנוהג מושפע מרכיבים אינקוויזיטוריים או מגלם אותם. ראו: ארנה רבינוביץ'-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" **ספר שלמה לוי** 23-28 (2012).

⁷² רבינוביץ'-עיני ודורפמן, שם, בעמ' 24-25. המאמר מציע דרכים אחרות לשינוי התנהגותם הדיונית של עורכי הדין ובהן חינוך משפטי בבתי הספר למשפטים למודל חלופי של ייצוג לקוח, הצמחת שוק מוניטין אפקטיבי ופסיקת הוצאות אישיות לעורכי הדין. ראו שם, בעמ' 33-41. על נושא הצורך בחינוך משפטי הולם לגישה השיתופית ולדיסציפלינת יישוב הסכסוכים למשפטן בן-זמננו ועל כדאיותו ראו בהרחבה: קרני פרלמן "יישוב סכסוכים וחינוך משפטי חלופי/הולם למשפטן" (עתידי להתפרסם בכתב העת **משפט** 2013) (להלן: "**פרלמן, חינוך משפטי הולם**").

⁷³ המחברים סבורים שהעלייה במספר עורכי הדין הביאה למאבק על כל לקוח אשר בא לידי ביטוי בהקצנה אדוורסרית בהתנהלות עורכי הדין. רבינוביץ'-עיני ודורפמן, שם, בעמ' 29. על האפשרות הטמונה בהרחבת תפקידו של עורך הדין דווקא בהתנהלותו בגישה השיתופית כמענה אפשרי לתופעת העלייה במספר עורכי הדין בארץ, ראו: פרלמן, חינוך משפטי הולם, שם.

⁷⁴ רבינוביץ'-עיני ודורפמן, לעיל ה"ש 71, בעמ' 11-19. המאמר מציג ומנתח דוגמאות רבות

גינות לאה. התנהגותו האדוורסרית של עורך הדין המייצג, אשר הטיל דופי באובייקטיביות של השופטת ועשה כן בסגנון דיבור לא ראוי, הביאה את השופטת לידי צעד קיצוני של פסילת עורך הדין מלהופיע לפניו.⁷⁵ השופטת ציינה בהחלטתה כי "עורך הדין הוא שכיר של מרשהו, אבל לא שכיר חרב או 'שכיר פה' לכל מטרה ובכל צורה".⁷⁶ יצוין שהחלטה זו נהפכה בבית המשפט העליון ושם נקבע ששופט אינו מוסמך לפסול עורך דין המופיע לפניו.

ביטוי נוסף לעריכת דין אדוורסרית ניתן למצוא בהחלטות ועדות האתיקה של לשכת עורכי הדין. ועדות אלה אחראיות במידה רבה לעיצוב דפוסי ההתנהלות של עורכי הדין ולפיכך יש להחלטותיהן חשיבות רבה.⁷⁷ כך, למשל, החליטה ועדת האתיקה הארצית לגנוז תלונה שהגישה חייבת נגד בא כוח הזוכה אשר נקט כלפיה הליכי הוצאה לפועל נמרצים, לפי הגדרת הוועדה עצמה. הוועדה ציינה כי "האיזון המדויק בין דרישת החוק לפעולת עורך דין ללא חת לטובת מרשו לבין חובותיו האחרות קשה הוא. לפיכך ראוייה נקיטת זהירות יתרה בעת שקילת העמדה לדין עקב פעילות משפטית נמרצת לטובת הלקוח, ואפילו אם הינה נמרצת מדי לטעמנו".⁷⁸ לדעת אותה ועדה, מותר לעורך הדין להציג בבית המשפט ראייה שהושגה בעברה כל עוד הוא לא היה מעורב בהשגתה.⁷⁹ כך גם החלטת הוועדה שלא להעמיד לדין עורך דין בתחום דיני המשפחה בגין התבטאות לא ראוייה בכתבי טענות, בין השאר מהנימוק שאל לה לוועדה להחמיר עם עורכי דין יתר על המידה, באופן שלא יוכלו לייצג את לקוחותיהם כנדרש.⁸⁰

בעריכת דין שיתופית עורך הדין ממשיך להיות נאמן לאינטרס של הלקוח. בראייה רחבה תפקיד עורך הדין נותר בלא שינוי – לייצג את הלקוח ולדאוג להשיג ללקוח את התוצאה הטובה ביותר האפשרית.⁸¹ השינוי הוא באופן שבו עורך הדין ממלא את תפקידו זה ובמובנה המעשי של הנאמנות ללקוח. עורך הדין האדוורסרי מתכונן

המפסיקה. למשל, אי-העלאת טענה של חוסר סמכות דיונית עד השלבים המאוחרים של המשפט, והוצאת סעד זמני בחוסר תום לב תוך הסתרת עובדות מהותיות וגרימת נזק לנתבעת.

⁷⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 2171/03 גינות לאה בע"מ נ' בנק המזרחי סניף פרדס כ"ץ, תק-מח 2008(1) 8251 (2008).

⁷⁶ שם, פס' ד' לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

⁷⁷ בעיקר הכוונה להחלטות ועדת האתיקה הארצית, שיובאו להלן, הואיל וס' 60א(ג) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 קובע שחוות דעת מקדימה שלה מחייבת את כל ועדות האתיקה המחוזיות.

⁷⁸ "גבולות חובת הנאמנות ללקוח: פעולות כלפי צד שכנגד" אתיקה מקצועית 37, 5 (2010).

⁷⁹ "גבולות חובת הנאמנות ללקוח: שימוש במידע שהושג בעבירה לטובת הלקוח" אתיקה מקצועית 35, 4 (2010); "גבולות חובת הנאמנות ללקוח: שימוש במידע שיש ספק אם הושג בעבירה" אתיקה מקצועית 47, 4-5 (2012).

⁸⁰ "התבטאות בכתבי טענות" אתיקה מקצועית 46, 3 (2012).

⁸¹ THE NEW LAWYER, לעיל ה"ש 61, בעמ' 110.

לעומת משפטי ויעשה הכול, בגבולות החוק, כדי לנצח בו, ואילו עורך הדין השיתופי מתכוון לפתור את הבעיה של הלקוח שלו ויעשה הכול כדי לשכנע את הצד האחר לפתור את הבעיה בתנאים הטובים ביותר האפשריים ללקוח שלו.⁸² בכך הגישה השיתופית מגדירה מחדש את טובת הלקוח כפתרון הבעיה ולא כניצחון בסכסוך. מטרתו של עורך הדין הנוקט גישה שיתופית היא לסייע ללקוח לפתור בעיה ולעשות כן בצורה איכותית ויעילה. מודל הייצוג בגישה זו מתמקד בחיפוש פתרון פרגמטי, הטוב ביותר שניתן להשיג בנסיבות העניין. הוא מכונה אפוא Problem-Solving Advocacy. התפיסה השיתופית סוברת כאמור שאינטרסים וצרכים של צדדים למחלוקת עשויים לעלות בקנה אחד. על כן יש מקום לחפש במשותף דרך "להגדיל את העוגה", משמע להגדיל את המקורות או הרווח ההדדי העומדים לחלוקה בין הצדדים.⁸³

ייצוג לקוח בגישה שיתופית יצר מודל חדש לעריכת דין, אשר הוגדר על ידי מנל-מידו (Menkel-Meadow) "מודל עורך הדין פותר הבעיות". משימתו של עורך הדין פותר הבעיות היא לסייע ללקוח לפתור בעיה תוך התחשבות בסביבה האנושית וברצון לקדם מערכות יחסים תקינות. היעד שעורך הדין חותר אליו אינו הכנעת האחר אלא השגת פתרון ההולם את צורכי הלקוח. העיסוק בייצוג אינו מוגבל אפוא לבחינת זכויות וחובות משפטיות כי אם יורד לרובדי הסכסוך ותר אחר האינטרסים, הצרכים והרצונות של הלקוח. חשיבות מרכזית ניתנת לעיצוב פתרון ההולם את הצרכים האינדיבידואליים של הצדדים לסכסוך. פתרון ארוך טווח ויציב מביא בחשבון גם צרכים ואינטרסים של צדדים אחרים הרלוונטיים לסכסוך ותוכנו צריך להיות הוגן. הייצוג המשפטי אינו מתמקד בניסיון לאתר את נקודות החולשה אצל האחר ולהכניעו אלא בהשגת פתרון שיש בו רווח הדדי לכלל הצדדים המעורבים במחלוקת או בעניין הנדרש לפתרון.⁸⁴

מרבית עבודתו של עורך הדין האדוורסרי היא הכנה לקראת ההליכים הפרוצדורליים (הכנת כתבי טענות, הגשת בקשות לבית המשפט, גילויי מסמכים והסתרתם), ורק חלקה הקטן מתמקד במשא ומתן עם הצד שכנגד. במקרים רבים המשא ומתן הוא רק שלב הכרחי וקצר בדרך להליכים הפרוצדורליים. לעתים השימוש במשא ומתן הוא טקטי בלבד ונועד לאסוף מידע או להראות לבית המשפט, בהמשך, שהצד שכנגד הוא מקור הבעיה ואינו מוכן לשום פתרון. לעומת זאת עורך הדין

⁸² ש.ם.

⁸³ למשל: אינטרס משותף בניהול הליך חסוי שבו לא יצא לאור מידע פיננסי של החברות המעורבות בסכסוך; קבלת סעד של התנצלות כסעד עיקרי ולצדו סעד כספי נמוך פי כמה מזה שנדרש בכתב התביעה; אינטרס בקידום מערכת יחסים משותפת בעתיד הכוללת העסקה או פיתוח עסקי משותף.

⁸⁴ Menkel-Meadow, *When Winning isn't Everything*, לעיל ה"ש 18; Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System*, לעיל ה"ש 15.

השיתופי רואה במשא ומתן דרך מרכזית לפתרון בעיית הלקוח ולכן הוא מייחד זמן רב להכנה למשא ומתן (שיחות ממושכות עם הלקוח לבירור האינטרסים שלו, הכרת הצד האחר והאינטרסים שלו ותכנון האסטרטגיה במשא ומתן).⁸⁵

עורך הדין פותר הבעיות מתבקש לשקול שיקולים נרחבים הנוגעים לסכסוך ולפיכך לתת ייעוץ ללקוח וללוותו בדרך ניהול הסכסוך ההולמת את צרכיו ורצונותיו. שיקולים רלוונטיים קשורים לתוצאה העתידית הרחבה הרצויה ללקוח. תוצאה זו עשויה להיות המשך שיתוף פעולה עם הצד האחר ולא דווקא ניתוק מערכת היחסים. תוצאה זו רצויה, למשל, כאשר הלקוח רוצה להמשיך לעבודה עם הצד האחר למחלוקת, או כאשר מתבקש המשך ניהול יחסים תקינים בין בני זוג לשעבר לטובת ילדיהם. המשך מערכת יחסים תקינה מתאפשר כאשר הסכסוך תם באמצעות פתרון מוסכם שבו אין צד מנצח או מפסיד כבשיטה האדוורסרית.

שיקול נוסף נוגע לטיב הסעד הרצוי ללקוח. הסעד הרצוי ללקוח לאו דווקא מוגבל לסעד כספי או סעד אחר המצוין במפורש בדין. תוצאה רצויה ללקוח היא לעתים יצירתית ונפרדת מן הסעד הכספי או משולבת בו, כגון קבלת התנצלות, קבלת מכתב המלצה או גיבוש חוזה לשיתוף פעולה עסקי בעתיד. סעד יצירתי הצופה פני עתיד יכול להתגבש בפתרון מוסכם ואינו ניתן לקביעה במסגרת הכרעה המוגבלת לסעדים הקבועים בדין.⁸⁶ שיקול חשוב נוסף שעורך הדין פותר הבעיות צריך להביא בחשבון הוא השפעותיו של הסכסוך על רווחתו הפסיכולוגית של הלקוח ועל מערכות יחסים בהן הוא מצוי. ניהול הליך אדוורסרי גובה מחיר רגשי שלילי ומשפיע על צדדים המעורבים במעגל הסכסוך הרחב כגון ילדיהם של בני זוג.⁸⁷ לעומת זאת, השתתפות הלקוח בהליך שיתופי לניהול סכסוכים עשויה להעניק לו חוויה חיובית יותר ואף מעצימה.⁸⁸ התחשבות ברווחתו הפסיכולוגית של הפרט ובהשפעות ניהול

⁸⁵ THE NEW LAWYER, לעיל ה"ש 61, בעמ' 111-113.

⁸⁶ לדוגמה, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 מציע שלושה סעדים בלבד: ביטול החוזה, אכיפתו ופיצויים. החוק אינו כולל סעדים מבוקשים בהליך הגישור כגון המרת תשלום בעבודה, שינוי נוהלי עבודה, סיוע באיתור מקום עבודה, הבטחה להתקשרות מחודשת בתנאים אחרים.

⁸⁷ את השפעותיו השליליות של ניהול ההליך האדוורסרי על רווחתו הרגשית של המתדיין ניתן להסיק גם מדברי ההסבר להצעת החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של הסכסוך), התשס"ו-2006. דברי ההסבר מציינים כי הניסיון הרב שנצבר בעולם ובארץ מראה שלניהול הסכסוך המשפחתי בדרך אדוורסרית ישנן השפעות קשות על מצבם הרגשי של הילדים ושל המתדיינים עצמם, ולפיכך ישנה עדיפות ברורה לניהול הסכסוך ויישובו בדרך שיתופית ככל שהדבר מתאפשר. ראו: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/51D2B374-F75A-46B9-98D7-D7B4FC97D819/0/sichsocey_mishpacha.pdf (נברק לאחרונה ב-21.7.2013).
Janet Weinstein, *And Never the Twain Shall Meet: the Best Interest of: Children and the Adversary System*, 52 U. MIAMI L. REV. 79 (1999).

⁸⁸ מודל הגישור הטרנספורמטיבי עוסק בכך בהרחבה ומציין שההבטחה בהליך הגישור היא

הסכסוך על רבדים שונים בחייו של הלקוח מובאת בחשבון על ידי עורך הדין פותר הבעיות ומסייעת לבחור בשיתוף הלקוח ולמענו בהליך המתאים לו לניהול הסכסוך וליישובו.

ההתנהלות השיתופית כוללת, כאמור, גישה המיטיבה גם עם הצד האחר לסכסוך ואינה מכוונת לפגוע בו. היא יוצרת דיאלוג ומבקשת לאתר בסיס מוסכם ליישוב הסכסוך. על כן ההתנהלות המקצועית של עורך הדין פותר הבעיות מסייעת לא רק לרווחת הלקוח אלא אף להסדרת התנהלות חברתית מיטיבה וראויה. מודל עורך הדין פותר הבעיות ממצב את עורך הדין כבעל תפקיד שיש לו ערך חברתי-ציבורי חיובי המסייע לממש ערכי דמוקרטיה.⁸⁹

(2) תפקיד עורך הדין בהליכים שיתופיים הנוהגים בישראל

תפקידו של עורך הדין המייצג לקוח בהליך שיתופי הוא תפקיד של ייעוץ וליווי נרחב. מלבד ניתוח משפטי של עובדות השנויות במחלוקת ושל הנורמות המשפטיות הרלוונטיות להן, עורך הדין נדרש לרדת לשורש הסכסוך ולסייע לניהול הליך יעיל ואיכותי. לשם כך הוא צריך להעמיק את הבנתו ברובדי הסכסוך, לעמוד על האינטרסים והרצונות של הלקוח, וכן לשער מהם האינטרסים והצרכים של הצד האחר (או של כמה צדדים) לסכסוך. במהלך הייצוג עורך הדין מתבקש לסייע לגיבוש פתרון מוסכם אפשרי. לצורך כך עליו לערוך בחינה מעמיקה של סיכויים וסיכונים בניהול הסכסוך בדרכים שונות אפשריות. בחינה זו נעשית בשיתוף הלקוח מתוך הסתכלות רחבה המביאה בחשבון, כאמור, גם התחשבות במטרות רצויות, ברווחה הפסיכולוגית ועוד. תפקידו של עורך הדין אינו מתמקד בניסיונות להחלשת עמדת הצד האחר לסכסוך או לביטולה אלא בסיוע לקיום הליך איכותי ויעיל הממוקד בפתרון בעיות פרגמטי תוך העצמת מקומו של הלקוח בהליך.

2א. תפקיד עורך הדין בעת ייצוג לקוח בהליך הגישור

לצורכי מאמר זה בחרנו לחלק את הדיון בייצוג הנארת בהליכי גישור לשלושה שלבים עיקריים: שלב ההכנה להליך, שלב הייצוג בניהול ההליך עד גיבוש הפתרון ושלב גיבוש הפתרון.

שלב ההכנה להליך מורכב בין השאר מן הפעולות האלה: (א) ייעוץ בבחירת

ההעצמה של הפרט והכרתו באחר, ראו: ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION (1994).

⁸⁹ Welsh, *The Place of Court-Connected Mediation*, לעיל ה"ש 18.

המגשר וסגנון ניהול הליך הגישור (לרבות שאלת מומחיות המגשר בתחום הסכסוך, ניסיונו, הכשרתו, דרך התנהלותו כמגשר מעריך או כמגשר מאפשר).⁹⁰ (ב) גיבוש הסדר שכר טרחה עם הלקוח באופן שיהלום אפשרות לסיום הסכסוך בהליך הגישור (בלא שיתעורר ניגוד עניינים בין הלקוח לבין עורך הדין במקרה של סיום הסכסוך במהירות בלא שתידרש, למשל, הופעה בישיבות רבות בבית המשפט).⁹¹ (ג) הכנת הלקוח למהות ההליך השיתופי ולשלביו, לרבות מיצוי האפשרות לביטוי עצמי של הלקוח, הבהרת מהותן של הפגישות הנפרדות, תיאום חלוקת השיח (הצגת הסכסוך והגישה כלפי הצד האחר) בנסיבות העניין בין הלקוח לעורך הדין ועוד.⁹² (ד) בחינה מקדמית של האינטרסים והצרכים של הלקוח, של מטרותיו וסוג הפתרון העשוי להתאים לו לשם יישוב המחלוקת. חשיבה מעמיקה תעסוק גם בהעלאת השערות בדבר צרכים ואינטרסים אפשריים של הצד האחר.⁹³

ייצוג הלקוח בשלב ניהול הליך הגישור כולל השמעת הצהרת פתיחה שיש בה קריאה להתנהלות שיתופית, מקדמת, תוך שמירה על זכויות; הסתייעות במגשר כדי לקדם את הדיון בהליך כגון על ידי בקשה לקיים פגישות נפרדות או לקבל את עזרת המגשר בהגדרת הנושאים העומדים לדעתו לדיון או בהבהרת הסכמות ביניים ומחלוקות שונות;⁹⁴ התמודדות עם קשיים העשויים להתפתח במהלך הדיון כגון בעת ליווי נציג לקוח שאין לו סמכות החלטה בתיק (נסיבות המצריכות ליווי משפטי בהפניית הצעת הפתרון המתגבש לגורם שיש לו סמכות ההחלטה); עריכת אומדן של סיכויים וסיכונים בתיק. (משמע, הערכת אפשרות קבלת טיעונים שהועלו בכתבי הטענות בהליך אפשרי של שפיטה בתיק).

ייצוג הלקוח בשלב גיבושו של פתרון בהליך הגישור מצריך הצעת כמה אפשרויות לפתרון ומתן עדיפות לפתרון המעודד המשך שיתוף פעולה לפי רצון הצדדים; בחינת הפתרון המתגבש לאור התוצאות החלופיות ובייחוד בהליך שפיטה (כלומר בהשוואה לחלופה הטובה ביותר שניתן לקבל בבית משפט: ה-Best, Batna Alternative to Negotiated Agreement, והחלופה הגרועה ביותר האפשרית Worst Alternative to Negotiated, Watna) שהיא ה-

⁹⁰ Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7 (1996)

⁹¹ ההמלצות המנויות ב"מגילת הפרקליט ליישוב סכסוכים בהליכי גישור", לעיל ה"ש 58.

⁹² Karen K. Klein, *Representing Clients in Mediation: A Twenty-Question Preparation Guide for Lawyers*, 84 N.D. L. REV. 877 (2008)

⁹³ על השפעת עורכי הדין על עיצוב תוכני הליך הגישור ויכולת המעבר משיח של זכויות וחובות משפטיות לקידום שיח של צרכים ואינטרסים בהליך, ראו: Nancy A. Welsh, *The Thinning version of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 Harv. Negot. L. Rev. 1 (2001)

⁹⁴ HAROLD I. ABRAMSON, *MEDIATION REPRESENTATION: ADVOCATING IN A PROBLEM-SOLVING PROCESS* (2004)

(Agreement); ולבסוף, ניסוח הסדר לפי הפתרון שנבחר והכללת תניות רצויות בו כגון סעיף סודיות או סעיף סנקציה בגין הפרה.

ב2. תפקיד עורך הדין בעת ייצוג לקוח בהליך המהו"ת

ייצוג נאות בהליך המהו"ת (כמו גם בהליך קדם-גישור אחר העשוי להתנהל בין צדדים), אמור לסייע ללקוח לבחון את התאמת נסיבות הסכסוך הספציפי להליך של גישור. ייצוג זה מצריך חשיבה מקדמית עם הלקוח בדבר היתרונות והחסרונות העשויים לצמוח לו מניהול הסכסוך בהליך גישור, בהשוואה לניהול הסכסוך בהליך אחר, בין הליך שפיטה ובין הליך חלופי אחר לשפיטה. על עורך הדין לבחון את צרכיו ורצונותיו של הלקוח בהתחשב בנסיבות העניין.

שאלות רלוונטיות שעל עורך הדין לבחון בעת ייצוג בהליך מהו"ת עשויות

להיות:⁹⁵

- א. מהן מטרות הלקוח בניהול הסכסוך ומהם הסעדים העשויים להבטיח השגת מטרות אלה? למשל, אם נחוצה הוצאת צו ביניים, אי-אפשר לקבלו בהליך גישור. לעומת זאת, אם דרוש מענה מהיר, כגון קבלת כספים מהירה שאם תתעכב, היא עלולה להסב נזקים כלכליים ניכרים (פגיעה באשראי בבנק, למשל), רצוי לקיים הליך גישור ולנסות להגיע לפתרון כספי עכשווי. לעתים פתרון כספי מיידי, ואפילו חלקי, עדיף מקבלת סעד כספי מלא בסיומו של הליך אדוורסרי רב-שלבי העשוי להימשך שנים מספר.
- ב. מהם האינטרסים של הלקוח בהתבוננות רחבה וארוכת טווח? חשיבותו של חיסיון כדי להימנע מלחשוף נתונים עסקיים (רווח והפסד, רשימות ספקים וכיוצא באלה) או רצון לשמור על מוניטין יביאו, למשל, לבחירה בהליך הגישור שהוא חסוי. חשיבותו של שימור האפשרות להמשיך עבודה משותפת תביא גם היא לבחירה בהליך הגישור. לעומת זאת, אינטרס של אחד הצדדים לזכות בתקדים מחייב יכול להיות מושג רק בהליך של שפיטה.
- ג. מה עשויים להיות הכשלים בניהול המשא ומתן בהליך גישור? כמה מיני כשלים עלולים לצוץ במשא ומתן: כשלים אסטרטגיים, כגון שימוש ב"טקטיקות קשות" של הצעת הצעות קיצוניות או אגרסיביות; כשלים קוגניטיביים, שהם הטיות בחשיבה ובשיפוט כגון שנאת הפסד או אופטימיות מופרזת; כשלים תרבותיים, כלומר הבדלים בתפיסת אופן ניהול המשא ומתן; כשלים מבניים-ארגוניים, למשל כאשר צד לסכסוך אינו קבוצה הומוגנית אלא

⁹⁵ השאלות על פי סנדר וגולדברג: Frank E. A. Sander & Stephen B. Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 NEGOTIATION J. 49 (1994).

קבוצה הטרוגנית שיש לה אינטרסים שונים).⁹⁶ כשל מבני עשוי לצוץ, למשל, במקרה שבו לנציג הלקוח המשתתף בהליך הגישור אינטרס שונה מהאינטרס של שולחו או כאשר הנציג אינו מוסמך להתחייב בשם שולחו. מקרים אלה עלולים להביא להתמשכות המשא ומתן ולהעלאת התנגדויות לתוכני הפתרון המתגבש מצד מי שאינו מעורב במישרין בתהליך.

ד. האם פורום אחר, שאינו הליך גישור (שהוא הליך יישוב הסכסוכים היחיד המוצע בישיבת המהו"ת), שטיבו הולם יותר את ניהול הסכסוך הספציפי על מאפייניו? ניתן לאפיין כל הליך לניהול סכסוכים ויישובם, ולהשוות בין ההליכים השונים, באמצעות כמה אמות מידה כגון רמת הפורמאליות בהליך, סוג הפתרון שיושג (הכרעה מחייבת או פתרון מוסכם) ומידת הביטוי העצמי שיתאפשר לצדדים. תנועת יישוב סכסוכים הולם מציעה ליישם כלל של "התאמת ההליך לסכסוך" (Fitting the Forum to the Fuss).⁹⁷ על פי כלל זה מוצע להתאים את פורום ניהול הסכסוך, דהיינו את סוג ההליך, למאפייניו, כלומר לטיבו של הסכסוך. שאלה רלוונטית שעורך הדין צריך לבחון היא אפוא אם הליך הגישור הוא ההליך המתאים לניהול הסכסוך של מרשו או שיש הליך אחר הולם יותר לניהולו כגון הליך ההערכה המקדמית הניטרלית.⁹⁸

עורך דין המייצג צד בהליך טרום-גישור (כגון הליך המהו"ת), או השוקל עם לקוחו אפשרות לקיים הליך גישור בתיק, נדרש אפוא לגבש החלטה מושכלת בעניין. עליו להתמצא בשאלות רלוונטיות לקביעת התאמת הפורום לניהול הסכסוך ובהן: אופי הסכסוך, מורכבותו, טיב הקשר בין הצדדים, הסעד המבוקש, ההליך היעיל להשגתו וחשיבות הפחתת עלויות והשגת פתרון מהיר. הכרת מגוון ההליכים ומאפייניהם, כמו גם הכרת מלאכת אפיון סכסוכים ובחינה מעמיקה של מאפייני הסכסוך הרלוונטי, מאפשרות לעורך הדין לגבש המלצה שקולה בדבר פורום ההליך ההולם את בירור הסכסוך של מרשו.

ג2. תפקיד עורך הדין בניהול הליך של "משפט בשיתוף פעולה" (Collaborative Law)

תפקידו של עורך הדין בהליך גירושין בשיתוף פעולה מתמלא בתכנים ייחודיים המתאימים להליך זה. בהשוואה לתפקידו של עורך דין המייצג לקוח בהליך הגישור הפרגמטי, תפקידו של עורך הדין בהליך גירושין בשיתוף פעולה הוא דומיננטי יותר

⁹⁶ על הכשלים האמורים ודרכים לגבור עליהם, ראו: KENNETH ARROW, ROBERT H. MNOOKIN, LEE ROSS, AMOS TVERSKY & ROBERT WILSON (EDS.), BARRIERS TO CONFLICT RESOLUTION (1995); אלברשטין תורת הגישור, לעיל ה"ש 12, בעמ' 211-237.

⁹⁷ Sander & Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss*, לעיל ה"ש 95.

⁹⁸ *Early Neutral Evaluation*, לעיל ה"ש 45.

בתחום יצירת התקשורת הישירה עם הצד האחר ובניית אמון בין הצדדים ובאי כוחם. זאת ועוד, מתפקידו של עורך הדין להיוועץ במומחים ולשקול את עמדותיהם. תפקידו של עורך הדין השיתופי בניהול ההליך מצריך יכולת לנהל צוות מומחים, להפנות אליהם שאלות רלוונטיות, להסתייע בחוות דעתם וכיוצא באלה.⁹⁹ כמו כן, שומה על עורך הדין למצות את ההליך השיתופי ולהשיג ככל האפשר הסדר מוסכם היות שנחסמת בפניו, (ויובהר – שלא כבפני לקוחו עם תום תקופת הצינון) לפי מאפייני הליך זה, האפשרות לפנות לערכאות (ואף לאיים בפנייה אליהן).

ד. תפקיד עורך הדין בהליכי שפיטה הסדריים במשפט האזרחי בישראל

תפקיד עורך הדין בייצוג לקוח בהליכי שפיטה המכוונים ליצירת הסדר בין הצדדים שונה מתפקידו של עורך דין המייצג לקוח בהליך שפיטה אדוורסרי קלסי. הייצוג אינו מיועד לשכנע את השופט לקבל גרסה אחת ולדחות את האחרת אלא להיעזר בידע וביכולת השיפוטיים כדי להביא לידי הסכמה בתיק. הגישה לצד האחר אינה ממוקדת בניסיון לערער את אמינותו, לדחות את טענותיו ולזכות במלוא הסעד המבוקש אלא בניסיון לאתר אינטרסים משותפים ולגבש פתרון העשוי להניב רווח הדדי (לרבות במסירת המחלוקת להכרעה בפשרה, למשל כאשר נתחם על פי רצון הצדדים טווח תשלום מזערי ומרבי שבמסגרתו תינתן ההכרעה).

לפיכך הייצוג היעיל וההולם בהליכי שפיטה הסדריים דומה יותר לייצוג בהליכי גישור. מאפייני הייצוג המקצועי בהליכים אלה משתנים בהתאם: יכולת לחקור חקירה נגדית אינה רלוונטית ולעומת זאת חשיבה יצירתית על תכניו של פתרון העשוי להיות מוסכם על דעת שני הצדדים היא מעלה; הכנת התיק והכנת הלקוח להליך דומה יותר להכנה הנדרשת לקראת הליך גישור; הידע והמימונויות הנדרשים לייצוג לקוח בהליך גישור הם שמסייעים לייצוג איכותי ויעיל בהליך השיפוטי ההסדרי.¹⁰⁰

כפי שהראינו בפרק השני, השינוי בהתנהלות המקצועית של עורכי הדין הוא אמנם בגדר עובדה, אך עדיין חשוב לתמוך בשינוי זה ולחזקו, שכן טרם מוצה מלוא הפוטנציאל הטמון בו. בפרק הבא נפרט את היתרונות הרבים שבשינוי התנהלות המקצועית של עורכי הדין, יתרונות הבאים לידי ביטוי בכמה מישורים – לחברה

⁹⁹ בעניין זה ראוי להזכיר את הדמיון לתפקידו של השופט התרפוטי בבתי המשפט המיוחדים בארצות-הברית, אשר מנהל צוות של מומחים ונועץ בדעתם לשם גיבוש הכרעתו בתיק (הכרעה המתבצעת בדרך כלל בדרך של יצירת חוזה טיפולי), ראו: פרלמן, השופט התרפוטי, לעיל ה"ש .28

¹⁰⁰ על דרך התבוננות בסכסוך ולמידה מתוך הליך הגישור, ראו לדוגמה: Jonathan M. Hyman, *Four Ways of Looking at a Law Suit: How Lawyer Can Use the Cognitive Frameworks of Mediation*, 34 WASH. U. J. L. & POL'Y 11 (2010)

ולמערכת המשפט, לפרופסיה של עורכי הדין, לעורך הדין היחיד וללקוחות.

ד. היתרונות הנובעים מפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה

לתפיסתנו יש תועלת רבה בשינוי ההתנהלות המקצועית של עורכי דין ולכן יש לחזק את השינוי ושלא להצטרף על החלשת דמות עורך הדין האדוורסרי של פעם. אמנם יש יתרונות לעורך הדין האדוורסרי במקרים מסוימים,¹⁰¹ אך לנוכח המהפכה שכבר התחוללה בשיטת המשפט, והחלה להתחולל בתפקיד עורך הדין, כפי שהראינו בפרקים הקודמים, חשוב לציין את התועלת הרבה שבשינוי הפרדיגמה. התועלת מוסבת לחברה, לפרופסיה, לעורך הדין וללקוחות.

התועלת לחברה עקב שינוי הפרדיגמה טמונה בעצם השינוי בהתנהגות עורכי הדין. התנהגות שיטתית על ידי מספר רב של עורכי דין משפיעה על החברה. כפי שצינינו בפרק השלישי למאמר, עורך הדין האדוורסרי עלול לנקוט טקטיקה של אימים והפחדה כלפי הצד שכנגד. עורך הדין האדוורסרי מביא לעתים להתמשכות ההליכים המשפטיים כחלק מטקטיקה משפטית ולא בשל צורך אמיתי הנובע ממורכבות הקונפליקט.¹⁰² עורך הדין האדוורסרי עלול להסלים את הסכסוך עד כדי מלחמה שבה כבר אין דרך חזרה. המעבר לעריכת דין שיתופית מחליש ואף מעלים התנהגויות כאלה ובכך תורם לרווחת הציבור וליעילות מערכת המשפט.

יתרון נוסף לחברה, השלוב בקודם, נעוץ בכך שעריכת דין שיתופית מממשת במישרין את חובת עורכי הדין כלפי החברה במובנה המופשט, הכוללת את תפקידו של כל עורך דין לשמור על הסדר החברתי-משפטי.¹⁰³ לסדר החברתי-משפטי ערך רב לכלל החברה והוא עלול להיחרס עקב פעולותיו של הפרט. כאשר מדובר בעורכי דין,

¹⁰¹ המקרים הם אלה שבהם יש חשיבות להתנהלות אדוורסרית המשרתת מטרה של השגת הכרעה שיפוטית היוצרת הלכה תקדימית מחייבת שעניינה קידום זכויות אזרח והגנה על אוכלוסיות מוחלשות. הכוונה בעיקר לעורך הדין האדוורסרי "לוחם הזכויות" אשר בהיבט זה של מקצועו הביא תועלת חברתית גדולה בהשגת זכויות יסוד בשיטה. ראו: MONROE H. FREEDMAN, *LAWYERS' ETHICS IN AN ADVERSARY SYSTEM*, 3-4 (1975); אלן דרשוביץ **מכתבים לעורך דין צעיר** 61-62 (ענבל שגיב-נקדימון, מתרגמת, 2006). אולם, רוב הסכסוכים המופנים לבתי המשפט הם סכסוכים פרטניים שאינם נוגעים לזכויות אדם ולהגנה על הדמוקרטיה. בסכסוכים אלה ההכרעה החוץ-שיפוטית היא הראויה ביותר. ראו: ברק "על הגישור", לעיל ה"ש 5, בעמ' 11. על כן התנהלות אדוורסרית בהם אינה מועילה וכאמור לעתים אף מזיקה.

¹⁰² משה בר-עם "הליכי סרק אזרחיים" **עלי משפט** ו 135 (2007); רבינוביץ'-עיני ודורפמן, לעיל ה"ש 71, בעמ' 3-7.

¹⁰³ המלומד רוברט גורדון עוסק במאמריו בחובה כלפי החברה במונח זה, ראו למשל: Robert W. Gordon, *Why Lawyers Can't Just Be Hired Guns*, in *ETHICS IN PRACTICE, LAWYERS' ROLES, RESPONSIBILITIES, AND REGULATION* 42 (Deborah L. Rhode ed., 2002); Robert W. Gordon, *Corporate Law Practice as a Public Calling*, 49 MD. L. REV. 255 (1990).

שהם סוכני משפט מרכזיים, פעולות אדוורסריות כגון אלו שפורטו בפסקה הקודמת, כאשר הן ממושכות ושיטתיות ומבוצעות על ידי עורכי דין רבים, יש בהן כדי להחליש את הסדר החברתי-משפטי ולהרוס את הנורמות שבו.¹⁰⁴

דוח הוועדה לקידום התנהלות דיונית תרבותית בבתי המשפט מונה את התנהגות עורכי הדין כאחד הגורמים להידרדרות תרבות הדיון בבתי המשפט בשנים האחרונות.¹⁰⁵ לפי הדוח, עורכי דין מתנהגים בצורה בלתי הולמת כלפי בית המשפט ונוקטים צעדים לא ראויים במהלך ההליך המשפטי הגורמים להתמשכות הדיונים, ובכללם הגשת בקשות סרק, העלאת טענות לא רלוונטיות וחקירות ממושכות ולא ממוקדות של עדים.¹⁰⁶ הדוח אמנם מציין שאין להיתפס להכללות, וכי פגמים אלה אינם נחלת כל עורכי הדין, "אלא שאין להקל ראש בתופעות אלה, באשר כל ליקוי ופגם בהתנהגות או בהתנהלות המתגלים כבלתי ראויים וכבלתי הולמים מכתמים את המערכת כולה ומכרסמים באמון הציבור במערכת השפיטה וביקורתו של מקצוע עריכת הדין".¹⁰⁷

לעומת זאת, ההתנהגות המאפיינת עריכת דין שיתופית – פתרון בעיות, חשיבה על צורכי האחר והתחשבות בו, מניעת הסלמת הסכסוך – תורמת לסדר החברתי-משפטי ובכך מגשימה את תפקידם החברתי של עורכי הדין. עריכת דין שיתופית גם מחזקת את החובה כלפי החברה במובנה הקונקרטי, הכוללת התחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים. כפי שתארנו, עורך הדין השיתופי מחפש את הפתרון הטוב לכל הצדדים, שאינו פוגע באחרים ובכך הוא מתחשב באינטרסים של צדדים שלישיים. היתרונות לפרופסיה במעבר לעריכת דין שיתופית הם מגוונים. יתרון ראשון נוגע לשיפור תדמית המקצוע. לתדמית המקצוע יש ערך מכונן והיא מהווה תנאי להמשך קיומה של הפרופסיה, ולכן הפרופסיה משקיעה מאמצים רבים בשמירה על תדמיתה.¹⁰⁸ הדרך הטובה ביותר לחיזוק התדמית נוגעת למימוש המחויבות החברתית של הפרופסיה. כפי שהראינו לעיל, עריכת דין שיתופית מחזקת את חובת עורכי הדין כלפי החברה ובכך מחזקת את תדמית המקצוע. דרך נוספת שעריכת דין שיתופית מחזקת בה את תדמית המקצוע קשורה בשינוי חובת הנאמנות ללקוח.¹⁰⁹ לא עוד

¹⁰⁴ Gordon (2002), שם, בעמ' 45-46.

¹⁰⁵ הוועדה לקידום התנהלות דיונית תרבותית בבתי המשפט **דוח הוועדה** 29 (2011). הדוח זמין ב-
elyon1.court.gov.il/heb/hodaa/654.pdf (נבדק לאחרונה ב-21.7.2013).

¹⁰⁶ שם, בעמ' 30.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 1.

¹⁰⁸ לימור זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין" **ספר ערי אזר ז"ל** 231, 233 (2007). המאמר מונה שתי סיבות מדוע יש לתדמית המקצוע ערך מכונן. הסיבה הראשונה היא שמירה על התדמית מהווה תנאי לאוטונומיה ולמונופול שהפרופסיה מחזיקה בהם. הסיבה השנייה נעוצה בקשר שבין תדמית המקצוע לאמון הציבור בעורכי הדין. תדמית המקצוע משפיעה על אמון הציבור ובה בעת אמון הציבור משפיע גם הוא על תדמית המקצוע.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 246.

חובת נאמנות שבה אין עורך הדין נושא בכל אחריות מוסרית ומשפטית למעשי הלקוח אף שיש לו השפעה רבה על עיצוב רצון הלקוח,¹¹⁰ אלא חובת נאמנות ללקוח הכוללת גם התחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים והתנהגויות שיש בהן כדי לחזק את הסדר החברתי-משפטי. מדובר בחובת נאמנות שבה עורך הדין מקבל עליו אחריות לפתרון הבעיה גם לטובת צדדים שלישיים וכלי לפגוע בהם במכוון. נקל לראות איך יש בכל אלה כדי לחזק את תדמית המקצוע. זאת ועוד, שיפור ההתנהגות של עורכי הדין בבתי המשפט יחזק את תדמית עורכי הדין כמי שמסייעים לקיומו של הליך הוגן ויעיל ולא כמי שמשחיתים את זמנו היקר של בית המשפט.

יתרון נוסף לפרופסיה הוא הרחבת אפשרויות התעסוקה לעורכי דין. מאמצע שנות התשעים של המאה הקודמת ואילך גדל מספר העוסקים במקצוע עריכת הדין בישראל בקצב הולך וגובר ובכל עשור מספר עורכי הדין מוכפל. בשני העשורים האחרונים גדל מספר העוסקים במקצוע כמעט פי חמש. לשכת עורכי הדין צופה שמגמה זו תימשך ובשנת 2021 צפויים להיות בישראל כשמונים אלף עורכי דין.¹¹¹ מספרים מדהימים אלה מציבים את ישראל במקום הראשון בעולם במספר עורכי הדין לנפש ומביאים לשוק רווי שעורכי הדין נתקלים בו בקשיי פרנסה.¹¹² עריכת דין שיתופית מוסיפה אפשרויות תעסוקה לעורכי הדין – ניהול סכסוכים, ניהול סיכונים, גישור והערכה, עבודה בצוות משותף עם בעלי מקצוע נוספים ("משפט בשיתוף פעולה") ועוד.¹¹³

גם עורך הדין היחיד נהנה משינוי המגמה. הוא נהנה משקט נפשי, תחושה טובה והיעדר אגריסיות שמעוררת ההתנהלות המקצועית החדשה. מחקרים שנערכו בארצות-הברית הראו שציבור עורכי הדין סובל משיעורים גבוהים יחסית של דיכאונות והתמכרויות לסמים ולאלכוהול, ומשיעור גבוה של תחושת של אי-שביעות רצון מהעבודה וחרטה על הבחירה במקצוע.¹¹⁴ עיקר הקושי שעורכי הדין חווים טמון

¹¹⁰ על ההשפעה הרבה שיש לעורכי הדין בעיצוב רצון הלקוח והחלטותיו, ראו: Wasserstrom, *Lawyers as Professionals*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 16–21; Robert W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 B.U. L. REV. 1 (1988).

¹¹¹ גיליון היובל ללשכת עורכי הדין **עורך הדין** 11, 20 (2011). ניתן לצפייה ב- www.israelbar.org.il/uploadfiles/orach-hadin_new_issue_11.pdf (נבדק לאחרונה ב-21.7.2013).

¹¹² Limor Zer-Gutman, *Effects of the Acceleration in the Number of Lawyers in Israel*, 19 INT. J. LEGAL PROF. 247, 256 (2013).

¹¹³ Carrie Menkel-Meadow, *Too Many Lawyers? Or Should Lawyers be Doing Other Things?*, forthcoming in J. LEGAL PROF. (2013), פרלמן, חינוך משפטי הולם, לעיל ה"ש 72.

¹¹⁴ לדיון רחב בסוגיה זו, ראו קובץ מאמרים שהוצג בסימפוזיון מיוחד ופורסם בתוך: *Symposium: Attorney Well-Being in Large Firms: Choices Facing Young Lawyers*, 52 VAND. L. REV. 859–1050 (1999). בארצות-הברית מחקרים מצביעים על כך שבשלב הלימודים שיעור הסטודנטים הסובלים מדיכאון קליני ומהתמכרויות (בעיקר לאלכוהול) זהה לממוצע הארצי, אך

בדרכי העבודה של עריכת הדין האדוורסרית: הצורך להילחם כל יום, כל הזמן, למען כל לקוח ולקוח, גובה מחיר קשה מעורכי הדין. לעומת זאת, עריכת דין שיתופית יכולה להביא לדעתנו לתחושה של שליחות ושביעות רצון גבוהה מהעיסוק בפרופסיה.

המעבר לעריכת דין שיתופית מסב תועלת גם ללקוח. חובת הנאמנות ללקוח מתמלאת בתוכן רב יותר. חובות עורך הדין השיתופי ללקוח מגוונות ומציעות לו אפשרויות רבות יותר. כך, למשל, חובת עורך הדין אינה רק לנצח ולהביס את הצד האחר (לעתים במחיר כבד ללקוח עצמו) אלא לפתור את הבעיה בדרכים מגוונות ויצירתיות, שאולי יביאו לשיתוף פעולה עם הצד האחר, שממנו יצא הלקוח נשכר בכמה מובנים: בכך שלא נכנס לסכסוך הגוזל זמן ומשאבים יקרים, בכך שנפתרה הבעיה ובכך שפתרון הבעיה מתבצע בדרך שיכולה להגדיל את רווחת הלקוח.

יתרון נוסף ללקוח נובע מכך שגם עורך הדין של הצד שכנגד פועל בדרך שיתופית ונחסכות ממנו השפה הלוחמנית, האגרסיביות והארכת ההליכים שלא לצורך שעורכי דין אדוורסריים נוקטים כלפי הצד האחר. לקוח שנקלע לסכסוך יצא ממנו "פגוע" פחות נפשית וכלכלית כאשר את הצד האחר לסכסוך מייצג עורך דין שיתופי המחפש את הפתרון הטוב ביותר לשני הצדדים בלי לפגוע בצד האחר.¹¹⁵

לאור היתרונות הרבים הטמונים בשינוי ההתנהלות המקצועית של עורכי הדין, והואיל ושינוי זה כבר מתחולל הלכה למעשה – מוצע להתאים את התנהגות עורכי הדין, ואת ההסדרה של התנהגותם בחוק, לפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה. אין ספק שההתנהלות המקצועית החדשה מציבה אתגר נרחב לתחום האתיקה המקצועית של עורכי הדין בחוללה שינויים עמוקים בה.¹¹⁶ לפיכך נדרשת רפורמה מקיפה בכללי ההתנהגות הקיימים של עורכי הדין, המשקפים רק את התפיסה האדוורסרית ואינם מבטאים כלל את התפיסה השיתופית. הפרק הבא יסביר מהן הרפורמה והחשיבה החדשה הנדרשות לעניין החובה כלפי הלקוח והחובה כלפי הצד שכנגד, שהן השינויים הרוחניים המהותיים שפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה של עורכי הדין מביאה עמה.

שיעור עורכי הדין בפרקטיקה הסובלים מבעיות אלה הוא גבוה לאין שיעור מן הממוצע הארצי. ראו: Connie J.A. Beck, Bruce D. sales and G. Andrew H. Benjamin, *Lawyer Distress: Alcohol-Related Problems and Other Psychological Concerns Among a Sample of Practicing Lawyers*, 10 J.L. & Health 1 (1995/1996); G. Andrew H. Benjamin et al., *The Prevalence of Depression, Alcohol Abuse, and Cocaine Abuse Among United States Lawyers*, 13 J. L. & PSYCHIAT 233 (1990). למחקרים העוסקים בחוסר שביעות רצון מהמקצוע בקרב עורכי הדין בפרקטיקה, ראו: Nancy McCarthy, *Pessimism for the Future: Given a Second Chance, Half of State's Attorneys Would Not Become Lawyers*, 1 CAL ST. B.J. 1 (1994).

¹¹⁵ Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 792.

¹¹⁶ THE NEW LAWYER, לעיל ה"ש 61, בעמ' 191-222.

ה. השינוי הנדרש בהתנהגות ובכללי ההתנהגות של עורכי הדין

נקדים ונציין שלדעתנו יש מקום לקבוע כללים אחידים לייצוג בהליכים לפי גישה שיתופית, להבדיל מגישה אדוורסרית. אין מקום ליצירת כללים נפרדים לכל סוג הליך הנוהג לפי גישה שיתופית, אף שברור לנו כי ייצוג לקוח בהליך גישור שונה מייצוגו בהליך של גירושין בשיתוף פעולה, למשל. הטעם לכך הוא שכללי האתיקה מעצם טיבם הם מחוסרי פרמנטציה. הכללים הקיימים חלים על ייצוג בכל הסכסוכים ואינם מפרידים בין ייצוג אדוורסרי בדיני משפחה לייצוג אדוורסרי בהליך פלילי. יתר על כן, בפרקטיקה ישנם לעתים מעברים מהליך שיתופי אחד למשנהו. כך, לדוגמה, תיק יכול להתחיל בישיבת מהו"ת ולעבור לגישור. חשוב שעורך הדין ימשיך לפעול לפי אותו כלל גם כאשר ההליך משתנה. לפיכך פרק זה לא יחולק לדיון לפי סוגי ההליכים השיתופיים, כפי שעשינו בפרקים הקודמים, אלא ידון במקובץ בשינויים הנדרשים בהתנהגות ובכללי האתיקה של עורכי הדין בעקבות המעבר לגישה השיתופית.

פרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה של עורכי הדין עקב המעבר לשיטה השיתופית ולעריכת דין שיתופית משפיעה בראש ובראשונה על יחסי עורך דין-לקוח. יחסים אלה מוסדרים בתור חובת הנאמנות ללקוח. ההסדרה בחוק בישראל דלה מאוד בכל הנוגע למובנה של חובת הנאמנות ללקוח. חובת הנאמנות ללקוח נדונה בסעיף 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה המקצועית) ובסעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 והדיון בה שטחי ואינו אומר דבר באשר למהות החובה. השוואה לכלל המקביל בכללי האתיקה המומלצים של לשכת עורכי הדין בארצות-הברית (שאומצו בכל המדינות חוץ מקליפורניה) תעיד על דלות זו.¹¹⁷ המעבר לעריכת דין שיתופית הוא אפוא הזדמנות מצוינת לצקת תוכן של ממש במובנה של חובת הנאמנות ללקוח.

חשוב להבין שגם לפי גישת עריכת הדין השיתופית חובת הנאמנות ללקוח אינה החובה היחידה או החשובה ביותר החלה על עורך הדין הואיל ועורך הדין פועל בתוך מתחם של שלוש נאמנויות שוות החלות עליו תוך איזון מתמיד ביניהן: נאמנות ללקוח, נאמנות לחברה (המוכרת יותר כחובה כלפי בית המשפט) ונאמנות לאינטרסים שלו עצמו. שלוש הנאמנויות ניצבות על מישור שווה ואין כל היררכיה קבועה ביניהן. השאיפה היא להרמוניה בין שלוש הנאמנויות, אך לעתים ההתנגשות היא בלתי נמנעת והופכת לחלק מתפקידו של עורך הדין. הצורך המתמיד לאזן בין

¹¹⁷ ABA Model Rules of Professional Conduct (1983), Rule 1.2. להלן שתי דוגמאות להוראות חשובות החסרות בכללים בישראל: הראשונה בס"ק (b) ולפיה בייצוג הלקוח אין משום הסכמה לדעות הפוליטיות, הכלכליות, החברתיות ואף המוסריות של הלקוח. ההוראה השנייה החסרה קבועה בס"ק (d) ולפיו אסור לעורך הדין להיות מעורב בהפרה של החוק או לייעץ להפר אותו, אבל מותר לעורך הדין לדון עם הלקוח בתוצאות המשפטיות של כל דרך כדי להביא את הלקוח לקבוע בכוונה טובה את פרשנות החוק ויישומו.

שלוש הנאמנויות המתנגשות הוא שהופך את מקצוע עריכת הדין למיוחד, מצד אחד, וקשה לביצוע, מצד אחר. הפרופסיה בכלל ועורך הדין בפרט נדרשים להתמודד עם ההתנגשות והאיזון המתמיד הנדרש בגללה.¹¹⁸

עריכת דין אדוורסרית נתנה משקל רב, וכמעט בלבדי, לחובת הנאמנות ללקוח. דוגמה נפוצה לכך היא הארכת ההתדיינות בבית משפט באמצעות הגשת בקשות סרק, שרובן נדחות על ידי בית המשפט, כדי להגשים את רצון הלקוח בהתמשכות ההליך. עורך הדין האדוורסרי המגיש בקשות אלה מגלה נאמנות ללקוח אך מפר את נאמנותו לחברה בשל בזבוז זמנו היקר של בית המשפט ובשל הנזק שהוא מסב לצד שכנגד הנאלץ לשלם שכר גבוה יותר לעורכי הדין שלו, החייבים להגיב על כל בקשה ובקשה.

שינוי ההתנהלות המקצועית של עורכי הדין מהווה הזדמנות מצוינת לחזור לאיזון הראוי בין שלוש הנאמנויות תוך מתן משקל ראוי גם לחובות האחרות ובעיקר לחובה כלפי החברה, שזנחה לפי גישת עריכת הדין האדוורסרית. כפי שציינו בפרק הקודם שעסק ביתרונות הנובעים מפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה, במובנה המופשט החובה כלפי החברה כוללת את תפקידו של כל עורך דין לשמור על הסדר חברתי-משפטי, ובמובנה הקונקרטי החובה כלפי החברה כוללת התחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים. עריכת דין שיתופית מגשימה את שני המובנים הללו. ההתנהלות של עורך הדין השיתופי, כפי שתוארה בהרחבה בחלקו הראשון של הפרק השלישי, שומרת על הסדר החברתי-משפטי ואף מחזקת אותו ומתחשבת באינטרסים של צדדים שלישיים.

לפי השיטה האדוורסרית, יחסי עורך דין-לקוח מבוססים על לקוח שיש לו בעיה משפטית והוא פונה לעורך הדין המנוסה כדי להיוועץ בו. גם אם הטיפול המתבקש איננו "בעיה" אלא רק "מצב משפטי", כגון רצון לכתוב צוואה או למכור בית, רואים בבקשתו בעיה הדורשת פתרון משפטי המצוי בידי עורך הדין.¹¹⁹ לפי המודל המסורתי, עורך הדין הוא הדומיננטי בהיותו המומחה בעל הידע והלקוח הוא הפסיבי. הלקוח אמנם מורה לעורך הדין באיזו דרך לפעול אך הוא עושה כן רק לאחר שעורך הדין שטח לפניו את המלצותיו. מחקרים הראו שבמקרים רבים הלקוח אינו פונה אל עורך הדין עם רצון מגובש ויציב, ועורכי הדין הם שאוכפים על הלקוח את נקודת הראות שלהם בכל הנוגע לדרך שיש לנקוט.¹²⁰ נקודת ראות זו היא יריבותית באופייה ומגדירה את טובת הלקוח כניצחון בסכסוך המשפטי.¹²¹ לעתים, כאשר מדובר

¹¹⁸ לימור זר-גוטמן "לשאלת היחס בין חובת עורך הדין כלפי בית המשפט וחובתו כלפי הלקוח" **הסניגור** 57, 3-5 (2001); לימור זר-גוטמן "עם כל הכבוד ללקוח" **עורך הדין** 17, 110-113 (2012).

¹¹⁹ Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 794.

¹²⁰ לעיל ה"ש 110 והאסמכתאות שם.

¹²¹ William H. Simon, *Lawyer Advice and Client Autonomy: Mrs. Jones's Case*, in

בלקוחות מתוחכמים כגון אנשי עסקים ולקוחות קבועים, המודל משתנה והלקוח נהיה פסיבי פחות, אולי אף דומיננטי.¹²² אולם גם במקרה האחרון עורך הדין רואה את טובת הלקוח רק בהשגת ניצחון והכרעה בסכסוך המשפטי. נמצא שבכל סוגי הלקוחות עורכי הדין מחזקים גישה יריבותית שלא תמיד אפיינה את הלקוח מלכתחילה.

סיפור הסכסוך הוא של הלקוח, אך עורכי הדין מניחים שבפנייתו אליהם, הלקוח מרשה להם לעצב את הסיפור באופן שיתאים למסגרת המשפטית שלה יש סיכויים טובים יותר להצליח בהתדיינות משפטית. עובדות מסוימות מודגשות לצורך כך והאחרות נזנחות. כל מה שנתפס לא רלוונטי לפתרון המשפטי – כגון רגשות פגועים, התנהלות עסקית בעתיד – מוסר מן השולחן. דרך פעולה זו של עורכי הדין מרחיקה את הלקוח עוד יותר מהיכולת להשתתף ולתרום באופן יעיל לפתרון הבעיה. יתרה מזו, הרחקת הלקוח מהיכולת לתרום לפתרון הבעיה נובעת מכך שעורכי הדין מנתחים כל מקרה לפי מודל קבוע המבוסס על גישת הזכויות – למי יש זכות, באיזו זכות פגעו ואיך ניתן להשיב את הזכות. נרטיב זה של זכויות אינו מוכר ללקוח ומצריך ידע משפטי הנמצא רק ברשות עורך הדין.¹²³

עריכת דין שיתופית מחייבת את עורך הדין לחשוב חשיבה הוליסטית על מכלול העניינים של הלקוח. כך, למשל, בהליך גירושין הלקוח ועורך הדין אינם מתמקדים רק בנרטיב המשפטי המוגבל לדיון במשמורת ילדים, הסדרי ראייה וחלוקת רכוש אלא דנים במכלול ההשפעות של ההליך על המשפחה. השיח כולל גם עובדות "לא רלוונטיות" לשיח המשפטי כגון חששות ופחדים, רגשות פגועים, העתיד הלא ברור. בשיח כזה, הלקוח נמצא במרכז והוא משתתף פעיל בהליך ולעורך הדין אין כל מומחיות עדיפה. שיח זה שעורך הדין מנהל עם הלקוח מבוסס על הנרטיב של הלקוח ואינו כופה נרטיב משפטי התואם מסגרת משפטית כלשהי.¹²⁴ סביר להניח שגם בעריכת דין שיתופית יהיו עורכי הדין דומיננטיים בעיצוב טובת הלקוח ורצונותיו, אלא שאלה יעוצבו באופן שיתופי ולא יריבותי.

חובת הנאמנות ללקוח מחייבת את עורך הדין ליידע את הלקוח באשר לשלל אפשרויות ניהול הסכסוך, לרבות הליכים שיתופיים.¹²⁵ כפי שחובה לפרוס לפני הלקוח את כל החלופות השיפוטיות, הנאמנות ללקוח מחייבת לכלול גם את החובה לפרוס את מלוא החלופות השיתופיות. כך, לדוגמה, כאשר אישה המבקשת להתגרש

ETHICS IN PRACTICE: LAWYERS' ROLES RESPONSIBILITIES AND REGULATION 165

(Deborah L. Rhode ed., 2000)

THE NEW LAWYER, לעיל ה"ש 61, בעמ' 126-127. 122

שם, בעמ' 128. 123

שם, בעמ' 137. 124

להצעה זהה בעניין עורכי דין באוסטרליה, ראו: Gutman, *Litigation as a Measure of Last* 125

Resort, לעיל ה"ש 31.

פונה לעורכת דין, עורכת הדין חייבת להציג לפנייה לא רק את החלופות השיפוטיות (הגשת תביעה בבית הדין הרבני לעומת הגשת תביעה בבית משפט לענייני משפחה) אלא גם את החלופות השיתופיות, ובייחוד הפנייה לגישור וההליך של גירושין בשיתוף פעולה. לדעתנו, אי-הצגת החלופות השיתופיות היא גם בגדר רשלנות מקצועית מצד עורך הדין. סטנדרט ההתנהגות הסביר הנדרש מעורך הדין כיום כולל הכרה של החלופות השיתופיות. עורך דין שאינו בקיא בחלופות אלה ואינו מציע אותן ללקוח, רשולן בדיוק כמו עורך דין שאינו בקיא בחוק ואינו מציין לפני הלקוח את מועד ההתיישנות של תביעתו.¹²⁶

אין די בהצגה סתמית של החלופות השיתופיות. עורך הדין חייב להסביר בפירוט את מאפייני החלופות, לרבות הסיכויים והסיכונים שבבחירת ניהול הסכסוך בחלופה מסוימת.¹²⁷ כך, למשל, קבע בית המשפט המחוזי בחיפה שהייתה רשלנות מקצועית מצד עורך הדין ופסק ללקוחו פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה משום שעורך הדין הציע ללקוח להסכים להצעת בית המשפט לדון בתביעת הנזיקין לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] בלי שהסביר לו את מגבלות הדיון והסיכונים שבו. סעיף זה של שפיטה הסדרית מאפשר לבית המשפט לפסוק לפי שיקול דעתו בלא תחולת הדין המהותי, סדרי הדין ודיני הראיות. הרשלנות התבטאה בכך שעורך הדין לא הסביר ללקוח את המגבלות והסיכונים בהליך זה ובייחוד הצמצום הניכר של האפשרות לערער על פסק דין שניתן בו.¹²⁸ בית המשפט הסביר: "במצב דברים זה קיימת חובה על עורך הדין להעמיד לרשות הלקוח, טרם הסכמה לדיון בדרך זו, את המידע המלא על צורת דיון זו ועל ההגבלות הנובעות ממנה והמשמעויות שיש לה, הן לעניין ההכרעה בהתדיינות גופה, והן בעניין צמצום – עד כדי שלילה כמעט – של אפשרות הערעור".¹²⁹

חיוזק לטענה זו נמצא גם בפסק הדין בפרשת **קבוצת גיאות**,¹³⁰ בפסק דין זה קבע בית המשפט שעורך דין המייצג לקוח בסכסוך, חייב להסביר ללקוח את המשמעות

¹²⁶ ראו לדוגמא: ת"א (שלום חי') 1044-10-09 **מרזוק נ' עו"ד מדלג'**, תק-של 2012 (3) 41527 (2012), שם נקבעה רשלנות בשל הגשת התביעה רק לאחר שתמה תקופת ההתיישנות ובלא כל צידוק, מה שהכביד וחייב את התובע, לאחר שהחליף עורך דין, לטעון באריכות לעניין ההתיישנות.

¹²⁷ לכן חשוב מאוד לעדכן את החינוך המשפטי בארץ באופן שיעניק לעורך הדין ידע וכלים בתחום ניהול סכסוכים ויישובם. על הצורך בכך ומודל מוצע, ראו: קרני פרלמן, חינוך משפטי הולם, לעיל ה"ש 72.

¹²⁸ ת"א (מחוזי חי') 907/05 **מרקו נ' איילון חברה לביטוח בע"מ (התביעה נמחקה)**, תק-מח 2010 (3) 14120 (2010).

¹²⁹ שם, בעמ' 10; ראו גם: חמי בן-נון ועמוס גבריאלי "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי-המשפט, התשמ"ד-1984 "הפרקליט מו"ב) 257 (תשס"ג-תשס"ד).

¹³⁰ ת"א (מחוזי ת"א) 11131-06-10 **קבוצת גיאות בע"מ נ' גולדפרב לוי ערן מאירי ושו"ת**, תק-מח 2012 (3) 9484, פס' 64 (2012) (להלן: "פרשת קבוצת גיאות").

של הליך בוררות, לכל סיכוניו וסיכוייו. כאשר נשקלת האפשרות לנהלו. עם זאת צוין כי ניתן להניח שיש ללקוחות ידע והבנה של משמעות ההליך כאשר הם אנשי עסקים מנוסים, אשר חתמו בעבר על הסכמים רבים הכוללים סעיפי בוררות (בפרשת **קבוצת גיאות** נדחתה טענת התובעת נגד הנתבעים אשר ייצגו אותה בהליך הבוררות ונקבע שהצעת עורכי הדין לנהל את הסכסוך בהליך של בוררות בנסיבות המפורטות שם לא הייתה רשלנית).

עריכת דין שיתופית מביאה למודל אחר של יחסי עורך דין-לקוח. זוהי מערכת יחסים המבוססת על שיתוף פעולה והלקוח ניצב במרכזו. עורך הדין אינו עוד הדומיננטי, אינו מנווט את ההליך בשביל הלקוח, אלא הלקוח מעורב בניווט, מבקש לדעת הרבה ולקחת חלק ניכר בתהליך. עורך הדין נדרש לחלוק את השליטה בתיק ואת קבלת ההחלטות בו עם הלקוח. מדובר במשימה לא פשוטה לרבים מעורכי הדין הרגילים לאחוז לבדם במושכות.

שוני זה מתחדד כאשר עורך הדין האדוורסרי, הרגיל להיות בשליטה, מייצג את לקוחו בהליך גישור. כאמור, בהליך שיתופי זה הלקוח מתבקש להיות מעורב ולתרום לניהול ההליך עד יישוב הסכסוך. עורך דין הנוקט גישה אדוורסרית עלול להורות ללקוחו להימנע מלומר דברים מסוימים במהלך השיבה היות שהוא רוצה לשמור אותם כ"הפתעה" במשפט. עורך הדין משתמש בהתוויית כיוון אדוורסרית במקום שבו מתבקשים שיתוף פעולה וגילוי. עדיף שעורך הדין ישוחח מראש עם הלקוח ויתווה עמו אסטרטגיה המתאימה להליך גישור (חלוקת השיח שהוזכרה לעיל קשורה גם לחלוקה בגישה לבירור עובדתי לעומת בירור של טענות משפטיות, מענה על שאלות ועוד). זה הוא מובנו האמיתי של שיתוף פעולה שצריך להתקיים בין עורך הדין ללקוח. יתרה מזו, חשיבה אדוורסרית עלולה לחסום את עורך הדין ולמנוע ממנו לאתר עם הלקוח פתרון יצירתי טוב יותר לסכסוך, פתרון שיכול לעלות בגישור.¹³¹

עורך הדין והלקוח נדרשים לנתח יחד, לנמק את עמדותיהם (ואולי להתווכח) ולבסוף לבחור בדרך הפעולה הנראית להם נכונה בנסיבות העניין. עורכי הדין צריכים להשיא את העצה המקצועית הטובה ביותר ללקוח, בלא פטרנליזם. לדוגמה, כאשר הצד שכנגד מציע הצעת פשרה עוד בטרם הוגשה התביעה לבית המשפט, ועורך הדין חושב שזו הצעה נמוכה למדי, אזי לפי המודל הישן של יחסי עורך דין-לקוח, שבו עורך הדין שולט בהתוויית מסלול הפעולה וכל השיח מבוסס על נרטיב משפטי, ימליץ עורך הדין ללקוח לדחות את ההצעה, שכן בית המשפט עשוי לפסוק לו יותר. לפי המודל החדש של שיתוף פעולה, על עורך הדין להניח בצד את עמדתו הנחרצת, ועם הלקוח יחד לנתח את שאלת הסיכונים והסיכויים הטמונים בהצעה זו ולדון בה. נזכיר שהשיח המשותף כולל גם התחשבות ברגשות הלקוח וברצונותיו אשר בגישה האדוורסרית נחשבו לבלתי רלוונטיים לשיח המשפטי. בגישה השיתופית יש

¹³¹ Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver*, לעיל ה"ש 67, בעמ' 796-797.

לשיקולים אלה משקל ורלוונטיות לגיבוש החלטה סופית שיקבל הלקוח בעניין הצעת הפשרה. למשל, רצונו לסיים את הסכסוך במהרה כדי שיוכל להתפנות להקים עסק חדש, לשמור על שמו הטוב בשוק העבודה, או לאפשר המשך מערכת יחסים טובה במשפחה יישקלו בכובד ראש.

המודל החדש של יחסי עורך דין-לקוח בא גם הוא לידי ביטוי בפרשת **קבוצת גיאות**. פסק הדין בעניין זה דן בתביעת רשלנות שהוגשה נגד עורכי דין. תביעה זו כללה, בין השאר, שתי טענות לרשלנות מקצועית בייצוג התובעת במשא ומתן לפשרה. טענת הרשלנות הראשונה הייתה שעורכי הדין לא הסבירו ללקוחות (כאמור, על פי דברי בית המשפט – אנשי עסקים מנוסים), את מובנה של הצעת פשרה, שבדיעבד (לאחר שניתן פסק הבוררות) התבררה כמצוינת. לפי טענת הרשלנות השנייה, שנגעה לאותה הצעת פשרה, עורכי הדין ולא הלקוחות הם שהחליטו לדחות את הצעת הפשרה. השופטת רונן הסבירה בפסק הדין שעל עורך הדין לסייע ללקוח לשקול את הצעת הפשרה, לבחון אותה לעומת האפשרות להמשיך בהליך המשפטי, להעריך את הסיכונים והסיכויים בכל אפשרות, ולהמליץ ללקוח על דרך הפעולה. הלקוח "הוא זה שצריך להחליט אם לקחת על עצמו את הסיכון של המשך ההליכים, או להסכים להצעת הפשרה".¹³²

בפרשת **קבוצת גיאות** הבחין בית המשפט בין מצב שבו עורך הדין מנהל את המגעים לפשרה לבין מגעים שהלקוח מנהל בעצמו. "חובתו של עורך הדין מתעצמת אם הוא זה אשר מנהל בעצמו את מגעי הפשרה, ופוחתת כאשר הלקוח לוקח על עצמו לנהל את המגעים".¹³³

בית המשפט המשיך והסביר את הדרך שבה עורך הדין אמור לסייע ללקוח כדי לקבל החלטה מושכלת: "כדי לקבל החלטה מושכלת בהתייחס להצעת הפשרה, היה מקום כי הנתבעת [משרד עורכי הדין] תסייע לתובעת להעריך את תוחלת הסיכון ביחס לכול אחת משתי דרכי הפעולה. באשר לאפשרות להמשיך בהליך, היה מקום לכמת את הסיכוי שטענת ההפרה של התובעת תתקבל [...]".¹³⁴ וכך המשיך בית המשפט להציג ולחשב את הסיכוי והסיכון שבכל אפשרות לפי מצב הדברים שהיה באותה עת. מרתק בעינינו שאחד השיקולים שהיה על עורך הדין לשקלל היא נטיית לבו של הלקוח לקבל עליו סיכון אפשרי – האם הלקוח הוא "אוהב" או "שונא" סיכון, שיקול שאינו ממוקד באומדן הסיכוי או הסיכון של זכויות וחובות אך רלוונטי מאוד להחלטה.¹³⁵

נבהיר שבפרשת **קבוצת גיאות** נדחו שתי טענות הרשלנות שנגעו לייצוג בשלב

¹³² פרשת **קבוצת גיאות**, לעיל ה"ש 130, פס' 71.

¹³³ שם.

¹³⁴ שם, פס' 84–85.

¹³⁵ שם, פס' 85, 88. באותו מקרה הסיק בית המשפט כי הלקוח הוא "אוהב סיכון" ולכן העדיף להמשיך בהליך חרף הצעת הפשרה.

הצעת הפשרה. הטענות נדחו עובדתית על ידי בית המשפט היות שנקבע שעורכי הדין אכן ניהלו דיון עם הלקוחות בנושא הפשרה המוצעת וכי ההחלטה הסופית לדחות את הצעת הפשרה הייתה של הלקוחות ולא של עורכי הדין.¹³⁶

מאפיין אחר של ההתנהלות השיתופית הוא היקף המידע המועבר בין הלקוח לעורך דינו וטיבו של אותו מידע. הסיבות להבדל הן טיבם של ההליכים השיתופיים ומעורבות הלקוח בהם. הכנה להליך גישור מחייבת את עורך הדין לשוחח עם לקוחו ולקבל ממנו מידע רב יותר ומסוג שונה מזה הנדרש להכנת כתבי טענות בבית המשפט (כגון פתרונות אפשריים מבחינתו אשר אינם כתובים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970). הלקוח מעורב בתכנון הגישור והוא מביא את רגשותיו ורצונותיו לגישור.¹³⁷ התוצאה היא שעורך הדין צריך לאמץ התנהלות מקצועית אחרת הואיל ועליו לנהל עם הלקוח שיח אחר ורחב יותר, לא שיח המיועד לאיתור זכויות בלבד אלא גם שיח של בירור רצונות, רגשות ומטרות עדכניים.

כאשר מדובר בהליך שיתופי של גירושין בשיתוף פעולה, חלק מההליך מנוהל בלא נוכחות עורך הדין, למשל במקרה שכיח של פגישה אישית בין יועץ משברים ללקוח. חלק מקידום ההליך מתבצע אפוא באמצעות אנשי הצוות המטפל בסכסוך. עורך דין בגישה האדוורסרית עלול לחשוש מאיבוד השליטה הבלבדית בניהול התיק. עורך דין בגישה השיתופית בקיא בהתנהלות בתוך צוות, בקבלת מידע ובהעברתו, ובשיתוף הלקוח בהתנהלות הכוללת.¹³⁸

גם בהליכים שיתופיים לא תמיד הלקוח יודע כיצד להיות מעורב בהליך ולא תמיד יבקש להיות מעורב בו אלא יעדיף שעורך הדין (או שאר אנשי המקצוע) ינהלו את הסכסוך בשבילו. במקרים כאלה תפקיד עורך הדין הוא להדריך את הלקוח איך להיות מעורב ובמה הוא יכול לתרום לשיתוף הפעולה ביניהם. במקרים אלה על עורך הדין להיזהר מפטרנליזם ומדומיננטיות ולהשקיע דווקא בחינוך הלקוח ובהדרכתו לקחת חלק בתכנון ובקבלת ההחלטות.¹³⁹ התנהלות מקצועית זו לא נדרשה מעורך הדין לפי הגישה האדוורסרית אשר הניחה מעורבות פחותה של הלקוח ושליטה דומיננטית של עורך הדין.

חלק חשוב בפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה של עורכי הדין נוגע ליחס כלפי הצד שכנגד. עריכת דין אדוורסרית רואה בצד שכנגד יריב שיש להכניע כדי שרק הלקוח ינצח.¹⁴⁰ אמנם כללי האתיקה של עורכי הדין מטילים חובות התנהגות מסוימות כלפי הצד שכנגד (הכללים יידונו בהמשך), והפסיקה בתחום דיני הנזיקין הרחיבה מאוד את חובות עורך הדין כלפי צד שכנגד, בעיקר זה שאינו מיוצג, אך עדיין

136 שם, פס' 86.

137 THE NEW LAWYER, לעיל ה"ש 61, בעמ' 139-140.

138 שם, בעמ' 141-142.

139 שם, בעמ' 142.

140 שם, בעמ' 205-210.

מדובר באיים בתוך ים של ריחוק ועוינות כלפי הצד שכנגד.¹⁴¹ מנגד, בעריכת דין שיתופית, הואיל ועורך הדין השיתופי מחפש את הפתרון הטוב ביותר לשני הצדדים בלי לפגוע בצד שכנגד, היחס בינו לבין הצד שכנגד שונה באופן מהותי מזה של עורך הדין האדוורסרי. לא נגזים אם נאמר שמדובר בשינוי מהותי ועמוק ביחסי עורך הדין והצד שכנגד המחייב את התאמת הכללים הקיימים.

חשוב להבין שגם בעריכת דין שיתופית, שבה עורך הדין נדרש להבין את הצד שכנגד, לכבדו ושלא לפגוע בו במכוון, נותר מתח בין חובת הנאמנות שלו ללקוח (שלמרות השינוי נותרה חובתו העיקרית) לחובתו כלפי הצד שכנגד. זהו מתח בלתי נמנע שעל עורך הדין להבינו ולנווט במסגרתו. לפי השיטה האדוורסרית המתח היה חזק יותר הואיל והצד שכנגד נחשב לאויב שיש להכניע בקרב משפטי.¹⁴²

השינוי הראשון בהתנהלות עורך הדין בתחום זה ראוי שיתחיל בסממן חיצוני אך מהותי כל כך ליחסי עורך הדין והצד שכנגד – התבטאויות עורך הדין עליו וכלפיו. עריכת דין שיתופית מחייבת את עורכי הדין לוותר על השפה הלוחמנית שכה מאפיינת את עריכת הדין האדוורסרית. תחומי משפט כמו דיני משפחה מתאפיינים כיום בשימוש בשפה פוגענית כלפי הצד שכנגד. טקטיקה מקובלת אצל עורך הדין האדוורסרי היא להציג לפני בית המשפט את הצד האחר במערומיו, לפרט בלשון פוגעת את כל בעיותיו וחולשותיו, ויעידו על כך התלונות המוגשות ללשכת עורכי הדין העוסקות בהתבטאויות עורכי דין כלפי הצד שכנגד.¹⁴³ שונה מכך היא עריכת הדין השיתופית שבה עורך הדין מבקש שלא להסלים את הסכסוך אלא להגיע להבנות עם הצד האחר ועל כן אין מקום לשימוש בטקטיקה זו. עורך הדין השיתופי לא ירצה לפגוע בצד האחר ולהעליבו, אלא ינסה להגיע אתו לפתרון הבעיה. יש אפוא מקום לקביעת כלל מפורש שיאסור שימוש בלשון פוגענית.

הכלל הקיים כיום בכל הנוגע להתבטאות אלה עוסק רק בהליך בבית המשפט. כלל 33 לכללי האתיקה המקצועית קובע: "עורך דין יטען טענותיו לפני בית המשפט, בין בעל פה ובין בכתב, בדרך ארץ, תוך שמירה על כבוד הצד שכנגד ועל כבוד כל אדם הקשור בהליך השיפוטי". סעיף זה, ובעקבותיו כל הדיון בנושא התבטאויות עורך

¹⁴¹ לניתוח הפסיקה בנוזיקין שהרחיבה את חובת הזהירות של עורך הדין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג, ראו: לימור זר-גוטמן, "ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך-הדין" **דין ודברים** א 153, ה"ש 47 (תשס"ה); זיו, אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג, לעיל ה"ש 66.

¹⁴² THE NEW LAWYER, לעיל ה"ש 61, בעמ' 206.

¹⁴³ "התבטאות עורך דין כלפי צד שכנגד בכתב טענות" **אתיקה מקצועית** 17, 5 (2006); "התבטאות שאינה הולמת עורך דין" **אתיקה מקצועית** 14, 4 (2005); "התבטאות לא ראוייה בכתבי טענות כלפי צד שכנגד" **אתיקה מקצועית** 31, 7 (2009); "התבטאות כלפי עד בחקירה נגדית" **אתיקה מקצועית** 36, 4 (2010); "התבטאות בכתבי טענות" **אתיקה מקצועית** 46, 3 (2012); "התבטאות עורך דין: בכתבי טענות בבית משפט לענייני משפחה" **אתיקה מקצועית** 48, 6 (2012).

הדין כלפי הצד שכנגד, עוסק בהתבטאויות בהליכים שיפוטיים.¹⁴⁴ לדעתנו, נחוץ כלל חדש שלפיו תמיד יקפיד עורך הדין בעת בירור הליך משפטי על לשון מכובדת שאינה פוגעת בצד שכנגד. הכלל המוצע יחול על כלל ההליכים המשפטיים לבירור סכסוכים ולא דווקא הליכי שפיטה. כל התבטאות של עורך דין על הצד שכנגד או כלפיו בעת ניהול הליכים למיניהם, לרבות הליך גישור, תהיה מכובדת ולא פוגענית.

שני כללים נוספים העוסקים ביחס של עורך הדין אל הצד שכנגד הם כלל 23 לכללי האתיקה המקצועית, לפיו עורך הדין ינהג בצד שכנגד בדרך ארץ, וכלל 24 האוסר שימוש באיומים כלפי הצד שכנגד. בשונה מכלל 33, כללים אלה אינם מיוחדים רק להליך השפיטה ולכן הם יכולים להתאים גם לפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה. למרות האמור, אנו מציעות לחדד כללים אלה כדי שיהלמו את עריכת הדין השיתופית. קביעה שעורך הדין צריך לנהוג בדרך ארץ כלפי הצד האחר נכונה תמיד, אך אין היא משקפת את היחס הראוי במלואו המצופה מעורך הדין השיתופי. כלל מתאים יותר יסביר שעל עורך הדין לנהוג בצד האחר בדרך המכבדת את גרסתו לסיפור הסכסוך ואת האינטרסים שעליהם יבקש להגן. עליו לשתף עמו פעולה ככל שידרש לגיבוש פתרון אפשרי לסכסוך. כלל 24 האוסר השמעת איומים אינו מתאים כלל לפרדיגמה החדשה, שבה עצם המילה "איומים" אינה הולמת. מוצע אפוא לוותר עליו כליל ולהסתפק בכלל 23 בנוסחו החדש, המשקף יחס של כבוד כלפי הצד שכנגד ושיתוף פעולה עמו.

שינוי נוסף הנדרש בהתנהגות ובכללים הוא עיגון הפסיקה בדיני נזיקין, שכבר הרחיבה, כפי שצוין לעיל, את חובת עורך הדין כלפי צד כנגד בלתי מיוצג. פסיקה זו, שעסקה בייצוג אדוורסרי, תואמת מאוד את הגישה השיתופית, שכן היא מטילה על עורך הדין חובות גילוי כלפי הצד שכנגד¹⁴⁵ וחובה להימנע מלמסור מידע מטעה.¹⁴⁶ עריכת דין שיתופית עשויה לחייב את עורך הדין שלא למסור מידע מוטעה ואולי גם לגלות מידע לצד שכנגד כדי לקדם פתרון שייטיב עם צורכי שני הצדדים.

מאמר זה עוסק רק בשינויים הרוחביים המהותיים המתחייבים משינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית – שינויים בחובת הנאמנות ללקוח ובחובה כלפי הצד שכנגד, אך חשוב להדגיש שתידרש גם הסדרה בחוק של התנהגות עורכי הדין בחלק מההליכים השיתופיים. כך, למשל, תידרש הסדרת סוגיית הסודיות והחיסיון בהליכי

¹⁴⁴ לימור זר-גוטמן "התנהגות והתבטאות נאותה כלפי כל הצדדים להליך בבית המשפט" **אתיקה מקצועית** 3, 33 (2009); דרור ארד-אילון "איך אתה מדבר?" **אתיקה מקצועית** 1, 46 (2012).

¹⁴⁵ ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990); ע"א 6645/00 עו"ד ערד נ' ז'אק, פ"ד נו(5) 365 (2002).

¹⁴⁶ ע"א 2725/91 היינבוך נ' גלעדי, פ"ד מח(3) 92 (1994). השיקול השלישי שבית המשפט מצוין לאי-הטלת חובת זהירות באותו מקרה על עורך הדין של המוכרים כלפי הקונים הוא שהתנהגות עורך הדין לא כללה מסירת עובדה או מידע מטעים או מוטעים לצד שכנגד, אלא רק הימנעות ממתן יעוץ להם לדרוש בטוחה מלקוחותיו.

משפט בשיתוף פעולה שבהם עורך הדין משתתף בצוות הכולל אנשי מקצוע נוספים.¹⁴⁷ במשפט בשיתוף פעולה עולה גם הסוגיה של שיתוף אסור של מי שאינו עורך דין בעבודת עורך הדין, בהנחה שאנשי המקצוע בצוות שותפים לעבודה המשפטית של עורך הדין בתיק.¹⁴⁸ אשר לעורך הדין העובד כמגשר עולה שאלה אם אפשר ורצוי להחיל את הכללים הקיימים על עבודתו כמגשר (מה שכבר נעשה בפועל על ידי לשכת עורכי הדין)¹⁴⁹ או שצריך לחוקק כללים נפרדים ומיוחדים שיחולו עליו. סוגיות אלה וסוגיות רבות אחרות צפויות להעסיק את המחוקק ואת ועדות הלשכה בעתיד.

1. סיכום

בעשורים האחרונים אנו עדים לתמורה, שלא לומר מהפכה, המתחוללת בשיתוף המשפט – המעבר משיתוף משפט אדוורסרית לשיתוף משפט בה נהגת גם גישה שיתופית לניהול ויישוב סכסוכים. בארצות הברית זוהי תופעה מרכזית והשינוי ניכר וברור. בישראל מדובר בתופעה הצוברת תאוצה כשאותות השינוי כבר ניכרים ובאים לידי ביטוי מובהק בכמה הליכים הנוהגים בגישה שיתופית – הליכי גישור, ישיבות מהו"ת, משפט בשיתוף פעולה ושפיטה הסדרית שסכסוכים משפטיים רבים מתבררים במסגרתם.

התמורות הנזכרות לא פסחו על הפרופסיה של עורכי הדין אשר בעשורים האחרונים משתנה גם בה פרדיגמת ההתנהלות המקצועית. שינוי זה הוא מעבר מעריכת דין אדוורסרית לעריכת דין שיתופית. גם בישראל, תפקידו של עורך הדין

¹⁴⁷ חובת הסודיות המוטלת על עורך הדין בכל הנוגע למידע ולמסמכים שקיבל מטעם הלקוח קבועה בכלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986. חיסיון עורך דין-לקוח הפוטר את עורך הדין מהחובה להעיד על מידע ומסמכים שהועברו לו מטעם הלקוח בקשר לשירות המקצועי קבוע בס' 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. להרחבה ראו: לימור זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח באמצעות חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות האתית – קריאה לרפורמה" הפרקליט ספר וינר – על משפט פלילי ואתיקה 79 (2009).

¹⁴⁸ ס' 58 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 אוסר על עורך דין לעבוד בשותפות עם מי שאינו עורך דין. הפסיקה פירשה שני סוגי שותפויות האסורות: הראשונה, שותפות בעבודה של עורך הדין שעליה חל כלל ייחוד המקצוע בס' 20 לחוק; השנייה, שותפות בהכנסות עורך הדין. משפט בשיתוף פעולה עשוי להיחשב לסוג השותפות השני, ראו: בר"א (משמעת עו"ד ת"א) 21/82 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו נ' פלוני, פד"מ ג 116 (1981); בר"ם (משמעת עו"ד ת"א) 112/02 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו נ' פלוני, פס' 18 (פורסם בפדאור, 30.4.2003); "שותפות אסורה עם מי שאינו עורך דין" אתיקה מקצועית 38, 7 (2010); "אסורה שותפות בין עורך דין לרואה חשבון" כללי עיסוק אחר" אתיקה מקצועית 6, 8 (2004).
¹⁴⁹ "הקמת מרכז גישור במשרד עורך דין שהינו גם מגשר" אתיקה מקצועית 6, 7 (2003); "גישור: עורך דין העובד כמגשר" אתיקה מקצועית 37, 7-8 (2010).

המייצג לקוחות בהליכים לניהול ויישוב סכסוכים המתבצעים בגישה שיתופית משתנה שינוי של ממש בכמה רבדים שהוצגו בהרחבה במאמר.

שינוי פרדיגמת ההתנהלות המקצועית מחייב גם שינויים הולמים בהתנהגות עורכי הדין ובהסדרה של התנהגות זו בחוק. כללי האתיקה המקצועית הקבועים בשיטת המשפט הישראלית מבוססים על ייצוג אדוורסרי שבו החובה כלפי הלקוח והחובה כלפי הצד שכנגד נשאו אופי שונה מזה הנדרש בעריכת דין שיתופית. ייצוג לקוח בדרך שיתופית מעלה שאלות חדשות ומצריך גישה מיוחדת התואמת את הפרדיגמה החדשה של ההתנהלות המקצועית של עורכי הדין.

המאמר אינו מתיימר לכסות את כל השינויים המתרחשים והנדרשים בפרדיגמת ההתנהלות המקצועית החדשה של עורכי דין אלא להאיר את התופעה שכבר מתרחשת ולתת כלים ראשוניים להבנת תפקידו של עורך הדין פותר הבעיות. המאמר סקר הליכים שיתופיים במשפט הישראלי הנוהג ודרכים לייצוג נאות במסגרתם. המאמר הציג במפורט שניים מהשינויים המהותיים שעריכת דין שיתופית מחייבת: שינוי מובנה של חובת הנאמנות ללקוח ושינוי בחובת עורך הדין כלפי הצד שכנגד. חלק מהתפיסות החדשות כבר מיושמות על ידי בתי המשפט בישראל, אך אנו סבורות שארוכה הדרך עד להטמעה מלאה של הפרדיגמה החדשה בקרב עורכי הדין, פרדיגמה שיש לברך על התפתחותה.