

הצד השלישי הנמוג: אוטומציה של יישוב סכסוכים

ארנה רבינוביץ' עיני*

מאמר זה עוסק באוטומציה של יישוב סכסוכים (DRA) והשפעתה על המערכת המשפטית ועל הצדדים המעורבים. בשנים האחרונות חלה עלייה בשימוש בטכנולוגיות מתקדמות, ובהן בינה מלאכותית ומודלי שפה גדולים, לצורך ניהול ויישוב סכסוכים. התפתחות זו צפויה לשנות מאפייני יסוד של הליכים משפטיים והליכים חלופיים (ADR) ליישוב סכסוכים, אשר נשענים במידה רבה על הגורם האנושי ביישוב הסכסוך. במאמר נבחנים השינויים שחלו במערכת המשפט בעשורים האחרונים, תוך שימת דגש על שורשיה של תופעת ה-DRA – הצמיחה וההתפשטות של הליכים מקוונים (ODR) וההתפתחויות בתחום הליגל-טק. המאמר סוקר את ההיסטוריה של הליכים חלופיים, את ההשפעות של מגפת הקורונה על המעבר להליכים מקוונים, ואת התפקיד המתפתח של בינה מלאכותית בתחום זה. כמו כן, נדונים האתגרים וההזדמנויות שמביאה עימה האוטומציה של יישוב סכסוכים, כולל השפעות על יעילות, הוגנות ולגיטימציה של ההליכים, והחששות מפני הטיות והעדר שקיפות בהחלטות מבוססות-אלגוריתמים. המאמר מסכם בקריאה לפיתוח תאוריה ולקידום סדר יום מחקרי שיסייעו להבנת ההשלכות של אוטומציה זו על מערכת הצדק ועל החברה כולה.

מבוא

האם מכונות צפויות להחליף שופטים בהכרעה בתיכונות? האם בינה מלאכותית תתפוס את מקומם של מגשרים בהצמחת הסכמות? עד לא מזמן נשמעו תחזיות על אלגוריתמים שיסייעו לצדדים להתפשר או יספקו הכרעה בהליך משפטי רחוקות מהמציאות. ההתפתחויות של השנים האחרונות, ואלו שבתחום מודלי שפה גדולים בפרט, הפכו לקרובה מתמיד את האפשרות שמשא ומתן לפשרה – המתנהל ישירות בין הצדדים, בגישור או במסגרת ליטיגציה – ינוהל בתיווך של בינה מלאכותית. הרעיון

* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה מקרב לב לעוזרות המחקר הנפלאות תמר גור רמות ובטי וודינסקי. תודה גם לחברי וחברות מערכת כתב העת ולקוראים/ות החיצוניים/ות על הערות חשובות ומועילות שתרמו רבות למאמר. המחקר מומן על ידי הקהילייה האירופית (ERC, DRA n°101044195). הדעות והעמדות המובאות במאמר הן של המחברת ואינן משקפות בהכרח את אלו של הקהילייה האירופית (European Union) או של הרשות המממנת (European Research Council). הקהילייה האירופית והרשות המממנת את המחקר אינן נושאות באחריות כלשהי לדעות ולעמדות המובעות במסגרת המאמר.

שתוכנה תהיה מסוגלת להצמיח הסכמות יצירתיות, המיטיבות עם שני הצדדים ("מגדילות עוגה"), נראה כמעט מתבקש בעידן שבו האלגוריתמים התפתחו לתת מענה למטלות מורכבות ויצירתיות. גם האפשרות של הכרעה מבוססת-אלגוריתם בסכסוכים משפטיים נראית יותר ויותר קרובה, בתקופה שבה המלצה וניבוי של הכרעה אנושית על ידי מכונה, כמו גם ההחלפה של קבלת החלטות אנושית בבינה מלאכותית במגוון תחומים, הופכים לחלק ממציאות חיינו. תופעה זו של המרת הצד השלישי האנושי בהתערבות של מכונה תכונה במאמר זה "אוטומציה של יישוב סכסוכים" (Dispute Resolution Automation, או DRA).¹ המפגש בין התפתחויות טכנולוגיות אלה לבין האתגרים המתמשכים הנלווים להליכים משפטיים, בעיקר הסחבת, המורכבות ההליכית והעלויות הניכרות, צפוי להביא לשינויים מרחיקי לכת בדפוס המוכר של הליכים, שעד היום התבסס בעיקר על מפגש פנים אל פנים ומעורבות של "צד שלישי" אנושי. הליכים שבהם נעשית אוטומציה של יישוב סכסוכים, המתנהלים מרחוק ונשענים יותר ויותר על אלגוריתמים בניהול והכרעה של הליכי יישוב סכסוכים, צפויים להפוך לחלק חשוב של מרחב יישוב הסכסוכים העתידי.

העלייה הצפויה של אוטומציה של יישוב סכסוכים היא תוצר של שינויי עומק שהתרחשו בשנים האחרונות בעולם יישוב הסכסוכים. בעשור האחרון נתח הולך וגדל של הסכסוכים שלנו מיושב באמצעות הליכים מקוונים (Online Dispute Resolution, או ODR), אשר חלקם אינם מערבים "צד שלישי" אנושי (מגשרת, בוררת או שופטת). עליית התחום של הליכים מקוונים התרחשה בשנות ה-90 של המאה הקודמת, כאשר נוצר צורך לתת מענה לסכסוכים רבים שצמחו לאחר פתיחת האינטרנט למסחר, שאותם לא ניתן היה לפתור במסגרת הליך פיזי. הליכים מקוונים, כפי שיתואר בפרט בהמשך, כורכים טכנולוגיה דיגיטלית בניהול ויישוב סכסוכים. במקרים מסוימים מערבים הליכים מקוונים הליכים אוטומטיים במלואם, בעוד שבמקרים אחרים מדובר בהליכים הכוללים צד שלישי אנושי, שפועל לצד התוכנה.²

עד לאחרונה הייתה הצמיחה של תחום ההליכים המקוונים, ואיתו של האוטומציה של יישוב סכסוכים, הדרגתית ואינקרמנטלית. בתי המשפט היו איטיים באימוץ של טכנולוגיות חדשות, וגם כאשר הן חדרו להליכים משפטיים הן נתפשו בראש ובראשונה כאמצעים לקידום יכולות פנימיות-בירוקרטיות ולא כהתפתחות חשובה העומדת בפני

1 לדוגמאות לשימושים באוטומציה של הליכי יישוב סכסוכים והליכים מקוונים ראו Ayelet Sela, *The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design: Antecedents, Current Trends, and Future Directions*, 21 LEWIS & CLARK L. REV. 633 (2017) (להלן: Sela, *The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design*).

2 ניתן להבחין בין הליכים מקוונים שמערכים צד שלישי אנושי לכאלה שאינם מערכים. בראשונים גורם אנושי, דוגמת מגשר, בורר, שופט, מתקשר עם הצדדים לסכסוך באופן מקוון, בזמן אמת או א-סינכרונית. בהליך ללא צד שלישי, הצדדים לסכסוך מתקשרים ביניהם בתיווכה של התוכנה בניסיון להגיע להסכמות.

עצמה.³ עם האימוץ של מערכות ניהול תיקים מקוונות היה אך טבעי לעבור להגשה מקוונת של תביעות. לכאורה ניתן היה לחשוב שמכאן הדרך לניהול מקוון של ההליכים עצמם תהיה קצרה, אבל רק בעשור השני של המאה ה-21 החלו הליכים מקוונים לחדור לזירה השיפוטית. תחילה הוגבל השימוש בהליכים מקוונים בעיקר לתביעות קטנות, שם החליפו הליכים חדשניים מבוססי-תוכנה את ההליכים המסורתיים, ובמקרים נדירים נעשה שימוש גם בהיוועדות חזותית.⁴ באופן דומה, גם בתחום ההליכים החלופיים (Alternative Dispute Resolution, או ADR) הייתה רתיעה מפני השימוש בטכנולוגיה, מתוך תפישה שתחום ההליכים המקוונים הוא נישתי ומוגבל לזירות דוגמת סחר אלקטרוני.⁵ הסביבה הפיזית של התכנסות בנכחות צד שלישי אנושי המשיכה להיתפש בתור המבנה המועדף לקיום הליכים ליישוב סכסוכים, פורמליים וא-פורמליים,⁶ בעוד שהליכים מקוונים נתפשו כמנגנון מקובל במקרים מוגבלים.

מצב דברים זה השתנה לחלוטין עם פרוץ מגפת הקורונה. וירוס הקורונה המריץ שינוי עומק, שרק אירוע בסדר גודל של מגפה גלובלית יכול היה להצמיח – הליכים משפטיים אזרחיים ופליליים, כמו גם הליכים בתחום המשפחה והעבודה, כאלה שטופלו בערכאות נמוכות ובבתי משפט עליונים, עברו להתברר באופן מקוון, לפחות בחלקם ובשלבם שונים של ההליך.⁷ גישורים ובורריות, בין כאלה שנוהלו בחסות

3 Ayelet Sela, *Can Computers Be Fair? How Automated and Human-Powered Online Dispute Resolution Affect Procedural Justice in Mediation and Arbitration*, 33 OHIO David (Sela, *Can Computers Be Fair*: (להלן: ST. J. ON DISP. RESOL. 91, 93 (2018); Freeman Engstrom, *Post-COVID Courts*, 68 UCLA. L. REV. DISCOURSE 246 (2020) (להלן: Engstrom, *Post-COVID Courts*)).

4 היוועדות חזותית הינה פרקטיקה של שמיעת דיונים משפטיים באמצעות שיחת וידאו שבמסגרתה לפחות אחד הצדדים להליך ו/או השופט/ת אינם נוכחים באולם; אביטל מנטוביץ' וארנה רבינוביץ-עיני "דיונים משפטיים בימי קורונה" **משפט וממשל** כד 283 (2022) (להלן: מנטוביץ' ורבינוביץ-עיני "דיונים משפטיים בימי קורונה").

5 שם, בעמ' 303–304.

6 באופן מסורתי זוהו הליכים פורמליים עם הליכים ציבוריים שזכו למיסוד ופועלים על פי חוק, בעוד שהליכים א-פורמליים זוהו עם הליכים פרטיים שפעלו בזירה הפרטית, מבלי שיהיו מעוגנים בחוק. לאחר אימוץ ההליכים החלופיים כמתואר בפרק 1 למאמר מוסדו הליכים חלופיים בחוק ועמעמו את ההבחנה בין פורמלי לא-פורמלי וייצרו מציאות של מגוון הליכים סמי-פורמליים, המשקפים מינונים שונים של מאפיינים המשוויכים באופן מסורתי עם הליכים פורמליים או א-פורמליים. ראו: Carrie Menkel-Meadow, *Informal, Formal and 'Semi-Formal' Justice in the United States*, in CIVIL PROCEDURE IN CROSS-CULTURAL DIALOGUE: EURASIA CONTEXT, IAPL WORLD CONFERENCE ON CIVIL PROCEDURE CONFERENCE BOOK (Dmitry Maleshin ed., Statut Publishing (House, 2012) (להלן: Menkel-Meadow, *Informal, Formal and 'Semi-Formal'*)).

7 Suzanne E. Chiodo, *Ontario Civil Justice Reform in the Wake of COVID-19: Inspired or Institutionalized*, 57 OSGOODE HALL L.J. 801, 806–808 (2021); ארנה רבינוביץ-עיני ואביטל מנטוביץ' "זכות הגישה וגישת הצדק בבית המשפט של המאה ה-21"

מערכת המשפט ובין כאלה שנוהלו באופן פרטי, גם הם עברו בהיקפים גדולים להתנהל מרחוק.⁸ מה שהיה עד אז בגדר הנורמה הפך לחריג, וקיומם של הליכים מקוונים הפך לדפוס המקובל.

לצד התפשטות ההליכים המקוונים והליכים מרחוק, השימוש בבינה מלאכותית בבתי המשפט ומחוצה להם גדל, התפתחות שהפנתה את תשומת הלב לתפקיד שממלאים ויכולים למלא אלגוריתמים בתהליכי קבלת החלטות, באיסוף וניתוח של מידע משפטי ובביצוע שירותים משפטיים.⁹ תעשיית ה"ליגל-טק" על מגוון המוצרים שהיא מציעה, לרבות האפשרויות לניבוי של תוצאות משפטיות על ידי בעלי דין ועורכי דינם, יצרה חיבור משמעותי נוסף בין הליכים משפטיים לטכנולוגיה, גם במקרים שבהם ההליך עצמו מתקיים או צפוי להתקיים בסביבה הפיזית.¹⁰

הכניסה של טכנולוגיה לתחום של יישוב סכסוכים החלה לשחוק את מה שנראו עד אז כרכיבים אינהרנטיים של הליכים ליישוב סכסוכים – ההתכנסות הפיזית ובירור הסכסוך בפני צד שלישי אנושי. התפתחויות אלה גרמו לפרופ' ריצ'רד ססקינד לשאול האם בתי המשפט הם "מקום או שירות".¹¹ במאמר זה, המיקוד אינו בשינוי בזירת ההתרחשות של הליכים ליישוב סכסוכים, אלא בתפקיד של הגורם שמנהל הליכים אלה. בעוד שעבור מרבית האנשים התשובה לשאלתו של ססקינד בעידן שלאחר הקורונה השתנתה לאור הגידול הניכר בהליכים מקוונים (או "הליכים מרחוק" כפי שכונו על ידי ססקינד),¹² הרי שהשינוי הכרוך באוטומציה של יישוב סכסוכים מתרחש במידה רבה "מתחת לרדאר".

השילוב של שתי ההתפתחויות – השימוש בהליכים מקוונים והכניסה של בינה מלאכותית להתמודדות עם סכסוכים וצרכים משפטיים – מהווה אוטומציה של יישוב סכסוכים. תופעת האוטומציה של יישוב סכסוכים היא העומדת בבסיס מערכת הצדק

21 "ספר אשר גרוניס 409, 417 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2022) (להלן: רבינוביץ'-עיני ומנטוביץ' "זכות הגישה וגישה לצדק"; Margaret D. McGaughey, *Remote Oral Arguments in the Age of Coronavirus: A Blip on the Screen or Permanent Fixture?*, 21 J. APP. PRAC. & PROCESS 163 (2021). יצוין כי גם בישראל בוצעו הליכים בהיוועדות חזותית בתקופת הקורונה, בזירה הפלילית והאזרחית. ראו איילת סלע והדר דנציג-רוזנברג "זכות הנוכחות מבעד למסך: מחקר תצפיות בדיוני מעצר מרחוק בתקופת הקורונה" משפטים נד (צפוי להתפרסם).

8 Amy J. Schmitz, *Arbitration in the Age of Covid: Examining Arbitration's Move* Online, 22 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 245, 264–72 (2021).

9 Tania Sourdin, *What if Judges Were Replaced By AI?*, 20 TURKISH POL'Y Q. 57 (2022).

10 Benjamin Alarie, Anthony Niblett & Albert H. Yoon, *How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law*, 68 U. TORONTO L.J. 106, 117–20 (2017).

11 DANIEL SUSSKIND & RICHARD SUSSKIND, *THE FUTURE OF THE PROFESSIONS: HOW TECHNOLOGY WILL TRANSFORM THE WORK OF HUMAN EXPERTS* 70 (2016).

12 Richard Susskind, *The Future of Courts*, THE PRAC. (2020), <https://www.nevo.co.il/shorturl/E8DDB024-4C7>.

החדשה המתפתחת לנגד עינינו. אם סוף המאה ה-20 עמד בסימן אימוצם של הליכים חלופיים (Alternative Dispute Resolution, או ADR)¹³ ותחילת המאה ה-21 עמדה בסימן עליית הפשרה ו"המשפט הנמוג" (מיעוט של הכרעות שיפוטיות לאחר ניהול הליך משפטי מלא),¹⁴ אזי כעת אנו נכנסים לעידן של "הצד השלישי הנמוג" עקב הגידול באוטומציה של יישוב סכסוכים בבתי המשפט ומחוצה להם. שינויים אלה אינם טכניים. השינוי במדיום וההמרה של הגורם האנושי באלגוריתמים מהווים שינוי ערכי, חברתי ותרבותי, המאתגר את התפישות היסודיות ביותר שלנו לגבי צדק והדרכים הראויות להגשמתו. במערכת הצדק החדשה הנרקמת לנגד עינינו נצטרך לבחון מחדש תאוריות ומושגים קיימים על מנת לממש ערכים של הוגנות ושוויון ולשמור על הלגיטימציה של מערכת המשפט והליכים חלופיים הפועלים במסגרתה ולצידה. מאמר זה יבקש לעמוד על ההיבטים השונים ששינוי זה מעורר ולשרטט סדר יום מחקרי לגיבוש תאוריה והמשגה של האוטומציה של יישוב סכסוכים.

תופעת האוטומציה של יישוב סכסוכים מתכתבת עם כמה התפתחויות במישור ההליכי והטכנולוגי, ואותן נבחן בפרקים הראשון והשני של מאמר זה. פרק 1 יעסוק בתמורות שחלו במרחב יישוב הסכסוכים ברבע האחרון של המאה ה-20, ובכלל זה בתפקיד "הצד השלישי" ביישוב סכסוכים. פרק 2 יעמוד על שתי התופעות המרכזיות שחלו במישור הטכנולוגי-הליכי ושעומדות בבסיס האוטומציה של יישוב סכסוכים: צמיחת התחום של יישוב סכסוכים מקוון, והפיתוח של כלים ויישומים מבוססי-בינה מלאכותית במישור המשפטי. בפרק 3 נציג את ההזדמנויות והאתגרים הטמונים בהמרת הגורם האנושי ביישוב סכסוכים, ובפרק 4 נפרוש סדר יום מחקרי שיבקש לתת מענה לשאלות שהתעוררו בפרק הקודם. נסכם בפרק 5 עם מחשבות על העתיד.

1. ההתפתחות ההיסטורית של המשפט הנמוג והשפעתו על הצד השלישי

כדי להבין את המשמעות של המרת הגורם האנושי ביישוב סכסוכים, יש להבין ראשית את חשיבות תפקידו של הצד השלישי האנושי. כפי שנראה, מרחב יישוב הסכסוכים עבר שינוי ניכר החל מהרבע האחרון של המאה הקודמת. השינויים, שיתוארו בקצרה בפרק זה, כללו עיגון של הליכים חלופיים כחלק ממערכת המשפט הפורמלית ולצידם, וגם שינוי עומק באופן פעילותם של בתי המשפט. חרף תמורות אלה, נשמרה המרכזיות

13 Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WM. & MARY L. REV. 5 (1996) (להלן: Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System*).

14 Marc Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters* in *Federal and State Courts*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 459 (2004). למופעים של תופעת "המשפט הנמוג" בישראל ראו עמוס גבריאל, נורית צימרמן ומיכל אלברשטיין "הגישור הסמכותי: משפט בצל הגישור" משפטים כד 387 (2018).

של "הצד השלישי" – גורם אנושי חיצוני לסכסוך שמסייע לצדדים ליישב את המחלוקת ביניהם, אם בדרך של הכרעה ואם באמצעות הסדר. על המרכזיות של הצד השלישי עמד ההיסטוריון מרטין שפיר, שתיאר את "עקרון המשולש" שלפיו מאז ומתמיד פנו שני צדדים ניצים לגורם שלישי שיסייע להם בפתרון הסכסוך ביניהם.¹⁵ למעשה, מדובר בעיקרון אוניברסלי. בכל תקופה, בכל מקום, מוכר לנו המבנה ההליכי שלפיו צדדים מסוכסכים פונים לצד שלישי חיצוני לסכסוך ומבקשים ממנו לסייע בידם ליישב את הסכסוך, כתחליף להכרעה אלימה.¹⁶ מה שהחל כפנייה ל"זקן הכפר" או לעשיר המקומי, הפך ברבות השנים להופעה בפני שופט בעל תפקיד ציבורי, המחיל כללים אחידים על המקרה, תוך שמירת ריחוק וניטרליות מהצדדים המעורבים. בחירה בצד השלישי והסכמה על הכללים שלפיהם יכריע בסכסוך הוחלפו, אם כן, ב"חוק" ו"משרה"¹⁷ שביססו את המקצועיות, הריחוק והניטרליות של הצד השלישי.¹⁸

במחצית השנייה של המאה ה-20 התרחשו שינויים מרחיקי לכת במבנה בתי המשפט עם האימוץ של הליכים חלופיים (ADR), תחילה בארה"ב ולאחר מכן גם במקומות רבים נוספים ברחבי העולם, לרבות בישראל.¹⁹ הצמיחה של ההליכים החלופיים נבעה ממקורות שונים אשר כולם נגעו בסופו של דבר למגבלות ולחסרונות של השימוש בהליכים פורמליים ואדברסריים להתמודדות עם סכסוכים.²⁰ הליכים חלופיים, ובראשם הליך הגישור, קודמו כחלופה מועדפת להתמודדות עם סכסוכים, ודאי בהקשר שבו יש לצדדים מערכת יחסים נמשכת, כיוון שהם מאפשרים לתת מענה לשורשי הסכסוך ולחזק את האוטונומיה של הצדדים, שכן הם יכולים לבחור האם להשתתף בהליך ולגבש בעצמם את אופי הפתרון הרצוי. הליכים אלה אינם מקצינים את הסכסוך ומאפשרים לשמר מערכות יחסים, אינם מוגבלים לסעדים המשפטיים, ופעמים רבות הם יעילים יותר ואף נותנים מקום להשתתפות ישירה והשמעת קול בהליך.²¹ המחשבה הייתה שבהרחבת היריעה מעבר למה שכוונה "שיח זכויות" ל"שיח אינטרסים" ניתן יהיה להגיע לפתרונות "מגדילי עוגה" שנותנים מענה לצרכים של שני הצדדים, וזאת בניגוד לאופי הדיכוטומי של הכרעה משפטית.²² בנוסף, נטען כי המעורבות של

15. MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS (1981)

16. שם, בעמ' 1–2.

17. שם, בעמ' 18.

18. שם.

19. פאינה מילמן-סיון וארנה רבינוביץ' עיני "גישור בין פרוצדורה ומהות: על הפרטת הצדק ושוויון בעבודה" **משפט וממשל** יא 517, 536–537 (2008).

20. Michael McManus & Brianna Silverstein, *Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States*, 1 CADMUS 100 (2011).

21. Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System*, 13 **ש** 26–37.

22. Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh, *The New New Courts*, 67 AM. U. L. REV. 165, 174–75 (2017) (להלן: Rabinovich-Einy & Katsh, *Courts*). שיח זכויות הוא שיח משפטי שבוחן את תמונת המצב בראי הדינים המשפטיים הרלוונטיים, ומצביע על

הצדדים לסכסוך בגיבוש ההסכם תגביר את הלגיטימציה של ההליך ותחזק את המימוש הוולונטרי של ההסכמות שגובשו.²³

למעשה, נוצרו שני מודלים מנוגדים של דמות הצד השלישי. המודל האחד, של שופטת, מושתת על תפישה שלפיה תפקידו של הצד השלישי להכריע בסכסוך על בסיס מומחיותו המקצועית – היכרותו עם הדין ויכולתו לברור את העובדות הרלוונטיות ולהעריך את מהימנות הראיות. השופט בוחן את מאורעות העבר ומתיימר לברר מה קרה עובדתית ומהן ההשלכות המשפטיות של מצב דברים זה. המטרה היא לספק סעד משפטי שנותן מענה לזכויות הצדדים. המגשרת, לעומת זאת, נדרשת למומחיות בניהול ההליך (להבדיל מתחומי הסכסוך המהותיים). התפקיד של הצד השלישי בגישור הוא להניע הידברות פתוחה בין הצדדים, שחותרת להגיע לצורכי העומק שלהם²⁴ ולהצמיח הסכמות שנותנות מענה לאינטרסים של שני הצדדים. בעוד שהמודל השיפוטי נסמך על מקצועיות מהותית, היכרות עומק עם המאטריה המשפטית והפעלת סמכות הניתנת לאכיפה ולהוצאה אל הפועל, הרי שהמודל הגישורי מתבסס על יכולות של הקשבה, הצבת שאלות, מסגור מחדש וחתימה לפתרונות יצירתיים, תוך גיוס הצדדים לשיתוף פעולה.²⁵

לקראת סוף המאה ה-20, לאחר כמה עשורים של התנסויות עם הליך הגישור במסגרות שונות, מוסדו הליכים חלופיים בבתי משפט וטריבונלים מנהליים, לצד הקמתם של מרכזי גישור קהילתיים וגופים פנים-ארגוניים ליישוב סכסוכים במקומות עבודה וארגונים גדולים.²⁶ המיסוד לווה אומנם בחששות ובביקורות,²⁷ אולם מהר

התוצאות האפשריות על פי הדין. שיח אינטרסים, לעומת זאת, אינו מתמקד בשאלת הזכויות של הצדדים על פי הדין אלא במטרות, בשאיפות ובצרכים הרחבים יותר שלהם, מתוך ניסיון למצוא פתרון רחב שיספק ככל הניתן את הצדדים השונים המעורבים בסכסוך. ראו Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System*, לעיל ה"ש 13; יובל סיני ומיכל אלברשטין "הסדרת שיקול הדעת בפשרה לפי סעיף 79א: בין ישוב סכסוכים ומשפט" **משפטים** נג (צפוי להתפרסם).

23 שם.

24 Devki Nandan, *Role of Mediator, & What Are Its Advantages and Disadvantages of Mediation?* (2020), <https://ssrn.com/abstract=3625710>.

25 מרדכי (מוטי) מירוני "על מגבלות הפישור ועל בשורת הגישור" **דין ודברים** 487, 505–507 (2012); מיכל אלברשטין "יישוב סכסוכים שיפוטי: אל תורת המשפט מעבר למחלוקת" **דין ודברים** יא 17, 31–42 (2018).

26 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 6. בישראל, לעומת זאת, ההליך הגישורי נקלט קודם כול במתכונתו הממוסדת, דרך שינויי חקיקה והקמה של מחלקה ייעודית במשרד המשפטים, ראו מיכל אלברשטין "צדק מהיר מול צדק נשגב: אנטומיה של יחסי פרקטיקה ותיאוריה ביישוב סכסוכים" **עלי משפט** ט 85, 104–107 (2011).

27 Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1075 (1984); Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 WIS. L. REV. 1359, 1360–61 (1985); Trina

מאוד הפך הדיון בשאלת הרציות של הליכים חלופיים לתאורטי, כאשר המערכת התגייסה כולה לקידום של פשרות ולקידום היעילות והגברת הנגישות לערכאות.²⁸ נדמה היה שהמיסוד של הגישור החזיר את יסודות הבחירה וההסכמה להתקיים לצד המודל השיפוטי המודרני. עם זאת, מבט מעמיק חשף שהמודל הגישורי בן ימינו אימץ יסודות פורמליים ונשען במידה רבה על עולם המשפט. המגשר, כמו השופט, היו בעלי מקצוע שלא הכירו את הצדדים וחתרו לניטרליות.²⁹ פעמים רבות אף היו המגשרים בעלי מומחיות משפטית והביאו להסכמות ב"צל המשפט".³⁰ ההיבט המפתיע ביותר היה שבסופו של דבר גם ממד הוולנטריות שבגישור כורסס, כאשר הגישור נאלץ להסתמך על הפניה של תיקים מבתי המשפט כדי לייצר נפח תיקים מספק, לעיתים תוך חיוב השתתפות בהליך הגישור מצד המערכת המשפטית.³¹ הליך הגישור עבר במידה רבה "משפטיזציה" (יש שכינו זאת "קואופטציה"),³² ובמקביל גם ההליך השיפוטי אימץ דפוסיים המזוהים עם תחום ה-ADR.³³ לצד ההפניה להליכים חלופיים החלו השופטים עצמם ליזום פשרות בין הצדדים, באמצעות הכרעה על דרך הפשרה, או אישור פשרות שהושגו על ידי הצדדים בצל המעורבות השיפוטית.³⁴ כחלק מהרוח החדשה בבתי המשפט, הערכת ביצועי השופטים עברה להיות תלויה לא רק בשליטה שלהם בנבכי הדין ובשאלת נכונות ההכרעה שלהם, אלא גם בקצב סגירת התיקים שלהם ובשאלת קיומה של סחבת בניהול הליכים על ידם.³⁵ המשמעות הייתה של כישורים ויכולות שונים מאלה שנדרשו באופן מסורתי מהשופטים והשופטות – לא רק

- Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L.J. 1545, 1601 (1991).
- Eric K. Yamamoto, *ADR: Where Have All the Critics Gone?*, 24 Nandan 36 SANTA CLARA L. REV. 1055 (1996).
- JEROLD S. AUERBACH, *JUSTICE WITHOUT LAW?* 11 (1984).
- Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950, 996–97 (1979); Nancy A. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do With it?*, 79 WASH. U. L.Q. 787, 797–98 (2001).
- רבינוביץ' עיני ומנטוביץ "זכות הגישה וגישה לצדק", לעיל ה"ש 7, בעמ' 417.
- Carrie Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR"*, 19 FLA. ST. U. L. REV. 1 (1991).
- Tom R. Tyler, *The Quality of Dispute Resolution Procedures and Outcome: Measurement Problems and Possibilities*, 66 DENV. U. L. REV. 419, 436 (1989).
- (להלן: Tyler, *The Quality of Dispute Resolution Procedures and Outcome*).
- אלברשטין, לעיל ה"ש 25.
- ערן גורן, ארנה רבינוביץ' עיני ויאיר שגיא "נגישות למשפט בפשרות בתובענות ייצוגיות: תובנות אמפיריות על תפקיד היועץ המשפטי לממשלה" **חוקים** ח 249, 280 (2016); יששכר רוזן-צבי "ביזור מערכת השפיטה בישראל: התפקיד הנסתר של סדרי הדין" **משפטים** מו 717, 721 (2017).

ידע משפטי, אלא גם יצירתיות וכושר שכל, לצד יכולות גישוריות לקירוב הצדדים להסכמות, בין אם פרוצדורליות ובין אם מהותיות.³⁶ התפתחויות אלו הובילו לדיון ער סביב התפקיד הראוי של הצדדים השלישיים השונים, ההכשרה והכישורים הנדרשים עבורם – מה יבטיח את מילוי תפקידם כראוי וכיצד ניתן לקיים הליכים שמקדמים יעילות ונגישות מבלי לכרסם בהוגנות שלהם ובלגיטימציה המוסדית.³⁷ בעוד שבמישור הידע והמומחיות המהותיים נותרו הבדלים מסוימים בין תפקיד השופטות למגשרות (חרף ה"משפוט" של הגישור וחדירת הפשרה לשפיטה), הרי שבמישור הפרוצדורלי עברו הן שופטים והן מגשרים לתפקיד באופן דומה בזירה עם כללים גמישים ותיעוד חלקי, כזה שחותר להביא צדדים להסכמות בשלב מוקדם. המניע המרכזי לשינויים אלה במערכת המשפט היה הרצון לייעל את המערכת, התפתחות חשובה ורצויה, אולם כזו שגם עוררה ביקורת מנקודת ראות של הוגנות הליכית ונגישות. מתכונת הליכית מזוהת שמונעת מהרצון לסיים הליכים מהר עלולה שלא לתת לצדדים הזדמנות להשמיע את קולם, והחווייה ההליכית עלולה להיתפש כבלתי מכבדת או כמוטה.³⁸

כפי שנראה בחלק הבא, כניסתה של הטכנולוגיה להליכים משפטיים התרחשה ממש באותן שנים של התרחבות המיסוד של הליכים חלופיים. באורח מעניין, האימוץ של הליכים מקוונים בזירה הציבורית דווקא לא היה מונע באופן בלעדי, ואף לא עיקרי, על ידי הרצון להתייעל ו"לסגור תיקים". ההתנסויות הראשונות עם הליכים מקוונים היו מונעות בעיקר מהרצון לחזק את הנגישות לצדק של משתתפי ההליך לאור הנוחות הכרוכה בניהול הליכים שאינם דורשים נוכחות פיזית ומשתתפים על שיח מובנה, והטמעה של הכללים הפרוצדורליים בפלטפורמה המקוונת.³⁹ בנוסף, כפי שנראה, השינויים הטכנולוגיים קשורים בטבורם לשינויים רחבים יותר שעברו על התחום ההליכי בדמות

36 שינוי זה עורר שאלה לגבי אחריותיות ובקרה על שופטים, שחלק ניכר מפעילותם נעשה ללא תיעוד ובאופן א-פורמלי, כמו גם על שאלת התאמתם של שופטים למילוי תפקידים אלה לאור ההכשרה והכישורים שנדרשו מהם בשלב בחירתם לתפקיד. ראו: Karni Perlman, *Settlement Adjudication and Judicial Responsiveness: The Choice Between a Wide and a Narrow Model*, in THE RESPONSIVE JUDGE – INTERNATIONAL PERSPECTIVES 61 (Tania Sourdin & Archie Zariski eds., 2018).

37 Orna Rabinovich-Einy, *The Legitimacy Crisis and the Future of Courts*, 17 CARDOSO J. CONFLICT RESOL. 23, 33–35 (2015) (להלן: Rabinovich-Einy, *The Legitimacy Crisis and the Future of Courts*).

38 E. ; 33 Tyler, *The Quality of Dispute Resolution Procedures and Outcome*, 24 L. & SOC'Y REV. 953 (1990); Tom R. Allan Lind et al., *In the Eye of the Beholder: Tort Litigants' Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System*, 22 L. & SOC'Y REV. 103 (1988) (להלן: Tyler, *Procedural Justice*).

39 Colin Rule, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, 16 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 277 (2020).

עלייתה של חשיבה תכנונית/עיצובית ("design thinking") והמיקוד בקשר בין פרוצדורה ונגישות לצדק, תמורות שמחזקות נגישות לצדק ושיש להן השפעה על תפקיד הצד השלישי.⁴⁰ בעוד שבמהלך המיסוד של הליכים חלופיים תוארו הליכים שיפוטניים וחלופיים כתמונות מראה אלו של אלו, הרי שהצמיחה של הליכים מקוונים החל מאמצע שנות ה-90', וההתרחבות של המסגרת של תכנון הליכי למישור הפורמלי בעשור לאחר מכן, הציבו את ההליכים הפורמליים והא-פורמליים באותו צד של המתרס, בעקבות עלייתה של הבחנה חדשה – בין המרחב הפיזי למקוון.

2. עליית האוטומציה ביישוב סכסוכים

א. יישוב סכסוכים מקוון

התחום של הליכים מקוונים החל להתפתח באמצע שנות ה-90' של המאה הקודמת עם הגידול בסחר אלקטרוני.⁴¹ המגעים התכופים בין צדדים מרוחקים וזרים, פעמים רבות ממדינות שונות ודוברי שפות שונות, הצמיחו גם סכסוכים. מהר מאוד היה ברור שהסכסוכים התכופים שהתעוררו בין צדדים מרוחקים, ושפעמים רבות נגעו לסכומים בעלי ערך פעוט, לא יוכלו להיפתר פנים אל פנים.⁴² פלטפורמות מקוונות החלו להציע מקבילות להליכים חלופיים מוכרים דוגמת משא ומתן, גישור ובוררות.⁴³ בתחילת הדרך נתפשו הליכים מקוונים כנחותים מהליכים המתקיימים פנים אל פנים ומתאפיינים בתקשורת עשירה ובטוחה יותר. לכן, התפישה הרווחת הייתה שהליכים מקוונים מיועדים להתמודד עם סכסוכים שצמחו בזירה המקוונת, אשר עבורם ההליכים הפיזיים אינם חלופה ריאלי. בהמשך יושמו ההליכים המקוונים גם במישור האזורי (הרגולציה האירופית מס' 524/2013 על הליכים מקוונים לסכסוכים צרכניים) והבינלאומי (הניסיון של קבוצת העבודה של UNCITRAL לייצר כללים על הליכים מקוונים), עדיין תוך התמקדות בסכסוכים שצמחו במסגרת סחר אלקטרוני חוצה-גבולות.⁴⁴ עם התפתחות הטכנולוגיה והחשיבה על התחום, הדגש בהליכים מקוונים עבר מניסיון לשכפל הליכים מוכרים לשאיפה לתכנן הליכים חדשים שעושים שימוש

Margaret Hagan, *Introduction to Design Thinking for Law*, in LEGAL INFORMATICS 40
Sela, *The* ; 155 (Daniel M. Katz, Ron Dolin & Michael J. Bommarito eds., 2021)

Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design, לעיל ה"ש 1.
Jie Zheng, *The Development of ODR in E-Commerce Transactions*, in ONLINE 41
RESOLUTION OF E-COMMERCE DISPUTES 33 (2021).

Rabinovich-Einy & Katsh, *Courts*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 189–188. 42

ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, *ONLINE DISPUTE RESOLUTION: RESOLVING 43*
CONFLICTS CYBERSPACE (2001).

Pablo Cortes, *Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A 44*
Proposal for the Regulation of Accredited Providers, 19 INT'L J.L. & INFO. TECH. 1
(2011); Colin Rule, *Technology and the Future of Dispute Resolution*, 21 DISP.
RESOL. MAG., no. 2, Winter 2015, at 4, 6.

במאפיינים הייחודיים של הסביבה המקוונת ומבוססת התוכנה, מה שזכה לכינוי "הצד הרביעי".⁴⁵ הכוונה בצד הרביעי היא למגוון הדרכים שבאמצעותן הטכנולוגיה יכולה לסייע לצד השלישי האנושי או להחליף את ההתערבויות שלו.⁴⁶ היתרונות של הליכים מקוונים, בעיקר במישור היעילות והנוחות, זכו להכרה.⁴⁷ עם התרחבות השימוש באינטרנט, התפשטות הטלפונים החכמים והצמיחה של רשתות חברתיות, היטשטשה ההבחנה בין הזירה המקוונת לפיזית,⁴⁸ והשימוש בהליכים מקוונים נתפש כרצוי יותר דווקא בגלל אותן תכונות שנחשבו תחילה כחסרונות ושנבעו מאופייה הדיגיטלי של התקשורת. כך למשל, התיעוד האוטומטי שהגיע עם המעבר לתקשורת מקוונת נתפש תחילה כמנוגד לרוח הגישור, שמעלה על נס את הפרטיות של חילופי הדברים בין הצדדים. עם הזמן התחדדה התרומה שיכולה להיות לתיעוד בהבטחת איכות ההליך ותוצאותיו בשל ההזדמנויות שנוצרו לבקרה ולמידה.⁴⁹ גם ההבניה של השיח והאחידות שנוצרת עם ההמרה של התערבות אנושית בתוכנה נתפשה תחילה כהיבט בעייתי שפוגע ביכולת להציע התערבות יצירתית ומותאמת-הקשר. עם הזמן נחשפו היתרונות הגלומים בהיבטים אלה, בין השאר בשל הצמצום בהטיות אנושיות בלתי מודעות, הטיות שעלולות להביא לפערים בתוצאות משפטיות במקרים דומים. ואכן, עם הזמן, השילוב של גישה מרחוק, הבניית השיח בין הצדדים ויכולת העיבוד האוטומטי של מידע החלו להתפשט כיתרונות הן בזירה הפרטית-הא-פורמלית, הן בציבורית-הפורמלית. בעקבות זאת, החל מאמצע העשור השני של המאה ה-21 אומצו הליכים מקוונים בבתי משפט ובטריבונלים במקומות שונים בעולם.⁵⁰

המיסוד של הליכים מקוונים בספירה הציבורית תפס כיוון מסעיר ובלתי צפוי בהינתן מסכת הלחצים שבהם היו נתונים בתי המשפט להמשיך ולהתיעל. במקום שימוסדו הליכים מקוונים המהווים מקבילה להליכים מוכרים מתוך ניסיון לזרז את סגירת התיקים, סיפקה הכניסה של הליכים מקוונים הזדמנות לדמיין מחדש את אופיו של ההליך המשפטי ואת המסע שעוברים במסגרתו מתדיינים בניסיון לחזק גישה לצדק,

45 Katsh & Rifkin, לעיל ה"ש 43.

46 שם, בעמ' 93–95; Sela, *The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution*, System Design, לעיל ה"ש 1, בעמ' 648–649.

47 Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh, *Technology and the Future of Dispute Systems Design*, 17 HARV. NEGOT. L. REV. 151, 196–97 (2012); J. J. Prescott, *Improving Access to Justice in State Courts with Platform Technology*, 70 VAND. L. REV. 1993 (2017).

48 Eithan Katsh & Orna Rabinovich-Einy, *Digital Justice: Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment*, 1 INT'L J. ONLINE DISP. RESOL. 5 (2014); Haitham A. Haloush & Bashar H. Malkawi, *Internet Characteristics and Online Alternative Dispute Resolution*, 13 HARV. NEGOT. L. REV. 327 (2008).

49 Orna Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 253 (2006) (להלן: *Rabinovich-Einy, Technology's Impact*).

50 Rabinovich-Einy & Katsh, *Courts*, לעיל ה"ש 22.

בדגש על צדדים בלתי מיוצגים.⁵¹ יעילות נתפשה כתוצר לוואי חשוב ומשמעותי, אך לא הפכה לחזות הכול, כפי שקרה בהקשר של רפורמות פרוצדורליות אחרות דוגמת ההליכים החלופיים ובאימוץ של טכנולוגיות בהקשרים אחרים במערכת המשפט.⁵² הליכים מקוונים התנהלו באותה תקופה על הכתב, באופן א-סינכרוני (המתדיינים ו"הצד השלישי" מתכתבים בזמנם החופשי במועד שנוח להם ובמנותק ממועדי הפעילות של בתי המשפט). מודל זה ייתר לא רק את הצורך להתכנס פיזית, אלא גם את התיאום של מפגש מרוחק בזמן אמת, וחיזוק היבטים של יעילות ונגישות.⁵³ ההישענות על תקשורת כתובה הייתה משמעותית לא רק בגלל החיסכון בזמן ובייתור הצורך בנסייעות ובהתכנסות במהלך יום העבודה, אלא גם מכיוון שתקשורת מעין זו מאפשרת לצדדים לחשוב ולהתייעץ ומספקת להם אפשרויות מובנות למענה באשר לטיב הבעיה שהם מתמודדים איתה והפתרונות שהיו מעוניינים בהם, אפשרויות שעשויות לגשר על פערי שפה וידע. לא רק אופן ניהול ההליך השתנה, אלא גם סוגי ההליכים שצמחו היו חדשים בחלקם, כאלה שאין להם מקבילה פנים אל פנים. כך, למשל, פותח הליך "דיאגנוזה" שמאפשר לצדדים להבין טוב יותר את הבעיה שהם מתמודדים עימה, את אפיקי הפעולה האפשריים ואת סוגי הפתרונות שעומדים בפניהם. הדבר נעשה באמצעות רצף שאלות ותשובות ומגוון כלים המושתתים על אוטומציה.⁵⁴ בנוסף, במסגרת הליך של משא ומתן אוטומטי התוכנה מסייעת לצדדים בניסוח ובמסגור התקשורת ביניהם, כמו גם בהערכת האפשרויות העומדות בפניהם ובאיתור אזורי הסכמה. כפי שנראה בהמשך, הצמיחה של הליכים ייחודיים אלה נוצרה מהמפגש בין דפוסי החשיבה בעולם ההליכים החלופיים, ובעיקר מהתפישה שיש להתאים את

Ayelet Sela, *Streamlining Justice: How Online Courts Can Resolve the Challenges of Pro Se Litigation*, 26 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 331 (2016); Shannon Salter & Darin Thompson, *Public-Centred Civil Justice Redesign: A Case Study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal*, 3 MCGILL J. DISP. RESOL. 113 (2017) (להלן: Salter & Thompson, *A Case Study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal*); Sela, *The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System* (Tribunal Design, לעיל ה"ש 1; Rabinovich-Einy & Katsh, *Courts*, לעיל ה"ש 22).

שם. 52

J.J. Prescott & Alexander Sanchez, *Platform Procedure: Using Technology to Facilitate (Efficient) Civil Settlement, Selection and Decision*, in JUDICIAL PROCESS AROUND THE WORLD: EMPIRICAL INQUIRIES 30 (Yun-chien Chang ed., 2019); Amy J. Schmitz, *Measuring "Access to Justice" in the Rush to Digitize*, 88 FORDHAM L. REV. 2381 (2020) (להלן: Amy J. Schmitz, *Expanding Access to Remedies Through E-Court Initiatives*, 67 BUFF. L. REV. 89 (2019)).

Tania Sourdin, *Alternative Dispute Resolution (ADR) Principles: From Negotiation to Mediation* (2014) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2723652; James E. Cabral et al., *Using Technology to Enhance Access to Justice*, 26 HARV. J.L. & TECH. 241 (2012).

המאפיינים ההליכיים להקשר שההליכים מיושמים בו,⁵⁵ לבין המתודולוגיות שמלוות את הזירה הטכנולוגית, ובעיקר זו של "תכנון מוכון-משתמש" והכניסה של חשיבה עיצובית לזירה המשפטית.⁵⁶ שילוב זה הביא להתמקדות בצורכי המשתמשים, אשר עד לאותה נקודה לא הוזמנו להשמיע את קולם בשאלות פרוצדורליות בהליכים משפטיים, ולאיוץ של חשיבה בינתחומית על התרגום של צרכים אלה למבנה הליכי, לרבות האפשרות של הליכים מקוונים.⁵⁷

תוצר דגל של שימוש במתודולוגיות ומסגרות חשיבה אלה הוא הטריבונל המקוון החלוצי בבריטיש קולומביה (Civil Resolution Tribunal, CRT), שהוקם לפני פחות מעשור. בטריבונל זה מתבררים, בין השאר, סכסוכי תביעות קטנות ותביעות על נזקי גוף.⁵⁸ ההליך נפתח בשלב דיאגנוזה של הבעיה המשפטית וקיומה של עילת תביעה בסמכות הטריבונל, שבעקבותיו עשויה להיות מוגשת תביעה שלגביה יוכלו הצדדים בשלב ראשון לקיים משא ומתן מקוון על הכתב באופן א-סינכרוני, ולאחר מכן לנהל הליך מעין-גישורי מקוון בתיווכו של צד שלישי אנושי, ורק אם כל אלה לא צלחו, יעברו הצדדים לדיון בפני פאנל של בית הדין.⁵⁹ למעשה, המבנה ההליכי המדורג שקיים בקנדה מהדהד את זה שפותח כבר בתחילת המאה במערכת יישוב הסכסוכים של eBay, עבור סכסוכי מסחר אלקטרוני. מערכת זו היוותה השראה לרבות מהמערכות המתקדמות יותר, והמבנה שלה אומץ גם במקומות אחרים בעולם כמודל מוצלח לתכנון הליכי.⁶⁰ המבנה מאפשר להביא ליישוב חלק הארי של הסכסוכים בשלב מוקדם, ללא מעורבות צד שלישי אנושי בזכות אוטומציה ומבנה הליכי מדורג (אם כי ללא שימוש בבניה מלאכותית).⁶¹ היבטים מרכזיים של מבנה זה אומצו במערכות הליכים מקוונים נוספות שהוטמעו בספֶרה הציבורית.⁶² התכנון המדורג של הליך יישוב הסכסוך, הנפתח

- 55 Rabinovich-Einy & Katsh, *Courts*, לעיל ה"ש 22.
- 56 Ayelet Sela, *E-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture on Online*, Hagan ; *Courts*, 2019 J. DISP. RESOL. 127, 127 (2019), לעיל ה"ש 40.
- 57 Anjanette H. Raymond & Scott J. Shackelford, *Technology, Ethics, and Access to Justice: Should an Algorithm be Deciding Your Case?*, 35 MICH. J. INT'L L. 485 (2014).
- 58 Civil Resolution Tribunal Act, S.B.C 2012, C. 25; Katie Sykes et al., *Civil Revolution: User Experiences with British Columbia's Online Court*, 37 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST 161 (2020).
- 59 Salter & Thompson, *A Case Study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal*, לעיל ה"ש 51.
- 60 Orna Rabinovich-Einy, *The Past, Present, and Future of Online Dispute Resolution*, 74 CURRENT LEGAL PROBS. 125 (2021).
- 61 Maxime Cohen, Samuel Dahan & Rabinovich-Einy & Katsh, *Courts*, לעיל ה"ש 22 ; Colin Rule, *Conflict Analytics: When Data Science Meets Dispute Resolution*, 2 MGMT. BUS. REV. 86 (2022) (להלן: Cohen, Dahan & Rule, *Conflict Analytics*).
- 62 Tyler Technologies, Inc., *Online Dispute Resolution: Empower Citizens to Resolve Their Own Disputes Online, Anywhere, Anytime — With Proven Technology* (2017),

בהליכים מבוססי-אינטרסים, דוגמת משא ומתן וגישור, ומתפתח לשלבים מבוססי-הכרעה, דוגמת בורות והכרעה שיפוטית, כמו גם ההבנה שההתמודדות עם הסכסוך הבודד עשויה להיות בעלת השלכות רחבות יותר ולשמש להתמודדות עם סכסוכים עתידיים, תאמו תובנות שצמחו בעולם יישוב הסכסוכים המסורתי. תובנות אלו צמחו עם הפיתוח של מודלים של "תכנון מערכות יישוב סכסוכים" או "תכנון הליכי" שהציעו אפיון של הליכים ליישוב סכסוכים ואמות מידה לתכנון מערכות יישוב סכסוכים והערכה שלהן, כמו גם חשיבה על מניעת סכסוכים עתידיים.⁶³ מה שהתחיל כתת-תחום של הליכים חלופיים וצמח מההקשר של מערכות יישוב סכסוכים פנימיות במקומות עבודה וארגונים, הפך ברבות השנים למסגרת חשיבה לתכנון הליכי במגוון זירות – מקומיות ובינלאומיות, פורמליות וא-פורמליות,⁶⁴ ובשנים האחרונות – גם כאלה המיושמות בזירה הפיזית וכאלה המשלבות מדיומים נוספים.⁶⁵

אחת התובנות המרכזיות של תחום התכנון ההליכי היא שהכרעות בדבר מתכונת ומבנה פרוצדורליים אינן מהוות סוגיות טכניות, אלא משפיעות בהכרח על סוגי הערכים המקודמים באותה סביבה (שוויון, גילוי האמת, השתתפות), התוצאות שאליהן יגיעו הצדדים במסגרת ההליך (משפטיות או מבוססות-אינטרסים, מוטות או מאוזנות, הכרעה לעומת הסכמה) והמטרות שתמומשנה באמצעות ההליכים (יעילות, נגישות, לגיטימציה).⁶⁶ מחקרים שנערכו על הליכים מקוונים מראים את ההשפעה של שינויים טכנולוגיים על המישור ההליכי ועל תוצאות ההליך. במחקר אמפירי על פלטפורמה לניהול הליכים מקוונים שאומצה במאות בתי משפט מדינתיים בארה"ב בשם קטליס (לשעבר מטרורון), אשר יושמה במגוון סוגי סכסוכים, ביניהם תעבורה, תביעות קטנות ומשפחה, נמצא כי האימוץ של הליכים מקוונים בבתי משפט הביא להגברה של נגישות ויעילות (גם של הליכים שהמשיכו להתנהל פנים אל פנים באותם בתי משפט שבהם הוטמעו הליכים מקוונים).⁶⁷ בנוסף, נמצא במחקר השוואתי של תיקי תעבורה כי פערים

<https://www.tylertech.com/Portals/0/OpenContent/Files/4080/Modria-Brochure.pdf>;
ABOUT JUSTICE 42 (2017) <https://www.justice42.com/en/>

WILLIAM L. URY, JEANNE M. BRETT, & STEPHEN B. GOLDBERG, GETTING DISPUTES
.RESOLVED: DESIGNING SYSTEMS TO CUT THE COSTS OF CONFLICT (1988) 63

LISA BLOMGREN AMSLER ET AL., DISPUTE SYSTEM DESIGN: PREVENTING, MANAGING
.AND RESOLVING CONFLICT 112–13, 171–73 (2020) 64

Leah Wing et al., *Designing Ethical Online Dispute Resolution* ; 10–9 'בעמ' 65
Rabinovich-Einy & ; *Systems: The Rise of the Fourth Party*, 37 NEGOT. J. 49 (2021)
Katsh, לעיל ה"ש 47. בהקשר זה, מעניינות ההתפתחויות בזירה הישראלית ובהן ההשקה
של מערכת מקוונת ליישוב סכסוכים בין שכנים המתנהלת בפני המפקח על הבתים
המושותפים ומתבססת על מערכת ה-CRT, ראו "ניהול ויישוב מחלוקות משפטיות בין
שכנים בבתי משותפים" **משרד המשפטים** <https://ecourts-odr.court.gov.il/app/Home>
(2019).

Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 47, בעמ' 153 ; AMSLER ET AL., לעיל ה"ש 64,
בעמ' 13–20.

Prescott, לעיל ה"ש 47, בעמ' 2021–2022. 67

בתוצאות המשפטיות (גובה הקנס ו/או הנכונות להקל בחומרת העבירה) שהיו מקושרים עם הגזע של הצדדים נעלמו עם המעבר מהליכים פנים אל פנים להליכים שהתקיימו באופן מקוון על הכתב.⁶⁸

לצד יתרונות הליכי ה-ODR לווה האימוץ של הליכים מקוונים בביקורות ובאתגרים משמעותיים. רבים חשו שהאימוץ של הליכים שפותחו להתמודדות עם סכסוכים פשוטים סביב עסקאות במוצרים בסכומים נמוכים אינו מתאים להקשרים מורכבים יותר, הדורשים תקשורת עשירה.⁶⁹ כמו כן לוו האמירות שלפיהן הליכים מקוונים יוכלו לשפר נגישות לצדק בסקפטיות מצד גורמים שונים, אשר סברו כי הפתרונות הללו אינם טובים דיים עבור צדדים מוחלשים.⁷⁰ לחששות לפגיעה בזכויות המהותיות נשוא הסכסוך התלוו חששות בנוגע לזכות לפרטיות של הצדדים ולקיומן של פרצות באבטחת המידע.⁷¹ כמו כן העלו מבקרים חששות לגבי הפרטה מוגברת של המערכת המשפטית בשל הכניסה של גורמים מקצועיים חדשים לזירה המשפטית – ממנהנדי תוכנה דרך מומחים לחוויית משתמשים, חלקם עובדים של חברות חיצוניות הפועלות למטרות רווח.⁷² במישור של המשתמשים הועלו חששות לגבי החוויות שלהם בהליך "רוזה" מעין זה, עד כמה יחושו שקולם נשמע, בוודאי כשמדובר בסכסוך רגשי ומורכב.⁷³ לבסוף, ההתנסות עם הליכים אלה הראתה שקיים קושי למשוך משתמשים כאשר הם מוצעים באופן רצוני.⁷⁴ למעשה קושי זה מוכר גם מהמיסוד של הליכי ADR, אולם

Avital Mentovich, J.J. Prescott & Orna Rabinovich-Einy, *Are Litigation Outcome Disparities Inevitable? Technology and the Future of Impartiality*, 71 ALA. L. REV. 893 (2020).

Carrie Menkel-Meadow, *Is ODR ADR? Reflections of an ADR Founder from 15th ODR Conference, the Hague, the Netherlands, 22-23 May 2016*, 3 INT'L J. ONLINE DISP. RESOL. 4 (2016), <https://doi.org/10.5553/ijodr/235250022016003001002> (להלן: Menkel-Meadow, *Is ODR ADR? Celebration and the Embrace of Procedural Safeguards*, ADRHUB - CREIGHTON NCR (July 4, 2016), <http://www.adrhud.com/profiles/blogs/procedural-justice-in-odr>); Jean R. Sternlight, *Pouring a Little Psychological Cold Water on Online Dispute Resolution*, 2020 J. DISP. RESOL. 1, 14-16 (2020).

שם. 71

ETHAN KATSH & ORNA RABINOVICH-EINY, DIGITAL JUSTICE: TECHNOLOGY AND THE INTERNET OF DISPUTES 1-21 (2017).

Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 60, בעמ' 141. 73

Renee Danser et al., *Online Dispute Resolution of Low-Level Court Proceedings: Two Broken Field Experiments, One Unexpected Result* (Feb. 4, 2023), <https://ssrn.com/abstract=4375081>; J.J. Prescott, *Assessing Access-to-Justice Outreach Strategies*, 174 J. INST. & THEORETICAL ECON. 34 (2018).

המעבר למיסוד חובה של הליכים מקוונים מעורר קשיים ייחודיים במישור ההנגשה. עם זאת, היו מקומות שבחרו ללכת בדרך זו תוך מתן סיוע משמעותי לאוכלוסיות מוחלשות מתוך תפישה שפתרון זה מספק מענה מוצלח יותר לאתגרי הנגישות למשפט.⁷⁵ באופן כללי, רבים מהחסרונות נתפשו הללו ככאלה שניתן להתמודד עימם באמצעות תכנון הליכי מתאים, בעוד שאחרים צפויים להשתנות עם הזמן והשינוי בהעדפות וביכולות של אנשים.⁷⁶ גישה זו קיבלה חיזוק עם פרוץ הקורונה.

התפשטות מגפת הקורונה הביאה למהפכה בתחום ההליכים המקוונים. כמעט בין לילה עברו הליכים משפטיים פורמליים וחלופיים ברחבי העולם ממתכונת פיזית להתנהלות מרחוק.⁷⁷ לצד גידול באימוץ של מערכות הליכים מקוונים בבתי משפט שונים, עברו הליכים רבים להתנהלות באמצעות היוועדות חזותית, בעיקר דרך מערכות מסחריות דוגמת זום, סקייפ וטימז.⁷⁸ להתפשטות של הליכי היוועדות הייתה השפעה מהפכנית על התפישות המקובלות לגבי סוג ההליכים שניתן וראוי לנהל מרחוק, אך במובנים רבים היא החמיצה חלק ניכר מהפוטנציאל הטרנספורמטיבי של הליכים מקוונים. הכניסה של הליכי היוועדות בתקופה זו לא לוותה, מטבע הדברים, בחשיבה ובתכנון של הליך מותאם-הקשר שבו נשקל באיזו מידה הבחירות התכנוניות וסוג המדיום מקדמים את הערכים והמטרות הרצויים. כך, נמצא כי חרף עלייה בשיעור ההתייצבות לדיונים בתקופת הקורונה בהיוועדות חזותית בהשוואה להליכים המתקיימים פנים אל פנים, מחקרים מסוימים מצאו כי להליכים אלה השפעה לא שוויונית על צדדים מוחלשים דוגמת שוכרי דירות ואסירים.⁷⁹ אתגרים במישור של נגישות לחומרה ורוחב פס מתאימים, התחברות מבתי צפופים ורועשים, העדר ידע לגבי ניהול התוכנות והאפליקציות, וחוסר הבנה של הקודים התרבותיים הנלווים לניהול הליך מרחוק פגעו פעמים רבות בצדדים מעוטי אמצעים.⁸⁰ לצד דברים אלה מצאו מחקרים אחרים כי הליכים בהיוועדות חזותית היו נגישים יותר, משביעי רצון יותר, פחות מעוררי חרדה ואף הובילו לתוצאות משפטיות טובות יותר עבור צדדים

75 כך נעשה בהליך הקיים ב-CRT, ראו לעיל ה"ש 51.

76 Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 60, בעמ' 132.

77 Susskind, לעיל ה"ש 12; מנטוביץ' ורבינוביץ' עיני "דיונים משפטיים בימי קורונה", לעיל ה"ש 4.

78 נעשה שימוש באודיו, אם כי במידה פחותה, שימוש שעורר בעיות קשות עבור צדדים מוחלשים.

79 How Courts Embraced Technology, Met the Pandemic Challenge, and Revolutionized Their Operations, PEW CHARITABLE TRUSTS (Dec. 2021); David Horton, *Forced Remote Arbitration*, 108 CORNELL L. REV. 137 (2022).

80 Elizabeth G. Thornburg, *Observing Online Courts: Lessons from the Pandemic*, 54 FAM. L.Q. 181 (2020).

מוחלשים שנתבעו בהליכי פינוי.⁸¹ בנוסף, חשוב לציין שבניגוד להליכים מקוונים על הכתב, הליכים בהיוועדות חזותית כמעט לא לוו בשלבים הראשונים בניסיון לרתום את מאפייני המדיום לייצור הליכים מסוג חדש, אלא בעיקר בניסיון לשכפל את הדיון המסורתי בפני צד שלישי אנושי ולקיימו תחת מגבלות הריחוק של הקורונה.⁸²

השינויים שהתרחשו בתקופת הקורונה הותירו חותם על התנהלות בתי המשפט. בארה"ב הפכו הליכי ההיוועדות החזותית לחלק אינטגרלי מניהול הליכים בבתי המשפט ולמתכונת דומיננטית בהליכי גישור המתנהלים מחוץ לבתי המשפט.⁸³ כמו כן, ההליכים המקוונים הא-סינכרוניים ממשיכים להתפשט בארה"ב, וצפויים להתרחב גם במחוזותינו.⁸⁴ בעוד שמפתה לראות את הכניסה של הליכי היוועדות חזותית בתור מה שייהפך לדפוס הרווח של הליכים מקוונים בעתיד, נראה כי יש בסיס לסברה כי המתכונת הא-סינכרונית של ההליכים המקוונים תהיה המודל הרווח, הן בשל היתרונות הגלומים בה במישור של נגישות ויעילות, הן בשל הפוטנציאל לשילוב אינטגרלי של אוטומציה ובינה מלאכותית בהליכים אלה.⁸⁵ הליכים מקוונים משלבים כבר היום אוטומציה ברמה מסוימת ובמקרים בודדים ניתן לדבר על שילוב של בינה מלאכותית של ממש,⁸⁶ אולם התרחבות השימוש בהליכים מקוונים לצד ההתפתחויות שחלות בתחום הבינה המלאכותית בזירה המשפטית, כמתואר בפרק הבא, צפויות להאיץ את התפשטות הבינה המלאכותית ביישוב סכסוכים.

ב. בינה מלאכותית והליכים ליישוב סכסוכים

בעשור האחרון התפתח התחום של בינה מלאכותית במישור ההליכי-משפטי בשני צירים: האחד, הפיתוח של כלים המבוססים על בינה מלאכותית באופן ייעודי עבור

81 Victor D. Quintanilla, Kurt Hugenberg, Ryan Hutchings & Nedim Yel, *Accessing Justice with Zoom: Experiences and Outcomes in Online Civil Courts* 6-7 (2023), <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/3088>.

82 בהקשר הישראלי ראו סלע ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 7; Roni Factor et al., *Videoconferencing in Legal Hearings and Procedural Justice*, 18 VICTIMS & OFFENDERS 1557 (2023). חריג לגישה זו למשל הוא השימוש ב"חדרים" בזום, או היכולת להשתיק צד. דוגמה לכך ניתן למצוא בשימוש שעשו בתי המשפט במדינת אינדיאנה בחדרי הזום להעצמת צדדים מוחלשים באמצעות ייעוץ משפטי מותאם. ראו Quintanilla et al., לעיל ה"ש 81, בעמ' 2.

83 Hybrid Hearings Improvement Initiative, NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS (2023), https://issuu.com/statecourts/docs/hybridhearings_report_final_2024; ראו Engstrom, לעיל ה"ש 3.

84 סיון שחר, איילת סלע וארנה רבינוביץ'-עיני "בתי דין מנהליים מקוונים בישראל: המהפכה שבדרך, וממצאים אמפיריים ממקרה בוחן ראשון" (בהכנה).

85 Mentovich, Prescott & Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 68.

86 John Zeleznikow, *Using Artificial Intelligence to Provide Intelligent Dispute Resolution Support*, 30 GRP. DEC. & NEGOT. 789 (2021).

השוק של מוצרים ושירותים משפטיים במסגרת מה שמכונה תעשיית "ליגל-טק",⁸⁷ והאחר, פיתוח של כלי בינה מלאכותית בעלי תחולה "כללית", המיושמים בזירה המשפטית וביישוב סכסוכים א-פורמלי, כאשר הבולטים שבהם בתקופה האחרונה הם אלו המבוססים על מודלי שפה גדולים (Large Language Models, או LLMs).⁸⁸ כפי שנראה, בשנים האחרונות שני הצירים הללו מתנקזים לכיוונים שיכולים לשנות באופן עמוק את האופן שבו הליכים ליישוב סכסוכים בבתי המשפט ומחוצה להם מתנהלים ומיושבים.⁸⁹

על החיבור בין בינה מלאכותית למקצוע המשפטי עמדו כבר לפני עשרות שנים, אך התפישה שלפיה צפויה להיות לכניסה של טכנולוגיות משפטיות השפעה משבשת על המקצוע החלה להישמע יותר ויותר החל משנות ה-80' המאוחרות של המאה הקודמת.⁹⁰ תחילה הושם הדגש על הזמינות והנגישות הגוברת של מידע משפטי דרך רשת האינטרנט, שצמצמה את הבלעדיות על מידע שהייתה נחלת המקצוע המשפטי.⁹¹ עדיין, המורכבות של השפה, הדוקטרינות וההסדרים המשפטיים הראו עד כמה אין די במידע משפטי כללי כדי להנגיש את הידע המשפטי לציבור הרחב.⁹² בהמשך, עם הפיתוח של מגוון כלים שמספקים שירותים ומוצרים משפטיים, החלו להתעורר שאלות לגבי ייחוד המקצוע,⁹³ ובאופן עמוק יותר לגבי היכולת של מכונות לבצע משימות שהן מנת חלקם של אנשים או נשים שהם בעלי הכשרה משפטית.⁹⁴

- 87 DAVID FREEMAN ENGSTROM, LEGAL TECH AND THE FUTURE OF CIVIL JUSTICE (2023)
- 88 Damien Charlotin, *Large Language Models and the Future of Law* (Aug. 22 2023), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4548258
- 89 שם. עם זאת, לאחרונה מיטשטשת במידה רבה ההבחנה בין שני המישורים הללו של כלים כלליים וכלים ייעודיים לזירה המשפטית, למשל דרך היצע הולך וגדל של ChatGPTs שונים, מעין אפליקציות, במסגרת ChatGPT.
- 90 אחד הקולות המשמעותיים ביותר בהקשר זה הוא ריצ'רד ססקינד, שכתב את עבודת הדוקטורט שלו בשנות ה-80' על הקשר בין בינה מלאכותית ועולם המשפט ופרסם ספרים מספר על השפעת הטכנולוגיה של מקצוע עריכת הדין. ראו למשל *Professor Richard Susskind OBE, OXFORD INTERNET INSTITUTE*, <https://www.nevo.co.il/shorturl/2AFC668C-D0A>; RICHARD SUSSKIND, THE END OF LAWYERS?: RETHINKING THE NATURE OF LEGAL (2010); RICHARD SUSSKIND, SUSSKIND & TOMORROW'S LAWYERS: AN INTRODUCTION TO YOUR FUTURE (2013). לעיל ה"ש 11.
- 91 M. Ethan Katsh, *Communications Revolutions and Legal Revolutions: The New Media and the Future of Law*, 8 NOVA L. REV. 631 (1984)
- 92 Siddharth Peter De Souza, *The Spread of Legal Tech Solutionism and the Need for Legal Design*, 13 EUR. J. RISK REGUL. 373 (2022)
- 93 SUSSKIND & SUSSKIND, לעיל ה"ש 11. בייחוד המקצוע הכוונה לאיסור על גורמים שאינם בעלי הידע וההכשרה המתאימים להעניק שירות משפטי לציבור. ראו ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961. לסעיף זה יש מקבילות במקומות אחרים בעולם,

מאז ומתמיד הייתה לשחקנים חוזרים בעלי משאבים יכולת לבצע ניתוח ולמידה של תיקים ולהפעיל סוג מסוים של ניתוח של מידע משפטי.⁹⁵ עם זאת, הכניסה של בינה מלאכותית בהקשר זה שינתה את המצב באופן דרמטי דרך היכולת לנתח באופן שיטתי מספרים גדולים של הכרעות שיפוטיות, פסקי בוררים והסכמות גישוריות.⁹⁶ הן עורכי דין, הן צדדים לסכסוך (דוגמת חברות ביטוח) עושים יותר ויותר שימוש בניבוי התוצאה המשפטית לגיבוש העמדה שלהם במסגרת ניהול משא ומתן. אם בעבר היה המשא ומתן מתנהל בצל הכרעות שיפוטיות,⁹⁷ הרי שיותר ויותר הוא יעבור להתנהל בצל של "מה שהאלגוריתם מנבא שהמשפט יאמר" ולא "מה שהמשפט אומר".⁹⁸ על היישום של בינה מלאכותית בהקשר זה נשמעו ביקורות,⁹⁹ כאשר הספקנים טוענים כי הטכנולוגיה רחוקה עדיין מהיכולת להמיר את עבודתם של בעלי הכשרה משפטית ושאינן לה יכולת לבצע את הניתוח המדויק שגורש במתן ייעוץ משפטי וקבלת החלטות במישור זה.¹⁰⁰ עבורם, מציאת קורלציות בין תיקים, כפי שעושים כלי בינה

למשל, Model Rules of Prof. Conduct r. 5.5 (AM. BAR ASS'N 2019) בארה"ב בדבר Unauthorized Practice of Law.

94 שם. לסקירת חלק מההשפעות של הבינה המלאכותית על מקצוע עריכת הדין ראו: Michael Legg & Felicity Bell, *Artificial Intelligence and the Legal Profession: Becoming The AI-Enhanced Lawyer*, 38 UNIV. TASMANIA L. REV. 34 (2019); Dana Remus & Frank Levy, *Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law*, 30 GEO. J. LEGAL ETHICS 501 (2016); Andrew Perlman, *The Implications of ChatGPT for Legal Services and Society*, THE PRAC. (2023), <https://clp.law.harvard.edu/knowledge-hub/magazine/issues/generative-ai-in-the-legal-profession/the-implications-of-chatgpt-for-legal-services-and-society>; Chris Chambers Goodman, *AI/ESQ.: Impacts of Artificial Intelligence in Lawyer-Client Relationships*, 72 OKLA. L. REV. 149 (2019); David Freeman Engstrom & Jonah B. Gelbach, *Legal Tech, Civil Procedure, and the Future of Adversarialism*, 169 U. PA. 'BEEM' KATSH & RABINOVICH-EINY ; L. REV. 1001, 1009–12 (2020) לעיל ה"ש 72, בעמ' 36–35.

95 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

96 Maxi Scherer, *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?; A Study on the Example of International Arbitration*, 36 J. INT'L ARB. 539 (2019); Sela, *Can Computers Be Fair*, לעיל ה"ש 3.

97 Mnookin & Kornhauser, לעיל ה"ש 30.

98 Cohen, Dahan & Rule, *Conflict Analytics*, לעיל ה"ש 61.

99 Danielle Keats Citron, *Technological Due Process*, 85 WASH. U. L. REV. 1249 (2008); Drew Simshaw, *Ethical Issues in Robo-Lawyering: The Need for Guidance on Developing and Using Artificial Intelligence in the Practice of Law*, 70 HASTINGS L.J. 173 (2019).

100 Monica Zalnieriute & Felicity Bell, *Technology and the Judicial Role*, in THE JUDGE, THE JUDICIARY AND THE COURT: INDIVIDUAL, COLLEGIAL AND INSTITUTIONAL

מלאכותית רבים, שונה מאוד מסוג הניתוח הנדרש בהחלטה משפטית מנומקת.¹⁰¹ חרף ביקורות אלה השוק של הליגל-טק ממשיך לצמוח ולייצר "צל של ניבויי הכרעה" שמעצב את תהליך קבלת ההחלטות של המעורבים בסכסוך.¹⁰² הבינה המלאכותית חדרה גם אל הרובד ההליכי בזירה הציבורית, כאשר ערכאות שיפוטיות ומנהליות החלו להיעזר בה הן במישור קבלת החלטות הן במישור הברוקרטי-פנימי.¹⁰³ המקרה המוכר ביותר, וזה שזכה לביקורות נוקבות במיוחד, הוא השימוש באלגוריתם להערכת מסוכנות והסיכוי לפשיעה חוזרת במסגרת הליכי קביעת ערובה והארכות מעצר.¹⁰⁴ האלגוריתם של חברת COMPAS נמצא מוטה כלפי שחורים, לנוכח הקריטריונים שהוא מתבסס עליהם, דוגמת אזור המגורים וההיסטוריה של היתקלויות עם המשטרה של החשוד, אינדיקטורים שצפויים ממילא להיות שכיחים יותר אצל שחורים לנוכח ריכוזי משטרה והטיות מצד השוטרים בהחלטה לתשאל ולעצור שחורים.¹⁰⁵ בעוד שבהקשר זה המעורבות האלגוריתמית היא בגדר המלצה, בהקשרים מנהליים יש כבר שימוש באלגוריתמים כמקבלי החלטות.¹⁰⁶ ההתפשטות של השימוש בבינה מלאכותית לקבלת החלטות בהקשרים מעין-שיפוטיים, כמו גם

- JUDICIAL DYNAMICS IN AUSTRALIA 1 (Gabrielle Appleby & Andrew Lynch eds., 2021); Milan Markovic, *Rise of the Robot Lawyers?*, 61 ARIZ. L. REV. 325 (2019); Harry Surden, *Machine Learning and Law*, 89 WASH. L. REV. 87 (2014)
- Frank Pasquale, *A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation*, 101 87 GEO. WASH. L. REV. 1 (2019)
- Dru Stevenson & Nicholas J. Wagoner, *Bargaining in the Shadow of Big Data*, 67 102 FLA. L. REV. 1337 (2016); Tania Sourdin, *Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, 41 UNSW L.J. 1114 (2018)
- Cary Coglianese & Lavi M. Ben Dor, *AI in Adjudication and Administration*, 86 103 BROOK. L. REV. 791 (2021)
- Alicia Solow-Niederman et al., *The Institutional Life of Algorithmic Risk* 104 34 BERKELEY TECH. L.J. 705 (2019); Sandra G. Mayson, *Bias In, Bias Out*, 128 YALE L.J. 2218 (2019)
- Sam Corbett-Davies et al., *Algorithmic Decision Making and the Cost of Fairness*, 105 in KDD '17: PROCEEDINGS OF THE 23RD ACM SIGKDD INTERNATIONAL CONFERENCE ON KNOWLEDGE DISCOVERY AND DATA MINING 797 (2017), <https://doi.org/10.1145/3097983.3098095>
- Teresa Scassa, *Administrative Law and the Governance of Automated Decision-Making: A Critical Look at Canada's Directive on Automated Decision-Making*, 54 106 U. BRIT. COLUM. L. REV. 251 (2021)
- DAVID FREEMAN ENGSTROM ET AL., GOVERNMENT BY ALGORITHM: ראו בארה"ב, ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN FEDERAL ADMINISTRATIVE AGENCIES, REPORT SUBMITTED TO THE ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES (2020), <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/02/ACUS-AI-Report.pdf> על פי הדו"ח, בהקשרים מעין שיפוטיים, שימושים של מעורבות אלגוריתמית נעשים בתפקיד של תומכי החלטה, ולכל היותר בעלי השפעה באשר לתיעודף התיקים כחלק מניהולם.

הטשטוש הקיים בין המלצה, ניבוי וקבלת החלטות, מלמדים שהכניסה של בינה מלאכותית לזירה של קבלת החלטות במרחב יישוב הסכסוכים צפויה להתרחב. עד היום, השימוש בבינה מלאכותית במסגרת הליכים מקוונים היה מוגבל, כפי שעולה מן התיאור בפרק הקודם. מעט הליכי משא ומתן אוטומטי מוכרעים על ידי אלגוריתם – בעיקר בהקשרים מוגבלים שבהם מתנהל משא ומתן על סכום כספי. כיום נעשה שימוש בהליכים כאלה בהקשר של סכסוכים אזרחיים¹⁰⁷ ובתחום גירושין.¹⁰⁸ כמו כן, חלק מההליכים המקוונים מציעים לצדדים במשא ומתן שימוש בכלים המייצרים עבורם מסמכים משפטיים בהתבסס על מידע שהזינו, כמו גם שימוש במחשבוני שונים לחישוב פיצויים או דמי מזונות,¹⁰⁹ ואף צפייה בהכרעות או הסכמות שהושגו במקרים דומים.¹¹⁰ עם זאת, מגבלה חשובה היא שהנתונים מתבססים על פי רוב על הכרעות שיפוטיות פומביות ולא על הסדרים א-פורמליים, שאינם גלויים או נגישים לציבור ולרשויות.¹¹¹

הפריצה של מודלי שפה גדולים (LLMs) לחיינו דרך ChatGPT ודומיו היוותה נקודת מפנה. בניגוד ליישומי בינה מלאכותית שפותחו עד אז בתעשיית הליגל-טק, אין מדובר בפיתוח מותאם לסביבה המשפטית, אך היכולת של מודלים אלו לזהות מידע רלוונטי, לתרגם, לנבא ולייצר תכנים היא פורצת דרך ומאתגרת רבות מהביקורות שהועלו כנגד היומרה לאמץ בינה מלאכותית כתחליף לגורם האנושי ביישוב סכסוכים בזירה השיפוטית, ובכלל.¹¹² ה-ChatGPT מצליח להתבסס על כמויות מידע עצומות ביצירת תוכן מקורי, בתגובה ל"פרומפטים" (שאלות ספציפיות) מצד המשתמשים, ויכול לסייע בעריכת מחקר משפטי (למשל באמצעות סיכום חומר רקע רלוונטי או ניסוח טיעונים), ביצירת מסמכים משפטיים (חוזה, צוואה וכדומה), או בניתוח משפטי של מצבים עובדתיים שונים.¹¹³

Vivi Tan, *Online Dispute Resolution for Small Civil Claims in Victoria: A New Paradigm in Civil Justice*, 24 DEAKIN L. REV. 101 (2019) 107

Australian Government – Attorney-General's Department, *AMICA – An Online Dispute Resolution Tool*, <https://www.ag.gov.au/families-and-marriage/families/family-law-system/amica-online-dispute-resolution-tool> 108

Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh, *Artificial Intelligence and the Future of Dispute Resolution: The Age of AI-DR*, in *ONLINE DISPUTE RESOLUTION: THEORY AND PRACTICE* 471 (Mohamed Abdel Wahab, Daniel Rainey & Ethan Katsh, eds. 2021) 109

KATSH & RABINOVICH-EINY, *DIGITAL JUSTICE*, לעיל ה"ש 72. 110

Cohen, Dahan & Rule, *Conflict Analytics*, לעיל ה"ש 61. 111

Neel Guha et al., *LegalBench: A Collaboratively Built Benchmark for Measuring Legal Reasoning in Large Language Models*, in *CONFERENCE ON NEURAL INFORMATION PROCESSING SYSTEMS, DATASETS AND BENCHMARKS TRACK* (2023), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4583531# (המראים הישגים 112

מרשימים של צ'אט ג'י פי טי 4 בביצוע משימות של הנמקה משפטית).

Perlman, לעיל ה"ש 94. 113

לאחרונה שבר ChatGPT שיאים חדשים, עת עבר בהצלחה יתרה את מבחני הלשכה האמריקאים.¹¹⁴ המוניטין שצבר הביא להישענות של גורמי מקצוע עליו, וכבר ידוע על מקרה של שופט שהסתמך על ChatGPT במסגרת החלטה שנתן,¹¹⁵ חרף החששות בנוגע לאי-הדיוקים והמגבלות של הכלי (בין היתר בשל תופעת ה"הזיות" שוליות ליצירתיות שמודל מעין זה מביא עימו), וכן בנוגע לאתגרים האתיים והרגולטוריים שהוא מעורר.¹¹⁶ על כן, אין זה מפתיע שהבינה המלאכותית היא גם מושא לרגולציה משפטית,¹¹⁷ אם כי האתגר לבצע בקרה על כלי שהיכולות שלו מתפתחות באופן כה מסיבי ובקצב כה מהיר הוא גדול. לאור השיפור הדרמטי בין הגרסה הקודמת של ChatGPT לזו האחרונה, קשה להעריך מה תהיינה ההתפתחויות בטווח הארוך, אולם בטווח הקרוב יותר יש הערכות שפיתוחים עתידיים יכללו גיבוש אסטרטגיה עצמאית על ידי ChatGPT והיכולת להשוות למשל עדויות בכתב עם עדויות בווידאו.¹¹⁸ עד היום התמקדה החשיבה על השפעת הבינה המלאכותית על צדדים שלישיים בשלב ההכרעה.

- Daniel Martin Katz et al., *GPT-4 Passes the Bar Exam*, 382 PHIL. TRANSACTIONS 114
ROYAL SOC'Y A. (ISSUE 2270).
- Parikh M. Pakih et al., *Judge Juan Manuel Padilla Garcia, ChatGPT, and a* 115
Controversial Medicolegal Milestone, 75 INDIAN J. MED. SCI. 3 (2023).
- Yogesh K. Dwivedi et al., "So What if ChatGPT Wrote"; 113 לעיל ה"ש ; Perlman 116
it?" Multidisciplinary Perspectives on Opportunities, Challenges and Implications of Generative Conversational AI For Research, Practice and Policy, 71 INT'L J. INFO. MGMT. 1 (2023).
- Matthew Dahl et al., *Large Legal Fictions: Profiling Legal Hallucinations in Large Language Models*, 16 J. LEGAL ANALYSIS 64 (2024); Hadar Y. Jabotinsky & Roe Sarel, *Let it Flow: Information Exchange in Video Conferences Versus Face-To-Face Meetings*, CONN. L. REV. (צפוי להתפרסם).
- European Commission For The Efficiency Of Justice (CEPEJ), *European* 117
Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their Environment (להלן: *European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence*); Regulation 2016/679 of the European : GDPR – ראו סעיף 22 לרגולציה להגנת המידע ; Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regards to the Processing of Personal Data and on the Free Advancement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC, 2016 O.J. (L 119) 1; President's Executive Order (EO) on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence (14110) (October 30, 2023); Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonized Rules on Artificial Intelligence and Amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 ; משרד החדשנות, המדע והטכנולוגיה **עקרונות מדיניות, רגולציה ואתיקה בתחום הבינה המלאכותית** (2023); Noam Kolt, *Algorithmic Black Swans*, 101 WASH. U. L. REV. 1177 (2024).
- Katz et al., *GPT-4 Passes the Bar Exam*, לעיל ה"ש 114.

המחקר התמקד פחות בדפוס הרווח של יישוב סכסוכים בעידן המשפט הנמוג – יישוב סכסוכים הסכמי – שבמסגרתו לובש הצד השלישי תפקיד של מגשר או מתווך שמסייע לצדדים להגיע להסכמה. במישור זה, הכלים החדשים צפויים להשתלב בהליכים מקוונים ולסייע לצדדים לנהל משא ומתן, כמו גם לסייע לצד השלישי בניסיונות התיווך והגישור שלה (למשל בניסוח שאלות בוחן מציאות, או באיתור והצגת האופן שבו יושבו מקרים דומים בעבר).

בפרק הבא נדון בהזדמנויות ובאתגרים הטמונים בהמרת הצד השלישי האנושי במכונה. כפי שנראה, חלק ניכר מהיתרונות והחסרונות הכרוכים באובדן האלמנט האנושי בהקשר של יישוב סכסוכים דומים לאלו המתעוררים בהקשרים נוספים. עם זאת, נדמה שההקשר של הכרעה ויישוב סכסוכים משפטיים מעורר גם סוגיות ייחודיות, הן לנוכח הצורך הניכר במציאת פתרונות יצירתיים ומשמעותיים לבעיה הקשה של נגישות לצדק, הן בגלל המשמעות שאנו נוטים לייחס לגורם האנושי ביכולת שלנו להגשים את המטרות של הבטחת צדק והצמחת לגיטימציה בקרב הציבור כלפי המערכת המשפטית.

3. הזדמנויות ואתגרים בהמרה של הגורם האנושי במכונה ביישוב סכסוכים

הכניסה של אלגוריתמים לזירה של יישוב הסכסוכים הביאה עימה תקווה להתמודדות עם בעיות העומק של התחום. מזה כמה עשורים המערכת מנסה לשפר את היעילות והנגישות שלה, לנוכח היותם של הליכים משפטיים ממושכים, יקרים ומורכבים. בנוסף, המערכת סובלת מאתגרים במישור ההוגנות, הן במישור הפרוצדורלי הן במישור התוצאה. ברובד ההליכי, הלחץ לנהל הליכים מהירים ומוטי-פשרה עלול להגביל הזדמנויות להשמעת קול, להיתפח כחיס בלתי מכבד ולפגום בניטרליות של הצד השלישי. גם ברובד של התוצאה העמידו מחקרים רבים לאורך השנים בשאלה את איכות התוצאה, אם בשל ממצאים בדבר קיומן של הטיות שמיתרגמות לפערים בתוצאות המשפטיות עבור חברי קבוצות מוחלשות, ואם בשל "דמיונו התרופתי המוגבל" של בית המשפט.¹¹⁹ בתי המשפט ניסו לתת מענה לקשיים הללו, בין השאר באמצעות עיגונם של הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים, אשר כפי שהראינו בפרק 1 לעיל לא הצליחו בסופו של דבר לספק מענה כולל לאתגרים הללו. הקושי המתמשך להתמודד עם אתגרים אלה עלול גם להיתרגם לפגיעה בלגיטימציה. כיצד תשפיע האוטומציה על היבטים אלה? כפי שנראה, ההשפעה צפויה להיות מורכבת ורב־ממדית.

119 Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System*, לעיל ה"ש 13.

א. יעילות

התרומה של אלגוריתמים לממד של יעילות היא כמעט מובנת מאליה. היכולת של אוטומציה, וביתר שאת של בינה מלאכותית, לייעל היבטים שונים הקשורים בניהול ויישוב סכסוכים, היא עצומה. באופן מסורתי, התחום של יישוב סכסוכים מסתמך על יכולות אנושיות, המופעלות בזירה הפיזית. לכן, פעילות זו הייתה תלויה בקצב של קבלת החלטות אנושית ובקיבולת של מרחבים פיזיים – בתי משפט או חדרי גישור. המעבר להליכים מקוונים נתן מענה, קודם כול, למגבלות במישור של קיום מפגשים פיזיים. הכניסה של אלגוריתמים להליכים אלה פותחת פתח גם להנגשתם ולייעולם בהיבטים של קבלת החלטות. ההישענות על אוטומציה מאפשרת למלא משימות מהר יותר, בנפח גדול בהרבה ובעלויות נמוכות במידה ניכרת מגורמים אנושיים.¹²⁰ ואכן, היתרון של אלגוריתמים הוא במידה רבה ביכולת שלהם להתמודד עם מסה גדולה של החלטות או התערבויות באופן מדויק ובעלויות נמוכות. האלגוריתמים יכולים לא רק לעבד כמויות מידע עצומות ביעילות, אלא גם לזהות קורלציות במערכות נתונים באופן שאף גורם אנושי אינו יכול.¹²¹ הקורלציות הללו יכולות לשמש להחלטות מבוססות-בינה-מלאכותית, המלצות, ניבוי, הצמחת שאלות לקידום שיח בין צדדים, זיהוי אזורי הסכמה ואי-הסכמה בעמדות הצדדים ועוד מגוון כלים.

היעילות שמזוהה עם בינה מלאכותית באה לידי ביטוי לא רק בנפח ההחלטות/ההסכמות ומהירות המימוש שלהן, אלא גם בשיפור איכותן באמצעות למידה של התערבויות מוצלחות יותר ופחות שנעשו על ידי צדדים שלישיים אנושיים וזיהוי דפוסים של סכסוכים שניתן למנוע אותם מראש. בנוסף, הבינה המלאכותית יכולה, דרך הזיהוי של התערבויות מוצלחות בסכסוך, למשל כאלה שמצמיחות פתרונות הוגנים ואפקטיביים, ליצור כלים שיסייעו לצדדים להבין טוב יותר את מצבם ואת האפשרויות שעומדות בפניהם, את היכולת שלהם לתאר את הקונפליקט, לחשוף צדדים להחלטות ולהסכמות שהגיעו אליהן במצבים דומים, ולספק ניסוחים מוצעים לצדדים שלישיים אנושיים, ואפילו לצדדים עצמם.¹²² על מנת לבצע דברים אלה נדרשת כמובן דאטה לאימון, מה שעשוי להוות אתגר בסביבת יישוב סכסוכים שהיא הרבה פעמים

Maxi Scherer, *International Arbitration 3.0 – How Artificial Intelligence Will Change Dispute Resolution?*, in AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION 503 (Klausinger et al. eds., 2019); Samuel Dahan & David Liang, *The Case for AI-Powered Legal Aid*, 46 QUEEN'S L.J. 415 (2021)

Ari Ezra Waldman, *Power, Process, and Automated Decision-Making*, 88 FORDHAM L. REV. 613, 619 (2019)

Dave Orr & Colin Rule, *Artificial Intelligence and the Future of Online Dispute Resolution* (2017), <http://www.newhandshake.org/SCU/ai.pdf>; H. Westermann, J. Savelka & K. Benyekhlef, *LLMediator: GPT-4 Assisted Online Dispute Resolution*, in PROCEEDINGS OF THE ICAIL 2023 WORKSHOP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE FOR ACCESS TO JUSTICE CO-LOCATED WITH 19TH INTERNATIONAL CONFERENCE ON AI AND LAW (2023), <https://arxiv.org/abs/2307.16732v1>

סודית ולא פורמלית,¹²³ אם כי בהקשר של הליכים מקוונים עשוי קושי זה להיות מופחת (והיתרונות במישור היעילות עשויים להיות מועצמים).¹²⁴ בנוסף, השימוש בבינה מלאכותית עשוי לחזק את הדיוק ביישוב סכסוכים, ולא רק את היעילות של ההליכים. באמצעות ניבוי של תוצאות ההליך, השימוש של בינה מלאכותית בצל המשפט עשוי להביא לתוצאות מהירות ומדויקות יותר בחסות מאגרי המידע העצומים שבינה מלאכותית מתבססת עליהם. לצד הציפייה שהניתוח של מאגרי מידע עצומים יחשוף מידע שהצדדים לא היו מודעים אליו ובכך ימתן ציפיות מופרזות, קיים חשש שלצדדים תהיה גישה לא-שוויונית לטכנולוגיה ולמידע, ולכן משא ומתן כזה עלול להתדרדר למשא ומתן חד-צדדי עם תוצאות לא מאוזנות. כל זה נכון עד גבול מסוים לנוכח הנטייה של מודלי שפה גדולים לספק לעיתים תשובות שגויות ומומצאות כחלק מנטייתם להזיות, כפי שהוזכר לעיל.

ב. הטיות

הבינה המלאכותית עשויה לסייע בפתרון בעיות נוספות, כמו האתגר של הטיות של צדדים שלישיים אנושיים. כל בני האדם, כולל אלה שמחויבים באופן עמוק לערכים של שוויון, לוקים בהטיות בלתי מודעות, והטיות אלה מעצבות את תהליכי קבלת ההחלטות מצידם ויכולות להשפיע הן על שופטים, הן על צדדים שלישיים בזירה הא-פורמלית.¹²⁵ לאורך השנים חשפו מחקרים שונים את ההשפעה הפוטנציאלית והמעשית של הטיות על בתי משפט והליכים חלופיים.¹²⁶ כך, נמצא כי זהות הצדדים להליך עשויה לעצב את האופן שבו הוכרעה תביעתם, כפי שניתן לראות בחשיפה של פערים עקביים בתוצאות משפטיות הפועלים לרעתם של אפרו-אמריקניים.¹²⁷ בשאלת קיומן

¹²³ Scherer, *Legal Decision-Making*, לעיל ה"ש 96. הקושי להבטיח שהדאטה שתשמש לאימון תהיה מקיפה דיה אינו טריוויאלי, ובתחומים מסוימים הוא מהווה אתגר של ממש, גם בתחומים פורמליים שבהם יש פרסום חלקי של החלטות ובוודאי בהקשרים א-פורמליים שבהם הנגישות של הסכמות היא מצומצמת, תופעה שעשויה להעצים פערי כוחות בין שחקנים חוזרים לחד-פעמיים, וכן לייצר הטיות שמהדהדות את חלקיות הדאטה שהוזנה לאלגוריתם. ראו גם Korean Millard & Murray Richardson, *On the Importance of Training Data Sample Selection in Random Forest Image Classification: A Case Study in Peatland Ecosystem Mapping*, 7 REMOTE SENSING 8489 (2015).

¹²⁴ בעוד שהמסלול הדיגיטלי שנוצר ב-ODR נתפש בתחילה כמגבלה, היתרונות של תיעוד אוטומטי התבררו במהרה. ראו Rabinovich-Einy, *Technology's Impact*, לעיל ה"ש 49.

¹²⁵ Anthony G. Greenwald et al., *Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test*, 74 J. PERS. & SOC. PSYCHOL. 1464, 1465–66 (1998).

¹²⁶ Jerry Kang et al., *Implicit Bias in the Courtroom*, 59 UCLA L. REV. 1124, 1169–86 (2012); Carol Izumi, *Implicit Bias and the Illusion of Mediator Neutrality*, 34 WASH. U. J.L. & POL'Y 71 (2010).

¹²⁷ Mentovich, Prescott & Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 68.

של הטיות בתוצאותיהם של הליכים חלופיים אין תשובה חד-משמעית, בעיקר בשל אתגרים מתודולוגיים במחקרים שבוצעו לגביהם, אבל שאלת ההשפעה של הסביבה הלא-פורמלית והסודית על הסכמות שמושגות בסכסוכים המערבים מיעוטים ממשיכה להיות נושא לדיון ער.¹²⁸

הניסיונות למגר הטיות ולייצר מרחב מאוזן עבור הצדדים זכו להצלחה מועטה לנוכח הלחצים לזרז סגירת תיקים ולהתייעל, תנאים שמהווים כר פורה להכרעות מבוססות-סטראוטיפים.¹²⁹ גם בבתי המשפט וגם בהליכים חלופיים, פערים בתוצאות יכולים להיתפש כ"אי-דיוקים", כאשר התקווה הייתה שזה בדיוק סוג ההטיות שאלגוריתמים יוכלו למנוע. עם זאת, מהר מאוד התברר שציפייה זו הייתה נאיבית.¹³⁰ הגישות המוקדמות שתפשו את הטכנולוגיה כניטרלית וכנטולת ממד ערכי הומרו בגישה ניואנסית יותר.¹³¹ מצד אחד, בשימושים מסוימים בהליכים מקוונים אכן הודגמה הפחתה בהטיות במקומות שבהם זהות הצדדים לא הייתה גלויה.¹³² מצד שני, היה ברור שטכנולוגיה איננה פתרון קסם, שמאחורי הקוד ניצבים אנשים ומודלים מורכבים, ושההליכים הטכנולוגיים משקפים בסופו של דבר ערכים ובחירות אנושיות, וכתוצאה מכך גם הטיות.¹³³

ג. החלפת תכונות אנושיות

ההסתייגויות לגבי שימוש בבינה מלאכותית בהקשר של יישוב סכסוכים נוגעות על פי רוב לשני היבטים: החששות לגבי אובדן תכונות ייחודיות המזוהות עם היכולת האנושית, והמאפיינים הייחודיים של בינה מלאכותית שעלולים לפגום באפקטיביות או בהוגנות של הליכי יישוב סכסוכים.¹³⁴ בנוגע לחשש הראשון, עולה השאלה באיזו

Gilat J. Bachar & Deborah R. Hensler, *Does Alternative Dispute Resolution Facilitate Prejudice and Bias? We Still Don't Know*, 70 SMU L. REV. 817, 829–30 (2017).

Mentovich, Prescott & Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 68. 129

Scherer, לעיל ה"ש 96. 130

KATSH & RABINOVICH-EINY, לעיל ה"ש 72. כך גם היה בתחום ההליכים המקוונים, שם התחוור די מהר שאין מדובר בשינוי טכני, נטול השפעה ערכית. 131

Mentovich, Prescott & Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 68. 132

Solon Barocas & Andrew D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, 104 CALIF. L. REV. 671 (2016); Anupam Chander, *The Racist Algorithm?*, 115 MICH. L. REV. 1023 (2017); MICHAEL KEARNS & AARON ROTH, *THE ETHICAL ALGORITHM: THE SCIENCE OF SOCIALLY AWARE ALGORITHM DESIGN* 10–11 (2019); Scherer, לעיל ה"ש 96. 133

על חששות אלה ומגוון הדעות לגבי ההשלכות של בינה מלאכותית על העבודה המשפטית בקרב עורכי דין וגורמים מקצועיים אחרים בתחום, ראו: Chengyu Fang et al., "AI Am Here to Represent You": Understanding How Institutional Logics Shape Attitudes Toward Intelligent Technologies in Legal Work, 37 MGMT. COMM'N. Q. 941 (2023). להרחבה על חשיבות הגורם האנושי ביישוב סכסוכים ראו קרני פרלמן 134

מידה יכולה בינה מלאכותית לשכפל את היכולת של צדדים אנושיים שלישיים למלא את תפקידם.¹³⁵ לצד כתיבה משמעותית בשאלת היכולת של בינה מלאכותית להחליף את עורכי הדין,¹³⁶ ישנה כתיבה המתמקדת בצדדים שלישיים, שם הסוגיות הן שונות. צדדים שלישיים מכריעים (שופטים ובוררים) מצופים להגיע להחלטות המתבססות על יישום כללים על הנסיבות של המקרה שלפניהם. ההחלטות צריכות להיות הוגנות, עקביות, לא שרירותיות, להינתן בזמן, ולהיות מנומקות. משימה זו רחוקה מלהיות פשוטה ולעיתים קרובות פתוחה למגוון אפשרויות, הנפלות תחת שיקול הדעת הלגיטימי של צד שלישי. כיצד ניתן לתרגם את המורכבויות של הפעלת שיקול הדעת האנושי, שמורכב מקביעות חמקמקות של מה מהווה את החלק המחייב של תקדים (לעומת אמרת אגב), וכיצד כללים אלה מיושמים (או מאובחנים) בכל מקרה, לעיתים תוך שקילת שיקולי מדיניות ושיקולים אחרים שאינם משפטיים טהורים, נותרת שאלה פתוחה בשלב זה.

באופן דומה, כאשר בינה מלאכותית משמשת גורם מסייע למשא ומתן בין צדדים או שמסייעת לצד השלישי שמשמש כמגשר, הועלו ספקות לגבי היכולת של אלגוריתמים לדמות את העושר של תקשורת אנושית, על הרגישות והיצירתיות שבה.¹³⁷ בה בעת, הכוונה של חסידי הבינה המלאכותית איננה לחקות את העשייה האנושית על כל מאפייניה אלא להמיר אותה ב"משהו אחר".¹³⁸ מה בדיוק כרוך באמירה זו נותר עלום משהו, אך ממד אחד עשוי להיות העצמה של הצדדים עצמם לקבל החלטות ולהגיע להסכמות, תוך שהם נעזרים ביכולות ניתוח הדאטה, ארגון המידע והפקת הטקסטים הגלומות בבינה מלאכותית.

ד. הוגנות ולגיטימציה, דיוק ושיקפות

אתגר מרכזי נוסף קשור לשקיפות, לדיוק ולהסבריות של תוצאות מבוססות אלגוריתמים. שקיפות מתייחסת לפתיחות באשר לאופן הפעולה, המידע והשיקולים של מערכת הבינה המלאכותית, ונמצא כי יש לה השפעה רבה על הצמחת אמון בקרב

¹³⁵ "שופט מגשר? על שפיטה הסדרית ובין מצוי לרצוי במשפט הישראלי" משפט ועסקים יט 365 (2015).

¹³⁶ Ryan Calo, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, 3 U. BOLOGNA L. REV. 180 (2018).

¹³⁷ Remus & Levy, לעיל ה"ש 94.

¹³⁸ ראו לדוגמה Scherer, לעיל ה"ש 96 (הדגמת המגבלות של אלגוריתמים במונחים של כתיבה יצירתית); Gizen Yalcin et al., *Perception of Justice by Algorithms*, 31 A.I. & L. 269 (2023).

¹³⁹ Jamie Condliffe, *AI Is Learning to See the World – But Not the Way Humans Do*, MIT. TECH. REV. (June 30, 2016), <https://www.technologyreview.com/2016/06/30/159029/ai-is-learning-to-see-the-world-but-not-the-way-humans-do/>.

המשתמשים.¹³⁹ הסברות מתייחסות לאינטראקציה וההסבר שניתן למשתמש הקצה.¹⁴⁰ כיוון שלא ניתן עוד להסתמך על "מתכונים" להפעלתם, קשה מאוד (למעשה כמעט בלתי אפשרי) לפענח כיצד הגיע אלגוריתם להכרעה מסוימת, מהם הערכים, הנורמות והעקרונות שהנחו החלטה כזו, והאם היא שגויה או מוטת,¹⁴¹ כשההקשר המשפטי מציב אתגרים משמעותיים במיוחד.¹⁴²

אלגוריתמים מריצים מודלים, אשר מטבע הדברים מפשטים את המציאות ולכן יבצעו טעויות, אשר בחלקן משקפות הטיות וסטראוטיפים שלנו.¹⁴³ הטכנולוגיה, שלעיתים נדמית אובייקטיבית, מערפלת את ה"ערכים שבעיצוב" שלה ואת התוצאה המוטת שעלולה לנבוע מהם.¹⁴⁴ האופי ה"אטום" של אלגוריתמים מייצר חששות לגבי היותם סוג של "קופסה שחורה" שאינה מאפשרת לפענח את התהליכים שעומדים מאחוריה.¹⁴⁵ ברור לכול כי תהליך קבלת החלטות אנושי יכול להיות בעייתי ומוטה גם הוא, ולכן אין זה מפתיע שהאלגוריתמים, מעשה ידי אדם, משכפלים מגבלות אלה. לא בכדי מזהירים כותבים רבים מפני ההשפעות המוטות של "טעויות" עקביות מצד אלגוריתמים המופעלים בהיקף עצום כלפי אנשים המשתייכים לקבוצות מוחלשות – מהגרים, עניים, מינויים,

Stephan Grimmelikhuijsen, *Explaining Why the Computer Says No: Algorithmic Transparency Affects the Perceived Trustworthiness of Automated Decision-Making*, 83 PUB. ADMIN. REV 1 (2023).

Heike Felzmann et al., *Towards Transparency by Design for Artificial Intelligence*, 26 SCI. ENG'G ETHICS 3333 (2020).

FRANK PASQUALE, *THE BLACK BOX SOCIETY: THE SECRET ALGORITHMS THAT CONTROL MONEY AND INFORMATION* (2015); Theo Araujo et al., *In AI We Trust? Perceptions About Automated Decision-Making by Artificial Intelligence*, 35 AI & SOC. 611 (2020); David Auerbach, *The Code We Can't Control*, SLATE (Jan. 14, 2015), <https://slate.com/technology/2015/01/black-box-society-by-frank-pasquale-a-chilling-vision-of-how-big-data-has-invaded-our-lives.html>. לצד תפישות אלה, יש הסבורים שאין צורך בפיענוח של ההחלטה או הסבר, כל עוד יש "augmented engagement", ראו: Sarah Lebovitz, Hila Lifshitz-Assaf & Natalia Levina, *To Engage or Not to Engage with AI for Critical Judgments: How Professionals Deal with Opacity When Using AI for Medical Diagnosis* 33 ORG. SCI. 126 (2022); Daniel N. Kluttz, Nitin Kohli & Deirdre K. Mulligan, *Shaping Our Tools: Contestability as a Means to Promote Responsible Algorithmic Decision Making in the Professions*, in *AFTER THE DIGITAL TORNADO: NETWORKS, ALGORITHMS, HUMANITY* 137 (Kevin Werbach ed., 2020).

Karen McGregor Richmond et al., *Explainable AI and Law: An Evidential Survey*, 3 DIGIT. SOC'Y 1 (2024).

Emilio Ferrara, *Fairness and Bias in Artificial Intelligence: A Brief Survey of Sources, Impacts, and Mitigation Strategies*, 6 SCI no. 3 2023 at 2-3.

Helen Nissenbaum, *Values in Technical Design*, in *ENCYCLOPEDIA OF SCIENCE, TECHNOLOGY, AND ETHICS* lxvi (Carl Mitcham ed., 2005).

Pasquale, לעיל ה"ש 101.

חסרי השכלה.¹⁴⁶ לחברי הקבוצות הללו יכולת מוגבלת לאתגר את ההחלטות שהתקבלו בעניינם בתהליך מבוסס-אלגוריתמים, חסרים להם המשאבים להשיג עליהן ובמרבית המקרים הן נתפשות כחלק מהיסטוריה ארוכה של יחס מפלה. אפילו במקרים שבהם נוכל לזהות שהתוצאה מוטית, קשה מאוד לזהות האם בעיות אלה נובעות מטיב הדאטה שהאלגוריתם "למד" ממנה, או מהמשמעות שהוצמדה לדאטה כזו על ידי המכונה.¹⁴⁷ אפילו למתכנתים עצמם קשה להסביר "מדוע ואיך הפיק האלגוריתם את הניבוי שאליו הגיע".¹⁴⁸

היו ניסיונות להתמודד עם הטיות בקבלת החלטות אלגוריתמית דרך עבודה על האופן שבו מוגדר דמיון בין אנשים, על ידי התייחסות לאנשים שמשתייכים לקבוצות מוחלטות באותו אופן כמו לכלל האוכלוסייה, ובבדיקה האם העקרונות של הוגנות נשמרו בתהליך קבלת ההחלטות האלגוריתמית.¹⁴⁹ בכל זאת, החששות לגבי העדר שקיפות ואחריות במערכות מבוססות-בינה-מלאכותית נמשכים. בעיות אלה מוחרפות כאשר קבלת החלטות אלגוריתמית לא רק מפלה, אלא גם מתבצעת תוך פגיעה בפרטיות,¹⁵⁰ ובציפיות (ולעיתים בזכות) לקבלת הכרעה מנומקת.¹⁵¹

בעוד שבינה מלאכותית מתפרשת על עוד ועוד תחומים, שאלות לגבי הוגנות המערכות הללו והשפעתן על פלחים שונים באוכלוסייה נמשכות.¹⁵² חששות אלו הניעו גופים שונים, פרטיים וציבוריים, להצמיח עקרונות, שיטות עבודה מומלצות ואמות מידה אתיות לשימוש בבינה מלאכותית בזירה המשפטית.¹⁵³ בכל אלו יש דגש על

146 ראו באופן כללי CATHY O'NEIL, WEAPONS OF MATH DESTRUCTION: HOW BIG DATA, Barocas & Selbst ; INCREASES INEQUALITY AND THREATENS DEMOCRACY (2016), לעיל ה"ש 133.

147 Calo, לעיל ה"ש 135, David Lehr & Paul Ohm, *Playing with the Data: What Legal* ; 51 U.C. DAVIS L. REV. 653 (2017), *Scholars Should Learn About Machine Learning*.

148 Scherer, לעיל ה"ש 96.

149 Min Kyung Lee et al., *Procedural Justice in Algorithmic Fairness: Leveraging Transparency and Outcome Control for Fair Algorithmic Mediation*, 3 PROC. ACM HUM-COMPUT. INTERACT. 1 (2019).

150 Waldman, לעיל ה"ש 121, בעמ' 619–621, Jumpei Komoda, *Designing AI For* ; 29 RICH. J.L. & TECH. 145 (2023), *Courts*.

151 Scherer, לעיל ה"ש 96, בעמ' 562. יש ניסיונות להתמודד עם האתגר של מתן הסבר להכרעה אלגוריתמית דרך פרקטיקות חקר של ההכרעה האלגוריתמית מצד בעלי מקצוע. כך, בהקשר הרפואי נבחנה ההטמעה של בינה מלאכותית בתחום הדימות ונמצא שההטמעה המוצלחת ביותר נעשתה במחלקה שבה עסקו הגורמים המקצועיים בפרקטיקות של חקר הכרעת המכונה, ראו Lebovitz et al., לעיל ה"ש 141.

152 Joshua D. Blank & Leigh Osofsky, *Automated Legal Guidance*, 106 CORNELL L. REV. 179 (2020).

153 הוועדה האירופית ליעילות הצדק, למשל, פרסמה אמנה אתית על השימוש ב-AI במערכות המשפט. ראו European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence, לעיל ה"ש 117 ; Jessica Fjeld et al., *Principled Artificial Intelligence: Mapping*.

הוגנות, שקיפות ואחריות של מערכות בינה מלאכותית.¹⁵⁴ הוגנות ואחריות הן אבני היסוד של לגיטימציה בהליכי יישוב סכסוכים מודרניים.¹⁵⁵ לגיטימציה היא מה שמאפשר ליחידים להביא את הסכסוך שלהם בפני ערכאה ליישוב סכסוכים, להשתתף בהליך, ולמלא אחר תוצאותיו. במקום שבו דפוס הפעולה של אלגוריתם אינו גלוי והעקרונות שלפיהם מושגות תוצאות ההליך אינם ידועים, יתקשה הליך כזה לעמוד בעקרונות המקובלים של לגיטימציה.¹⁵⁶

בספרות על יישוב סכסוכים יש על פי רוב התייחסות לתפישת לגיטימציה שנגזרת מהאופן שבו צדדים להליך חווים אותו – איכות ההליך (האם היה ניטרלי, מאוזן, הוגן), איכות היחס שקיבלו (האם התייחסו אליהם בכבוד ובהגינות), והאם הייתה הזדמנות להשמעת קול (האם הרגישו ששמעו אותם, האם ניתנה להם הזדמנות לספר את הסיפור, האם הבינו אותם).¹⁵⁷ ברור לכול שתפישות של לגיטימציה שנעוצות בחוויות הליכיות אינן יכולות להיות תחליף לפרספקטיבה מהותית על הוגנות ושוויון.¹⁵⁸ עם זאת, התפקיד של פרוצדורה בעיצוב תפישות הוגנות ולגיטימציה התבססה לאורך השנים כגורם דומיננטי, ועל כן יש לבחון אותה גם בהקשר של השימוש בבינה מלאכותית ביישוב סכסוכים.

מרבית המחקרים על צדק פרוצדורלי, שמהווה את המסגרת התאורטית השלטת בתחום התפישות של לגיטימציה במערכת הצדק, נערכו לגבי הליכים המתקיימים

Consensus in Ethical and Rights-based Approaches to Principles for AI, 1 BERKMAN KLEIN CENTER INTERNET & SOC'Y (2020), <https://cyber.harvard.edu/publication/2020/principled-i?fbclid=IwAR0TbxO1xBRYypSjYnBi2G4YgVK28IuA01BsNyRLXgltGwnQ4zpxk4nKpcY>.

154 ראו: Calo, *Artificial Intelligence Policy*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 411; KEARNS & ROTH; Natali Helberger et al., *Who is the Fairest of Them All? Public Attitudes and Expectations Regarding Automated Decision-Making*, 39 COMPUT. L. & SEC. REV. 1 (2020); החלטה את/60/24 של לשכת עורכי הדין בישראל "גילוי דעת מקדים בעניין שימוש בבינה מלאכותית (AI) בעבור עורכי הדין" (7.5.2024) (להלן: "גילוי דעת מקדים בעניין שימוש ב-AI בעבור עורכי דין"); Courts and Tribunals, *Artificial Intelligence (AI): Guidance for Judicial Office Holders* (12 December 2023), <https://www.judiciary.uk/guidance-and-resources/artificial-intelligence-ai-judicial-guidance/>; SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration (30 April 2024), <https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf>.

155 Rabinovich-Einy, *Technology's Impact*, לעיל ה"ש 49.

156 Rabinovich-Einy, *The Legitimacy Crisis and the Future of Courts*, לעיל ה"ש 37.

157 Rabinovich-Einy & Katsh, *Courts*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 174.

158 Waldman, לעיל ה"ש 121, בעמ' 629–628.

בסביבה פיזית ובתיווכם של גורמים אנושיים.¹⁵⁹ רק בשנים האחרונות אנו רואים יותר ויותר מחקרים שנערכים גם על תפישות של הוגנות פרוצדורלית ולגיטימציה לגבי הכרעות המושתתות על בינה מלאכותית,¹⁶⁰ מיעוטם נעוץ בהקשר של הכרעות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות,¹⁶¹ ומספר קטן עוד יותר נוגע למעורבות אלגוריתמית ביישוב סכסוכים שאינם מבוסס-הכרעה.¹⁶² מחקר מעין זה מתבקש, כיוון שהתפישות של צדדים לגבי איכות ההליך צפויות להשתנות. אילו ממצאים צפוי מחקר מעין זה להניב? נדמה שתפישות לגבי הניטרליות וההוגנות של ההליך עשויות להיות מושפעות בכיוונים שונים לנוכח המידע שנחשף הן לגבי הטיות אנושיות והן לגבי הטיות אלגוריתמיות. בנוסף, נדמה שהרכיבים ההליכיים הקשורים לאיכות היחס שצדדים מקבלים עשויים להיחלש כאשר הגורם האנושי מומר במכונה.¹⁶³ אשר להזדמנות להשמעת קול, ההכנסה של בינה מלאכותית עשויה להשפיע בכיוונים מנוגדים. מן הצד האחד, ייתכן שהעדרו של גורם אנושי מן העבר השני יגרום לאנשים להרגיש שלא נשמעו. מן הצד האחר, שינוי באופי ההליך, למשל האימוץ של הליך א-סינכרוני שיאפשר להם להשתתף בזמנם החופשי ומבלי שדבריהם ייקטעו על ידי אחרים, עשוי לגרום להם להרגיש ששמעו אותם, אולי אף יותר מאשר בהליך המתקיים בזמן אמת בפני צד שלישי אנושי.¹⁶⁴

המחקרים שנערכו על תפישות הוגנות הליכית ולגיטימציה בבינה מלאכותית מצביעים על החשיבות של ההקשר מבחינת אופי המטלה שבמסגרתה מומר שיקול דעת אנושי במכונה, עולם התוכן שלגביו נסבה ההחלטה, מורכבות המקרה, וטיב ההחלטה

Avital Mentovich, J.J. Prescott & Orna Rabinovich-Einy, *Legitimacy and Online Proceedings: Procedural Justice, Access to Justice, and the Role of Income*, 57 LAW & SOC'Y REV. 189 (2023).

David T. Newman, Nathnael J. Fast, & Derek J. Harmon, *When Eliminating Bias Isn't Fair: Algorithmic Reductionism and Procedural Justice in Human Resource Decisions*, 160 ORGANIZATIONAL BEHAV. & HUM. DECISION PROCESSES 149 (2020); Georgiana Juravle et al., *Trust in Artificial Intelligence for Medical Diagnoses*, 253 PROGRESS BRAIN RSCH. 263 (2020); Helberger et al., *Levil ה"ש* 154; Alexandra D. Kaplan et al., *Trust in Artificial Intelligence: Meta-Analytic Findings*, 65 HUM. FACTORS 337 (2023); Christopher Starke et al., *Fairness Perceptions of Algorithmic Decision-Making: A Systematic Review of the Empirical Literature*, 9 BIG DATA & SOC'Y 1 (2022).

Matthew Katsaros, Jisu Kim & Tom Tyler, *Online Content Moderation: Does Justice Need a Human Face?*, 40 INT'L. J. HUM. COMPUT. INTERACTION 66 (2022); Benjamin Minhao Chen, Alexander Stremitzer & Kevin Tobia, *Having Your Day in Robot Court*, 36 HARV. J.L. & TECH. 127 (2022); *Sela*; *Levil ה"ש* 3.

Westermann, Savelka & Benyekhlef, *Levil ה"ש* 122.

Mentovich, Prescott & Rabinovich-Einy, *Levil ה"ש* 68.

שם. 164

– המלצה לעומת הכרעה.¹⁶⁵ המחקרים מראים שבהקשרים מסוימים החלטה מבוססת בינה-מלאכותית עשויה לזכות בלגיטימציה דומה או אף גבוהה מזו של גורם אנושי, אך בהקשרים אחרים לא.¹⁶⁶ מחקר שבחן תפישות הוגנות הליכית ולגיטימציה של שופטים כלפי החלטות מבוססות-בינה-מלאכותית במערכת הצדק הפלילית מצא עמדות שליליות וחשש שכניסת אלגוריתמים תפגע בלגיטימציה של המערכת.¹⁶⁷ בניסוי מעבדה נמצאו תפישות הוגנות גבוהות יותר לאלגוריתם על פני מעורבות אנושית בהליך גישורי, בעוד שהגורם האנושי נתפס כהוגן יותר כאשר מדובר היה בהכרעה.¹⁶⁸ מחקר נוסף מצא אישור להעדפה להכרעה אנושית, אך באורח מעניין נמצא כי העדפה זו אינה נובעת מהתכונות המזוהות עם האנושיות של מקבלי ההחלטות כי אם מהדיוק, היסודיות וההסברים המזוהים עימם, מה שנתפס כיכולת לעשות קונטקסטואליזציה.¹⁶⁹ לצד מחקרים אלה, היו כאלה שהראו העדפה להכרעה אלגוריתמית בהקשרים משפטיים ומעין-משפטיים מנקודת מבט של הוגנות הליכית.¹⁷⁰ מעניין במיוחד הממצא שלפיו מתן הזדמנות להשמעת קול בפני אלגוריתם היה משמעותי למשתתפים והצליח למתן את היתרון שיוחס להכרעה אנושית.¹⁷¹ גם במחקר על סינון והסרת תכנים פוגעניים בטוויטר על ידי אלגוריתם נמצא שלא אלגוריתמים מיוחסות תכונות המזוהות על פי רוב עם התערבות אנושית בהכרעה בסכסוך. החוקרים מצאו יחס הפוך בין תפישות הוגנות ההליך, ובייחוד של השאלה האם משתמשים תפשו את היחס בהליך כמכבד, לבין הישנות התנהגות מפרה לאחר קיומו של הליך הסרת התכנים.¹⁷²

מעבר לתפישותיהם של צדדים המשתתפים בהליך, מרחפות שאלות מוסריות לגבי עצם ההאצלה של סמכויות קבלת החלטות למכונה בהקשר של יישוב סכסוכים.

- 165 Sela, לעיל ה"ש 3, *Min Kyung Lee, Understanding Perception of Algorithmic Decisions: Fairness, Trust, and Emotion in Response to Algorithmic Management*, 5 BIG DATA & SOC'Y 1 (2018); Araujo et al., לעיל ה"ש 141; Yalcin et al., לעיל ה"ש 137; Starke et al., לעיל ה"ש 160.
- 166 בעוד שמחקרים מסוימים מצאו העדפה להכרעה אלגוריתמית בשל "היוריסטיקה המכונה" (תפישה הרואה את המכונה כבטוחה ואמינה יותר מהגורם האנושי), אחרים ביססו "אברסיה לאלגוריתמים" (סלידה מהשימוש באלגוריתמים והעדפה של הגורם האנושי על פניהם) כאשר חששו מפני טעויות. ראו Scherer et al., לעיל ה"ש 96; Helberger et al., לעיל ה"ש 154; Araujo et al., לעיל ה"ש 141; Starke et al., לעיל ה"ש 160.
- 167 Anna Fine et al., *Content Analysis of Judges' Sentiments Toward Artificial Intelligence Risk Assessment Tools*, 24 CRIMINOLOGY CRIM. JUST. L. & SOC'Y, 31 (2023).
- 168 Sela, *Can Computers be Fair*, לעיל ה"ש 3.
- 169 Minhao Chen, Stremitzer & Tobia, לעיל ה"ש 161. עם זאת, המאמר מעיד על כך שניתן בהחלט לחזק יסודות אלו בהכרעה אלגוריתמית ולחזק את תפישות ההוגנות של הכרעה אלגוריתמית.
- 170 Helberger et al., לעיל ה"ש 154.
- 171 Minhao Chen, Stremitzer & Tobia, לעיל ה"ש 161.
- 172 Katsaros, Kim & Tyler, לעיל ה"ש 161.

הדברים נכונים לא רק בזירה הציבורית, כיוון שגם יישוב סכסוכים פרטי מעורר שאלות של פערי כוחות והעדד שקיפות, ואף ביתר שאת. למעשה, הכניסה של בינה מלאכותית לזירת יישוב הסכסוכים מקדימה בחלק מהזירות את החשיבה המוסדרת על ההיבטים הנורמטיביים של מהלך זה. השימוש בבינה מלאכותית עד כה אומנם מוגבל, אבל מדובר בתופעה שהולכת וצוברת תאוצה ושהיקפה חורג מהכרעה של מקבלי החלטות, וכולל רבדים מגוונים שבהם בינה מלאכותית יכולה להיות מהולה בניהול, ביישוב ובמניעה של סכסוכים. חשוב לציין שגם כאשר אין אימוץ פורמלי של מערכות מבוססות-בינה מלאכותית ניכר כי נעשה שימוש בכלים מבוססי-בינה מלאכותית גנרטיבית הן בבתי המשפט, הן בזירה הא-פורמלית.¹⁷³

4. לקראת תאוריה חדשה של יישוב סכסוכים: סדר יום מחקרי להשפעות של "הצד השלישי הנמוג"

כיצד חוקרים השפעה של חידוש טכנולוגי שמבטיח לשנות מהיסוד את אחד ממאפייני הבסיס של הליכים ליישוב סכסוכים? כפי שראינו, בשנים האחרונות יש גוף מחקרי הולך וגדל שעוסק בשאלות קרובות, אך אין עדיין מסגרת חשיבה כוללת על הטראנספורמציה שהליכים ליישוב סכסוכים צפויים לעבור מנקודת מבט הליכית. פרספקטיבה כזו מחייבת הישענות על העקרונות הבאים: (א) הכרה בקשר בין הליך לתוצאה, (ב) מחויבות להקשר, (ג) חיבור בין הפן התאורטי לאמפירי, ו-(ד) חשיבות נקודת המבט הסובייקטיבית של משתתפי ההליך ואחרים, לצד איסוף וניתוח של נתונים "אובייקטיביים".

העיקרון הראשון הוא ההכרה בקשר שבין הליך לתוצאה. נקודת המוצא של פרספקטיבה הליכית היא שהליכים הם משמעותיים. לכאורה מדובר באמירה טריוויאלית, אבל בעבר נתפשה הפרוצדורה כ"שפחתו של הדין המהותי", כמשנית, וכעניין טכני נעדר חשיבות.¹⁷⁴ תפישה זו התערערה בעשורים האחרונים בשל גורמים מספר. ראשית, צמחה הכרה כי פרוצדורות הן חשובות כי הן מעצבות את התוצאה המהותית. הליכים שונים מביאים לתוצאות שונות. למעשה, זה היה חלק מהרציונל לאימוצם של הליכים חלופיים, שהרי הליך כמו גישור אמור להוביל לתוצאות מסוג שונה לחלוטין מהליך שיפוטי.¹⁷⁵ על כן, ברור לנו שכניסה של אוטומציה להליך והמרה של צד שלישי אנושי באלגוריתמים עשויות להשפיע על סוג התוצאות שתושגנה

¹⁷³ לדוגמות לשימושים ב-AI על ידי שופטים ועו"ד ראו לעיל ה"ש 94 ו-115. לניסיונות לייצר רגולציה על מנת לאפשר שימוש כזה ראו גילוי דעת מקדים בעניין שימוש ב-AI עבור עורכי דין, לעיל ה"ש 154; Guidance for Judicial Office Holders, לעיל ה"ש 154.

¹⁷⁴ איסי רוזן צבי "פרוצדורה ומהות: חשיבה מחודשת על קטגוריות ישנות" פרוצדורות 45, 56–69 (טליה פישר ויששכר רוזן-צבי עורכים 2014); יששכר רוזן צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים (מהדורה שלישית – דיגיטלית, 3.2024).
175 שם.

בהליכים אלה לעומת הליכים "מסורתיים". שנית, ולא פחות חשוב מכך, פרוצדורות חשובות גם בפני עצמן, ללא קשר לתוצאה המהותית. מחקרים רבים ביססו את התאוריה של "צדק פרוצדורלי",¹⁷⁶ שקושרת בין קיומם של רכיבים הליכיים מסוימים לבין תפישת ההליך כהוגן,¹⁷⁷ תפישה שמנבאת גם את תפישת הגוף שעומד מאחורי ההליכים כלגיטימי.¹⁷⁸ כלומר, פרוצדורות הן משמעותיות כי אנו מוצאים שהן חשובות לאנשים שהשתתפו בהליך, לעיתים יותר מן התוצאה המהותית, והן מבססות את האמון של אנשים במערכת הצדק.¹⁷⁹

העיקרון השני נוגע למחויבות להקשר. השינוי שחל במרחב יישוב הסכסוכים לקראת סוף המאה ה-20 עם המיסוד הנרחב של הליך הגישור, העלייה של הליכים מקוונים והאימוץ של פרדיגמת הפלורליזם ההליכי והמסגרת של תכנון הליכי, חיזק את ההכרה שההקשר ביישוב סכסוכים הוא ממד מרכזי בתכנון הליכי. המוטו של "התאמת ההליך להקשר"¹⁸⁰ חייב חשיבה מובנית על הקשר בין מאפייני הסכסוך, הצדדים וההליך. הליך שמשתתפו הם מוחלשים לא יראה כמו הליך שעושים בו שימוש עסקים גדולים, והליך שמתבררים בו סכסוכי שכנים לא יראה כמו הליך שיוקדש לביורור תיקי תעבורה. המחויבות לתפירה להקשר משמעה הן חשיבה מראש על מאפייני הסכסוך והצדדים וניתוחם וניתוח של מאפייני הסכסוך והצדדים, והן למידה של השלכות התכנון ההליכי על החוויות ההליכיות ותוצאות הצדדים. זאת, בשם לב לצדדים בעלי מאפיינים שונים המעורבים בסכסוכים מסוגים שונים, כמו גם על יכולתם לעשות שימוש בהליך וסוג החסמים שהם נתקלים בהם בכניסה להליך ובמהלך ההשתתפות בו. לעליית האוטומציה של יישוב סכסוכים צפויות להיות השלכות מרחיקות לכת על היבטים אלה, אך אלה לא תהיינה השלכות אחידות, טיבן ישתנה בזירות השונות ובהקשר של משתתפים המשתייכים לקבוצות שונות, השפעות אשר לא ניתן לצפותן מראש ומחייבות למידה רחבת-היקף וחוצת-הקשרים.

העיקרון השלישי הינו החיבור בין הפן התאורטי לאמפירי. הליכים ליישוב סכסוכים פועלים בחיי המעשה. לצד המחויבות למסגרת מושגית ותאורטית העומדת בבסיס הליכים אלה, לא ניתן ללמוד על פועלם של הליכים אלה מבלי לבחון את האופן שבו הם פועלים גם במישור הפרקטי-אמפירי. על כן התפתח בשנים האחרונות, כחלק ממגמת חקר המשפט האמפירי, ענף מחקרי הלומד אמפירית מודלים שונים של

176 שחר, סלע ורבינוביץ' עיני, לעיל ה"ש 84.

177 Tyler, *Procedural Justice*, לעיל ה"ש 38; TOM R. TYLER & YUEN J. HUO, TRUST IN THE LAW: ENCOURAGING PUBLIC COOPERATION WITH THE POLICE AND COURTS THROUGH (2002).

178 שם.

179 Welsh, לעיל ה"ש 30.

180 Frank E.A Sander & Stephen B. Goldberg, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, 10 NEGOT. J. 49 (1994).

פרוצדורה הליכית.¹⁸¹ מגמות אלה באקדמיה פגשו גם צרכים ברשות המבצעת, שם חיפשו לאמץ גישה של מדיניות מוכוונת-דאטה. הכניסה של טכנולוגיה למישור ההליכי פגשה מגמות אלה, ובמידה רבה עמדה בחוד החנית של מחקרים אמפיריים שנגעו לרובד ההליכי. בתקופת הקורונה בעיקר, אבל עוד לפני כן, נבחנה ההשפעה של המעבר להליכים מרחוק על נגישות לצדק ועל תפישות הוגנות, ולעיתים גם על תוצאות משפטיות.¹⁸² העלייה של אוטומציה של יישוב סכסוכים, שנמצאת בחיתוליה, טרם נלמדה באופן שיטתי מתוך נתונים אמפיריים על תיקי אמת.

כמו כן, יש ליתן משקל גם לעיקרון הרביעי – חשיבות נקודת המבט הסובייקטיבית של משתתפי ההליך ואחרים, לצד נתונים "אובייקטיביים". במסגרת הלמידה האמפירית של אופן פעולת הליכים ליישוב סכסוכים, נדרשת גישה שמשלבת לא רק שיטות מחקר שונות אלא גם אוספת דאטה מסוגים שונים – דאטה שמקורה בנתוני "מערכת" (נתוני ניהול תיק) ודאטה שמקורה בתפישות אנושיות ונוגעת לתפישות הוגנות ולגיטימציה (עמדות של צדדים לסכסוך לגבי החוויה ההליכית שלהם והתוצאה שאליה הגיעו) אבל גם לתפישות לגבי נגישות הליכים ועוד.¹⁸³ החשיבות של איסוף רחב ומגוון של דאטה נובעת מכל הנקודות שצוינו לעיל – החשיבות של תפישות הליכיות לביסוס אמון, החשיבות של ההקשר והצורך ללמוד על הקשר בין מאפייני ההקשר להליך דרך מגוון סוגי דאטה, והחשיבות של עימות בין ממצאים שעולים מסוגי הדאטה השונים, פערים שעשויים ללמד לא רק על ההליכים או על השפעת הטכנולוגיה, אלא גם על טבע האדם.

על כן, לצורך גיבוש מסגרת עיונית לתופעת האוטומציה של יישוב סכסוכים יש לאמץ גישה משולבת המערבת למידה אמפירית וחשיבה תאורטית-מושגית, תוך יישום נקודת מבט משולשת שתבחן את ההשלכות של המרת הגורם האנושי במכונה מהזוויות הבאות: נגישות לצדק, הוגנות הליכית והקשר בין המבנה ההליכי לתוצאות ההליך. הבחירה בפריזמות עיוניות אלה נובעת הן ממרכזיותן בחקר הפרוצדורה והן בגלל היותן המישורים שבהם הגורם האנושי ממלא תפקיד מפתח ביישוב סכסוכים. בעוד שההמרה של הגורם המקצועי האנושי על ידי טכנולוגיה היא נושא שמעסיק תחומים נוספים (דוגמת תחום הרפואה, התחום הפיננסי),¹⁸⁴ הרי שתחום יישוב הסכסוכים מעורר

Carrie J. Menkel-Meadow, *Dispute Resolution*, in OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 596 (Peter Cane & Herbert M. Kritzer eds., 2010); Carrie J. Menkel-Meadow & Bryant G. Garth, *Civil Procedure and Courts*, in OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 679 (Peter Cane & Herbert M. Kritzer eds., 2010); Nancy A. Welsh, *Bringing Transparency and Accountability (with a Dash of Competition) to Court-Connected Dispute Resolution*, 88 FORDHAM L. REV. 2449 (2020).

182 ראו את כלל המקורות בה"ש 3; Mentovich, Prescott & Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 68.

183 Prescott, Mentovich & Rabinovich-Einy, *Are Litigation Outcome Disparities Inevitable?*, לעיל ה"ש 68.

184 SUSSKIND & SUSSKIND, לעיל ה"ש 11.

שאלות ייחודיות החורגות מעבר לשאלת היכולת המקצועית. צדדים שלישיים אנושיים הם ייחודיים בכך שהם פועלים הן במישור האינדיבידואלי (במתן מענה לסכסוך אישי) והן במישור המערכתי (בפיתוח כללים והעברת מסרים לגבי המותר והאסור, הרצוי והאפקטיבי) ועל כן הם יכולים להוות גורם מפתח ביכולת (1) להתגבר על חסמים (נגישות לצדק),¹⁸⁵ (2) להצמיח הליכים שנתפשים כהוגנים (הוגנות הליכית),¹⁸⁶ ו-(3) להבטיח תוצאות הוגנות ולגיטימיות (איכות התוצאה והקשר בינה לבין ההליך).¹⁸⁷ כך לדוגמה, המעבר לאלגוריתמים מעורר שאלות לגבי היכולת של הליכי דיאגנוזה המושתתים על אוטומציה, דוגמת אלו הקיימים במערכת של ה-CRT שתוארה לעיל, לצמצם חסמי נגישות לצדק העומדים בפני צדדים מוחלשים וכן לגבי הסכנה שיצמיחו חסמים חדשים.¹⁸⁸ כיצד ניתן להתמודד עם חסמים המתעוררים בסביבה מושתתת אוטומציה? בדומה, בהקשר של צדק פרוצדורלי נרצה לדעת האם אוטומציה ובינה מלאכותית יכולות להצמיח תחושת הוגנות הליכית, ואיך משפיע המעבר למכונה על ההיבטים של יחס הוגן ומכבד, שמזוהים כל כך עם הגורם האנושי וחיוניים לביסוס תפישות הוגנות?¹⁸⁹ ובאיזה אופן ישפיע השינוי ההליכי של מעבר לאלגוריתמים על טיב ואיכות התוצאות שיושגו עבור צדדים שונים ובהקשרים שונים? כיצד יושפע ערך השוויון? האם יהיה הבדל בין היכולת של המכונה להמיר שופטים לעומת מגשרים, הנדרשים לגלות יצירתיות בהצמחת תוצאות חוץ-משפטיות ובשימור מערכות יחסים? באמצעות שילוב של כלי מחקר אמפיריים עם מסגרות חשיבה עיוניות, תוך יישומם על הקשר רחב של סכסוכים ומאפיינים של צדדים, ניתן יהיה להצמיח תובנות משמעותיות על ההשלכות של השינוי הדרמטי ביותר במרחב יישוב הסכסוכים החדש, ההולך ומתגבש לנגד עינינו. ניהול מחקר כזה יאלץ להתמודד עם אתגרים משמעותיים: הפרטה של יישוב סכסוכים וגישה למחקר, העדר מדיניות איסוף דאטה בגופים ציבוריים, והקושי לבצע הקצאה רנדומלית ולבסס סיבתיות בנתונים של תיקים אמיתיים.¹⁹⁰ חרף הקשיים והמגבלות של מחקר כזה, החלופה של התפתחות אורגנית ללא מסגרת נורמטיבית מבוססת-נתונים מעוררת חששות של ממש לגבי האפשרות לממש שוויון, הוגנות וצדק במרחב יישוב הסכסוכים החדש.

185 ROBERT H. MNOOKIN & LEE ROSS, BARRIERS TO CONFLICT RESOLUTION (1995)

186 TOM TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (2006)

187 SHAPIRO, לעיל ה"ש 15; Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System*

לעיל ה"ש 13; Ernest M. Thiessen & Joseph P. McMahon, Jr., *Beyond Win-Win in*

Cyberspace, 15 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 643, 643 (1999)

188 Sternlight, לעיל ה"ש 70; Noam Ebner & Elayne E. Greenberg, *Strengthening*

Online Dispute Resolution Justice, 63 WASH. U. J.L. & POL'y 65 (2020)

189 לבחינת שאלות דומות גם בהקשר של שינוי מדיניות, ראו מנטוביץ' ורבינוביץ' עיני "דיונים

משפטיים בימי קורונה", לעיל ה"ש 4; ראו את כלל המקורות בה"ש 3.

190 שחר, סלע ורבינוביץ' עיני, לעיל ה"ש 84.

סיכום

מרחב יישוב הסכסוכים עבר תמורות משמעותיות בחמישים השנים האחרונות. לצד העיגון של הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים בסוף המאה ה־20, לוותה תחילת המאה הנוכחית באימוצם של הליכים מקוונים בבתי המשפט ומחוצה להם, תופעה שהואצה במידה רבה בתקופת הקורונה. מה שנתפש בתחילה בעיקר כשינוי במדיום של יישוב הסכסוכים, מתברר כתופעה שעשויה לכרסם באופן משמעותי בתפקידם של צדדים שלישיים – שופטים, בוררים ומגשרים. התפתחויות אלו לא רק מאתגרות את המבנים הקיימים, אלא גם עשויות לאפשר התמודדות עם חלק מהבעיות העיקשות שמלוות את תחום יישוב הסכסוכים שנים רבות, ובראשן אתגר הנגישות לצדק. לצד ההזדמנויות, שינויים אלה מציבים אתגרים משמעותיים במישור ההוגנות והלגיטימציה, כמו גם הפרטיות של צדדים לסכסוך והשקיפות כלפיהם.

אנו מתקרבים במהרה לנקודה שבה שיעור ניכר מהסכסוכים שלנו יוכרע באופן מקוון, יסתיים בשלב מוקדם, ויטופל באמצעות מערכות מבוססות־אוטומציה שבהן תוכנה ממירה מעורבות של צד שלישי אנושי. ככל שאנו מתקרבים למימוש החזון הזה והפיכתו למציאות, עלינו להיערך על מנת להבטיח את הוגנות ההליכים שלנו ותוצאותיהם, הליכים שנשענו (ועדיין נשענים) על עקרונות וכללים להבטחה מראש של מעורבות נאותה של גורמים אנושיים ובקרה בדיעבד. יהיה צריך להמיר או להשלים אמצעים אלו במושגים, כלים ועקרונות חדשים, שיהיו מותאמים למציאות המשתנה. הניסיון עם הליכים מקוונים בתקופת הקורונה מדגים את הסכנות הטמונות באימוץ של טכנולוגיה, מבלי להתחשב בהקשר ובתובנות מחקריות, היבטים אשר צפויים להיות חשובים עוד יותר עם ההטמעה ההולכת וגוברת של הליכים מבוססי־בינה־מלאכותית. התפתחויות אלו נמצאות אומנם בשלב מוקדם כיום, אולם המסלול שהן מתפתחות בו ישפיע על המשך האבולוציה של מערכת הצדק שלנו. עלינו להאיר את המשמעות של הבחירות שנעשות בימים אלה ושל ההזדמנויות שטמונות בחלופות שלא נבחרו.