

“עז כנמר”: הרהורים על מהפכת “המשפט השיתופי” ועל עריכת-דין שיתופית בישראל

דפנה לביא*

רבות כבר נכתב על תרומתה החברתית של תנועת ה-ADR (Alternative Dispute Resolution), על מגוון דרכיה הפרטיקולריות. מאמר זה מתמקד באחת מדרכיה החדשניות של תנועה זו – המשפט השיתופי (Law Collaborative) – ומעלה את התובנה שלפיה עוצמתה והשלכותיה של תנועה זו טרם התגלו במלואן. אחת מהשלכותיה העוצמתיות, המובאת במאמר זה, היא מהפכתו של המשפט השיתופי.

המאמר מציג מהפכה זו על שני פניה – הרעיוני והיישומי. תרומתה המרכזית של המהפכה, לטענת המאמר, טמונה בכך שהיא ממשיגה מחדש את תפקידו של עורך-הדין העוסק בדיני משפחה ומסמנת מהפך בעיצובו. עיצוב מחדש של תפקיד עורך-הדין, אשר נדמה במבט ראשון כתוצר משני ופחות בחשיבותו של הליך חלופי ליישוב סכסוכים, עשוי להתגלות כנקודת-ציון בדרך לעידן חדש בהגדרת מקצוע המשפטים, ולפיכך כתרומה יקרת-ערך של תנועת ה-ADR לעולם המשפט המתפתח. בחלקו השלישי של המאמר מובאת ביקורתם של המלומדים על המשפט השיתופי והדילמות האתיות הייחודיות שפרקטיקה זו מעוררת. כתשובה המאמר מציע קווים מנחים ראשוניים לחקיקתו של קוד אתי עתידי לעריכת-דין שיתופית בישראל, כחלק ממודל כללי לאימוצו המוצע של ההליך בארץ.

מבוא

פרק א: “משפט שיתופי” – הגדרה ומהות

1. שורשים רעיוניים
2. פרקטיקה מגוונת
3. נאמנות הצדדים

* דוקטור, מרצה במכללת “שערי משפט”. תודתי נתונות לד”ר פרץ סגל ממשרד המשפטים, לד”ר סוזן זיידל וכן לעורך-הדין והמגשר ניר מלמד על הערותיהם המאירות והמועילות. תודה גם לחברי מערכת **משפט ועסקים** ולעורך שחר פרידמן על עבודתם המקצועית והמסורה.

4. אופיו של המשא-ומתן בהליך
 5. יתרונות נטענים
- פרק ב: מהפכת המשפט השיתופי
1. מהפכה קונספטואלית
 2. מהפכה "מן השטח"
 3. מהפכה קודיפיקטיבית – משפט משווה
 4. מהפכת עורך-הדין השיתופי – כאשר הנמר הופך את חברבורותיו
- פרק ג: הביקורת על המשפט השיתופי – "היהפוך נמר חברבורותיו!"
1. שאלת המצוי
 2. שאלת הראוי
- (א) טובת הלקוח או טובת הצדדים
 (ב) שיתוף מול לעומתיות
 (ג) ייצוג מוגבל ותניית הפרישה
 (ד) חובת הסודיות מול גילוי משתף
 (ה) ניגוד אינטרסים
- פרק ד: תשובה למבקרים – לקראת כינונו של מודל משפט שיתופי בישראל
1. קוד אתי לעריכת-דין שיתופית בישראל – קווים מנחים
- (א) סעיף מטרות כללי
 (ב) חובותיו של עורך-הדין השיתופי
 (ג) הסכם ארבעת הצדדים
 (ד) תניית הפרישה
 (ה) חובת הסודיות
 (ו) הסכמה מדעת
 (ז) הכשרה ומיומנות
 (ח) מודעות והסברה לעריכת-דין שיתופית
2. "צינור הקליטה" למשפט הישראלי – המטרייה החקיקתית המוצעת
- סיכום ומסקנה

מבוא

הליך "המשפט השיתופי" (collaborative law), נושאו של מאמר זה, הינו אחת מדרכי ה-ADR (Alternative Dispute Resolution) – אותן דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים (חלופיות להליך הדיוני המתנהל בבית-המשפט) אשר קונות להן אחיזה בעשורים האחרונים בפקוחן ובעידודן של מערכות בתי-המשפט בעולם. עם הבולטות מבין דרכים חלופיות אלה ניתן למנות את הבוררות (arbitration), הגישור (mediation),

הפישור (conciliation), הגישבור (med-arb), הערכה ניטרלית מוקדמת (ENE), "זעיר-משפט" (mini-trial), קביעת ממצאים (fact-finding) ועוד. אלא שהמשפט השיתופי אינו סתם דרך נוספת ליישוב סכסוכים – הא ותו לא. מן הפן המעשי הליך המשפט השיתופי מנסה לשנות כמה מן הנורמות המנחות את הפרקטיקה של עולם המשפט, ויוצר סוג חדש של פרקטיקה. מן הפן הרעיוני-הקונספטואלי מדובר במהפכה של ממש. קיימת כאן קריאת-תיגר: הליך המשפט השיתופי מעורר שאלות נוקבות הנוגעות בלב תפקידו של עורך-הדין ובלב התבנית השמרנית-המסורתית של יישוב סכסוכים באמצעות הכרעה כופה וחיצונית (לצדדים). שאלות כאלה הן אומנם נחלתן של רבות מדרכי ה-ADR, אך חידושו וערכו המוסף של המשפט השיתופי נעוצים בהתמקדותו בעורך-הדין המלווה את הסכסוך (להבדיל מהתמקדות בצדדים לסכסוך), ובהוותו הזדמנות לפריצת-דרך בעיצוב מחדש של תפקיד עריכת-הדין ויישומו המעשי. מטרתו הראשונה של מאמר זה היא אם כן להציג את המשפט השיתופי לקורא הישראלי, תוך הדגשת תרומתו הייחודית למהפכת עריכת-הדין בכלל ובישראל בפרט.

ככל שתפקיד עורך-הדין ממשיך להתפתח – עם כניסתן של פרקטיקות רב-שיפוטיות (multi-jurisdictional) ופרקטיקות רב-תחומיות, פירוקם (unbundling) של שירותים משפטיים¹ ותפקודם של עורכי-דין בכובע של מגשרים או כמייצגי צד בגישור, כבוררים, כיועצים משפטיים או כבאי-כוח במשא-ומתן ובמשא-ומתן שיתופי – הדילמות האתיות המשחרות לפתחם נעשות מורכבות יותר ויותר. מורכבות התפקידים שעורכי-דין נושאים כיום – עם הצמיחה המהירה של שיטות ADR מגוונות, פורמליות ולא-פורמליות, שבהן עורכי-דין מייצגים צדדים ב-ADR או פועלים כספקים של שירותי ADR, בהביאם אוריינטציות פילוסופיות שונות לפרקטיקה המשפטית – מחייבת עורכי-דין להתמודד עם סוגיות אתיות אשר טרם נחזו לפני עשור או שניים.

עם התפתחותו של תפקיד חדש לגמרי, ולעיתים לא מוגדר עד הסוף, ששמו "עריכת-דין במשפט שיתופי", מתעוררות כמה שאלות מעשיות ואתיות, אשר עד כה לא ניתנו להן תשובות חד-משמעיות. האם משפט שיתופי מייצג רה-אוריינטציה משמעותית בתפקיד עורך-הדין ביחס למערכת המשפטית או מודל אחר של משפטנות הקשור באופן מהותי לשיטה האדוורסרית של צדק? כך או כך, לא יהא זה אחראי להתעלם מההשלכות האתיות של אוריינטציה חדשה זו על הפרקטיקה של עולם המשפט. נדמה כי העלאת הסוגיות, הנסיונות ללבןן ואף עצם העיסוק בהן מקבלים משנה תוקף בימים אלה, לנוכח התפתחות קודיפיקטיבית חשובה מן העת האחרונה הקשורה לחקיקתו של "חוק משפט שיתופי אחיד" (Uniform Collaborative Law Act) בארצות-הברית, אשר נעשתה מתוך רצון לתרום ליציבות ולהומוגניות הביין-מדינתית בכל הנוגע בפרקטיקה של ההליך.

1 Larry Spain, *Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law*, 56 BAYLOR L. REV. 141, 149 (2004).

מטרתו השנייה של מאמר זה מתמקדת, אם כן, בליבון הביקורות האתיות על ההליך, מתוך ניסיון להציב תשתית, התחלתית לפחות, לחקיקה עתידית בארץ – אתית ואחרת – של עריכת־דין שיתופית.

מאמר זה כולל חמישה פרקים נוסף על פרק המבוא. פרק א דן בהגדרתו ובמהותו של המשפט השיתופי. פרק ב מתאר את מהפכת המשפט השיתופי – ההתפתחות הממוסדת בצד הצמיחה מן השטח, והיסודות הרעיוניים בצד היישומים שבפרקטיקה. פרק ג מנתח את הביקורת על המשפט השיתופי. תוך דיון בשאלות הרצוי והמצוי, הוא מציג שורה של דילמות אתיות המלוות את ההליך. פרק ד מביא את תשובתו של המשפט השיתופי למבקרו, ומציג קווי־יסוד מנחים לכינונו של קוד אתי לעריכת־דין שיתופית בישראל בצד "צינור קליטה" נורמטיבי להליך, והכל כהשראה לאימוצו המוצע של מודל המשפט השיתופי בארץ. פרק ה הוא פרק הסיכום, ובו מובאת גם מסקנתו של המאמר.

פרק א: "משפט שיתופי" – הגדרה ומהות

המשפט השיתופי מוכר בעולם כאחת מדרכי ה-ADR – אותן חלופות להליך הדיוני – והוא שכיח ושמיש בעיקר בתחום של דיני משפחה. משפט שיתופי מוגדר כהליך שבו בני־זוג השוקלים פרידה וגירושים מסכימים, בשיתוף עם עורכי־דינם, לנקוט את מירב המאמצים לנסות ליישב בתום־לב את הסכסוך שביניהם, ללא פנייה להתערבות משפטית.² הליך המשפט השיתופי כולל הסכם חתום על־ידי הצדדים לכך³ וכן "הסכם שבו עורכי־הדין של הצדדים מסכימים לא לשמש באי־כוח בהתדיינות משפטית, מלבד בבקשה לאישור הסכם ההסדר".⁴ למעשה, ליבו של המשפט השיתופי הוא "הסכם ארבעת הצדדים" (four-way agreement), המכונה גם "הסכם ההשתתפות", שבו הצדדים מביעים בחתימה את הסכמתם לא לפנות לערכאות משפטיות כל זמן התנהלותו של הליך המשפט השיתופי. אם אחד הצדדים פונה בכל־זאת לערכאה משפטית, או אם נקבע מועד למשפט לאחר שהליך המשפט השיתופי לא הצליח להניב הסדר בין הצדדים, ההסכם דורש את פרישתם המיידית של שני עורכי־הדין מהמשך ייצוגם של הצדדים בכל

2 הגדרה זו מצויה בתקנון של קרולינה הצפונית – מן המדינות הראשונות שאימצו את ההליך בחקיקה. Elizabeth K. Strickland, *Putting "Counselor" Back in the Lawyer's Job*. *Description: Why More States Should Adopt Collaborative Law Statutes*, 84 N.C.L. REV. 979, 1004 (2006).

3 "הסכם המשפט השיתופי" מוגדר כ"הסכם כתוב וחתום על־ידי הצדדים ועורכי־דינם, המכיל אישור של הצדדים ברבר נכונותם לנסות ליישב את הסכסוכים שעלו במערכת הנישואים בהתאם להליכי משפט שיתופי". Strickland, שם. התרגום כאן, כמו כל התרגומים בהמשך המאמר, הם שלי.

4 שם.

הליך עתידי.⁵ נוסף על כך קיימים בהליך גם חיסיון בצד חובת סודיות, שלפיהם כל האמירות, חילופי הדברים ופירות העבודה (work product) אשר נעשים בהליך המשפט השיתופי או צומחים ממנו על-ידי מי מהצדדים, מעורכי-הדין או ממומחי הצד השלישי יהיו חסויים ובלתי-קבילים בכל הליך שיתנהל לאחר-מכן בבית-משפט, אלא בהסכמת הצדדים.⁶

1. שורשים רעיוניים

שורשיו הרעיוניים של המשפט השיתופי, המהווה פנים חדשים יחסית בנוף ה-ADR, נוצרים בהליך הגישור ובעורכי-דין שעברו הכשרה גישורית וחפצו ליישמה (בשל יתרונותיה) גם בתיקים שאינם תיקי גישור. הולדתו של ההליך בשנות התשעים, כאשר עורכי-דין לענייני משפחה ובעלי-מקצוע נוספים בארצות-הברית ובקנדה ניסו ליצור חלופה להתדיינות המסורתית ולהליך הגישור כאחד.⁷ בבסיס הניסיון לפתח את הליך המשפט השיתופי דווקא בתיקי משפחה עמדה ההכרה כי במיוחד בתיקי גירושם הצדדים לקונפליקט נהפכים ליריבים באופן אישי ביותר, והבעיות הרגשיות-האישיות, הנוטות להתלכד עם הבעיות המהותיות, מולידות מחיר קשה (מבחינתם ומבחינת ילדיהם) תחת חסותו של ההליך השיפוטי. עורכי-דין המטפלים בתיקי גירושם ומשמורת נפגשים בקביעות עם אנשים כואבים, כועסים, חרדים, רגריסיביים, ומעל לכל – פגיעים מאוד. למעשה, כך נטען, סיומה של מערכת נישואים הוא חוויה רגשית שבה כל אחד מהצדדים אינו יכול כמעט להימנע מלראות את רעהו כיריב.⁸ אי-אפשר להתעלם מן העובדה ששיטת ההתדיינות האדוורסרית רק מחריפה את הבעיה. בשיטת ההתדיינות האדוורסרית הצדדים נתפסים כיריבים הנלחמים על עוגת משאבים מוגבלת. ה"משחק" הדיוני המתנהל בבית-המשפט נתפס כ"משחק סכום אפס" (the zero-sum game), קרי, זכייתו של האחד היא תמיד על-חשבון האחר. ההתדיינות המשפטית (בין כותלי בית-המשפט) מסלימה את רמת הקונפליקט, והדבר תורם במקרים רבים ישירות להרס הרגשי המתחולל אצל הזוגות המתגרשים וילדיהם. התהליך שהצדדים עוברים

5 Christopher M. Fairman, *Growing Pains: Changes in Collaborative Law and the Challenge of Legal Ethics*, 30 CAMPBELL L. REV. 237, 238, 264 (2008)

6 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1004, 1009.

7 John Lande & Gregg Herman, *Models of Collaboration in Family Law: Fitting the Forum to the Family Fuss: Choosing Mediation, Collaborative Law, or Cooperative Law for* PAULINE H. TESLER, *Negotiating Divorce*, 42 FAM. CT. REV. 280, 281 (2004)
COLLABORATIVE LAW: ACHIEVING EFFECTIVE RESOLUTION IN DIVORCE WITHOUT LITIGATION 7–11 (2001).

8 Jordan Leigh Santeramo, *Special Issue: Models of Collaboration in Family Law: Student Note: Early Neutral Evaluation in Divorce Cases*, 42 FAM. CT. REV. 321, 321 (2004).

בהליך האדוורסרי המתנהל בבית-המשפט – אשר כולל לעיתים הערכה לצורכי משמורת (כמקובל בבתי-משפט בעולם), תצפיות על ההורים עם ילדיהם והערכות פסיכולוגיות ובריאותיות/פסיכיאטריות – עלול לתרום (ותורם) רבות וישירות לטראומה שהנוגעים בדבר כבר חווים ממילא. הערכות, מטבען, הן חודרניות, וממקדות כל הורה במגרעותיו של האחר, ובכך מסלימות את הקונפליקטים ומגבירות את העוינות. נוסף על כך, מחקרים מצביעים באופן מובהק על השפעות קשות של ההליך המשפטי המתנהל בבית-המשפט על מצבם הרגשי של ילדים, ועל החרפתן של השפעות אלה ככל שההליכים מתארכים ומתנהלים באופן לוחמני יותר.⁹ הטענה היא כי צדדים, בוודאי בתיקים מסוג זה, זקוקים למערכת שתספק להם מידת-מה של יציבות רגשית וכלכלית. הם זקוקים להתמקדות ברווחה הכלכלית והפסיכולוגית של משפחתם. יתר על כן, תיקי משפחה נכנסים במקרים רבים לקטגוריה של "מערכת יחסים נמשכת",¹⁰ שבמסגרתה יצטרכו הצדדים לסכסוך להמשיך לקיים מערכת קשרים ביניהם גם לאחר סיום ההליך המשפטי – אם כבני משפחה הגרים יחד ואם כהורים שחיים בנפרד אך חולקים אחריות משותפת לגידולם של ילדיהם המשותפים ולדאגה לרווחתם הפיזית והנפשית.¹¹ במצב כזה התדיינות שיפוטית אינה התשובה. מה שנדרש במצב כזה הוא התחשבות בערך הרגשי והכלכלי של השגת הסכם, תוך צמצום רמת הקונפליקט בין הצדדים.¹² הניסיון המוכח במדינות רבות ברחבי העולם מראה כי הנהגת השימוש במנגנון של יישוב סכסוכים בהסכמה לפני הגשת תביעה מונעת את הצורך בהתדיינות בבית-המשפט ברוב-רובם של סכסוכי המשפחה, ומאפשרת לצדדים לממש באופן הדדי ולשביעות-רצונם את הרצונות והאינטרסים שלהם בנושאים שבתובענה.¹³

כתוצאה מתוכנות אלה התפתח המשפט השיתופי כחלופה חדשה ליישוב סכסוכים, שבה הצדדים ועורכי-דינם מתחייבים לעבוד בשיתוף-פעולה ולנהל משא-ומתן שיתופי-גישורי החותר להסכם. שורשיו ותכונותיו של הליך זה נגזרים למעשה מהליך הגישור, המבוסס אף הוא על משא-ומתן כזה. בהליך המשפט השיתופי, כמו ברבות מדרכי ה-ADR, הצדדים פותרים את הסכסוך בעצמם כחלופה לפסיקה כפויה (דוגמת פסק-דין או פסק בורר). תפקידם של עורכי-הדין במשפט השיתופי שונה מזה שבייצוג הרגיל. בניגוד לתפקיד האדוורסרי המסורתי, במשפט השיתופי כל אחד מעורכי-הדין מעודד את לקוחו ליטול חלק בפתרון בעיות משותף. עורכי-הדין עצמם הינם עורכי-דין בתחום

9 מתוך תזכיר חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה (יישוב מוקדם של הסכסוך), התשס"ו-2006, פרי עבודתה של הוועדה ברשות השופט שנהב (להלן: תזכיר ועדת שנהב).

10 דפנה לביא "אלימות וגישור: האמנם אוקסימורון?" **משפחה במשפט** א 117, 126–127 (2007).

11 דורית אלדר "תובענה ליישוב סכסוך: חלופה טיפולית בבית-המשפט לענייני משפחה" **דיני המשפחה בישראל בעידן בית-המשפט למשפחה** חלק ג 1217 (יהושע גייפמן עורך, 2000).

12 Santeramo, לעיל ה"ש 8, בעמ' 321.

13 ראו תזכיר ועדת שנהב, לעיל ה"ש 9.

המעמד האישי שעברו הכשרה מיוחדת לעיסוק במשפט שיתופי ולהדרכת הצדדים בהשגת פתרונות של שלום.¹⁴

2. פרקטיקה מגוונת

באשר לפרקטיקה היישומית של ההליך, אי-אפשר עדיין להצביע על קונסנזוס מלא בנוגע לפרקטיקה כזו,¹⁵ וזאת אף-על-פי שהעוסקים במשפט שיתופי פיתחו תנועה ערה ו"נמרצת", הכוללת קבוצות פרקטיקה מעשית במדינות ובערים רבות.¹⁶ העדר קונסנזוס מלא בדבר הפרקטיקה הראויה להליך נובע הן מהיות המשפט השיתופי בגדר התפתחות חדשה יחסית על מפת ה-ADR והן מן העובדה שמדובר בהליך גמיש אשר מאפשר לצדדים, מטבע הדברים, לעצבו כהחלטתם. עם זאת, ועל-אף קיומן של גרסות שונות בפרקטיקה של ההליך, שני הרכיבים שחוזרים בעקביות בבסיס הגדרתו הם אלה הקיימים ב"הסכם ארבעת הצדדים", כמצוין לעיל: האחד – הסכמתם של הצדדים לשאת ולתת עד להגעה להסדר הדדי ללא התערבות בית-המשפט, ולעסוק בתקשורת פתוחה ובהעברת מידע בצד יצירת פתרונות משותפים המשרתים את צורכיהם של שני הלוקוחות; והאחר – "תניית הפרישה" של עורכי-הדין במקרה של הפסקת ההליך, היוצרת את מחויבותם של כל הצדדים להליך המשפט השיתופי.¹⁷ "הסכם ארבעת הצדדים" הוא אם כן המוטיב החדשני של המשפט השיתופי. בחותמם על הסכם זה, הצדדים ועורכי-דינם מתחייבים, כבר בנקודת הפתיחה, לשיתוף-פעולה תם-לב ולמאמץ כן לפרק את שותפות הנישואים ללא היזקקות להתדיינות משפטית. סעיף ההרחקה, המגביל את מרחב הפעולה של עורכי-הדין, מבטא למעשה את מחויבותו של עורך-הדין לא רק כלפי מרשו, אלא גם להליך בכללותו ולבן-הזוג האחר. למעשה, כל עורך-דין מתחייב גם כלפי בן-הזוג האחר שפעילותו תסתיים אם המשא-ומתן ייכשל ואחד הצדדים יחליט לפנות לערכאות או אפילו רק יאיים לעשות כן. במקרה כזה יהיה על שני בני-הזוג לשכור פרקליטים חדשים (או לייצג את עצמם), ואיש מעורכי-הדין לא ירוויח שכר-טרחה נוסף ממקרה זה.¹⁸ ניתן לומר כי על-ידי חתימה על הסכם המשפט השיתופי ("הסכם ארבעת הצדדים") הצדדים מתחייבים כי מטרת התקשרותם היחידה היא שיתוף-פעולה כן ומכובד, המכוון להשגת הסכם.¹⁹ כמו-כן, בני-הזוג מכירים בעובדה

14 win-win solutions. להגדרה ראו יורם אלרואי "יישוב סכסוכים – אפשר גם אחרת" המשפט א 311, 335 (1993).

15 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 237.

16 ואף שפותחו פרוטוקולים שונים בדבר דרכי ההכשרה והפרקטיקה של העיסוק בהליך. ראו Lande & Herman, לעיל ה"ש 7.

17 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 263.

18 Ted Schneyer, *The Organized Bar and the Collaborative Law Movement: A Study in Professional Change*, 50 ARIZ. L. REV. 289, 290 (2008).

19 שם, בעמ' 296.

שייצוגם על-ידי עורכי-דינם מוגבל ל"מתן סיוע בחיפוש אחר פתרון בעיות יצרתי, אשר יעוגן, לאחר ניהול משא-ומתן, בהסכם העונה על הצרכים הלגיטימיים של שני הצדדים".²⁰ זאת ועוד, ההסכם אף עוזר בהבהרה כי אנשי-מקצוע נוספים ומשתתפים אחרים בהליך – דוגמת יועצים פיננסיים, שמאים ומומחים בתחום בריאות הנפש – יועסקו רק מתוך הסכמה **משותפת** של שני בני-הזוג, וכי עליהם להישאר ניטרליים. ההסכם גם מבטיח כי כל אחד מבני-הזוג רשאי להפסיק את ההליך, אלא שבמקרה כזה איש מן הפרקליטים או מאנשי-המקצוע שהשתתפו בהליך לא יוכל לשמש בתפקיד כלשהו (גם לא כעד) בהתדיינות עתידית בין הצדדים.

מבנה זה של "הסכם ארבעת הצדדים", עם תניית הפרישה שבו, מהווה, לדעת מלומדים שונים,²¹ תמריץ חזק לעורכי-הדין להישאר בהליך ולעשות מאמץ אמיתי להתחקות אחר דרכים מקדמות הסכם, תוך התגברות על מכשולים והתמודדות עם אתגרים המאפיינים משאים-ומתנים כגון דא. הסכם מסוג זה מהווה תמריץ להשגת הסדר גם בעבור הלוקחות, אשר יש להם מן הסתם עניין במניעת העלויות הגבוהות, הטרחה והזמן הכרוכים בהתדיינות משפטית בכלל ובשכירת עורכי-דין חדשים בפרט (במיוחד לאחר שכבר הושקעו משאבים כאלה ואחרים בדרך החלופית).

3. נאמנות הצדדים

אפיון אחר של ההליך, החוזר בעקביות על-אף הפרקטיקה המשתנה, הוא קיומה של חובת נאמנות גבוהה ביותר של בן-הזוג האחד כלפי האחר.²² מאחר שתוכנה של חובת הנאמנות עלול להיות שנוי במחלוקת, ועל-מנת לא להשאיר מקום לפרשנות לא-ראויה, הסכמי המשפט השיתופי מכילים פרוטוקולים שפותחו על-ידי לשכות עורכי-הדין במדינות שונות בעולם. חובת נאמנות זו כוללת (במקומות שונים), בין היתר, את איסור האיום בפנייה לערכאות במטרה לכפות תניות בהסכם המתגבש או במטרה להשיג צווי גילוי. כמו-כן, כל צד נדרש להציג ולחשוף כל מסמך ופיסת מידע רלוונטיים, בין אם התבקש לעשות כן ובין אם לאו. כמו-כן נאסר על כל אחד מהמשתתפים לנצל את האחר או את טעויותיו הרשלניות, ושומה עליו לזהותן ולתקנן.²³ תוצר עקיף של חובת הנאמנות הוא קיומה של חובת פרישה החלה על כל אחד מעורכי-הדין גם אם הוא מתרשם כי לקוחו אינו מכבד את ההסכם (ובכלל זה את חובת הנאמנות המוטלת עליו). בגרסות שונות של המשפט השיתופי עורכי-הדין שומרים לעצמם את הזכות להפסיק את הייצוג במקרים כגון דא.²⁴ הציפייה בהליך המשפט השיתופי מופנית אם כן באופן

20 שם, בעמ' 295.

21 שם.

22 שם, בעמ' 296.

23 שם.

24 שם.

מובהק גם לעורכי-הדין, אשר נדרשים לעשות כמיטב יכולתם על-מנת להבטיח שלקוחותיהם מכבדים את התחייבויותיהם.²⁵ כתוצאה מכך כל עורך-דין נתפס (כל עוד לא פרש מההליך או הפסיקו) כערב לתום-ליבו של מרשו! לעורך-הדין השיתופי יש אם כן גם תפקיד של "משגיח התנהגותי", הנובע באופן אימננטי מהסכם המשפט השיתופי.²⁶

4. אופיו של המשא-ומתן בהליך

באשר לאופיו של המשא-ומתן בהליך המשפט השיתופי, ניתן להגדירו "משא-ומתן שיתופי/גישורי" או "משא-ומתן על אינטרסים".²⁷ מדובר, כאמור, במשא-ומתן שמתנהל בתום-לב, תוך גילוי מלא ורצוני מצד הצדדים, ואשר מתמקד באיתור האינטרסים הגלויים והסמויים של הצדדים (קצרי-הטווח וארוכי-הטווח) ובניסיון להגשימם. המשא-ומתן מתנהל במסגרת "פגישות ארבעת הצדדים" – פגישות שבהן הצדדים ופרקליטיהם נועדים במטרה ליטול חלק ב"הליך תרבותי אשר מפיק תוצאות העונות על האינטרסים של שני הצדדים, מקטין עלויות ומגביר שליטה".²⁸ במהלך פגישות אלה הצדדים ופרקליטיהם דנים ברעיונות, חולקים מידע, שואלים שאלות ומציעים פתרונות. בפגישות אלה כל צד מיוצג על-ידי עורך-דינו, אשר מציג את האינטרסים של לקוחו וחותר להגנתם כשם שפרקליט בית-משפט היה עושה. עורכי-הדין כפופים לאותן דרישות אתיות החלות על עורכי-דין מתדיינים-קלסיים, נוסף על הדרישות שמייצרת ההשתתפות בהליך השיתופי. עורכי-הדין משתמשים אומנם בכישוריהם המשפטיים והמקצועיים בניהול משא-ומתן מתוך מטרה לסייע לצדדים בהשגת "פתרון יצירתי בזמן-אמת",²⁹ אלא שכל ארבעת המשתתפים שותפים להליך המשא-ומתן, רואים את הנעשה בו בשקיפות מלאה, שולטים בהליך ופועלים להתקדמות הפגישות.

המשא-ומתן בהליך המשפט השיתופי כולל על-פי-רוב שלבים שונים, החל בשלב הפגישה הראשונה, שבה הצדדים ועורכי-דינם חותמים על הסכם המשפט השיתופי וקובעים את לוח-הזמנים, המשך בסדרת פגישות הנדרשת לניהול המשא-ומתן, וכלה בשלב התוצר הסופי, שהוא "הסכם להסדר של משפט שיתופי", אשר כולל את התנאים ליישוב המחלוקת (collaborative law settlement) ומקבל, באישור בית-המשפט, תוקף של פסק-דין.

25 שם, בעמ' 297.

26 שם, בעמ' 296.

27 למונח "משא-ומתן על אינטרסים" (להבדיל מ"משא-ומתן על עמדות") ראו גם רוג'ר פישר וויליאם יורי סיכום חיובי: לשאת ולתת על הסכם מבלי לוותר 40–55 (נעמי כרמל מתרגמת, 1983). ראו גם

אלרואי, לעיל ה"ש 14 בעמ' 319, 333.

28 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 984.

29 שם.

5. יתרונות נטענים

בין יתרונותיו הנטענים של ההליך, מעבר לתרומתו הנטענת בתיקי משפחה כאמור,³⁰ ניתן להצביע על ייחודיותן של "פגישות ארבעת הצדדים" כיוצרות "מגרש משחקים" יציב אשר ממיר פחד וספקות (נחלתו של ההליך הדיוני) בפתרונות יצירתיים.³¹ השתתפות מלאה של הלקוחות וחשיפה ישירה מצידם תורמות אף הן להפיכת ההליך להוגן יותר מהליכים שבהם עורכי-הדין שולטים בהליך ומחזיקים את קלפי המידע קרוב אל החזה. המשפט השיתופי, כמו רבות מדרכי ה-ADR האחרות, תורם גם להקלת העומס מעל בתי-המשפט. זאת ועוד, עורכי-הדין השיתופיים, אשר התפנו מלעסוק בהליכי גילוי משלימים, בניסוח מסמכים לבית-המשפט ובהתכוננות להופעות שם, יכולים להקדיש כעת זמן רב יותר בפתרון בעיות אפקטיבי משותף עם הלקוחות. העוסקים במשפט שיתופי טוענים גם כי עלותו של המשפט השיתופי פחותה לאין ערוך מזו של ההליך הדיוני בבית-המשפט.³² זהו יתרון רב חשיבות לגבי זוגות מתגרשים, אשר מצבם הפיננסי ממילא רעוע לרוב. מדיווחים עולה כי משפט שיתופי עולה ללקוחותיו בין עשירית לאחד חלקי עשרים מן העלות של תיק קונוונציונלי בבית-משפט.³³

אלא שמהותו של המשפט השיתופי אינה עומדת רק על יסודותיו המבניים. מבנהו ומטרותיו של המשפט השיתופי שואפים ליצירת אווירה שתסייע בהשגת יעדיו הפילוסופיים. כבר במבט חיצוני ניתן לראות כיצד במשא-ומתן של ההליך, בפגישותיו הראשונות, עוד לפני שההליך מוכר דיו לצדדים, עורכי-הדין נוטלים על עצמם את התפקיד של "מקדמי/מאפשרי הדיון".³⁴ אלא שככל שפגישות המשא-ומתן השיתופי מתקדמות, עורכי-הדין עוברים למלא "תפקיד משני", ומאפשרים לצדדים לנהל דיון אקטיבי פורה. להבדיל ממשא-ומתן בנוסח ההתדיינות הקלסית, המשא-ומתן במשפט השיתופי שם דגש באווירה של יצירתיות, העצמה ושליטה של הצדדים. **הלקוחות עצמם**, להבדיל מעורכי-דינם, **נהפכים לאדריכלים של עתידם-הם** – יעד אשר הגישור חותר אליו זה זמן.³⁵ אף שמשפט שיתופי דומה מבחינה מבנית ופילוסופית לדרכי ADR אחרות, ובראשן להליך הגישור, הוא אוצר בחובו חידושים והבדלים ייחודיים. אלה מדגימים, כפי שנראה להלן, את האבולוציה של דרכי ADR קודמות ואת הרקע להתפתחותו של המשפט השיתופי כהליך ייחודי בתוכן.

30 ראו לעיל בתת-פרק א.

31 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 996.

32 שם.

33 שם.

34 Joshua Isaacs, *A New Way to Avoid the Courtroom: The* facilitate the discussion, 18 GEO. J. LEGAL ETHICS 833, 835 (2005).

35 שם, בעמ' 833.

פרק ב: מהפכת המשפט השיתופי

דרך התפתחותה של תנועת המשפט השיתופי מצביעה על כך שאין מדובר רק בדרך חלופית נוספת ליישוב סכסוכים. היקף התופעה, קצב התפתחותה ושורשיה הרעיוניים בצד יישומיה המעשיים מוליכים, כפי שנראה להלן, למסקנה כי מדובר במהפכה של ממש.

1. מהפכה קונספטואלית

"הסיבה לכך שאיננו מנהלים משא-ומתן על עמדות היא שהוא פשוט 'אינו עובד'. אף אם נניח שהוא אינו ראוי לגינוי מוסרי, הוא פשוט 'אינו עובד' בהליך הבנוי על הסכמה."³⁶

המשפט השיתופי תרם למהפך חשיבת-קונספטואלי, מחד גיסא, ולהמרת דפוסים של פרקטיקה ארוכת-שנים, מאידך גיסא, הן מזווית המשא-ומתן שבין הצדדים המתגרשים והן מן הזווית של הצדדים לסכסוך. תרומתו החדשנית של המשפט השיתופי נעוצה בכך שהוא מעורר שאלות חשובות הנוגעות בלב תפקידו של עורך-הדין ובלב התבנית השמרנית-המסורתית של יישוב סכסוכים באמצעות הכרעה כופה וחיצונית (לצדדים). התובנה המובאת בציטוט שבראש תת-פרק זה, מדבריה של אחת מעורכות-הדין השיתופיות, משקפת את אחד הביטויים העמוקים של מהפכת המשפט השיתופי. עורכי-דין שיתופיים רבים מציינים כי מיקוח עמדותי – או כפי שהוא מכונה לעיתים "משא-ומתן על עמדות" – פשוט "אינו עובד" במשפט שיתופי. משפט שיתופי מנסה לשנות את התרבות התחרותית-האדוורסרית של המשא-ומתן המשפטי, אשר שכיח בין עורכי-הדין, על-ידי שינוי תפקידיהם הן של עורכי-הדין והן של הלקוחות במסגרת ההליך. המשפט השיתופי מנסה לשנות כמה מן הנורמות המנחות את הפרקטיקה של עולם המשפט, ותוך כדי כך יוצר סוג חדש של פרקטיקה – פרקטיקה של תקשורת ישירה בין צדדים מסוכסכים אשר מוקירה שיתוף-פעולה ומושתתת על מחויבות מפורשת מלכתחילה לחתור להסדר. יש מי שהגדיר את המשא-ומתן השיתופי "כלי-קיבול לקונפליקט"³⁷ – כזה אשר מעודד פתרון בעיות יצירתי בצד תקשורת מכובדת. יש מי שציין דווקא את "שינוי האווירה" שמחולל המשא-ומתן השיתופי בהשוואה לזו המיוצרת על-ידי המשא-ומתן הקונוונציונלי-המסורתי של עורך-דין מול עורך-דין. גורם אחד לשינוי האווירה הוא הירידה באופיו היריבותי-התחרותי של המשא-ומתן. הצדדים ועורכי-דינם נתפסים

Julie Macfarlane, *Experiences of Collaborative Law: Preliminary Results from the Collaborative Lawyering Research Project*, 2004 J. DISP. RESOL. 179, 197 (2004).

Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 241.

כשותפים בחתירה לקראת מטרה משותפת – ההסכם – וכמחויבים לבטא שקיפות בהליך ולספק כל חשיפה נדרשת. נדמה שיש הסכמה כללית כי משפט שיתופי מפחית את גיבוי-הראווה ואת אומנות המשחק של משא-ומתן תחרותי בין עורכי-דין.³⁸ ההסבר הוא גם מבני במידה מסוימת. בעוד רוב המשאים-ומתנים הקונוונציונליים בין עורכי-דין מתחילים בהצעות-פתיחה לא-מציאותיות, במשפט השיתופי "פגישות ארבעת הצדדים" הראשונות עוסקות בסקירת המחויבויות הגלומות בהסכם ההשתתפות, ולאחריה מתקיים תהליך של איסוף מידע. בתום פגישות אלה רצונותיו וציפיותיו של כל צד נהירים הרבה יותר בהשוואה לדינמיקת "יריות-הפתיחה" המאפיינת את המשא-ומתן הקונוונציונלי. גורם נוסף האחראי לשינוי החיובי באווירת המשא-ומתן הוא מודעותם של עורכי-הדין. בקרב עורכי-הדין השיתופיים קיימת מודעות בדבר האחריות הרובצת לפתחם בכל הנוגע בנתינת דוגמה ללקוח בהתנהגותם. שלא כמו במשא-ומתן הקונוונציונלי-המסורתי בין עורכי-דין, במשא-ומתן השיתופי הצדדים נוכחים בפועל ב"פגישות ארבעת הצדדים" וצופים ישירות בהתנהגותם, בהתנהלותם ובתגובותיהם של באי-כוחם במשא-ומתן. יתר על כן, מאחר שעורכי-הדין השיתופיים חברים לרוב בקבוצות של משפט שיתופי,³⁹ הם מכירים זה את זה ויכולים לעקוב אחר עמיתיהם ולוודא שאלה אינם נהיים אדוורסריים יתר על המידה באופן ניהול המשא-ומתן שלהם. כך יוצא שקבוצת פרקטיקה שיתופית כזו נהפכת ל"קהילת פרקטיקה ביקורתית" בעבור עורכי-דין שיתופיים יחידים אשר חברים בה, וכך משפיעה ישירות לא רק על גיבוש נורמות התנהגות לא-פורמליות, כי אם גם על שמירתן בשטח.⁴⁰ התובנה בקרב עורכי-הדין בדבר הצורך לזנוח את המשא-ומתן היריבותי-הקונוונציונלי, אשר "פשט את הרגל", ולהמירו במודל שיתופי-בונה מבטאת אם כן את תרומתו של המהפך הקונספטואלי-העיוני של המשפט השיתופי.

מן הזווית של הצדדים להליך, המהפך הקונספטואלי מתבטא בטענתו של המשפט השיתופי כי הוא "משחרר" לקוחות אל החופש של שליטה ושל קבלת החלטות אוטונומית ומאוזנת.⁴¹ ניתן לומר כי בהשוואה לצדדים בהליך שיפוטי או בגישור, הצדדים בהליך משפט שיתופי מקבלים בחזרה לידיהם את הבחירה האמיתית. בחירה זו

38 Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 196.

39 ראו להלן תת-פרק 2.

40 הביקורת עשויה להיות פורמלית – למשל, באמצעות מנגנון מעוגן של הקבוצה לעריכת דיונים ביקורתיים ופיתוח פרוצדורה לגירוש חברים או לחידושה של חברות רק על-פי שיקול-דעת (ולא באופן אוטומטי) – אך היא עשויה גם לקבל אופי לא-פורמלי ומוסט יותר. כפי שאמר פרקליט אחד, "עורכי-הדין מסתכלים זה על זה, וכך אנו תופסים את עצמנו אם אנחנו נכנסים למשא-ומתן עמדתית".

Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 196.

41 בהתאם למערכת של ערכים הנוגעת ב"טובת המשפחה". מהפך הפרוצדורלי הכוונה למימד הערכי שבניהול משא-ומתן משתף, אשר חותר לפתרון הסכמי אינטגרטיבי ושם לנגד עיניו את טובתם של שני הצדדים. ההנחה היא שבאמצעות משא-ומתן משתף החותר להסדר מוסכם תושג תוצאה טובה יותר בעבור המשפחה. שם, בעמ' 205.

נשללת מהם הן בהליך הגישור והן בהליך השיפוטי בשל ה"מינון" השגוי של שימוש בשירותיהם של עורכי-הדין בהליכים אלה. לגבי הליך הגישור הטענה היא כי ההליך אינו משאיר די מקום לעורכי-הדין, והצדדים, אשר זקוקים לעורכי-דין ולהכוונה משפטית, נותרים בודדים במערכה.⁴² לגבי ההליך הדיוני (המשא-ומתן הקונוונציונלי הנלווה אליו) הטענה היא כי עורכי-הדין ממלאים תפקיד מרכזי מדי, הדוחק לשוליים את הצדדים ובחירותיהם. המשא-ומתן הקונוונציונלי-המסורתי ה"צמוד" להליך השיפוטי נשלט בעיקר על-ידי עורכי-הדין, ולקוחותיהם נשארים "בצל". גם הקצב והנושא נקבעים על-ידי הראשונים. המשפט השיתופי טוען, למעשה, כי הוא מצא את האיזון הנכון בשימוש בפרקליטים ובשירותיהם, ומתוך שכך רק הוא מעניק לצדדים את הבחירה המושכלת בנטילת השליטה לידיהם. מחד גיסא, כמו הגישור, המשפט השיתופי מציב את האוטונומיה של הלקוח ואת ההגדרה העצמית שלו כמוטו המרכזי של ההליך. מאידך גיסא, מדובר בלקוחות, אשר עומדים אומנם במרכז הבמה אך אינם מושארים שם לבדם (כמאמר הביקורת הנשמעת לעיתים נגד הגישור).⁴³ יש לצידם יועצים משפטיים-שיתופיים, התומכים בהם לאורך כל הדרך. הבחירה של הצדדים היא אם כן בחירה אמיתית – בחירה מושכלת מתוך חופש ומתוך ידע (משפטי).

מן הזווית של הצדדים להליך, אם כן, המהפכה הקונספטואלית של המשפט השיתופי מתבטאת בכך שהוא מגדיר מחדש את תפקידם בהליך. במשא-ומתן השיתופי, באמצעות "פגישות ארבעת הצדדים", הלקוחות מוזמנים ליטול חלק פעיל בהליך. השתתפותם במשא-ומתן זוכה בעידוד רב, בין היתר באמצעות הסברים מוקדמים על הליך המשא-ומתן, על יישוב הסכסוך ועל ההחלמה מגירושים. גם שקיפותו של התהליך מעניקה לצדדים שליטה נרחבת יותר במשא-ומתן. כך הצדדים נהפכים מיריבים קשים לנושאים-ונותנים, בעוד עורכי-הדין נהפכים למדריכים ולמנהלי קונפליקטים. בכך שהלקוחות עצמם (בסיועם של עורכי-הדין) מנהלים את המשא-ומתן, הם נהפכים בפועל לאדריכלים של עתידם.

42 מלומדים שונים מציינים את הצורך של הצדדים בעורכי-דין גם בהליך הגישור. הטענה היא כי גם בהליך זה, אשר אינו מושתת בהכרח על החוק, חשוב שהצדדים ידעו מהי עמדת החוק ביחס לזכויותיהם ו/או הגנותיהם המשפטיות, על-מנת שוויתוריהם ובחירותיהם יהיו אמיתיים ומתוך הסכמה חופשית, הנובעת מהבנה אמיתית. יש המרחיקים לכת וטוענים כי רק באופן זה יתממש עקרון "האוטונומיה של הצדדים", וכי לצדדים שאינם מיוצגים על-ידי עורכי-דין הגישור טומן בחובו פוטנציאל לזריעת בלבול, לכפייה ולהטעיה! ראו Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 996. כן ראו: Jacqueline M. Nolan-Haley, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, 74 WASH. U. L.Q. 47, 91 (1996).

43 לחוסר שביעות-הרצון מהליך הגישור, ולתחושה כי מדובר בהליך שאינו שלם בהשוואה להליך המשפט השיתופי, ראו גם Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 212–214.

2. מהפכה "מן השטח"

את העלייה המטאורית של המשפט השיתופי⁴⁴ ניתן לזקוף בעיקר לזכות ה"שטח". קיומן של תוכניות הכשרה למשפט שיתופי וקבוצות פרקטיקה בערים רבות באמריקה הצפונית מהווה עדות ברורה לחיוניותה של התנועה. השימוש בהליכי משפט שיתופי כבר התפשט לכל מדינה ממדינות ארצות-הברית⁴⁵ ולשש פרובינציות קנדיות!⁴⁶ הוא התפשט גם לבריטניה, לאוסטריה ולאוסטרליה.⁴⁷ למן שנת 1990 – השנה שבה נהגה רעיון המשפט השיתופי – הוכשרו קרוב לעשרת אלפים עורכי-דין בשיטת המשפט השיתופי, בתי-ספר למשפטים החלו להציע קורסים במשפט שיתופי,⁴⁸ משרדי עורכי-דין גדולים בארצות-הברית הכניסו שותפים במטרה להעצים את התחום במשרדם, ועשרות אלפי מקרים באו לידי פתרון בדרך זו.⁴⁹

על-אף קיומם של הבדלים מקומיים באופן השימוש במשפט השיתופי, לרוב ניתן להצביע על דפוס קבוע של התפתחותו הראשונית ושל צבירת התאוצה שלו באזור מסוים. ברוב המקרים מדובר באדם או שניים, חדורי הַנְיָעָה, אשר פתחו קבוצת פרקטיקה שיתופית כתוצאה מאכזבתם מהפרקטיקה הקיימת. קבוצות אלה התחילו כהתארגנויות לא-פורמליות, אשר אימצו עם הזמן כללים פורמליים לחברות בהן. כללים אלה כוללים לרוב רף מינימלי של שנות עיסוק וניסיון בתחום דיני משפחה, הכשרה במשפט שיתופי ותשלום דמי חבר.⁵⁰ גם דרך התפתחותן ותפקודן של הקבוצות מצביעה על הדינמיות המתפתחת של המשפט השיתופי. אם בתחילה היו קבוצות המשפט השיתופי קבוצות אד-הוק קולקטיביסטיות של עורכי-דין, בהמשך, כאמור, מיהרה כל קבוצה לפתח ולאמץ מעין חוקה פורמלית משל עצמה. בעוד המניעים והמבנים שסביבם התגבשו קבוצות המשפט השיתופי הינם עקביים למדי, קיים ארגון-כלים שלם של אסטרטגיות לפרקטיקה של המשפט השיתופי, המבוסס על מגוון רחב למדי של גישות פילוסופיות לנושא.⁵¹ קבוצות אשר התפתחו באזורים שונים נושאות לעיתים "אני מאמין" שונה בנוגע לפרקטיקה שהן מיישמות.⁵²

44 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 979.

45 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 240.

46 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 993.

47 שם.

48 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 994–995.

49 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 239. כן ראו Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 994–995.

50 שם, בעמ' 993.

51 Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 193.

52 זאת, בין היתר, בנוגע לסוגיות הבאות: עד כמה הייעוץ הניתן ללקוח צריך להיות נרחב? עד כמה הוא צריך להיות ספציפי, ועד כמה עליו להיות כללי? מהו בדיוק המידע ה"רלוונטי" שחייבים לחשוף למטרת השיתוף, ועד כמה מותר ללחוץ על הלקוח לגלות מידע רגיש לצד האחר? האם עורכי-הדין אמורים להיפגש עם לקוחותיהם מחוץ ל"פגישות ארבעת הצדדים", ואם כן, כמה

זאת ועוד, האקדמיה הבינ-לאומית של בעלי-מקצוע שיתופיים (International Academy of Collaborative Professionals – IACP), אשר נוצרה בשנת 1990, מקדמת אף היא את פרקטיקת המשפט השיתופי.⁵³ האקדמיה מפרסמת גם את THE COLLABORATIVE REVIEW – כתב-העת המוביל בתחום. אחת ממטרותיה של ה-IACP היא יצירת קונסנזוס בנוגע לפרקטיקת המשפט השיתופי, עם התפתחותה. במסגרת מאמציה להשגת מטרה זו, ה-IACP מארגנת בערים גדולות מפגשים לקשירת קשרים (networking), שבהם בעלי-מקצוע שיתופיים נפגשים במטרה לדון בהתפתחויות החדשות בתחום. נראה כי בשל מאמצים אלה, בין היתר, לא חוותה תנועת המשפט השיתופי פיצול, כפי שחווה מוסד הגישור.⁵⁴ נראה, אם כן, כי תנועת המשפט השיתופי צוברת תאוצה "מן השטח", ואינה ממתינה בהכרח לאישורם של בתי-המחוקקים.

בתהליך התפתחותו של המשפט השיתופי, להבדיל מדרכי התפתחותן של דרכי ADR אחרות, מי שהניפו את דגל השינוי לראשונה היו דווקא עורכי-הדין.⁵⁵ הראשון ש"הרים את נס המרד" היה עורך-הדין סטיוארט ווב. בשנת 1990 החליט ווב, עורך-דין ממיניאפוליס, כי קצה נפשו באופיים האכזרי והאדוורסרי של הסכמי הגירושים. ווב טען כי נפגע מ"שחיקת דיני המשפחה", אשר השפיעה באופן שלילי, לטענתו, על יכולתו לתפקד כמשפטן בדיני משפחה בשיטה המסורתית.⁵⁶ א-אז החל במסע חיפוש אחר חלופה הומנית יותר, שבסופו מצא את דרכו אל המשפט השיתופי. ווב האמין כי חוסר שביעות-רצון עמוק (מבחינה אישית ומבחינה מקצועית כאחד) מן השיטה האדוורסרית בקרב העוסקים בדיני משפחה יהווה מנוף אמיתי לפיתוח הגישה השיתופית.⁵⁷ לאחר שהבין את הצורך בצירוף עמיתים נוספים, שיהיו מעורבים בהליך, על-מנת להפוך אותו לחלופה לגיטימית ונגישה לזוגות מתגרשים, החלה תנועת המשפט השיתופי לצבור כוחות. עורכי-הדין בתחום דיני משפחה הם שהעלו את נס את המשפט השיתופי ותרמו באופן ישיר לפיתוחו, לאחר שהיו עדים מקרוב להקצנתו הלוחמנית של ההליך השיפוטי, לחוסר התרבות המשווע שהתפתח סביב העיסוק בו, ובעיקר להרס הנורא שזרע סביבו. יתרה מזו, אותם פרקליטים חשו כי הייתה להם אחריות מסוימת (שלא לומר תרומה ישירה) להרס זה. רבים מעורכי-הדין הראשונים שהתפכחו, ואשר ייצגו בני-זוג בתהליכי משפט שיתופי בשלבי התהוותו הראשונים, ציינו לא רק את המחיר

פעמים? כיצד על עורך-הדין לפרש את החיסיון שבין עורך-דין לבין מרשו בנוגע לשיחותיהם הפרטיות? האם בעלי-מקצוע אחרים (שאינם עורכי-דין, דוגמת יועצים פיננסיים או מומחים בנושאי ילדים) יתקבלו לקבוצה? ראו שם.

53 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 994–995.

54 שם.

55 שם, בעמ' 981.

56 זאת, לאחר שלושים ושתיים שנות עיסוק בעריכת-דין אדוורסרית בתחום הגירושים, וכדבריו, לאחר "אחד ממקרי הגירושים הכי קשים, יקרים ומרים בקריירה שלי". Schneyer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 293.

57 Isaacs, לעיל ה"ש 34.

האישי-המקצועי שנגבה מהם עקב עיסוקם הקודם; הם גם האמינו כי עבודתם אילצה אותם לאמץ "דעות קוטביות מוקצנות",⁵⁸ אשר לעיתים קרובות השפיעו באופן ישיר והרסני על לקוחותיהם ועל בני משפחותיהם. התחושה הייתה של גלדיאטורים רודפי נקמה או של "שכירי-חרב", אשר תפקידם – דווקא מצד דיני האתיקה החלים עליו – חייבם ל"הגנה בלהט" על הלקוח ו/או ל"ייצוג עז" ("zealous representation") של אינטרס הלקוח.⁵⁹ הללו דרשו – מטבע הדברים ולפי הפרקטיקה הנהוגה – את התקפת היריב ו"השחרתו" מעל בימת האינסטנציה השיפוטית (ובדלתיים פתוחות), הצגת ספקות בדבר מסוגלותו ההורית ועוד כהנה וכהנה יוזמות, אשר גרמו באופן ישיר להסלמת מערכת היחסים, להגברת הקיטוב והמשבר, ולהכבדת המחיר ששילמה המשפחה כולה (ובכלל זה הילדים).⁶⁰ תחושת הקבס נבעה, אם כן, לא רק מן השיטה, כי אם גם – ואולי אף בעיקר – מתפקידו המרכזי והמובנה של עורך-הדין בה. רבים מעורכי-הדין תיארו את המעבר אל המשפט השיתופי כמעין "המרה דתית", והתמסרו לאימוצו ולפיתוחו מתוך להט של טיהור/כפרה ו"עשיית תשובה".⁶¹

לא חלף זמן רב עד שעורכי-דין החלו לשאת הרצאות על המשפט השיתופי במסגרת כנסים העוסקים בדיני משפחה, ולארגן קבוצות פרקטיקה במשפט שיתופי במדינות שונות בעולם. כיום, בכנסים הנערכים בעולם בנושא דיני משפחה, המשפט השיתופי מוצג כאמצעי חיוני ליישוב סוגיות הקשורות לגירושים, והפרקטיקה של המשפט השיתופי מתפשטת לקבוצות חדשות בשכיחות גבוהה מאוד.⁶² בעשור האחרון ניתן להצביע על דפוס דומה של התפתחות המשפט השיתופי בקרב קבוצות מקומיות ובהתקשרויות אזוריות ברחבי אמריקה הצפונית.⁶³

3. מהפכה קודיפיקטיבית – משפט משווה

אחת ההתפתחויות הגדולות בתנועת המשפט השיתופי הייתה אימוצם של חיקוקים בנושא בכמה מדינות. חיקוקים אלה מעניקים קווים מנחים לעורכי-הדין העוסקים במשפט השיתופי, ומצביעים על התחלת מיסודו של ההליך. עם זאת, מבט משווה מגלה כי קיימים הבדלים בולטים, ולעיתים משמעותיים, בין הקודיפיקציות השונות. טקסס היא המדינה הראשונה שחוקקה חוק מסוג זה.⁶⁴ לפי החוק הטקסני, שהתקבל

58 Schneyer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 293.

59 כנדרש בחוק. ראו: Canon 7 (1983) MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY (להלן: "הקוד- לדוגמה לאחריות מקצועית").

60 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 143.

61 Schneyer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 293.

62 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 981.

63 Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 190.

64 TEX. FAM. CODE ANN. § 6.603 (West 2005). כן ראו Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 979, 988–989.

בשנת 2001, צדדים רשאים לגבש הסכם כתוב לניהול פירוקה של מערכת הנישואים שלהם. החוק מעניק הגדרה מקיפה ל"משפט שיתופי",⁶⁵ וכולל גם סעיף המדבר על פרישתם של עורכי-הדין מן ההליך ומייצוג של לקוחותיהם בכל הליך עתידי הקשור לפירוק הנישואים, אם יתברר כי אין מנוס מהתדיינות משפטית.⁶⁶ החוק אף מפרט את הסעיפים שחייבים להופיע בהסכם שיתופי תקין, כגון החלפת מידע מלאה וכנה בין הצדדים ועורכי-דינם, עיכוב זמני של התערבות בית-המשפט בעת התנהלותו של המשפט השיתופי, העסקה משותפת של מומחים שיסייעו בהליך, פרישת עורכי-הדין במקרה של כישלון בהשגת הסדר סופי, וסעיפים נוספים אשר מוסכמים על הצדדים ומשקפים מאמץ כן ותם-לב ליישוב הסכסוך בדרך שיתופית.⁶⁷ לפי החוק, משהודיעו הצדדים לבית-המשפט כי הם מצויים בהליך שיתופי, בית-המשפט אינו רשאי לקבוע תאריך לשימוע או למשפט בעניינם, לצוות על לוח-זמנים או לבטל את התביעה.⁶⁸ במקרה שהצדדים מגבשים הסדר, עליהם להודיע על כך לבית-המשפט. על-מנת לקבל מבית-המשפט תוקף של פסק-דין להסדרם, ההסדר חייב להיות חתום על-ידי שני הצדדים ועורכי-דינם, ולהכיל סעיף הצהרתי ברור בדבר היותו סופי ובלתי-ניתן לשינוי. אם לא צלח נסיונם של הצדדים לגבש הסדר, עליהם להגיש לבית-המשפט "דין-וחשבון של סטטוס" תוך מאה ושמונים יום מיום חתימתם על הסכם ההשתתפות במשפט השיתופי, ודין-וחשבון נוסף בתום שנה מיום החתימה.⁶⁹ אם בתום שנתיים לא הצליחו הליכי המשפט השיתופי להביא לידי גיבושו של הסדר, בית-המשפט רשאי לקבוע תאריך למשפט או לבטל את התביעה.⁷⁰ לאחר חקיקתו של חוק זה, שילבו כמה חיקוקים נוספים בטקסט הליכי משפט שיתופי בסעיפיהם.⁷¹

65 ט' 6.603(b) ל-TEX. FAM. CODE ANN., שם, מגדיר "משפט שיתופי" כך:

"A procedure in which the parties and their counsel agree in writing to use their best efforts and make a good faith attempt to resolve their dissolution of marriage dispute on an agreed basis without resorting to judicial intervention except to have the court approve the settlement agreement, make the legal pronouncements, and sign the orders required by law to effectuate the agreement of the parties as the court determines appropriate."

66 שם, ט' 6.603(b), שלפיו: "the parties' counsel may not serve as litigation counsel except to ask the court to approve the settlement agreement"

67 שם, ט' 6.603(c).

68 שם, ט' 6.603(e).

69 שם, ט' 6.603(f).

70 מבלי שהדבר ייצור "מעשה בית-דין". שם, ט' 6.603(g).

71 לדוגמה, תביעות בנוגע לקשר הורה-ילד, הניתנות לניהול לפי הליכי משפט שיתופי באמצעות הסכם כתוב בין הצדדים ועורכי-דינם. כמו-כן ניתן לערוך שינוי במזונות לילדים בהתבסס על שינוי ניכר שחל בנסיבות לאחר חתימת הסכם משפט שיתופי. שם, ט' 156.401(a).

קרוליינה הצפונית היא המדינה השנייה שחוקקה חוק המאמץ את הליכי המשפט השיתופי.⁷² החוק של קרוליינה הצפונית, שהתקבל בשנת 2003, מבוסס למעשה על החוק הטקסני, אלא שהוא מפורט יותר מזה האחרון, ונכללים בו סעיפים נוספים, המסייעים בפרקטיקת המשפט השיתופי. ראשית, הוא מספק מערכת הגדרות נרחבת, הכוללת הגדרות בסיסיות של משפט שיתופי,⁷³ הסכמי משפט שיתופי,⁷⁴ הליכי משפט שיתופי, הסכמי הסדר במשפט שיתופי ומומחי צד שלישי.⁷⁵ הקווים המנחים היחידים לניסוח הסכם משפט שיתופי המפורטים בחוק הם שההסכם חייב להיות כתוב, שהוא חייב להיות חתום על-ידי שני הצדדים, ושעליו להכיל סעיף בדבר פרישתם של עורכי-הדין אם ההליך אינו מוליד הסדר.⁷⁶ אם מוגשת תביעה אזרחית, אסור לעורכי-הדין של הצדדים לייצגם במשפט האזרחי, ועליהם לפרוש כפרקליטים.⁷⁷ כמו-כן החוק דורש שגם הסכם ההסדר יהיה חתום על-ידי שני הצדדים.⁷⁸ בדומה לחוק בטקסס, החוק בקרוליינה הצפונית קובע כי ברגע שנשלחה הודעה לבית-המשפט בדבר התנהלותו של הליך משפט שיתופי בתיק, בית-המשפט מנוע מלפעול, אלא אם כן הצדדים נכשלים בגיבושו של הסדר. במקרה של כישלון בהשגת הסדר בהליך, יוכלו הצדדים להגיש תביעה בבית-המשפט רק אם לא פורט סוג אחר של יישוב סכסוכים חלופי (ADR) בהסכם המשפט השיתופי.⁷⁹

למעשה, בחוק של קרוליינה הצפונית מצויים סעיפים השונים מאלה שבחוק הטקסני. ראשית, בעוד החוק של טקסס כולל רק רמיזה בדבר ביטולם של כל המועדים הסופיים שנקבעו על-ידי בית-המשפט, בחוק של קרוליינה הצפונית נאמר ביתר בהירות כי הסדר תקף של משפט שיתופי מבטל כל מועד סופי משפטי, כולל כזה הנקבע בחוקי התיישנות, תאריכים שנקבעו לשימועים בבית-המשפט, מועדים סופיים להגשה ולגילוי וכן צווי לוח-זמנים.⁸⁰ נוסף על כך החוק של קרוליינה הצפונית כולל הוראות ספציפיות ומפורטות בדבר סודיות וחסינות. החוק קובע כי "כל האמירות, חילופי הדברים ופירות

Jennifer M. Kuhn, *Working Around the* : להרחבה ראו: N.C. GEN. STAT. § 50-71(1) (2010) 72
Withdrawal Agreement: Statutory Evidentiary Safeguards Negate the Need for a
Withdrawal Agreement in Collaborative Law Proceedings, 30 CAMPBELL L. REV. 363, 368
 (2008).

N.C. GEN. STAT. § 50-71(1) (2003) 73

שם, ס' 50-71(2) 74

שם, ס' 50-71(4) 75

שם, ס' 50-72 76

"If a civil action is filed or set for trial... the attorneys representing the : 50-76(c) שם, ס' 77
 parties in the collaborative law proceedings may not represent either party in any further
 civil proceedings and shall withdraw as attorney for either party"

שם, ס' 50-75 78

שם, ס' 50-76(a) 79

שם 80

העבודה אשר נעשים בהליך המשפט השיתופי או צומחים ממנו הם סודיים ובלתי-קבילים בכל דיון משפטי.⁸¹ הגדרה של "תוצר עבודה" בהקשר זה כוללת "כל תקשורת כתובה או מילולית וכל חוות-דעת של מומחי צד שלישי שנעשה בהן שימוש בהליך המשפט השיתופי".⁸² נוסף על כך החוק מאפשר לצדדים להסכים על שימוש בדרכי ADR אחרות במטרה להגיע להסדר בכל אחת מהסוגיות שבמחלוקת.⁸³ בעוד עורכי-הדין של הצדדים אינם רשאים לשמש פרקליטי הצדדים בהתדיינות משפטית, הם רשאים לשמש פרקליטיהם בכל סוג של ADR המוזכר בהסכם.⁸⁴ זאת ועוד, החוק של קרוליינה הצפונית קובע כי הליכי משפט שיתופי, בכל הנוגע בחלוקה הוגנת, ממשיכים להתקיים גם אחרי מות בן/בת-הזוג, וכי במקרה זה מנהל העיזבון של הנפטר רשאי להמשיך בהליכים אלה כל עוד הוסכם על כך לפני הפטירה.⁸⁵

בשנת 2006 הצטרפה גם קליפורניה לשורת המדינות שאימצו חקיקה המכירה בהליך המשפט השיתופי.⁸⁶ חקיקה זו דומה לחוק הטקסני, אלא שהיא מעניקה להליכי משפט שיתופי תפקיד רחב יותר בסוגיות הקשורות לגירושים, דוגמת משמורת על ילדים ואבהות.⁸⁷ גם חוק ה-ADR במדינת קולורדו מונה בין דרכי ה-ADR את המשפט השיתופי.⁸⁸ עם הזמן הצטרפו לרשימה מדינות נוספות שחוקקו חקיקים הנוגעים בהליך המשפט השיתופי, דוגמת יוטה ומינסוטה.⁸⁹

התפתחות קודיפיקטיבית חשובה מהזמן האחרון קשורה לחקיקת חוק פדרלי בנושא בארצות-הברית, הוא חוק משפט שיתופי אחיד (Uniform Collaborative Law Act), שנועד לתרום ליציבות ולהומוגניות הבין-מדינתית בכל הנוגע בפרקטיקה של ההליך.⁹⁰ ועדת הנציבים הלאומית לחוקי מדינה אחידים בארצות-הברית – ה-NCCUSL (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) – הייתה בין מנסחיה של הצעת

81 ש, ס' 50-77(a).

82 ש.

83 ש, ס' 50-78.

84 ש.

85 ש, ס' 50-79.

86 Cal. Fam. Code § 2013 (West 2004 & Supp. 2007).

87 ש.

88 בית-המשפט העליון במדינת קולורדו תומך בשימוש ב-ADR לפני התדיינות משפטית בסכסוכים בתחום דיני משפחה. ראו Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 992.

89 UTAH CODE ANN. § 30-3-11.4 (2007); Promulgation of Amendments to the Minnesota General Rules of Practice for the District Courts, CX-89-1863 (Minn. Sept. 26, 2007).

להרחבה בדבר חקיקים נוספים ראו Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 240.

90 אך תוך שמירה על האוטונומיה של הצדדים בכל מקרה ספציפי (המתבטאת, למשל, ביכולתם להוסיף סעיפים מיוחדים ל"הסכם ארבעת הצדדים"). ראו Kuhn, לעיל ה"ש 72, בעמ' 369. ראו:

Uniform Collaborative Law Act (2009), available at www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ucla/statute_style.htm (להלן: UCLA).

החוק.⁹¹ בהגדרו את עיקרי-הבסיס של המשפט השיתופי, החוק מתבסס למעשה על חיקוקיהן הקיימים של המדינות השונות בנושא זה. החוק עוסק, בין היתר, בחיסיון החל על תקשורת במשפט השיתופי, אשר אינה ניתנת לגילוי ואינה קבילה כראיה בהליך משפטי בהעדר קיומו של כתב ויתור,⁹² אך ב-בזמן מגן על ראיות שהן בדרך-כלל קבילות או ניתנות לגילוי, בקובעו כי הן אינן נהפכות לבלתי-קבילות או למוגנות מפני גילוי רק בשל הופעתן בהליך של משפט שיתופי.⁹³ מעניינים לא פחות מתחומי העיסוק של החוק הם התחומים שבהם בחר החוק, במודע, לא לעסוק. ראשית, החוק נמנע מלתחום תוכנית הכשרה ספציפית לעוסקים במשפט השיתופי, אף שוועדת הניסוח רואה חשיבות בהכשרה הולמת וראויה.⁹⁴ הרציונל לכך הוא ניסיון להימנע מכפיית "משטר הכשרה אחיד" על כל תחומי השיפוט, כדי להימנע מ"חניקה" אפשרית של הפרקטיקות האפשריות בהליך חדש וצעיר יחסית בגילו.⁹⁵ שנית, החוק נמנע במודע מלעסוק בנושאים של אתיקה מקצועית. בהתאם להצהרתה של ועדת הניסוח, חוק המשפט השיתופי האחד מגדיר משפט שיתופי כהליך יישוב סכסוכים שמרכיב מרכזי בו הוא ייצוג של הצדדים על-ידי פרקליט, כלומר, כהליך של פתרון בעיות באמצעות משא-ומתן מבוסס-אינטרסים בפיקוחו של פרקליט. החוק נמנע מלפקח על חובות האחריות המקצועית של עורך-הדין השיתופי. חובות אלה מבוססות היטב בחוקי האתיקה והאחריות המקצועית שנחקקו בתחומי השיפוט השונים, ונאכפות על-ידי ועדות האתיקה הרלוונטיות.⁹⁶

נוסף על כל הנזכר לעיל, ניתן להצביע על מגמה כללית של הכרה גוברת במשפט השיתופי. גם במדינות שאין בהן (עדיין) חיקוקים מדינתיים בעניינו של המשפט השיתופי יש לעיתים כללים מקומיים של כמה בתי-משפט, הכוללים סעיפים בדבר תיקים של משפט שיתופי, ובכך יש משום רמז לכך שהשימוש בו מתחיל להתקבל בתחומי שיפוט אלה. זאת ועוד, ארגון יישוב הסכסוכים הגדול בעולם – מחלקת יישוב הסכסוכים של ה-ABA (American Bar Association) – הקים ועדה בנושא המשפט השיתופי.

91 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 255–257.

92 ראו UCLA, לעיל ה"ש 90, וכן את נוסח החוק שהוצע על-ידי ה-NCCUSL בעקבות הכנס השנתי של הוועדה שנערך ביולי 2009 – www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ucla/ – 2009am_approved.htm.

93 ש.ם.

94 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 261. כן ראו בהערה הנלווה לס' 24 לחוק:

"SECTION 24. EFFECTIVE DATE. This [act] takes effect...

Legislative Note: States should choose an effective date for the act that allows substantial time for notice to the bar and the public of its provisions and for the training of collaborative lawyers."

95 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 261.

96 ש.ם.

בקנדה הליכים תרפויטיים בכלל ומשפט שיתופי בפרט צברו תאוצה רבה בשנים האחרונות, ויש מי שטוען כי הדבר התרחש אף במידה רבה יותר ובצורה ממוסדת יותר מאשר בארצות-הברית.⁹⁷ המשפט ה"מסורתי", בעיקר בתיקי משפחה, כמעט ננטש בקנדה לטובתו של המשפט השיתופי, מתוך ניסיון להביא בחשבון את צורכיהם של כל המשתתפים, ובמטרה להשיג פתרון שיגביר את שביעות-הרצון הכוללת. ההליך בקנדה מלווה על-ידי עובדים סוציאליים, אשר נותנים את הערכותיהם בתיק הספציפי בנוגע לתוצאות המומלצות שיקטינו את הטראומה של המתגרשים ויקדמו את טובת הילד. יש אף מי שטוען כי קנדה עשויה לשמש מודל (בעבור ארצות-הברית ובכלל) לאימוצו של המשפט השיתופי.⁹⁸

גם בריטניה הצטרפה ל"חגיגת הפתרונות השיתופיים" ולניסיון למצוא פתרונות "רחבים" לסוגי סכסוכים שונים, ובכלל זה גם בתיקים פליליים.⁹⁹

באוסטרליה נעשה זה כמה עשורים מאמץ כולל לגיבוש מקיף ומאגד של שיטת משפט המאמצת תורת משפט תרפויטית ופתרונות חלופיים להליך השיפוטי.¹⁰⁰ הליך המשפט השיתופי באוסטרליה הוא למעשה המשכו או מימושו של ה-Family Law Act 1975, אשר דרש לפתח דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים בתיקי משפחה.¹⁰¹ כחלק ממהלך זה אומץ גם המשפט השיתופי, כהליך חדש יחסית, בשנת 2005.¹⁰² תיקון לחוק הנ"ל, משנת 2006, המאמץ מודל של ADR מנדטורי (מחייב) כאשר לזוג המתגרש יש ילדים, נתן משנה תוקף לאימוצו של הליך המשפט השיתופי. אולם למעשה קודם המשפט השיתופי באוסטרליה בעיקר באמצעות פגישות הכשרה לעיסוק במשפט שיתופי שעורכים מרכזים מסחריים, אוניברסיטות ומשרדי עורכי-דין שיתופיים בכמה מדינות באוסטרליה, ביניהן ויקטוריה, קווינסלנד, New South Wales ו-Capital Territory. עיקר השימוש במשפט השיתופי הוא בתיקי משפחה,¹⁰³ וקבוצות של

97 Marsha B. Freeman, *Comparing Philosophies and Practices of Family Law Between the United States and Other Nations: The Flintstones vs. The Jetsons*, 13 CHAP. L. REV. 249, 255 (2010).

98 שם, בעמ' 256. ראו גם: Nicholas Bala, *Assessments for Postseparation Parenting Disputes in Canada*, 42 FAM. CT. REV. 485, 485, 495 (2004).

99 אף שלא בלי ביקורת על כך. ראו: Adam Crawford, *Governing Through Anti-Social Behaviour: Regulatory Challenges to Criminal Justice*, 49 BRIT. J. CRIMINOL. 810, 810, 814 (2009).

100 Freeman, לעיל ה"ש 97, שם בעמ' 258–259.
Ann Ardagh, *Repositioning the Legal Profession in ADR Services: The Place of Collaborative Law in the New Family System in Australia*, 8 QUEENSLAND U. TECH. L. & JUST. J. 238, 243 (2008).

102 שם, בעמ' 241.

103 שם.

בעלי-מקצוע העוסקים בפרקטיקה שיתופית (לאו דווקא עורכי-דין) מתוות גבולות וכללי אתיקה לשימוש בהליך.¹⁰⁴

על-אף הביקורת הנשמעת באוסטרליה על ההליך או למצער על היקפו ואופן אימוצו,¹⁰⁵ אומצה שם פילוסופיית המשפט השיתופי באופן רחב ומתקדם אף בהשוואה לארצות-הברית. הכוונה להחלת המשפט השיתופי במערב אוסטרליה גם על תיקי אלימות במשפחה (בסייגים מסוימים). בולטת בהקשר זה "תוכנית קולומבוס" (Columbus Program)¹⁰⁶ – תוכנית מערכתית ממוסדת המחילה את הליך המשפט השיתופי גם על תיקי משפחה אשר מתאפיינים ברמת קונפליקט גבוהה ובפוטנציאל להליך אדוורסרי ארוך, ואשר מכילים רכיבים של אלימות וניצול (בין בני-הזוג ו/או כלפי הילדים). בבסיס התוכנית מונח הרעיון בדבר תרומתה של התערבות מוקדמת בטיפול במשפחות במצבי סיכון, באמצעות שימוש בגישות תרפויטיות בין-תחומיות בצד התערבות הוליסטית של מגוון אנשי מקצועות טיפוליים.¹⁰⁷

ככלל ניתן לומר כי אף שטרם נחקקו חיקוקים רבים מאוד בעניינו של המשפט השיתופי, אלה שנחקקו מנסים להעניק לו הגדרה ובהירות יחסית, ומגמת ההתפתחות הקודיפיקטיבית של ההליך עולה וצומחת בצורה שיטתית וצוברת עוצמה. כל אלה, כך נראה, תורמים ויוסיפו לתרום להתפתחותו המואצת של ההליך.

4. מהפכת עורך-הדין השיתופי – כאשר הנמר הופך את חברבורותיו

"העסק עם ההתדיינות המשפטית לא 'ישב' טוב אצלי... שנאתי לקחת את העניינים האלה הביתה איתי. והייתי לוקח. הייתי נשאר ער ומתוה עד לפנות בוקר כדי להתכונן, מתהלך מודאג מאוד מן התוצאות."¹⁰⁸

בתוך אותה דינמיקה של ניסיון ליישב את הקונפליקט, בין בהליך שיפוטי ובין בדרכים חלופיות, קיים כמעט תמיד רכיב אחד נוסף על הצדדים, אשר משום-מה ממעטים להתייחס אליו או לייחס לו חשיבות, אף שיש לו השפעה עצומה, רבת רושם ולעיתים

104 בין היתר גם ה-International Academy of Collaborative Professionals. ראו שם, בעמ' 248. כן ראו: Family Law Council (Australia), *Collaborative Practice in Family Law: A Report to the Attorney-General* 55, 68 (2006), available at [www.ema.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/\(CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF\)~334NEWCollaborative+Law+Report+Final.pdf/\\$file/334NEWCollaborative+Law+Report+Final.pdf](http://www.ema.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/(CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF)~334NEWCollaborative+Law+Report+Final.pdf/$file/334NEWCollaborative+Law+Report+Final.pdf)

Ardagh, לעיל ה"ש 101, בעמ' 250.

Lisbeth T. Pike & Pual Murphy, *The Columbus Pilot in the Family Court of Western Australia*, 44 FAM. CT. REV. 270, 271 (2006).

107 שם, בעמ' 270–272.

108 מדבריו של עורך-דין שיתופי אשר פרש מעיסוקו כעורך-דין אדוורסרי בתחום של דיני משפחה. מתוך Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 191.

קריטית על תוצאות ההליך (כמרגם על דרך התפתחותו). הכוונה לרכיב "עורך-הדין". השיח הקיים הנוגע בדרכים חלופיות ליישוב הסכסוך שם במרכז את הצדדים או את ההליך החלופי מושא הדיון, ואילו עורך-הדין נדחק אל השוליים. ההתייחסות אליו (אם בכלל) היא תמיד כאל רכיב שולי – שלא לומר גורם מעכב – בהשוואה לרכיבים האחרים. הוא בוודאי אינו חלק מן המטרה. המטרה היא תמיד הצדדים או למצער נסיונם ליישב את הסכסוך.

תרומתו הייחודית של המשפט השיתופי היא בהעמידו במרכז את רכיב "עורך-הדין". בגישור, לשם ההשוואה, עורכי-הדין מרוחקים למעשה מ"רגעי החסד" החשובים המתרחשים בהליך ומן הדינמיקה הבין-אישית הנבנית בתוכו.¹⁰⁹ הטענה היא שכאשר עורכי-הדין מעורבים רק בסקירת התוצאות של הליך הגישור, הם מוכנסים אוטומטית למשבצת "הצלף השכיר".¹¹⁰ במשפט השיתופי, לעומת זאת, לראשונה במסגרת הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים, ניתן לעורך-הדין מקום של כבוד. היחס אליו אינו עוד כאל גורם מסלים או כאל מכשול מעכב; אדרבה, מדובר בגורם מנווט בעל חשיבות מכרעת, אשר אינו ניתן ליתור.

הציטוט שבראש תת-פרק זה הוא רק אחת מני התבטאויות קשות רבות של עורכי-דין העוסקים בדיני משפחה כלפי השיטה הדיונית האדוורסרית בכלל וכלפי התפקיד שהם נאלצו כעורכי-דין למלא בה בפרט.¹¹¹ לדעת עורכי-דין רבים, עריכת-הדין המסורתית נשאבה בדיני משפחה אל תבנית מקובעת ומהרסת הן בשל העומס שהציף את בתי-המשפט והן בשל שיטת ההתדיינות האדוורסרית הלעומתית. עורכי-הדין מתנהלים באופן שמסלים את היריבות ותורם להקצנת עמדותיהם של הצדדים. במטרה (כך הם מאמינים) להשיג את המירב בעבור הלקוח, ומתוך החובה האתית להעניק לו "ייצוג עז",¹¹² הם נוטים לנסח תביעות קיצוניות ופוגעניות, ולנקוט צעדים משפטיים אשר לעיתים כל עניינם הוא "הלחצת" הצד האחר, תוך התעלמות מכך שעל-פירוב צד מותקף תוקף בחזרה.¹¹³ כך בני-הזוג נהפכים לאויבים תחת שרביטם של הפרקליטים, והמחיר הכבד כבר ידוע מראש. בעבור עורכי-דין אלה, גילוי פרקטיקה אחרת, כזו המסלקת הרבה מן הלחץ ומכאב ההתדיינות (שלהם ושל לקוחותיהם), סיפק להם, כאמור, סיבה להישאר במקצוע.

זאת ועוד, עורכי-דין רבים הביעו דאגה מכך שכישוריהם והידע המקצועי שלהם

109 עורך-דין שיתופי שהוא גם מגשר משפחתי מנוסה ניסח זאת כך: "גישור יכול להיות נפלא... הוא יכול ליצור תקווה וחזון לעתיד. הבעיה בו היא בכך שהוא אינו דואג שהחלק של עורכי-הדין יהיה בשליטה. פרקליטים נכנסים לתמונה, ומייד אחר כך הכל מתדרדר". שם, בעמ' 214–215.

110 עורכי-דין שיתופיים טוענים כי הבאת פרקליטים רק בסוף ההליך, כדי לאמוד את היבטיו המשפטיים של הסדר הגישור, מסירה מהם כל תחושת אחריות לתוצאות ההליך. שם.

111 שם, בעמ' 191.

112 "zealous representation" – ראו "הקוד-לדוגמה לאחריות מקצועית", לעיל ה"ש 59.

113 סוון זיידל להתגרש ולהישאר חברים – המדריך לגישור ולהסדרי גירושין 37–38 (2004).

נתפסים ככאלה שאינם יכולים לספק את צרכיו של ציבור הלקוחות.¹¹⁴ התדמית הציבורית שיש לעורכי-הדין העוסקים בדיני משפחה היא של "מחריבי משפחות". שכירת עורך-דין ופתיחת תיק בבית-משפט כמוה כהכרזת מלחמה. משנכנסים עורכי-הדין לתמונה, המשא-ומתן והתקשורת בין בני-הזוג פוסקים על-פירוב, וההתקשרות היא אך בדמות משא-ומתן דרך עורכי-הדין. הסיכוי לשקם את מערכת היחסים אצל זוגות אשר טרם החליטו סופית על כוונותיהם הוא נמוך עד אפסי. גם בקרב זוגות אשר נחושים בדבר כוונתם להתגרש, משנכנסים עורכי-הדין לתמונה, מדובר לרוב במסלול אל-חזור מבחינת מערכת היחסים שבין הצדדים.

משפט שיתופי מהווה שינוי יסודי-מהפכני של פרדיגמת עריכת-הדין המסורתית. הפרקטיקה האדוורסרית וזו השיתופית מייצגות תפיסות שונות בתכלית. ניתן "לפרוט זאת לפרוטות" בשורה של הבדלים:

- בעוד עורך-הדין האדוורסרי רואה ב"ניצחון" את מטרתו, ומתייחס ל"ניצחון מוחץ" כאל התוצאה המיטבית, מטרתו של עורך-הדין השיתופי היא ניהול ההליך בתום-לב והשגת פתרון של win-win, קרי, השגת הסכם אינטגרטיבי שישלב את האינטרסים של שני הצדדים, כך ששניהם יצאו ממנו שבעי-רצון.¹¹⁵
- בעוד אמת-המידה להצלחה בקרב עורך-הדין האדוורסרי היא "סדר-הגודל של התוצאה, אשר ניתנת לכימות",¹¹⁶ אמת-המידה להצלחה של עורך-הדין השיתופי היא "באיזו מידה הושגו מטרותיו האמיתיות והעיקריות של הלקוח".¹¹⁷
- עורך-הדין האדוורסרי רואה את עצמו כ"גלדיאטור", ואילו עורך-הדין השיתופי נתפס בעיני עצמו כ"מומחה לניהול סכסוכים ומשאים-ומתנים מודרכים".
- בעוד עורך-הדין האדוורסרי, במסגרת טיפולו בלקוח, מתמקד בנושאים המשפטיים, בעובדות ובחוק, עורך-הדין השיתופי מתמקד בלקוח, בצד האחר ובמשפחתם.
- עורך-הדין האדוורסרי שואל שאלות סגורות, במטרה להתאים את העובדות אל המסגרת המשפטית; עורך-הדין השיתופי, לעומת זאת, שואל שאלות פתוחות, מתוך ניסיון להגיע להבנה מעמיקה יותר של המצב הסבוך.
- עורך-הדין האדוורסרי אינו שולל את אפשרות המאבק המשפטי במהלך המשא-ומתן על פירוק הנישואים; אדרבה, הוא אף מתכוון אליה, וחלק מאסטרטגיית המשא-ומתן היא שיגור איומים (גלויים ומרומזים) בדבר אפשרות זו. עורך-הדין השיתופי, לעומתו, שולל את אפשרות המאבק המשפטי מכל וכל. הסתמנותה באופק מציינת את פרישתו, ועד אז הוא מנהל משא-ומתן מתוך שיתוף-פעולה ובמטרה להשיג תועלת הדדית.

Mary E. O'Connell & Pauline H. Tesler, *Collaborative Law: Achieving Effective Resolution in Divorce Without Litigation*, 40 FAM. CT. REV. 403, 404 (2002)

Schneyer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 302.

TESLER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 40.

117 שם.

- בכל הנוגע ביחס אל עורך-הדין האחר במשא-ומתן, הצבתו בצד האחר של המתרס וההימצאות בקונפליקט עימו נחשבות, לגבי עורך-הדין האדוורסרי, כדבר שבנורמה. עורך-הדין השיתופי, לעומת זאת, מתייחס לעמיתו כאל שותף חשוב לפתרון הבעיה.
- בעוד עורך-הדין האדוורסרי מפקח על התקשרויותיו של הלקוח עם עורך-הדין של הצד האחר ועם שאר אנשי-המקצוע, ובכלל זה מגביל אותן ו"מאמן" את לקוחו לקראתן, עורך-הדין השיתופי מסביר ללקוחו כי איכותן של העצות או של חוות-הדעת שאנשי-המקצוע יציעו לו תלויה במידת הדיוק והשלמות של המידע שהם יקבלו ממנו (מן הלקוח).
- עורך-הדין האדוורסרי מתמקד בעמדות, בעוד עורך-הדין השיתופי מתמקד באינטרסים. עורך-הדין השיתופי לעולם לא יתמוך בעמדה מתוך מטרה להשיג יתרון במשא-ומתן, ולא ינסה לקדם שום אינטרס של הלקוח מבלי שבחן איתו קודם לכן אם השגת אינטרס זה לא תטרפד את השגתם של צרכיו האנושיים ותועלותיו של הלקוח לטווח רחוק. נוסף על כך, במסגרת התמקדותו באינטרסים, עורך-הדין השיתופי אמור לחפור מתחת לעמדות שלקוחו מציג, ולחשוף את האינטרסים האמיתיים המסתתרים מאחוריהם. בלשונה של טסלר, הוא "יקלף את שכבות הבצל בכל הנוגע בעמדות שהלקוח הציג בתחילה, במטרה להגיע אל האינטרסים האמיתיים, שהלקוח מאמין בטעות כי יושגו רק אם יושגו העמדות המקוריות שהציג בתחילה".¹¹⁸ זאת ועוד, להבדיל מעורך-הדין האדוורסרי, הנלחם להשגתם של אינטרסים חומריים-מוחשיים, עורך-הדין השיתופי אינו מזניח את השגתם (או שמירתם) של אינטרסים לא-מוחשיים, דוגמת מערכת היחסים, קשרי המשפחה המורחבת, המשפחה הנבנית, היכולת של בני-הזוג להמשיך לשמש הורים באופן אפקטיבי גם לאחר הגירושים, יכולתם להמשיך לחוש כבוד עצמי וכולי. למעשה, לא יאה זה אף מוגזם לומר כי עורך-הדין במשפט השיתופי מעורב בהגדרת האינטרסים של הלקוח ובניסוח יעדי הייצוג שלו.
- בעוד עורך-הדין האדוורסרי תומך בדעותיו השליליות של לקוחו כלפי הצד האחר, ומקבל את נקודת-מבטו על העובדות ואת ההכרה העצמית של הלקוח כקורבן, עורך-הדין השיתופי עומד על מתן כבוד לכל המשתתפים, מודרך על-ידי התובנה כי לקוחות נוטים "לצבוע את העובדות", ומטיל ספק בהצהרותיו של הלקוח, בידועו כי הללו מיועדות לא פעם רק להפחית את האחריות הרובצת על כתפיו.¹¹⁹ יתרה מזו, עורך-הדין במשפט השיתופי נתפס כערב להתנהלותו של לקוחו, פמתחייב מהתחייבויותיו ב"הסכם ארבעת הצדדים". ערבות זו אמורה להתבטא גם בפרישתו של עורך-הדין (או בהפסקת ההליך) אם מתעורר בכך הצורך כאשר מתגלה התנהגות לא-נאותה. זאת, במקום ליהפך לאלטר-אגו של הלקוח ביחס לאותה התנהגות.¹²⁰

118 מצוטט אצל Schneyer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 298.

119 שם, בעמ' 302.

120 שם, בעמ' 297-298.

טסלר כותבת כי עורכי-הדין השיתופיים מעגנים למעשה בהסכם שבינם לבין הלקוחות את התניה שלפיה הם ייצגו אך ורק את "הלקוח האמיתי" ויפעלו אך ורק בעבורו, ולא יודרכו על-ידי "לקוח-הצל" או "הלקוח האפל" (the shadow client).¹²¹ "הלקוח האפל" הוא כינוי ללקוח אשר מוחלש באופן זמני על-ידי אמוציות פרימיטיביות ואינטנסיביות גואות, שבעטיין הוא מתנהג בצורה בהמית ואפלה כלפי הצד האחר. "הלקוח האמיתי" הוא כינוי לאותו חלק בלקוח אשר מכיל את הכוונות הגבוהות והאתיות לקיים גירושים מכובדים ובתום-לב. מאחר שהלקוח עצמו התחייב ב"הסכם ארבעת הצדדים" לנהוג כ"עצמו בתפקודו הנעלה ביותר" (highest functioning self), יש לעורך-דינו זכות "מוסרית" למשוך אותו בחזרה מהתנהגויות אנוכיות או הרסניות. עריכת-דין בהקשר זה נהפכת ל"ניסיון להשיג בעבור הלקוח את אשר הוא עצמו זיהה כיעדים לתפקוד הנעלה ביותר".¹²² ניתן לומר, אם כן, כי עורך-הדין במשפט השיתופי נוטל על עצמו יותר מתפקיד של עורך-דין; הוא נוטל על עצמו, במידה רבה, גם תפקיד של מתנך, אשר דואג שלקוחותיו יהיו ממוקדים בכוונותיהם הראשוניות (ולו רק על-מנת שלא ישלמו הם עצמם את מחירה של ההתנהגות האחרת).¹²³

ככלל, להבדיל מעורך-הדין האדוורסרי, עורך-הדין השיתופי מציג לפני הלקוח דרך חשיבה חדשה בדבר היחס לצד האחר, לקונפליקט ולדרך ניהולו, ומנהיג אותו בכבישתה. דרך חשיבה חדשה זו היא מתפקידו החדשניים והמהפכניים של עורך-הדין השיתופי. לפיכך המהפך המשמעותי ביותר של המשפט השיתופי הוא בעיצובו ובהמשגתו מחדש של תפקיד עורך-הדין. לראשונה במסגרת הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים – בצורה מובנית, אפריורית וכחלק בלתי-נפרד מן ההליך – מודל הייצוג המסורתי מפנה את מקומו לטובת מודל הייעוץ המקצועי בסביבה שיתופית. לא עוד הגלדיאטור או שכיר-החרב הלהוט, אשר התבררו (בעיקר בדיני משפחה) כאוחזים בחרב מתהפכת, בחרב מהרסת, בחרב פיפיות. המשפט השיתופי מגדל במקומם מודל שונה של פרקליט: פרקליט מצמיח – עורך-דין אשר נוסף על היותו פה ללקוח במצוקה, הוא גם יועץ משפטי הרואה את טובת המשפחה כולה, ומשכיל לתמוך בלקוחות בצורה המאפשרת להם מעבר מכובד ובריא, ועד כמה שניתן – מופחת-כאב.

אולם המהפך האמיתי של המשפט השיתופי, מבחינת יחסו אל עורך-הדין, בולט לא רק על רקע התייחסותו של ההליך הדיוני אל עורך-הדין והתפקיד שהוא מייעד לו, כפי שפורט עד כה, אלא אולי אף יותר על רקע התייחסותו של הגישור אל עורך-הדין והתפקיד שהליך זה מייעד לו. המשפט השיתופי השכיל להבין כי כפיית הליכים על עורכי-הדין – דוגמת הליכי ADR מנדטוריים, המחייבים את עורך-הדין לפרוש באוזני

121 מצוטט אצל Schneyer, שם, בעמ' 300.

122 Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 206.

123 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 988.

לקוחותיו חלופות ליישוב הסכסוך בטרם יפנו להליך השיפוט – אינה צולחת בהכרח. הניסיון מן העולם הוכיח כי עורכי-דין עקפו את השיטה ו"ארגנו" את המערכת לנוחותם.¹²⁴ לשיטתו של המשפט השיתופי, הגיעה העת לדרך שונה, רדיקלית יותר: **להביא לידי כך שעורכי-הדין עצמם יאהבו את השיטה**. בעוד הגישור אינו מקבל את עורכי-הדין "בזרועות פתוחות",¹²⁵ בלשון המעטה, המשפט השיתופי "מבין" כי לרפורמות פרוצדורליות תהיה השפעה מועטה בלבד, אם בכלל, כל עוד לא יפנימו **עורכי-הדין עצמם** את התפיסה, העקרונות, ההנהגות והיתרונות שבבסיס משא-ומתן משתף, ולא משסף. המשפט השיתופי מנסה להפוך את עורכי-הדין עצמם לשגרירים (ואף למנהיגים) של מודל חלופי לדרך המסורתית והמוכרת עד כאב (תרחי משמע). המשפט השיתופי "מבין" את אשר הגישור המשפחתי לא השכיל להבין, והוא שכדי לשנות את ה"משחק סכום אפס" של ההתדיינות, יש לשתף את עורכי-הדין **מבפנים** (ובתפקידי-מפתח), ולא לדחוק אותם לקרן-זווית. בעוד הגישור מרחיק את הפרקליט מ"רגעי החסד" החשובים המתרחשים בהליך, ומקבע אותו בתפקיד "הצלף השכיר", המעורב רק בסקירת התוצאות בסוף, המשפט השיתופי מחזיר אליו את תחושת האחריות להצלחה. המשפט השיתופי מבין כי אספקה בלתי-מבוטלת מן המשאב הנקרא "חוכמת

124 הערכות שנעשו בארצות-הברית ביחס לרפורמות בהליכי הדין האזרחי גילו כי בקרב עורכי-הדין יש כאלה שפיתחו מגוון של עמדות ואסטרטגיות שליליות, אשר משמשות בידיהם להפחתת יעילותם של הליכי יישוב כפויים. התגלה כי בתוכניות שבהן פחות ממאה אחוזים מן התיקים מופנים באופן אקראי להליך חדש – כגון גישור, הערכת מקרה מוקדמת וכולי – עורכי-הדין עלולים להימנע מההליך לחלוטין (על-אף היותו מנדטורי) על-ידי משיכת התיק והגשתו מחדש (withdrawing and re-filing). לחלופין עורך-הדין עשוי לקבל עליו את הדין ולהשתתף בהליך הכפוי, אך בצורה המינימלית והמוגבלת ביותר, רק כדי "לצאת ידי חובה", כגון ללא הכנה מוקדמת או ללא המחויבות הנדרשת להפקת תוצאות חיוביות (מה שמכונה "גישור בעשרים דקות"). עורכי-דין אחרים פוגעים בהליך עוד יותר על-ידי הנעת לקוחותיהם לא להתייחס אליו ברצינות. כך, לדוגמה, הם מייצעים ללקוח להתייחס אל ההליך כאל "חישוק פרוצדורלי" נוסף שיש לעבור דרכו אל ההתדיינות השיפוטית. ראו Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 183.

125 תומכי גישור המתנגדים לשילובם של עורכי-דין בהליך מביעים חששות מפני השתלטותם של עורכי-הדין על הבמה. עורכי-הדין, על-פי ראייתם, מדברים בשם הלקוחות, ובעיקר במקומם; מונעים אותם מלבטא את תחושותיהם ורצונותיהם, ומלפתח את מודעותם העצמית והבין-אישית; ובאופן כללי – נוטלים מן הלקוחות את היתרון המרכזי והייחודי של הליך הגישור: האוטונומיה שלהם. חשש נוסף של המתנגדים לשילובם של עורכי-דין בהליך הגישור הוא שעורכי-הדין יביאו עימם אקלים אדורסרי-לוחמני, אשר יתפוס את מקומו של האקלים הגישורי ויאייץ את כל יתרונותיו של הליך זה. היה גם מי שטען כי עורך-דין נתפס בעיני הציבור כלוחם בעבור לקוחו מלחמה ללא פשרות, פעמים רבות תוך קידושם של כל האמצעים. מוניטין זה מונע אותו מלשמש מגשר, אשר שואף, מטבע תפקידו, ליישוב הסכסוך בדרכי שלום. ראו דפנה לביא **המגשר – התפקיד והמפתח להצלחת הגישור** 10–11, 197–199 (2006). המתנגדים לשילובם של עורכי-דין בהליך הגישור חוששים כי עורכי-הדין, אשר רגילים לנהל הליך דינוני, יתקשו לאמץ את הקונספציה המרכזית של הליך הגישור, אשר "הופכת את המשולש" ושמה את הצדדים (להבדיל מעורכי-הדין) ואו כל צד שלישי מתערב) במרכז הבמה.

הניסיון המקצועי של עורך-הדין היא נכס יקר ללקוחות בתחום המשפחה, וכאשר משתמשים בה באופן ראוי, היא עשויה לקדם אותם רבות ובאופן מכובד להשגת יעדיהם. המשפט השיתופי עושה את אשר לא עשו קודמיו: הוא "מכניס לשליטה" את החלק של עורכי-הדין בהליך ליישוב סכסוך. במשפט השיתופי, מתוך אמונה ביכולתם של עורכי-הדין, הם נדרשים למשוך אחריהם את הלקוחות ולעצב את אופיו הבריא של הליך בונה-פתרונות, והכל תוך יצירת תבנית שבה עורכי-הדין מהווים גורם פעיל ודינמי בפיתוח גישות השומרות על תפקידם המרכזי והאמיתי.

אכן, עורכי-דין שיתופיים רבים מעידים על מהפך פנימי אישי ומקצועי שהתחולל בהם בעקבות המשפט השיתופי.¹²⁶ עורכי-דין שיתופיים רבים, אשר לרובם יש עבר עשיר בהתדיינות משפטית, מתארים כיצד נהנו בעברם מהלחץ האינטנסיבי של ההתדיינות השיפוטית או מן המשא-ומתן התחרותי. כיום הם מתארים את מחויבותם להליך המשפט השיתופי במונחים תיאולוגיים כמעט, ואת בחירתם הנוכחית במשפט השיתופי הם מציגים כמעין "המרת דת". הם מעידים כי תחושת מחויבות זו היא שמניעה אותם לשכנע ולשדל את לקוחותיהם לאמץ את המשפט השיתופי.¹²⁷ רובם מדברים על מחויבות אישית ומקצועית החודרת הרבה מעבר ל"כלכלת ניהול תיקים". עורכי-דין שיתופיים רבים מציגים את המשפט השיתופי כאמצעי מבחינתם להגדרה חדשה ומספקת יותר של קשריהם עם לקוחותיהם.¹²⁸ יש המדברים במונחים של "תזוזה בפרדיגמה"¹²⁹ או אפילו טרנספורמציה ערכית של ממש שחוו, ויש המתארים את המשפט השיתופי כמודל שהשפיע על כל גישתם לפרקטיקת המשפטים ואף על חייהם האישיים.¹³⁰ אף שזהו, לכאורה, המימד החבוי של המשפט השיתופי, נראה כי זו המהפכה האמיתית שלו.

126 Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 191.

127 שם, בעמ' 191–192. ביטוי קיצוני לכך בא מפיו של עורך-דין אשר אמר כי "משפט שיתופי הוא אמצעי מציל נפשות". שם.

128 כך, למשל, תיאר זאת עורך-דין שיתופי אחד: "אני מעדיף את האינטימיות של היחסים עם הלקוחות ממשפט שיתופי מאפשר... אני כבר לא עורך-דין ללקוחות שלי, אני חבר." שם, בעמ' 191.

129 שם, בעמ' 195–196. פאולין טסלר מתארת זאת במונחים של טרנספורמציה של נורמות אישיות ומקצועיות: "ארבעת הממדים של תזוזת הפרדיגמה כוללים טרנספורמציות פנימיות וחיצוניות... טרנספורמציות בתפיסות הפנימיות של עורך-הדין לגבי מיהו ומה הוא עושה, וטרנספורמציות של התנהגויות אובייקטיביות שניתן לראותן ביחסו כלפי הלקוחות ובעלי-מקצוע אחרים המעורבים בתיק השיתופי." מצוטט אצל Macfarlane, שם.

130 עורך-דין אחד תיאר במילים הבאות עד כמה הוטמעו בו עקרונות השיתוף והפתרון המשלב: "הייתי אומר שזה דבר שאני מגלה עכשיו שאיני יכול להימנע ממנו. איני יכול לכבותו. הוא דולק וזהו. ואני מגלה שהאופן שבו אני מתייחס לבת-זוגי ולמשפחתי השתנה בזכותו." Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 196.

פרק ג: הביקורת על המשפט השיתופי – "היהפוך נמר חברבורותיו?!"

על-אף קוצר-ימיו היחסי, הספיק המשפט השיתופי לעורר ביקורת ענפה. מאחר שעיקר הבעייתיות שהמשפט השיתופי מעלה נוגעת בפן האתי שלו, נביא להלן אך את הביקורת המתמחה לפן זה.¹³¹

את הביקורת בהקשר זה ניתן, לטעמי, לקטלג לשתי שאלות-יסוד: שאלת **המצוי** ושאלת **הראוי**. השאלה הראשונה, שאלת **המצוי**, שואלת "היהפוך נמר חברבורותיו?!" בטון ספקני. הייתכן שעורך-דין קונוונציונלי ייהפך לעורך-דין שיתופי? שאלה זו היא היפותטית כמעט: האם קיים נמר שיכול להפוך את חברבורותיו?! האם ניתן לצפות שעורך-דין ייהפך מ"נמר" ל"כבשה" (או לכל דבר אחר "נמרי" פחות)?! השאלה השנייה, שאלת **הרצוי**, שואלת "היהפוך נמר חברבורותיו?" בטון ענייני, המזמין דיון והצעות. האם **ראוי** שהנמר יהפוך את חברבורותיו? האם עורך-הדין אמור להפוך את עור הנמר שלו ולהיות מה שהוא אינו? האין עוד צורך ב"נמרים", קרי, בעורכי-דין אדוורסריים? ומי יישאר לעשות את תפקיד ה"נמר" אם הכל ייהפכו ל"כבשה"? להלן נדון בשתי השאלות כסדרן.

1. שאלת המצוי

"תפקידי כעורך-דין היו בתמצית, אלה: נתח (כעורך-דין, לא באובייקטיביות). בקר, האשם ומצא פגמים ("הכנס" להם, העבר את האחריות אליהם). חרוץ משפט (אם לקוחותי הם הקורבנות כי אז בהכרח זו אשמת הצד האחר). מנע תקשורת (אל תקלקל את התיק שלי בדיבוריך). הפחת במידת אחריותו של לקוחך לבעיה (ילל, ילל, ילל). עזור ללקוחך לזכות על חשבון היריב (שממילא אינו ראוי לשום דבר)."¹³²

אחת הביקורות הנשמעות נגד המשפט השיתופי מעלה ספקות עמוקים באשר למסוגלותם של עורכי-הדין הקונוונציונליים-המסורתיים לשמש עורכי-דין שיתופיים, אף אם עברו הכשרה לכך.¹³³ הטענה היא כי הלימוד והניסיון המשפטיים, המדגישים

131 ביקורות אחדות נשמעו באשר למבנה של המשפט השיתופי, אחרות מעלות ספקות באשר ליתרונותיו הנטענים בחיסכון בזמן ובמשאבים פיננסיים, וכולי. להרחבה בעניין ביקורות נוספות ראו Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 237.

132 אלרואי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 318.

133 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1001–1002.

עימות, הצבת עמדות קוטביות וכן "מאבק למען הניצחון", חורתיים במשפטנים תכונות של מאבק, תחרות וחשיבה צרה ונישתית (חשיבה במונחים של זכויות ושפת החוק).¹³⁴ כל הללו, לטענת המבקרים, מעלים סימני שאלה קשים בדבר מסוגלותו של עורך-הדין "להפוך את חברבורותיו", קרי, להשליך אחרי גוו ולבטל במחיידי דפוסי חשיבה והתנהגות של שנים (שנחרתו בו, כאמור, הן במהלך הלימוד המשפטי והן במסגרת הפרקטיקה), ולאמץ באחת קונספציה ופרקטיקה של שיתוף-פעולה במשא-ומתן של אינטרסים, של חשיבה יצירתית "משוחררת-חוק" ושל פתרונות יצירתיים דוגמת אלה שמאמץ הליך המשפט השיתופי. השפה המשפטית, לחס-חוקם של עורכי-הדין, משמשת לדיון בזכויות ובצדק, ונתפסת כשפה פורמלית, מדרגית, אדוורסרית, תחרותית, ליניארית ורציונלית (ופחות אמוציונלית). הטענה היא כי ה"נמר" לעולם לא יוכל "להפוך את חברבורותיו". במילים אחרות, קיימת תהייה בסיסית בדבר מסוגלותה של ישות/מהות כלשהי לבצע מהפך מוחלט המעקר מן היסוד את הטבע המושרש בה. חשש מרכזי אחד נוגע בהשפעת השיטה האדוורסרית על עורכי-הדין. הנטייה לחשיבה במונחים של זכייה והפסד עלולה להקשות על עורכי-הדין את הפנמת הקונספט של חתירה לפתרון שבו שני הצדדים מרוצים (win-win).¹³⁵ כך גם הנטייה לראות את הצד האחר כיריב, המאפיינת את השיטה האדוורסרית שעורכי-הדין אמונים בה. המבקרים תוהים אם אכן יוכל עורך-הדין השיתופי לראות את הצד האחר ואת עורך-דינו כשותפים לפתרון הבעיה, במקום לראותם כ"בעיה". יתרה מזו, האם יוכל עורך-הדין השיתופי להיות הסמן המוסרי של ההליך בכל הנוגע ביחס הראוי כלפי הצד האחר לסכסוך?

ביקורת קשה זו, המפקקת במסוגלותם של עורכי-הדין "להפוך את עורם" בהליך השיתופי, מתחזקת על רקע העובדה שאחדות מטענות הביקורת הללו נשמעו בעבר גם נגד שיתופם של עורכי-הדין בהליך הגישור. ניתן אם כן לטעון כי אם בגישור יש בעיה בשילובם של עורכי-דין, אזי קל וחומר שיש בעיה כזו בהליך המשפט השיתופי, שם מרחב שיקול-הדעת של עורך-הדין גדול יותר, באשר הוא אמור ליטול חלק פעיל בהליך ואף לנווט את הלקוח במסגרתו. החשש הוא מכך שההליך עלול ליהפך להשתקפות ערכיו האישיים של עורך-הדין המעורב בו.¹³⁶

134 אלרואי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 320.

135 הכוונה להסכם אינטגרטיבי המשלב את האינטרסים של שני הצדדים, כך ששניהם ירגישו כי ניצחו. ראו אלרואי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 316–317. כפי שכותב אלרואי: "השיטה המשפטית המקובלת בעולם האנגלו-סקסי ובישראל, היינו השיטה האדברסארית, היא בעיקרה שיטה בינארית, שיטה של 'או-או'. מטבעו של ההליך המשפטי שהוא מביא ל-'משחק מתאפס'. בעת הדיון נוקטים הצדדים עמדות נוגדות באופן קוטבי ותוצאת המשפט היא, בדרך כלל מתאפסת: בה במידה שהאחד זוכה – השני מפסיד. התוצאה של שיטה תחרותית זו היא, שגישתו היסודית של עורך-הדין מתועלת לעבר השאיפה 'לזכות בתיק' ומכתיבה את הדרך שבה הוא מנהל הן את הדיון המשפטי והן את המשא ומתן לפשרה." שם.

136 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1003–1004. את התגובה על ביקורת זו ראו להלן בפרק ד.

בהתבססם על טענתם בדבר אי-מסוגלותם של עורכי-הדין "להשיל מעליהם את עור הנמר", ניבויים של המבקרים הוא שכשם שההתפכחות מהליך הגישור לא איחרה להגיע, כך גם ההתפכחות מהמשפט השיתופי היא רק עניין של זמן.

2. שאלת הראוי

גם אם ניתן לצלוח את "שאלת המצוי" שלעיל, נותרת עדיין על כנה (לדעת המבקרים) "שאלת הראוי": האם ראוי שעורך-הדין "יהפוך את חברבורותיו" וייהפך לעורך-דין שיתופי?

חובתו האתית של עורך-הדין היא לייצג את לקוחו בנאמנות ובמימנות. לפי "הקוד-לדוגמה לאחריות מקצועית"¹³⁷, שחוקק על-ידי לשכת עורכי-הדין האמריקאית בשנת 1969 ואשר קידם את אימוץ "הכללים-לדוגמה להתנהגות מקצועית" (Model Rules of Professional Conduct) משנת 1983,¹³⁸ לעורך-הדין יש מחויבות מפורשת "להעניק ללקוחו ייצוג עז (zealous representation) במגבלות החוק"¹³⁹. למרות השינויים שחלו עם אימוץ "הכללים-לדוגמה להתנהגות מקצועית"¹⁴⁰, מודל היריבות המסורתי ממשיך לכלול את הדרישה הנזכרת לעיל לייצוג עז של האינטרסים של הלקוח. כתוצאה מכך, התבנית המקובלת להגדרת חובתו של עורך-הדין כלפי הלקוח היא העלאת כל טיעון משפטי רלוונטי ועשיית כל מאמץ לקידום עניינו של הלקוח בכל אמצעי חוקי, מתוך מטרה להעצים את עמדתו.¹⁴¹ באופן דומה, גם בחוק הישראלי, סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: חוק לשכת עורכי-הדין), קובע כי "במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות". גם כלל מס' 2 לכללי האתיקה של לשכת עורכי-הדין¹⁴² קובע כי על עורך-הדין לייצג את לקוחו בנאמנות ובמסירות. הפירוש שנתן בית-המשפט למונח "מסירות" הוא "חריצות ושקידה, דבקות ואדיקות"¹⁴³. נשאלת אם כן השאלה אם תפיסה מקובלת זו, בדבר חובתו של עורך-הדין

137 לעיל ה"ש 59.

138 כללים אלה, אשר גובשו על-ידי לשכת עורכי-הדין האמריקאית (ה-ABA), אומצו (בכללותם או חלקים מהותיים מהם) על-ידי ארבעים מדינות ברחבי ארצות-הברית. להרחבה ראו Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165.

139 "הקוד-לדוגמה לאחריות מקצועית", לעיל ה"ש 59.

140 להרחבה ראו Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 165.

141 שם, בעמ' 166.

142 כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, ק"ת 1373 (להלן: כללי האתיקה).

143 על"ע 7/73 ע"ד פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין ת"א-יפו, פ"ד כח(1) 679, 683-ד (1974). נוסף על כך אמר בית-המשפט על חובה זו (הן על חובת הנאמנות והן על חובת המסירות) כי היא "רוח אפיו של המקצוע, היסוד עליו הוא בנוי" (עמ"מ 9/55 ע"ד פלוני נ' יו"ד וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720, 1730 (1956)), וכן כי היא "יסוד מוסד לחיובת עורך-הדין כלפי לקוחו" (עניין ע"ד פלוני, לעיל, בעמ' 682-683).

להעניק למרשו "ייצוג עז" או ייצוג מסור, עולה בקנה אחד עם מודל הייצוג שבמשפט השיתופי. במילים אחרות: האם שיטת המשפט השיתופי מאפשרת לעורך-הדין למלא את חובתו המקורית-הבסיסית ללקוחו להעניק לו ייצוג מרבי? הדיון להלן יפרוט שאלה זו לכמה דילמות אתיות.

(א) טובת הלקוח או טובת הצדדים

דילמה אתית זו מצביעה על כך שחובתו האמורה של עורך-הדין לייצג את לקוחו בנאמנות ובמסירות ולהעניק לו "ייצוג עז" אינה מעודדת התייחסות למצבו של הצד האחר וליחסים ההדדיים בין הצדדים. הביקורת על המשפט השיתופי טוענת כי נאמנות ללקוח מחייבת הפעלתו של שיקול-דעת מקצועי, נקי מהשפעות פשרניות או מאינטרסים חיצוניים של צדדים שלישיים. במילים אחרות, על עורך-הדין לראות לנגד עיניו את טובת הלקוח והאינטרסים שלו בלבד.¹⁴⁴ חיזוק לדעה זו ניתן למצוא בפרשנות שנתן בית-המשפט לחובת הנאמנות של עורך-הדין ללקוחו המעוגנת בסעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין. בית-המשפט קבע כי יישום חובת הנאמנות ייעשה "כשהאינטרס של הלקוח עומד בראש מעייניו ודאגותיו של עורך-הדין".¹⁴⁵ על עורך-הדין השיתופי, לעומת זאת, להתרכז במערכת היחסים הכוללת של הצדדים, ולחתור להיענות המרבית האפשרית לכלל האינטרסים של שני הצדדים.¹⁴⁶ יתרה מזו, כלל 14(ב) לכללי האתיקה קובע כי "לא ייצג עורך-דין צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו ענין".¹⁴⁷ השאלה המתבקשת היא: האין בכך סתירה ברורה או למצער דרישה מופרזת מעורך-הדין ללכת על חבל דק מדי בין ייצוג מסור, נאמן ו"עז" לבין ניטרליות אובייקטיבית?!

(ב) שיתוף מול לעומתיות

בעוד דילמה (א) לעיל דנה במטרה – האינטרסים של הלקוח או אלה של שני הצדדים – הדילמה הנוכחית דנה באופן הפעולה: האם עורך-הדין אמור לשתף פעולה עם הלקוח של הצד האחר? מבקרי המשפט השיתופי יצביעו על כך שבעוד הקונספציה המנחה את עורך-הדין השיתופי היא הימנעות מעמדה יריבותית, חובתו האתית והעיקרית נותרת בעינה – לשרת בצורה המיטבית את עמדתו של מרשו. השאלה המתבקשת היא אם שילוב זה ייתכן. כיצד, מבחינה אתית, יוכל עורך-דין שיתופי למצוא איזון מתאים בין שתי החובות – המנוגדות, לכאורה לפחות – של שיתוף וייצוג: החובה לשתף פעולה עם הצד האחר וכו-זמנית החובה להתחרות בו? האין חובת הנאמנות ללקוח מתנגשת עם מוסר השיתוף שהמשפט השיתופי מכתוב? אפילו ברמה הטכנית, לפי החוק

144 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167–168.

145 עניין עו"ד פלוני, לעיל ה"ש 143, בעמ' 683-ד.

146 על עורך-הדין לפתח, אם כן, מיומנויות חדשות לניהול משא-ומתן גישורי.

147 כללי האתיקה, לעיל ה"ש 142. אם כי בהמשך, בס"ק (ד), נקבע כי הגבלה זו לא תחול "על עריכת

הסכם ועל טיפול בענין שהצדדים הסכימו, בכתב, כי ייעשה בידי אותו עורך-דין".

הישראל¹⁴⁸ חל איסור על עורך-דין להיפגש עם הצד שכנגד, אם הוא מיוצג על-ידי עורך-דין, או אף לפנות אליו בעניין מושא המחלוקת. אף שהגבלה זו ניתנת לעקיפה באמצעות השגת הסכמתו של עורך-הדין של הצד האחר,¹⁴⁹ נדמה כי הנחת-המוצא של המחוקק היא שדרך הפעולה של עורכי-דין מושתתת על שימוש באסטרטגיות תחרותיות, ולא באסטרטגיות שיתופיות.

(ג) ייצוג מוגבל ותניית הפרישה

בישראל, על-פי סעיף 13(א) לכללי האתיקה, עורך-דין אינו רשאי להפסיק את הטיפול בעניינו של לקוח "אלא אם כן נתגלעו חילוקי דעות בינו ובין לקוחו בנוגע לאופן הטיפול, או שנוצרה מניעה מבחינה חוקית או מבחינת האתיקה המקצועית, או בשל אי תשלום שכר טרחה והוצאות, או מחמת סיבה אחרת המצדיקה את הפסקת הטיפול". השאלה המתבקשת לנוכח זאת היא אם אין תניית הפרישה המעוגנת בהסכם המשפט השיתופי סותרת מניה וביה סעיף זה.

למעשה, דילמה אתית זו מצביעה על כך ש"ייצוג עז" עשוי לאפיין לא רק את איכות הייצוג, אלא אף את היקפו. כאשר לקוח מחליט לשכור עורך-דין, ההשערה המקובלת היא שעורך-הדין יספק את המגוון המלא של שירותים משפטיים הדרושים לשם יישוב מלא של הבעיה המשפטית, כולל ייצוג בבית-משפט לפי הצורך. משפט שיתופי, לעומת זאת, מבוסס על הרעיון שלפיו שכירתו של עורך-הדין היא למטרה מוגבלת – יישוב הסכסוך ללא התדיינות בבית-משפט. אדרבה, לנוכח תניית הפרישה, כאמור לעיל, במקרה שבו מסתמנת פנייה להתדיינות שיפוטית עליו לפרוש. נשאלת השאלה אם אין בתניית הפרישה שבהסכם המשפט השיתופי הפרה אתית ו/או פגיעה בלקוח. הביקורת על המשפט השיתופי בנקודה זו טוענת כי כל הסכם שמגביל את היקף הייצוג או את השימוש בכל האמצעים שהיו עומדים לרשות עורך-הדין בנסיבות אחרות – חוטא להגדרת "ייצוג עז".¹⁵⁰

בארצות-הברית, "הכללים-לדוגמה להתנהגות מקצועית" והערות-ההסבר הנלוות אליהם מאפשרים לעורך-דין וללקוח העורכים חוזה התקשרות ביניהם לצמצם את החוזה לטיפול ביעדים ספציפיים, ובמקביל אף לצמצם את האמצעים שבהם ישתמש עורך-הדין לשם השגתם של יעדים אלה.¹⁵¹ גם בישראל, כלל 14(ה) לכללי האתיקה קובע כי –

148 ש,ס' 25.

149 ש,ס' 25(ב)(1).

150 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159.

151 ראו: "A lawyer may limit the scope of the representation if the limitation is reasonable under the circumstances and the client gives informed consent." MODEL RULES OF PROF'L

CONDUCT R. 1.2(c) (2004). כן ראו ש,ס' כלל 1.2, הערה 6.

"עורך-דין ולקוחו רשאים להסכים, בכתב, לתחום את השירות המקצועי אשר יתן עורך-הדין ללקוח, כדי למנוע התנגשות עם ייצוג לקוח אחר או עם ענין או עם חובה אחרת של עורך-הדין, בתנאי שצמצום השירות הינו סביר בנסיבות הענין ואינו פוגע בחובת הנאמנות של עורך-הדין ללקוחותיו."¹⁵²

תשובתם של התומכים במשפט השיתופי למבקריו בנקודה זו עשויה להיות, אם כן, שהתקשרותו של עורך-הדין עם לקוחו במסגרת הליך המשפט השיתופי היא למעשה יישום של כללים אלה, מכיוון שמדובר בהתקשרות המצמצמת את יעדי הטיפול ליעד ספציפי – השגת יישוב מלא של כל הסוגיות שבסכסוך.¹⁵³ אלא שנשאלת עדיין השאלה מה מהווה ייצוג הולם כאשר שוכרים את שירותיו של עורך-דין לייצוג בהיקף מוגבל. מדובר בשאלה עקרונית: כיצד ניתן ליישם מודל של פרקטיקה מוגבלת מבלי לסכן את האינטרסים של הלקוח, כפי שנקבעו על-ידי כללי האתיקה הקיימים? השאלה מתחדדת לנוכח העובדה שהסכם התקשרות כזה לייצוג בהיקף מוגבל (דוגמת הסכם המשפט השיתופי) נחתם בין עורך-הדין ללקוח **מראש**, קרי, כאשר כל הסיכונים והתועלות של גישה כזו בתיק הספציפי אינם ידועים עדיין! טענת המבקרים היא כי יש בכך בעייתיות אתית ממדרגה ראשונה.¹⁵⁴ זאת ועוד, בישראל כלל 18 לכללי האתיקה קובע כי –

"על אף הוראה כללית שביפוי כוח המרשה להעביר את הטיפול לעורך-דין אחר, לא יעביר עורך-דין את יפוי הכוח לעורך-דין אחר, אלא אם כן נתן לכך הלקוח הסכמה נפרדת ומפורשת בכתב..."¹⁵⁵

ייתכן אם כן שתניית הפרישה הנחתמת מראש בין עורך-הדין והלקוח ב"הסכם ארבעת הצדדים" אין בה כדי לעמוד בדרישתו של כלל 18 האמור. מעבר לבעייתיות האתית שבעריכה אפריורית של הסכם התקשרות לייצוג מוגבל בין עורך-דין למרשו, ניתן להצביע על כמה דילמות אתיות נוספות שתניית הפרישה עלולה לעורר. כך, בארצות-הברית, כלל 1.16 של "הכללים-לדוגמה להתנהגות מקצועית" מציג עילות אפשריות לפרישת עורך-הדין (הנתונות לרצונו של עורך-הדין) בצד עילות המחייבות אותו לפרוש.¹⁵⁶ נשאלת השאלה אם מבחינה אתית ניתן להיב ללקוח למסור מראש את הסכמתו לפרישתו של עורך-הדין גם במקרים שבהם פרישה זו מנוגדת

152 ס' 14(ה) לכללי האתיקה, לעיל ה"ש 142.

153 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159. כן ראו: ABA Comm. on Collaborative Law, Ethics Subcommittee, *Summary of Ethics Rules Governing Collaborative Practice*, 15 TEX.

154 WESLEYAN L. REV. 555, 558-559 (2009) (להלן: *Summary of Ethics Rules Governing Collaborative Practice*).

154 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159.

155 ס' 18 לכללי האתיקה, לעיל ה"ש 142.

156 MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.16(a) (2002).

לאינטרסים שלו (של הלקוח) מאחר שייצוג מלא היה משרת את האינטרסים שלו בצורה טובה יותר. במילים אחרות, בנקודה זו הביקורת על המשפט השיתופי¹⁵⁷ שואלת אם אין מאפיין זה של המשפט השיתופי מייצר באופן פוטנציאלי אקלים של לחצים ניכרים על כל המשתתפים (הן הלקוחות והן עורכי-הדין) להשגת הסדר, אפילו כאשר הדבר אינו משרת את טובת הלקוח. זאת ועוד, יש לזכור כי במקומות שונים בעולם עורך-הדין השיתופי אמור לממש את תניית הפרישה גם כאשר הוא מתרשם כי לקוחו אינו מתנהל בהליך בהגינות ובתום-לב. עניין זה עשוי להיות נתון לפרשנות, אשר עלולה להוליד את התערבותו של בית-המשפט. במקרים כאלה, כאשר עורך-הדין אמור לשכנע את בית-המשפט לאשר לו לממש את רצונו לפרוש בשל התגבשותה של תניית הפרישה, מובן כי גם החיסיון וחובת הסודיות שעורך-הדין מחויב בהם עלולים להיפגע. גם זו בעייתיות אתית שעורך-הדין השיתופי ניצב בפניה.

זאת ועוד, כלל 13(ב) לכללי האתיקה¹⁵⁸ קובע כי אם החליט עורך-דין להפסיק טיפול בעניין לפני סיומו, חובה עליו, במידת האפשר, להפסיק את הטיפול באופן שלא יפגע בענייניו של לקוחו. בהקשר זה תניית הפרישה מעוררת בעייתיות אתית נוספת: עורך-דין שיתופי אשר מחויב לפרוש מהתיק בשל תניית הפרישה, אך מנוע מלגלות מידע או מלעזור ללקוח בכל התדיינות שתבוא לאחר-מכן, עלול להימצא במצב שבו הוא אינו יכול לעמוד בדרישה האתית שפרישתו תיעשה ללא תוצאות המזיקות לאינטרסים של הלקוח. לעיתים, למשל, עלול להיווצר קונפליקט בין החובה האתית של עורך-הדין הפורש לנקוט במידת האפשר צעדים אשר יגנו על האינטרסים של הלקוח לבין ההגבלות המוטלות עליו בקשר למסירת מידע או לסיוע בהעברת מידע לעורך-הדין אשר ייצג את הלקוח בהתדיינות שבבית-המשפט.¹⁵⁹ במילים אחרות, אם עורך-הדין, במטרה לצמצם את הפגיעה בענייניו של הלקוח עקב פרישתו מן התיק, ישתף פעולה בהעברת העניין לבא-הכוח אשר ייצג את הלקוח בבית-המשפט (תוך שהוא משתף את עורך-הדין החדש במידע שהושג על-ידי), הדבר עלול להיות מנוגד לעקרונות הכלולים בהליך המשפט השיתופי.

(ד) חובת הסודיות מול גילוי משתף

התנגשות פוטנציאלית בין תפקידו של עורך-הדין השיתופי לבין חובתו כבא-כוח מייצג עלולה להתהוות גם בהקשר של חובת הסודיות. חובת הסודיות מצויה ביסוד הקשר שבין עורך-הדין ללקוחו. עורך-הדין אינו מורשה לגלות מידע הנוגע בייצוג לקוחו אלא בנסיבות מסוימות מאוד. בישראל, כלל 19 לכללי האתיקה קובע כי –

157 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 163.

158 לעיל ה"ש 142.

159 ראו את הביקורת על כך בארצות-הברית: James K.L. Lawrence, *Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution*, 17 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 431, 443 (2002).

"עורך-דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו, זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת..."¹⁶⁰

ברי כי כאשר עורך-הדין אינו פועל למען שני הצדדים, חזקה כי לקוחו לא הסכים שהוא ימסור מידע כלשהו לצד האחר.¹⁶¹ כאשר עורך-הדין מייצג את שני הצדדים – כמקובל, למשל, בהתקשרות לצורך עסקות – השאלה היא אם עצם הסכמתם של הצדדים לטיפולו של עורך-הדין בשניהם מהווה גם ויתור של כל אחד מהם על זכותו לסודיות המידע שמסר לעורך-הדין. על סיטואציה כגון דא נאמר כי "ההסכמה היא לעצם הייצוג, וספק אם מי שפונה לעורך-דין יחד עם חברו, כדי שעורך-הדין יערוך בשבילו הסכם, מגלה בכך את דעתו, כי עורך-הדין רשאי לגלות את ספונותיו לצד השני".¹⁶²

גם בהליך המשפט השיתופי יש לסודיות חשיבות מכרעת. ללא הביטחון כי בשיחות שהתנהלו בגילוי-לב בעת ההליך לא ייעשה שימוש בשלב מאוחר יותר, לא יחשפו צדדים את האינטרסים האמיתיים שלהם, אלא יסתפקו בציון עמדותיהם. בדיוק בשל כך, אף התומכים בהליך המשפט השיתופי מכירים במתח האתי שעלול להתעורר אצל עורך-הדין השיתופי בין עידוד מרשו לגילוי מלא, מחד גיסא, לבין חובתו למרשו כבא-כוחו, מאידך גיסא.¹⁶³ הדילמה מתעוררת בשלב שבו על עורך-הדין לייעץ ללקוחו כיצד ועד כמה לשתף במידע את הצד האחר באופן שלא יסכן בסופו של דבר את יכולתו של הלקוח לתת מענה לאינטרסים שלו אם המשפט השיתופי לא יסתיים בהסדר, אלא בהליך דיוני או בדרך אחרת מדרכי ה-ADR. אי-אפשר להתעלם מן האפשרות שהצד האחר ינצל את ההליך השיתופי להשגת יתרון בהתדיינות שלאחר ההליך, ומן הצורך הנובע מכך בנקיטת צעדים למניעת שימוש לרעה בהליך. בפרק ד' להלן¹⁶⁴ אציע לסתום פְּרָצָה זו על-ידי עיגונה של חובת סודיות במסגרת קוד אתי למשפט שיתופי בישראל.

(ה) ניגוד אינטרסים

בישראל, כלל 14 (א) לכללי האתיקה קובע:

"לא ייצג עורך-דין לקוח, לא יקבל על עצמו לייצגו ולא ימשיך בייצוגו, אם קיים חשש שלא יוכל למלא את חובתו המקצועית כלפיו, בשל ענין אישי שלו, או בשל התחייבות או חובת נאמנות שיש לו כלפי אחר או בשל עומס עבודה או בשל סיבה דומה אחרת."¹⁶⁵

160 ס' 19 לכללי האתיקה, לעיל ה"ש 142.

161 גבריאל קלינג **אתיקה בעריכת דין** 473 (2001).
שם. 162

163 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167–168.

164 ראו להלן בחלק ד(ה).

165 ס' 14 לכללי האתיקה, לעיל ה"ש 142.

למילים "בשל סיבה דומה אחרת", אשר בסיפא של הסעיף, ניתנה הדוגמה הבאה בספרות המלומדים:

"נראה כי הדוגמה שתיפול במסגרת איסור זה תהיה דרישה להתחייבות של הלקוח לא להתפשר ללא הסכמת עורך-הדין. כאשר שכרו של עורך-הדין מותנה בתוצאות, יש בכך גם ניגוד עניינים בין עורך-הדין לבין הלקוח, שעשוי להיות מעוניין בפשרה למשל כדי לשמור על יחסים תקינים עם הצד השני, בעוד שעניינו של עורך-הדין הוא בסכום שיתקבל."¹⁶⁶

דוגמה זו רלוונטית (רק במהופך) גם לעורך-הדין השיתופי, שכן גם שכרו של זה תלוי במובן מסוים בתוצאת ההליך, שהרי אם יסתיים ההליך בלא הסכם, יאלץ עורך-הדין השיתופי לפרוש, ואוראז יאויין שכרו או למצער חלק ממנו. הביקורת בנקודה זו מצביעה על דחף שקיים אצל עורך-הדין השיתופי, כתוצאה מתניית הפרישה, ללחוץ על הלקוח להישאר בהליך בכל מקרה, ולחתום על ההסדר שיגובש.¹⁶⁷ הטענה היא כי לעורך-הדין השיתופי יש אינטרס מובהק ואף תמריץ להגיע להסדר בשל חובתו לפרוש אם ייכשל בכך. אף שהלקוח במשפט השיתופי הוא בעל הסמכות הסופית לגבי יישוב הסכסוך, אין ספק כי עורך-הדין השיתופי, בבואו להמליץ על הסדר, עלול להפעיל לחץ משמעותי, הן במישרין והן בעקיפין, מבלי להביא בחשבון כיצד תענה התוצאה על כלל האינטרסים של מרשו. השאלה היא אם בקונספציה של "הסכם ככל מחיר" אין משום התנגשות עם טובת הלקוח, ואם אין היא עלולה להתנגש עם האוטונומיה האישית של זה האחרון ועם זכותו להגדרה עצמאית של טובתו שלו בכל הנוגע בתוצאות. אכן, בכל הנוגע בהליך הגישור קיימת ביקורת, בארץ ובעולם, נגד הפעלת כוח לא-ראויה מצד המגשר על הלקוח (לשם השגת הסדר), במיוחד תחת מדיניות של סגירת תיקים או כאשר אי-השגתו של הסדר נתפסת ככישלון של המגשר או של ההליך.¹⁶⁸ נדמה כי שאלה איתת זו מתעוררת ביתר שאת בהליך המשפט השיתופי. הסכנה היא כי פרקטיקה "מכוונת-הסדר", דוגמת ההליך השיתופי, מעמידה סימני שאלה גדולים על תוצאות ההליך וההסדר שבסופו: האם הן יכולות באמת להיות וולונטריות מבחינתו של הלקוח כאשר עורך-הדין יודע שכישלון בהשגת הסדר יסתיים באובדנו של הלקוח לטובת עורך-דין אחר?

ניתן לסכם ולומר כי הדילמות האתיות שביקורת המלומדים מעוררת בכל הנוגע ב"שאלת הראוי" נשענות כולן על התובנה שהפרקטיקה האדוורסרית והפרקטיקה

166 קלינג, לעיל ה"ש 161, בעמ' 171-172.

Spain 167, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167-168.

168 ספרות המלומדים, בארץ ובעולם, מכירה בתופעה של הפעלת לחץ על הצדדים מצד מגשר, ומתריעה מפניה. ראו Nolan-Haley, לעיל ה"ש 42, בעמ' 98. להרחבה בנושא הכוח והשפעתו על הצדדים ראו גם עומר שפירא הפעלת כוח והשפעה בגישור 31-65 (2007).

השיתופית מייצגות תפיסות שונות בתכלית. לנוכח זאת נשאלת השאלה אם עורך-דין רשאי ליטול לעצמו תפקיד שיתופי, קרי תפקיד **שונה בתכלית**, ולהאמין כי ימשיך להיות אפקטיבי בתפקידו ה**עיקרי** כבא-כוח מייצג למרשו? האם **ראוי/מותר** לו להרחיק את עצמו מן התפקידים והערכים המסורתיים של עורך-הדין ולאמץ ערכים שונים, הטבועים באוריינטציה שיתופית לפתרון בעיות, כאשר נראה שקיימת סתירה אימננטית בין שתי המערכות הללו? אין ספק שכפרקטיקה מפחיתת יריבות (אדוורסריות), המשפט השיתופי מצוי עדיין בחיתוליו ומעלה שאלות אתיות קשות, המחייבות התמודדות. הפרק הבא ינסה להתמודד עם שאלות אלה באמצעות הצעה לקווים מנחים ראשוניים (הן רעיוניים והן מעשיים) למודל שיאמץ את המשפט השיתופי אל המשפט בישראל.

פרק ד: תשובה למבקרים – לקראת כינונו של מודל משפט שיתופי בישראל

1. קוד אתי לעריכת-דין שיתופית בישראל – קווים מנחים

עיון מעמיק בביקורות האתיות על הליך המשפט השיתופי (כפי שהובאה בפרק הקודם) יצביע, ראש לכל, על שורש אחד המשותף לכלל הביקורות: העדרה של קודיפיקציה אתית כוללת בעבור עורכי-דין במשפט השיתופי.

לשון אחר, אי-אפשר להתעלם מן העובדה שכללי האתיקה בעבור **עורכי-הדין השיתופיים** מבוססים עדיין על הפרדיגמה **המסורתית** של עורך-הדין הפועל בתוך מערכת צדק **אדוורסרית**. כללים אלה לא צמחו מתוך פרספקטיבה שיתופית לפתרון בעיות, קרי, הפרספקטיבה שממנה יוצא עורך-הדין השיתופי. מכאן חוסר ההתאמה בין התפקיד החדש (עריכת-דין שיתופית) לבין כללי האתיקה הישנים, אשר אינם ערוכים לטפל בדילמות האתיות שתפקיד חדש זה מייצר. מכאן הסתירה לדרישת "הייצוג העז" שבכללי האתיקה הקיימים בארצות-הברית (או לחובת הנאמנות והמסירות המקבילה לה בישראל), כמו-גם כלל הדילמות האתיות המתפצלות ממנה, כמובא לעיל.¹⁶⁹ אין ספק ש"הסכם ארבעת הצדדים", המייחד את המשפט השיתופי, משנה את מערך הזכויות והחובות השכיח של יחסי עורך-דין-לקוח המעוגנים בחוקי האתיקה המקובלים. כל זה מעלה סוגיות אתיות חדשות שאין להן עדיין תשובות ברורות. מכאן חששם של מבקרי המשפט השיתופי כי מדובר בפרקטיקה שמוגדרת לא כהלכה, שאין לה סייגים מספיקים (הן בעבור הלקוחות והן בעבור עורכי-הדין),¹⁷⁰ ואשר עלולה לתרום לאי-ודאות באשר

169 ראו את הדין לעיל בתת-פרק 2ג.

170 לדוגמה, האם החובה לשיתוף-פעולה היא בת-אכיפה? איזו הדרכה מוענקת לעורכי-דין שיתופיים בעניינים של הגינות ויושר? ראו Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 167–168.

לתפקידו ההולם והנכון של עורך-הדין השיתופי בצד סכנה של חריגה מגבולות מקצועיים.¹⁷¹

הפתרון עשוי להימצא, לטעמי, בדמותו של קוד אתיקה חדש לעריכת-דין שיתופית, שיאגד בתוכו את הטיפול בכלל הדילמות והבעיות אשר מאפיינות ומייחדות פרקטיקה זו ביחס לעריכת-הדין הקונוונציונלית-המסורתית. עורך-הדין השיתופי יהיה כפוף לקוד זה בצד כפיפותו לכללי האתיקה הקיימים. לשון אחר, העדרה של התאמה בין אופיו של המשפט השיתופי לבין כללי האתיקה הקיימים, המיועדים לעריכת-הדין המסורתית, הולידה ביקורת, לא-מוצדקת לטעמי, על הליך המשפט השיתופי. על עורך-הדין השיתופי חלות נורמות אתיות שונות מאלה החלות על עורך-הדין הקונוונציונלי-המסורתי, ולפיכך ההתמודדות עימן אמורה להיות בקוד אתי נפרד מכללי האתיקה הקיימים של עריכת-דין קלסית. הפרמטרים האתיים שיעוגנו בקוד זה עשויים לתת, כפי שאראה להלן, את רוב מענהו של המשפט השיתופי למבקריו.

להלן יוצעו קווי-יסוד ראשוניים העשויים להוות תשתית בסיסית לאימוצו של קוד אתי לעריכת-דין שיתופית בישראל. יודגש, קווי-היסוד המוצעים כאן מכוונים לתת מענה לבעיות אתיות ייחודיות להליך המשפט השיתופי. בעיות אתיות המשותפות לכלל הליכי ה-ADR אינם נידונים כאן.¹⁷²

171 שם, בעמ' 152-154.

172 ראו, למשל, בעיות של אלימות במשפחה המתגלות במהלך הליכי ADR, ובכלל זה במשפט שיתופי. ס' 15 ל-Uniform Collaborative Law Act, לעיל ה"ש 90, מציע להתמודד עם תיקי אלימות במשפחה בהליך המשפט השיתופי באופן הבא:

"COERCIVE OR VIOLENT RELATIONSHIP.

- (a) Before a prospective party signs a collaborative law participation agreement, a prospective collaborative lawyer shall make reasonable inquiry whether the prospective party has a history of a coercive or violent relationship with another prospective party.
- (b) A collaborative lawyer shall throughout the collaborative law process continue to reasonably assess whether the party the collaborative lawyer represents has a history of a coercive or violent relationship with another party.
- (c) If the collaborative lawyer reasonably believes that the party the lawyer represents or the prospective party who consults the lawyer has a history of a coercive or violent relationship with another party or prospective party, the lawyer may not begin or continue a collaborative law process unless:
 - (1) the party or the prospective party requests beginning or continuing a collaborative law process; and
 - (2) the collaborative lawyer reasonably believes that the safety of the party or prospective party can be protected adequately during a collaborative law process."

(א) סעיף מטרת כללי

סעיף זה אמור להצהיר על מחויבותם של עורכי-הדין השיתופיים לרעיון המשפט השיתופי ולדרך הפעולה של עידוד ותמיכה במשא-ומתן משתף ולא-תחרותי המתחשב במכלול ההיבטים והאינטרסים הנוגעים בצדדים לסכסוך ובילדיהם. בהערות-ההסבר לסעיף זה אפשר לתת מענה לטענת הביקורת שהובאה לעיל בדבר סתירה לכאורית בין מטרותיו של המשפט השיתופי לבין חובת הנאמנות והמסירות של עורך-הדין כלפי הלקוח.¹⁷³ יש לציין בהערות-ההסבר כי סעיף זה יוצא מנקודת הנחה שגם בכל הנוגע בעורך-הדין הקונוונציונלי-המסורתי, חובתו האתית במתן ייעוץ משפטי ללקוח אינה מוגבלת להבלטת שיקולים של זכאות לפי החוק. עליו להתייחס גם לגורמים אחרים שעשויים להיות חשובים בהשגת יעדיו של הלקוח. כפי שעולה מן הדברים שנאמרו על חובת הנאמנות החלה על עורך-הדין מכוח סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין:

"חובת הנאמנות של עורך-הדין ללקוחו אינה מתבטאת אך ורק בפעולה לקבלת פיצויים בסכום מרבי, אלא היא מטילה על עורך-הדין לפעול לטובתו של הלקוח. טובתו של הלקוח אינה מתבטאת רק בקבלת פיצוי בסכום מרבי, וחובתו של עורך-הדין כלפי לקוחו היא לתת לו את הייעוץ שיביא לו את מירב התועלת."¹⁷⁴

פרשנות מתקדמת זו לחובת הנאמנות, **החלה על עורך-הדין הקלסי**, מדגישה כי למעשה, **דווקא מתוך חובת הנאמנות שלו ללקוח**, הוא חייב להביא בחשבון גם שיקולים ערכיים, כלכליים וסוציולוגיים אשר עשויים להיות רלוונטיים ללקוח ולעניינו.¹⁷⁵ לטענת תומכיו של המשפט השיתופי, דרישת "הייצוג העז" – ובהקבלה, בחקיקה בישראל, חובת הנאמנות והמסירות ללקוח¹⁷⁶ – מעולם לא כיוונה לרדיפה פזיזה ולא-אחרת אחר כל יעד אפשרי של הלקוח או לניסיון חד-ממדי לזכות בפרוסת העוגה הגדולה ביותר מבלי להביא בחשבון, באופן שקול, את המחיר המתבקש.¹⁷⁷ כאן אף מצויה תשובה נוספת של המשפט השיתופי למבקרו. הטענה היא כי עורך-הדין השיתופי עובד באותה מידה של להט ועזות, נאמנות ומסירות, להגנת האינטרסים של מרשו כמו עורך-הדין הקלסי-האדוורסרי. אלא שללקוחות המשפט השיתופי יש

173 ראו את שתי הדילמות האחרות הראשונות שנידונו לעיל בחלקים ג2 (א) ו-ג2 (ב).

174 קלינג, לעיל ה"ש 161, בעמ' 197–198. כן ראו ת"א (ת"א) 1269/85 **אמסלם נ' לוי**, פ"מ התשנ"ג (1) 250, 232 (1992).

175 ראו *Summary of Ethics Rules Governing Collaborative Practice*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 564: "The Opinion cites Rule 2.1 as describing the attorney as an advisor and states that a lawyer may refer not only to the law, but also to other considerations such as moral, economic, social and political factors that may be relevant to a client's situation."

176 ראו את הדיון לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 143.

177 Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1000.

באופן מוצהר אינטרסים שונים, ואולי אף רחבים יותר, מאלה של לקוחות השיטה היריבותית-האדוורסרית.¹⁷⁸ אינטרסים אלה כוללים, בין היתר, את הרחבת המבט לטווח ארוך, את מערכת היחסים הכוללת, את ההתמקדות ביעדים אידיאליסטיים יותר ואת הסירוב לרדת למכנה המשותף הנמוך ביותר.¹⁷⁹ לפיכך תפקידו האמיתי של עורך-הדין השיתופי הוא להוות מעין "סוכן מוסרי מחויב", ודווקא בכך הוא מעניק ללקוחו "ייצוג עז" אמיתי, וממלא כראוי את חובת הנאמנות והמסירות המוטלת עליו כלפי הלקוח.

(ב) חובותיו של עורך-הדין השיתופי

על הקוד האתי לעריכת-דין שיתופית בישראל לפרט את חובותיו של עורך-הדין השיתופי. בין היתר עליו את חובתו לעשות כמיטב יכולתו להבטיח שהמשא-ומתן יתנהל בכבוד, בתום-לב ובהוגנות; את חובתו להנחות את הלקוח לנהוג בגילוי תם-לב ועל-פי דין; וכן את חובתו לפרוש אם לא עלה בידו למלא את חובותיו שלעיל או אם הליך המשפט השיתופי לא הצליח להניב הסדר.¹⁸⁰ הקוד אמור לציין במפורש כי חובתו האתית של עורך-הדין אינה מסתיימת בהבלטת שיקולים של זכאות לפי החוק. בשוקלו, יחד עם הלקוח, את האפשרויות לפתרון, חובה עליו להתייחס גם לגורמים אחרים שעשויים להיות חשובים בהשגת יעדיו של הלקוח, ולעודד את הלקוח באופן פעיל לשקול פתרונות שיתופיים.

מוצע כי בהערות-ההסבר לסעיף זה יובהר כי המשפט השיתופי רואה את חובת הנאמנות והמסירות של עורך-הדין כלפי הלקוח ככוללת, בין היתר, את חובת הנאמנות לאינטרסים האמיתיים של הלקוח, אף שהם שונים לעיתים מאלה שזה האחרון צייר לעצמו מלכתחילה. כן יובהר בהערות-ההסבר כי לפי תיאוריית המשפט השיתופי, אין לאפשר ל"רגשות האפלים" הטבעיים (דוגמת כעס, פחד, עצב, רצון לנקמה וכדומה), המשתלטים לעיתים על הלקוח, להנחות את הליך יישוב הסכסוך.¹⁸¹ עוד מוצע כי הערות-ההסבר לסעיף זה ידגישו את אחריותו של עורך-הדין השיתופי להניא את הצדדים מהתבצרות בעמדות מיקוח מלאכותיות, ולהניעם אל עבר התמקדות בצרכים ובאינטרסים האמיתיים שלהם, במטרה לחפש פתרונות של win-win.¹⁸²

178 Isaacs, לעיל ה"ש 34, בעמ' 840.

179 עורך-דין אחד ניסח זאת כך: "מה שטוב בעבור הלקוח הוא שיש לו הסכם גירושים שהוא יכול לחיות איתו – הסכם שהוא זול יותר והרסני פחות... כאשר אתה פועל למען הלקוח, עליך להביא בחשבון את טובת המשפחה כולה." שם.

180 לדיון מפורט בהתייחסות הנדרשת של הקוד האתי לתניית הפרישה ראו להלן חלק ד(ד).

181 אכן, יש תיאורטיקאים הגורסים כי הסכם המשפט השיתופי שקול כנגד "ייפוי-כוח מתמשך" המורה לעורך-הדין השיתופי לקבל הנחיות מן "החלק ההוגן והמוסרי" שבלקוח ולהתעלם בנימוס מהנחיות המתקבלות מן "החלק הפחות-נעלה", אשר משתלט עליו מדי פעם במשך ההליך. ראו Lande & Herman, לעיל ה"ש 7, בעמ' 280, 283.

182 אכן, לטענת תומכיו של המשפט השיתופי, דווקא באמצעות היצמדות לערכיו של המשפט השיתופי עורכי-הדין תורמים תרומה ישירה לטיפוח תחושת הכבוד או הסיפוק האישי המגיעה עם סיומה

בנקודה זו רלוונטית הביקורת שנידונה לעיל נגד המשפט השיתופי שלפיה בכפל החובות המוטלות על-עורך-הדין השיתופי – חובת הנאמנות ללקוח, מחד גיסא, וחובת ההתחשבות באינטרסים של הצד האחר, מאידך גיסא – טמונה בעייתיות אתית.¹⁸³ הטענה היא, כאמור, שחובתו של עורך-הדין לייצג את לקוחו בנאמנות ובמסירות ולהעניק לו "ייצוג עז" אינה מעודדת התייחסות למצבו של הצד האחר וליחסים ההדדיים שבין הצדדים. אדרבה, נאמנות ללקוח מחייבת הפעלת שיקול-דעת מקצועי, אשר רואה לנגד עיניו את טובת הלקוח והאינטרסים שלו בלבד, ונקי מהשפעות פשרניות או מאינטרסים חיצוניים. תשובת המשפט השיתופי על כך היא שדווקא טובת הלקוח מחייבת, במקרים רבים, התייחסות לאינטרסים של הצד האחר, ושייצוג אפקטיבי ומיומן אף מחייב להשקיף אל מעבר לפוקוס הצר של האינטרסים הבלעדיים של הלקוח הפרטי. עורך-דין אחד היטיב להגדיר זאת: "טעות היא לחשוב שהאינטרסים של הלקוח שלי מסופקים על-ידי הכאת הצד האחר. צד מוכה יחזור תמיד לסיבוב נוסף כשהוא זוכר היטב מי ניצח בפעם הקודמת."¹⁸⁴ כאן רלוונטית גם התובנה האנושית כי לחץ מזמין לחץ נגדי, וכי פעולה של צד המבקש למקסם את הישגיו על-חשבון הצד האחר עלולה לגרום לספירלה של פעולות נקם ולחתיירה תחת הפוטנציאל לשיתוף-פעולה. לעומת זאת, המפתח להתנהגות ותרנית של הצד האחר הוא דווקא נקיטת צעדים שיעודדו אותו לחוש את עצמו כשיר ויעיל.¹⁸⁵ עורכי-דין שיתופיים טוענים לרוב כי אחריותו של עורך-דין במשא-ומתן כוללת לכל-הפחות התחשבות אסטרטגית מינימלית באינטרסים של הצד האחר. אם הללו אינם מובאים בחשבון בשלב הצעת הפתרונות של המשא-ומתן, הזדמנויות שונות להסכם יצירתי ובונה עלולות לרדת לטמיון.¹⁸⁶ אכן, קיימת הסכמה רחבה לגבי החשיבות האסטרטגית של התחשבות באינטרסים של הצד האחר בתיקי גירושים.¹⁸⁷ לנוכח כל האמור לעיל ניתן לראות את האינטרסים של הצד האחר כחלק אימננטי ובלתי-נפרד מ"טובת הלקוח".

המכובד, נטול המרירות והעוקצנות, של מערכת הנישואים. תחושה זו מהווה חלק מן האינטרסים האמיתיים של הלקוחות, אף שלעיתים מזומנות היא מוסתרת היטב מאחורי עמדות נוקשות. טיפוחה של תחושה זו אף תורם לשיפור מערכת היחסים של הצדדים, שהיא אינטרס חשוב לא פחות של הצדדים ואף מהווה אינטרס משותף שלהם. למעשה, המשפט השיתופי טוען כי הוא "משחרר" לקוחות אל החופש האמיתי של קבלת החלטות אוטונומית באמצעות מערכת מסוימת של ערכים מהותיים (ופרוצדורליים) שהיא הטובה ביותר בעבורם. ההנחה היא כי בלא מערכת זו הצדדים עלולים לפעול מכוח "הלקוח האפל", כאמור, לקבל החלטות לא-מושכלות המונעות, בין היתר, על-ידי רגשות טעונים, לשלם בבוא היום את המחיר על כך, ולהתחרט על אותן החלטות בחלוף ימים אחדים או שנים ספורות. שם.

183 ראו לעיל בחלק ג(א).

184 Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 203.

185 ראו גם אלרואי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 324. הדברים חשובים במיוחד בתיקי גירושים שמעורבים בהם ילדים קטינים, מאחר ששני הצדדים מעוניינים בשיתוף-פעולה עתידי.

186 Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 202–203.

187 שם.

יתרה מזו, אי־אפשר להתעלם מן העובדה ששאלת ההתחשבות באינטרסים של הצד האחר עולה גם בעריכת־דין קונוונציונלית־מסורתית. באופן מעשי, רוב עורכי־הדין (אף כאלה שאינם עורכי־דין שיתופיים) מתחשבים במידה כזו או אחרת באינטרסים של הצד האחר על־מנת להגדיל את המרחב השיתופי שבתוכו יוכל המשא־ומתן להתרחש.¹⁸⁸ כאן אומנם התחשבות זו אינה אלא תוצר של כורח המציאות, קרי של קריאת המפה בשטח לאשורה (להבדיל מעורך־הדין השיתופי, אשר עושה זאת מתוך אידיאולוגיה), אך די גם בכך לדחות את הביקורת העקרונית נגד עורך־הדין השיתופי המציגה אותו כמי ש"פוסח על שתי הסעיפים".

(ג) הסכם ארבעת הצדדים

מוצע שקוד אתי לעריכת־דין שיתופית בישראל יכיל הגדרה ל"הסכם ארבעת הצדדים". הגדרה זו צריכה להבהיר מפורשות כי "הסכם ארבעת הצדדים" הינו, כאמור,¹⁸⁹ הסכם כתוב וחתום על־ידי הצדדים ועורכי־דינם המכיל את הסכמתם של הצדדים לנסות ליישב את הסכסוכים שעלו ממערכת הנישואים בהתאם להליכי משפט שיתופי. חשוב שיובהר כבר מן ההתחלה כי באמצעות חתימה על הסכם זה הצדדים ועורכי־דינם מתחייבים, כבר בנקודת הפתיחה, לשיתוף־פעולה תם־לב ולמאמץ כן לפירוק שותפות הנישואים ללא היזקקות להתדיינות משפטית. החשיבות בציון הגדרתו של הסכם זה בפתירתו של הקוד האתי היא בהבהרת ייחודיותו של המשפט השיתופי בהשוואה לעריכת־דין קלסית, ובהדגשת התחייבותם של כל הנוגעים בדבר לרעיון שלפיו ייצוגם של הצדדים בהליך על־ידי עורכי־דינם מוגבל למתן סיוע בחיפוש אחר פתרון בעיות יצירתי, שיענה על הצרכים הלגיטימיים של שני הצדדים, ואשר יעוגן בהסדר לאחר ניהול משא־ומתן שיתופי.¹⁹⁰

(ד) תניית הפרישה

קוד אתי לעריכת־דין שיתופית בישראל יחיל את "תניית הפרישה" (withdrawal requirement) – או "תניית ההרחקה" (disqualifying agreement), כפי שהיא מכונה לעיתים – כתנאי־בלעדיו־אין למשפט השיתופי. תניה זו קובעת, כאמור, כי אם הליך המשפט השיתופי נעצר ואינו מסתיים בהסדר, יפרשו שני עורכי־הדין מייצוג לקוחותיהם, ולא ייטלו לידיהם את הטיפול בכל הליך משפטי העתיד לבוא. עיקר חשיבותה של תניה זו בספקה תמריץ לעורכי־הדין וללקוחותיהם להמשיך בהליך למרות כל מכשול המתרגש לבוא. חשיבות נוספת של תניית הפרישה נעוצה בכך שהיא מבטאת את מחויבותו של עורך־הדין לא רק כלפי מרשו, אלא גם כלפי ההליך בכללותו וכלפי בן־הזוג האחר. במקומות שונים בעולם חלה חובת פרישה על כל אחד מעורכי־הדין גם

Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 203.

189 ראו לעיל ה"ש 3 ו־4 והטקסט הסמוך אליהן.

Schneyer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 295.

אם הוא מתרשם כי לקוחו אינו מכבד את ההסכם (ובכלל זה את חובת הנאמנות המוטלת עליו).¹⁹¹ גם בכך נודעת חשיבות מרובה לתניית הפרישה, בקובעה את עורך-הדין כמעין "משגיח התנהגותי" בהליך. למעשה, כל עורך-דין (כל עוד לא פרש מההליך או הפסיקו) נתפס כערב לתום-ליבו של מרשו! הציפייה בהליך המשפטי השיתופי מופנית אם כן באופן מובהק גם לעורכי-הדין, שאמורים לעשות כמיטב יכולתם על-מנת להבטיח כי לקוחותיהם מכבדים את התחייבויותיהם.¹⁹² מוצע כי הקוד האתי הישראלי לעריכת-דין שיתופית יחיל הוראה מפורשת בדבר מחויבותו של עורך-הדין השיתופי לציין במפורש ובמפורט הגבלה זו הן בכל מסמך כתוב, דוגמת הסכם ההתקשרות שבינו לבין הלקוח, והן בדיונים בעל-פה ערב התקשרותו ביחסי עורך-דין-לקוח. הוראה זו, המבטאת הסכמה מפורשת של הלקוח, עשויה להיות תשובתו של המשפט השיתופי לביקורתם של המלומדים על הגבלת היקף הייצוג ותניית הפרישה, כפי שהובאה לעיל.¹⁹³

תשובה נוספת של המשפט השיתופי למבקרו בנקודה זו יכולה להתבסס על חוות-הדעת של "הוועדה המתמדת לנושא אתיקה ואחריות מקצועית", שהקימה לשכת עורכי-הדין האמריקאית (ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility).¹⁹⁴ ועדה זו נטלה על עצמה לערוך בחינה מקיפה של "הכללים-לדוגמה להתנהגות מקצועית", ובין היתר שקלה שינויים המתייחסים לבעיות האתיות הייחודיות של עורכי-דין העוסקים ב-ADR. בחוות-הדעת הרשמית (מס' 07-447) שנתנה בשנת 2007, קבעה ועדה זו כי בפרקטיקת המשפט השיתופי אין כל הפרה של הכללים-לדוגמה. קביעה זו מתייחסת הן לפרקטיקה הנוהגת לגבי הגבלת היקף הייצוג של עורך-הדין והן לכל פן אחר הבא לידי ביטוי במשפט השיתופי. היות שהלקוח כבר הסכים לטווח ייצוג מוגבל (משא-ומתן שיתופי לקראת הסדר), תניית הפרישה של עורך-הדין (אם יישל המשא-ומתן השיתופי) אינה תניה המגבילה את היכולת לייצג את הלקוח. אדרבה, היא עקבית בכל הנוגע ביעדים המוגבלים והמוגדרים מראש של הלקוח במסגרת הייצוג, ועולה בקנה אחד עימם.¹⁹⁵ גם בישראל, לנוכח כלל 14(ה) לכללי האתיקה, ניתן כאמור¹⁹⁶ לתחום חוזה התקשרות בין עורך-דין לבין לקוח לטיפול ביעדים ספציפיים, ובמקביל אף לצמצם את האמצעים שבהם ישתמש עורך-הדין לשם השגתם של יעדים אלה. לפיכך תשובה זו של המשפט השיתופי למבקרו טובה, כך נדמה, ורלוונטית גם בישראל.

(ה) חובת הסודיות

סעיף בדבר חובת הסודיות הוא אחד הסעיפים החשובים שאמורים להופיע בקוד אתי

191 שם, בעמ' 290.

192 שם, בעמ' 297.

193 ראו לעיל בחלק ג(ג).

194 Schneyer, לעיל ה"ש 18, בעמ' 318.

195 שם.

196 לדין בכלל זה ראו לעיל חלק ג(ג).

לעריכת-דין שיתופית. סעיף זה, המקדם חשיפה וגילוי מלא מצד הצדדים, הוא מן ההיבטים העיקריים של המשפט השיתופי. ההבטחה לצדדים כי התקשורת והמידע שהם חושפים במהלך ההליך יהיו מוגנים, וכי לא ייעשה בהם שימוש נגדם לאחר-מכן, מגדילה את נכונותם לשתף במידע מתוך מטרה להגיע להסדר. הגנתו של סעיף הסודיות והחיסיון מתיישבת, כאמור, עם רוחו של המשפט השיתופי כהליך מפחית-יריבות, ועשויה להוות תשובה למבקרו של ההליך בנקודה זו.¹⁹⁷ לפיכך מוצע לאמץ סעיף כזה אל הקוד האתי בישראל.

אכן, בהקשר של הליך הגישור קיימת בישראל התייחסות דומה. בסעיף 79 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן חוק בתי-המשפט), ובתוספת לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993, מצויות הוראות בדבר החיסיון וחובת הסודיות החלים על המגשר והצדדים. נאמר שם כי דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור לא יישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי; כי בעלי הדין מתחייבים לא להזמין את המגשר למסור עדות, בין בכתב ובין בעל-פה, או להציג מסמכים בכל עניין שהועלה במישורין או בעקיפין בהליך הגישור; וכן שבעלי-הדין מתחייבים לא למסור לבית-המשפט דברים שנאמרו בהליך הגישור, ולא להציג מסמכים בכל עניין שהועלה במסגרתו במישורין או בעקיפין. ניתן לאמץ נוסח זה, בשינויים המחויבים, לקוד אתי לעריכת-דין שיתופית בישראל. לחלופין ניתן לאמץ את נוסח הסעיף בקוד של קרולינה הצפונית, הקובע לגבי הליך המשפט השיתופי כי –

"כל חילופי הדברים ופירות העבודה של מי מעורכי-הדין או ממומחי הצד השלישי שנשכרו על-מנת להשתתף בהליך משפט שיתופי יהיו חסויים ובלתי-קבילים בכל הליך משפטי, אלא בהסכמת הצדדים."¹⁹⁸

(ו) הסכמה מדעת

"הסכמה מדעת" הינה אמצעי בטיחות למניעת בלבול בקרב הלקוחות בין תפקידו של עורך-הדין המייצג לבין תפקידו של עורך-הדין הניטרלי, הרואה לנגד עיניו את האינטרסים של שני הצדדים ואת טובת ההליך כולו. הסכמה מדעת היא תנאי לתקינותו ולכשירותו האתית של הליך המשפט השיתופי.¹⁹⁹ עורך-הדין השיתופי מחויב לוודא

¹⁹⁷ ראו לעיל בחלק ג(ד).

¹⁹⁸ N.C. GEN. STAT. § 50-77(b) (2003).

¹⁹⁹ ראו *Summary of Ethics Rules Governing Collaborative Practice*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 560:

"The ABA Opinion states that, as long as a limitation is reasonable under the circumstances and a client has given informed consent, nothing in Rule 1.2(c) suggests that limiting representation to a Collaborative effort is per se unreasonable. On the contrary, a limited representation may be entirely appropriate when a client has limited objectives for representation. The New Jersey Opinion notes that clients must be made fully aware of both the significant limitations of the Collaborative

שהלקוח מודע להגבלות המוטלות על הייצוג שלו, ושהוא מסכים להן מלכתחילה. לפיכך סעיף עקרוני בתקנון האתי לעריכת-דין שיתופית חייב לכלול את מחויבותו של עורך-הדין השיתופי להביא לידיעת לקוחותיו את עקרונותיו של המשפט השיתופי, ולהחתימם על "הסכם ארבעת הצדדים" לאחר שהבינו את כל רכיביהם והשלכותיהם של ההסכם וההליך. החלטתו של לקוח לבחור במשפט שיתופי במקום דרך אחרת, דוגמת הליך שיפוטי או הליך גישור, צריכה להיות תוצאה של "הסכמה מדעת". מאפייניו השיתופיים של ההליך – כגון הסכם הפרישה של עורך-הדין, חשיפה רצונית של מידע חסוי והימנעות מדרכי פעולה דיוניות-אדוורסריות – תלויים כולם בהחלטה מודעת של הלקוח לאפשר לעורך-הדין לפעול בשיטה שונה מן המקובל בנורמה המקצועית.²⁰⁰ "הסכמה מדעת" של הלקוח חייבת להיות בכתב. עורך-הדין השיתופי מחויב להסביר ללקוח באופן ברור את מגבלות הייצוג, כולל תיאור מפורט של סוגי השירותים שלא יסופקו, וכן את התוצאה הצפויה של ייצוג מוגבל של הזכויות והאינטרסים של הלקוח. על-מנת להגיע להסכמה מדעת אמיתית, עורך-הדין חייב להיות בטוח שהלקוח קיבל את מלוא המידע ומבין עד תום את הליך המשפט השיתופי, וכי התפקידים בצד האחוריות של כל אחד מן המשתתפים בהליך מובהרים לו עד היסוד.

אחת הביקורות שנשמעה בספרות נגד המשפט השיתופי טוענת כי רכיב ההסכמה מדעת אינו מרפא את פגמיו האתיים של ההליך, שכן עורך-הדין, המחויב להליך זה, אינו מסוגל (וזאת אף מבלי שהוא מודע לכך בהכרח) להציג לפני הלקוח הסבר הוגן בדבר הסיכונים והתועלות של ההליך.²⁰¹ זאת ועוד, לא תמיד ניתן להבהיר עד תום או לנבא את הנסיבות הספציפיות שיולידו את פרישתו של עורך-הדין השיתופי מהתיק. ההטעיה שבהסכמה מדעת עלולה להיות גם בעצם היקפה של הסכמה זו. יש הטוענים כי במסגרת מחויבותו של עורך-הדין לקבלת הסכמה מדעת מאת הלקוח עליו להזהיר תחילה את הלקוח בדבר האפשרות שהצד האחר רמאי, העלול להשתמש בהליך המשפט השיתופי במטרה להשיג יתרון לא-הוגן בהתדיינות משפטית מאוחרת. יש הדורשים להחתיים את הצדדים על טפסים-לדוגמה של גילוי משתף ותם-לב, על-מנת להבטיח גילוי הוגן והסכמה מדעת אמיתית.²⁰² ועדת האתיקה בקנטקי²⁰³ קבעה כי על-מנת להשיג הסכמה מדעת, על עורך-הדין השיתופי ליידע את מרשו גם בדבר הסיכון הפוטנציאלי לתוספת זמן ועלויות, המתגבש עם מימושה של תניית הפרישה ושכירת שירותיו של עורך-דין חדש, וכן בדבר האפשרות לקיומו של לחץ (אף אם בלתי-מודע) להשגת הסדר מתוך רצון להימנע מהוצאה זו. כמו-כן נקבע כי מסמך ה"הסכמה מדעת" הוא רק נקודת

Practice process, as well as the full range of alternatives, including the possibility of litigation. Additionally, the attorney must clearly explain to the client the consequences if the process fails and the attorney withdraws."

200 Fairman, לעיל ה"ש 5, בעמ' 237, 246.

201 Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 161.

202 שם, בעמ' 162.

203 *Summary of Ethics Rules Governing Collaborative Practice*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 560.

הפתיחה, וכי אין די במסירתו ללקוח. יש ללוותו בהסבר מילולי בהיר ובדין על-פה (עם הלקוח) בעיקריו.²⁰⁴

כל אלה עשויים לשמש חומר למחשבה למנסחיו של הקוד האתי הישראלי לעריכת-דין שיתופית בקביעת היקף תחולתה של ההסכמה מדעת של הלקוחות להשתתפותם בפרקטיקה לא-קונוונציונלית זו. כך או כך, נדמה כי ה"הסכמה מדעת" עשויה לתת מענה סביר (אם לא למעלה מזה) למבקריו של ההליך.²⁰⁵

(ז) הכשרה ומיומנות

סעיף בדבר ההכשרה והמיומנות הנדרשות לעריכת-דין שיתופית הוא מן הסעיפים החשובים, לטעמי, האמורים להופיע בקוד האתי לעריכת-דין שיתופית בישראל.

מהי ההכשרה הנדרשת לעורכי-דין המעוניינים להציג את עצמם כמשפטנים שיתופיים? יש אומנם הטוענים כי כפרקטיקה חדשה יחסית ומתפתחת, אין צורך בהכשרה פורמלית נרחבת כדי לעסוק בה, ואין גם צורך בתעודה או ברישיון לעריכת-דין שיתופית, במיוחד אם לעורך-הדין יש הכשרה וניסיון בגישור. הטענה היא כי אלה האחרונים יסייעו לו בכל הנדרש לביצוע המעבר מאוריינטציה אדוורסרית לסגנון של משא-ומתן משתף.²⁰⁶ בהמשך לכך ניתן אף לטעון כי כשם שהגישור המשפחתי הוביל למגוון של פרקטיקות מקצועיות בצד מודלים תיאורטיים מגוונים, ייתכן שאף פרקטיקת המשפט השיתופי תוביל עם התפתחותה לשיטות פרקטיקה שונות זו מזו, ולפיכך יהיה זה שגוי, בוודאי בשלב כה מקדמי, להתייחס אל ההליך כאל מודל אחיד ולהכשיר אליו בהתאם.²⁰⁷

מאידך גיסא, אפילו המתנגדים להכשרה ספציפית למשפט שיתופי מודים כי העיסוק במשפט השיתופי אינו קל, וכי אין זה מספיק שעורך-הדין יציג את עצמו כעורך-דין שיתופי על-מנת להבטיח ייצוג מיומן.²⁰⁸ מיומנות כוללת לא רק ידע בתחום הספציפי של תיק הלקוח, אלא כישורים והבנה יסודית בהליכים הדרושים לעורך-דין על-מנת להגשים את יעדיו ומטרותיו של הלקוח. זאת ועוד, ללא קווים מנחים אתיים, שיעניקו הקוונה והדרכה לעוסקים במשפט השיתופי בכל הנוגע בתפקידם ובאחריותם, כל עורך-דין יגדיר לעצמו את כללי ההתנהגות שלו, והשאלה היא אם אנו כחברה מעוניינים בכך. יתר על כן, היה אף מי שטען כי דווקא לעורכי-דין שעברו הכשרה בגישור ורכשו ניסיון

204 ש.ם.

205 ועדת האתיקה של ה-ABA, לאחר ניתוח רחב של הכללים-לדוגמה ובחינת השלכותיהם על הליך המשפט השיתופי, מסכמת כי המשפט השיתופי אינו מפר את "הכללים-לדוגמה של התנהגות מקצועית" אם הלקוח נותן הסכמה מדעת. ועדת זו אינה משאירה שום מקום לספק בדבר עמדתה: המשפט השיתופי אינו הליך שאינו אתי ביסודו. ראו לעיל ה"ש 194–195 והטקסט הסמוך אליהן.

Spain, לעיל ה"ש 1, בעמ' 170.

207 ש.ם.

208 TESLER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23–24.

בהליך זה קשה יותר להעביר את הכישורים וההכשרה הללו לפסים של עריכת-דין שיתופית.²⁰⁹

בין כך ובין כך, נדמה כי דווקא בישראל קיימת חשיבות מיוחדת להכשרה ספציפית לעריכת-דין שיתופית. לנוכח ביטולן של תקנות בתי המשפט (רשימת מגשרים), התשנ"ו-1996, אשר הציבו את קורס ההכשרה למגשרים כאחת מדרישות הכניסה לרשימת המגשרים של בתי-המשפט, ירדה מטבע הדברים הדרישה לקורסי הכשרה למגשרים. מכיוון שערון זה – שדרכו נחשפו עורכי-דין רבים לפרקטיקה של משא-ומתן גישורי-שיתופי – התדלדל, בולט במיוחד הצורך בהכשרה מיוחדת לעריכת-דין שיתופית.

יתרה מזו, על-מנת שיצליחו בתפקידם המורכב, על עורכי-הדין השיתופיים לעבור הכשרה מיוחדת, השונה מזו של משפטנים אחרים. עליהם ללמוד לנהל משא-ומתן גישורי-שיתופי ולהפנים את הקונספט של יישוב סכסוכים בדרכי שלום. קונספט זה הם עתידים להנהיג אל תוך המשפט השיתופי, ולהוביל לאורו את לקוחותיהם בהליך. אין לשכוח כי מדובר לעיתים במשפטנים אשר לראשונה צריכים להשתמש בכישוריהם המשפטיים והמקצועיים וביכולות המשא-ומתן שלהם כדי לסייע בפתרון בעיות יצירתי ומשתף. במצב זה, בלא הכשרה ראויה, יש צדק בביקורת המלומדים שהובאה לעיל בעניין "שאלת המצוי".²¹⁰ יש צדק בקביעה כי הלימוד והניסיון המשפטיים חותרים במשפטנים תכונות של מאבק, תחרות וחשיבה נישיתית צרה (במונחים של זכויות ושפת החוק).²¹¹ אכן, הלימוד והניסיון המשפטיים מדגישים עימות, הצבת עמדות קוטביות וכן "מאבק למען הניצחון", ותוכנית הלימודים בארץ בנויה כמעט כולה על ניתוח פסקי-דין של בתי-המשפט לערעורים, שהם תוצאה של מאבק חזיתי.²¹² כפי שציין פרופ' דרק בוק:²¹³

"הכל חייבים להסכים כי בתי הספר למשפטנים מכינים את תלמידיהם יותר לקונפליקט מאשר לאמנות העדינה של פיוס ויישוב חילוקי דעות. הדגשה זו אינה משרתת את המקצוע. בעולם המעשה עורכי הדין מקדישים יותר זמן לניהול משאים ומתנים בענייני סכסוכים, מאשר לעיון בספריות או לדיונים בבתי

209 שם.

210 ראו לעיל בתת-פרק 11.

211 אלרואי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 320.

212 כמעט כל הקורסים בבתי-הספר למשפטנים מוצגים מנקודת-מבטה של השיטה האדוורסורית. בתי-הספר למשפטנים מחנכים את התלמידים להתכונן לקרב משפטי. הם מלמדים דיון אזרחי ודיני ראיות, אשר מוקדשים במלואם למאבק בבית-המשפט, ומתעלמים כמעט לחלוטין מדרכים אחרות ליישוב סכסוכים. שם.

213 Derek Bok – נשיא אוניברסיטת הרווארד לשעבר ופרופסור למשפטים.

המשפט והמחקרים מראים שבמאמצי המשא ומתן שלהם הם משיגים יותר עבור לקוחותיהם".²¹⁴

בלא הכשרה ראויה קיים אם כן חשש כבד בנוגע למסוגלותם של עורכי-הדין להשליך אחרי גוון פרקטיקה יריבותית וחינוך משפטי רבי שנים, ולהפנים את הקונספט של משא-ומתן שיתופי. קל וחומר שקיים חשש כבד בדבר מסוגלותם של עורכי-הדין להיות "הסמן המוסרי" של ההליך ולסייע ללקוחם להתגבר על "הלקוח האפל", כנדרש במשפט השיתופי, כפי שהוסבר לעיל.²¹⁵ התשובה היחידה לביקורת צודקת זו עשויה להימצא, אם כן, בחינוך ובהכשרה לחשיבה משפטית משתפת. קוד אתי לעריכת-דין שיתופית בישראל צריך להחיל, לטעמי, סעיף המורה כי על העוסקים בתחום לעבור הכשרה לעריכת-דין שיתופית. הכוונה, ראש לכל, לקורס הכשרה בסיסי, המבוסס על סף שעות מינימלי, אשר ידגים את עיקרי השיטה, על הרציונלים שבבסיסה, ויקנה למשתתפיו גם את חוויית ההתנסות. נוסף על כך יציין הקוד את התחייבותו של עורך-הדין השיתופי להשתתף בקבוצות של פרקטיקה תומכת, דוגמת אלה הקיימות בעולם לעורכי-דין שיתופיים, כמוסבר לעיל.²¹⁶ מעבר לכך, אי-אפשר להמעיט בחשיבותם של קורסים ואשכולות ל-ADR בכלל ולמשא-ומתן משתף בפרט בבתי-הספר למשפטים. המשפט השיתופי, כאמור, הוא יציר-כפיו של הפרקליט המשפחתי, הרואה בתוך מכלול תפקידיו של עורך-הדין גם תפקיד חברתי אחר.²¹⁷ אם החינוך המשפטי הקיים יפנים את השינויים הנדרשים ממנו, ויחנך ויכשיר את פרקליטי העתיד לחשיבה משפטית משתפת, יוכשרו עורכי-הדין לתפקיד האמיתי שלהם ביתר מקצועיות.

(ח) מודעות והסברה לעריכת-דין שיתופית

מוצע כי קוד אתי לעריכת-דין שיתופית יכיל סעיף הקובע כי על עורך-הדין השיתופי ליידע את לקוחותיו בדבר הוראות הקוד ולהסביר להם את הרעיון הכללי העומד מאחוריו, על יתרונותיו, ואת אי-פגיעתו באינטרסים שלהם כלקוחות. כמו-כן יצוין בקוד

214 מצוטט אצל אלרואי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 320–321. דברים אלה תואמים תפיסות חדשות בתורת המשפט הטוענות כי חשוב לחנך את דור המשפטנים כך שיידע לא רק לנהל קרב תוך הפעלת נורמות משפטיות, אלא גם לתרום ליישוב סכסוכים תוך הפחתת ההיזקקות לבתי-המשפט. ראו: Leonard Riskin, *Mediation and Lawyers*, 43 OHIO ST. L.J. 29, 54–55 (1982).

215 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 121–123.

216 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 50–52. התחייבות דומה מופיעה בס' ד בפרק יג ל"קוד אתי למגשר בגירושין" של "האגודה הישראלית לטיפול במשפחה ובנישואין ולחינוך בחיי משפחה": "על המגשר לעבור הכשרה מתמדת ולהיות אחראי אישית לצמיחה מקצועית בלתי פוסקת. מומלץ לשתף פעולה עם מגשרים ובעלי מקצועות דומים אחרים למען התפתחות מקצועית הדדית." מתוך זיידל, לעיל ה"ש 113, בעמ' 197. מומלץ לאמץ נוסח זה לעורך-הדין השיתופי, בשינויים המחויבים.

217 כפי שמציין Riskin, לעיל ה"ש 214, בעמ' 37: "על עורכי-הדין להבין כי תפקידם אינו מצטמצם בטיעון, אלא עליהם לשרת את החברה ולקדם את שיתוף-הפעולה בין אנשים."

כי על עורך-הדין לעשות כל שביכולתו על-מנת להניע את לקוחותיו לפעול בדרך העולה בקנה אחד עם הוראותיו של הקוד.

זה זמן מקובלת בעולם הגישה כי על עורכי-הדין לעודד את לקוחותיהם להשתמש בתוכניות ADR.²¹⁸ למערכת המשפטית ולמתווך הראשי שבינה לבין הצדדים – עורך-הדין – יש תפקיד חשוב בשינוי התפיסה והיחס ליישובם של קונפליקטים. הכוונה למעבר מיישוב יריבותי-כוחני אל עבר יישוב שיתופי-אנושי. עורך-הדין יכול וחייב להקטין את הטראומה שבקונפליקט בכלל ובקונפליקט הסובב תיקי משפחה בפרט, וזאת נוסף על תרומתו לצמצום בזבוז המשאבים של כל הנוגעים בדבר. ברי כי יש לגבות את סעיף המודעות וההסברה שבקוד האתי במערכת הסברה נרחבת, בדמותם של ימי-עיון, חוברות הדרכה וחומרי לימוד ציבוריים. הסברה זו צריכה להתקיים הן בקרב עורכי-הדין והשופטים המטפלים בתיקי משפחה והן בקרב שאר העוסקים ביחידות הסיוע. עורכי-הדין הם במקרים רבים צינור המידע הראשוני (ולעיתים היחיד) של הצדדים בדבר החלופות השונות ליישוב הסכסוך ובדבר חשיבותו של המעבר מהתמקדות במאבק של ניצחון והפסד אל עבר ניסיון בריא ויעיל להתמודדות עם קונפליקט, ולפיכך הבאת המשפט השיתופי לידיעתם של עורכי-הדין היא חשובה מאין כמוה. בשל כל אלה נדמה כי ללשכות עורכי-הדין יש חלק חשוב בפרסום זמינותה של תוכנית המשפט השיתופי ובהגברת ההבנה לגביה.

2. "צינור הקליטה" למשפט הישראלי – המטרייה החקיקתית המוצעת

הצעתי היא כי בשלב ההתחלתי יאומץ הליך המשפט השיתופי בארץ בתיקי משפחה בלבד. כ"צינור הקליטה" שלו תשמש ה"בקשה ליישוב סכסוך" הנוהגת בבתי-המשפט לענייני משפחה לפי תקנות 258כ–כה לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקסד"א). לפי תקנה 258כ(ב) לתקסד"א:

"הוגשה בקשה ליישוב סכסוך, רשאי בית המשפט להפנות את בני הזוג ליחידת הסיוע כאמור בתקנה 258יט או להפנותם, בהסכמתם, לייעוץ או לפישור."

ההצעה היא להוסיף בסוף התקנה את המילים "או למשפט שיתופי". כך ייכנס גם המשפט השיתופי לתפריט השירותים אשר מובא לידיעת הצדדים ומוצע להם. הליך המשפט השיתופי התפתח, כאמור, בעיקר בתחום של תיקי משפחה, ולא בכדי. דווקא בסוג תיקים זה אי-אפשר, כאמור,²¹⁹ להפריז בחשיבות קיומן של דרכים חלופיות ליישוב הסכסוך ובתרומתן הפוטנציאלית לצדדים (ולילדיהם) במניעת היריבות, ההסלמה וההרס של דרך ההתדיינות השיפוטית. יתר על כן, הניסיון בארץ מלמד כי

218 Santeramo, לעיל ה"ש 8.

219 ראו לעיל בתת-פרק א.1.

פעמים רבות, גם לאחר ההכרעה השיפוטית, צדדים שניהלו ביניהם מאבקים משפטיים חוזרים אל הערכאות השיפוטיות השונות בשל הפרת הסדרים שנקבעו על-ידי הערכאה השיפוטית.²²⁰ גורם נוסף שתורם במדינת-ישראל להסלמת הסכסוכים המשפחתיים הוא קיומו של "מירוץ הסמכויות" – האפשרות של בן-זוג לבחור את הערכאה השיפוטית שתדון בסכסוך על-ידי הקדמת בן-הזוג האחר בהגשת התביעה. מירוץ הסמכויות לא רק מוסיף התדיינויות על עצם שאלת הסמכות, אלא גם מגיע את הצדדים להגיש תביעות משפטיות בשלבים מוקדמים של הסכסוך האישי, אף בטרם גיבשו סופית את רצונם, מחשש שבן-הזוג האחר יקדים ויפנה לערכאה המשפטית הנוחה לו, ובכך "יתפוס סמכות" באותה ערכאה. דווקא בתחום שבו התדיינות שיפוטית אינה התשובה, וצמצום רמת הקונפליקט בו הוא גם אינטרס חברתי, נדרש שבתי-המשפט יהיו אחראים לניהול קונפליקטים ויציעו מגוון של שירותים חלופיים ליישוב סכסוכים בתמיכתם (ובשיתוף-פעולה של המערכת המשפטית ועורכי-הדין). כפי שהובא לעיל מן הפרקטיקה בעולם, המשפט השיתופי נתפס כאפשרות בעלת ערך רב בתפריט שירותים זה.²²¹ פגישת המהו"ת,²²² ובעקבותיה הליך הגישור, לא אומצו בארץ בסוג תיקים זה, ומכאן עולה כי קיימת חשיבות ממדרגה ראשונה לנסות להחיל על תיקים אלה את הליך המשפט השיתופי.

כמו-כן מוצע לא להחיל את ההסדר על כלל הסכסוכים הנידונים בבתי-המשפט למשפחה, אלא רק על אלה הנוגעים במגלגל המשפחתי המצומצם: סכסוכים בין בני-זוג אשר קשורים ליחסים שבינם לבין עצמם או נוגעים בילדיהם של בני-הזוג, וכן סכסוכים בין הורים שאינם נשואים, כל עוד הם עוסקים בילדיהם המשותפים. סכסוכים אלה הוגדרו "הגרעין הקשה" של ענייני המשפחה, וככאלה שהשפעתם על מעגל החיים הראשוני של הצדדים להם מצדיקה את ההתייחסות המיוחדת ואת השקעת המשאבים הציבוריים.²²³ נוסף על כך אני ממליצה לא לאמץ את המשפט השיתופי כמודל מנדטורי וכחובה קוגנטית על הצדדים, וזאת על-מנת לא למנוע מהם את חופש הבחירה בין דרכי ה-ADR השונות (ובמיוחד הגישור) שבית-המשפט עשוי להציע להם.

תיקון משנת התשנ"ב לחוק בתי-המשפט החדיר אחדות מדרכי ה-ADR אל ההליך הדיוני כאפשרות וולונטרית לצדדים. בסעיפים 79א, 79ב ו-79ג לחוק הקנה המחוקק לבית-המשפט, בהתאמה, את הסמכות לפסוק את פסקו על-דרך פשרה או להעביר עניין שלפניו לבוררות או לגישור, והכל בהסכמת הצדדים. הצעתי היא להשתמש בחוק זה כצינור קליטה נוסף להליך המשפט השיתופי, נוסף על צינור הקליטה המוצע של תקנה 258כ(ב) לתקסד"א, כאמור. במילים אחרות, הצעה היא להוסיף סעיף לחוק הנ"ל

220 ראו תזכיר ועדת שנהב, לעיל ה"ש 9.

221 ראו לעיל בתת-פרק ב.3.

222 ראו תק' 99א–99א לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 2220 (להלן: תקסד"א), שהותקנו בתיקון משנת התשס"ח (שנכנס לתוקף באפריל 2008).

223 ראו תזכיר ועדת שנהב, לעיל ה"ש 9.

אשר יקנה לבית-המשפט את הסמכות להעביר עניין שלפניו להליך משפט שיתופי, אם ניתנה לכך הסכמתם של הצדדים.

נוסף על כך, לנוכח המגמה – הניכרת בשנים האחרונות במקומות שונים בעולם – של אימוץ המשפט השיתופי במגוון של סוגי סכסוכים, ולא דווקא בתיקי משפחה,²²⁴ הצעתי היא כי בשלב מאוחר יותר, לאחר קליטתו של המשפט השיתופי בישראל בתחום של תיקי משפחה ולאחר שיצבור בתחום זה מוניטין כהליך וולונטרי, יישקל אימוצו באופן רחב יותר. צינור הקליטה שלו בסכסוכים שאינם תיקי משפחה יהיה, לפי הצעה זו, פגישת המהור"ת אשר בחלק 11 לתקסד"א, אשר היתוסף עם תיקון התשס"ח. בתיקון זה תיבדק המחוקק הישראלי את בעלי-הדין, לאחר שלב הגשת כתבי הטענות בתיק, להשתתף בפגישת מהור"ת (מידע, היכרות ותיאום), הנערכת על-ידי מגשר, שבמהלכה נבדקת עימם מידת התאמתו של התיק לגישור.²²⁵ לפי החוק הקיים, רק אם הצדדים אינם מעוניינים לבחור בגישור עם סיומה של פגישת המהור"ת, הם רשאים להמשיך להתנהל בין כותלי בית-המשפט במסגרת הליך דיוני רגיל. בנקודה זו אני מציעה מסננת נוספת בעבור תיקים לפני השתלבותם בהליך הדיוני: משפט שיתופי. הצעתי היא, אם כן, שבאותם מקרים שבהם צדדים מחויבים מכוח התיקון הנ"ל בפגישת מהור"ת אך מודיעים עם סיומה כי הם אינם מעוניינים לבחור בהליך הגישור, יהיה עליהם לעבור את הליך המשפט השיתופי בטרם יוכלו להמשיך בניהול התיק במסגרת ההליך הדיוני שבבית-המשפט. היתרון הוא בכך שפגישת המהור"ת בארץ הוחלה עד כה כפרויקט ניסויי (pilot) רק על מספר מצומצם של בתי-משפט.²²⁶ ממדיו הקטנים יחסית של הפרויקט עשויים להתאים דווקא לאימוצו של הליך המשפט השיתופי. אימוץ הדרגתי ומצומצם של הליך חדש ובלתי-מוכר בארץ נראה כמהלך זהיר וראוי בשלב ניסויי זה. כך יוכל המשפט השיתופי לעשות את צעדיו הראשונים בארץ בבטחה, דרך החקיקה ועל מגוון נרחב של סוגי סכסוכים.

ידגש כי בארץ קיימת חשיבות מיוחדת לניסיון לאמץ את המשפט השיתופי דווקא בעת הזו ודווקא כחלק מן ההליך הדיוני (ולא כחלופה לו), לנוכח הנתונים המדאיגים בדבר אי-נטייתם של צדדים בארץ לפנות לחלופות להליך הדיוני. ממחקר אמפירי שנערך בארץ בדבר נטייתם של צדדים לפנות לחלופות להליך הדיוני עולה כי מרגע שפרץ הסכסוך, נטייתם של מתדיינים להסדיר את המחלוקת במתכונת של חלופות

224 *Summary of Ethics Rules Governing Collaborative Practice*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 556.

225 תק' 99 לתקסד"א. החיוב להשתתף בפגישת המהור"ת חל על תובענות אזרחיות סכומן או שווי נושאן עולה על 50,000 ש"ח, למעט תובענות בסדר דין מקוצר שלא הוגשה בהן בקשת רשות להתגונן במועד וכן תובענות שעילתן בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 234. ראו תק' 99 לתקסד"א.

226 בתי-משפט השלום בירושלים, בתל-אביב ובראשון-לציון. בנובמבר 2009 הוציאה דוברות מערכת בתי-המשפט הודעה לעיתונות בדבר הרחבת התוכנית הנסיונית להגברת הגישור בבתי-המשפט (פגישות המהור"ת) לשנה נוספת ואף לבתי-משפט נוספים. הודעת דוברות מאילת פילו, דוברת מערכת בתי-המשפט, לתא כתבי המשפט (8.11.2009).

ליישוב סכסוכים היא חלשה ביותר.²²⁷ עוד עולה מן המחקר כי המדיניות של החדרת החלופות ליישוב סכסוכים לא צלחה בישראל. המחקר טוען כי המבנה המשפטי של ההסדרה ואופן יישומה לא הגבירו באופן ממשי את הנטייה לשימוש בחלופות הללו, וככל הנראה אף הייתה להם השלכה שלילית על נטייתם של הצרכנים הפוטנציאליים. מצטיירת אם כן תמונה של רגיעה מהליכים חלופיים והתגברות הנטייה ליישוב מחלוקות בבתי-המשפט.²²⁸ התקווה היא, אם כן, שאימוצו של הליך חלופי חדש, דוגמת המשפט השיתופי, יתרום – ולו במידת-מה – לשינוי.

לסיכום פרק זה, תשובתו של המשפט השיתופי למבקרו היא כדלקמן:
 "שאלת המצוי" ו"שאלת הראוי", כפי שהובאו בפרק הקודם,²²⁹ יוצאות שתיהן מנקודת הנחה כי על הנמר להפוך את חברבורותיו. למעשה, "שאלת המצוי" מניחה כי הדבר אינו אפשרי, ואילו "שאלת הראוי" מניחה כי הדבר אף אינו ראוי. אולם הנחת בסיס זו, העומדת כאמור בבסיסם של דברי המבקרים, שונה בתכלית מהנחתו של המשפט השיתופי. המשפט השיתופי טוען כי עורך-הדין השיתופי אינו צריך לשבור את ה"נמריות" שבו ואינו נדרש להפיכת חברבורותיו! לשיטת המשפט השיתופי, אין שום פסול ב"חברבורתיות הנמרית" המיוחסת לעורך-הדין, ובלבד שזה האחרון ישכיל לעשות בה שימוש ראוי. קוד אתי מרוכז, הנשען על ההנחה בדבר שונותו של הפרקליט השיתופי מן הפרקליט המסורתי-האדוורסרי, עשוי לתחום את גבולות השימוש הראוי. קוד אתי עתידי בישראל – אשר יכיל מרכיבים חשובים העוסקים בגילוי מלא ורצוני של מידע, בהשעיית הליכים בבית-משפט בזמן ההליך, בפרישת עורכי-הדין במקרה שהצדדים מחליטים לפנות לערכאות, בתיאור הגבלת היקף הייצוג הכרוך בהליך, בהעסקת מומחים בהסכמה משותפת ובהשגת הסכמה מדעת ראויה משני הצדדים – עשוי להעניק יציבות למשפט השיתופי ולאייץ את רובה המוחלט של הביקורת האתית על ההליך.²³⁰

אם צריך להמציא הכל מחדש, אזי ייתכן שהדבר בלתי-אפשרי. אם נמר אמור להשיל את חברבורותיו וליהפך לכבשה, כי-אז גם המשפט השיתופי יודה בצדקת הביקורת שנמתחה עליו. אלא שלטענת המשפט השיתופי, אין מדובר בשינוי כזה. מדובר אך בקילוף קליפות ובגילוי מחדש של המצוי מתחתן. אדרבה, דווקא תיעול נכון של תכונת "העזות הנמרית", כפי שמציע המשפט השיתופי, עשוי לסייע לעורך-הדין בהענקת

227 ראו משה בר-ניב ורון לחמן "בחינת הנטייה לפנות לחלופות ליישוב סכסוכים (חי"ס) בהיבטים של זמן והסדרה" **משפט ועסקים** ב 209, 209, 228–229 (2005).

228 שם. באשר לבוררות, חולשתו של הליך זה באה לידי ביטוי בנתונים המראים כי רק 640 בוררותיות מתקיימות בשנה, לעומת 1.3 מיליון תיקים הנפתחים מדי שנה בבתי-המשפט. ראו ישראל שמעוני **אופק חדש בבוררות – דיני בוררות עם ערכאת ערעור** 2 (2009) בדברי המבוא.

229 ראו לעיל פרק ג.

230 כך יעשו גם סעיפים מסוימים בהסכם המשפט השיתופי, אשר יחייבו את הצדדים לעשות מאמץ כן ולפעול בתום-לב ליישוב העניין באופן שיתופי. ראו גם Strickland, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1006–1007.

"ייצוג עז" אמיתי, בהיצמדות למודל בריא יותר ליישוב סכסוכים ובתרומה להשגת היעדים האמיתיים של הלקוח בפרט ושל תחום עריכת-הדין בכלל. כפי שמציינת היחידה ליישוב סכסוכים של ה-ABA, אשר פרסמה בשנת 2009 את מסקנותיה בכל הנוגע בשאלת האתיות של המשפט השיתופי:

"לסיכום, קיימת כיום הסכמה רחבה בין ועדות האתיקה השונות בארצות-הברית שלפיה המשפט השיתופי עולה בקנה אחד עם כללי האתיקה המקובלים של עריכת-דין, ומוסיף למערכת המשפט חלופה המציעה ללקוחות ולציבור עורכי-הדין שיטה יעילה וחסכונית ליישוב סכסוכים, אשר עשויה בהחלט להגביר את שביעות-הרצון של אלה שיבחרו בה."²³¹

סיכום ומסקנה

"גילוי המשפט השיתופי היה מבחינתי כמו להתכסות בשמיכה חמה ולהבין שאני שוב בבית."²³²

בעשור האחרון מאסו עורכי-דין רבים, בעיקר מתחום דיני המשפחה, מלשמש בתפקיד "הצלף השכיר" של הלקוח, מתוך תובנה כי "במלחמות לצדק – גם ילדים מתים".²³³ חלקו הראשון של המאמר התרכז אפוא בהצגתה של מהפכת המשפט השיתופי בעולם, על יישומיה בצד יסודותיה הרעיוניים. המשפט השיתופי מסמן מהפך בעיצוב ובהמשגה של תפקיד עריכת-הדין. היחס אל הפרקליט המשפחתי אינו עוד כאל גורם אשר מעכב השגת הסכם (במקרה הטוב) או אף מסלים סכסוכים (במקרה הרע). המשפט השיתופי, יציר-כפיו של הפרקליט המשפחתי, תורם לשינוי יסודי של פרדיגמת עריכת-הדין המסורתית. הוא מנסה לשנות כמה מהנורמות של פרקטיקת עולם המשפט, ותוך כדי כך יוצר סוג חדש של פרקטיקה. הוא מציע לעורך-הדין מקום של כבוד בהליך, בעצבו מודל שונה של פרקליט: פרקליט מצמיח – עורך-דין אשר נוסף על היותו פה ללקוח במצוקה, הוא גם יועץ משפטי הרואה את טובת המשפחה כולה ואת צרכיו האמיתיים של הלקוח.

חלקו השני של המאמר עסק בביקורת המלומדים נגד הליך המשפט השיתופי, על הדילמות האתיות הייחודיות שהוא מייצר. כפי שניסה המאמר להראות, רבות מן הדילמות האתיות שמאפיינות את עריכת-הדין השיתופית ואשר משמשות את מבקריו

231 *Summary of Ethics Rules Governing Collaborative Practice*, לעיל ה"ש 153, בעמ' 573–574.

232 מפי עורך-דין שיתופי, לשעבר עורך-דין אדוורסרי. ראו Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 191.

233 צרויה להב "פרח" www.mp3music.co.il/Lyrics/660.html

של ההליך נובעות מהעדר התאמה בין כללי האתיקה הקיימים, המיועדים לעריכת-הדין הקלסית, לבין כלליה של עריכת-הדין השיתופית. הפתרון עשוי להיות בדמות ניסוחו של קוד אתי לעריכת-דין שיתופית, אשר עשוי אף להוות, כמוצע, את הבסיס לאימוצו של מודל המשפט השיתופי בישראל.

מסקנתו של מאמר זה היא כי הביקורת נגד המשפט השיתופי הינה לכאורית בלבד. עורך-הדין השיתופי אינו אמור לשבור את תכונת ה"עזות" שבמקצוע ו"להפוך את חברבורותיו". אדרבה, עליו להיות "עז כנמר" באותם כיוונים פוריים ובוני הסכמה ותקשורת אשר מעצימים לקוחות, ולא מהרסים אותם, ואף להוביל בכיוונים אלה את לקוחותיו.²³⁴ תוך שהוא תומך בהגדרה מחדש של מקצוע עריכת-הדין, המשפט השיתופי מחזיר את עורכי-הדין "הביתה", אל תפקידם האמיתי. תפקיד לא-פשוט זה מחייב ביטול של ה"רגלים" מקצועיים ישנים, ובנייה מחודשת, מן המסד ועד הטפחות, של מערכת חדשה של גישות, התנהגויות ומנהגים, בצד אומץ להתחיל מחדש במובנים רבים.²³⁵ דילמות אתיות – אמיתיות או לכאוריות – אסור שימנעו את הניסיון להנהיג פרקטיקה חדשה ורבת הבטחות. יש להתמודד ולהמשיך לנסות למצוא פתרונות. מאמר זה הוא אך ניסיון התחלתי בכיוון זה.

234 כפי שציין דרק בוק: "אני חווה כי בדור הבא ההזדמנויות הגדולות של החברה ימצאו את מקומן יותר בניצול הנטיות האנושיות לקראת שיתוף פעולה ופשרה מאשר בנטיות הטבעיות שלנו לתחרות וליריבות. אם עורכי הדין לא יהיו מנהיגים בגיוס של שיתוף פעולה ובעיצוב מנגנונים שיאפשרו לו לפרוח, הם לא ימצאו במרכזם של הניסויים החברתיים והיצירתיים ביותר של זמננו." מצוטט אצל אלרואי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 321.

235 היה כבר מי שהודה כי "הרבה יותר קל לבצע קבלת החלטות היררכית; זה הרבה יותר מופר ומרגיע". Macfarlane, לעיל ה"ש 36, בעמ' 216.

