

# תוכן העניינים

11	הקדמה
13	מבוא

## חלק ראשון: מערכות ליישוב סכסוכים והמשפט

	פרק ראשון
	יישוב סכסוכים: מיפוי שחקנים
25	
27	א. הפרגמטיסטים
28	ב. מקדמי איכות ביישוב סכסוכים
29	ג. תנועת גישה לצדק (Access to Justice)
31	ד. התנגדות למשפט
33	ה. אסטרטגיות וכשלים
35	ו. ה'ריאליסטים' במשפט
36	ז. התנגדות ל-ADR
37	ח. תורת משפט טיפולית (Therapeutic Jurisprudence)

	פרק שני
	לון פולר ופונקציות המשפט והגישור
39	
39	א. פולר כדמות ייחודית בעולם הגישור והמשפט
43	ב. הצורה והגבולות של המוסדות החברתיים אצל פולר
54	ג. מאפייני הגישור לפי פולר
66	ד. גישור, משפט ומה שביניהם
68	ה. על פונקציות של המשפט ושל הגישור

## פרק שלישי

74	תנועת ה־ADR כתופעה חברתית-היסטורית
74	א. ועידת פאונד וזעקת העומס בבתי המשפט
89	ב. הליכים בבית משפט רב דלתות: תצוגה חלקית
92	ג. התאמת הפורום לעניין: מיון סכסוכים וניהולם בבית משפט מרובה דלתות
95	ד. התפשטות והתמסדות מערכות ADR בארצות הברית ובישראל: מיישוב סכסוכים לניהול קונפליקטים

## פרק רביעי

107	התנגדות לגישור והצגתו כתנועה חברתית שמרנית
107	א. השלב הראשון: התנגדות לגישור משמאל וממרכז
109	ב. התנגדות להפרטת הצדק שבגישור
118	ג. ערעור על בהלת העומס
125	ד. ערעור על תפיסת הסכסוך של ADR והצגת הנחת 'ההבניה החברתית'
130	ה. צדק לא פורמלי בחברה מודרנית כמנגנון לדיכוי והרחבת השליטה
134	ו. התנגדויות והסכמות פמיניסטיות
140	ז. השלב הנוכחי: לאן הלכו המבקרים?

## פרק חמישי

144	הגישור כתופעה רעיונית לצד תורות משפט משתנות
144	א. משפט וגישור כשאלות של זמן ומקום: מבט כולל
145	ב. הפרגמטיזם האמריקני בחברה ובמשפט
151	ג. אסכולת ההליך המשפטי: משפט כפשרה מוסדית וכאיזון אינטרסים
164	ד. הדור שאחרי ההליך המשפטי: פרגמטיסטים משמאל, מימין ובמרכז
172	ה. הגרסה הישראלית: מפורמליזם לערכים ומהגמוניה לרב־תרבותיות

## חלק שני: שיח הגישור: מיפוי תיאורטי

### פרק שישי

181 גישור: אנטומיה של סגנונות מתחלפים

181 א. גישור כהליך המובהק ליישוב סכסוכים וביטוייו

187 ב. שפות הגישור: סגנונות מעשיים בין פרדיגמות תיאורטיות

195 ג. אתיקה מרובת קולות

### פרק שביעי

#### הפרדיגמה המדעית-רציונלית:

205 בין תורת המשחקים, פילוסופיית צרכים וכשלים מבניים

205 א. מבוא

206 ב. תורת המשחקים, הטיות בשיפוט ופילוסופיית צרכים

211 ג. כשלים אסטרטגיים וטקטיים

213 ד. כשלים קוגניטיביים

224 ה. כשלים מוסדיים או מבניים

226 ו. התגברות על כשלים: עצות לנושאים ונותנים

232 ז. מגבלות שפת הכשלים: ביקורת, עימות וניסוח מחדש

### פרק שמיני

#### המודל הפרגמטי:

238 התערבות במציאות, פתרון בעיות וחשיבה עסקית

238 א. הקדמה

239 ב. הקפיצה הפרגמטית

247 ג. כללי ניהול הגישור

258 ד. השקפת עולם, ביקורת והשראת הפרגמטיזם האמריקני

### פרק תשיעי

#### המודל הטרנספורמטיבי:

262 ההתמקדות בחדר הפנימי וחזרה אל ההליך

262 א. השתלבות המודל בהתפתחות שיח הגישור

271 ב. יסודות הגישה הטרנספורמטיבית

280 ג. הקשר תרבותי וביקורת

פרק עשירי

הגישור הנרטיבי:

- פירוק תוך חיפוש סיפור אלטרנטיבי
- 292
- 292 א. מבוא
- 293 ב. ביקורת על מודלים קודמים ותפיסת עולם
- 296 ג. עיקרי הגישור הנרטיבי
- 299 ד. כתיבה משותפת, סקרנות ויחסי כוח
- 301 ה. ייחודו של המודל
- 303 ו. מיקום, מיפוי וביקורת

פרק אחד עשר

המודל הבינתרבותי:

- שיח זהות בתוך פסיפס של השתייכויות
- 308
- 308 א. נקודת מפגש בין פילוסופיה פוליטית לספרות מעשית
- 310 ב. משא ומתן בינתרבותי: עקרונות יסוד וקשרים עם מודלים קודמים
- 326 ג. ארבעה שלבים של זהות ושלושה של תרבות
- 335 ד. רב־תרבותיות רזה ועבה בגישור ושיח זהות
- 337 ה. סיפורי חיים ככלי העבודה המרכזי של גישור בינתרבותי
- 340 ו. מודל גישור בינתרבותי: קווי מתאר

פרק שנים עשר

הפרדיגמה הפרשנית:

- המפנה הפרשני במשפט ובגישור ושפת הפרדוקס
- 342
- 342 א. פרשנות כנקודת המשען והקשר למשפט
- 346 ב. הנחות מרכזיות והציווי הכפול
- 360 ביבליוגרפיה
- 391 מפתח שמות
- 397 מפתח עניינים

## הקדמה

במשך שש השנים שחלפו מאז חזרתי מארצות הברית, לאחר שכתבתי את הדוקטורט שלי בנושא יישוב סכסוכים ותורת המשפט באוניברסיטת הארוורד, אני מלמדת נושאים אלה בעיקר באוניברסיטת בר-אילן, אך גם במוסדות אקדמיים נוספים. הידע התיאורטי המצטבר שנאסף והתפתח במהלך פעילות אקדמית זו נהפך לנחלתם של סטודנטים רבים לתואר ראשון, לתואר שני ואף של תלמידי דוקטורט, ומצאתי את עצמי יוצרת מילון משלי עבור התחום המתפתח בארץ, ומעמידה תלמידים ותלמידות המשתמשים בשפה זו. הרעיון לכתוב ספר שיעביר רעיונות אלו גם לקהל האקדמי והמקצועי הרחב יותר, ואשר יעגן בטקסט ערוך וכרוך את המשנה שבעל פה שלימדתי, הוצע לי על ידי חברתי הטובה פרופ' שולמית אלמוג מאוניברסיטת חיפה, ואני שמחתי על הצעתה ועל העידוד של הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה לכתובת מפעל זה.

הספר מיועד לכל המוצא עניין בגישור כפרקטיקה, כשפה וכתרבות, ועל כן על אף אופיו האקדמי, אינני מייחדת אותו לאנשי אקדמיה, מגשרים ותלמידי יישוב סכסוכים, אם כי סביר להניח שאלה ימצאו בו עניין מיוחד.

אני מודה לקהילה החמה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן אשר התירה לי להתנסות בתהליך המורכב של הוראה וכתובה, ואשר סיפקה לי תמיכה מרבית בתהליכי הקליטה המחודשת בארץ ובאוניברסיטה; לצוות התכנית הבינתחומית ליישוב סכסוכים ומשא ומתן באוניברסיטת בר-אילן, אשר העניק לי אפשרות למפגש בינתחומי ייחודי עם תלמידי התכנית; לבית הספר למשפטים במכללה למינהל על ששילב אותי בפעילות הוראה ויצירה גם במכון התיאורטי לחקר יישוב סכסוכים והגישור אשר פועל במסגרתו; לאוניברסיטת תל אביב, על הסטודנטים הפעילים לתארים מתקדמים אשר לימדתי בין כתליה; למשרד המשפטים: האגף לגישור וליישוב סכסוכים, אשר בזכות הפועלים והפועלות הנמרצים שבתוכו הצלחתי לשלב מעש בתיאוריה, ולהבין קצת יותר את שניהם לנוכח המפגש ביניהם.

עזרו לי בהכנת הספר: חן כהן, רויטל רוטנשטיין, אלעד פינקלשטיין, אסתי שחף, אורית רוזנבך, נעמה דוידוביץ' וסטודנטים נוספים שהצטרפו למהלך העריכה

האחרון שלו ועל כך תודה. תודה גם לעורכת הדין דפנה שוופי מהוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה על העריכה המעולה, על העזרה ועל הסבלנות. תודות מגיעות גם לממונה על הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, שרון חנוכה בן-שימול ולמרכזת ההוצאה, שושי לבר, על טיפולן המסור במלאכת הפקת הספר. וכמובן להוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס השותפה למפעל זה.

לבסוף הקרובים לי ביותר: בן זוגי וחברי הטוב נרב דוידוביץ', ילדיי דור, שיר ורון-דב, אמי שרה אלברשטיין, משפחתי הרחבה יותר וחברי הקרוב רועי עמית, הם האנשים שנותנים את הכוח היומיומי, את האהבה והתקווה, יחד עם כל האחרים, ליצור ולשנות, גם במציאות הסכסוכים הקשה הקרובה והרחוקה יותר, שאותה אנו חווים בשנים האחרונות. העבודה על הקשר ועל הגישור במעגל המצומצם ביותר היא דוגמה וראשית למעגלים רחבים יותר, והתקווה שעולה מאזורים פרטיים אלה שלנו, נראית לי לעתים כהבטחת אפשרות לשינוי מציאות זו בעתיד.

מיכל אלברשטיין, תל-אביב 2007

## מבוא

גישור הוא הליך שבו צד שלישי המכונה 'מגשר' או 'מגשרת' מתערב בסכסוך בין שני צדדים או יותר ומסייע להם להגיע לכלל הסכמה. תהליך הגישור כולל פירוק שיח העמדות הקוטבי, שהתפתח בין הצדדים לסכסוך, תוך ניסוח מחדש של הסכסוך והבעיה שביסודו וחיפוש פתרונות יצירתיים. הנחת המוצא של הספר היא שגישור אינו רק פרקטיקה הנרכשת בהכשרה מעשית, או רפורמה במערכת המשפט הישראלית. הגישור הוא דוגמה מובהקת ליישוב סכסוכים בדרכי שלום, והוא מייצג תפיסת עולם אשר באה לידי ביטוי ברבדים שונים של התרבות ושל הכתיבה האקדמית. הספר מנסה לספק פרספקטיבה עכשווית על הגישור, שתקשר אותו לתהליכים בתוך המשפט, ותנסה למקם אותו בשדה החברתי-תרבותי. שמו של הספר – תורת הגישור – מעיד על יסודותיו שהם עיון בגישור, בקשריו עם המשפט ועם תורת המשפט, תוך הדגשת הגיוון המאפיין את שיח הגישור המתבטא למעשה בקיומן של תורות הגישור.

## מהלך הספר

מהמפגש המתואר לעיל מתבהרים גם שני חלקיו של הספר: הראשון מציג את התופעה ההיסטורית של עליית העניין ביישוב סכסוכים בכלל, ואת הקמתה של תנועת ה-ADR (Alternative Dispute Resolution) בארצות הברית והתגובות שלהן זכתה בפרט. השני מציג נרטיב פנימי של התפתחות ושפות מתחלפות המייצגות את ההליך המרכזי של יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות – הוא הגישור. בכותרתו של הספר ניכר הקשר בין חלקיו שכן הגישור, הליך שלכאורה עומד לעצמו, מוצג כל העת לעומת השפיטה, כתחליף אפשרי לה, כצורה של סדר חברתי, כרעיון שכבר מצוי בתפיסות מתחום תורת המשפט שקדמו לו, כמושפע מהמשפט, וכנענה לבעיות שהוא מציב. הגישור והשפיטה מוצגים למעשה כחלק מהתופעה הרחבה יותר הנקראת – 'משפט', ולכן תורת הגישור היא ביטוי לעיון ביישוב סכסוכים מזווית עיונית ומשפטית בעיקר. התופעה של יישוב סכסוכים בכלל, הנסקרת בחלק

מהספר, נבלעת אפוא בכותרת "גישור". חיבור זה תוחם את הממשק המיוחד של הספר במסגרת ספרות יישוב הסכסוכים הקיימת: מדובר בהסכרת הגישור, ההליך המובהק של יישוב הסכסוכים, כתופעה רעיונית המצויה בדיאלוג עם השפיטה, המגיבה עליה, מנסה לעתים להחליפה, ומשמשת לאתגור הנחות המוצא שלה. הגישור מוצג כתחום המתמודד עם בעיות דומות לאלו שעמן מתמודד ההליך המשפטי, בעיות כגון שוויון, צדק חלוקתי, הגנה על זכויות והגינות ההליך. הוא עצמו מוצג כתרבות וכפרשנות המתפתחות בהתאם לזמן ולמקום. בסופו של הספר אף מוצג היבט פרשני מובהק של הגישור אשר נשאב ומיובא מהשפיטה, ומשמש לכינון פרדיגמה פרשנית בגישור המשלבת תודעת זכויות עם טיפול וריפוי. תהליכי מיקח וממכר אלו, או אולי שאילה ומתן בסתר, מצביעים על הקרבה המשפחתית הרבה בין הגישור למשפט, ועל הצורך בעירוב תחומין כדי לפתח גשר של כבוד בין הדיסציפלינות. כאשר יתפס הגישור כמרוכה תורות, כבעל עומק תיאורטי, וכמבטא רעיונות ואידיאלים דומים לאלו של המשפט, יוכל הוא להפסיק להיחשב לפרקטיקה אלטרנטיבית וחד-ממדית המתבצעת בשולי הפרוצדורה המשפטית, האזרחית או הפלילית. הוא ייחשב לחלק מהמשפט. הגישור כשיח מורכב וכבעל תוכן יוצב כמי שמצוי בדיאלוג עם השפיטה ומנסה להכיל חלק מבעיותיה.

בחלק הראשון, בתיאור תופעת עליית העניין ביישוב סכסוכים בארצות הברית של שנות השבעים, יוצג המשפטן התיאורטיקן, הנחשב לאב הרעיוני של העיסוק ביישוב סכסוכים, לון פולר (Fuller), ולאחריו יוצג האב המעשי, הנחשב למייסד תנועת ה-ADR, פרנק סנדר (Sander); ייבחן שינוי מערכת בתי המשפט ויתואר תהליך החלפת רעיון ההכרעה ברעיון של מתן שירות יישוב סכסוכים; תוצג בהלת העומס כרקע להתעוררות התנועה ליישוב סכסוכים וייבדק הרקע להתעוררותה; יוצגו השינויים הניהוליים שעבר ההליך המשפטי בד בבד עם עליית ה-ADR; ייסקר הקשר בין גישור לבין רעיונות של פורמליזם ואנטי-פורמליזם בתחום המשפט והקשר לפרגמטיזם האמריקני; תיבחן סוגיית זכויות האדם והליכים אלטרנטיביים; ייבחן הקשר בין מגדר לגישור ועוד סוגיות שונות. כל זאת ייעשה תוך הבחנה בין תקופת הקמת התנועה, אשר בה היא נתפסה כמהפכנית, אלטרנטיבית למשפט ואחרת, ואף עוררה התנגדויות רבות, ובין התקופה המאוחרת יותר, לאחר כעשרים שנה, היא תקופת התמסדותה. הואיל והגישור הובא לישראל בעשור האחרון בלבד, אך זכה לפיתוח מואץ ולתשומת לב ציבורית רבה, הטענה תהיה כי אנו מצויים בתקופה משולבת של הקמה והתמסדות גם יחד, ויכולים בהקשר זה אף ללמוד מהניסיון שנרכש במקומות אחרים ולחסוך בכאבי התבגרות.

חלקו השני של הספר עוסק במיפוי תיאורטי של שיח הגישור על פי המודלים השונים, המייצגים שפות מובחנות המתפתחות על רקע הרעיונות המשתנים בתרבות המשפטית והכללית, ועל רקע הדינמיקות הפנימיות של הפרופסיה המתהווה. בחלק זה יוצגו שתי פרדיגמות תיאורטיות רחבות, זו של מדעי החברה

המכונה 'מדעית-רציונלית', וזו של מדעי הרוח המכונה 'פרשנית', כתיאוריות החולשות על המודלים השונים ומסבירות את מנעד האפשרויות להבניית פרקטיקת ההתערבות בסכסוך. המודלים השונים יראו מעבר מתפיסה פוזיטיביסטית ורציונלית על פי המודל הפרגמטי, דרך תפיסה קישורית (relational) מנוגדת על פי המודל הטרנספורמטיבי, אל רעיון פרשני של הגישור כפעולת כתיבה משותפת על פי המודל הנרטיבי. המודל הבינתרבותי יוסיף לבסוף את ממד התרבות וההקשר, לרבות הקשר לזהות ולתרבות ולהתפתחות מושגים אלה בהתאמה בחשיבה המערבית. מודל זה יוצג כמפותח וכמורכב מבין כל המודלים, שכן הוא כולל רגישות לעצם תרבות יישוב הסכסוך, המובנית בכל פעם מחדש, משלב את ההתבוננות הנרטיבית והחשיבה על תודעה חברתית וזכויות, ולמעשה משמש מעין מבוא לספר מתקדם יותר בסוגיית יישוב הסכסוכים, המיישם חשיבה תרבותית. הפרדיגמה הפרשנית תחתום עיון זה בהצבעה על יסודותיה של תפיסת גישור המשלבת טרנספורמציה של סיטואציית הסכסוך עם חוש מציאות פרגמטי בטיפול בה, והיא שמנחה למעשה את כתיבתו של ספר זה כולו. מטבע הדברים, כיוון שרוב הספרות בתחום יישוב הסכסוכים אינה נטועה בפרדיגמה הפרשנית, יהיה החלק שיוקדש לה קטן יחסית, ובמובן זה מהווה הספר מבוא לעיסוק פרשני ותרבותי בגישור.

בשני החלקים, אשר מנסים להציג תמונה תיאורטית ומפה של קשרים בין משפט, תרבות, גישור ויישוב סכסוכים, ישנו ניסיון לתת את הדעת גם על שאלות מעשיות מתחום הגישור כגון אתיקה, יעילות וסגנון גישור מועדף. בהקדמות לכל אחד משני חלקיו של הספר מוצבים מעין תרשימים רעיוניים של השיח הבינתרבותי של הגישור: בהקדמה לחלק הראשון נעשה מיפוי השחקנים בתחום יישוב הסכסוכים, תוך ניסיון להבהיר נקודות מבט שונות בגישור אשר יפורטו בהמשך בהצגת המהלך ההיסטורי והחלוקה לנושאים; בהקדמה לחלק השני נעשה מיפוי מיקומם של המודלים בהיסטוריה של הרעיונות, תוך הצגת עמדותיהם בסוגיות ספציפיות שונות. בהקדמה זו נעשה אף ניסיון להציב כמה הבחנות מְטֵה־אתיות ואתיות אשר יוכלו לתת כלים להתמודד עם דילמות מעשיות. המטרה אינה להציג את החוק של הגישור, ואף לא ליצור מדריך מעשי אשר ספק אם יוכל להועיל במציאות המורכבת של סכסוכים וגבולותיהם המשתנים. ההנחה היא שקבלת החלטות מושכלת וביקורתית היא משימה מורכבת אשר עשויה להיות מועשרת באמצעות הבנת גווניו של שיח הגישור. המפות המקדימות אמורות לעזור בארגון תבנית ראשוני של גוונים אלה.

## תמונת מעגלי הסכסוך

ההנחה המשותפת למפגשים הרעיוניים שייערכו בספר היא כי שיח הגישור מציע פרשנויות שונות ברבדים שונים לסכסוך ולאפשרויות הטיפול בו: ברובד הראשון בעיקרו של דבר מצויים מבחינה רעיונית בעלי המקצוע החוברים לתהליך הגישור – המטפל והמטפלת, עורכת הדין ועורך הדין – המציעים שני אופקים של אתיקה מקצועית להתערבות בסכסוך. ברובד או במעגל הנוסף מצויים אנשי האקדמיה המתארים את הסכסוך, ואלה יכולים להיות מצד אחד אנשי מדעי החברה: סוציולוגים, קרימינולוגים, פסיכולוגים חברתיים וקוגניטיביים, כלכלנים, אנשי מדעי המדינה ואף אנשי המדעים המדויקים מתחום תורת המשחקים (העוסקת בניתוח מתמטי של אסטרטגיות אופטימליות לפעולה במצבים של תחרות בין שחקנים רציונליים). מלומדים אלה מייצגים את הפרדיגמה המדעית-רציונלית, המייצגת את הזרם המרכזי של העיסוק האקדמי בגישור. מצד אחר מצויים משפטנים, פילוסופים, אנשי פרשנות, תרבות ותורת הספרות, וייתכן כי אף סופרים ואמנים, המייצגים את תפיסת מדעי הרוח. תפיסה זו מוצגת בספר כמציעה פרדיגמה אלטרנטיבית להתבוננות אקדמית בגישור, פרדיגמה פרשנית. המודל הטרנספורמטיבי, הנרטיבי והבינתרבותי מהווים תחילת ביטוי מעשי שלה. ככל שהמודלים של הגישור נהפכים לביקורתיים ובעלי מסד תיאורטי מעמיק יותר, נוספים בעלי מקצועות חדשים למעגל הפרופסיות ואף נוצר עירוב בין הרגישויות. כך, למשל, בגישור הנרטיבי נדרשת דמות מגשרת משפטנית עם רגישות טיפולית או מטפלת עם רגישות משפטית, ובמודל הבינתרבותי מוזמנים אנתרופולוגים או אנשי ביקורת תרבות למעגל העוסקים במישרין בסכסוך. עבודת הגישור מתרחשת, על פי הטיעון המרכזי המובא בספר, בשלושת המעגלים האלה של הסכסוך, בעלי המקצוע ותחומי העיון האקדמיים האופפים אותו. ברובד הפרופסיונלי, מתרחש הגישור בין החקמה המקצועית-המשפטנית האמונה על החוק ועל הארגון הפרגמטי של הסכסוך לצורכי פתורו ובין החקמה המקצועית-הטיפולית השואפת להפוך סכסוך לכלי ללמידה עצמית בלי לתת עדיפות לפתרונות ולמציאות הנראית לעין על פני תהליך ההקשבה. ברובד התיאורטי הרחב יותר מתרחש מפגש דיאלוגי בין מדעי החברה והמדעים המדויקים מצד אחד, אשר באופן היסטורי השפיעו על כינון העיסוק האקדמי ביישוב סכסוכים, ואשר חולשים על התחום באוריינטציה שאותה הם מציעים לו עד היום, לבין מדעי הרוח והמשפט מצד אחר, אשר מוצגים כמדברים בקול דומיננטי פרשני, ומציעים לגישור רוח הומניסטית ופרשנית המנביעה שפות חדשות לשימוש במסגרתו. הספר פותח בדיון בעליית התנועה ליישוב סכסוכים וביחס בינה לבין המשפט ולאחר מכן מתקדם בהדרגה באמצעות הצגת המודלים השונים של הגישור, החל בחשיבה המדעית-רציונלית העוסקת בכשלים והטיות, דרך מודלים מעשיים המתפתחים בתחום הגישור, אל עבר

פרדיגמה פרשנית של הגישור. זווית פרשנית זו מעניקה משמעות מכוננת לעיני המתבונן, פורעת את גבולות מעגלי המתבוננים, המומחים והמסוכסכים, ומדגישה את קיומם של התרבות והנרטיב כחומרים שבמסגרתם מתרחש תהליך הגישור.

## תורת המשפט, תורת הגישור

הספר נכתב תוך הענקת מעמד של 'צורה של סדר חברתי' לגישור, כמונחי של פולר, וחיפוש אחר 'תורת המשפט' של הגישור. העיסוק בהיבטים הערכיים והתרבותיים של המשפט בעשורים האחרונים הביא לידי עניין רב בתורות משפט מתחלפות ומתפצלות בין שמדובר ב'הליך משפטי', ב'משפט וכלכלה', ב'תנועה ביקורתית' או ב'תיאוריית הזכויות של דבורקין (Dworkin)'. אסכולת 'ההליך המשפטי' היא תורת משפט שהתפתחה בהארורד בתקופה שלאחר מלחמת העולם השנייה ורואה את המשפט ככלי של הרמוניה ופשרה ברוח הפרגמטיזם האמריקני; גישת 'משפט וכלכלה' התפתחה בשנות השבעים בארצות הברית והיא מציגה את המשפט ככלי לחיקוי השוק ולתמרוץ פעולות רצויות תוך שימוש במדע הכלכלה; 'התנועה הביקורתית' מבטאת גישה ניאורקסיסטית למשפט ומציגה אותו ככלי לשימור פערי כוח חברתיים ולהצדקתם; 'תיאוריית הזכויות של דבורקין' היא הדגם המרכזי של תורת משפט ליברלית עכשווית של המשפט, אשר מדגיש את מקומם של ערכים ושיקול דעת בעשייה הפרשנית המשפטית. מדובר בשדה עשיר ורב-תרבותי אשר במסגרתו השקפות עולם שונות לחלוטין מתארות את המשפט וממליצות על כיווני פעולה שלו. לכל הגישות הללו זיקה לגישור, והניסיון בספר הוא לשאול את ריבוי ההשקפות המתקיים במשפט, כפי שנחשף במהלך המאה העשרים, ולהראות כי גם בגישור וביישוב סכסוכים מתקיים ריבוי מקביל, אם כי בעל קווי מתאר שונים. ניתן להניח כי תהליך חשיפה וניתוח דומה עשוי היה להתבצע גם בפרופסיות או בפרקטיקות נוספות בתרבות שלנו כגון ניהול, רפואה או אפילו גידול ילדים, אך בספר זה הפנייה היא לגישור ויישוב סכסוכים מתוך הנחה שתופעה זו ראויה לעיון מיוחד במציאות חיינו. אף שבפעולה זו של חשיפת קולות שונים טמונה סכנה של עמימות וטשטוש, התקווה כאן היא להעשיר בסופו של דבר את שיח הגישור, ולגלות את הרב-תרבותיות שבו מתוך הנחה שמדובר בתהליך התבגרות. אף נראה כי גיוון זה מתיישב יפה עם הפלורליזם הטבוע בתפיסת יישוב הסכסוכים מלכתחילה.

מהיבט צר יותר של היחס בין הגישור לתורת המשפט האמריקנית, הניסיון יהיה לחשוף את הקשר בין הפילוסופיה הפרגמטית, שהיוותה חלק מכינון הזהות האמריקנית בתחילת המאה העשרים, ובין הרעיון של 'פתרון בעיות' במדריך המעשי למשא ומתן ולגישור של שנות השמונים. הטענה תהיה כי יש קשר

בין התפתחות הרעיון הפרגמטי בחברה ובמשפט, ובעיקר בין הפרגמטיזם של המשפט שהתגבש בשנות החמישים, על פי אסכולת ההליך המשפטי בהארוורד, לבין העניין המחודש בהרמוניה ובהגדלת העוגה כמשא ומתן שהתעורר בשנות השמונים, המתמקד במישור הפרטי. קשר עמוק זה בין משפט לגישור כביטוי לתרבות האמריקנית יבאיר גם את מרכזיותה של התרבות בכלל לחקר כל שיח יישוב סכסוכים. בנוסף, ייבחן שיח הגישור על רקע המפה האקדמית הפוליטית האמריקנית ותוצג עמדתם של הזרמים המשפטיים השונים כלפיו. מקומה המיוחד של תנועת ה-ADR בארצות הברית כמבטאת שיח שמרני המונע, בין השאר, על ידי חרדה ממשפטיזציה רחבת היקף של החיים הפרטיים ומפסיקתו של בית משפט אקטיביסטי, יתואר בהקשר זה וייבחן לנוכח השינויים העמוקים במפה האקדמית הפוליטית של היום. הטענה תהיה כי בעידן של גלובליזציה ורב-תרבותיות צפויה ביקורת פחותה על חזרה אל הליכים של גישור ויישוב סכסוכים קהילתי. מכאן גם הפתיחות הגבוהה יותר כיום אל הגישור מהכוון הפרוגרסיבי באקדמיה, המשולבת בהטמעת הביקורת והתמודדות עמה במודלים מאוחרים יותר של גישור.

בתחום הקשר של הגישור לתורת המשפט הישראלית, ההקשר הפוליטי השמרני אינו נוכח באופן נראה לעין. הטענה תהיה כי עלייתו של הגישור מתיישבת עם תהליכי שינוי המחליפים את דימוי בית המשפט כמגן הזכויות והערכים ברוח 'המהפכה החוקתית' בדימוי מאופק יותר של תפקוד מאפשר (facilitator) בעידן של ריבוי תרבויות תוך קידום 'מהפכת הגישור'. שני מונחי מהפכות אלו, אשר טבע נשיא בית משפט העליון אהרן ברק, מבטאים יותר מכול את השתלבות הגישור במגמה כללית של פעילות שינוי המגיעה מלמטה ומשפיעה כלפי מעלה, דרך החברה האזרחית, קבוצות ההידברות ואמנות חברתיות, ולא רק דרך מערכת ערכים וזכויות הקבועה ומנחה מלמעלה. תהליכים אלה מבטאים שינוי בקשרי הפונקציות החברתיות השונות עם המשפט, ואלה ייבחנו תוך הערכה ביקורתית של הפונקציות האפשריות של הגישור כמחליף את המשפט, כהליך דומיננטי לקידום הסדר החברתי בעידן של רב-תרבותיות.

## גישור וביקורת

המחצית השנייה של המאה העשרים התאפיינה בתהליכים רחבים של ביקורת על דפוסים ישנים של הסדר החברתי, אשר נחשבו מערביים ומתקדמים. זהו מהלך אשר המשיך תהליכים אשר החלו כבר בסוף המאה התשע עשרה ואף קודם לכן. מלחמות העולם, ובעיקר מלחמת העולם השנייה על מוראותיה והאבדות הרבות שגרמה לאנושות, הובילו להתפכחות מאשליית הקדמה ולהתעוררות ספקות מהותיים באשר ליתרונותיהם של המדע, הטכנולוגיה והפרופסיות המודרניות

הוותיקות בקידום המין האנושי. על רקע זה ניתן להציג גם את התפתחותו של שיח יישוב הסכסוכים המודרני. הקמתו של האו"ם לאחר מלחמת העולם השנייה הייתה חלק מהניסיון לבנות דרך אחרת להתמודד עם סכסוכים – דרך שאינה מאזנת בין נטייה למלחמה ונטייה לשלום, אלא בוחרת במכוון ביישוב סכסוכים בדרכי שלום. רק בד בבד עם דעיכה מסוימת של המלחמה הקרה בארצות הברית במהלך שנות השבעים ולאחר מכן, נהפכה נטייה זו למנחה את התפתחות הדיסציפלינה האקדמית העוסקת ביישוב סכסוכים, התפתחות שלווה בצמיחה מהירה של מרכזי הכשרה לגישור, מרכזים שכונתיים של צדק קהילתי ומערכות ליישוב סכסוכים לצד מערכת המשפט. תורת המשחקים, שהיא ענף של מדע המתמטיקה, אשר בשלבים מסוימים במהלך המלחמה הקרה שימשה כלי מרכזי לניתוח אסטרטגי ולתכנון בחירות אופטימליות אל מול אויב דמוני, גילתה בשלב זה עניין בפתרונות מנצחים מגדילי עוגה, ובחנה דילמות אסיר (שהן ביטוי לקידום רציונלי של אינטרס עצמי המונע שיתוף פעולה מגדיל עוגה), ואת הכשל האסטרטגי שהן מעמידות בדרך לגיבוש פתרונות מנצחים. היא השתלבה ביצירת תחום אקדמי של לימודי משא ומתן, אשר מצרף הכרת מהלכים אסטרטגיים ותחרותיים עם עניין מוגבר בקידום אינטראקציות של שיתוף פעולה תוך חיפוש פתרונות יצירתיים.

הולדת הדיסציפלינה של יישוב סכסוכים קשורה אפוא למהלכים פוליטיים וחברתיים של ביקורת ולניסיונות לקדם סדר אחר, מתוך הטיה מכוונת לצד פתרון סכסוכים בדרכי שלום. יש בה מעין 'תגובה פוסט-טראומטית' למציאות אשר הוכיחה כי לא נלמד בה די על סכסוכים ועל הדינמיקה של התפתחותם והסלמתם, וכי יש לנקוט דרכים אקטיביות יותר למנוע הידרדרויות דומות. הגישור עצמו, על טענותיו המיוחדות בדבר הליכה אל מעבר לעמדות תוך חיפוש האינטרסים והצרכים המניעים את הסכסוך, ובדבר הפרדת האנשים מהבעיה והתעקשות על פתרון בעיות רציונלי, נולד גם מתוך דחף אנטי-אינטלקטואלי לפרוש מהדיון האקדמי המרוחק ולנקוט פעילות מעשית של התערבות בסכסוכים קיימים בעולם, תוך ניסיון להביאם לידי יישוב ושיפור מידיים. כך אמנם עשו אנשי אוניברסיטת הארוורד, מייסדי השיטה החדשה של "משא ומתן המבוסס על עקרונות" או גישור פרגמטי, כפי שהוא מכונה בספר זה. ההנחה המרכזית, אשר הופעלה גם בהקשר הישראלי של שיחות השלום עם מצרים ואף מאוחר יותר, הייתה כי קיים הליך גישור מעשי ופשוט אשר ניתן ליישמו בכל סכסוך, בין שהוא אישי, קבוצתי ואפילו בינמדינתי, ולהביא לידי פתרונות מנצחים ויצירתיים.

מכאן אף ניתן להבין את מורכבות הקשר של הגישור לביקורת חברתית, ובייחוד לביקורת שאחרי מלחמת העולם השנייה: על אף היותו חלק מערעור הסדר הישן, על אף ערעור ההגמוניות שבו, הקשור בניסיון לאתגר את המשפט (ואפילו את הטיפול הפסיכולוגי הממוסד) והנחותיו הישנות, על אף העובדה שהוא מניח הנחות ביקורתיות בדבר קיומן של עובדות, מראית עין של הסכסוך, אופיים של צדדים,

ואף שיש שרואים אותו כתגובה על 'המצב הפוסט-מודרני', הגישור הוא בעיקרו גם הליך שמרני, רווי הנחות פשטניות ונוקשות, המשתלב במגמות פופוליסטיות המניחות, ברוח 'הגל החדש', כי באמצעות כמה עקרונות פשוטים ניתן יהיה לשנות מהיסוד מציאות סכסוכית מורכבת, רוויה היסטוריה קשה ומתחים בינתרבותיים. הגישור הואשם בהקשר זה בהטיה אמריקנית גברית מערבית ובעיוורון תרבותי; בהצגת עצמו כתרופת פלא תוך הטעיה ושימוש בסיסמאות ריקות מתוכן ומוכנות מאליהן; וכמקדם אידיאולוגיה של 'קונסנזוס ככל מחיר'. בהקשר אחרון זה זכה הגישור לביקורת הנוקבת ביותר מכיוון של קבוצות ביקורתיות אחרות, המהוות תוצר של מצב הרוח האינטלקטואלי אחרי המלחמה בארצות הברית. קבוצות אלה, אשר בתחום המשפט מצאו ביטוי דרך אסכולות כגון 'משפט וחברה' (Law and Society), 'המשפט הציבורי' (Public law) או 'התנועה הביקורתית' (Critical Legal Studies), ברוח ניאו-מרקסיסטית, ראו את התנועה ליישוב סכסוכים כפוגעת בתפקידו של המשפט ככלי לביקורת חברתית ולהרחבת מעגל הזכויות תוך הגנה על קבוצות חלשות. התנועה ליישוב סכסוכים והנהייה לגישור נחשבו לניסיון להפריט דיון ציבורי בשאלות של צדק חברתי ולהעלימו, ולהחזיר כוח לשוק הפרטי תוך קידוש אינדיווידואליזם מהסוג הישן. מכאן כי הקריאה ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות נחשבה בשנות השבעים והשמונים בארצות הברית לריאקציונרית ושמרנית ולקריאה היוצאת נגד הביקורת התרבותית והחברתית על מצבן של קבוצות חלשות ו'אחרים' שונים אשר אינם זוכים להגנה מספקת מצד המשפט והחברה. כך נתקף הגישור כמכשיר דיכוי הפוגע בחלשים למיניהם כגון נשים, ילדים, מוגבלים, דיירים, צרכנים וכל מייעוט אחר אשר כעת, במקום לקדם את זכויותיו באמצעות החוק וליהנות מהגנה משפטית החותרת להעצמת הקבוצות החלשות ולהגנתן, מופנה לגישור ולתהליכים חלופיים המעלימים את הממד הציבורי של הסכסוך.

עלייתו של הגישור והתחזקות העניין ביישוב סכסוכים הם אפוא מהלך ביקורתי מסוג אחד, שהתנגש בעת הקמתו בתנועות ביקורתיות בשמאל ובמרכז האקדמיה המשפטית. עם התפתחות שיח הגישור מחד גיסא, ושינוי המפה הפוליטית האקדמית המשפטית עד תחילת המאה הנוכחית מאידך גיסא, השתנה מערך קשרים זה: ניתן לומר כי רבות מהביקורות הוטמעו בשיח הגישור באמצעות פיתוח מודלים חדשים, וכן באמצעות יצירת אמצעים מעשיים להתמודד עם טענות חוסר השוויון. המודלים החדשים יותר, כגון הגישור הטרנספורמטיבי, המדגיש את הערך החינוכי והתהליכי שבגישור, מגיבים על ביקורת התרבות המערבית, מתבססים על עולם תוכן אלטרנטיבי, כמו זה של 'תפיסת עולם קישורית' (relational worldview) ומפתחים תפיסת גישור שתפנים את ביקורת התרבות. מהלך זה משתלב בעלייתם של זרמים מקבילים בפרופסיות ובתנועות אחרות (כגון פמיניזם, ניהול, משפט) והוא הופך את הגישור לשיח מגוון ותיאורטי יותר מכפי שהיה בעת הקמתו. מן הצד האחר, בתחום המשפט קטן להט האמונה בשיח הזכויות וביכולת לקדם את

הסדר החברתי מלמעלה בלבד. התגברות אידיאולוגיות של רב-תרבותיות, פלורליזם משפטי וגלובליזציה תרמה גם היא לעמעום הביקורת על החזרה אל הספירה הפרטית שמציע הגישור, שהרי ערכים אלה מתיישבים יפה כיום עם המגמות החדשות המחזקות נטיות להסדרים הסכמיים ולהפרטה של הדיונים הגדולים. במידה רבה מהווה ספר זה ניסיון ליישב את עולם התוכן של יישוב הסכסוכים עם כיווני הביקורת השונים של המחצית השנייה של המאה העשרים, ולהראות את השתנות הקשרים ביניהם עד נקודת הזמן (הגישורית) שבה אנו נמצאים כיום. לבסוף, אחד המהלכים המעניינים המתוארים בספר, המסמן יותר מכול את השינוי שעברה הביקורת החברתית במהלך שלושים השנה מאז נולד שיח יישוב הסכסוכים המודרני, הוא התפתחות מודל פוסט-מודרני של גישור – הגישור הנרטיבי. מודל זה, אשר מתבסס על כל אותן הנחות ביקורתיות אשר נחשבו לפני כמה עשורים ל'ניהיליסטיות', 'מסוכנות' ואף 'שמאלניות', מציב בראשית האלף השני תכנית מובנית ומהוקצעת של גישור באמצעות פירוק (דה-קונסטרוקציה) של נרטיבים דומיננטיים, ומתפרסם כמדריך מעשי מלווה בסדנאות. בכך לכאורה נסגר מעגל בין זרמי הביקורת השונים ובין ההשראה (שאולי הייתה מלכתחילה פוסט-מודרנית) והמתודה המעשית (שהייתה ניהולית ומודרניסטית) לכדי יצירת ענף של גישור ביקורתי, הרגיש להקשרים תרבותיים וחברתיים, ופועל ומתקדם תוך ביקורת פנימית.

## הנחיות קריאה

לעניין סדר הקריאה בספר, לחדשים בעולם הגישור מומלץ להתחיל בקריאת הפרק השביעי, ולהכיר את המודלים השונים של הגישור, על הנחותיהם, לפני הכניסה לקשר שבינו לבין המשפט ולמערכות ליישוב סכסוכים. לאחר השלמת הכרת המודלים ניתן לחזור להקדמה שבפרק השישי ואז לקרוא את החלק הראשון של הספר. אשר לאופן הקריאה, ניסיתי לשלב מידע מספיק ורחב בהערות השוליים, שיעניין את החוקרים והמגשרים גם יחד, ולשמור על טקסט קולח ככל הניתן בפרקים עצמם, תוך הדגשת הרעיונות המרכזיים בכל סוגיה. משום כך לעתים הערות השוליים הן ארוכות יחסית, כדי שיוכלו להשלים את המידע החסר, ובעיקר להשתמש בציטוטים שימחישו את הנאמר. מלבד הצגת התמונה התיאורטית והמפה הרעיונית, הניסיון היה ליצור בספר מבוא רחב ככל הניתן, ומטבע הדברים כוללני ולא מעמיק בהקשרים מסוימים, אשר מספק הרצאות מבוא לנושא הגישור ויישוב הסכסוכים מזווית משפטית. השימוש בלשון זכר ונקבה לצורך תיאור פעולות המגשר והמגשרת נעשה באופן מגוון, ובכל פעם שמצוין מגדר אחד, הכוונה היא גם לאחר.