

פרוצדורה ולגיטימציה של הליכים ליישוב סכסוכים: שבירת הדיכוטומיה בין פורמלי ללא פורמלי

א. הקדמה

הליכים ליישוב סכסוכים הם אוסף של כללים, שמטרתם המרכזית (אם כי לא הבלעדית) היא להביא את הסכסוך לידי סיום. ההבחנה הבסיסית בספרות בתחום זה היא בין הליכים 'פורמליים' להליכים 'א-פורמליים'. הראשונים מתאפיינים בפרוצדורות קשיחות ומפורטות והאחרונים נוטים להיות בעלי פרוצדורות גמישות וכלליות יותר. בין השאר, נבעו הברלים אלה מהשוני באופיים ובמטרותיהם של ההליכים. כאשר מדובר בהליך שהוא חלק ממערכת שאיננה וולנטרית ובעלת סמכות הכרעה כמו מערכת המשפט, הצדדים מעוניינים בפרוצדורות מפורטות יותר, המגבירות את הצפיות ואת הוודאות של ההליך באמצעות הגבלה של חופש הפעולה של השופטת. לעומת זאת, בהליכים א-פורמליים התפיסה היא שההליך הוא גמיש וניתן ל'תפירה' לפי העדפות הצדדים ואופי הסכסוך. במקרים מסוימים, הצד השלישי (מגשרת או מפשרת) איננה מכריעה בסכסוך אלא רק מתווכת בין הצדדים, ועל כן הם אלה שבוחרים בסופו של דבר את הפתרון; במקרים אחרים, כמו בוררות, הצד השלישי מכריע בסכסוך אולם הבחירה בזהות הבורר ובנורמה שעל פיה יוכרע הסכסוך מאפשרת התאמה של ההליך להעדפות הצדדים. מאפיינים אלה של הליכים א-פורמליים – רצוניות והסכמה – הם שאפשרו לצדדים באופן מסורתי לקבל את חופש הפעולה הפרוצדורלי המאפיין הליכים אלה מבלי שההליכים עצמם ייאבדו מהלגיטימיות שלהם.

עם התרחבות השימוש בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים (alternative dispute resolution, להלן: "ADR" או "הליכים חלופיים") בשנות השבעים והשמונים של המאה הקודמת החלו להתערער חלק מהמאפיינים של ההליכים הפורמליים והא-פורמליים. הליכי גישור ובוררות מוסדו אל תוך מערכת המשפט וצדדים שפנו לערכאות לבירור תביעתם התבקשו לשקול את השימוש בהליכים חלופיים ובהמשך אף חויבו לעשות כן. נוסף על כך החלו הליכים אלה להתפשט מחוץ לבתי המשפט, ויותר מקומות עבודה הקימו מנגנונים פנימיים ליישוב סכסוכים. מנגנונים אלה שימשו כתובת ראשונה להעלאת בעיות וסכסוכים טרם פנייה לערכאות. בחלק מהמקרים, חוזים אחידים חייבו עובדים וצרכנים לפנות למנגנונים פנימיים ליישוב סכסוכים שפעלו בקרב גופים גדולים או לספקי שירותים של יישוב סכסוכים שעמם עברו המעסיקים והמוכרים.

העידון של הליכים חלופיים במסגרת בתי המשפט וגופים אחרים שהוביל להקניית הממד הרצוני וההסכמי של הליכים אלו הצמיח שתי תוכנות חשובות. ראשית, הליכים חלופיים

* מרצה בכירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה מקרב לב לשגית מור, לפאניה מילמן סיון ולאריאן רנן ברזילי על הערות חשובות. תודתי נתונה גם ליוליה ויינשנקר על עזרתה במחקר ולחברי מערכת "פרוצדורות" על הערות, הצעות ועבודת העריכה שביצעו אשר תרמו רבות לשיפור המאמר.

המעוגנים במסגרת רחבה עשויים לתפקד מעבר למישור האינדיבידואלי של יישוב הסכסוך המסוים ולקדם מטרות מערכתיות דוגמת פיתוח נורמות. שנית, ההפרטה ההולכת והגוברת של בתי המשפט חייבה הצמחה של מנגנונים שיבטיחו את ההוגנות והאפקטיביות של הליכים א-פורמליים ליישוב סכסוכים. בהקשר זה, המנגנונים המקובלים במערכת המשפט – הכוונה של התנהגות השופטת באמצעות כללים פרוצדורליים ומהותיים, ובקרה בדיעבד על התערבותה באמצעות תיעוד ושקיפות – לא התאימו לסביבה הא-פורמלית שהתבססה על גמישות וסודיות. ההתמודדות עם שתי התוכנות הללו התאפשרה באמצעות תחום נוסף שצמח באותה עת בעולם יישוב הסכסוכים – תכנון מערכות ליישוב סכסוכים (dispute systems design, להלן: "DSD").

התחום של DSD צמח מההקשר הרחב יותר של הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים, בסוף שנות השמונים. הרעיון המרכזי היה שכאשר הליכים א-פורמליים מיושמים בסביבה סגורה (למשל, בין עובדים במקום עבודה או בין חברה ללקוחותיה), יש משמעות לתכנון של ההליכים וללמידה מהמידע המועבר במסגרת ההליכים ומתוצאותיהם. תחילה שימש DSD כלי עזר מעשי לאנשי השטח בתכנון מערכות פנים-ארגוניות ליישוב סכסוכים. הספרות בתחום המשיגה את ההליך הראוי לתכנון מנגנונים ליישוב סכסוכים בסביבה ארגונית. עם הזמן הפך DSD לכלי משמעותי בהתמודדות עם הביקורת על הרחבת השימוש ב-ADR, ותכנון נכון נתפס כדרך להבטיח הכרעות מיטביות בעידן שבו עבר המרחב ליישוב סכסוכים הפרטה גוברת.¹ בתחילת המאה העשרים ואחת החל התחום של DSD לבוא לידי ביטוי מעשי גם בתכנון של הליכים פורמליים, לרבות הליכים שיפוטיים. התרחבות זו מתרחשת עקב ההיחלשות של חלק מהמנגנונים המסורתיים של בקרה ופיקוח על ההתערבות השיפוטית, יחד עם העלייה בתופעת השפיטה הניהולית² ולאור צמיחתם של דפוסים חדשים וגמישים יותר של בתי משפט.³

המאמר מנתח את האופי, המשמעות והתפקיד של פרוצדורות בזירה של יישוב סכסוכים בכמה מישורים. במישור הראשון, התפשטות ההליכים החלופיים ליישוב סכסוכים ועליית התחום של תכנון מערכות יישוב סכסוכים מתארות את תפיסת האופי והתפקיד של הפרוצדורה כפי שהיא מצטיירת מתוך מקרי מבחן בשטח, ומציפות את השאלה באיזו מידה הפרוצדורה יכולה לשמש כלי לשימור הלגיטימציה בהליך ליישוב סכסוכים. במישור השני, המאמר

1 השאלה מה נחשב להכרעה מיטבית שנויה במחלוקת, אם כי הכותבים מסכימים שיש קשר בין תכנון ההליך ליישוב סכסוכים לבין קיומם של פרמטרים מסויימים הנתפסים כתוצאה רצויה של ההליך. כך, למשל, יורי, ברט וגולדברג, שחיברו את הספר החלוצי בתחום, מתמקדים בקריטריונים אלה: עלויות עסקה, שביעות רצון מהתוצאה, שימור של מערכת היחסים בין הצדדים וחזרה של הסכסוך (WILLIAM L. URY ET AL., GETTING DISPUTES RESOLVED: DESIGNING SYSTEMS TO CUT THE COSTS OF CONFLICT, 11-13 (1988)). לעומתם, בינגהם, הלברלין, ווקר וצ'אנג עומדים על הקשר בין רכיבים תכנוניים מסויימים לבין הוגנות התוצאות המהותיות של הליכים ליישוב סכסוכים (Lisa Blomengram, Bingham et al., Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace, 14 HARV. NEGOT. L. REV. 1, 3, 8-9 (2009)).

2 ראו להלן ה"ש 47-53.

3 ראו להלן ה"ש 54-61.

שופך אור על ההבחנה בין הליכים פורמלים להליכים א-פורמלים באמצעות עמעות התפיסה הדיכוטומית שלפיה מדובר בהליכים מובחנים זה מזה, בעלי היגיון פרוצדורלי שונה לחלוטין, המקדמים מטרות שונות זו מזו בתכלית. במישור השלישי והעמוק יותר המאמר מטיל ספק בעצם הניסיון ליצור קטגוריזציה בהקשר הפרוצדורלי בעידן של טשטוש גבולות, החותר תחת ההבדלים בין תחומים פרוצדורליים ומחייב הצבת שאלות חדשות. שאלות אלה נשענות פחות על הבחנות הנוגעות למאטריה מהותית וקשורות יותר למאפייני הצדדים הנוטלים חלק בהליך, לזיהוי של מוקדי כוח פוטנציאליים ולהבטחת בקרה על ההליך ועל תוצאותיו. החלק הבא מתאר את היחס בין הליכים פורמליים להליכים א-פורמליים, תוך התייחסות לתפקיד של פרוצדורות בהצמחת לגיטימציה. חלק זה נפתח בהצגת היחס המסורתי בין סוגי הליכים אלה ומתאר את השינויים שחלו בעשורים האחרונים. שינויים אלה התרחשו עקב מיסוד ההליכים החלופיים במערכת בתי המשפט ובמקומות נוספים דוגמת גופים פרטיים וציבוריים ליישוב סכסוכים בין עובדים, אל מול לקוחות ועוד. בד בבד עם שינויים אלה, עבר גם ההליך השיפוטי שינויים מרחיקי לכת: בעקבות הבנה חדשה של התפקיד השיפוטי ושל המטרות של מערכת המשפט הלך ההליך השיפוטי והתגמש.⁴ שינויים אלה הצמיחו את תחום התכנון של מערכות ליישוב סכסוכים, DSD, והביאו ליישומן הן במערכות חלופיות ליישוב סכסוכים והן בבתי המשפט, כמבואר בחלק השלישי של המאמר. למעשה, התחום של DSD הוא תחליף לממד ההסכמה בהליכים חלופיים וליסודות הבקרה בהליכים פורמליים, משום שהוא משמש בסיס חלופי להצמחת הלגיטימציה של הליכים ליישוב סכסוכים. המאמר עומד על התפתחות התחום ועל השינויים מרחיקי הלכת שהתחום עצמו עובר, ומנתח את האופן שבו תכנון מערכתי משמש בסיס ללגיטימציה. לשם כך נבחרו שלוש דוגמאות מתחום המערכות ליישוב סכסוכים – מערכת הגישור של רשות הדואר האמריקנית, מערכת הבוררות "בנועם" והמנגנון הפדרלי לחלוקת פיצויים לקרבנות ה-11 בספטמבר. חרף השוני בין מערכות אלה אפשר לשאוב מהן עקרונות כלליים בנוגע להצמחת לגיטימציה בהליך ליישוב סכסוכים באמצעות תכנון מערכתי.

ב. פרוצדורה ולגיטימציה של הליכים ליישוב סכסוכים

1. בסיסי הלגיטימציה של הליכים פורמליים וא-פורמליים

הספרות בנושא הליכים ליישוב סכסוכים מבחינה בין ההליך הפורמלי המתקיים בבתי המשפט לבין הליכים א-פורמלים, המכונים גם הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים או ADR.⁵ ביסוס ההבחנה בין הליכים פורמלים להליכים א-פורמלים על ההבחנה בין הליכים שיפוטיים להליכי ADR באה לידי ביטוי כבר בכתיבה של ראשית שנות השמונים, שליוותה את שורשי המיסוד של הליכים חלופיים בבית המשפט. כמאמר בספר החשוב שערך, הפוליטיקה של צדק א-פורמלי, כתב ריצ'רד אגל לגבי הליכים א-פורמליים ליישוב סכסוכים:

4 ראו להלן ה"ש 61-54.

5 CARRIE MENKEL-MEADOW ET AL., *DISPUTE RESOLUTION: BEYOND THE ADVERSARIAL MODEL* 5

.XXXV (2nd ed., 2011)

מוסדות מעין אלה הם א-פורמליים ככל שהם אינם ביורוקרטיים במבנה שלהם ובאופן יחסי אינם מובחנים מהחברה הסובבת אותם, ממעטים להשתמש באנשי מקצוע, ומעדיפים נורמות סובטנטיביות ופרוצדורליות שהן עמומות, בלתי כתובות, נובעות מהשכל הישר, גמישות, אד-הוקיות ופרטיקולריסטיות על פני המשפט הרשמי.⁶

על פי ריצ'רד אָבֶל, בכל מקרה של שימוש בהליך א-פורמלי יופיעו חלק מהמאפיינים הללו במידה זו או אחרת, אבל אין הליך שבו יופיעו כולם במלואם.⁷ בהמשך המאמר נטען כי עם המיסוד של הליכי ADR בבתי המשפט הם עטו חלק מהמאפיינים הביורוקרטיים-מקצועיים המזוהים עם ההליך השיפוטי.⁸ אשר על כן, ההבחנה בין הליך פורמלי להליך א-פורמלי איננה דיכוטומית אלא משקפת טווח של אפשרויות המושפע גם ממידת המיסוד שלהם, אולם משקף הבדלים עמוקים יותר הקשורים למאפייני ההליכים ולמעורבות של הצדדים במסגרתם.

הליכי ADR הם מגוונים ושונים זה מזה במידה ניכרת, אולם מאחדת אותם שונותם מההליך השיפוטי.⁹ הליכי ADR מודרניים מתוארים כהליכים שבשליטת הצדדים, המתאפיינים בגמישות הן במישור הפרוצדורלי והן במישור המהותי, כהליכים הניתנים לתכנון ולהתאמה על ידי הצדדים ועבורם וככאלה שתוצאותיהם מוגבלות רק בידי "הדמיון התרופתי" של הצדדים.¹⁰ בניגוד לפרוצדורה הגמישה והאוורירית המאפיינת הליכים חלופיים נחשב ההליך השיפוטי לבעל פרוצדורה מובנית ומרובת כללים, המותירה פתח צר יחסית לגמישות ולשוני ממקרה למקרה.

על התפקיד של הפרוצדורה בהליך השיפוטי אפשר ללמוד מספרו החשוב של מרטין שפירו *Courts*.¹¹ על פי שפירו, התפיסה המקובלת לגבי התפקוד של בתי משפט היא, שהם פועלים לפי אב טיפוס מסוים. אב הטיפוס שתיאר שפירו כולל ארבעה רכיבים: בתי המשפט הם (1) גופים עצמאיים; (2) המנהלים הליכים אדברסריים; (3) המחילים כללים קיימים; (4) שמביאים להכרעות דיכוטומיות במתכונת של 'הכול או לא כלום'.¹² על פי רוב, רכיבים אלה נעדרים מהאופן שבו פועלים הליכים חלופיים. למעשה, התיאור של הליכים חלופיים הוא לרוב תמונת ראי של הארכיטיפ השיפוטי שעליו עמד שפירו.

Richard L. Abel, *Introduction to THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE* 1-2 (Richard Abel ed., 1982) (תרגום חופשי). 6

שם. 7

ראו להלן ה"ש 37-40. 8

Abel, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2. 9

Carrie Menkel Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary* "לדמיון התרופתי" ראו *Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR"*, 19 (6) FLA. ST. U. L. REV. 1, 3 (1991). התיאור של הליכי ADR מתבסס בחלקו על אב הטיפוס המתחרה שהצענו במאמר: Orna Rabinovich-Einy & Roe Tsur, *The Case for Greater Formality in ADR: Drawing on the Lessons of Benoam's Private Arbitration System*, 34 VT. L. REV. 529 (2009-2010). 10

MARTIN SHAPIRO, *COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS* 1 (1981) 11

שם. 12

מתברר, כי לא זו בלבד שהליכי ADR אינם תואמים את הדפוס של פעולת בתי משפט, אלא – כפי שהדגים שפירו – פעמים רבות גם המציאות בבתי המשפט אינה תואמת את אב הטיפוס השיפוטי. על פי שפירו, חרף התפיסה המקובלת לפיה בתי המשפט שונים מאוד מהליכים חלופיים, בפועל שופטים מתפקדים לעתים קרובות בדומה לאופן שבו מתפקדים 'צדדים שלישיים' אחרים (דוגמת בוררים או מגשרים). בפועל, כך טוען שפירו, בתי המשפט פועלים באופן שמזכיר במידה רבה את תפיסותינו לגבי הליכי ADR.¹³ הדבר ניכר, בין היתר, באופן שבו מערכת המשפט חותרת להשיג את הסכמת הצדדים בצמתים רבים של ההליך השיפוטי, תוך הימנעות מהפעלת סמכות או כוח. אחת הסיבות לכך היא רצון לשמר את הלגיטימציה השבירה של מערכת המשפט.¹⁴

אם כן, איך אפשר להסביר את שרירותו של אב הטיפוס של בתי המשפט, חרף הפערים בינו לבין המציאות בשטח? התשובה של שפירו היא שבתי המשפט דואגים לשמר את אב הטיפוס שכן הם זקוקים לדימוי זה כדי לשמר את הלגיטימציה שלהם.¹⁵ הוא עומד על כך שבהליכים המתבססים על "עקרון המשולש" יש שני צדדים לסכסוך והצד השלישי אמור להכריע בו (או לפחות לסייע להם ליישב אותו). מצב זה כרוך בסכנה תמידית מפני קריסת המשולש למבנה של שניים נגד אחד עם מתן ההחלטה על ידי הצד השלישי.¹⁶

בהליכים חלופיים יסודות ההסכמה והבחירה אמורים למנוע את קריסת המשולש ולהבטיח את שימור הלגיטימיות, שהרי הצדדים הם שבחרו את הצד השלישי והסכימו על אמות-המידה שלפיהן ייושב הסכסוך.¹⁷ יסודות אלה – בחירה והסכמה – נעדרים מההליך השיפוטי, שכן השופטת מוכתבת על ידי הצדדים ועל ידי הנורמות המוחלטות בספר החוקים.¹⁸ כך צומח אב הטיפוס שמאפשר לשופטת להציג את ההכרעה שאליה הגיעה כהכרחית ומתבקשת, תוך הסוואה של יסוד שיקול הדעת בהחלטתה. בדרך זו השופטת משמרת את הלגיטימיות של הכרעתה וגם, בעקיפין, את זו של המערכת כולה.¹⁹ בעצם, כפי שכתב שפירו, ברגע שאנו ממסדים הליך ליישוב סכסוכים ו"חוק ומשורה" מחליפים את הבחירה בצד שלישי ובנורמות שלפיהן יכריע, אנו זקוקים לפרוצדורה מפורטת שתגביל את שיקול דעתה של הצד השלישי ותחזק את מראית העין של הכרעות הכרחיות, שהן פועל יוצא של מערך הכללים החל.²⁰ לגישתו של שפירו, אם כן, ההבדלים בין ההליך השיפוטי להליכי ADR אינם עמוקים כפי שהם מוצגים בשיח המקובל, וההצגה הדיכוטומית שלהם נועדה לשמר את הלגיטימציה

13 שם, בעמ' 1.

14 שם, בעמ' 1-64. אפשר, כמוכן, לחשוב על סיבות טובות נוספות שבגינן יחתור בית המשפט להסכמת הצדדים. עם זאת, התמונה הכוללת וסך האמצעים שבית המשפט נוקט מעידים על כך שהחתימה אחר לגיטימציה היא שיקול משמעותי, גם אם לא בלעדי, המנחה את בתי המשפט.

15 שם, בעמ' 7-8.

16 שם, בעמ' 1-2.

17 שם, בעמ' 2.

18 יש הסכמה במובן הרחב לפיה כל האזרחים בוחרים לחיות במדינה שאלה הם חוקיה (שם, בעמ' 6), אולם אין בכך הסכמה של ממש לזהות הצד השלישי ואין בכך בחירה עצמאית ומושכלת של הנורמות החולשות על הסכסוך הפרטיקולרי.

19 שם, בעמ' 6.

20 שם, בעמ' 5-6.

של בתי המשפט. בעשורים שחלפו מאז כתיבת ספרו של שפירו חלו שינויים ניכרים באופי ההליכים מזה ומזה עקב מיסוד הולך וגובר של הליכים חלופיים מחד גיסא ושינוי בדפוסם של ההליכים השיפוטיים מאידך גיסא. כפי שנראה בחלק הבא, שינויים אלה חייבו מציאת מקורות חדשים להבטחת הלגיטימציה של שני סוגי ההליכים.

2. השינויים שחלו בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים ובהליך השיפוט

שנות השישים והשבעים בארצות-הברית בישרו את עלייתם של ההליכים החלופיים ובעיקר את עלייתם של הגישור והבוררות.²¹ נהוג לקשור את הצמיחה של ההליכים הא-פורמליים למקורות רבים: בחלק מהמקרים דובר בשאיפה להעצמה קהילתית דרך האפשרות ליישוב עצמי של סכסוכים, בהתאם לנורמות המקומיות;²² במקרים אחרים²³ נתנו ההליכים החלופיים מענה לצורך המוסדי בהפחתת העומס על מערכת בתי המשפט בהיותם אפיק יעיל ונגיש לבירור מחלוקות.²⁴ כמו כן, חסידי ADR הדגישו את היתרונות של ההליכים החלופיים במקרים שבהם הצדדים לסכסוך נתונים במערכת יחסים נמשכת. בניגוד להליך השיפוט, במקרים רבים הליכים אלה מאפשרים לשמר את מערכת היחסים הן בשל אופן הבירור של הסכסוך והן בשל אופיים המגוון והיצירתי של הפתרונות האפשריים.²⁵

כל אחד מהרציונלים לאימוץ של הליכי ADR הדגיש מאפיינים מסוימים של הליכים אלה והציב מטרות משלו לשימוש בהם: העצמה אישית וקהילתית, סגירת תיקים והגברת היעילות הדיונית בבתי המשפט ואימוץ של תרבות חדשה ליישוב סכסוכים. חרף ההבדלים התכנסו ההליכים הללו תחת כותרת אחת, שהדגישה את המאפיין המרכזי המשותף שלהם: הם הציגו אפיק שונה מזה של ההליך השיפוט. בניגוד לתביעה משפטית, הליכי ADR אפשרו דרגה גבוהה יותר של שליטה מצד הצדדים, השתתפות ישירה, גמישות הליכית, סודיות, פתרונות יצירתיים, מומחיות, יעילות ושיתוף פעולה עתיד.²⁶

- 21 DAVID B. LIPSKY ET AL., EMERGING SYSTEMS FOR MANAGING WORKPLACE CONFLICT: LESSONS FROM AMERICAN CORPORATIONS FOR MANAGERS AND DISPUTE RESOLUTION PROFESSIONALS xiv-xv (2003); Deborah R. Hensler, *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System*, 108 PENN. ST. L. REV. 165, 170-80 (2003); MENKEL-MEADOW ET AL. ראו Hensler, שם, בעמ' 170-173.
- 22 Robert A. Baruch Bush, *Mediation and Adjudication, Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation*, 3 J.CONTEMP. LEGAL ISSUES 1, 11-12 (1989); MENKEL-MEADOW ET AL. ראו Hensler, לעיל ה"ש 5, בעמ' 6.
- 23 ראו Hensler, לעיל ה"ש 21, בעמ' 185 (המסביר כיצד הצורך להקל בעומס על בתי המשפט היה אחד הגורמים להתפתחות המערכת המודרנית ליישוב סכסוכים).
- 25 ROBERT H. MNOOKIN ET AL., BEYOND WINNING: NEGOTIATING TO CREATE VALUE IN DEALS AND DISPUTES 100-01 (2000); Hensler, לעיל ה"ש 21, בעמ' 171.
- 26 ראו מאמרים המביאים הצדקות מהצדקות שונות להיווצרות של מערכת אלטרנטיבית ליישוב סכסוכים: LIPSKY, לעיל ה"ש 21, בעמ' 76-78; MENKEL-MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 5, בעמ' 6-13; Carrie Menkel-Meadow, *When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own*: 13-6 *Conflicts Among Dispute Professionals*, 44 UCLA L. REV. 1871, 1872-75 (1997).

היתרונות שיוחסו להליכי ADR, לצד הבעייתיות ההולכת וגוברת בתפקודם של בתי המשפט, הביאו למיסודם בבתי המשפט מאז שנות השבעים ובעיקר בשנות השמונים בארצות-הברית, ובשנות התשעים בישראל.²⁷ תחילה מוסדו ההליכים החלופיים במתכונת וולונטרית שאפשרה למתדיינים לבחור אם ברצונם לברר את הסכסוך במסגרת הליך חלופי או בבית המשפט בהליך פורמלי.²⁸ בהמשך הדרך, במקרים רבים עבר המיסוד של הליכי ADR בבתי המשפט למתכונת שכללה יסוד מסוים של חיוב, בהתאם לדפוס המיסוד שנבחר.²⁹ מעניין לראות שגם המיסוד הישראלי של הליכי ADR עובר מגמה דומה בימים אלה.³⁰

מיסוד ADR בבתי המשפט בארצות-הברית התרחב בשנות התשעים בעקבות דבר חקיקה שהביא להקמת יחידות פנימיות ליישוב סכסוכים ברשויות פדרליות.³¹ יחידות אלה עסקו בעיקר, אך לא רק, בטיפול בסכסוכים על רקע הפליה בין עובדים.³² עם הזמן התרחבה התופעה של 'יישוב סכסוכים פנימי' (internal dispute resolution, להלן: "IDR")³³ גם לזירה הפרטית, כשגופים עסקיים-פרטיים החלו אף הם להקים יחידות פנימיות לטיפול בבעיות ובסכסוכים, במידה רבה בעידוד הרשות האמריקנית לשוויון הזדמנויות בעבודה (EEOC).³⁴

מיסוד ההליכים החלופיים לווה בביקורות חריפות הן מתוך הקהילה של ADR והן מחוצה לה. התומכים במיסוד של הליכי ADR עמדו על כך שהמיקום של הליכים חלופיים בתוך מערכת המשפט, תוך הישענות על שחקניה המרכזיים – עורכי-הדין והשופטים – הביא במידה רבה לשינוי עומק באופי הליכי ADR. במאמר מפורסם התייחסה פרופ' קארי מנקל מדאו לתהליך זה כ'קואופטציה' של הליכי ADR על ידי מערכת המשפט.³⁵ הליכי הגישור (ההליך החלופי הנפוץ ביותר בבתי המשפט) מתוארים בספרות כמאפשרים שליטה של הצדדים על ההליך והתוצאה, השתתפות ישירה והשגת פתרונות יצירתיים התפורים לפי מאפייני הסכסוך והעדפות הצדדים; אך המציאות של גישור ממוסד במערכת בתי המשפט שונה בתכלית מתיאור זה. מחקרים מראים שהמגשרים נוטים להיות שיפוטיים תוך שהם מספקים הערכות לגבי סיכויי התביעה ולגבי הפתרון הרצוי לסכסוך, ועורכי-הדין נוטים למלא תפקיד מרכזי – על חשבון הצדדים, הנדחקים לקרן זווית ולעתים אף אינם נוכחים.³⁶

- 27 מיכל אלברשטיין תורת הגישור 95-97 (2007).
- 28 שם.
- 29 שם, בעמ' 101; MENKEL MEADOW ET AL. לעיל ה"ש 5, בעמ' 351-361.
- 30 ראו תקנה 99 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"א-1981 והצעת חוק הכוררות (תיקון) – בורות חובה בתובענה כספית), התשע"א-2011.
- 31 אלברשטיין, לעיל ה"ש 27, בעמ' 96.
- 32 פאינה מילמן-סיון וארנה רבינוביץ-עיני "גישור בין פרוצדורה למהות: על הפרטת הצדק ושוויון בעבודה" משפט וממשל יא 517, 532 (2008).
- 33 Lauren B. Edelman, Howard S. Erlanger & John Lande, *Internal Dispute Resolution: The Transformation of Civil Rights in the Workplace*, 27 LAW & SOC'Y REV. 497 (1993).
- 34 מילמן-סיון ורבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 32.
- 35 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 10, בעמ' 6.
- 36 MENKEL-MEADOW ET AL., לעיל ה"ש 5, בעמ' 406-409 (העוסקת בהשלכות של גישור בהוראת בית המשפט); Nancy Welsh & Bobbi McAdoo, *Look Before You Leap and Keep*;

גם מחוץ לבית המשפט, כאשר הליכים חלופיים ממוסדים במסגרת ארגונים וגופים למיניהם, פעמים רבות מידת השליטה והבחירה של צדדים מוגבלת. על פי רוב ההליכים אינם מותאמים אד הוק לנסיבות הסכסוך ולמאפייני הצדדים, אלא מוכתבים מראש לפחות לאחד הצדדים.³⁷ לעתים עצם ההשתתפות בהליך כזה נכפית על אחד הצדדים, כשההסכמה להשתתף בהליך ADR – לרוב בוררות – נקבעת במסגרת חוזה אחיד.³⁸ המתנגדים לעצם המיסוד של הליכי ADR הדגישו היבטים אחרים הנוגעים להפרטה ההולכת וגוברת של מערכת הצדק. הם הדגישו שמרגע שמדובר במערכת ממוסדת של הליכים ליישוב סכסוכים, הציפיות שלנו אינן יכולות להתמצות בסגירת תיקים בבית המשפט ואפילו לא ביישוב סכסוך לשביעות רצונם של הצדדים.³⁹ החשש המרכזי שהביעו המתנגדים הוא כרסום בתפקידו של בית המשפט כגוף שאמון על פיתוח הנורמות ועל הגנה על זכויות יסוד.⁴⁰ במיוחד התריעו המבקרים על ההשפעה השלילית שיש להליכים א-פורמליים על הזכויות של בני קבוצות מוחלשות – הן בשל העובדה שסכסוכיהם עוברים דה-פוליטיזציה כשהם מופנים לאפיקי ADR ומאבדים את הפוטנציאל שטמון בהם להביא לפיתוח המשפט,⁴¹ והן בשל העובדה שהסביבה הגמישה והסודית שמאפיינת הליכי ADR עלולה להוביל לפתרונות שמיטיבים עמם פחות מהכרעות פומביות של בית המשפט.⁴²

הביקורות הללו, הן מבית והן מחוץ, מעבירות מסר חשוב לגבי הלגיטימציה של הליכי ADR. בעבר נבעה הלגיטימציה של הליכים אלה מיסודות הבחירה, ההסכמה והשליטה של הצדדים על ההליך, אך בסיס זה התערער עם המיסוד של ההליכים החלופיים. יתרה מזו: המבקרים החיצוניים מבהירים שמרגע שהליכים אלה פועלים כמערכת ממוסדת – להבדיל מהליכים שמיושמים אד הוק על ידי יחידים – עצם ההסכמה של הצדדים איננה יכולה

- on Looking: Lessons from the Institutionalization of Court-Connected Mediation*, 5
NEV. L.J. 399, 407-08 (2004-2005)
- Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh, 17 *Technology and the Future of Dispute* 37
Systems Design, HARV. NEGOT. L. REV 151, 161-162 (2012)
- Lisa Bingham, *Control over Dispute-System Design and Mandatory Commercial* 38
Arbitration, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 221, 225 (2004); Carrie Menkel-Meadow,
Do the "Haves" Come out Ahead in Alternative Judicial Systems?: Repeat Players in
ADR, 15 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 19, 38-57 (1999)
- Owen Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073, 1078 (1984) 39
- שם, בעמ' 1085-1087. 40
- Laura Nader, *No Access to Law: Alternatives to the American*; 1078-1076
Judicial System (1980); Christine B. Harrington, *Shadow Justice: The Ideology and*
Trina; 33 *Edelman*; 33 *Institutionalization of Alternatives to Court* (1985); Edelman
Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 YALE L. J. 1545
(1991).
- Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice* 42
in Alternative Dispute Resolution, 1985 WIS. L. REV. 1359, 1367-75 (1985); Bingham,
לעיל ה"ש 38; אורן גול-אייל, רונן פרי, גל ליפשיץ ואפרת פלוטניק-צדקיהו "ייצוג בהליכי
פישור בבתי הדין לעבודה" *עיוני משפט* ל"ד 641 (2013).

ואיננה צריכה לשמש בסיס מספק לגיטימציה; נדרשת הבטחה להוגנות ולאפקטיביות של ההליכים, בדומה לציפיות שיש לנו ממערכת המשפט הפורמלית – אבל שם בדיוק נעוץ הקושי, שכן המאפיינים של הליכי ADR אינם מאפשרים הישענות על מנגנוני בקרה ברוח אלה שפועלים בכתי המשפט.

מנגנוני הבקרה והלגיטימציה של הליכים שיפוטיים נובעים מהכללים המכוונים את פעולת השופטים ומהיכולת לבצע בקרה בדיעבד (של ערכאת ערעור או הציבור הרחב) על פעולות השופטים באמצעות תיעוד (פרוטוקול) ושקיפות (הנמקה ופרסום).⁴³ ברור שיש יסוד של שיקול דעת מצד השופטים, אולם כפי שהראה אב הטיפוס של שפירו, יש ניסיון לצמצם את חופש הפעולה באמצעות הליך מובנה. מאפיינים אלה של ההליך הפורמלי הם שמבססים את הלגיטימציה שלו; הם גם נתונים במתח עם מאפייני היסוד של מרבית ההליכים הא-פורמליים – גמישות וסודיות – ועל כן במקרים רבים אי-אפשר ליישם (או שיש רתיעה מיישומם) על הליכי ADR.⁴⁴

לצד האתגר שהציב המיסוד של הליכי ADR לגיטימציה של הליכים אלה חלו גם התפתחויות בהליך השיפוט שאתגרו את הלגיטימציה של זירה זו. בעשורים האחרונים של המאה העשרים בארצות-הברית, ומעט מאוחר יותר גם בישראל, החלה להשתנות הפרקטיקה השיפוטית עם העלייה של מה שמכונה 'השפיטה הניהולית'.⁴⁵ במסגרת זו עבר תפקיד השופטים שינוי עמוק: מתפסותם כמרוחקים מ'זירת ההתגוששות' למי שנוטלים חלק אקטיבי בניהול ההליך. האקטיביזם הפרוצדורלי בא לידי ביטוי בהפעלת סמכויות חדשות בשלבים המוקדמים של המשפט ובניסיונות לייצל את ההליך, הן בקידום פשרות והן בפרשנות לכללי הפרוצדורה.⁴⁶ הפרקטיקות של שופטים ניהוליים הן שונות זו מזו ומגוונות, אך מאחדת אותן הרטוריקה שלפיה השיטה הקיימת איננה עוברת, שיש לתקנה ושהדרך לעשות זאת היא אימוץ של אקטיביזם פרוצדורלי.⁴⁷ הביקורות על שפיטה ניהולית טענו שהתערבות מעין זו חוסמת את הצדדים מהעלאת טענות ענייניות, כשבמקרים רבים הפרקטיקות הניהוליות מגנות על השופטים מפני בקרה והתערבות.⁴⁸ בישראל הדברים באו לידי ביטוי כבר בשנות השמונים, עם המעבר משיטה אדברסרית טהורה לשיטה מעורבת ועם ההחלה של עקרון תום הלב במישור הדיוני;⁴⁹ בהמשך, בשנות

Orna Rabinovich-Einy, *Technology's Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation*, 11 HARV. NEGOT. L. REV. 253 (2006) 43

שם. חרף העובדה שסודיות איננה מחייבת היעדר תיעוד, במשך השנים הפרקטיקה בתחום הייתה לא לתעד כלל את תוכן ההליכים כדי להבטיח סודיות ולמנוע זימון של פרוטוקולים או רשימות פרטיות על ידי בית המשפט. אשר להנמקה, בגישור היא איננה רלוונטית, ובכוררות פעמים רבות הצדדים בוחרים לוותר עליה מטעמי יעילות. 44

Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374, 378 (1982); Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 37. 45

Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 37; Resnik, שם, בעמ' 378. 46

Elliott, E. Donald, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 U. CHI. L. REV. 306, 309 (1986) 47

שם, בעמ' 314. 48

דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 60-66 (2006). 49

התשעים, התרחש השינוי עם ההכרה במעמד החוקתי של זכות הגישה לערכאות. התפתחויות הללו כולן הרחיבו את שיקול הדעת ואת חופש הפעולה של השופטים במישור הדיוני. הרציונל לשחרור השופטים מכבלי הפרוצדורה נבע מהרצון למשטר את ההתנהגות הדיונית במטרה להביא ל'גילוי האמת' או לאזן פערי כוחות בין הצדדים.⁵⁰ לצד זאת, בעשורים האחרונים נהפך השיקול בדבר קידום יעילות מערכתית לשיקול דומיננטי בהחלטות של שופטים להתערב בהליך, להגמיש הסדרים פרוצדורליים או למלא חללים בכללים הפורמליים.⁵¹ התפתחויות אלה החלישו את האפקטיביות של אמצעי הבקרה המסורתיים על ההליך השיפוטי ויצרו מציאות חדשה שהצריכה איתור של מקורות חדשים להצמחת אמון במערכת הפורמלית. כד בכד עם השינויים שחלו בתפקיד השיפוטי במערכת הכללית החלו לצמוח בסוף שנות השמונים בארצות-הברית (ובימים אלה אצלנו) דפוסים גמישים יותר של בתי משפט, המכונים 'בתי משפט פותרי בעיות'.⁵² בתי המשפט פותרי הבעיות מזכירים במידה רבה הליכים חלופיים: בתי המשפט האלה מחליפים לרוב את המערכת הפלילית ולעתים הם מטפלים גם בסכסוכים אזרחיים באופיים. הם אינם באים להכריע מי מהצדדים צודק, מה הגרסה העובדתית הנכונה ומה ההשלכות המשפטיות הנובעות מקביעה זו; חרף זאת הם מבקשים להתמודד עם בעיות חברתיות רחבות-היקף כמו התמכרות לסמים או אלימות במשפחה.⁵³ בעיות עומק אלה מיתרגמות להתנהגות עבריינית חוזרת שעמה לא הצליחה מערכת המשפט הסטנדרטית להתמודד בעילות.⁵⁴

מקרב בתי המשפט פותרי הבעיות, בתי המשפט לסמים הם הנפוצים ביותר.⁵⁵ במסגרתם מוחלף ההליך הפלילי האדברסרי בהליך שיקומי, והנאשמים נמסרים לפיקוח של צוות מטפל בראשות שופט, המתאים להם תכנית טיפול אישית.⁵⁶ תכנית הטיפול קובעת מערך מדורג של הטבות ושל סנקציות, לפי מידת ההתקדמות או הנסיגה בטיפול של הנאשם, והסנקציה האולטימטיבית היא עונש מאסר.⁵⁷ במילים אחרות, ההליך השיפוטי והתפקידים המסורתיים

50 טיבן גולדשטיין וערן טאוסיג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279 (2003). ראו בהקשר זה את דברי השופט אוקון בבש"א 6708/00 אהרון נ' אמנון, פ"ד נד(4) 702 (2000): "סדרי הדין הם משרת יעיל, אך ארון מסוכן. התעלמות מהם היא מסימני ההיכר של שיטה רופפת ופרומה, אך דבקות יתר במקום שבו נדרשת התחשבות עלולה להיתפס כקפריזית ושרירותית. סדרי הדין נועדו לצנן אך לא להקפיא, לווסת ולנתב אך לא לשתק. בסופו של יום, סדרי הדין נועדו להגשים זכויות מהותיות, ואלה צריכות לעשות את שלהן. גישה מהותית מרחיבה, שתום הלב הוא ממי התהום שלה, אינה יכולה להיות מלווה על ידי סדרי דין קפוצים ונוקשים יתר על המידה. התרבות המשפטית נבחנת לא רק על ידי הזכויות המוגנות. לעיתים דווקא דרכי הגישה הן המהוות כבואה אמיתית למצבו של המתדיין".

51 רע"א 10227/06 בובליל נ' אינדיג, דינים עליון (5) 1146, פס' 8-10 (2007).

52 ארנה רבינוביץ' עיני "בתי משפט פותרי בעיות ובעיית האחריות: לקחים ממיסוד הליך הגישור" מחקרי משפט כו 517 (2010).

53 שם, בעמ' 520-521.

54 שם, בעמ' 521.

55 שם, בעמ' 524.

56 שם, בעמ' 522.

57 שם.

של המשתתפים עוברים בכתי המשפט פותרי הבעיות טרנספורמציה של ממש: במקום שופט ועורכי־דין המייצגים את הצדדים יש צוות טיפולי אחד, המשתף פעולה בפיתוח מערכת של סנקציות והטבות שיתמרו את הנאשם לעבור שיקום. בצד מחקרים המעידים על ההצלחה של בתי משפט אלו בהפחתת רצידיביזם,⁵⁸ נמתחו עליהם גם ביקורות נוקבות המתגרות את הלגיטימציה שלהם. בין השאר נטען כי הליכים אלה, המתנהלים ללא פרוצדורות מוסדרות ותוך כדי זניחת המודל האדברסרי, מנשלים את הנאשמים מזכותם להליך הוגן.⁵⁹

התופעה של בתי משפט פותרי בעיות היא שולית יחסית בנוף השיפוטי, אך הפרקטיקות של שפיטה ניהולית הן רווחות ומציבות אתגר של ממש ללגיטימציה של ההליך הפורמלי. כפי שצוין לעיל, המקורות המסורתיים לביסוס הלגיטימציה של ההליך השיפוטי היו המיזוג בין כללים המגבילים את שיקול דעתם של השופטים לבין בקרה המתאפשרת באמצעות תיעוד ושקיפות. הפרקטיקות החדשות מאפשרות לשופטים מרחב פעולה גמיש ודליל בכללים, בלי שיתלווה להתערבותם השיפוטית תיעוד מלא שיאפשר בקרה אפקטיבית.

נוצר מצב שבו, מצד אחד, הליכים חלופיים ממלאים תפקיד מרכזי יותר ויותר אך בו־בזמן מאבדים את ההסכמה כבסיס הלגיטימציה שלהם וזקוקים למקור לגיטימציה מערכתית, ומהצד האחר בתי המשפט והשופטים פועלים בדרכים חדשות בניסיון לקדם מטרות שונות מבעבר – ואף הם מאבדים את עוגן הלגיטימציה שלהם. במצב דברים זה שתי הזירות – הן הפורמלית והן הא־פורמלית – מבקשות להישען על בסיס חדש ללגיטימציה מתחום התכנון ההליכי. במקום להישען על הפרוצדורה עצמה כמקור ללגיטימציה, בסיס הלגיטימציה עובר לפרוצדורה מסדר שני – להליך לתכנון הפרוצדורה. כפי שנראה בחלק הבא, עצם הפנייה לתחום של תכנון מערכות ליישוב סכסוכים, DSD, משקפת את העמעום בין הקטגוריות של הליך פורמלי והליך א־פורמלי; בה בעת, DSD הוא גם זירה נוספת שבמסגרתה מתרחש ומועצם טשטוש תחומים זה.

ג. תכנון מערכות יישוב סכסוכים ולגיטימציה

1. רקע: עליית התחום של DSD

לידתו של תחום DSD מזוהה עם פרסום הספר של יורי, ברט ופישר *Getting Disputes Resolved* בשנות השמונים המאוחרות בארצות־הברית.⁶⁰ התוכנה המרכזית של המחברים הייתה שבסביבה סגורה דוגמת מקום עבודה אפשר לאתר דפוסים של סכסוכים ולכן, באמצעות מיסוד של אפיקים ליישוב סכסוכים, אפשר להתמודד עם קונפליקטים באופן יותר מספק ויעיל מזה של יישוב הסכסוך אד־הוק. זאת, בשל האפשרויות ללמוד מהדפוסים החוזרים של סכסוכים ולמנוע מראש את צמיחתם.

התחום של DSD היווה את השלב השני בהתפשטות ובמיסוד של הליכים חלופיים. בשלב הראשון נתפסו ההליכים החלופיים כאפיקים המוצעים למתדיינים ספציפיים אד־הוק, לאחר

58 שם, בעמ' 525.

59 שם, בעמ' 526–532.

60 Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 37, בעמ' 155.

צמיחת הסכסוך, ליישובו. כפי שראינו, ככאלה הם מוסדרו במסגרת בתי המשפט ובקהילה מתוך תקווה שהפניית מתדיינים אליהם תביא לכך שבעתיד יפנו לאפיקים החלופיים טרם הגשת תביעה.

בשלב השני – במידה רבה עקב החקיקה שחייבה רשויות פרדליות לאמץ מערכות ADR ליישוב סכסוכים של עובדיהן – החלו להופיע מערכות פנים-ארגוניות ליישוב סכסוכים הן בארגונים ציבוריים והן בחברות פרטיות. התחום של DSD עסק בפרוצדורה לתכנון פרוצדורה, במטרה לזקק עקרונות לתכנון של מערכות ליישוב סכסוכים מתוך היכרות מעמיקה עם מגוון גדול של פרוצדורות למניעת סכסוכים, לבירורם ולליישובם. המודל שהציעו יורי, ברט ופישר צמח מתוך מחקר שערכו בענף המכרות בארצות-הברית. כאשר למדו את הנושא של שביתות לא חוקיות בענף זה גילו החוקרים שלא כל המכרות סבלו מאותה אינטנסיביות של שביתות לא חוקיות. המכרות שהצליחו להתמודד עם קונפליקטים באופן מיטבי היו אלה שהפעילו הליכים מבוססי-אינטרסים בין ההנהלה לכורים – משא ומתן שהתרחש לא רק לאחר פרוץ סכסוך אלא גם באורח פרואקטיבי ורציף.⁶¹ תובנה זו הולידה את מה שנהפכה להבחנה קלאסית של יורי, ברט ופישר בין הליכים מבוססי-אינטרסים, זכויות וכוח.

הליכים מבוססי-אינטרסים הם הליכים המבקשים לתת מענה לצרכים ולאינטרסים של צדדים מסוכסכים; הליכים מבוססי-זכויות מכריעים בשאלת הזכאות של הצדדים על פי החוק או מערכת אחרת שהיא מבוססת כללים; הליכים מבוססי-כוח מתמקדים לא באינטרסים של הצדדים ולא בזכויותיהם אלא במה שהם יכולים להשיג, בהתחשב בכוח העומד לרשותם להביא את הצד השני לפעול בהתאם להעדפותיהם. במלה 'כוח' אין הכוונה בהכרח להפעלת כוח פיזי אלא לטקטיקות משא ומתן מהסוג הישן (הושבת צד על כסא נמוך, אל מול השמש וכיוצא באלה) או בשביתות וחרמות.⁶² הטיפולוגיה מבחינה לא רק בין סוגי ההליכים אלא גם מסמנת את ההליכים מבוססי-האינטרסים בתור ההליכים המועדפים, בהיותם היעילים ביותר, המספקים ביותר עבור הצדדים, הטובים ביותר לשימור מערכות יחסים ואלה הצפויים להצמיח את ההסכמות היציבות ביותר.⁶³ על כן הציעו המחברים מסגרת לתכנון מערכות ליישוב סכסוכים, הכוללת, בין היתר, הסתמכות ניכרת על הליכים מבוססי-אינטרסים ומשאירה מקום שיורי לסוגי ההליכים האחרים.⁶⁴

בצד המודל של יורי, ברט ופישר לתכנון מערכת פנים-ארגונית החלו להופיע ספרים ומאמרים נוספים רבים בנושא, שפיתחו הן את ההיבטים המעשיים והן את הסוגיות התאורטיות הכרוכות בתכנון מערכות ליישוב סכסוכים.⁶⁵ קונסטנטינו ומרצ'נט פרסמו את הספר המרכזי השני בתחום של DSD,⁶⁶ שמיקד את תשומת הלב בזיהוי דפוסים של סכסוכים בדגש על מניעה ולא רק ביישוב הסכסוך בדיעבד. המחברות הדגישו גם את החשיבות של שיתוף גורמים

61 ש.ם.

62 ש.ם.

63 ש.ם.

64 Ury et al., לעיל ה"ש 1, בעמ' 41-64.

65 Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 37, בעמ' 157.

66 CATHY CONSTANTINO & CHRISTINA MERCHANT, DESIGNING CONFLICT MANAGEMENT SYSTEMS: 66

.A GUIDE TO CREATING PRODUCTIVE AND HEALTHY ORGANIZATIONS (1996)

מהסביבה שעבורה מיועדת המערכת ליישוב הסכסוכים בתהליך התכנון של המערכת,⁶⁷ כמו גם בהליך של יישוב הסכסוך. המחברות הדגישו את הצורך של צדדים להיות מעורבים בבחירת ההליך שיופעל ובבחירת הצד השלישי שיפעל במסגרתו.⁶⁸ התפשטות של מערכות פנימיות ליישוב סכסוכים ועליית התחום של DSD היו ברו־זמנית מושא לביקורת על ההפרטה ההולכת וגוברת של עולם יישוב הסכסוכים ותשובה לאותן ביקורות. המבקרים ראו בהתפשטות המערכות הפנימיות הרחבה נוספת ומסוכנת של המגמות להפרטת הצדק⁶⁹ באמצעות אימוץ של הליכים סודיים וגמישים, הפועלים לטובתם של גורמים חזקים ועשויים לפגוע בחברי קבוצות מוחלשות.⁷⁰ בצד הביקורות היו שהשתמשו בתובנות שסיפק התחום כדי לחשוף את אפשרויות הבחירה בתכנון מערכות פרוצדורליות ממין זה – את מוקדי הכוח, את החלופות התכנוניות ואת השלכותיהן על צדדים, ואת הקשר בין בחירות פרוצדורליות לתוצאות מהותיות – כדי לדמיין הליכים מוזן חדש, המתגרים בבחנות מסורתיות בין הפורמלי ללא פורמלי ובין הפרטי לציבורי.⁷¹ במשך השנים התרחב התחום של DSD אל מעבר להקשר הארגוני שבמסגרתו צמח. כך, הוחלו עקרונות של DSD על הליכים שיפטיים,⁷² על מנהלות וקרנות פיצוי,⁷³ על הליכים לגיבוש חוקה⁷⁴ וכן בזירה הבין־לאומית.⁷⁵ התובנה המרכזית שהביאה להתרחבות זו הייתה שבכל ההקשרים הללו צריך להעביר מידע בין צדדים כחלק מתהליך קבלת החלטות (בין שהרקע לקבלת ההחלטה הוא קיומו של סכסוך ובין שמדובר בהגעה להסכמה שאיננה נעוזה בקונפליקט). ההכרה שהעקרונות בתחום של DSD אינם מוגבלים רק להליכים הקשורים לסכסוך או מתקיימים רק בין צדדים בסביבה א־פורמלית ומקומית, הביאה ליישום של עקרונות אלה במקרים רבים שבהם נדרש תכנון של הליכים להעברה ולעיבוד של מידע בין גורמים בזירות מגוונות.

- 67 שם, בעמ' 49.
- 68 שם, בעמ' 121.
- 69 לביקורות המרכזיות על ADR על רקע הפרטת הצדק ראו Fiss, ה"ש 39 לעיל.
- 70 Edelman, לעיל ה"ש 33.
- 71 Bingham, לעיל ה"ש 38; Susan Sturm & Howard Gadlin, *Conflict Resolution and* (2007) J. DISP. RESOL. 1 (2007).
Systemic Change, 2007 J. DISP. RESOL. 1 (2007).
מילמן־סיון ורבינוביץ־עיני, לעיל ה"ש 32.
- 72 Carrie Menkel-Meadow, *Are There Systemic Issues in Dispute System Design? And What We Should [Not] Do About It: Lessons from International and Domestic Fronts*, 14 HARV. NEGOT. L. REV. 195, 201 (2009); Orna Rabinovich-Einy, *Beyond Efficiency: The Transformation of Courts through Technology*, 12 UCLA J. OF L & TECH. 1 (2008)
- 73 Robert M. Ackerman, *The September 11th Victim Compensation Fund: An Effective Administrative Response to a National Tragedy*, 10 HARV. NEGOT. L. REV. 135 (2005); Ehud Eiran, *Politics and the 2005 Gaza and North West Bank Compensation and Assistance Facility*, 14 HARV. NEGOT. L. REV. 101 (2009)
- 74 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 72, בעמ' 219.
- 75 Andrea K. Schneider, *The Intersection of Dispute Systems Design and Transitional Justice*, 14 HARV. NEGOT. L. REV. 289 (2009)

בחלק הבא ננתח מנקודת מבט של DSD שלוש מערכות ליישוב סכסוכים המשקפות את התרחבות התחום. המערכות שייבחנו מעגנות כמה סוגי הליכים, חולשות על סכסוכים בעלי אופי שונה זה מזה, מבטאות דפוסי מיסוד שונים זה מזה ומשקפות מגוון דרגות של א-פורמליות ופורמליות. כפי שנראה, הניתוח של שלוש המערכות תורם במידה רבה לטשטוש ההבחנה בין הזירה הפורמלית לזו הא-פורמלית.

2. הקשר בין DSD לגליטימציה: דוגמאות מהשטח

(א) מערכת הגישור של רשות הדואר האמריקנית

בשנת 1994, בעקבות ניסיון כואב עם תביעה ייצוגית שהתנהלה נגדה במשך כעשור ויושבה בסופו של דבר בהצלחה בהליך גישור, החליטה רשות הדואר האמריקנית (להלן: "USPS"), ביוזמתה של סינדי הברלין, להקים מערכת פנימית להתמודדות עם תלונות של עובדים בגין הפליה. התכנית, שקיבלה את הכינוי REDRESS (Resolve Employment Disputes) החלה בפילוט במדינת פלורידה והורחבה בהדרגה לכל ארצות-הברית.⁷⁶ כיום נותנת התכנית מענה לכ-800 אלף עובדים באמצעות כ-1,500 מגשרים.⁷⁷ המגשרים כולם קיבלו הכשרה מ-USPS במודל הטרנספורמטיבי של גישור – מודל ייחודי, אשר שם דגש על העצמה של הצדדים (באמצעות בחירה חופשית שלהם לכל אורך ההליך ואי-התערבות של המגשרת) ועל הכרה של כל הצדדים זה בזה (החל בנכונות להקשיב לצד השני, המשך בביטוי של הכרה ברגשות ובצרכים שלו וכלה בנכונות לתת להם מענה).⁷⁸ הבחירה במודל זה היא יוצאת-דופן בעולם של IDR ומעניינת במיוחד על רקע ה'קואופטציה' של הליך הגישור על ידי ההליך השיפוטי והשליטה הבלתי-מעוררת של פרקטיקות של 'גישור מעריך' בתכניות הגישור הממוסדות במערכת בתי המשפט.⁷⁹ ב'גישור מעריך' הכוונה היא להליך של גישור שמטרתו להביא את הצדדים לפשרה מהירה. לשם כך, המגשרת מביעה את דעתה לגבי הסיכויים של כל אחד מהצדדים לזכות בהליך שיפוטי ומנסה לכוון אותם להסכם שיחסה בצלו של החוק.⁸⁰ במסגרת התכנית, מרגע שעובדים מגישים תלונה על הפליה ברשות הדואר, יש להם אפשרות לברר את התלונה במסגרת הליך של גישור טרנספורמטיבי במקום בהליך אדמיניסטרטיבי פורמלי. אם יבחרו בהליך הגישור תקיים ישיבה תוך שבועיים-שלושה (פרק זמן קצר במידה

76 לאתר של רשות הדואר האמריקנית, שבו ניתן מידע לגבי המערכת ליישוב סכסוכים, ראו about.usps.com/what-we-are-doing/redress/about.htm.

77 דברי ליסה בינגהם, Addressing the "REDRESS": A Discussion of the Status of the United States Postal Service's Transformative Mediation Program, 2 CARDOZO J. OF CONF. RES. (1999) (להלן: "Addressing the REDRESS").

78 המודל הטרנספורמטיבי פותח על ידי בוש ופולגר. ראו ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT 73, 81 (2005).

79 Menkel-Meadow, לעיל ה"ש 10.

80 מילמן-סיוון ורבינוביץ-עיני, לעיל ה"ש 32, בעמ' 537.

ניכרת מלוח הזמנים של ההליך הפורמלי).⁸¹ ישיבת הגישור מתקיימת במקום העבודה או בקרבנו, במהלך שעות העבודה, ללא עלות לעובד.⁸² מאז הוקמה זכתה התכנית ליישוב הסכסוכים של USPS לשבחים רבים. התכנית לוותה במערך מחקר ובקרה מרשימים ביותר בפיקוחה של פרופ' ליסה בינגהם, חוקרת מובילה בתחום של יישוב הסכסוכים. ההיקף העצום של התכנית וההקפדה על איסוף ותייעוד הנתונים הצמיחו תובנות ייחודיות על תפקודה של המערכת הספציפית הזו כמו גם על העקרונות של DSD בכלל.⁸³ הנתונים שנאספו לגבי תפקוד המערכת מצביעים באופן ברור על רמת אמון גבוהה, לאור אחוז המשתמשים הגבוה בהליך שהוא וולנטרי, ולאור הירידה בהיקף התלונות הפורמליות לאחר שמערכת REDRESS נכנסה לשימוש.⁸⁴ נתון זה אינו טריביאלי כשמדובר במערכת פנימית ליישוב סכסוכים: מערכת כזו מושתתת על מתח בסיסי, שהרי הארגון שאמון על תכנון המערכת ליישוב הסכסוכים ומשלם שכר למגשרים הוא צד לסכסוכים (או לפחות בעל עניין בסכסוכים) שאותם המערכת הפנימית נדרשת ליישב.⁸⁵ כיצד מתגברים על פוטנציאל ניגוד העניינים המובנה בעצם ההגדרה של מערכת פנים-ארגונית ליישוב סכסוכים? התשובה היא שבעזרת תכנון מערכתי מתאים אפשר למזער את המתח ולהבטיח את הלגיטימציה של המערכת. אחת הבחירות החשובות ביותר בהקשר זה הייתה הבחירה להישען אקסקלוסיבית על הליך גישורי טרנספורמטיבי. היה ברור למתכננים שהליך של גישור מעריך, שבמסגרתו מגשר הביע את דעתו על סיכויי המקרה, לא יזכה לאמון מצד העובדים. על פי הנתונים לגבי ההליך הפורמלי, ב-95% מהמקרים נדחו תביעות עובדים בגין הפליה בשל העובדה שאינן מקימות עילה משפטית או שאינן מבוססות דיין. מאחר שגישור מעריך פועל בצל המערכת הפורמלית, המשמעות הייתה שב-95% מהמקרים חיוו המגשרים את דעתם ש'אין קייס',⁸⁶ ומאחר שמדובר במערכת וולנטרית – העובדים היו מדירים ממנה את רגליהם. לעומת זאת, בגישור טרנספורמטיבי המטרה איננה 'סגירת התיק' אלא העצמה והכרה בין הצדדים לסכסוך, ולכן יש סיכויים רבים יותר שהמגשר יתפס כניטרלי חרף העובדה שהוא מקבל שכר מארגון שגם הוא צד לסכסוך, בעקיפין או במישורין. אכן, USPS לא הציב כמטרה סגירת תיקים או הפחתת תלונות אלא חתר להגיע לאחוזי השתתפות גבוהים במערכת. מטרה זו הושגה כשהמערכת עברה את היעד של 70% השתתפות, וכתוצר לוואי שלה נרשמו נתונים בדבר סיום של 80% מהתלונות בגישור בהצלחה וירידה במספר התלונות הפורמליות בגין הפליה.

81 about.usps.com/what-we-are-doing/redress/programs.htm; Addressing the REDRESS לעיל ה"ש 77 (מתארת רכיב זה כרכיב תכנוני מרכזי בהצלחת התכנית).

82 about.usps.com/what-we-are-doing/redress/programs.htm.

83 ראו, באופן כללי, Addressing the REDRESS, לעיל ה"ש 77. לרשימת מאמרים אקדמיים על אודות המערכת ראו about.usps.com/what-we-are-doing/redress/bibliography.htm.

84 Addressing the REDRESS, לעיל ה"ש 77.

85 הפוטנציאל לניגוד עניינים מצד מיישבי הסכסוך הוא חריף במיוחד בהקשר של מערכות פנימיות ליישוב סכסוכים, משום שמרבית התכניות הללו מוכוונות על ידי האינטרסים של ההנהלה ומונעות מתוך רצון להפחית את היקף הליטיגציה (Sturm & Gadlin, לעיל ה"ש 71, בעמ' 11).

86 שם.

לבחירה בגישור טרנספורמטיבי היה רציונל (ויתרון) נוסף: הוא אפשר לסמן כמטרה את שיפור האקלים בסביבת העבודה של USPS. כגוף שהיה מזוהה בעבר עם הביטוי 'going postal' (שמשמעו לאבד את השפיות), מיסוד המערכת הפנימית ליישוב סכסוכים היה נקודת מפנה חשובה בשיפור האווירה ובמערך יחסי העבודה שם.⁸⁷

רכיב מרכזי נוסף בהבטחת הלגיטימציה של ההליך היה הבחירה במודל של מגשרים חיצוניים, כלומר: בחירה מתוך מאגר של מגשרים מקצועיים המטפלים בסכסוכים כסוכנים עצמאיים בתמורה לתשלום ולא בחירה במגשרים שהם עובדים של הארגון וממוקמים פיזית במשרדיו. חרף העובדה שעדיין מדובר במי שמקבלים תשלום מהארגון, פוטנציאל ניגוד העניינים קטן בהשוואה למודל של מגשרים פנימיים, שם הזיהוי של המגשרים עם הארגון מנקודת הראות של המתדיינים וההזדהות של המגשרים עם המעסיק שלהם גבוהים במידה ניכרת.⁸⁸

לבסוף, ההצלחה והאמון שמהם המערכת נהנית הם במידה רבה גם תוצר של הצעדים התכנוניים שננקטו להבטחת המקצועיות של המגשרים הספציפיים ושל המערכת כולה. במסגרת זו לקח על עצמו USPS להכשיר את כל צוות המגשרים בהכשרה של גישור טרנספורמטיבי. נוסף על כך הוכשרו מנהלים ומשתתפי מפתח ("key stakeholders") של המערכת בגישור, התקיימו אספות עם העובדים והוכנו קלטות מיוחדות – הכול כדי להכין את הארגון לשינוי עומק בתרבות ליישוב הסכסוכים בארגון.⁸⁹ בד בבד עם תהליכי ההכשרה נקט USPS אמצעי בקרה יוצאי־דופן בהיקפם להבטחה של איכות ההליך. כאמור, USPS בחר לא לסמן 'סגירה' של תלונות או הפחתה במספרן כמטרת־על, אלא עקב אחר נתונים אלה כממד נוסף לבחינה של פעילות המערכת,⁹⁰ ומערך הבקרה התמקד בבדיקת האיכות של הליכי גישור שהתקיימו. באמצעות בסיס נתונים מרשים במיוחד של עשרות אלפי שאלונים בחנו פרופ' בינגהם וצוותה באיזו מידה הושגו המטרות של 'העצמה' ו'הכרה' (באמצעות תרגומן לתתי־שאלות מפורטות), האם תאמה התערבות המגשרים את עקרונות הגישור הטרנספורמטיבי, ומה מידת שביעות הרצון של הצדדים מההליך (בין היתר על ידי מדידת פרמטרים המעידים על הגשמת עקרונות של צדק פרוצדורלי, בעיקר יכולתם של הצדדים לבוא לידי ביטוי ולספר את הסיפור שלהם בפני צד שלישי שיקשיב להם ויתייחס אליהם בכבוד ובהוגנות).⁹¹ התוצאות העידו על מתאם מרשים בין מטרת המערכת ליישומן

87 דברי Addressing the REDRESS, Cezcek, לעיל ה"ש 77.

88 מילמן-סיון ורבינוביץ' עיני, לעיל ה"ש 32.

89 דברי Addressing the REDRESS, Cezcek, לעיל ה"ש 77.

90 Jonathan F. Anderson & Lisa B. Bingham, *Upstream Effects from the Mediation of Workplace Disputes: Some Preliminary Evidence from USPS*, 48 LAB. L. J. 601, 610 (1997).
Nancy A. Welsh, *Making Deals in Court- Connected Mediation: What's Justice Got to do With It?*, 79 WASH. U. L. Q. 787, 817 (2001).

91 James R. Antes, *Transforming Conflict*, לעיל ה"ש 77. ראו גם Addressing the REDRESS Interactions in the Workplace: Documented Effects of the USPS REDRESS Program, 18 HOFSTRA LAB. & EMP. L.J. 429, (2001).

בפועל ועל שביעות רצון גבוהה מאוד של המשתמשים.⁹² גם המטרות הרחבות יותר – שיפור האקלים הארגוני והקניית כלים לעובדים ליישב סכסוכים עתידיים בכוחות עצמם – קיבלו תמיכה בממצאים.⁹³

(ב) מערכת הבוררות "בנועם"

בתחילת שנות ה-2000 הוקמה מערכת "בנועם" לטיפול בתביעות שיכוב בין חברות ביטוח על נזק לרכוש מתאונות דרכים (תביעות 'פח אל פח'). המערכת קמה עקב חוסר שביעות הרצון הן של חברות הביטוח והן של מערכת המשפט מהטיפול בתביעות השיכוב בערוץ הפורמלי. בתי המשפט מצאו את עצמם מוצפים באלפי תביעות כאלה, שהצריכו הקצאת משאבים יקרים לטיפול בתביעות שהיו ברובן פשוטות וכרוכות בסכומים נמוכים.⁹⁴ מובן שהעיכובים והעלויות שהיו כרוכים בבירור משפטי של התביעות לא היו לרווחן של חברות הביטוח, שחיפשו אפיק יעיל יותר וביקשו לשפר את תדמיתן הציבורית.⁹⁵ הפתרון לבעיה צמח מפגישה של עו"ד יהודה טוניק ומר גבי לסט, יו"ר איגוד חברות הביטוח דאז: לסט אתגר את טוניק למצוא פתרון שיספק ערוץ יעיל לטיפול בתביעות השיכוב.⁹⁶

טוניק וצוותו למדו את מאפייני התביעות והקשיים בטיפול בהן בבתי המשפט. היה ברור להם שמערכת ליישוב סכסוכים תהיה חייבת להיות מושתתת על הליך מבוסס-זכויות שבמסגרתו מתקבלות הכרעות על ידי צד שלישי, להבדיל מהליך הסכמי-גישורי, וזאת עקב אופי הסכסוכים – מסות של תביעות בהיקף כספי נמוך. עוד היה ברור להם שמערכת המתבססת על מפגשים פנים-אל-פנים והגשת תביעות בנייר תשכפל את העומסים ואת חוסר היעילות של בתי המשפט.⁹⁷ על כן תוכננה מערכת אינטראקטיבית מבוססת-אינטרנט של הליך בוררות מקוון, שבמסגרתה מוגשים כל החומרים באופן דיגיטלי (לרבות ראיות הנסרקות ומוגשות באופן מקוון), וככלל הבורר מכריע בתביעה בלי שתתקיים ולו פגישה אחת פנים אל פנים.⁹⁸ ההליך כולל אפשרות לערעור על הפסק לפני בורר או פאנל של בוררים, וההליך כולו – לרבות שלב הערעור – מוגבל בלוח זמנים נוקשה ועל ידי מערכת כללים פרוצדורלית מפורטת. כמעט כל חברות הביטוח הן צד להסכם שבמסגרתו הוסכם על העברת סכסוכים אלה ל"בנועם"; כל הצדדים להסכם קיבלו על עצמם את המסגרת הפרוצדורלית של ההליך. ההוצאה לפועל של פסקי הבוררות נעשית אוטומטית באמצעות מסלוקה של כל חברות הביטוח, ללא עיכובים ובלי להמתין לתוצאות הערעורים.⁹⁹ המערכת

92 דברי Cezcek, Addressing the REDRESS, לעיל ה"ש 77. שם. 93

94 Orna Rabinovich-Einy & Roei Tsur, *Unclogging*; לעיל ה"ש 10; Rabinovich-Einy & Tsur, *the Collision Course: The Evolution of Benoam, an Online Private Court*, ACRRESOLUTION 8, 8 (2010) ("Collision Course").

95 Rabinovich-Einy & Tsur, לעיל ה"ש 10, בעמ' 543. שם. 96

97 שם, בעמ' 544.

98 שם, בעמ' 545. הדבר אפשרי כמובן לאור האופי הפשוט יחסית של התביעות והיותן רפטטיביות.

99 שם, בעמ' 546.

החלה לפעול באוקטובר 2002 ומאז הקמתה טיפלה ביותר מ-100 אלף תביעות.¹⁰⁰ בעקבות זאת פחת במידה ניכרת מספר תביעות השיכור ו"בנועם" נהפכה הלכה למעשה לבית משפט פרטי הפועל בגזרה זו.

לצוות "בנועם" היה ברור שהמערכת חייבת לרכוש את אמון המשתמשים כדי שימשיכו לעשות בה שימוש ויכבדו את הכרעות הבוררים. הם הבינו שאם לא תזכה המערכת ללגיטימציה ההסכם יקרוס, כפי שקרה להסכמות קודמות בין החברות, והסכסוכים יחזרו אל פתחו של בית המשפט.¹⁰¹ על כן, נושא הלגיטימציה עמד מלכתחילה בראש מעייניהם של המתכננים, והוא שעמד מאחורי כמה החלטות מפתח בתכנון הראשוני ומאחורי כמה שינויים משמעותיים שהוכנסו בהמשך הדרך.

אחד ההיבטים החשובים ביותר בתכנון ההליכי של "בנועם" היה אופי הפרוצדורה שנבחרה.¹⁰² נבחרה פרוצדורה מפורטת ורבת-כללים כדי להגביר את היעילות והודאות של ההליך, שהיה כפוף אמנם למנגנון בקרה של ערעור פנימי אך לא לערעור בפני בית המשפט. במובן הזה הזכירה הפרוצדורה את זו של ההליך השיפוטי, אם כי הן מידת הפירוט שלה והן האכיפה שלה (עמידה על קיום הכללים) היו אפקטיביות בהרבה בשל השימוש המובנה בתוכנה. ההליך המקוון, המושתת על תוכנה, משאיר מקום קטן יותר לעמימות ובמקרים רבים יוצר אכיפה אוטומטית של הכללים (כך, למשל, אם חלף מועד הגג להגשת ערעור, המערכת כלל לא מאפשרת את הגשתו של כתב ערעור).¹⁰³ כמו כן, היכולת להגיש מסמכים דרך האינטרנט, בלי שיהיה צורך לקיים מפגשים פנים אל פנים, והכול תחת לוח זמנים צפוף – כל אלה הגבירו מאוד את יעילות ההליך.¹⁰⁴ גם החיבור בין הממשק של חברות הביטוח לבין הממשק של "בנועם" יצר הזדמנויות נוספות להתייעלות, מאחר שנתוני התביעות הועלו אוטומטית וחברות הביטוח היו יכולות להשתמש בנתוני התביעות לצרכים פנימיים.¹⁰⁵ הוודאות, הצפיות והיעילות של המערכת תרמו תרומה משמעותית לבניית הלגיטימציה של "בנועם".

לצד פרוצדורה מפורטת הצליחה "בנועם" לשמור על גמישות ודינמיות שאפשרו לה ליישם תובנות שנרכשו לאורך זמן על ידי הכנסת שינויים בהליך. הדינמיות הזו חיזקה אף היא את האמון של המשתמשים במערכת. כך, למשל, משנתגלו בעיות בהליך של מינוי בוררים שינתה "בנועם" את הכללים לפסילת בוררים ואפשרה לכל צד פסילה אחת בלבד לתביעה.¹⁰⁶ נוסף על כך שינתה "בנועם" במשך הזמן את היחס ללוחות זמנים ובקשות ארכה. במקור הגישה הייתה של לוחות זמנים נוקשים מאוד וליברליות בהיענות לבקשות ארכה, אך גישה זו איימה ליצור סחבת ברוח זו הקיימת בבית המשפט. הפתרון היה רגולציה קפדנית לבקשות הארכה תוך הרחבת לוחות הזמנים המקוריים לקיום ההליך.¹⁰⁷ גם בהקשר זה סייע

100 Collision Course, לעיל ה"ש 94, בעמ' 9.

101 Rabinovich-Einy & Tsur, לעיל ה"ש 10, בעמ' 543.

102 שם, בעמ' 546-547.

103 שם, בעמ' 547-548.

104 Collision Course, לעיל ה"ש 94, בעמ' 10.

105 שם, בעמ' 9.

106 Rabinovich-Einy & Tsur, לעיל ה"ש 10, בעמ' 549.

107 שם.

אופייה הדיגיטלי של המערכת לאיתור מהיר של ההקשרים שבהם נדרש שינוי וליישום אפקטיבי של ההסדרים החדשים.

אמצעי בקרה מרכזי שעליו נסמכה "בנועם" להצמחת לגיטימציה הוא השקיפות שאפיינה את המערכת, לפחות כלפי פנים, בין חברות הביטוח המשתמשות בשותיה. לכל חברה יש גישה מלאה לתביעות שהיא צד להן. נוסף על כך בחרה "בנועם" לפרסם החלטות מרכזיות ותקדימיות באתר הפנימי של המערכת, החשוף למשתמשי המערכת בלבד.¹⁰⁸ מאחר שחברות הביטוח מצאו את עצמן במשך הזמן משני צדי המתרס בסוגיות שהתעוררו, במקרים רבים היה להן פחות חשוב מה תוכנו של כלל ההכרעה שנבחר, כל עוד נבחר כלל כלשהו וכל עוד הוא מיושם בעקביות על ידי הבוררים.¹⁰⁹ יוצא שעקביות וצפיות היוו היבט מרכזי בהצמחת לגיטימציה.¹¹⁰ במשך הזמן בחרו הבוררים לחזק יסודות אלה באימוץ כלל של מעשה בית דין ובציות לתקדימים מתוך המערכת.¹¹¹ מאחר שהמערכת מטפלת רק בסכסוכים בין שחקנים חוזרים שהם בעלי משאבים, מידע וניסיון בהיקף דומה, חברות הביטוח עצמן הצליחו לבצע בקרה אפקטיבית על התנהלות "בנועם", ובקרה זו הצמיחה אמון במקצועיות ובהוגנות של המוסד.¹¹²

ההחלטה לקיים הליך ערעור פנימי הייתה אמצעי חשוב בהבטחת המקצועיות של הבוררים ובהצמחת אמון במערכת בכללותה. לבוררים של "בנועם" יש כמובן רקע והכשרה מתאימים, האמורים להבטיח את כישוריהם ואת הידע המקצועי שלהם בתחום;¹¹³ אולם אין די בכך כדי להצמיח אמון: נדרשים גם תמריצים להבטחת המקצועיות שלהם ואמצעי בקרה אפקטיביים על התערבות בהחלטות שלהם בפועל, לאורך זמן. השילוב של שקיפות פנימית וערעור יצרו מצד אחד לחץ לכתוב החלטות תקדימיות במקרים המתאימים, ומצד האחר תמרצו בוררים לא לפתוח מחדש הכרעות קודמות ולהיצמד לתקדימים כדי שלא יהפכו את החלטותיהם בערעור.¹¹⁴ התיעוד המלא של הליכי הבוררות, של הכרעות הבוררים ושל הערעורים עליהם מאפשרים בקרה מלאה על המקצועיות והאיכות של הבוררים הן מצד בעלי הדין והן מצד "בנועם".¹¹⁵

לבסוף, אחד ההבדלים הדרמטיים בין מערכת "בנועם" לבין ניהול התביעות בכתב המשפט קשור לאכיפת ההכרעות. במערכת הפורמלית האכיפה עשויה להיות ממושכת ועל הזוכה להיות פרואקטיבי במקרים שבהם לא קיים פסק הדין, ואילו במערכת "בנועם"

108 שם, בעמ' 555-556.

109 שם, בעמ' 550-552.

110 שם.

111 שם, בעמ' 560.

112 שם, בעמ' 560.

113 שם, בעמ' 545 (הבוררים כוללים שופטים, עורכי־דין, רואי־חשבון ובוחני תנועה שיש להם הכשרה מתאימה וניסיון בתחום). על כישורים אלה מתווספים, כאמור, ההיבטים המבניים שיוצרים תמריצים לתפקוד מיטבי של הבוררים: מנגנון ערעור המאפשר שינוי של החלטת הבורר, שוק ער של בוררים המבקשים להיות מועסקים על ידי "בנועם" וצדדים מתוחכמים המבצעים, עם "בנועם", בקרה שוטפת על תפקוד הבוררים והחלטותיהם. שם, בעמ' 560.

114 שם, בעמ' 550-552.

115 שם, בעמ' 549.

יש אכיפה אוטומטית של הפסקים באמצעות מסלקה שאליה מחוברות חברות הביטוח.¹¹⁶ מדובר באכיפה אוטומטית ויעילה המשמרת את אמונם של המשתמשים במערכת.

(ג) קרן הפיצוי לנפגעי ה-11 בספטמבר

פחות משבועיים לאחר מתקפת הטרור על מגדלי התאומים העביר הקונגרס חקיקה שמכוחה הוקמה הקרן לפיצוי נפגעי ה-11 בספטמבר.¹¹⁷ בשונה משתי המערכות הקודמות זוהי מערכת פורמלית-אדמיניסטרטיבית שהוקמה מכוח חוק. הקרן הוקמה כדי לספק לפצועי הפיגוע ולמשפחות ההרוגים מסלול לקבלת פיצוי מהיר והוגן ללא הוכחת אשם, במטרה לגונן על חברות התעופה מפני גל תביעות שעלול היה למוטט אותן.¹¹⁸ במסגרת זו מונה מנהל מיוחד (special master) בשם קנת' פיינברג, שהתקין תקנות מפורטות ליישום החקיקה וקיבל את האחריות על ניהול הקרן וחלוקתה.¹¹⁹ לפני התובעים נותרה בחירה בין אפיק של הגשת תביעה ללא אשם לקרן לבין הגשת תביעה נזיקית לבית המשפט; החקיקה הגבילה את התביעות הנזיקיות לבית המשפט בכמה היבטים, לרבות קביעת תקרה לגובה הפיצוי הנתבע.¹²⁰ באיזה אופן תרם התכנון ההליכי ללגיטימציה של ההליך במקרה זה? האתגר לא היה פשוט שכן, כאמור, ההליך בא לדכא את האפשרות של נפגעים להגיש תביעות אישיות למערכת השיפוטית, ועבור חלק מן הנפגעים היה זה אפיק אטרקטיבי יותר. הנפגעים שרצו להגיש תביעות נזיקיות רצו בכך לא רק מטעמים כספיים אלא גם משום שרצו בחשיפת המידע לגבי נסיבות הפגיעה והאחריות לנזקים במסגרת הליך פומבי. הליך כזה, הם קיוו, יטיל אחריות על הגורמים הרלוונטיים ויצמיח שינוי בעקבות בירור התביעה.¹²¹ עבור חלק ממשפחות הנפגעים, הנוסחאות האחידות שפותחו לחישוב הפיצוי בקרן הגבירו את תחושת

116 שם, בעמ' 546.

117 Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 143.

118 Janet Cooper Alexander, *Procedural Design and Terror Victim Compensation*, 53 DEPAUL L. REV. 627, 630-31 (2003).

119 Michal Alberstein, *ADR and Collective Trauma: Constructing the Forum for the Traumatic Fuss*, 10 CARDOZO J. CONFLICT RESOL. 11, 35 (2008-2009).

120 Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 143. בכך דמתה התגובה להתמודדות עם אסונות בהיקף גדול שהתרחשו בעבר, שגם בהם ניסו לחסום או להותיר מקום מוגבל לתביעות נזיקיות אישיות. ראו Lawrence M. Friedman & Joseph Thompson, *Total Disaster and Total Justice: Responses to Man-Made Tragedy*, 53 DEPAUL L. REV. 251, 286 (2003).

121 Alberstein, לעיל ה"ש 119, בעמ' 38; Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 199 (עבור חלק ממשפחות הנפגעים בחירה בהגשת תביעה לקרן נתפסה ככגידיה ביקוריהם, שכן הם הרגישו מחויבים לפתוח בהליך שיגיע לחקר האמת ויגלה מי אחראי לפגיעה בהם). על המטרות המגוונות של תובעים נזיקיים ראו גם: Elizabeth Schneider, *Grief, Procedure and Justice: The September 11th Victim Compensation Fund*, 53 DEPAUL L. REV. 457, 474-75 (2003); Tom R. Tyler & Hulda Thorisdottir, *A Psychological Perspective on Compensation for Harm: Examining the September 11th Victim Compensation Fund*, 53 DEPAUL L. REV. 355 (2003); Deborah R. Hensler, *Money Talks: Searching for Justice Through Compensation for Personal Injury and Death*, 53 DEPAUL L. REV. 417, 452 (2003).

הניכור והמסחור של חיי יקיריהם שנהרגו בפיגוע.¹²² עבור תובעים אחרים, הוויתור על יומם בבית המשפט (במובן המילולי) וההמרה שלו בהליך אדמיניסטרטיבי גמיש יותר לא נתפס כמהלך שמקנה למאורעות את החשיבות והכבוד המגיעים להם.¹²³ עם זאת, וחרף הביקורות שנמתחו על ההליך להגשת התביעות לקרן, בסופו של דבר זכה ההליך בתמיכה רחבה ובאמון רב, ו-97% ממשפחות ההרוגים בחרו להגיש את תביעותיהם לקרן.¹²⁴ חלק מהכותבים מהגישים את האיזון שהושג במסגרת התכנון ההליכי של הקרן בין יעילות לבין צדק, איזון שהצמיח תחושה של 'צדק גס' ודי היה בה כדי להקנות להליך לגיטימציה.¹²⁵ מצד אחד ניכר דגש רב על יעילות באמצעות קביעה של לוח זמנים מהיר יחסית להגשת התביעות ולטיפול בהן,¹²⁶ פיתוח של טופס אחיד להגשתן,¹²⁷ שימוש בטבלאות פיצוי,¹²⁸ ויתור (במקרים רבים) על דיון¹²⁹ והיעדרו של מנגנון ערעור.¹³⁰ מן הצד האחר, כלל תכנון הקרן רכיבים העונים על כמה הגדרות של צדק והוגנות במערכת ליישוב סכסוכים. כך, ההבטחה של שקיפות ברמה המערכתית¹³¹ והרצון להשיג עקביות בהחלטות¹³² עולים בקנה אחד עם תפיסות צדק בסיסיות. גם ההחלטה של פיינברג לסטות מטבלאות הפיצוי האחידות במקרים אינדיבידואליים מחזקת את תחושת הצדק המהותי,¹³³ בעיקר לאור המוניטין של פיינברג עצמו.¹³⁴ כמו כן, רבים ממאפייני ההליך – ההזדמנות להשמעת קול מצד התובעים, העובדה שצד שלישי שמע את החששות, העמדות וההוכחות שלהם והתנהג אליהם באופן מכובד, שוויוני ומאוזן במסגרת של פרוצדורה הוגנת – כל אלה תואמים עקרונות של צדק פרוצדורלי.¹³⁵ בהקשר זה חשוב במיוחד ההיבט של הבחירה שניתנה לתובעים (הבחירה אם לפנות לקרן או להליך נזיקי כמו גם הבחירה אם לקיים דיון או להסתפק בהליך המתבסס

- Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 202. 122
 שם, בעמ' 219. 123
 Alberstein, לעיל ה"ש 119, בעמ' 40; Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 180. 124
 Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 153. 125
 שם. 126
 שם, בעמ' 220-221. 127
 שם, בעמ' 151. 128
 שם, בעמ' 155-156. 129
 שם, בעמ' 156; Alexander, לעיל ה"ש 118, בעמ' 683. 130
 Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 214-215. 131
 שם, בעמ' 216. 132
 Michele Landis Dauber, *The War of 1812, September 11th, And The Politics of Compensation*, 53 DEPAUL L. REV. 289, 341 (2003) 133
 Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 212-213; Schneider, לעיל ה"ש 121, בעמ' 464 (נוצר זיהוי מוחלט בין הקרן לבין פיינברג). 134
 שם, בעמ' 219-220. היו כותבים ביקורתיים כלפי הקרן דווקא מההיבט של צדק פרוצדורלי 135
 Tyler & Thorisdottir, לעיל ה"ש 121, בעמ' 382-387), אולם במאמר אמפירי מאוחר יותר נמצא ביסוס לכך שתובעים שפנו לקרן מצאו אותה משיעת רצון מנקודת מבט זו (Brian H. Bornstein & Susan Poser, *Perceptions Of Procedural And Distributive Justice In The September 11th Victim Compensation Fund*, 17 CORNELL J. OF L. & PUB. POL'Y 75, 95-96 (2007)).

על כתובים), וההזדמנות המשמעותית שניתנה להשתתף בהליך התקנת התקנות שחלשו על הפרוצדורה של ניהול הקרן – עקרונות שהיה בהם כדי לחפות במידה מסוימת על הוויתור על מנגנון ערעור ועל היעדרה של דרישת הנמקה להחלטות במסגרת הקרן.¹³⁶ היבט נוסף של אמון היה ביכולת של ההליך להתקיים בצד ההליך השיפוטי ולא כחלופה לו. כך, הייתה בקרן התייחסות לתובעים כאל קבוצה – התייחסות שחיוקה אותם ומילאה פונקציה של ריפוי ואיחוי, נוסף על המטרה האינדיבידואלית של פיצוי וסגירת מעגל במישור האישי.¹³⁷ המטרה הרחבה יותר הושגה, בין היתר, בקיומם של דיונים פתוחים לפני התקנת התקנות לניהול ההליך ובהחלטה לברר את התביעות במסגרת מפגשים פתוחים לקהילה.¹³⁸ לבסוף, בשונה מהליך נזיקי סטנדרטי, הצליחו פיינברג וצוותו להגיע במסגרת ההליך לפתרונות יצירתיים במקרים סבוכים במיוחד,¹³⁹ למשל במקרים שבהם ניטשו מחלוקות בין קרובי המשפחה לגבי השאלה מי רשאי להגיש תביעה.¹⁴⁰ גם במישור זה ניכר התפקיד הייחודי שמילא פיינברג עצמו בהצמחת אמון במערכת שיצר. הצלחתו מרשימה במיוחד בהתחשב באתגרים המשמעותיים לגליטימציה שיצרו ההיבטים התכנוניים של הקרן – בעיקר החקיקה החפוזה שמכוחה ניתן לו המנדט המקורי, היעדרו של מנגנון ערעור, ומנגנוני הפיצוי שקבע, שלא תאמו עקרונות נזיקיים מקובלים של צדק מתקן.¹⁴¹ כאמור, חרף מאפיינים אלה זכה ההליך לאמון מצד הפונים אליו ובקרב הציבור הרחב.

(ד) DSD: לקחים ומסקנות ממקרי המבחן

שלוש הדוגמאות של מערכות ליישוב סכסוכים מלמדות אותנו על חשיבות התכנון המערכתי בהצמחת הלגיטימציה של מערכות פורמליות וא-פורמליות. כל אחת מהמערכות שתוארה שונה מהאחרות. מדובר במיסוד של הליכים מכמה סוגים (גישור טרנספורמטיבי, בוררות, הליך אדמיניסטרטיבי) המיושמים בזירות שונות זו מזו (כתחליף לבית המשפט או בצדו) לטיפול בסכסוכים מכמה סוגים (אפליה, נזק לרכוש, נזקי גוף), המתעוררים בקרב אוכלוסיות שונות זו מזו לחלוטין (עובדי ארגון, חברות שונות באותו הענף, יחידים נפגעי אסון), אשר מוסדרו באופן שונה לחלוטין (מכוח חוק, ביזמת ארגון גדול, באופן הסכמי ורצוני). בהתחשב בהבדלים הרבים אין זה מפתיע שאחד הלקחים החשובים העולים מהדברים הוא היעדר נוסחאות על אחדות וטרנס-סובסטנטיביות לתכנון מערכתי. התכנון ומידת הצלחתו הם פונקציה של ההקשר המסוים ושל מאפייני הסביבה והצדדים במקרה הנתון. האתגר הוא להתמודד עם ניגודי עניינים (ממשיים או פוטנציאליים) ועם פערי כוחות בין הצדדים לכין

136 שם, בעמ' 220, אם כי ראו Alexander, לעיל ה"ש 118, בעמ' 683 (שם נטען כי היעדר אפשרות לערער אינו בעייתי במקרה זה בשל הקריטריונים המקלים שנקבעו לקבלת פיצוי ולחישובו, אם כי הוא עלול להיות בעייתי במקרים אחרים).

137 Alberstein, לעיל ה"ש 119, בעמ' 36.

138 שם.

139 שם, בעמ' 36; Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 203 (מתאר כיצד פיינברג וצוותו תיווכו, למשל, בהשגת הסכמה שלפיה תחלוק משפחת הנפטר עם בן זוגו את סכום הפיצוי בתמורה לשינוי נוסחת החישוב של הפיצוי, כך שזו תביא בחשבון את קיומה של הזוגיות).

140 Ackerman, לעיל ה"ש 73, בעמ' 203.

141 שם, בעמ' 139.

עצמם ובין הצדדים לבין הספק של יישוב הסכסוכים (או המתכנן), ולהבטיח שירותים יעילים והוגנים ליישוב סכסוכים באופן שיצמיח אמון בקרב משתמשי המערכת.

חרף ההבדלים בין המערכות שתוארו אפשר לאתר כמה מאפיינים משותפים. המאפיין המשותף הראשון הוא שבשלושתן ניכר תהליך תכנון זהיר וקפדני, שהושקעה בו מחשבה רצינית בנוגע לצורכי הצדדים ולמאפייני הסכסוכים, כמו גם ליתרונות ההליך ה"תפור" להקשר המסויים אל מול החלופה של בתי המשפט. בשלב הראשוני של התכנון נדרשו המתכננים לזהות את מטרת המערכת ולתרגם אותן לסוג ההליכים שיוצעו, ולתכנן באופן מפורט מאוד את המערכת המסוימת כדי להבטיח את ההוגנות, היעילות והמקצועיות שלה ושל הפועלים במסגרתה. בניגוד לתפיסה שלפיה הליכים שאינם שיפוטיים מתמקדים ביישוב סכסוכים פרטניים (בשונה מהמערכת השיפוטית הפועלת במישור המערכתי), בתכנון נכון, גם הליכים חלופיים להליך השיפוטי יכולים לקדם מטרת רחבות כשהם פועלים בסביבה סגורה. בכל אחת מהמערכות שנבחנו הייתה שאיפה להגשים מטרת נוספת מלבד יישוב הסכסוך – מתן קול, איחוי, שיפור אקלים ארגוני ופיתוח נורמות חדשות. התכנון הספציפי של המערכת באמצעות תמהיל המאפיינים שנבחרו עבורה אפשר הגשמה של מטרת אלה. המתכננים של "בנועם" בחרו במערכת המושתתת על הליך בוררות מקוון כדי לקדם מטרת של ודאות, צפיות ויעילות באמצעות כללים ברורים, הישענות על מקבלי החלטות מקצועיים והוצאה לפועל יעילה של פסקי הבוררות. במקרה של רשות הדואר קודמה המטרה של שיפור האקלים בצד טיפול בבעיות מורכבות של הפליה באמצעות עיגון של הליך עומק של גישור טרנספורמטיבי. הליך זה אינו מושתת על כללים ודאיים וחד-משמעיים ואינו בהכרח זול ומהיר: זה הליך שמקדם שיח עשיר בין הצדדים כדי שילמדו להכיר טוב יותר הן את עצמם והן את הזולת. שיח מסוג זה מתאים במיוחד לחשיפה של הדינמיקות המורכבות שבבסיס תלונות על אפליה. בהקשר של הקרן לפיצוי נפגעי ה-11 בספטמבר, הרעיון היה ליצור מנגנון שייתן פיצוי הולם בלי למוטט את חברות התעופה. הבחירה בהליך מבוסס הכרעה, המושתת על קריטריונים אחידים ומתנהל בפומבי, בא לקדם תחושה של צדק ולהכיר בפגיעה הקשה בקרבנות הפגיעה. בצד מטרת אלה, ההליך – שהיה מהיר יחסית והותיר מקום לגמישות – אפשר איחוי וריפוי של השבר בחברה האמריקנית, הן מצד הנפגעים הישירים והן של מעגלים רחבים יותר. העובדה שמדובר בהליך חדש, שאין לו מקבילה, העצימה את התחושה שמדובר באירוע חסרת-קדים שגם המענה שניתן לו שונה מזה שניתן לתביעות נזיקיות בעבר.

תכונה נוספת המאפיינת את שלוש המערכות היא היכולת ליצור מערכת ממוסדת תוך שמירה על דינמיות וגמישות. בכל המערכות ניכרת הכרה בחשיבות של כללים וביישום העקבי שלהם בהתנהלות המערכת, אך גם בצורך בשינוי, בלמידה ובשיפור מתמשכים של המערכת כדי לשמר את האמון בה לאורך זמן. מרגע שסכסוכים מטופלים במישור המערכתי ולא רק אד-הוק ועל בסיס אינדיבידואלי, אי-אפשר להסתפק בהליך גמיש התפור למידות הסכסוך הספציפי ויש ציפייה לעקביות ולאחידות בטיפול במקרים דומים לאורך זמן. עם זאת, יש גם הכרה במגבלות של מערכת פורמלית להתמודד עם הצורך בשינוי הכללים וביישום שלהם במקרים קונקרטיים. התובנה שגם מערכת ממוסדת, המקנה חשיבות לכללים ודאיים וחד-משמעיים, יכולה וצריכה להשתנות לאורך זמן, חיונית להבטחת הקיום של

מערכת הוגנת ויעילה ליישוב סכסוכים. אפשר לומר שבכך הצליח התכנון ההליכי למזג בין היתרונות של המערכת הפורמלית לאלו של המערכות הא-פורמליות ליישוב סכסוכים. השילוב הזה של אחדות וייחוד, עקיבות וגמישות, ניכר אולי בצורה החזקה ביותר בתכנון של הקרן לפיצוי נפגעי ה-11 בספטמבר. מצד אחד ניכר הניסיון לקבוע כללים חד-משמעיים וברורים ואימוץ של טבלאות פיצוי כלליות, אך מהצד האחר החליט פיינברג במקרים מסוימים לסטות מהכללים ולהבטיח פיצוי הוגן לתובעים, גם במחיר של סטייה מהכלל ופגיעה באחדות. גם במישור המערכתי למד פיינברג את התגובות לכללים והכניס בהם שינויים לאורך הדרך. במקרה של רשות הדואר היה הלימוד מובנה בהרבה, התבצע באופן מדעי, בהיקף נרחב ובליטוי של גורמים מקצועיים-אקדמיים. המערכת עצמה יושמה בשלבים – תחילה במתכונת פיילוט ובהמשך הורחבה – תוך יישום הלקחים שנלמדו משלב לשלב. הבקרה והלמידה במערכת הן חלק מתהליך בלתי-פוסק של שיפור שלקחיו ממשיכים להיות מיושמים. לבסוף, גם "בנועם" ביצעה בקרה שוטפת על תפקוד המערכת והבוררים שלה, והבקרה הביאה לשינוי בכללים שהיו יכולים לאפשר ניצול לרעה של המערכת או לפגוע ביעילותה. הזהות של מבצעי הבקרה והתמריץ לקיומה של למידה בכל אחת מהמערכות היה שונה – מוניטין אישי ובקרה ציבורית במקרה של הקרן, מחקר אקדמי ומחויבות אתית-מקצועית בהקשר של רשות הדואר, ואינטרס מקצועי-כלכלי של בעלי המיזם לצד משתמשים מתוחכמים וחזקים במקרה של "בנועם".

שלוש המערכות תוכננו כך שימזערו הטיות מבניות הקשורות לניגוד עניינים פוטנציאלי בין מיישבי הסכסוכים לבין הצדדים הנעזרים בשירותיהם או לפערי כוחות בין הצדדים המסוכסכים. כך, בהקשר של רשות הדואר, הבחירה בהליך גישור טרנספורמטיבי שבמסגרתו הצד השלישי אינו מחווה דעה לגבי התוצאה הראויה, אפשרה למגשר לפעול באופן עצמאי ומאוזן ולהיתפס ככזה על ידי הצדדים. ההישענות על מגשרים חיצוניים תרמה אף היא לצמצום הפוטנציאל לניגוד עניינים בין המגשרים לבין הצדדים. נוסף על כך, רשות הדואר התמקדה במודל גישורי שמטרתו המוצהרת היא העצמה של הצדדים והכרה באחר – מודל שמלכתחילה אמור לצמצם פערי כוחות בין צדדים מסוכסכים. אפשר כמובן להטיל ספק עד כמה הצליח הגישור הטרנספורמטיבי לעשות זאת בפועל, אולם מייסדי האסכולה טוענים להישגים בשטח. במקרה של "בנועם" מלכתחילה דובר בצדדים שהם חברות חזקות ודומות בכוחן, הנמצאות תדיר משני עברי המתרס בסכסוכים רבים. כך ממילא מצטמצם החשש שהכרעה לכיוון זה או אחר – כל עוד היא עקבית ומבוססת – תיתפס כמוטה. לכן אפשר היה לבחור בהליך של בורות בלי לחשוש שהמערכת תיראה כמשרתת את הצד החזק. מאחר שמערכת "בנועם" הוקמה בשיתוף של איגוד חברות הביטוח ואיננה ממומנת על ידי אחד המשתתפים (בשונה מרשות הדואר), היא איננה נתפסת כפועלת בזירה של חברת ביטוח זו או אחרת ואפשר להבטיח את עצמאות הבוררים ואת הוגנות המערכת באמצעים המזכירים את אלו של המערכת השיפוטית, דוגמת תנאי סף לבוררים, שקיפות (פנימית) ועוד. לבסוף, עצמאותה של הקרן לנפגעי ה-11 בספטמבר הובטחה בכך שהוקמה ומומנה מכוח חוק, בדומה לפעולת בתי המשפט, פיינברג – באמצעות הכללים שקבע ושיקול הדעת שהפעיל – ביקש לנהוג בשוויון כלפי התובעים, אך גם לסייע לצדדים מוחלשים ולהבטיח שיזכו לפיצוי הוגן חרף העובדה שהבסיס לחישוב הפיצויים במקרים אלה אמור היה להיות נמוך במידה ניכרת מזה של נפגעים מבוססים. במקרה זה מילאו השקיפות של המערכת

והמוניטין של פיינברג תפקיד מפתח בהבטחת האמון במערכת, כמו גם השיתוף של הציבור בתהליך גיבוש הכללים באמצעות אסיפות פומביות.

לבסוף, המקרים הללו מראים עד כמה המעורבות של אנשים ספציפיים, בעלי כושר מנהיגות וכריזמה, יכולה ליצור הבדל עצום הן לגבי עצם היכולת להוציא את הקמת המערכת אל הפועל והן במידת האמון של המשתמשים במערכת. כך, ברשות הדואר הייתה זו סינדי הלברלין, שנחשפה להליך הגישור במסגרת תביעה ייצוגית טראומטית והייתה דמות המפתח הן ביוזמת ההצעה להקמת גוף פנימי ליישוב סכסוכים והן בעיצוב העקרונות המרכזיים שלו. באופן דומה, קנת' פיינברג, המנהל המיוחד של הקרן לנפגעי ה-11 בספטמבר, קבע את אופן הפעולה של הקרן והצליח לצבוע את העשייה של הקרן במוניטין החיובי שרכש במשך השנים. במקרה של "בנועם" מילאו גבי לט, מתוקף תפקידו כראש איגוד חברות הביטוח, ועו"ד יהודה טוניק, בשל מעורבותו בלשכת עורכי-הדין בתחום של ADR, תפקיד מרכזי בקידום היוזמה למציאת חלופה לבירור שיפוטי של התביעות ולהקמת "בנועם".

בשנים האחרונות חלו שינויים רבים וחשובים באופי ההליכים החלופיים ובאופי ההליך השיפוטי. שינויים אלה ערערו את בסיסי הלגיטימציה המסורתיים שלהם: הליכים חלופיים מתקיימים גם ללא הסכמה ובחירה מצד המשתתפים וההליך השיפוטי מתנהל באופן שמותיר מקום הולך וגדל לשיקול הדעת של השופטים על חשבון כללים ברורים וחד-משמעיים. במצב דברים זה, שבו הן בהליכים פורמליים והן בהליכים א-פורמליים (אם כי במידות שונות זו מזו) הפרוצדורה נהפכת לגמישה יותר, הצד השלישי מפעיל שיקול דעת רחב יחסית וההסכמה של הצדדים היא מוגבלת – הליך התכנון של מערכת ליישוב סכסוכים נהפך לכלי מרכזי בהצמחת הלגיטימציה של ההליכים הפורמליים והא-פורמליים. התחום של DSD מספק תובנות על האופן שבו תהליך תכנון זהיר וקפדני יכול להצמיח מערכות הוגנות ויעילות ליישוב סכסוכים, הזוכות לאמון מצד הציבור. כפי שראינו, תהליך כזה כולל זיהוי של מטרת המערכת, למידה על סוגי הסכסוכים ועל מאפייני המשתמשים שלה, תוך התאמה של מאפיינים אלה לסוגי ההליכים הנבחרים ולתכונותיהם, הבטחה של הוגנות הצדדים השלישיים ואיזון של פערי הכוחות בין הצדדים המסוכסכים – והכול באמצעות תמהיל תכונות מתאים של המערכת ובקרה מתמשכת על ההליך ועל תוצאותיו.

שלוש המערכות ליישוב סכסוכים שהוצגו בפרק זה הוקמו בשנות התשעים של המאה הקודמת ובתחילת המאה הזו. מאז הקמתן חלו שינויים ניכרים בתחום של DSD עקב התפתחויות טכנולוגיות ותרבותיות-חברתיות שאיימו לערער על חלק ממאפייני היסוד של התחום. בפרק הבא נעמוד על התפתחויות אלה ונבחן אם יש בהן כדי לחתור תחת המעמד של תחום DSD כבסיס לגיטימציה של מערכות פורמליות וא-פורמליות ליישוב סכסוכים.

3. העתיד של תחום DSD: שימור לגיטימציה לנוכח טשטוש הגבולות

בחינת עומק של DSD מגלה שהתחום, לפחות בתחילת הדרך, היה מושתת על תיחום וסרטוט גבולות במישור המקצועי, הפיזי והמושגי. תיחום זה מילא תפקיד מרכזי בהבטחת הלגיטימציה של תהליך התכנון וכפועל יוצא מכך – של המערכת שהוקמה ליישוב הסכסוכים.¹⁴²

Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 37, בעמ' 157.

במישור המקצועי הצמיח התחום פרופסיה חדשה של מתכנני מערכות ליישוב סכסוכים, כמו גם של מיישבי סכסוכים פנימיים (החל בנציבי תלונות וכלה במגשרים 'in-house').¹⁴³ המתכננים של המערכות היו לרוב בעלי הכשרה בפיתוח ארגוני או ביישוב סכסוכים והיה להם ניסיון מעשי בהערכה של תרבות הסכסוכים הארגונית, שהיא הבסיס לתכנון ולהערכה של מערכת פנים-ארגונית ליישוב סכסוכים. המקצועיות של גורמים אלה השליכה על האמון באנשי המקצוע ובלגיטימציה של ההליך שהם מנהלים. הם אמנם לא הגיעו למעמד של פרופסיה עצמאית פורמלית דוגמת עורכי־דין או רופאים, אך התחום נתפס כמחייב הכשרה, לימוד וניסיון מעשי באחד מכמה תחומים רלוונטיים.

במישור הפיזי, היחידה המתכננת את המערכת ליישוב הסכסוכים, כמו גם הגורם המיישב את הסכסוך, אמורים להיות מובחנים מהארגון שבמסגרתו הם פועלים כדי לזכות בלגיטימיות ולהיתפס כניטרלים.¹⁴⁴ הפרדה זו, שהייתה בעלת אופי מטפורי, באה לידי ביטוי גם במישור הפיזי-ממשי כשהדבר נדרש להבטחת העצמאות והניטרליות של שירותי יישוב הסכסוכים שהוצעו בארגון. הייתה הכרה שהיחידה הפנים-ארגונית ליישוב סכסוכים עוסקת בסכסוכים שהארגון או ההנהלה עשויים להיות צד להם, ועל כן היא חייבת לשמור על ריחוק כדי שהעובדים או הלקוחות ירגישו נוח להשמיע תלונות או חששות. סודיות נתפסה כהכרחית כדי להצמיח אמון בצדדים השלישיים שתפקדו במסגרת היחידה ליישוב סכסוכים, שלעיתים גם הם היו עובדים באותו ארגון עצמו. זהו כמובן עיקרון חשוב, אולם הסודיות הביאה גם לכך שנערך תיעוד מועט מאוד של פעילות היחידה ליישוב סכסוכים, דבר שהקשה על בקרה אפקטיבית על תפקודם של מיישבי הסכסוכים שפעלו במסגרתה.¹⁴⁵ לבסוף, במישור המושגי, בתחילת הדרך התבסס התחום של DSD על הבחנה חדה בין הליכים פורמליים להליכים א-פורמליים, והתמקד בהליכי ADR. במסגרת קטגוריה זו אימץ התחום את ההבחנות המושגיות שהציעו יורי, ברט ופישר בין הליכים המבוססים על אינטרסים, על זכויות ועל כוח.¹⁴⁶ ההבחנות הללו היו קריטיות לתחום כדי להמחיש את נחיצותו כאלטרנטיבה למערכת הפורמלית. בשפה מושגית זו אפשר היה להדגיש את היתרונות של תכנון מכוון של מערכות פנים-ארגוניות, את גמישותן ואת חופש הבחירה שאפשרו לצדדים. הבחנות חדות נעשו בין הליכים מבוססי-אינטרסים לזכויות, ובתוך כל קטגוריה נטו ההליכים להיות בעלי מאפיינים קבועים למדי. כך, למשל, תואר בספרות הליך הגישור כהליך גמיש התפור להקשר, מותאם להעדפות הצדדים ומוגבל רק על ידי דמיונם של הצדדים – אך בסופו של דבר התפתחה פרקטיקה אחידה ומקובלת לניהול של הליך הגישור. הגישור התנהל במתכונת אחידה וקבועה מראש, שבמסגרתה אבדו יתרונות משמעותיים שיוחסו להליך הגישור על פני החלופה השיפוטית.¹⁴⁷

143 שם.

144 Howard Gadlin & Elizabeth W. Pino, *Neutrality: A Guide for the Organizational Ombudsperson*, 13 NEG. J. 17-35 (1997); Mary P. Rowe, *The Corporate Ombudsman:*

An Overview and Analysis, 3 NEG. J. 128-29 (1987)

145 Howard Gadlin, *The Ombudsman: What's in a Name?*, 16 NEG. J. 41 (2000)

146 Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 37.

147 Nancy A. Welsh, *You've Got Your Mother's Laugh: What Bankruptcy Mediation Can Learn from the Her/History of Divorce and Custody Mediation*, 17 AM. BANKR.

במידה רבה, כיום אנו נמצאים בשלב חדש בהתפתחות התחום. אנו רואים מצד אחד הרחבה של התחום של DSD למישורים חדשים ומן הצד האחר – ערעור הגבולות שהגדירו את התחום במישור המקצועי, הפיזי והקונספטואלי. במישור המקצועי אנו רואים שקמות מערכות ליישוב סכסוכים המתוכננות על ידי אנשים ממגוון דיסציפלינות ותחומי מומחיות, לאו דווקא עם הכשרה בתחום של יישוב סכסוכים. הטכנולוגיות החדשות והאינטרנט במיוחד, עם ההזדמנות שהם מציעים למשתמשים מן השורה לייצר תוכן בעצמם (user generated content), מפיקים לא פעם את התחום של DSD מידי בעלי המקצוע ועושים זאת בהצלחה מרובה.¹⁴⁸ כך למשל, באתר וויקיפדיה, במסגרת המערכת ליישוב הסכסוכים שהקים האתר עבור משתמשי – מערכת הכוללת הליכי משא ומתן, גישור ובוררות – צמח גם הליך גישור המתואר כ"גישור אפורמלי" בשם "mediation cabal". הליך זה תוכנן על ידי המשתמשים ועל כן אולי אין זה מפתיע שהוא לא ענה על המתכונת המקובלת, וכל הגישורים שהתקיימו במסגרתו היו פומביים לחלוטין.¹⁴⁹ בצד היתרונות שבמעורבות של משתמשים בהליך התכנון, בטכנולוגיות החדשות טמונות גם לא מעט סכנות. הטכנולוגיה איננה ניטרלית מבחינה ערכית וכל בחירה שנעשית בתכנון של מערכת ליישוב סכסוכים מקדמת תמהיל ערכי מסוים, העשוי לקדם את הוגנות המערכת או לפגוע בה.¹⁵⁰ על כן, ייתכן שהחשיבות של בעלי המקצוע דווקא תגדל, כמי שיכולים לחשוף או לנטרל מראש הטיות וחסמים.

נוסף על כך, הזירות החדשות שבהן מתעוררים ומיושבים סכסוכים מצופות את הצורך בתחומי מומחיות, בידע ובכלים חדשים בקרב מתכנני המערכות ליישוב סכסוכים ובקרב מי שמיישב סכסוכים בעידן הנוכחי, דוגמת בקיאות טכנולוגית.¹⁵¹ ייתכן כי האיום המשמעותי

INST. L. REV. 427, 432-41 (2009) (תיאור של פרקטיקות רבות הנופלות תחת ההגדרה של גישור ועשויות לעמעם את ההבחנה החדה בין גישור להליכים אחרים ליישוב סכסוכים). עם זאת, כפי שעולה מכתביה אחרת של וולש, רוב הליכי הגישור המתקיימים בסביבה השיפוטית (ומהווים גם את רוב הליכי הגישור בישראל ובארצות-הברית) נוטים לענות על דפוס אחד ספציפי (ראו, למשל, Leonard L. Riskin & Nancy A. Welsh, *Is That All There Is? The*, 15 GEO. MASON L. REV. 863, 864 (2008)). ("Problem" In Court-Oriented Mediation,

Rabinovich-Einy & Katsh, לעיל ה"ש 37. 148

לפירוט על הליכים שונים ליישוב סכסוכים באתר וויקיפדיה, לרבות הליך זה, ראו http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Dispute_resolution. 149

Helen Nissenbaum, *Values in Technical Design*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF SCIENCE TECHNOLOGY AND ETHICS lxxi, lxxvi-lxx (Carl Mitcham ed., 2005) (דן באתגרים העומדים בפני הטמעת ערכים במישור הטכנולוגי). 150

כך, למשל, כאשר פיתחה קבוצת חוקרים מאוניברסיטת מסצ'וסטס הליך מקוון ליישוב סכסוכים עבור גוף פרדלי מסוים, הם עשו זאת בשיתוף חוקרים מתחום מדעי המחשב. התפקיד של האחרונים היה משמעותי מאוד וחרג מעבר לתרגום הבקשות של אנשי ADR לגבי מאפייני המערכת: הם כל הזמן הטילו ספק בהנחות שביססו את ההגדרה שניתנה למטרות של המערכת ולאמצעים להגשמתן. ראו Ethan Katsh & Leah Wing, *Ten Years of Online Dispute Resolution (ODR): Looking at the Past and Constructing the Future*, 38 UNIV. OF TOLEDO L. REV. 19, 33-35 (2006). 151

ביותר שמציבה הטכנולוגיה החדשה על מיישבי הסכסוכים המסורתיים הוא הופעתם של הליכים אוטומטיים שבמסגרתם התוכנה מחליפה את 'הצד השלישי'. בכמה הקשרים פותחו הליכי משא ומתן מקוונים, שבהם התוכנה משמשת מצע לניהול המשא ומתן אך גם מנסחת מחדש את דברי הצדדים ומשנה את סדר הופעת הדברים שלהם, באופן שמזכיר את התערבותם של מגשרים חיים.¹⁵² מצד אחד נראה שמדובר במשא ומתן ישיר בין הצדדים, שהרי אין גורם שלישי מעורב; מהצד האחר, התוכנה משפיעה על התקשורת בין הצדדים ומסייעת להם בהעברה ובעיבוד של המידע המוחלף ביניהם ועל כן מדמה הליך מעין-גישורי. הליכים חדשים אלה מאתגרים את הקטגוריזציה המסורתית בתחום של ADR. כיום סוגי הסכסוכים שלגביהם אפשר להפעיל תוכנות אלו בהצלחה הם אמנם מוגבלים מאוד, אך ייתכן מאוד שבעתיד נראה התפשטות שלהם על חשבון מגשרים ובוררים אנושיים, עם התפתחות הטכנולוגיה ושינויים בתפיסה שלנו את הסכסוכים שאפשר ליישב באמצעים אוטומטיים.¹⁵³ במישור הפיזי, יצירת חיץ בין היחידה ליישוב סכסוכים לבין הארגון שבתוכו היא יושבת נראית פחות ופחות אפשרית ובמידה רבה גם בלתי רצויה. בימינו, היחידות בארגונים מקושרות דיגיטלית. קשה יותר לשמור על סודיות מידע, בייחוד כשהמידע מתועד באופן דיגיטלי.¹⁵⁴ עם זאת, אפשר לפצות על הכרסום בלגיטימציה עקב אבדן הסודיות והניתוק משאר יחידות הארגון באמצעות הפתח הרחב יותר שנוצר לבקרה אפקטיבית. התיעוד שמאפיין את העידן הנוכחי והיכולת ללמוד ממידע שנאגר בנושא יישוב הסכסוכים – על דפוסים חוזרים של סכסוכים, על סיפורי הצלחה או כישלונות – הוא חסר תקדים בהשוואה לעבר. הדברים נכונים ביתר שאת ככל שהתפיסות החברתיות שלנו לגבי סודיות עוברות שינויים מרחיקי-לכת.¹⁵⁵

לבסוף, במישור המושגי, ראינו שהתחום של DSD מושתת על הבחנה חדה בין הליכים פורמלים להליכים א-פורמליים וכן על הבחנות-משנה בתוך הספרה של ADR בין סוגי ההליכים, כשלכל הליך יש מאפיינים קבועים וקשיחים למדי. כפי שתואר לעיל, בשנים האחרונות התרחב היישום של התחום של DSD גם לכתי משפט, והתפתחות זו חותרת תחת הגבולות המושגיים שעליהם צמח התחום של תכנון הליכי השינויים שעברו בתי המשפט בעשורים האחרונים הפכו אותם לגמישים יותר, והשינויים שעברו על הליכים חלופיים עם מיסודם הקהו במידה רבה את ההבחנה בין המישורים הללו.¹⁵⁶ כאמור, גם במסגרת הליכי ADR התפתחו בשנים האחרונות סוגי הליכים חדשים דוגמת הליכים אוטומטיים של משא ומתן. הליכים אלה כוללים מגוון של מקבילות מבוססות-תוכנה להליך המשא ומתן המוכר לנו מהסביבה הפיזית. כך, למשל, יש מקרים שבהם התוכנה מסייעת לצדדים להחליף מידע

152 Rabinovich-Einy, לעיל ה"ש 43, בעמ' 258.

153 Orna Rabinovich-Einy & Ethan Katsh, *Lessons from Online Dispute Resolution for Dispute Systems Design*, in ONLINE DISPUTE RESOLUTION: THEORY AND PRACTICE 51

(Mohamed Abdel Wahab, Daniel Rainey & Ethan Katsh, eds., 2011).

154 JEFFREY ROSEN, THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA 7 (2000)

155 Deborah M. Moscardelli & Catharine Liston-Heyes, *Teens Surfing The Net: How Do They Learn To Protect Their Privacy?*, 2 J. OF BUS. AND ECON. RES. 43, 51 (2004)

156 ראו חלק ב.2 לעיל.

על הבעיה שהתעוררה ומכוונת אותם אל פתרונות מוסכמים;¹⁵⁷ במקרים אחרים, שבהם הסכסוך הוא כספי (או מספרי), התוכנה יכולה לבדוק אם יש סכום שעליו יהיו הצדדים מוכנים להתפשר באמצעות קבלת הצעות חסויות מכל אחד מהם.¹⁵⁸ כאשר בוחנים הליכים אלה לעומק, מוצאים שהם חותרים תחת ההבחנות הקלאסיות בין משא ומתן ישיר להליכים בתיווך 'צד שלישי'. התוכנה יוצרת מרחב חדש שאין בו מעורבות של צד שלישי אנושי, אך היא מעבדת את המידע ומתערבת במגעים בין הצדדים.

לכאורה אפשר היה לחשוב שערעור של עקרונות היסוד של התחום יביא גם לערעור מעמדו של התחום כבסיס לגיטימציה הן של הליכים פורמליים והן של הליכים א-פורמליים. עם זאת, מבט מעמיק מגלה שהשינויים שעבר התחום של DSD וממשיך לעבור עשויים דווקא לחזק אותו כבסיס לגיטימציה של הליכים ליישוב סכסוכים. עליית כוחם של מומחים חדשים, לצד אנשים מן השורה, הן בשלבי התכנון של הליכים חלופיים והן כמיישבי סכסוכים, יכולה דווקא לחזק את התחום ואת האמון בו ובמערכות ליישוב הסכסוכים שהוא מצמיח. באורח דומה, הנגישות ליחידות ליישוב הסכסוכים, הפתיחות הרבה לגביהן והשיתוף במידע הנאסף במסגרתן (גם אם באופן חלקי, אגרטיבי או אנונימי), יכולים אף הם להצמיח אמון, ואמון זה יכול לתפוס את מקום ההפרדה הפיזית שאמורה לבטל חשש לניגוד עניינים ולהבטיח את הוגנות המערכת. לבסוף, הגמשת הגבולות המושגיים אפשרה גם לאתגר את סוגי ההליכים ואת המאפיינים שעליהם מערכות ליישוב סכסוכים נטו להתקבע, וגם להעתיק את מרכז הכובד מהבחנות בין סוגי ההליכים לשאלות הנוגעות למאפיינים מרכזיים החוצים את כל ההליכים ליישוב סכסוכים.

בין השאלות שעמן יצטרכו מתכנני מערכות ליישוב סכסוכים להתמודד, כדי לשמר את הגיטימציה של תוצרי התכנון שלהם, אפשר למנות גם את השאלות הבאות: (1) מה היו רוצים משתמשי המערכת הפוטנציאליים להשיג ואלו הליכים יאפשרו להם לממש מטרות אלה באופן מיטבי? (2) מהם ניגודי העניינים הפוטנציאליים בשלב התכנון ובשלב ההתערבות ואיך אפשר למזער אותם? (3) מהם יחסי הכוח בקרב אלה שייזקקו לשירותי המערכת ואיך אפשר להבטיח הוגנות ויעילות לאורם? (4) באיזה אופן תתבצע בקרה על פעילות המערכת? (5) כיצד תשמר המערכת גמישות ויכולת למידה מהשטח? הליך DSD שיתמודד עם השאלות הללו יוכל לשמש בסיס לגיטימציה הן של הליך פורמלי והן של הליך א-פורמלי גם בעידן של טשטוש תחומים וערעור מושכלות היסוד של התחום.

ד. סיכום

לגיטימציה היא הבסיס להליכים ליישוב סכסוכים, פורמליים או א-פורמליים. בלעדיה לא יביאו צדדים מוסכמים את עניינם לפני גופים ליישוב סכסוכים ולא יקיימו את ההכרעות או ההסכמות שהושגו במסגרתם. בעבר שאבו ההליכים ליישוב סכסוכים את הגיטימציה

157 לדוגמה, מערכות ליישוב הסכסוכים של eBay: eBay Services: Buying and Selling Tools: Dispute Resolution Overview, pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html; או של ויקיפדיה: Dispute Resolution, en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Dispute_resolution.

158 <http://www.cybersettle.com/about-us> (נדלה לאחרונה ב-9 בפברואר, 2014).

שלהם מכמה מקורות: ההליכים הפורמליים נסמכו על פרוצדורה מפורטת שהגבילה את שיקול הדעת של השופטים ואפשרה בקרה אפקטיבית של ערכאת הערעור, ואילו הגופים הא-פורמליים נסמכו על הסכמת הצדדים להשתתף בהליך (ועל כן היו סובלניים יותר לגמישות ולהפעלת שיקול דעת על ידי 'הצד השלישי').

עם השנים התערערו בסיסי הלגיטימציה הללו, הן במקרה של ההליכים הפורמליים והן במקרה של ההליכים הא-פורמליים. ההליך השיפוטי נהפך לגמיש יותר, הכללים איבדו מכוחם כגורם מסך וכאמת-מידה לבחינת ההתערבות וההכרעות של השופטים לאחר מעשה. ההליכים החלופיים עברו אף הם שינויים משמעותיים עם מיסודם במערכת הפורמלית, כשצדדים מצאו את עצמם נלחצים או מחויבים לפנות להליכי ADR וכתוצאה מכך נשמטה ההסכמה כבסיס לגיטימציה שלהם. בעקבות שינויים אלו עבר בסיס הלגיטימציה הן בבתי המשפט והן בהליכים החלופיים מהפרוצדורה עצמה להליך התכנון שלה, שחשיבותו עלתה בהתאם. עקב כך התפתח סביב תכנון ההליכים ליישוב סכסוכים ענף מחקרי ויישומי העומד כיום ברשות עצמו. הספרות והניסיון המעשי בתחום הצמיחו עקרונות לתכנון של מערכות ליישוב סכסוכים שמטרתן מניעת סכסוכים, בירורם ויישובם. התחום של DSD חשף את אפשרויות הבחירה בתכנון של מערכות פרוצדורליות ואת הקשר בין בחירות פרוצדורליות לתוצאות מהותיות (במובן זה שצד חזק יותר, השולט על תכנון הפרוצדורה, צפוי להצליח יותר גם במישור התוצאה המהותית של ההליך). תחילה צמחו עקרונות התכנון ההליכי מהזירה הא-פורמלית ורק בהמשך הוחלו גם על הזירה הפורמלית. עם השינויים הרבים הפוקדים את תחום התכנון המערכתי – בעיקר כשהבחנה בין פורמלי ללא פורמלי נהפכת פחות ופחות רלוונטית – מתכנני מערכות ליישוב סכסוכים צריכים להתמקד בעיקר במאפייני הצדדים שצפויים לקחת חלק בהליך, בזיהוי מוקדי הכוח הפוטנציאליים ובהבטחת בקרה על ההליך ועל תוצאותיו. רק אם יתמקדו בסוגיות אלה יוכלו להבטיח מערכת אמינה. התמודדות יעילה עם אתגרים אלו בעידן שבו התחום של DSD עובר שינויים מרחיקי-לכת היא שתבטיח את מרכזיות התחום בשיח הכללי על מקומה של הפרוצדורה בעולם המשפט ויישוב הסכסוכים.