

על כבוד האדם בהליך הגישור: השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הליך הגישור

מאת

עומר שפירא*

- א. מבוא
- ב. תחולת חוק היסוד במשפט הפרטי
- ג. משמעות הביטוי "כבוד האדם"
- ד. כבוד האדם בגישור
 1. תקנות הגישור
 2. כללי עמותת המגשרים
 3. הכללים לדוגמה (ארצות הברית)
 4. דוגמאות להמחשה
- ה. סיכום
 - (א) מסירת מידע על ידי המגשר לצדדים וכבוד האדם
 - (ב) הסכמת הצדדים לאופן ניהול ההליך על ידי המגשר

א. מבוא

תחום הגישור הוא תחום מתפתח בעולם ובישראל. השימוש בגישור כהליך ליישוב סכסוכים זוכה לעידוד מצד המדינה ומערכת המשפט. לאחרונה הועלו על הפרק שתי יוזמות חקיקה שנועדו לקדם את חשיפת הציבור לגישור עוד יותר.¹ במצב דברים זה

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תודה לגבריאל הלוי על הערותיו המועילות. האחריות לתוכן המאמר היא כמובן של הכותב בלבד.

¹ תזכיר חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של הסכסוך), התשס"ו–2006; דו"ח הוועדה לבחינת דרכים להגברת השימוש בגישור בבתי המשפט (2006) www.justice.gov.il/MOJHeb/Gishor (להלן: ועדת רובינשטיין), הכולל בנספח ג הצעה

גובר הצורך להבהיר את משמעותם של מונחי יסוד בהליך הגישור המנחים את המגשרים העוסקים בתחום והמשפיעים על המשתתפים האחרים בהליך, ובראש ובראשונה על הצדדים לגישור.

מבחינה משפטית נחלקים גישורים המתנהלים בישראל לשניים – גישורים שבהם המגשר מונה על ידי בית המשפט וחל עליהם הסדר מיוחד שנקבע בחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד–1984 ובתקנות שהותקנו מכוחו: תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993² וגישורים "פרטיים" שהחלו ביוזמת הצדדים בלא קשר לבית המשפט, שהסדר מיוחד זה אינו חל עליהם ישירות.³

תקנות הגישור כוללות מארג של חובות וזכויות של המגשר ושל הצדדים לגישור וניתן לראות בהן לא רק מסמך משפטי אלא גם קוד אתי למגשרים. יודגש, כי הסטטוס המשפטי שניתן לתקנות אינו גורע ממעמדם האתי של הכללים המפורטים בהן.⁴ ישנה

לתיקון תקנות סדר הדין האזרחי שאומצה בתקנות סדר הדין האזרחי (הוראת שעה), התשס"ח–2007, ק"ת 6620.

² חוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד–1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי המשפט); תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993, ק"ת 1042 (להלן: תקנות הגישור). נושא הגישור מוסדר גם בחוקים ובתקנות נוספים שאימצו אותו הסדר (ראו, למשל, תקנות בית הדין לעבודה (פישור), התשנ"ג–1993, ק"ת 1045). המאמר יתמקד בחוק בתי המשפט ובתקנות הגישור כמייצגים את הגישה המשפטית השלטת. להרחבה ראו סמדר אוטולנגי "הרהורים על חקיקת הגישור" **שערי משפט** ג 25 (2002).

³ הגם שמאמר זה מתמקד בגישורים המתנהלים על פי חוק בתי המשפט והתקנות שהותקנו על פיו, המסקנות בדבר השלכות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק היסוד) והגדרה על הפרשנות הראויה של חובות המגשר וזכויות הצדדים בגישור יהיו רלוונטיות לגישורים פרטיים בשל כמה סיבות: ראשית, בחלק מהגישורים הפרטיים המגשר והצדדים מאמצים בהסכם שנכרת ביניהם את ההסדר שנקבע בחוק ובתקנות; שנית, והיה וסוגיה מתוך גישור פרטי תועלה בפני בית המשפט, ההסדר המשפטי שנקבע לגבי גישור על פי החוק והתקנות ישמש מקור השוואה רלוונטי לנורמות שראוי להחיל על גישור בכלל, למשל: בשאלה, מהו סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממגשרים לצורך הקביעה האם מגשר התרשל בביצוע תפקידו (ראו, לדוגמה, תמ"ש (משפחה י-ם) 3341/99 א' נ' א' ש', תק-מש 2001 (1) 22, 23 (2001) מפי השופט גרינברגר: "... הנני סבור כי על אף שלא ניתן לטעון לחיסיון מכוח סעיף 79ג' (ד) לחוק בתי המשפט, יש לקבוע כי קיים חסיון על כל הליך של פישור, גם אם מתנהל ללא שהוגשה תביעה לבית המשפט, ועל כן יחול חסיון על המגעים שבין בני הזוג שרף לבין הצדדים גם ללא סעיף 79ג' הנ"ל"). ושלישית, דיון בהשלכות חוק היסוד רלוונטי לכל פעילות הנתפסת במסגרתו ובכללה כמובן גם הגישור הפרטי.

⁴ ראו, למשל, יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" **משפטים** יז 250, 251–250 ה"ש 2 (1988): "לדעתי, מתן מעמד משפטי לכללי אתיקה (בחוק, בתקנות או בחוזה) אינו מוציא אותם מתחום האתיקה, אלא יוצר כללים בעלי אופי מיוחד, מעין יצור-כלאיים בין כלל אתיקה טהור לבין כלל משפטי רגיל. האופי האתי של כללים אלה עדיין בא לידי ביטוי, בדרך-כלל, בתכונות מסוימות המבדילות אותם מכללים משפטיים רגילים שמטרתם לקבוע דפוסי התנהגות ולהעניש על הפרתם... משום-כך, אף שבדרך-כלל כללי אתיקה מקצועית שקיבלו מעמד משפטי נקראים

חשיבות להבנת משמעותן של החובות המוטלות על מגשרים ושל הזכויות המוענקות לצדדים לגישור על פי הדין כדי שהתכלית העומדת בבסיסן תושג – מסירת מידע למגשרים ולצדדים לגישור והכוונתם, הבטחת איכותו של תהליך הגישור ובקרה על פעולת המגשרים. כמו כן יש להבין את ההשלכות שיש למסמך, שהוא בעל "סטטוס כפול", משפטי ואתי כאחד – תוכן המשפטי של חובות המגשר וזכויות הצדדים אינו זהה לתוכן האתי, שהוא רחב יותר ותובעני יותר.⁵ באופן דומה גם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נהנה ממעמד נורמטיבי כפול. מצד אחד, הוא מסמך משפטי פורמלי ומחייב שעבר את תהליך החקיקה הנדרש, ומצד אחר, הוא ביטוי לערכי יסוד מוסריים ודמוקרטיים הממשיכים להתקיים לצדו כנורמות מוסריות עצמאיות, כשערכים אלו ממשיכים להשפיע הן על המשמעות המשפטית המוענקת לו על ידי בית המשפט הן על התנהגות הפרטים בפעילויות שבהן המשפט בחר שלא להתערב. יש אפוא לראות בחוק היסוד כמצוי בתפר שבין עולם המשפט לעולמות נורמטיביים אחרים וכאמצעי להזרמת נורמות מוסריות ואתיות אל תוך המשפט.

כפי שיוצג להלן, הביטוי "כבוד האדם" הוא ביטוי עמום שאת משמעותו הוא מקבל מההקשר שבו דנים ומיישמים אותו. השאלה שתיבחן במאמר זה נוגעת למשמעות של הביטוי "כבוד האדם" בהקשרו של תהליך הגישור. בהתאם לדרך שהתווה ברק,⁶ יפורש מושג זה על פי התפיסות הפרשניות המקובלות בשיטתנו, תוך פנייה למשפט

כללי משמעת, עדיין ניתן לקרוא להם בשם כללי אתיקה. כך, לדוגמה, חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"ג–1963, מכתיר את הפרק השישי של החוק בשם "אתיקה מקצועית ושיפוט משמעתית", ומכוח חוק זה הותקנו, על-ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי-הדין באישור שר-המשפטים, כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשכ"ו–1966. להפניה לתקנות הגישור כחלק מדיון בחובות האתיות בגישור ראו מיכל אלברשטין **תורת הגישור** 195 (2007)

ראו, למשל, שם, בעמ' 262: "בית-המשפט קבע שכל רשות מנהלית חייבת לפעול באופן סביר. חוסר-סבירות מהווה עילה משפטית לפסול פעולה מנהלית. אך לא כל סטייה מן הסבירות תפסול את הפעולה המנהלית, אלא רק סטייה גסה, הגורמת לחוסר-סבירות קיצוני... [כאשר] ... חוסר-הסבירות לא יגיע, בנסיבות המקרה, לדרגה של קיצוניות העושה אותו לפגם משפטי... במקרה כזה, חוסר-הסבירות, אף כי אין הוא מגיע למישור המשפטי, ולכן אין בו כדי להצדיק סנקציה במישור זה, עשוי עדיין להיות פגם במישור הציבורי ולהצדיק ביקורת ואף סנקציה במישור זה. בדומה לכך ניתן לומר לגבי הדרישה של יושר והגינות. קיים כאילו מתחם של יושר והגינות, ואולי נכון יותר לומר: מתחם של חוסר-יושר וחוסר-הגינות. פעולה מנהלית החורגת ממתחם זה עשויה להיחשב הפרה של חובה משפטית ולפיכך – גם בלתי-חוקית. אך אפשר גם שפעולה מנהלית תהיה נוגדת את דרישת היושר וההגינות, כפי שהיא מקובלת בציבור, בלי לחרוג מן המתחם האמור. במקרה כזה הפעולה אינה פגומה מבחינה משפטית, אך עדיין היא עשויה להיחשב בלתי-אתית, ולכן גם פגומה מבחינה ציבורית."

ראו אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271 (1994), ובמיוחד שם, בעמ' 275 (הציטוט מובא להלן, בטקסט לצד ה"ש 28).

המשווה כמקור הראיה.

הטענה שתועלה במאמר זה היא, שהפריזמה של חוק היסוד אמורה להביא לאימוץ תפיסה מסוימת שניתן לכנותה "תפיסה רחבה" של יחסי מגשר-צדדים לגישור ולהעדיפה על פני "תפיסה צרה" של יחסים אלו. במילים אחרות: חוק היסוד מצדיק תפיסה ליברלית של יחסי מגשר-צד, המעמידה את הצדדים במרכז ההליך ומעניקה להם יכולת השפעה מכריעה על עיצוב התהליך ועל סיומו. חוק היסוד מבכר תפיסה זו על פני תפיסה פטרנליסטית של יחסים אלו, המעניקה עמדת השפעה דומיננטית למגשר. ניתן להתייחס לטיעון זה בראייה רחבה יותר, החלה גם על מערכות יחסים מקצועיות אחרות, כגון יחסי עורך דין-לקוח ויחסי רופא-חולה,⁷ אולם הניתוח המוצע במאמר זה יתמקד בתהליך הגישור וביחסי מגשר-צד לגישור.

ב. תחולת חוק היסוד במשפט הפרטי

המגשר והצדדים לגישור הם פרטים הבוחרים להתקשר זה עם זה בהסדר שנועד לאפשר למגשר לספק להם שירותי גישור. בהנחה שמתן שירותי הגישור נעשה במסגרת המשפט הפרטי,⁸ עלולה להתעורר שאלה מקדמית באשר לתחולת חוק היסוד על הליך הגישור. הסיבה לכך היא, שיישום חוק היסוד על הליך הגישור מניח כהנחת יסוד שחוק היסוד חל במשפט הפרטי וחורג מתחום המשפט הציבורי. האם הנחה זו מוצדקת? האם חוק היסוד חל ביחסים בין פרטים? לדעת ברק, חוק היסוד ראוי שיסדיר את הזכות לכבוד לא רק במישור הציבורי ביחסים שבין הפרט והרשות, אלא גם בין הפרטים עצמם.⁹

⁷ להרחבה ראו להלן, הטקסט לצד ה"ש 42–48.

⁸ ניתן לפתח טיעון שלפיו המגשר, ובמיוחד זה המתמנה על ידי בית המשפט, הוא נציג המדינה ועל כן מוטלות עליו חובות מוגברות מאלו החלות במשפט הפרטי. לטיעון כזה ראו אלעד פינקלשטיין **המשפט המשפטי של הליך הגישור – "גישור" בין פרוצדורה וחוזים** 118–120 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה במשפטים, הוגש לסינט של אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשס"ו–2006) וסקירת הספרות הרלוונטית המופיעה שם.

⁹ ראוי, למשל, אהרן ברק **פרשנות במשפט כרך שלישי פרשנות חוקתית** 444 (1994): "לדעת הפתרון הראוי הוא זה המעניק לחוק היסוד תחולה כללית, ואינו מגביל את תחולתו אך ליחסים שבין הפרט לבין השלטון". וראו גם שם, בעמ' 457: "... על פי ההשקפה הנראית לי כראויה... חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל ביחסים בין פרטים..." ובעמ' 679: "... אינני סבור כי זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד חלות אך ורק במשפט הציבורי. יש להן תחולה כוללת הן בתחומי המשפט הציבורי והן בתחומי המשפט הפרטי, והן בעצם הבסיס החדש למשפט הציבורי ולמשפט הפרטי גם יחד". וראו גם אהרן ברק "השלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מבחר כתבים** א 415 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000): "הציבור כולו צריך להיות מודע

ברק הגיע למסקנה זו לאחר שבחן כמה מודלים אפשריים לתחולתן של זכויות אדם חוקתיות במשפט הפרטי:

"... [ברק מציג] ארבעה מודלים אפשריים של תחולה: תחולה ישירה, תחולה עקיפה, העדר תחולה ותחולה על הרשות השופטת בלבד. המודל שנבחר על-ידי השופט ברק הוא מודל התחולה העקיפה – על-פיו חוק-היסוד אומנם חל במשפט הפרטי, אולם ניתן ליישמו אך ורק דרך המסגרות של המשפט הפרטי – כגון תום-לב, תקנת הציבור וכו'".¹⁰ (ההדגשות אינן במקור)

השופט ברק נתן ביטוי להשקפתו זו בפסיקה, בע"א 294/91 **חברה קדישא**:

"... מובן וברור הוא שעקרונות היסוד של השיטה בכלל, וזכויות היסוד של האדם בפרט, אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי... זכויות היסוד של האדם אינן מכוונות רק כנגד השלטון, הן מתפרסות גם ביחסים ההדדיים שבין הפרטים לבין עצמם."¹¹

ברק שב והביע עמדה זו גם בכתיבה מאוחרת יותר,¹² וניתן להצביע על פסקי דין של בית המשפט העליון ושל ערכאות נמוכות יותר שקיבלו השקפה זו.¹³ הסכמה לגישה האמורה ניתן למצוא גם בכתיבתו של שמגר:

"... [כאמור] בסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, [...] כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות המצוינות בחוק-היסוד האמור. אני סבור שהמטרה היא, כי גם כל פרט יהיה קשור לחובה האמורה גם ביחסיו בתחום המשפט הפרטי, ורשות השלטון הנוגעת בדבר, קרי לרבות בית-

למהפיכה החוקתית. למענו של כל פרט ופרט היא נוצרה. בידי כל אחד ואחד מאתנו, כפרטים, זכויות אדם חוקתיות. הן מכוונות כנגד הרשויות השלטוניות... עם זאת, הן **מקרינות עצמן – אם במישורין ואם בעקיפין – ליחסים בין הפרטים, בינם לבין עצמם**" (ההדגשות אינן במקור).

שי שגב "על היחס שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" **המשפט** ב 53, 57 (1994) מפנה בה"ש 28 אל מאמרו של אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163, 177 (1993). להרחבה ראו ברק **פרשנות במשפט**, שם בעמ' 9, שער שמיני.

ע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 530 (1992). אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 392 (2003).

לפירוט ראו גבריאלה שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" **קריית המשפט** א 41, 42–45 (2001); גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 58 ה"ש 55–58 (2005).

המשפט, חייבת לכבד זכות זו בעת אכיפת החוק.¹⁴

לזכות זו, כותב שמגר, יש לתת ביטוי בתחומי החיים השונים:

"ביצועה של הזכות – לרבות העמקתה, השרשתה והרחבתה – חייב למצוא ביטוי בכל רובדי החיים ובכל ההקשרים והנסיבות המדיניים, החברתיים והאנושיים, אשר בהם על הזכות למצוא את ביטוייה המוחשיים. **כבוד האדם חייב לבוא לידי ביטוי ביחסי היום-יום שבין השלטון לפרט, של האנשים ביחסיהם הבין-אישיים, ביחסו של הפקיד לאזרח, ביחסה של התקשורת, ביחסה של המשטרה. כאשר מתעכבים בדיון על ההסדרים החוקתיים, אין לזנוח את ההדגשה וההבהרה של ביטוייה הרב-גוניים ועשירי ההשלכות של הזכות לגופה.**"¹⁵

ראוי לציין, כי ישנם הסוברים אחרת ומביעים עמדה השוללת את תחולתם של חוקי היסוד במשפט הפרטי,¹⁶ אולם אין בכך כדי לפגוע בטיעון המרכזי המוצע במאמר זה.

¹⁴ ראו מאיר שמגר "כבוד האדם ואלימות" **משפט וממשל** ג 33, 39 (התשנ"ה) (ההדגשות אינן במקור).

¹⁵ שם, בעמ' 40 (ההדגשות אינן במקור).

¹⁶ ראו, לדוגמה, שלו "השפעת חוק היסוד", לעיל ה"ש 13, בעמ' 60–61: "השקפת השופט ברק שלפיה חלים גם במשפט האזרחי וגם לגבי גופים פרטיים מובהקים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי בכלל וזכויות האדם בפרט חשובה, לדעתי, לביקורת. ניסוחם של חוקי היסוד, המעגנים את זכויות היסוד, מצביע לכאורה על גישה מנוגדת לגישת ברק: על-פי הוראותיהם המפורשות של חוקים אלה (סעיף 5 לחוק היסוד: חופש העיסוק וסעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), נועדו זכויות היסוד להגן על האזרח מפני רשויות השלטון. מכאן שזכויות אלה חלות לא רק כאשר רשויות השלטון פועלות בתחום הציבורי, אלא גם כאשר הן פועלות בתחום האזרחי-פרטי. הן צריכות לחול גם כאשר הפעולה היא של גוף הקרוב במהותו לרשות מינהלית מחמת התפקידים שהוא מבצע (גוף דו-מהותי). אולם האם ניתן לומר שזכויות האדם חלות גם ביחסים בין פרטים, במישור הפרטי המובהק? בוודאי אין הדבר משתמע מניסוחם של חוקי היסוד. כנגד השקפת השופט ברק ניצב כלל הפרשנות החשוב שלפיו אין לפרש הוראת חוק כמטילה איסור או חובה על אדם או על גוף פרטי, כאשר הדברים אינם נקבעים בחוק במפורש. ואכן, בניגוד לתחולת זכויות היסוד במשפט הציבורי, שבו זכויות אלה מופנות כלפי השלטון ושלוחותיו ומערך הזכויות הכללי – חברתי אך גדל כתוצאה מהענקתן, הרי במשפט הפרטי תחולתן של זכויות היסוד יוצרת גם, ובמקביל, חובות אדם חוקתיות המוטלות על אדם אחד כלפי משנהו. השקפת השופט ברק, בדבר תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על גופים פרטיים, מגבילה, איפוא, את האוטונומיה של הפרט ומשנה את הדין המהותי של המשפט הפרטי, על-ידי הרחבת התחום הקוגנטי שאינו ניתן להתנאה, ועל-ידי הטלת חובות פוטנציאליות נוספות על פרטים וגופים מאוגדים הפועלים במישור הפרטי המובהק. השקפה זו פוגעת בחופש החוזים, מהווה התערבות לא רצויה ולא מוצדקת בשיקוליו העסקיים של הפרט

אמנם, ההנחה העומדת בבסיס הניתוח המוצע להלן היא כי חוק היסוד חל במערכת היחסים שבין פרטים, מטיל עליהם חובות ומעניק להם זכויות, אולם גם קביעה מצומצמת יותר, שלפיה חוק היסוד משליך על הפרשנות הראויה של דברי חקיקה ומעניק משקל רב יותר לזכויות האדם,¹⁷ יביא, בהקשרו של הליך הגישור, לתוצאה שמאמר זה מכון אליה.¹⁸

ובתהליך קבלת ההחלטות על ידו ועשויה לעכב את הדינמיות המסחרית שהיא חיונית למשפט הפרטי". למבקרים נוספים ראו שם, בעמ' 45–46. לסקירת ביקורות נוספות ולהרחבה ראו שלו **דיני חוזים – החלק הכללי**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 59–65.

ראו ברק **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 414: "המהפכה החוקתית הביאה לקונסטитуציונליזציה של המשפט הישראלי. כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית צריכה להתאים עצמה להסדרים החוקתיים. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות. אכן **כל ענף משפטי** – משפט פלילי מהותי ודיני, סדר הדין האזרחי, דיני עבודה, דיני מיסים וכיוצא-בהם ענפים מענפי המשפט הציבורי והפרטי – **צריכים לשנות את מושגי היסוד ואת תפיסות היסוד, על מנת להתאים עצמם להסדר החוקתי החדש**". (ההדגשות אינן במקור). גם שגב, לעיל ה"ש 10, בעמ' 59–60, המבקר את עמדת ברק, מגיע למסקנה המאפשרת לתת ביטוי לחוקי היסוד במשפט הפרטי על דרך פרשנות ואיזון אינטרסים: "בכל הכבוד הראוי, מעדיפים אנו את גישת העדר התחולה, שכן הגישה העקיפה הינה בעייתית ליישום: מחד, אם ממילא הזכויות על-פי החוק תעבורנה את ה'סינון' של המשפט הפרטי, הרי שלא תהיה נפקות מעשית לתחולה עקיפה. מאידך, רמת ההפשטה של החלת זכויות-יסוד 'מלמעלה' דרך 'סינון' היא גבוהה ויוצרת תחום אפור הפותח פתח נרחב לאי-ודאות, הן מבחינת העוצמה והן מבחינת ההיקף. מכל מקום, נדגיש מיד, שאין הכוונה, בבחירת מודל העדר התחולה, למצב שבו לזכויות-היסוד לא תהיה כל דריסת רגל במשפט הפרטי. לדעתנו, לזכויות האזרח יש שני היבטים: ההיבט הראשון הינו היבט 'הגנתי', בו ממלאות זכויות-היסוד תפקיד של מסך בין האזרח לשלטון, מסך שנועד למנוע התערבות לא חוקית של השלטון בזכויות הפרט, דהיינו, התערבות שאינה סבירה הנובעת משיקולים זרים; במדינות בהן אין חוקה, מסך זה הינו דק ופגיע ובמדינות שבהן יש חוקה, מסך זה מעובה ויציב. ההיבט השני הינו היבט פרשני, דהיינו: **אם נצא מנקודת הנחה, שזכויות-היסוד הן לב ליבה של שיטתנו המשפטית, מעין 'כל התורה על רגל אחת', הרי שכל חוק בא להסדיר, במפורש או במשתמע, פן זה או אחר של זכויות-היסוד, ולפיכך יש למצוא בכל חוק ביטוי זה או אחר של זכות-יסוד אחת או יותר**. התערבות בדבר חקיקה מן ההיבט הראשון היא התערבות ישירה, ממקור חיצוני, ביחסים שבין האזרח לשלטון; מאידך, התערבות בדבר חקיקה מכוח ההיבט השני הינה התערבות על דרך פרשנות, הנובעת מתוך הטקסט עצמו; ככזאת, התערבות כזאת מלכתחילה יכולה להיעשות אך ורק בהתאם לרוח החוק, והסיכוי לטעות בפרשנות דבר חקיקה על דרך מקור חיצוני נמוכה יותר. **לפיכך, גם אם נאמץ את מודל העדר התחולה, עדיין יש נפקות לזכויות-היסוד בחקיקה הפרטית. ודאי וודאי שתהיה גם נפקות להתחזקות הנורמטיבית של הזכויות שעוגנו בחוק-היסוד, התחזקות שתמצא אולי את ביטוייה בשינוי משקלן של הזכויות כאשר ניזקק לאיזון אינטרסים**". (ההדגשות אינן במקור).

נוסף על כך יש לזכור, כי לצד הזכות החוקתית שבחוק היסוד עומדת גם הזכות **ההלכתית** לכבוד, היכולה לשמש מקור נורמטיבי לכבוד בין פרטים. ראו ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 271 ה"ש 5: 379

ג. משמעות הביטוי "כבוד האדם"

מה מובנו של הביטוי "כבוד האדם"? אילו פעולות מכבדות את האדם ואילו פוגעות בכבודו? הביטוי "כבוד האדם" זכה לפרשנויות רבות ומגוונות הן בכתיבה האקדמית הן בפסיקה.¹⁹ לדוגמה שמגר כותב:

"כבוד האדם משתקף, בין השאר, ביכולתו של יצור אנוש לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, שלא להיות משועבד לכפייה שרירותית, שלא להיות מבוזה, נדרס, מוכה, נרדף ומושפל, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, כולל בן זוגו, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש, לזכות לתשומת-הלב הראויה של החברה בה הוא חי, להשיג דעת או לסרב לדעת, כרצונו."²⁰

שמגר גם קושר בין כבוד האדם לבין חירות²¹ ובין כבוד האדם לסובלנות.²² ברק מציג, כי

"כבוד האדם כזכות הלכתית ממשיכה לעמוד בעינה. הזכות ההלכתית לא בוטלה על-ידי הזכות החוקתית החקוקה. שתי הזכויות – ההלכתית והחקוקה – ממשיכות לדור זו בצד זו. על כן, עד כמה שהיקפה של הזכות ההלכתית רחב יותר מהיקפה של הזכות החקוקה, ניתן לפנות אליה לצורכי פיתוח ההלכה או פרשנות החקיקה. כך, למשל, אם יוחלט בעתיד כי כבוד האדם כזכות חוקתית על חוקית מכוון כלפי רשות השלטון בלבד, יהא מקום לפנות לכבוד האדם כזכות הלכתית בכל הנוגע ליחסים בין פרטים" (ההדגשות אינן במקור).

ראו, למשל, דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001); יוסף דוד שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית (2006); אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם (2004). לניתוח היסטורי של התפתחות מושג "כבוד האדם" ראו Izhak Englund, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903 (2000).

שמגר, לעיל ה"ש 14 בעמ' 40–41.

"שמירת כבוד האדם היא אחותה התאומה של האמונה בחירות האדם. הכלי להגשמת שמירה זו מסתייע, כאחד מזרועותיו, בסובלנות. אין מוקדם ומאוחר בתורה זו. קיומה של חירות אמיתית מחייב כיבוד זכויותיו של הזולת. הכבוד לאדם הוא פועל יוצא של הכרה בחירותו האישית, בדמותו כאדם. הכרה בזכותו של הפרט לפתח את אישיותו ולהיות אדון לעצמו, הם ביטויים של זכות היסוד לכבוד האדם ולהכרה בחירות האישית של הפרט" (שם, בעמ' 41).

"הסובלנות היא צורת ביטוי לכיבוד האדם" (שם, בעמ' 42). ראו גם ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 281.

"בבסיסו של 'כבוד האדם' כמושג משפטי אופרטיבי 'עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו'. במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים. כבוד האדם מניח אדם בן-חורין, המהווה מטרה בפני עצמה, ולא אמצעי להשגת מטרות של הכלל או של פרטים אחרים."²³

ברק סבור, שיש לכלול בכבוד האדם ארבעה עניינים: שוויון בין בני אדם, הבא לידי ביטוי בשוויון זכויות, בהטבות ובהזדמנויות;²⁴ חופש הרצון, חופש הבחירה ואוטונומיה של הרצון הפרטי;²⁵ שמירה על חייו ושלמותו הפיזית והגופנית של אדם;²⁶ ואי-פגיעה בזכות בלא הליך נאות.²⁷

כבוד האדם הוא ביטוי המחובר לערכי מוסר ופילוסופיה, אולם יש לזכור כי כבוד האדם כפי שהוא מוזכר בחוק היסוד הוא מושג משפטי:

"חוק-יסוד אינו מניפסט פוליטי. הוא אינו מסמך דתי. חוק-יסוד הוא מסמך משפטי הקובע אורחות חיים של המדינה. כבוד האדם בחוק היסוד אינו מושג

²³ שם, בעמ' 277.

²⁴ "מכבוד האדם נגזר עיקרון השוויון. כבוד האדם מחייב שוויון בפני החוק. כבוד האדם מניח כי כל אדם הוא יצור חופשי, המהווה מטרה בפני עצמו. תפישה זו מחייבת שוויון בין בני אדם. אין להכיר במושג של כבוד האדם, מבלי לגזור מכך כמסקנה הכרחית, את השוויון בין בני אדם. זהו שוויון בזכויות אדם; זהו שוויון בהטבות שהמדינה מעניקה ובהזדמנויות" (שם, בעמ' 279).

²⁵ "כבוד האדם הוא חופש הרצון של האדם. זהו חופש הבחירה הניתן לו לפתח את אישיותו, ולקבוע את גורלו. הפרט מהווה ישות רוחנית הנהנית מהחופש לפתח את עצמה. מכאן התפיסה, כי ביסוד כבוד האדם מונחת האוטונומיה של הרצון הפרטי" (שם, בעמ' 279). ראו גם ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 426. כמו כן ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה 129, 142 (1995).

²⁶ ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 280.

²⁷ שם, בעמ' 281: "כבוד האדם מניח פרט שאינו אמצעי לסיפוק צרכיו של פרט אחר. הוא מניח חברה המבוססת על הרצון להגן על כבוד האדם של כל אחד מפרטיה. על כן, אין לפגוע בזכותו של אדם ללא הליך נאות. פגיעה באדם בלא לשמוע אותו פוגעת בכבודו כאדם. רבות מזכויות הנאשם נגזרות מכבודו כאדם...". להרחבה ראו עמנואל גרוס "הזכויות הדיניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מחקרי משפט** יג 155 (1996); יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" **מחקרי משפט** יג 275 (1996).

קנטיאני, כשם שאין לראות בו ביטוי לתפישות של משפט הטבע או טבע האדם. 'כבוד האדם' בחוק היסוד הוא מושג משפטי. נגזרות ממנו זכויות וחובות. טמונה בו הגבלה על המחוקק. כל אלה מחייבים אותנו לפרש מושג זה על-פי התפישות הפרשניות המקובלות עלינו. במסגרתן של אלה, יש ליתן כמובן ביטוי למרכזיות של 'כבוד האדם' בתרבות האנושית. יש מקום, אפוא, לפנות למשפט המשווה כמקור השראה חשוב להבנת המושג 'כבוד האדם'. מעמד מיוחד יש ליתן למורשת היהודית שלנו...²⁸

כבוד האדם הוא ערך חשוב ביותר אך יחסי, כלומר ניתן להגביל אותו בתנאים מסוימים. יחסיותו נובעת מכך, שיש לאזנו מול זכותם של פרטים אחרים לכבוד²⁹ ומול אינטרסים חברתיים אחרים.³⁰ כמו כן כבוד האדם, כמו כל מושג חוקתי, הוא מונח דינמי, שמשמעותו משתנה עם השנים.³¹ "כבוד האדם העומד ביסוד חוק היסוד צריך לקבל משמעות 'נדיבה' ולא לגליסטית או פדנטית. מובנו של כבוד האדם צריך

28 ברק, שם, בעמ' 275. ברק מפנה שם, בה"ש 39, לבג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827 (1993): "כבוד האדם הוא עיקרון מורכב. בגיבושו יש להתרחק מהנסיון לאמץ השקפות מוסריות של פלוני או תפיסות פילוסופיות של אלמוני. אין להפוך את כבוד האדם למושג קנטיאני, ואין לראות בו ביטוי לתפיסות אלו ואחרות של המשפט הטבעי. תכנו של 'כבוד האדם' ייקבע על-פי ההשקפות של הציבור הנאור בישראל על רקע תכליתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". ראו גם אהרן ברק "בית-המשפט העליון וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **המשפט** ב 15, 16 (1994).

29 ברק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 277: "'כבוד האדם' מתמקד ביחיד ובחופש הרצון שלו. עם זאת, היחיד הנהנה מכבוד האדם אינו יחיד החי על אי בודד. חוק היסוד דן ביחיד החי במסגרתה של חברה. 'כבוד האדם' הוא כבודו של אדם כיצור חברתי. על כן, 'כבוד האדם' של הפרט חייב להניח, כנקודת מוצא, התחשבות בכבוד האדם של הזולת. אין להכיר במלוא חופש הרצון של הפרט, כחלק מכבוד האדם שלו, אם בכך הוא פוגע בכבוד האדם של פרט אחר. אדם אינו זכאי להגנה על כבודו אם הוא אינו מוכן להגן על כבוד זולתו. מכאן, שכבוד האדם כמושג משפטי אופרטיבי, נתפס כפרי של איזון (פנימי) בין כבודם של הפרטים השונים, בינם לבין עצמם".

30 שם, בעמ' 278: "חוק היסוד, במסגרתה של פסקת ההגבלה, [מכיר] באפשרות החוקתית לפגוע כדין בזכויות אדם, לרבות 'כבוד האדם', על מנת לקדם מטרות לאומיות, ובלבד שהחוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל, נועד לתכלית ראויה, ופגיעתו אינה במידה העולה על הנדרש. אכן, תנאי חוקתי ליכולת הפגיעה של חוק בכבוד האדם הוא, כי ביסוד המטרות הלאומיות וביסוד השלטון, תעמוד המטרה של הגנה על זכויות האדם בכלל וכבוד האדם בפרט. זהו האיזון (החיצוני) שבין זכות הפרט לבין צורכי הכלל...".

31 שם, בעמ' 283: "תכנם של מושגים חוקתיים צריך להקבע על-פי תפישותיה של החברה בעת מתן הפירוש, ולא על-פי אופקיהם השונים של חברי הגוף המכונן בעת חקיקת הטקסט. אכן, כבוד האדם ייקבע על-ידי כל דור ודור על-פי תפישותיו שלו מהו כבוד האדם. תפישה זו תושפע מתפישות העבר, אך לא תשתעבד להן".

להתאים עצמו למציאות החיים המשתנה".³²
וקרפ מסכמת:

"... מהו, בסופו של חשבון, כבוד האדם, המוגן על פי חוק היסוד הגנה חוקתית על-חוקית? אפשר שהתשובה לעת הזאת היא: כבוד האדם הוא מה שבית-המשפט ייקבע שהוא כבוד האדם, בתהליך של פיתוח והתנסות, ומה שהמחוקק יגדיר כ"כבוד האדם" כתגובה לאותו תהליך".³³

ד. כבוד האדם בגישור

כאמור, ברק קובע כי "ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם", ובמרכיב זה יתמקד המאמר.³⁴ מהי משמעותם של ביטויים אלו בהקשרו של הליך הגישור?

1. תקנות הגישור

תקנות הגישור אינן עושות שימוש במונחים אלו. לא נמצא בהן את הביטויים "כבוד האדם", "אוטונומיה", "חופש בחירה" או "חופש פעולה". הדבר נכון גם לגבי סעיף 79ג(א) לחוק בתי המשפט, המגדיר מהו גישור ומיהו מגשר.³⁵ מחוק בתי המשפט ומתקנות הגישור עולה, כי מאפיין מיוחד של הליך הגישור הוא שמירת סמכות ההכרעה בידי הצדדים לגבי תוצאתו. מהמגשר נשללת במפורש סמכות ההכרעה בסכסוך, והמנדט המוקנה לו על ידי החוק והתקנות הוא לסייע לצדדים

³² שם, בעמ' 284.

³³ קרפ, לעיל ה"ש 25, בעמ' 159.

³⁴ ניתן היה להרחיב בהיבטים נוספים של כבוד האדם, דבר שלא נעשה בשל מגבלות המקום, למשל בזכותו של הפרט ליחס הוגן, ואז היה מקום להתייחס למשמעות המיוחדת של חובת ההגינות בגישור ולהשלכותיה על יחסי מגשר-צדדים לגישור ועל יחסי הצדדים לגישור בינם ובין עצמם. להרחבה על הגינות בגישור ראו עומר שפירא הפעלת כוח והשפעה בגישור – פרקטיקה ואתיקה יישומית פרק 7 (התשס"ז).

³⁵ ס' 79ג(א) לחוק בתי המשפט קובע כדלקמן: "בסעיף זה – 'גישור' – הליך שבו נועד מגשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש בידו סמכות להכריע בו; ... 'מגשר' – מי שתפקידו לסייע בידי בעלי הדין להגיע להסכמה על יישוב סכסוך שביניהם בהליך גישור בדרך של ניהול משא ומתן חופשי". תקנות הגישור חוזרות על הגדרות אלו בס' 1 לתקנות.

להגיע להסכמה מתוך משא ומתן חופשי. כלומר במרכזו של הליך הגישור מצויים הצדדים ולהם נתונה סמכות ההכרעה בסכסוך. הם אלו שינהלו משא ומתן זה עם זה. תפקידו של המגשר צנוע מזה של הצדדים: תפקידו לסייע להם להגיע להסכמה. לפיכך על המגשר לכבד את המנדט שניתן לו ואל לו לחדור לתחומים השייכים לצדדים. לכבד את האדם שבצדדים לגישור משמעו לכבד את מרכזיותם בתהליך ולהימנע מפעולות העלולות לפגוע במרכזיותם.

כיצד מכבדים הלכה למעשה את מרכזיותם של הצדדים בהליך? וכיצד בא לידי ביטוי כבוד האדם במשמעותו כאוטונומית הרצון של הצדדים בתקנות הגישור? כאמור, על פי החוק ותקנות הגישור למגשר **אין סמכות הכרעה** בסכסוך, כלומר: הוא אינו יכול לכפות פתרון על הצדדים. אולם בתהליך הגישור קיימים מצבים רבים שבהם נדרשת הכרעה לפני ההגעה לפתרון: החלטה מי ידבר ומתי, החלטה בדבר סדר היום, החלטה האם להיפגש עם צדדים בנפרד, החלטה האם להציע פתרון מטעם המגשר ועוד ועוד.³⁶ האם הכרעה של המגשר בסוגיות אלו מתיישבת עם אוטונומיית הצדדים? זאת ועוד: חוק בתי המשפט ותקנות הגישור קובעים, כי תפקיד המגשר **לסייע** לצדדים להגיע להסכמה. מהו אותו סיוע ואילו מגבלות הוא מטיל על פעולת המגשר לאור עקרון אוטונומיית הצדדים? על פי החוק והתקנות, הסכמת הצדדים צריכה להתקבל מתוך **משא ומתן חופשי**. אילו תנאים יבטיחו משא ומתן חופשי בין הצדדים? ניתן להבין את משמעותה של אוטונומיית הרצון של הצדדים בגישור בכמה דרכים, והשאלה היא, איזו מדרכים אלו מתיישבת טוב יותר עם חוק היסוד?

פרשנות "צרה" של אוטונומיית הצדדים בגישור תתבסס על תפיסה פורמליסטית של כוחם של הצדדים ושל המגשר ושל המונחים "בחירה", "שוויון" ו"הסכמה".³⁷ לפי גישה זו, הצדדים לגישור הם בעלי הכוח בתהליך. ההחלטה האם להגיע להסדר אם לאו וההחלטה לגבי תוכן ההסדר מצויה בידי הצדדים לגישור. אין משמעות רבה להחלטות פרוצדורליות שמקבל המגשר במהלך הגישור, שכן סמכות ההכרעה לגבי ההסדר נתונה לצדדים. המבחן החשוב למימוש אוטונומיית הצדדים הוא זכותם

³⁶ ראו, למשל, Julie Macfarlane, *Mediating Ethically: The Limits of Codes of Conduct and the Potential of a Reflective Practice Model*, 40 OSGOODE HALL L.J. 49, 58 (2002): "The mediator makes innumerable choices while managing the process and interaction between the parties, and these choices go to the root of the values that the mediation process espouses. Accordingly, each time an intervention is made, there is at least the potential for a principled choice that seeks either consciously or unconsciously to promote those values".

³⁷ להרחבה על כוחו של המגשר וכוחם של הצדדים לגישור ראו עומר שפירא "פרדוקס הכוח בגישור: עוצמה וחולשה ביחסי מגשר וצדדים לגישור" **קרית המשפט** ו 371 (2006).

להסכים לפתרון או לדחותו. הדרך עד לאותו פתרון חשובה פחות. המגשר נתפס כחסר כוח של ממש (כי אינו יכול להכריע בסכסוך) וכמי שאין לו אינטרסים המתנגשים עם אלו של הצדדים.³⁸ ישנה גם הנחה סמויה בבסיס גישה זו שלפיה הצדדים, כיצורים אוטונומיים ועצמאיים, נהנים משוויון כוחות האחד ביחס לאחר.

פרשנות זו מתייבשת היטב עם התפיסה התועלתנית שמאמצת מערכת המשפט כלפי הגישור. לפי גישה זו, אחד התפקידים המרכזיים של הגישור הוא להפחית את העומס המוטל על בתי המשפט ולהגדיל את כמות הסכסוכים הנפתרים מחוץ לכותלי בית המשפט.³⁹ מטבע הדברים, גישה כזו מעמידה במרכז את השגתו של הסדר גישור ויוצרת הקבלה בין הצלחה בגישור, יעילות הגישור והשגת הסדר גישור המסיים את הסכסוך.⁴⁰ באימוץ גישה זו אוטונומיית הצדדים עלולה להפוך קורבן על מזבח היעילות.⁴¹

אולם פרשנות זו אינה האפשרות היחידה להבנת אוטונומיית הצדדים בגישור ולאור הלשון הכללית שנוקטים חוק בתי המשפט ותקנות הגישור ניתן להטעינה במשמעות רחבה יותר הנשענת על רוח חוק היסוד. על פרשנות זו ניתן גם ללמוד מהגישה המשפטית והאתית המתפתחת בתחומים מקצועיים אחרים, כגון רפואה ומשפט, ומהחשיבות שגישות אלו מעניקות לאוטונומיית הפרט ביחסיו עם איש המקצוע.

לדוגמה: זכותו של אדם לאוטונומיה בקבלת טיפול רפואי לא היתה מובנת מאליה מאז ומתמיד. עד לעשורים האחרונים היתה נפוצה הגישה המסורתית, שלפיה אדם

³⁸ על האינטרסים האישיים של המגשר ראו שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 335–336.

³⁹ ראו, למשל, Robert A. Baruch Bush, *Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation*, 41 FLORIDA L. REV. 253, 260 (1989). גם ברק, המצהיר כי "הגישור לא בא לפתור את בעייתם של בתי המשפט. הגישור בא לפתור את בעייתיה של החברה", כותב כי "עם זאת, אין לכחד כי לגישור חשיבות רבה בהורדת העומס מבתי המשפט. אין זו מטרתו, אך זו צריכה להיות תוצאתו". ראו אהרן ברק "על הגישור" **שערי משפט** ג 9, 10 (2002). ראו גם **דוח הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל** (1997) בראשות השופט תאודור אור בס' 794: "... קיים אינטרס ציבורי בהרחבת השימוש בהליכי פישור בעניינים מסויימים. בהרחבת הליכי הפישור גלום גם יתרון ברור למערכת בתי המשפט. סיומו של סכסוך בדרך של פישור מוציא את ההליך ממערכת בתי המשפט. הוא חוסך את הצורך לדון בענין, הן בערכאה ראשונה והן בערכאת ערעור. הוא מאפשר למערכת בתי המשפט להקדיש את משאביה לדיון באותם עניינים בהם דרושה ההכרעה השיפוטית, ולהאיץ את הטיפול בהם."

⁴⁰ Bush, שם.

⁴¹ ראו Nancy A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1 (2001).

הנזקק לטיפול רפואי מאבד את מעמדו האוטונומי ברגע שהוא מבקש סיוע מהרופא המטפל בו – גישה שנבעה מתפיסה אשר לפיה פערי הידע שבין הרופא והחולה והכישורים המקצועיים של הרופא העניקו לזה עדיפות בקבלת ההחלטה הראויה לגבי הטיפול הרפואי המתאים לחולה. לעומת זאת, הגישה המודרנית מציבה במרכז את זכות האדם לאוטונומיה בקבלת החלטות הנוגעות לטיפול הרפואי שיקבל,⁴² כאשר צעד גדול בכיוון זה התבצע עם חקיקת חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, ס"ח 1591.⁴³ כיום הולכת ומתבססת התפיסה שלפיה החולה הוא שותף מלא לתהליך קבלת ההחלטות הרפואיות הנוגעות לו ולכן נדחית הגישה הפטרנליסטית שלפיה הרופא יודע טוב יותר מה טוב עבור החולה.⁴⁴

גם בתחום המשפט, המודל המסורתי לחלוקת הסמכות לקבלת החלטות ביחסי עורך דין–לקוח קובע, שהלקוח מחליט לגבי המטרה או התוצאה של התביעה (למשל: האם להתפשר בתביעה אזרחית או האם להודות באישום פלילי?) ועורך הדין שולט באמצעים להשגת המטרה (למשל: אילו טענות משפטיות להעלות? האם לזמן עדים? האם להתנגד לאמירה או לראיה? וכו').⁴⁵ לפי מודל זה, עורך הדין נתפס כמי שמטיב לדעת מהלקוח מה מועיל לו מבחינת החלופות המשפטיות והאסטרטגיה המשפטית

⁴² השופטת שטרסברג-כהן בע"א 2781/93 **מיאסה עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, תק-על 99(3) 574, 620–621 (1999) (להלן: **עניין דעקה**). כותב השופט אור: "לזכותו של אדם לכבוד ולאוטונומיה יש חשיבות רבה בסיטואציה של טיפול רפואי. אכן, הטיפול הרפואי מצוי בגרעין הקשה של כל אדם לשלוט בחייו. עשויה להיות לו השפעה ישירה, ולא פעם בלתי הפיכה, הן על אורך חייו והן על איכות חייו... זכות זו לאוטונומיה היא גם הבסיס העיקרי של תורת ההסכמה מדעת" (שם, בס' 19). בעניין **דעקה** קבע בית המשפט העליון לראשונה, שאי-מסירת מידע לחולה בהתאם לתורת ההסכמה מדעת יש בה משום פגיעה באוטונומיה של החולה, והפגיעה באוטונומיה של האדם, בשל הפרת חובת הגילוי, היא מעשה רשלני המזכה בפיצויים (שם, בעמ' 574).

⁴³ לאחרונה נכנס לתוקפו גם חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו–2005, ס"ח 58, המעמיד במרכז את אוטונומיית הרצון של החולה. ראו, לדוגמה, ס' 1(א) לחוק: "חוק זה בא להסדיר את הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות תוך איזון ראוי בין ערך קדושת החיים, לבין ערך אוטונומיה הרצון של האדם והחשיבות של איכות החיים". כמו כן ראו את ההוראות השונות הנוגעות לאופן קביעת מצבו הרפואי של החולה, בירור רצונו ומסירת מידע על כוונת הרופא לפעול בס' 8–10 לחוק.

⁴⁴ ראו עפרה גולן "דרישת 'ההסכמה מדעת' כביטוי לכבוד האדם" **שערי משפט** ב 171, 180 (2000). ראו גם אברהם סהר "הסכמה מדעת – תהיות והרהורים" 33 **רפואה ומשפט** 48, 51–52 (2005); וכן נילי טבק ורחל רכס "כבוד האדם וחרותו בעיני מטפלים ומטופלים" 16 **רפואה ומשפט** 103 (1997).

⁴⁵ חלוקת הסמכויות הזו זכתה לאישור בפסיקות בתי המשפט בארצות הברית. ראו, למשל Marcy Strauss, *Toward a Revised Model of Attorney-Client Relationship: The Argument for Autonomy*, 65 N. C. L. REV. 315, 318–319 (1986–1987).

שיש לאמץ. הלקוח נתפס כבלתי-כשיר לבצע החלטות מסוג זה, ועורך הדין אף רשאי לקבלן בניגוד לדעתו של הלקוח.⁴⁶ מודל זה זוכה בשנים האחרונות לביקורת חריפה. לדוגמה: Strauss טוענת, כי ההבחנה בין מטרות/תוצאות לבין אמצעים כמודל לחלוקת אחריות איננה מעשית⁴⁷ וגם אם ניתן היה לבצע הבחנה כזו אין הצדקה להגביל את חופש ההחלטה של הלקוח מכיוון שהצידוקים לעשות כן (ובראשם הנימוק הפטרנליסטי) אינם משכנעים וכי יש לתת משקל גדול יותר לשיקול הנורמטיבי של אוטונומיית הלקוח.⁴⁸

התפתחויות אלו נכון שיהיה להן ביטוי גם במערכת היחסים המקצועית שבין מגשר לבין הצדדים לגישור. כמו בעבודת עורך הדין, כך גם בתהליך הגישור ההפרדה בין אמצעים לבין מטרות היא הפרדה מלאכותית. האם צד לגישור, שמטרתו היא סיום הסכסוך והשגת הסכם, מסמיך את המגשר לנקוט כל אמצעי שיביא להשגת מטרה זו?

⁴⁶ ראו שם, בעמ' 321. דוגמה אחרת עניינה עורך דין שהחליט, בניגוד לרצונו של לקוחו, שלא להתנגד להגשת ראייה מסוימת. הלקוח הורשע, ובערעורו הסתמך על טעותו של עורך הדין בניגוד לדעתו. בית המשפט קבע: "... only counsel is competent to make such a decision, ... counsel must be the manager of the law-suit, ... if such decisions are to be made by the defendant, he is likely to do himself more harm than good, ... One of the surest ways for counsel to lose a law-suit is to permit his client to run the trial." Nelson v. People of State of California 346 F.2d 73 (9th Cir.), cert. denied, 382 U.S. 964 (1965).

⁴⁷ שם, בעמ' 324–325. כמו כן ראו Robert F. Cochran, *Legal Representation and the Next Steps Toward Client Control: Attorney Malpractice for the Failure to Allow the Client to Control Negotiation and Pursue Alternatives to Litigation*, 47 WASH. & LEE L. REV. 819, 827 (1990).

⁴⁸ Strauss, שם, בעמ' 324. כמו כן ראו Cochran, שם, בעמ' 830–835. יש לזכור גם, שהאינטרסים של עורך הדין אינם מתיישבים תמיד עם טובת הלקוח. לדוגמה: הסדר שכר הטרחה וסיכויי ההצלחה בתיק עלולים להשפיע על כמות הזמן והאנרגיה שעורך הדין יהיה מוכן להשקיע בתיק. ראו Strauss, שם, בעמ' 329–330. תימוכין לטענה שמודל משתף ביחסי עורך דין-לקוח (חלוקת השליטה בין איש המקצוע ובין הלקוח, להבדיל מהמודל המסורתי שלפיו השליטה מצויה בידי איש המקצוע) הוא נכון יותר, יעיל יותר ומשרת טוב יותר את האינטרסים של הלקוח ניתן למצוא אצל DOUGLAS E. ROSENTHAL, *LAWYER AND CLIENT: WHO'S IN CHARGE?* (1974). להשוואת שני המודלים – המסורתי והמשתף – ראו שם, בעמ' 7–28. המודל המשתף מתיישב גם עם הגישה החדשה למשפט המרחיבה את תפקיד עורך הדין אל מעבר לייצוג ולשקילת האינטרסים המשפטיים ה"צרים" של הלקוח. ראו, למשל, Susan Daicoff, *Law as a Healing Profession: The "Comprehensive Law Movement"*, 6 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 1, 5–9 (2006); Andrea Kupfer Schneider, *The Intersection of Therapeutic Jurisprudence, Preventive Law, and Alternative Dispute Resolution*, 5 PSYCH. PUB. POL. & L. 1084 (1999). גם בישראל ישנם הדים לראייה מחודשת של יחסי עורך דין-לקוח. ראו, למשל, שי פורת "דואט – יחסי עורך דין-לקוח בעידן הגישור" 3 בהסכמה 24 (2002).

ודאי שלא.⁴⁹

נוסף על כך ישנן סיבות טובות לדחיית התערבותו הפטרנליסטית של המגשר. המגשר מנסה להבין את הצרכים והאינטרסים של הצדדים וייתכן שהכשרתו טובה יותר מזו של עורך הדין הממוצע לבצע זאת, אך יהיה זה יומרני מצדו לחשוב שהיכרות קצרה עם הצדדים מעניקה לו הבנה מלאה של צרכיהם ושיאפוניהם. כמו כן גם המגשר, כמו עורך הדין, אינו נקי משיקולים אישיים שאינם רלוונטיים בהכרח לצדדים לגישור. לדוגמה: הצורך להגיע להסכם כתנאי ליצירת תדמית של מצליחן שתביא לו בעתיד מקרי גישור נוספים או "מתחת" הגישור על פני פרק זמן ארוך, שכן המגשר מתוגמל בדרך כלל בהתאם למספר השעות שהקדיש לגישור. כאשר למקצועיותו של המגשר המאפשרת לו לקבל את "ההחלטה הנכונה", החלטה כזו – ככל שהיא קיימת ובין אם היא נוגעת לאמצעי להשגת המטרה או למטרה עצמה – צריכה להיות החלטה נכונה, סובייקטיבית, לגבי כל צד, ולא עבור המגשר.

מהם הביטויים הקונקרטיים לתפיסה רחבה של כבוד האדם בגישור? על האפשרויות הפרשניות שניתן להעניק לזכויות הצדדים בגישור ולחובות המגשר על פי תקנות הגישור ניתן ללמוד ממקורות בתחום הגישור בדרך של משפט משווה. להלן יובאו שני מקורות כאלו – האחד מישראל, והאחר מארצות הברית.

2. כללי עמותת המגשרים

עמותת מגשרי ישראל אימצה בשנת 2003 קוד אתי למגשרים הפועלים במסגרתה.⁵⁰ המדובר בקוד אתי שתוקפו הסכמי-משפטי, השואב את כוחו כלפי המגשרים חברי העמותה מהסכמתם להצטרף לעמותה ולפעול על פי הכללים שאומצו על ידי

⁴⁹ לדוגמה: בפגישה הנפרדת עם המגשר עשוי אחד מהצדדים לגלות לו מידע רגיש ולעמוד על כך שהמידע יישמר בסוד מפני הצד האחר, הגם שגילוי עשוי, לדעת המגשר, לקדם את פתרון הסכסוך. מעניין לראות, כי גם כותבים בתחום הגישור שוגים באימוץ החלוקה המסורתית בין אמצעים למטרה. לדוגמה: Nolan-Haley היא תומכת נלהבת באוטונומיה של הצדדים לגישור ורואה בה אמצעי כנגד פטרנליזם מצד המגשר, אולם בה בעת היא חוזרת על הפרדת הסמכויות המתעתעת שבין המגשר לצדדים, שלפיה המגשר שולט בתהליך, ואילו הצדדים – בתוצאה. ראו Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 NOTRE DAME L. REV. 775, 790–791 (1998–1999): "...mediation autonomy operates as a corrective to paternalism. As a limiting principle, it gives the mediator power to control only the process in which parties' decisionmaking occurs, while the parties retain the power to decide and control the outcome".

⁵⁰ הקוד אושר באסיפה הכללית של העמותה ב-2.9.03 וניתן לצפות בו באתר העמותה www.megashrey-israel.org.il (להלן: כללי העמותה).

מוסדותיה. עקרון האוטונומיה של הצדדים מופיע בכללי העמותה בסעיף המבוא, באמצעות התייחסות ישירה לערך הכבוד ולהיעדר סמכות ההכרעה; ובסעיף 2 באמצעות התייחסות ל"חופש הבחירה וההחלטה".⁵¹

כללי העמותה ממחיש את מימד הרצון החופשי של הצדדים ואת אלמנט ההסכמה כתנאי בסיסי לאוטונומיה. יתירה מזו: הכללים מדגימים את היקפה הרחב של אוטונומיה הצדדים החל בקבלת ההחלטה האם **להיכנס** לתהליך הגישור, עבור בהחלטה האם **להמשיך** ולהשתתף בתהליך וכלה בהחלטה האם **לקבל** את ההסכם המתגבש – כל זאת בתנאים של היעדר לחץ מצד המגשר על מנת להבטיח רצון חופשי.

לכללים הללו ניתן למצוא מקבילות בתקנות הגישור: ראשית, על פי התקנות, הכניסה לתהליך כפופה להסכמת הצדדים. בית המשפט מציע לצדדים להיעזר בהליך גישור – תקנה 3(ב) – אולם הם רשאים לסרב להצעה זו מבלי שתהיה לסירובם השפעה על התוצאות בבית המשפט. שנית, התקנות מדגישות בס' 6(2) ו-8(א) את זכותם של הצדדים להפסיק את הגישור בכל עת. ושלישית, גם תוכנו של הסדר הגישור כפוף להסכמת הצדדים. הדבר נובע מהגדרת הגישור שבסעיף 79ג. לחוק בתי המשפט ובתקנה 1 לתקנות הגישור, שלפיהם אין למגשר סמכות להכריע בסכסוך, כלומר סמכות ההכרעה מסורה לצדדים.

מה אפוא ההבדל בין תקנות הגישור לבין כללי העמותה בהקשרו של מרכיב אוטונומיית הרצון שבכבוד האדם? ההבדל בא לידי ביטוי בדגש שכללי העמותה שמים על כללים אלו (קיבוצם יחד תחת הכותרת "חופש בחירה והחלטה" ואזכור כבוד הצדדים במבוא לכללים), בחובה המוגברת שהם מטילים על המגשר (**לדא** כי השתתפות הצדדים בהליך היא מרצונם החופשי, להבדיל ממתן הודעה בעלמא על זכות זו ובכך לצאת ידי חובה) ובאזכור המפורש של החובה להימנע מהפעלת לחץ על הצדדים (שגם לה ניתן למצוא מקבילה בתקנות אך רק בעקיפין, באמצעות ההנחיה כי

⁵¹ נוסח הסעיפים הוא כדלקמן:

"מבוא"

העמותה רואה כערך עליון את מחויבות חברי העמותה לעיקרון יישוב סכסוכים מתוך כבוד למשתתפים, על דרך ההידברות החופשית ללא סמכות מכריעה, המנוהלת ביושר ובתום לב באמצעות גורם מקצועי ונייטרלי.

2. חופש הבחירה וההחלטה

2.1 המגשר יודא לפני הליך הגישור כי המשתתפים לוקחים חלק בהליך מתוך רצון חופשי, וידוע להם כי זכותם להפסיקו בכל עת.

2.2 המגשר יכבד את חופש הבחירה וההחלטה של המשתתפים ולא יפעיל כל לחץ בין במישרין ובין בעקיפין על מי מהם להמשיך וליטול חלק בהליך הגישור, ואפשר למשתתפים להגיע להסכם מתוך רצונם החופשי.

המשא ומתן יהיה "חופשי" ובדרך של הטלת החובה על המגשר לנהוג בתום לב ובהגינות). הבדלים אלו מחדדים את המסר למגשר באשר הוא בין אם מונה לתפקידו על ידי בית המשפט בין אם לאו: "שמור על כבוד הצדדים. ודא כי הסכמתם לכל שלבי הגישור היא הסכמה אמיתית. הימנע מלחצים וכפייה".

3. הכללים לדוגמה (ארצות הברית)

שלושה ארגונים מובילים בארצות הברית – ארגון הבוררים האמריקני (American Arbitration Association), לשכת עורכי הדין האמריקאית (American Bar Association) וארגון יישוב הסכסוכים (The Association for Conflict Resolution) אימצו בשנת 2005 כללים לדוגמה להכוונת פעילותם של מגשרים.⁵² הכללים החדשים החליפו את הכללים לדוגמה משנת 1994.⁵³ לכללים אין מעמד משפטי מחייב, אולם כפי שמצוין בהם, העובדה שהם אומצו על ידי הארגונים עשויה להשפיע על בתי המשפט בבואם להכריע בדבר סטנדרט ההתנהגות הנדרש ממגשרים.⁵⁴

הכלל הראשון המנוי בכללים לדוגמה הוא כלל ההכרעה העצמית.⁵⁵ כלל זה מדגיש את זכות ההכרעה העצמית של הצדדים, כלומר: את אוטונומיית הרצון שלהם. הוא מגדיר הכרעה עצמית כיכולת של צד לגישור להגיע להחלטה וולונטרית, בלא כפייה ומתוך בחירה חופשית ומדעת, באשר לתהליך ולתוצאה. והכלל מדגיש: הכרעה עצמית נוגעת לכל שלבי הגישור, לרבות בחירת המגשר, תכנון ההליך, השתתפות או פרישה

⁵² Model Standards of Conduct for Mediators (2005). (להלן: (Model Standards (2005) ראו www.abanet.org/dispute/news/ModelStandardsOfConductforMediatorsfinal05.pdf

⁵³ Model Standards of Conduct for Mediators (1994). ראו http://moritzlaw.osu.edu/programs/adr/msoc/pdf/original_standards.pdf (להלן: (Model Standards (1994).

⁵⁴ ראו Model Standards (2005), לעיל ה"ש 52, Note on Construction, בעמ' 3: "These Standards, unless and until adopted by a court or other regulatory authority do not have the force of law. Nonetheless, the fact that these Standards have been adopted by the respective sponsoring entities, should alert mediators to the fact that the Standards might be viewed as establishing a standard of care for mediators".

⁵⁵ ראו שם, Standard IA: "A mediator shall conduct a mediation based on the principle of party self-determination. Self-determination is the act of coming to a voluntary, uncoerced decision in which each party makes free and informed choices as to process and outcome. Parties may exercise self-determination at any stage of a mediation, including mediator selection, process design, participation in or withdrawal from the process, and outcomes".

ממנו וקביעת תוצאתו.⁵⁶

יש לשים לב להבדלים בין נוסח הכללים בארה"ב לדוגמה לבין תקנות הגישור בהקשר הנוכחי: ראשית, זכות ההכרעה העצמית, שהיא ביטוי לאוטונומיית הצדדים, מוגדרת על ידי הכללים לדוגמה כזכות חיובית של הצדדים לגישור. זו זכות העומדת להם מול המגשר (ולמעשה גם מול שאר המשתתפים בהליך הגישור, כגון עורכי הדין המייצגים אותם) ועליו לנהל את התהליך תוך כיבוד זכות זו. לעומת זאת, תקנות הגישור מגדירות את זכות ההכרעה העצמית של הצדדים לגישור על דרך השלילה: המגשר חסר סמכות הכרעה ומתוך כך אנו למדים על זכותם של הצדדים לשלוט בתהליך קבלת ההחלטות. שנית, הכללים לדוגמה מפרטים אחד לאחד, ובסעיף אחד, את כל שלבי ההליך שלגביהם עומדת לצדדים זכות ההכרעה העצמית. לעומת זאת, כמה מתקנות הגישור עוסקות בזכות ההכרעה של הצדדים ונעדרת מהן ההידרשות לקבלת החלטות לגבי ניהול ההליך. מובן, שגם על פי הכללים לדוגמה זכות ההכרעה העצמית של הצדדים אינה מוחלטת, והמגשר עדיין רשאי, וצריך, לנהל את התהליך;⁵⁷ אולם הכלל אינו מותיר צל צלו של ספק: צרכיהם של הצדדים ורצונותיהם הם העומדים במרכז הגישור, ותפקידו של המגשר לסייע בהגשמתם.⁵⁸

⁵⁶ ראו את המשכו של כלל זה שם, Standard IB: "A mediator shall not undermine party self-determination by any party for reasons such as higher settlement rates, egos, increased fees, or outside pressures from court personnel, program administrators, provider organizations, the media or others".

⁵⁷ ראו שם, Standard IA: "Although party self-determination for process design is a fundamental principle of mediation practice, a mediator may need to balance such party self-determination with a mediator's duty to conduct a quality process in accordance with these Standards".

⁵⁸ בהשוואתה את נוסח הכללים החדשים לנוסח משנת 1994 כותבת Weidner: "... the definition of mediation was revised to reflect the overarching importance of party self-determination. Mediation, it states, is a process in which an impartial third party facilitates communication and negotiation and promotes voluntary decision making by the parties to the dispute" Laura E. Weidner, *Model Standards of Conduct for Mediators* (2005), 21 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 547, (2005–2006) 554–555 (ההדגשות אינן במקור) ובה"ש 51, שם, היא מוסיפה: "Another reason the Joint Committee altered the definition of mediation was to respond to the raging debate in the mediation world over facilitative versus evaluative mediation. Facilitative mediation functions on the premise that the disputing parties are in a better position to understand and identify their interests and, therefore, the mediator is merely present to facilitate the disputants' discussions. During an evaluative mediation, on the other hand, the mediator may and is encouraged to play a more active role by giving advice, making assessments, and even predicting outcomes..."

קביעות אלו אינן קביעות בעלמא ולהן השלכה ישירה על האופן שבו על המגשר לנהוג במהלך הגישור ועל היחס שעליו לתת לצדדים. הכללים לדוגמה מייצגים תפיסה רצויה של יחסי מגשר-צדדים לגישור שראוי ליישמה בישראל ושהבסיס הנורמטיבי לאימוצה מצוי בחוק היסוד. להמחשת הטיעון יובאו להלן שתי דוגמאות.

4. דוגמאות להמחשה

(א) מסירת מידע על ידי המגשר לצדדים וכבוד האדם

תקנה 5(ז) לתקנות הגישור אוסרת על המגשר לתת "חוות דעת על שאלה שבמומחיות שהתעוררה במהלך הגישור, אף אם היא בתחום התמחותו". ביסוד איסור זה עומדים כמה שיקולים,⁵⁹ אולם למטרות הדיון יתמקד המאמר בשיקול אוטונומיית הצדדים. חוות דעת מקצועית דומה להכרעה. היא מנתחת את הסיטואציה באמצעות כלים מקצועיים וקובעת תוצאה מסוימת הנראית כנכונה בעיני איש המקצוע. כך, למשל, חוות דעת משפטית מנתחת את המקרה על פי הכללים המשפטיים החלים וקובעת מהי התוצאה המשפטית הנכונה או התוצאה המשפטית שיש להניח כי בית המשפט יאמץ בתום דיון משפטי. פעולה כזו של המגשר אינה מתיישרת עם אוטונומיית הצדדים לגישור היות שהיא חודרת לתחום אחריותם. על פי מהות הגישור ותכליתו, הצדדים הם אלו הבוחרים אילו נורמות יחולו על הסכסוך שביניהם ועל פתרונם. נורמות אלו אינן זהות בהכרח לנורמות המקצועיות שמחיל איש המקצוע על הסכסוך. בדוגמה שניתנה לעיל המגשר מחיל על הסכסוך נורמות משפטיות המובילות אותו לקביעות מסוימות בדבר הצד "הצודק" והצד "הטועה" או בדבר הפתרון "הנכון". אולם הגישור, להבדיל מתהליכים לפתרון סכסוכים המבוססים על זכויות משפטיות, נועד לאפשר לצדדים לנהל דו-שיח ואולי גם לפתור את הסכסוך ביניהם על בסיס מגוון של נורמות – מוסריות, תרבותיות, דתיות ועוד. חוות דעת מקצועית עלולה לסכל מטרה זו. היא מצמצמת את הדיון לגדרן של הנורמות המקצועיות. היא מעצימה את תפקיד המגשר ואת השפעתו ומצמצמת את מעורבות הצדדים בעיצוב השיח והפתרון. חופש הבחירה המהותי של הצדדים נפגע (להבדיל מחופש הבחירה הפורמלי הממשיך להישמר להם, קרי: זכות ההכרעה של הצדדים, האם לקבל את חוות הדעת

On the facilitative to evaluative continuum, the Standards' revised definition of mediation, although it is 'not designed to exclude any mediation style,' seems to fall on the facilitative side, as **the mediator's approach must be consistent with Standard I's commitment to support and respect the parties' decision-making roles.**" (ההדגשות אינן במקור).

⁵⁹ ראו שפירא, לעיל ה"ש 37, בעמ' 419–421.

או לדחותה) היות שהתנאים אשר מתן חוות הדעת יוצר מונעים מהם לממש חופש זה. בכך נפגע כבוד האדם שלהם כצדדים לגישור.

דוגמה זו ממחישה את מורכבות הדיון במושגים עמומים, כגון כבוד האדם. יש לתהות, כיצד מתן חוות דעת מקצועית יכול לפגוע בכבוד האדם? הרי זוהי פעולה שגרתית שמבצעים עורכי דין, רופאים, אדריכלים ובעלי מקצוע אחרים? ואכן, הטענה המועלית אינה כי מתן חוות דעת הוא עניין פסול לכשעצמו, אלא **שזהותו של הגורם** נותן חוות הדעת **והאופן** שבו היא ניתנת קובעים האם מדובר בפעולה פסולה העולה עד כדי פגיעה בכבוד האדם באותן נסיבות. כאשר עורך דין נותן חוות דעת משפטית ללקוחו, הוא מוסר לו מידע רלוונטי הנוגע למצבו החוקי שנועד לסייע לו לתכנן את צעדיו ולקבל החלטות. מתן חוות הדעת מעצים את הלקוח ומחזק את האוטונומיה שלו. לעומת זאת, מגשר הנותן חוות דעת מועל בתפקידו ופוגע באוטונומיה של הצדדים. במקום לסייע לצדדים לנהל משא ומתן חופשי בגבולות שייקבעו על ידם הוא מצמצם את גבולות הדיון באמצעות מיקודו והטייתו.

לכן משמעות כבוד האדם ביחסי מגשר-צד לגישור שונה ממשמעות כבוד האדם ביחסי עורך דין-לקוח. לכן הכללים החלים על מגשר לגבי מסירת מידע בצד לגישור אינם זהים לכללים החלים על עורך דין המוסר מידע ללקוחו; ולכן אותה פעולה תהיה חוקית או בלתי-חוקית, אתית או בלתי-אתית בהתאם לזהותו של מבצע הפעולה. עד כאן טוב ויפה, אלא שתקנות הגישור אינן מסתפקות באיסור על מתן חוות דעת מקצועית, אלא ממשיכות וקובעות באותה תקנה 5(ז):

"המגשר לא ייעץ לבעלי הדין בעניין מקצועי שאינו בתחום התמחותו."

מכאן יהיה מי שיסיק, כי מכיוון שמתקין התקנות בחר לאסור על מתן ייעוץ מקצועי שאינו בתחום ההתמחות של המגשר ואסר על מתן חוות דעת מקצועית שהיא בתחום התמחותו של המגשר, הרי ייעוץ מקצועי בתחום המומחיות של המגשר מותר. אולם מהי הכוונה במילים "ייעוץ מקצועי" ובמה הוא נבדל ממתן חוות דעת? ההבחנה בין חוות דעת מקצועית לבין ייעוץ מקצועי אינה ברורה כלל וכלל.⁶⁰ בהנחה שמתן חוות דעת מקצועית נוגע לקביעה פסקנית והחלטית בסוגיה נידונה, הרי שייעוץ מקצועי בהקשרה של תקנה זו צריך לקבל מובן של מסירת מידע כללי יותר, המבוסס על היכרות מקצועית של המגשר עם העניין. למעשה ניתן לטעון, שהבחירה במילה "ייעוץ" בתקנה זו היתה בחירה שגויה; וכי יש לקרוא אותה במשמעות של ייעוץ מסירת מידע המצוי בידיעת מגשר העוסק באותו תחום ידע ולא במשמעות של ייעוץ מקצועי במובנו השגור, המתקרב במהותו למתן חוות דעת ושלבסיוסו הבעת דעה

60 ראו שם, בעמ' 416–417.

מקצועית בדבר דרכי הפעולה הנכונות, מבחינה מקצועית, במקרה מסוים. זוהי מסקנה הנובעת מהרציונל שהוצג לעיל, קרי: החשש מפגיעה באוטונומיית הרצון של הצדדים. כך יש לקרוא את תקנות הגישור על מנת שתכבדנה את האדם שהוא צד לגישור (להבדיל, כאמור, מאדם שהוא לקוח הפונה לייעוץ מקצועי של עורך דין, או חולה הפונה לקבל ייעוץ רפואי מרופא מומחה). גישה זו מתיישבת הן עם כללי עמותת המגשרים הן עם הכללים לדוגמה.

כללי האתיקה של עמותת מגשרי ישראל דומים לתקנות הגישור באיסור החד-משמעי שהם מטילים על מתן חוות דעת מקצועית על ידי המגשר, אולם יחסם לנושא הייעוץ שונה: הם אינם נדרשים במפורש לייעוץ על ידי המגשר, אלא כורכים את שאלת הייעוץ יחד עם מתן חוות דעת על ידי מומחה חיצוני לתהליך הגישור, שאינו המגשר.⁶¹ מכך משתמע, שעל המגשר להימנע מייעוץ לצדדים, והדרך המועדפת היא הפנייתם על ידי המגשר ליועץ חיצוני אם הדבר אכן נדרש.

מגמה זו מתיישבת גם עם הכללים לדוגמה בארצות הברית. הכללים לדוגמה עברו שינוי בנוסחם בשנת 2005 ומעניין לעמוד על ההבדלים בין הנוסח המקורי לנוסח העדכני. הכללים משנת 1994, שעמדו בתוקפם עד לשנת 2005, לא השתמשו במונח "חוות דעת מקצועית", אלא במילים professional advice – (ייעוץ מקצועי), ודרשו מהמגשר להימנע מלייעץ לצדדים:

"Mixing the role of a mediator and the role of a professional advising a client is problematic, and mediators must strive to distinguish between the roles. **A mediator should therefore refrain from providing professional advice.** Where appropriate, a mediator should recommend that parties seek outside professional advice..."⁶²

נראה אפוא, שהכללים לדוגמה כללו במונח "ייעוץ מקצועי" את המונח "חוות דעת מקצועית" ולא יצרו הבחנה ביניהם באותו אופן שנעשה בתקנות הגישור בישראל. הרציונל שהניע את מנסחי הכללים לאסור על ייעוץ באמצעות המגשר היה החשש

⁶¹ כללי העמותה, לעיל ה"ש 50, קובעים בס' 3.8 כדלקמן: "חוות דעת מקצועית – המגשר ימנע ממתן חוות דעת מקצועית למשתתפים או מי מהם בכל נושא אשר התעורר במהלך הגישור אף אם הוא בתחום התמחותו". כותרתו של ס' 3.9 היא "הפניה למומחה", ובס' 3.9.1 נאמר: "המגשר ימליץ למשתתפים, במידת הצורך, לפנות לקבלת ייעוץ ו/או חוות דעת מומחה".

⁶² ראו Model Standards (1994), לעיל ה"ש 53, Comments to Standard (ההדגשות אינן במקור).

שמגשר החובש כמה כובעים (למשל: מגשר שהוא עורך דין או מגשר-פסיכולוג) ישלב את עיסוקיו המקצועיים ויחצה את הקו המפריד ביניהם. המסר למגשר היה שאל לו לעשות כן, ואם לדעתו הצדדים זקוקים לייעוץ מקצועי רלוונטי, גם כשייעוץ כזה נמצא בתחום מומחיותו, עליו להפנות את הצדדים למומחה חיצוני שיספק להם את הייעוץ המקצועי הנדרש.

בשנת 2005 התפרסם הנוסח החדש של הכללים לדוגמה ובו נזנחה לחלוטין ההתייחסות ל"ייעוץ מקצועי" אסור, אם כי נותרה האזהרה למגשר שלא לערב בין תפקידיו המקצועיים השונים. כלל VI.A.5 קובע עתה כדלקמן:

"The role of a mediator differs substantially from other professional roles. Mixing the role of a mediator and the role of another profession is problematic and thus, a mediator should distinguish between the roles. **A mediator may provide information** that the mediator is qualified by training or experience to provide, only if the mediator can do so consistent with these Standards."⁶³

נראה, כי הכללים לדוגמה בנוסחם החדש מעדיפים להתמקד במה **שמותר** למגשר לעשות (מסירת מידע) ולא במה שאסור למגשר לעשות (ייעוץ מקצועי). אבל מידה מסוימת של אי-בהירות נותרה: מהי "מסירת מידע"? איזה מידע רשאי המגשר למסור לצדדים? במה שונה מסירת מידע מייעוץ מקצועי?

כאמור, בכללים לדוגמה נקבע כי המגשר רשאי למסור לצדדים **מידע המצוי בתחום הכשרתו או נסיונו**.⁶⁴ האם משמעות הדבר היא, שמגשר-עורך דין הבקי בהשלכות המשפטיות של הסכסוך רשאי למסור מידע לצדדים לגבי זכויותיהם וחובותיהם המשפטיות? האם המגשר-עורך הדין רשאי לומר להם מה צפוי בית המשפט לקבוע בעניינם, על סמך הכשרתו המשפטית ונסיונו בפרקטיקה המשפטית?

על התשובה ניתן ללמוד מהמגבלה המוטלת על פעולת מסירת המידע על ידי המגשר: המגשר רשאי למסור מידע לצדדים בתנאי שמסירת המידע **מתיישבת עם שאר הכללים** המחייבים אותו.⁶⁵ למה הכוונה? ההערות לכללים מדגישות במיוחד, שעל מסירת המידע **להתיישב עם כיבוד עקרון ההכרעה העצמית של הצדדים ועקרון**

⁶³ Model Standards (2005), לעיל ה"ש 52 (ההדגשות אינן במקור).

⁶⁴ "A mediator may provide information that the mediator is qualified by training or experience to provide,..." (שם).

⁶⁵ "...only if the mediator can do so consistent with these Standards" (שם).

היעדר משוא הפנים מצד המגשר:

"[The Standard] supports the mediator sharing information that he or she is qualified by training or experience to provide only if it is done in a manner consistent with other Standards, **most notably promoting party self-determination and sustaining mediator impartiality.**"⁶⁶

בהתמקדות במידע משפטי, מסירת מידע לגיטימית עשויה לכלול לדוגמה סקירה של העקרונות המשפטיים הכלליים הרלוונטיים למקרה, מתן אינדיקציה כללית לגבי סוג הפתרונות המשפטיים שבתי משפט הגיעו אליהם בעבר בנושאים ספציפיים (למשל: הטווח הסביר של סכומים שנפסקו) וסיוע בהגדרת נושאים המצריכים בחינה משפטית לקראת קבלת ייעוץ משפטי חיצוני.⁶⁷

גם במקרה של מסירת מידע באופן שתואר לעיל על המגשר להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבות וייתכן שיהיה עליו לפעול בדרך שונה. לדוגמה: הצבעה על העקרונות המשפטיים הכלליים החלים על מקרה הגישור עלולה לפגוע בתפיסת

⁶⁶ ראו שם, Reporter's Notes, בעמ' 18 (ההדגשות אינן במקור). הציטוט הוא חלק מדברי ההסבר לשינויים שבנוסח הכללים החדשים: "Standard VI (A) (5-8) reflects an effort to reorganize and distinguish more sharply among related but importantly different directions to the mediator. [Standard] VI (A)(5) announces that the mediator's role differs substantially from that of other professional roles; the goal is to distinguish between a mediator's role and such other roles as being a lawyer, mental health counselor, and the like. Yet, (A)(5) also recognizes that the insights and training the mediator draws upon to assist parties in mediation might simultaneously constitute an important element of enabling a mediator to be competent and effective to serve the parties in that setting and be drawn from the mediator's training and experience in those other professional roles. So, the language of VI (A) (5) recognizes the differing roles that a mediator as an individual assumes in his or her life and then supports the mediator sharing information that he or she is qualified by training or experience to provide only if it is done in a manner consistent with other Standards, most notably promoting party self-determination and sustaining mediator impartiality" (שם, בעמ' 17-18).

⁶⁷ ראו LAURENCE BOULLE & MIRYANA NESIC, MEDIATION: PRINCIPLES PROCESS PRACTICE 172 (2001). אולם יש להכיר בכך שהבחנה בין מסירת מידע לבין ייעוץ אינה חדא וברורה בכל המקרים: "... the distinction between information and advice will not always be easy to sustain and disputing parties might be forgiven for mistaking the former for the latter" (שם).

הנייטרליות של המגשר במצבים מסוימים, במיוחד בנסיבות שבהן העקרונות המשפטיים נוטים לכאורה להעדיף את עמדת אחד הצדדים. במצבים כאלו טוב יעשה המגשר אם המידע יגיע לידיעת הצדדים באמצעות גורם חיצוני ולא ישירות באמצעותו.

לסיכום, הדיון לעיל מתווה את דרך הפרשנות הראויה של תקנות הגישור מתוך הכרה במעמדו המיוחד של עקרון אוטונומיית הצדדים לאור חוק היסוד ובהתאם לתכליתו של הליך הגישור. פרשנות כזו תקבע, כי המגשר רשאי למסור לצדדים מידע כללי המצוי בתחום הכשרתו או נסיונו מבלי שהוא מערב בין תפקידו כמגשר ובין תפקידו כמומחה בתחום מקצועי אחר, תוך שמירה על חופש הבחירה של הצדדים ועל תפיסת הנייטרליות שלו.

(ב) הסכמת הצדדים לאופן ניהול ההליך על ידי המגשר

כאמור, הליך הגישור מבוסס על הסכמת הצדדים מתחילתו ועד סופו. תקנות הגישור מתייחסות לשלושה סוגי הסכמה: הסכמת הצדדים לפנות לגישור (תקנה 3(ב)); הסכמת הצדדים להמשיך ולהשתתף בהליך או לחלופין לפרוש ממנו בכל עת (תקנות 6(2) ו-8(א)); והסכמת הצדדים לתוצאת הגישור (הגדרת הגישור שבס' 79 ותקנה 1, שלפיה אין למגשר סמכות להכריע בסכסוך).

תקנות הגישור אינן עוסקות בסוג נוסף של הסכמה המתחייב מכבוד האדם בגישור – ההסכמה **לאופן ניהול** הגישור. ניהול ההליך בא לידי ביטוי בקבלת החלטות לגבי שורה ארוכה של נושאים טכניים לכאורה, כגון מקום הגישור, משך המפגשים, סדר הדוברים, קביעת נושאים לדיון, קיומן של פגישות נפרדות, הערכת הצעות לפתרון שהועלו על ידי הצדדים, הצעת פתרונות ביוזמת המגשר ועוד.

אולם גם להחלטות פרוצדורליות מסוג זה ישנן השלכות על מהות הגישור (עיצוב תוכני הגישור והסדר הגישור) ולהן פוטנציאל פגיעה באוטונומיית הצדדים.⁶⁸ הבנה זו צריכה להוביל למסקנה, שעל הצדדים להיות שותפים לקבלת החלטות אלו ואין להותירן בידי המגשר בלבד. לדוגמה: גם להחלטות תמימות לכאורה של המגשר – כגון איזה צד יקבל את רשות הדיבור? מתי ידבר? ואיזה נושא יידון? – ישנה השפעה על מהות הסכסוך.⁶⁹

⁶⁸ ראו, למשל, Leonard L. Riskin, *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, 79 NOTRE DAME L. REV. 1, 28 (2003–2004): "...process decisions offer countless choices and opportunities for the development – or suppression – of self-determination".

⁶⁹ ראו, למשל, Trina Grillo, *The Mediation Alternative : Process Dangers for Women*, 100 YALE L. J. 1545, 1585 (1990–1991): "Mediators ... exert a great deal of 397

לכן בפועל קשה מאוד ליצור הבחנה ברורה בין תהליך לבין תוכן, וגם התערבויותיו של המגשר בתהליך משפיעות על תוכן הגישור ותוצאתו. זוהי תופעה שלא ניתן להימנע ממנה, אולם היא מעוררת שאלות הרלוונטיות לנושא כבוד האדם בגישור, שכן לכאורה פעולת המגשר מכרסמת באוטונומיית הצדדים ובזכותם לקבל החלטות המשפיעות על עניינם.

במילים אחרות, היות שהפרדה בין שליטה בתהליך לשליטה בתוצאה אינה הפרדה חדה וברורה, כדי שיהיה ניתן ליישם **תפיסה עשירה ומורכבת של אוטונומיית הצדדים**, יש להכיר בהשפעת ההחלטות הפרוצדורליות של המגשר על מהות הגישור (תוכנו ותוצאתו) ובהתאם לכך **להגביל את שליטת המגשר בתהליך ולשתף את הצדדים בקבלת ההחלטות הללו**.⁷⁰

הדוגמה הבאה תמחיש רעיון זה: בכל הליך גישור יש צורך לקבוע אילו נושאים יידונו ומה סדר הדיון בהם. קביעת הנושאים וסדר העדיפות לדיון בהם יכולה להתבצע על ידי המגשר, כחלק ממנדט הפעולה שלו כמנהל ההליך. לגישה זו יתרונות: היא ממקדת את הצדדים ואת הסכסוך, היא יעילה וחוסכת זמן והיא ממחישה את שליטת המגשר בתהליך – דבר העשוי לסייע לו בהמשך הגישור. לכאורה גישה זו יכולה להתיישב עם תקנות הגישור. אמנם, התקנות אינן עוסקות במפורש בסוגיית קביעת הנושאים לדיון, אך בסעיף 11 להסכם המצוי, שהוא נספח לתקנות הגישור, נקבע:

“הליך הגישור יתנהל לפי נהלים אלה:

(א) ...;

(ב) המגשר יקבע את סדרי הגישור, ככל שלא נקבעו על פי דין;

power The mediator also can set the rules regarding who talks, when they may speak, and what may be said. The power of the mediator is not always openly acknowledged but is hidden beneath protestations that the process belongs to the parties. This can make the parties feel less, not more, in control of the process and its consequences for their lives. There is much room for, but little acknowledgment of, the possibility of the mediator's exhibiting partiality or imposing a hidden agenda on the parties.” Riskin, *ראו גם* Riskin, שם, בעמ' 31 ה"ש 123, המביא כדוגמה את השלכות ההחלטה מי מהצדדים יציג את סיפורו ראשון: “The decision about who speaks first can have a powerful effect on determining the dominant 'story' of the dispute for purposes of the mediation.”

⁷⁰ להרחבה על חשיבותה של שקיפות פעולות המגשר ביחסיו עם הצדדים לגישור ראו Michael Moffitt, *Casting Light on the Black Box of Mediation: Should Mediators Make Their Conduct More Transparent?*, 13 OHIO STATE J. ON DISP. RESOL. 1 (1997–1998).

(ג) ...

אולם כפי שהוצג לעיל, להחלטה מסוג זה יכולות להיות השלכות מהותיות על תוכן הגישור, ואולי גם על הפתרון שיושג בסיומו. הגדרת הנושאים לדיון דוחה מסדר היום נושאים אחרים שהיו עשויים להידון ולהשפיע על הסכסוך ופתרונו, והחלטות שמתקבלות בתחילתו של משא ומתן משפיעות על עיצוב התוצאה הסופית של המשא ומתן.⁷¹ האם נכון להותיר החלטה זו בידי המגשר בלא כל מגבלה? האם קביעת הנושאים על ידי המגשר בלא שיתוף הצדדים אין משמעותה פגיעה בעצמאות הצדדים לקבל החלטות והתייחסות שאינה מכבדת אותם כשווי ערך למגשר, קרי: פגיעה באוטונומיית הצדדים ובכבודם?

הכרה בכך שלקביעת הנושאים אשר יידונו במהלך הגישור ולקביעת סדר הדיון בהם עשויה להיות השפעה על תוכנו של הגישור, על החלופות השונות שיידונו במהלכו ועל הסדר הגישור, מובילה למסקנה שכיבוד אוטונומיית הצדדים משמעותו בראש ובראשונה **שיתוף פעיל** של הצדדים בקביעת הנושאים לדיון וסדר הדיון בהם. וכל זאת מפני שהיחס הראוי אל צדדים בהליך גישור הוא כאל שותפים מרכזיים ועצמאיים בקבלת החלטות המעצבות את המשך הדיון בעניינם.⁷²

הצדדים אינם חייבים כמובן לקבוע את הנושאים לדיון וייתכנו נסיבות שבהן הם יעדיפו כי המגשר הוא שיעשה זאת. זוהי זכותם, אולם מחובתו של המגשר במקרים אלו להסביר להם, שלקביעה זו יכולה להיות השפעה על תוכן המשא ומתן ביניהם ועל תוצאת הגישור ולאפשר להם להחליט, על בסיס ידיעה והבנה זו, להעביר את האחריות לכך למגשר או להשתתף בכל זאת בקביעת סדר היום. מגשר הפועל בחוסר שקיפות ואינו משתף את הצדדים במידע זה, פוגע באוטונומיית הצדדים ובכבודם.

מן הראוי לשוב ולהצביע על כך, שגישת זו מתיישבת עם המגמה הבאה לידי ביטוי בנוסח החדש של הכללים לדוגמה בארצות הברית, הקובע כי אוטונומיית הצדדים נוגעת גם לשותפות בקבלת החלטות שעניינן התהליך עצמו⁷³ (להבדיל מתוצאתו) וכי חובות המגשר בניהול ההליך כוללות גם את החובה לקדם את השתתפות הצדדים

⁷¹ ראו, למשל, Michael Watkins, *Principles of Persuasion*, NEGOTIATION J. 115, 129 (2001): "Decision-making processes are like rivers: big decisions draw on preliminary tributary processes that define the problem, identify alternatives, and establish criteria for evaluating costs and benefits. By the time the problem and the options have been defined, the actual choice may be a foregone conclusion. This is why it is so important to shape the decision-making agenda early on".

⁷² ניתן להצביע על שיקולים נוספים התומכים בגישה זו, כגון השמירה על נייטרליות המגשר ועל הגינות הגישור. להרחבה ראו שפירא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 245–246, 280.

⁷³ ראו Model Standards (2005), לעיל ה"ש 52, Standard I. A.

בתהליך.⁷⁴ מבחינה זו הכללים לדוגמה מייצגים תפיסה "רחבה" ועשירה יותר של אוטונומיה והכרעה עצמית מזו הבאה לידי ביטוי בנוסח ה"רזה" של תקנות הגישור וכללי העמותה. אולם חוק היסוד וכבוד האדם המעוגן באמצעותו מסמנים תפיסה זו כתפיסה ראויה של תפקיד המגשר ושל זכויות הצדדים בגישור. בהתאם לכך, פרשנות ראויה של תקנות הגישור ושל הוראות ההסכם המצוי תעמוד על שיתוף הצדדים על ידי המגשר בתהליך קבלת החלטות הנוגעות לניהול הגישור.

ה. סיכום

מאמר זה נועד לבחון את ההשפעה אשר מן הראוי שתהיה לחוק היסוד, על הליך הגישור. היות שהמשטר המשפטי החל על הגישור בישראל נקבע ברובו בחוק בתי המשפט ובתקנות הגישור, התמקד המאמר בשאלת פרשנותם הראויה לאור חוק היסוד. בשל רוחב היריעה וקוצר המקום, התמקד הדיון במשמעותה של אוטונומיה הרצון החופשי של צדדים לגישור כמרכיב מרכזי בהגדרתו של כבוד האדם בגישור. את מושג האוטונומיה ניתן לפרש בדרכים שונות, וחוק היסוד מוביל למסקנה שהפרשנות הראויה לאוטונומיה הצדדים בגישור היא תפיסה רחבה של מושג זה, התומכת בשותפות פעילה של הצדדים בגישור בתהליכי קבלת ההחלטות בתוך ההליך, בשקיפות מצד המגשר ובהעצמה של הצדדים. קבלת מסקנה זו מביאה להכרה בקיומן של חובות נורמטיביות מסוימות ביחס להתנהגות המגשר והצדדים לגישור הן בתחום המשפטי הן בתחום האתי. המאמר מדגים את ההשלכות היישומיות של ניתוח זה באמצעות דיון בשני מצבים: מסירת מידע מקצועי על ידי המגשר לצדדים וקבלת הסכמת הצדדים לאופן ניהול הגישור.

הניתוח הנורמטיבי שהוצע במאמר זה רלוונטי הן לאתיקה של העיסוק בגישור הן למשטר המשפטי החל על העיסוק בגישור. הקרבה בין תחומי האתיקה והמשפט אינה ייחודית לגישור, אולם טשטוש הגבולות במקרה של הליך הגישור חריף במיוחד בשל שילובם של כמה גורמים: ראשית, תקנות הגישור הן בעת ובעונה אחת נורמות משפטיות וקוד אתי לעוסקים בגישור; שנית, העיסוק בסוגיות אתיות בתחום הגישור בישראל נמצא בחיתוליו ואין בנמצא מוסד אתי הדן בשאלות אתיות, קובע נורמות אתיות ומפרסמן; ושלישית, הדיון המשפטי בשאלות הקשורות לניהול הליכי גישור,

⁷⁴ ראו שם, Standard VI. A. לשיקולים נוספים התומכים בקידום אוטונומיה הצדדים והגברת רמת מעורבותם בתהליך ראו Omer Shapira, *Joining Forces in Search for Answers: The Use of Therapeutic Jurisprudence in the Realm of Mediation Ethics*, 8 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 243, 256–259 (2008).

חובות המגשר וזכויות הצדדים מועט ביותר. במצב זה קשה לקבוע מהו המצב הנורמטיבי הקיים הן ברמה המשפטית הן ברמה האתית וקשה לשרטט בבטחה את הקו המפריד בין נורמה משפטית החלה בגישור ובין נורמה אתית החלה בגישור. באשר לרמה המשפטית, ניתן לשוב ולצטט את דבריה של קרפ שהובאו לעיל, עם ההתאמות המתאימות בהקשרו של הגישור:

"... מהו, בסופו של חשבון, כבוד האדם [בגישור], המוגן על פי חוק היסוד הגנה חוקתית על-חוקית? אפשר שהתשובה לעת הזאת היא: כבוד האדם [בגישור] הוא מה שבית-המשפט ייקבע שהוא כבוד האדם [בגישור], בתהליך של פיתוח והתנסות, ומה שהמחוקק יגדיר כ"כבוד האדם [בגישור]" כתגובה לאותו תהליך.⁷⁵

דבריה של קרפ משקפים את גישתו של ה' ל' א' הארט, שלפיה נורמות המשפט נקבעות על ידי בית המשפט בהתאם לכלל הזיהוי, וכלל הזיהוי עצמו משקף את הפרקטיקה השיפוטית.⁷⁶ יש להניח, כי העמימות הנורמטיבית תתפוגג עם התפתחותם והתמסדותם של העיסוק בגישור ושל העיסוק בהיבטים האתיים והמשפטיים שלו. רצוי היה לקדם את יצירת המוסדות האתיים, שכן בהיעדר הסדר אתי מפותח של תחום הגישור עלול בית המשפט להתערב ולהחיל נורמות משפטיות במקום שהאתיקה מתאימה יותר, או לחילופין – להימנע מלהתערב ולהשאיר חלל שאינו מוסדר נורמטיבית במחיר פגיעה בצדדים לגישור ובהליך עצמו.

מאמר זה מדגיש כי כבוד האדם בגישור, במשמעו כשמירה על אוטונומיות הצדדים לגישור, אינו מסתפק בשמירת כוח ההכרעה לגבי תוצאת הסכסוך בידי הצדדים ואי-העברתו לצד שלישי. כדי שאוטונומיה זו תהיה אמיתית ומהותית עליה לכלול גם מרכיב של הגבלת השליטה של הצד השלישי בניהול ההליך ושמירת הכוח בידי הצדדים הן באשר לעיצוב תוכן הגישור הן באשר לקביעת התוצאה. פרשנות זו תואמת את הרציונל שבחוק היסוד ומתיישבת עם הערכים המגולמים בו.

⁷⁵ ראו קרפ, לעיל ה"ש 25, בעמ' 159 (התוספות אינן במקור).

⁷⁶ ראו H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 110–112 (2nd ed., 1994). להרחבה ראו עומר שפירא תורת המשפט – פרקי מבוא 81–83 (2007).